

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1097392/6

בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה

לפני כבוד הדיינים:

הרב יגאל לרר – אב"ד, הרב אריאל ינאי, הרב בן ציון הכהן רבין

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ טו"ר נסים אברג'ל)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ טו"ר יעקב קלמן ועו"ד עפרה בריל)

הנדון: דמי מדור הילדים כאשר הם גרים עם האם בדירתה

### פסק דין<sup>1</sup>

התקבלה בפני בית הדין בקשת ב"כ האם אשר כותרתה: בקשה לחיוב המשיב במדור הקטינים בהתאם להחלטת כ"ר.

וז"ל הבקשה:

בתאריך שבכותרת ניתנה החלטת כ"ר בין היתר לפיה, "האב לא חויב במדור הילדים מאחר והילדים גרים עם האם בדירה המשותפת של הצדדים, במידה ויהיו בעתיד שינויי נסיבות ביחס למדור הילדים, ישוב בית הדין לדון בנושא מדור הילדים." [...]

דא עקא, בעת הזאת חל שינוי נסיבות ביחס למדור הקטינים, שהלא המבקשת רכשה את חלקו של המשיב בדירת המגורים, באופן שבו מחמת כן, נדרשת היא לשלם עבור מרכיב המדור סכומים עצומים ושונים בתכלית השינוי.

יואר כי, לו לא הייתה המבקשת רוכשת את חלקו של המשיב בדירת המגורים ו/או הייתה משכירה את הדירה שרוכשת היא בה אף את חלקו של המשיב, הרי שנזקקת הייתה היא לשכור מדור עבור הקטינים בהתאם ובאותה רמת החיים לה הורגלו הקטינים, או אז, היה המשיב מחויב אף במרכיב המדור ובגובה 50% ע"פ כל דין. משכך, נכונה כאן התמיהה התלמודית הידועה – "הפוכי מטרותא למה לי" כתובות דף ק"י ע"א כלומר לשם מה צריך לבצע פעולות מיותרות? להעביר את מטעני הבהמה – מטרותא – מימין לשמאל ולהיפך, כאשר משקל המטענים שווה.

נהיר ובהיר כי, נכון ויפה יהיה לבית הדין הנכבד לחייב את המשיב בחלקו במדור מגובה דמי השכירות החודשיים הריאליים של דירת המגורים הנוכחית, קרי, בגובה של 50% מערך שכירות דירה שווה לדירה הנוכחית, שהלא כיום לצדדים שלושה ילדים מתחת לגיל שמונה-עשרה.

למותר לציין כי, מאחר והנ"ל הינו עניין מושכל שאינו זקוק לפנים, הרי שהמבקשת לא תלאה את כ"ר במנעד הפסיקות הענפות שיצאו תחת כלל

<sup>1</sup> על פסק הדין הוגש ערעור בתיק (רבני גדול) 1224354/1. הערעור התקבל, ונפסק כדעת המיעוט בפסק דין זה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הערכאות השונות בעניין זה והתומכות בצדקת דבריה, תוך שבמידת הצורך ולבקשת כת"ר תעשה היא כן.

אשר על כן, לאור האמור לעיל ולאור שינוי הנסיבות במרכיב מדור הקטינים, מתבקש בזאת בית הדין הנכבד להורות על חיובו של המשיב במרכיב מדור הקטינים בגובה של 50% מערך שכירות דירה השווה לדירה הנוכחית, שהלא כיום לצדדים שלושה ילדים מתחת לגיל שמונה-עשרה.

עד כאן לשון הבקשה.

לאחר עיון בבקשה, מחליט בית הדין כדלהלן:

**בית הדין ישלב בהחלטתו הנוכחית, מהחלטת בית הדין בתיק 620919/1 בנידון דומה, שניתנה כאן בבית הדין פ"ת בעז"ה על ידי, ובהסכמת כל חברי ההרכב דאז, בהתאמה לנידון המונח בפנינו.**

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

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

האם גם טוענת כי רכשה דירה גדולה יותר לצורך כך ומשלמת משכנתא שהינה מקבילה לתשלום דמי שכירות, ולכן על האב לשלם לה על מדור הילדים בדירתה.

יש לציין כי במידה והאם הייתה שוכרת דירה לצורכה ולצורך מגורי הילדים, בוודאי שיש לחייב את האב על מדור הילדים בחלק היחסי של מגורי הילדים בדירה.

הדיון העומד בפנינו בנידון תיק זה הוא – כאשר בפועל אין לאם הוצאות חודשיות על עצם המגורים של הילדים בדירתה, האם בכל זאת יש לחייב את האב על מגורי הילדים בדירת האם שהרי מוטל עליו חוב מדור הילדים, ומה לי אם האם שוכרת דירה מצד ג' ומוציאה על כך ממון מידי חודש בחודשו ומה לי אם האם מעמידה לרשות הילדים דירה משלה, או שמא במציאות זו שאין לאם הוצאה בפועל על מגורי הילדים אין מקום לחייב את האב לשלם לאם על מדור הילדים בדירתה.

יש לציין כבר עכשיו, שבית הדין דוחה את טענת האם שיש לה הוצאה חודשית על הדירה בתשלום המשכנתא על הדירה (ו/או חובות שלקחה לצורך קניית הדירה) [...] משום שתשלום המשכנתא הוא כעין חיסכון כאשר בתמורה לתשלומים מוקנית לה בעלות על הדירה ולפיכך אין תשלום המשכנתא נחשב להוצאה אלא להשקעה. [...]

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

חוב מזונות הילדים המוטל על האב יסודו מהגמ', כתובות סה ע"ב, וז"ל: "[...] אע"פ שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים אבל זן כשהן קטני קטנים, עד כמה, עד בן שש."

ובתוס' שם ד"ה אבל, כתב וז"ל: " וכיפינן ליה [...]."

ומהגמ', כתובות מט ע"ב, וז"ל: "באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים [...]."

וברש"י שם וז"ל: "עד שיביאו שערות."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובהמשך הגמ' שם, וז"ל: "[...] אבל אמיד כייפינן ליה על כורחו."

וברש"י שם, וז"ל: "בעל כורחו: לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפילו אינן בניו", דהיינו מדין צדקה.

וכך פסק בשו"ע, אהע"ז סי' עא סעי' א, שבקטנים מגיל שש ועד שיגדלו (גיל שלוש-עשרה לבנים ו-12 לבנות) מוציאים ממנו בעל כורחו משום צדקה, והוא במידה והאב אמיד.

מגיל הנ"ל, תקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד הרחיבה את חיוב המזונות עד גיל חמש-עשרה.

ומגיל חמש-עשרה עד גיל שמונה-עשרה ראה החלטת מועצת הרבנות הראשית מיום ט' תמוז תשל"ו המרחיבה את חיוב המזונות עד לגיל שמונה-עשרה.

יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב המזונות מדין צדקה כדין צדקה לכל דבר הנקבע בהתאם להלכות צדקה.

וכך מובא בפסק דין בית הדין האזורי חיפה מתאריך כח טבת תשל"ד (תיק 4442/שג), המובא בהחלטת בית הדין הגדול בערעור תשל"ג/217 תשל"ד/61 מכב' הדיינים הגאונים קאפח, אליהו ומזרחי זצ"ל, פד"ר כרך ט עמ' 354, וז"ל:

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

ובהחלטת בית הדין הגדול, תיק ערעור ער/תשי"ז/6, פד"ר כרך ב עמ' 8, מכב' הדיינים הגאונים הרצוג, הדאייא ואלישיב זצ"ל, וז"ל:

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

דהיינו באמות מידה של חיוב צדקה מדין קרוב קרוב קודם, ובאם העולה בהרבה בהכנסתה על האב, יש לחייבה מדין צדקה כדין קרוב קרוב קודם, כאמור לעיל.

אם כן, בתיק המונח בפנינו שחיוב האב במזונות ומדור הילדים בגילם 10, 14 ו-17, הוא מדין צדקה, אם כן גם לאם יש דין חיוב צדקה מדין קרוב, ובתביעה על העבר שכבר גרו הילדים בביתה כתוצאה מתביעתה למשמורת על הילדים, הרי הוא כנתינת צדקה ע"י האם במקום האב. ויותר מכך שגם על העבר וגם על להבא, בתיק המונח בפנינו, לאם יש דירה ללא הוצאות, לעומת זאת, האב גר אצל אימו ואין בידו לקנות לעצמו דירה, הרי הוא כגדר שהכנסת האם עולה בהרבה על הכנסת האב, שיש לחייבה מדין צדקה כדין קרוב קרוב קודם, כאמור לעיל, ואין מקום לחייב את האב במדור ילדיו.

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

אלא שלעומת ההבנה הנ"ל כי חיוב האב במזונות ילדיו מדין צדקה, הוא מדין צדקה בלבד, יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב המזונות כדין חיוב מדין תקנה, כהמשך לתקנת חז"ל

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המחייב את האב במזונות ילדיו בקטני קטנים עד גיל 6, וממילא אמת המידה לחיוב זה תהיה מדין חוב.

וראה באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י, עמ' קנ, הבהרת הרבנים הראשיים לישראל הרבנים הגאונים עוזיאל והרצוג, וז"ל:

"מוטעית היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת אפוא על ידי ההיקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו."

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

וראה עוד בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו סי' כח אות ב, שדן על יסוד השו"ע יו"ד סי' רנא סעיף ד שמחייבין את האב לזון בנו עני ואפילו הוא גדול, וכתב שם, וז"ל:

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

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

בהתאם לאמור, יש מקום לדון בחיוב האב במדור ילדיו בבית האם, מדברי הגמ', כבא קמא כ ע"א, וז"ל:

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

ובהמשך הגמ' שם כ ע"ב, וז"ל: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר[...] שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא."

וברש"י שם, וז"ל: "שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא, אבל בית ישן לא."

ובשו"ע, חו"מ סי' שסג סעי' ו, פוסק וז"ל:

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו [...] ואם לא אמר לו צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר."

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

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

אלא שבשו"ע שם בסעיף ז, פוסק, וז"ל:

"י"א דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, על ידו מגלגלין עליו כל השכר מה שנהנה."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובסמ"ע שם סעי"ק יח, וז"ל: "פירוש, כיון דעל כל פנים צריך לשלם מה שחסרו, מגלגליו גם כן על ידי אותו המועט כל מה שנהנה וצריך לשלם הכל."

אם כן, בתיק שלנו שדירת האישה אינה דירה חדשה, אין לחייב את האב בחסרון מדין שחרוריתא דאשיתא וממילא אין לגלגל על האב את תשלום הנאתו במה שילדיו גרים בדירת האם.

ואם תאמר שדירה חדשה לאו דווקא, אלא כל היזק וחסרון שעושה הדר בדירה נחשב לשחרוריתא דאשיתא, ביחס לאימא הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה יש לחלק, שהרי האם היא זו שבקשה משמורת על הילדים ובעצם ביקשה שהילדים ידורו עמה ותביעתה אינה מתייחסת כלל לבלאי הדירה כתוצאה ממגורי הילדים בדירתה, נמצא כי אין כלל חיוב על מה שחסרו הילדים בדירה גם אם חסרו, וממילא גם אין על מה לגלגל את מה שנהנה האב.

ועוד י"ל, שכתוצאה מהאמור לעיל ביחס לאימא הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה לבקשתה, אין נידון זה בכלל זה נהנה (הילדים והאב) וזה לא חסר (האם), אלא בכלל זה נהנה וזה נהנה (האם) שהילדים גרים אתה לבקשתה.

וכן כתב הנ"י, ב"ק דף ט. מדפי הרי"ף, וז"ל:

"[...] ואי משום דמשחיר כותלי הבית בתשמישו, כנגד אותו ההפסד המועט עביד ביה תועלת שדר בה שהישוב מועיל לבית."

דהיינו, חיוב הדר הנהנה אף שהבעלים לא חסר, כאשר הדר גורם לבית חסרון בשחרוריתא דאשיתא, זהו דווקא כאשר הדר אינו גורם להנאת הבעלים במגוריו בבית, אבל במהנה את הבעלים, כגון שהדירה עמדה ריקה אלמלא גר זה בבית והיה מעלה עש המרקיב את העצים והקורות, אין מקום לחייב את הדר, שאף שגורם היזק בבית מכל מקום גם מהנה את הבעל הבית במגוריו בדירה.

ואף שכתב ה"שליטי הגיבורים" שם סעי' א, שהאמור הוא לשיטת הרמ"ה בלבד, אבל לדעת שאר הפוסקים לעולם כשיש חסרון צריך לשלם לו את הכול אף שגורם לבעל הבית הנאה במגוריו בדירה, מכל מקום עיין שם שסיים הש"ג את דבריו, וז"ל: "דתועלת דירתו אינה חשובה כלום" דהיינו עצם מגוריו בדירה למניעת עש (שְׁאֵיָה) אינה חשובה הנאה, משמע שגם שאר הפוסקים יודו שבגורם הנאה במגוריו פטור הדר אף שגם גורם נזק במגוריו, ולא חלקו אלא ב"שְׁאֵיָה" שאינה חשובה הנאה לדעתם.

וכתב הלחם משנה, הל' גזילה ואבידה פרק ג' הלכה ט, וז"ל:

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

וא"ת והא בגמרא פירש טעמא משום וְשֵׁאִיָּה יִפֹּת שְׁעָר או משום ביתא מתבא יתבא משמע דלא סגי הך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר.

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

אך קשה דא"כ איך כתב ה"ה ז"ל בשם המפרשים שאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים כו' שמגלגלין עליו את הכל, כנגד שחרות הכותלים הוי הך הנאה דְשֵׁאִיָּה יִפֹּת שְׁעָר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ותו קשיא דהא בגמרא הקשו למ"ד פטור מהא דר' יהודה דאמר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, ותירצו שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא, כלומר דהתם איירי בבית חדש אבל הכא בבית ישן דליכא שחרות הכותלים פטור, ולפי מ"ש הרב נמוקי יוסף אין כאן תירוץ דהנאה דשְׁאֵיָה יִפְתֹּשׁ וכו' או ביתא מתבא יתיב מהני כנגד זה.

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

דהיינו, קיזוז הנזק הנגרם כתוצאה ממגורי הדייר בבית בעל הבית, בהנאה שגורם הדייר לבע"ב בעצם מגוריו בביתו.

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

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

ואם כן יש לכאורה לדחות ולומר, מה להנאת "שְׁאֵיָה" שהיא הנאה הנגרמת ע"י הדר בגוף הדירה לכן מתקזזת עם החיסרון והנזק בגוף הדירה של "שחרוריתא דאשיתא" דהיינו בלאי הדירה, תאמר בהנאת מגורי הילדים בדירת האם שהיא הנאה חיצונית ואינה הנאה בגוף הדירה ומי יאמר שגורמת למחילת האם לנזק בלאי הדירה הנגרם ע"י הילדים שהוא נזק בגוף הדירה.

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

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

ויותר מכך, שאמנם בנידון שלנו ההנאה היא לא בגוף הדירה כפי שהיא ב"שְׁאֵיָה", אך גם אינה חיצונית לגמרי כאשר הנאת האם ממגורי הילדים בביתה היא הנאה מעצם הדיור של הילדים בבית אמם, ועדיין יש לומר שדינו ייחשב כהנאה בגוף המדור.

דהיינו שהגורם המכריע כאן הוא עצם המגורים של אדם אחר בבית בעל הבית, האם יש בעצם המגורים נזק בלבד כגון שחרוריתא דאשיתא וממילא מבטל בכך את המציאות של זה נהנה וזה לא חסר שהרי חסר הוא בעל הבית, או שעל אף שחסר, הרי שעצם מגורי הדר גם גורמים לו הנאה המקזזת את הנזק והחיסרון, ונמצא כאן שוב זה נהנה וזה לא חסר ואולי אף זה נהנה וזה נהנה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

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

בנוסף לאמור, פוסק הרמ"א, חו"מ סי' רסג סעי' י', וז"ל: "האומר לחבירו דור בחצרי אינו צריך ליתן לו שכר."

ואף שבת"ה סי' שיז חלק על כך, כבר כתב הש"ך, חו"מ סי' שסג סעי"ק יג דדבריו צריך עיון וכ"כ בסי' רמו סעי"ק ט, ובסמ"ע סי' רמו סעי' כד כתב שאף שהרמ"א סימן רמו סעי' יז פסק כהת"ה זה דוקא באומר לחברו אכול עמי שצריך לשלם לו דהו"ל זה נהנה וזה חסר, אבל האומר לחברו דור עמי פטור דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר.

ובערוך השלחן סי' שסג סעי' כו, וז"ל: "האומר לחברו דור בחצרי [...] ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור (אף שהדר דרכו לשכור ע"ש בהתאם לראשית דבריו) דהא אפילו כשלא אמר לו דור פטור, ולא אמרינן דכשאמר לו דור גרע טפי דכוונתו הייתה בשכירות (הגר"א)."

ויש עוד לדייק בדברי הטור, חו"מ סי' שסג, וז"ל:

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

ובב"ח כתב שם, וז"ל:

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

וכך פוסק השו"ע, חו"מ סי' שסג סעי' ו.

מכאן, שאם אמר במפורש דור אצלי, אף שדורש על כך כסף, וכפי שהוא בתיק המונח בפנינו שהאם דורשת

שהילדים יגורו אצלה, אף שתובעת על כך שכירות, יחולו הפטורים לפחות כמו בנידון שרואהו שדר בו ולא אמר לו כלום.

ואף שהרמ"א, חו"מ סי' שסג סעי' ו, פוסק, וז"ל:

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

ומקור הרמ"א הוא בדברי המרדכי והנ"י, וכן הוא בתוס' ד"ה הא, וז"ל: "שאני הכא שהוא יכול למונעו מתחילה מלדור בו."

וכן הוא גם בביאור הגר"א שם חו"מ סי' שסג סעי"ק יז.

דהיינו שפטור הדר הוא על לשעבר מדין זה נהנה וזה לא חסר, אבל לא על העתיד כיוון שביד בע"ב להשכיר את הבית, אף שבפועל אין בע"ב רוצה בהשכרת הבית, אינו יכול לאכוף את בעל הבית לדור בו ולא אומרים על להבא זה נהנה וזה לא חסר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

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

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

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

נמצא כי בין אם חיוב האב למזונות ילדיו בגילאים 10–17 הוא מדין צדקה ובין אם הוא מדין חוב מדין התקנה, בתיק המונח בפנינו דוחה בית הדין את תביעת האם לדמי מדור.

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

### לסיכום:

הכל מודים כי במציאות שהאם שוכרת דירה עבור מגוריה עם ילדי הצדדים, על האב לשלם את החלק היחסי עבור ילדיו בהוצאות האם על שכירות הדירה.

הכל מודים שבמציאות שיש לאם דירה משל עצמה ללא חובות וללא משכנתא, ואינה מוציאה הוצאות על עצם מדור הילדים נכון לעכשיו, אין מחייבים את האב לשלם לאם על עצם מגורי הילדים בדירת האם, על אף שהאישה שילמה ממיטב כספה עבור הדירה.

נמצא, כי חיוב האב במדור ילדיו לאם, אינו נובע מעצם אפשרות המגורים שמעניקה האם לילדיו של האב, אלא על הוצאות שמוציאה האם על מדור הילדים, ולכן כאשר אין לה הוצאות במקרה שלאם דירה משל עצמה, אף שיכול להיות שרכשה את הדירה בעבר ממיטב כספה, אין מחייבים את האב במדור ילדיו.

מכאן שכאשר רכשה האם דירה ו/או חלקו של האב בדירה, ע"י נטילת משכנתא ונכון לעכשיו משלמת את חוב המשכנתא, אין על האב חיוב תשלום מדור, שהרי תשלום המשכנתא אינו הוצאה המשולמת ע"י האם לצד ג', אלא צבירת נכס על שמה, ואין מקום לחייב את הגרוש, אבי ילדיה, בהעצמת מסת נכסיה. מה עוד, כי היה בידה של האם לרכוש בחלקה בדירת הצדדים, דירה סבירה באזור אחר על מנת להעניק מדור לילדי הצדדים, ובחירת האם לרכוש את חלקו של האב באזור יוקרתי על ידי לקיחת משכנתא אינו נובע ממדור הילדים אלא מרצונה לרכוש דירה באזור הנראה לה ומצבירת נכס נדל"ן על שמה שכאמור אינו חלק מחיובי הבעל לשעבר אבי ילדיה, הגם שמאפשרת מדור לילדים בדירה זו. כאמור, חיוב האב לאם אינו על עצם מגורי הילדים בבית האם אלא על הוצאות שמוציאה האם על מדור הילדים, וברכישת חלקו של האב בדירה באזור יוקרתי היכולה להתבצע ע"י האם באמצעות נטילת משכנתא, אין מקום לחייב את האב על הוצאת מדור הילדים מפאת תשלום המשכנתא ע"י האם שכאמור אינו קשור אלא להעצמת מסת רכוש האם.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### נפסק:

בהתאם לאמור ובנוסף לאמור לעיל בדין זה נהנה וזה נהנה ו/או לא חסר, בקשת האישה לחיוב האב בדמי מדור כאשר הילדים גרים עם האם בדירה אשר בבעלותה, נדחית בזאת ע"י בית הדין.

בקשת האם לא נשלחה לתגובת האב, לפי שבית הדין דחה את הבקשה.

### הרב יגאל לרר – אב"ד

ראיתי את שכתב כבוד אב בית הדין הגר"י לרר שליט"א שהאריך בסוגיה זו של 'זה נהנה וזה ולא חסר', כיד ה' הטובה עליו, אך אינני מצטרף לדברים, ורוח אחרת עמי.

חוות הדעת של כבוד האב"ד שליט"א מבססת את פטור תשלום המדור בנסיבות אלה של רכישת האישה את חלקו של האב בדירה באמצעות נטילת משכנתא – על ההלכה הידועה של 'זה נהנה וזה לא חסר'. הנימוק שניתן לכך הוא שאין לראות בה כמי שחסרה בגין תשלום דמי המשכנתא (כתחילה לשכירת מדור) בגלל שהיא משלמת את דמי המשכנתא לעצמה כחיסכון, וכך היא רוכשת לעצמה דירה. לפיכך, אין לראות בהוצאה זו כ'זה חסר' כמו אילו היא הייתה שוכרת לה ולילדים מדור אז היה האב היה מחויב לשאת בעלות השכירות מכוח חיובו במדור קטינים.

כלומר, אישה השוכרת לה ולקטינים מדור – יש לחייב את האב משום שהיא נחסרת בממונה עבורם; ברם, כאשר היא משלמת משכנתא לצורך רכישת חלק האב בדירה – במקרה זה אין לחייב את האב מדין 'זה נהנה וזה לא חסר' מפני שהאישה משקיעה את הכסף לעצמה והיא איננה 'חסרה'. היא לא נחסרת בגלל מדור הקטינים, אלא רוכשת לעצמה דירה.

בהתאם לגישה מחודשת זו, ניתן להרחיב את היריעה ולקבוע שאם לאישה יש דירה משלה בה היא מתגוררת עם הילדים כאם משמורנית – היא לא תוכל לתבוע מהאב דמי מדור. גם במקרה זה הואיל והיא איננה 'חסרה' מפני שהיא לא נדרשת להוציא הוצאות מדור עבור מדור הילדים, היא לא תוכל לתבוע מהאב דמי מדור קטינים.

בהתאם להנחה הנ"ל, המסקנה העולה היא שיש לראות כאן מציאות של 'זה נהנה (האב) וזה לא חסר' (האם), לפטור את האב מתשלום מדור.

עם זאת כותב כבוד האב"ד שליט"א כי יש לתת את הדעת לדברי הרמ"א (חו"מ ש"ס"ג, ו') שפסק כי פטור זה נהנה וזה לא חסר הוא רק על העבר ולא מכאן ואילך, ולכן יכול בעל הבית יכול לדרוש מאותו דייר (שפלש לדירתו) את דמי הנאתו (שכירות הבית) מכאן ואילך. אם כן לכאורה גם במקרה שלפנינו (רכישת חלק האב בדירה) תוכל האישה לתבוע את הנאת שימוש המדור של הקטינים מהאב.

בנקודה זו הוא האריך וחידש נדבך נוסף. גם לדעת הרמ"א יש לפטור את האב מתשלום מדור על בסיס דברי הנימוקי יוסף והלחם משנה (פ"ג מהלכות גולה ואבדה) שביארו שהטעם של מעלת יישוב הבית (הטעם הראשון בגמ' ד"ש"א"ה יפת שער") שנעשית על ידי הדייר נחשבת כתועלת מרובה יותר מאותו חיסרון של השחרת הכתלים (ה'חסר' של הבעלים) וחזר בכך עיקר הדין של זה נהנה וזה לא חסר שפטור.

על בסיס חשבון זה של רווח ותועלת מול הפסד ונזק שבגיננו נפטר הדר בחצר חברו מדין שהיא סיבת הפטור ב'זה נהנה וזה לא חסר', חידש כבוד האב"ד שליט"א כי יש לראות במימוש רצונה של האם להיות המשמורנית על הילדים והנאתה כמעלה יתרה שלא תיגרע מהנאת יישוב הבית שהוזכר בגמרא (המקוזה את חיסרון השחרת הכתלים), והיא אף עולה עליה בהרבה. בעוד שהנאת יישוב הבית מועילה רק ביחס לעבר ולא לעתידכפי שכתב הרמ"א, הרי שהנאה זו של

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

האם להיות המשמורנית של הילדים תועיל גם להבא זאת משום "שלא שמענו מהאם טענה כי במידה ולא תקבל תמורה הרי היא מוותרת על משמורת הילדים ולא רוצה שיגורו בדירתה. לפיכך, במציאות המונחת בפנינו, יש לדון בין על העבר ובין על העתיד כמי שכבר דר ובאמות מידה האמורות לעיל בדיון זה נהנה וזה לא חסר", כלשונו של האב"ד שליט"א.

כפי שפתחתי, עם כל הכבוד הראוי, רוח אחרת עמי, ואני סבור כי יש לחייב את האב בתשלום דמי מדור כאשר האם משלמת משכנתא. יתרה מכך, לדעתי גם כאשר לאם יש דירה משל עצמה והיא האם המשמורנית – זכותה לדרוש מהאב דמי מדור קטינים עבור השימוש שהם עושים בדירתה.

גם אם נקבל את החידוש שאין כאן 'חסר' לאישה בגלל שהיא קונה לעצמה – הרי כבר מבואר מדברי המחבר בשולחן ערוך (סימן רס"ג סעיף ו') שגם בחצר שאינה עשויה לשכר שפטור מלשלם לו על מה שדר, אם הבעלים תבעו ממנו מכאן ואילך שכר דירה, וזה לשון המחבר:

"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 אף על פי שדרך זה הדר לשכור לו מקום לעצמו שזה נהנה וזה לא חסר ואם החצר עשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר."

מפורש בדברי המחבר בראש הסעיף שאם בעל הבית אומר לו 'צא' ולא יצא חייב – השוכר להעלות לו שכר גם בחצר שאינה עשויה לשכר. החילוק שהובא בהמשך בין חצר העשויה לשכר לאינה עשויה לשכר אמור רק כאשר בעל הבית לא אמר לו 'צא'. צריך להדגיש כי אין הפרש בין אם הבעלים אומרים לו 'צא' לבין אם הבעלים אומרים לו 'הישאר רק שלם לי שכר מכאן ולהבא' – כפי שעולה מדברי הרמ"א שאין כופין את הבעלים להניח אותו ושישב מכאן ואילך בחינם. כלומר הלכה פסוקה שכאשר הבעלים אומר לחברו 'דור עמי בשכר' חייב הדייר לשלם שכר דירה, גם בבית שאינו עשוי לשכר ('זה נהנה וזה לא חסר').

אם כן גם כל אישה שבבעלותה דירה היא תוכל לדרוש את דמי שכירות מכל מי שמתגורר אצלה לרבות הקטינים, ולכן זכותה לדרוש דמי מדור מהאב עבור מדורם. הנימוק שנכתב לפיו האישה-האם לא מעוניינת לסלק את הילדים מדירתה, ואדרבה היא נלחמה להיות האם המשמורן שלהם – לא יעלה ולא יוריד. אמנם אין היא רוצה בהוצאת הקטינים מדירתה – ולכן אין כאן אמירת "צא" כמובא בדברי מחבר, אך יש כאן תביעת דמי שכירות (מדור) עבור הקטינים, וכפי שכתב הרמ"א.

חשוב להדגיש שאין זו מטבע בעלת שני צדדים התלויים זה בזה שנאמר כי אמירת 'צא' לשוכר (כדברי המחבר) היא צדה השני תביעת 'שלם' דמי שכירות' אם הוא יישאר (כדברי הרמ"א) – דהיינו "או צא או שלם" – או אז נוכל אולי לומר שאישה שלא רוצה את הוצאת הילדים מדירתה (כי היא מעוניינת להיות המשמורנית) לכן היא גם לא תוכל לתבוע מהאב את דמי מדורם. זה אינו דין ההוצאה לחוד, ודין תביעת השכר לחוד. הדבר מבואר בדברי הרמ"א בסימן רמ"ו סעיף י"ז שהנותן הנאה לחברו יכול לדרוש ממנו עליה שכר ואין המקבל יכול לומר לו שעשה זאת בחינם. גם כאן למרות שהיא מעוניינת לתת את הנאת הדיור לקטינים-ילדיה, אין היא חייבת לעשות זאת בחינם והיא רשאית לתבוע האב את דמי מדורם.

עם זאת, לצורך הבהרת הדברים, נקדים ונציע את עיקרי הסוגיה במסכת ב"ק (דף כ"א) בסוגיית 'זה נהנה וזה לא חסר' בעניין הדר בבית חברו שלא ברשותו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הצעת סוגיית זה נהנה וזה לא חסר, והדר בבית חברו

הגמרא בכבא קמא דף כ' הסתפקה בדין הדר בחצר חברו שלא מדעתו כשזה נהנה (=אדם הרגיל לשכור, המרוויח בדיוור חנימית) וזה לא חסר (=בעל הדירה שאין לדרכו להשכיר את אותה דירה). הגמרא הביאה ראיה מהמשנה בכבא מציעא בדין הבית והעליה שנפלו ולא רצה בעל הבית לבנות שבונה את הבית ויושב בו עד שייתן לו בעל הבית את הוצאותיו אך לדעת רבי יהודה הוא חייב לשלם לבעל הבית (הקומה הראשונה) את שכר הדירה שמשתמש בחלקו – ומוכח ש'זה נהנה וזה חסר' חייב. הראיה נדחתה מהטעם שיש לחייב משום חיסרון של השחרת הכתלים כשהוא משתמש בבית, והרי זה בחינת 'זה נהנה וזה חסר' שחייב.

ובהמשך הסוגיה בדף כ"א:

"אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב הדר בחצרו של חברו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר משום שנאמר "וְשָׂאִיָּהּ יִפֹּת שְׂעֵר" (ישעיהו כ"ד, רש"י: שד ששמו שְׂאִיָּהּ מכתת שער בית שהוא שאוי ויחיד מאין אדם יוכת שער, מזיקין מכתתין אותו)... רב יוסף אמר ביתא מיתב יתיב (רש"י: בית שהוא מיושב בדירת בני אדם, יתיב יישובו קיים לפי שהדרין בו רואין מה שהוא צריך ומתקנים אותו).

הנפקא מינה בין הטעמים היא בבית-מחסן שבעליו מאחסנים בו עצים ותבן ולא שייך בו הטעם הראשון (הרחקת המזיקין – שְׂאִיָּהּ) מאחר והבית כבר נמצא בשימוש של הבעלים ואין בו מזיקין, ולכן יש לחייבו בשכירות. אולם מאידך, מתקיים בו הטעם השני (יישוב הבית ותיקונו) הואיל ודייר זה מיישב אותו ומתקן את הדרוש תיקון, ולכן יש לפוטרו משכירות.

הנימוקי יוסף כתב בשם הרמ"ה שהטעם הראשון הוא עיקר, והלכה כמותו. לכאורה מבואר בדבריו שטעם הפטור ב'זה נהנה וזה לא חסר' בהדר בבית חברו הוא משום הנאת הדייר המרחיק מהבית את הנאת המזיקין. כדברי הרמ"ה כתב במפורש רבנו יונה (עליות רבנו יונה בב"ב דף ד' בסוגיה דמקיף וניקף, ד"ה עלה בידנו) ולדעתו להלכה 'זה נהנה וזה לא חסר' חייב, אלא שהדר בחצר חברו שלא מדעתו פטור מלהעלות לו שכר רק משום הטעם של שְׂאִיָּהּ יִפֹּת שְׂעֵר (הרחקת מזיקין) – וכלשונו של רבנו יונה: "למדנו משם שאלמלא טעם זה היה חייב להעלות לו שכר."

אולם הרמב"ם בפרק ג' מהלכות גזלה הלכה ט' השמיט את שני טעמי הגמרא ופסק בסתם ש"הדר בחצר חברו שלא מדעתו אם אותה חצר אינה עשויה לשכור אינו צריך להעלות לו שכר אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר". ומפורש יותר בדברי הרא"ש (ב"ק פ"ב, ר"י) שהטעם של שְׂאִיָּהּ יִפֹּת שְׂעֵר איננו אלא "אסמכתא וסעד לדבריו, לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר אלא אפילו טובה נמי עושה עמו, שמנע ביתו מלהיסתר". וכן כתב ביש"ש כאן (סימן ט"ז) שעיקר הטעם משום שלא חיסרו ולא בגלל שני הטעמים שהוזכרו בסוף הסוגיה.

נראה שההכרח לכך היא קושיית הרשב"א בסוגייתנו שהקשה כי ממהלך כל הסוגיה עד כה ומהראיות שהובאו ונדחו בגמרא עולה בבירור כי טעם הפטור הוא משום שהבעלים איננו חסר (בהתאם לראיות הגמרא מדין מקיף וניקף ומדין מעילת הקדש) ולא מכוחם של בני הטעמים שהוזכרו בסוף הסוגיה לפי דרבי רב הונא – עיי"ש בתירוץ של הרשב"א, וביאור הגר"א [שס"ג ס"ק ט"ז]. נראה כי הרמב"ם והרא"ש אכן סוברים שטעמים אלה אינם עיקר להלכה, וטעם הפטור הוא משום שאין לבעלים חיסרון, וכמ"ש היש"ש. ומצאתי כן גם בדברי השיטה מקובצת בשם רבנו ישעיה שכתב על קו' הרשב"א "דאמוראי נינהו ואלבא דרב הונא", וביאורו כנ"ל: טעמים אלה מתייחסים רק לדברי רב הונא אך אין זו כמהלך הסוגיה עד כה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### ביאור מחלוקת הרא"ש והרמ"ה

ביאורו טעם הפטור לשיטת הרמב"ם והרא"ש הוא כפי שכתב כאן הפני יהושע בסוגיה שהוא משום שכופין על מידת סדום כאשר לבעלים אין חיסרון. ומצאתי כי הדבר מפורש בדברי רש"י בבא בתרא דף י"ב ע"ב ד"ה כופין על מידת סדום: "זה נהנה וזה לא חסר". כלומר זהו יסוד הפטור – מידת סדום ובגללו לחייב כשהבעלים לא חסרו דבר.

אולם לאחר עומק העיון נראה שגם הרמ"ה סובר ביסוד הפטור שהוא משום מידת סדום (שלא כדעת רבנו יונה) ועומק המחלוקת תתבאר בדרך הבאה, קודם לכן נציין כי מלבד המחלוקת הנזכרת בטעם הפטור בדר בחצר חברו שלא מדעתו, ישנן עוד מספר מחלוקות בין הרמ"ה עם רוב הראשונים הטעונות ביאור רב:

1. **המחלוקת הראשונה:** לדעת הרא"ש (וכן כתבו התוספות והרשב"א ונימו"י בשם הריטב"א) שבמקום שיש חיסרון מועט כמו השחרת כתלים בבית חדש מגלגלים על הדייר את כל דמי השכירות. כך גם פסק להלכה המחבר בשולחן ערוך (חו"מ ס"ג, ח'). הרמ"ה (כמובא בנימו"י) סובר שאין לחייב אותו אלא את חיסרון השחרת הכתלים, ותו לא. דעה זו לא הושמטה ולא הובאה בשולחן ערוך או ברמ"א, גם לא כדעה חולקת.

2. **המחלוקת השנייה:** התוספות (כאן בסוגיה ד"ה הא; והתוספות בב"ב י"ב ע"ב ד"ה כגון) ועוד ראשונים (רשב"א ומרדכי) כתבו שהבעלים יכול למנוע ממנו מלהיכנס לבית למרות שהוא לא חסר (דלא קיימא לאגרא), וכן פסק הרמ"א (סעיף ו'). אולם אם נאמר שטעם הפטור הוא משום שְׁאִיָּה יִבֵּת שְׁעָר (תועלת הרחקת המזיקין) כדעת הרמ"ה – בזה כבר כתב הגר"א (ס"ק י"ז) שאפילו לכתחילה יוכל להיכנס משום התועלת שיש בשיבתו. ואכן, זוהי דעת הראב"ה שהובאה במרדכי וכתב שכופין על מידת סדום ב'זה נהנה וזה לא חסר' ויכול הדייר להיכנס לבית כתחילה. כלומר, ולא רק שאותו דייר פטור מלשלם למפרע דמי שכירות לאחר שכבר הוא דר בבית, אלא שהבעלים גם מעיקרא לא יכולים למנוע אותו מלהיכנס.

וראו גם ב"ם של שלמה' בסוגייתנו שהאריך לדחות את דעת הראב"ה, והסיק כדעת התוספות. מחלוקת זו טעונה ביאור, ושיטת הראב"ה נראית כתמוהה מאוד.

### כופין על מידת סדום – היעדר תביעה או היעדר זכות

ביאורם של דברים: יסוד הפטור ב'זה נהנה וזה לא חסר' כאמור, הוא משום מידת סדום. הואיל ואותו דייר לא חיסר כלום את הבעלים, לכן הוא פטור מלשלם לו דמי שכירות. וכאן יש לחקור בבסיס הלכה זו של כפייה על מידת סדום הפוטרת: האם ההלכה שכופין על מידת סדום גורמת לכן שבעל החצר מנוע מלתבוע את זה שדר בחצרו; או שהפירוש הוא אחר: בגלל שהבעלים לא חסרו מממונם ולא כלום, לכן אין לבעלים בכלל זכות ממון שאותה הם יוכלו לתבוע מהדייר.

כלומר: נקודת השאלה כאן היא אם הדין שכופין על מידת סדום פועלת בהיעדר יכולת התביעה של הבעלים (בנוסח הישיבתי: מניעת הגברא), או שמידת סדום פועלת בהיעדר קיומה של זכות הממון עצמה (בנוסח הישיבתי: מניעת והפקעת החפצא).

לדעת הרמב"ם, הרא"ש וכל הראשונים הצד הראשון בחקירה הנ"ל הוא הנכון. לפיכך סוברים הרא"ש והתוספות שכאשר יש לבעלים חיסרון ולו הקטן ביותר כמו השחרת הכתלים בבית חדש, אזי תקום לו כעת זכות תביעה כנגד זה שדר בחצרו שלא ברשות, והתוצאה: הוא רשאי לתבוע מהדייר את כל דמי השכירות, ולא רק את נזק השחרת הכתלים. לאחר שנפל המחסום של אין כופין על מידת סדום, שוב יוכלו הבעלים לתבוע את אותו דייר ולגלגל עליו לחיוב לשלם עבור ההנאה שלו מהבית, למפרע. דהיינו את כל דמי השכירות מהעבר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

משום כך סובר הרא"ש שאין כל צורך לטעם של הרחקת המזיקין ('שְׁאֵיָה יִפֹּת שְׁעָר') בכדי לפטור אותו מלשלם. זאת משום שהפטור שלו מלשלם נובע מדין כופין על מידת סדום, וכפשטות הסוגיה בתחילתה, ולכן כתב הרא"ש ששני טעמי הגמרא שבסוף הסוגיה הם לרווחא דמילתא (או אליבא דרב הונא כדברי השטמ"ק בשם רבינו ישעיה), ולא להלכה.

לעומת זאת הרמ"ה סובר כצד השני בחקירה הנ"ל. לכן, מי שדר בחצר דלא קיימא לאגרא ולא גרם בכך כל חיסרון לבעלים, אין לבעלים כל זכות ממון שהוא יוכל לתבוע ממנו ולגלגל עליו לשלם עבור הנאת השכירות למפרע. לכן סובר הרמ"ה שכל חיובו של הדר שלא ברשות מסתכמת רק בתשלום נזק השחרת הכתלים, בלבד. ולכן סובר כתב הנימוקי יוסף בדעת הרמ"ה שכאשר תועלת הרחקת המזיקין ('שְׁאֵיָה יִפֹּת שְׁעָר') עולה בערכה על נזק השחרת הכתלים הוא יהיה פטור לגמרי.

(אם כן, נמצא כי דעתו של רבינו יונה בב"ב היא דעה שלישית הסוברת שמעיקר הדין זה נהנה וזה חסר חייב אלא שהוא נפטר בגלל הבאת תועלת הרחקת המזיקין).

אשר כל כן, אין כל מקום לקושיית ה'לחם משנה' על הרב המגיד (פ"ג מהלכות גזלה ה"ט). הרב המגיד הביא בשם המפרשים שהדר בבית חדש והשחיר כתליו מגלגל עליו הבעלים ומחייב אותו בכל השכירות. הקשה ה'לחם משנה' עליו מדברי הנימוקי יוסף הנ"ל – הלוא כנגד השחרת הכתלים ישנה תועלת מרובה יותר של הרחקת המזיקין דְּשְׁאֵיָה יִפֹּת שְׁעָר, ואם כן יש לפוטרו! (מכוח קושיה זו נדחק הלחם משנה לחדש כי בבית חדש נזק השחרת הכתלים מרובה מזו של הרחקת המזיקין, ורק בנוגע לבית ישן כתב הנימוקי" שהרחקת המזיקין מועילה יותר, עיי"ש).

אולם לפי המבואר לעיל, אין כל מקום לקושיה זו. דברי הרב המגיד מיוסדים על דברי הרא"ש והרשב"א שהשמיטו את טעמי הגמרא של הרחקת המזיקין ('שְׁאֵיָה') ויישוב הבית שהובאו בסוף הסוגיה, והם אותם המפרשים אליהם ציין הרב המגיד. לדעתם, עיקר הפטור הוא משום רק משום מידת סדום – שלא ניתן לתבוע כשאין חיסרון לבעלים, לעומת זאת דברי הנימוקי יוסף אמורים ומיוסדים על דברי הרמ"ה.

בהתאם לכך, הרמ"ה והראשונים נחלקו בהתאם לשיטתם גם במחלוקת השלישית הנ"ל – בדין כופין על מידת סדום לכתחילה וכדעתו של הראב"ה לפיה אין הבעלים יכולים למחות שלא ירד לדור בחצרו בדלא קיימא לאגרא, שלא כדעת התוספות והרשב"א.

### ביאור מחלוקת הרשב"א והרמ"ה

לאור דברים אלה תתבאר היטב מחלוקת נוספת (ורביעית) שניתן למצוא בין שיטת הרמ"ה לבין שיטת הרשב"א. בסוגיית הגמרא בדף כ"א בדין השוכר בית מראובן ונמצא שהוא של שמעון (וראובן השכיר בית לא שלו) שחילקה גמרא בין אם הבית עומד להשכרה או לא. אם עומד להשכרה משלם את דמי השכירות לשמעון (הבעלים האמיתי) ואם הבית לא עומד לשכירות פטור.

וכתב הרמ"ה (הובאו דבריו בנימוקי יוסף) שגם אם השוכר נכנס לבית על דעת לשלם שכירות, הוא פטור כאשר מתברר שהבית לא עומד לשכירות ואפילו אם כבר שילם יש בכך מקח טעות ויש להחזיר לו את הכסף, ובלשון הרמ"ה:

"אע"ג דנחית זה אדעתא למיתב אגרא לאינש אחרינא לא מחייב ולא מידי דכי היכי דגבי משכיר מקח טעות הוא ולא מיחייב למיתב ליה מידי שהרי נתברר שאינו שלו לגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אוגר דמי כיון דכי אגר לאו ממאן דאית ליה זכותא בגויה אגר לא משתעבד מכח האי שכירות לחד מינייהו ואם נתן לו השכר כיון שהוא ברור דבטעות יהיב ליה חייב להחזירו דמחילה בטעות כה"ג לא הואי מחילה."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אולם מלשון הרשב"א נראה אחרת, שכתב:

"והיכא שנתן כבר השכירות לראובן לעולם מוציאין אותו ממנו שהרי השכיר מה שאינו שלו ואפשר דנותנין לשמעון דהיאך עושה סחורה בביתו של זה ואע"פ שאינו עומד לשכור כיון שיורד לה בתורת שכירות ופרע כבר זכה בו ראובן לשמעון, ואפשר שמוציאין מראובן ומחזירין לשוכר ולא לשמעון שיכול לומר מאי חסרתין".

מבואר בדברי הרשב"א שאין כאן דין של מקח טעות והרשב"א מסתפק אם שילם השוכר לראובן אם זכה שמעון (הבעלים) בשכירות או לא, משמע שאם כבר דמי השכירות הגיעו לידי שמעון – אין השוכר יכול להוציא מידו, שלא כדברי הרמ"ה שכתב שזהו מקח טעות משום שהוא "לא משתעבד מכח האי שכירות לחד מינייהו" – משמע שגם לא לשמעון (הבעלים האמיתיים).

לאור האמור לעיל נראה לבאר שהרשב"א בהלכה זו הוא כשיטתו, וכשיטת הרא"ש שהדר בחצר חברו בחצר דלא קיימא לאגרא פטור משום שלא חיסר ממון את הבעלים. בגלל מידת סדום הבעלים מנועים מלתבוע ממנו את דמי השכירות מאחר ואין להם חיסרון, ולכן כאשר כבר הגיעו דמי השכירות לידי הבעלים האמיתיים – אין להוציא ממנו, שהרי את הזכות שלו לקבל את דמי השכירות הוא מימש שלא בדרך של תביעה בבית דין. ולכן הסתפק מקודם הרשב"א אם הגיעו דמי השכירות לידי ראובן, אם זכה בהם שמעון הבעלים.

אולם הרמ"ה גם כן נאמן לשיטתו. לדעתו שכבעל הבית איננו 'חסר' (כי הבית לא עומד לשכירות) אין לו בכלל זכות ממון הניתנת להיתבע מהשוכר (ולכן אין מגלגלין עליו כסברת הרא"ש, ולדעתו הוא חייב לשלם עבוראת נזק השחרת הכתלים) לפיכך חידש כאן הרמ"ה שאין כאן בכלל שעבוד של שכירות גם לא לבעלים, ואם הוא עבר ושילם הרי זה כמקח טעות ויש להחזיר לו את דמיו. והדברים מאירים.

אך יש לתמוה מאוד על דברים אלה מדברי המחבר בשולחן ערוך (סימן שס"ג סעיף ט') שהעתיק את דברי רמ"ה אלה להלכה, ואם כך נמצאו דברי המחבר כסותרים זה את זה, הואיל והמחבר בסעיף ז' פסק כדעת הרא"ש שבגלל חסרון השחרת הכתלים בבית חדש יכול הבעלים לגלגל עליו את כל הנאת השכירות – שלא כדעת הרמ"ה. העירני לסתירה זו כבוד עמיתי הדיין הגר"צ רבין שליט"א, וצ"ע.

לאחר העיון נראה שאין מכאן כל סתירה, ואדרבה מכאן אף ראייה לדבריני. המחבר בסעיף ט', בהלכה זו של הרמ"ה, כתב: "ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו צריך להחזירו ואם נתן לו השכר כיוון שהוא ברור שבטעות יהב ליה חייב להחזירו". דקדק כאן המחבר בלשונו והביא את דינו של הרמ"ה רק למקרה שבו השוכר שילם בטעות לראובן – "לזה ששכרו ממנו". משמע שאם הוא שילם לשמעון שהוא הבעלים האמיתיים – לא יהיה כאן דין של תשלום בטעות, ושמעון הבעלים זכה בדמי השכירות.

אולם מלשונו של הרמ"ה כפי שהובא בנימוקי יוסף עולה לכאורה כי דין זה של תשלום בטעות אמור גם אם הוא שילם בטעות לשמעון הבעלים. בלשונו של הרמ"ה: "לא משתעבד מכח האי שכירות לחד מינייהו ואם נתן לו השכר כיוון שהוא ברור שבטעות יהיב ליה חייב להחזירו דמחילה בטעות כה"ג לא היא מחילה" – משמע שאין שעבוד שכירות לחד מינייהו, כלומר אף לאחד מהם אין זכות ושעבוד וקבל שכירות. כלל כאן הרמ"ה גם את הבעלים האמיתיים, את שמעון. גם אם השוכר שילם בטעות בעל הבית האמיתי הרי זה כמקח טעות והוא יצטרך להחזיר לו את השכירות היות והדירה לא עומדת להשכרה, וזה נהנה וזה לא חסר פטור.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לדברינו הדברים מדוקדקים. המחבר הביא את דינו של הרמ"ה בתשלום שכירות בטעות רק כשהשכירות שולמה בטעות לראובן, ולא לשמעון (הבעלים, וכן כתב התיבות ס"ק ז') וזה כשיטתו כפי שפסק המחבר בסעיף ז' כדעת הרא"ש (שהיא גם שיטת הרשב"א) שלבעלים יש זכות ממון אלא שאין הם יכולים לתבוע משום מידת סדום. על כן, אם דמי השכירות הגיעו לידיו שלא בדרך של תביעה, הרי הם זכו בו כדין ואין להוציא מידם. לפיכך צמצם המחבר את דינו של הרמ"ה בתשלום בטעות רק כלפי ראובן שאיננו בעלים ושהשכיר לו בית לא שלו. ומלבד שגם זכינו לחידוש דין בעת רבנו המחבר, נמצאו דברינו מאירים יותר.

### שיטת הראב"ה והחולקים עליו

כתב הראב"ה שיוורד לכתחילה משום שכופין לכתחילה על מידת סדום. המרדכי שהביאו חלק עליו וכתב שדין כפייה על מידת סדום זה בדבר שאין בו כל ביטול של הנאה לאף אחד (כמו בחלוקת נחלה לתת לבכור שני חלקי קרקע צמודות, ב"ב י"ב) אולם בדבר ששייכת בו הנאה כמו בחצר (שניתן להשכיר אותה) אך שכעת הבעלים לא מעוניינים להשכירה (ולכן היא לא קיימת לאגרא) כאן יכולים הבעלים לעכב את אותו דייר-פולש מלהיכנס ולדור בחצרו. הרמ"א הביא להלכה את דעת המרדכי ללא חולק, והשמיט את דעת הראב"ה.

סברת הראב"ה תמוהה, וצריכה עיון רב. גם אם נצדד בהבנת הרמ"ה בביאור המחלוקת הראשונה שחייב רק בנזק השחרת הכתלים בלבד מפני שאין לבעלים חיסרון ולכן אין להם תורת זכות ממון (ולא רק כהיעדר זכות תביעה כרא"ש) – עדיין הסברה תמוהה מאוד: מדוע בעל הבית לא יכול למנוע מפולש זר מלהיכנס לבית שלו גם אם אין לו כל עניין להשכיר אותו? הלא הוא הבעלים ובידו להחליט מה לעשות בביתו כטוב בעיניו, ומדוע אפוא ניתן לכפות עליו את כניסתו של אדם זר, ללא רשותו?

מוכח מזה, כפי שביאר הגר"א כי הראב"ה סובר כדעת הרמ"ה, וזאת בהתאם לדברי הנימוקי יוסף שפירש את דברי הרמ"ה שתועלת הרחקת המזיקין עולה על חיסרון השחרת הכתלים – נמצא כי לבעלים אף יהיה ריווח מכניסתו של זה לתוך הבית, ויש לראות את התועלת שבכניסתו לבית זה כתשלום עודף על נזק השחרת הכתלים שגורמת ישיבתו בבית. ולכן סובר הראב"ה כי ניתן לכפות לכתחילה על מידת סדום ולפשר את כניסתו של אותו דייר, ואין הבעלים יכולים למחות בידו.

אולם כאמור, כל הראשונים חולקים על הראב"ה, ואת המחלוקת ניתן להסביר בשתי דרכים שונות. דרך אחת, הם חולקים על יסוד דבריו של הרמ"ה, ולדעתם מידת סדום אין בה אלא כדי לחסום אותו את תביעת דמי השכירות, בדיעבד, לאחר שכבר הוא דר בבית. כמבואר, מידת סדום היא רק מניעת זכות תביעת דמי שכירות כאשר הוא לא נחסר (בית שלא עומד לשכירות), ולא הפקעת הזכות עצמה (ולכן הוא מגלגל עליו את כל דמי השכירות בטענת השחרת כתלים). כלומר, קיימת כאן לבעל הבית זכות עקרונית לתבוע את הדייר בדמי שכירות, אך הוא מנוע מלבוא לבית הדין ולתבוע בפועל זכות זו משום שכופין על מידת כשהוא לא חסר. אשר על כן משום כך ברור הדבר כי בעל הבית יכול למחות באותו דייר מלהיכנס לכתחילה, היות והוא רומס כעת את זכותו הקניינית בכניסתו לדור בבית ללא רשותו.

והאופן השני, הרא"ש והרמב"ם כשיטתם שהשמיטו לדינא את טעם הרחקת המזיקין (שְׂאִיָּה), ממילא אין מקום לומר שיש להעדיף את הרחקת המזיקין על פני השחרת הכתלים (כפי שכתב הנימוק"י בדעת הרמ"ה), וממילא ביד הבעלים לעכב כל הבא לחצרו ללא רשות.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

יישום הדברים למעשה בתביעת המדור שלפנינו, וביאור עומק דברי הנימוקי יוסף

גם אם נקבל את ההנחה כי מעמדה של דירת האישה שהיא רכשה מבעלה-האב ומשלמת עליה משכנתא דינה כחצר דלא קיימא לאגרא ויש כאן דין זה נהנה וזה לא חסר, הלוא כתב הרמ"א שגם במקרה זה יכול בעל הבית לתבוע שכר מכאן ואילך.

הנימוק לפיו יש לראות בהנאת האישה וברצונה להיות ההורה המשמורן ככאלה שעולות בחשיבותן על ה'חסר' בשימוש שעושים הקטינים בבית הדימוי למה שכתבו הנימוקי יוסף והלחם משנה לא עולה יפה, ודבריהם אינם שייכים לנידון שלפנינו, ונבהיר. חשבון ה"תועלת מול ההפסד" בו עסקו הנימוקי יוסף והלחם משנה אמור רק בדין 'זה נהנה וזה לא חסר' הרגיל – כשאדם נכנס להתגורר בבית שאינו עומד להשכרה, ואין לראות בהשחרת הכתלים כ'חסר', זאת בגלל תועלת שמירת המזיקין (שְׁאִיָּה) שהוא מעניק לבעלים בעצם ישיבתו. כלומר: יש כאן **תשלום של שמירה** עבור הנזק המועט של השחרת הכתלים. שמירת המזיקין על ידי עצם ישיבתו בבית, מהווה תשלום עבור נזק השחרת הכתלים המועטה. כפי שהובא לעיל, לדעת הרמ"ה אין לחייב מעבר לנזק השחרת הכתלים ולא מגלגלין עליו את כל דמי השכירות כפי שכתב הרא"ש. אם כן, יש כאן תשלום עבור נזק.

אולם כאשר ישנה תביעה מפורשת של האישה הדורשת ממנו מהאב כאן ואילך תשלום שכר דירה עבור הקטינים – אי אפשר לומר כי הנאת המשמורת שיש לה והתועלת במילוי רצונה תהווה כתשלום עודף עבור שכר המדור. אין כל קשר בין שני הנושאים, ולא קרבו זה אל זה. הנאת האישה-האם לגדל את ילדיה – במקומה מונח, וחיוב דמי המדור – במקומם להיתבע.

נראה כי יש להעמיק עוד בדברי הנימוקי יוסף בדבר ההתחשבנות של הפסד מול תועלת בפשטות דבריו לכאורה מדובר בחשבון של נזק מול תועלת: נזק השחרת הכתלים מול תועלת שמירת הבית ממזיקין. אם כן, פירושו של דבר הוא שיש כאן מעין **תשלום על נזק השחרת הכתלים באמצעות התועלת שבשמירת הבית ממזיקין**. כך לכאורה מורה כפשטות לשון הנימוקי יוסף:

"זה נהנה וזה אינו חסר הוא [...] דכל מאי דמפסיד ליה דהיינו שחריתא דאשיתא פרע ליה משום דתועלת דירתו משום שְׁאִיָּה תהיה עולה כנגד הפסד השחרות."

לכאורה הכוונה הפשוטה היא שיש כאן פריעה ותשלום על הנזק, ועל בסיס התחשבנות זו זה כתב כבוד האב"ד שליט"א את חידושו בחשבון ההפסד נגד הרווחה בנידון שלפנינו בהנאת המשמורת מול נזק ההפסד.

אך לאחר העיון נראה שהביאור בנימוקי יוסף הוא אחר, וההכרח הוא מדברי בעל 'קצות החושן' (ס"ק ד') שכתב כי נזק של שחרורית הכותל איננו נזק של ממון הניתן להיתבע, אלא רק נחשב להיות 'חסר' אצל הבעלים, עיי"ש בדבריו.

עומק הביאור: נקודת הדיון כאן היא הגדרת ישיבתו של הדייר בבית. האם ישיבה זו מוגדרת **כישובה המחסרת** את ממונו של בעל הבית (בגלל שחרורית הכתלים) או שיש להגדיר את הישיבה הזו **כישובה המביאה תועלת** לבעל הבית (בגלל הרחקת הנוזיקין). כלומר אין כאן שאלה של פירעון דמי הנזק, אלא שאלה בהגדרה: איך להגדיר את ישיבתו של הדייר בבית דלא קיימא לאגרא – האם זו ישיבה המחסרת ('זה נהנה וזה חסר') ולכן הדייר חייב לשלם; או שמא זו ישיבה שאיננה מחסרת ('זה נהנה וזה לא חסר'). סובר הרמ"ה יש להגדיר ישיבה זו כישובה המביאה תועלת רבה לבעל הבית בגלל הרחקת המזיקין ולכן הוא פטור מלשלם לו.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אשר על כן, גם לדעת הנימוקי יוסף בדעת הרמ"ה אין כאן בכלל התחשבנות הדדית שנוכל ליחס ולדמות את זה למקרה שלפנינו – בנימוק של תועלת הנאת האישה כהורה משמורן העודפת על חסרון ההשתמשות בדירתה. ברור הדבר כי ישיבת הקטינים בבית האישה מוגדרת כ'חסר' והלכה פסוקה היא ש'זה נהנה וזה חסר' חייב לשלם כל דמי השכירות. עניין הנאתה של האישה בקביעת המשמורת אצלה לא תשנה כאן את התמונה ותהפוך את ה'חסר' עצמו ליתרון. וכי מה הקשר בין הרווח שלה להיות משמורנית לנושא החיסרון בהשתמשות של הקטינים בדירה. זו תביעה לעצמה, וזו תביעה לעצמה, ואין כל מקום לחבר בין הנפרדים. האישה עצמה הלוא תובעת את דמי המדור משום החיסרון ודמי השימוש המגיעים לה, אין לכך כל קשר עם התועלת וההנאה שלה בגידול ומשמורת הקטינים אצלה.

זאת ועוד, לפי המבואר לעיל התחשבנות התועלת מול הנזק עליו דיבר הנימוקי יוסף נכונים רק בהתאם לשיטתו של הרמ"ה, אך כאמור, דברי הרמ"ה נדחו מההלכה שנפסקה כדעת הרמב"ם והרא"ש והרשב"א, שטעם הפטור בנהנה מחצר שאינה עומדת לשכירות איננו משום העדפת תועלת הרחקת המזיקין (שא"ה יפת שער), אלא משום שאין הוא יכול לתבוע כשהוא לא חסר ולא הפסיד בגין כך ממון (מידת סדום).

### אבחנות וחילוקים בחיוב ופטור האב במדור ילדיו

לאור האמור, לכאורה זכותה של אישה גרושה לדרוש מבעלה לשעבר-האב דמי מדור קטינים גם אם יש לה דירה משל עצמה הנקייה מחוב משכנתא. חובת מדור הקטינים מוטלת על האב מדין מזונותיהם. האם לא חייבת לפי ההלכה לזון אותם, ולא לספק להם מדור אלא האב (עד גיל שש, ולאחר מכן מדין תקנת אושא וצדקה). כשם שאישה שהתגרשה לא חייבת להניק את בנה (אלא במכירה שאז חובתה להניק משום סכנת הולד – אבהע"ז סימן פ"ב סעיף ה') ועל אבי הילד לשלם לה שכר הנקה, כך גם היא יכולה לדרוש עבורם את דמי השימוש שהקטינים עושים בדירתה הפרטית. לכן כאשר אישה תובעת את הבעל-האב במדור ילדיו הרי זה כמי שאומר לחברו דור עמי או אכול עמי בשכר (עיין רמ"א סימן רמ"ו וסימן שס"ג ובנושאי כלים, והדברים עתיקים) שצריך לשלם לו את שכרו.

וכן משמע מדברי ערוך השולחן בסימן שס"ג סעיף כ"ו, וז"ל: "האומר לחברו דור בחצרי [...] ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור [...] דהא אפילו כשלא אמר לו דור פטור, ולא אמרינן דכשאמר לו דור גרע טפי דכוונתו הייתה בשכירות (הגר"א)". משמע שאם הוא אומר לו במפורש שרצונו מכאן ואילך לדרוש ממנו שכירות, חייב הדייר לשלם לו. לפיכך, למרות שהאישה מעוניינת להיות המשמורנית ולשאת בנטל גידול הילדים היא זכאית לתבוע אותו להשתתף בהוצאותיה על המדור (משכנתא) או אפילו לדרוש דמי שימוש כשהדירה היא שלה, כמבואר לעיל. תביעתה המפורשת למדור כמוה כאומרת לו במפורש "דור עמי בשכר".

לסיום יש כאן גם נקודה מוסרית מסוימת, בנסיבות אלה של משכנתא – והדברים מופנים כלפי המשיב. אילו האישה הייתה נאלצת להעתיק את מקום מגורי הקטינים מסביבתם הטבעית ולשכור להם דירה במקום אחר, האב היה חייב לשאת בדמי מדורם. במקום זאת, בחרה האישה להשקיע את דמי השכירות כדי לרכוש חלקו בדירה, ובאותו סכום לשלם המשכנתא למדור קבע – לה ולילדים. אז מה בכך ש'על הדרך' כסף מדור זה גם מסייע לאישה להגיע לדירה משלה. וכי צרות עין יש כאן? כבר שנינו במשנה באבות (פ"ה משנה י'): "האומר שלי שלי, ושליך שלך" זו מידה בינונית, ויש אומרים זו מידת סדום, ופירש רבנו עובדיה מברטנורה:

"קרוב הדבר לבוא לידי מידת סדום, שמתוך שהוא רגיל בכך – אפילו בדבר שחברו נהנה והוא אינו חסר, לא ירצה לההנות את חברו, וזו הייתה מידת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

סדום שהיו מתכוונים לכלות הרגל מביניהם ואף על פי שהייתה הארץ רחבת ידיים, ולא היו חסרים כלום.

קל חומר כאן שזכותה של האישה לומר לו דור עמי בשכר מכאן ואילך גם כאשר מדובר ב'זה נהנה וזה לא חסר' ולכן יש לחייב את המשיבהאב בדמי מדור ילדיו.

### נפסק:

יש לקבל את בקשת המבקשת לחייב את המשיבהאב בדמי מדור עבור שלושת הקטינים. יש לחשב את דמי המדור לפי ערך של מחצית שכירת דירה ממוצעת השווה לדירה הנוכחית של הילדים באזור מגוריהם.

### הרב אריאל ינאי

ראיתי את מה שכתבו ידידיי הגאונים הדיינים שליט"א והנני כותב את דעתי בעניין זה.

דהנה עיקר החיוב של האב כלפי ילדיו עד גיל שש כמבואר בשו"ע אבה"ע סי' עא' ועד גיל שלוש-עשרה הוא מדין צדקה, ולאחר מכן יש תקנת הקהל – תקנת הרבנות הראשית עד גיל שמונה-עשרה.

נחלקו בביאור התקנה הנ"ל האם הוא מדין צדקה או חיוב גמור. ועיין בפסק דין של בית הדין הרבני חיפה תיק מספר 1013601/2 שהביאו באריכות את כל הדעות החלוקות בנידון ובסיכום הדברים שם הביאו את דברי מוריניו מרן הראשל"צ הגאון הרב עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר חלק ח אבה"ע"ז סי' כב, וז"ל:

"וכתב החלקת מחוקק (סי' פ"ב סק"ט) דהא דאמרינן שיכול האב לומר כשהבן יותר מבן שש, שאם אין הבן אצלי איני נותן לו כלום, מיירי שהבן אינו רוצה להפרד מאמו, ולכן יש לאב לומר אין עלי "חיוב צדקה" לפרנסו כל זמן שאינו שומע לקולי, להיות אצלי ללמדו תורה, ושאר דברים שעלי לחנכו בהם. ע"כ.

לכאורה משמע דה"ט מפני שאינו מחוייב במזונות הבן לאחר שש אלא מתורת צדקה.

ולפ"ז בזמנינו שיש תקנה מהרבנות הראשית משנת התש"ד, "שחייב האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה", לא יוכל האב לפטור את עצמו בטענה זו. וע' להרה"ג ר' עובדיה הדאיה בשו"ת ישכיל עבדי ח"ד (חאה"ע סי' טו) שהאריך לבסס תוקף תקנה זו להלכה ולמעשה. וראה עוד בתשובת הגרי"א הרצוג שם. וע"פ תקנה זו דנים ופוסקים מזונות כל בתי הדין בישראל.

אולם הנה נוסח תקנה הנ"ל הוא בזה"ל: לפנים בישראל, אף על פי שמעיקר הדין אין לכופף את האב לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, מ"מ היו מכלימים אותם ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמנינו לא איכשר דרא לצערינו, וכפייה מוסרית אין כחה יפה כלל וכלל. ואירעו מקרים רבים שהאב התאכזר מרוע לב, ובתי המשפט הממשלתיים פטרו אותו על יסוד שהילדים היו למעלה מגיל שש שנים. ושהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם הטענה שאם האב אמיד יש לחייבו מתורת צדקה. והרי בימינו אלה אפי' לילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה, צפויה להם סכנות גדולות מוסריות, אם לא תהיה פרנסתם מובטחת על פי יסוד משפטי וכו'. ע"כ.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נמצא שהתקנה הנ"ל לא באה להפקיע תורת צדקה מהמשלמים מזונות לבניהם ובנותיהם כהלכת גוברין יהודאין, שעושים זאת ברצון טוב, וכרחם אב על בנים, אלא כוונת התקנה לכוף על אלה המתאכזרים על בניהם, ומשאירים אותם בעירום ובחוסר כל, ולחייבם לזון ולפרנס אותם כהלכה. ולכן אף בזמנינו אם יש לבן נכסים שאפשר לו להתפרנס מהם אין מחייבים את האב לפרנסם. וכמ"ש בטוש"ע (סי' עא). וכן פסקו חברי בית הדין הגדול, הרה"ג רבי עובדיה הדאיה, והרה"ג רבי יעקב עדס, והרה"ג רבי יוסף שלום אלישיב. והובאה תשובתם בקובץ פסקי דין של בתי הדין הרבניים, ח"ד (עמוד ז). ע"ש. וראה עוד בקובץ פסקי דין הנ"ל ח"ב (עמוד צב) וח"ג (עמוד קעב). ע"ש.

והגם שראיתי להגר"צ עוזיאל בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב חאה"ע סי' צב עמוד ס), שכתב, ולעניין מזונות הבת הצעירה מרים, שהיא כיום בגיל י"ד שנה, יפה ונכון מאד כתב חברי הגאון מהרי"א הרצוג הרב הראשי לא"י, שלפי תקנת הרבנות הראשית, חייב האב במזונותיה, ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד, אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו, שאסור לו לאב לנער את חצניו מחובה אבהית זו ולהטילה על האם וכו'. ע"ש. ומשמע שהחיוב במזונות עד גיל ט"ו, היא כחיוב האב ממש במזונות בניו עד גיל שש. ולפ"ז אפי' יש לבנים נכסים חייב לזונם ולפרנסם.

מ"מ נ"ל העיקר כהוראת בית הדין הגדול הנ"ל. ועמ"ש"כ עוד בזה בשו"ת יחזה דעת ח"ג (סי' עו עמוד רנז). ושם דנתי גם בעניין מעשר כספים, אם מותר ליטול מהם בזמנינו לצורך מזונות בניו ובנותיו שהם למעלה מגיל שש. ע"ש.

ואפי' אם תמצא לומר שלא יצאנו מידי ספק בכוונת התקנה הנ"ל, כבר כתב מרן בש"ע אה"ע (סי' קיח ס"ו), כל דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה. וכי' ע"ז הרמ"א בהגה, וכן כל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראייה, שאין מוציאים ירושת הבעל מספק. ב"י בשם תשובת הר"ן. ע"כ. וע"ע בביאורי הגר"א (שם סק"ז). ובספר נחל יצחק (ח"מ סי' כה, בקונטרס ספק תקנה ענף י', דכ"ח סע"ד והלאה). וע"ע בשו"ת ויקרא אברהם (חאה"ע סי' א). ובשדי חמד (מע' מ כלל רטז, ומע' ת כלל סא). ע"ש. ע"כ.

הנה הביא מרן זצ"ל מחלוקת בין גדולי הדור כיצד הבינו את התקנה שלדעת הגר"צ עוזיאל בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב חאה"ע סי' צב עמוד ס) והגאון מהרי"א הרצוג הרב הראשי לא"י, שלפי תקנת הרבנות הראשית, חייב האב במזונות הילדים עד גיל חמש-עשרה, ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד, אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו, שאף אם יש לילדים מעל גיל שש נכסים וממון בכל זאת חייב האב במזונותיהם.

לעומתם דעת חברי בית הדין הגדול, הגאון רבי עובדיה הדאיה זצ"ל, והגאון רבי יעקב עדס זצ"ל, והגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, וכן דעת מורינו מרן זצ"ל שלפי תקנת הרבנות הראשית, חייב האב במזונות הילדים עד גיל חמש-עשרה, ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, מדין צדקה בלבד, ולכן במקום שיש לילדים אשר הם מעל גיל שש ממון או נכסים שיכולים להתפרנס מהם ואינם זקוקים לצדקה, פטור האב ממזונותיהם. עד כאן מדברי הפסק דין הנ"ל.

ובמקרה שיש בו ספק האם הוא נכלל בתקנה כתב שמבואר בשו"ע שכל ספק בתקנה מעמידים על דין תורה דהיינו שאזלינן לקולא וכן משמע מלשון הרמ"א שהסכים בזה למרן

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

השו"ע. ועיין עוד באוצר הפוסקים סי' א' בעניין חדר"ג שכל ספק בתקנה אזלינן לקולא ושכן מבואר במרדכי פ"ג דשבועות עיי"ש.

נמצא לפי"ז, שבנידון דידן כשיש לאשה דירה עם משכנתא והילדים גרים עם האם, ויש שאלה האם יש מקום לחייב את האב בתשלום מדור, ויש צד לחייב ויש צד לפטור, לכאורה הוי ספק בתקנה, היינו שבספק ממון אזלינן להקל ולא נחייב את האב ממון במקרה שיש לילדים מי שיספק להם את צרכיהם כמו מקרה זה כאן שיש לילדים דירה שהאם מספקת להם, וא"כ צריך להיות שהאב יהיה פטור מתשלום דמי המדור.

ונבאר יותר את הדברים שהרי הצד לחייב את האב בתשלומי מדור הוא שהרי האם שלקחה משכנתא אם לא תעמוד בתשלומי המשכנתא הרי הבנק יוציא אותה ואת הילדים מהדירה ונמצא א"כ שנכון להיום כביכול האם תלויה ועומדת וכמי ששוכרת דירה שהאב חייב במדור הילדים.

והצד לפטור הוא שמכל מקום יש לומר מכיוון שהאם לקחה את המשכנתא על עצמה גם אם האב לא ישתתף בתשלום המשכנתא שהרי הנכס סוף דבר יישאר לה, ובמציאות כן עומדת בתשלומי המשכנתא, וא"כ סוף דבר זה חוב אישי שלה ומה כי תלין על הבעל לשעבר שיעזור לה בזה בגלל שהילדים נמצאים אצלה.

ועוד יש מקום לומר שצריך לבדוק (בדרך כלל ולא רק במקרה זה) את הסכום שהיה לאם לפני שלקחה את המשכנתא האם בסכום שהיה לה יכלה לקנות דירה מצומצמת יותר מהדירה הזאת שנמצאים בה כרגע וזה יהיה ללא חובות א"כ י"ל שאין האב חייב להשתתף במדור ואפי' שזה ישנה את רמת החיים שהיו רגילים לה קודם מ"מ י"ל שע"ז שנינו עולה עימו רק לגבי האשה ולא לגבי הילדים וכמו שנפסק בשו"ע אבה"ע סי' עג' סעיף ו' וח"מ ס"ק ו' וב"ש ס"ק ה' ועיי"ש.

ואע"פ שמטרתה לרווחת הילדים שיוכלו לגור אצלה ותטפל בהם, מ"מ מטרתה בקניית דירה זו היא גם רווחתה האישית שלה שאינה צריכה לעזוב את הבית שבו הייתה רגילה לגור שהרי חן מקום על יושביו ושלא תשנה את רמת החיים לה היא הייתה רגילה בזמן חייה עם בעלה, ולכן היא כ"כ מתאמצת, ועל כגון דא לא אמרו חז"ל שהאב חייב במדור שהרי אינו חייב לשמור על רמת החיים שהיה בזמן שהיה נשוי לאשתו לטובת הילדים שהרי מה שנינו עולה עמו ואינה יורדת עמו זה רק בחייה עם בעלה בפועל ולא לאחר הגירושין וכמו"כ לא שייך דין זה כלפי הילדים כלל אפי' בזמן הנישואין רק כלפי האשה, והילדים נהנים אגב רמת החיים שבגלל האשה, ולאחר גירושין דין זה לא קיים כלל.

ועוד הרי סוף סוף הוי כאילו מוציאה כסף מכיס זה ומעבירתו לכיס אחר בזמן ששני הכיסים הם שלה וממון זה נשאר לה לרווחתה וא"כ אין נבוא ונאמר לאב תשתתף בתשלומי המשכנתא שזה לרווחת הילדים עכשיו כשסוף דבר גם הכסף שהבעל נותן לאשה למדור הילדים היא משתמשת בזה לצבור הון ומכיוון שיש צד לכאן ולכאן והרי זה ספק ממון אמרינן העמד ממון על חזקתו ולא נוציא ממון מן האב מספק.

ומה שטוענת האם שלפחות שהאב ייתן חמישים אחוז שכירות של דירה כמו הדירה הנ"ל, בזה י"ל דהנה כתב הרמ"א בחו"מ סי' רסג' סעי' י' "האומר לחבירו דור בחצרי אינו צריך לשלם לו שכר" ואף שבת"ה סי' שיז חלק על כך, כבר כתב הש"ך, חו"מ סי' שסג סעי"ק יג דדבריו צריך עיון וכ"כ בסי' רמו סעי"ק ט, ובסמ"ע סי' רמו סעי' כד כתב שאף שהרמ"א סימן רמו סעי' יז פסק כהת"ה זה דוקא באומר לחברו אכול עמי שצריך לשלם לו דהו"ל זה נהנה וזה חסר, אבל האומר לחברו דור עמי פטור דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וכתב שם הגר"א בס"ק לא' שהרמ"א איירי בחצר דלא קיימא לאגרא שלכן אינו צריך לשלם לו שכר.

ובפשטות הדירה שהאשה גרה בה אינה עומדת לשכירות שהרי היא מיועדת לשימוש הבלעדי ומה שביקשה משמורת על הילדים ומחזיקה את הילדים אצלה אין זה למטרה להשכיר את הדירה לבעל בשביל החזקת הילדים שלא למטרה זאת היא מחזיקה את הילדים אצלה.

ועוד שהרי כתב שם הטור, בחו"מ סי' שסג, וז"ל:

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

וכתב שם הב"ח וז"ל:

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

הרי שאיירי כאן שלא אמר לו כלום, ומשמע שאם אמר לו שישלם לו כסף צריך לשלם לו וכן משמע מלשון הערוך השולחן שכתב בסי' שסג סעי' כו, וז"ל:

"האומר לחברו דור בחצרי[...]]ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור (אף שהדר דרכו לשכור ע"ש בהתאם לראשית דבריו) דהא אפילו כשלא אמר לו דור פטור, ולא אמרינן דכשאמר לו דור גרע טפי דכוונתו הייתה בשכירות (הגר"א). עכ"ל.

ומשמע שאם אמר לו מפורש שישלם לו כסף חייב לשלם לו כסף על המדור. וא"כ בנידון דידן שהאם רוצה שהאב ישלם שכר על מגורי הילדים א"כ הוי כאילו אמר דור בחצרי עם תשלום שהאב חייב לשלם.

אולם מדיוק לשון הטור שכתב שרק אם אמר לו צא ולא יצא רק אז חייב משמע שבאמירתו זאת מראה לו שאינו מוכן שיגור בחצירו ללא תשלום ולכן חייב, אולם כל זמן שלא אמר אמירה זאת משמע שהוי בגדר שתיקה שאינו חייב לשלם מדין זה נהנה וזה אינו חסר. וכאן האישה לא אמרה שאם הבעל לא ישלם שייקח את הילדים ואינה רוצה שיגורו אצלה ללא תשלום, אשר ע"כ לכאורה אפי' שמבקשת כסף יש כאן ויתור מראש.

### נפסק:

מסקנת הדברים שהאב פטור מהשתתפות בתשלום המדור בין בתשלום המשכנתא ובין בתשלום שכירות על הדירה של האישה, ובזה הנני מצטרף להחלטת האב"ד הגר"י לרר שליט"א שהאב פטור מתשלום מדור.

הרב בן ציון הכהן רבין

### נפסק:

דעת הרוב: בקשת המבקשת האם, לחיוב המשיבה האב, בדמי מדור כאשר הילדים גרים עם האם בדירה אשר בבעלותה, נדחית.

דעת המיעוט: יש לקבל את בקשת המבקשת לחייב את המשיב בדמי מדור עבור שלושת הקטינים.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נפסק כדעת הרוב ובקשת המבקשת נדחית.

אפשר לפרסם בהשמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום כ"ו בניסן התשע"ט (01/05/2019).

הרב בן ציון הכהן רבין

הרב אריאל ינאי

הרב יגאל לרר – אב"ד