

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1088925/5

### בבית הדין הרבני האזורי פתח תקווה

לפני כבוד הדיינים:

הרב דוד גרוזמן

התובע: פלוני (ע"י ב"כ טו"ר אריה לייב גרליץ)

נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אפרת אלמדון בייראך ועו"ד מיה רשל ארבל)

הנדון: פטור מדמי שימוש בדירה העומדת למכירה

### החלטה

בפניי בקשת התובע לחייב את הנתבעת בדמי שימוש בהיותה דרה בדירת הצדדים זמן רב.

כמו כן בפניי תגובת הנתבעת, כי הדירה נמצאת בהליך מכירה אצל מתווך ששני הצדדים נתנו לו בלעדיות על מכירתה, ועל כן אין לחייבה בהיות הדירה במעמד של "עומדת למכירה בכל יום".

על כך הגיב התובע, כי אכן הדברים נכונים, אך אין קשר בין העובדה כי הדירה הוצאה והוצעה למכירה, לבין העובדה כי הנתבעת דרה בדירת הצדדים ועליה לשלם דמי שימוש לתובע עבור כך.

הצדדים התגרשו ביום ז' באדר ב' תשע"ט (14.3.2019) לאחר שבית הדין הביא את הצדדים להסכמות, ואשר קיבלו תוקף של פסק דין ביום ד' באדר ב' תשע"ט (11.3.2019) על ידי, לאור העובדה כי הצדדים הסמיכו אותי לדון כדיין יחיד.

בהסכם הגירושין נאמר:

ב. דירת הצדדים ב[א] תימכר, לכל המרבה במחיר בתוך שלשה חודשים, ואם לא יצליחו יפנו לבית הדין לצורך מינוי כונס נכסים.

לטענת האישה אילולא רצונו של התובע למקסם את מחיר הדירה, הדירה הייתה נמכרת לפני זמן רב.

לאחר עיון בבקשה מחליט בית הדין לדחות את הבקשה.

ונבאר את פסק הדין לאור הנושאים לדיון שיתבארו לקמן. (אציין כי את יסוד הדברים כבר כתבתי בפסק דין בחיפה תיק מספר 510040/4).

### הנושאים לדיון

א. הדר בחצר חברו חייב לשלם לו דמי שכירות.

ב. הדר בחצר חברו חייב מדין "נהנה" או בגלל שמחסר את חברו.

ג. זה לא נהנה וזה חסר.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

- ד. הדר בחצר חברו כשחייב מדין חוב או מדין מזיק.
- ה. האם החיוב הוא רק באופן שדר שלא דעת חברו או אפילו כשדר מדעתו.
- ו. שותף יכול להשתמש בשל חברו.
- ז. יש להבחין בין דירה העומדת למגורים לבין דירה העומדת להשכרה ולרווחים.
- ח. בדירה העומדת לרווחים הדר בה יש בדעתו לשלם.
- ט. די באמירת "צא" בכדי להפסיק את השותפות.
- י. כשהדירה הוצעה למכירה אין היא עומדת להשכרה.
- יא. מסקנא.

### א. הדר בחצר חבירו חייב לשלם לו דמי שכירות

המקור לחיוב בדמי שימוש הינו בגמרא בבבא קמא (כ ע"א) הדנה במקרה של אדם שגר בבית חברו שלא מדעתו אם מחויב לשלם לו עבור ההשתמשות:

אמר ליה: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך? היכי דמי? אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר – זה לא נהנה וזה לא חסר (=ופשוט שפטור)? אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – זה נהנה וזה חסר (=ופשוט שחייב)? לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – מאי? מצי אמר ליה "מאי חסרתין?" או דלמא מצי אמר "הא איתנהני?" אמר ליה: "מתניתין היא" – "הי מתניתין?" אמר ליה: "לכי תשמש לי." שקל סודריה כרך ליה, אמר ליה: "אם נהנית – משלמת מה שנהנית." אמר רבא: "כמה לא חלי ולא מרגיש גברא דמריה סיעיה! דאף על גב דלא דמי למתניתין, קבלה מיניה. האי – 'זה נהנה וזה חסר', והאי – 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא.

ומסיקה הגמרא שחיוב התשלומים של הדר בחצר חבירו, תלוי אם החצר עומדת להשכרה או

לא:

בעי מיניה מרב הונא: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו – צריך להעלות לו שכר או לא?" אדהכי נח נפשיה דרב הונא, אמר ליה רבה בר רב הונא: "הכי אמר אבא מרי משמיה דרב: 'אינו צריך להעלות לו שכר, והשוכר בית מראובן – מעלה שכר לשמעון.'" שמעון מאי עבדתיה? הכי קאמר: נמצא הבית של שמעון – מעלה לו שכר. תרתי? הא – דקיימא לאגרא, הא – דלא קיימא לאגרא. אתמר נמי: אמר רבי חייא בר אבין אמר רב – ואמרי לה אמר רבי חייא בר אבין אמר רב הונא: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו – אינו צריך להעלות לו שכר.

אם כן, יוצא ש"בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר" (חצר שאינה עומדת להשכרה והגר שם בלאו הכי לא היה שוכר מקום אחר), כלומר זה לא נהנה וזה לא חסר – ודאי פטור, ואם "קיימא לאגרא ועביד למיגר", כלומר זה נהנה וזה חסר – ודאי חייב. אך "בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר", כלומר זה נהנה וזה לא חסר, הסיקה הגמרא שפטור.

### ב. הדר בחצר חברו חייב מדין "נהנה" או בגלל שמחסר את חברו.

וטעם הפטור בזה נהנה וזה אינו חסר, ביאר הפני יהושע בהתייחסו לדברי הגמרא:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

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

מבואר בגמרא שהפטור של "זה נהנה וזה אינו חסר" נאמר רק במקום שלא נגרם לבעלים כל הפסד, אבל אם נגרם לו אפילו הפסד מועט, כהשחרת הכתלים, חייב, אך במקרה זה, אותו שדר בבית, אינו משלם רק מה שחיסר את חברו, אלא חייב לשלם כל דמי השכירות כפי שנהנה, ואין כאן את הפטור זה נהנה וזה לא חסר.

וביאר הפני יהושע טעם הדבר, שהחייב של הדר בחצר חברו הוא משום שנהנה ממנו חברו, אלא שכל שאין לבעלים כלל הפסד במה שדר בחצרו, הוי מידת סדום לתבוע את מה שנהנה, וכופים על מידת סדום. אולם, אם היה הפסד לבעל הבית ממגורי חברו בביתו, כגון "שחרוריתא דאשייתא" (השחרת הכתלים), כבר אין טענה על הבעלים, שתביעת דמי ההנאה היא "מידת סדום", ומאחר שמעתה יכול לתבוע – תובע את חברו בכל מה שנהנה מנכסיו, ולא רק מה שחיסר את נכסיו.

### ג. זה לא נהנה וזה חסר

ואחר שנקבע להלכה ש"זה נהנה וזה אינו חסר" פטור, יש לדון מה הדין להפך, האם "זה אינו נהנה וזה חסר" חייב או פטור.

התוס' (בבא קמא כ. ד"ה זה אינו נהנה) העירו על מסקנת הגמרא ש"זה אינו נהנה וזה אין חסר" שפטור:

אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר (היינו "זה אינו נהנה וזה חסר") הוה מצי למימר דפטור, כיון שלא נהנה, אף על פי שגרם הפסד לחברו, דאפילו גירשו חברו מביתו ונעל דלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא.

והפני יהושע התקשה בדבריהם, שאם הוצאת חברו מבית שניתן להשכירו נחשב רק גרמא, אם כן אף "בזה נהנה וזה חסר" צריך להיות פטור, שהרי הגמרא מסופקת ב"זה נהנה וזה אינו חסר", אם חייב או פטור, משמע שלחייב מדין "נהנה" גרידא אינה סברא פשוטה, ולמה אם כן פשוט לחייב ב"זה נהנה וזה חסר" הרי לשיטת תוס' חסרון זה נחשב "גרמא"? ומכוח הקושיה מייסד הפני יהושע מה הוא יסוד החיוב בסוגיא:

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 בזה נהנה וזה לא חסר - היינו משום דאיכא למימר בכה"ג 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 בזה 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, וכך 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 ודו"ק.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ומאחר שסיבת החיוב בסוגיא היא מה שנהנה מחברו, לכן במקרה ש"זה לא נהנה וזה חסר" – כיוון שאין כאן 'נהנה' – אין לחייבו.

והנה דעת הרי"ף, והרמב"ם וכן הסכים הרא"ש, שב"זה לא נהנה וזה חסר" חייב, ולא כתוספות. וצריך לומר לשיטתם, שהחיוב הוא על החסר, וספק הגמרא הוא כשאין חסר – אם חייב על ה'נהנה' בלבד.

והטעם לשיטת הרי"ף לחייב ב'חסר' – ששונה דינו מגזלן שמשלם כשעת הגזלה, ובוודאי יכול לומר הרי שלך לפניך – יעוין בשיטה מקובצת שתירץ זאת וזו לשונו:

לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא. ואיפכא לא מצי למימר, דפשיטא ליה הואיל ולא נהנה דפטור, ואי משום דחסריה - לא מחייב מידי, דהרי אם גזלה ממנו דמשיב כעין שגזל ואינו משלם שכר. ולא נהירא, דאם כן כי זה נהנה וזה חסר נפטריה מטעם גזלן? אלא ודאי לגזלן לא מצי לדמויי, דהתם גזרת הכתוב הוא דכתיב "והשיב את הגזלה אשר גזל" - כעין שגזל יחזיר, אבל הכא מיירי באדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן, ולהכי לא מצי למימר איפכא, דכיוון דחסריה – חייב, אם לא יעשה גזלן.

כלומר, כיוון שאינו מחשיב עצמו לגזלן אלא דר בחצר חברו, על כן לא חל עליו דיני "והשיב את הגזלה אשר גזל", ועל כן יש לחייבו לפי הרי"ף על החיסרון, אף על פי שאין אפשרות לחייבו על ההנאה.

יוצא שנחלקו הראשונים בטעם שזה נהנה וזה לא חסר פטור – אם הוא משום שעל כל הנאה חייב ורק משום שכופין אותו על מידת סדום אינו יכול לתובעו, או משום שכיוון שלא חיסר דבר אי אפשר לחייבו.

### ד. הדר בחצר חברו כשחייב מדין חוב או מדין מזיק

ולפי זה נחלקו בגדר החיוב בנהנה כשהחסר מחברו, אם זה משום דיני מזיק או משום דיני חוב ומכר שחייב ליתן כתמורה עבור קבלת דבר מהשני, שלרי"ף זה מדיני מזיק ולתוספות ולפני יהושע זה מדיני חוב.

ועיין בקצות החושן (סימן שצא ס"ק ב) וזו לשונו:

משלם כל מה שנהנית. ונראה דאף על גב דאבות נזיקין משלמין ממיטב (כבא קמא ה"ע"א), אבל בזה אינו משלם אלא מזיבורית, דהא בעל חוב דינו בזיבורית אף על גב דנהנה הלוה ממעותיו וחכמים הוא דתקנו בבינונית משום נעילת דלת (גיטין נ"ע"א), והכא שלא מדעת בעלים הוא דנהנה ואינו משלם אלא בזיבורית.

מפורש בקצות החושן שדין נהנה חיובו כדין בעל חוב, ולכן דין גבייתו יהיה מקרקע בינונית.

אמנם מכריע הקצות החושן, שיהיה דינו לגבות את חובו מזיבורית, כיוון שאין את הטעם של "לא תנעול דלת בפני לווין", שבגללה תיקנו חז"ל שבעל חוב דינו מבינונית.

אולם החזון איש (כבא קמא סימן יא ס"ק יח) חולק על הכרעת דינו של הקצות החושן וסובר, שמשום לא פלוג רבנן, כיוון שהוגדר חיוב נהנה כדין בעל חוב, שוב דינו יהיה בבינונית.

אולם יעוין בברכת שמואל (כבא בתרא סימן ז) שהוכיח מהדין המובא בכתובות (ל"ע"ב) שאם תחב לו חברו לתוך בית הבליעה תרומה, כיוון שיש דין של 'קים ליה בדרכה מינה', פטור מדמי

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

התרומה שלו, ולכאורה הרי אם נאמר שדין 'נהנה' הוא כדין חוב, אם כן מדוע יפטר משום הדין של 'קים ליה בדרכה מיניה', הרי לא נאמר דין זה בטענה של "ממוני גבך".

אלא על כורחך מוכח מדין זה, שחייב 'נהנה' אינו דין של חוב כמלווה, אלא כדין מזיק וגזלן, כיוון שנהנה מממון חברו כל עוד אינו משלם זאת דינו כדין גזלן, והתשלום פוטר מדין גזלן, ותשלומי גזלן נפטרים מדין 'קים ליה בדרכה מיניה'.

היוצא מהנ"ל, שבזה נהנה וזה לא חסר שהסיקה הגמרא שפטור, הוא מאחד משני טעמים, או שהיה מקום לחייבו מדין "נהנה" אלא שכל שחברו נהנה בלי שהוא נחסר, כופין על מידת סדום שלא יתבע ממנו מה שנהנה, או שניתן לחייב רק מטעם מזיק ומחסר את חברו, והכא אין לחייבו משום שלא חיסרו.

ה. האם החיוב הוא רק באופן שדר שלא דעת חברו או אפילו כשדר מדעתו.

והקשה בשיטה מקובצת, ביחס לדין זה נהנה וזה לא חסר פטור:

וקשה אמאי לא פשיט ליה דפטור כדאמרינן פרק קמא דבבא בתרא (יב ע"ב) דכופין על מדת סדום ויהיבין ליה אחד מיצרא.

ותירץ:

ויש לומר דלא דמי, דהא קא מודו דהכא אם ראינו בו בשעה שנכנס לביתו, לא שבקינן ליה ליכנסו הילכך כי דר בו יש לחייבו, והתם מחתינן ליה לכתחילה ויהיבין ליה אחד ניגרא, אלמא לאו חדא טעמא נינהו. ע"כ – ה"ר ישעיה ז"ל.

היוצא מדבריו, שכל הנידון בסוגיה בדין זה נהנה וזה לא חסר אם חייב או פטור, הוא רק באופן שאם היה רוצה להיכנס לביתו יכול היה בעל הבית למנוע ממנו את הכניסה לדור, ורק אז יש לדון באופן שכבר דר שם אם חייב לשלם או לא, אך באופן שבו מלכתחילה מותר לו להיכנס אף בלי הסכמת בעל הבית, בזה בוודאי לכולי עלמא זה נהנה וזה לא חסר פטור.

ונראה שדבר זה תלוי במחלוקת רש"י ותוספות, אם הסוגיה מדברת בדר שלא מדעת הבעלים או גם בדר מדעת הבעלים.

יעוין ברש"י (בבא קמא כ ע"א ד"ה בהקדש) וזו לשונו: "ליכא למימר שלא מדעת, דדעת שכינה איכא, הלכך כהדיוט מדעת דמי."

כלומר: כל הסוגיה לדעת רש"י מדברת כשהדר דר ונהנה שלא מדעת הבעלים, אך אם הוא מדעת הבעלים וברשות, על זה הסוגיה לא מדברת, ובוודאי פטור מחיוב תשלום.

אמנם תוספות (שם כא ע"א ד"ה כהדיוט) חולקים על רש"י וזו לשונם:

פירש הקונטרס דדעת שכינה איכא. וקשה, דשלא מדעתו לאו דוקא אלא אורחיה דמילתא נקט והוא הדין מדעתו? אלא נראה 'כהדיוט מדעת דמי' – כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה.

הרי שתוספות חולק על רש"י וסוברים, שאין הבדל לעניין דיני הנהנה מחברו בין אם זה היה מדעת חברו לבין אם זה שלא מדעת חברו.

וכן בשיטה מקובצת כתב בשם ר' ישעיה וזו לשונו:

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.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אמנם בשו"ת תרומת הדשן (חלק א סימן שיז) סובר שבמקרה של 'זה נהנה וזה חסר' גם רש"י יודה שאין הבדל אם הדר דר בתחילת כניסתו ברשות ומדעת הבעלים או לא. וכך כתב:

ואף על גב דבכולהו ההיא שמעתא לא נקיט אלא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, משמע הא מדעתו פטור. והכי פרש"י אהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי. התוספות התם כתבו בפשיטות אף בלא ראייה דלא כרש"י. וי"ל דרש"י נמי לא מחלק בין מדעת לשלא מדעת, אלא גבי זה נהנה וזה לא חסר, דעלה קאמר התם דכיון דלא חסר והוי נמי מדעת, ודאי פטור הנהנה, אבל היכא דזה נהנה וזה חסר - אפילו מדעת נמי אינו מוחל על חסרונו.

וכן הרמ"ע מפאנו (שו"ת, סימן פט) פסק שרש"י יודה בזה נהנה וזה חסר, וזו לשונו:

וקא סלקא דעתך לדמוייה לחצר דקיימא לאגר וגברא דעביד למיגר דלכולי עלמא חייב [...] דזה נהנה וזה חסר – וכי תימא התם שלא לדעת בעל החצר והכא לדעת ופטור, לא מצינן למימר הכי, דהתם אף על גב דנקט "שלא מדעתו" ומשמע מתוך דברי רש"י דאילו מדעתו פטור, כבר חלקו עליו רבני צרפת, ואפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר פסקו, דכיון דאיכא חסרון מעט גבי בעל הבית, משום שחרירותא דאשיתא, דצריך לשלם לו כל הנאותיו, כל שכן הכא דחסר טובא שזן אותו די מחסורו והווי ליה זה נהנה וזה חסר לגמרי, ואפי' (אולי צריך להיות ואפשר [וכן הוא במהדורת ישמח לב, תשס"ז; בדפוס ראשון "ואפי'"] ודפוסים שאחריו כתבו, כנראה בטעות, "ואפי' – "ואפילו"]. ועיין לעיל אות יב במובא מתרומת הדשן) שגם רש"י אינו מחלק בין לדעת בין שלא לדעת אלא גבי חצר דלא קיימא לאגרא, דעל הרוב אינו חסר כלל אבל בחצר דקיימא לאגרא דזה נהנה וזה חסר, ודאי אינו מוחל נזקו, והרי זה דומה לאומר שבור את כדי, קרע את כסותי דחייב אם לא אמר לו על מנת לפטור.

וייתכן לומר שרש"י ותוספות נחלקו במחלוקת של הראשונים המובאת לעיל, אם המחייב ב'זה נהנה וזה חסר' הוא ההנאה שבדבר או החיסרון של השני, אם החיוב הוא חיוב ממון כמו חוב או החיוב הוא חיוב כדין מזיק.

רש"י סבר שהחיוב הוא חיוב של מזיק ומדין חיסרון של השני, ולכן דווקא אם זה שלא מדעת הבעלים, אז שייך לחייב את הדר בתשלומים, שהרי נכנס שלא מדעתו ונגד רצונו, ובחצר דקיימא לאגרא אף הפסידו את דמי השכירות שיכל לקבל אם היה משכיר, ולכן סבר רש"י, שכל הנידון בסוגיה הוא דווקא שדר שלא מדעת הבעלים, כי אם זה היה מדעת הבעלים אי אפשר להחשיב את כניסתו לדור בחצר שאינה שלו למעשה נזק, שצריך לשלם על כך לבעלים, כאשר הבעלים ידעו מזה ואפשר שמחלו על כך, ולכן אפשר, שאפילו ב'זה נהנה וזה חסר' אם מדורו היה מדעת הבעלים, גם אפשר לפטרו מלשלם מאותו טעם, שהרי אם הבעלים ידעו ולא מיחו אפשר שמחלו, ואין כאן מעשה נזק.

אולם תוספות לשיטתם סוברים, שב'זה לא נהנה וזה חסר' הוא פטור, שהרי החיוב לדעת תוספות הוא מדין 'נהנה'. אם כן, כשאין נהנה אין חיוב תשלום וכשיש נהנה יש חיוב תשלום, אלא שאם אינו חסר אז כופים על מידת סדום שלא לתבוע ההנאה, אם כן אין זה משנה אם הדר דר מדעת הבעלים או שלא מדעתם, שהרי החיוב והפטור לא נגזרים מהסכמת הבעלים או לא, אלא רק אם הייתה הנאה או לא, ולכן תוספות סוברים שמדעתו הוא לאו דווקא.

השולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) פסק בזה לא נהנה וזה חסר שחייב, ולשון השולחן ערוך היא "שהרי חיסרו ממון", משמע שהחיוב הוא מדין נזק לשני ולא מדין נהנה, על כן ייתכן שאם האישה דרה בבית שהוא שלה, אין במעשה זה פעולת נזק והפסד, שאפשר יהיה לחייבה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מדין "הדר בחצר חברו שלא מדעתו", שבמקרה דנן לא צריך את דעתו בשביל לפטור, שהרי בשלה היא דרה ומדעתה הוא.

על כן ייתכן שלאור הדיון הנ"ל, אין לחייבה מדין 'נהנה' ומדין 'הדר בחצר חברו שלא מדעתו'.

ברם, עדיין ייתכן לומר שיש לחייבה כדין 'שותפין' שהתבטלה השותפות שביניהם וכפי שהובא לעיל וכפי שיובא דלקמן.

### ו. שותף יכול להשתמש בשל חברו

הנה כתב הרמ"א (חושן משפט סימן קעא סעיף ח) וזו לשונו:

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.

ומקור דבריו הוא משו"ת הרשב"א (חלק ב סימן קמא) וזו לשונו:

ואם אירע שישב בו האחד שנים 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 שנשתמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן, דכל שלא חלקו - בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו היה משתמש בו.

הרי הטענה שכותבים הרשב"א והרמ"א "כל אחד בשלו הוא משתמש", היא טענת פטור, שהרי לא עשה השותף שום מעשה היזק בכניסתו לדירה לדור שם, ואף לא נהנה מרכושו של השני, שהרי בהיותו שותף הוא נהנה מרכושו ובשלו הוא משתמש, ועל כן אין לשותף שום תביעה עליו.

אמנם הרשב"א הוסיף עוד טעם לפטור, והוא: "אם רצה חברו, היה משתמש בו", שטעם זה במקרים מסוימים יכול לסתור את הטעם הראשון של "בשלו הוא משתמש", כגון זוג שהתגרש, וחל על הבעל איסור לדור עם גרושתו בדירה, ואם כן יוכל לטעון שבגלל מגורי האישה בדירה אינו יכול לגור שם, והיא זו שבמגוריה מונעת ממנו להיכנס לדירה ועל כן שתשלם לו, או במקרה שהיא הוציאה נגדו צו הרחקה או צו מניעה המונע ממנו להיכנס לביתם, שלא שייך לומר "אם רצה חברו היה משתמש" ואילו לפי הטעם הראשון בכל מקרה בשלה היא גרה ומשתמשת ועל כן אין לחייבה.

אך הרמ"א שהעתיק את הרשב"א, לא הביא כלל את הטעם השני, אלא רק את הטעם של "בשלו הוא משתמש", ועל כן אין לחייב את השותף כל עוד לא החסיר לשני ולא עשה שום מעשה נזק ולא נהנה מהשני אלא רק "בשלו הוא משתמש".

אמנם, בשו"ת מהרש"ם (חלק א סימן ח) הסיק מעיון בדברי הרשב"א בשו"ת, ומדברי הרשב"א בריש פרק השותפין שבנדרים, כי עיקר הסברה היא "אם רצה חברו היה משתמש בו".

### ז. יש להבחין בין דירה העומדת למגורים לבין העומדת להשכרה ולרווחים

בנוסף, אף שעדיין שני הצדדים הם שותפים בבעלות על הדירה, יש אומדנא שבשעה שחיי השיתוף הגיעו לקיצם, משתנה אופי השותפות, ואם עד עתה היו שותפים בדירה שמטרתה למגורי

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בני הזוג, הרי מעתה הדירה עומדת למכירה ועד שתימכר - הדירה עומדת להשכרה ולחלוקת דמי השכירות בין הצדדים, ובאופן זה אם האחד גר בדירה ומונע את האפשרות להשכירה, בוודאי יצטרך המונע לשלם לשותפו דמי שימוש, ואינו יכול לומר "בשלי אני משתמש".

כך מצינו בשער משפט (סימן קעא ס"ק ה) וזו לשונו:

ונראה דדין זה לא שייך אלא בבית של שותפים, שהוא רק לדירה, לדור בו ביחד, אבל אם הוא בית של אכסניא שכל מי שנתאכסן שם משלם שכירות, בכהאי גוונא שייך השכירות לשני השותפין, ולא יכול לומר "בשלי אני משתמש", דזה דומה לההוא דסימן שס"ג סעיף י' בהג"ה דשני שותפין בבית והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו, צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו, אם לא שהמשכיר אמר לו בפירוש שאינו משכיר לו אלא חלקו, ועיין שם בסמ"ע ס"ק כ"ה.

ואף אם השתתפו על דעת לגור ואחר כך נפרדו דרכם גם כן הדין הוא כן – כך מצינו בחכמת שלמה (בהגהותיו על השולחן ערוך חושן משפט סימן קעא), וביאר את הטעם לחילוק הנ"ל, וזו לשונו:

נסתפקתי אם הוא דוקא בדירה אשר אין עומדין להשכיר לאחרים רק לעצמן, ולכך כיון שאינו עומד להשכיר כמו דקיימא לן לעיל באם הניח להם אביהם בית הבד ומרחץ, דאף לכתחילה אם אי אפשר להשני להשתמש שם לא איכפת ליה ואומר העשיר להעני קח לך וכו' הכא נמי אף שניהם עשירים אם לא חלקו ושתק האחד והניח להשני להשתמש בו הוי כגילה דעתו שאין צריך עכשיו לכך, ולכך יכול השני להשתמש שם לבדו, אבל בדבר אשר עומד להשכיר לאחרים ולהשתכר בו, כגון בעשאן לשכר, אז דינו כמו דלעיל דיכול העני לכוף את העשיר להשכירו, כן הכא נמי כיון שהיה עומד לשכר, אם השתמש בו השותף עצמו הוי כאילו הותנה בפירוש שהוא יתן השכר כמו אחר, ואדעתא דשכר נחית, ואף אם הוא לא נחית לבד אפשר דמעצמו מחויב לשלם לחברו כיון דאם לא היה משתמש בו הוא היה משכירו לאחרים והיה מרוויח השותף בזה, ולכך אינו יכול להזיקו לדור בחלקו חנם וצריך לשלם לו. וצריך עיון.

### ח. בדירה שנועדה לרווחים – הדר בה יש בדעתו לשלם

אמנם החכמת שלמה מסתפק בזה ונשאר בצריך עיון, אך נראה שבמקרה שבו השתתפו כדי לגור יחדיו וכעת השותף תובע ממנו לצאת ובכך תובע לסיים את השותפות ולהגדיר את הדירה כעסק למטרת רווח ולא למטרת מגורים, וחברו ממאן לצאת מהדירה, ומונע ממנו דמי שכירות ומיצוי הרווחים מהנכס, בוודאי יש לחייבו, לא רק מהטעם של החכמת שלמה שדירה אשר איננה אמורה לשמש למדור של השותפים אלא להשכרה, הרי היא כעומדת לעסק ולרווח, ואין שותף יכול לומר "בשלי אני משתמש", כיוון שהרי הוא כמי שמוחל ומסכים לכך שיפצה וישלם לחברו את דמי השכירות שאותם הוא מונע ממנו לקבל, כאמור בדבריו לעיל, אלא כיוון שהשותפין השתתפו כדי לגור בדירה יחדיו, וכעת שיש סיבה שאינם יכולים לגור יחד, יש אומדנא דאדעתא דהכי שלא השתתפו, ואין אחד יכול להמשיך לגור לבדו ולומר "בשלי אני משתמש" כי כבר אין כאן גדר של "בשלי", וודאי שחייב לפנות את הדירה, ואם המשיך לגור בה, חייב לשלם לו את הרווחים שהיו יכולים להרוויח.

יש לחייב את האישה עבור שימושה בחלק של בעלה לשעבר הואיל ובמגורים בדירה היא מונעת את השכרת הדירה העומדת לרווחים.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### ט. די באמירת "צא" כדי להפסיק את השותפות

אמנם לא בכל מקרה יכול שותף לסיים את השותפות באופן חד צדדי, אלא באחת מהאפשרויות המפורטות בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קעז), כגון כאשר נגמרה תקופת זמן השותפות, כאשר מת אחד מהשותפין ובעוד מקרים המפורטים שם.

והנה במקרה שבו השותפים היו זוג נשוי אשר השתתפו בדירה על דעת מגוריהם המשותפים, וברור, באומדנא דמוכח, שכל השותפות היא על דעת כך שהם חיים כזוג נשוי החיים יחדיו, וכאשר הם יתגרשו מתבטלת השותפות הראשונה ביניהם ואינה עוד, ובוודאי כאשר האיש מבקש מהאישה כי תצא מהדירה, בכך הוא מודיע על הפסקת השותפות הראשונה, ועל כך שמרגע זה הדירה הופכת להיות מדירה המיועדת למגורים לדירה המיועדת לרווח ולהשכרה, ועל כן אינה יכולה לומר "בשלי אני משתמשת", ואם אחד מהצדדים יגור מעתה בדירה בוודאי חייב לשלם לשני את חלקו.

ואף על פי שהאיש לא פירק את השותפות בפועל, אלא רק אמר לה "צאי" ותבע זאת בבית הדין, נראה דדי בזה, כיוון שלא השתתפו על דעת שהשותפות תישאר על כנה כשהם גרושים, ולכן די בזה שהוא אומר לה "צאי" כדי שיחשב להפסקת השותפות.

ומצינו פוסקים, שבשביל להפסיק את השותפות ולא לחדשה כשהגיע הזמן, או להפסיק שותפות הקיימת, די בהודעה על כך לשותף שאין לו רצון להמשיך להשתתף עוד, כך מבואר בשו"ת מהרשד"ם (סימן קעז) וזו לשונו:

כאשר חזרתי על כל הצדדים לא מצאתי מקום לשואל, והדבר פשוט יותר מביעתא בכוחא שאין ללוי שום תביעה על השותפים, דלא מבעיא השתא שהיה להם זמן קבוע בשותפות, אלא אפילו שהיה שותפותם סתם, כיון שגילו דעתם שלא יהיה להם שותפות אלא שיבא וייטול לוי חלקו, וכן עשה כפי מה שבא בשאלה כנזכר בזה, לא נשאר פה ללוי.

ועל כן יש לחייב אישה בדמי שימוש בחלקו של הבעל, שהרי השותפות הראשונה של מגורים המשותפים בדירה - הסתיימה, ומעתה הדירה עומדת לשכר, וביושבה בבית ומונעת את האפשרות להשכיר את הדירה, חייבת לשלם לבעל את דמי השכירות שיכל לקבל אם היה משכיר את הדירה. נמצינו למדים כי חלה חובה על האישה בתשלום דמי שימוש לבעלה לשעבר על כך שהיא דרה אף בחלקו.

### י. כשהדירה הוצעה למכירה אין היא עומדת להשכרה

אך עדיין יש לדון האם במקרה דנן שבו עסקינן בחיוב תקף.

חיוב בתי הדין את האישה בדמי שימוש מתבסס על העובדה, כי דירת הצדדים כל עוד והם נשואים אינה דירה העומדת להשכרה, בשל כך אין לחייב את האישה בדמי מדור, משום שכל החיוב נובע מהדין של חצר העומדת להשכרה וכאשר מי מהצדדים מונע להשכיר אותה ונוצר חוב ונזק לבעל החצר, מחויב בכך המונע לשלם לבעל החצר את דמי השימוש ולפצותו על כך.

אולם כשהדירה הינה דירה העומדת למגורים איננה דירה העומדת להשכרה - אין לחייב את המונע בדמי שימוש, שהרי ממילא אי אפשר היה להשכירה, כי היא מוגדרת דירה למגורים ולא להשכרה.

וכאשר בני הזוג מתגרשים וסיכמו בהסכם הגירושין שיש למכור את הדירה, הדירה מרגע זה משנה את מעמדה מדירה המיועדת למגורים לדירה המיועדת למכירה, אך אינה בשום אופן דירה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

העומדת להשכרה, ואיננה מוגדרת "חצר דקיימא לאגרא" כפי שההלכה מחייבת גדר זה בכדי לחייב את הדר בה לשלם לבעל הדירה ולמי שאינו יכול לדור בה מחמת מגורי הדר הנוכחי תשלום עבור זה.

על כן, בדירה אשר מעמדה הוא מעמד של דירה למכירה ולא להשכרה ואין אפשרות ריאלית להשכיר דירה שנמצאת אצל מתווך וחלק מתנאי המכירה לעיתים הוא זמינות פינאית, במצב זה אין הדירה מוגדרת כדירה להשכרה ועל כן למעשה הדרה בדירה זו, ובמקרה זה זו האישה, אין היא מונעת רווח מדירת הצדדים שאפשר לחייבה על כך שהיא גרה בדירתם ובגללה הפסיד התובע הכנסה מדירה זו, שהרי אין הפסד מכך שלא השכירו דירה זו כי היא אינה עומדת להשכרה.

ועל פי האמור לעיל, במקרה שבו הסכימו הצדדים למכור את דירת הצדדים, ולא הייתה תביעה להוציא את האישה מהדירה - לא מתקיים אף אחד מהתנאים האמורים לעיל בשביל לחייב את האישה בדמי השימוש.

האישה דרה בשלה, לא הייתה אמירת "צא", הדירה לא נחשבת לדירה העומדת להשכרה כך שהאישה נחשבת לנהנה והבעל ללא חסר שהרי אי אפשר להשכיר דירה זו ומה הפסיד ? !

### יא. מסקנא

לאור האמור מחליט בית הדין:

1. אין לחייב את האישה בדמי שימוש.
2. יחד עם זאת, ככל שיתברר שמי מהצדדים מטרפד את מכירת הדירה ישקול בית הדין למנות כונס נכסים, כפי שסוכם בהסכם הגירושין, אך יטיל את הוצאות הכונס על המטרפד.
3. אם יתברר שהאישה הגרה בדירה מטרפד את מכירת הדירה, ישקול בית הדין לחייבה בדמי שימוש, שהרי בכך גילתה כי היא לא מתכוונת למכור את הדירה ובכך הדירה משנה את מעמדה לדירה העומדת להשכרה – ל"חצר דקיימא לאגרא" על כל המשתמע מכך.

אפשר לפרסם בהשמטת הפרטים המזהים ובתוספות כנדרש.

ניתן ביום י"ט באלול התשע"ט (19/9/2019).

הרב דוד גרוזמן

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה