

חיוב דמי שימוש בין בני זוג

הרב שניאור פרדס - אב"ד בנתניה

חיוב בן זוג בדמי שימוש

א. דיני שותף שהשתמש לבדו

מקורות הדיון * מחה השותף מעיקרא * פירוק השותפות במניעת שותף את חברו משימוש - מכח אומדנא * דעת הרשב"ש החולק לכאורה על הרשב"א * שיטת השער משפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א * תשובת זרע יעקב שנקט כשער המשפט * אף הבית דוד נקט דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי * השמטת הרמ"א את טעם הרשב"א * ביאור סיום דברי הרשב"א לסוברים שנחלק על הרשב"ש * דעת הר"י מגאש לחלוק על דעת הרשב"א * המסקנות מהאמור להלכה * דמי שימוש לאחר תקופת הגירושין * דמי השימוש בדירה עד למועד הגירושין * מתי בדיוק מסתיימת השותפות * מתי הגשת תביעה לפירוק השותפות מחייבת "דמי שימוש" * הגדרת המושג "סיום השותפות" * אומדנא בכוונת ההשתתפות וחילוקי מקרים

ב. תנאי חיוב 'נהנה' משל חברו

דיני נהנה ומשתמש בבית חברו * המקור לחיוב דמי שימוש בנכסי חברו * החילוק בין 'מבטל כסוי' ובין 'זה לא נהנה וזה חסר' * 'נהנה' ו'אוכל חסרונו' * זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה * הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר אם אמר כן ולא יצא * אמר לו "צא" והלה לא היה יכול להשכירו לאחרים * שותף הנהנה לבדו מנכס משותף שונה מ'נהנה' אחר בכהאי גוונא * דירה העומדת למכירה * מניעת בעל הדירה מלדור בה * החילוק בין "אמר לו צא" לבין "הוציא את חברו מביתו" ודר בו * כאשר אין לבעלים היכן לגור * לאחר הגשת תביעה ל"דמי שימוש" * חיוב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל * ביאור דין 'משתרשי' * סיכום דברי הקצות החושן והשערי ישר בגדרי 'נהנה' ו'משתרשי' * החילוק בין 'נהנה' על ידי מעשיו להנאה הבאה שלא על ידי מעשיו * דין 'חסר' ו'גלי אדעתיה' ב'נהנה' ו'משתרשי' * ההשלכה לנידון דידן * ספק אם הכריחה אותו לעזוב * איסור מגורים משותפים כשנאסרה עליו * חיוב במקרה של ספק - קרקע בחזקת בעליה עומדת

ג. דמי שימוש במטלטלין

תיאור המקרה * המשתמש במטלטלין של חברו שלא מדעתו * דמי שימוש במטלטלין שנקנו והתברר שהיה מקח טעות מחמת מום * אוכל חסרונו של חברו בקרקע ובמטלטלין * שוכר מטלטלין של חברו שלא מדעת וללא רשות אם דינו כגזלן * שואל שלא מדעת אם נחשב כגזלן לכל עניין * בני זוג כשותפין * חלוקת שותפות צריכה קניין * קניין לחלוק הינו קניין דברים * סיטומתא בהסכמים * קניין סיטומתא בהסכמי גירושין * הדין במקרה שלפנינו

חיוב בן זוג בדמי שימוש

סוגיית חיוב אחד מבני הזוג ב"דמי שימוש" על דיור או שימוש לבדו בנכס המשותף, נידונה רבות בפסקי הדין של בתי הדין. במקרים בהם רק אחד מבני הזוג מתגורר בפועל בדירה המשותפת, לפעמים אחרי שהתגרשו, ולפעמים אף בתקופה שקודם הגירושין, לפעמים השני הוצא בעל כרחו, ולפעמים יצא מעצמו, ותמיד עולה השאלה האם על הצד המתגורר לבדו בדירה, לשלם לצד השני, על השימוש בחלק הנמצא בבעלותו בדירה המשותפת.

א. דיני שותף שהשתמש לבדו

מקורות הדיון

יסודה של הסוגייה היא בהלכות שותפין, ועיקר השאלה היא, האם שותף שהשתמש לבדו בנכס המשותף, באופנים מסויימים, מחויב לשלם לשותפו על השימוש הבלעדי בנכס השותפות, או לא.

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

"... 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 שנשתמש, 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). הגם 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", וכיוצא בדבריו כתב גם בדברי גאונים – שיובא אף הוא להלן. אכן לא ידעו שניהם כי הציון שבהגהה 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 הגר"ח רזנטל שליט"א. ויוער כי אפשר שרבו הרמ"א עצמו לא הייתה תשובת הרשב"א בידו אלא שסמך 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 מה שהביא מהתשובה שבחלק א סימן תתקנו, ואפשר שהבין רבנו הרמ"א כי אותו מקור הוא שממנו לוקחה אף התשובה שבהמשך).

הרשב"א כתב (שם) בתוך דבריו :

"שאלת: שנים שלקחו מקום ישיבה של בית הכנסת – כל זמן שאינן רוצין בדין גוד או איגוד היאך עושים, ישתמש בו כל אחד לפי שיזדמן, או יש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים, וכאותה שאמרו במי שחציו עבד וחציו בן חורין, ובכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה, שאני אומר עובד את זה יום אחד ולזה שני ימים.

ואם תמצא לומר שיש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים, יחלקו לימים או לחדשים או לשנים. לפי שנמצא להרשב"א ז"ל שאמר גבי חצר שאין חלוקתן לא לימים ולא לחדשים אלא לשנים, שאין אדם עשוי לפנות את כליו אלא משנה לשנה, ואולי לא יאמר ז"ל כן אלא בחצר, אבל במקום ישיבה לא שהרי אין כאן טורח של פנוי כלום.

ואם אירע הדבר שהאחד ישב שם חמש שנים, יכול לומר לו חברו אשב אני שם כמו שישבת אתה, או יעלה לו שכר כנגד הימים שהיה ראוי בו, או דילמא מצי אמר לו אידך כל שלא חלקנו לא היה לי לימנע מלישב שם כל זמן שהוא פנוי. עד כאן תורף דבריך.

תשובה: מסתברא שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל, למאן דאמר אית דינא דגוד או איגוד, ובדברים שיש בהם דינא דגוד או איגוד, (ראה בהערות הנכונה של מהדיר שו"ת הרשב"א שבהוצאת מכון ירושלים, שנראה שחסרות כאן המילים: "אלא למאן דאמר לית דינא דגוד או איגוד") אי נמי למאן דאמר אית דינא, במידי דאי אפשר בגוד או איגוד, שאז יש דין חלוקה לזמנים ידועים, כגון מי שחציו עבד וחציו בן חורין.

ונראה לי טעמא דמלתא, משום דדינא דגוד או איגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים תקנתא נינהו, דאילו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית ביה שיעור חלוקה אילו רצה זה ליטול חלקו, יטול, אלא משום עשיית הישר והטוב אי אפשר. ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או איגוד, או דינא דחלוקת זמנים ידועים, כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם.

ובעקר תקנתא פליגי, דמר אמר דינא דחלוקת זמנים ידועים עדיפא ליה לנתבע משום דהדרא ליה, ומר אמר גוד או איגוד עדיפא ליה לנתבע משום דידו על העליונה. וכי היכי דלמר לית ליה אלא תקנתא חדא... אלא דהוי טעי וסבר דאפילו במידי דלא אפשר למימר ביה גוד או איגוד... לא עבדינן להו תקנתא אחריתי, ואהדר ליה דלא... למאן דאמר אית דינא דגוד או איגוד... עדיפא מחלוקת זמנים, כי היכי דלא לצטריך האי לאסתלוקי מביתיה...

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 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 שנשתמשת בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן, 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) שם מובא כך: "ולא את הטרקלין כו' – אין בהן כדי לזה וכדי לזה, מהו.

רב יהודה אמר אית דינא דגוד או איגוד. רב נחמן אמר לית דינא דגוד או איגוד. אמר ליה רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת לית דינא דגוד או איגוד, בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין, אמר ליה שאני אומר עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים."

ופירש רש"י:

"אית דינא דגוד או איגוד – 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."

והנה הרשב"א (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."

"ואם אינו עשוי לשכר וכו' – בגמרא מאן דלית ליה דינא דגוד 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 מיגאש, שלא רק כאשר אין אפשרות לגוד או איגוד, אזי החלוקה היא לזמנים, כמו שמוכח בגמרא (לגבי האופנים שבהם "גוד איכא, איגוד ליכא") וכדברי הרשב"א דלעיל, אלא גם באופנים שאפשר לתבוע ולפסוק גוד או איגוד, כל עוד לא תבע כך אחד מהשותפים, יכול כל אחד מהם לתבוע חלוקת זמנים, ויאלץ חברו להסכים לכך או לתבוע גוד או איגוד, ובפרט זה הוא דלא כדברי הרשב"א שהבאנו.

זהו המקור להלכה שנפסקה בשולחן ערוך (סימן קעא סעיף ח ה"ל), ועל דברי הרמב"ם שהובאו בשולחן ערוך (שם) כתב הרמ"א את דברי הרשב"א הנזכרים, שאם שותף אחד השתמש לבדו במשך זמן בנכס המשותף, ואחר כך בא חברו, אינו יכול לתבוע על שימוש זה תשלום, ואף לא להשתמש לבדו במשך זמן כנגד מה שהשתמש חברו, ומכאן שהבין הרמ"א כי גם לשיטת הרמב"ם, הסובר כי יש לערוך חלוקת זמנים בימים או בשנים (בבית, כמבואר בשולחן ערוך שם) הרי 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.

מחה השותף מעיקרא

אמנם במקרה בו שותף אחד השתמש לבדו, בעל כרחו של חברו, אשר מחה 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' וגי' שנים, אינו חייב להעלות לו שכר, דבשלו הוא משתמש. והוא הדין שאין האחד יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו ג' שנים אשתמש גם אני כנגדן, **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 להעתיק 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, כי למרות שדברים אלה מוסבים לכאורה על האמור בתחילתם, "אפילו במקום שיש בו דין חלוקה", שבמקרה כזה 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 יתכן שאף בדיעבד לא יצטרך לשלם מהאי טעמא, מכל מקום אם הוא עצמו מנע מחברו להשתמש יחד, הרי פשיטא דאין לו שוב טענת נשתמש יחד.

ועוד שהרי גם לדברי הרשב"א יכל לתבוע מראש חלוקה בגוד או איגוד, ולא אמר הרשב"א אלא שאינו יכול לתבוע חלוקה בזמנים, ומשתבע מראש ששותפו ייתן לו להשתמש, או ישלם לו על שימוש לבדו בנכס, היינו דינא דגוד או איגוד.

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

"...ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה, ותובע שישלם שכר זירה מה ששוא חלקו יותר מחלק ראובן, יפה כתב רום מעלתו שמחוייב 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 סי' מה)..."

ועיין תשובת דרך יעקב (סימן יז) ותוספות ירושלים (על סעיף זה – חושן משפט סי' קעא ס"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..."

"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.

ונדמן פעם אחת לפני כמה שנים ששמעון הוכרח לעקור ממקומו 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 שניתן 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 דברי הרמ"א סובבים על דברי השולחן ערוך דמיירי באין בו דין חלוקה, נראה לכאורה דדוקא 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 :

"מ"ש בחושן משפט קעא 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 (נדריס 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 וכנ"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".

לכאורה, דבריו דומים ממש לתשובות שהובאו לעיל. אך כשנדייק נראה כי הוסיף על הנאמר לעיל. בתשובות שהובאו לעיל כתבו שבמקום בו השותף השני הוא שמנע את חברו מלהשתמש בנכס המשותף, ישנה עליו תביעה, ויכול לדרוש את דמי השימוש, וכנ"ל. אבל בכסף הקדשים הוסיף נדבך נוסף. גם כאשר השותף היה מנוע מלהשתמש בשותפות בגלל סיבה חיצונית, שאינה תלויה כלל בשותף השני, גם אז רשאי הוא לדרוש פיצוי על הזמן שנמנע ממנו להשתמש.

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 זכות השותפות והרי הם כזרים זה לזה, וחל עליהם דין הסוגיה שבבבא קמא (כ, א דלהלן) בעניין הדר בחצר חברו שצריך להעלות לו שכר, לפי התנאים שיבוארו להלן.

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, והיינו 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". בדברים אלו ישנו חידוש, ונראה שסברתו היא, שזכות השותפות נמשכת רק כל עוד הייתה לשניהם אפשרות שווה ליהנות מהנכס, אך כאשר זה נמנע בעל כרחו, מכל סיבה שהיא, בטילה זכות השותפות.

אלא שבפרט זה מכל מקום אין הדברים מוכרעים, שכן בזה לא מצינו חבר לכסף הקדשים והוא עצמו סיים דבריו

ב"צריך לעיין עוד בזה", אמנם להלן יובאו דברי השער משפט ועוד אחרונים הקרובים לדברי כסף הקדשים בזה.

פירוק השותפות במניעת שותף את חברו משימוש - מכח אומדנא

ביאור העניין, כאמור, נראה דאף שסברת "בשלי אני יושב" סותרת לכאורה את היכולת לדרוש מהשותף המשתמש שכר על שימוש, כי שותף, בניגוד לאדם זר שנכנס לחצר חברו ונהנה ממנה, או 'אוכל חסרונו של חברו' (כמו שיבאר להלן בהרחבה), אינו נחשב 'אוכל חסרונו של חברו' או 'נהנה ממנו', שהרי 'בשלו הוא יושב', אולם סברה היא, כי כל זה נכון 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 אומדנא ברורה ומוכחת בעיקר השותפות, כי אם אחד השותפים ימנע מהשותף האחר את שימוש, הרי זה נוגד את גופה ונשמתה של השותפות ואת עצם קיומה. ובכהאי גוונא התכוונו מלכתחילה השותפות 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 בזו 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 שמתמש בו איגלאי מילתא למפרע דבשעת קניה קנה לה להיא שעתא קנין הגוף, דאין ברירה, אלא כל חד מהנדך 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 שעבוד 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 (לרבי). אולם כל זאת כאשר הם עדיין שותפים כדינם. אבל כאשר יחליטו לפרק את 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 – דהיינו זכאות השימוש לכל אחד מהשותפים, נמנע על ידי שותף אחר, או אז מופסקת השותפות על פי אומדנא, שמראשיתה של השותפות נקבע 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' כפי שיבוארו להלן, שהרי סברת "בשלי אני יושב" פסקה ובטלה, חלפה הלכה לה ועברה מן העולם.

דעת הרשב"ש החולק לכאורה על הרשב"א

מצינו מי 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 סג) 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 ח) שהעתיק מספרי זה דברי הרשב"ש הנ"ל, וכתב עליו וזו לשונו (לפנינו מעט בשינוי) :

"ואתה תחזה שהוא זלא כתשובת רשב"א שהביא הבית יוסף והרמ"א כאן... דאם השתמש אחד מן השותפים כמה שנים, לא יוכל האחר 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 חברו, 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". עכ"ל.

רצונו לומר, כיון דיש לומר דאף הרמב"ם והרא"ש מודים לדין הרשב"א, באם אחד מהם כבר נשתמש, אין חברו 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) כדעת 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 בעסק, 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 השער משפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א

אולם יש שכתבו שהרשב"א והרשב"ש לא נחלקו כלל, וכל אחד מהם עוסק בעניין אחר. השער משפט (קעא סק"ה) דייק כך מסוף דברי הרשב"א, ממשפט שהושמט בציטוט הבית יוסף מדברי הרשב"א וכדלהלן.

אף דבריו הובאו בדברי גאונים (שם) בזו הלשון:

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

"ואם אירע שישב בו האחד ב' וגי' 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 ששמשות בו שתי שנים אשתמש בו אני לבדי, כיון דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש, ואילו רצה חברו היה משתמש בו".

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 חברו 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 דדיק 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 חברו 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

בדברי גאוניס 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 הגייה זו שהגיה הרמ"א בסתם, דמשמע כל שלא חלקו, אפילו בית וחרצו 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 לישוב אני הייתי מוצא מקום זולתו לישוב (וגם הלא בכל יום המקום פנוי, ומי שהיה מקדים לישוב 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 חושבנא וכו'... פשיטא ליה להרשב"ש דלא שנא דאיך היאך אכל דלאו דיליה וחדיו...

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 הג"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 חפשתי 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.**

אף הבית דוד נקט דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי

ובדברי גאוניס (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, בני 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.

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

עד כאן לשון תשובת זרע יעקב וכמובא בדברי גאוניס.

השמטת הרמ"א את טעם הרשב"א

והנה חברי הגר"פ מונדשיין שליט"א העיר כי המעיין ברמ"א יראה כי הרמ"א השמיט את סיום דברי הרשב"א האלו "ואילו רצה חברו היה משתמש בו", ואם זהו תנאי ועיקר גדול בפסק הרשב"א, כיצד השמיט הרמ"א את עיקר דברי הרשב"א.

עוד דקדק כי הרמ"א העתיק את תשובת הרשב"א לציור בו דיבר השו"ע, שם מדובר בשימוש בבית למגורים, ולא במקומות ביהכני"ס כציור בו עסק הרשב"א. והנה בעוד שבמקומות בית הכנסת ניתן באמת לשניהם לעשות בו שימוש, פעם זה יישב שם ופעם חברו, וממילא יכול היה הרשב"א לומר על ציור זה "ואלו רצה חברו, היה משתמש בו", הרי שבציור עליו דיבר הרמ"א לא ניתן באופן פשוט לחלק את זמני השהות, שכן עסקינן בבית למגורים, בו נמצאים חפציו של אדם ואינם ברי העברה תמידיים.

ולכן נקט הגר"פ שבדווקא השמיט הרמ"א את סיום דברי הרשב"א, ולמד שעיקר טעם ההיתר הוא דשותפים כל זמן שלא חלקו, "הרי זה כמשתמש בשלו", כמו שכתב הרשב"א קודם לכן, וזהו עיקר טעמו.

עד כאן תורף דבריו.

אמנם ראשית, הפוסקים שהבאנו שדנו בדברי הרמ"א והרשב"א, כן השתמשו בסוף דברי הרשב"א למרות השמטת הרמ"א, וכמו שכתב הלבוש (שם, יובא להלן) בתוך דבריו בטעם הדין, בזה"ל: " ... ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך".

והבית דוד כתב בתורף דבריו:

"... ואפילו עומד וצווה שלא ישתמש חברו או שיעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן".

וכך הבין המהרש"ם שהבאנו (חלק א סימן ח), וכתב:

"... דכל טעם הרשב"א שאם רצה חברו היה משתמש גם כן"

הרי שנקטו לעיקר את סוף דברי הרשב"א כי טעמו הוא:

"כל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואילו רצה חברו היה משתמש בו".

ויתכן כי זה שהשמיט הרמ"א את סוף דברי הרשב"א, הוא משום שבאמת עיקר הטעם בדינו הוא אכן משום שבשלו הוא משתמש. וגם כאשר יכול אחד לחייב את חברו לחלוק, מכל מקום כל זמן שלא חלקו הם שותפים. אלא שסוף דבריו הוא תנאי בדבר, שאם מי מהם מונע את חברו מלהשתמש, או אז ניתן לדרוש דמי שימוש. ולכן כתב: "ואילו רצה חברו היה משתמש", והרמ"א השמיט עניין זה מרוב פשיטותו.

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

לדברי אותם האחרונים שהבאנו שכן נקטו שהרשב"א והרשב"ש חולקים, צריך לבאר את לשון הרשב"א בסוף תשובתו, ולכאורה כוונתו היא למה שכתבו הפוסקים הנ"ל, שאם השותף מנע מחברו את השימוש, או אז ודאי הוא חייב בתשלום על הזמן שישב בו לבדו.

וידידי הגר"מ עמוס שליט"א בפסק דין (מיום י' באדר התשע"ב) כתב עוד לבאר דברי הרשב"א, 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 חברו 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 חברו היה משתמש עמו" ולא היה כותב "ואלו רצה חברו 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 חברו", היינו אם לא היה מניחו והיה הוא רוצה להשתמש בו, גם כן היה מקדים ומשתמש בו, אלא שכאן איירי שחברו 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 בבן יחיד היורש את אביו, שנפטר לאחר מות האב, ומשכך אחותו הקטנה של הנפטר, אינה ניזונת מנכסיו שאותם ירש מאביו, כפי שהיה דינה בחייו - שהוא יורש את נכסי אביהם והיא ניזונת מהם - אלא היא ועוד שתי 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 דבשלי 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 לחבירו חלק בזה, ובדין תובע שכר חלקו מחבירו.

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 'י מגאש, מטעמא 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 דבשלי אני דר, ולא מחוייב לתת לחבירו חלק מדמי השכירות, ולא אמרינן מאן פלג לך, וכטעמו של הרב מהר"י 'י מגאש, אלא משמע דפליג עליה".

עוד יש לציין בעניין את הכרעתו של הזרע יעקב (המובא לעיל) כדברי הרשב"ש, שטעמו עימו, משום שהוא היה בתראה ביחס לרשב"א, ואילו הרמ"א היה רואהו היה פוסק כמותו, ועוד הוסיף 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 מה) 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 שהביאם 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 ניהו, דאי לא תימא הכי ודאי דלא הוי שתיק לפקפק על דבריהם. ואף שלא הביא דבריהם בשולחן ערוך, מצינו 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", כ"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, ודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי בבית יוסף ורמ"א ושאר אחרונים שאין אני צריך לשלם על מה שהשתמשתי, 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 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 דמרון 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 דינין הם הלכתא ניהו והשמיטם, 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 בטעמים, 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 שזה ברור 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".

ולכן כאשר המציאות היא כך, הרי פשוט לכאורה שהאישה שהשתמשה לבדה ומנעה מבעלה את השימוש בנכס המשותף, חייבת לשלם לו דמי שימוש.

בשולי הדברים נציין כי גם בפסק דינו של בית הדין הגדול (ביום כ"ה באב התשע"ח) לובנו פרטים רבים מהסוגיות שהתבארו לעיל.

מכלל הדברים נציין כי בפסק דין זה, התבארו בקצרה גם עיקרי דיני 'הדר בחצר חברו' ודין 'אמר לו צא' (וביאר כי התנגדות בן הזוג המורחק לשימוש הבלעדי של בן זוגו, וכך גם תביעתו לדמי שימוש בעבור שימוש זה, הרי הם כאמירת "צא", או כתביעה לחלוקה, וכפי שיתבאר להלן). ואחר ביאור זה של עיקרי הדברים, נחתו לדון בדינם של שותפים שאחד מהם השתמש לבדו בנכס, ובכלל זה בדברי הרשב"א שהביא הרמ"א ובדברי הרשב"ש. וגם 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 ה) 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 ז) וישמח לב (חושן משפט סא) והרב בית יהודה, עיין שם".

אחר כך הביאו ודקדקו גם הם כנ"ל מדברי רבי עקיבא איגר, שהעתיק את דברי הרשב"א בשביל סיומם שלא הובא ברמ"א, ושבו 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 שהאחד מונע את שימוש של האחר (שאפשר לתבועם) 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 עוד כי יש חילוק בין שותף שהשכיר את הדירה ללא ידיעת שותפו, שבאופן זה דמי השכירות יתחלקו בין שניהם, לבין שותף הגר בבית לבדו, וכך כתבו:

"וכן מבואר בדברי התיבות (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 התיבות... "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, בכהאי גוונא צריך לשלם לשותף השני עבור השימוש בחלקו, והביא ראיה מדברי הרמ"א (בסימן שסג). 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.

דמי שימוש לאחר תקופת הגירושין

על פי הדברים הנ"ל נמצא, שלאחר גירושי הצדדים, כאשר האיש מנוע על פי ההלכה מלחיות יחד עם גרושתו באותה דירה, יוכל בוודאי לדרוש את דמי השימוש.

והנה לדעת כסף הקדשים שבכל אונס יכול לדרוש "דמי שימוש", וכדלעיל, לכאורה הנחה זו פשוטה, ולא מסתבר כלל לחלק בין מניעה הלכתית לגור יחד, לבין מניעה אחרת, שהרי מדובר על סברות ואומדנא בשותפות. וישנה אומדנא שבכל מקרה שיש מניעה מלגור יחד, גם אם מסיבה חיצונית, דעתם בשותפות שיוכלו לדרוש דמי שימוש (וכל שכן במקרים בהם היא זינתה וגרמה לאיסור).

וכך נראה להדיא מדבריו שהבאנו לעיל, שכתב וז"ל:

"... שהיה לו לשותף השני 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, וכנ"ל. **משאין כן כששותף אחד ברח על ידי אונס או כדומה איזה טעות... מודה הרשב"א שיוכל אחר כך השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש... הרמ"א בהג"ה כתב דגם היכא דלא שייך גוד או אגוד רק שנה אחר שנה שייך בחלקי נשתמשי, צריך לומר דאיירי שהלך ברצון ולא על ידי אונס וכנ"ל".**

הרי שסובר כסף הקדשים שכל טעם הרשב"א הוא שבזה גופא שהניח לשני להשתמש לבד, הסכים שישתמש כדינו בחינם מדין ברירה שבשלו הוא משתמש, אבל כאשר שותף אחד מנוע מלהשתמש בנכס המשותף, אף אם מניעה זו איננה באה מחמת השותף השני, אלא משום אונס או טעות חיצונית, גם אז לאחר שהראשון דר בבית במשך שנה, השני זכאי לדור שנה אחרת כנגדו. ואם כן מאי שנא כל אונס ממניעה הלכתית, ואין לחלק ביניהם.

אלא שלא רק לדעת כסף הקדשים, אלא אף לדעת שאר הפוסקים יש לחייבו. שהרי כאן, המניעה של האיש להתגורר בדירה יחד עם גרושתו, הינה **בגלל שהיא נמצאת שם**, והוא מתרחק בגלל היותה שם. ולכן אין זה דומה לסתם אונס חיצוני, שאינו קשור אליה כלל, אלא עצם מציאותה בדירה מכריחה אותו לעזוב. ולכן, ניתן לומר שעל דעת מצב כזה לא התכווין להשתתף.

מצאנו בפסקי הדין התייחסות מפורשת למצב זה. בפסק דין בית הדין הגדול (תיק 1129149/8), כתבו כדבר פשוט: "אומנם ברור דהיכא שבני הזוג גרושים, שיש מניעה הלכתית לגור בדירה אחת עם גרושתו, ואחד מהם המשיך להתגורר בדירה – זכותו של האחר לתבוע מגורים בדירה בעצמו כנגד הזמן שגר הוא, דהרי לא מתקיימים כאן תנאיו של הרשב"א שהיה יכול לבוא גם הוא לבוא ולהתגורר. ולפי זה הוא הדין לכאורה שיוכל לבקש שכר בעבור המגורים בחלקו בשותפות. ואף אם בשעת הגירושין ובשעה שערכו ההסכם לא העלו נקודה זו, זכותו לתבוע לגור כנגד הזמן שגר בן זוגו או תשלום בעבור השימוש בחלקו".

וכך גם הסיק הרב שמואל שפירא זצ"ל בפד"ר (חלק יח עמוד 300):

"אמנם בדין האמור בגמרא שהבאנו לעיל (כתובות דף כח) בגרושה ויש להם חצר בשותפות שהיא נדחית, וודאי שצריך לשלם לה עבור חלקה, שהרי כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל "דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואילו רצה חבירו היה משתמש בו". וא"כ בגרושה שאינה יכולה להשתמש בדירה חייב לשלם לה עבור חלקה בדירה".

(יש רק לציין כי המקרה שם היה הפוך, בו האיש נשאר בדירה והאשה נאלצה לעזוב, והמשך דבריו יובאו לקמן).

ואמנם, גם אם לא הייתה לו אפשרות לגור שם מחמת שגרושתו גרה שם, עדיין יש לעיין האם חייב לשלם "דמי שימוש", מכיוון שהדירה לא הייתה עומדת להשכרה, ולהלן יורחב בזה.

דמי השימוש בדירה עד למועד הגירושין

עד כה עסקנו בחיוב על הזמן שלאחר הגירושין, כאשר ישנה מניעה הלכתית לצדדים לגור יחד. ויש לעיין האם גם טרם הגירושין ממש, יש מקום לחייב בדמי שימוש.

עיקר הספק נובע מזה, שיתכן ועל דעת כן לא השתתפו. ראינו כבר לעיל, שיסוד החיוב באופן שרק אחד הצדדים יכול לממש את חלקו, הוא משום שבאופן זה לא הייתה דעתם של הצדדים להשתתף, ולכן יכול לדרוש תמורה על הזמן שלא היה נוכח בדירה. ולכן יש מקום להסתפק, בזוג נשוי העומד לפני פירוק הקשר, האם גם אז ישנה נקודת

זמן בה ניתן לומר כי תקופת השותפות ביניהם הסתיימה.

הרב שמואל שפירא זצ"ל בפסק שהובא לעיל (חלק יח עמוד 300), הסתפק בעניין זה, וכך כתב:

"ועדיין יש להסתפק, אם איש ואשה שקנו דירה יש להם דין שותפות עד שיחלקו הדירה. ואפילו אם מרדה בטענת מאיס עלי והפסידה כתובתה מכל מקום דין שותפות נשאר עד שיחלקו הדירה ככל שותפות, או דלמא שאני שותפות איש ואשה שקנו דירה כי מעיקרא שקנו את הדירה בשותפות, דעתם שהשותפות תהא כל זמן שתנאי האישות קיים, שהרי כל השותפות ביניהם הוא בגין האישות, וכיוון שכלה האישות כלה השותפות, ואם כן הבעל גר בדירה לבד נמצא שמשמש בחלקה וחייב לשלם לה שכר דירה של מחצית הדירה שלה. וכהאי גוונא יש להסתפק בכל שותפות בדירה אם קנו לצורך מסויים ונגמר הצורך אם יש להם דין שותפות בדירה כנ"ל".

היינו, שיש מקום להסתפק, האם סיום השותפות יקבע רק במעשה הגירושין עצמם, או שמכיוון שקשר הנשואין ביניהם התרופף, יש לקבוע כי השותפות כבר מסתיימת.

רעיון דומה מצאנו בשותפות רגילה בדברי החזון איש (בי"ב סי' ט סק"ד) שהסתפק:

"שנים שעשו שותפות בסחורה או לעסקא... היה העסק מרויח, אלא נעשה קטטה ושנאה ביניהם, ומפני זה לא מתדרי אהדדי, ובשביל זה אחד תובע גוד או איגוד, או לחלוק, צריך הכרעה, אם זה הוא כנפל ביתו שכתב הטור סל"ג בשם הרא"ש, דאף לדעת הר"י (הכוונה לשיטת ר"י מגש, הובא ברא"ש ב"ב פרק י' סי' נא), בשותפות אין טענת גוד או איגוד, מ"מ באירע דבר מחודש, מצי טעין גוד אם איגוד, דעל מנת כן לא נשתעבד, או שנאה לאו טענה היא".

והנה החזון"א הסתפק בשותפות ממונית בעלמא בין שניים, האם כאשר נפלה קטטה ושנאה ביניהם יש בכך עילה לפירוק השותפות, אף שטרם הגיע הזמן המקורי של סיום השותפות. וכעין זה יש לעיין בנידון דנן בשותפות בין בני זוג, וכאן הסברא חזקה אף יותר, כי בשונה מסתם שותפים אשר האהבה ביניהם היא דבר צדדי ואינו מעיקרי השותפות, בבני זוג עיקר השותפותם היא בגין האישות, כדי שיוכלו לגור יחד בשלום וריעות, וכאן יש יותר מקום לומר כי כאשר הסתיימו חיי האישות, תם גם זמנה של השותפות בנכס.

מתי בדיוק מסתיימת השותפות

עוד יש להסתפק, גם אם נאמר כי השותפות מסתיימת לפני הגירושין, מהי נקודת הזמן בו יקבע סיום השותפות.

ומצאתי בספר עטרת דבורה (להרב אוריאל לביא, חלק ב' סי' לג), שהתייחס לנידון זה בהרחבה רבה.

ראשית יש להקדים, כי הוא קובע שכל נושא הדיון שלפנינו אינו מתחיל אלא בתנאי שהאיש אינו מחוייב במדור לאשתו. אבל כאשר האיש חייב בדמי מדור, פשוט הוא שגם אם השותפות תמה, רשאית האשה להתגורר בדירה מבלי לשלם, מכיוון שהבעל חייב במדורה של האשה מדין מזונות.

בפסק דין בבית הדין בנתניה (תיק 869340/19) נכתב:

"עד כאן כתבנו בעניין שותפים בעלמא. אך בשותפות הנובעת מקשר אישות, כלומר בנכס משותף לבעל ולאשה, ישנם גורמים הלכתיים נוספים, שהרי הבעל חייב במדור האשה, ומצד שני לבעל זכות בפירות נכסי מלוג של האשה. לכן אף שבני זוג נמצאים בסכסוך ואחד מהם עזב את מקום המגורים, אין מקום לחיוב בדמי שימוש שהרי למשתמש ישנה זכות מוקנית מכוח חיוב במדור או פירות נכסי מלוג".

שנית, קובע בספר עטרת דבורה, שזמן פירוק השותפות מוגדר כזמן בו הוגשה התביעה לפירוק השיתוף. וכך כתב

שם (עמ' 869):

"ועיין בפד"ר כרך י"ח עמ' 300 בפסק דין של בית הדין האזורי ירושלים שהגר"ש שפירא שליט"א כתב כדבר פשוט, שלאחר גירושין מאחר שהזוג מנוע ממגורים משותפים יש חובת תשלום שכר דירה, מפני שאינם יכולים להשתמש בשותפות במקום זה.

אך עיין בפסק הדין, שדייק דבריו מלשון הרשב"א שכתב "ואילו רצה חבירו היה משתמש בו", ולפי המבואר, דיוק זה אינו אליבא דכולי עלמא, אבל הדין כן מפני שכבר כלה זמן השותפות.

אך ביחס לתקופת הפירוד בטרם הגירושין ולאחר שהאשה טענה "מאיס עלי", כתב בפסק הדין שם להסתפק האם לאחר שכלתה האישות ביניהם כלתה השותפות. עיי"ש שלא הביא מהמקורות הנזכרים.

ונראה שאין מקום לספק, ויש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, וזאת לאחר שאנו פוסקים להם דינא דמתיתבא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושין (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של ה"בית יעקב" סי' עז שהובא בפד"ר כרך יב עמ' 373, שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושין, כשאין לבעל זכות לפירות בנכסי מילוג, דהיינו בטוענת "מאיס עלי", לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן".

עוד כתב:

"ועיין לעיל שהבאנו מכמה פוסקים, שדי בתביעה לפירוק השיתוף על מנת שכבר לא יהיה מקום לדון את דינו של הרמ"א בשם הרשב"א. ואמנם לא יהיה מקום לומר כן בבני זוג שקיימים ביניהם שיעבודים הדדיים, דהיינו אם למרות שהאשה עזבה את הבית עדיין קיימת לבעל הזכות לפירות נכסי מלוג, או אם הבעל עזב ועדיין קיימת לאשה הזכות למזונות מבעלה לרבות הזכות למדור בדירת המגורים".

והסיק שם:

"מסקנה: ביחס לתקופת הזמן שלאחר הגירושין, אין ספק שהאשה מחוייבת לשלם לבעל תשלום עבור מגורים בדירה שחציה שייכת לו.

וביחס לתקופה הקודמת לגירושין, באותו פרק זמן שהבעל מחוייב לזון את אשתו, ומחוייב במדור עבורה, אין מקום לתביעת שכר דירה.

אבל החל מהמועד שעל פי ההלכה האשה כבר אינה זכאית לתשלום מזונות מהבעל, אם הבעל תובע גירושין ותביעתו מתקבלת, ממועד זה על האשה לשלם לבעל שכר דירה עבור חלקו בדירה המשותפת. אבל אם תביעתו נדחית, ובית הדין מורה לו לשוב לשלום בית, ובדרך כלל בנסיבות אלו האשה שומרת על זכותה למזונות עבורה, אין מקום לחייבה בשכר דירה".

הגר"א שרמן בשורת הדין (כרך ה עמוד קסט) כתב מעין סברא זו, כאשר הנידון היה האם יכול צד אחד לדרוש את חלוקת הרכוש טרם הגירושין, וכך כתב:

"אולם לפי עניות דעתי אין הדבר כן, ושונה דין גוד או אגוד שנאמר בשותפות סתם, לשותפות של בני זוג שנוצרה במסגרת נשואין לשם קיום חיי הנשואין שביניהם. וכאשר בני זוג קונים דירה בשותפות למדור משותף שלהם, כל עוד לא נסתיימה מסגרת הנשואין, לפחות על ידי קביעה בדין שנשואין אלו יש לסיימם על ידי גירושין, לא יוכל אחד מבני הזוג לפרק את השיתוף במדור זה בעל כרחו של הצד האחר.

כאשר בני זוג קונים דירה במשותף, יש לראות את זמן השותפות כקשור ומותנה במסגרת הנשואין. וכאשר מסגרת הנשואין מסתיימת בפועל על פי דין ופסיקת בית דין, יש לראות זאת כזמן המסיים את השותפות. לפי זה יש לראות כל שותפות בדירת מגורים של בני הזוג כשותפות לזמן, ואין צורך שבני הזוג יתנו במפורש שזמן השותפות בדירה הוא משך זמן הנשואין. שכן בסתמא דעתם של בני הזוג שזמן שותפותם בדירה היא במסגרת זמן הנשואין, כיון שהשותפות היא חלק מהנשואין ולמענם. ואין לראות בשותפות יצירת שותפות ממונית או שותפות למדור בלבד בלי קשר לנשואין.

הבית יוסף על טור חו"מ הל' שותפים סימן קעו ד"ה נשתתפו סתם, הביא את דברי חדושי הר"ן, בבא מציעא פ"ט דף קה ע"א, שבאר את דברי רבא שם, בשנים שנשתתפו ואחד רצה לחלק השותפות, שחברו יכול לעכב אותו מהחלוקה. ורש"י פירש שם, שמדובר בקבעו זמן לשותפות, לכן בתוך הזמן אין אחד יכול לכפות על השני פירוק השותפות, והסכים לבאור זה הרא"ש שם. והוסיף ובאר שם הר"ן, וז"ל:

"דמימרא דרבא כגון בידיעא מילתא בההוא עסקא שיש לו זמן ידוע למכרו, אי נמי כשהתנו וקבעו זמן. אבל לא התנו ולא ידוע נמי בסתמא זימניה הוא דההוא עסקא לא מצי מעכב".

הרי שקביעות זמן לשותפות יכולה להיות בשני אופנים, א' שהתנו וקבעו זמן במפורש, ב' בדבר שידוע ומקובל שיש לו זמן ידוע, ומסתמא השותפות נוצרה על דעת המנהג. וכן כתב ה"אור זרוע", פסקי בבא מציעא פרק ג' אות צב וז"ל:

"הא למדת דהיכא שקבעו זמן שאינו יכול לחלוק בלא דעת חברו קודם הזמן. ונראה בעיני דהוא הדין ואם שמו מעותיהם בכיס אחד ולא קבעו זמן, גם לא הזכירו היריד ולא הסחורה, אינו רשאי לחלוק בלא דעת חברו עד שיעשו שום סחורה, דאדעתא דהכי נשתתפו עד שילכו לאותו יריד או עד שיסחרו אותו סחורה, הואיל ואדעתא דהכי נשתתפו. שיסחרו יחד בשותפות". ע"כ.

האור זרוע רואה בנסיבות של יצירת שותפות, כקובעות את זמן השותפות, אף על פי שלא התנו במפורש. כך יכולים אנו לומר גם בבני זוג שקנו דירה על מנת לדור במסגרת נשואיהם, שודאי אדעתא דזמן הנשואין עשו שותפותם, אף שלא אמרו זאת והתנו במפורש. שכן השותפות נתהוותה בתוך מסגרת הנשואין וכחלק ממנה, על כן יש לראות את השותפות כשותפות לזמן. הנובע מהאמור ששותפות של בני זוג בדירת מגורים היא שותפות לזמן וחלות עליה ההלכות של שותפות לזמן".

יסוד דבריו של ה"עטרת דבורה" לקוחים משו"ת דבר משה (להג"ר משה אמריליו זצ"ל, ח"ב סי' מ'). שם קבע הדבר משה, שלא בכל אופן בו צד אחד מנוע מלהשתמש, יוכל לתבוע את השני. לשיטתו, רק כאשר הייתה תביעה של אחד הצדדים לחלוקה, אזי הוא יכול לדרוש דמי שימוש מכאן ולהבא. וז"ל:

"... אלא אפילו במקום שאי אפשר שישתמשו בו שניהם כאחד, כגון במקום ישיבת בית הכנסת, כל הקודם וישב זכה ואינו יכול חברו להוציאו משם עד שישתלק זה. וזה שכתב הרשב"א וכשישתלק זה ישב בו זה, קדם זה וישב היום יקדים השני וישב בו למחר. ועל דרך זו מתנהגים עד שיבוא אחד מהם ויטען גוד או איגוד שהוא הדין הגמור. וכן

הדין בחצר שאין בה דין חלוקה, שאי אפשר לשניהם להשתמש בו כאחד, כשמסתלק זה ישתמש בו השני, ואם אחד מהם לא יוכל לעמוד בזה יטעון גוד או וכו' כאמור, כיון שאין דין חלוקה לזמנים ידועים...".

לפי דבריו הסיק בעטרת דבורה, שאכן אף לפני הגירושין, אם הוגשה תביעה לפירוק השיתוף, די בזה בכדי לחייב את הצד שכנגד, ומאידך לדברי הדבר משה גם אם אחד היה מנוע מלהשתמש, אין לשותפו חיוב לשלם, כל עוד לא תבע את חלוקת השותפות.

אלא שיש לעיין בדבריו ולהקשות עליהם. ראשית, כפי שכתב בעצמו שם, דבריו חולקים על ה"בית דוד" ושאר האחרונים שהבאנו. אשר כתבו שבאופן שנמנע מהשותף להשתמש בנכס, זוהי עילה לחייב את השני בתשלום.

שנית, עצם הסברא אינה נראית, שכל תביעה לחלוקת השותפות תחייב את השותף המשתמש לשלם. שהרי גם לאחר התביעה לפירוק השותפות, עדין ישנה אפשרות לבן הזוג להכנס לדירה ולהתגורר בה, משכך, אין עילה לחייב את האשה בדמי מדור, כאשר יצא מדעתו ולא ניצל את זכויותיו.

מתי הגשת תביעה לפירוק השותפות מחייבת "דמי שימוש"

בפסק דין אחר שלנו, העלינו שישנם מקרים בהם התביעה לפירוק השיתוף, יש בכחה לחייב את הצד שכנגד בשכר דירה. אך אין המקרה שם דומה לעניננו, וכפי שיבואר. וכך כתבתי (בתיק מס' 284676/9):

"ואמנם לא מבואר בדברים דלעיל אם התביעה לפירוק שיתוף מחייבת דמי שימוש, אך מן הסברא נראה שככל שהתביעה לפירוק שותף מתקבלת, ממילא יכול השותף השני לדרוש דמי שימוש בעד חלקו, שהרי יסוד הדבר שכל שותף רשאי להשתמש בכל הנכס המשותף בלי לשלם דמי שימוש, מבואר בדברי הרשב"א הנ"ל:

"דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש".

והטעם שיכול לומר שבחלקו הוא משתמש, אף שאין לו אלא מחצית מהרכוש ובפועל הוא השתמש בכל הרכוש, יש ללמוד מדברי ביאור הגר"א (ח"מ סי' קעא סקל"ז) שציין לדברי הגמ' (נדרים מו, ב), ששם מובאת דעת ראב"י ששותף המודר הנאה מחבירו מותר ליהנות מחלקו של חבירו בחצר שאין בה דין חלוקה, מחמת שחלקו של השני משועבד לו לתשמישו, כפי שביאר הר"ן בריש פרק השותפין בנדרים בארוכה. וכן ביאר בכסף הקדשים שם.

מעתה, בזמן שהשותפות מיועדת לפירוק, ממילא אין כל שיעבוד זה על זה לעניין השימוש, וממילא אם משתמש בחלקו של חבירו חייב לשלם לו דמי שימוש, במיוחד לאור העובדה שלמרות תביעתו של הבעל לפירוק השיתוף, האישה התנגדה לכך ועיכבה זאת בטענות שונות שאינן מוצדקות. ועיי"ש בכסף הקדשים שדעתו שבכל גווני שלא שייך לומר שהשותפות עומדת לכך (וכגון במקרה ששותף אחד נאלץ לברוח מחמת אונס) חייב לשלם.

וכן מבואר להדיא בדברי שו"ת מהרש"ם (חלק א סימן ה שהובא לעיל), שבמקום ששותף אחד מונע את החלוקה, חייב להעלות שכר לחבירו:

"ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה. ותובע שישלם שכר דירה מה ששואה חלקו יותר מחלק ראובן. יפה כ' ר"מ שמחויב יהודה לשלם. דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו הי' משתמש גם כן וזה לא שייך בנידון דידן. וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה חו"מ סימן מח".

וכל הנ"ל נכון אף לגבי התקופה שעד לגירושין בפועל.

ולגבי התקופה שלאחר הגירושין שהאב היה מנוע הלכתית מלהיכנס לדירה ולהתגורר בה יחד עם האישה, שכן לאחר שהגט מסודר בין הצדדים הוא אינו רשאי להתגורר בדירה, וברור לכל שזוג שהתגרש אינו יכול להמשיך לחיות תחת קורת גג אחת, לית דין ולית דיין שהאישה חייבת לשלם דמי שימוש. ואם כן בעובדה דידן שהאישה התגוררה בדירה, נמנע מהאיש לממש את זכותו בדירה, וזאת אף שהאיש התרה ותבע את האישה לכך בבית הדין, כך שאינה יכולה להסתתר מאחורי טענה שהיא הייתה מגיעה איתו להסדר.

ואם כן דינה כמי שמונע את שותפו מלהשתמש בנכס המשותף, שמדברי האחרונים משמע שחייב לשלם.

ולפי האמור יש לקבוע שעד לתאריך התביעה לפירוק שיתוף... האישה פטורה מלשלם דמי שימוש. ולאחר תאריך זה היא חייבת עקרונית בדמי שימוש".

עד כאן מהתיק הנ"ל.

המקרה שם היה כאשר צד אחד התנגד לפירוק השיתוף, ומנע מחברו את ההשתמשות בבית המשותף. אבל במקרה שהמניעה הייתה מצידו בלבד, והוא זה שעזב מרצונו. בכהאי גוונא מתקבלת הטענה שמאחר ולא היתה עילה לאיש שלא להתגורר יחד עם האישה בדירה, והוא עזב מיוזמתו את הדירה, ומבחירתו לא הצטרף לאישה להתגורר עמה, למרות שהדבר לא נמנע ממנו כלל, לפיכך אין לו לבוא בטענות אלא לעצמו, ואינו זכאי לדמי

וכבר הבאנו לעיל שכך יש ללמוד מדברע הלבוש והבית דוד, בלבוש (סי' קעא סעיף ח') כתב וז"ל:

"אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש כאחד בכל יום, חולקין אותו בימים שלימים, וכל זמן שלא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין לבדו אפילו כמה שנים, והשני לא היה כאן או היה ושתק, אינו יכול לומר אחר כך אשתמש גם אני לבדי כך זמן כמו שנשתמשת אתה, שזה יאמר לו כל זמן שלא חלקנו, אני לא נשתמשתי אלא בחלקי, ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך, ואם רוצים לחלק תתחיל החלוקה מהיום... דבשלו הוא משתמש כל זמן שלא חלקו".

וכתב הבית דוד (ח"מ סימן נ"ה) על דבריו:

"קצת קשה לכאורה על הר"ב הלבוש ז"ל דהוסיף מדיליה על דברי הרשב"א, וכתב דהשני לא היה כאן או היה ושתק, דמה לנו ולשתיקתו, ואפילו עומד וצווח שלא ישתמש חבירו או שיעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן. ונראה דכוונתו לומר, שיכול להתרות בו ולומר גוד או איגוד, ואל תשתמש אתה לבדך, שאם תשתמש תתן לי שכר הראוי, דבזו הדין עמו, כיון שאומר גוד או איגוד, והוא לא אגיד ולא מוגיד".

לא מצינו בדברים אלו שחייב דמי שימוש אלא אם שותף אחד מתנגד לפירוק ומעכב אותו, אבל אם מסכים לפירוק, ורק שדנים על זמן הביניים עד הפירוק בפועל, אין שום מקור שישלם דמי שימוש. ואדרבא משמע שמדובר בכהאי גוונא שדורש חלוקה ויכול לדורשה, ומכל מקום יכול לומר לו בא תשתמש כמוני. ורק כאשר יש יסוד לדרישה לחלק את השותפות, והדרישה לא מתקבלת על ידי השותף, יכול לבקש דמי שימוש.

אמנם, במה דברים אמורים, במקום שישנה דרישה לחלוקת זמנים, וכל שותף אינו רוצה בדין להשתמש יחד עם השותף השני, ולכן יכול לדרוש או חלוקת זמנים או דמי שימוש (כגון ששותף אחד אינו כאן, או שאי אפשר ששניהם יגורו יחד במקום). אבל בשותפות של בני זוג, כל זמן שלא הסתיימו הנישואין שמותרים לגור זה עם זה, אף אם תמה השותפות ויכולים לכופף זה את זה על החלוקה, מכל מקום יכול בן הזוג לומר לשני, בוא ודור עימי ביחד, ובכך יתקיים חלקך בשותפות, ואיך תכריח אותי לחלק בזמנים דווקא. ומה שדיברו האחרונים היינו בשותפות שאינם יכולים לגור יחד, ומוכרחים לחלוק בזמנים כגון שכבר התגרשו, אבל בשותפות שיכולים לגור יחדיו, אזי טענתה שיגורו יחד נכונה.

אמנם בכהאי גוונא שבפועל לא ניתן כלל וכלל לגור יחדיו, יש אולי לבקש דמי שימוש, כי אין אופציה להשתמש ביחד, ואף בזה צריך עיון, אבל כאשר עדיין יש אפשרות לשלום בית, והוא מתנגד, כגון שנתן עיניו באחרת, ברור שאינו יכול לדרוש חלוקת זמנים או דמי שימוש טרם הגירושין.

וגם במקרה שמוכח שהאשה באמת אינה רוצה בשלום בית, אבל אין איסור לגור יחדיו, וגם לא מנעה ממנו לגור שם על ידי אלימות או איומים, מכל מקום כיון שהאשה מסכימה ואף שותפה למכירת הדירה, ומסכימה מיידיית ל"גוד או איגוד" או מכירת הדירה לגורם שלישי, כיצד נכריח אותה לשלם דמי שימוש, כאשר מבחינתה עד הגירושין אין מניעה שיגור בדירה. וניתן לומר כי כל זמן שהדירה שייכת לשניהם בטאבו ולא נמכרה עדיין, אזי השותפות חיה וקיימת על כל חלקיה, ועדיין היא בבחינת בשלי אני משתמש, כל זמן שצד אחד לא מונע מהצד השני מלהכנס ולדור בדירה.

הגדרת המושג "סיום השותפות"

נחזור ונדגיש, בעניין השאלה מתי הוא זמן סיום השותפות בין בני זוג, דעתי כפי שנתבאר שהוא בעת שבית הדין משתכנע על פירוד מוחלט בין הצדדים, וסיום הסיכוי האחרון לחזרתו לשלום בית.

אולם כל הדיון אם תמה השותפות או שלא תמה, נפקותו וההשלכה ההלכתית שלו היא לענין שכיון שהסתיימה תקופת השותפות ותמה לה, יכול כל אחד מהשותפים, ובמקרה דנא, כל אחד מבני הזוג, לחייב את רעהו בפירוק השיתוף, מכירת הדירה וחלוקת תמורתה בין הצדדים.

אולם, כל זמן שהדירה עוד לא נמכרה, למרות ששני הצדדים אינם רוצים זה בזה, וגם אם בעינינו תמה השותפות ולא תשוב לעולם, מכל מקום יש להבחין כי גם אם "תמה השותפות", עניין זה ביאורו והגדרתו והשלכתו העניינית היא רק כאמור שכל צד יכול לחייב את רעהו בפירוק השיתוף. אולם כל זמן שהלכה למעשה לא פורק השיתוף, והצדדים פועלים כדי למכור את הדירה והחפצים בפירוקה המיידית והמהיר, אולם עדיין לא נמכרה הדירה, במקרים אלו השותפות בדירה הרשומה על שם שניהם חיה ותקפה. הצדדים הינם בעלי דירה הרשומה על שם שניהם, והם שותפים בה. זו עובדה ומציאות. תום השותפות בנידון המשפטי המדובר כאן, הוא כאמור רק הזכות והיכולת לחייב את הפירוק, אבל בשום פנים אינו מגדיר את הצדדים כאינם שותפים בדירה אשר רשומה על שם

שניהם. וכל זמן שלא פורקה למעשה, השותפות קיימת, והאומדנא בתחילתה היא שהיא תמשיך כפי שהייתה עד לפירוקה הלכה למעשה.

ולכן כל דיני השותפות שבהלכה, תקפים וקיימים ביחס לדירה. כך שאם יכולים שני הצדדים להשתמש בדירה המשותפת, יכול המשתמש לומר לזה שעזב את הדירה, כי זכותו ויכולתו להיכנס ולגור בדירה. ורק כאשר הצד המשתמש בדירה מונע מהצד השני את שימושו בדירה, או אז חייב המשתמש בדמי שימוש לרעהו.

מעתה לענין דינא, לענין הזמן שטרם מועד הגירושין, מתקבלת הטענה שאם לא היתה עילה לאיש שלא להתגורר יחד עם האישה והילדים בדירה, והוא עזב מיוזמתו ומבחירתו, למרות שהדבר לא נמנע ממנו כלל, אין לו לבוא בטענות אלא לעצמו, ואינו זכאי לדמי שימוש עבור תקופה זו.

אומדנא בכוונת ההשתתפות וחילוקי מקרים

עוד ניתן להוסיף, כי הסברא אומרת כי לא יתכן ששותף יוכל להכריח את שותפו לשכור את חלקו בעל כרחו, רק משום שהחליט לעזבו פיזית ולהשאיר בידיו גם את חלקו, שעה שהוא אינו מעוניין בכך, ואף חפץ בכל מאודו לפרק את השיתוף במהירות, ואינו מונע ממנו מלממש את זכותו בשימוש. קשה לחייב במקום כזה בדמי שימוש, והסברא אומרת, כי המציאות שהדירה רשומה על שם שניהם קובעת ברורות כי השותפות חיה וקיימת. זו עובדה. וברור שלא היה בדעתה של האשה כאשר נולדה השותפות בעת קניית הדירה, ששותפות זו תסתיים כאשר יחליט בעלה לעזוב את הדירה, למרות שהיא לא תגרום לכך, ולא תמנע ממנו מלשוב לדירה, והיא תחייב את עצמה מלכתחילה בבניית השותפות וביצירתה, שבכהאי גוונא היא תחוייב בדמי שימוש.

כדי להמחיש את הדבר, נשוב לרגע לתחילת השותפות, אם היינו שואלים את הצדדים מה דעתם באותה העת בזמן התחייבותם, אם וכאשר יקרה מקרה שכזה. נראה, שהאשה לא הייתה מסכימה בתנאי השותפות להתחייב בדמי שימוש במקרה שכזה, ושהגדרת השותפות תסתיים על ידי עזיבת הבעל מרצונו.

אמנם ביחס למקרה שיתגרשו הצדדים, אם הייתה יודעת שלא ניתן להתגורר יחדיו לאחר הגירושין, ושמה תצטרך גט נוסף אם יגורו יחדיו, ודאי היתה מבינה ומסכימה שאם תגור לבד, כבר לא תוכל לטעון בשלי אני משתמשת, כי תבין שבמקרה זה תנאי השותפות בטלים, ומכיון שנהנית בכל הדירה מסכימה היא מלכתחילה שבכהאי גוונא תשלם דמי שימוש. עניין זה נתפס בסברתם הלוגית של השותפים, ולפיכך מקבל הדבר תוקף של הסכמה וקניין מלכתחילה.

כמו כן ברור כי ההסכמה שניתנה על ידה לפירוק השיתוף, אינה הסכמה לסיום השותפות כל זמן שהנכס רשום על שם שניהם, ולא עולה בדעתה בהסכמה לפירוק אלא רק לפירוק כלשונו ומשמעותו. פירוק הוא פירוק. אבל כל זמן שלא פורקה השותפות למעשה, השותפות קיימת. וכי יעלה בדעתה ובהסכמתה לפירוק, לשלם לו דמי שימוש כאשר אינה מונעת ממנו את הכניסה לדירה ואינה מונעת את הפירוק למעשה. ומאיזה טעם תסכים האשה לכך, ומדוע שתתנדב לשלם לו כסף.

מה שאין כן כשאינה מסכימה לפירוק, ובית הדין מורה על פירוק, הרי כי היא מונעת את הפירוק שהוא מוכרח מפסיקת בית הדין, ואזי האומדנא בשותפות מלכתחילה היא שגם חלק זה של השותפות יתבטל. וממילא, היא תשלם לו דמי שימוש. משום שאם היינו שואלים אותה מלכתחילה מה תרצה במקרה זה, הייתה וודאי אומרת שאם מי מהצדדים ימנע את הפירוק, הוא אשר ישלם דמי שימוש.

ובאמת יש לתמוה ביותר, אפילו במקרה שהתגרשו הצדדים, מדוע מחייבים דמי שימוש במקרה שהאשה רצתה שלום בית באמת ובכנות, והבעל עזבה לטובת אישה אחרת (למשל). הרי אם אין כל עילת גירושין, ובית הדין דחה את תביעת הגירושין, וקבע כי עליו לשוב לשלום בית, אלא שהבעל הצהיר שהוא לא יעזוב את עמדתו, ואין סיכוי לשלום בית. ולכן האשה שהבינה שנהרס לה הבית, ואין לה טעם לעגן את עצמה ללא סיכוי לחזרתו, הסכימה לקבל את הגט. לבסוף התגרשו, ובינתיים נשארה לגור בדירה והבעל גר בבית אחר. בכהאי גוונא יש לטעון, כי האשה לא מנעה ממנו כלום, וכי הבעל יכול להכריח אותה לשכור ממנו את חלקו, הרי מבחינתה הבעל יכל להשאר לגור בדירה, וכי מי אמר לו להתגרש, שיקדש אותה בחזרה ויגור בבית בשלום לנצח. ובאמת נראה כי זו טענה כבדת משקל.

אלא שצריך לומר שכיון שנהנית בדירה כולה, ובפועל הוא אינו יכול לגור עמה, אז מחוייבת לשלם. וניתן לאמוד זאת בסברת השותפות מלכתחילה, כי האשה יודעת שאינו יכול לגור עמה לאחר הגט, משום שאז יצטרכו שוב גט, ומכיון שזנח אותה ואין סיכוי עוד לשלום בית, גם היא רוצה בגט כדי לפתוח חיים חדשים. ובכהאי גוונא שבפועל נהנית, ודאי מלכתחילה הסכימה בשותפות לשלם דמי שימוש.

ויתכן, שבאמת בדירה של 6-7 חדרים או שתי קומות, כשסוגרת קומה או 3 חדרים, ודי לה בדירה נורמלית של 3-4 חדרים, היא לא תחוייב בדמי שימוש, כי אינה נהנית. ויתכן עוד, שאם תטען האשה, שדי לה כאשה לבד, ב-3 חדרים בלבד ותסגור את הרביעי, לא תשלם לכאורה דמי שימוש על חדר זה.

ובמקרה כזה שהסכימה לפירוק השיתוף על אף שרצתה בשלום בית, אזי ודאי שהסכמתה לפירוק השיתוף לא תפסיק את שותפותם בדירה לפני שתמכר לעניין דמי שימוש, לפני הגירושין. ולא יעלה על הדעת במקרה כזה שהאשה הסכימה בדיעבד להתגרש, שהיא תסכים לשלם לאיש שבגד בה ועזבה לאנחות ללא עילה וכנגד כל צדק, לאחר שזנח את אשת נעוריו, וודאי שבהסכמתה לחלוקת הרכוש ופירוקו, לא הסכימה לשלם לו דמי שימוש בינתיים, כאשר מבחינתה לפחות עד הגט אין שום מניעה שישאר לגור בביתו ולא יהיה בבית אחר.

ב. תנאי חיוב 'נהנה' משל חברו

דיני נהנה ומשתמש בבית חברו

עד כאן עסקנו בהרחבה בדיני השותפים, מתי יש לאחד תביעה על זה שחברו השתמש לבדו בנכס המשותף, ומתי לא.

אמנם גם כאשר לא היתה לו זכות לדור בו לבדו, או להוציא את בן הזוג מהבית, עדין לא תמיד די בזה כדי לחייב את המתגורר בבית בתשלום "דמי שימוש" לשותפו או לבן הזוג. זאת משום שגם אדם זר שנכנס והתגורר בבית חברו שלא מדעתו, לא תמיד חייב בתשלום על כך.

ידועה הסוגייה (ב"ק כ, א) בדין "זה נהנה וזה לא חסר", שכאשר נכנס אדם לרשות חברו שלא ברשות והתגורר שם, אינו יכול לדרוש ממנו שום שכירות, אם החצר הזאת "לא קיימא לאגרא", משום שלא הפסידו דבר. חז"ל קובעים, שמכיוון שלא הפסיד את הבעלים כלום, "כופים אותו על מידת סדום" בכהאי גוונא, ופטור מתשלומים.

דיני החיוב בזה מתחלקים לפרטים ואופנים רבים נוספים, כפי שנביא ונבאר בהרחבה, ומכחם נחזור לדון בעולה מדינים אלו, לענין שותף או בן זוג שהוציא את השני מהדירה, או התגורר בה לבדו, האם ניתן לחייבו בתשלום דמי שימוש לשני.

המקור לחיוב דמי שימוש בנכסי חברו

במסכת בבא קמא (ט, ב) איתא במשנה :

"כיצד השן מועדת, לאכול את הראוי לה... 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 להשאיל או יש לו בית אחר") זה לא נהנה וזה לא חסר (רש"י: "זה לא נהנה – דהא שכיחי ליה בתים בחנם. וזה לא חסר – דהא לא קיימא לאגרא ופשיטא דפטור"). וברבנו 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 לאחריני". ובתוספות: "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 איתנהנית (רש"י: "הא איתנהנית – דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני")

אמר ליה מתניתין היא. הי מתניתין, אמר ליה... "אם נהנית, משלמת מה שנהנית..."

ותוספות שם (ד"ה אין נהנה") כתבו :

"זה אין נהנה וזה אין חסר הוא – אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, הוה מצי למימר דפטור כיון שלא נהנה, אף על פי שגורם 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 להשי"ס בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דחייב, דזה נהנה וזה חסר, כיון דלא חשוב לחייבו על ידי שחסרו כיון דגרמא הוא. ואין לומר דפשיטא להשי"ס לחייבו משום דנהנה, דהא בזה נהנה וזה אינו חסר קא מיבעיא ליה, משמע דהחויב במה שנהנה לחוד אינו פשוט לו. ודוחק לומר דכיון שנהנה, זה מסייעו לחייבו בשביל כן על החסרון, אף על גב שהיא 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 שפ"ו) מצינו 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 נזיקין 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 בזה 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 להשי"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 להשי"ס לחייבו משום הנאתו לחוד. וכן נראה מלשון השי"ס בסמוך, דמשום שחרירותא דאשיתא 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".

ביאר הפני יהושע, כי לשיטת התוספות כאשר 'זה לא נהנה, וזה חסר', אינו חייב בתשלום, מכיון שעל ה'חסר' לבדו, אי אפשר לחייב מתורת מזיק, דאינו אלא גרמא בעלמא, ורק כאשר נהנה אפשר לחייבו בתשלום על הנאתו, אלא שאם לא 'חסר' אין חיוב אף על פי שנהנה, מכיון שכופין על מידת סדום, אבל עיקר החיוב הוא תמיד רק על הנאה, ולכן ב'חסר' לבד בלי 'נהנה' אין מקום לחייב.

אמנם רוב הראשונים חלקו על דעת התוספות (והעיר על זה הגר"א בביאורו על אתר).

הרי"ף (שם ט, א מדפי הרי"ף) כתב:

"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 לבאר 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 לשונו. 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 מלשונו 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 לא חסר, ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממון".

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

"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, "שלחוה בי רבי אמר, 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 מהר"ח, אבל באור זרוע פסק כרב אלפס, דצריך להעלות לו שכר היכא דקיימא לאגרא".

כדעת התוספות פסק גם הרשב"א (שם בד"ה "אלא בחצר"), וזו לשונו :

"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. ונראה לי דברי התוספות, דמבטל שדה חבירו אינו חייב, שאין הגזלנין משלמין אלא כשעת הגזלה, והמקבל שדה מחברו והובירה (בבא 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 חבירו צריך לשפות לו", הא משמע דלא אמרו אלא במקבל שדה מחברו והובירה... והתם נמי אמרו "המבטל חנותו של חבירו מהו", ולא פשטוה, אלמא פטור..."

גם רבנו פרץ (הובא במרדכי בבא קמא רמז טו ד"ה "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 והוציא בעל כורחו ודר בו, אין זה אלא גרמא בעלמא, ומשלם כשעת הגזילה..."

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

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

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

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

... איתא בירושלמי (בבא מציעא פרק ט הלכה א) "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 ו) וחולק על הרמ"א בהג"ה סימן רצב (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 שסג (סעיף ו), וכן התוקף ספינתו של חבירו העשויה לשכר, חייב כמבואר שם (סעיף ה) והם ברייתות ומימרות (בבא 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'..."

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

הקצות החושן חלק על חוות יאיר, וכתב :

"ולבבי 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 שעא (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, א), עיין שם. וכן הוא בטור ושולחן ערוך סימן שסג (סעיף ה), עיין שם. וכהאי גוונא נמי במבטל כיסו, אם עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות, צריך לשלם לו הריוח, וכמבואר בסימן רצב שם, ואם עוסק אדעתא דידיה, ושלא ליתן ריוח לבעל המעות פטור, ומשום דגבי ספינה נמי כהאי גוונא פטור..."

נמצא כי לדעת החוות יאיר, בית וספינה עומדים להשכרה, ובדרך כלל אינם פנויים כי שכיח שישכרום. לפיכך בכהאי גוונא אם עיכב מלהרוויח בהם חייב, דהווי גרמי. אולם בכסף שכדי להרוויח בו צריך התעסקות וחוכמה, פטור, דהוי 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 בהם את גזרת הכתוב שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וכל שבח והנאה מהגזלה שייכים לגזלן, בניגוד לשבח והנאה של קרקע, שאינה נגזלת, שהרי הם לנגזל. ובעניין 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 דמתחייבין 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 ההנאה והחסר ביחד, דהא נהנה בלא חסר פטור, וחסר בלא נהנה פטור לדעת התוספות.

אכן לדעת הר"י 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, דהוי גרמא בעלמא למניעת הריוח, אבל כשדר בו הרי 'אכל חסרונו של זה', עיין שם. ואם כן מוכח דחייב עבור החסר שעשה לחבירו, אפילו בדליכא הנאה, וחייבו הוא מעין ענין מזיק, או גוזל ממנוא דחבריה, דהיינו שנטל מחבירו הנאת הבית. וכיון דחייבו 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 לשיטת הר"י, הרמב"ם, הרא"ש ורוב הגאונים (ודלא כתוספות ודעמייהו) הוא מדין 'אוכל חסרונו', וכמו גוזל או מזיק.

אולם ביזה 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 ביזה לא נהנה וזה חסר על כל שיעור הנאתו, אלא שהיות שחברו '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 שסג סעיף ז) **בזו הלשון** :

"יש אומרים דכשאין 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 שחרורית 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 (כתובות ל, ב ד"ה "צריכא") כתבו, דאף אם ערך החיסרון הוא פחות משווה פרוטה, חשיב חיסרון וחייב על כל ההנאה. הסוגיה שם עוסקת במי שתחב לו חברו אוכל של אדם אחר, לבית הבליעה, ובלעו, שחייב על הנאת בליעתו, וביארו התוספות שאף 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 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 שוה פרוטה, ואפילו אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, מכל מקום כיון דשוין כל שהוא, אז מתחייב בכל, כדאמרינן התם (בבא קמא כ, ב) "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 שהחיסרון 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 שביזה נהנה וזה לא חסר, מפני סברת 'כופין אותו על מידת סדום', נפטר מחיובו הרגיל על הנאה, אולם בכהאי גוונא שדר בבית חברו ונחסר בעל הדירה, 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 ומתעוררת סיבת החיוב של 'נהנה'.

וראה עוד בחכמת שלמה (לשולחן ערוך חושן משפט סימן שסג 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 "הוא חידוש דין", נביא להלן בשם שער המלך שתוספות בבבא קמא (לפי אחד מביאוריו לדבריהם) אכן חולקים על התוספות בכתובות בנקודה זו.

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

על דברי שולחן ערוך ה"ל (חושן משפט סימן שסג 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 ה"ל, שהחיוב הוא על ההנאה, וה'חסרון' הוא רק תנאי לחיוב, וכל עניינו לסלק את הפטור מטעם 'כופין על מידת סדום', והוא אף הביא לראייה את דברי התוספות בעניין 'היקפא יתירא', שבהם יש חידוש נוסף. ונבאר :

"תנן "המקיף חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית, אין מחייבין אותו", הא רביעיית 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 לפירוש התוספות הגמרא ביארה, כי מכיון שהחיצוני הקיף 'הקיפא יתירא', מחמת שדהו של הפנימי, חשיב בזה 'חסר', כדי לחייב את הפנימי בכל הנאתו. מכאן הוכיח הקצות החושן את דבריו שהחיוב אינו משום מזיק – מלבד טענתו שהיזק שחרוריתא דאשייתא הוא בגדר 'גרמא' – ולכן חייב אף שחסרון 'שחרוריתא' הוא מועט (ואפילו פחות משהו פרוטה כמבואר). הוכחתו היא מדין 'הקיפא יתירא', שבו הרי הניקף לא החסיר ולא הזיק כלל את המקיף, 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 הדין של 'כופין על מידת סדום'. וזהו 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 בעינן 'חסר' של שווה פרוטה. אולם גם לדבריהם מבואר כי החיוב הוא על ההנאה, ולא על הנזק, שכן החיוב 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 ד"ה "הא איתחילת") הקשו בתוך דבריהם כשאלת התוספות בכתובות, ויישבו בדרך אחרת. וזו לשונם שם :

"ואם תאמר, ההוא ד'תחב לו חבירו בבית הבליעה', דריש אלו נערות (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 :

"... 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 בההיא ד'תחב לו חבירו בבית הבליעה', דלא חסריה שווה פרוטה".

לדבריו, התוספות בבבא קמא סוברים שה'חסר', צריך שיהיה לכל הפחות 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 חסרון חשוב, ועל כל פנים שווה פרוטה.

ועוד, שהרי לשיטת התוספות בבבא קמא, מחייבים אותו אף שמה שנחסר לחברו שווה פרוטה, היה שלא באשמתו כלל, ובאונס גמור, על ידי שתחב לו חברו בבית הבליעה, ומזיק בכהאי גוונא פטור. ועל כורחך החיוב הוא מחמת ההנאה, אלא דבעינן נמי 'חסר', ולדעתם 'חסר' בפחות משהו פרוטה אינו נחשב 'חסר' כלל.

נקודת המחלוקת בין בעלי התוספות, לביאור זה של שער המלך היא אפוא, האם 'חסר' פחות משווה פרוטה נחשב 'חסר', שמחמתו שוב לא יחשב החיוב על ההנאה כולה כמידת סדום. אולם מכל מקום לדברי כולם 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 דאמרין 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 ד"ה "טעמא").

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 חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם".

ויש לבאר מה הטעם בדין זה, שכאשר גילה דעתו שנח 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 כו אות ב) שביאר את הדבר בדרך אחרת, ומדין 'משתרשי וזו לשונו:

"... דהנה אם נאמר דחשיב משתרשי ליה, משום דנשאר אצלו דמים שהיה מוציאם, קשה גם בדר (בחצר חבירו) 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 כה 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 'משתרשי', 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, שביזה נהנה וזה חסר' משלם את כל הנאתו, ולא רק את החיסרון:

בעניין זה יש לציין גם כי במטלטלין 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 גזלה 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), ולהלן נדון בנושא זה בהרחבה.

אולם בדירה ובקרקע, לכל הדעות הדין הוא שאף בחיסור מעט, משלם על כל ההנאה, זאת מלבד שיטת 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 שחוריתא). רוב הראשונים פסקו 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 (גזלה ג, ט), וכן נפסק בשולחן ערוך. עוד עיין בקרית ספר (הלכות גזלה שם) הסובר שמהתורה משלם רק מה שחיסר, ורק רבנן חייבוהו לשלם הכול.

הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר אם אמר כן ולא יצא

מבואר בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) שהפטור ב'דר בחצר חבירו' – במקרים מסוימים – משום 'זה לא חסר', לא נאמר היכא דאמר לו הבעלים "צא".

וזה 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 לזיה 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 ביזה אינו חסר' יכול למור כן:
 "ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו 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 מידת סדום', ושאם אמר לו כן ולא יצא, יוכל הבעלים לתבוע ממנו שכרו, אף שאין חצרו עומדת בפועל להשכרה, ואינו משכירה לאחרים (אלא שהיה יכול 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 ביזה נהנה זה לא חסר'. אם כן, אם בדר בדירת חברו ולאחר זמן תובעו הבעלים לשלם, נאמר דין 'כופין על מידת 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, ולקבוע מי רשאי לשהות בו. דרישה בסיסית זו שוב אין בה ממידת סדום. כל הנידון הוא כאשר כבר דר בבית בלי ידיעתו של הבעלים, בכהאי גוונא כל זמן שלא אמר לו מראש "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 מידת סדום. משום כך, גם אם לאחר זמן אומר שאינו מסכים, ושאף מלכתחילה לא היה מסכים, אינו נאמן על כך, ואם יזה נהנה זה 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 ת, ב מדפי הרי"ף ד"ה "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 חברו, 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 יכופ את חברו על כרחו. ע"כ".

וסיים הנימוקי יוסף:

"וכן דעת הרא"ש 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:

"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 זה 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, בשלמא אם היה החיוב דווקא בינהנה, הרי שיש להבינו לפי סברתנו, שבכהאי גוונא שאומר לו צא, אם אינו יוצא, יש בחינה של פגיעה בעצם הבעלות, וממילא הווי כיחסר', ואין בזה 'מידת סדום', ולכן חייב הלה לשלם על הנאתו (שהרי כאמור לעיל, החיובו ביזה נהנה זה 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 זה לא חסר, הלוא 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 הוא אומר צא, נחשב כדורש וקוצץ את שכרו, ומעתה נעשה ביתו 'עביד למיגר', והווי כ'זה חסר' שחייב מדין 'נהנה', אם נהנה, ואם לא נהנה, מדין 'אוכל חסרונו של חברו', שנחשב כמזיק וכגוזל את חברו 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 ח) וזו לשונו :
 "... דכשהמשכיר אמר לו צא מן הבית, הרי גילה דעתו שאינו רוצה שישב שם, והוי כחצר דקיימא לאגרא..."

ואכן הרמ"א (שם) הוסיף וביאר דין זה 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 ולהרוויח להשכיר חצירו, היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם (מרדכי ונימוקי יוסף פרק הני"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 אמירת "צא" היא 'מחאה' בלבד, ללא דרישה חיובית של שכר, אלא שמחאה כזו משנה את הגדרת המקרה, מ'זה נהנה' (או 'זה לא נהנה') 'וזה 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.

והנה, את 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). ויתב 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) ושתק 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' לאו 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, וישלא 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 "כהדיוט 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 ביזה 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 מוחה בו סתם ואמר שיצא, אך לא קצץ עימו ולא תבע ממנו שכר להדיא, פטור מלשלם. וברשב"א (שו) הביא שרבנו חננאל סובר כפירושו שם.

והנה הנחלת דוד (שו) 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:

"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 דאמרינן "כהדיוט מדעת דמי", רצונו לומר דהוי כאילו התנה עמו על מנת שישלם את השכר, והך ד'ממדעת דמי' קאי על הדר, ורוצה לומר כאילו הדר נתרצה ליתן את השכר, דכיון דהתורה חייבתו במעילה, הוי כאילו ההדיוט היה מתרצה בפירוש ליתן את השכר. ונראה דהטור שכתב בסימן שסג (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 ביזה 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 דבחיסרון 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 ב'לא נהנה', אבל ביזה נהנה' אף ד'זה לא חסר' מהני מחאה, דהא אף לפום פירושא קמא נמי לא מוכח דמהני מחאה, אלא ביזה נהנה וזה לא חסר', זה אינו, דהא סביא ליה להטור דבמיחו בו אף ביזה לא נהנה וזה לא חסר' נמי חייב, דהכין משמע לישניה דהטור, דבמיחה בו לא קמחלק שום חילוק, ומשמע דבכל גוונא חייב, אף ביזה 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 ביזה לא נהנה וזה לא חסר', וכמו שכתבתי, מכל מקום כיון דגם ביזה נהנה וזה לא חסר' נמי מן הדין היה לו להיות פטור, ואפילו הכי במיחה בו קמחייבינן ליה, ודין זה מוכח בש"ס לפי פירושא קמא, אם כן הוא הדין ביזה לא נהנה וזה לא חסר', נמי קמחייבינן 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 תנינא.

ומאוד אני תמה, דלפי הבנת הסמ"ע שכתב לפרש הך שכתב הבית יוסף (בסעיף ה) 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) [והוא] דר בו" אפילו הכי פטור, המה תרתי דסתי, 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, למרות המחאה ואחריה, פטור מלשלם מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'.

והנה מלבד שדברי הגר"ח מוואלאזין 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 (צא, א) מובא:

"איתמר, התוקף ספינתו של חבירו 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 חבירו 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 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 כתב כאן דין זה, שאם נכנס בעל כורחו של בעל הבית, חייב להעלות לו שכר.

ולפי זה לכאורה גם הרשב"א שביאר בכוונת הגמ' "כהדיוט מדעת" שמדובר בקצץ שכר, מכל מקום מודה דהוא 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 מאחד 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.

אמר לו "צא" והלה לא היה יכול להשכירו לאחרים

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, ואדרבה בכהאי גוונא כופים אותו לתת לחברו לגור שם.

ולפי סברתנו ביאורו הוא, כי גם אם אומר לו "צא" לא נחשב 'חסר', שהרי אי אפשר לו ליהנות ממנו ולהשכירו, גם אם יחפוץ בכך, וכל אמירת "צא" המתפרשת כתביעת שכר שמכוחה יש לדונן 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 להרויח 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 שסג 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, עיין בנימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בבא בתרא (דף יב, ב) בשם הריצב"א..."

לשיטה זו גם אם אי אפשר להשכיר ולהרוויח, יכול בעל הבית למנוע את חברו מלדור בו בחינם. וכיוון שיכול למנועו 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, היכולת לומר "צא" לכתחילה, היא הטומנת 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:

כאשר הבעלים אומר לו "צא", הוא מגלה בדעתו שאינו מסכים שישב 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 מיתבא יתיב' או 'שאייה'). גילוי דעת זה מחשיב את הישיבה של רעהו בחצרו, ל"לקיחה" מבעל החצר, 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.

ואומנם כל זמן שלא גילה הבעלים את דעתו, נחשב הדבר כאילו כי לא לקח לו כלום, ד"הארץ לעולם עומדת" והוא לא לקחה, וייתכן להגדיר את ישיבתו בה כאילו לא לקח ממנו, אלא נהנה מעלמא, שהרי ישב באוויר חצרו, ולא 'לקח' ממנה כלום אלא 'נהנה', ואף שזכות השימוש היא של הבעלים, מכל מקום כל עוד לא מחה, כיוון שאינו ניזוק ואינו מפסיד דבר, סברת 'כופין אותו על מידת סדום' יש בה כדי שלא להחשיב את הנהנה כלוקח דבר מהבעלים.

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. מחאתו היא גילוי, שבעיניו נחשבת ישיבתו של הלה בחצרו כלקיחה מזכויותיו, וכיוון שהוא הבעלים, ואם לא יוכל למחות לכתחילה הרי כי תיפגע עצם בעלותו, שכל אחד יוכל לפלוש לחצר חבירו, ואין פוצה ומצפצף, וזה סותר לעצם מהותו ומציאותו של מושג הבעלות, ושל דין בעלות בתורה. וכיוון שהוא מגלה דעתו שבעיניו שימוש זה פוגע בבעלותו, נמצא ששוב אין זו מידת סדום, שגדר מדת סדום הוא שמתנגד שיהנה האחר, אף שהוא לא ניזוק ולא נפגע, אבל אם ניזוק ונפגע, אף שפגיעה זו אינה ממונית, ואין לה שומא, אלא היא בתחושתו כי בעלותו נפגעת, אין זו 'מידת סדום', ושוב חשיב כלקיחה ממנו ולא מעלמא.

ולפי זה מבואר דלא בעינן דווקא 'חסר' של חיסרון ממון, וראיה לדבר ממה שהבאנו לעיל, כי לפי התוספות בכתובות, גם חסר של פחות משוה פרוטה נחשב חסר, אף שאינו נחשב לממון. והוא הדין והוא הטעם שגם 'חיסרון' שאין בו אפילו פחות משוה פרוטה, אבל ביחס לבעלים, נחשב הוא בעיניו כחיסרון ולקיחה של שימושי חצרו ושל בעלותו, נחשב הבעלים 'חסר', וביכולתו למנועו, ולתבוע את שכרו שהוא תמורת הלקיחה.

ביאור זה מתאים גם לדין 'שחרוריתא דאשייתא'. לסברה זו ביאור הדין הוא, שהדר בחצר חברו והשחיר קירותיו, אפילו בפחות משוה פרוטה, שוב לא הותיר את הבית והחצר כפי שהיו, וכבר לא ניתן לומר שהדר השתמש באוויר בעלמא, ולא נגע ולא לקח משל חברו, ובכהאי גוונא אף ללא מחאה מראש, אין סברת מידת סדום, וממילא חשיב שלקח ממנו את כל ההנאה (ועדיין צריך עיון).

שותף הנהנה לבדו מנכס משותף שונה מ'נהנה' אחר בכהאי גוונא

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

בדין 'נהנה' אין זה משנה למה הבעלים אינם נמצאים בדירתם, באשמתם או שלא באשמתם, מכיוון שהנכס לביתם ונהנה, 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 (אם הוא '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, ועל פי מה שנתבאר לעיל, שכיוון שהם שותפים, חל על הנותר בדירה דין של "בשלי אני יושב", וכאילו כל הבית שלו הוא בשעת שימושו, והשותפות שמכוחה עומדת לו זכות זו, קיימת כל זמן שהמורחק הורחק באשמתו.

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 יהנה לא מהנכס ולא מתמורת השימוש בו – שלא באשמתו – ועל כן השותפות תמה. ואז יחזור דינו לדיני הנהנה מנכסי חברו. אולם אם הורחק כדין, גם אם הדבר נעשה על ידי שותפו, האומדנה היא שמלכתחילה השתתפו על דעת שבכהאי גוונא לא תבטל השותפות.

דירה העומדת למכירה

אמנם גם באופנים בהם לא יחשב השותף או בן הזוג היושב בדירה כ"בשלי אני משתמש", עדין לא ברור שאפשר לחייבו בתשלום "דמי שימוש" לשני, שהרי כדי לחייב את ה'נהנה מנכסי חברו', בעינין שחברו יוגדר כ'חסר', והיינו שהחצר או הבית 'קימא לאגרא' - עומד להשכרה, ונמנע מהבעלים להשכירה, מחמת שזה נכנס ודר בה.

ומעתה יש להסתפק האם בני זוג אשר שותפותם הגיע אל קיצה (ובאופנים המבוארים לעיל באורך), וכעת הדירה עומדת למכירה, האם בזמן הזה עד אשר הדירה נמכרת בפועל, נחשבת כ'קימא לאגרא', או לא, שהרי בדרך כלל דירה העומדת למכירה קרובה אין הדרך ואין כדאיות להשכירה לזמן קצר שכזה.

תחילה נביא פס"ד של ביה"ד הגדול, שדן בעניין זה (תיק 1129149/8):

"הגדרת הדירה בנידוננו – חצר דלא קיימא לאגרא:

טענת המערער היא שאין לחייבו בתשלום דמי שימוש, מאחר שממועד סידור הגט וההחלטה על מכירת הדירה לא עמדה הדירה להשכרה, מאחר שאין אפשרות מעשית להשכיר דירה לזמן כה קצר. כמו כן, לדבריו, בקשת האישה לתשלום דמי שימוש או להשכרה, הוצגה רק בדיון שנערך בבית הדין האזורי ביום...

אין ספק שאילו הדרישה לתשלום מצד האישה הייתה עולה רק בעת עריכת ההסכם ביום... הסכם שבו נקבע בהסכמת הצדדים שהדירה תימכר בתוך ארבעה חודשים – מועד שנקבע לאחר שהאישה דרשה למוכרה אפילו בזמן קצר יותר, היה מקום לפטור את הבעל:

אין ספק שמי שמנסה למכור דירה לאלתר, אינו מעמיד אותה להשכרה לפרקי זמן קצרים ביותר ושאינם ידועים מראש, משום שכמעט אין אפשרות שיימצאו שוכרים לדירה שכזו. בכגון זה, דירה שכזו מוגדרת 'חצר דלא עבידא לאגרא', ולכאורה אין לחייב את המתגורר בה שלא מדעת בעל הבית בתשלום דמי שכירות, ונבהיר: הגדרת דירה כעומדת לשכר או שאינה עומדת לשכר וחיוב התשלום עבור המגורים בה, מבוארת בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג).

וזו לשון השולחן ערוך (שם סעיף ו):

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו "צא" ולא יצא חייב ליתן שכרו... ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכרו שהרי חסרו ממוך".

וברמ"א (שם):

"וסתם בתים בזמן הזה קיימו לאגרא ואף על גב דעדיין לא השכירו מעולם".

דברי הרמ"א מדברים באדם שיש לו בית שאינו גר בו ובאפשרותו להשכירו, אף אם בפועל אין הוא מתאמץ להשכירו, מכל מקום הבית נקרא 'בית העשוי לשכר', ואם נכנס אדם אחר וגר בו, יהיה חייב להעלות שכר לבעליו, מאחר שהיה יכול להשכירו לאחרים אף שבפועל עדיין לא השכירו. אם כן, גם בנידון דידן היה מקום להחשיב את הדירה כסתם דירה ש'קימא לאגרא' ואף על גב דלא עשו טצדקי להשכירה ולא השכירה מעולם.

אבל זה אינו, דדין זה מדבר במקרה שבו בפועל אפשר להשכירו אלא שהוא לא טורח להשכירו, אבל במקום שכעת אי אפשר להשכירו הקובע הוא האפשרות למגורים בפועל ולא סוג הבית, וכמו שכתב הרמ"א (בתחילת סעיף זה):

"ואפילו היה רגיל להשכירו רק שעכשיו לא עביד למיגר בתר האי שעתא אזלינן".

וכן (בסעיף ז):

"ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן והיו משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הו' כחצר דלא קיימא לאגרא".

ומקורו מגמרא בבבא קמא (צז, א):

"... האמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה – פטור, ואי סלקא דעתך עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור, ברשותא דמריה קאי. הכא במאי עסקינן שלא בשעת מלאכה, כי הא דשלח ליה רבי אבא למרי בר מר, בעי מיניה מרב הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך להעלות לו שכר, ושלחו ליה אינו צריך להעלות לו שכר".

ופירש רש"י:

"שלא בשעת מלאכה – בשעה [שאינו רגיל] לעשות מלאכה, או שאין עכשיו לבעליו מלאכה, לעשות דזה נהנה וזה אין חסר הוא ופטור.

כדשלח ליה כו' הדר בחצר חבירו – ומוקמינא לה בפרק ב (דף כא) בחצר דלא קיימא לאגרא".

ומשמע שאף שהעבד חזי למלאכה, מכיוון שעתה אינו עסוק במלאכה מיקרי 'לא קיימא לאגרא'.

וכן נראה להביא ראיה להך דינא ממה ששינו במשנה (בבא בתרא קעב, א):

"שני אחים, אחד עני ואחד עשיר, והניח להם אביהם מרחץ ובית הבד: עשאן לשכר השכר לאמצע, עשאן לעצמו הרי העשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבד".

מבואר מכאן שאם עשאם לעצמו אין האח העני יכול לומר לעשיר לשנות את ייעוד המרחץ ובית הבד ולומר "נשכירם לאחרים", דמרחץ ובית בד אלו עומדים לשימושם ולא להשכרה, ומשמע שאף שמעשית אפשר להשכירם – כיוון שבמציאות הקיימת כעת אינם עומדים להשכרה, הם נקראים 'נכסים דלא עבידו למיגר'. מכאן יש להסיק עקרונית שאף שהנכס ראוי להשכרה, אם בפועל עתה אין אפשרות להשכירו או אינו עומד להשכרה, כנידון דידן שנקבע שהדירה תימכר בתוך ארבעה חודשים ולא מצוי שישכירו לזמן כה קצר, שוב הרי היא כדירה דלא עבידא למיגר.

מעתה, אם היינו קובעים שבנסיבות הללו, הבעל לשעבר הוא גם 'גברא דלא עביד למיגר', היה מקום לומר לכאורה שהוא פטור מלשלם (בבא קמא כא, ב; שולחן ערוך חושן משפט סימן שס"ג סעיף ו').

עד כאן צוטט מפסק דין של בית הדין הגדול.

העולה הוא, שאם אכן הדירה אינה עומדת להשכרה, מכיוון שהיא עומדת למכירה ולפרוק השותפות, הרי היא מוגדרת כ"לא קיימא לאגרא", ומכיוון שאין שום הפסד, לא יוכל לתובעו.

מניעת בעל הדירה מלדור בה

אלא שניתן לומר, שאף אם הדירה עצמה אינה עומדת להשכרה, אם נמנע מבעל הדירה לדור שם בנסיבות העניין, לכאורה הרי יש לו הפסד ברור, ולא שייכת כאן הסברא "זה נהנה וזה אינו חסר".

לבירור העניין, נקדים חילוק נוסף בדינים אלו.

החילוק בין "אמר לו צא" לבין "הוציא את חברו מביתו" ודר בו

בשולחן ערוך (שסג סעיף ו, הובא לעיל בקצרה) נפסק:

"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)...

[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).

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 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".

והנה לכאורה דברי הרמ"א שבחצר דלא קיימא לאגרא פטור אף שהוציא את בעל הבית בעל כרחו, סותרים את הדין שכתב השו"ע קודם שגם בלא קיימא לאגרא חייב אם אמר לו בעל הבית "צא", ולכאורה כל שכן כשהוציא את בעל הבית משם בכח, שעליו לשלם.

ובביאור החילוק ביניהם, 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 הוציאו, **ניחא 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 והוציאו, אבל לא היה מיאונו 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**. וכן נראה לי מדברי ספר המפה והלבוש, שעל מה שכתב רבינו המחבר ז"ל בספר הקצר כלשון רבינו בעל הטורים ז"ל [ד"ן '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, בדיעבד, אחרי שהוציאו, שישעה 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.

כאשר אין לבעלים היכן לגור

אמנם 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 דף 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 ...".

הרי שכל דברי הרמ"א אמורים שאופן שאמנם הוציא את בעל הבית בעל כרחו, אבל יש לו מקום נוסף לגור, אבל אם הוצרך לשכור דירה אחרת, ודאי שהדר בבית חייב, ואפילו אם הוא "גברא דלא עביד למיגר", בכהאי גוונא נחשב 'זה לא נהנה וזה חסר', דקיימא לן לחיוב כאמור, וכל שכן אם המתגורר בדירה הוא עביד למיגר, שחייב, כד"ן זה נהנה וזה חסר.

אולם זה רק כשאכן הבעל "חסר" ואין לו מקום לגור, ונאלץ לשכור דירה אחרת, אבל אם יש לו מקום אחר לדור בו, כגון שיש לו דירה נוספת, או שהלך להתגורר אצל אימו, ולא נגרם לו נזק, אף שבוודאי שנוח וטוב ועדיף היה לו יותר אילו היה מתגורר בביתו שלו, אך הפסד ממון לא היה כאן. משכך, אין כאן "חסרו והזיקו", ואין לחייב על כך ממון, אף שהוציאוהו מביתו בעל כרחו.

לאחר הגשת תביעה ל"דמי שימוש"

אלא שקביעה זו אין כחה יפה לגבי הזמן שלאחר שהגיש הבעל תביעה ל"דמי שימוש", ובה אין מקום לפטור אותה מתשלום זה בשל הטענה שלא חסר כלום בכך שיצא מן הדירה. זאת, משום שעצם תביעתו ל"דמי שימוש", נחשבת כאילו אמר לה לצאת או להתחלק במגורי הבית, ובאמירת "צא", הדין הוא שחייב.

כפי שהרחבנו לעיל, על הזמן שלפני הגירושין אין מקום לחיוב כלל, מהנימוק שלא נמנעה ממנו כלל האפשרות

לחיות עמה בדירה. כל הנידון שלפנינו הוא רק לגבי התקופה שלאחר הגירושין, שלא הייתה לו האפשרות הזו. ועל כך מתקבלת הטענה שתביעתו לדמי שימוש, כמוה כאמירת "צא".

להלן פסק דין מבית הדין הגדול (תיק 1129149/8) בענין זה :

"אין ספק שמי שמנסה למכור דירה לאלתר אינו מעמיד אותה להשכרה לפרקי זמן קצרים ביותר ושאינם ידועים מראש, משום שכמעט אין אפשרות שיימצאו שוכרים לדירה שכזו. בכגון זה, דירה שכזו מוגדרת 'חצר דלא עבידא לאגרא', ולכאורה אין לחייב את המתגורר בה שלא מדעת בעל הבית בתשלום דמי שכירות, ונבהיר: הגדרת דירה כעומדת לשכר או שאינה עומדת לשכר וחיוב התשלום עבור המגורים בה, מבוארת בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג).

וזו לשון השולחן ערוך (שם סעיף ו):

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו 'צא' ולא יצא חייב ליתן שכרו... ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכרו שהרי חסרו ממון".

... אך כפי שיתבאר אין הדברים נכונים במקרה שלפנינו :

במקרה שלפנינו האישה אמרה לו לבעל מספר פעמים "צא" – אף מחלקו, וודאי מחלקה בדירה, כדי שתוכל לגור שם עם הבנות, אלא שהבעל סירב, כפי שתואר לעיל.

בדברי השולחן ערוך שהובאו לעיל מבואר שאם אמר בעל הבית לדר בו לצאת ולא יצא חייב אף בחצר דלא קיימא לאגרא'.

... אך לעניין התשלום ממועד זה ואילך אף שנראה לכאורה כדבריו שהדירה לא עמדה להשכרה, באמת זה אינו שהרי השולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף א) כתב: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו – שאמר לו 'צא' ולא יצא – חייב ליתן שכרו". ומוכח שם שגם בחצר שאינה עומדת להשכרה אם אמר בעל החצר ליושב בה "צא מחצרי" – מרגע זה חייב לשלם כל דמי השכירות אף שאין החצר עומדת להשכרה, ואין בעליה חסר בישיבתו של זה, שמכל מקום רשאי הוא לעשות בחצרו מה שירצה וגם לתבוע את הוצאתו של היושב בה ולכן היושב בה חייב בדמי השכירות. בדומה לזה תביעת האישה מהבעל לשלם דמי שימוש כמוה כדרישה להוצאתו מהדירה, שהיא גם שלה, ולכן ישיבתו בה תחייב אותו בדמי השכירות היחסיים.

אומנם יש מקום לחלק ולומר שמאחר שהוא יושב בדירה שמחציתה שלו אינה יכולה להוציא, וממילא לא יחויב בדמי השכירות. אך כבר ביארנו שדין זה הוא דווקא היכא שגם השותף יכול להתגורר בדירה. ובאותה עת אחרי הגירושין ודאי שלא הייתה לה אפשרות להתגורר בה. עוד יש לומר שתביעת האישה לדמי השימוש כמוה כתביעה לחלוק את ערכו של השימוש, ואם היה מבקש השותף להישאר בדירה, עליו היה לתבוע או 'גוד או אגוד' בדמי השימוש או חלוקה לזמנים – דבר שלא נעשה בנדון דידן. לכן מרגע התביעה מחויב הנתבע במחצית דמי השימוש המקובלים לדירה זו".

עד כאן מדברי פסק הדין הנ"ל.

היוצא הוא, שעבור הזמן שמהגירושין ואילך, תחוייב בדמי שימוש, אם כבר תבע ממנה דמי שימוש.

חיוב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל

להשלמת היריעה נביא עוד דין בענין זה, כי יש אופן של חיוב "דמי שימוש" גם לאדם שאינו דר בבית בפועל.

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

"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 (סי"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 שסג 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 כרחך צריך לומר דמה שכתב הטור (סעיף ה) 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 נה סעיף א בהג"ה, ובסימן קעה סעיף מ, אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו, אין מוציאין ממנו בבית דין, דאינו אלא גרמא דפטור.

ולפי זה נראה דהוא הדין בההיא דסעיף יד "מקום שנוהגין" כו' "עד הדין עם שמעון", היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית, וחייב לשלם, דגרמא בניזקין אסור, ומשמתינן ליה עד דמסלק הזיקא, אבל מכל מקום היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש אחד, אין מוציאין מידו בבית דין כו'. **וכדומה שהאידינא 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 שסג סעיף ו בהג"ה, דשאני הכא שירד מתחילה בתורת שכירות...**" ע"ש.

ביאור דין 'משתרשי'

לעיל הזכרנו את דין 'משתרשי', שמחייב תשלום גם בלי שהבעלים 'חסר', וכדי להבין את הגדרתו 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... רבינא אמר הכא במאי עסקינן, כגון דצמר דחד וסמנין דחד, וקאתי קוף וצבעיה לההוא צמר בהנד סמנין, יש שבח סמנין על גבי צמר, דאמר ליה "הב לי סמנאי דגבך נינהו", או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר, ואמר ליה לית לך גבאי כלום..."

וכתבו התוספות (שם ד"ה "או דלמא") 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 חבירו משקין של אחרים בבית הבליעה, דמשלם מה שנהנה.

ויש לחלק, דהנאה דהכא אין 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 הנאה דהכא לא חשיבא הנאה, שאין אלא נוי בעלמא יותר".

נמצא שכיוון שהקוף הוא שצבע את הצמר בסמנים, בכהאי גוונא שאין ההנאה באה על ידי מעשיו או מעשה בהמתו, ושאין 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 שנתן לכהן השליכם לאור או לים.

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

שאיין לו תובעים – אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין, שהוא יכול לומר לו לכהן אחר אני נותן 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 לא 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 ד"ה "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, 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, 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 לך גבאי ולא כלום..."

ובתוספות (שם ד"ה "או דלמא") כתבו וזו לשונם :

תימה, הרי נהנה שצמר מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה, כמו אכלה מתוך הרחבה דפרק ב, ונפלה לגינה דהכונס, ובפרק אלו נערוות 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 דהחיוב 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 ליתנו, 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 לאנסו 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' לימשתרשי :

"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"ק 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 בתחב 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 הנאתם, ורק במשתרשי ליה חייב שנשאר לו ממון בעין, כמו בנטל בית המלך את גורנו, שעל ידי המתנות כהונה נשארו 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, וקנוי 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 בסמנים של חבירו, דהרי צמרו מעולה בדמים מחמת הסמנים, נראה לעניות דעתי דעד כאן לא חשיב משתרשי ליה, אלא היכא דעל ידי ממון חבירו הושבח ממנו באיכות או בכמות, או שמחמת ממון חבירו ניצול ממנו מהפסד וכליון, דכולו מושבח, דלולא ממון חבירו לא היה ממנו מתקיים, וכן אם ממון חבירו גרם שישאר ממנו תחת רכושו, 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"ק (בהמשך לדברי הקצות החושן) ישנם שני סוגים של 'מחייבים': 'נהנה' ו'משתרשי'. והחילוק ביניהם (לפי ביאור הקצות החושן) הוא שבנהנה החיוב הוא על תועלת והנאה שהגיעו לו על ידי ממנו 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 השערי 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 ממנו של האחר, שנעשה האחד בעלים בחלק ושבח זה שבממון חבירו. משכך בעל הממון המתרבה, מתחייב תשלום על ריבוי זה.

עוד יש ללמוד מכך שחילוק התוספות (בבא קמא קא, 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 ממנו בכיסו ותחת ידו, אין נפקא מינה אם נגרם הדבר על ידי מעשיו או לא, שהרי סוף סוף נתרבה ממנו ונותר תחת ידו ובכיסו, אלא שבמקרה שקוף צבע את צמרו, לא נחשב משתרשי לאחד מצדדי הספק שבגמרא, משום שדין משתרשי קיים רק כאשר גדל והתרבה ממנו בכמות או באיכות, אבל שבח מראה הצמר אינו בגופו של הצמר, ואינו אלא "חזותא בעלמא", ולפיכך הסתפקה הגמרא, שכן לצד אחד בספק "אין שבח סמנים בצמר" וממילא לא נחשב שהתרבה ממנו.

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

במשנת רבי אהרן (וגאון 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:

"דהתוספות 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..."

נראה מדבריו שההנאה היא חלק מהמחייב, אלא שהיא מותנית במעשה הנהנה, שהוא בגדר של מזיק. וצריך עיון ממה שהוכחנו מדברי התוספות בכתובות בעניין 'היקפא יתירא', שאף ללא כל מעשה של הנהנה, וללא כל אשמה כלל, אלא רק משום שמחמת שחצרו בפנים, וחצרות חברו מקיפות אותה, בשל 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'.

והנה באמת קושיא זו אינה רק על ביאורו של הגר"א קוטלר זצ"ל, אלא על עיקר דינם של תוספות והרא"ש, שחידשו שאין חיוב על נהנה כאשר ההנאה לא באה על ידי מעשיו או מעשי בהמתו, ויקשה מדינא דמקיף אל חברו, ששם לא באה ההנאה על ידי מעשיו, ואף על פי כן חייב.

אלא שכבר יסד הש"ך (ח"ו"מ סימן שצא ס"ק ב) שגם לפי תוספות והרא"ש, כל הפטור הוא כשההנאה באה על ידי מעשיו של קוף, או אדם שלישי, כגון שלוי תחב אוכל שראובן לפיה של בהמת שמעון, אבל אם לוי תחב אוכל שלו והאכיל את בהמת שמעון, בכהאי גוונא חייב שמעון לשלם גם לתוספות והרא"ש, עיי"ש.

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

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

וזה 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".

ועל פי זה הוסיף וביאר, כי יש בכוח סברת 'גלי אדעתיה' להפכו מדין 'נהנה' לדין 'משתרשי':

"ובזה נראה לעניות דעתי לפרש מה שכתבו התוספות (בבא קמא דף כ, 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 בחוף", 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 ממונו 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 (רש"י: הומלו"ן שמטילין לתוך השכר) גבי חבריה, הוה ליה לדידיה נמי כריא דכשותא. אמר ליה לסרסיה, מהאי רמי (הראהו הכרי שלו, ואמר לו מזה תטיל לשכר). אזל רמא מאידך (של פקדון). 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 (והלא הוא נשכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר, ושלו עומד, וישלם משלו), אמר רב סמא בריה דרבא דהוה שיכרא חלא (החמיץ). רב אשי אמר בכיסי (שהיתה כישות גרועה, וקוצים מערבין בה, דלא השביח השכר כרצונו וקשה בעיניו שהטילוהו בתוכו), ומשלם ליה דמי כיסי (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 אידך 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 את הכשות שלו שלא הוטלה לשכר. על כך תירץ שהטלת הכשות של חברו, שיהצילה את שלו, היא רק בגדר 'מבריה ארי מנכסי חברו'.

וראיתי מביאים בשם ספר נפש חיה, שהקשה ממה דאיתא במסכת בבא קמא (נה, א) שגם ב'מבריה ארי' אם יש

למברית הפסד, וה'הברחה' נעשתה שלא מדעתו, חייב חברו בתשלומין עליה, ובאופן זה לא נאמר הפסד של 'מברית ארי'. אם כן, כיוון שבנידון שבסוגיה זו, הטלת הכשות הכשות הייתה שלא מדעת בעליה, והוא אף הפסיד, הרי שאין בה דין 'מברית ארי'. ותירץ שבכשות לא באה ההנאה דהיינו 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 (ס) המדברת בבהמתו שנפלה לגינה באונס ונחבטה, והצילו הירקות שלא לקתה מהקרקע, ובאופן זה חייב לשלם, ואין בו פסד של 'מברית 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 ('ישלו עומדי') בזכות ממונו של בעל הפקדון ('נישכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר', ובהכרח שכוונתו שעל ידי כך נשכר ש"שלו עומדי", ולא שעצם הכשות של פקדון היא הרווח, שהרי אם כך לשם מה הוצרך להוסיף "ישלו עומדי"), ונמצא ממנו מתרבה בכשות שנותרה תחת ידו. כך גם ביאר בשערי ישר כפי שביא 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 בלא מעשה בהמתו, חייב במשתרשי, ואין דיניו כדיני נזיקין, ואם כן יש לומר לכאורה דהוא 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 הדרושה היא כשות בשווי חמישה זוזים, נמצא שהרווח הוא תשעים וחמישה זוז, היינו התוצאה לאחר קיזוז ההשקעה – הכשות. ואם 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**, שאיחצורך בהשקעתה הוא רווח ד'משתרשי' ליה. בכהאי 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 'מברית ארי' בעלמא** ובגרמא (כנ"ל, ולכן פסור 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 כמברית ארי"**.

כלומר, כיוון שלא נהנה שהרי שהשכר החמיץ, שוב הרווח של הכשות הוא כמברית ארי בעלמא, שבמה שלא לקח את הכשות שלו הצילו מהארי ומהפסד כשותו, אבל אין בכך 'משתרשי' של ממון השני.

ובשערי ישר (ס) כתב על סוגיה זו, וזו לשונו:

"ועיין בספר שער המשפט (סימן רצא ס"ק ד) מה שהקשה על הא דאמרינן 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 מעשיו 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.

ההשלכה לנידון דיין

לפי האמור עולה, כי בנושא דנן כאשר האשה או שותף מתגורר לבדו בדירה, 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, היינו שלא הייתה שוכרת דירה, אלא הייתה גרה אצל אחת מבני משפחתה, למשל, ואין כאן 'משתרשי', ורק מדין 'נהנה' לכאורה יש מקום לחייבה, ורק במקום שהשני מוגדר כ'חסר' כפי שהתבאר לעיל.

אלא שהתבאר לעיל בארוכה ההבדל בין מי שאך הוציא את בעל הבית מביתו בעל כורחו, למי שבעל הבית אף אמר לו "צא", וחילקנו בין קודם תביעת "דמי דימוש" אשר אף אם הוציאו בעל כרחו אינו חייב, אם השני אינו חסר, וכגון שהדירה עומדת למכירה כך שאין אפשרות להשכירה, והבעל גם לא נחסר בשכירת מקום דיור אחר, אלא הלך לגור אצל בני משפחתו.

אמנם כל זה איירי במי שנכנס לחצר חברו שלא מדעתו, שאז רק אם בישיבתו שם חיסרו ממון, חייב לשלם לו, אבל אם בעל הבית מחה בו שיצא, או אז חייב לשלם לו שכרו בכל אופן. ולכן אם הבעל מחה באשתו, וביקש לפנותה מהדירה, ולא לאפשר לה לגור שם לבדה, או שביקש לדור בדירה בחדר אחר, והציע פתרון ודרך בה יכולים שניהם לחלוק את השימוש בדירה ולגור שם, והאשה עכבה וגרה בכל הדירה למרות מחאתו, או שהוציאה נגדו צו הרחקה שלא בצדק. הרי בקשה זו היא בבחינת אמירת "צא", בכהאי גוונא שפיר חייב ב"דמי שימוש", גם אם אינו 'חסר'.

וזאת מלבד מה שכבר נתבאר כי דרישות לקבלת דמי שימוש, גם הן בבחינת "צא", כי משמעותן היא שאם לא תשלם לו דמי שימוש, אין לה את הזכות ליהנות מחלקו בדירה.

ספק אם הכריחה אותו לעזוב

והנה נתבאר לעיל שבעל שעזב מעצמו את הבית קודם הגירושין, אינו יכול לתבוע דמי שימוש על הזמן הזה, כיון שאינו מנוע מלדור בבית יחד עם האשה, וכל זמן שהשותפות קימת ויכולים לדור יחד, אין לזה שבחר לעזוב תביעה על חברו שדר שם, אשר "בשלו הוא משתמש", וכדברי הרשב"א.

אמנם באחד המקרים שבא לפנינו, טען האיש שנאלץ לעזוב את הבית בגלל אשתו. לדבריו, איימה עליו, וכן נאסרה עליו בשל בגידותיה. לדבריו האשה לא אפשרה לו לגור שם, ובכהאי גוונא יש הצדקה לחייבה בדמי שימוש על חלקו בדירה כמו שנתבאר לעיל. אמנם האשה מצידה מכחישה את כל האשמותיו המופנות כלפיה. מעתה, יש לדון כיצד יש לנהוג במקרה של ספק.

איסור מגורים משותפים כשנאסרה עליו

נקדים, שבעניין ההאשמה שנאסרה עליו מפני שבגדה בו, גם אם הדבר אכן נכון, נחלקו הפוסקים אם אכן אסור לו לדור עימה.

בשולחן ערוך אבן העזר (סימן קיז סעיף א) :

"הנושא אשה, ובדקה עצמה ונבעלה, ובעת שקנחה עצמה היא והוא נמצא דם על עד (פירוש סמרטוט או מטלית שבודקת עצמה בה) שלה או על עד שלו, אם אירע זה פעם אחר פעם ג' פעמים סמוכות זו לזו, הרי זו אסורה לישוב עם בעלה, ותצא בלא כתובה..."

והוסיף הרמ"א :

"הגה: יש אומרים דאם אינו רוצה לישא אחרת, ורוצה לשרות עם זו על ידי שלישי בשנה אחת, ולא ילך אצלה אלא בעדים, אין צריך לגרשה (ב"י בשם תשובת הר"ם וכן הוא בתשובת הרשב"א סימן תתמ). וכל שכן אם זנתה תחתיו, דמאיסה ליה, דשרי בכהאי גוונא (שם)".

וכתב על זה בחלקת מחוקק (סי' n) :

"דשרי בכהאי גוונא. משמע דוקא בכהאי גוונא שרי אבל בלא עדים אסור אפילו באשתו שזנתה. ובתשובה הנ"ל כתב בשם ר"י יכולה להיות תחתיו ותשמשנו כשפחה, משמע אפילו בביתו יכולה לשמשו, הואיל וזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו".

והיינו, שיש לחלק בין מי שאשתו אסורה עליו משום שרואה מחמת תשמיש, שאז אסורה לגור אתו אלא על ידי עדים, לבין מי שאשתו זינתה תחתיו, שאז היא מאוסה עליו ואין חשש שיבוא עליה.

מקור הדין מופיע בסוגיא במסכת זבחים (ב, ב) :

"אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת".

וכתבו על זה התוספות (ד"ה סתם אישה) :

"סתם אשה לאו לגירושין עומדת - ואפי' זינתה תחת בעלה, מכל מקום לאו להתגרש בגט זה עומדת, וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו..."

ואכן כך משמע מלשון שו"ת הרשב"א (חלק א סימן תתמ, והיא תשובה ממהר"ם מרוטנבורג) :

"ושוב מצאתי בספר רבי משה במז"ל (הרמב"ם) כדברי זה לשונו :

הרי שבדקה עצמה ונבעלה ובעת שקנחה עצמה היא והוא נמצא דם על שלו או על שלה. אם אירע זה פעם אחר פעם שלשה פעמים סמוכות זו לזו הרי זו אסורה לישוב עם בעלה עד כאן לשונו.

אלמא דאסורה לישוב עם בעלה דחיישינן שמא יבא עליה, דכיון דאסירא ליה אסור להשהותה. כי על רואה דם מחמת תשמיש כתב דאסורה לישוב עם בעלה. ועל נולדו לה מומין כתב אם רצה לקיים יקיים. ואף על גב דברי משכת זבחים (ב, ב) גבי אשה ולא לגירושין עומדת. כתב ר"י אשה לאו לגירושין עומדת דאפי' זינתה יכולה להיות תחתיו ותשמשנו כשפחה בעלמא. שאני התם דליכא למיחש כולי האי שמא יבא עליה. דכיון שזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו".

הרי שבתשובת הרשב"א משמע שאינה אסורה לדור עימו.

ואמנם, בבית שמואל (שם ס"ק ה) כתב, שכאשר יש לו ספק אם אכן זינתה עליו, הרי זה חמור יותר, ותאסר עליו לדור עימו משום שאינה מאוסה עליו כשאינו בטוח שאכן זינתה עליו. וכך כתב שם :

"דשרי בכהאי גוונא. משמע בלא עדים אסורה ובתשובה הנ"ל משמע אפי' בלא עדים מותרת, דלא חיישי' שיבוא עליה דמאוסה בעיניו. וכן משמע בתוספות גיטין דף עט וע' תשו' הרא"ש ובב"י ס"ס קטז בקינוי וסתירה אסור להתיחד עמה וכן בשבוי' כמ"ש בסי' ז', וכן הוא בש"ס אחר קינוי וסתירה מוסרים לו שני תלמידי חכמים שמא יבא עליה בדרך. ואפשר שם אכתי ספק הוא אם זנתה ואינה מאוסה לו כל כך".

בבית שמואל הקשה על סברת התוספות מהדין שמי שקינא לאשתו, ונאסרה עליו, כשהולך לבית המקדש להשקותה את מי המרים, מוסרים לו שני תלמידי חכמים שילווהו בדרך, כדי לשמור שלא יבוא עליה. הרי שלא אומרים שמאוסה עליו. ותירץ, ששם רק מסופק שמא זינתה, ויש יותר חשש.

ומכל מקום, ראינו שלדעת הבית שמואל והחלקת מחוקק אם זינתה מותרת להתיחד עימו. אלא שבפתי"ש שם (ס"ק ב') הביא שהבית מאיר והרדב"ז חלקו על סברא זו, והעלו שהדבר אסור, משום שבוודאי מכרת בקריצותיו ורמיזותיו, ויבואו לידי איסור.

וזה לשון תשובת הרדב"ז (חלק ב סימן תשמ) :

"שאלת על אשה שזנתה תחת בעלה אם מותרת לשמשו כשפחה או לא.

תשובה נמצא בתוספות בריש זבחים גבי "אשה לא לגירושין קיימא" (ב, ב) דאפי' זינתה אם ירצה הבעל לא יגרש רק שלא תשמשנו, וטעמו של דבר דליכא למיחש שמא יבא עליה דכיון דאיסור תורה הוא ותו כיון דזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו. ואין אני רואה לסמוך על הוראה זו, כיון שהיא מכרת ברמיזותיו וקירצותיו ורגילה אצלו, תשתדלנו לדבר עביר', כיון שזינתה עם בעלה ויצר לב האדם רע מנעוריו ולא יוכל לעמוד בעצתו, ומי הוא זה שידור עם נחש בכפיפה ולא תסיתנו. ואפילו על ידי עדים אני חוכך להחמיר, שאין אפטרופוס לעריות, דכל היכא דאמרינן תצא או יוציא בגט משמע, ולדעת מקצת אין מחייבין לתת גט, אבל מודים הם דמפרישין אותה ממנו, אבל שתעמוד עמו ותדור בביתו והוא נכנס ויוצא אין ראוי להתיר.

והוי יודע שאפילו לדעת התוספות לא התירו שיתיחד עמה, דלא גרע משאר נשים שאסורות עליו שאינו מתיחד עמהם, וכבר הוכחתי בראיות דכל היכא דאמרינן תצא, בגט משמע, ולא סגי בהפרשה והכא בנידון דידן תצא אמרינן, ובגט משמע, ואפילו אם תמצא לומר דלא הוי בגט, מכל מקום הפרשה בעי... ואפי' לפי התירוץ השני, מכל מקום הפרשה בעי. וקרוב אצלי שמה שכתבו בריש זבחים על ידי הפרשה נמי היא, וזהו שכתבו רק שלא תשמשנו.

וגדולה מזו כתב הרשב"א דאם לא (תרצה לצאת) [ירצה להוציאה] בגט, משמתינן ליה עד שיוציא בגט. וגם על התירוץ השני של התוספות חולק מהר"ם ז"ל שכתב בהא ודאי פליגנא עלך דאיכא למימר דוקא בההיא דסוטה שהיא שונאתו והוא שונאה מחמת שקנא לה ונסתרה תחתיו, הילכך ליכא למיחש, אבל בעלמא דלא סגי ליה אפילו באיסור כרת שהוא חמור יבא עליה ע"כ. וכל שכן בנידון דידן שהיא אינה שונאתו שהרי לא קנא לה, דודאי חיישינן שמא תשדלנו ויבא עליה.

כללא דמילתא דעתי הוא דאף על גב דאיכא תרתני, שהוא אסור תורה, ותו דמאיסה ליה, תצא בגט, ואם לא רצה משמתין ליה עד שיוציא, דעצת זמה יש ביניהם".

הרי שנחלקו הפוסקים האם מותר לו לגור עמה, גם אם באמת זינתה תחתיו. וגם לדעת המתירים, כאשר ישנו ספק אם זינתה, העניין חמור יותר, ותיאסר לדור עימו שמא יבוא עליה.

והנה לכאורה גם אם האיסור לדור עימה אינו אלא מחמת הספק בלבד, לכאורה די בכך בכדי להטיל את אשמת הפירוד עליה. כך מצינו במי שקינא לאשתו והתייחדה, שנאסרה עליו רק מחמת הספק, ובכל זאת מפסידה את כתובתה (אבן העזר סי' קטו סעי' ח). ואמנם אין נדונינו דומה לשם, משום שכאשר היה קינוי וסתירה, חובת ההלכה היא שאסורה עליו מחמת סתירתה. לא כן בנידון דידן, שאף שחושד בה, אין לו ראיות מספיקות בכדי להוכיח את טענתו ולאוסרה עליו.

חיוב במקרה של ספק - קרקע בחזקת בעליה עומדת

כאמור, האיש טען עוד שעזב בגלל האיומים של אשתו, ואם כן הרי היא חייבת לו דמי שימוש על חלקו בדירה המשותפת, אך אשתו מכחישה את הטענה מכל וכל. ויש לדון במקרה שלפנינו, מה הדין כשיש ספק.

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שיב סט"ו) 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 סק"ו) 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 לן) השכירות. עכ"ל.

וכתב רש"י (ב"מ קב, ב) 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 סק"ד) 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 ב"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 ס"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 הלוח 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..."

ובשולחן ערוך (סי' שיז 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 ראיה ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת ויוציאו. הגה: והוא הדין בשאר טענות..."

ובסמ"ע (שם ס"ק 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 ראיה..."

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 שתיים, וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות, הרי הפירות בחזקת אוכליהם עד שיביא בעל הקרקע ראיה. ויש מי שאומר שאם יראה לבית דין שלא יוכל השוכר או הממשכן לברר עוד דבריו מוציאין מידו..."

וכתב שם הסמ"ע (סי"ק יא) וזו לשונו:

"זו לשון הטור:

אין מוציאין מידו עד שיביא המשכיר ראייה, שהיום או למחר יביא השוכר עדים שהוא כדבריו והיינו צריכים להחזיר לו, ואטררוחי בי דינא בכדי לא מטרחינו, ולפיכך כתב אדוני אבי הרא"ש (בבא מציעא פרק ט סימן מ, ושם הוא לענין מלווה האוכל פירות קרקע הממושכנת "...שלא יוכל המלווה... מוציאין הפירות מיד המלווה 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 סק"א) 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 כדן שמא דהתם..."

ובנתיבות המשפט הרחיב בביאור הדברים, ועל פי דברי הש"ך כתב בדיני תפיסה בעדים (קיצור כללי דיני תפיסה אות כב): "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 ריח (סעיף י) שסך המעות ידוע, רק שטוען שמגיע לו היתרון של הקרקע. וכן במרחץ שהשכיר לו ביי"ב זהובים לשנה דינר לחודש, שהסך ידוע י"ב זהובים רק שתובע שמגיע לו עוד חודש דירה (בבא מציעא קב, 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"ק א) ביאר את דברי הש"ך וכך כתב:

"... ואחר העיון קורא אני עליו דברי תורה עניים במקום זה וכו', דבסימן שיז 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 (ק, 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 שיז 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 (סימן שיב ס"ד) 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 ביי"ב, וזה טוען ביי"ג, אילו היה טוען ברי ביי"ב, השוכר נאמן, דהוי ממש כזה אומר בעשרה וזה אומר בחמישה, משום דהוי כטוען לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר. רק מחמת שטוען שמא, לא מהני תפיסה בספיקא, דהא על כרחך מיירי שהיה צריך להקדים לו השכירות לחודש 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.

וקושית 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

לטוען, 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 מעיי", 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' וכנ"ל.

העולה מהאמור לכאורה הוא, שגם במקרה ויש ספק לענין דמי השכירות, בעל הקרקע הינו המוחזק. ואם כן לכאורה ניתן היה לומר במקרה דנן עליה לשלם לאיש גם אם אנו מסופקים בלבד, מהכלל "קרקע בחזקת בעליה עומדת".

אלא שאין הדבר כך. כבר הוזכר לעיל, ששני הצדדים הינם שותפים בדירה. בדרך כלל, זכותו של כל שותף הוא להתגורר בדירה כמה שיחפוץ. אלא שאם אחד מוציא את השני בעל כורחו, הרי יכול לתובעו ב"דמי שימוש". יוצא אם כן, שאדרבא להיפך, במקרה שלנו האשה היא זו שמוחזקת בדירה, והבעל הטוען כנגדה שמעלה בשימושי הדירה, ונשללה ממנה הזכות לדור שם, הוא המוציא מחברו, ועליו חובת ההוכחה.

ג. דמי שימוש במטלטלין

עד כאן עסקנו בדיני נהנה, ובתביעה ל"דמי שימוש" על דיור בדירה - קרקע משותפת, והרחבנו בדינים אלו.

שונה הדבר כאשר התביעה היא על שימוש במטלטלין משותפים, כפי שיתבאר, ונפתח בהבאת מקרה מעשי שבו עלה נידון זה.

תיאור המקרה

בני זוג שחתמו הסכם גירושין, ושם נכתב כי כלי הרכב אשר בבעלותם יתחלק בין שניהם בשוה, על ידי שיקנה אותו הבעל עצמו, או שימכר בשוק החופשי ויחלקו בתמורתו.

בפועל התעכבו במימוש ההסכם, והבעל המשיך לנהוג ברכב במשך שנה, וכעת תובעת הגרושה, דמי שימוש ברכב המשותף על כל התקופה שהשתמש בו, מאז חתימת ההסכם. מלבד תביעתה למחצית דמי הרכב ממועד חתימת ההסכם.

המשתמש במטלטלין של חברו שלא מדעתו

במסכת בבא קמא (צו, ב) איתא :

"זה הכלל, כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה... ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה. אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו זילו שומו שבחא דאשבח... אמר ליה, סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה. אמר ליה... האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסייה".

נמצא שכיון שצמד השוורים הוא מטלטלין, משום כך גם אם גזלן אדם מחבירו, והשתמש בהן ונהנה מהם, מכל מקום פטור מהנאתו ומרווחיו אלו, משום הכלל שכל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה. ולא ניתן לומר שהגזלן אכל את חסרונו של חבירו, כמו שכתב הרא"ש ביחס לקרקע וכפי שיובא להלן, משום שכיון שקנה המטלטלין בקנייני גזילה, שוב חשיב כאוכל את שלו, ולא את של חבירו.

ובשו"ע חו"מ (סי' שסג סעי' ג) נפסק :

"הגזל בהמה, ונשא עליה משא, או רכב עליה, או חרש, או דש בה, וכיוצא בזה, והחזירה לבעליה, אף על פי שעבר בלא תעשה, אינו חייב לשלם כלום, שהרי לא הפסידה ולא הכחישה. ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם, קונסין אותו, ואפילו בחו"ל, ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל".

וכתב הסמ"ע (סי' קז) וז"ל :

"אינו חייב לשלם כלום, פירוש אף על פי שגם בעל הבהמה היה צריך לבהמה זו לעשות בה מלאכתו, וביטלה ממנו, אפילו הכי כיון דלא הפסידה, יכול להחזירה בעינה, דקימא לן דגזלן אינו משלם אלא כשעת הגזילה".

ובמסכת בבא קמא (צז, א) מובא עוד :

"איתמר, התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל, רצה פחתה (רש"י: אם נשברה או נתקלקלה, ודמי פחתה יתירין על שכרה, נוטל דמי פחתה) נוטל. ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא לא פליגי, הא דעבידא לאגרא (מסתמא כי נחית לה אדעתא דאגרא נחית, הלכך לאו בתורת גזלן דיינין ליה, ונותן שכרה על כרחו, אם רבין הן על דמי פחתה), הא דלא עבידא לאגרא (לא יהיב ליה אלא פחתה). ואיבעית אימא, הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא (רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה, נוטל דמי פחתה, דהא על כרחיה שקלה וגזל הוא), והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא (אפי' שכרה גדול מפחתה, לא יהיב אלא פחתה, דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה)".

ובש"ע חו"מ (סי' רסג סעי' ה) נפסק:

"התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם. ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה, נוטל, רצה ליטול פחתה, נוטל. ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת וכן כל כיוצא בזה. והוא הדין אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת, גזלן הוי..."

וכתב הסמ"ע (סק"י"ב) וז"ל:

"ואם היא עשויה לשכר כו', פירוש, בזה יד בעל הספינה על העליונה, כיון דזה התוקף דעתו לשלם, נוטל ממנו שכירותו אם ירצה, ואם אינו רוצה, נוטל ממנו פחת הכלי, כיון דנטלו שלא ברשות, וכדין גזלן דמשלם כשעת הגזילה. אבל אם נוטל ממנו השכירות, אינו נוטל גם כן הפחת, דהרי נפחת מחמת מלאכה, וכדין כל שוכר".

והש"ך שם (סק"ח) כתב וז"ל:

"התוקף עבדו של חברו כו', מוכח מסעיף זה וסעיף שאחר כך, דמטלטלין דנגזלין, אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן, אפי' קיימא לאגרא פטור, כיון דגזלן, ברשות הגזלן הוי, ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה, ודוק. וכן משמע לקמן סי' שעא ס"ב".

ובסי' שעא שם נפסק:

"לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאיליו, כגון ששטפה נהר, אין אחריות ההפסד על הגזלן, שבחזקת בעליה עומדת, ואומר לו, הרי שלך לפניך. אבל אם הפסידה הגזלן בידו, כגון שחפר בה בורות, שיחין ומערות, או שקצץ את האילנות, ושחת את המעיינות, והרס את הבנין, חייב להעמיד לו בית או שדה, כמו שהיו בשעת הגזילה, או ישלם דמי מה שהפסיד. הגה, וכשם שהקרקע בחזקת הנגזל, שיכול לומר הרי שלך לפניך, כן הוא ברשותו לטובתו, דאף על גב דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת גזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה ממנה (טור)".

ובגליון מהרש"א שם כתב:

"אלא אם נשתמש, והוא הדין מטלטלין בשימש בלא הגבהה, כיון דלא קנה אותם".

והט"ז שם כתב:

"ואם עשויה לשכר, פירוש, כיון דשקיל שלא ברשות בעלים, הוה ליה על כל פנים גזלן, משום הכי הברירה ביד הבעלים, אם ליקח ממנו כדין גזלן, דהיינו הפחת, או ליקח ממנו כאשר נתרצה הוא בשעת התקיפה, אלא אם כן דנחית בהדיא בתורת גזל, אז אינו אלא גזלן לחוד, וכן נראה מדברי רבינו (הטור סעיף ד) ורמב"ם (פ"ג מגזילה הלכה ח) שפירשו דמיירי [ב]מי שלקחה שלא מדעת..."

ובעניין קרקע ועבד מובא שם לעיל בגמרא:

"ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי, והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב, התוקף בעבדו של חברו ועשה בו מלאכה פטור, ואי סלקא דעתך עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור, ברשותא דמריה קאי. הכא במאי עסקינן, שלא בשעת מלאכה".

ופירש רש"י:

"פטור, מלשלם לבעליו שכרו. שלא בשעת מלאכה, בשעה [שאינו רגיל] לעשות מלאכה או שאין עכשיו לבעליו מלאכה לעשות, דזה נהנה וזה אין חסר הוא ופטור".

והתוספות שם (ד"ה 'ומי') כתבו:

"ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי, והאמר רב דניאל בר רב קטינא כו', ואם היה כמקרקעי דמי, אפילו נחת ליה בתורת גזלנות, לא נפק מרשותיה דמריה, דהוי כקרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא, היכא דקאי לאגרא, כמו ספינה דלקמן, היכא דלא נחת ליה בתורת גזלנות".

דמי שימוש במטלטלין שנקנו והתברר שהיה מקח טעות מחמת מום

והנה, הרמב"ם (הלכות מכירה פט"ז ה"ח) פסק:

"המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר קרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר".

והאור שמח שם כתב :

"ומכאן דן השלטי גיבורים בפרק הזהב (ב"מ ל, ב בדפי הרי"ף, סוף אות א'), דהמוכר סוס לחבירו ונשתמש בו ונודע לו אחר כך מום, דצריך לשלם שכרו, ואם הרויח בו, צריך ליתן לו כל מה שהרויח בו, דומיא דהכא דמשלם כל הפירות".

כלומר, לדעת השלטי גיבורים שימוש במטלטלין מחייב תשלום דמי שימוש.

והאור שמח שם תמה עליו וז"ל :

"ואחרי הסליחה מכבוד תורתו אמינא דדא פשיטא דהרויח אינו מחזיר לו, רק על השכר קא מיבעי, דתנין בפרק הגזול עצים (ב"ק דף צז, א) התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, רצה שכרה נוטל רצה פחתה כו', לא פליגי, הא דעבידא לאגרא כו', הא דנחית אדעתא דאגרא, מוכח דתרווייהו בעי, שתהא קיימא לאגרא, ויהא דנחית אדעתא דאגרא, אבל בקרקע דין אחר לו, כמו שאמר תמן קודם, ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי כו', התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, ופירשו בתוספות (שם ד"ה ומי) ואם הוי כמקרקעי, אפילו נחית בתורת גזילה לא נפיק מרשות מריה, דהוי כמו קרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא היכא כו', אם כן כאן בחצר שפיר צריך להעלות לו שכר, אבל במוכר סוס ועשה בו מלאכה, כיון דהוא דבר דנגזל, ודאי דאין צריך ליתן מה שהרויח, רק בשכר מבעי, אם דוקא דנחית אדעתא דגזלנותא הא, כיון שסבור שהוא שלו, ואדעתא דידיה משתמש, משלם אגרא, כמו היכי דנחית אדעתא דאגרא, דאין כוונתו לגזול מן בעל הבית ולהשתמש בבהמתו בחנם, אם לא דסבור שהוא שלו, או דילמא כיון שאינו מכוון לשלם שכר, ועביד להשתמש בחנם, פטור מלשלם, ומחזיר לו בהמתו כמו שהיתה, והדבר צ"ע..."

נמצא כי דין מטלטלין שונה מדין קרקע, ורק בקרקע שאינה נגזלת, חייב בשכר שימוש, בשדה שקיימא לאגרא, שאז חייב מדין זה נהנה וזה חסר, אבל במטלטלין שנגזלים, אזי אם נתכוין לגזול, פטור מתשלום שכר, וחייב להשיבם כשעת הגזילה.

אלא שבמקרה של השלטי גיבורים, בו מדובר באדם שקנה סוס והשתמש בו, ולאחר מכן נודע שיש בו מום, והמקח בטל, פסק השלטי גיבורים שחייב בתשלומים. מנגד דעת האור שמח היא כי יש להסתפק בדבר, כי אף אמנם אם התכוון לגזול, הרי הוא פטור מדמי שכירות, ואם התכוון להשתמש בסוס על דעת לשלם שכירות, וודאי שיהיה חייב בדמי השימוש. אולם במקרה שנמצא בו מום, הרי שכאשר השתמש עדיין לא ידע על המום, והשתמש בו כי חשב שהסוס שייך לו, ובזה מסתפק האור שמח בהגדרת מקרה זה, שכן מצד אחד לא ניתן להגדירו כגזול, שהרי לא התכוון לגזול אלא להשתמש בו, ונחשב כירד אדעתא דאגרא, או שמא נאמר שכיון שהשתמש בכוונה שלא לשלם בעבור השימוש, כי חשב שהוא שלו, נחשב כירד אדעתא דגזלנותא.

ובהמשך דברי האור שמח לאחר שדן בדברי הרשב"א שציטט שם בהמשך, כתב :

"... יהיה איך שיהיה הדבר ספק לדידן, דלדעת רשב"א יש לצדד הרבה דאף כאן פטור מלשלם, ולכאורה נראה דתליא אם נימא דהמוכר דבר שיש בו מום, אם המוכר יכול לחזור בו, טרם שנודע ללוקח, דאם נימא דאין המוכר יכול לחזור בו, הרי נפיק מרשות בעלים, דבדידיה דלוקח תלוי, ולא במוכר, ועיין (ח"מ) סימן רלב בסמ"ע ס"ק יב, ויש אתי להאריך ואין כאן מקומו, וראיתי בשו"ת רשב"ש סימן תעו שכתב בבגד שצריך לשלם שכר לבישתו, וכשלטי הגבורים, יעו"ש".

ובשו"ת הרשב"ש (סימן תעו) כתב :

"המוכר בגד לחבירו ונמצא בו מום... ואם הבגד כבר נעשה ממנו מלבוש, ולבשה קודם שנגלה המום, והיה מום שלא היה יכול להכירו עד עתה, וחוזר הבגד למוכר... וצריך ליתן לו שכר לבישתו, כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות מכירה, גבי המוכר בית ומצא בו מום..."

נמצא כי הרשב"ש פסק כדעת השלטי גיבורים, שכאשר השתמש במטלטלין וחשב שהם שלו, לא נחשב כירד על דעת גזלנות, אלא נחשב כירד על דעת שכר. וכאמור האור שמח נשאר בספק בדין זה.

אולם במקרה שידע המשתמש במטלטלין שהם אינם שייכים לו, לכל הדעות אם התכוון לגזלנות פטור מדמי שימוש. ואם התכוון על דעת לשלם שכר, ודאי חייב בשכירות. אלא שכיון שהשתמש בלי רשות, אזי בידו של הבעלים להחליט, אם רוצה שהמשתמש ישלם דמי הפחת של החפץ בשל שימוש, או דמי השכירות על תקופת השימוש, וכפי שנפסק בשו"ע שם.

ועוד נפסק שם שאם השתמש ללא רשות, על דעת לשאול את החפץ, ולא על דעת שכירות, אינו חייב בדמי שכירות, משום ששואל שלא מדעת הרי הוא גזול.

אוכל חסרונו של חבירו בקרקע ובמטלטלין

בעניין זה של דמי שימוש במטלטלין שאין לחייבם מכיון שקנה אותם השואל שלא מדעת או הגזול, יש להוסיף כדלהלן.

דהנה, לעיל הבאנו את מחלוקת הראשונים הידועה בדין "זה לא נהנה וזה חסר", אם דינו שחייב כמו דינו של זה נהנה וזה חסר.

דהנה, תוספות במסכת בבא קמא (כ, א) ד"ה זה אין נהנה וזה אין חסר הוא, כתבו וז"ל:

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

אולם מנגד הבאנו לעיל באורך כי הרי"ף והרא"ש ושאר הראשונים חלקו על דברי התוספות (כמצוין גם בהגהות הגר"א על הדר). וז"ל הרא"ש שם (סי' ו):

"אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר הוא. פרי"ה 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 אמר, 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".

ועל דברי הרא"ש כתב שם הפלפולא חריפתא (אות ו) בעניין דין מטלטלין, אם שייך בו "אוכל חסרונו של חבירו", וז"ל:

"השתא מיהא קאכל וכוי, ודוקא בחצר ושאר קרקעות, דקרקע ברשותא דמריה קיימא, אבל במטלטלי, אפילו דעביד למיגר, כי גזלן ואכל החיסרון, שחיסר לבעליהן שהיו יכולין להשתכר בהן, פטור מתשלומין של החסרון, שאין משלם אלא כשעת הגזילה. והכי איתא בפרק הגוזל קמא בתוקף הספינה ע"ש..."

נמצא אפוא, כי במטלטלין כיון שנקנו בקניני גזילה, הרי שהגזלן אוכל את "חסרונו" של עצמו, כי המטלטלין נכנסו לרשותו.

ומעתה, ההכרעה במקרה דנן לכאורה היא, כי מכיון שהגרש השתמש ברכב המשותף של הצדדים (רכב זה היה צריך להמכר בשוק החופשי מיד לאחר חתימת ההסכם, וכפי שנראה מהסכם הגירושין שבין הצדדים, ונעשה עליו קנין וניתן לו תוקף של פסק דין), וכוונת שימושו של הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכל השיטות, נחשב הוא לכאורה מבלי שנתכוון לכך, כדינו של גזלן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גזלן. ונמצא שהוא פטור מדמי שכירות, וכל חיובו הוא להשיב את הגזילה כשעת הגזילה.

במקרה דנן אם בית הדין יטיל על הגרוש לשלם את מחצית שווי הרכב, לפי ערכו ושוויו בזמן חתימת ההסכם, הרי כי בזה ישלם את הגזילה כשעת הגזילה, שהרי מעת חתימת ההסכם והקניין, הרכב שייך גם לאשה, והמשך החזקתו אז, היא שעת הגזילה.

שוכר מטלטלין של חברו שלא מדעת וללא רשות אם דינו כגזלן

והנה, מצינו שיטות ב"שוכר שלא מדעת", ששימוש ללא הסכמת הבעלים אינו נחשב לגזילה. נברר להלן אם מקרה דנן מתאים לכך.

דהנה, בשיטה מקובצת (שם צז, א) כתב:

"אי נחית לה אדעתא דגזלנותא, אינו נוטל אלא פחתא, קשיא לי אי פחת דאית ביה שנוי הוא, הא אמרינן אין שמין לא לגנב ולא לגזלן, אלא הגזלן נוטל השברים, ומשלם הספינה מעליא, דהא קיימא לן שינוי קונה. ואי בפחתא דלית ביה שינוי, דלא קני ליה, אמאי משלם פחתא, ליהוי ככחשא דהדר, כיון דלא הוי שינוי אומר לו הרי שלך לפניך..."

אלא נראה לי, דהאי דאמר דנחית לה בתורת גזלנותא, לאו לגזלה ממש, שלא יחזירנה לעולם, אלא להשתמש בה חנם ולהחזירה לו, דכיון דהכי הוא הוה ליה כשואל שלא מדעת, דאף על גב דמשוינן ליה כגזלן, לענין מתה מחמת מלאכה ולכל אונסין, אפילו הכי לא נפיק ליה מכלל שואל, ואפילו בפחתא דאית ביה שינוי, שמין לו שברים כשואל, דלא קנסינן ליה כולי האי, ולישנא נמי הכי משמע דקאמר התוקף (ולא הגוזל) ובין לרב ובין לשמואל קאמרי... הרבב"ד ז"ל".

והנה יש צורך לבאר את אפשרות הבחירה הזו, אשר בידו של הנגזל להחליט אם הגזלן הוא שוכר או גזלן.

ובנתיבות המשפט ביאורים (סי' שסג סק"ו) הביא את דברי הראב"ד הללו (בשם רשב"א בט"ס) לבאר את סברת אפשרות הבחירה, בין פחת או שכר, וז"ל:

"שמין כמה פחתה, ומבואר ברשב"א (צ"ל: הראב"ד) בחידושו, דמכל מקום אין לו דין גזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר, דאין שמין לגזלן, ואם הוזלו השברים פחת הזול על הגזלן, מה שאין כן בזה שלא נתכוין לגזול, רק לעשות מלאכה, אף דשואל שלא מדעת גזלן, מכל מקום לא קנסוהו כל כך, עיין שם".

והוסיף הנתה"מ:

"ונראה דהא דלא קנסוהו, הוא לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי, ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת".

ובסימן שח (ביאורים סק"ד) הביא הנתיבות המשפט שוב את דברי הראב"ד בשיטמ"ק שם, בביאור דברי הרמ"א שם בענין "שוכר שלא מדעת", וכדלהלן.

דהנה, הרמ"א שם (סעיף ז בשם תרומת הדשן סי' שטז), כתב בזה"ל:

"הלוקח חמורו של חבירו שלא מדעתו ועושה מלאכתו, וכוונתו ליתן לו שכרו, הוי כשואל שלא מדעת והוי גזלן. ואם החמור עומד לשכור, לא הוי גזלן. ומיהו אם מיחו בו בני ביתו, ואומרים שבעל החמור צריך לחמורו, הוי כשלא מדעת והוי גזלן. ואם לקחו להציל את שלו, ורוצה ליתן לבעל החמור הפסדו, לא הוי גזלן, דתנאי בית דין הוא (ת"ה סימן שטז), כדלעיל סימן רסד סעיף ה. ועיין לקמן סי' שסג סעיף ה מדינים אלו".

לדברי הרמ"א נמצא, כי השוכר שלא לדעת וללא רשות, אין דינו כגזלן, אם החפץ עומד לשכירות, ולא מיחו בו.

והנתיבות שם כתב בזה"ל:

"עומד לשכור לא הוי גזלן, היינו דפטור מאונסין, אבל בפחת שמחמת מלאכה ודאי חייב, כשרוצה הבעל הבית, כמבואר בסימן שסג סעיף ה, עיין שם גבי התוקף ספינתו של חבירו, דאם עומד להשכיר, דרצה פחתה נוטל. והטעם הוא כעין שכתב השיטה מקובצת בבא קמא דף צז ע"א (ד"ה אי נחית) גבי שואל שלא מדעת, דאף שלא נתכוין לגזול הגוף, רבנן שוויהו כגזלן, ומכל מקום לא חייבוהו לשלם השברים, רק הכחישה מחמת מלאכה, עיין שם, והכי נמי בשוכר שלא מדעת".

נמצא לסיכום דברי הראב"ד והנתה"מ, כי גם שואל שלא מדעת שנחשב כגזלן, אין דינו כגזלן גמור, כי אף שחייב באונסין אם נאנס החפץ לגמרי כדין גזלן, מכל מקום אם נותרו שברים, שמין את השברים (כדין שואל שחייב באונסין ומכל מקום שמין השברים וחייבו באונסין הוא על היתרה בין השברים ובין כל הפסד הבעלים), והשברים שייכים לנגזל, ואם פחתו פחתו לנגזל, ואין הגזלן חייב בפחת הנוסף, שמכיון שהתכוון לשאול ולא לגזול לגמרי, אף שנחשב כגזלן, מכל מקום לא קנסוהו גם ביחס לשברים. וכעין זה בשוכר שלא מדעת, כאשר התכוון לשלם על השכירות, שאין דינו כלל כגזלן לדעת הרמ"א והתרה"ד, ופטור מאונסין, ומכל מקום חייב בפחת המטלטלין מחמת המלאכה, אבל לא חייבוהו לשלם השברים, ואלו יהיו שייכים לבעליהן, ואם יפחתו לאחר מכן, הפחת אינו מוטל על השוכר, אלא על בעל הבית.

אמנם ב"שוכר שלא מדעת" שהוכח מדברי הרמ"א בשם התרה"ד שאין דינו כגזלן, ופטור מאונסין, כיון שנתכוון לשלם שכירות, ולא מיחו בו הבעלים, ישנם דעות חולקות, וכדלהלן.

דהנה, ה"ט"ז (סי' שסג סעי' ה) כתב:

"ואם עשויה לשכר, פירוש, כיון דשקיל שלא ברשות בעלים הוה ליה על כל פנים גזלן, משום הכי הברירה ביד הבעלים אם ליקח ממנו כדין גזלן, דהיינו הפחת, או ליקח ממנו כאשר נתרצה הוא בשעת התקיפה, אלא אם כן דנחית בהדיא בתורת גזל, אז אינו אלא גזלן לחוד, וכן נראה מדברי רבינו (הטור סעיף ד) ורמב"ם (פ"ג מגזילה ה' ח) שפירשו דמיירי [ב]מי שלקחה שלא מדעת, אבל רש"י (ב"ק צז, א ד"ה נחת) פירש דמיירי שלקחה בעל כרחו".

נמצא שה"ט"ז תלה הדבר במחלוקת רש"י והרמב"ם, שלדעת הרמב"ם שוכר שלא מדעת דינו כגזלן, ואילו לדעת רש"י רק אם לקח את החפץ בעל כרחו של בעליו, בבחינת "התוקף ספינתו", אז נחשב כגזלן למרות שלקחו כדי לשוכרו ולשלם שכירותו, אולם אם לא לקחו בעל כרחו, אלא רק שלא מדעתו, על מנת לשלם שכירותו, ומדובר בחפץ העומד להשכיר, בכהאי גוונא לא נחשב לגזלן אלא לשוכר.

כדי להבהיר כיצד הדבר תלוי בדעת רש"י והרמב"ם נצטט את לשונם, וכדלהלן.

דהנה בסוגית גמרא שם כתב רש"י שם כמצוטט לעיל, כך:

"נחת לה אדעתא דאגרא, רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה, נוטל דמי פחתה, דהא על כרחו שקלה וגזל הוא".

ומשמעות דברי רש"י להבנת ה"ט"ז, היא כי מדובר שלקחה בעל כרחו של הבעלים ותקפו. אולם סתם שוכר שלא לדעת לא נחשב לגזלן כלל. אולם מדברי הרמב"ם משמע שאף בשוכר שלא לדעת בסתמא, וכמשמעות הרמ"א הנ"ל מסי' שח בשם התרוה"ד, נחשב כגזלן לעניין שניתן לבחור אם לגבות ממנו הפחת או דמי השכירות, ונכלל

דהנה, הרמב"ם (גולה ואבדה פי"ג ה"ח) כתב וז"ל:

"התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה נוטל, רצה ליטול פחתה נוטל, ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת, וכן כל כיוצא בזה".

ומדייק הט"ז בדבריו כי אף שירד סתם **שלא ברשות**, גם אז דינו כדין תוקף ספינתו.

לדברי הט"ז, השו"ע שציטט את לשון הרמב"ם, משמע שסובר כדבריו, שאף מבלי לתקוף את המטלטלין בעל כרחו, שייך דין זה של "תוקף ספינתו". כדברי הט"ז כתב גם המחנ"א (הלכות גזילה שם).

אמנם הקצות החושן בסימן שח סק"ג, ביחס לדברי הרמ"א בשם התרה"ד, נקט בדבר רש"י שסובר כדברי הרמב"ם, וז"ל:

"ואם החמור עומד לישכר לא הוי גזלן, בתרומת הדשן ס"י שטז ראובן היה לו סוס בביתו ויצא לשוק, ובא שמעון לביתו של ראובן ולקח הסוס לרכוב עליו מהר, עבור חוב אחד שאם לא ירכב עתה יהא בודאי נפסד, והחוב הוא בערך מאה ליטרין, ושום סוס אחר לא נמצא לו, אמרה אשת ראובן לשמעון, אל תקח הסוס כלל, כי בעלי צריך גם כן לרכוב עליו מיד עבור עסק אחד, אמר שמעון כמה הוא העסק יו"ד ליטרין, אני צריך לק' ליטרין, אפרע מיד העסק שלו אם יהיה נפסד, [ו]אקח הסוס, וכן לקח אותו על מנת לפרוע גם כן שכרו, כי הסוס עומד להשכיר לכל, ונאנס בדרך, חייב שמעון לשלם דמי הסוס לראובן או לא.

ועין שם שכתב, יראה לפום ריהטא דחייב, כיון דאמרה לו דבעלה צריך, ואין דעתו כלל להשכירו עכשיו, הוה ליה שוכר שלא מדעת, ונקרא גזלן, כמו שואל שלא מדעת, כיון דהשתא ודאי לא ניחא ליה לראובן בשכירות כו', והעלה כיון דברשות לקח, והוא ברשות בית דין, משום שהיה על פי תנאי בית דין שאם נסדקה לאחד חבית של דבש, שופך יינו של חברו כדי להציל דבשו, ונותן לו דמי יינו (ב"ק פ"א, ב), ואם כן הוה ליה שוכר שפטור מאונסין עכ"ל וע"ש.

ומשמע ליה להרמ"א, מדכתב כיון דאמרה דבעלה צריך, ואין דעתו להשכירו עכשיו, ומשמע הא נטלו שלא מדעת ולא מיחתה בו, לא הוי גזלן, כיון שעומד להשכירו.

אמנם נראה, דוקא כשנאנס הוא דפטור, ומשום דלא הוי גזלן כיון שעומד להשכירו, ואם לקחו להציל שלו, אפילו מיחה, כיון שרשאי ברשות בית דין, אבל אם מתה מחמת מלאכה חייב, דאף על גב דשוכר פטור במתה מחמת מלאכה, זה שנטלו שלא מדעת, אף על גב דעומד להשכירו חייב, וכדמוכח פרק הגוזל קמא דף צז תוקף ספינתו... ומוכח דאפילו היכא דקיימא לאגרא, ונחית אדעתא דאגרא, רצה נוטל פחתה, אם הפחת יתר על השכר, וכן פסק הרמב"ם... ואם כן הוא הדין בחמור העשוי לשכור, ונפחתה מחמת מלאכה, רצה נוטל שכרה, אם השכר יתירה על הפחת, ואם הפחת יתירה נוטל פחתה. ואם כן מה שכתב הרמ"א דלא הוי גזלן, היינו להתחייב באונסין, אבל בכחש או מתה מחמת מלאכה, לא הוי דינו כשוכר וחייב לשלם.

ועין שם לשון רש"י, בהא דקיימא לאגרא רצה נוטל פחתה (ד"ה נחת לה), דהא בעל כרחיה שקלה וגזלן הוא ע"ש, ומשמע מזה דהוה ליה גזלן ממש וחייב אפילו באונסין, וצריך עיון".

מדברי הקצות החושן, שהביא את דברי רש"י הנזכרים, ביחס למקרה של התרה"ד, העוסק בשכר ללא רשות הבעלים, אך לא תקפו בעל כרחו, ועל כך מצטט את דברי רש"י שנקט לשון "בעל כרחו", שסובר ביחס למקרה של התרה"ד שנחשב כגזלן לגמרי, וחייב אף באונסין (ולא רק בפחת מחמת מלאכה), אם בחר בעל הסוס בדרך של "פחת", ולא בדרך של דמי שכירות. משמע שבאר ולמד את דברי רש"י במה שכתב "בעל כרחו", שהכוונה היא לאו דווקא בעל כרחו ממש, אלא אף בהשתמש בלי רשות, גם נכלל בכלל התוקף. ומשמע שהקצות החושן חולק על הט"ז בהבנת דברי רש"י, וסבירא ליה שאין מחלוקת בין הרמב"ם ובין רש"י.

כדברי הקצות"ח סבר גם אחיו בעל ה"תרומת הכרי"י בסי' שסג סק"ד (ד"ה אם רצה). עיי"ש.

נמצא לסיכום כי "שוכר שלא ברשות", וגם לא מיחו בו, אם חשיב שוכר גמור, או נכלל בדין "תוקף ספינתו", תלוי במחלוקת הנ"ל, כי לדעת הקצות"ח והתרומת הכרי, לכולי עלמא בין לרש"י ובין לרמב"ם נחשב כתוקף ספינתו, שדינו "רצה גובה הפחת רצה גובה שכר". אבל לדעת הט"ז והמחנ"א נחלקו בזה הרמב"ם ורש"י, דלדעת רש"י חשיב כשוכר בעלמא, ורק בתקפו בעל כרחו נחשב בדין תוקף ספינתו, ואילו לדעת הרמב"ם גם בשוכר שלא ברשות נכלל בכלל תוקף ספינתו. גם לדעה זו ההלכה כדעת הרמב"ם כפי שנפסק בשו"ע שציטט את לשון הרמב"ם.

והנה, מקרה דנן אינו שייך כלל לדין זה, שהרי הבעל שהשתמש ברכב של שני הצדדים, לא התכוון כלל לשלם שכר בעד שימוש, כך שמבחינה זו, עדיין יש מקום להגדירו בכלל דינו הרחב של שואל שלא מדעת שדינו כגזלן, וממילא אינו משלם שכירות בעד שימוש ברכב, שהוא מטלטלין, וחייב בעלות הרכב כשעת הגזילה, וגם חייב בכל חיובי אונסין כגזלן.

שואל שלא מדעת אם נחשב כגזלן לכל עניין

והנה, בדברי יחזקאל (סי' נב סק"ד) כתב ביחס לדברי הראב"ד בשיטמ"ק בזה"ל:

"ומבואר מדבריו, דשואל שלא מדעת דהוי גזלן, אינו אלא לחיוב אונסין בלבד, ולא לענין קנייני גזילה לקנות בשינוי וכיוצא בזה, והיינו טעמא משום דאין הגזלן קונה הגזילה לטובתו בעל כרחו, ודוקא לענין חיוב אונסין אמרינן בעל כרחיה חייביה רחמנא. ועיין בנימוק"י בשם הרמ"ה בסוגיא דאין שמין לעיל (דף י"א) דחולק על זה..."

לדבריו, דעת הראב"ד כי שואל שלא מדעת נחשב גזלן רק לענין חיוב אונסין, אך לא לענין קנייני גזילה. ומשכך נראה לדעתו, שלדעת הראב"ד שואל שלא מדעת חיובו אינו כשעת הגזילה, כמו גזלן רגיל, שקונה את המטלטלין בקנייני גזילה. ואם כך, הרי כי המשתמש חייב לשלם על שימוש דמי שימוש כ"נהנה".

לפי דעה זו, נמצא לכאורה כי במקרה דנן, גם אם נגדיר את המקרה בו הגרוש השתמש ברכב כ"שואל שלא מדעת", הרי שחייב בדמי השימוש על שימוש ברכב.

אולם מנגד, ה"דברי יחזקאל" ציין שהנימוקי יוסף חולק על הראב"ד, וסובר ששואל שלא מדעת הינו גזלן לכל העניינים, וגם לענין קנייני גזילה, כך שלשיטה זו פטור הגרוש מדמי שימוש, וחייב בעלותו של החפץ כשעת הגזילה. ונמצא שלא ניתן להוציא ממנו דמי נהנה מספק.

וב"דברי יחזקאל" שם בהמשך דבריו (סק"ו) כתב בסוף דבריו ביחס לדברי הריטב"א בזה"ל:

"ונראה דחולק על דעת הראב"ד, וסובר דכל דיש עליו תורת גזלן, קונה בשינוי וכשיטת הרמ"ה שבנימוק"י לעיל".

מעבר לכך, נראה כי נפסק להלכה כדעת הנימוקי יוסף, שדינו של שואל שלא מדעת הוא כגזלן לגמרי. דהנה, בשו"ע חו"מ (סי' שנט סעי' ה) נפסק:

"אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גזלן".

מדברי השו"ע העוסק בענייני גזילה, ופסק ששואל שלא מדעת נחשב גזלן, ולא חילק בפרטי דין זה. משמע שדינו כגזלן לגמרי כדעת הנימוקי יוסף.

ולכן במקרה דנן בו הגרוש השתמש ברכב המשותף של הצדדים, וכוונת שימוש של הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכאורה לכל השיטות נחשב הוא, למרות שלא נתכוון לכך, כגזלן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גזלן. ונמצא שהוא פטור מדמי שכירות, וכל חיובו להשיב את הגזילה כשעת הגזילה. דהיינו מחצית שווי הרכב לפי ערכו ושוויו בזמן עזיבת הבעל את הבית (כלשון ההסכם), שהיא שעת הגזילה.

אולם מנגד נראה לומר כי מקרה דנן אינו שייך לדיני גזילה, וכדלהלן.

בני זוג כשותפין

בשו"ע חו"מ הלכות שותפים (סי' קעו סעי' טז) נפסק:

"נשתתפו סתם, ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהם, ויטול כל אחד חלקו מהסחורה. ואם לא היה באותה סחורה דין חלוקה, או שהיה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרים אותה וחולקים הדמים".

ושם בסעיף יח נפסק:

"אם לא קבעו זמן לשותפות, או שקבעו זמן ונשלם, ובא אחד לחלוק שלא מדעת חבירו, חולק בפני ג', אפילו הם הדיוטות, ובלבד שיהיו נאמנים ויודעים בשומא. ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום. הגה, ואם הפסיד אח"כ בחלקו, הוא יכול לבטל החלוקה (טור). ויש חולקין (שם בשם י"א). במה דברים אמורים, שחלקו פירות, אבל אם היו מעות, שכולם מטבע אחד ושויים, יש לו לחלק שלא בפני בית דין, ומניח חלק חבירו בבית דין. ואם אין המעות שויים, הרי הם כפירות ואין חולקין אותם אלא בבית דין".

נמצא ששותפים שקבעו זמן לקיום השותפות, והגיע זמן השותפות להסתיים, יכולים לכופף את זה כדי לחלוק. אולם משמע שכל זמן שלא חלקו נמשכת השותפות.

ועיין בכנה"ג הגה"ט אות קעד שבכהאי גוונא נמשכת השותפות לפי תנאי השותפות הראשוניים.

חלוקת שותפות צריכה קניין

והנה שם בסעיף כ נפסק:

"היה להם חוב אצל אחרים, אינו יכול לומר לחבירו, לא נחלק עד שנגבה כל חוב שיש לנו, אלא חולקים, וכשיפרעו החובות יטול כל אחד חלקו..."

"חוב אצל אחרים, נראה דמירי בחובות שכבר עבר הזמן פרעון, ודמי לסחורה שאין זמן ידוע למכירתה, דיכולין לחלוק אימת שירצו. אבל בחובות שלא הגיע עדיין הזמן פרעון, דמי לסחורה שיש זמן ידוע למכירתה, דלעיל בסעיף יז, דאינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן, דמצי אמר ליה טירחא ומזלא דבי תרי עדיף, דכיון שעשו החוב על זמן יותר ארוך ממשך זמן השותפות, הוי כאילו המשיכו זמן חלוקת השותפות של סך השטר חוב, ודומה למה שכתב הטי"ז בסעיף זה. ועיין סמ"ע ס"ק נב דאין לחלק בין חובות בעל פה לחובות בשטר וכו'.

ואף דבסימן קעג סעיף ב בהג"ה סבירא ליה דחלוקת השותפים בעי קנין, וחוב בעל פה אינו יכול להקנות בקנין, רק במעמד שלשתן, מכל מקום בשומת בית דין אין צריך קנין, כמו שכתב הש"ך סימן קא ס"ק ג, ע"ש."

מדבריו עולה, כי חלוקת השותפות צריכה קנין, וסוג הקנין הוא על פי דרכי הקניינים. ונמצא שבמטלטלין הקנין לחלוקת השותפות הוא משיכה או הגבהה, ואילו בקרקע בכסף שטר או חזקה.

ושם (סי' קעג סעיף ב) נפסק :

"אם חלקו בגורל, לאחר שעלה הגורל לאחד מהם נתקיימה החלוקה לכולם. הגה, מיהו הרא"ש כתב (בתשובה, והביאו הטור) דאין הגורל קונה, רק מברר החלקים, ואם החזיק אחד בחלקו, החלוקה קיימת ועיין לעיל סימן קנז סעיף ב'."

כאמור הנתה"מ כתב, שדעת הרמ"א היא שחלוקת שותפין צריכה קנין. נראה כי זו גם דעת השו"ע, אלא שמה שנחלק על הרמ"א, הוא רק בקנין על ידי גורל, אם מהני, שלדעת השו"ע מהני, ולדעת הרמ"א לא מהני, אולם בשאר קניינים לא נחלקו, וכולי עלמא מודו דמבלי מעשה קנין לא תתפרק השותפות.

ראה שם בדברי הסמ"ע (סוף סק"ד) שגם לדעת השו"ע שמועיל גורל, הוא גם מדיני הקניינים, שכתב בזה"ל :
 "... והטעם דנתקיימה החלוקה לכולם, פירש (רש"י) [רשב"ם ב"ב קו ע"ב ד"ה אמר רב אשי] על פי הגמרא, דבהיא הנאה דשמעי להדי, לחלוק בגורל, ליטול כל אחד חלקו, דאינו חפצין עוד בשותפות, גמרי ומקני אהדדי כדי שלא יהיה עוד עיכוב בהדבר."

והרי "בהיא הנאה" הוא קניין גמור כידוע בכמה מקומות בש"ס.

הנתיבות נקט בפשטות וללא חולק, כי חלוקת שותפין זוקקת קניין, ואף במטלטלין, שהרי הוא עוסק בקניית חוב בעל פה שאין בו שיעבוד קרקע.

קניין לחלוק הינו קניין דברים

והנה, קניין לחלוק או להתחייב לחלוק לא מהני, משום שהינו "קנין דברים", דהנה בשו"ע חו"מ (סי' קנז סעי' ב) נפסק :

"מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אף על גב שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא. אבל אם בירר כל אחד חלקו, ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית, וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אף על פי שלא קנו מידם, אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו. ויש אומרים שאפילו החזיק שלא בפני חבירו, ולא אמר לו לך חזק וקני, קנה, ואפילו לא החזיק אלא אחד, זכה הלה בחלק האחר. הגה, ועיין לקמן בסימן קעא מדיני מקומות בבית הכנסת."

והנה במקרה דנן נוסח הסעיף בהסכם היה כדלהלן :

"הרכב ימכר בשוק החופשי, ותמורתו תחולק בחלקים שווים בין הצדדים."

קניין על לשון זו – "הרכב ימכר", הינו קניין דברים בעלמא, ומשכך לא חל מעשה הקנין על ההסכם בסעיף זה. ואם כך לא התפרקה השותפות. ואם אמנם כן אזי הצדדים נותרו שותפים ברכב.

לעיל הארכנו בנידון זה, כאשר שותף אחד השתמש לבדו בנכס המשותף, ובדברי הרשב"א (ח"ב סי' קמא) בשותף שהשתמש בנכס המשותף לבדו, אשר הובאו להלכה ברמ"א (סי' קעא סעי' ח) בזה"ל :
 "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 סימן תתקט ח"ב קמא)."

נמצא כי יש בכוחו של שותף שישב בנכס המשותף לבדו, לטעון, שהוא השתמש בשלו, ואין הוא נחשב כגזולן, או כמי שהפר את תנאי השותפות.

בנידון דנן כפי שהתבאר, לא חולקה השותפות בדרך המועילה ועדיין הגרוש והגרושה שותפים ברכב. ומשכך, השתמשותו של אחד השותפים אינה פגיעה בשותפות רעהו, כאשר במקרה דנן האשה יכלה לפנות לגרוש או לבית הדין ולבקש להשתמש לסירוגין בחלוקה שווה ברכב. יתכן והגרוש היה מסכים, או שבית הדין היה מורה לו על כך.

העולה מן האמור, ששימושו ברכב הוא חלק מהשותפות, ואינו בבחינת גזילה, והוא אינו חייב בדמי השימוש על כד.

נמצא לסיכום לכאורה כי ממה נפשך, בין אם נגדיר את הגרוש כגזולן ובין כשותף פטור הוא מדמי שימוש על שימושו ברכב.

סיטומתא בהסכמים

והנה, מצד שני יש מקום לקיים את קנין חלוקת השותפות, שהרי כל ההסכמים כיום, גם אם הם אינם מנוסחים כראוי על פי ההלכה, קיימים מדין סיטומתא, וכמו שהובאו שיטות הפוסקים בחו"מ סי' רא בפתי"ש סק"א, החולקים אם מהני סיטומתא באופנים שמדינא לא מועיל קנין, כגון באסמכתא, ובדבר שלא בא לעולם, והוא הדין בקנין דברים, ונקטינן למעשה שהסיטומתא מועילה בכהאי גוונא, שאם לא כן לא מצאנו ידינו ורגלינו בהסכמים כיום. וכפי שנבהר להלן.

קניין סיטומתא בהסכמי גירושין

בפד"ר כרך ג (עמ' 369-368) בעניין הסכם בחתימת ידם של הצדדים בדף הפרטוקול, ללא קבלת קניין על ידי הבעל, כתבו הגאונים הרבנים רבי ע. הדאיה רבי י.ש. אלישיב ורבי ב. זיולטי זצ"ל בזה"ל:

"אכן נראה שיש לקיים את ההסכם מדין סיטומתא. ע"י בהגהת רב"פ ז"ל חו"מ סי' רא, שהוכיח מסי' קכט סעי' ה' וסמ"ע שם, דגם לענין התחייבות מהני קנין סיטומתא, וכן מבואר בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו, מה שכתב בענין אחד שמכר לחבירו דבר שלא בא לעולם, ונתן לו ערבון על קיום המקח, ותקיעת כף כדרך הסוחרים, וזה לשונו:

...דמאי שנא דבדבר שאינו קנין כלל, לא מן התורה ולא מדרבנן, אמרינן דמנהג התגרים מבטל הדין, וכמו שאמרו בש"ס בכמה מקומות - מנהג מבטל הלכה... ב"ק קטז... ב"מ דף פג, ולמה בדבר שלא בא לעולם לא יאמרו אם המנהג כן מנהג מבטל הלכה, ובאמת יש לומר הטעם, דבדבר שבא לעולם מהני מנהג התגרים, משום דגמר ומקנה, אבל בדבר שלא בא לעולם אין לו מה להקנות, כיון שאינו בעולם... הא בדבר שלא בא לעולם שייך חיוב, ולימא דטעם המנהג דמהני, שמחייב בנפשו, דזה מהני בדבר שלא בא לעולם...

ובסוף הוא מסיק:

"ולכן אם אם בגבולכם המנהג ברור, לקנות אפילו בדבר שלא בא לעולם על ידי ערבון, בודאי קנה בסיטומתא..."

ובנתיבות סי' רא העלה כדעת המהרש"ל סי' לד, הסובר דבארנדי מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא...

ובשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפ כתוב בתוך התשובה:

"הרי מוכח בהדיא, דכל דבר שבממון יש לו שתי פנים במה שיתקיים, או באחד מהדברים הברורים כדין תורה הקדושה, או בחז"ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שאינם כתובים בתורה, ואינם מן הדין... ומטעם זה אמרינן בגמ' פרק איזהו נשך, אמר ר"פ משמיה דרבא האי סיטומתא קניא... אא כן נתברר לנו ממה שכתבנו שאם הדבר אמת שדרך התגרים כמנהג פשוט בעיר אנקונה, לקנות חובות חביריהם... מחוייב מדין העיר ההיא לפרוע החוב לקונה, אף על פי שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן בזה ממש, מכל מקום כיון שנהגו התגרים לקנות באופן הזה הקנין קיים..."

והואיל ולפי הנהגה בין הסוחרים, הרי חוזה התחייבות בחתימת יד, מחייב אותו למלאות אחרי התנאים האמורים בחוזה, ולכן במקרה שלפנינו, שהמערער חתם על התחייבות לשלם למשיבה מאתיים ל"י לחודש, תמורת טיפולה בילדות, מחייב אותו לקיים את כל הכתוב בהסכם מדין סיטומתא".

עיקרון זה שב ונכתב במקומות נוספים בפסקי הדין הרבניים. ראו למשל בכרך ד (עמ' 198) בו כתבו הרבנים הגאונים רבי י. הדס ורבי י. ש. אלישיב ורבי ב. זיולטי זצ"ל וז"ל:

"ויש להוסיף על האמור, הואיל ולפי הנהגה בין הסוחרים, המתחייב לחבירו וחתם על ההתחייבות, הרי זה מחייב אותו למלאות אחרי הדברים הכתובים בכתב שחתם עליו, אם כן בזה שחתם עצמו על התחייבות, כמוהו כקנין, ומועיל מדין סיטומתא, כי גם בהתחייבות מהני קנין סיטומתא, ע"י בהגהת רב"פ ז"ל חו"מ סי' רא, ובנתיבות שם, ובדברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו... ולפי זה יש לראות בהתחייבות הזאת כהתחייבות בקנין".

כך גם נכתב בפסקי דין רבניים חלק ט (עמוד 228) בפסק דינם של הרבנים הגאונים רבי ש. טנא רבי י. נשר ורבי א. הורביץ זצ"ל, שכתבו בתוך דבריהם וז"ל:

"אך כבר נאמרו ונשנו בהרבה פסקי דין, כי חתימה על ההסכם, מהווה קנין סיטומתא, וידוע ומקובל בזמננו, שכל העסקים נגמרים ונחתכים על ידי עריכת הסכם, וזאת היא גמירת הדעת לכל הדברים, ע"י פסקי דין רבניים כר"ד עמוד 198 ועמוד 289, כר"ד ה' עמוד 259 ועמוד 311, הבאנו שיטת הפוסקים האחרונים כמו שואל ומשיב, מהרש"ם, בית שלמה חו"מ סי' סח - בנידון קיום חוזה שותפות. לא נחזור על הדברים שכבר נאמרו בהרחבה ובהסברה מלאה, שעריכת חוזה בזמננו יש לו תוקף לכל הדברים, כקנין המועיל ביותר... אך כפי שהסברנו, הרי המקובל שעריכת הסכם בזמננו כמוהו כדין סיטומתא, ועל ידי חתימה על חוזה, נגמרים ענינים ועיסקות בסכומים גדולים, וכל צד רואה את החוזה וההסכם כהחלטי ביותר, שאינו ניתן לחזרה ולחרטה".

עוד ראו בפד"ר כר"ד יח (עמ' 91) בו כתב הגאון רבי נ. בן שמעון שליט"א בזה"ל:

"באמת אף שאין קניין, מכל מקום חתימה על חוזה, חשובה כקניין מדין סיטומתא, כך מקובל לפסוק, וכפי שכתבו בזה רבות בפד"ר וכו' ובעוד, על כן יש לראות חתימה על הסכם קנין לכל דבר".

וכן כתב ה"ציץ אליעזר" (חלק טו סי' נג) בעניין בעל שביקש לבטל את הסכם הגירושין, מהסיבה שלא נכתב בו לשון קניין או התחייבות, הנדרשים על פי דיני הקניינים, וז"ל:

"אפ"י מהני בנידוננו לשון כזה של הסכמה, שיחשב על ידי כן כהתחייבות והקנאה, באופן שלא יוכל לחזור מזה, כי הרי מנהג המדינה הוא, שעריכת הסכם בין צדדים וחתימתם עליו, מחייב את הצדדים שלא יוכלו לחזור בהם, ומכל שכן שהוא כן כאשר מקבלים עליו גם אישור בית דין, או בית משפט, ואם כן הרי חתימה על הסכם כזה, הוא כעין סיטומתא, שנפסק על זה בחו"מ סי' רא סעי' א' שנחשב זה קנין גמור, ואין אחד מהם יכול לחזור בו. ולא עוד אלא שיש לזה עדיפות מקנין רגיל, שמהני זה אפילו בדבר שלא בא לעולם, כמבואר בשו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ, צוין גם בחידושי הגרע"א ופ"ת שם סק"ב, והחריה לפסוק כן בשו"ת חתם סופר חו"מ סימן סו ע"ש, ומועיל זה גם באסמכתא (שטען מזה ב"כ המערער) כדמבאר בשו"ת חתם סופר שם, וכמו כן מועיל זה אפילו בדבר שאין בו ממש, כמבואר בשו"ת מהרש"ל סי' לו, ויעוין עוד בספר משפט שלום להגאון המהרש"ם ז"ל בסי' רא סק"ג שמביא משו"ת שם אריה חו"מ סי' ל שפסק בפשיטות, דסוגיין דעלמא דסיטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש, וכמו כן כתב שם דגם לענין ההתחייבות, מהני קנין סיטומתא עיי"ש".

הדין במקרה שלפנינו

נמצא אפוא, כי ההסכם שנחתם בין הצדדים, על אף שנמצאו בו חסרונות מדין קניין דברים, הרי הוא תופס מדין קניין סיטומתא.

אמנם נראה כי מטעם אחר יש לדון בדבר. נראה כי הנוסח שבהסכם אולי תקף לחייב את הצדדים שהרכב יימכר, אך כל זמן שהוא לא נמכר, עדיין השותפות קיימת.

והנה היה מקום לומר כי שתיקתה של הגרושה במשך שנה, אינה מחילה על שימוש, ולא גרע אם יאמר אחד לרעהו "דור עמיי", שהוא ספיקא דדינא (כמשי"כ הש"ך סימן שסג סק"ג וסימן רמו סק"ט), ובנידון דידן חמיר טפי, שהרי לא אמרה לו כלום, ואם כן יתכן ששתיקתה לכולי עלמא אינה מחילה. ונמצא לכאורה שהשותפות נמשכת, ולא נמחל לו שימוש.

אך לדברינו לעיל, אם נשווה את דיננו לדברי הרשב"א והרמ"א, אזי הגרוש השתמש בחלקו והיה לה לבקש לחלוק בשימוש, ואם לא בקשה אינו חייב לשלם, כאמור. אולם גם אם נחלוק על השוואה זו נראה לומר סברא נוספת כדלהלן.

דהנה, אם למשל היה הגרוש מקיים את ההסכם, ורוכש את הרכב לעצמו או מוכרו, הרי הייתה הגרושה מקבלת את מחצית שווי הרכב בזמן עזיבת הגרוש את הבית, וכפי שהוסכם בהסכם. ואז, אם היה קונהו, הרי הרכב היה בשימוש של הגרוש, ולא היה נצרך לשלם את דמי השימוש, שכן הרכב היה בבעלותו. והנה, כיון שהגרושה מקבלת כעת, את מחצית שווי של הרכב בעת עזיבת הגרוש את הבית, אזי היה מקום לומר שיש להתייחס לעניין, כאילו הגרוש קנה את הרכב בעת עזיבתו, או בעת חתימת ההסכם, ולא תקבל הגרושה דמי שימוש. וגם אם נאמר מנגד, שכיון שלא נקנה הרכב למעשה, ולא נעשה קניין, מכל מקום הגרושה שתקה ולא מחתה בו, לפחות במשך שנה מאז ההסכם. פירושו של דבר שהסכימה שימשיך לנהוג בו.

ואף שלא הוכח שמחלה לו על דמי השימוש, מכל מקום וודאי לא נשער את דמי השימוש לפי שכירת רכב בשוק הכללי, שעלותו גבוהה הרבה יותר, מדמי שימוש של חברים שנותנים רכב זה לזה לתקופה. ומכיון שלא ניתן לחייבו גם בעלות הרכב לפי עזיבתו, ובמקביל גם שישלם דמי שכירות. שהרי אם משלם דמי שכירות כשוכר, אזי היינו מחלקים את שווי הרכב לפי עלות עת החלוקה ממש שהוא כיום. ומכיון שלא ניתן לשער כמה עלות דמי שכירות בין אנשים פרטיים, ונראה שההפרש בין עלות הרכב בעת עזיבתו לבין עלותו כיום, היא פחות או יותר כמו דמי שימוש שבין חברים, אזי כיון שהסכימו לחלק את דמי עלות הרכב בזמן עזיבת הבית, לא ניתן לחייב גם דמי

המסקנות ההלכתיות העולות מפסק הדין

שותף שהשתמש לבדו:

- א. דעת הרמב"ם והר"י מייגאש, שגם באופנים שאפשר לתבוע גוד או איגוד, כל עוד לא תבע כך אחד מהשותפים, יכול כל אחד מהם לתבוע חלוקת זמנים, ויאלץ חברו להסכים לכך או לתבוע גוד או איגוד, הרשב"א חולק על דין זה, להלכה נפסק בשו"ע כדעת הרמב"ם.
- ב. כתב הרשב"א שאם שותף אחד השתמש לבדו במשך זמן בנכס המשותף, ואחר כך בא חברו, אינו יכול לתבוע על שימוש זה תשלום, ואף לא להשתמש לבדו במשך אותו זמן שהשתמש חברו, ודבריו נפסקו להלכה ברמ"א, אף על פי שבדין הקודם לא נפסק כשיטת הרשב"א.
- ג. יש לדקדק מדברי מהריק"ש ורע"א שדין זה נאמר דווקא כל שלא מחה אחד בשותפו היושב בנכס השותפות, ולא דרש חלוקת זמנים או גוד או איגוד, אולם אם אחד מהם מחה וחפץ להתנות ולממש את חלקו הממוני בשותפות, בכהאי גוונא יהיה היושב בנכס חייב בדמי השכירות.
- ד. ואפילו לדעת הרשב"א שלא יכל לדרוש חלוקת זמנים, ורשאי השני לומר שרצונו להשתמש יחדיו, מכל מקום אם הוא עצמו מנע מחברו להשתמש יחד, חייב לשלם לחברו, וכן כתב המהרש"ם בשם כמה אחרונים.
- ה. בכסף הקדשים חידש אף יותר מכך, כי גם אם לא הוא מנע את חברו מלדור, מכל מקום כל שהשותף היה אנוס או מוטעה ולא יכל להשתמש, אף אם הדבר נבע מסיבה חיצונית, חייב השני שהשתמש לבדו לשלם על שימוש, או לתת לו זמן שימוש לבדו, כנגד אותו זמן.
- ו. יסוד הדברים הוא כי זכויותיהם של השותפים לשימוש כל אחד בכל הנכס, נקבעו בתחילת השותפות, כאשר השותפים שיעבדו עצמם זה לזה (לרבנן) או נכו בקנין בכל השותפות כדין ברירה (לראב"ם). אולם כל זה תקף רק כאשר הם עדיין שותפים כדינם. אבל כאשר יחליטו לפרק את השותפות, יתבטלו דיניה ולא יחול כל שיעבוד או קניין הגוף לכל אחד בכל החצר.
- ולכן כאשר תנאי יסודי ומהותי ואף יותר מכך – עיקר השותפות ומהותה – דהיינו זכאות השימוש לכל אחד מהשותפים, נמנע על ידי שותף אחר, או אז מופסקת השותפות על פי אומדנה, שמראשיתה של השותפות נקבע שהיא תבוא לסיומה במקרה שכזה.
- ובכהאי גוונא חוזר הדין להלכות 'זה נהנה וזה חסר' כפי שיבוארו להלן, שהרי סברת "בשלי אני יושב" פסקה ובטלה, חלפה הלכה לה ועברה מן העולם.
- ז. בנתיבות המשפט כתב כי אם לא השתמש בו בעצמו, אלא השכיר לאחרים, פשוט שהשכר לאמצע, ורק אם השתמש בעצמו אין צריך לשלם, משום שבשלו הוא משתמש.
- ח. דעת הערך ש"י כי הרשב"ש חולק על הרשב"א, וסובר שכאשר שותף אחד השתמש תקופה בנכס השותפות ולא מחה בו חברו, יוכל השותף האחר לדרוש להתגורר בנכס תקופה מקבילה, או לחילופין לדרוש דמי שימוש על שימוש חברו בחלקו.
- ט. אמנם דעת השער משפט דדין הרשב"א לא שייך אלא בבית של שותפים שיכולים לדור בו יחד, ולפי זה בנידון הרשב"ש שירשו מאביהם שני בתים, האחד בית גדול והאחד בית קטן, שלשניהם יש חלקים שווים, אבל אי אפשר להשתמש שניהם בבית הגדול לדור ביחד, לא שייך דין הרשב"א, ואין מחלוקת בינו לבין הרשב"ש, כן כתב בדברי גאוני, והביא שכן היא דעת בעל זרע יעקב, והבית דוד.
- י. בזרע יעקב כתב שגם אם נחלקו, יש לפסוק כרשב"ש שהוא בתראה, אבל ביביע אומר האריך דלא קימא לן כדבריו, אלא על העבר שלא תבע אין צריך לשלם לו, אף בדבר שאין שניהם יכולים להשתמש יחד, ועבר אחד ונשתמש בו, ועל כל פנים לא נפק מפלוגתא, וודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי כבית יוסף ורמ"א ושאר אחרונים שאין אני צריך לשלם על מה שהשתמתי, דבשלי השתמשתי.
- יא. יש מקום רב להכריע להלכה, כדעת הסוברים שאין מחלוקת בין הרשב"א לרשב"ש, וכאשר לא יתכן שישתמשו שניהם יחד, חייב המשתמש לשלם לחברו, אף על פי שלא מחה בו, ומכל מקום, אף אי לא נימא

הכי, זה ברור 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".

יב. ולכן פשוט כי אישה שהשתמשה לבדה בדירה, ומנעה מבעלה את השימוש בה, חייבת לשלם לו דמי שימוש.

יג. אמנם בני זוג שהם שותפים בדירה ואחד מהם עזב את הבית מעצמו, אינו יכול לדרוש 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, לעומתו מי שגרמו לו לעזוב את הבית ללא הצדקה, שאינו יכול להשתמש בבית, יכול לטעון כיוון שאינו יכול להשתמש בחלקי, זכותי לדרוש שימוש כנגד הזמן שהשתמש חברי.

יד. על פי הדברים הנ"ל נמצא, שלאחר גירושי הצדדים, כאשר האיש מנוע על פי ההלכה מלחיות יחד עם אשתו באותה דירה, יוכל בוודאי לדרוש את דמי השימוש, ודין זה נכון לכל הדעות, שהרי אין זה אונס חיצוני, אלא הימצאותה של האשה בדירה היא המונעת ממנו לדור שם.

טו. כל חיוב זה הוא רק בכפוף לדיני "נהנה" ותנאי החיוב בו כפי שיתבארו בהמשך.

טז. יש מקום להסתפק, האם סיום השותפות בין בני זוג נקבע רק בשעת הגירושין, או שמשעה שקשר הנשואין ביניהם התרופף, יש לקבוע כי השותפות כבר מסתיימת.

יז. ספק דומה מצאנו בשותפות רגילה בדברי החזון איש שהסתפק בשותפות ממונית בעלמא בין שניים, האם כאשר נפלה קטטה ושנאה ביניהם יש בכך עילה לפירוק השותפות, אף שטרם הגיע הזמן המקורי של סיום השותפות.

יח. כל נושא הדיון בזה הוא רק כאשר האיש אינו מחוייב במדור לאשתו. אבל כאשר האיש חייב בדמי מדור, פשוט הוא שגם אם השותפות תמה, רשאית האשה להתגורר בדירה מבלי לשלם, מכיוון שהבעל חייב במדורה של האשה מדין מזונות.

יט. בעטרת דבורה כתב שפשוט שיש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, מהשעה שבה פוסקים להם דינא דמתיבתא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושין (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של הבית יעקב שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושין, כשאין לבעל זכות לפירות בנכסי מילוג, דהיינו בטוענת "מאיס עליי", לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן.

כ. כעין זה כתב הגר"א שרמן כי שונה דין גוד או אגוד שנאמר בשותפות סתם, משותפות של בני זוג שנוצרה במסגרת נשואין לשם קיום חיי הנשואין שביניהם. כאשר בני זוג קונים דירה בשותפות למדור משותף שלהם, יש לראות את זמן השותפות כקשור ומותנה במסגרת הנשואין, ולכן, כל עוד לא נסתיימה מסגרת הנשואין, לא יוכל אחד מבני הזוג לפרק את השותף במדור זה בעל כרחו של הצד האחר. אבל כאשר מסגרת הנשואין מסתיימת בפועל על פי דין ופסיקת בית דין, יש לראות זאת כזמן המסיים את השותפות..

כא. אמנם אף על פי שאכן זהו הזמן בו אפשר לתבוע את חלוקת השותפות, לא נראה שכל תביעה לחלוקת השותפות תחייב את השותף המשתמש לשלם. שהרי גם לאחר התביעה לפירוק השותפות, עדין ישנה אפשרות לבן הזוג להכנס לדירה ולהתגורר בה, משכך, אין עילה לחייב את האשה בדמי מדור, כאשר יצא מדעתו ולא ניצל את זכויותיו.

כב. רק כאשר צד אחד התנגד לפירוק השיתוף, ומנע מחברו את ההשתמשות בבית המשותף, אזי יהיה חייב ב"דמי שימוש" לבן זוגו, אשר נמנע ממנו לגור בדירה.

כג. אם בפועל לא ניתן כלל וכלל לגור יחדיו, יש אולי לבקש דמי שימוש, כי אין אופציה להשתמש ביחד, ואף בזה צריך עיון, אבל כאשר עדיין יש אפשרות לשלום בית, והוא מתנגד, כגון שנתן עיניו באחרת, ברור שאינו יכול לדרוש חלוקת זמנים או דמי שימוש טרם הגירושין.

כד. גם במקרה שמוכח שהאשה באמת אינה רוצה בשלום בית, אבל אין להם איסור לגור יחדיו, וגם לא מנעה ממנו לגור שם על ידי אלימות או איומים, אזי כיון שהאשה

מסכימה ל"גוד או איגוד" או מכירת הדירה לגורם שלישי, אין לה חיוב "דמי שימוש", כיון שעד הגירושין אין מניעה שיגור בדירה.

כה. לסיכום, כל הדיון האם ומתי תמה השותפות בין בני הזוג, היא רק לענין שכיון שהסתיימה תקופת השותפות ותמה לה, יכול כל אחד מהשותפים, ובמקרה דנא, כל אחד מבני הזוג, לחייב את רעהו בפירוק השיתוף, מכירת הדירה וחלוקת תמורתה בין הצדדים. אולם, כל זמן שהדירה עוד הדירה לא נמכרה, והלכה למעשה לא פורק השיתוף, בינתיים השותפות בדירה הרשומה על שם שניהם חיה ותקפה. הצדדים הינם בעלי דירה הרשומה על שם שניהם, והם שותפים בה. זו עובדה ומציאות. ולכן כל דיני השותפות שבהלכה תקפים וקיימים ביחס לדירה. כך שאם יכולים שני הצדדים להשתמש בדירה המשותפת, יכול המשתמש לומר לזה שעזב את הדירה, כי זכותו ויכולתו להיכנס ולגור בדירה. ורק כאשר הצד המשתמש בדירה מונע מהצד השני את שימושו בדירה, או אז חייב המשתמש בדמי שימוש לרעהו.

כו. גם לאחר הגירושין, מכל מקום במקרה שהאשה רצתה שלום בית באמת ובכנות, והבעל עזבה לטובת אישה אחרת (למשל). ואשה בלית ברירה הסכימה לקבל את הגט. ונשארה לגור בדירה והבעל גר בבית אחר. יש לעין למה חייבת ב"דמי שימוש", והרי יכל להשאיר או לחזור ולהנשא לה ולגור שם, ואיך יכריח אותה לשכור ממנו את חלקו, אלא שכיון שנהנית בדירה כולה, ובפועל הוא אינו יכול לגור עמה, אז מחויבת לשלם. אבל אם באמת תסגור חלק מהבית ולא תשתמש בו עד למכירת הדירה, יתכן שלא תחוייב בדמי שימוש, כי אינה נהנית.

דיני נהנה:

כז. נחלקו הראשונים בדין 'זה לא נהנה וזה חסר', דעת תוספות, הרשב"א, רבנו פרץ ומהרי"ח (בהגהות אשר"י) שפטור, ואילו דעת הרי"ף, הרא"ש, הרמב"ם, הרמב"ן, הרא"ה, הנמוקי יוסף, האור זרוע ו'כל הגאונים', שזה לא נהנה וזה חסר חייב. וכך נפסק להלכה.

כח. המבטל כיסו של חברו פטור, וטעם החיוב ב'זה לא נהנה וזה חסר' הוא משום ש'אכל חסרונו של חברו'.

כט. לדעת החוות יאיר, בית וספינה עומדים להשכרה, ובדרך כלל אינם פנויים כי שכיח שישכרום. לפיכך אם עיכבו מלהרוויח בהם חייב, דהווי גרמי. אולם בכסף שכדי להרוויח בו צריך התעסקות וחוכמה, פטור, דהוי גרמא.

ל. הקצות החושן חולק, ולדעתו החילוק הוא שונה. הדר בחצר חברו חייב, משום שקרקע אינה נגזלת, ורק בגזלת מיטלטלין כמו כיס מעות, שהם נגזלים, יש בהם את גזרת הכתוב שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה, וכל שבח והנאה מהגזלה שייכים לגזלן.

לא. ספינה שהיא מיטלטלין שתקפה ומנע את רווחיה, ומשלם על שימושו בה, הוא משום שמדובר 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.

לב. כל הראשונים פסקו, שאפילו חסרו מעט, כגון בשחרוריתא דאשייתא, חייב על כל ההנאה.

לג. נמצא כי ישנן שתי סיבות הלכתיות המחייבות ממון, דין 'נהנה' ודין 'אוכל חסרונו'. במקרה של 'זה חסר וזה לא נהנה', חיובו הוא מדין 'אוכל חסרונו', וכמו גוזל או מזיק. אולם ב'זה נהנה וזה חסר', חיובו הוא משום 'נהנה', ולכן החיוב הוא בכל שיעור הנאתו, ולא רק לפי שיעור החסרון.

לד. כתב הפני יהושע שבזה נהנה וזה לא חסר, הפטור הוא 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.

לה. התוספות במסכת כתובות (ל, ב ד"ה "צריכא") כתבו, דאף אם ערך החיסרון הוא פחות משווה פרוטה, חשיב חיסרון וחייב על כל ההנאה, והביאם בחכמת שלמה. אבל מדברי התוספות בב"ק למד השער המלך שחולקים על כך, ולשיטתם צריך שיהיה בחסרון שוה פרוטה, בכדי לחייב על ההנאה. אולם גם לדבריהם מבואר כי החיוב הוא על ההנאה, ולא על הנזק, שכן החיוב הוא אף שהחסרון נעשה בלי עוול כלל, ובלי מעשה כלשהו מצד הנהנה או ממונו, אפילו לא מעשה שיכול להיכנס בגדרי 'גרמא'.

לו. בשולחן ערוך נפסק כי זה שבהדר בחצר שאינה עומדת לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, הוא דוקא אם לא גילה הדר דעתו, שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר.

- לז. אם בעל הבית אמר לזה שדר בו "צא", ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו, אפילו כשהחצר לא עומדת להשכרה, ויזה נהנה וזה לא חסר'.
- לח. כתב הסמ"ע שכאשר אומר לו "צא" ולא יצא, חייב לו את כל שכרו, ואפילו אם גם הדר הוא גברא דלא עביד למיגר.
- לט. יש לחקור אם אמירת "צא" בחינתה דרישת וקציצת שכר, או שמא "צא" הוא 'מחאה' בלבד, אלא שמחאה כזו משנה את הגדרת המקרה, מ'זה נהנה' או 'זה לא נהנה' ו'זה לא חסר', ל'זה חסר', שבאמר "צא" נדון הבית כ'עביד לאגרא', ונחשב הבעלים 'חסר', וביחסר' חייב הלה לשלם שכרו. ויש מקור לשני צדדים אלו בראשונים.
- מ. הנחלת דוד נקט שהרשב"א חולק על דין זה, ואפילו אם אמר לו "צא" ולא יצא, אינו חייב לשלם, אבל בדברי הרשב"א במקום אחר מבואר שלא כדבריו, ועל כל פנים השולחן ערוך והרמ"א וכל נושאי הכלים פסקו שאם אמר לו "צא" חייב לשלם לו שכרו. ולכן להלכה אי אפשר אפילו לטעון 'קים ל' כדעת הנחלת דוד וכהבנתו בדעת הרשב"א.
- מא. מדברי הרמ"א עולה, כי אם מדובר בבית כזה שגם אם ירצה הבעלים להשכירו ולהרוויח ממנו לא יוכל, בכהאי גוונא גם אם אמר לו "צא", לא יוכל לגבות שכרו, ואדרבה בכהאי גוונא כופים אותו לתת לחברו לגור שם. אך דין זה אינו מוסכם, כמובא בפתחי תשובה.
- מב. נראה כי דירה של דירת בני זוג אשר שותפותם הגיע אל קיצה (ובאופנים המבוארים לעיל באורך), וכעת הדירה עומדת למכירה, בזמן ההמתנה עד אשר הדירה נמכרת בפועל, נחשבת כ'לא קימא לאגרא', שהרי בדרך כלל דירה העומדת למכירה קרובה, אין הדרך ואין כדאיות להשכירה לזמן קצר שכזה. כך גם נפסק בפסק של בית הדין הגדול.
- מג. אמנם אף אם הדירה עצמה אינה עומדת להשכרה, אם נמנע מבעל הדירה לדור שם בנסיבות העניין, הרי יש לו הפסד ברור, ולא שייכת כאן הסברא לפטור משום "זה נהנה וזה אינו חסר".
- מד. אף על פי שבמקרה שאמר לו 'צא', ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו, כמו שהבאנו, אף על פי כן נפסק שמי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו, אינו חייב אם הבית 'לא קימא לאגרא'.
- מה. טעם הדברים, לדעת הגיליון מהרש"א היא משום שתולים דניחא ליה לבעל הבית, בדיעבד, אחרי שהוציא, שישהה שם בינתיים משום 'שאינה יוכת שער', שלא יישאר הבית ריק ויווצרו 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', ולכן הדר בבית אף שהוציא את בעל הבית מביתו, לא חשיב מזיק ממש, אלא גרמא בלבד ופטור.
- מו. אך כתב בבאר הגולה שכל דין זה נאמר באופן שאמנם הוציא את בעל הבית בעל כרחו, אבל יש לו מקום נוסף לגור, אבל אם הוצרך לשכור דירה אחרת, ודאי שהדר בבית חייב, ובכהאי גוונא אפילו אם הדר הוא "גברא דלא עביד למיגר", נחשב 'זה לא נהנה וזה חסר', דקיימא לן לחיוב כאמור, וכל שכן אם המתגורר בדירה הוא עביד למיגר, שחייב, כדין זה נהנה וזה חסר.
- מז. ולכן אשה שלא נתנה לבעלה לגור בבית עד שימכר, אף על פי שנתבאר שבית העומד למכירה, נחשב כ'לא קימא לאגרא', אף על פי כן אם נאלץ לשכור מקום אחר לגור, הרי הוא 'חסר', וחייבת האשה ב"דמי שימושי", אולם אם יש לו מקום אחר לדור בו, כגון שיש לו דירה נוספת, או שהלך להתגורר אצל אימו, ולא נגרם לו נזק, אף שבוודאי שנוח וטוב ועדיף היה לו יותר אילו היה מתגורר בביתו שלו, אך הפסד ממון לא היה כאן, ואין חיוב "דמי דימושי", אף שהוציאוהו מביתו בעל כרחו.
- מח. אלא שקביעה זו אין כחה יפה לגבי הזמן שלאחר שהגיש הבעל תביעה ל"דמי שימושי", זאת, משום שעצם תביעתו ל"דמי שימושי" נחשבת כאילו אמר לה לצאת או להתחלק במגורי הבית, ובאמירת "צא", הדין הוא שחייב.
- מט. שוכר שיצא מן הבית בלי הודעה מוקדמת למשכיר מראש לפי הזמן המחויב, חייב לשלם על המשך הזמן, אף על פי שבפועל לא דר בו, ולא מדין גרמי, אלא כחלק מחיובי השכירות.
- נ. כאשר האשה מתגוררת לבדה בדירה, 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, היינו שלא הייתה שוכרת דירה, אלא הייתה גרה אצל אחת מבני משפחתה, למשל, ואין כאן 'משתרשי', ורק מדין 'נהנה' לכאורה יש מקום לחיובה, ורק במקום שהשני מוגדר כ'חסר' כפי שהתבאר לעיל.

נא. בעל שטוען שנאלץ לעזוב את הבית בגלל אשתו. מאחר שלדבריו, איימה עליו, וכן נאסרה עליו, ואם כן לדבריו האשה לא אפשרה לו לגור שם, ובכהאי גוונא יש הצדקה לחיובה בדמי שימוש על חלקו בדירה כמו שנתבאר לעיל. אמנם האשה מצידה מכחישה את כל האשמותיו המופנות כלפיה. מעתה, יש לדון כיצד יש לנהוג במקרה של ספק.

נב. לדעת הבית שמואל והחלקת מחוקק אשה שזינתה מותרת להתייחד עם בעלה אף על פי שנאסרה עליו, כיון שמאוסה היא בעיניו. אמנם בפת"ש הביא שהבית מאיר והרדב"ז חלקו על סברא זו, והעלו שהדבר אסור, משום שבוודאי מכרת בקריצותיו ורמיזותיו, ויבואו לידי איסור.

נג. אמנם כאשר יש לו ספק אם אכן זינתה עליו, הרי זה חמור יותר, וגם לשעת הבית שמואל אסורה לדור עימו משום שאינה מאוסה עליו כשאינו בטוח שאכן זינתה עליו.

נד. לכאורה גם אם האיסור לדור עימה אינו אלא מחמת הספק בלבד, לכאורה די בכך בכדי להטיל את אשמת הפירוד עליה. כמו שמצינו במי שקינא לאשתו והתייחדה, שנאסרה עליו רק מחמת הספק, ובכל זאת מפסידה את כתובתה. אמנם אין נדונינו דומה לשם, משום שכאשר היה קינוי וסתירה, חובת ההלכה היא שאסורה עליו מחמת סתירתה. לא כן בנידון דידן, שאף שחושד בה, אין לו ראיות מספיקות בכדי להוכיח את טענתו ולאוסרה עליו.

נה. אל אף שבמקרה ויש ספק לענין דמי השכירות, בעל הקרקע הינו המוחזק. כאן כאשר יש ספק האם עזב את הבית מרצונו או בעל כרחו, אי אפשר לחייב "דמי שימוש" מספק, מכיון ששני הצדדים הינם שותפים בדירה, וזכותו של כל שותף הוא להתגורר בדירה כמה שיחפוץ. אלא שאם אחד מוציא את השני בעל כרחו, הרי יכול לתובעו ב"דמי שימוש". יוצא אם כן, שבמקרה שלנו האשה היא זו שמוחזקת בדירה, והבעל הטוען כנגדה שמעלה בשימושי הדירה, ונשללה ממנה הזכות לדור שם, הוא המוציא מחברו, ועליו חובת ההוכחה.

דמי שימוש במטלטלין:

נו. הגוזל מטלטלין מחברו והשתמש בהם ונהנה מהם, פטור מתשלום על הנאתו ורווחיו אלו, משום שכל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה. לא ניתן לומר שהגזלן אכל את חסרונו של חברו, משום שכיון שקנה המטלטלין בקנייני גזילה, חשיב כאוכל את שלו, ולא את של חברו.

נז. ברשב"ש פסק כדעת השלטי גיבורים, שכאשר השתמש במטלטלין וחשב שהם שלו, לא נחשב כירד על דעת גזלנות, אלא נחשב כירד על דעת שכר. אף שהאור שמח נשאר בספק בדין זה.

נח. אולם במקרה שידע המשתמש במטלטלין שהם אינם שייכים לו, לכל הדעות אם התכוון לגזלנות פטור מדמי שימוש. ואם התכוון על דעת לשלם שכר, ודאי חייב בשכירות. אלא שכיון שהשתמש בלי רשות, אזי בידו של הבעלים להחליט, אם רוצה שהמשתמש ישלם דמי הפחת של החפץ בשל שימוש, או דמי השכירות על תקופת השימוש, כפי שנפסק בשו"ע.

נט. עוד נפסק שם שאם השתמש ללא רשות, על דעת לשאול את החפץ, ולא על דעת שכירות, אינו חייב בדמי שכירות, משום ששואל שלא מדעת הרי הוא גזלן.

ס. מדברי הראב"ד והנתה"מ עולה, כי גם שואל שלא מדעת שנחשב כגזלן, אין דינו כגזלן גמור, כי אף שחייב באונסין אם נאנס החפץ לגמרי כדן גזלן, מכל מקום אם נותרו שברים, שמין את השברים, והשברים שייכים לנגזל, ואם פחתו פחתו לנגזל, ואין הגזלן חייב בפחת הנוסף, שמכיון שהתכוון לשאול ולא לגזול לגמרי, אף שנחשב כגזלן, מכל מקום לא קנסוהו גם ביחס לשברים. וכעין זה בשוכר שלא מדעת, כאשר התכוון לשלם על השכירות, שאין דינו כלל כגזלן לדעת הרמ"א והתרה"ד, ופטור מאונסין, ומכל מקום חייב בפחת המטלטלין מחמת המלאכה, אבל לא חייבוהו לשלם השברים, ואלו יהיו שייכים לבעליהן, ואם יפחתו לאחר מכן, הפחת אינו מוטל על השוכר, אלא על בעל הבית.

סא. פסק הרמ"א כי השוכר שלא לדעת וללא רשות, אין דינו כגזלן, אם החפץ עומד לשכירות, ולא מיחו בו בשעה שלקח אותו.

סב. השוכר שלא ברשות, וגם לא מיחו בו, לדעת הקצוה"ח והתרומת הכרי, לכולי עלמא בין לרש"י ובין לרמב"ם נחשב כתוקף ספינתו, שדינו "רצה גובה הפחת רצה גובה שכר". אבל לדעת הט"ז והמחנ"א נחלקו בזה הרמב"ם ורש"י, לדעת רש"י חשיב כשוכר בעלמא, ורק בתקפו בעל כרחו נחשב בדין תוקף ספינתו, ואילו לדעת הרמב"ם גם בשוכר שלא ברשות נכלל בכלל תוקף ספינתו. גם לדעה זו ההלכה כדעת הרמב"ם כפי שנפסק בשו"ע שציטט את לשון הרמב"ם.

סג. גרוש שהשתמש ברכב המשותף של הצדדים, אשר היה צריך להמכר בשוק החופשי מיד לאחר חתימת הסכם הגירושין, וכוונת שימוש של הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכל השיטות, נחשב הוא לכאורה מבלי שנתכוון לכך, כדינו של גזלן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גזלן. ונמצא שהוא פטור מדמי שכירות, וכל חיובו הוא להשיב את הגזילה כשעת הגזילה.

סד. ולכן אם בית הדין יטיל על הגרוש לשלם את מחצית שווי הרכב, לפי ערכו ושווי בזמן חתימת ההסכם, הרי בזה ישלם את הגזילה כשעת הגזילה, שהרי מעת חתימת ההסכם והקניין, הרכב שייך גם לאשה, והמשך החזקתו אז, היא שעת הגזילה.

סה. חלוקת השותפות צריכה קנין, וסוג הקנין הוא על פי דרכי הקניינים. ונמצא שבמטלטלין הקנין לחלוקת השותפות הוא משיכה או הגבהה, ואילו בקרקע בכסף שטר או חזקה.

סו. נחלקו השו"ע והרמ"א האם מהני קנין על ידי גורל, שלדעת השו"ע מהני, ולדעת הרמ"א לא מהני, אולם בשאר קניינים לא נחלקו, וכולי עלמא מודו דמבלי מעשה קנין לא תתפרק השותפות.

סז. קניין לחלוק או להתחייב לחלוק לא מהני, משום שהינו "קנין דברים".

סח. ולכן כאשר נוסח ההסכם היה: "הרכב יימכר בשוק החופשי, ותמורתו תחולק בחלקים שווים בין הצדדים", קניין על לשון זו – "הרכב ימכר", הינו קניין דברים בעלמא, ומשכך לכאורה לא חל מעשה הקנין על ההסכם בסעיף זה. ואם כך לא התפרקה השותפות. והצדדים נותרו שותפים ברכב.

סט. משכך, לכאורה השתמשותו של אחד השותפים לאחר מכן אינה פגיעה בשותפות רעהו, כאשר האשה יכלה לפנות לגרוש או לבית הדין ולבקש להשתמש לסירוגין בחלוקה שווה ברכב. יתכן והגרוש היה מסכים, או שבית הדין היה מורה לו על כך. ועל כן שימוש ברכב הוא חלק מהשותפות, ואינו בבחינת גזילה, והוא אינו חייב בדמי השימוש על כך.

ע. אמנם יש לקיים את קנין חלוקת השותפות, שהרי כל ההסכמים כיום, גם אם הם אינם מנוסחים כראוי על פי ההלכה, קיימים מדין סיטומתא.

עא. נחלקו הפוסקים אם מהני סיטומתא באופנים שמדינא לא מועיל קנין, כגון באסמכתא, ובדבר שלא בא לעולם, והוא הדין בקנין דברים, ונקטינן למעשה שהסיטומתא מועילה בכהאי גוונא, ואם לא כן לא מצאנו ידינו ורגלינו בהסכמים כיום.

עב. נמצא אפוא, כי ההסכם שנחתם בין הצדדים למכירת הרכב, על אף שנמצאו בו חסרונות מדין קניין דברים, הרי הוא תופס מדין קניין סיטומתא. אמנם נראה כי למרות שנוסח ההסכם תקף ומחייב את הצדדים שהרכב יימכר, אך כל זמן שהוא לא נמכר, עדיין השותפות קיימת.

עג. יש מקום לומר כי שתיקתה של הגרושה במשך שנה, אינה מחילה על שימוש, ועדיף מהאומר לחברו "דור עמי", שהוא ספיקא דדינא, כי בנידון דידן לא אמרה לו כלום, ואם כן יתכן ששתיקתה לכולי עלמא אינה מחילה. אך למבואר לעיל מדברי הרשב"א והרמ"א, אזי הגרוש השתמש בחלקו, והיה לה לבקש לחלוק בשימוש, ואם לא בקשה אינו חייב לשלם.

עד. גם אם היה מקום לחייבו ב"דמי שימוש", מכל מקום וודאי לא נשער את דמי השימוש לפי שכירת רכב בשוק הכללי, שעלותו גבוהה הרבה יותר, אלא לפי דמי שימוש של חברים שנותנים רכב זה לזה לתקופה. ומכיון שלא ניתן לחייבו גם בעלות הרכב לפי עזיבתו, ובמקביל גם שישלם דמי שכירות. שהרי אם משלם דמי שכירות כשוכר, אזי היינו מחלקים את שווי הרכב לפי עלות עת החלוקה ממש שהוא כיום. ומכיון שלא ניתן לשער כמה עלות דמי שכירות בין אנשים פרטיים, ונראה שההפרש בין עלות הרכב בעת עזיבתו לבין עלותו כיום, היא פחות או יותר כמו דמי שימוש שבין חברים, אזי כיון שהסכימו לחלק את דמי עלות הרכב בזמן עזיבת הבית, לא ניתן לחייב גם דמי שימוש.