

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 569983/8

בבית הדין הרבני האזורי נתניה

לפני כבוד הדיינים:

הרב שניאור פרדס – אב"ד

התובע (נתבע בהליכים האחרים): פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אסמרה נדאוו)

נגד

הנתבעת (תובעת בהליכים האחרים): פלונית (ע"י ב"כ עו"ד ליאור פרי)

הנדון: חיוב צד בדמי שימוש בשל שימוש בלעדי בנכס המשותף לאחר הרחקת משנהו ללא הצדקה

גדרי 'נהנה' וגדרי 'משתרשי', ספק בחיוב מזונות אישה ומדורה,
ספק חיוב בדמי שימוש והכרעתו מכוח 'קרקע בחזקת בעליה'

פסק דין

התביעה והרקע

התביעה שלפנינו היא תביעתו של האיש (הבעל לשעבר, הנתבע בהליכים אחרים. להלן גם "התובע" או "הנתבע" לפי העניין) לדמי שימוש בגין התקופה שבה השתמשה האישה (הנתבעת, תובעת בהליכים אחרים. להלן גם "הנתבעת" או "התובעת" לפי העניין) לבדה בדירה המשותפת.

נקדים ונסקור בקצרה את הרקע הכללי וההליכים הקודמים.

האיש הוא בן שמונים ואחת ואילו האישה צעירה ממנו בכשלושים שנה והיא בת חמישים ושתיים. הצדדים התגרשו בט' בשבט תשע"ח (25.1.2018) לאחר שחיו יחד כשלושים שנה. לצדדים ארבעה ילדים משותפים בגירים. לשניהם היו אלו 'נישואין שניים', אך הצדדים לא נישאו ברבנות ואף לא נישאו באתיופיה בנישואים הנהוגים שם אולם רשומים בתעודת הזהות כזוג.

בתביעת הגירושין שהגישה האישה נכרכו כל יתר ענייניהם של הצדדים. את היבטי הסמכות הנושגים לכריכה זו – כריכה בתביעת גירושין של צדדים שנישואיהם היו כנישואיהם של הצדדים שבנידוננו נבאר בהחלטה נפרדת. פרק נוסף יוקדש באותה החלטה להבהרת אשר הובהר גם בהחלטות קודמות (ראה החלטת בית הדין מיום ד' בתשרי תשע"ח – 24.9.2017: "מאחר שהאישה כרכה את הרכוש לתביעת הגירושין, הרי שהסמכות העקרונית לדון על הדירה והמסתעף נתונה לבית הדין [...] והחלטה נוספת ומפורטת מיום ג' בשבט תשע"ח – 19.1.2018) כי משנכרכו ענייני הרכוש כדין משתרעת סמכותו של בית הדין לא רק על תביעותיה בל התובעת (בתביעת הגירושין וביתר ההליכים – היא הנתבעת בהליך דנן) כי אם גם על תביעותיה הרכושיות של הנתבע (בתביעת הגירושין וביתר ההליכים – התובע בהליך דנן).

בתאריך ה' במרחשוון תשע"ח (25.10.2017) הוגש הסכם גירושין שבו נכתב בסעיף 2: "ניתן בזאת צו לפירוק שיתוף בדירת הצדדים [...] בהליך כינוס [...]"

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

טרם הגירושין הרחיקה האישה את בעלה מביתם המשותף באמצעות המשטרה ובית המשפט. מאז השתמשה האישה לבדה בדירה, ובשל כך דורש האיש, כאמור, דמי שימוש ראויים לכל התקופה שמאז (ולמעשה – עד למכירת חלקו בדירה לאישה).

בקשות צו הגנה מצד האישה ובירור אמינותן

בתאריך כ"ג בתמוז תשע"ז (17.7.17) הגישה האישה תביעת גירושין שבה נאמר בין השאר:

[...] ויש צו הגנה [...] אני חוששת לחיי [...] מתנהג באלימות מזה שנים רבות [...] סובלת הן מאלימות מילולית ופיזית זריקת דברים חפצים כשהוא מתעצבן חוזר הבית שיכור מקלל [...] ולכן פניתי לעו"ס שאמרה לי לפנות למשטרה בבקשת צו הגנה [...] בעלי מאוד מסוכן, אני מפחדת לחיי, כשהוא עצבני הוא מאבד שליטה חותך צינורות של כביסה [...] אינני יכולה להמשיך לחיות כך [...]

באחת מבקשותיו של בא כוח האישה (למינויו ככונס הנכסים למכירת הדירה), בקשה מכ"ג באב תשע"ז (15.8.2017), נכתב (סעיפים 6–7):

להורות על מינויו [...] ככונס נכסים [...] לביצוע מכירתה וחלוקת התמורה [...] פנתה בתלונת סרק ושקרים למשטרת ישראל [...] להרחיק [...] הנתבע שילם מכספו את מלוא יתרת המשכנתא לסילוק על סך 12,000 ש"ח. התובעת עשתה ועושה שימוש לרעה בהליכי בית המשפט לענייני משפחה ובהגשת תלונות סרק במשטרת ישראל על מנת להרחיק על לא עוול בכפו את הנתבע מדירתו, חרף העובדה שהנתבע הציע לתובעת כי תלון בחדר ואילו הנתבע בסלון, במקום זאת התובעת בחרה לזרוק את הנתבע בגילו המופלג, שמונים ואחת, חסר כול וללא קורת גג [...]

להורות על מכירת הדירה תוך שלושים יום ממועד קבלת השמאות. במידה ולא תימכר במועד זה – להורות בצו לתובעת לפנות הדירה [...]

בתאריך י"ב באלול תשע"ז (3.9.2017) בתגובה לבקשת בא כוח האישה למינוי שמאי וכונס נכסים לזירוז ההליכים בשל הרחקת האישה ובשל העובדה כי אין לו מקום לגור, כתבה האישה בין השאר:

התובעת לא תבעה פירוק שיתוף בדירת הצדדים. בכתב התביעה מצוין במפורש שהתובעת מבקשת שדירת הצדדים תישאר בחזקתה, הואיל ואין לה לאן ללכת, והואיל וכל השנים רק היא מימנה את התא המשפחתי. הנתבע מצדו לא הגיש כל תביעה לפירוק שיתוף. לכן אין מקום לדון כלל בבקשת הנתבע למינוי שמאי.

כך גם כתבה בתגובה אחרת מיום י"ג באלול תשע"ז (4.9.2017).

בעקבות תגובות אלו אשר העלו ספק בטענות האישה, הוצאה החלטת בית הדין מתאריך ט"ו באלול תשע"ז (6.9.2017) שבה נכתב:

לאור חוסר ההסכמה של הנתבעת למינוי שמאי ופירוק השיתוף, מאחר והיא טוענת לזכותה להמשיך להתגורר בדירה. לפיכך בשלב זה בית הדין לא נענה לבקשה למינוי שמאי וכונס נכסים. לאחר הדיון הקרוב ושמיעת הצדדים ישקול בית הדין בהתאם החלטה נוספת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בתאריך י"ט באלול תשע"ז (10.9.2017) הוגשה תביעת – בקשת הבעל שכותרתה: "בקשה לדמי שימוש ראויים".

בבקשה גופה נכתב בין השאר:

[...] לחייב את המשיבה בתשלום דמי שימוש ראויים למבקש החל מחודש מאי 2017 המועד בו הוצא הנתבע מהדירה על ידי התובעת בגין תלונת סרק למשטרת ישראל ואחר כך בית המשפט לענייני משפחה [...] ועד למכירת הדירה בפועל. וכן חיוב המשיבה בתשלום הוצאות הבקשה ובשכר טרחת עורך דין [...] בחודש מאי 2017, התובעת הוציאה את הנתבע מדירתם המשותפת על ידי הגשת תלונת שווא [...] תוך מתן מען שגוי [...] ועל ידי כך לקבל צו הרחקה בהעדר מסירה כדין של ההזמנה לבית המשפט [...] ובחודש יולי 2017 [...] הגישה תובענה לגירושין ופירוק שיתוף [...] הצדדים [...] הבעלים בדירה [...] הנתבע שילם מכספו את יתרת המשכנתא לסילוק על סך כ-1,200 ש"ח. התובעת [...] ובהגשת תלונת סרק במשטרת ישראל על מנת להרחיק על לא עוול בכפו את הנתבע מדירתו, חרף העובדה שהנתבע הציע לתובעת כי תלון בחדר ואילו הנתבע בסלון, במקום זה בחרה לזרוק את הנתבע בגילו המופלג, שמונים ואחת, חסר כל וללא קורת גג [...] אין באפשרותו לשכור דירת חדר ללא פסיקת דמי שימוש ראויים [...] לחייב את המשיבה בתשלום למבקש דמי שימוש [...] וכן חיוב בהוצאות ובשכר טרחת עורך דין. ולחילופין להורות בצו לתובעת לפנות את הדירה לטובת הנתבע עד למכירת הדירה וחלוקת תמורתה.

בתאריך כ"א באלול תשע"ז (12.9.2017) הורה בית הדין על הגשת תגובת הנתבעת לתביעה זו בתוך עשרה ימים.

בתגובתה שבה זו על האמור לעיל בתגובותיה מ"ב באלול (3.9) ומי"ג בו (4.9).

בתאריך כ' במרחשוון תשע"ח (9.11.2017) הוגשה בקשה בהולה מטעם האישה לקביעת מועד לסידור גט, ובה נכתב: "כנגד הבעל ניתן צו הגנה [...] מבוקש לקבוע מועד לסידור גט בטרם יפקע תוקפו של הצו והבעל יחזור לדירת הצדדים [...]"

בתאריך א' בכסלו תשע"ח (19.11.2017) הוגשה בקשה בהולה נוספת לאישור הסכם הגירושין מהטעמים הנ"ל.

בפרוטוקול הדיון מתאריך ח' בכסלו תשע"ח (26.11.2017) נכתב בין השאר:

בית הדין – מה הדחיפות להיום לעשות גט?

ב"כ האישה: האיש נמצא מחוץ לבית על ידי צו הגנה שמסתיים בעוד שלושה ימים, אם לא יהיה גט הוא יוכל לחזור לביתו.

[...] יש פה גם חשש לאלים נוספת. עניין הוצאת הדברים מהבית הוא עניין טכני.

בית הדין: זה לא טכני, ללא זה אי אפשר לסדר גט.

[...]

ב"כ הבעל: מאחר והוא נמצא כרגע אצל הבת שלו ששם בקושי יש לו מקום לשים את הראש.

ב"כ האישה: נעשה את הגט השבוע והאיש לא יכנס אלא החתן שלו או אחד מילדיו. נאפשר שמישהו מטעמו ולא הוא יכנסו לבית ויקחו את הציוד שלו,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אין חובה שהוא ייכנס, נארגן לו את הדברים בצורה מסודרת. יש צו הגנה, האישה פוחדת מאוד, אין סיכוי לשום התייחדות.

בית הדין: נעשה את הגט השבוע ולאחר הגט הוא יוציא את חפציו על ידי קרוב משפחה.

ב"כ הבעל: זה דברים שצריך כמובן לדבר עם הבנות שלו ואני לא יכול להתחייב עליו, עד שבוע הבא בתיאום מראש הוא יוציא את חפציו. אני אשתדל שעד סוף השבוע הזה.

בית הדין: עד סוף השבוע הזה, שנגמר צו ההרחקה, הבעל יוציא את כל חפציו מהדירה. הגט יתבצע בתחילת שבוע הבא.

[...]

ב"כ האישה: האישה לא תהיה בבית, חברי יודיע לי עד יום רביעי אנחנו נודיע לאישה לצאת מהבית והילדים המשותפים שלהם יהיו שם.

ב"כ האישה: ברגע שהוא ייכנס לבית והצו יסתיים לא ניתן להוציא צו חדש אלא אם כן יקרה אירוע דרמטי.

ב"כ הבעל: אז נחכה עד סוף צו ההגנה, זה בית שלו גם כן. ונחכה לשבוע הבא לעשיית הגט. הוא גם כך 'נענש' שמחודש מאי הוא מחוץ לבית. יש כבר כינוס ימכרו את הבית, אז שיחכה נושא הגט עד לאחרי מכירת הבית [...]

הנה, צו ההרחקה הוצא בתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17), וכאמור, לדברי התובעת – בגין אלימות. לדברי הנתבע – בשל תלונת שווא.

בסופו של הליך ארוך נמכרה הדירה הנ"ל בתאריך י"ד באדר תשע"ח (1.3.18) והאישה שילמה לאיש את חלקו בה – 445,000 ש"ח.

התובע מבקש דמי שימוש החל מהרחקתו בתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17) ועד למכירת הדירה בפועל. בכל תקופה זו השתמשה האישה בדירה באופן בלעדי בעוד האיש היה מורחק מהבית. הוגשו סיכומי הצדדים בעניין. יש הסכמה שהדיון יהיה ביחיד ויהחלטות בשלושה.

התובע הגיש בקשה נוספת בתאריך ט"ז בטבת תשע"ח (3.1.2018) – עוד טרם סידור הגט – ובה נכתב בסעיף 8 בזו הלשון:

בהתחשב בכך שהדירה בת שלושה וחצי חדרים, דמי השכירות החודשיים בשוק החופשי מוערכים בסך 3,000 ש"ח לחודש. משכך, מבוקש לחייב את המשיבה במחצית דמי השכירות, קרי בסך 1,500 ש"ח לחודש החל מחודש מאי 2017 ועד לחתימת הצדדים על הסכם מכר הדירה.

בתאריך כ"א בטבת תשע"ח (8.1.2018) הגישה האישה בקשה שבה נאמר בין השאר:

זאת ועוד: הנתבע הורחק מהבית על ידי בית המשפט לענייני משפחה, עקב התנהגות אלימה מצידו. בקשות חוזרות ונישנות של הנתבע לחזור לדירת הצדדי נדחו לאחר שבית המשפט לענייני משפחה הזמין תסקיר של פקידת הסעד ולאחר שמהתסקיר עלתה מסוכנות מצד הנתבע. בקשתו לחזור לדירת הצדדים נדחתה על ידי בית המשפט [...] זאת ועוד, התיק היה קבוע לסידור גט. הנתבע לא התייצב במועד שבו התיק היה קבוע, וכתוצאה מכך סידור הגט טרם בוצע, והלכה למעשה הנתבע מעגן את התובעת [...] ברור שלא מגיע לנתבע פרס על התנהגותו, ואין שום עילה ושום הצדקה לפסוק לטובתו דמי שימוש. חיוב התובעת בתשלום דמי שימוש לנתבע משמעו מתן פרס לאדם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהורחק מהבית עקב התנהגותו האלימה [...] פסיקת דמי שימוש לטובת הנתבע תעניק לנתבע תמריץ להמשיך להיות אלים כלפי התובעת, להמשיך להכשיל את הליכי הכינוס ולהמשיך להכשיל את הליך סידור הגט.

לדברי הנתבעת, הרי כי מהתסקיר עולה מסוכנותו של התובע. בהמשך יתברר אם דבריה כנים.

בבית הדין נקבע מועד לסידור הגט בדיון ביום י"ב בסיוון תשע"ח (30.11.2017) אולם הבעל לא הופיע משום שלא חש בטוב ונלקח לקופת חולים. גם בדיון זה האישה העלתה את החשש מבעלה ובשל כך נתן בית הדין צו ההרחקה שלא הוגבל בזמן ולמעשה האריך את ההרחקה שעד כה הייתה מכוחו של הצו שנתן בית המשפט עד סידור הגט. לאחר שהבעל חזר לבריאותו הודיע על בקשתו למועד לסידור הגט. סידור הגט התקיים בתאריך ט' בשבט תשע"ח (25.1.2018).

טענות הצדדים

כאמור, האישה היה מורחק מהדירה המשותפת מחודש מאי 2017. לפיכך הוא תובע מהאישה דמי שימוש בגין שימושה הבלעדי בדירה המשותפת ממועד זה ועד למכירת הדירה בתאריך י"ד באדר תשע"ח (1.3.18).

האישה טוענת בתגובה כי האישה כבר הגיש בקשה לדמי שימוש בבית המשפט וזו נדחתה שם ולכן אין מקום להעלאה מחדש של תביעה זו. כמו כן טוענת שצו ההרחקה ניתן בגין אלימות של האישה כפי שהובהר בהחלטת בית המשפט ולכן ההרחקה הייתה מוצדקת ואין מקום לחיוב דמי שימוש.

בנוסף היא טוענת שהבעל הוא שעייב את מכירת הדירה בחזרתו בו מהסיכומים המוקדמים ביניהם, סירב להופיע לסידור הגט ויצר עיכובים מכוונים.

עוד טענה בבית המשפט שהאיש לקח לעצמו 12,000 ש"ח מהחשבון המשותף בלי להתחלק איתה בהם.

סיכום שלבי העובדות

הגירושין ומכירת הדירה

1. בתאריך ה' במרחשוון תשע"ח (25.10.17) הגישו הצדדים בקשה לאישור הסכם ולקביעת מועד לסידור גט. נקבע מועד לדיון לתאריך ח' בכסלו תשע"ח (26.11.17).

2. בתאריך הנ"ל התברר שהצדדים אינם ערוכים לגירושין הואיל וכל חפצי הבעל עדיין נמצאים בדירה. לפיכך מועד הגט נקבע ליום י"ב בכסלו תשע"ח (30.11.17) – יום סיום צו ההרחקה של בית המשפט, במגמה שעד לתאריך זה הבעל יפנה את חפציו מהדירה.

3. במקביל אישר בית הדין את הסכם הגירושין. הצדדים קיבלו בקניין שהדירה תימכר. ובית הדין מינה, בהסכמת הצדדים, את באי כוח הצדדים לכונסי נכסים למכירת הדירה הנ"ל.

4. בתאריך י"ב בכסלו תשע"ח (30.11.17) לא הופיע הבעל לדיון. לטענתו היה חולה – עניין שמתקבל על הדעת לפי גילו ולא נסתר על ידי הצד השני באסמכתאות. בית הדין האריך את צו ההרחקה עד שייקבע מועד נוסף לסידור גט.

5. בדיון נוסף, ביום כ"ב בטבת תשע"ח (9.1.18), הודיע בא כוח הבעל שהבעל חוזר בו מההסכמות למכירת הדירה בשוק החופשי ותובע לקנות את הדירה בעצמו לפי שווי שמאי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יצוין שזו זכותו של הבעל כמו גם של האישה שהרי בהסכם הגירושין נקבע שיוצא צו לפירוק השיתוף, וכמקובל וכקבוע בחוק – לצדדים זכות ראשונים לקניית הדירה, זכות שאכן מומשה בפועל בסיום ההליך אלא שבפועל מימושה היה בידי האישה שקנתה את חלקו של האיש בדירה. בית הדין אמר בדיון שיש להציע את הדירה בנוסף בשוק החופשי כדי לבדוק אם הצדדים יכולים להרוויח מהדירה יותר, ואחר כך יוכל הבעל לקנות לפי המחיר שייקבע.

6. בתאריך ט' בשבט תשע"ח (25.1.18) הודיע הבעל על הסמתו להתגרש והצדדים התגרשו בתאריך זה.

7. בתאריך י"ד באדר תשע"ח (1.3.18) הגיעו הצדדים בסופו של דבר להסכמות על מכירת חלקו של האיש בבית לאישה בסכום של 445,000 ש"ח (לפי שווי מלא של הדירה שהועמד על 890,000 ש"ח לעומת הערכת השמאי שקבעה שווי של 850,000 ש"ח).

צו ההגנה

1. בחודש כ"א באייר תשע"ז (17.5.17) ניתן צו הגנה על ידי בית המשפט בשל תלונת האישה.

2. בתאריך כ"ז בתשרי תשע"ח (17.10.2017) הוארך צו ההגנה על ידי בית המשפט.

3. בתאריך י' במרחשוון תשע"ח (30.10.17) הוארך פעם נוספת צו ההגנה למשך שלושים יום על ידי בית המשפט לבקשת האישה.

4. בתאריך י"ב בכסלו תשע"ח (30.11.17) הוארך צו ההגנה על ידי בית הדין לתקופה בלתי מוגבלת.

דיון

צו ההרחקה הראשון ניתן על ידי המשטרה והוארך בתחילה בבית המשפט לאחר שהמשיב לא הופיע לדיון בעניינו.

בתאריך כ"ז בתשרי תשע"ח (17.10.2017) התקיים בבית המשפט ובנוכחות הצדדים דיון בנושא צו הרחקה שבו טענו הצדדים את טענותיהם. לטענת הבעל הוגש צו הרחקה ללא שום עילה. וכך הוסיף ואמר: "עיוות דין לכן אדם בן שמונים ואחת [...] על בסיס טענות שווא ושקריות נגדו".

בשלהי הדיון הציע בית המשפט הסכמות שבהן נכתב:

המבקשת תשלם למשיב דמי שימוש בנכס בסך 1,500 ש"ח החל מיום 20.10.17 ומדי 20 לכל חודש עבור החודש השוטף, וזאת עד למועד שבו יקבל המשיב את חלקו בדירת המגורים [...]

בהמשך צוין בפרוטוקול כי האישה חוזרת בה מההסכמות "שכן היא אינה מוכנה למכור את הבית".

נמצא כי הסכמתה לתשלום דמי שימוש לזמן הנקוב בהסכמות הנ"ל (שהוא חלק מהזמן שהוא נשוא התביעה דנן) לא היה הגורם לחזרתה של האישה מההסכמות. נראה כי גם היא הבינה שמוטל עליה לשלם דמי שימוש לפחות מהמועד הנ"ל. לדעתנו כדלהלן, חובתה בכך ברורה על פי הנתונים ולמשך כל התקופה.

בהחלטתו של בית המשפט במועד הנ"ל נכתב בין השאר:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המבקשת הגישה כנגד המשיב בקשה לצו הגנה [...] המשיב הגיש בקשה לביטול [...] פנייתה של המבקשת [...] נעשתה בחוסר תום לב [...]

נוכח הבקשה [...] הוריתי לעובדת סוציאלית לסדרי דין להגיש תסקיר אודות המשפחה והמסוכנות הנטענת [...] העובדת הסוציאלית סבורה כי אין נחיצות בהמשך צו ההגנה [...]

להתרשמותי, קיימת בעיתיות בעמדת המבקשת אשר מחד מעוניינת בהמשך מגוריה באופן בלעדי בדירה ומאידך מסרבת להסכים לפירוק השיתוף כמקובל. בעניין זה, די לחכימא [...] עד החלטה אחרת ימשיך לעמוד על כנו הצו [...]

נראה ברור מהי דעתם והתייחסותם של בית המשפט ושל העובדת הסוציאלית לטענות האישה. "ודי לחכימא" כלשון בית המשפט. לכאורה אפוא 'מעיקר הדין' לא הייתה העמדת הצו על כנו מוצדקת.

דיון נוסף התקיים ב' במרחשוון תשע"ח (30.10.17) בבקשה להאריך שוב את צו ההרחקה. עיון בפרוטוקול המצורף של בית המשפט מלמד שצו ההרחקה ניתן בעיקר לצורך קידום הגט.

בדיון בבית המשפט ב' במרחשוון תשע"ח (30.10.17) נחקרה האישה לגבי האלימות. מדבריה נראה בעליל שאין חשש כיום לאלימות. היא מדברת על אירוע חד-פעמי שקרה לפני שש שנים (!) שבו השחית הבעל חוטי חשמל. כך נאמר שם:

ש': את הגשת בקשה לצו הגנה בחודש מאי, למה הגשת את הבקשה?

ת': הוא שותה, מדבר לא יפה, באמצע הלילה בשעה 3:00 היה בקבוק וודקה לידו הוא שותה, אני בסלון יושבת. הוא היה בסלון, יושב שותה ופותח טלוויזיה. אני לא ישנה. אפילו הילדים לא ישנים.

ש': כל כמה זמן הוא שותה?

ת': זה רגיל אצלו, דיברנו והילדים דיברו איתי וגם אני. הוא לא מפסיק. שותה כמו מים. כל יום. אפילו בבוקר הוא הולך לשתות ערק. איך נסדר בבית ככה אני עובדת שתיים-עשרה שעות, לא ישנה בבית. אני עובדת במפעל עופות. זה לא קל [...]

ש': ממה את מפחדת?

ת': הוא כל הזמן מקלל, הוא משחק בדברים בבית, חתך כביסה, חתך מקרר, חתך חשמל. חתך את החוט. זה היה לפני שש שנים. אנחנו לא מסתדרים, זה נהיה יותר ויותר גרוע.

בהמשך הדיון אמר בא כוח המבקשת עצמו את הדברים הבאים:

[...] אנחנו מבקשים להאריך את הצו בעוד חודש ולו מטעמי פרקטיקה. אם הוא יחזור הביתה זה יפריע להליך הגירושין, לכינוס, יצור מתחים ועצבים. זה עניין של זמן עד התלונה הבאה למשטרה של מי מהצדדים ויחריף את המצב. חלק מהצורך בשקט תעשייתי זה שהמשיב, שממילא מחוץ לבית, ישאר עוד תקופה קצרה עד שהדירה תימכר [...] טוב היה שהמשיב אם לא היה מבקש לחזור, גם אם בית המשפט לא ייתן צו שמרחיק אותו, התנהגות חכמה יהיה לא להתקרב ולא לנסות בכוח להיות במקום שבו הוא לא רצוי והאישה טוענת טענות שונות כלפיו, הילדים ככל הנראה גם במערכת יחסים לא תקינה איתו [...] עדיף מטעמי פרקטיקה שלא יחזור הביתה [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דברי בא כוח המבקשת ברורים ואינם מעלים חשש אמיתי מפני התובע. וכי "מטעמי פרקטיקה" נשליך אדם מרכושו לרחוב?!

בתגובתו של בא כוח הבעל בבית המשפט נאמר:

[...] אין שום עילה להרחיקו ובוודאי שלא הייתה כל אלימות של המשיב כלפי המבקשת, כפי שעונה המבקשת לשאלת בא כוח המשיב כשטוענת שכל הדו שיח ביניהם, או הוויכוח היה מילולי בלבד. יחד עם זאת, בבקשות הסרק אשר פנתה למשטרה ולבית המשפט למעלה משלוש פעמים טענה לאלימות פיזית. ואילו פה, בחקירתה, סותרת את עצמה כאשר טוענת כי הוויכוח ביניהם נמשך וקרה מלפני שש שנים. הלכה למעשה, פנייתה של המבקשת לבית המשפט 4 פעמים ולהרחיק את המשיב חצי שנה נעשתה בחוסר תום לב וללא כל סיבה שהיא [...]

1. כב' השופטת [...] ב-17.5.17 הציעה שהמבקשת תגור באחד החדרים ותחליף מנעול. המשיב לעומת זאת, הסכים אפילו לגור בסלון ובכל זאת המבקשת סירבה וחזרה והגישה עוד 3 פעמים צווי הרחקה כנגד המשיב [...]

[...] כפי שעולה גם מתסקיר 16.10.17 העובדת הסוציאלית בלשכת הרווחה מתרשמת מהמשיב כי הוא אדם שקט ורגוע, שיתף פעולה, לא הופיע כעס כלפי האשה. לעומת זאת, על פי הדיווחים המבקשת לא רוצה בחזרתו הביתה ומבקשת להתגרש [...]

יצוין שבדיון זה ביחס לדמי שימוש אמר בא כוח המבקשת בתחילת הדיון:

לגבי דמי שימוש, חברי הגיש בקשה לדמי שימוש לבית הדין הרבני [...] לגבי דמי שימוש המבקשת לא מוכנה לשלם מכיוון שלטענתה הוא לקח 12,000 ש"ח מהחשבון המשותף.

נראה שהמבקשת מודה שהיא חייבת דמי שימוש וכי כל הסיבה שאינה מוכנה לשלם הוא מטעם שהבעל 'גנב' 12,000 ש"ח מהחשבון.

לכשנברר מדוע לקח הבעל סכום זה, נראה כי בתגובתו של הבעל מיום י"ח בסיוון תשע"ז (12.6.2018) כתב הבעל ששילם 11,800 ש"ח במזומן לסילוק יתרת המשכנתא. הוא מצרף אסמכתא לכך שבה נחזה כי בתאריך ה' באייר תשע"ז (1.5.17) ביצע הבעל תשלום זה. נמצא כי המשכנתא המשותפת לצדדים שולמה וסולקה מכספי הצדדים במשותף. גם טענה זו נמצאת אפוא לא צודקת.

נמצא אפוא כי גם לפי טענת האישה בטל הטעם לאי־תשלום דמי שימוש, שכן אינה צודקת בטענתה בכך שתלתה את אי תשלום דמי שימוש במה שכביכול "גנב" הבעל כספים מחשבונה. ונמצא לסיכום כי האישה ובא כוחה מודים – ולפחות בעקיפין או במשתמע – בחיובה של האישה בדמי שימוש.

כאמור גם בסיכומי בא כוח האישה בסוף הדיון הנ"ל נאמר שהצורך בהארכת צו ההרחקה נובע מ"מטעמי פרקטיקה" לאפשר את מהלך הגירושין במהירות ובקלות, וכמצוטט לעיל.

גם החלטת השופט על הארכת צו ההרחקה למשך חודש נוסף ניתנה בעיקר מטעמים פרקטיים. כך נאמר שם:

[...] לאחר ששמעתי את טענות הצדדים ועיינתי בכל החומר המצוין בתיק, שוכנעתי כי יש מקום להורת על הארכה של צו ההגנה שניתן וזאת לתקופה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מוגבלת על מנת לאפשר לצדדים להתארגן. מדבריה של המבקשת, שלא נסתרו, עולה כי המשיב נוהג לשתות לשוכרה [...] לא מצאתי כי המשיב אכן פנה לקבלת טיפול ליחידה לשלום המשפחה. אין כל ספק כי שימוש מופרז באלכוהול עלול להביא לתופעות שליליות ואף לחשש מפני אלימות. יצוין כי במסגרת העילות [...] לחוק למניעת אלימות במשפחה קיימת אף זכותו של המבקש לשימוש סביר בדירת המגורים וכאשר המשיב מונע זאת מהווה הדבר עילה כשלעצמה למתן צו הגנה.

כמו כן יש להביא בחשבון כי הצדדים אמורים להתגרש בימים הקרובים ומשכך, צודק בא כוח המבקשת וככל שהמשיב יחזור להתגורר בדירת המגורים עלול הדבר לעכב את סידור הגט. משהגיעו הצדדים להסדר בעניין פירוק השיתוף בדירת הצדדים דומני כי הוסר המחסום וניתן להגיע להסדר מהיר של חלוקת הרכוש המשותף וגם מסיבה זו אינני מוצא לנכון להורות על ביטול צו ההגנה שניתן כנגד המשיב.

אשר על כן אני מורה על הארכת תוקפו של צו ההגנה כנגד המשיב [...] וזאת למשך שלושים יום מהיום.

אין ספק שהחלטת השופט על ההרחקה התבססה בעיקר על העובדה שמדובר ממילא בזמן קצר עד לגט ולצורך התארגנות לקראת הגירושין. אך מדבריו עולה גם כן שלא היה מקום לתת צו הרחקה מלכתחילה ולא הייתה עילה מספקת לכך. דבריו של השופט בדבר שתיית התובע כעילה אינם ברורים כאשר התובע מכחיש כל העת את מסוכנותו, ובמקביל לעובדה כי השתייה שכיחה בהנהגת העדה. וכי בשל סידור הגט, שלא יתעכב, ניתן לזרוק אדם מביתו לרחוב או לגלות ממיטה למיטה אצל בני המשפחה! ?

כמו כן, בתסקיר שהוגש על ידי רשויות הרווחה מיום כ"ו בתשרי תשע"ח (16.10.17) נכתב (ההדגשות אינן במקור):

התרשמות: לבני הזוג בעיות אישות זה זמן רב. יש פער גילאים של כמעט שלושים שנים [...] מתקבלת תמונה של בני זוג שהגיעו למצב בו עליהם לקבל החלטה [...] האישה מבקשת להתגרש ולסיים את פרק הנישואין, הבעל מבין כי לא ניתן להכריח אותה לחיות איתו בכוח ועל שניהם לשקול כיצד להתארגן ולחלק את הרכוש המשותף – הדירה [...] נראה כי האישה התארגנה לחיים רגועים ושלוים ולא רוצה לחזור למצב הקודם בו בבית שרר מתח ביניהם.

הבעל מבטיח שיישב בחדרו או לחילופין, יטייל בחוץ, העיקר לגור בבית [...] מוצא עצמו נע ונד בין בתים שונים. טוען שאין בכוונתו וגם לא היה לו קודם, כל רצון לפגוע באישה והוא גם לא מעוניין לפרק את המשפחה [...] בשיחה [...] היה שקט ורגוע, שיתף פעולה, לא הופיע כעס כלפי האישה. האישה, לעומת זאת [...] לא רוצה בחזרתו הביתה ומבקשת להתגרש.

בהמלצותיה כותבת העובדת הסוציאלית: "לא התרשמתי בנחיצות המשך צו ההגנה, אלא בהסכמות שני הצדדים."

מדבריה של העובדת הסוציאלית עולה ברור כי רצונה של הנתבעת בהרחקתו של התובע בא מרצונה בשקט ורגיעה אל מול מתח ששרר בין הצדדים, עניין השכיח רבות בין בני זוג בהליכי גירושין. וכי משום מניעת מתח שכזה נשליך אדם – ובמיוחד אדם בן שמונים ואחת – מביתו ומרכושו לנדוד ולגלות בין בני משפחתו! ? אם חפצה הייתה האישה בשקט ורגיעה, היה עליה – בגילה הצעיר יחסית, חמישים ושתיים – לגלות ולנדוד בין בני משפחתה ולהשאיר את התובע זמנית בביתו ובמשכנו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מכל הדברים האמורים עולה לנכון שלכאורה לא הייתה עילה סבירה ומנומקת להרחקת האישה מביתו ומניעתו (בגיל שמונים ואחת!) משימוש בביתו בה בעת עם האישה. לאור זאת נראה שהדרישה העקרונית לדמי שימוש היא מוצדקת ונכונה.

מסקנה

בסיכום האמור עולה שהחל מתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17) ועד לתאריך האישי זכאי לדמי שימוש.

אשר לערך דמי השכירות: בעבר האישי הסכים לשווי של 1,500 ש"ח כפי שנאמר בהצעת הפשרה בבית המשפט בעניין צו ההגנה, מהנאמר שם עולה וכנזכר לעיל כי גם האישה הסכימה לכך עקרונית אלא שחזרה בה מהסכמתה מסיבות שאינן נוגעות לקביעה שווי זו. משכך רשאים אנו לראות סכום זה כהערכה מוסכמת של שווי דמי השימוש. לכן יש לקבוע סכום זה עבור כל חודש החל מחודש כ"א באייר תשע"ז (17.5.17) ועד י"ד באדר תשע"ח (1.3.18) עת קנתה האישה את הדירה.

הנידון ההלכתי

המקור לחיוב דמי שימוש

במסכת בבא קמא (יט, ב) איתא במשנה: "כיצד השן מועדת? לאכול [...] במה דברים אמורים? ברשות הניזק. אבל ברשות הרבים פטור, ואם נהנית משלת מה שנהנית".

ובגמרא שם (כ, א) איתא:

"ואם נהנית משלמת." וכמה? רבה אמר [...] דמי עמיר, רבא אמר: דמי שעורים בזול [...]

אמר ליה רב חסדא לרמי בר חמא [...] "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך?"

היכי דמי? אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר (רש"י: "דלא עביד למיגר – זה שדר באותה חצר אינו עשוי לשכור חצרות לפי שמצויין לו בתים להשאל או יש לו בית אחר") – זה לא נהנה וזה לא חסר! (רש"י: "זה לא נהנה – דהא שכחי ליה בתים בחנם. וזה לא חסר – דהא לא קיימא לאגרא ופשיטא דפטור." רבנו חננאל: "זה לא נהנה – שכן כל מקום ששוכן אינו נותן שכר מפני שהוא חשוב ונשוא פנים ומבקשים הכל לדור אצלם בלא שכירות [...]"

אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – זה נהנה וזה חסר! (רש"י: "זה נהנה, שהרי היה לו לשכור בית אחר. וזה חסר, דחצרו קיימא להשכיר והוה מוגר לאחרני." תוספות: "דכל זמן שרואין את זה עומד בביתו אין מבקשין ממנו להשכיר.")

לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר (רש"י: "דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר") – מאי? מצי אמר ליה "מאי חסרתין?" (רש"י: "מאי חסרתין – הא בלאו הכי לא מוגרת") או דלמא מצי אמר "הא איתהנית?" (רש"י: "הא איתהנית – דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני")

אמר ליה: מתניתין היא. הי מתניתין? אמר ליה [...] "אם נהנית, משלמת מה שנהנית [...]"

ותוספות שם כתבו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זה אין נהנה זה אין חסר הוא – אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הווה מצי למימר דפטור כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא.

כלומר: תוספות עוסקים במקרה רביעי שלא הוזכר בגמרא, והוא 'זה לא נהנה' (כיוון דלא עביד למיגר) 'וזה חסר' (דהחצר קיימא לאגרא), ולשיטת התוספות במקרה כזה – פטור.

ובביאור שיטת התוספות כתב שם הפני יהושע וזו לשונו:

בתוספות בדיבור המתחיל "זה אינו נהנה וזה לא חסר" – "אפילו בחצר דקיימא לאגרא" וכו' "הוה מצי למימר דפטור כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד" וכו' עד כאן לשונם.

פירוש דמה שכתבו תחילה שאינו נהנה אין מספיק לפוטרו, דרוב המזיקים גם כן אינם נהנים ואפילו הכי חייבים כיון שהלה מפסיד. לכך כתבו דלא חשיב הפסד כל כך כיון דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא. אבל קשה דאם כן דחשבינן ליה גרמא, אם כן אמאי פשוט ליה להש"ס בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דחייב, דזה נהנה וזה חסר, כיון דלא חשבו לחייבו על ידי שחסרו כיון דגרמא הוא? ואין לומר דפשיטא להש"ס לחייבו משום דנהנה, דהא בזה נהנה וזה אינו חסר קא מיבעיא ליה משמע דהחייב במה שנהנה לחוד אינו פשוט לו. ודוחק לומר דכיון שנהנה – זה מסייעו לחייבו בשביל כן על החסרון – אף על גב שהוא גרמא מצטרפין שני הסברות לחייבו אף על גב דבכל חדא לא מחייב, אבל הוא דוחק. ועוד דכל היכא דמיפטר משום גרמא לא מצינו לחלק בין היכא דנהנה או לא, כגון גבי המקבל שדה מחבירו והובירה דפטור משום גרמא אי לאו משום דדרשינן לשון הדיוט, וכתב הרא"ש שמשם הוציאו התוספות כאן דין זה, והתם אפשר דנהנה המקבל במה שהובירה, שעל ידי כך עוסק במלאכה אחרת ואפילו הכי פטור. וכן בכמה דינים של גרמא המובאים בטור חושן משפט (סימן שפו) מצינן בהו כמה דברים שנהנה המזיק ואפילו הכי פטור. ועוד דמצד הסברא אדרבה יותר יש לחייב בזה חסר וזה לא נהנה מבזה נהנה וזה לא חסר, דעיקר חיוב ניזקין בחסרון בלא הנאה, אבל הנאה בלא חסרון מיחזי כמידת סדום.

ונראה דלא קשיא מידי, דסברת התוספות היא דודאי משום מה שחסר אין לחייבו כיון דהוי גרמא בניזקין, אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו שדר בביתו – בזה לחוד סגי לחייבו. והא דמספקא ליה שם ב'זה נהנה וזה לא חסר' היינו משום דאיכא למימר בכהאי גוונא 'כופין על מידת סדום', כיון שהלה אינו מפסיד כלל. וגדולה מזו כתב המרדכי בשם ראבי"ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו בחצר דלא קיימא לאגרא. ואף על גב דרוב הפוסקים חולקים עליו, מכל מקום בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש"ס. אבל ב'זה נהנה וזה חסר' כגון בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – כיון דלא שייך להזכיר כאן כלל מידת סדום כיון שמגיע לו היזק, שפיר פשיטא ליה להש"ס לחייבו משום הנאתו לחוד. וכן נראה מלשון הש"ס בסמוך דמשום שחרירותא דאשייתא משלם כל דמי השכירות, ולא אמרינן שלא ישלם אלא כפי שהפסידו, אלא ודאי שעיקר החיוב הוא בשביל שנהנה והטעם 'שחרירותא' אינו בא אלא להצילו מלומר שהיא מדת סדום.

כן נראה לי לפרש דעת תוספות. ועיין בהרי"ף דפליג באמת על התוספות בזה. ודוק.

ואומנם רוב הראשונים חלקו על דעת התוספות (והעיר על זה הגר"א בביאורו על אתר):

הרי"ף (שם ט, א מדפי הרי"ף) כתב:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ודוקא בחצר דלא קיימא לאגרא ואף על גב דההוא גברא עביד למיגר. מאי טעמא? זה נהנה וזה לא חסר הוא. אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא.

נמצא שלדעת הרי"ף 'זה לא נהנה וזה חסר' – חייב. לדבריו, בפשטות, אין לכאור שחיובו במקרה זה הוא משום דין 'נהנה', שהרי לא נהנה. ובהכרח חיובו מדין 'חסר' וכדלהלן.

כדעת הרי"ף כך גם דעת הנימוקי יוסף (שם ח, ב) שכתב בזו הלשון:

וחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר לא הזכירוהו. וכתבו בעלי התוספות ז"ל שזה פשוט הוא שהוא פטור דכמבטל כיסו של חבירו או כי אחדקיה לחבריה באנדרונא שהם פטורים. והרא"ה ז"ל כתב שכל הגאונים ז"ל פה אחד אומרים שהוא חייב וכן דעת רבו ז"ל. ולא דמי למבטל כיסו ולאחדקיה לחבריה, דהתם גרמא בעלמא הוא אבל בכאן שדר בה ואכל פירותיו חייב בודאי. תדע שאילו אכל אדם פירות חבירו חייב אף על פי שלא נהנה כלל. ומיהו אילו לא דר בה אלא שסגר כל השנה פטור עד כאן לשוננו. וכן כתב הריטב"א ז"ל דכשלא דר בה גרמא בעלמא הוא וכן כתב הרמ"ה ז"ל דכשדר בה חייב מידי דהוה אכל נזקים דעלמא דזה חסר וזה לא נהנה [...]

נראה מלשוננו שהחיוב ב'זה לא נהנה וזה חסר' הוא מדין 'מזיק'.

וכן פסק הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט) בזו הלשון:

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה דלא חסר, ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממונ.

כך גם הכריע הרא"ש (בבא קמא פרק ב סימן ו) שכתב וזו לשוננו:

"אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר זה לא נהנה וזה לא חסר הוא" – פירש ר"י דהוא הדין נמי בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דפטור כיון דלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה וכן המקבל שדה והובירה אין חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט. ואומר בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור.

ורב אלפס ז"ל כתב: אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר דהא חסריה ממונא. וכדבריו מוכח בשמעתין – "שלחיה בי רבי אמי, אמר: וכי מה עשה זה, מה חסרו ומה הזיקו?" משמע: הא חסרו והזיקו – פשיטא שחייב. ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב דלא הוי אלא גרמא בעלמא, ואי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיוביה משום שאכל חסרונו של זה, ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו או המוביר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה – אף על גב שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם מכל מקום השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד, וכן נראה.

ומכל מקום יש ראשונים שסברו כדעת התוספות דהנה ההגהות אשרי (שם הגהה א) כתב על דברי תוספות: "וכן פסק מהרי"ח, אבל באור זורע פסק כרב אלפס דצריך להעלות לו שכר היכא דקיימא לאגרא."

כדעת התוספות פסק גם הרשב"א (שם בדיבור המתחיל "אלא בחצר"), וזו לשוננו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"אלא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר" – בכאן בא להזכיר שלש מדות הללו, ועוד חסר מדה רביעית והוא חצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. והרב אלפסי ז"ל כתב שהוא חייב דהא חסריה, אבל בתוספות אמרו שהוא פטור דאמר ליה "מאי אהנית לי?" ואי משום דאמר ליה "חסרתני" – לא אמרינן הכי אלא במקום דמצי אמר ליה "אתהנית לך בחסרוני", ותדע לך דאי נעל דלת בפני הבעלים ולא הניחו להכנס בביתו מי מחייב כלום. ונראין לי דברי התוספות, דמבטל שדה חברו אינו חייב שאין הגזלנין משלמין אלא כשעת הגזלה והמקבל שדה מחברו והוכירה (כבא מציעא קד, א) אינו חייב אלא מדדרשינן לשון הדיוט והרי זה כמתנה בשעה שקבלה "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא", הא אי לאו משום לשון הדיוט היה פטור. ואף על גב דבירושלמי אמרו בפרק איזהו נשך "המבטל שדה חברו צריך לשפות לו", הא משמע דלא אמרו אלא במקבל שדה מחברו והוכירה [...] והתם נמי אמרו "המבטל חנותו של חברו – מהו?" ולא פשטוה אלמא פטור [...]

גם רבנו פרץ (הובא במרדכי בבבא קמא שם רמז טו דיבור המתחיל "והא") כתב כדברי התוספות והרשב"א, וזו לשונו:

[...] "ואי חצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר אפילו בגברא דלא עביד למיגר דהא אפסדיה כדקאמר 'את גרמת לי הקיפא יתירה.' " עד כאן לשונו. וכן פירש האלפס [...] דלא כר"י. אבל ביסוד רבינו פרץ מצאתי דפשיטא דפטור כיון דלא נהנה ואם הפסידו אין זה אלא גרמא בעלמא, מידי דהוה אהרביץ ארי לפני בהמת חבירו דפטור וכן פירש ר"י דאפילו אם תקף חבירו והוציאו בעל כורחו ודר בו אין זה אלא גרמא בעלמא ומשלם כשעת הגזילה [...]

נמצא אפוא שהרי"ף, הרא"ש, הרמב"ם, הרא"ה, הנמוקי יוסף, האור זרוע ו'כל הגאונים' סברו שזה לא נהנה וזה חסר חייב. ואילו תוספות, הרשב"א, רבנו פרץ ומהרי"ח (בהגהות אשר"י) כתבו שפטור.

החילוק בין 'מבטל כיסו' ובין 'זה לא נהנה וזה חסר'

כביאור החילוק בין דין 'מבטל כיסו של חברו' שפטור לבין 'זה לא נהנה וזה חסר' שחייב לפי רוב הראשונים הובאו בקצות החושן (סימן שי"א) דברי שו"ת חוות יאיר (סימן קנא) וזו לשונו:

[...] בשו"ת חוות יאיר (סימן קנא) זו לשונו: [...]

איתא בירושלמי (כבא מציעא פרק ט הלכה ג) "מבטל כיסו של חבירו – פטור" הביאו הנימוקי יוסף פרק המקבל (שם סא, ב בדפי הרי"ף), וטעמא משום דלא הוי אלא גרמא. ולפי זה אפילו תבע מעותיו והתרה בו ואמר שיכול להרויח בהם וזה מעכב פטור, וכן פסק רש"ל (ים של שלמה בבא קמא פרק ט סימן ל) וחולק על הרמ"א בהג"ה סימן רצ"ב (סעיף ז) שכתב בכהאי גוונא "חייב", והביאו הש"ך שם (ס"ק טו). ולכאורה קשה: מאי שנא מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאם החצר עשויה לשכר חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו כמבואר בסימן שס"ג (סעיף ו), וכן התוקף ספינתו של חבירו העשויה לשכר חייב כמבואר שם (סעיף ה) והם ברייתות ומימרות (כבא קמא כא, א; צז, א) [...]

ויותר נראה לי לחלק דבית וספינה שעומדין להשכיר ודרך העולם שאין עומדין פנוין דשכיחי שוכרים [כו'], מה שאין כן מעות דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה [וכו'] [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא שלדעת החוות יאיר החילוק הוא שבבית וספינה נידונה מניעת השימוש בהם כ'גרמי' שכן הנזק ברור ושכיח, מה שאין כן במעות דהווי רק 'גרמא' כי הנזק לא ברור ולא שכיח.

הקצות החושן חלק על חוות יאיר וכתב:

ולכבי לא כן ידמה בכל דבריו בזה, דמה שהקשה מהא דמבטל כיסו על האי דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו – טעמו מבואר דקרקע אינה נגזלת ומשום הכי חייב לשלם שכר, מה שאין כן מטלטלין דנגזלין וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה (שם צג, ב) ושבח גזילה דמטלטלין – דגזלן הוא, אבל שבח גזילה דקרקע – דנגזל הוא, וכמבואר בטור סימן שע"א (סעיפים ו-ז): כשם שהקרקע בחזקת הנגזל [לחובתו] שיוכל לומר "הרי שלך לפניך", כן היא ברשותו לטובתו, דאף על גב דגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת הגזילה גבי קרקע אינו כן אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה. והובא ברמ"א שם (סעיף ב), עיין שם.

ומה שהקשה מספינה העשויה לשכר דחייב – התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגרא, אבל אם ירד אדעתא דלא לשלם אגרא אינו משלם שכרה, ומשום דכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה, וכמבואר להדיא פרק הגזול קמא (שם דף צז ע"א), עיין שם. וכן הוא בטור ושולחן ערוך סימן שס"ג (סעיף ה), עיין שם. וכהאי גוונא נמי במבטל כיסו – אם עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות צריך לשלם לו הריוח, וכמבואר בסימן רצ"ב שם, ואם עוסק אדעתא דידיה ושלא ליתן ריוח לבעל המעות פטור, ומשום דגבי ספינה נמי כהאי גוונא פטור [...]

נמצא כי לדעת חוות יאיר בית וספינה עומדים להשכרה ובדרך כלל אינם פנויים כי שכיח שישכרום. לפיכך ככהאי גוונא אם עיכב מלהרוויח בהם חייב, דהווי 'גרמי'. אולם בכסף שכדי להרוויח בו צריך התעסקות וחוכמה – פטור, דהווי 'גרמא'.

הקצות החושן לעומתו חולק על סברה זו, ולדעתו החילוק הוא שונה: הדר בחצר חברו חייב משום שקרקע אינה נגזלת ורק בגזלת מיטלטלין כמו כיס מעות, שהם נגזלים, יש בה את גזרת הכתוב שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה ושבח והנאה מהגזלה שייכים לגזלן בניגוד לשבח והנאה של קרקע, שאינה נגזלת, שהרי הם לנגזל. בעניין ספינה (שהיא מיטלטלין) שתקפה ומנע את רווחיה ביאר הקצות החושן שמדובר בכהאי גוונא שירד על דעת לשלם שכירות ורק בירד על דעת לגזול ולא לשלם פטור במבטל כיסו. ולפי זה אם התעסק במעות על דעת לתת שכר לבעלים חייב לשלם לבעלים את כל הרווח.

חילוק נוסף מצינו בין השניים, דהנה כתב הקהילות יעקב (בבא קמא סימן יח אות ב):

ומעתה יש לברר בהא דהדר בחצר חבירו דקיימא לאגרא חייב אם הוא מדין נהנה או לא. ולכאורה מוכרח דלאו משום נהנה מתחייב שהרי הדר בחצר חבירו היכא דזה נהנה וזה לא חסר קיימא לן דפטור, ואם כן הא דמחייבין ליה היכא דזה נהנה וזה חסר בעל כורחנו דזהו משום החסר – לפי דקיימא לאגרא וחסרו לבעל הבית מה שהיה יכול ליקח אגרא. אכן לדעת התוספות בסוגיין דבחסר ולא נהנה פטור, כגון חצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר [...] אם כן הא דזה נהנה וזה חסר חייב הוא בצירוף הנאה והחסר ביחד, דהא נהנה בלא חסר פטור וחסר בלא נהנה פטור לדעת התוספות.

אכן לדעת הרי"ף ז"ל והרא"ש ז"ל ושאר פוסקים [...] הסכימו פה אחד דחייב הדר בחצר דקיימא לאגרא אף על פי דגברא לא עביד למיגר, דהיינו חסר ולא נהנה. ואינו דומה לסוגר ביתו של חבירו דהווי גרמא בעלמא למניעת הריוח,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אבל כשדר בו הרי 'אכל חסרונו של זה' – עיין שם. ואם כן מוכח דחייב עבור החסר שעשה לחבירו אפילו בדליכא הנאה, וחיובו הוא מעין ענין מזיק או גוזל ממונא דחבריה דהיינו שנטל מחבירו הנאת הבית. וכיון דחיובו מטעם 'חסר' שעשה, אם כן פשיטא דלא שייך לשלם כאן רק 'דמי בשר בזול', דזהו רק היכא דחייב מטעם 'נהנה' – שהנאה דבעל כורחו אינו שווה יותר, אבל החיסרון הא היה בכל שוויות השכירות.

'נהנה' ו'אוכל חסרונו'

מסיכום הדברים שהבאנו נמצא כי ישנן שתי סיבות הלכתיות המחייבות ממון בסוגייתנו – דין 'נהנה' ודין 'אוכל חסרונו':

במקרה של 'זה חסר וזה לא נהנה', אי אפשר לחייבו מדין 'נהנה' שהרי לא נהנה, אלא שחיובו לשיתת הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש ורוב הגאונים (ודלא כתוספות ודעימייהו) הוא מדין 'אוכל חסרונו' וכמו גוזל ומזיק.

אולם ב'זה נהנה וזה חסר' חיובו הוא משום 'נהנה' שהרי אם היינו מחייבים אותו רק מדין 'חסר' היה לנו לחייבו רק בשיעור שחיסר, ואילו להלכה לדעת רוב הראשונים משלם ב'זה לא נהנה וזה חסר' על כל שיעור הנאתו, אלא שהיות חברו 'חסר' – אפילו בכל שהוא – היא תנאי לחיובו מדין 'נהנה'. וכמו שכתב הפני יהושע (בבא קמא כ, א) הנזכר שבזה נהנה וזה לא חסר – אף על פי שהיה לנו לחייבו מדין נהנה, מכל מקום נפטר מדין 'כופין' אותו על מידת סדום' שהרי מה אכפת לו בהנאתו של זה, אם הוא לא חסר ולא כלום. אולם ברגע שגם חסר משהו, שוב אין זו מידת סדום לחייבו על כל הנאתו.

מקור דין זה הוא בסוגיה הנ"ל במסכת בבא קמא (כ, ב):

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

ופירש רש"י: "שחרוריתא דאשייתא, שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא [...]"

והנה כל הראשונים פסקו שאפילו חסרו מעט בשחרוריתא דאשייתא, חייב על כל ההנאה. וכן נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן סג סעיף ז) בזו הלשון:

יש אומרים דכשאינן החצר עומד לשכר, דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חיסרו במה שהשחירו אף על פי שאין הפסד אותו שחרוריתא אלא מועט, על ידו מגלגלין כל השכר כפי מה שנהנה [...]

וביאר הסמ"ע (שם ס"ק יח) וזו לשונו: "פירוש: כיון דעל כל פנים צריך לשלם מה שחיסרו, מגלגלין גם כן על ידי אותו המעט כל מה שנהנה וצריך לשלם הכל."

זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה

והנה התוספות (במסכת כתובות ל, ב דיבור המתחיל "צריכא") כתבו דאף אם ערך החיסרון הוא פחות משווה פרוטה, חשיב חיסרון וחייב על כל ההנאה. הסוגיה שם עוסקת במי שתחב לו חבירו אוכל של אדם אחר לבית הבליעה, ובלעו, שחייב על הנאת בליעתו, ואף על פי שזה נהנה וזה לא חסר פטור – והרי אם היה פולט את המאכל לאחר שנתחב בבית בליעתו לכאורה לא היה שווה דבר, שהרי הוא מאוס על בני אדם, ונמצא שבליעתו לא חיסרה דבר מחברו – מכל מקום כיוון שבכל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זאת המאכל שווה משהו, ולו פחות משווה פרוטה, גם כאשר הוא מאוס, מתחייב הנהנה משום חסרון זה בכל הנאתו. וכך כתבו התוספות (שם):

[...] כגון דמעיקרא לא הוי בה כי אם שוה פרוטה או מעט יותר, ועתה שנתקלקלה קצת אינה שווה פרוטה, ואפילו אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, מכל מקום כיון דשוין כל שהוא אז מתחייב בכל כדאמרינן התם (בבא קמא שם) "משום דאמר ליה: 'את גרמת לי היקפא יתירתא'" – מיחייב בכל הנאה, או "משום שחרוריתא דאשייתא" – מיתחייב לכולי עלמא בכל [...]

בביאור הדבר נראה כי על אף שהחסרון הוא כה מעט ששוויו פחות מפרוטה מכל מקום חייבוהו על כל ההנאה, שהרי לפי דברי הפני יהושע שהבאנו נמצא כי ההנאה היא המחייבת את האדם הנהנה, אלא שב'זה נהנה וזה לא חסר' מפני סברת 'כופין אותו על מידת סדום' נפטר מחיובו הרגיל על הנאה, אולם בכהאי גוונא שדר בכית חברו ונחסר בעל הדיר, הרי עצם החיסרון – אפילו 'שחרורית' קטנה על קיר הבית שאינה מחסרת אפילו פרוטה – זכאי ורשאי בעל הבית להתנגד לו ולומר שמפריע לו שהקיר כבר אינו נקי וחדש כפי שהיה, נמצא שכבר אין לפנינו 'מידת סדום', שהרי בפיו של בעל הבית טענה מוצדקת לטעמו, ובכהאי גוונא שוב עולה ומעוררת סיבת החיוב של 'נהנה'.

וראה עוד בחכמת שלמה (לשולחן ערוך חושן משפט סימן ס"ג סעיף ו) שכתב וזו לשונו:

ויש להסתפק אם חסרו פחות משווה פרוטה – אם משלם הכל או כיון דפחות משווה פרוטה אינו ממון אינו משלם הכל. אך עיין בתוספות פרק ג' דכתובות [...] מוכח שם דאף אם חסרו בפחות משווה פרוטה גם כן מגלגלין עליו את הכל [...] והוא חידוש דין.

ולדברינו הדברים מבוארים היטב וכאמור.

יצוין כי באשר לדבריו "והוא חידוש דין", נביא להלן בשם שער המלך שתוספות בבבא קמא (לפי אחד מביאוריו לדבריהם) אכן חולקים על התוספות בכתובות בנקודה זו.

התוספות (בכתובות, הנ"ל) הוכיחו את דבריהם גם מסוגיית "היקפא יתירא" וכלשונם: "כיון דשוין כל שהוא אז מתחייב בכל כדאמרינן התם (בבא קמא שם) 'משום דאמר ליה: 'את גרמת לי היקפא יתירתא'" – מיחייב בכל הנאה." ונבאר את דבריהם להלן:

על דברי שולחן ערוך הנ"ל (חושן משפט סימן ס"ג סעיף ז) "יש אומרים [...] אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חיסרו במה שהשחירו [...] מגלגלין כל השכר כפי מה שנהנה [...] כתב הקצות החושן (שם ס"ק ד) בזו הלשון:

"כגון שהיה בית חדש – [...] ונראה דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והווי ליה כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי על ידי בר אמוראי דאף על גב דצריך הוצאה אינו אלא גרמא ופטור (עיין בבא קמא צח, א ובתוספות דיבור "המתחיל עכורין"). אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר "את גרמת לי היקפא יתירא" (שם כ, ב), דודאי אין בזה משום דין מזיק, אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו. אבל היכא דלא נהנה אינו חייב בעד שחרוריתא דאין בזה משום מזיק וכמ"ש.

מבואר מדברי הקצות החושן להדיא כדברי הפני יהושע (הנ"ל, שהחיוב הוא על ההנאה וה'חסרון' הוא רק תנאי לחיוב שעניינו לסלק את הפטור שמטעם 'כופין על מידת סדום') והוא אף הביא לראייה את דברי התוספות בעניין 'היקפא יתירא' שבהם יש חידוש נוסף. ונבאר:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בגמרא (בבא קמא כ, ב) איתא:

תנן: "המקיף חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית, אין מחייבין אותו" – הא רביעית, מחייבין אותו. שמע מינה 'זה נהנה וזה לא חסר' – חייב. שאני התם, דאמר ליה: "את גרמת לי הקיפא יתירא".

ופירש רש"י:

משלש רוחותיו – שהיה לו לראובן שלש שדות אצל שדה שמעון משלש רוחותיו.

וגדר – ראובן את הראשונה סמוך לשדה שמעון לבד מחיצות חיצונות שהיו לו בינו לשאר הבקעות.

ותוספות (שם דיבור המתחיל "את") ביארו בדרך אחרת וזו לשונם:

את גרמת לי הקיפא יתירא – מתוך פירוש הקונטרס משמע דמיירי בגדר שבין שדה לשדה ניקף. וקשה [...] אלא נראה שמבחוץ סביב לד' רוחות הקיף והקיפא יתירא משום שמחמת שדה האמצעי ההיקף גדול יותר מדאי.

והנה הגמרא ביארה כי מכיון שהחיצוני הקיף 'הקיפא יתירא' מחמת שדהו של הפנימי, חשיב 'חסר' כדי לחייב את הפנימי בכל הנאתו. מכאן הוכיח הקצות החושן את דבריו שהחייב אינו משום מזיק – מלבד טענתו שהיזק שחרוריתא דאשייתא הוא בגדר 'גרמא' – ולכן חייב אף שחסרון 'שחרוריתא' הוא מועט (ואפילו פחות משה פרוטה כמבואר). הוכחתו היא מדין 'הקיפא יתירא' שבו שם הרי הניקף לא החסיר ולא הזיק כלל ואפילו לא פחות משווה פרוטה, שהרי לא עשה שום עוול במה ששדהו היא הפנימית. ובכל זאת די בעצם הדבר שנוצר 'חסר' בגללו למקיף – גם אם הוא לא עשה כל עוול וכל פגיעה או היזק לחברו אלא שהמציאות העובדתית היא שבשלו, ושלא בעוול כלל, נוצר חיסרון לחברו – כדי ששוב לא יחול בו דין של 'כופין על מידת סדום'. וזה חידוש נפלא שאף שלא עשה כל עוול, עצם החיסרון – יש בו כדי לגלגל עליו את כל ההנאה. חידוש זה נמצא בדברי התוספות כאמור.

והנה, לביאור שער המלך, התוספות במסכת בבא קמא חולקים על התוספות במסכת כתובות ולשיטתם בעינין 'חסר' של שווה פרוטה. אולם גם לדבריהם מבואר כי החייב הוא על ההנאה ולא על הנזק שכן החייב הוא כאמור אף שהנזק נעשה בלי עוול כלל ובלי מעשה כלשהו מצד הנהנה או ממונו, אפילו לא מעשה שיכול להיכנס בגדרי 'גרמא', וכדלהלן:

התוספות במסכת בבא קמא (כ, ב דיבור המתחיל "הא איתהנית") הקשו בתוך דבריהם כשאלת התוספות בכתובות ויישבו בדרך אחרת. וזו לשונם שם:

אם תאמר: ההוא ד'תחב לו חבירו בבית הבליעה' דריש אלו נערו (כתובות ל, ב) – אמאי חייב האוכל, 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא, שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום? ויש לומר דלא דמי, הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה [...]'

ביאור דבריהם: כיוון שנהנה מחמת חיסרון שהיה מתחילה לבעל האוכל על ידי הכנסת האוכל לבית הבליעה שלו, נמצא שהנאתו כרוכה בחסרונו של חברו, אף שאינם בו בזמן, ונחשב 'זה נהנה וזה חסר'.

ובשער המלך (הלכות גולה פרק ג הלכה ט) כתב בתוך דבריו וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

[...] דמה שלא תירצו הכי בפרק כיצד הוא משום דסבירא להו דעד כאן לא אמרינן דבפחת כל דהו מגלגלין עליו את הכל אלא דוקא בדחסריה שווה פרוטה, מה שאין כן בהיא ד'תחב לו חברו בבית הבליעה' דלא חסריה שווה פרוטה.

לדבריו, אומנם תוספות בבבא קמא סוברים שה'חסר' – חייב שיהיה שווה פרוטה. אולם גם לדבריו טעמם אינו משום שנחשב 'מזיק' (ודווקא בשווה פרוטה נחשב 'מזיק') שהרי חיובו לשיטתם הוא על ההנאה כולה אף שהחיסרון הוא של שווה פרוטה בלבד (כמבואר מדין 'שחרוריתא דאשייתא' וכו') אלא שתנאי בדבר הוא שהחיסרון יהיה על כל פנים שווה פרוטה, ועוד, שהרי מחייבים אותו אף שמה שחיסר לחברו שווה פרוטה היה שלא באשמתו כלל ובאונס – שתחב לו חברו בבית הבליעה, ומזיק בכהאי גוונא פטור. ועל כורחך החיוב הוא מחמת ההנאה, אלא דבעינן 'חסר' נמי ולדעתם 'חסר' בפחות משהו פרוטה אינו נחשב 'חסר' כלל.

נקודת המחלוקת בין בעלי התוספות לביאור זה של שער המלך היא אפוא אם 'חסר' פחות משווה פרוטה נחשב 'חסר' שמחמתו שוב לא יחשב החיוב על ההנאה כולה כמידת סדום. אולם מכל מקום לא החסר (של שווה פרוטה או אף או פחות – לכל אחד לשיטתו) מחייב אלא המחייב הוא ההנאה, אלא שהחסר מבטל את דין 'כופין על מידת סדום'.

בדרך זו היה נראה לבאר דין נוסף:

בשולחן ערוך (שם סעיף ח) נפסק:

יש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר.

מקור הדברים גם הוא מדברי התוספות בבבא קמא (שם דיבור המתחיל "טעמא דניקף הא מקיף פטור").

בגמרא שם נאמר:

תא שמע: "אמר רבי יוסי: אם עמד ניקף וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל" – טעמא דגדר ניקף, הא מקיף פטור, שמע מינה 'זה נהנה וזה לא חסר' – פטור. שאני התם, דאמר ליה: "לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא".

וביאר תוספות (שם) וזו לשונם:

"ואפילו רבנן לא פליגי אלא משום דאמר ליה "את גרמת לי הקיפא יתירא". ואם תאמר: ואי 'זה נהנה וזה לא חסר' פטור – אפילו עמד ניקף נמי? ויש לומר: שאני "עמד ניקף" דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר חברו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם.

ויש לבאר מה הטעם שכאשר גילה דעתו שנוח לו בהוצאה זו אין דין של כופין אותו על מידת סדום וחייב גם ב'זה נהנה וזה לא חסר'.

בפשטות היה נראה לומר שכיוון שגילה בדעתו, שוב אין בזה מידת סדום שהרי הוא עצמו הבין שעליו לשלם. והרי למעשה נהנה ממגוריו בדירה ובכהאי גוונא שגילה דעתו שוב לא נחשב כמידת סדום.

אולם ראה בחידושי רבי שמעון שקאפ (בבא קמא סימן כ אות ב) שביאר את הדבר בדרך אחרת ומדין 'משתרשי' וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

[...] דהנה אם נאמר דחשיב משתרשי ליה משום דנשאר אצלו דמים שהיה מוציאם – קשה גם בדר [בחצר חברו] בגברא דעביד למיגר, אלא [אם] נאמר דגם בכהאי גוונא יש לומר "הייתי מתענה" היינו דאינו הכרח שיהיה נחסר דמים. [ואם כן] כמו כן נאמר דאף דגלי דעתא דניחא ליה בהוצאה אבל אינו הכרח שהיה מתחסר דמים בלא גדר של המקיף.

אלא נראה לעניות דעתי לבאר [...] דעיקר הכלל של משתרש הוא שנתרבו נכסיה [...] אם נתרבה מכמו שהיה – בכהאי גוונא ודאי הוה משתרשי ליה. והנה לריבוי נכסים חשיב כל דבר שיתוסף לאיש אם רק שוה כסף הוא, ומשום הכי שאני 'גלי אדעתא' משאר נהנה, דכל נהנה משלם רק עבור הטובה שהיה לו בשעת הנאתו אבל בגלי דעתא דהנאה זו שוה כסף, הרי נתרבה לו שוה כסף וחשיב משתרש, ובמשתרש חייב גם בלא חסר דמשל חבירו נתרבה אצלו ורק בנהנה גרידא פטור היכא דלא חסר [...]

ולעיל (שם סימן יט אות ו) כתב:

היכי דמשתרשי אפשר לומר שיהא חייב גם בלא חסר, דהרי איכא דבר בעולם שבא מחמת ממון בעלים, ומשום הכי יש לומר דרק בחצר דליכא 'משתרש' דיכול לומר "לא הייתי שוכר" כמו באכילה שכתבו התוספות [...] אבל במקיף אם גילה דעתו שרוצה בהוצאה [...] וכן בדירה – אם היה מגלה בשעה שדר שרוצה בהוצאה [...] הרי משתרש ליה וחייב אף על פי שלא חסר חבירו.

להלן נרחיב בביאור דין זה של 'משתרשי' והדברים יתבארו.

נחזור מכל מקום לעיקר דברי התוספות שב'זה נהנה וזה חסר' משלם את כל הנאתו ולא רק את החיסרון:

בעניין זה יש לציין גם כי במיטלטלין יש הסוברים לחלוק על דברי התוספות, ולדעתם משלם רק את הפחת ולא את כל ההנאה. ראה בעניין זה בדברי הרשב"א (בבא קמא צז, א), עיין בעניין זה בשער המלך (הלכות גולה ג, ט הנ"ל) ועיין תרומת הכרי (שסג, ב) שרצה לבאר כן בדברי התוספות בבבא קמא (כ, ב) ועיין חזון איש (בבא קמא סימן כ ס"ק א).

אולם בדירה ובקרקע לכל הדעות הדין הוא שאף בחיסר מעט משלם על כל ההנאה, זאת מלבד לשיטת הרמ"ה הסובר שאף בקרקע משלם רק הפחת ודעתו דעת יחיד (הובא בנימוקי יוסף). אכן עיין בנודע ביהודה [מהדורא תניינא חושן משפט סימן כד] שביאר כך גם בדעת הרמב"ם שהשמיט דין שחוריותא). רוב הראשונים חלקו ופסקו כדעת התוספות בכתובות שמגלגלין עליו את הכול – כך כתבו התוספות גם בבבא קמא (כא, א דיבור המתחיל "ויהבי"), הרשב"א (בבא קמא שם), הרא"ש (שם סוף סימן ו), המרדכי (שם), הנימוקי יוסף (שם) בשם הריטב"א והמגיד משנה (גולה ג, ט), וכן נפסק בשולחן ערוך. עוד עיין בקרית ספר (הלכות גולה שם) הסובר שמהתורה משלם רק מה שחיסר ורק רבנן חייבוהו לשלם הכול.

הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר כשבעל הבית אמר לדר בו "צא" ולא יצא

מבואר בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) שהפטור ב'דר בחצר חברו' – במקרים מסוימים – משום 'זה לא חסר' לא נאמר היכא דאמר לו הבעלים "צא". וזו לשון השולחן ערוך: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו 'צא' ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו" ורק אחרי דין זה פירט את הדינים הנוגעים ל'זה נהנה זה חסר' או 'לא חסר': "ואם לא אמר לו 'צא': אם אותה חצר אינה עשויה לשכר [...] ומבואר ברמ"א (שם) ביסוד היכולת לומר "צא" שאף ב'זה אינו חסר': "לא יוכל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לכופו לכתחילה שניחנו לדור בו אף על פי דכופין על מדת סדום [...] דאי בעי [...] להשכיר חצרו היה יכול".

אכן לכאורה יש לברר את טעמו של דין 'אמר לו: צא' – שיכול בעל הבית לומר לחברו מלכתחילה "צא מחצרי" ולא נאמר בכך דין 'כופין על מדת סדום' ושואם לא יצא יוכל הבעלים לתבוע ממנו שכרו – אף שאין חצרו עומדת בפועל להשכרה ואינו משכירה לאחרים (אלא שיכול לעשות כן אם ירצה), אך אם לא אמר "צא" והלה דר – בדיעבד אינו יכול לתבוע ממנו שכר בכהאי גוונא. ויש לתמוה: הרי אין הבדל בין לכתחילה ובין בדיעבד: בשני המקרים מדובר ב'זה נהנה וזה לא חסר'. אם כן, אם בדר בדירת חברו ולאחר זמן תובעו הבעלים לשלם נאמר דין 'כופין על מדת סדום' ונפטר, לכאורה צריכים היינו לומר דהוא הדין והוא הטעם גם לכתחילה, ואם אמר לו "צא מביתי", והלה נשאר לדור בו – מדוע אפוא חייב בשכרו?

אולם נראה כי אם לא יוכל בעלי הבית לתבוע את יציאתו של אדם מביתו ומחצרו, הרי זו פגיעה בבעלותו של האדם. לא ייתכן שאדם בעלים על דירה או חצר ולא תהיה לו היכולת לממש את בעלותו זו בדבר הבסיסי ביותר של בעלים – למנוע מהשני לפלוש לדירתו. לכן גם אם אינו 'חסר' – חסר הוא בעצם הפגיעה בהיותו בעלים, אם אחר יכול להטיל מרותו על בעלי הבית בעניין הזכות לקבוע מי רשאי לשהות בו. דרישה בסיסית זו שוב אין בה ממדת סדום. כל הנידון הוא כאשר כבר דר בבית בלי ידיעתו של הבעלים – בכהאי גוונא כל זמן שלא אמר לו "צא" – אינו יכול לתבוע ממנו לשלם.

בביאור הדבר אפשר לכאורה לומר שכל זמן שלא אמר לחברו "צא" – אף שהדבר נבע לכאורה מאידיעתו את עובדת מגורי חברו בחצרו – אמרינן דחזקה עליו שאף לו ידע, היה מסכים כדי שלא יהיה מנהגו בגדר מדת סדום. משום כך, גם אם לאחר זמן אומר שאינו מסכים ושאל מלכתחילה לא היה מסכים – אינו נאמן על כך ואם 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא – פטור הנהנה. ולפי זה היה נראה לכאורה לומר שאם ידועה גישתו של בעל הבית וחזקה שלא היה מסכים בשל תכונותיו הידועות או מניסיון קודם דומה, בכהאי גוונא ייתכן שיכול לגבות שכר מהנהנה גם בדיעבד כאשר כבר ישב בביתו ונהנה.

וראה בדברי הנימוקי יוסף (בבא קמא ח, ב מדפי הרי"ף דיבור המתחיל "מאי הוה עלה") שביאר בשם הרא"ה סברת דין זה בזו הלשון:

כתב הרא"ה ז"ל: אף על גב דקיימא לן בעלמא (בבא בתרא יב, ב) דזה נהנה וזה אינו חסר – 'כופין אותו על מדת סדום', הני מילי בקרקע של שניהם, שאין משתמש בשלו כלל, אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו – וכגון הבונה כנגד חלונו של חבירו, והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו, והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל – כגון זה אמרינן 'כופין'. אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו. ע"כ.

וסיים הנימוקי יוסף: "וכן דעת הרא"ה ז"ל והריטב"א ז"ל דכהאי גוונא לא אמרינן 'כופין אותו על מדת סדום'."

נראה לכאורה כי כוונתו כדברינו.

אולם מצינו בסמ"ע (סימן שסג ס"ק יד) שכתב על דברי השולחן ערוך שם שכאשר אומר לו "צא" ולא יצא חייב לו את כל שכרו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכהאי גוונא בכל עניין – 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 אותו על מידת סדום.

כלומר: חיוב התשלומין שחייב בו הדר בחצר חברו אם הלה אמר לו "צא" אינו נובע מהגדרת המצב מכאן ואילך 'זה נהנה וזה חסר' – זה נהנה במגוריו וזה חסר בפגיעה בבעלותו הנובעת מהשימוש בחצרו בניגוד לרצונו הידוע או המפורש, אלא חיובו של הדר הוא אפילו אם אינו נהנה שהרי הוא 'גברא דלא עביד למיגר'.

ולכאורה יש להבין ולבאר: בשלמא אם היה החיוב דווקא ב'נהנה' הרי שיש להבינו לפי סברתנו שבכהאי גוונא שאומר לו "צא" – אם אינו יוצא יש בחינה של פגיעה בעצם הבעלות וממילא הווי כ'חסר' ואין בזה 'מידת סדום' ולכן חייב הלה לשלם על הנאתו (שהרי כאמור לעיל החיובו ב'זה נהנה וזה חסר' הוא על ההנאה ולא על החיסרון, אלא שהחיסרון הוא תנאי לסילוק סברת 'כופין על מידת סדום'). אבל אם החיוב הוא אף בכהאי גוונא שכתב הסמ"ע שזה לא נהנה וזה לא חסר – הלא בזה גם אם אמר לו "צא" – אין יסוד לחיובו, ומה טעם כתב הסמ"ע שחייב?

לכן נראה שאולי יש לבאר את דין 'אמר לו: צא' באופן אחר:

אפשר לומר שדין זה הוא שכיוון ש"גילה דעתו דלא ניחא ליה ביה", כלשון הסמ"ע, בכלל מחאתו מונחת גם דרישת שכר על שהייתו של הלה בביתו אם לא יצא, והרי ודאי יכול וזכאי אדם לדרוש שכר על השכרת דירתו גם אם בדרך כלל אינו עשוי להשכירה. וייתכן אפוא שכאשר אומר "צא" נחשב כדורש וקוצץ את שכרו נעשה ביתו מעתה 'עביד למיגר' והווי כ'זה חסר' שחייב מדין 'נהנה' – אם נהנה, ואם לא נהנה – מדין 'אוכל חסרונו של חברו' שכמזיק וכגוזל את חברו דמי וכנ"ל.

ובאמת בים של שלמה (בבא קמא פרק ב סימן טז) ביאר כך וזו לשונו: "[...] דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר [...]", וכן נקט הכנסת הגדולה (חושן משפט שם הגהות בית יוסף אות ה) וזו לשונו: "[...] דכשהמשכיר אמר לו 'צא מן הבית' הרי גילה דעתו שאינו רוצה שישב שם והוי כחצר דקיימא לאגרא [...]"

ואכן הרמ"א (שם) שב וביאר על פי דברי המרדכי וכך כתב:

הגה: ודוקא 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 ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונימוקי יוסף פרק הנ"ל).

והנה לסברתנו העובדה שעל שימוש בחצר אפשר לבקש שכר בצירוף הדרישה לצאת – יש בהן כדי להחשיב את האמירה "צא" כדרישת שכר, וממילא הווי 'חסר' וחייב לכולי עלמא ואף אם 'לא נהנה' וכדברי הסמ"ע.

והנה, סברה זו שאמירת "צא" היא דרישה ברורה לתשלום שכר היא דרך אחת בביאור הדבר. אולם באמת יש לחקור בדבר ושני צדדים יש בו: יש לחקור אם אמירת "צא" בחינתה דרישת וקציצת שכר כאמור, או שמא "צא" הוא 'מחאה' בלבד ללא דרישה חיובית של שכר, אלא שמחאה כזו משנה את הגדרת המקרה מ'זה נהנה' או 'זה לא נהנה' ו'זה לא חסר' ל'זה חסר' וכפי שמצינו בכנסת הגדולה ובים של שלמה שבאמר "צא" נדון הבית כ'עביד לאגרא' ונחשב הבעלים 'חסר', וב'חסר' – חייב הלה לשלם שכרו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה, שני צדדים אלו מצינו מפורש בראשונים :

במסכת בבא קמא (כ, ב – כא, א) מובא בגמרא בעניין 'זה נהנה וזה לא חסר' בזו הלשון (דברי רש"י שולבו בלשון הגמרא בסוגריים) :

[...] אתמר: רב כהנא אמר רבי יוחנן: אינו צריך להעלות לו שכר, רבי אבהו אמר רבי יוחנן: צריך להעלות לו שכר. אמר רב פפא: הא דרבי אבהו לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דתנן :

נטל אבן או קורה של הקדש [...] בגזבר עסקינן) הרי זה לא מעל (דמעיקרא נמי ברשותיה הוי כי השתא ולא שינוי הוא), נתנה לחבירו (קנייה חבירו דגזבר יש לו רשות ליתן וזה שהוציאו לחולין מעל) – הוא מעל וחבירו לא מעל. בנאה (גזבר) בתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה.

ואמר שמואל: והוא שהניחה על פי הארובה (ולא קבעה בבנין דלא הוי שינוי הלכך לא מעל עד שידור תחתיה). ויתיב רבי אבהו קמיה דרבי יוחנן וקאמר משמיה דשמואל: זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר (מדקתני דכי דר תחתיה חייב ואף על גב דשלא מדעת הקדש עבד) ושחק ליה. איהו סבר: מדשתיק מודה ליה, ולא היא: אשגוחי לא משגח ביה, כדרבה, דאמר רבה: הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי (בהקדש ליכא למימר 'שלא מדעת' דדעת שכינה איכא הלכך כהדיוט מדעת דמי).

והתוספות שם (כא, א דיבור המתחיל "כהדיוט מדעת דמי") כתבו :

פירש הקונטרס "דדעת שכינה איכא". וקשה ד"שלא מדעתו" לא דוקא אלא אורחיה דמילתא נקט והוא הדין מדעתו. אלא נראה: "כהדיוט מדעת דמי" כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה.

ובשיטה מקובצת שם כתב :

כהדיוט מדעת דמי – פירש הקונטרס וכו'. וקשה דהא לאו בידיעה תליא מילתא אלא במחאתו, ו"שלא מדעתו" דקאמר אורחא דמילתא נקט. אלא הכי פירושו: הקדש שלא במחאה כהדיוט במחאה דמי, שכבר מיחה הכתוב שלא יהנו מן ההקדש. הר"ר ישעיה ז"ל.

והרשב"א ז"ל כתב דהכי קאמר "כהדיוט מדעת" – ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה. ע"כ.

נמצא שלשית הר"ר ישעיה משמעות הביטוי "הדיוט מדעת" היא שהלה מחה בדר בחצרו ואמר לו "צא" – אף שלא דרש ולא קצץ לו שכר מעות על שימוש, ובכהאי גוונא חייב לשלם הדר בבית גם ב'זה נהנה וזה לא חסר'. ואילו לדעת הרשב"א משמעות הביטוי "הדיוט מדעת" היא שהתנה בעל הבית וקצץ עם הדר בביתו שישלם לו שכרו. לדברי הרשב"א משמע לכאורה שאם מחה בו סתם ואמר שיצא אך לא קצץ עימו ולא תבע ממנו שכר להדיא – פטור מלשלם. וברשב"א (שם) הביא שרבנו חננאל סובר כפירושו שם.

והנה הנחלת דוד (שם) כתב להוכיח מדברי הרשב"א, כמו שמשמע בפשטות, שבאמר לו "צא" ומחה בו אך לא דרש ולא תבע את שכרו – פטור. ומתוך כך הוכיח שהרשב"א סובר שלא כדעת הטור שם שחייב בכהאי גוונא וסיים הנחלת דוד שכמדומה לו שרבו, היינו הגאון רבי חיים מוואלאז'ין, פסק שלא כדברי הטור. נביא כאן את דברי הנחלת דוד ככתבם וכלשונם :

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כהדיוט מדעת דמי – התוספות כתבו: "פירש הקונטרס" כו' "וקשה" כו' "אלא נראה כהדיוט מדעת דמי דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה".

בשיטה מקובצת הביא בזה שני פירושים בדעת התוספות:

הפירוש האחד הוא דעד כאן לא נאמר "זה נהנה וזה לא חסר – פטור" אלא היכא שלא מיחו בו הבעלים בפירוש שלא ידור בו, אבל היכא דהבעלים מיחו בו בפירוש הרי הוא מחויב לשלם, ולכך "הקדש שלא מדעת" הוה "כהדיוט מדעת" משום "דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה" והוי כאילו מיחה בו בפירוש.

הפירוש השני דהא דאמרין "כהדיוט מדעת דמי" רצונו לומר דהוי כאילו התנה עמו על מנת שישלם את השכר, והך ד'כמדעת דמי' קאי על הדר, ורוצה לומר כאילו הדר נתרצה ליתן את השכר, דכיון דהתורה חייבתו במעילה הוי כאילו בהדיוט היה מתרצה בפירוש ליתן את השכר. ונראה דהטור שכתב בסימן שס"ג (וכן פסק הבית יוסף בשולחן ערוך להלכה) דהיכא דמיחו בו הבעלים לכתחילה ואמרו לו "צא" הרי הוא מחויב לשלם – על כורחך דסבירא ליה כהך פירושא קמא שכתבנו, דבלאו הכי אין שום מקור לדין זה.

אבל לעניות דעתי נראה דהעיקר כהך פירושא תניינא, דאילו לפירושא קמא תקשה: מאי סלקא דעתיה דרבי אבהו דרצה להוכיח מכאן דזה נהנה וזה לא חסר חייב, אטו לא ידע רבי אבהו מהא דאסור למעול בשל הקדש – הלא מקרא מלא דיבר הכתוב, ומאי חידש לו התרצן בזה?

ועוד, בעיקר סברתם לא הבנתי כלל, דמה בכך שמיחו בו הבעלים בפירוש מכל מקום כיון דסוף סוף לא חסר אמאי יהיה חייב לשלם? וגדולה מזה כתב הראב"ה – הביאו המרדכי – דכפינן ליה לבעל הבית להניחו לדור משום דכופין אותו על מידת סדום. ואם כן איך נחייבנו על העבר? דנהי דלא קיימא לן בזה כהראב"ה במה שכתב דכייפינן ליה, היינו משום כיון דאחרים נוטלים שכר בזה לכך ליכא בהא משום מידת סדום, אבל לחייבו על העבר בשביל שמיחה בו אינו עולה על הדעת כלל, כיון דסוף סוף לא חסר כלום.

ועוד, דכי היכי ד"בשלא מדעתו" נכלל גם אם ידע, וכמו שהקשו התוספות על רש"י, כן נמי נכלל בהך לישנא גם אם עובר על דעתו בפירוש.

אבל לפום הך פירושא תניינא אתיא סוגיין שפיר, דרבי אבהו הוה סבר דנהי דאסור למעול בהקדש מכל מקום זה לא הוי רק כאילו מיחו בו הבעלים. ובאמת בכלל "שלא מדעתו" נכלל גם אם עבר על דעתו, ואין לנו שום צד סברא לחייבו במיחה טפי מבלא מיחה רק דבחסרון תליא מילתא, וכיון דחזינן דבהקדש חייב שמע מינה "זה נהנה וזה לא חסר – חייב". ועל זה קדחי הש"ס "ולא היא" כו' ורצה לומר דהוי כאילו התנה בהדיא שישלם, כיון שהתורה חייבתו בתשלומין הוי כאילו קבל עליו מעצמו את התשלומין. וכן הוא בחידושי מוהר"ם מלובלין כהך פירושא תניינא, וכן הוא להדיא בחידושי הרשב"א בשם רבנו חננאל עיין שם.

וכן נראה להוכיח מדברי המרדכי שכתב דלפירוש ר"י אפילו גירש את חברו מביתו והוציאו בעל כרחו ודר בו ובביתא דעבידא למיגר, אפילו הכי פטור הדר כיון שלא נהנה. וכיון שהוציאו בעל כרחו מביתו אין לך מחאה גדולה מזו, ואפילו הכי קפטריה המרדכי. שמע מינה דלאו במחאה תליא מילתא.

ואין לומר דזהו דווקא בלא נהנה אבל ב'זה נהנה' אף ד'זה לא חסר' מהני מחאה, דהא אף לפום פירושא קמא נמי לא מוכח דמהני מחאה אלא ב'זה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נהנה וזה לא חסר' – זה אינו, דהא סביא ליה להטור דבמיחו בו אף ב'זה לא נהנה וזה לא חסר' נמי חייב, דהכין משמע לישניה דהטור דבמיחה בו לא קמחלק שום חילוק ומשמע דבכל גוונא חייב אף ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', וכן הוא להדיא בסמ"ע (סימן שסג ס"ק יד) עיין שם.

ועל כורחך צריך לומר דסבירא ליה להטור דאף דמהש"ס לא מוכח זה לחייבו גם ב'זה לא נהנה וזה לא חסר' וכמו שכתבתי, מכל מקום כיון דגם ב'זה נהנה וזה לא חסר' נמי מן הדין היה לו להיות פטור, ואפילו הכי במיחה בו קמחייבין ליה – ודין זה מוכח בש"ס לפי פירושא קמא – אם כן הוא הדין ב'זה לא נהנה וזה לא חסר' נמי קמחייבין ליה, דכיון דהמחאה קמחייבתו אם כן מה לי נהנה או לא נהנה. כך צריך לומר על כורחך בדעת הטור לפי הבנת הסמ"ע וכפי הנראה מפשטא דלישניה.

ואם כן, על כורחך דהמרדכי לא סבירא ליה כהטור בזה, והיינו על כורחך משום דמפרש לסוגיין כהך פירושא תניינא.

ומאוד אני תמה, דלפי הבנת הסמ"ע שכתב לפרש הך שכתב הבית יוסף (בסעיף ו) דבמיחה בו חייב אפילו ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', אם כן הרמ"א שהגיה עליו לדברי המרדכי "אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מביתו [לפנינו: מן הבית] ו[הוא] דר בו" – אפילו הכי פטור – המה תרתי דסתרי, ומדלא כתב הרמ"א בשם "ויש אומרים" משמע כאילו אין כאן שום מחלוקת, והמה רחוקים זה מזה כרחוק מזרח ממערב.

ועל כל פנים לדינא נראה עיקר בזה דלא כהטור ובית יוסף, וכדברי הרשב"א בשם רבנו חננאל, אשר עליו כתבו הפוסקים שכל דבריו קבלה, וביותר דבריו מסתברין טפי בסוגיין. ובפרט שדברי הטור הם להוציא ממון, וכיון דהסוגיא מתפרשת ברווחא לפום פירושא תנינא, אם כן מנא לנו לפרש כהך פירושא קמא ולחדש דין בכדי להוציא ממון מן המוחזק, וכמדומה שכן שמעתי מאדמו"ר הגאון החסיד זלה"ה דלית הילכתא כהטור בזה, ועיין.

נמצא שהנחלת דוד מסיק שרק אם קצץ לו שכרו בפירוש חייב הדר בחצר חברו לשלם לו, אבל אם מיחה בו סתם והלך זה ודר בחצרו אף למרות המחאה ואחריה – פטור מלשלם מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'.

והנה מלבד שדברי הגר"ח מוואלאז'ין צוטטו ב"כמדומה" הרי מדברי הרשב"א עצמו במקום אחר נראה שבאמירת "צא" בלבד מחויב בממון השכירות ללא שהתנה והתרצה, כפי שהעיר המהדיר על הרשב"א (שם, במהדורת מוסד הרב קוק), דהנה בגמרא שם (צז, א) מובא:

איתמר: התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה – אמר רב: רצה – שכרה נוטל, רצה – פחתה נוטל. ושמואל אמר: אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא, ולא פליגי הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא. ואיבעית אימא: הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא.

(רש"י: דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה.)

והרשב"א (שם) כתב וזו לשונו:

אמר רב פפא: ולא פליגי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא – קיימא לאגרא נוטל שכרה, לא קיימא לאגרא נוטל פחתה. ואף על גב דקיימא לן ב'דר בחצר חברו שלא מדעתו' ב'דלא קיימא לאגרא' – אינו צריך להעלות לו שכר, התם הוא משום דאמרינן "ביתא אמותבהא מיתבא" [שם ולעיל כא, ב, ולפנינו: "ביתא מיתבא יתיב", וברשב"א שם גרס: "ביתא אמותבנא מיתבא"] אבל הכא ליכא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

למימר הכי דאדרבא איכא רפיסתא דספינתא. ואי נמי דהכא שאני דתקפה בעל כורחו של בעל הספינה, ואפילו בחצר מסתברא בשתקף ונכנס בעל כורחם של בעלים חייב להעלות להן שכר [...]

נמצא שהרשב"א עצמו פסק בפשטות שבכנס בעל כורחו של בעל הבית, חייב להעלות לו שכר.

ולפי זה לכאורה גם הרשב"א שביאר בכוונת "כהדיוט מדעת" שמדובר בקצץ שכר, מכל מקום מודה שהוא הדין גם במחה ואמר לו "צא" שחייב בשכרו. וצריך עיון לפי זה מדוע לא ביאר הרשב"א כרבנו ישעיה שם.

מכל מקום הטור, השולחן ערוך והרמ"א וכל נושאי הכלים פסקו שאם אמר לו "צא" חייב לשלם לו שכרו. להלכה אפוא אי אפשר אפילו לטעון 'קים לי' כדעת הנחלת דוד וכהבנתו בדעת הרשב"א. דין השולחן ערוך הוא משני טעמים או שנחשב כקצץ לו ממש ונתרצה או ד'צא' חשיב מחאה ובכהאי גוונא חייב וטעמו כמו שביארו הים של שלמה והכנסת הגדולה דחשיב 'חסר' כמו 'עביד למיגר', ולטעם זה יהיה חילוק בין 'זה נהנה וזה חסר' שמגלגלין עליו את כל ההנאה ל'זה לא נהנה וזה חסר' שחיובו יהיה רק במה שחסרו מדין 'אוכל חסרונו של חברו' כדעת רוב הראשונים ודלא כתוספות ודעימייהו.

הדר בבית חברו כשהלה לא היה יכול להשכירו לאחרים ואמר לו "צא"

יש להעיר כי מדברי הרמ"א שהזכרנו נמצא כי אם מדובר בבית שגם אם ירצה הבעלים להשכירו ולהרוויח ממנו לא יוכל – בכהאי גוונא גם אם אמר לו "צא" לא יוכל לגבות שכרו. ולפי סברתנו ביאורו הוא כי גם אם אמר לו "צא" לא נחשב 'חסר', שהרי אי אפשר לו ליהנות ממנו ולהשכירו גם אם יחפוץ בכך וכל אמירת "צא" המתפרשת כתביעת שכר שמכוחה יש לדונו כ'חסר' היינו כאשר באמת אם היה רוצה היה משכיר את ביתו ונהנה ממנו, אולם אם אי אפשר כלל להרוויח מביתו ולהשכירו אין אמירת "צא" כתביעת שכר ואין בכהאי גוונא גדר של 'חסר'.

והנה בפתחי תשובה (חושן משפט שם ס"ק ג) הביא חולקים על ביאור הרמ"א, וכך כתב שם:

דאי בעי ליהנות כו' – משמע שדבר שאינו יכול להרוויח בו יכול זה לכופו אף לכתחילה [– יכול הדר לכופו את בעל הבית לתת לו לדור בחינם משום 'כופין על מידת סדום'].

ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן קע סעיף א) [...] בשם תשובת נודע ביהודה (תניינא סימן כד) שכתב דפשוט שזה רק להרמב"ם ((שכמותו פסק המחבר בשולחן ערוך) בריש סימן קעד) אבל לדעת הרא"ש כו', עיין שם.

גם בתשובות בית אפרים (חלק חושן משפט סימן מט) כתב וזו לשונו: "וצריך עיון על הרמ"א בסימן שס"ג שכתב טעמא כיון דהוי מצי לארווחי אלא דלא בעי והוא מדברי המרדכי. אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן" – אלא דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא לא מצי לכופו לכתחילה – "עייין בנימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בבא בתרא (דף יב ע"ב) בשם הריצב"א [...]"

לשיטה זו גם אם אי אפשר להשכיר ולהרוויח, יכול בעל הבית למנוע את חברו מלדור בו בחינם. וכיוון שיכול למונעו מלדור בו בחינם מלכתחילה – הוא הדין נמי שאם מיחה בו ולא יצא – שצריך לשלם לו, שכן כמבואר מלשון השולחן ערוך והרמ"א, וכפי שהתבאר לעיל באריכות,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היכולת לומר "צא" לכתחילה טומנת בחובה גם את היכולת לתבוע שכר אם למרות אמירה זו לא יצא הלה מן הבית ודין אחד להן.

ולכאורה יש לתמוה: הרי באופן זה סוף כל סוף אף אחרי אמירת "צא" אין כאן 'חסר', והא ניחא אי נימא ש"צא" היינו שקצץ עימו ונתרצה אתי שפיר אולם אם ביאור דין 'אמר לו: צא' הוא שמכוח מחאתו הווי 'חסר' (שהיא כגילוי דעת שמעתה רצונו להשכיר את ביתו) הרי כאן המציאות היא שאינו חסר (שבין ירצה ובין שלא ירצה – אינו יכול להשכירו).

ובני הרב אברהם שמואל פרדס שליט"א הוסיף לומר כי ייתכן לבאר את דין אמירת "צא" בדרך אחרת. [תחילה יש להקדים: אין חולק שאדם זכאי בממונו לקבוע ולשלוט בו כחפצו ויכול לדרוש מכל אדם שלא יפגע בו או בממונו אולם נראה שאין בדרישה זו כוח לחייב ממונו, וכמו שאי אפשר לחייב ממונו ב'היזק ראייה', שאף שפשוט שכופין את המזיק בראייתו לחדול מכך אין חיוב תשלומין על כך, וכן במזיק חברו בגרמא – שגם הוא 'פוגע בבעלותו' בפגיעה שאין למעלה ממנה, ואכן פשיטא שהניזק יכול לדרוש מהמזיק לחדול מלהזיקו, אבל חיוב תשלומין ליכא. והיינו טעמא שבהלכות תשלומין צריך ייחס מושלם של מעשה מזיק. ויש עוד רבים כהאי גוונא. נמצא שיש להפריד בין דרישת הבעלים שלא לפגוע בבעלותו לבין הסיבות שמחייבות אדם בתשלומין. ואם כנים הדברים, יש לעיין מה השתנה בין קודם שאמר לו "צא" לאחר שאמר לו "צא", הרי ממה נפשך הווי 'זה נהנה וזה אינו חסר', ואף שאחר שאמר לו "צא" הגדיר את ישיבתו 'פגיעה בבעלותו', אין די בזה, אם לא תהיה סיבת חיוב לחייבו.

ובאמת העמידו התוספות את אדני דבריהם על שקודם שאמר לו "צא" 'כופין על מידת סדום', ולא כן משאמר לו "צא". אך עדיין יש להתבונן איזו סיבת חיוב צומחת מכך שהבעלים אינו חושש לנהוג במידת סדום, ועוד: ממה נפשך, אם עצם הישיבה בבית אינה סיבת חיוב – מדוע צריך לסברת 'כופין על מידת סדום' כדי לפוטרו? ואם היא סיבה לחייבו משום נהנה – איך נפטר, הרי אין כופין בפועל לכתחילה על מידת סדום (לשיטת התוספות ודלא כהרמב"ם), ואיך עובדת היות הנהגתו 'מידת סדום' מפקיעה את החוב – הרי הווי ככפייה לכתחילה, שמה בין לכפותו לתת לחברו לשבת בבית לבין הפקעת חיובו.

ונראה שבאמת גם מאן דאמר ד'זה נהנה וזה אינו חסר' – פטור, אין כוונתו שאין סיבת חיוב בתשלומין משום נהנה, אלא שחיוב התשלומין ב'נהנה' תלוי בהגדרתו שנוטל הנאה זו מן הבעלים. והיינו שגם היושב בבית של הפקר מקבל בכל רגע ורגע את השימוש של הישיבה בבית, אלא שהוא מקבל את השימוש מהפקר ו'זוכה' בו. וכשר בחצר חברו – הרי כל הזכויות להשתמש שייכות לבעלים, וכשהוא 'לוקח את השימוש' הוא מרבה אצלו את הממון שמן הדין היה שייך לחברו, וצריך להחזירו לו אולם היות שכבר 'אכל' ממון זה של חברו, שהרי אין השימוש בעין – חייב את דמיו. נמצאנו למדים: לעולם ממון הנהנה, ה'דר בחצר חברו', מתרבה מעצם השימוש – או שהוא 'זוכה מההפקר' בממון זה או שהוא מתחייב לשלם עליו. מעתה אם כשנכנס לבית הייתה דרישת התשלום 'מידת סדום' וממילא ההגדרה שבסתמא היא שהדיורים עומדים לכל אדם שחפץ בכך, והדר בבית זוכה בשימוש שהוא משתמש כביכול 'מן ההפקר'. ומעתה מובן:]

משעה שהבעלים אומר "צא" הוא מגלה בדעתו שאינו מסכים שישב זה בחצרו (ושוב אי אפשר לומר, כמו שאפשר לומר בדיעבד אם הלה כבר דר והוא לא אמר כן, שאנו מחזיקים אותו שהיה מסכים כדי שלא לנהוג ב'מידת סדום' או מחמת תועלת שיש לו בזה משום 'ביתא מתבא יתיב' או 'שאיה').

גילוי דעת זה מחשיב את הישיבה של רעהו בחצרו ל"לקיחה" מבעל החצר ונמעתה אין חברו רשאי לזכות בדיורים בבית כ'זוכה מן ההפקר' אף שאין בפעולה זו הפסד של שכר שהיה בעל החצר יכול לגבות מאחרים על השימוש בה, כיוון שמכל מקום הוא יושב בחצרו ו"לוקח" את זכות השימוש בחצר שהיא זכות השייכת לבעל החצר וכיוון שזוכה בזכות השייכת לחברו ומתרבה ממנו ממון חברו – מחויב לשלם לבעלים].

ואומנם [כפי שהתבאר] כל זמן שלא גילה הבעלים את דעתו נחשב הדבר כאילו לא לקח לו הדר כלום [ואומנם נטל שימושים מביתו, אך זכה בהם בהיתר], וייתכן להגדירו את ישיבתו בבית כאילו לא לקח ממנו אלא נהנה מעלמא, ואף שזכות השימוש היא של הבעלים, מכל מקום כל עוד לא מחה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

— כיוון שאינו ניזוק ואינו מפסיד דבר — סברת 'כופין אותו על מידת סדום' יש בה כדי שלא להחשיב את הנהנה כלוקח דבר מהבעלים [אלא לוקח דבר העומד לשימוש כל מאן דבעי].

אולם משעה שגילה דעתו שהוא מקפיד על כך ותבעו לצאת, או אז מתגלה שלפחות מרגע זה, נחשב הלה כמי שלוקח ממנו את שלו שהרי החצר וזכות השימוש בה שלו הם והוא הבעלים, (ומחאתו היא גילוי שבעיניו נחשבת ישיבתו של הלה בחצרו כלקחה מזכויותיו [וזה סברה משפטית טהורה, שכל זמן שהפשוטות היא שכל אחד יכול ליטול השימושים — יטול, אולם אחרי שמוחה — תובע את שלו. ואכן זו באמת מידת סדום, אך הוא תובע את שלו, ואין 'כופין' לכתחילה. תביעה זו היא תביעה ממונית לעילא ולעילא והפגיעה בו היא פגיעה ממונית מושלמת, שהדיוורין דינם להיות מפירות הבית לבעליו, וכשתובע תובע את 'פירות העץ שלו', ואף על פי שמידת סדום היא — זכותו היא]). ושוב חשיב כלקחה ממנו ולא מעלמא.

[העולה מן הדברים: לא סברת 'כופין על מידת סדום' פוטרת ומחייבת, אלא שהיא משנה את ההגדרה הסתמית והפשוטה של הדיוורין לפני אמירת הבעלים "צא" — אם הגדרתם לקחה מהבעלים וממילא חייב לשלם עליה, או לקחת ממון העומד לשימוש בני עלמא וממילא רשאי לזכות בו].

ולפי זה לא בעינן דווקא 'חסר' של חיסרון ממון, וראיה שהרי לפי התוספות בכתובות גם חסר של פחות משהו פרוטה נחשב חסר אף שאינו נחשב לממון. והוא הדין והוא הטעם שגם 'חיסרון' שאין בו אפילו פחות משהו פרוטה אבל, ביחס לבעלים, נחשב הוא בעיניו כחיסרון ולקחה של שימושי חצרו ושל בעלותו — נחשב הבעלים 'חסר' וביכולתו למונעו ולתבוע את שכרו שהוא תמורת הלקחה [של ממון השייך לו — ההנאה והשימוש, ולא תמורת החיסרון].

ביאור זה מתאים גם לדין שחרוריתא דאשייתא. לסברה זו ביאור הדין הוא שהדר בחצר חברו והשחיר קירותיו אפילו בפחות משהו פרוטה שוב לא הותר את הבית והחצר כפי שהיו וכבר אי אפשר לומר שהדר השתמש אך ולא נגע ולא לקח משל חברו [שכן במציאות כזו אין הפשוטות בסתמא שכל הרוצה יכול לזכות במה שמגיע בעצם לבעלים]. ובכהאי גוונא — אף ללא מחאה מראש — אין סברת מידת סדום [שכאמור, לפי ביאור זה העיקר הוא הגדרת הדיוורין — האם הבית 'מיועד' לדיוורין שכל אחד רשאי לזכות בהם, או שאין הוא מיועד להם וממילא מי 'ש'לקח' שלא כדין את הדיוורין חייב לשלם עליהם: אם זה מצב שבו מניעת דיוורין היא 'מידת סדום', הגדרת הבית בסתמא — כל עוד לא אמרו הבעלים "צא" — היא שהוא מיועד לדיוורין שכל אחד רשאי לזכות בהם לעצמו. אולם מעיקרא אין הבית עומד לזכיית כל החפץ בדיוורין שיש בכללם היזק, ואפילו פחות משהו פרוטה, שהרי אין זו מידת סדום למנוע דיוורין בכהאי גוונא אלא זוהי המידה הישרה]. וממילא [דיוורין אלו הם 'לקחה' מהבעלים שלא כדין, ולכן] חשיב הדר בבית כמי שלקח מהבעלים את כל ההנאה שנהנה וחייב לשלם עליה. [והיינו כדלעיל שדין 'כופין על מידת סדום' אינו סיבת החיוב והפטור, אלא סיבה איך לראות את הבית — אם הוא מיועד לכך שכל הרוצה יבוא ויזכה בשימושים שלו או לא].

הנהנה לבדו מנכס משותף שהשותף האחר מנוע בעל כורחו משימוש בו לעומת 'נהנה' אחר בכהאי גוונא

לעיל ביארנו כי שני חיובי ממון בסוגייתנו 'נהנה' ו'אוכל חסרונו של חברו'.

בדין 'נהנה' אין זה משנה אם הבעלים אינם נמצאים בדירתם באשמתם או שלא באשמתם, מכיוון שהנכנס לביתם נהנה, חייב הוא על הנאתו זו (בהתאם לתנאי חיובו של 'נהנה'). לדוגמה: אדם היושב בבית האסורים על פשע שביצע, ונכנס רעהו לביתו וישב בו ונהנה — ודאי חייב הוא לפי כללי ההלכה (ב'חסר') על הנאתו.

אומנם בבעל ואישה או בשותפין — אם אחד מהם הורחק מביתו באשמתו האישית, לא ישלם השותף שנותר בדירה על הנאתו מחלקו של חברו שהורחק, שכיוון שהם שותפים חל על הנותר בדירה דין של "בשלי אני יושב" וכאילו כל הבית שלו הוא בשעת שימוש (וכפי שנרחיב להלן) והשותפות — שמכוחה עומדת לו זכות זו — קיימת כל זמן שהמורחק הורחק באשמתו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להלן נבאר כי השותפות תסתיים רק אם ההרחקה נעשתה שלא כדין ושלא בצדק כי אז אומדנה היא שלא השתתף עם חברו על דעת שהלה ישתמש לבדו בכל הנכס והוא לא ינהג לא מהנכס ולא מתמורת השימוש בו – שלא באשמתו – ועל כן השותפות תמה. אולם בהורחק כדין, גם אם הדבר נעשה על ידי שותפו, האומדנה היא שמלכתחילה השתתפו על דעת שבכהאי גוונא לא תבטל השותפות.

פרטי דיני 'נהנה', 'חסר', אוכל חיסרון חברו', 'אמר לו: צא' והמוציא את חברו מביתו ודר בו הטור (חושן משפט סימן ססג סעיף ו) פסק: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו – פירוש שרואהו דר בו ולא אמר לו כלום, שאם אמר לו 'צא' ולא יצא – ודאי חייב ליתן לו כל שכרו [...]"

ובשולחן ערוך (שם סעיף ו, הובא לעיל בקצרה) נפסק:

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 –

[רמ"א:] ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל) [...]

[המשך דברי המחבר:] אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר.

הגה: ודוקא 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 ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונימוקי יוסף פרק הנ"ל).

[המשך דברי המחבר:] ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממון.

הגה: מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור סעיף ו בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה). וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא ואף על גב דעדיין לא השכירו מעולם (מרדכי פרק כיצד הרגל והגהות מיימוני פרק ג דגזילה ועיין בתרומת הדשן סימן שיז).

והסמ"ע (שם ס"ק יד) כתב:

"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 וכמ"ש בסמוך [בהג"ה]."

עוד כתב (ס"ק טז):

אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו – פירוש זה שנכנס לדור בו הוציא לבעל הבית שדר בו מהבית והוא דר במקומו, מכל מקום אין זה אלא גרמא בעלמא, כן כתבו המרדכי ודרכי משה.

ועל דין "זה לא נהנה וזה חסר" שחייב, כתב (שם ס"ק יז):

שהרי חסרו ממון, ואין זה מחשב גרמא בנזקין כיון דזה דר בו ואכל את כספו, ואף על גב דלא נהנה בו מכל מקום אכלו. מה שאין כן בגזל מחבירו ולא דר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בו, דלא אכלה ולא נהנה ממנו כיון דלא דר בו, דזה מחשב גרמא ופטור, וכמו שכתב מור"ם מיד אחר זה זו לשונו: "מיהו אם לא היה דר בו" כו'.

על דברי הרמ"א שבזה נהנה וזה לא חסר פטור אף שהוציא את בעל הבית בעל כרחו ובביאור החילוק בין דינו לדין 'אמר לו: צא' שחייב לשלם, כאמור, כתב בגיליון מהרש"א (שם) בזו הלשון:

בהג"ה: "אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו" – אף דבאמר ליה "צא" ולא יצא חייב ליתן שכר, צריך לומר דזה, אחר שבעל כרחו הוציא, נחא ליה שידור בו מוציאו ממה שיוכת שער על ידי 'שאייה'. ועל כן אין לנו לדון רק על שמנע את בעל הבית מלדור, דעל זה הוא שמיאן הבעל הבית עד שגבר עליו והוציא, אבל לא היה מיאוננו משום שאינו רוצה שידור בו זה. מה שאין כן באמר לו "צא" – גם בלא היה בעל הבית דר בו, הרי גילה שאינו רוצה שידור בו זה.

וכעין זה כתב בביאור הסתירה בין דינים אלה גם בכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף אות ח) וזו לשונו:

והפרש יש כשאמר לו המשכיר "צא מן הבית ולא יצא" לכשהשוכר תקף בהמשכיר והוציאו מן הבית ולא דבר כלום, דכשהמשכיר אמר לו "צא מן הבית" הרי גילה דעתו שאינו רוצה שישב שם והוי כחצר דקיימא לאגרא, אבל כשהשוכר הוציא למשכיר בעל כרחו, כיון שהמשכיר לא אמר לו שיצא מן הבית אין כאן גילוי דעת ואין כאן אלא גרמא בעלמא. וכך נראה לי מדברי ספר המפה והלבוש, שעל מה שכתב רבינו המחבר ז"ל בספר הקצור כלשון רבינו בעל הטורים ז"ל [– דין 'צא'], כתבו: "אף על פי שהוציא בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו", כנראה דסבירי להו דשתי המימרות אינן חולקות. וצריך עיון.

יצוין שסברת הגיליון מהרש"א שונה קצת מסברת הכנסת הגדולה, שכן לדעת הגיליון מהרש"א אם הוציא את בעל הבית בעל כרחו והלה לא אמר לו "צא", הסיבה שאינו מעלה לו שכר היא שתולים דניחא ליה לבעל הבית, כדיעבד, אחרי שהוציאו, שישהה שם בינתיים משום 'שאייה יוכת שער' – שלא יישאר הבית ריק וייווצרו בו נזקים כבכל בית העומד שומם. אולם לדעת הכנסת הגדולה הטעם הוא שאם לא אמר לו "צא" אין גילוי דעת שמכוחו ייחשב בעל הבית 'חסר' והדר בבית – אף שהוציא את בעל הבית מביתו – לא חשיב 'מזיק' ממש אלא 'גרמא' בלבד ופטור.

נציין גם כי על דברי הרמ"א בשם המרדכי שאף שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מביתו כל זמן שלא אמר לו בעל הבית "צא" פטור, משום דהווי גרמא כמו שביאר הסמ"ע, כתב הבאר הגולה בזו הלשון:

וביאר שם שאין זה אלא גרמא בעלמא. ואם הוצרך בעל הבית לשכור לעצמו דירה, נראה לעניות דעתי שאף על פי שאין דרך הדר לשכור חייב לשלם, ממה שכתב הרא"ש שם (סימן ו) [...] ושכן משמע בגמרא (שם כ, ב) "מה חסרו ומה הזיקו?" – "משמע: הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב וכו', ואי איכא לחיובי, האי טעמא איכא לחיובי מפני שאכל חסרונו של זה" וכו' והביאו הבית יוסף בסעיף ו [...]]

כלומר, בכהאי גוונא נחשב 'זה לא נהנה וזה חסר' דקיימא לן לחיוב כאמור.

חיוב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל

נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שיב סעיף ז):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כשם שהמשכיר חייב להודיעו כך השוכר חייב להודיעו מקודם שלשים יום בעיירות או מקודם שנים עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי. ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת אלא יתן השכר.

הגה: או יעמוד לו אחר במקומו. ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו (בית יוסף). ועיין לקמן סימן שטז.

ובפתחי תשובה (שם ס"ק ד) כתב:

אינו יכול לצאת אלא יתן השכר – כתב בספר שער משפט (ס"ק ב) וזו לשונו בקיצור ושינוי קצת ממה שלפנינו בשער משפט:

מפשטא דלישנא משמע דאף שיצא מהבית חייב ליתן השכר ומוציאין מידו בבית דין, וקשה טובא מהא דכתב הרב בסימן שס"ג סעיף ו' בהג"ה "מיהו אם לא היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות", והוא מדברי הרא"ש פרק כיצד הרגל (בבא קמא פרק ב סימן ו) [כו'].

ובעל כרחק צריך לומר דמה שכתב הטור (סעיף ח) והמחבר "אינו יכול לצאת אלא יתן השכר", היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא כמבואר בסימן נ"ה סעיף א' בהג"ה ובסימן קע"ה סעיף מ', אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו אין מוציאין ממנו בבית דין דאינו אלא גרמא דפטור.

ולפי זה נראה דהוא הדין בההיא דסעיף י"ד "מקום שנוהגין כו" עד הדין עם שמעון", היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית וחייב לשלם דגרמא בניזקין אסור ומשמתין ליה עד דמסלק הזיקא, אבל מכל מקום היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש אחד אין מוציאין מידו בבית דין כו'. וכדומה שהאידנא אין דנין כן, ומה שכתבתי נראה לי עיקר.

עד כאן לשונו, עיין שם. ולעניות דעתי לא נראה כן, עיין בנחלת צבי מה שכתבתי בזה.

ובנחלת צבי שם האריך בדבר ובתוך דבריו כתב:

לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא יתן השכר – עיין בפתחי תשובה כתבתי בשם השער משפט [...] ולעניות דעתי צריך עיון [...] נראה לעניות דעתי [...] בדין דסעיף זה מחוייב מדינא לשלם ומוציאין ממנו בבית דין ולא דמי כלל להא דסימן שס"ג סעיף ו' בהג"ה, דשאני הכא שירד מתחילה בתורת שכירות [...]

ביאור דין 'משתרשי'

כדי להבין את הגדרת דין 'משתרשי' שהזכרנו לעיל ואת ההבדל בינו לבין דין 'נהנה', נצטט כמה סוגיות כדלהלן ונביא את ביאורו של הקצות החושן ואת הרחבת הדברים בביאורו של הגאון רבי שמעון שקאפ בספרו שערי ישר.

במסכת בבא קמא (קא, א) איתא:

איבעיא להו: יש שבח סמנין על הצמר, או אין שבח סמנין על הצמר. היכי דמי? אילימא [...] רבינא אמר: הכא במאי עסקינן? כגון דצמר דחד וסמנין דחד, וקאתי קוף וצבעיה לההוא צמר בהנך סמנין – יש שבח סמנין על גבי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

צמר, דאמר ליה "הב לי סמנאי דגבך נינהו", או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר, ואמר ליה "לית לך גבאי כלום" [...]

ותוספות (שם דיבור המתחיל "או דלמא") כתבו וזו לשונם:

או דלמא אין שבח של סממנין על גבי צמר – תימה: הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו "אכלה מצידי רחבה" דפרק ב (יט, ב) ו"ירדה [צ"ל: ונפלה] לגינה" דהכונס (לעיל שם נה, ב) ובפרק אלו נערו (כתובות ל, ב ושם) אמר "תחב לו חברו" משקיין של אחרים "בבית הבליעה" דמשלם מה שנהנה.

ויש לחלק דהנאה דהכא אין באה על ידי מעשיו ולא על ידי מעשה בהמתו, ובתחב לו חברו – אף על פי שאין זה על ידי מעשיו מכל מקום נהנה גופו. אי נמי: הנאה דהכא לא חשיבא הנאה שאין אלא נוי בעלמא יותר.

נמצא שכיוון שהקוף הוא שצבע את הצמר בסמנים – בכחאי גוונא שאין ההנאה באה על ידי מעשיו או מעשה בהמתו ושאיין בה הנאת גופו – אין בעל הצמר חייב על צביעתו בסמני בעל הסמנים.

ובמסכת חולין (קל, ב) איתא:

"גופא, אמר רב חסדא: המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם. מאי טעמא? איבעית אימא דכתיב "זה". ואיבעית אימא משום דהווי ליה ממון שאין לו תובעים".

ופירש רש"י:

המזיק מתנות כהונה – קודם שנתנן לכהן השליכם לאור או לים.

דכתיב בהו "זה" – דמשמע בעודן קיימות חייב ליתנן אבל אינן קיימות לא חייב הכתוב בהן תשלומין.

שאיין לו תובעים – אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין שהוא יכול לומר לו לכהן אחר אני נתנן ולא לך.

ובהמשך הסוגיה שם (חולין קלא, א) איתא: "תא שמע: הרי שאנסו בית המלך גרנו – אם בחובו חייב לעשר, אם באנפרות פטור מלעשר. שאני התם דקא משתרשי ליה."

ופירש רש"י:

אם בחובו – שהיה חייב לו דבר קצוב ממון.

חייב לעשר – ממקום אחר וליתן לכהן שהרי הוא כמוכר.

ואם באנפרות – בהפסד ועל חנם – פטור מלעשר. קתני מיהת אם בחובו חייב לעשר אלמא יש לו תובעין דאי לאו דינא הוא שישלם לו על כרחו מאי חיוב מצוה איכא הא לא פש גביה מידי.

שאני התם דקא משתרשי ליה – התם לאו בהוצאה בדיינין תנן בה, אלא חיובא בעלמא כשאר חיובי מעשרות. חיובא ודאי איכא עליה דהא משתרשי ליה כלומר משתכר הוא בה שהרי היה צריך לפרוע מעות.

והתוספות (שם דיבור המתחיל "שאני") כתבו:

"שאני התם דקא משתרשי ליה – דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון. ואם תאמר: מתנות כהונה כשאכלם משתרשי ליה, שבמקום זה לא אכל דבר אחר,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואמאי פטור? ויש לומר דלא דמי לאנסו בית המלך גרנו, דתחתיהן לא לקח משלו, אבל באכלו אפשר דלא משתרשי ליה שהיה מתענה.

ובשערי ישר להגר"ש שקאפ (שער ג פרק כה עמ' רסב-רסג ועמ' רסח) הציע את הסוגיות וכתב בזו הלשון:

דגרסינן בבבא קמא (דף קא ע"א):

איבעיא להו: יש שבח סמנים על גבי הצמר או אין שבח סמנים על גבי הצמר [וכו'] רבינא אמר: הכא במאי עסקינן? כגון דצמר דחד וסמנים דחד וקאתי קוף וצבעיה להאי צמר בהאי סמנים – יש שבח סמנים על גבי הצמר, דאמר ליה "הב לי סמנאי, דגבך נינהו", או דלמא אין שבח סמנים על גבי הצמר, ואמר ליה "לית לך גבאי ולא כלום" [...]

ובתוספות (שם דיבור המתחיל "או דלמא אין שבח סמנים על גבי הצמר") כתבו וזו לשונם:

תימה: הרי נהנה שצמר מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה, כמו "אכלה מתוך הרחבה" דפרק ב', ו"נפלה לגינה" דהכונס, ובפרק אלו נעורות אמר: "תחב לו חבירו" – משקים של אחרים – "בבית הבליעה" דמשלם מה שנהנה. ויש לחלק דהנאה דהכא אינה באה על ידי מעשיו ולא על ידי מעשה בהמתו, ובתחב לו חבירו אף על פי שאין זה על ידי מעשיו מכל מקום נהנה גופו. אי נמי [...]

עכ"ל.

והרא"ש בפסקיו כאן הביא להלכה רק תירוץ ראשון של התוספות. וכן נקט להלכה המהרש"ל בספר ים של שלמה בפרק הגזול – הביאו הש"ך בחושן משפט (סימן שצא) – בראובן שתחב אוכלים של שמעון לתוך פיה של בהמת לוי פטור בעל הבהמה מתשלומים, יעוין שם.

ועניין זה לחלק בדין הנאה בין על ידי מעשיו או לא צריך ביאור כיון דהחוב על הנאה ולא מדין נזקין, מאי שנא על ידי מעשה או לא.

ועוד קשה מהא דאיתא במסכת חולין דפריך לרב חסדא דאמר "המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור" משום דהוי ממון שאין לו תובעים או משום דכתיב "זה" (דמשמע בעודן קיימות חייב ליתנן אבל אינן קיימות לא חייב הכתוב בהם תשלומים, רש"י): "תא שמע: הרי שאנסו בית המלך את גורנו – אם בחובו חייב לעשר ואם באנפרות פטור מלעשר. שאני התם דקא משתרשי ליה." ע"כ.

ובתוספות (שם דיבור המתחיל "שאני התם") כתבו וזו לשונם:

שאני התם דקא משתרשי ליה – דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון. ואם תאמר: מתנות כהונה כשאכלם משתרשי ליה שבמקום זה לא אכל דבר אחר ואמאי פטור? ויש לומר דלא דמי לאנס בית המלך גורנו דתחתיהן לא לקחו משלו, אבל באכל אפשר דלא משתרשי ליה שהיה מתענה.

עכ"ל. הרי דמשתרש בממון שנשאר תחת ידו חייב, וגם אם נעשה שלא על ידי מעשיו ולמה פטור במשתרשי ליה שצמרו מעולה בדמים על ידי סמנים של חבירו [...]

ואחר הצעת דברים אלה הגדיר את חילוק ההגדרות בין 'נהנה' ל'משתרשי':

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ונראה לעניות דעתי דיסוד ענינים אלה מתבארים [...] על פי החילוקים שבין הנאה לבין משתרשי ליה, דהנה במה שכתבו התוספות בחולין – דמשום הכי פטור באוכל מתנות כהונה ולא חשוב משתרשי ליה דאפשר שהיה מתענה – לכאורה קשה מאי שנא מתחב ליה חבירו בבית הבליעה דחייב ואינו יכול לומר "הייתי מתענה", כבר באר ענין זה בטוב טעם הקצות החושן (בסימן רמו ס"ח ק"צ"ל: ב) דהחילוק בזה בין הנאה למשתרש דהנאה היא מה שקבל תועלת או נחת רוח ומשתרש הוא מה שנשאר תחת ידו ממון בעין. והנה לענין הנאה לא שייך לומר "הייתי מתענה", דאם היה מתענה לא היה לו הנאה ואנו מחייבים ליה בעד זה גופא שנהנה ולא התענה, ורק אם אנו דנים שהשתרש שעכשיו יש תחת ידו ממון יתירים – על זה יכול לומר שהיה מתענה ולא היה מוציא את ממונו גם בלעדיה. ומשום הכי ב'תחב לו חבירו בבית הבליעה' חייב על הנאתו אף שלולא זאת היה מתענה, רק במתנות כהונה – כמו שפטור על היזיקן מחמת שהוא ממון שאין לו תובעים כמו כן פטור על הנאתו, ורק במשתרשי ליה חייב שנשאר לו ממון בעין, כמו בנטל בית המלך את גורנו שעל ידי המתנות כהונה נשאר ברשותו עכשיו נכסים שלו. ועל ענין זה הקשו בתוספות דנימא גם באכל מתנות כהונה דמשתרשי ליה, דלולא המתנות היה אוכל משלו ונמצא דנשאר תחת ידו אוכלים שלו, ועל זה תירצו דיכול לומר "הייתי מתענה". זה תורף דברי הקצות החושן וכן בנתיבות המשפט שם כתב שדברי הקצות החושן הם נכונים מאד.

והוסיף עוד בביאור גדר 'משתרשי':

אבל לעניות דעתי קצר קצת בדברים ולא פירש היטב האי כללא – למה באמת פטור על הנאת מתנות כהונה וחייב במשתרש ממתנות כהונה. ונראה דהעניין הוא דכמו שולד פרה הוא וכל מי שהיה בעלים על המתנות כהונה כשהיה בעין הם בעלים עכשיו על ממונו קנוי לבעל הפרה מפני שפרתו הולידה את הולד ובסיבתה יצא לאויר העולם וכן כל כהאי גוונא, כמו כן אם נשאר ממון שלו תחת רשותו בסיבת המתנות כהונה – יש חלק לבעלי המתנות כהונה בהאי ממון שנשאר תחת ידו לפי ערך המתנות כהונה. ומזיק מתנות כהונה או אכלם פטור משום דליכא בעולם מתנות כהונה, ולשלם לכהנים על היזיקן או הנאתן אין הדין מחייב כיון דליכא תובעים, דלכל אחד יכול לומר "לא שלך היה", אבל במשתרשי ליה חשיב דאיכא עכשיו מתנות כהונה בעין. וענין זה מוכרח דהרי לפי הטעם במזיק מתנות כהונה פטור משום דכתיב "זה", דמשמע דרק בעודן קיימות חייב ליתנן [...] ומכל מקום חייב כשנטלו המלך בחובו, הרי דחשבינן שעדיין המתנות כהונה קיימות [...]

על יסוד האמור ביאר שהחילוק שחלקו התוספות בין הנאה שעל ידי מעשיו לשאינה על ידי מעשיו תלוי למעשה בחילוק בין 'נהנה' ובין 'משתרשי':

ולפי זה נראה לי דמה שכתבו התוספות והרא"ש בבבא קמא לחלק בין הנאה שבאה על ידי מעשיו או לא הוא דוקא היכא דאין בזה משתרשי ליה, אלא שאנו באים לחייבו על הנאתו, היינו דליכא עכשיו בעולם שום חלק מממון חבירו אצלו שלא נשאר הממון של חבירו אצלו וגם לא נמצא ממון אצלו שהוא תחת רשותו על ידי סיבת ממון חבירו. אבל היכא דמשתרשי ליה על ידי ממון חבירו הרי נמצא אצלו דבר שזכה בו חבירו על ידי דין משתרשי, ומה נפקא מינה בזה אם על ידי מעשיו או לא. וזהו הדין באנס בית המלך דחייב לעשר, אף שנעשה הדבר בלי דעתו וגם בעל כרחו. והא דלא חשבינן משתרשי ליה כשצבע הקוף את צמרו בסממנים של חבירו, דהרי צמרו מעולה בדמים מחמת הסמנים – נראה לעניות דעתי דעד כאן לא חשיב משתרשי ליה אלא היכא דעל ידי ממון חבירו הושבח ממונו באיכות או בכמות, או שמחמת ממון

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חבירו ניצול ממונו מהפסד וכליון, דכולו מושבח דלולא ממון חבירו לא היה ממונו מתקיים, וכן אם ממון חבירו גרם שישאר ממונו תחת רכוש, אבל בסמנים דאם אין שבח סמנים על גבי הצמר לא חשוב האי יפוי מראה לשבח בכמות ואיכות, ורק הוא מעולה בדמים [...] וענין זה של שבח ממון בשיווי הצמר אינו נקרא שבח לומר שיזכה בעל הסמנים איזה זכות בהאי צמר על ידי שסמנים שלו הכניסו לרשותו איזה יתרון, כיון שיתרון זה אינו בגוף הצמר. והקשו רק דמכל מקום הנאה אית ליה דצמרו מעולה בדמים והוי זה נהנה וזה חסר, ועל זה תרצו דעל הנאה אינו חייב רק אם נעשה על ידי מעשיו או על ידי מעשה בהמתו. ובתירוץ ב' תירצו דכיון דאינו אלא נוי בעלמא לא חשוב הנאה, אף דמעולה בדמים אינו רק כדבר שאין גופו ממון. וגם לתירוץ א' ומכל שכן לתירוץ ב' אין כאן שבח בעין אם אין שבח סמנים על גבי הצמר רק יתרון שווי דמים, ושיווי דמים בלי שבח בכמות ואיכות הוא דבר שאין בו ממש [...]

סיכום דברי הקצות החושן והשערי ישר בגדרי 'נהנה' ו'משתרשי'

נמצא שלפי ביאורו של הגרש"ש"ק (בהמשך לדברי הקצות החושן) ישנם שני סוגים של 'מחייבים': 'נהנה' ו'משתרשי'. החילוק ביניהם (לפי ביאור הקצות החושן) הוא שבנהנה החיוב הוא על תועלת והנאה שהגיעו לו על ידי ממונו של חבירו, ואילו במשתרשי הוא מחמת הממון שחסך מלהוציא מרשותו, שנשאר בידו על ידי ממון חבירו. רק בחיוב שיסודו משתרשי יכול אדם לומר "הייתי מתענה ונמצא שלא הרווחתי ממון", אבל בדין נהנה לא יוכל לומר "הייתי מתענה" שכן אנו באים לחייבו על הנאתו שנהנה, אם היה מתענה – לא היה נהנה, משנהנה ולא התענה – חייב על הנאתו.

ביאור חיוב משתרשי וגדרו (על פי שערי ישר) הוא שכמו שוולד פרה שייך לבעל הפרה ממילא ללא מעשה קניין חדש וכדו', משום שממונו (הפרה) הוא הסיבה להגעתו של הוולד לעולם, הוא הדין בכל מקרה שממונו של אחד הוא הסיבה לריבוי ממונו של האחר – שנעשה האחד בעלים בחלק ושבח זה שבממון חברו. משכך בעל הממון המתרבה מתחייב תשלום על ריבוי זה.

עוד יש ללמוד מכך שחילוק התוספות (בבא קמא קא ע"א) והרא"ש (שם) – בבא קמא פרק ט סימן יז) אם ההנאה באה על ידי מעשיו וכו' או לא שייך רק בדין נהנה. אבל במשתרשי, שהתרבה ממונו בכיסו ותחת ידו, אין נפקא מינה אם נגרם הדבר על ידי מעשיו או לא שהרי סוף סוף נתרבה ממונו ונותר תחת ידו ובכיסו, אלא שבמקרה שקוף צבע צמרו לא נחשב משתרשי לאחד מצדדי הספק שבגמרא – משום שדין משתרשי קיים רק כאשר גדל והתרבה ממונו בכמות או באיכות, אבל שבח מראה הצמר אינו בגופו של הצמר – ולפיכך הסתפקה הגמרא שכן לצד אחד בספק "אין שבח סמנים בצמר" וממילא לא נחשב שהתרבה ממונו.

החילוק בדין 'נהנה' בין הנאה הבאה על ידי מעשיו להנאה הבאה שלא על ידי מעשיו

במשנת רבי אהרן (לגאון רבי אהרן קוטלר, הלכות שכנים פרק ג הלכה ג סימן ב אות ד) ביאר את החילוק שחילקו תוספות בין הנאה הבאה על ידי מעשיו או מעשה בהמתו להנאה הבאה שלא על ידיהם בזו הלשון:

התוספות סוברים דחיוב תשלומין מדין נהנה הוא אך ורק כשהנהנה 'לוקח' ההנאה, והיינו דסבירא להו דאין החיוב דנהנה בעד עצם ההנאה בלבד, אלא דגם חיוב זה הוי בגדר חיוב מזיק, והחיוב לשלם מה שנהנה הוא בעד לקיחת ההנאה (אלא דבזה לא נאמרו הפטורים דמזיק כמו שן ורגל ברשות הרבים או פטורים מצד אונס). ולכן כל שאין כאן לקיחת הנאה מצד מעשיו או מעשי בהמתו – פטור [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נראה מדבריו שהנהגה היא חלק מהמחייב אלא שהיא מותנית במעשה הנהגה שהוא בגדר של מזיק. וצריך עיון ממה שהוכחנו מדברי התוספות בכתובות בעניין 'היקפא יתירא' שאף ללא כל מעשה של הנהגה וללא כל אשמה כלל אלא רק משום שמחמת שחצרו בפנים וחצרות חברו מקיפות אותה ובשל כך כאשר המקיף הקיף את כל צדדיו והפנימי ממילא נהנה מכך ונגרם ללא מעשה וללא כל אשמה 'חסר' למקיף, שוב חשיב 'זה נהנה וזה חסר'.

דין 'חסר' וגלי אדעתיה ב'נהנה' וב'משתרשי'

השערי ישר (שם) המשיך להרחיב בגדרי נהנה ומשתרשי ובמאי דנפיק מביניהו.

וזו לשונו במענה לשאלה אי ב'משתרשי' בעינן 'חסר' כדי לחייב בתשלומים כמו ב'נהנה':

[...] ונראה לעניות דעתי דבזה גם כן יתחלק דין משתרשי ליה מדין נהנה, דבדין נהנה קיימא לן 'זה נהנה וזה לא חסר – פטור', ובמשתרשי ליה לא יהיה חלוק בין חסר אצל בעלים או לא [...] דהרי לשיטת רש"י [...] וכן מוכח קצת מדין מתנות כהונה – אף דלא שייך שם דין חסר, דהוי ממון שאין לו תובעים – וזוכה השבט בהם מדין משתרשי ליה.

והוסיף וביאר כי יש בכוח סברת 'גלי אדעתיה' להפכו מדין 'נהנה' לדין 'משתרשי':

ובזה נראה לעניות דעתי לפרש מה שכתבו התוספות (בבא קמא דף כ ע"ב) דבעמד ניקף חייב לשלם אף ד'זה נהנה וזה לא חסר' משום "דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה", ובדר בחצר חבירו דפטור – משום "דלא גלי אדעתיה אלא בחנם", דהדברים מתמיהים מה מועיל בזה 'גלי אדעתיה', דמכל מקום אין לחייבו רק משום נהנה, ו'זה נהנה וזה לא חסר – פטור'.

ולפי מה שכתבתי – דהיכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה הרי משתרשי ליה הדמים שנשארו אצלו שהיה מוציא בהוצאה, ונמצא שממון חבירו גורם לו תוספת דמים, וזכה חבירו בנכסיה כמו באנסו בית המלך את גורנו, והיכא דלא גלי אדעתיה יכול לומר "הייתי מתענה ושוכב בחוץ", כמו שכתבו התוספות לענין אוכל מתנות כהונה דלא חשיב משתרש משום דיכול לומר "הייתי מתענה" – וכיון שהוא משתרש בדמים אז גם אם לא חסר בעל החצר או המקיף חייב לשלם.

והטעם בזה דרק כשאנו באים לחייב משום נהנה, דהוא משום משתמש בממון חבירו, צריך שהשימוש יפגע קצת גם אצל בעל הממון. אבל אם ממנו גרם הוספת דבר בעולם, הדין נותן שיזכה בעל הממון בדבר הנוסף, כולד פרה שזוכה בעל הפרה.

והנה כדי להעמיק בהגדרת 'משתרשי' יש להביא סוגיה נוספת.

במסכת בבא מציעא (מב, ב) איתא:

ההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה, הוה ליה לדידיה נמי כריא דכשותא. אמר ליה לסרסיה: "מהאי רמי." אזל רמא מאידך. אמר רב עמרם: היכי נדיינו דייני להאי דינא? נימא ליה לדידיה "זיל שלים" – אמר: "אנא אמרי ליה 'מהאי רמי'", נימא ליה לסרסיה "זיל שלים" – אמר: "לא אמר לי 'מהאי רמי' ומהאי לא תרמי" [...] סוף סוף, מאי פסידא איכא, והא קא משתרשי ליה? אמר רב סמא בריה דרבא: דהוה שיכרא חלא. רב אשי אמר: בכיסי ומשלם ליה דמי כסי.

ופירש רש"י:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כשותא – הומלו"ן שמטילין לתוך השכר.

מהא רמי – הראהו הכרי שלו, ואמר לו: "מזה תטיל לשכר."

מאידיך – של פקדון.

והא קמשתרשי ליה – והלא הוא נשכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר, ושלו עומד, וישלם משלו.

חלא – החמיץ.

בכסי – שהיתה כישות גרועה, וקוצים מעורבין בה, דלא השביח השכר כרצונו וקשה בעיניו שהטילוהו בתוכו.

ומשלם לו דמי כסי – דמי כשות של קוצים, לפי מה שהשביח.

ובשיטה מקובצת שם כתב: "דהוה שכרא חלא – פירוש: ואף על גב דבדידיה נמי הוה חלא, מכל מקום כיון שלא נהנה לא הוי אידיך אלא כמבריה ארי [...] עד כאן. שיטה."

כלומר: השיטה מקובצת הקשה מאיזה טעם לא ישלם בעל השכר שהחמיץ את דמי הכשות של חברו שהוטלה לשכר, הרי גם לו היה מטיל את הכשות שלו היה השכר מחמיץ, ונמצא שאמנם לא הועילה הכשות של חברו לשכר שלו אבל מכל מקום הרוויח כשות את הכשות שלו שלא הוטלה לשכר. על כך תירץ שהטלת הכשות של חברו ש'הצילה' את שלו היא רק בגדר 'מבריה ארי מנכסי חברו'.

וראיתי מביאים בשם ספר נפש חיה שהקשה ממה דאיתא במסכת בבא קמא (נח, א) שגם ב'מבריה ארי' – אם יש לו הפסד וה'הברחה' נעשתה שלא מדעתו, חייב חברו בתשלומין עליה ובאופן זה לא נאמר הפטור של 'מבריה ארי'. אם כן, כיוון שבנידון שבסוגיה זו הטלת הכשות הכשות הייתה שלא מדעת בעליה והוא אף הפסיד, הרי שאין בה דין 'מבריה ארי'. ותירץ שבכשות לא באה ההנאה – ה'הצלה' מגוף הכשות וההפסד אלא בגרמא, שעל ידי שהשליח לקח את הכשות של המפקיד, נשארה הכשות של הנפקד בידו. לא כן בסוגיה הנ"ל שבבבא קמא (שם) המדברת בבהמתו שנפלה לגינה באונס ונחבטה, והצילוה הירקות – שלא לקתה מהקרקע, ובאופן זה חייב לשלם ואין בו פטור של 'מבריה ארי' כי לא הווי מדעתו והפסיד, כיוון שהנאתו הייתה מגוף הפסד הפירות של בעל הגינה.

והנה רש"י כתב כבר ב'משתרשי' שנאמר בסוגיה – טרם המסקנה דהחמיץ השכר – שאמור הוא בכשות שנותרה תחת ידו ("ושלו עומד") בזכות ממונו של בעל הפקדון ("נשכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר", ובהכרח שכוונתו שעל ידי כך נשכר ש"שלו עומד" ולא שעצם הכשות של פקדון היא הרווח, שהרי אם כך לשם מה הוצרך להוסיף "ושלו עומד"), ונמצא ממנו מתרבה בכשות שנותרה תחת ידו. כך גם ביאר בשערי ישר כפי שנביא בסמוך.

ולפי זה יש לבאר מה תירצה הגמרא שהשכר נעשה חומץ: בשלמא אם הנחנו תחילה שהרווח הנידון הוא בשכר גופיה, שפיר תירצה הגמרא שנפסד, אלא דאי קשיא מצד רווח הכשות דידיה – ואכתי לא שמענו דרווח זה בכלל 'משתרשי' הוא – יש ליישב דגרמא היא וכנ"ל. אבל מאחר שפירש רש"י שרווח זה הוא שאמרו בו מתחילה 'משתרשי' – הרי גם כשנעשה חומץ נהנה והרוויח בכשות שנותרה תחת ידו, שהרי בשל ממון חברו – הכשות של המפקיד שהטיל סרסיה בטעות – הרוויח הנפקד בכשות שנותרה תחת ידו. ולפירושו לכאורה אף אם הצלת כשותו גרמא היא – מה נפקא מינה, הרי למעשה הרוויח כשות ונתרבה בה? וכי משום שגרמא היא לא נחשב הדבר לריבוי ממונו על ידי ממון חברו – והרי לעיל הבאנו שאף בהנאה ללא מעשה הנהנה או

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בלא מעשה בהמתו, חייב במשתרשי, ואין דיניו כדיני נזיקין, ואם כן יש לומר לכאורה שהוא הדין בגרמא.

נראה ליישב כי דווקא אם לא החמיץ השכר ויש לנפקד את הרווח שבו, או אז ניתן להאמר שהרוויח את הכשות שנותרה תחת ידו, כלומר הרווח שבגדר 'משתרשי' הוא אומנם הכשות אך זאת אך ורק אם הרוויח את השכר שלא החמיץ, שכן כשכך הדבר יש לחשב שבעבור הרווח שהרוויח בשכר – ושרצה בו – צריך היה להשקיע כשות, ובשל הכשות של חברו נמצא שהרוויח את השכר כאשר הכשות שלו נשארה תחת ידו. היינו: חישוב הרווח הוא ביחס לתוצאה הנדרשת בכל מקרה. למשל, התוצאה והמטרה הנדרשת היא בנידון דנן – שכר טוב. אם הושגה התוצאה, או אז שמין ואומדין את הרווח שקיבל מהשגת התוצאה והמטרה על ידי ממון חברו – הכשות של חברו – בלי להוציא משלו את הכשות, והרי 'משתרשי' ליה הכשות. כלומר: אם לדוגמה השכר הנדרש – התוצאה – שוויו מאה זוז, וההשקעה הדוושה היא כשות בשווי חמישה זוזים, נמצא שהרווח הוא תשעים וחמישה זוז, היינו התוצאה לאחר קיזוז ההשקעה – הכשות. אם נלקחה בטעות הכשות של הנפקד, נמצא שהרוויח המפקיד שכר בכל מאה הזוזים. נמצא שהכשות שנותרה תחת ידו ששוויה חמישה זוזים היא הרווח הנוסף וממונו שנתרבה מכוח הכשות של חברו. אולם בכהאי גוונא שהשכר החמיץ והן אומנם היה נחמץ גם על ידי הכשות שלו, אך מכל מקום לא הרוויח דבר, שכן בכהאי גוונא אין תוצאה רצויה שבעבורה היה נכון "להשקיע" כשות – שאייהצורך בהשקעתה הוא רווח ד'משתרשי' ליה. האי גוונא יש לראות ולהגדיר שבמקום להשליך את הכשות של הנפקד לים ולהפסידו זרק סרסיה בטעות לים את הכשות של המפקיד. זה אינו רווח של כשות משום ממונו של האחר, אלא 'מבריה ארי' בעלמא ובגרמא (כנ"ל, ולכן פטור אף שהיה שלא מדעת חברו ואף שחברו הפסיד) – שהזיקו כשות של אחר במקום להזיק את הכשות שלו, ואין זה נחשב כאילו התרבה ממונו מממון רעהו.

ונראה שזו כוונת השיטה מקובצת במה שכתב: "דהוה שכרא חלא – פירוש: ואף על גב דבדידיה נמי הוה חלא, מכל מקום כיון שלא נהנה לא הוי אידך אלא כמבריה ארי." כלומר: כיוון שלא נהנה שהרי שהשכר החמיץ, שוב הרווח של הכשות הוא כמבריה ארי בעלמא, שבמה שלא לקח את הכשות שלו הצילו מהארי ומהפסד כשותו, אבל אין בכך 'משתרשי' של ממון השני. ובשערי ישר (שם) כתב על סוגיה זו וזו לשונו:

ועיין בספר שער המשפט (סימן רצא ס"ק ד) מה שהקשה על הא דאמרין במסכת בבא מציעא סוף פרק המפקיד באומר לסרסר להטיל כשות [...] דפריך [...] "והא משתרשי ליה" ומשני "דהוי שיכרא חלא". ונתקשה בספר הנ"ל הא התם שלא על ידי מעשיה ומעשה בהמתו [...]

ואישתמיט ליה הש"ס דחולין, דמפורש דהיכא דמשתרשי ליה לעולם חייב והכא מישתרשי ממש, כמו שכתב ברש"י שם דעל ידי הכשות של המפקיד נשאר בעין הכשות של הנפקד [...] ומסיק הש"ס "דהוי שכר חלא" ובכהאי גוונא ליכא גם חשבון משתרש מה שנשאר כשות שלו.

וכוונתו נראית כפי שביארנו.

ויצוין שגם המחנה אפרים (הלכות נזקי ממון הקשה) כקושיית שער המשפט שהביא בשערי ישר.

ההשלכה לנשוא פסק הדין

בנושא דנן אין נפקא מינה בדין 'משתרשי' אלא בדין 'נהנה', שהרי האישה לא גילתה שהיא חפצה בשכירות בכל מקרה, ויכולה היא לומר שהייתה 'מתענה' אם לא הייתה גרה בדירתם המשותפת,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היינו שלא הייתה שוכרת דירה אלא הייתה גרה אצל אחת מבנותיה, למשל, כדרך שעשה באמת בעלה ולא שכר דירה, ואין כאן 'משתרשי' אולם מדין 'נהנה' לכאורה יש מקום לחיובה.

מעתה נחזור לפרטי דיני 'נהנה' שהתבארו לעיל בהרחבה ושייכוס דינים למעשה הובא אף הוא לעיל ובכללו דברי השולחן ערוך והרמ"א (חושן משפט סימן דסג סעיף ו):

הדר בחצר חבירו 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 –

[רמ"א:] ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל) [...]

והתבאר לעיל בארוכה ההבדל בין מי שאך הוציא את בעל הבית מביתו בעל כרחו למי שבעל הבית אף אמר לו "צא".

והנה, כל זה איירי במי שנכנס לחצר חברו או אז אם ישב שם חיסרו ממון וחייב לשלם לו או שבכל גוונא בכהאי גוונא שבעל הבית מוחה בו שיצא או אז חייב לשלם לו שכרו. בנדון דנן הרי הבעל מוחה באשתו פעמים רבות. כדוגמה נצטט כדלהלן:

א. בקשה מכ"ג באב תשע"ז (15.8.2017):

[...] במידה ולא תימכר במועד זה להורות בצו לתובעת לפנות הדירה [...]

ב. בקשה מי"ט באלול תשע"ז (10.9.2017):

[...] חרף העובדה שהנתבע הציע לתובעת כי תלון בחדר ואילו הנתבע בסלון, במקום זה בחרה לזרוק את הנתבע בגילו המופלג, שמונים ואחת, חסר כול וללא קורת גג [...] ולחילופין להורות בצו לתובעת לפנות את הדירה לטובת הנתבע עד למכירת הדירה וחלוקת תמורתה.

ג. בבקשת הבעל בבית המשפט נאמר:

[...] כב' השופטת [...] ב-17.5.17 הציעה שהמבקשת תגור באחד החדרים ותחליף מנעול. המשיב לעומת זאת, הסכים אפילו לגור בסלון ובכל זאת המבקשת סירבה וחזרה והגישה עוד שלוש פעמים צווי הרחקה כנגד המשיב [...]

נמצא שהתובע ביקש מאשתו לפנות את הדירה – בקשה שהיא בבחינת אמירת "צא". כן גם בקשתו לדור בדירה בחדר אחר, כפי שעלה כבר ביום ההרחקה הראשון בתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17), נחשבת כתביעה ממנה לפנות את חלקו בדירה. כל זאת מלבד הדרישות החוזרות של התובע לקבלת דמי שימוש – דרישות שבאו כל הזמן בשלל בקשותיו – שגם הן בבחינת "צא" כי משמעותן היא שאם לא תשלם לו דמי שימוש אין לה את הזכות ליהנות מחלקו בדירה.

דמי שימוש בשותפין ובבני זוג והחילוק בין דינם לדין הכללי של 'נהנה' ו'חסר'

יש לדון בדינם של שני שותפים או בני זוג השותפים בדירה שאחד מהם גר בה והשני אינו נמצא: הספק שבו יש להסתפק לגביהם הוא אם שימושו של האחד נקרא 'אוכל חסרונו של חברו' או שיכול המשתמש לומר "בשלי אני יושב" שהרי זו היא השותפות שכאשר אחד משתמש, אזי חלקו של השני משועבד לו וכן להפך וכפי שנביא להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אומנם אם כך, יש לומר שכששותף אחד משתמש והשני מוחה בו, הרי שמחאתו היא תביעה לפירוק השותפותו בכהאי גוונא תמה השותפות (בין שהחלוקה בפועל תהיה בדרך של חלוקת השטח, בין שתהיה בדרך של מכירתו וחלוקת הדמים או בדרך של 'גוד או איגוד') ונמצא שמכאן ואילך המשתמש 'אוכל חסרונו של חברו'. ואף בלי לדון מצד 'אוכל חסרונו' ובלי דין 'נהנה', הרי זה כעין המוחה לכתחילה בשני מלהשתמש ואומר לו "צא" שכאמור חייב הלה בשכרו גם ב'זה נהנה וזה לא חסר'.

נושא השותפות יתברר להלן:

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קעא סעיף ח) נפסק:

אמר כל אחד מהם "איני מוכר", אלא כל אחד מהם רוצה שיקנה חלק חברו, או שאין אחד מהם רוצה לא לקנות חלק חברו ולא למכור חלקו אלא ישארו שותפין: אם היה המקום עשוי לשכור – שוכרין אותו וחולקים שכרו.

הגה: ויוכל אחד לומר לחבירו "או שכרהו אתה בכך או אני אשכרהו בכך", כדינא דגוד או אגוד (ריב"ש סימן רכז). וכל מקום שיכולין להשוות עצמם כדינא דגוד או אגוד, עדיף מחלוקת אלו (טור והמגיד פרק א דשכנים ותשובת רשב"א סימן תתקנו).

[המשך לשון המחבר:] ואם אין המקום עשוי לשכור – אם הוא חצר [רמ"א:] או חנות או בית שאי אפשר להם לדור ביחד (טור) – [המשך לשון המחבר:] שוכנים בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחד מפני היזק ראייה, שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר אלא משנה לשנה.

הגה: ויש אומרים דבחצר צריכין להשתמש ביחד, דהרי משועבד לכל אחד לביתו המיוחד לו, ומהאי טעמא אין בחצר דין גוד או אגוד (טור בשם הרא"ש ובית יוסף בשם הרמב"ן ובשם הרשב"א). ודווקא בד' אמות הצריכין לכל פתח, או בדרך הצריך לכניסה ויציאה, אבל בשאר חצר אמרינן גוד או אגוד ועיין לקמן סעיף י"ז.

[המשך לשון המחבר:] [...] ואם מרחץ הוא – נכנסים בה שניהם תמיד בכל יום. וכן כל דבר שראוי להשתמש בו (ביחד) 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 גם כן זמן שנשתמשת" דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש (רשב"א חלק א סימן תתקנו).

מקור דברי הרמ"א בשו"ת הרשב"א (חלק ב סימן קמא) והגם שבשולחן ערוך צוין על דברי הרמ"א לחלק א סימן תתקנו, ומקור ציון זה בדרכי משה הארוך – תשובת הרשב"א בעניין זה אכן מצויה בשני המקומות, אבל בחלק ב היא מפורטת יותר ובו בלבד נכלל האמור בדברי הרמ"א שבסוף הסעיף. ובמהדורת שירת דבורה אכן ציינו לתשובה זו בדברי הבית יוסף שהביא אף הוא את הדברים. ועיין בשו"ת בית שלמה חושן משפט סימן מח – שיובא להלן – שבתוך דבריו עמד בזה וכתב "והנה בבית יוסף לא נרשם מקום מתשובת הרשב"א הנ"ל ובהגהת רמ"א הציון בטעות אבל מקור הדברים מתשובת הרשב"א חלק ב המכונה תולדות אדם סימן קמא", והיוצא בדבריו כתב גם בדברי גאונים – שיובא אף הוא להלן. אכן לא ידעו שניהם כי הציון שבהגהת יסודו כבר בדרכי משה הארוך, שכן לא ראו את הדרכי משה הארוך לחושן משפט שנדפס לראשונה רק בדורנו, בשם "דרכי משה השלם", בשנת תשל"ט במהדורת מכון ירושלים שהתקין הגרש"ש רוזנטל שליט"א. ויוער כי אפשר שרבנו הרמ"א עצמו לא הייתה תשובת הרשב"א בידו אלא סמך על המובא בבית יוסף – שכמו שביאר בהקדמתו חלק מדבריו בדרכי משה הם מתוכו – שכן בבית יוסף הובאו הדברים ללא ציון מקורם ברשב"א אך ברצף אחד לאחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכל שזה משתמש בו לשעה הוברר הדבר דבשלו הוא משתמש. אבל בחצר שיש לו בה דין חלוקה, אף על פי שלא חלקו, כיון דאפשר להם לחלוק ושלא יהא לזה רשות ליכנס לתוך חלקו של זה – מעתה אסורים, דלא אצטריכו לשעבד חלקן זה לזה וליכא ברירה.

ואם איתא, אף בחצר שאין בה דין חלוקה לא נימא בה ברירה, ואילו רצה זה מסלק את חברו מן החצר לגמרי עד זמן ידוע. ואף על פי שיש לחברו עדיין בגופו של חצר, דהא הדרא ליה, מכל מקום אילו חלקו בכך בלי ספק היה יכול זה לאסור על אחד מן השוק כל אותו זמן, דלא גרע משובר [צ"ל: "משוכר", כהעברת המהדיר הנ"ל], ואפילו השתא נמי יהא אסור, דהואיל ואפשר להם בחלוקה זו – אמאי אמרינן דשעבד חלקו לחברו והוברר הדבר?

אלא משמע מכאן לכאורה שאי אפשר לחלוק לזמנים, ולפיכך אי אפשר לו לאסור אפילו על אחד מן השוק, דהשתא הוא דאיכא למימר יש ברירה [...]

ואפילו במקום ישיבה של בית הכנסת, שאי אפשר לשניהם להשתמש בו כאחד: כשיסתלק זה – ישב בו זה, קדם וישב בו היום – יקדים השני למחר וישב בו. ואפילו בחצר שאין בה דין חלוקה כך הוא, שבמקום שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה – אי אפשר לזה להשתמש זה בחבלתו וזה בחבלתו כאחד – לעתים שאי אפשר, אלא כשמסתלק זה לשעה משתמש בו שני לשעה.

ומיהו אפילו למאן דאמר אית דינא דחלוקת זמנים מסתברא שאי אפשר בכל כי הא לימים ולא לחדשים אלא לשנים, דאי אפשר להם לטרוח בכל יום – דאף על פי שאין כאן טורח פנוי כלים, אין לך טורח גדול מזו שישב כאן יום אחד וכאן יום אחד, שזה כחוכא והפסד יש בדבר, ולא ימצא מי שישכור לו לימים מפוזרים.

ואם אירע שישב בו האחד שתים ושלוש שנים: 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. והוא הדין דאינו יכול לומר לו "כדרך שנשתמשת בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדך", דכל שלא חלקו – בשלו הוא משתמש, ואלו רצה חבירו היה משתמש בו.

מקור דין גוד או איגוד וחלוקה לזמנים הוא במסכת בבא בתרא (יג, א). מובא שם כך:

"ולא את הטרקלין כו' – אין בהן כדי לזה וכדי לזה, מהו?

רב יהודה אמר: אית דינא ד'גוד או אגוד', רב נחמן אמר: לית דינא ד'גוד או אגוד'. אמר ליה רבא לרב נחמן: לדידך דאמרת "לית דינא ד'גוד או אגוד" – בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין?

אמר ליה: שאני אומר: עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים.

מיתיבי:

מי שחציו עבד וחציו בן חורין עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד – דברי בית הלל.

בית שמאי אומרים: תקנתם את רבו, את עצמו לא תקנתם – לישא שפחה אינו יכול, לישא בת חורין אינו יכול, יבטל – והלא לא נברא העולם אלא לפריה ורבייה, שנאמר "לא תהו בראה, לשבת יצרה"? אלא: כופין את רבו ועושין אותו בן חורין וכותבין שטר על חצי דמיו.

וחזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שאני הכא, ד'אגוד' איכא, 'גוד' ליכא.

תא שמע:

שני אחין, אחד עני ואחד עשיר, והניח להן אביהן מרחץ ובית הבד:
עשאן לשכר – השכר לאמצע, עשאן לעצמו – הרי עשיר אומר לעני:
"קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבד."

התם נמי: 'גוד' איכא, 'אגוד' ליכא.

ופירש רש"י:

אית דינא דגוד או אגוד – זה שרוצה לחלוק אומר לזה שאינו רוצה לחלוק "או
קוץ לי דמים וקנה לך חלקי, או אני אקוץ דמים ואתן לך בחלקך, שאי אפשר
בשותפותך."

לית דינא – שזה יכול לומר "לא שלך אקנה ולא שלי אמכור אלא שותפין נהיה
בה".

עבד או בהמה טמאה – שאי אפשר לחלקן, כיצד יעשו? להכי נקט "בכור
ופשוט" דטריחא מילתא להיות שותפין בה.

וחזרו בית הלל להורות כו' – טעמא ד"מפני תיקון העולם", הא לאו משום
פריה ורביה לא כייפינן ליה ולא מצי עבד למימר ליה "אקוץ בדמים ואתן לך
בחלקך".

הכי גרסינן: "שאני הכא ד'אגוד' איכא, 'גוד' ליכא" – העבד יכול לקנות אבל
אינו אומר "קנה חלקי", שאין דמים לבן חורין, שאין עבד עברי נמכר אלא
לשש.

והנה הרמב"ם (הלכות שכנים פרק א הלכה ב) כתב וזו לשונו:

אם היה המקום עשוי לשכר – משכירין אותו וחולקין שכרו.

ואם אינו עשוי לשכר: אם חצר הוא – שוכנין בה שנה שנה, שאי אפשר
שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראייה, שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם
עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר אלא משנה לשנה. ואם מרחץ
הוא – נכנסין לה שניהם תמיד בכל יום. וכן כל דבר שראוי להשתמש בו תמיד
ואינו עשוי לשכר, כגון מרחץ או מצע או ספר תורה, אינו יכול לומר לו
"השתמש אתה יום ואני יום", שהרי אומר לו "בכל יום אני רוצה להשתמש
בו".

ובמגיד משנה (שם) כתב:

ואם אינו עשוי לשכר וכו' – בגמרא מאן דלית ליה דינא ד'גוד' או איגוד' יש
לו דין חלוקה בזמנים. וכתב הרב אבן מיגש ז"ל: אף על פי שהלכה כדברי
האומר דין 'גוד' או איגוד', בזמן שאין אחד מן השותפין אומרין כן יש לנו דין
חלוקה בזמנים. ומכל מקום הכל לפי מה שהוא דבר, שאם היה בית וכיוצא בו
אין חולקין אלא משנה לשנה שאין לטרוח בפחות מכאן. וכן כתב הרשב"א
ז"ל שאין חלוקת הדירה בפחות משנה לשנה.

נמצא כי דעת הרמב"ם והר"י מיגש שלא זו בלבד שאם אין אפשרות ל'גוד' או איגוד' אזי
החלוקה היא לזמנים, כמו שמוכח בגמרא (לגבי האופנים שבהם "גוד איכא, איגוד ליכא") וכדברי
הרשב"א דלעיל, אלא שגם באופנים שאפשר לתבוע ולפסוק 'גוד' או איגוד' כל עוד לא תבע כן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אחד מהשותפים יכול כל אחד מהם לתבוע חלוקת זמנים ויאלץ חברו להסכים לכך או לתבוע גוד או איגוד – ובפרט זה היינו דלא כרשב"א.

זהו המקור להלכה שנפסקה בשולחן ערוך (סימן קעא סעיף ח הנ"ל). על דברי הרמב"ם שהובאו בשולחן ערוך (שם) כתב הרמ"א את דברי הרשב"א הנוגעים לנשוא פסק הדין דנן, ומכאן שהבין מהם אפוא כי גם לשיטת הרמב"ם כי יש לערוך חלוקת זמנים בימים או בשנים (לבית כמבואר בשולחן ערוך שם) הרי כי אם בדיעבד ישב אחד מהם שנה או יותר בבית בלי שתבע חברו חלוקה זו קודם לכן, אינו צריך לשלם על כך לרעהו, וכפי שיבואר להלן.

ויש להוסיף כי לא זו בלבד שכך הכריע השולחן ערוך אלא שבנידון דידן – ששותף אחד השתמש לבדו בעוד האחר מוחה כנגדו מלכתחילה יש לומר שאף הרשב"א מודה שחייב בדמי שכירות. כך יש לדקדק מדבריו וביותר גם מדברי רבי עקיבא איגר (בהגהותיו לחושן משפט שם) שמצא לנכון להעתיקם וכתב:

לא יוכל אחר כך – נ"ב: בבית יוסף מחודש ג' כתב בשם הרשב"א וזו לשונו:

אפילו במקום שיש בו דין חלוקה ונשתמש בו אחד ב' וג' שנים אינו חייב להעלות לו שכר דבשלו הוא משתמש. והוא הדין שאין האחד יכול לומר לו "כדרך שנשתמש בו ג' שנים אשתמש גם אני כנגדך" כיון דלא התנו תחלה בכך.

עכ"ל, וכן העתיק הריק"ש [מהריק"ש בערך לחם שם בסעיף יג].

והנה לכאורה לא מובן מה ראו מהריק"ש ורבי עקיבא איגר שהעתיקו לשון זו של הבית יוסף – שלכאורה אין בה תוספת דין הלכה למעשה על המבואר ברמ"א, ולכל היותר היה להם לציין "כן כתב בית יוסף בשם הרשב"א". ונראה שהעתיקו לשון זו בשביל סופה, שממנו יש לדקדק שדווקא כל שלא התנו בכך ולא מחה אחד בשותפו היושב בנכס השותפות קיימים דברי הרשב"א והרמ"א, אולם אם התנו או שאחד מחה וחפץ להתנות ולממש את חלקו הממוני בשותפות בכהאי גוונא לא נאמרו דבריו, ויהיה היושב בנכס חייב בדמי השכירות.

ונבאר שהן אומנם דברים אלה מוסבים לכאורה על האמור בתחילתם "אפילו במקום שיש בו דין חלוקה" – שבזה המחאה הרי היא כדרישה לחלוק, וכיוון שלא נענה הלה ולא חלק בנכס עצמו – דין הוא שישלם או שישתמש כנגד מה שהשתמש חברו. מה שאין כן כשאין בו דין חלוקה, שלשיטת הרשב"א לא יכול היה במחאתו הראשונה לכופף על חלוקה לזמנים – שרשאי הלה לומר שרצונו להשתמש יחדיו – ואם כן אף בדיעבד לא יצטרך לשלם מאי טעמא, מכל מקום אם הוא עצמו מנע מחברו להשתמש יחד, הרי פשיטא דאין לו שוב טענת "נשתמש יחד".

ועוד שגם לדברי הרשב"א לתבוע מרא חלוקה ב'גוד או איגוד' ולא אמר הרשב"א אלא שאינו יכול לתבוע חלוקה בזמנים, ומשתבע מראש – כבנידוננו – ששותפו ייתן לו להשתמש או ישלם לו על שימוש לבדו בנכס היינו דינא ד'גוד או איגוד'.

וכן מצינו בשו"ת מהרש"ם (חלק א סימן ח) שכתב בתוך דבריו בזו הלשון:

[...] בראובן שקנה משמעון חצי בית ועשה עמו קאנטראקט [– חוזה] ואחר כך מכר משמעון חצי השני ללוי. ועשו ראובן ולוי ביניהם שטר שותפות אצל הנאטאר [– נוטריון] המיוסד על פי שטר הראשון שהיה לראובן משמעון, דהיינו שראובן מחויב לשלם החוב להבאנק שעל הבית הזה ושמויבים לחלוק הבית בקו מתוח לארכו בכל עת שירצה אחד מהשותפים. ובסוף שטר שותפות הנ"ל נכתב דכל מה שנדבר למעלה בעניני החלוקה, איננו מגרע

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הזכות שיש לכל אחד מהשותפים לעשות קץ להשותפות על ידי ליצטאציאן גלויה [– מכירה פומבית] ואחר כך מכר לוי חלקו ליהודה [...]

ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה, ותובע שישלם שכר דירה מה ששוא 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) [...]

ועיין תשובת דרך יעקב (סימן יז) ותוספות ירושלים [על סעיף זה – חושן משפט סימן קעא סעיף ח – שהביא דברי דרך יעקב אלה] שפסקו דהיכא דאין הבית מספיק לדירת שניהם והיו צריכים לחלק את עצמם לזמנים, אינו יכול לומר "בשלי אני משתמש" [...]

ובשו"ת בית שלמה (חושן משפט סימן מח) – שציין המהרש"ם – כתב בזו הלשון:

על דבר שאלתו בראובן ושמעון שירשו בית גדול מאביהם וראובן בעצמו דר בבית הנ"ל כמה שנים מעת פטירת אביהם, ושמעון דר בעיר אחרת, ופעם אחת תבע ראובן משמעון שיתן לו חלקו מה שהוציא מכיסו על מס ותיקון הבית ונתן לו סך מסויים.

ונודמן פעם אחת לפני כמה שנים ששמעון הוכרח לעקור ממקומו למקום ראובן על איזה זמן ורצה לישב עם בני ביתו בקצת חדרים של הבית המשותף ולא הניחו ראובן. ועד הנה יושב שמעון במקום אחר וראובן ישב לבדו בבית ונשתמש בכל החדרים וכל המקומות שבבית הנ"ל.

ובתוך המשך אחר כך תבע ראובן משמעון שנית שיתן חלקו במעות אסיקיראציה [– ביטוח] שמשלם לבטחון משריפה והשיבו שמעון ששכירות הבית שוה יותר מכל הוצאות ודמי סיקיראציה [...] בדבר שכירות הבית הדין עם מי גם עתה רוצה שמעון שיחלקו בהבית כי יש בו דין חלוקה וכל אחד יתקן חלקו וראובן אינו רוצה [...]

זה חוות דעתי ראשונה אם מחוייב ראובן לשלם לשמעון בעד זה שדר בו עד הנה. הנה לכאורה שהדין עם ראובן כמפורש בהגה רמ"א (סימן קעא סוף סעיף ח) ואף דדברי הרמ"א סובבים על דברי השולחן ערוך דמיירי באין בו דין חלוקה – נראה לכאורה דדווקא באין בו דין חלוקה הוא דדינא הכי והא דכתב רמ"א לא חלקו היינו בחלוקת ימים שכתב שם בשולחן ערוך קודם לזה, אמנם דברי הרמ"א מקורן בדברי הבית יוסף [...] דאף ביש בו דין חלוקה [...] אמנם כיון שכתב כבוד תורתו שפעם אחת לפני כמה שנים שרצה שמעון גם כן ליכנס להבית ולא הניחו ראובן נראה דלפי זה הדין עם שמעון [...] מבואר נגלה מסיום דברי השואל ומסיום דברי הרשב"א שהטעם הוא משום דבלאו הכי היה הבית פנוי, ואילו היה רוצה חבירו היה משתמש בו ולא מיחה בו חבירו. אבל בנידון דידן דפעם אחת רצה שמעון להכנס ולא הניחו ראובן, בכהאי גוונא ודאי דצריך ראובן לשלם שכירות לשמעון עבור חלקו [...] וגם זה דבר ברור ופשוט, דכיון דראובן לא הניח לשמעון להכנס בו, לאו כל כמיניה להשתמש בחלקו של שמעון בעל כרחו [...] בנידון דידן שלא הניח ראובן ליכנס את שמעון בבית, והשתמש בו הוא לבדו בעל כרחו של שמעון בכל הבית, נראה לעניות דעתי שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי שכירות בעד השנים שאחר כך שדר בחלק שמעון [...]

כך ברור גם מההסבר המובא בכסף הקדשים (חושן משפט שם) על דברי הרשב"א והרמ"א, וזו לשונו:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מ"ש בחושן משפט קע"א בשם הרשב"א [...] דאם לא חלקו והשתמש אחד מהם לבדו אין חבירו יכול להשתמש זמן כזה אחר כך, נראה שטעמו משום שכן הוא דרך קנין דשותפות, שבזמן שישתמש בו אחד מהם יהיה כאילו איגלאי מילתא למפרע שהקנין חל לו לבד לזמן ההוא, וכמ"ש הר"ן ע"ה בריש פרק השותפין (נדריים מה, ב) גבי "זה אומר לתוך שלי אני נכנס" [כו'] שמע מינה יש ברירה [כו'] וכמו שכתבתי במקום אחר זה מכבר.

אך עיקר טעמיה דהרשב"א ע"ה בזה נראה דהיינו מצד שהיה לו לשותף שני לעשות חלוקה או סדר שימוש זמן אחר זמן, וכל שלא עשה כן הניח את מה שישתמש חבירו על כפי מה שהוא על פי ההלכה, והרי ההלכה דיש ברירה בזה וכן"ל.

מה שאין כן כשותף אחד ברח על ידי אונס או כדומה איזה טעות [...] נראה דבאחד מגווני אלו מודה הרשב"א ע"ה שיוכל אחר כך השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש, וצריך לעיין עוד בזה.

נמצא שכאשר השותף אכן דורש חלוקה או סדר לשותפות, ודאי שזכאי לדמי שכירות משותפו היושב על חלקו. ביאור הדבר כי כל זמן שהם שותפים יכול לומר השותף: "בשלי אני יושב", אולם משעה שביקש השותף חלוקה או סדר לשותפות, או אז תמה השותפות והרי הם כזרים זה לזה וחל עליהם דין הסוגיה שבבבא קמא (שם) בעניין הדר בחצר חברו.

ואף כשלא ביקש את החלוקה – ואין לומר שתמה השותפות – מכל מקום צידד כסף הקדשים שיש לו זכות לדרוש חלק שווה בשימוש ולהשתמש "כעין הזמן שנשתמש בו חברו" אם אי השימוש היה באונס, היינו דסבירא ליה דגם הרשב"א מודה שמעיקר הדין יש זכות כזו אלא דאם נמנע משימוש שלא באונס ואף לא ביקש חלוקה או תשלום מחל על זכותו זו "והניח [...] שישתמש חברו [...] על פי ההלכה [...] דיש ברירה". אלא שבפרט זה מכל מקום אין הדברים מוכרעים, שכן בזה לא מצינו חבר לכסף הקדשים והוא עצמו סיים דבריו ב"צריך לעיין עוד בזה".

אומד הדעת שבגינו יש לראות את מניעת שותף אחד את שימוש של חברו כפירוק השותפות

ביאור העניין, כאמור, נראה דאף אומנם שסברת "בשלי אני יושב" סותרת לכאורה את היכולת לדרוש מהשותף המשתמש שכר על שימושיו כי שותף, בניגוד לאדם זר שנכנס לחצר חברו ונהנה ממנה או אוכל 'חסרונו של חברו', אינו נחשב 'אוכל חסרונו של חברו' או 'נהנה ממנו' שהרי 'בשלו הוא יושב', אולם סברה היא כי כל זה – כל זמן שהשותפות מתנהלת על פי תנאי השותפות, שאז הרי היא קיימת. אולם אם מי מהצדדים השותפים מפר את תנאי השותפות בתנאי העקרוניים והיסודיים – הפרה זו מהווה הפסקה של השותפות, שכן אומדנה ברורה ומוכחת בעיקר השותפות אחד השותפים ימנע מהשותף האחר את שימוש, הרי זה נוגד את גופה ונשמתה של השותפות ואת עצם קיומה. ובכהאי גוונא התכוונו מלכתחילה שהשותפות תיפסק.

וביתר ביאור:

במסכת נדרים (מה, ב) מובא במשנה: "השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס חצר. רבי אליעזר בן יעקב אומר: זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו [...]"

וכתב שם הר"ן בזה הלשון:

[...] דהיינו טעמייהו דרבנן משום דכיון שאי אפשר לומר דכל חד קני לכוליה חצר קנין הגוף לעולם דאי דמר לאו דמר, ואי אפשר לומר גם כן דבשעה שמשתמש בו איגלאי מילתא למפרע דבשעת קניה קנה לה לה היא שעתא קנין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגוף דאין ברירה, אלא: כל חד מהנך שותפין יש לו לעולם בחצר זה קנין הגוף דהיינו חלקו, וקנין שיעבוד בחלקו של חברו, שאין הלה יכול לעכב עליו מן הדין אף על גב דלא קני ליה גופא. הלכך קסברי רבנן דאותו קנין שיעבוד שיש לו על חלקו של חברו – קונמות מפקיעין אותו ומשום הכי אסור, דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד [...] ורבי אליעזר בן יעקב פליג עלייהו דסבירא ליה דיש ברירה, ומשום הכי אמרינן דכל שעה ושעה שנכנס לחצר – בדנפשיה קא עייל, וגוף החצר קנויה לו לגמרי לאותו תשמיש, שאינו משתמש בה מקנין שיעבוד אלא מקנין הגוף [...]

לדברינו נראה כי גם לביאורם של רבנן וגם לביאורו של רבי אליעזר בן יעקב הקניין שהוברר או השיעבוד של כל אחד לחברו – למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה – חלים ותקפים מדיני השותפות כי כאשר נשתתפו שיעבדו עצמם זה לזה (לרבנן) או קבעו שותפותם אשר תפסה בדרכי קנייני השותפות וממילא חל עליהם דין ברירה. אולם כל זאת כאשר הם עדיין שותפין. כאשר יחליטו לפרק השותפות יתבטלו דיניה ולא יחול כל שיעבוד או קניין הגוף לכל אחד בכל החצר.

לפי האמור כאשר תנאי יסודי ומהותי ואף יותר מכך – עיקר השותפות ומהותה – זכאות השימוש לכל אחד מהשותפים נמנע על ידי שותף אחר, או אז מופסקת השותפות על פי אומדנה שמראשיתה של השותפות שהיא תבוא לסיומה במקרה שכזה.

אם אומנם כך הרי כי בכהאי גוונא שאחד מרחיק את חברו השותף שלא כדין והופסקה השותפות, חזרנו להלכות 'זה נהנה וזה חסר' ולכל הנזכר לעיל שהרי סברת "בשלי אני יושב" פסקה ובטלה, חלפה הלכה לה ועברה מן העולם.

נוסיף כי גם אם המקרה הוא בבחינת 'ספק' בלבד – ספק אם ההרחקה כדין וממילא ספק אם תמה השותפות כאמור הרי כי חייבת האישה בדמי שימוש מדין 'קרקע בחזקת בעליה עומדת' כפי שנבאר להלן.

דעת הרשב"ש החולק – לכאורה – על הרשב"א (לסוברים דלרשב"א בכל מקרה פטור)

יש שלכאורה חלק על דברי הרשב"א והוא ניהו הרשב"ש וכמו שהובא בספר דברי גאונים (כלל ק אות ה) בזו הלשון:

שני אחים ירשו מאביהם שני בתים – האחד בית גדול והאחד קטן – ודר אחד מהאחים בבית הגדול שנים מרובות ונפטר [...] ועתה בא האח האחר ואומר "אדור אני בגדול כדרך שדר אחי", והאלמנה מעכבת – עיין בשו"ת הרשב"ש (הוא בן התשב"ץ, סימן קלט) שפסק דכיון דאילו היה האח קיים היה מחוייב לצאת מן הבית ולהניח לאחיו לדור כמות השנים שדר הוא כמו שכתב הרמב"ם (בפרק א מהלכות שכנים) וגם הרא"ש בתשובה (עיין בחושן משפט סימן קעא), והאלמנה הזאת לא עדיפא מגברי דאתי מחמתיה. עכת"ד.

ועיין שם (בסימן שסג) שפסק דאם השותף שדר בה כמה שנים רוצה למכור חלקו לאחר שהרשות בידו למכור, רק בתנאי שיניח את שותף חברו לדור בו כפי שנותיו [...]

וזה מקרוב נדפס ספר ערך שי על החושן משפט וראיתי (בסימן קעא סעיף ה) שהעתיק מספרי זה דברי הרשב"ש הנ"ל וכתב עליו וזו לשונו [לפנינו מעט בשינוי]:

ואתה תחזה שהוא דלא כתשובת רשב"א שהביא הבית יוסף והרמ"א כאן [...] דאם השתמש אחד מן השותפים כמה שנים לא יוכל האחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אחר כך לומר "אשתמש גם כן כמו כן זמן שאתה נשתמשת", דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו נשתמש. וברמב"ם ובתשובת הרא"ש לא כתבו רק לכתחילה חולקים לזמנים, אבל כשכבר נשתמש בו אחד ולא מיחה בו חבירו לא פליגי על הרשב"א ועל כן כתב הרמ"א דין הרשב"א הנ"ל באם כבר נשתמש וכו' אחר דברי הרמב"ם והרא"ש דכשבאים לחלוק חולקים לזמנים.

2. עכ"ל.

רצונו לומר כיון דיש לומר דאף הרמב"ם והרא"ש מודים לדין הרשב"א באם אחד מהם כבר נשתמש אין חבירו יכול לומר "גם אנכי אשתמש זמן שנשתמשת" כי ברמב"ם וברא"ש לא הזכירו מדין אם כבר השתמש אחד מהם לבדו [...]

נמצא כי הרשב"ש חולק על דעת הרשב"א וסובר שכאשר שותף אחד השתמש תקופה בנכס השותפות ולא מחה בו חברו, יוכל השותף האחר לדרוש להתגורר בנכס תקופה מקבילה ולחילופין לדרוש דמי שימוש על שימוש חברו בחלקו.

אכן הערך שי למד בדעת הרשב"א שבכל גוונא אם נשתמש זמן ולא מיחה בו חברו, אינו חייב לשלם לו על זמן זה או לאפשר לו לדור זמן זהה. ומכאן ההכרח דהרשב"ש פליג עליה.

גם בספר זכור לאברהם (חלק ב' חושן משפט ערך שותף) כתב בשם הדבר משה (חלק ב' סימן מ) בדעת הרשב"א (אליבא דהערך ש"י), והובאו גם דבריו בדברי גאונים (שם) ובזו הלשון:

ועיין בספר זכור לאברהם [...] שכתב בראובן, שמעון ולוי שהיה להם חנות בשותפות והיו שותפים בעסקם ואחר כך חלקו מהשותפות בהעסק ונשאר להם החנות ודרו בה ראובן ושמעון ה' שנים. ולוי, אחר חלוקת השותפות, הלך לו אל ארץ אחרת – לא יוכל לוי לומר "אדור גם אני בחנות כמו שדרו הם", ואף דמי שכירות אינם חייבים ליתן לו בעד השנים שדרו בה. עד כאן דבריו [...]

ועיין שם בדבר משה (שבעל דברי גאונים לא ראה דבריו במקורם, שכן ציין "אין בידי ספר דבר משה לעיין בו ביאור הדברים") שאכן ביאר דבריו הם על פי דברי הרשב"א והרמ"א והאריך לדחות דברי מי שרצה לחלק בין נידונו לנידון דהרשב"א.

שיטת שער המשפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א

אולם יש שכתבו שהרשב"א והרשב"ש לא נחלקו כלל וכל אחד מהם עוסק בעניין אחר: שער המשפט דייק כך מסוף דברי הרשב"א, ממשפט שהושמט בציטוט הבית יוסף מדברי הרשב"א וכדלהלן.

אף דבריו הובאו בדברי גאונים (שם) בזו הלשון:

והנה [...] ודברי הרשב"א הם [...] והנני מעתיק בקיצור לשון השאלה והתשובה [...] ועל זה השיב הרשב"א וזו לשונו:

ואם אירע שישב בו האחד ב' וג' שנים נראה לי דברים ברורים דאינו חייב להעלות לו שכר דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש ואפילו בחצר שיש בו דין חלוקה וכו' והוא הדין דאינו יכול לומר לו "כדרך ששמת בו שתי שנים אשתמש בו אני לבדי", כיון דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואילו רצה חבירו היה משתמש בו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עכ"ל הרשב"א. וכפי הנראה הרמ"א העתיק דין הרשב"א מהבית יוסף ושם חסר סיום התיבות מן "ואילו רצה" עד הסיום.

ובשער משפט (סימן קעא ס"ק ה) למד מסיום דברי הרשב"א "דדין זה לא שייך אלא בבית של שותפים שהוא רק לדירה לדור בו ביחד" אבל לא בבית של אכסניא –

שכל מי שנתאכסן משלם שכירות – בכהאי גוונא שייך השכירות לשני השותפים ולא יכול לומר 'בשלי אני משתמש', דזה דומה לדין דסימן שס"ג (סעיף י בהג"ה) –

בשותף אחד שהשכיר כל הבית וכו'

וגם בתשובת הרשב"א [...] מסיים בטעמו דכל שלא חלקו [וכו'] "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו גם כן" [עכ"ל] וזה לא שייך באכסניא שכל אחד מתאכסן שם מדעתו ואין לגרע כח השותף במה שלא דר בו.

עכ"ל. הרי דדייק השער המשפט בתחילת לשונו דדין זה דהרשב"א לא שייך אלא בבית של שותפים שהוא לדירה לדור בו ביחד – רצונו לומר שיש שני חדרים שיכולים לדור ביחד כי בבית אחד אי אפשר כמו שכתבו ברמב"ם וטור ושולחן ערוך (סימן הנ"ל סעיף ח). וזה מוכח מהרשב"א שסיים "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו גם כן".

ולפי זה יש לומר בדין הרשב"ש שירשו מאביהם שני בתים, האחד בית גדול והאחד בית קטן, ששניהם יש להם חלקים שוים ואי אפשר להשתמש שניהם בבית הגדול לדור ביחד – שוב לא שייך טעם הרשב"א. ולחלק דירת הבית לימים גם כן אי אפשר כמבואר ברמב"ם ונושאי כליו ובטור ושולחן ערוך (סעיף ח) שצריכים לחלק לשנים, ולמה יגרע חלק האח שלא דר בבית הגדול. ויש לומר שדין הרשב"ש נכון אף לדברי הרשב"א הנ"ל שהרשב"א כתב דינו על ירושת מקום בבית הכנסת ובחצר שראוי להשתמשות שניהם [...]

תשובת זרע יעקב שנקט כשער המשפט שהרשב"ש והרשב"א לא נחלקו

ובדברי גאוני שם הוסיף וכתב:

אחר זה מצאתי כדברי בתשובת זרע יעקב (סימן יז) שתמה [...] ונחית לחלק [...] וזו לשונו:

והנה בשמים עדי שכל ימי הייתי מצטער על הג"ה זו שהגיה הרמ"א בסתם, דמשמע כל שלא חלקו – אפילו בית וחצר בכללותה ונשתמש בכולה – יכול לומר "בשלי נשתמתי". ובשלמא מרחץ ובית הבד מצי אמר כן משום שבמרחץ יכולים שניהם להשתמש ובבית הבד נמי כשאחד גומר מלאכתו יכול השני לעשות גם הוא מלאכתו [...] אבל בבית שהוא דירה תמידית ואי אפשר לדור בבת אחת [וכו'] איך יזכה מן ההפקר בדבר שאינו מופקר. ובשלמא בתשובת הרשב"א דמיירי במקום ישיבה בבית הכנסת [וכו'] מצי לומר "כיון שהיה פנוי (כמבואר בדברי השואל) ישבתי בו ואם אתה היית בא לישיב אני הייתי מוצא מקום זולתו לישיב" (וגם הלא בכל יום המקום פנוי ומי שהיה מקדים לישיב ישב ולא מיחה בחבירו), אבל הרמ"א שהגיה בסתם ולא פירש הוא נגד השכל. ובפרט שמצאתי תשובה להרשב"ש (סימן קלט) [...] ואם כפי פשוטן של דברים בתשובת הרשב"א, איך הרב הרשב"ש זיכה לאח השני לדור בבית הגדול כזמן שדר בו אחיו, והלא ימי קדם נפלו ומכאן ולהלאה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חושבנא וכו' [...] פשיטא ליה להרשב"ש דלא שנא דאיך היאך אכל דלאו דיליה וחדא [...]

וגם הסברא מכח שכל הישר נותן כן, דאם בתחלה הדין נותן שכל אחד יכול לומר "דור אתה שנה, ואני אדור אחר כך שנה", למה כשכבר דר אחיו שנה הפסיד השני זכותו שהיה לו בתחילה בחנם בלא דבר בשביל שלא אמר בתחילה "ואחר כך אני אדור שנה" – למה היה לו לומר אחר שנודע שכן היא חלוקתם על פי הדין המבואר ברמב"ם וטור ושולחן ערוך הנ"ל.

אלא ודאי דלא מיירי הרשב"א ז"ל אלא באופן ששניהם יכולים להשתמש או בבת אחת או לשעות ואפילו זה נשתמש בכולו או לימים ידועים, מצי אמר ליה לחבריה "אלו באת אתה אני הייתי משתמש בחלקי או ביומי ודי לי" [...] אחר כך חפשי בתשובת הרשב"א [...] אלא שסיים "דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו", עיין שם. נראה פשוט כמו שכתבנו דדוקא בדבר שיכולים שניהם להשתמש או בבת אחת או לשעות או לימים [וכו']. ולכן בדין הרשב"ש שדר בבית הגדול – שאין שניהם יכולים לדור ביחד וגם לא לחלוק לימים רק לשנים כמבואר ברמב"ם וטור ושולחן ערוך סימן הנ"ל – יפה פסק הרשב"ש שאחיו האחר זוכה לדור בבית הגדול כפי הזמן שדר בו אחיו.

שיטת הבית דוד שאף הוא נקט דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי

ובדברי גאונים (שם) המשיך וכתב בשם הזרע יעקב בזו הלשון:

שוב מצאתי להרב בית דוד (חלק חושן משפט סימן כה) שכתב וזו לשונו:

דלא אמר הרשב"א שאינו חייב להעלות שכר אלא בדבר שיכולין שניהם להשתמש כאחד, כגון חלל חצר המשותף – שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, וכשמסתלק זה – משתמש בו השני, וכן מקום ישיבה בבית הכנסת – זה יושב לשעה וכשמסתלק יושב בו השני, קדם זה וישב בו היום – יקדים השני למחר וישב בו.

בכי הא קאמר הרשב"א שאינו חייב משום דאיכא טעמא רבה דבשלו הוא משתמש שהרי היה יכול השני לבוא גם כן להשתמש שם לעתות שהמקום פנוי [וכו'], אבל בבית או בחנות – שאי אפשר לשניהם להשתמש ביחד, שאלו שמעון רוצה להשתמש צריך ראובן להסתלק מן הבית שנה כנגד שנה כמו שכתב הרמב"ם ז"ל, והיה צריך ראובן לשכור לו במעות בית אחר לדור בו, ועתה שנשתמש ראובן כל אלו השנים והרויח כל מה שהיה צריך לשלם בעד בית אחר – צריך להעלות שכר לשמעון או שישתמש בהבית כנגד השנים שדר בו ראובן.

ודייק לה הרב בית דוד מסיום לשון הרשב"א שסיים "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו" דמשמע שאין שימוש האחד מונע את שימוש השני עיין שם [...] אלא שבתוך דבריו נרתע לאחור בחילוק זה [...] ואילו ראה הרב בית דוד תשובת הרשב"ש שהבאתי לעיל לא היה מסתפק בחילוק הנ"ל והיה מחליט הדבר בבירור בלי שום טעם אחר.

מכל מקום אני אומר שאם כוונת הרשב"א כמו שחילק הרב בית דוד הרי טוב, ואם נאמר שלא נתכוון לכך – אף על פי שהוא כנגד השכל והסברא – הרי מצאנו להרשב"ש היפך זה ובתראה הוא לגבי הרשב"א ונקטינן כוותיה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

3. וחזינן למרן הבית יוסף בשולחן ערוך שהשמיט דין הרשב"א ולא פסקו אלמא דלא סבירא ליה.

עד כאן לשון תשובת זרע יעקב וכמובא בדברי גאונים.

ביאור סיום דברי הרשב"א לסוברים שנחלק על הרשב"ש

הגר"מ עמוס שליט"א בפסק דין בהרכבנו משכבר (פסק דין מיום י' באדר התשע"ב – 4.3.2012, בתיק 267132/9) כתב על כך בזו הלשון:

ולעניות דעתי גם הסיפא של דברי הרשב"א, גם אם כדבריהם שלא היו בפני הרמ"א, מכל מקום ניתן להסביר [...] כשיטת רמ"א, דלשיטתם דיש לשאול: הרי הרשב"א צריך היה לכתוב "ואלו רצה חבריו היה משתמש עמו", דהיינו ששניהם יכולים להשתמש בו ולא היה כותב "משתמש בו", דמשמע חברו בלבד, כי לפי דברי הרשב"א איירי רק בדבר שיכולים שניהם להשתמש, ואם כן היה לו לכתוב "ואלו רצה חבריו והיה משתמש עמו" ולא היה כותב "ואלו רצה חבריו היה משתמש בו".

אלא כוונת הרשב"א שגם חברו – הייתה אפשרות שהיה משתמש בו אילו היה קודם ראשון ומשתמש בו ולא זה שנשתמש בו עתה, שהרי תחילת דבריו של הרשב"א כתב "ואם אירע שישב בו אחד שנים ושלוש שנים" – זאת אומרת במקרה ישב בו הוא ובאותה מידה יכול להיות שחברו היה יושב בו. וזו כוונת הרשב"א "ואלו רצה חבריו", היינו אם לא היה מניחו והיה הוא רוצה להשתמש בו גם כן היה מקדים ומשתמש בו אלא שכאן איירי שחבריו הקדימו ונשתמש בו.

דעת הר"י מגאש לחלוק על דעת הרשב"א

והנה בספר עטרת דבורה (חושן משפט סימן לג) הביא בשם ספר משנת רבי אליעזר (להגאון רבי אליעזר טולידו, חושן משפט סימן נט) שהביא דברי הר"י מגאש בתשובה (סימן קצו) שחלק על דברי הרשב"א.

בתשובה שם מדובר בכך יחיד היורש את אביו שנפטר לאחר מות האב ומשכך אחותו הקטנה של הנפטר אינה ניזונת מנכסיו שאותם ירש מאביו כדינה בחייו – שהוא יורש את נכסי אביהם והיא ניזונת מהם) אלא היא ועוד שתי בנות – אחיות שנותרו חולקות בירושת אחיהן.

וכך כתב הר"י מגאש בשלהי התשובה:

הכלל העולה שאין לקטנה מזונות ולא מדור, ומחשבין עמה על שכירות המדור ששכנה בו מקרקעות אביה, ואינה יכולה לומר "בחלקי דרתי", לפי שאומרים לה "מאן פלג לך". והלכתא ברירא לך: הואיל והדבר מעורב, אין שום אחד יכול לומר "בחלקי דרתי ובו נתהנית".

והביא שם בשם ספר משנת רבי אליעזר שכתב על דברי הר"י מגאש בזו הלשון:

הרי בהדיא דטענה הלזו ד"בשלי אני דר" לא מכרעא לפום דינא כל עוד שלא היתה חלוקה ביניהם, אלא הנה הינם משותפים – הבתים והקרקעות ביניהם, וכל פסיעה ופסיעה שמשתמש האחד – יש לו לחבריו חלק בזה, ובדין תובע שכר חלקו מחבריו.

איברא דאי דינו של הרשב"א הוה מיתאמרא דוקא בדבר שאין בו דין חלוקה, היה אפשר לומר שאין כאן מחלוקת בין הרשב"א עם מהר"י נ' מגאש, מטעמא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דאיכא למימר דעד כאן לא אמרה הרשב"א אלא דוקא בשותפים שקנו דבר שאין בו דין חלוקה [...]

כבר בירר דבריו הרשב"א, דאפילו בדבר דיש בו דין חלוקה פטור, מטעמא דיהיב ד"בשלי אני דר", ולא מחוייב לתת לחבירו חלק מדמי השכירות, ולא אמרינן "מאן פלג לך" וכטעמו של הרב מהר"י ן' מגאש, אלא משמע דפליג עליה.

עוד יש לציין בעניין הכרעתו של הזרע יעקב כדברי הרשב"ש, שטעמו עימו – משום שהוא היה בתראה ביחס לרשב"א ואילו הרמ"א היה רואהו היה פוסק כמותו, ובעניין הוספתו שכיוון שהשולחן ערוך לא הביא את דברי הרשב"א שהובאו אצלו בבית יוסף הרי ראייה היא שלא פסק כמותו:

על נקודה זו כתב הגר"מ עמוס שליט"א בפסק הדין הנ"ל בזו הלשון:

גם בזה רבו החולקים על זרע יעקב. הנה לך מה שכתב בשו"ת יביע אומר (חלק ו סימן יד אות ב) שהנה –

כתב מרן החיד"א בשו"ת חיים שאל (חלק א סימן מח) שאם יאמר האומר: "אם כן מדוע לא העלה מר"ן השולחן ערוך על שולחנו תשובה זו שהביא בבית יוסף" – צא תאמר לו דאשכחן כמה פעמים דינים שהביא מר"ן בבית יוסף, והם אמתיים ונכונים לדינא, והשמיטם בשולחן ערוך כנודע לכל מאן דסמיך אתכא דמרן ורגילי רבוותא לומר בכגון זה שהוא בעיניו דין פשוט ולכן לא הביאו בשולחן ערוך. ע"כ. וכן כתב עוד בשו"ת יוסף אומץ (סימן כט) ובמחזיק ברכה (יורה דעה סימן פד).

וכן כתב בשו"ת בית דינו של שלמה (חלק מד סימן יב דיבור המתחיל "ועד") שמכיון שבבית יוסף הביא תשובת הריב"ש והרשב"ץ – ודאי דסבירא ליה דהלכתא נינהו, דאי לא תימא הכי ודאי דלא הוי שתיק לפקפק על דבריהם. ואף שלא הביא דבריהם בשולחן ערוך – מציינו הרבה דינים מחודשים שהובאו בבית יוסף ואינו מביאם בשולחן ערוך, ומשום הא ליכא למימר דלא סבירא ליה הכי ולכן השמיטה, דאם איתא להא הוי ליה לגלויי דעתיה בבית יוסף.

ועוד עיין בשו"ת יביע אומר (חלק ד יורה דעה סימן כג אות ו וחלק ח עמוד קלו).

הנה אחר שראינו שמר"ן הבית יוסף ורמ"א [...] וכן כתב בספר דברי אחרונים [צ"ל: "דברי גאונים" והיינו כנ"ל] בשם ספר זכור לאברהם (חלק ב חושן משפט ערך שותף) בשם הרב דבר משה (חלק ב סימן מה) וכן כתב בספר כסף הקדשים דכולהו סבירא להו דעל העבר שלא תבע [...] אין צריך לשלם לו.

אם כן, הדין – אם צריך לפרוע לו על העבר אף בדבר שאין שניהם יכולים להשתמש יחד ועבר אחד ונשתמש בו – לא נפק מפלוגתא, וודאי דהמוחזק יכול לומר "קים לי כבית יוסף ורמ"א ושאר אחרונים שאין אני צריך לשלם על מה שהשתמשי, דבשלי השתמשתי".

ובעטרת דבורה שם הביא בשם ספר פני בית (להגאון רבי אברהם ענתיבי, חושן משפט סימן קעא) שכתב לדחות את דברי הזרע יעקב בזו הלשון:

ולא דק בזה כלל, דהא דקיימא לן דהלכתא כבתראי היינו היכא שהביא דבריו של הראשון ודחה אותו ולא נראו לו דבריו, אבל היכא שלא הביא דבריו ופסק היפך ממנו – בזה אנו אומרים: אדרבא יתכן אילו ראה דבריו היה חוזר ומבטל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דעתו מלפניו. ואיך לא יאמר הנתבע 'קים לי' כהרשב"א, שהרי ידוע מה שכתב מרן ז"ל בכמה מקומות שדעת הרשב"א שקולה כרוב הפוסקים ואפילו באלף לא בטיל, ואיך יוציא ממון נגד דעתו של הרשב"א?

ולדידי, אפילו אם היה רואה הרשב"ש דברי הרשב"א ופליג עליה, יוכל המחזיק לומר 'קים לי' כהרשב"א ז"ל.

גם מה שכתב דמין לא סבירא ליה ההיא דהרשב"א מדהשמיטה בשולחן ערוך, ליתא דאדרבא מכיון שלא הביא שום חולק עליו שמע מינה דהכי סבירא ליה, וממה שלא הביאה בשולחן ערוך אינה ראייה, דכמה חידושי דינים הם הלכתא נינהו והשמיטתם וסמך על חיבור הבית יוסף שלו, ולא הביא בשולחן ערוך כי אם דברים המפורשים בגמרא ובהרמב"ם והטור על הרוב כידוע.

המסקנות מהאמור להלכה

מהאמור עד כה התבאר שנחלקו האחרונים בביאור דעת הרשב"א וממילא בשאלה אם הרשב"ש פליג עליה או דמודו להדדי. עוד נחלקו – אי נימא דפליגי – הלכתא כמאן. וראוי לציין דטענת ספר פני בית שהובא בעטרת דבורה וכמותה טענת הגר"מ עמוס נגד דברי זרע יעקב הן רק ועל כל פנים בעיקר נגד סברתו דאף אי פליגי יש להכריע כרשב"ש. אבל את דבריו, שכמו שהראינו לדעת הרבה אחרונים צידדו כמותם, דנראה טפי דלא פליגי – אותם לא דחו.

ומשכך נראה לכאורה שיש מקום רב להכריע כדברים הללו להלכה, כי מסתברים הם בטעמם, ובאמת לא נחלק בהם במפורש – לומר דוודאי פליגי – אלא בעל ערך ש"י, ולומר קים לי כיחידאה מהאחרונים (דפליגי, ועוד על גבי זה לומר בהכרח דהלכה כרשב"א) – הא ודאי אין יסוד לומר כן.

ומכל מקום, אף אי לא נימא הכי, הרי כבר התבאר לעיל באר היטב שכל דברי הרשב"א לא נאמרו היכא דאחד השותפים מנע מחברו להשתמש ועל אחת כמה וכמה היכא דהלה אף אמר לו "צא" – היינו "הנח לי להשתמש עימך או תצא ואשתמש אני או נחלוק בשימוש".

ומאחר שהמציאות בנידוננו היא כך – הרי פשוט לכאורה שהאישה שהשתמשה לבדה ומנעה מבעלה את השימוש בנכס המשותף חייבת לשלם לו דמי שימוש.

בשולי הדברים נציין כי לא מכבר (ביום כ"ה באב התשע"ח – 6.8.2018) ניתן פסק דינו של בית הדין הגדול בתיק 1129149/8 שגם בו לובנו פרטים מהסוגיות שהתבארו לעיל (אם כי לא בכל הפרטים דומים המקרים זה לזה ולא כל שכתבו שם נוגע לנידוננו ולהפך).

מכלל הדברים נציין כי גם בפסק דין זה, התבארו בקצרה עיקרי דיני 'הדר בחצר חברו' ודין 'אמר לו צא' (ובהמשך הדברים ביארו אף הם כעין המבואר לעיל שהתנגדות בן הזוג המורחק לשימושו הבלעדי של בן הזוג וכך גם תביעתו לדמי שימוש בעבור שימוש זה הרי הם כאמירת "צא" או כתביעה לחלוקה). ואחר ביאור זה של עיקרי הדברים נחתו דייני בית הדין הגדול לדון בדינם של שותפים באחד מהם השתמש לבדו בנכס, ובכלל זה בדברי הרשב"א שהביא הרמ"א ובדברי הרשב"ש. גם הם צידדו כדרכם של האחרונים שהבאנו שיש לפרש דהרשב"ש והרשב"א לא פליגי, ואחר שהביאו מהדברי גאונים הנ"ל וממה שהביא מזרע יעקב, בית דוד, בית שלמה ושער משפט, כתבו עוד:

ועיין עוד בפעמוני זהב (סימן קעא סעיף ח) שהביא חבל אחרונים שבכל מקום שלא שייך הטעם שגם הוא יכול היה להשתמש כמותו באותו פרק זמן, חייב לאפשר לו את השימוש לפרק זמן כזמן שהשתמש חברו, ובכללם: משכנות הרועים (אות ש סימן צ) וישמח לב (חושן משפט סא) והרב בית יהודה, עיין שם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אחר כך הביאו ודקדקו גם הם כנ"ל מדברי רבי עקיבא איגר שהעתיק דברי הרשב"א כשביל סיומם שלא הובא ברמ"א ושבנו מבואר שסברתו היא משום שגם הלה יכול היה להשתמש ומדברי כסף הקדשים הנ"ל. והסיקו לעניין בני זוג פרודים בכלל (שאי אפשר לתבוע דמי שימוש) ולעניין מקרים – כנידון דידן – שהאחד מונע את שימושו של האחר (שאפשר לתובעם) וכך כתבו:

לאור האמור, במקום שאינם יכולים להשתמש יחד כגון שני אחים וכעובדא דהרשב"ש, או כגון היכא ששותף אחד מנע מחברו להשתמש [...] יכול הלה לדרוש זכות מגורים כנגד הזמן שגר בו שותפו או תשלום בעבור השימוש בחלקו. ונראה לומר שהלכה למעשה בני זוג שהם שותפים בדירה ואחד מהם עזב את הבית – אין הוא יכול לטעון ולדרוש מבן זוגו שישלם לו בעבור השימוש בחלקו, דבן זוגו יכול לומר "אתה יכול לחזור ולגור בבית ולהשתמש בחלקך ונשתמש שנינו בבית של השותפות כפי שהתגוררנו עד עכשיו", אך דין זה נכון דווקא בעוזב מעצמו, לעומתו מי שגרמו לו לעזוב את הבית ללא הצדקה, שאינו יכול להשתמש בבית, יכול לטעון "כיוון שאיני יכול להשתמש בחלקי, זכותי לדרוש שימוש כנגד הזמן שהשתמש חברי" [...]

והוסיפו גם לבאר את החילוק בין שותף שהשכיר את הדירה ללא ידיעת שותפו, שבאופן זה: "דמי השכירות יתחלקו בין שניהם וכן מפורש בדברי הרמ"א [...] ומקור הדברים הוא בתשובת הרשב"א [...] "לבין שותף הגר בבית לבדו, וכתבו:

וכן מבואר בדברי הנתיבות (סימן קעא ס"ק יב) – דעל מה שפסק הרמ"א שם שאם חלקו ושותף אחד גר בבית השותפים כמה שנים לא יוכל אחר כן האחר לומר "אשתמש בו כמו שהשתמשת" [...] כתב הנתיבות [...] "ואם לא השתמש בו בעצמו והשכיר לאחרים פשיטא דהשכר לאמצע" [...] חילוק הדינים זה מזה מוכרח כיוון שמקורן של שתי הלכות אלו הוא מתשובות הרשב"א, ושמע מינה שסבר הרשב"א שאף שאם משכיר לאחרים – דמי השכירות יתחלקו בין השותפים, המשתמש בעצמו אין צריך לשלם וטעמא דמילתא משום דמשתמש בשלו. ועיין בשער המשפט (סימן קעא ס"ק ה) שכתב שאם בית השותפים עומד לאכסניה ולהשכיר לאחרים – אם שותף אחד גר בו, ככהאי גוונא צריך לשלם לשותף השני עבור השימוש בחלקו והביא ראייה מדברי הרמ"א (בסימן ססג). ובהגהות חכמת שלמה הסתפק בהאי דינא ולא הכריע, ואכמ"ל.

וגם דברים אלה הם כעין המבואר לעיל בכלל ההבחנה שבין נידון הרשב"א לנידון דהרשב"ש.

אכן עוד פרט אחד נותר לדון בו והוא אם היה חייב הבעל במדורה ואם יש בכך כדי לפוטרה מדמי השימוש, פרט זה יתבאר להלן.

חיוב מדור מדין מזונות אישה

בנדון דנן יש לדון שהבעל חייב במזונות אשתו ובמדורה כל זמן שהיא אשתו. אם כך הרי לכאורה אינה חייבת לו שכר ודמי שימוש על ישיבתה בחלקו. אלא שיש ספק במקרה דנן אם בכלל חייב הבעל במזונות אשתו:

בתחילת פסק הדין כבר ציינו שהזוג שלפנינו לא נישאו כלל מעולם. לא התקיימו אצלם אפילו הנישואים הרגילים שהיו נהוגים באתיופיה – שגם בהם הצורך בסידור גט הוא רק לחומרא, ואשר על כן גם בהם בפשטות אין חובת מזונות ומדור ואין כאן מקום להאריך בזה.

לכן בנידון דנן אין חובת מזונות ומדור כלל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ונוסיף: גם אם היו בפנינו תפיסת קידושין ונישואין והייתה חובת מזונות ומדור מעיקר הדין, הרי במקרה שאישה תובעת גירושין ולא הוכיחה כלל את עילת התביעה, ואף ספק גדול אם טענותיה שבגינן גם הורחק הבעל מן הבית נכונות או לא, וכפי שנראה על פי הנתונים הדעת נוטה שההרחקה הייתה שלא בצדק, הרי שחל עליה דין 'מורדת' שאינה זכאית למזונות.

ונבאר: הרחקת בעל מבית הצדדים כאשר היא שלא כדין מחילה על האישה דין מורדת משום שאין חילוק בין מרידה הבאה בעזיבת האישה את הבית שלא בצדק לבין זו שבהוצאת בעלה בכוח מביתם – כך או כך עיקרו של דבר הוא הפירוד ביניהם שנעשה שלא בצדק, ועל אחת כמה וכמה כשגם נלווית לו תביעת הגירושין.

מורדת כידוע (וכמבואר בגמרא בכתובות סד, א ובשולחן ערוך אבן העזר סימן עז) מאבדת את מזונותיה ומדורה.

כאמור, נוטים הדברים בענייננו להכרעה שאכן הרחקת הבעל הייתה שלא בצדק. אולם אף לו היה בכך ספק שקול, הרי כי לפנינו ספק בחובת מזונות ומדור של בעל לאשתו שהדין בו הוא כי אין לחייב אותו במזונות ומדור מספק וכפי שנצטט להלן.

אכן מנגד במקרה דנן הרי היא כבר תפוסה בדירה וגרה בה וכל הנידון כעת הוא על דמי שימוש, וכאן לכאורה היה מקום לומר שבספק אין להוציאם ממנה, שהרי מוחזקת היא. אך מכל מקום כיוון שעסקינן בקרקע – דירה ו'קרקע בחזקת בעליה עומדת' הדין למעשה הוא שהאישה חייבת בדמי השימוש משום שהספק מוכרע על פי עיקרו – היינו לא על פי המוחזקות בדמי השימוש אלא על פי החזקה שבנכס, וכפי שנצטט ונבאר להלן.

מי הוא המוחזק בספקות בחיוב מזונות אישה?

הנה בספקות חיוב מזונות אלמנה, האלמנה היא המוחזקת, דהנה במסכת כתובות (צו, א-ב) איתא:

בעי רבי יוחנן: יתומים אומרים "נתננו" והיא אומרת "לא נטלתי" – על מי להביא ראיה – נכסי בחזקת יתמי קיימי, ועל אלמנה להביא ראיה, או דלמא נכסי בחזקת אלמנה קיימי, ועל היתומים להביא ראיה? תא שמע דתני לוי: אלמנה כל זמן שלא ניסת – על היתומים להביא ראיה, ניסת – עליה להביא ראיה.

והתוספות שם (ע"א דיבור המתחיל "יתומים אמרו נתננו") כתבו וזו לשונם:

דמיירי במזונות שעברו [...] אבל במזונות דלהבא ודאי על היתומין להביא ראיה [...] דלא מהימני לומר "פרעתי" דאי מהימני מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו לה מזונות, כל שעה יאמרו "פרעתי" מידי דהוה אכתובה במקום שאין כותבין דכולי עלמא מודו דלא מצי אמר "פרעתי" מהאי טעמא.

אולם יש לדון אם גם במזונות אישה נחשבת האישה מוחזקת או לא. נושא זה נידון בפוסקים וכדלהלן:

באבני מילואים (סימן ס"ק ב) כתב:

[...] ואנן קיימא לן נכסי בחזקת אלמנה קיימי למזוני כמבואר פרק אלמנה ניוזנת (צו, ב), וכתבו שם תוספות (דיבור המתחיל "נכסי") משום דיכולה למכור למזונות בלא בית דין הוויא לה מוחזקת. ומהאי טעמא פסק הרמב"ם (פרק יח מהלכות אישות הלכה כז) ביתומים שאמרו "נתננו" והיא אומרת "לא נטלתי" – נשבעת היסת. וכתב שם הרב המגיד דאינה צריכה נקיחת חפץ כיון דהיא מוחזקת הווי ליה כאילו היורשין באין להוציא. עיין שם. ולפי מה שכתב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרמב"ם (פרק יב מהלכות אישות הלכה טז) גבי הלך בעלה למדינת הים שיכולה גם כן למכור בלא בית דין למזונות, ועיין שם בהרב המגיד דשוה דין אשת איש לאלמנה, ואפילו בחיי בעלה הוויא לה מוחזקת בנכסים למזונות ומוכרת שלא בבית דין [...]

דבריו עוסקים בשיטת הרמב"ם. אולם האבני מילואים עצמו במקום אחר כתב שרוב הראשונים חלקו על הרמב"ם וכדלהלן, דהנה באבני מילואים (סימן צ ס"ק ב) כתב בתוך דבריו:

[...] משום דדוקא חוב מזונות אלמנה הוא [...] כיון דאיכא תרתי למעליותא שאין להן קצבה ויכולה למכור שלא בבית דין והוי נכסים בחזקתה, אבל חוב מזונות אשתו כיון דבחייו אינה יכולה למכור בלא בית דין וכמו שכתב הר"ן פרק שני דייני גזירות (סב, ב מדפי הרי"ף), דהני מילי דנכסים בחזקתה לאחר מותו אבל בחייו נכסים בחזקתו. עיין שם. אם כן בחייו שאינה יכולה למכור שלא בבית דין הווי להו 'מוחזק' ולא 'ראוי' אלא היכא דהוי ליה חוב אלמנה במזונות בזה אין הבכור נוטל פי שנים. ואף על גב דהרמב"ם ז"ל סובר דגם בחיי הבעל הנכסים בחזקתה ויכולה למכור בלא בית דין וכמ"ש בסימן ע (ס"ק ב), שאר פוסקים לא סבירא להו הכין אלא סבירא להו דבחייו הנכסים בחזקתו ומשום הכי נאמן לומר "פרעתי" וכן הוא דעת התוספות והרא"ש ומשום הכי לא הוי 'ראוי' על ידי חוב מזונות אשתו בחייו [...]

נמצא כי דעת האבני מילואים שרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ם ולשיטתם רק במזונות אלמנה היא זו המוחזקת אולם מזונות אשת איש הבעל הוא המוחזק. ולהלן נבהיר את הדין אליבא דדעת הרמב"ם - אם מקרה דנן תואם את דבריו כהבנת האבני מילואים (בדבריו בסימן טט) אם לאו. ומצינו שפסק בשו"ת פרשת מרדכי (לרבי מרדכי בנט, אבן העזר סימן יד) כפי הנזכר, שהאיש הוא המוחזק ביחס למזונות אשת איש, וכדלהלן.

פסיקת בתי הדין הרבניים

כך גם נפסק בפסקי דין רבניים (חלק א עמ' 271) בפסק דינם של הדיינים הגאונים רבי א' ע' רודנר, רבי י' נ' רוזנטל ורבי מ' ב' חמווי, שכתבו בתוך דבריהם וזו לשונם:

[...] הרמ"א בשולחן ערוך (אבן העזר שם - סימן עה סעיף א) מביא דיש אומרים אם לא יוכל להחיות ולפרנס עצמו (במקום שנמצאים) כופין אשתו שתלך עמו למקום שירצה (תרומת הדשן סימן רטז) ויש חולקים (בית יוסף וכן משמע בשו"ת ריב"ש סימן פא).

והנה הנדון בתרומת הדשן הוא לענין לעבור ממקום מולדתו למקום אחר ואינו מדובר שם על העברה מכפר לעיר.

אולם מסידור הדברים בשולחן ערוך נראה שדין זה הוא גם בנוגע להוצאה מכפר לעיר הכתוב בשולחן ערוך שם לפני זה. וגם לענין העברה מכפר לעיר יש דעות, אם לא יוכל להחיות ולפרנס עצמו כופין האשה.

ומאחר ומובאות שתי דעות ברמ"א בזה ויש דעה שהאשה מחוייבת ללכת אחריו אם כן יכול למנוע מזונות, דמספק אין לחייב.

דזה פשוט דכל היכא דמחוייבת ללכת אתו לעיר אחרת, אם מסרבת לעבור אין לה מזונות, כמבואר באבן העזר (סימן עה סעיף א) דכל היכא דיש לכוף אותה אם מסרבת תצא בלא כתובה ובלא תוספת, וא"כ גם מזונות שהן מתנאי כתובה מפסדת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הוא הדין בזה שלפי דעה אחת שברמ"א כופין אשתו ללכת עמו למקום שירצה. ולפי דעה זו אם האשה מסרבת לעשות כן אינו חייב במזונותיה. אם כן אין לחייב ולהוציא מן הבעל שהוא מוחזק מזונות מספק, אחר שיש בזה שתי דעות ברמ"א, ועיין בנתיבות המשפט (חושן משפט סימן כה) ובפתחי תשובה (שם) דכתבו דהיכא שיש ב' דעות בשולחן ערוך או ברמ"א אין להוציא מן המוחזק אף כשאינו טוען קים לי כדעה אחת.

ועיין באר היטב (אבן העזר סימן ע) שהביא בשם שו"ת הר"ש כהן (חלק ב סימן לו): אדם שרוצה לצאת מעירו לדור בארץ אחרת בשביל שאינו מתפרנס בעירו ואשתו אינה רוצה אינו חייב בשאר כסות ועונה [...]

ובפסקי דין רבניים (חלק ג עמ' 289) בפסק דינם של הדיינים הגאונים הראשון לציון הרב הראשי לישראל רבי יצחק נסים – נשיא, רבי י' ש' אלישיב ורבי ב' זולטי, כתבו בתוך דבריהם וזו לשונם:

[...] אכן נראה שהבעל פטור ממזונותיה, וזה על פי מה שכתוב בשו"ת פרשת מרדכי (להגאון ר"מ בנעט ז"ל, אבן העזר סימן יד) להוכיח מדברי הרא"ש בתשובה (כלל לג סימן ב) דאם הבעל בא בטענת ברי שלפיה איננו מחוייב במזונות אשתו, הרי הוא נאמן להפסיד מזונותיה, והטעם הוא דדוקא באלמנה הניזונית היא מוחזקת אבל אשת איש בחיי בעלה אינה מוחזקת כמ"ש הר"ן בפרק שני דיני בסוגיא דאין פוסקין מזונות ודוקא בטענת פרעתי לעתיד הוא דאינו נאמן משום דהוי בתוך זמנו (כמ"ש בחלקת מחוקק בסימן ע ובבאור הגר"א שם) [...] אכן הוסיף שם די"ל דכוונת הרא"ש דוקא באופן שלפי דבריו הוי מקח טעות (היינו שהבעל בא בטענה שאשתו אינה ראוייה לחיי אישות ולא חוייב לפי דבריו מעולם לא בכתובה ולא במזונות).

והוא הדין בנדון דידן שלפי טענתו של המשיב התחתנה אתו כשהיא אשת איש ולא חל עליו חיוב מזונות [...]

ובפסקי דין רבניים (חלק ד עמ' 321) כתבו הדיינים הגאונים כ"ג הראשון לציון הרב הראשי לישראל הגר"י נסים שליט"א והרבנים י' ש' אלישיב וב' זולטי וזו לשונם:

[...] הנתבע טען שהתובעת אינה מסוגלת לחיי אישות תקינים [...] הרופאים עוד לא גמרו את מלאכתם, לדעתם על שני בני הזוג לעבור בדיקה נוספת. אכן השאלה העומדת בפנינו היא: אם לפי החומר שבתיקן אפשר לחייב את הבעל במזונות האשה או לא?

הרא"ש בתשובה (כלל לג אות ב), שהוא המקור להלכה אשר הובאה באבן העזר סימן קיז סעיף ב הנ"ל) כתב:

האחד שטוען שאינה ראויה לאיש והיא כופרת ואומרת שהיא ככל הנשים, דבר זה יבדק על פי נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה, אם יאמרו שאינה ראויה לאיש אין לה עליו לא כתובה ולא תנאי כתובה, ואם יאמרו שהיא ראויה לאיש הרי נתבטלה אותה טענה. וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר שהוא טוען טענת ברי שאינה ראויה לאיש, וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ולמה נחייבו מזונות, היא תצוה לבדוק את עצמה אם היא רוצה להכחישו ואחר שתיבדק תתבטל טענה זו.

והגאון הגר"מ בנעט ז"ל בשו"ת פרשת מרדכי (אבן העזר סימן יד) סובר בדעת הרא"ש דגם בטעם אחד לחוד סגי להפסיד מזונותיה מאחר שטוען ברי, הואיל ומזונות בחיי הבעל איהו הוי מוחזק, ותמה לפי זה על הרשב"א בתשובה (סימן אלף רלז) שמשמע מדבריו דגם אי נימא דנאמן לשוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא (בבעל האומר שראה אשתו זינתה), מכל מקום חייב במזונותיה, והלא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הוא טוען ברי, ותירץ דהרשב"א סובר בטענה זו שזינתה הווי ליה כטוען 'אמנה' דלא מחזקין אינשי ברשיעא [...] ולבסוף הוא מסיק:

ואחרי העיון היה נראה דדבר זה תליא באשלי רברבי, לפי מה שכתב הבית שמואל (בסימן קנד ס"ק יא) הרמב"ן מפרש ברי"ף דמשום הכי נקט 'שנים דבלא שהה אינו נאמן לומר מינה, משום דאם כן כל אדם יטעון כך, גם יש לומר כמו שכתב הרב המגיד דלאו כל כמיניה להחזיקה בפולטת [...] ואמנם כל זמן דלא שהה, אבל בנדון דידן דשהה 'שנים אדרבא הראיה מבוארת לפנינו ונאמן לומר דמינה מפני שפולטת [...] ועוד דבנדון דידן שנבדקה על פי נשים ומצאו ריעותא שיש לה שינוי באותו מקום משאר נשים הרי כבר, איתרע לקמן חזקה ויצאה מרובא דעלמא, בכהאי גוונא ודאי יש לומר דמודה הרשב"א דנאמן לפטור את עצמו ממזונות והוא הדין משאר כסות ועונה ודירה דדינם כמזונות [...] ואם נימא שכוונת הרא"ש בתשובה הנ"ל היינו טעמא משום מקח טעות, הוא הדין בנידון דידן יש לומר הכי דאין לך מום גדול מזה כשאינו רשאי לשמש עמה.

4. אכן הלוא בשולחן ערוך הובאו דברי הרא"ש להלכה שאם הבעל טוען עליה שהיא אינה ראויה לאיש, כל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה. ואמנם לפי דעת הבית שמואל בסימן קנ"ד לשיטת הרא"ש, גם בלא שהה עשר שנים והבעל טוען ברי שהיא פולטת, נאמן להפסיד את כתובתה.

5. על כל פנים להלכה קיימא לן בטוען ברי ובדבר דאיכא לברורי, אין להוציא עד הבירור הסופי מזונות מידי הבעל, וכמו שכתב הרא"ש בתשובה ולמה נחייבו מזונות, היא תצווה לבדוק את עצמה אם היא רוצה להכחישו, וצריך לומר דלא שייך בכהאי גוונא טעם דאם כן כל אדם יטעון כך, שהרי הדבר עומד להתברר על ידי כל צד [...]

והואיל ולפי האמור הבעל הוא מוחזק ברמי המזונות, אלא שעם כל זה אינו נאמן לפטור את עצמו בטענת ברי – וכמו שכתבו הרשב"א והרמב"ן הנ"ל מטעם דאם כן כל אדם יטעון כך או דלאו כל כמיניה להחזיקה בפולטת. ואם כן בנדון דידן לאור הבירורים וההוכחות שבתיק, ולאחר שהבעל טוען ברי ושבידו להוכיח שמתחילת הנשואין סירבה לחיות אתו, נראה שמן הדין אי אפשר לחייב את הבעל במזונות, עד שיתבררו ויתלבנו הדברים בבית הדין האזורי [...]

אומנם הביאו שם שבפרשת מרדכי העלה שייתכן שדבריו אמורים רק במקרים של מקח טעות כאשר מתחילת הנשואין הייתה בעלת מום או אינה ראויה לתשמיש, אולם בפרשת מרדכי שם כתב כן כאפשרות בתור תשובה נוספת – "אי נמי" – ושם הביא דרך אחרת נוספת כתשובה ראשונה ולפי תשובה זו דינו קיים גם לא במקרים של מקח טעות מלכתחילה.

וכך כתב הפרשת מרדכי שם:

[...] ועל סברת הר"ן הנ"ל אין חולק זולת לדעת תוספות (שם דיבור המתחיל "ואם בא" וכו') מפני הפסד המלוין וגם על זה חלק הרא"ש [...] דווקא באלמנה שהיא מוחזקת כמו שכתב הב"ח האי טעמא שם אבל באשת איש בחיי בעלה שאין מוחזקת [...] הטעם דהוי מוחזקת כתבו תוספות (דף צו ע"ב) משום דמוכרת שלא בבית דין מה שאין כן בגרושה [...] על כל פנים מבואר דבניזונת דבחי הבעל הוי הוא המוחזק וקשה על הרשב"א [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וצריך לומר דסבירא ליה כסברת הרב המגיד שהביאו האחרונים (סימן קטו סעיף ז) דטענה זו שזינתה הי"ל כטוען אמנה דלא מחזקינן אינשי ברשיעא וגובה בלא שבועה ועדיף משטר דעלמא והכי נמי סבירא ליה לרשב"א בנידון דידיה [...] אי נמי יש לומר דכאן הוי כמקח טעות מעיקרא לדברי הבעל והיא אינה עומדת לכך וכדרך שכתב הבית שמואל (סימן סח ס"ק כא) בשם הרב המגיד דבעל השטר בדבר שאין השטר עומד לכך.

בנוסף לכך, גם בפסק הדין שם התבטאו בלשון ספק וז"ל: [...] ואם נימא שכוונת הרא"ש בתשובה הנ"ל היינו טעמא משום מקח טעות, הוא הדין בנדון דידן יש לומר הכי דאין לך מום גדול מזה כשאינו רשאי לשמש עמה.

בנוסף לכך, מדברי האבני מילואים לעיל משמע שאין חילוק ולדעת רוב הפוסקים הבעל הוא המוחזק בספק בחובת מזונות. כך גם העלה הגר"ע יוסף וכדלהלן.

פסיקת מרן הראשון לציון הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל

בספר משפטי שאול (סימן מב) כתב בתוך דבריו מדברי הראשון לציון מרן הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, וזו לשונו:

[...] ובתשובת הריטב"א (סימן קב) שאם האשה נותנת אמתלא לדבריה (על עזבה את הבית) מפני מריבה ודברים אחרים שעושה לה בעלה שלא כשורה, ונתברר כדבריה, פשוט הוא שאינה כמורדת, ונותן לה דמי מזונותיה שלמה, חוץ מכדי מעשה ידיה, אבל אם הם חולקים בדבר שהיא אומרת ממנו, והוא אומר ממנה, המוציא מחבירו עליו הראיה". וכל זה סיוע לדברי החלקת מחוקק (סימן ע"ס"ק מב), דהא דקיימא לן שאם באה מחמת טענה שיוציאו עליה שם רע חייב לזונה, היינו כשמבררת דבריה, הא לאו הכי פטור. וכן כתב הבית שמואל שם (ס"ק לד). ואין חילוק בין הוצאת שם רע או טענות אחרות לעולם צריכה לברר טענתה להוציא מזונות. ודלא כמו שכתב הרה"ג ר' אהרן בן שמעון בס' בת נעות המרדות (עמוד ס) שהאשה נחשבת למוחזקת בנכסים לענין מזונות, וכשיש ספק אם הבעל חייב במזונות או לא, על הבעל להביא ראיה להפטר ממזונות, עיין שם. וזה אינו. וכן כתב האבני מילואים (סימן צ"ס"ק ב) שדעת התוספות והרא"ש ושאר פוסקים, שבחיי הבעל נקרא הוא מוחזק בנכסים, עיין שם. וכן הלכה רווחת בכל בתי הדין, ואכמ"ל יותר.

נמצא אפוא כי לא חילק הגר"ע יוסף בין מקרה של מקח טעות ובין מקרים אחרים ובכל גוונא פסק שהבעל מוחזק בספיקות בחובת מזונות אישה.

ובשו"ת יביע אומר (חלק ג אבן העזר סימן טו ס"ק טז ואילך) האריך בנושא זה ובתוך דבריו כתב:

[...] כל קבל דנא אשכחן להגאון אבני מילואים (סימן סט ס"ק ב) שכתב שהאשה חשובה מוחזקת בנכסים למזונות, שהרי כתבו התוספות (כתובות צו, ב) דהיינו טעמא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי, משום דיכולה למכור למזונות שלא בבית דין, משום הכי היא מוחזקת בנכסים. ומשום הכי פסק הרמב"ם (פרק יח מהלכות אישות) ביתומים אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי דנשבעת היסת, וכתב הרב המגיד שם שאינה צריכה שבועה בנקיטת חפץ כיון שהיא מוחזקת והווי ליה כאילו היורשים באים להוציא ממנה. ואם כן לפי מה שכתב הרמב"ם (פרק יב מהלכות אישות הלכה טז), גבי הלך בעלה למדינת הים, שיכולה למכור גם כן שלא בבית דין למזונות. וכתב הרב המגיד שם דדין אשת איש שוה לאלמנה בזה, אלמא דאף בחיי בעלה הוויא לה האשה מוחזקת בנכסים למזונות. והבעל נחשב למוציא ממנה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עד כאן תורף דבריו.

ולכאורה תמיהני ממה שכתב הרמב"ם (פרק יב מאישות הלכה כא) שאם הלך בעלה למדינת הים ושהתה עד שבא, הוא אומר "הנחתי מזונות" והיא אומרת "לא הנחת אלא לוייתי מזה ונתפרנסתי" – נשבע שבועת היסת שהניח לה ונפטר, וישאר החוב עליה. עד כאן. וכן פסק מרן בשולחן ערוך (סימן ע סעיף י). ואם איתא דהאשה חשובה מוחזקת אף בחיי בעלה והבעל נחשב כמוציא, היאך נפטר הבעל בשבועת היסת. ועל כרחך לומר דאי הרמב"ם אזיל בשיטת התוספות הנ"ל, מכל מקום הוא מחלק בין כשהבעל לפנינו וטוען ששילם שאז הוא המוחזק, להיכא שאינו בפנינו שאז הוא מוחזקת. (ושב ראיתי כן באבני מילואים עצמו (סימן צג ס"ק י) עיין שם). ואם כן לכאורה אין מקום למה שכתב האבני מילואים שם, דמהאי טעמא אין הבעל יכול לומר צאי מעשה ידיך למזונותיך בלי הסכמתה אפילו לריש לקיש דסבירא ליה מעשה ידיה עיקר, דהואיל והאשה מוחזקת לא מצי למימר אי אפשרי בתקנת חכמים כדי להוציא, דדוקא להחזיק שייך לומר אי אפשרי בתקנת חכמים, וכההיא דאיני ניוזנת ואיני עושה. עיין שם. נראה שסובר שאפילו הבעל לפנינו הוא היא כמוחזקת, אבל לפי האמור אין זה מוכרח כלל.

וכן מתבאר ממה שכתב בחידושי הרמב"ן (כתובות צו דיבור המתחיל "אלמנה") דדוקא באלמנה נכסי בחזקתה קיימי, אבל אשת איש שטענה שלותה ואכלה תביא ראיה לדבריה, דכל היכא דאיהי מפקא עליה להביא ראיה. עד כאן. אלמא דבאשת איש הבעל הוי מוחזק והיא מוציאה ממנו ועליה הראיה. וכן כתב הר"ן בפירוש ההלכות (קז) גבי כששמעו בו שמת כולי עלמא לא פליגי שפוסקין מזונות וכו', דלאחר מותו דוקא נכסי בחזקת אלמנה, אבל בחייו נכסים בחזקת הבעל. עיין שם. וכן כתב הרא"ש שם. וכן דעת המאירי שם. וכן מבואר בתשובות הריטב"א (סימנים קנ וקנה), דדוקא לאחר מיתה נכסים בחזקתה קיימי, אבל מחיים הבעל מוחזק. עיין שם.

ובעיקר מה שנשען האבני מילואים על דברי התוספות שכל שמוכרת שלא בבית דין חשובה מוחזקת בנכסים, נראה שאין זה מוסכם, שהרי כתבו התוספות (צו, ב דיבור המתחיל "נישאת עליה להביא ראיה") ד"מדלא משכח דינא ד'עליה להביא ראיה' אלא בנשאת שמע מינה שאם נתקבלה [לפנינו: דנתקבלה] כתובתה או תבעה כתובתה בבית דין, אפילו במזונות שעברו עליהן להביא ראיה. "עכ"ל. והסביר הגאון מליסא בספר בית יעקב (שם) דהיינו טעמא משום דבניסת יצאו מרשותה לגמרי, אבל בתובעת או קיבלה כתובתה, כיון שלא יצאו מרשותה לגמרי, שיכולה למכור עדיין שלא בבית דין, ומקודם היו בחזקתה לגמרי לכך חשיבה עדיין מוחזקת. ע"כ.

אכן בשו"ת הריטב"א (סימן מא דיבור המתחיל "ולענין טענת וכו') כתב דמסתברא דנישאת לאו דוקא, והוא הדין תבעה כתובתה בבית דין שאין לה מזונות דינה כאילו נישאת. שכל שהפסידה מזונות נכסי בחזקת יתומים קיימי. עיין שם. ולפי זה אין הדבר תלוי בטעם שיכולה למכור שלא בבית דין. ואם כן אין הכרח לומר דאשת איש נמי היא מוחזקת מהאי טעמא.

ועל כל פנים הרי מצאנו הדבר מפורש ברמב"ן והר"ן והרא"ש והמאירי והריטב"א דבאשת איש הנכסים בחזקת הבעל הן. וכן דעת הרמב"ם ומרן בשולחן ערוך הנ"ל. וכן מוכח גם בתוספות (כתובות קז דיבור המתחיל "ואם בא"). עיין שם. וכן מבואר בשו"ת הרשב"ש (סימן שיד דיבור המתחיל "ומיהו"), בשם הרמב"ן. עיין שם [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואף האבני מילואים הנ"ל שכתב להוכיח מדברי הרמב"ם שהאשה מוחזקת במזונות, הדר תבריה לגזיזה באבני מילואים (סימן צ ס"ק ב) שכתב שאין כן דעת התוספות והרא"ש ושאר פוסקים, אלא בחייו הוא נקרא מוחזק בנכסים. עיין שם. ואם כן הדבר ברור שהבעל יכול לומר קים לי כסברתם. ואין להוציא ממנו בלי ראיה ברורה.

[...] הגאון חזון איש (סימן סח) שכתב שכיון שחייב לה מזונות בודאי לא מפסדנא לה בטענת שמא. עד כאן תורף דבריו [...] עד כאן לא כתב החזון איש שחייב המזונות ודאיים וכו' אלא היכא שהבעל מודה שהוא חייב במזונות, אלא שהוא עצמו טוען בספק שמא הרויחה וצמצמה. והאשה טוענת בריא שלא הרויחה, ולותה ואכלה, ועל זה סיים החזון איש דהווי ליה כאומר "איני יודע אם פרעתיך", אבל במקום שיש הכחשה ביניהם הווי ליה כטוען "ודאי פרעתיך" דפשיטא דפטור [...]

בירור דברי האבני מילואים

והנה האבני מילואים עסק בנושא זה בכמה מקומות וכפי שצוין לעיל. כדי להבהיר ולהרחיב את דבריו יצוטטו דבריו להלן.

כאמור האבני מילואים (סימן סט ס"ק ב) כתב:

[...] ואנן קיימא לן נכסי בחזקת אלמנה קיימי למזוני כמבואר פרק אלמנה ניזונת (צו, ב), וכתבו שם תוספות (דיבור המתחיל "נכסי") משום דיכולה למכור למזונות בלא בית דין הוויא לה מוחזקת. ומהאי טעמא פסק הרמב"ם (פרק יח מהלכות אישות הלכה כז) ביתומים שאמרו "נתננו" והיא אומרת "לא נטלתי" – נשבעת היסת. וכתב שם הרב המגיד דאינה צריכה נקיחת חפץ כיון דהיא מוחזקת הווי ליה כאילו היורשין באין להוציא. עיין שם, ולפי מה שכתב הרמב"ם (פרק יב מהלכות אישות הלכה טז) גבי הלך בעלה למדינת הים שיכולה גם כן למכור בלא בית דין למזונות ועיין שם בהרב המגיד דשוה דין אשת איש לאלמנה, ואפילו בחיי בעלה הוויא לה מוחזקת בנכסים למזונות ומוכרת שלא בבית דין [...]

והגאון רבי יוסף כהן זצ"ל (אב"ד ירושלים וראש כולל דינות 'מכון הרי פישל') הקשה בשיעורו (אלול תשל"ב, לא הובא בספרו דברי יוסף), שדברי האבני מילואים האלו סותרים את דבריו עצמו (בסימן צג ס"ק י):

לדבריו הנזכרים הרי כי גם בחייו בדין מזונות אישה כאשר הבעל טוען טענה (צאי מעשי ידיך למזונותיך), כוח מוחזקותה של האישה מול הבעל חזק יותר לדעת הרמב"ם הסובר שאשת איש מוכרת שלא בבית דין.

מאידך גיסא כתב האבני מילואים (בסימן צג ס"ק י) לכאורה דברים הפוכים. באבני מילואים דן במה שכתב המחבר (שם סעיף טו) שאלמנה שתבעה מזונות מהיורשים והם אומרים שנתנו לה והיא אומרת שלא נטלה כל זמן שלא נשאת על היתומים להביא ראיה משום דאלמנה מוחזקת בנכסים וכו'.

על כך העיר והקשה האבני מילואים שם וזו לשונו:

ואיכא למידק מאי שנא בהלך למדינת הים דפוסקים לה מזונות ולא חיישינן לצררי וטעמא נמי משום דנכסים בחזקתה וכו' וכמו שכתב הרב המגיד דכל שמוכרת שלא בבית דין הווי להו נכסים בחזקתה וכו' ואפילו הכי כשבא הבעל ואמר "פסקתי לה מזונות" כלומר שטוען ברי "הנחתי לך מזונות קודם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהלכתי" נאמן בהיסת, וכמבואר לעיל סימן ע' דאם לא לוותה ולא מכרה והבעל אומר "הנחתי לך מזונות" והיא אומרת "לא הנחת" – נשבע שבועת היסת ונפטר. ומאי שנא גבי יורשים דטוענין גם כן ברי שנתנו לה מזונות ואמאי אינן נאמנין בהיסת.

את הערותיו אלה יישב האבני מילואים כדרכו ביישוב נפלא ולמדני וזו לשונו:

והנראה לעניות דעתי בזה דגבי בעל כשבא ואמר "הנחתי לה מזונות" אמרינן דנכסיה דבר אינש אינון ערבין ביה וכל דלא מצי גבי מיניה דלוה לא גבי מערב. וכיון דבעל לפנינו שהוא עיקר הבעל חוב וטוען ברי "פרעתתי" הוא נאמן לגבי שיעבוד גופו, ומשום הכי גם בנכסים אין לה כלום כיון דשיעבוד הגוף שעל הבעל שהוא הלוה נפקע, דהא מהימן לגבי שיעבוד גופו שהרי הוא מוחזק בשיעבוד גופו, לכן גם הנכסים אף על גב דהוה בחזקתה, מכל מקום אינן אלא מדין ערב וכל שאינו יכול לגבות מן הלוה אינו גובה מן הערב ולכך אינה גובה גם מנכסים.

מה שאין כן שלא בפני הבעל קודם שבא אמרינן נכסים בחזקתה כיון שאין הלוה כאן, אבל ביורשין שהם אינם הלווים שהרי מזון אלמנה חוב הוא אצל הבעל, וכיון שעל הנכסים היא נקראת מוחזקת תו לא מהימני היורשין בברי כיון דגופם לא אשתעבד שהרי אינהו לא לוויים דידיה נינהו אלא דיורשים את הנכסים והרי האלמנה מוחזקת בנכסים, ולא אמרו דהבעל נאמן כשטוען ברי אלא משום דאיהו גופיה אשתעביד דהוא הלוה וטוען ברי, וכיון דמיהמן לאפקועי שיעבוד גופיה ממילא אינה גובה מנכסים.

ואף על גב דבעלמא – שנים אומרים "לוה" ושנים אומרים "לא לוה" דלא מפקינן מיניה, ואי תפיס אידך – מהני, ולא אמרינן כיון דמלוה גופיה לא מצי גבי דהא הוא מוחזק בשיעבוד גופו, מנכסים נמי לא גבי, דהתם גבי תפיסה טוען המוחזק דלוה גופיה חייב לו אלא שכופר, לכך מחזיק לו הנכסים ולא תופס בהם ממש, אבל באשה לאו תפיסה ממש הוא אלא שאמרו חז"ל שיהיה לה דין מוחזק בספיקות ולא אוקמוה אלא בנכסים ממש ולא על הלוה שהוא הבעל, ומשום הכי כשבא ואמר פרעתי בברי ונפטר הלוה שהרי לגבי דידיה לא החזיקוה, ממילא אין לה בנכסים שאינן אלא מדין ערב. אבל ביורשין אומרים "נתננו" שהם אינם הבעלי דין דהא חוב דבעל הוא, ואם כן אין כאן תביעה אלא על הנכסים, וכבר אוקמוה החכמים לאלמנה למזונות בחזקת הנכסים לספיקות משום הכי לא מהני ברי דיורשים.

ביאור ביאורו של האבני מילואים

יסודו הנפלא של האבני מילואים הוא שחכמים נתנו לאלמנה וכן לאשת איש מוחזקות בנכסים ביחס לחוב המזונות מחיים וביחס לחוב המזונות לאחר מיתה. אלא כי כאשר הבעל מכחיש את אשתו או אז יש לו עדיפות מול מוחזקתה בנכסים.

טעם הדבר הוא כי כאשר הבעל מכחיש את אשתו בטענת ברי הוא מוחזק בשיעבוד גופו שהוא המחויב הישיר לחוב המזונות. וכמו בכל הלוואה החיוב מוטל על גופו של החייב – "שעבוד הגוף" והנכסים הם רק בבחינת ערבים לחובו. לכן הוא מוחזק בשיעבוד גופו שהוא שיעבוד ישיר כנגד ואל מול שעבודה של האישה שהוא רק שיעבוד נכסים שכן אם לא ניתן לגבות מעיקר החייב על פי דין, לא ניתן לגבות מהערב לחוב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם כאשר הבעל הלך למדינת הים ואינו נמצא כאן לטעון טענת ברי, או אז מוחזקתה של האישה בנכסים נותנת לה את היכולת שיפסקו לה מזונות שלא בפניו כשהלך למדינת הים ולא חוששים שהניח לה 'צררי'. כמו כן תוכל האישה למכור שלא בבית דין (לדעת הרמב"ם).

אולם כשהבעל בא ממדינת הים והיא טוענת שלוותה והוא טוען "הנחתי לה", כוחו עדיף עליה בטענת ברי כאמור. דינם של היורשים מתבאר באותו אופן, שכן הרי אין להם שיעבוד הגוף מחמת החוב שהוריש להם אביהם – גם לאחר מותו הם יורשים את חובו רק בשעבוד הנכסים שבהם הם מוחזקים מכוח הירושה אך אין ירושה לשעבוד הגוף. וממילא כאשר מכחישים היורשים את האלמנה הרי זו הכחשה בין שני צדדים שיש להם רק מוחזקות בנכסים ללא שיעבוד הגוף. בכהאי גוונא תיקנו חכמים שהאלמנה תחשב מוחזקת מהם ותיאמן בהכחשה מולם.

לכאורה האמור עומד בניגוד לדין בהלוואה רגילה, שבה אם שתי כיתות עדים סותרים זו את זו והמלווה מוחזק בנכסים לא יוציאו ממנו, נמצא שעל אף אי האפשרות לגבות משעבוד הגוף גובים מהנכסים שהם ערבים (הותרת הנכסים בידי המלווה כמוה כגבייה מהם).

על כך ענה האבני מילואים שכל הסברה ששמה שנתנו לאלמנה כוח מוחזקות (אף על פי שלא תפסה כלל ושבמציאות היורשים תפוסים) הוא רק מול יורשים ולא מול הבעל שמוחזקותו שלעניין שיעבוד גופו חזקה ממוחזקותה, כל זה הוא רק בכהאי גוונא כאשר אין לה מוחזקות ממש אלא רק מוחזקות בדין ובתקנה. אבל במוחזקות ממש, ודאי המחזיק בפועל חזק כוחו יותר מהלווה עצמו אף על פי שיש לו ללווה מוחזקות בשעבוד הגוף. ע"כ חידושו הנפלא של האבני מילואים.

והקשה אפוא הגר"י כהן זצ"ל: הרי (בסימן סט שהזכרנו) כתב האבני מילואים שבעל אינו יכול לומר לאשתו "צאי מעשי ידיך למזונותיך" גם לשיטת ריש לקיש משום שהאישה אף בחיי בעלה מוחזקת בנכסים (לשיטת הרמב"ם). מקרה זה עוסק כשהבעל מדבר אל מול אשתו, ובכהאי גוונא הרי כתב האבני מילואים (בסימן צג) שאין לה דין מוחזקות והיא אינה עדיפה עליו.

יישוב הסתירה בדברי האבני מילואים

את קושייתו יישוב הגר"י כהן בשיעורו וחילק בין המקרים בזו הלשון:

ואין כל סתירה לדבריו שכתב בסימן ס"ט לעניין "צאי מעשי ידיך במזונותיך", דהתם אין הבעל מכחיש את עצם חיובו במזונות ואין כל טענת ברי נגד חיוב זה אלא שרוצה מכאן ולהבא לבטל את החיוב על ידי "צאי מעשי ידיך במזונותיך", ולכן היא נקראת מוחזקת בנכסים. ואינו דומה לסימן ע' שהבעל מכחיש ואומר הנחתי לך וכו' וכן לעניין ספיקא דדינא במקום שיש מחלוקת הפוסקים בחיוב הבעל למזונות והבעל אומר קים לי כהנך פוסקים שלפיהם אני פטור ממזונות דינו כטוען ברי שהוא פטור וממילא אין האשה מוחזקת בנכסי.

לדבריו, רק במקרה שבו עוסק האבני מילואים בסימן ס"ט שייכת מוחזקותה של האישה אף כשבעלה עומד מולה, משום שמדובר בכהאי גוונא שהבעל מודה בעצם חיובו וכל הנידון הוא שחפץ להפטר ממנו בדרך של "צאי מעשי ידיך במזונותיך", בכהאי גוונא גם בחייו וכשעומד מולה הדין שמוחזקותה גוברת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראיות שהאיש נחשב מוחזק בחייו

בשיעורו שם הביא הגר"י כהן כמה ראיות שהאשה בחיי בעלה אינה נחשבת מוחזקת מול בעלה, כדי להוכיח את חילוקו ואת יישובו הנזכר בין דברי האבני מילואים בסימן ס"ט ובין דבריו בסימן צ"ג וכאמור, וזו לשונו:

[...] למעשה מוכח בהרבה מקומות שלבעל יש דין מוחזק לעניין מזונות בספיקות, ובזמן שיש הכחשות בעובדות שגורם לפטור ממזונות, חובת ההוכחה הוא על האשה, ובראשונה נתחיל בראיות שלבעל יש דין מוחזק בספיקא דדינא (במקום שיש מחלוקת הפוסקים) לומר קים לי כהפוסקים שאני פטור ממזונות, ואתחיל מסימן ע"ז שאנו עסוקים בו.

א. בסימן ע"ז בבית שמואל (ס"ק ו) לענין המחלוקת כשהבעל רוצה לגרש אשתו בזמן הזה שלא ברצונה וליתן לה כתובה אם הוא פטור ממזונות, כתב שם דהבעל יכול לומר קים לי כהרא"ם, שפסק שהבעל פטור ממזונות. אמנם בפתחי תשובה (שם ס"ק ב) הביא שיש חולקים על זה וסוברים דאינו יכול לומר קים לי כהרא"ם, אבל גם החולקים על זה הוא מטעם דסבירא להו שהרא"ם הוא יחיד בזה נגד הרא"ש והמהרי"ק, אבל בלאו הכי היה הבעל יכול לטעון קים לי משום שהוא מוחזק וכו'.

ב. ובסימן ע' בפתחי תשובה (ס"ק א) לעניין צמצמה והותירה על ידי שסבלה רעבון, שהביא בשם התשובה מאהבה שאין להוציא מיד האשה והסכים עמו הגאון בעל נודע ביהודה וכתב דלא משום דהאשה יכולה לומר קים לי אתינן עלה, דאם כן באם גם עתה היא רוצה מזונות הרי הבעל מוחזק ויכול לומר קים לי וכו'.

ג. גם לענין חובת ההוכחה כשיש הכחשה ביניהם ולדברי הבעל הוא פטור ממזונות מוכח (בסימן ע סעיף י) שחובת ההוכחה היא על האשה, דפסק (שם) המחבר שאם הלך בעלה למדינת הים ושהתה עד שבא, הוא אומר הנחת לי מזונות והיא אומרת לא הנחת אלא לויתי מזה ונתפרנסתי נשבע שבועת היסת שהניח לה ונפטר וישאר חוב עליה.

ד. ובסימן קי"ז סעיף ב': "אשה שנבדקה על ידי נשים ואמרו שאינה ראויה לאיש אין לה כתובה ולא תנאי כתובה, ואם הבעל טוען עליה כך – כל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה". וכן הוא בטור בשם תשובת אביו הרא"ש (כלל לג סימן ב). אמנם בתשובת הרא"ש שם הוסיף דלכן הוא פטור ממזונות משום דעתיד להתברר, ואי"ה שנגיע לשם נברר את הדברים מדוע הוצרך הרא"ש שם לטעם זה).

ולכן מסיק את הכרח יישובו וחילוקו הנ"ל בזו הלשון:

[...] מכל הלין מבואר שלבעל יש דין מוחזק בספיקות, וכן במקום שהוא מכחיש את חיובו במזונות הוא נאמן וחובת ההוכחה הוא על האשה (חוץ מדברים מסויימים וטענות מסויימות שבהם חובת ההוכחה הוא על הבעל כמו שיתבאר להלן), ועל כרחך שיש לחלק בעניין זה בין אלמנה לגבי יתומים ובין אשה לגבי בעלה, וגם האבני מילואים מודה בזה, ולא אמר שהאשה יש לה דין מוחזק בנכסי לגבי הבעל אלא במקום שאין הבעל מכחיש את עצם חיובו במזונות אשתו, אלא שרוצה עכשיו לבטל את החיוב על ידי אמירת "צאי לך מעשי ידיך במזונותיך", אבל במקום שהבעל מכחיש את חיובו וטוען ברי שהוא פטור, גם האבני מילואים מודה שלבעל יש דין מוחזק. וכל זה מתבאר בדברי האבני מילואים עצמו בסימן צ"ג.

כמו כן הביא שם שגם הבית יעקב כתב חילוק זה בקצרה, וכך הביא:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכעין דברי האבני מילואים אלו לחלק בין מזונות האלמנה מהיתומים לבין מזונות האשה מבעלה כתב גם הבית יעקב בחידושו על מסכת כתובות (דף צו ע"ב תוספות דיבור המתחיל "נכסי בחזקת אלמנה קיימי") שהקשו שם בתוספות דאמאי מהמני יתמי למימר "פרענו" במלוה על פה כו' וכתב שם הבית יעקב דהא דלא הקשו בתוספות מיניה גופיה, דאמאי מהימן ליה גופיה למימר פרעתי במלוה על פה, משום דמיניה יש לומר דכיון דשעבוד נכסים הוא רק מטעם ערבות וכו'. עיין שם.

חילוקי דינים ומקרים שונים בספק מורדת

הנה בספק אם נחשבת מורדת, העלה בשיעורו צדדים שונים וכפי שנצטט להלן. הגר"י כהן מוכיח בשיעורו מדברי הרמב"ן כי בנושא מורדת הנאמנות ניתנת דווקא לאישה בנושא המזונות, ובכך מקשה על יסודו הנזכר ועל ארבע ההוכחות שהביא, וכך כתב שם בשיעורו:

ויעוין בבית יוסף (סוף סימן עד) שהביא תשובת הרמב"ן (סימן קב) שנשאל שם על בעל המכה את אשתו בכל יום עד שהוצרכה לצאת מביתו וללכת לבית אביה, והוא טוען שמקללתו בפניו והיא מכחישתו, והשיב:

אין לבעל להכות ולענות את אשתו [וכו'] ואם טוען שמקללתו בפניו והיא מכחישתו, בית דין חוקרים מהשכנים מי הגורם. ואם הוא מכה ומצער שלא כדין והיא בורחת הדין עמה, אבל אם מקללתו חניס הדין עמו, שהרי מן היוצאות שלא בכתובה היא [וכו'] וקרוב הדבר בעיני שאם ידוע שהוא מתמיד להכותה שאינו נאמן לטעון עליה שהיא מקללתו בפניו דלא כל הימנו לאחזוקה לפרוצה כעין שאמרו בפרק המדיר גבי על מנת שלא תלך לבית המשתה.

ובסיום דברי הבית יוסף שם כתב שבסימן ק"ג בתשובת הרמב"ן שם כתוב על הבורחת מפני שמכה אותה חייב הבעל במזונות. עכ"ל.

ולכאורה יש ראייה מכאן, שאפילו שהבעל בעצמו טוען ברי שהיא מקללתו, אין מועיל טענת הברי שלו להפסידה מזונות, וחובת ההוכחה עליו.

קושייתו היא שמדברי הרמב"ן נסתר היסוד שהוכח שהאיש מוחזק נגד האישה במזונות אישה.

על כך מביא הגר"י כהן בשיעורו שתי תשובות וכדלהלן:

יישוב ראשון:

ולעניות דעתי נראה שעיקר הטעם שאינו נאמן הוא כמו שכתב הרמב"ן משום דלאו כל כמיניה להחזיק אותה כפרוצה "ולהוציא אותה מחזקת כשרות". וגם הרמ"א בסימן קנ"ד סעיף ג' שהביא את דברי הרמב"ן, הוא מניח שם את הדגש על זה שכל הנשים בחזקת כשרות. ואם כי גם הוא יש לו חזקת כשרות שלא יכה אותה שלא כדין, מכל מקום ביחס אל הבעל הרי נתברר שהוא מתמיד להכותה, וכבר איתרע חזקת כשרות שלו. ואילו ביחס אל האשה עדיין לא נתברר שהיא מקללתו, ועומדת בחזקת כשרותה.

לפי תירוץ זה נמצא כי באמת ככלל גם במורדת, אין לה דין מוחזקות נגד בעלה, ורק במקרה המיוחד שבו עסק הרמב"ן ישנה סיבה שחייב במזונותיה משום הריעותא בחזקת הכשרות שלו כאשר במקביל האישה נותרה בחזקת הכשרות.

יישוב שני:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד יש לומר דאפילו אם נאמר שלעניין חיוב מזונות מועיל הברי שלו ויש לו דין מוחזק, מכל מקום זה דוקא אם עיקר הדיון הוא על חיוב המזונות. אבל בנדון דידן הרי תחילת הדיון היה על עניין מורדת, ולגבי מורדת נקבע הדיון שאינו נאמן להחזיקה במורדת, ממילא הוא חייב במזונותיה. וכעין זה מצינו לעניין אין הולכין בממון אחר הרוב, שאם הרוב כבר הוחזק לדינים אחרים טרם שדנו על הספק של הממון, הולכים אחר כך אחר הרוב אפילו בממון (עיין הפלאה כתובות סוף פרק א). וזוהי כוונת הבית יוסף שם שלהוסיף שגם במזונות יהא חייב, כיון שכבר נקבע שהיא לא מורדת כל שלא הוכיח, וכן"ל.

לפי יישוב זה נמצא כי כאשר הוויכוח נסוב על עצם הדיון אם נחשבת מורדת ועל כך נקבע שאין להחזיקה במורדת. חיוב המזונות הוא השלכה מההכרעה הזו.

הנידון בדברי הרמב"ן אינו עוסק במזונותיה אלא בהלכות מורדת עצמן, אם נחשבת מורדת בבעלה. וכפי שהובאה השאלה בתשובות המיוחסות שם בזה"ל: "[...] הודיענו אם יכולים בית דין לחייבו שבועה שלא יכה אשתו ושינהג עמה כראוי."

נמצא שעיקרה של השאלה עוסק בנושא תביעת האישה שבית הדין יידרש לסמכותו כדי שהבעל יפסיק מהתנהלותו ויחסו האלים כלפי אשתו. רק בתשובה שלאחר מכן העלה שהשלכת פסיקתו בתשובה הקודמת היא שחייב הבעל במזונותיה. נראה כי גם לתשובה זו אם הדיון על מורדת עוסק באופן ישיר על מזונותיה, הרי כי הבעל הוא המוחזק כמו המקרים שהביא להוכיח את דין מוחזקותה מדיני מורדת.

ואומנם מסקנתו של הגר"י כהן שם בתשובה לאחר שני היישובים הנזכרים היא בזה"ל:

היוצא מכל הנ"ל, דכשיש הכחשות בין הבעל והאשה על מרידתה, חובת ההוכחה היא על האשה לעניין מזונות, משום שהבעל הוא המוחזק, ולא אמרינן בזה שמשום שהאשה יכולה למכור למזונות שלא בבית דין לכן היא נקראת מוחזקת בנכסים, משום שהבעל הוא טוען ברי. ורק באלמנה לגבי היורשים שהיא מוחזקת בנכסים משום שהיורשים אינם הלוויים, ואין כאן טענת ברי מהלווה עצמו.

מקרה דנן הרי עוסק בנידון מורדת שאינה חפצה בבעלה, תובעת גירושין ומרחיקתו מביתו על ידי המשטרה והערכאות השונות, הרי כי ביחס למדור שהוא מדיני מזונות מספק הבעל הוא המוחזק.

בשיעור שם הקשה מעור דין וזו לשונו:

[...] שבשעת נשואין נשתעבדו נכסיו למזונותיה והחיוב הוא ודאי אלא שיש ספק שנפטר אחר כך ממזונותיה על ידי מרידתה ואין ספק פטור מוציא מודאי חיוב [...] מדוע לא תהא בזה חובת ההוכחה על הבעל, מכיון שהבעל חייב במזונות אשתו בודאי והוא מודה שלא פרע לה, ועליו לברר שהיא מורדת.

וצריך לומר שגם בעניין זה כשהחיוב הוא מבורר וטענת הבעל שהוא פטור לא תבררה, יש חילוק בזה בין אם הטענה היא טענת ברי או לא. ונבאר את הדברים.

בשולחן ערוך (סימן ע סעיף ח): "הלך בעלה ולותה ואכלה חייב לשלם." וכתבו שם החלקת מחוקק והבית שמואל בשם ברא"ש והטור, שדוקא אם לוותה בעדים, אבל שלא בעדים יכול הבעל לומר איני מאמין שלוותה, ואינה נאמנת להוציא מן הבעל שהוא נחשב כמוחזק.

ובספר חזון איש (נשים סימן סח ס"ק יג [לפנינו בשינויי לשון קלים]) כתב:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עיינן חלקת מחוקק ובית שמואל דצריכה עדים שלותה, ואף על גב דאיירי בבעל מודה דחייב לה מזונות וכו' מכל מקום אפשר שהרויחה וצמצמה ולא לותה. מיהו יש לעיין דלמה לא נאמר דמכיון שחייב לה בודאי מזונות, לא מפסדינן לה בטענת שמא, והרי אף אם יש עדים שלותה אין זה עדות שלא הרויחה וצמצמה, ודילמא הוציאה הלוואתה לתכשיטין ועידונין שאינו חייב בהן, ודילמא הלוואתה קיימת בידיה, אלא ודאי כיון שחייב במזונותיה בתקנת חכמים ומודה שלא נתן לה הוי חיוב ודאי ועליו לברר שהרויחה, "ואפשר דהוי כטוען איני יודע אם פרעתין" דאפילו אם ספק הפרעון קודם ההלוואה חייב לשלם וכמש"כ הש"ך חושן משפט סימן ע"ה [אם כן גם באין עדים שלותה נאמר כן, דמכיון שחייב לה בודאי מזונות לא מפסדינן לה בטענת שמא]. ומיהו יש לומר דכיון דאורחא דמילתא שתגלגל עם הבעל לדחוק ולצמצם ולהרויח אין כאן חיוב ודאי, והלכך מצרכינן לה לברר הלוואתה.

הנה כי כן מבואר בחזון איש, דאין סברא לומר דמכיון שהחיוב הוא בודאי והוא מודה שלא פרעו שעליו להוכיח את טענתו שהוא פטור ממזונות, אלא כשבא בטענת שמא ומטעם דהוי כאיני יודע אם פרעתין. אבל בטוען טענת ברי, לא גרע מטוען ברי שפרעתין שנאמן וכו'. ואם כן לא קשה מכל הנ"ל, דאיירי שהבעל טוען טענת ברי.

ובהמשך שם דן בדבר זה והוסיף וכתב:

אולם בעצם הנחת של החזון איש, דמכיון שחיוב המזונות הוא בודאי אין להפסידה ממזונות בטענת שמא "משום דהוי כאיני יודע אם פרעתין", יש לעיין בזה מכתובות (צו, ב) דאיתא שם: "כל שאין לה מזונות" – "לא תווי מגורשת ואינה מגורשת". ופירש רש"י שאף על פי שבעלה חייב במזונותיה הני מילי בחייו אבל לאחר מיתה לא, דדילמא גירושין הוו ואין לה מזונות דמספיקא לא מפקינן ממונא. והתוספות שם הקשו, שזו מילתא דפשיטא דמספק שמא מגורשת גמורה היתה לא תוציא מזונות מן היתומים (ע"כ דברי התוספות). ואם איתא דאמרין דמכיון שחיוב המזונות ודאי הוי ליה כאיני יודע אם פרעתין, למה תפסיד מזונותיה.

ומצאתי בספר הפלאה שם שהקשה כן על דברי התוספות, דהא קיימא לן ד"איני יודע אם פרעתין" חייב, והכי נמי דמי ל"איני יודע אם פרעתין" כיון דודאי נתחייב במזונות וספק אם נתגרשה וכו' ואין ספק נתגרשה מוציא מידי ודאי החיוב של המזונות.

ותירץ דצריך לומר דסבירא להו כמו שהוכחנו מדברי התוספות (צו, ב דיבור המתחיל "ור' יוסי") דחוב המזונות מתחיל בכל יום ויום, והווי ליה כ"איני יודע אם נתחייבתי" וכו', ולדעת האומרים שאין חוב המזונות מתחיל בכל יום, צריך לומר דהכא שאני משום שהנכסים בחזקת יתמי.

נמצא שלדעת ההפלאה נידון דידן תלוי בזה, אם חוב המזונות מתחיל בכל יום. שאם חוב המזונות מתחיל בכל יום, הוי כ"איני יודע אם נתחייבתי", ומטעם זה הצריכו עדים לברר הדבר שלותה. ולהאומרים שאין חיוב המזונות מתחיל בכל יום, צריך לומר כמו שכתב החזון איש, ובהא דמגורשת ואינה מגורשת צריך לומר דהתם שאני, משום שהנכסים הם בחזקת יתמי.

(עד כאן משיעורו של הגר"י כהן).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא אפוא לסיכום כי גם בספק מורדת אין האישה יכולה להוציא ממוחזקותו של הבעל. במקרה דנן שהאישה אינה רוצה אותו כלל תובעת גירושין וייתכן שהיא הגורמת להרס הבית אינה רוצה בו ללא עילה מוכחת הרחיקתו מביתם המשותף ללא הצדקה על פניו הרי כי מספק הפסידה מזונותיה ואין לה זכות למדור.

קרקע בחזקת בעליה עומדת

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שיב סעיף טו) נפסק:

המשכיר בית לשנה בסכום ידוע ונתעברה השנה – נתעברה לשוכר. השכיר לחודשים – נתעברה למשכיר. הזכיר לו חודשים ושנה: בין שאמר לו "דינר לחודש, שנים-עשר דינר בשנה" בין שאמר לו "שנים-עשר דינר לשנה, דינר בכל חודש" – הרי חודש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעליה [...]

והסמ"ע (שם ס"ק כו) כתב וזו לשונו:

זו לשון הטור:

דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, וקרקע בחזקת בעליה עומדת [...] אפילו לא בא לשאול השכירות עד סוף החודש שכבר דר בו צריך ליתן [בטור: ליתן לון] השכירות.

עכ"ל. וכתב רש"י (בבא מציעא קב, ב דיבור המתחיל "רב נחמן") דהטעם הוא משום שהספק לא עכשיו אחר שדר בו נולד, אלא מתחילת החודש נולד, והעמד הקרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, עכ"ל. והיינו דוקא במקרקעי אבל במיטלטלין [...]

והש"ך (שם ס"ק יד) כתב וזו לשונו:

בהרא"ש – פרק קמא דמציעא (סימן יג) גבי תקפו כהן כו' ופרק ב' דכתובות (סימן יג) גבי תרי ותרי וכו' – משמע להדיא דדוקא משום דאין לשוכר טענת 'ברי', אבל אי היה טוען 'ברי לי בפירוש בי"ב דינרים לשנה אף על פי שהשנה תהא מעוברת", לא מפקינן מהשוכר, עיין שם. ואף על גב דמוכח בש"ס פרק המקבל (בבא מציעא קי, א) ונתבאר לקמן (סימן שיז סעיף ג) דאף על גב דהמלוה טוען 'ברי' מפקינן מיניה מטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת – שאני התם שידוע הפירות שאכל המלוה כמה הם, רק שבא לזכות מכח שטוען 'ברי' שהשכינו לג' שנים, אם כן אמרינן קרקע בחזקת בעליה קיימת, והווי ליה כאילו הפירות עדיין ברשות הלוה כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידועים כמה היו, ולא מהני טענת ברי של המלוה. מה שאין כן הכא דכשטוען השוכר 'ברי', אם כן מעולם לא היו בקרקע זו פירות י"ג דינרים, ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימת, דנהי דקרקע היא של המשכיר מכל מקום אפשר שמתחילה לא היו בה פירות רק י"ב דינרין. ואם כן השוכר שטוען 'ברי' הוא מוחזק [...]

והנה, במקרה דנן הרי הפירות' דהיינו שכר הדירה הם ידועים וכל הספק האם ה"שוכרת" שהיא האישה שדרה בבית לאחר שהרחיקתו לבעל, חייב בשכר הדירה או פטורה שכן ספק הוא אם חייב לה 'פירות' אלה היינו אם חייב במדורה ומזונותיה או לא. ואם כן כיוון שקרקע בחזקת בעליה הרי כי חייבת היא לו שכר מדור.

במקרה דנן כאמור פשוט בלאו הכי שחייבת היא, שכן מעולם לא היה חייב לה במדורה ובמזונותיה משום שהצדדים לא נישאו מעולם – לא בחופה וקידושין ואף לא בנישואים שהיו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נהוגים באתיופיה או בנישואים אזרחיים. וכאמור גם אם היו נישאים כנהוג באתיופיה הרי סידור הגט הוא רק לחומרא, ומן הדין אין אלו נישואין וממילא אין חיוב מזונות.

אך למעלה מן הצורך ביארנו כי אף לו היו נישואים כדין הרי שמשנוצר ספק בדבר חיוב המזונות והמדור – בכל הנוגע לקרקע יש לומר 'קרקע בחזקת בעליה עומדת', ואף בהשלכות הנוגעות לשכר הדירה מהניא חזקה זו כיוון ששכר הדירה הוא 'פירות' הקרקע והספק אינו בעצם קיומם אלא רק שמא נפטרה מלשלם עליהם מטעם צדדי (מחמת חובת מדור). ונוסיף ונבאר בעניין זה:

המקרה והדין שהביא הש"ך (מסימן שיו) הם כדלהלן.

בשולחן ערוך (שם סעיף ב) נפסק:

המשכיר בית לחבירו בשטר לעשר שנים ואין בו זמן, השוכר אומר: "עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה", והמשכיר אומר: "כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשר שנים" – על השוכר להביא ריה ואם לא הביא ראה, ישבע המשכיר היסת ויוציאנו. הגה: והוא הדין בשאר טענות [...]

ובסמ"ע (שם ס"ח ח) כתב:

והוא הדין בשאר טענות – וזו לשון המרדכי סוף פרק השואל [רמז שפז, ולפנינו בשינוי לשון קצת] דהוא הדין אם המשכיר אומר "בו שכרת" והשוכר אומר "בה שכרתי" או שהבעל הבית אומר "לא השכרתי", דקרקע בחזקת בעליה קיימת ועל השוכר להביא ראה [...]

עוד נפסק בשולחן ערוך (שם סעיף ג) בזו הלשון:

שטר השכירות או שטר המשכנתא שכתוב בו שנים סתם – בעל הפירות אומר "שלש", ובעל הקרקע אומר "שתים", וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות – הרי הפירות בחזקת אוכליהם עד שיביא בעל הקרקע ראה. ויש מי שאומר שאם יראה לבית דין שלא יוכל השוכר או הממשכן לברר עוד דבריו מוציאין מידו.

וכתב שם הסמ"ע (ס"ק יא) וזו לשונו:

זו לשון הטור:

אין מוציאין מידו עד שיביא המשכיר ראה, שהיום או למחר יביא השוכר עדים שהוא כדבריו והיינו צריכים להחזיר לו, ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן, ולפיכך כתב אדוני אבי הרא"ש [בבא מציעא פרק ט סימן מ, ושם הוא לעניין מלווה האוכל פירות קרקע הממושכנת "...] שלא יוכל המלוה [... מוציאין הפירות מיד המלוה ללוה]: "אם מתו העדים ונשתכח [ברא"ש: ונשתקע] הדבר מפי אחרים ויראה לבית דין שלא יוכל השוכר עוד לברר דבריו, מוציאין מיד השוכר מה שדר בו."

והש"ך (שם ס"ק יא) כתב:

מוציאין מידו – נראה דהכא מוציאין מידו אפילו אכל ג' שנים קודם שתבעו לדין, דאין טעם לחלק בכך. ועוד, דדמי לדעיל (סימן שיב סעיף טו) דאפילו בא בסוף החודש – כולו למשכיר, מטעם שפירשו רש"י והרא"ש שם דהספק נולד בתחילת החודש, והוא הדין הכא, ואף על גב דהתם טוען 'שמא' והכא 'ברי', כבר כתבתי שם דברי דהכא כדין שמא דהתם [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובנתיבות המשפט הרחיב בביאור הדברים ועל פי דברי הש"ך: בדיני תפיסה בעדים (קיצור כללי דיני תפיסה אות כב) כתב:

בקרקע לא מהני תפיסה אפילו בפירות הקרקע שנולד הספק עליה ואפילו ברשות ואפילו טוען 'ברי'. ודוקא כשהטענה היא על הקרקע, כגון ששניהן מודים בסך השכירות או בסך המכירה, רק שהטענה היא שמגיע לו עוד קרקע כגון ב"מדה בחבל הן חסר הן יתיר" והיה יותר דסימן רי"ח (סעיף יד) – שסך המעות ידוע, רק שטוען שמגיע לו היתרון של הקרקע. וכן במרחץ שהשכיר לו ב"ב זהובים לשנה דינר לחודש, שהסך ידוע י"ב זהובים רק שתובע שמגיע לו עוד חודש דירה (בבא מציעא קב ע"ב) – אף זה אם לא נתן מעות, אינו יכול לתפוס המעות בעד הקרקע אפילו טוען 'ברי' שהתנה בפירוש כמו שאמר. אבל אם הקרקע ידועה רק שטוענין על המעות, כגון שהשכירות ידועה שהיא על שנה, רק שזה אומר "בחמישה שכרתי" וזה אומר "בעשרה", וכבר דר בה, ואין תובע ממנו רק מעות – השוכר נקרא מוחזק. אבל כשעדיין לא דר בה רק חצי שנה ונתן לו כבר חמישה זהובים, יכול המשכיר לומר "בעשרה השכרתי וכבר דרת חצי שנה וצא מן הבית", דהמשכיר מוחזק בקרקע שלו [...]

ובביאורים (שם ס"ג) ביאר את דברי הש"ך וכן כתב:

[...] ואחר העיון קורא אני עליו "דברי תורה עניים במקום זה" וכו', דבסימן שי"ז ס"ק ה כתב גבי "משכיר אומר 'בעשרה' ושוכר אומר 'בחמישה שכרתי'", וזה לשונו:

דלא שייך [וכו'] דהא אין חלוקים על הקרקע, שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכר [...] ומה בכך [שנאמר] דקרקע בחזקת בעלים, הא השוכר אומר "מעולם לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר מזה".

ובזה מבואר דבריו, דהש"ך מחלק בין כשטענותיהן הן רק על הקרקע כגון במשכנתא דסורא דבבא מציעא (קי ע"א) ששניהם מודים שהשכירות היה ק' זהובים וכבר נתנם לו והוחלטו לו, רק שתובע קרקע ממנו עוד על שנה. אם כן הפירות ידועים היינו ק' זהובים, רק הקרקע אינה ידועה – שאין ידוע כמה קרקע מגיע לו – אמרינן 'קרקע בחזקת בעלים עומדת', ואפילו טוען 'ברי' לא מהני, דבקרקע לא מהני תפיסה אפילו טוען 'ברי'.

מה שאין כן כשהקרקע ידועה, דהיינו שידוע שהשכירו רק על שנה, רק שזה אומר "בעשרה" וזה אומר "בחמישה" – שהקרקע ידועה שהיא על שנה, רק שהפירות אינן ידועים אם הן עשרה או חמישה – השוכר נאמן בטענת ברי, שהשוכר אומר "מעולם לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר" (ויש מקום עיון בש"ך סימן שי"ז שם שהצריך לטעם מיגו וסותר דבריו שבכאן, ושם אי"ה יבואר). רק בטענת 'שמא' לא מהני משום דהתפיסה בשמא לא מהני.

והכא נמי במרחץ, שאמר "י"ב זהובים לשנה, דינר לחודש", אין הספק בקרקע כמה ידור בו, דהא בפירוש השכיר לו לשנה, רק שאנו מסופקין דילמא לשון אחרון עיקר שאמר "דינר לחודש", וממילא חייב לו י"ג דינרין. וכן משמע לשון הטור (חושן משפט סימן שיב סעיף יד) שכתב שצריך להוסיף לו בשביל עיבור אבל אינו יכול להוציאו מהבית.

ועוד, דאפילו אם נאמר דבסתם מצי לדחותו אפילו מדירה של החודש י"ג, מכל מקום יש לומר דהש"ך מיירי במודים שהשכיר לו על י"ג חודש, וכיון דהטענה היא רק על השכירות – שהקרקע ידוע שהשכירו לי"ג חודש, רק שזה טוען ב"ב, וזה טוען ב"ג – אילו היה טוען "ברי ב"ב" השוכר נאמן, דהוי ממש כזה אומר "בעשרה" וזה אומר "בחמישה" משום דהוי כטוען "לא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הוציאה הקרקע שלך פירות יותר". רק מחמת שטוען 'שמא', לא מהני תפיסה בספיקא, דהא על כרחך מיירי שהיה צריך להקדים לו השכירות להחודש י"ג, דהא כתב הרא"ש (שם) הטעם לשמואל משום דהוי כהודאה וכו', ועל כרחך הוא משום דהניחו לדור בו החודש י"ג בלי הקדמת השכירות. ולפי זה, דבר זה כתפיסה הוא – דאם היה בא בתחילת חודש היה כולו למשכיר, דהמשכיר היה יכול להוציאו מהבית דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אף שהשכירות ידועה שהיא על שנה – לא אמרינן דבחזקת השוכר הוא עד כלות כל השנה רק מעות הוא תובע והשוכר מוחזק, רק אמרינן שהקרקע והפירות כל זמן שלא גמר כל דירתו הן בחזקת המשכיר, וכשבא בתחילת חודש הרי השוכר כתובע פירות המוחזקין ואינו יכול להוציא מהמשכיר. משום הכי אפילו בא בסוף חודש כולו למשכיר, כיון דהפירות היו עומדין בחזקת המשכיר – אף אם כבר דר בה הוי כתפיסה דלא מהני בספיקא.

וקושיית הש"ס בבבא מציעא (קו) שם היא כך: כיון דקיימא לן קרקע בחזקת בעלים גבי מרחץ לענין שיהיה כתפס מרשות המשכיר בתחילת חודש, ממילא כשתביעתו על הקרקע – כשטוען שמגיע לו עוד קרקע, אפילו בברי אינו יכול לטעון, דכיון דשם במשכנתא הוי כטוען קרקע, ובקרקע לא מהני תפיסה אפילו בטוען ברי, דהאיך יעלה על הדעת להוציא מחזקת האחר בטענת ברי. וזה ברור בדברי הש"ך [...] ומה שכתב הש"ך (בספר תקפו כהן בסימן מו) דבטוען ברי אפילו בקרקע מהני תפיסה – כונתו על אופן שפירשתי דבריו לעיל, כשאין טענותיהן על הקרקע, ששניהן מודים על זמן שכירות הקרקע, רק שטוען על הסך בכמה השכירה ומטעם דהוי כטוען שלא היה פירות יותר, דהש"ך כתב זה לחלק בין "איסתרא, מאה מעי" דהמכירה קיימת בודאי רק שמחולקין כמה סך המכירה, ונגד זה כתב דבשכירות כהאי גונא, כגון במרחץ שהשכירות ידוע שהוא על שנה, דהיינו גם על החודש העיבור, רק שמחולקין על סך המעות, מהני טענת 'ברי' וכו"ל.

והנה, הרמ"א (שם בסעיף ב) הוסיף וכתב:

[...] מיהו יש אומרים דאם הוא לאחר זמן השכירות, שיכול לומר "פרעתי" או "לא שכרתי מעולם" ונפל טענה בין המשכיר והשוכר – אף על פי שקרקע בחזקת בעליה עומדת השוכר נאמן במיגו.

אולם במקרה דנן שהיא הרחיקתו בבית המשפט בטענת אלימות וסכנה ועשתה כן במשך חודשים ארוכים בכל הערכאות הקיימות ועומדת בטענתה, הרי אין לה 'מגו' שיכלה לטעון "פרעתי", שהרי טענתה כל העת שלא צריכה לשלם משום שהוא היה אלים ועליו לעזוב ולהתרחק מהדירה המשותפת, וכיצד תוכל פתאום לטעון "פרעתי את דמי השימוש"?

נמצא שבנידון דנן הנתבעת אינה יכולה לטעון שהתובע חייב לה במדור מדין מזונות שכן יש לפחות ספק גמור אם חייב לה בכלל ומכיוון שמדובר בדירה הדין הוא שכיוון שקרקע בחזקת בעליה עומדת חייבת היא בדמי השימוש.

וכל זה מלבד הנימוק שהבאנו למעלה שאין כלל ספק ובוודאי אינו חייב במדורה מכיוון שמעולם לא נישאו בשום מקום ובשום דרך וצורה.

סיכום הנושא ההלכתי בהשלכה לנידון פסק דין דנן

והנה, אם כדעות החולקות על הרשב"א וסוברות שעל המשתמש לשלם לשותפו ודאי שבמקרה דנן חייבת האישה לשלם לבעלה שכר מדור על התקופה שישבה בדירתו. אולם גם לרשב"א שהביא הרמ"א ושרבים פסקו כמותו – הרי הכול מודים שבמקרה שמחה השותף ולא שתק לחברו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שישב בביתם המשותף, ביקש ממנו לפנותו ולחילופין רצה להשתמש בו יחד, ודאי שמשלם הלה שכר מדור לשותפו על שימושו לבדו בנכס המשותף תוך מניעת השימוש משותפו.

במקרה דנן אישה בת חמישים ושתיים מנעה מבעלה בן השמונים ואחת להישאר בדירה על ידי צווי הרחקה, שכאמור התברר שניתנו שלא מטעמים של חשש אמיתי מפניו. מחאתו של הבעל נעשתה מייד, בתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17), בעת שהאישה ביקשה לראשונה את הרחקתו של הבעל והוא באותו דיון התנגד וטען כי האישה עושה כן בעוול ובשקר. כך, כפי שציטטנו, עשה הבעל ללא הפסקה בכל הליך משפטי בבית המשפט וכן בבית הדין בדיונים, במסמכים ובבקשות הרבות ביקש והתחנן להשיבו לביתו והיה מוכן לישון בסלון כאשר אשתו תישן בחדר השינה. בין השאר ביקש את פינויה מהבית ולפחות פינויה מחלקו בבית כאמור. אולם היא התנגדה לכך כל העת. לפי הנתונים נראה לכאורה שעשתה כן שלא כדין.

ולכן יש לחייבה בדמי שימוש על חלקו של הבעל בדירה בכהאי גוונא, כדינו של שותף שהשתמש בנכס לבדו תוך שהוא מונע מחברו את השימוש שלא כדין.

זאת משום שהדעת נוטה שההרחקה בנידוננו הייתה שלא כדין, ואף לו היה ספק שקול בעניין זה – כיוון שהספק נוצר בעת שהנדון היה לא על התשלום אלא על עצם השימוש הרי שמדין "קרקע בחזקת בעליה עומדת" נחשב האיש כמוחזק לגביו (בחלקו היחסי בדירה).

שימוש זה אינו שימוש שהיה הבעל מחויב בו כלפיה מדין 'מדור': (א) משום שאין חובת מזונות ומדור כלל מחמת מעמדם האישי הספציפי; (ב) משום שגם לו הייתה חובת מזונות ומדור בזוג המדובר בעבר כאשר היו נשואים באושר הרי גם לעניין זה מחמת הספק אם ההרחקה הייתה כדין או שלא כדין (ולכך גם הדעת נוטה במקרה דנן וכאמור, אך וגם לו היה הספק שקול) – היה הבעל פטור ממזונותיה וממדורה, אלא שכאמור בכהאי גוונא אם היא תפוסה ומוחזקת בממון יכולה לתפוס למזונותיה, אך לגבי מדורה וכבמקרה דנן – אין תפיסתה מועילה שהרי קרקע בחזקת בעליה עומדת וכפי שהארכנו.

ולכן יש לחייבה בדמי שימוש על חלקו של הבעל בדירה בכהאי גוונא: (א) משום שאין חובת מזונות ומדור כלל מחמת מעמדם האישי הספציפי; (ב) משום שגם לו הייתה חובת מזונות ומדור בזוג המדובר בעבר כאשר היו נשואים באושר הרי כיום מחמת הספק אם הרחקה הייתה כדין או שלא כדין (ולכך גם הדעת נוטה במקרה דנן) – וגם לו היה הספק שקול – הרי הדין שהבעל פטור ממזונותיה וממדורה, אלא שכאמור בכה"ג אם היא תפוסה ומוחזקת בממון יכולה לתפוס למזונותיה, אך לגבי מדורה וכבמקרה דנן – אין תפיסתה מועילה שהרי קרקע בחזקת בעליה עומדת וכפי שהארכנו.

נמצא כי לכל הדעות חייבת האישה במלוא דמי שימוש החל מההרחקה הראשונה בתאריך כ"א באייר תשע"ז (17.5.17) ועד למכירת הדירה לאישה בתאריך י"ד באדר תשע"ח (1.3.18) במשך תשעה חודשים וחצי בקירוב בהכפלת סך 1,500 ש"ח. סך הכול: 14,196 ש"ח.

הוצאות משפט

לכאורה הרחקת התובע נעשתה בכוונה ובמזיד משיקולים אינטרסנטיים של נוחות, בנסיבות אלה יש לחייב את הנתבעת גם בנזק העקיף – הוצאות המשפט שלהן נזקק התובע כדי לזכות במגיעו, לו, בדמי השימוש, וזאת גם על פי ההלכה – מדין 'גרמי' וכמו שהארכנו בפסקי דין רבים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לכן לכאורה על הנתבעת לשלם הוצאות משפט – שכר טרחת עורך דין. על פי האסמכתא שהוגשה עבודת עורך הדין עלתה סך 7,000 ש"ח. סכום זה עליה לשלם לתובע בנוסף לדמי השימוש.

אכן הלכה למעשה אין אנו יודעים בביטחון מלא שטענותיה שהיה שיכור, קילל והיה אלים אינן נכונות, ולכן מספק זה אין להשית עליה הוצאות, שכן לגביהן הרי היא 'מוחזקת'.

נפסק

הנתבעת חייבת לשלם לתובע סך 14,196 ש"ח. סכום זה ישולם בתוך עשרים ואחד יום.

ניתן ביום כ"ד בתשרי התשע"ט (3.10.2018).

הרב שניאור פרדס – אב"ד

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה