

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

מאת: יצחק בירך דסקל – דיין ומורה צדק וחבר בד"צ

בס"ד, גליון תה, פרשת בראשית, תשפ"א

יעוץ לכל סכסוכי ממון, ואישות. ועריכת חוזים על פי ההלכה.

טל: 052-7611435 y.b.daskal@gmail.com

בית דין צדק "בינת המשפט"

בדין חזקת תשמיש

הניח סכך בלא רשות במחסן של הבניין

ובו יבואר: א. אם הניח סכך במחסן הבניין, האם הוי חזקה לתשמיש זה. ב. מה הוא שורש וגדר חזקת תשמישין. ג. דבר שאינו מזיק לו עכשיו, ויזיק לאחר זמן, האם יש בזה חזקת תשמישין. ד. מה הטעם שחצר השותפין בלא מחיצה הרבה זמן, אין חזקה, להיזק ראייה. ה. בששניהם ניזוקין, או אחד פחות ואחד יותר, האם יש חזקת תשמישין. ו. אם יש חזקת תשמישין כנגד הסכמה בלא בטענה. ז. דין חזקת תשמישין בחצר חבירו.

כאשר השני מזיקו, לפיכך לסוברים שלא לתר ללא טענה, היינו טעמא דזוכה מכת מחילה, וצריך להוכיח שסייע וכדו', כמבואר ברמב"ם (שכנים יא, ד), ולסוברים שצריך טענה וג' שנים, סוברים ששתיקה אינה הוכחה על מחילה, אבל היא הוכחה אם טוען שמכרה לו ועברו ג שנים.

אבל דבר שאינו מקפיד, ואפילו יודע שיקפיד בעתיד אינה חזקה. וכמו כן להפך, דבר שידוע שאין אדם מוחל, כגון נזקין שאין אדם סובל אפילו עברו ג שנים אין זוכה, וכמו שפסק המחבר (חושן משפט קנה, לו) וז"ל: "במה דברים אמורים, בשאר נזקים, חוץ מארבע שהם העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנדוד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק כמה שנים הרי זה חוזר וכופהו להרחיק" עכ"ל.

והנה כל הדברים הללו אין לך בהם אלא מקומו ושעתו לפי ראות עיני הדיין, שאם נראה לדיין שאין לך אדם שישתוק וימחל על דבר כזה, לא הוי חזקה, ואם פשיטא לדיין שאין אדם מקפיד על זה, או שרוב בני אדם אין מקפידין, אין חזקת תשמישין, דאין חזקת תשמיש אלא בדבר שרוב בני אדם מקפידים, אבל יש הרבה שמוחלין, ואז אם שתק התברר שמחל או נתן לו לסוברים שצריך טענה.

וכן כתב בפתחי חושן נזיקין פרק טו, באמצע הערה ז (עמוד תכד) וז"ל "והיה נראה, שלא אמרו הפוסקים שבחזקת תשמישים בשל חבירו הוי חזקה לאלתר בשתיקה, אלא בשכנים ובדבר שדרך שכנים למחות, אבל כל שאינו מדרך יחסי שכנים למחול, וכן הבא להחזיק בחצר חבירו ללא יחסי שכנות לא הוי חזקה לכולי עלמא, שיש לתלות יותר בשאלה מאשר במחילה, וכמו שכתב הרמב"ם (שכנים ה, ה), שאם לא כן אין לך אדם שמשאיל מקום לחבירו" עכ"ל.

הנידון

"אנו שכנים בבניין משותף, לפני חמש עשרה שנה נבנה הבניין, בקומת הקרקע יש מחסן לצרכי בעלי הבניין. סוכם בשעתו על דעת כל השכנים, שאין לאכסן סכך במחסן, כיון שהסכך מביא חרקים למיניהם. לפני חמש שנים, אחד השכנים - על דעתו עצמו ללא קבלת רשות מהשכנים - לאכסן לאחר סוכות את הסכך שלו במחסן. השכנים לא רצו לגרום מריבה ומחלוקת ושתקו. אבל הדבר כאב להם מאוד. הכל קיוו שיבין לבד שאין דרך לעשות זאת, ובשנה הבאה כבר לא יאכסן את הסכך במחסן, וימצא לו מקום אחר. לצערנו, השכן לא הבין זאת, ולאחר חמש שנים פנינו לשכן ואמרנו שאנו תובעים שיסלק את הסכך מהמחסן, השכן טוען שכבר יש לו חזקת תשמישין. האם צודק השכן בטענתו".

תשובה

אין לשכן חזקה, וצריך לסלק את הסכך.

ביאור התשובה

העיקר הגדול בחזקת תשמיש

בסימן קפ ביארנו באריכות חזקת תשמישין, ונתבאר שם, שבדבר שאין מזיק לאדם מיד, אין חזקת תשמישין, ואפילו אם יודע שבעתיד יזיק לו, אינו צריך למחות עכשיו מחשש שבעתיד יזיק לו. והנני מעתיק, מה שכתבנו שם.

"והנה דין חזקת תשמישין - בין לפוסקים שצריך טענה וג' שנים, ובין לפוסקים לאלתר ללא טענה - יסודה, בזה שאדם לא היה שותק

וקדמו בזה בשו"ת הב"ח (ישנות) סימן ז וז"ל "תלינן דמאהבת השכנים זה לזה לא הקפידו כל הזמן הזה, ועתה מקפידין זה על זה, אבל דין חזקה וראיה ליכא כלל, כיון שלא יצא החצר ובאר ובית המוצנע שבו מרשות הבעלים כל עיקר" עכ"ל.

העולה מזה: בחזקת תשמישין, אין לך בהם אלא מקומו ושעתו לפי ראות עיני הדיין, שאם נראה לדיין שאין לך אדם שישתוק וימחל על דבר כזה, לא הוא חזקה, ואם פשיטא לדיין שאין אדם מקפיד על זה, או שרוב בני אדם אין מקפידין, אין חזקת תשמישין, דאין חזקת תשמישין, אלא בדבר שרוב בני אדם מקפידים, אבל יש הרבה שמוחליו, ואז אם שתק התברר שמחל או נתן לו לסוברים שצריך טענה.

נידון דידן

לאור זה, כיון שאכסנת סכך אינה מזיקה ממש מיד, אלא מביא במשך הזמן חרקים למיניהם, אין בזה חזקת תשמיש, כיון שזה שלא מחו בו, כיון שלא הזיק להם אז. ובנוסף מה שכתב הב"ח, ופסק כן בפתחי חושן שבדבר ששכנים מחמת אי נעילות מוחים, שלא הקפידו כל הזמן, ועכשיו הקפידו אין בזה חזקת תשמיש כלל, וכמו שכתבנו שהכל לפי ראות עיני הדיין, לפיכך פשוט לי שאין בזה חזקת תשמיש.

העולה מזה: שכן שאכסן בלא רשות השכנים את הסכך במחסן הבנין בלא רשות הרבה שנים, יכולים לכפות עליו להוציא, ואין לו חזקת תשמישין, כיון שזה שלא מחו בו, זה לא מפני מחילה, אלא מפני שלא הקפידו כל הזמן, ועכשיו הקפידו, וכן מפני שלא הזיק להם ממש שהסכך במחסן.

האם יש חזקת תשמיש בשותפין

ולכאורה היה אפשר לומר שאין חזקה מטעם אחר. דהנה יש להקשות, מדוע שותפין יכולין לכוף זה את זה לעשות מחיצה מפני הזיק ראייה, והרי יש לכל אחד חזקת ראייה לכל הרשות המשותפת. וכתב המחבר, דאין חזקת תשמישין אלא כשעושה מעשה, אבל בדבר הבא ממילא לא הוא חזקה. וז"ל המחבר (חושן משפט קנד, ח) "בד"א שיש חזקה להזיק ראייה, בעושה מעשה, כגון פותח חלון על חצר חבירו. אבל חצר השותפים, אף על פי שעמדו שנים רבות בלא מחיצה, כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מזיקים זה את זה בראיה, אין להם חזקה וכופים זה את זה לעשות מחיצה" עכ"ל.

אבל הסמ"ע (שם, ס"ק כג) כתב, דאין חזקת תשמישין אלא היכא דהמחזיק מזיק ואינו ניזק, אבל היכא דהמחזיק גם ניזק, אין חזקה, כיון שיכול השכן לטעון, שזה שלא מחיתי, כיון שגם אני מזיק אותך, והמתנתי לראות שאתה תמחה בי שאני מזיק אותך. וז"ל [על דברי

המחבר] "כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה. הרא"ש [ב"ב פ"א סי' ב'] כתב טעם אחר, והביאו הטור בסימן קנ"ז [סעיף ט'] ז"ל, דלא שייך כאן חזקה, דטעמא דחזקה הוא כיון שלא מיחה הפסיד, והיינו דוקא היכא דהמחזיק מזיק ואינו ניזק, כגון מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו, אבל היכא דהמחזיק ניזק כמו שהוא מזיק, יכול לומר לא חששתי למחות, כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני, והייתי ממתין אולי תפתח אתה לתבוע, וגם היזק תדיר הוא זה, ודמי לקוטרא, ולא דמי לחלון, דהתם לאו היזק תדיר הוא שלאורה הוא עשוי ולא להסתכל לחצר חבירו, עכ"ל.

הנה מבואר, דהטעם ששכנים יכולים לכוף זה את זה לעשות מחיצה, ולא אמרינן שיש להם חזקה להזיק ראייה, להשתמש בלא מחיצה – לפי המחבר, דאין חזקה לתשמיש או לראיה אלא כשעושה מעשה, כגון שפותח חלון, אבל כשיש חזקה ממילא בלא מעשה, לא הוא חזקת ראייה. ולפי הסמ"ע, אין חזקה אלא היכא דהמחזיק מזיק ואינו ניזק, אבל היכא דהמחזיק גם ניזק, אין חזקה. ועוד שההיק הוא תדיר.

העולה מזה: חצר השותפין, אפילו שעומדת זמן רב בלא מחיצה, יכול כל אחד לכפות לעשות מחיצה, ואין לו חזקת הזיק ראייה. והטעם, למחבר, כיון שחזקת תשמישין היא רק כשעושה מעשה. ולסמ"ע, כיון ששניהן ניזוקין.

האם בהחזיק לאכסן סכך נחשב שניהם ניזוקין

אם כן לפי זה גם בנידון דידן, אפשר לומר עוד טעם מדוע אין לו חזקת תשמישין, כיון שהסכך מביא חרקים למחסן, ומזיק גם לשכן שהניח את הסכך, ומטעם זה לא מחו בו השכנים, כיון שסוברים, שכשיזיק לו הסכך במחסן, יוציאו בעצמו בלי לבקשו.

אבל יש לדחות זאת. דהנה כתב בפתחי חושן על דברי הרא"ש הנ"ל, וז"ל (חלק ו' נזיקין, פרק טו, הערה נג) וז"ל "ומכל מקום כתב הרשד"ם, דלא קאמר הרא"ש אלא כששניהם ניזוקין בשוה, אבל בנידון זה, שזה החזיק גם לשאוב מים, וזה לא החזיק רק בהעברה, הרי זה כמזיק ואינו ניזק, ויש לו חזקה, ובדברי גאונים כלל לה סימן יג הביא בשם כמה אחרונים, שאפילו בהפרש כל דהו שאחד ניזוק יותר מהשני, הוה ליה בכלל מזיק ואינו ניזק" עכ"ל. הנה מבואר שדברי הסמ"ע בשם הרא"ש, הם רק באופן שמזיק וניזק באותו נזק, אבל אם אחד ניזוק יותר אז יש זה שמזיק יש לו חזקה. ולפי זה, בנידון דידן היה אפשר לומר שמניח הסכך נהנה יותר מהנזק שנעשה לו, שהרי נהנה מאכסון הסכך, מה שאין כן שאר שכנים רק ניזוקין, לכן יש לו חזקה, דהיה להם לחשוב, שאף על פי שהוא ניזק, בגלל הנאתו לא יוציא את הסכך.

וכיון שסיכמו בפירוש על זה, לא די בהשתמשות בשתיקה בלבד כדי לקבל חזקה, דהרי אם האחד ישתמש, גם אחרים ישתמשו, ויתבטל כל ההסכמה, וכדי לבטל הסכמה כזאת, הכל מודים דצריך טענה שקנה מהם רשות, ובלא זה לא הוי חזקה, ואף על פי שלא מצאתי ראייה לסברא זו, כך נראה לי פשוט.

העולה מזה: בנידון דידן צריך טענה, כיון דיש פוסקים, שכשמשתמש בחצר חבירו צריך טענה ממש, ולא די בחזקה מדין מחילה. ועוד טעם שצריך טענה, כיון שהיתה הסכמה של השכנים שלא להשתמש, לא תתבטל הסכמה זו בתשמיש בלא טענה.

דינים העולים:

א. שכן שאכסן בלא רשות השכנים את הסכך במחסן הבנין בלא רשות הרבה שנים, יכולים לכפות עליו להוציא, ואין לו חזקת תשמישין, כיון שזה שלא מחו בו, זה לא מפני מחילה, אלא מפני שלא הקפידו כל הזמן, ועכשיו הקפידו, וכן מפני שלא הזיק להם ממש שהסכך במחסן.

ב. לשיטת הרא"ש, שכששניהם ניזוקין אין חזקת תשמיש, כי לא מחה, כיון שגם השני ניזוק. וכל זה דוקא בניזוקין שוים, אבל אם אחד המשתמש ניזק פחות, יש לו חזקה. ועוד טעם, שלא מוחה, כדי שלא ימחה בו, וכל זה אינו שייך כאן. דבעל הסכך גם נהנה מאכסנת הסכך, משא"כ השכנים, ואין טעם שלא היה להם למחות. לכן אין זה טעם שלא יהיה לו חזקה.

ג. עוד טעם שאינה חזקה בדין סכך הנ"ל, שבנידון דידן צריך טענה, כיון דיש פוסקים, שכשמשתמש בחצר חבירו צריך טענה ממש, ולא די בחזקה מדין מחילה. ועוד טעם שצריך טענה, כיון שהיתה הסכמה של השכנים שלא להשתמש, לא תתבטל הסכמה זו בתשמיש בלא טענה.

ועוד כתב בפתחי חושן (שם) וז"ל "והביא [הכנסת הגדולה] בשם הריב"ש בסימן תט, שהביא בשם הרשב"א והראב"ד, דהא דבשניהם ניזוקים אין חזקה, משום שכל אחד יש לו סיבה שלא מיחה, שיאמר לא מחיתי, כדי שלא ימחה גם הוא בי, וכתב המטה אשר, שמכאן למד, דאף שאין הנזיקין שוים אין לו חזקה, וכן דעת כמה פוסקים, וע"כ העלה שאין חזקה אפילו בנזיקין שאינם שוים, ולא תיקשי מדברי הרשד"ם דלעיל, דבגדון דידיה לזה היה מין נזק אחד, ולזה שני מיני נזיקין, ובזה אמר הרשד"ם שהיה לו למחות, עיין שם "עכ"ל פתחי חושן, וגם לפי זה יש לו חזקה, דלשכנים אין כל סיבה שלא למחות, לפיכך הטעם שלא הוי חזקה הוא רק מהטעמים הנראים לעיל.

העולה מזה: לשיטת הרא"ש, שכששניהם ניזוקין אין חזקת תשמיש, כי לא מחה, כיון שגם השני ניזוק, זה דוקא בניזוקין שוים, אבל אם אחד המשתמש ניזק פחות, יש לו חזקה. ועוד טעם, שלא מוחה, כדי שלא ימחה בו, וכל זה אינו שייך כאן. דבעל הסכך גם נהנה מאכסנת הסכך, משא"כ השכנים, ואין טעם שלא היה להם למחות. לכן אין זה טעם שלא יהיה לו חזקה.

בנידון דידן צריך טענה וחזקה ג' שנים

ויש להוסיף עוד טעם, מדוע כאן אין חזקה, כיון דבנידון דידן צריך טענה, ובשתיקה בלבד, מדין מחילה לא הוי חזקת תשמישין.

דהנה מלבד כל המבואר, ביארנו באריכות בסימן קפ, מחלוקת הראשונים בדין חזקת תשמישין, האם צריך טענה, או בלא טענה קונה מטעם מחילה, ולפי הרבה שיטות, אם משתמש ברשות חבירו צריך טענה, ולא הוי חזקת תשמיש בלא טענה, והש"ך פסק בזה כל דאלים גבר, עיין שם. ובספר זכור אברהם (חושן משפט חלק ב אות נ) כתב: "בנזקי שכנים, אף על גב דסתם מרן ז"ל כדעת האומרים שכל שהלה לא מחה החזיק שכנגדו לאלתר, נראה, דהיינו בענין נזיקין, אבל בענין שמשמש בשלו ובא בטענה שהחזיק בתשמיש זה ולא מיחה, אז בעי חזקה ג' שנים". אם כן לפי זה בנידון דידן, שמשמש ברשות השכנים, היה צריך טענה שקנה זכות שימוש זאת, והרי בנידון דידן אינו טוען שקנה זכות השימוש, אלא בא בטענה של מחילה, אבל כיון שמתשמש ברשות השכנים צריך טענה ממש שקנה זכות זו.

ויש להוסיף עוד טעם שלא הוי חזקה, מטעם אחר. דהנה בנידון דידן, השכנים הסכימו בהסכמה ביניהם, שאף אחד לא יאכסן במחסן סכך,