

אלא שנראה שיש לקבל הנימוק האחרון שבפסק הדין המעורער, המתבסס על העובדה שאינה שנויה במחלוקת, כי גם הנתבע הגיש יחד עם המערערים בקשתו להתקבל לעבודה זו.

וכשנדחתה בקשתו והתובעים לבדם נתקבלו לעבודה, היתה זו זכותו של המערער לדרוש נימוקים, משום מה נדחה דוקא הוא, וזה, שבהיות המוסד ממשלתי שזכות כל אזרח להתקבל בו לעבודה, כל עוד שהנתונים שלו מתאימים לעבודה המוצעת, אין ברשות הועדה שטיפלה בדבר לדחותו, ולא להעדיף אחרים ללא מתן נימוק סביר. נימוק כזה לא ניתן, וכפי הנראה, גם לא היה. כל עוד לא הוכח ההיפך, יש לראות ההחלטה לדחותו מהעבודה כשרירותית. ועובדת התקבלם והכנסם לעבודה של המערערים אינה יכולה להקנות להם זכויות יתר.

קבלתו לעבודה של המשיב, לאחר שהפעיל לחצים ואיומים שיפנה למוסדות מבקרים, כטענת המערערים, אינה - לפי דברי המשיב, וכל עוד לא הוכח הפכס - רק תיקון המעוות, ואין יכולה להיות ע"ז שום תביעה מצדם.

יש איפוא לדחות את הערעור.

סימן סא : אפוטרופוס ומוחזק בנכסים זהו ערעור על פסק דינו של ביה"ד האזורי פתח-תקוה שניתן ביום ב' באב תש"ל בתיק כח1862, בו נדחתה תביעת המערערת לחייב את המשיבים לשלם לה, מתוך העזבון הנ"ל, סכום של שבעים וחמש אלף ל"י, או חלק ממנה.

טעמי ונימוקי ביה"ד, אשר עליהם הוא מבסס החלטתו הם כדלהלן:

"גם אם נניח כדברי התובעת שהמנוח הבטיח לשלם עבור כל הוצאות הבנין, ויש כאן נדר לדבר מצוה, אכתי אין לחייב את העזבון, היות וספיקא דדינא הוא אם אמרין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט גבי ממון עניים, ואם אין דין אמירתו לגבוה כו', הו"ל רק נדר גרידא וכשמת הנודר בטל נדרו, וכלל גדול הוא בדין, דבמקום ספק הממע"ה. ואף לשיטת הרמב"ם המובא בחו"מ סי' צ"א גבי חנוני על פנקסו דכשמתו הפועלים והחנוני לבדו תובע נוטל בלא שבועה. וכ' הש"ך מכיון דסוף סוף האי ממונא תיפוק מרשותיה ולא קאי בחזקתי, דממ"נ הוא מחויב בתשלום אחד, אין כאן דין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיי"ל דפטור לשלם. משום דאוקי ממונא בחזקת מרי, דכאן לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרי. וא"כ לדברי הש"ך לכאורה היי מקום לומר שמנהלי העזבון ישלמו לתובעת את הסכום שהיא דורשת מאחר שיש לה טענה שמגיע לה כסף ולגבי האפוטרופסים הו"ל ספיקא דדינא, ודין מוחזק אין כאן כי הכסף הלוא מיועד בין כך ובין כך לחלק למוסדות תורה וצדקה. אמנם זה אינו, שהרי המנוח השאיר להם הזכות לבחור את מוסדות התורה והחסד כפי ראות עיניהם, א"כ ודאי שייך כאן דין מוחזק לגבי זה שהם רוצים לתת את ממונם למוסדות אחרים ושזוהי זכות ההשתמשות שלהם, ואם נחייב אותם למסור את כספי העזבון לתובעת אנחנו מבטלים בזה זכות המוחזק שלהם.

זאת ועוד, לפימ"ש בעה"ת דגבי חנוני איכא תרי אנפי חזקה, שליח עושה שליחותו וברי ומדחי חזקת ממון מקמי תרתי, וא"כ לשיטתו גם בכה"ג מיקרי מוחזק. נוסף לזה הרמ"ה והרמב"ן והטור חולקים על הרמב"ם וסוברים שהחנוני אינו נוטל בלא שבועה ולדבריהם הרי מיקרי מוחזק גם בכה"ג, ובני"ד הבעלים הם האפוטרופסים שנקנה להם הרכוש... ומיקרי מוחזקים, ואין בכח התובעת לגבות מרכוש זה, היות שעומד ותלוי ספיקא דדינא אם מגיע להם ואין ספק מוציא מידי ודאי".

ונהנה סעיפי הצוואה הנוגע לדיון שלפנינו:

סעיף (ג): בתור מבצעי צואתי זו הנני ממנה בזה לאפוטרופסים את האנשים דלהלן... אני רוחש להם אמון מלא ובלתי מעורער, ואני מיפה בזה את כחם להוציא לפועל את דברי צואתי זו... וכן לשלם כל חובותי אם יהיה כאלה...

(ד)... (ב) בתנאי ב"ג ובי"ר שיחולקו רכושי... אני מקנה כל רכושי לאפוטרופסים הנ"ל. (ג) כל רכושי... יחולק ע"י האפוטרופסים כדלהלן... (ד) בחירת המוסדות מקבלי חלק מעזבוני וכן קביעת גובה הסכומים, אני מוסר לשקול דעתם של האפוטרופסים. אני מבקש מאפוטרופסים הנכבדים שבאם אשאיר רשימה מפורטת כלפי יחידים או מוסדות, וכן אם ישארו בניני מוסדות שהתחלתי לבנותם בעצמי או הבטחתי להשתתף בבנייתם ולא הספקתי לסיימם, יתנו להם זכות קדימה בעת חלוקת עזבוני.

(ה)... והקניתי לאפוטרופסים הנ"ל בכתיבה ובמסירה וקגו"ש... ועל רכוש שאין קנין נתפס בו... הנני מודה בהודאה גמורה וחלוטה שכנגד זה כפי הסכום שעה אחת קודם פטירתי התחייבתי לאפוטרופסים הנ"ל בק"ג באופן שאני מחויב מעתה לשלם כל סכום....

א.

אני מסכים למשי"כ הגרי"ש אלישיב שליט"א, שאין לאפוטרופסים בעלות כל שהיא בנכסי המנוח, כפי שהסביר לנכון.

אלא שאני מרחיק לכת יותר, שגם זכות טובת הנאה אין להם בנכסים אלה, שכן לא ניתנה להם רשות לחלק למי שירצו, כדוגמת מה שמצינו במת"כ או במתני"ע. שהרי כפי שצויין בצוואה, המצוה רק:

מוסר לשיקול דעת של האפוטרופסים.

פירוש הדברים, שעליהם לשקול ולקבוע את חשיבות המוסדות, ואת האחוז המגיע להם לפי דרגת חשיבותם, וסמך עליהם בזה שלא יעשו החלוקה בשרירות לב, כפי שצויין בצוואה, שהמצוה:



רוחש להם אימון מלא ובלתי מעורער.

תפקידם אינו אלא איפוא רק בחינת **מומחים-נאמנים**, אבל זכות עצמית לא הוקנתה להם כל עיקר.

וממילא ברור שאין מקום לראות את האפוטרופסים בתור מוחזקים, שהתובע-המעורר בא בתביעתו כאילו "לבטל זכות המוחזק שלהם", כפי שנאמר בפס"ד המעורר.

[ואילו היה לאפוטרופסים טוה"נ, כי אז אמנם היה מקום לראותם כמוחזקים, ואף למאי דקיי"ל טוה"נ אינה ממון, כדחזינן דיש בזה דין דעת אחרת מקנה (ב"מ דף י"א ע"ב), ובשט"מ שם דאם נתן לחבירו מנה עבור טוה"נ שבפירות קנה. וזה אליבא דכו"ע כמפורש שם, הרי שבעל טוה"נ נחשב כמקנה לכהן את המתנות (אכן עיי"ש בקצוה"ח סי' רע"ה, וצע"ב).

ומש"כ מעכתר"ה להביא לזה ממש"כ התוס' ב"ב דף פ"א ע"ב (ד"ה אלא) נראה דאין משם ראיה לנידון, שהרי השאלה העומדת שם להכרעה היא אם זה מע"ר או ביכורים, וזו אינה באה לפגוע בטוה"נ של הבעלים, כי בין אם זה של הלוי ובין אם זה של הכהן, עכ"פ טוה"נ של הבעלים לתת למי מהם שירצה בעינה עומדת. ואין ההתדיינות בין הכהנים ללויים שייכת ונוגעת לבעלים כלל. למה זה דומה, למי שיש לו חלק מסוים בדבר, ואילו על החלק האחר מתדיינים ביניהם שנים אחרים, שהמוחזקות שלו אינה מעלה ואינה מורידה בסכסוך שבין האחרים. א"כ איך יוכלו הבעלים לומר ללוי אני מוחזק במעשרות, מאחר שהוא חייב להוציא מתחת ידו ממנ"פ, דבכה"ג אף אם הוא מוחזק ממש ל"מ לפטור עצמו כלפי א' מהם בטענת הממע"ה. דהרי אין שום מ"ד בחנוני על פנקסו שיפטור עצמו כלפי החנוני בטענת אי"י אם נתחייבתי ולא נחלקו אלא לענין חיוב שבועה, כשהחנוני לבדו תובע.

תדע, דאלי"כ הרי אכתי מצי לתרוצי בסוגיא דב"ב שם דקאי למ"ד טוה"נ ממון, שהרי גם לתירוץ הגמרא דאוקי לה כראב"ע הוי נמי שלא כהלכתא, דקיי"ל הלכה כר"ע מחבירו.

ולא כן בניד"ד, שהתביעה באה לפגוע בטוה"נ של האפוטרופסים. א"כ מצד טוה"נ יש לראותם כמוחזקים, אלא שכאמור בניד"ד אין להם לאפוטרופסים שום זכות של טוה"נ, וממילא אין לראותם כמוחזקים, כי לא להם הריב].

ב.

אכן מש"כ מעכתר"ה שמ"מ "דינם כמוחזקים לטובת מוסדות התורה והחסד שהאפוטרופסים בחרו להם", אנכי לא כן עמדי. שכיון שלפי התביעה הרי כאן עכ"פ ספיקא דדינא, הרי תפיסת האפוטרופסים שמכוחה נבא לזכות מוסדות אלה שהם בוחרים בהם היא בגדר תופס לבע"ח במקום שחב לאחריני, ובזה הכריע בנתה"מ (דיני תפיסה, כ"א) דאפילו אם הוא שליח ממש ל"מ. וזה לפי"מ שמעלה השי"ך בת"כ דתפיסה ע"י שליח להני דס"ל דמהני הוא משום דס"ל כרש"י שמחלק בין שבא לזכות מעצמו לבין שעשאו שליח. ולפי"ז בניד"ד שאינם שלוחי המוסדות לתפוס עבורם, לכו"ע לא מהני תפיסתם. וההלכה הפסוקה בשו"ע (סי' ק"ה א) אפוטרופוס התופס קנה דיד בעלים הוא שייך אם הוא אפוטרופוס של מי שחייבים לו. ואילו כאן אינם אפוטרופוסים של המוסדות שרוצים לתפוס עבורם. ומצד מה שהלוח - בניד"ד - מר זסלבסקי ז"ל, התפיס להם הנכסים, הרי לא נתן להם הזכות אלא לזכות בשביל מי שנתחייב לו או בשביל מי שרצה לתת לו. והרי ע"ז גופא אנו דנים. אבל לא נתן להם לזכות בשביל מי שאינו יכול לזכות אלא מדין תפיסה.

אמנם בתומים (בקת"כ לסי' קכ"ו) רוצה לדחות דברי השי"ך, ולקיים דעה זו, דתפיסה ע"י שליח, וכן מגדר זכיה, נמי מהני במקום ספק. אך דבריו יש הרבה להרהר אחריהם. ועיי' בנחל יצחק קוני תפיסה ע"י שליח סי' א' סק"א שהסביר יפה דעת נתה"מ. ומה שמסתמך התומים על המהר"מ בהגהת מרדכי, לכאורה אדרבא משם ראיה, שהרי השאלה היא שם כשהחותן התפיס הנדוניא לבתו, ובזה הרי גם לפי הנתה"מ מהני, כדמסיק שם באות הנ"ל.

בר מן דין נראה, שאין דעת האפוטרופסים כלל לעשות עצמם שליחים לתפוס עבור מוסד שהוא, שכל עיקר זכיינו לא תהיה אלא מכוח המוחזקות ומדין הממע"ה. שהם דעתם להחזיק בשביל מי שהדין עמו מעיקר הדין ולא מדיני תפיסה.

בפרט לפי"מ שהעלה הפני"י (כתובות דף פ"ד ע"ב) בביאור שיטת התוס', דיש בתפיסה זו של השליח משום עבירה "כיון דאי אתא לקמן לדינא לא הו"י זוכים. [וכן הדבר מוכרח ממש"כ התוס' גיטין (י"ב ע"א, ד"ה אלא) שלדעת ר"ח המקור להלכה דתופס לבע"ח וכו' לא קנה הוא ממש"נ "לא תלקט" לעני, שחוץ ממה דלא קנה יש כאן גם אזהרת התורה. עיי"ש בתוס' (ד"ה דלמא) דדברי ר"פ רק לדיחויא בעלמא נאמרו. ולפי"ז אליבא דאמת גם לר"פ תליא בפלוגתא דר"א ורבנן].

ובקצוה"ח (סי' ק"ה) שדחה דברי הפני"י לא דחאם אלא משום דאף דהוי דב"ע מ"מ בכה"ג שאין העבירה אצל המשלח לא בטלה השליחות. אבל לא דחה עצם היסוד של הפני"י שיש עבירה בדבר.

(ראיית קצוה"ח לדחות הפני"י לא הבנתי בענ"ד. דהביא ראיה ממה שהקשו בתוס' הנ"ל במלקט לעני דנימא אי עביד מהני "אע"ג דהשליח עבר אמימרא דרחמנא וא"כ נימא אין שליח לדבר עבירה".

ואין זה מובן, שהרי התוס' קאו על זה שאמרו בגמרא דלעולם התופס לבע"ח וכו' קנה, אלא שבפיאה קרא כתיב "לא תלקט" לו לעני, א"כ לפי דעה זו לא ס"ל שזו עבירה מצד עצם התפיסה. ואם זה מצד מש"נ במתני"ע גופא "לא תלקט", הרי ששוברו בצדו - למ"ד זה דס"ל אי עביד מהני, דמזה גופא שהזירה תורה בל"ית שמעין דהכא מהני "דאי לא מהני אמאי לקי", כדאמר התם בגמרא בטעמו דאביי, שפירושו דמכוח הילפותא הנקוטה בידינו שבכל מקום שעובר ל"ית ע"י מעשה חייב מלקות, ומאחר שלפי קושיית התוס', דאכתי לא אסיק אדעתיה דמהכתוב עצמו מוכח דהכא לא לקי, הרי שהיה לנו לומר שדינו ללקות כמו בכל ל"ית דעלמא, וממילא מוכרח דתפיסתו בנידו"ז מהני למרות



הכלל דאין שליח לדבר עבירה, כי שאני הכא דגלי קרא, והוי כמו מעילה ושליחות יד דגלי קרא בהו דיש שליח לדבר עבירה, וצ"ע).

וכיון שאין לראות בהחזקת האפוטרופסים תפיסה עבור המוסדות, יש לדון בזה כדין ספיקא דדינא שאין א' מהם מוחזק, או ששניהם מוחזקים במדה שוה כדכתבו התוס' ריש ב"מ לענין מנה שלישי, שהנפקד תופס בחזקת שניהם, שיש בזה דין יחלוקו.

ג.

אכן נ"ל, שאם מצד ספיקא דדינא נוחות עלה, יש ללכת אחר זמן לידת הספק, שהוא מיד עם אמירת הנדבן שמתחייב לטובת מוסד התובע-המערער. שהרי באותה שעה כבר חל הספק, אם אמירתו מהווה קנין או רק נדר בעלמא. ואם כי היה חייב למלאות מוצא שפתיו מדין נדר, מכל מקום מכוח תביעה מצד המוסד מגדרי חיוב ממוני היה זוכה מספק. ואם מצד הנדר שודאי היה עליו, הרי יכול היה לשנות מצדקה לצדקה, לכל הדעות, כמבואר ביו"ד סי' רנ"ט (ותשו' ר"ב אשכנזי סי' י"ד). וכן יש לו התרה ע"י פתח חרטה (יו"ד רכ"ה סמ"ב ורנ"ח ס"ו). וכיון שכן, הרי אילו היו באים אז לדון היה זוכה, מבחינת הצד הקנייני, מכח המוחזק, וממילא זכותו על הנכסים כבר קבועה ועומדת, והיא עוברת לידי האפוטרופסים. ומכוח דין הנדר שעליו, הרי כיון שמת פקע דין זה, ואין ממילא שום תביעה על היורשים.

אלא שיש לדון מצד מה שמעלה בנתה"מ (כללי תפיסה ט"ו, כ') שבמחלוקת הפוסקים שאחר הש"ס "לא נקרא לידת הספק רק לאחר שביה"ד שדנים אצלם הניחו הדבר בספק".

אך כבר פקפק בעצם הסברא בתומים (לסי' פ"ה ס"ו): "...מה נענה אנן אבתריה יתמי דיתמי בעו"ה אין אתנו יודע עד מה ופסקו חכמי ועד ומי יכריע בין מחלוקת פוסקים קדמאי אשר לבבם פתוח כפתחו של אולם וכו'".

ודברים אלה שנאמרו בשעתם ע"י גדולי האחרונים, ודאי קיימים לגבי דורנו, ואעפ"י שהלכה כבתראי, מסתבר שביחס לדורנו אנו גם הנתה"מ יודה לזה. ול"ש לומר שנקרא לידת הספק לאחר שבי"ד דנו בדבר, כי ודאי גם טרם שדנו ברור שלא יבואו להכריע במחלוקת גדולי עולם. באופן שיש לראות שהמוחזק כבר זכה בשעת הולד הספיקא דדינא במקרה דנן. וע"ע בקונט' הספיקות, כלל ג', ה', שמסיק כהתומים מנימוק נוסף, עיי"ש.

ד.

ומכל מקום נ"ל שאילו נראה דברי התובע-המערער כמוכחים, כי אז יש לזכותו בכל סכום התביעה מטעם אחר. והוא, כיון שלפי דבריו נאמר לו ע"י הנדבן, לאחר שהוצגו לפניו תכניות הבניה והסכום המשוער, שזה צריך לעלות: "לך בנה", על ידי זה נתן לו יפוי כח בתור שליחו להוציא הוצאות, ולעשות הכל בכדי שהבנין יקום על תלו. וזה מחייב את המשלח, כי שליחות אינה צריכה קנין, כמבואר בשו"ע (ח"מ סי' קפ"ב):

האומר לשלוחו צא ומכור לי... או קנה לי הר"ז מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו, וכל מעשיו קיימים. ואין העושה שליח צריך קנין ולא עדים אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו וכו'.

ובהגה: ולכן האומר לחבירו **קח סחורה זו** ואשתתף עמך והלך וקנאה, לא יכול לחזור בו **דהוי כשלוחו**.

והרי לפי דברי התביעה גם כאן, כך נאמר לו "לך ובנה", א"כ כל פעולותיו עשה בתור שלוחו. וכיון שלא נאמר לו שיקנה החפץ לטובתו ולהנאתו, שהרי רק למוסד הקנה הנדבן ולא למנהל, הרי מבחינה זאת המנהל הוא כאדם בעלמא, שכשאומר לו שיבנה ויעשה ויוציא הוצאות וכו' על דעת שהנדבן ישלם הוא, שהרי המנהל לית ליה מגרמיה ולא כלום. ע"כ נראה שעל דעת כן אמר לו שיעשה, שיהא בזה כבא כוחו ושלוחו. וכמו בא"ל "קח סחורה זו ואשתתף עמך", וממילא המשלח חייב בכל. והמוסד זכה בבנין מצד שזה נמצא על אדמת המוסד, ובדעת המשלח היה שזה יבנה עבור המוסד, א"כ הרי מצד המוסד היה כאן קנין ממש. ולא היה בידי הנדבן לחזור בו, לא מצד אמירתו, אלא מצד קנין ממש שנעשה כאן ע"י המוסד.

ה.

אכן כל זה אמור אילו היתה לפנינו עדות כשירה של שני עדים כדין. בנידון שלנו העדויות הקיימות הן: של מנהל המוסד; מכתבו של ה' טוקטלי, ועדות אשת הנדבן בפני ביה"ד. ועלינו לברר איפוא טיבן של עדויות אלה.

כב' ביה"ד האזורי בפסק דינו מסיק, שהן התובעים והן הנתבעים פסולים לעדות. הנתבעים-המשיבים, מפני שהם כבע"ד ונוגעים בעדותם מצד טוה"נ. והתובעת "היות שסכום התביעה הרובץ עכשיו על הישיבה, והמנהל הוא האחראי וכו' א"כ לא גרע מטוה"נ וכו'. ויתכן שגם לשיטת הרמ"א... בני"ד שברור שכל אחד היה משלם סכום הגון כדי לחסוך את העבודה המרובה של השגת כספים, א"כ הו"ל כנגיעת ממון שפסול בתור עד".

אך לעני"ד, אם משום הא לא איריא, שכן מעולם לא שמענו שמנהל מוסד יוציא כספים מכיסו הוא כדי לפטור עצמו "מהעבודה המרובה של השגת כספים". אף אין אחריות על המנהל באופן אישי על חובות המוסד. אמנם ברור שניהול מוסד כרוך עם טרדות מרובות, אך טרדות אלה קיימות ועומדות מעצם טיבו של ניהול מוסד, ואין בחוב אחד פחות או יותר בכדי להשפיע השפעה של ממש על טרדות אלה. מכש"כ שאין לראות כאן נגיעת ממון. באופן שלדעת הרמ"א ודאי שאין לפסול אותו לעדות. אך גם לשיטת הש"ך שפקפק בדינו של הרמ"א ה"ז רק בגוונא דהתם שיש לו לגזבר טוה"נ של ממש, כשרשות בידו לחלק לעניים כרצונו - ובין זה גם לעניים קרובים שלו. משא"כ בני"ד שאין לו למנהל כל טוה"נ שהיא גם אם יתקבל סכום זה לצורך הבנין. וממילא כשר הוא לעדות.

באופן שאילו היה זה דו"ד בין הנדבן לבין המוסד בעודו בחיים חיתו, היתה עדות המנהל מחייבת את הנדבן שבועה דאורייתא, כדין ע"א. וכל עוד שלא ישבע היה חייב לשלם.



אלא שבניד"ד שהנדבן הלך לעולמו, אין מקום לשבועה כדין התובע מן היורשים. ומ"מ אין נראה שאפשר בכה"ג להתעלם ולדחות התביעה מכל וכל, כיון שעכ"פ לפי התביעה שמסתמכת על ע"א כשר, היה זה מחייב את הנדבן בשבועה או בתשלום. בפרט שהעד שמעיד ע"י הוא אדם חשוב העומד בראש מוסד. ושייך בכגון דא מש"נ בשו"ע (חו"מ סי' ט"ו, ה'): "אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין וכו' או עושה פשרה וכו'".

ועוד שיש לפנינו כאן הוכחה נוספת ממכתבו של ה' טוקטלי, וכן דברי אשת הנדבן, שאמנם אין עליהם תורת עדות, אבל בתור אומדנא המחזקת את התביעה, יש להתחשב עם זה.

והרי כאן אין צורך בעדי קיום אלא עדות לבירור הדבר. ואם נתעלם מהוכחות אלה. נמצא עכ"פ שהנדבן שכל מגמתו היתה לעשות חסד וצדקה, ואילו ע"י לא מילא חובתו שהיה מחויב בה מעיקר הדין, והמוסדות שיקבלו הכספים נהנים מכספים שנועדו למוסד אחר.

ואף שיש סתירה בין דברי האשה לפני ביה"ד לבין מה שאמרה בפני האפוטרופוס, לפי עדותו. הן ברור שאין זו סתירה של ממש, כי דברים הנאמרים בפני ביה"ד ודאי הם יותר מדויקים, ממה שנאמר חוץ לבי"ד ללא כל אחריות של ממש, ואולי נאמרו בעידנא דריתחא. (עי' תשו' הר"ן סי' מ"ז: "שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לבי"ד").

ואם אמנם אין בכל הני"ל עדות מספקת להוציא ממון, עכ"פ יש כאן מקום להטיל פשרה ביניהם, מכיון שיש כאן הוכחות מצטברות מספקות בכדי להוות אומדנא, שאכן למוסד זה נתחייב הנדבן בחיוב ממש. ואין זה הוגן שהמוסדות שהאפוטרופסים רוצים ביקרם יאכלו וחדו, בגלל העדר שני עדים כשו"נ. ואף ביה"ד האזורי לא זיכה האפוטרופסים אלא מפני שהגיע למסקנא שמצד הדין לא היה כאן חיוב ממש מצד הנדבן אפילו אילו היו טענות התובעים מוכחות בעדות כשירה. בעוד שלענ"ד, אם הטענות נכונות, היה כאן חיוב ממש. וממילא גם בהעדר עדות מליאה יש מקום רב להטיל פשרה ולא לפטור מכל וכל.

ואילו היו האפוטרופסים אומרים בתור עדות שידוע להם שהנדבן לא התחייב, כי אז היינו צריכים לדון מצד הכחשות העדויות. כי כנ"ל אין לראות גם אותם פסולי עדות, כי אין להם בנידון כל נגיעה מצד טוה"נ. אך מתוך הפרוטוקול נראה שדבריהם נאמרו רק בתור טענות ומצד השערה בעלמא, שהרי לא היו נוכחים באותה שעה של המו"מ בין מנהל המוסד לבין הנדבן. ומה שמסתמכים על דברי האשה שאמרה לאחד האפוטרופסים, ודאי שאין בזה כדי לשמש עדות כל שהיא.

הואיל וכן, נראה לי כנכון וצודק שבכגון דא ראוי לעשות פשרה ביניהם ולזכות את המוסד התובע-המערער בחצי סכום התביעה, וע"י לסלק תלונת המוסד, ולראות כמילוי ההתחייבות של הנדבן למוסד במילואה.

יצוין כי הלכה למעשה הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור.

סימן סב : הוצאות תביעה

ערעור על פסקה ג' בפסק דין בית הדין האזורי בתל-אביב שניתן ביום כ"ה בכסלו תשל"ד (תיק לב5339/), בה קבע בית הדין "אין צו להוצאות".

וזה לאחר שתביעת המשיב לשלום בית נדחתה ע"י בית הדין.

לאחר שמיעת טענות הצדדים והעיון בחומר שבתיק, נראה שצדקה המערערת בתביעתה בהיות העובדות שמציין ביה"ד בפסק דינו מוכיחות למדי שאין פני המשיב לשלום בית, ואין תביעתו לשלום בית כנה:

א. התביעה הראשונה שהוגשה ע"י המשיב לשלום בית, הוזנחה על ידו והתיק נסגר בגלל זה.

ב. תוך מהלך הדיונים בביה"ד לשלום בית פנה, כפי שנתברר, המשיב למשרד לתיווך שידוכים למצוא לו שידוך חדש. הוא אף שילם למשרד זה סכום מסויים ואף טיפל במספר הצעות. כפי שמציין ביה"ד בצדק, עצם הפניה למשרד השידוכים "אינה מראה על כוונה כנה מצדו להשלים עם אשתו".

יש לראות את התביעה כטרדנית, במטרה לגרום הוצאות למערערת, או כמגמה לעקוף בדרך זו את חיוב המזונות שנתחייב בהם ע"י ערכאה אחרת.

מבלי להתייחס לעצם חיוב המזונות במקרה זה, איננו יכולים להסכים לראות את הדרך להיפטר מחיוב זה, בהגשת תביעה לביה"ד, תביעה שכשלעצמה אינה כנה, ולא באה רק כהסוואה לענין אחר, שאין לו ולא כלום לתביעה זו.

בהתאם לכך יש לפסוק:

הערעור מתקבל, המשיב ישלם למערערת סך 300 ל"י כהשתתפות בהוצאות המשפטים.

אמנם עלי להעיר על דברי הרה"ג מרדכי אליהו שליט"א (ר' פד"ר - י, שם):

דברי "ישועות ישראל" (חו"מ סי' י"ד, ב"עין משפט" ס"ק י"ד) הם פשוטים ומוכרחים, דכשהמלוה בא בעקיפין ומרמה, זה דומה ממש למה שפוסק הרמ"א (שם) בלך ואני אבוא אחריו ולא בא, שהוא חייב. ודבריו מיוסדים על חילוקו של המהרש"ל ב"ים של שלמה" (ב"ק סי' י"ד) כפי שציין שם, שהרי אין חולק על מה שפוסק בשו"ע, ומקורו בגמרא שלהי פ"ג דסנהדרין, בלוח שלא רצה להתדיין כאן כי אם בפני ביה"ד הגדול דאין המלוה יכול לכופו להתדיין כאן, ואף אם יפסיד הלוח יהא פטור מלשלם למלוה הוצאותיו, וכפי שציין שם שמדברי הרשב"א, הרא"ש והריב"ש "נראה שפטור לגמרי אף שנתברר אח"כ כשהלוה חייב אלא שרצה לגזול ממנו בתרמית", ואין מחייבים אותו

