

בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

תמ"ש 11742-11-17 א. (אשל"א) נ' א. ואח'

לפני כבוד השופט ארז שני

התובעת: ר.א. (אשל"א) [באמצעות "שי" אפוטרופסות וטיפול בחסויים בע"מ]
על-ידי ב"כ עורכת הדין מרגלית נוח; עורכת הדין מירב נימצוביץ

נגד

הנתבע: ד"ר ח.א.

על-ידי ב"כ עורך הדין (ד"ר) הנריק רוסטוביץ'

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 18](#)

[חוק הירושה, תשכ"ה-1965](#)

[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]](#)

[חוק הנאמנות, תשל"ט-1979](#)

[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969](#)

ספרות:

[דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים \(כרך ב, 1992\)](#)

[מ' א' ראבילון, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 - פירוש לחוקי החוזים \(מהדורה 2, תשנ"ז\)](#)

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

כתבי עת:

[דורון חן, "כשרות משפטית של הלוקה בדעתו", רפואה ומשפט, גיליון מס' 12 \(1995\) 40](#)

[י' אנגלרד, מ' בס, "פעולותיו המשפטיות של לקוי דעת בטרם יוכרז כפסול דין", משפטים, כרך ט \(תשל"ט\) 335](#)

מיני-רציו:

* חזקה היא כי בהינתן ישיש הסובל מחולשה, בין פיזית ובין קוגניטיבית, הנטל הינו על הנוטל מרכושו להוכיח קיום גמירות דעת אשר לא נפגעה – כך לא נעשה בכאן; לנוטל מן המוחלש, יש חובה מוגברת לנהוג יושר מוחלט בשימושו בנכסי הורוה הישיש; המתמרן עצמו לעמדת "אפוטרופוס בפועל" בלא

מינוי, שעה שהישיש מתקשה להבין ו/או להתנייד, חב בחובות משפטיים לעניין מנהג במסירות ואיסור שליחת יד בכספי הנתון להשפעתו.

* כשרות משפטית ואפוטרופסות – חסוי – טרם הכרזתו כחסוי

* חוזים – גמירת-דעת – היעדרה

* חוזים – מתנה – תוקפה

* מקרקעין – שכירות – דמי שכירות ראויים

תביעה אשר הגישה אפוטרופא של אם – כאשר האחרונה (להלן: "האם", או, "האשל"א") כבת 90, אושפזה עוד בשנת 2009, בשל היותה תשושת נפש – נגד בנה של האם (להלן: "הבן", או, "הנתבע"), להשבת כספים בסך 836,193 ₪. המורכבים מתשלום דמי שימוש בדירת האם; השבת כספים שמשך הנתבע מחשבון האשל"א והשבת דמי שכירות שגבה הנתבע לחנות אשר 5/8 ממנה בבעלות האשל"א. ברקע הדברים גם ניסיון הנתבע לקבל את דירת האשל"א במתנה שניתנה לעצמו, תוך שהנתבע ולא האשל"א חותם על תצהירי המתנה ועל תצהיר העברת זכויות (וללא אישור) ונדרש פסק דין אשר ביטל את המתנה.

ביהמ"ש לענייני משפחה קיבל את התביעה ברובה, מהטעמים הבאים:

בכל הנוגע לטענת הנתבע, כי התובעת הסכימה למגוריו בדירתה ולשיפוצה בימ"ש זה כבר כתב בעבר כי למעשה ישנם בחברה ריבוי ישישים הסובלים מהחלשות הדרגתית גופנית, בריאותית ומנטאלית והניגש ליטול מרכושו של אותו מעמד ה"קשיש המוחלש", חב כלפיהם זהירות יתרה. חזקה היא כי בהינתן ישיש הסובל מחולשה, בין פיזית ובין קוגניטיבית, הנטל הינו על הנוטל ממנו להוכיח קיום גמירות דעת אשר לא נפגעה – כך לא נעשה בכאן. לנוטל מן המוחלש, יש חובה מוגברת לנהוג יושר מוחלט בשימושו בנכסי הורה הישיש; המתמרן עצמו לעמדת "אפוטרופוס בפועל" בלא מינוי, שעה שהישיש מתקשה להבין ו/או להתנייד, חב בחובות משפטיים לעניין מנהג במסירות ואיסור שליחת יד בכספי הנתון להשפעתו.

במקרה דנא, אין עורר כי הנתבע הגדיל לעשות וניסה ליטול בעלות על דירת אמו שלא כדין, בהעניקו לעצמו ובחוחמו בשם אמו על תצהירי מתנה כך שביהמ"ש נאלץ לבטל את עסקת המתנה, שהייתה למעשה עסקת מרמה; התנהגות הנתבע, בתופסו שליטה בדירת אמו, בעשותו בה כרצונו ובשנותו אותה, בשולחו יד בכספיה ובנסותו ליטול בה בעלות תוך שהוא חותם על מסמכים בהם בשמה הוא מעניק לעצמו את הדירה במתנה הם בגדר מתנה אסור, עושק, שליחת יד, התנהגות בלתי הגונה ועוד. כן יש לדחות טענתו המקוממת כי הוא לא היה מודע לחובותיו כ"אפוטרופוס למעשה". מה הוא לא ידע? שאין ליטול מכספי הורה? שאמו אינה ניידת ולכן אינה יכולה לבדוק מעשיו? שאין הוא יכול ליטול את נכסיה ללא הסכמתה המפורשת?

כן מקוממת טענתו כי אין לבוא עימו חשבון, שעה שהאם אינה זקוקה לכסף וממילא לא אחר פטירתה יירשו הנתבע ואחיו אותה, לכן יש להותיר לאחי הנתבע לתבוע, אם ירצה בכך. שיטת "רובין הוד", קרי "גזול ממי שיש לו, לדעתך" אינה חלק משיטתנו המשפטית ובין אם זקוק הבעלים לרכושו (ואף ממאן לעת הזו לילך לבית עולמו) אם לאו, אין אי החוקיות נסוגה בנסיבות כאלה מפני אינטרסיי "יורשים בפוטנציה".

גזל הינו עוולה אזרחית אשר עניין וחובה לאפוטרופוס שלא לוותר עליו ועניין למדינה להתוות נורמה של "לחימה" בניצול חולשתם של ישישים והמתקשים להגן על עצמם.

לפיכך, משהנתבע לא עמד בנטל להוכיח שהאם הייתה כשירה להסכים למגורי הנתבע ומשפחתו בדירה, לשיפוצה או לניסיון ההשתלטות של הנתבע על הבעלות בה, ומשנבצר מן התובעת, בשל אשפוזה לעשות שימוש בדירה, חב לה התובע דמי שימוש ראויים בגין מגוריו בדירה, ממועד האשפוז 11.01.2009 ועד ליום 10.12.2016, עת הוחל בתשלום דמי שימוש ראויים לה. בהתאם לחו"ד השמאי, ועפ"י שווי בעלות של 5/8 נקבע כי שכר הדירה הראוי הוא 712,500 ₪.

ביהמ"ש דוחה את טענת הנתבע לקיזוז המתבסס על טענתו שמאז שנת 1980 יש לו חלק בדירה מירושת אביו (פחות משתי שמיניות) ולכן מגיע לו שכר ראוי עבור מגורי התובעת בדירה, עד אשפוזה. טענה זו יש לדחות לא רק כי מאז נוצרה העילה לשיטתו של הנתבע (שנת 1980) ועד היום עברו כארבעים שנה והתובענה התיישנה שהרי מדובר בתובענה כספית, אלא אף בראי הלכת "יהלום", לאמור, כי הנתבע מעולם לא דרש סך כלשהו והוא נתפס כמי שמחל על החוב, להבדיל מן התובעת, שמעת אשפוזה נחשבת כמי שלא הוכח כי הייתה מסוגלת לוותר על החוב.

לפנים משורת הדין ביהמ"ש מוצא להתחשב בשווי השיפוץ, וכן בתשלום ששילם הנתבע עבור התובעת ל"עזרה וביצרון" ולקזוז משכר הדירה הראוי סך 233,125 ₪. כך שבגין שכר דירה ראוי חב הנתבע סך 479,375 ₪.

כן התקבלו טענות התובעת בעניין משיכות מחשבון התובעת לפיהן ייתרת החוב לעניין זה עומדת על סך 37,000 ₪ אולם, בסיכומיה הסכימה התובעת לתשלום סך 25,000 ₪ בלבד (בהם הודה הנתבע) וכך ביהמ"ש מורה. כן חייב הנתבע בתשלום 195,600 ₪ בגין דמי שכירות חנות, משהנתבע לא הוכיח כי הפקיד את דמי השכירות העודפים בחשבון התובעת, שאין עורר כי גבה אותם.

תביעת התובעת בגין תשלומים למשרד הבריאות נדחתה. על-פי קוד האשפוז אכן חויב הנתבע בתשלום סך כלשהו עבור התובעת ואולם, כשבידי התובעת היה כדי מימון אשפוזה עבור קוד משרד הבריאות, ביהמ"ש אינו מוצא לנכון לחייב את הנתבע לעניין זה.

בנוסף, הנתבע חויב בהוצאות התובעת, גם כפרי התנהלותו ועל-מנת להרתיע את הרבים, בסך 50,000 ₪.

פסק דין

ההליך

1. עסקינן בתביעה אשר הגישה אפוטרופא של אם, כאשר האחרונה אושפזה עוד בשנת 2009 בשל היותה תשושת נפש, נגד בנה הנתבע – תביעה להשבה בגובה סך 836,193 ₪ (בתובענה אשר הגיש הנתבע לאישור עסקה טען הוא שהאשפוז, ראשיתו עוד ביום 11.01.2007).

2. התובענה עסקה בדרישה לתשלום דמי שימוש בדירת התובעת שמונה לה אפוטרופוס (להלן: "האשל"א") ברחוב (סך 557,753 ₪); השבת סך 37,000 ₪ אשר משך הנתבע מחשבון האשל"א, (כאשר בצורך להשיב סך 25,000 ₪ לא כופר הנתבע); השבת סך 144,240 ₪ אותו חב הנתבע כביכול למשרד הבריאות, אותם משך הוא מחשבון האשל"א והשבת סך 97,200 ₪ בגין דמי שכירות אשר גבה הנתבע פרי השכרת חנות, כאשר 5/8 ממנה בבעלות האשל"א.

3. ברקע הדברים גם ניסיון הנתבע לקבל את דירת האשל"א במתנה שניתנה לעצמו, תוך שהנתבע ולא האשל"א חותם על תצהירי המתנה ועל תצהיר העברת זכויות (וללא אישור) ונדרש פסק דין אשר ביטל את המתנה.

טענות התובעת (האשל"א), בתמצית

4. אפילו הנתבע הודה כי מיום 11.01.2009 תפס חזקה בדירה, התגורר בה ולאחר מכן התגוררו שם אשתו וילדיו – והכל מבלי שנפרעו דמי שימוש.

5. השמאי אשר מינה בית המשפט העריך שווי שיפוץ אשר ערך הנתבע בסך 300,000 ₪ ואת גובה שכר הדירה בסך 12,000 ₪ לחודש – לאמור, חלק התובעת (5/8), כ- 7,500 ₪ לחודש.

6. התובעת מסכימה לקיזוז לטובת הנתבע בסך 45,625 ₪ עבור חלקה בחוב ל".....".

7. לא הוכחו ולא נמצאו קבלות לשיפוץ בהיקף לו טען הנתבע (כ- 390,000 ₪).

8. שווי השתתפות התובעת בשיפוץ לא צריך לעלות על 5/8, שכן הנתבע טוען כי זהו חלקה אף בדמי השכירות.

9. על-פי תקנות משרד הבריאות חב הנתבע סך 115,392 ₪ לשמונה שנים עבור דמי אשפוז, בהם לא צריכה היתה התובעת לשאת מכיסה.

10. על הנתבע, כהודאתו, חלה חבות "מעין אפוטרופוס" וזה האחרון חטא לחבותו ויש לשלם לתובעת דמי שכירות אשר נגבו מחנותה ב.....

טענות הנתבע, בתמצית

11. הנתבע לא היה מודע לחובותיו כ"אפוטרופוס למעשה".

12. למרות אשפוז הסכימה התובעת למגוריו של הנתבע בדירה ולשיפוצה; עד סוף שנת 2014 לא היתה זקוקה התובעת לאפוטרופוס ולא הוכח כי לא הסכימה לכך.

13. התובעת אינה זקוקה לכסף וממילא לאחר פטירתה יירשו הנתבע ואחיו אותה, לכן יש להותיר לאחי הנתבע לתבוע, אם ירצה בכך.

14. בכל מקרה יש לקזז מדמי שכירות ראויים את חלק הנתבע המגיע לו משנת 1980 ואילך.

15. השומה גבוהה מן הנטען בכתב התביעה.

16. שכר הדירה עלה בשל שיפוצי הנתבע.

17. את דמי השכירות יש לשום כשוויים בעת אשפוז התובעת, בשנת 2009.

18. בניכוי הוצאות הופקדו דמי שכירות החנות אצל התובעת, למרות שלא הוצגו דפי חשבון לגבי כל התקופה הרלוונטית.

דיון והכרעה

התובעת, קווים לדמותה המשפטית

19. כאשר טען הנתבע בפתח טיעונו כי לא היה מודע לחובותיו כ"אפוטרופוס למעשה", הבין הוא היטב כי מלכתחילה מיקם עצמו בפוזיציה משפטית המטילה עליו אחריות ביתר שאת לנהוג לא רק תום לב ודרך מקובלת, אלא אף הגינות ומסירות.

20. התובעת, כיום כבת 90 שנה, אושפזה בגיל 80, לערך.

21. כתבתי כבר בעבר כי למעשה ישנם בחברה ריבוי ישישים הסובלים מהחלשות הדרגתית גופנית, בריאותית ומנטאלית והניגש ליטול מרכושו של אותו מעמד ה"קשיש המוחלש", חב כלפיהם זהירות יתרה.

22. משטוען הנתבע כי את הזכות לעשות בכספי אמו המוחלשת כרצונו קיבל בידיעתה או אפילו בהסכמתה – עניין שלא הוכח – אפנה לדברים שכתבתי כבר ב**תמ"ש 45938-05-12** וב**תמ"ש 35611-04-10**, [פורסם בנבו] כאשר עקרונות אלו נבחנו בבית המשפט המחוזי והתקבלו – וכך כתבתי:

"טיבה של מתנה"

150. איש אינו כופר בכך שאת אשר קיבלו הנתבעים, גם התובע 2, לא קיבלו הם כנגד מתן תמורה ממשית כלשהי. שהרי הנתבעים למרות הבטחתם לא התמידו בטיפולם בחסויה על כלות ימיה ושנותיה והפקידו הטיפול בה ובצרכיה, אפילו הבסיסיים, בידי העמותה.

151. נניח לרגע לטענה הנכונה ולפיה לא נתנו הנתבעים לחסויה "תמורת טיפול" אותה הבטיחו (ובכך הפרו את הסכם המתנה) ונדון בסוגיה שבפני על דרך בדיקת דיני המתנה.

152. אגב **תמ"ש (ת"א) 1666-01-12** (פמ"מ) [פורסם בנבו] סקרתי מעט מדיני המתנה וכך אמרתי:

"אין בפסיקה עוד עורר כי כאשר קיימות עדויות ברורות מהן ניתן ללמוד את כוונות הצדדים ניתן לסתור את חזקת המתנה (וראה **תמ"ש (ת"א) 79133/97** כפי

שהובא בפסק דינה של כב' השופטת גליק, שם) ... כך גם סבר כב' סגן הנשיאה כב' השופט יעקב כהן אגב בש"א 1970/03 אותה הזכרתי קודם לכן, והדגיש אגב עמ' 2 להחלטתו כי חזקת המתנה "אינה חלה כאשר הקשר בין הצדדים, אף אם מדובר בקשרי משפחה, אינו יוצר הנחה, כי המעביר התכוון להעניק לנעבר מתנה" ."

153. הפועל היוצא הנוסף הוא, כי על דיני המתנה חולשת כל העת היכולת לבטל את המתנה מן הטעם שבזעקת ההגינות.

154. בבואנו לדון בהכרה בזעקת ההגינות אומר, כי הנתבעים אשר לטענתם שלהם נטלו על עצמם לטפל עוד משנת 2004 בחשבוניות החסויה ובצרכיה, צריכים היו לנהוג על פי אותן אמות מידה המשמשות אפוטרופוס (שהרי נהגו הם כאפוטרופוסים בפועל גם אם לא להלכה) שהרי גם לתובע 2, גם לנתבעים, שימש היעדרו של אפוטרופוס "רשמי" כאפשרות ליטול מרכוש ההורים.

155. הנתבעים עצמם מתארים טיפולם בחסויה כאפוטרופוסים בפועל אשר דאגו אולי ל"סכומים הקטנים" לאמור אפילו צרכי המחיייה השוטפים.

156. על חובות אפוטרופוס עמדתי בין השאר בתמ"ש (ת"א) 17364-12-12 (פורסם בנבו) ואמרתי כך:

41. קובע חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות התשכ"ב-1962, כך:

"41. קנה מידה לאפוטרופוסות

במילוי תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נהוג בנסיבות העניין".

"48. פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

בפעולה משפטית בין החסוי לבין האפוטרופוס, בן-זוגו או קרוביו של האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות לחסוי, ובפעולה משפטית בין החסוי לבין חסוי אחר של אותו אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג את החסוי מבלי שבית-המשפט או

אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו
אשרן מראש".

"50. השקעות כספי החסוי, במידה שאינם
דרושים לצרכיו השוטפים, חייב
האפוטרופוס להחזיקם או להשקיעם
כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת
פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר
המשפטים בתקנות או בדרך שהורה
בית-המשפט".

"57. אחריות האפוטרופוס
האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם
לחסוי או לרכושו. בית המשפט רשאי
לפטרו מאחריותו, כולה או מקצתה,
אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת
החסוי. האפוטרופוס אינו נושא
באחריות אם פעל בתום לב לפי
הוראות בית המשפט או קיבל אישורו,
אם מראש ואם למפרע".

42. אמור במפורש, כי אפוטרופוס כשלוחו של ביהמ"ש,
אינו רשאי לשלוח יד בכספי החסויה, אין הוא רשאי,
למעט החזר הוצאות שוטפות, להכניס כספים לכיסו
ללא היתר ואז לתרץ את הגזל בהסברים שונים
ומשונים. במילים אחרות בלא היתר מביהמ"ש כל
נטילת כספים ע"י אפוטרופוס היא מעשה בלתי חוקי
בשני אספקטים:

- א. ראשית, ככל נטילת כספי זולת שלא כדין.
- ב. שנית, בחומרה נוספת הנובעת מהפרת חובת
הנאמנות שחב האפוטרופוס הן לחסוי והן
לביהמ"ש".

157. ואם לא מכוח מנהגם של הנתבעים כאפוטרופוסים בפועל לחסויה צומחת
זעקת ההגינות, אזי צומחת הינה מכוח חובת ההגינות ותום הלב
המוגברים שהייתה להם לחסויה כאם וחמות (וראה דברי בתמ"ש (ת"א)
5871-12-04 מ' נ' ב' (טרם פורסם)), שם אמרתי כך:
"161. עסקתי בעבר רבות במידת היושר וההגינות הנדרשת
בין בני משפחה. דומה כי בענייניו הנתבע לא נהג כפי

שהיה מצופה ממנו לנהוג בנסיבות העניין ואבהיר
כוונתי להלן;

165. מאליו מובן כי התנהלות שכזו, על אחת כמה וכמה, תהא נוגדת בתכלית את מידת היושר וההגינות הנדרשת בין בני משפחה (וראה למשל פסק דיני בתמ"ש (ת"א) 33219-07-12 [לא פורסם] וכן ראה [בע"מ 5939/04](#) [פורסם במאגרים המשפטיים] [פורסם בנבו].

התנהלות הנתבע הייתה למעשה ניצול הסיטואציה אשר נוצרה לתועלתו.

166. אמרה נשיאת ביהמ"ש העליון (בדימוס), כב' השופטת ד' ביניש, בבג"צ [5918/07](#) פלונית נ' בית הדין הרבני [פורסם בנבו]:

"תחולתו של עקרון תום-הלב אינה מוגבלת לדיני החוזים והיא מתפרשת על כלל תחומי המשפט. בין היתר, חל עקרון – תום הלב בתחום סדרי הדין האזרחיים. מהותה של חובת תום-הלב בתחום הדיוני הינה על בעלי-הדין להפעיל את הזכויות והחייבים המעוגנים בכללי הפרוצדורה האזרחית בדרך מקובלת, ביושר ותוך הגינות בסיסית המתחייבת אף ביחסים שבין צדדים "יריבים" (ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה כרך 1993) (להלן: [ברק-פרשנות החקיקה](#); דודי שוורץ סדר דין אזרחי – 23) ב' 550 חידושים, תהליכים, ומגמות 73 ואילך (תשס"ז)). על בעלי – הדין לפעול בסבירות ובהגינות במסגרת ניהול הליכי המשפט וזאת בהתחשב במכלול נסיבות העניין (ראו: בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (טרם פורסם, 15.1.2007) פס' 4 והאסמכתאות המובאות שם)...

ככלל, התפיסה הנמחה בהקשר זה הינה כי השמירה על האינטרס האישי של בעל דין צריכה להיעשות תוך התחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים להליך, ותוך מילוי חובותיו של בעל – דין

כלפי בית-המשפט. יוער כי בדומה לעקרון תום-הלב, אף האיסור על ניצול לרעה של הליכי משפט מבוסס בעיקרו על אמת - מידה אובייקטיבית - הנגזרת מרמת ההתנהגות המצופה והראויה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. כוונותיו הסובייקטיביות של בעל דין והשאלה האם פעל בזדון עשויה להשליך על המסקנה האם נעשה שימוש לרעה בהליכי משפט; עם זאת, אמת - המידה המרכזית בהקשר זה הינה סבירות והגינות, קרי - כיצד בעל דין סביר והגון היה נוהג בנסיבות המקרה".

167. כאמור, לא נסתר מעיני, בענייניו, הספק המתעורר באשר לדרך בה פעל הנתבע ובאשר לשאלה האם נהג כפי חובותיו הדיוניות; ביושר, תום לב ובהגינות דיונית. מהמתואר לעיל, נראה כי התנהלותו של הנתבע חסרה מידת סבירות והגינות עד כי יש בה כדי להשליך על המסקנה כי ייתכן ונעשה שימוש לרעה בהליכי משפט".

158. ואוסיף ואומר, כי שעה שנתנה החסויה תמורה של ממש תמורת הטיפול המובטחת קמה לזכות העמותה הזכות לדרוש את ביטול המתנה מכוח זעקת ההגינות [וראה ע"א 986/93 קלמר נ' גיא (פמ"מ) [פורסם בנבו]].

אומר ולא אבוש, כי המשפט חותר לנורמה של התנהגות הגונה כמצופה מאדם ביחס לאדם ובמילים אחרות מצופה מצאצא לבל ייטול מרכוש הורהו אם קיים ספק בכושרו להחליט בראי טובתו ולבל יציגו ככלי ריק לעת זקנתו ויפנה גבו אליו.

אם רוצים אנו להבין שיקולי צדק והגינות מהם, נאמר בבע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית פ"ד נט(1) 665, מפי כב' השופט אליקים רובינשטיין, כך: "בעיני, בצד כל אלה יש ביסוד הדברים ציפיה להגינות ביחסים בין בני אדם בכלל - נגזרת של תום לב החולש על המשפט הפרטי (ראו והשווה סעיפים 39 ו-61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973), בבחינת "אדם לאדם - אדם" (הנשיא ברק, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199). זו גם תמציתו הערכית של הכלל "ועשית הישר והטוב" (דברים ו', י"ח)".

159. ואם אין רצונך ללמוד על חובה זו מכוח חובת תום הלב וההגינות אנא למד אותה מחובת הזהירות וההתנהגות כאדם סביר לבל תמצא מעוול ברשלנות כלפי הורידך (וראה לעיל פס"ד בתמ"ש (ת"א) 17364-12-12 שם [פורסם בנבו]) די בכך כדי לקבל התובענה.
160. מסעיף 156 לסיכומיה החלה העמותה דנה בשאלת גמירות הדעת בעסקת המתנה שבין החסוי לנתבעים וכך כתבה:
- "52. גמירות הדעת של כל הצדדים להסכם הכרחית על מנת לשכלל הסכם מחייב (סעיפים 2 ו 5- לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 (להלן "חוק החוזים"). הבחינה היא, אם במועד החתימה על המסמכים, מנע הליקוי הנפשי ממנו סבלה החסויה את יכולתה לגבש גמירות דעת. זוהי שאלה עובדתית ביסודה (וראו ע"א 1109/99 ברקוביץ נ' ברקוביץ, ניתן ביום 14/7/99, פורסם בתוכנות).
- פרופ' גבריאלה שלו, מגדירה בספרה דיני חכים (מהדורה שניה-תשנ"ה), בעמ' 86 (להלן- "ספרה של שלו"), מהי גמירות דעת:
- "רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות. בניגוד לכוונה ליצור יחסים משפטיים שהיא מופשטת וכללית, גמירות-הדעת היא מוגדרת וצריכה להיות מכוונת להתקשרות מסוימת עם צד מסוים".
- המבחן לקיומה של גמירות דעת הוא מבחן אובייקטיבי חיצוני, הבוחן את התנהגות הצדדים ואת נסיבות העניין לפני כריתת החוזה ולאחריו:
- "קנה המידה האובייקטיבי אינו של אדם חיצוני, זר להתקשרות, אלא של המתקשרים עצמם, שאת מעשיהם, דבריהם, התנהגותם, יש להעביר במשקפת הסבירות, ולשאול אם מתקשר סביר במעמדם היה מסיק ממה שהתרחש ביניהם, כי הם אכן גמרו בדעתם לכרות חוזה" (ד' פרידמן, נ' כהן חוזים כרד א', עמ' 157, להלן- "ספרם של פרידמן וכהן").
53. אצל הלקוי בדעתו, המימד האובייקטיבי של גמירות הדעת, אינו בהכרח הוכחה על גמירת הדעת:

"במיוחד כאשר מדובר בלקוי בדעתו, עלול להיווצר מצב שבו הגילוי החיצוני המתבטא בחתימה על מסמך אשר נראה על פי אמת-מידה אובייקטיבית, כמשקף את רצונו של המעניק, אינו מספיק כדי לבטא הצהרה של כוונה. בנסיבות שבהן המצהיר לקוי בדעתו, נחלשת ההנחה המבוססת על ניסיון החיים כי יש בחתימה משום הצהרה ברורה של כוונה" (ע"א 3601/96 בראשי ואח' נ' עזבון מנח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 598, להלן - "פס"ד בראשי").

הדברים נכתבו בפס"ד בראשי בהקשר של חוזה מתנה, ויש בהם כדי להשליך גם על ענייננו. עוד נכתב שם, שאמנם אינטרס ההסתמכות של מקבל המתנה הוא ראוי להגנה, וניתן להתייחס לגילוי חיצוני של כוונת המתקשר כאל גמירת דעת, אולם בחוזה מתנה ציפיות מקבל המתנה יוכרו כלגיטימיות רק כאשר "הנסיבות והתנהגות הצדדים מצביעות בצורה ברורה וחד משמעית על כוונתו של המעניק להתקשר בחוזה" (שם) (לעניין החתימה כגורם חיצוני, שלא בהכרח מעידה על גמירות דעת החותם, ראו ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב - אחים פרץ בע"מ ני בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, להלן "פס"ד פרץ בוני הנגב").

בה"פ (חי) 86/06 מוזר נ' לוי, [פורסם בנבו] ניתן ביום 11/11/07 (להלן - "פרשת מוזר נ' לוי"), סוכמה הסוגיה ע"י השופט גינת, בכותבו:

"המבחן לקיום גמירת הדעת במקרה של ליקוי דעת הינו מבחן מקל, המסתפק בתיאור התוצאה החיצונית של ליקוי הדעת, הנסיבות והתנהגות הצדדים, המונעים אדם מלהכריע באופן סביר בדבר עריכת עסקה, מבלי לדרוש קביעה שיפוטית בדבר פעולתה המדויקת של המחלה בתודעתו של אדם" (פסקה 52 לפסק הדין).

(לעיון נוסף ראו י" אנגלרד ומ' בס "פעולותיו המשפטיות של לקוי דעת בטרם יוכרז כפסול דין"

משפטים ט 335 (תשל"ח - תשל"ט) ; ד' חן "כשרות
משפטית של הלוקה בדעתו" רפואה ומשפט, גיליון 12
 אפריל – 1995).

55. הנשיא (דאז) שמגר הבהיר בפס"ד פרץ בוני הנגב, כי
 על מנת לבדוק את גמירת הדעת של צד לחוזה, יש
 לבחון גם את מודעותו של הצד השני למצבו של
 המתקשר:

"אין ספק כי מתקשר סביר במעמדה של
 המערערת לא היה מניח, כי המשיב גמר
 בדעתו לכרות חוזה. נציג המערערת צריך היה
 לדעת, כי אין ביכולתו של המשיב להבין
 משמעותה של החתימה, לא כל שכן לגבש
 גמירת דעת לעניין מכירת הדירה. לפיכך אין
 גם כל מקום להסתמך על קיומה של
 החתימה בהקשר זה. חתימה זו יכולה אולי
 ליצור מראית של גמירת-דעת בעיניו של זר
 המשקיף מהצד, אך לא בעיניו של המתקשר
 הספציפי".

56. המימד האובייקטיבי המיוחס למבחן גמירות הדעת,
 בא בין היתר להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד
 השני. אינטרס ההסתמכות זה לא התקיים אצל הנתבע,
 בנסיבות שתוארו. בעניין זה נכתב בספרם של פרידמן
 וכהן:

"הכלל הוא כי מתקשר החותם על החוזה או
 מקבלו בצורה אחרת, מביע הסכמה לתניותיו,
 הוא יוצר מצג של הסכמה, שעליו רשאי
 להסתמך הצד האחר. הסטייה מהחזקה
 ש'חתימה שווה הסכמה' תיעשה רק
 במקרים, שבהם הצד האחר אשם, במידה זו
 או אחרת, בכך שביטויה החיצוני של
 ההסכמה שונה מכוונתו של המתקשר האחר,
 שכן במקרה זה אין הוא מסתמך על מצג
 ההסכמה החיצוני.
 במקרה זה עשויים בתי המשפט להתעלם
 מאשמתו של המתקשר הרשולן, שלא קרא

את החוזה, ולסטות מהמבחן האובייקטיבי"
(כרך א' עמ' 169-168).

.....

בהסכמי מתנה, הבדיקה אם היתה גמירות דעת היא קפדנית יותר, וזאת בייחוד כשמדובר במתנה במקרקעין (ע"א 7051/93 האפוטרופוס הכללי נ' גולדברג (לא פורסם) [פורסם בנבו]).

בע"א 236/84 מנהל עזבון המנוחה הלה יפה ז"ל נ' שוורץ, פ"ד מה(5) 13 (להלן – "ע"א 236/84"), נכתב:

"...יש להתייחס למאפיין הרלוואנטי של הנספח, לאמור - העובדה שהוא מגלם הענקה חד צדדית של טובת הנאה. לכך יש חשיבות רבה, שכן בהענקה ממין זה, כמו בהענקה דומה בחוזה מתנה, '... יש משנה חשיבות לגמירת דעתו של נותן המתנה... יש לוודא מעל ומעבר ולכל ספק כי נותן המתנה אכן התכוון לתת מתנה וכי אין ליקוי רצון הפוגע בגמירת דעתו של הנותן' (א' ראבילוב, "חוק המתנה, תשכ"ח - 1968' פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 21".

והדברים מתקבלים על דעתי ומקובלים עליי.

161. המעיין בסיכומי האחים מסעיף 42 ואילך יגלה כי גם הם ובצדק רואים בסוגיה כנשלטת ע"י דיני החוזים ובתוך שהאחים טוענים לשני פגמים שנפלו בגמירות דעתה של החסויה; האחד היעדר כשירות והאחר "פגם ברצון".

...

162. העובדה כי פלונית היתה בלתי כשירה מבחינה רפואית, אינה מאיינת את "הסכמי המתנה" מאליהם, שכן אסתר הוכרזה כבלתי כשירה רק לאחר החתימה על יפויי הכוח. ההכרזה על אדם כחסוי אינה פועלת למפרע. אומר על כך ביהמ"ש באחת הפרשות:

"כידוע הכרזת פסלות אינה פועלת למפרע. בשל העובדה כי אין הוראות מיוחדות בדיני החוזים לפעולה משפטית, שנערכה על ידי

אדם בעת שהיה חולה נפש או סבל מליקוי שכלי, יש לבחון את תוקפה על-פי הכללים הרגילים של פגמי רצון, כפי שנקבע בחוק החוזים) בנסיבות המקרה הנדון, השאלה היא האם מנע הליקוי השכלי של האשה, שערכה את הפעולה המשפטית, את גמירת הדעת שלה, כך שהפעולה היא חסרת תוקף. התשובה לשאלה זו תלויה במצב השכלי הקונקרטי של עורכת הפעולה; המדובר אפוא בשאלה שהיא עובדתית ביסודה".

49. את יכולתה של פלונית לתת מתנות יש לבחון, אם כן, לפי דיני החוזים יש לבחון לפי דיני גמירות הדעת. אולם במקרים קיצוניים ניתן לומר כי החוזה כלל לא נכרת. אומרים על כך המלומדים פרידמן וכהן "חוזים" עמ' 1015:

"במקרים קיצוניים של אובדן כושר ההבנה והשיפוט, עשוי החוזה להיות בטל לחלוטין, ומנקודת ראותו של אותו אדם 'לא נעשה דבר'.

...

52. הוכחת גמירות הדעת בהסכמי מתנה דורשת רמה גבוהה של הוכחה:

- 52.1. ראשית, יש לומר כי בכל הקשור להסכמי מתנה נדרשת רמה גבוהה ומוקפדת יותר של הוכחת גמירות הדעת של נותן המתנה.
- 52.2. על הוכחת גמירות הדעת בהסכמי מתנה אומר ביהמ"ש כדלקמן:

"ההבחנה בין החוזה הרגיל לחוזה החד-צדדי בעניין זה היא במישור הוכחת "גמירת-הדעת". בחוזה החד-צדדי מתחייבת רמה גבוהה יותר של הוכחת גמירת-דעת, משום שגובר האינטרס להגן על מעניק המתנה. יפים לעניין זה דבריו של כבוד הנשיא שמגר בע"א 7051/93 האפוטרופוס הכללי נ' גולדברג [פורסם בנבו] [15]: "אכן, בהיות המתנה חוזה חד צדדי, ובפרט כאשר

המדובר במתנה במקרקעין חייבת להיות הבדיקה לגבי גמירת דעתו של הנותן קפדנית במיוחד".

פני הדברים במקרה של הסכם מתנה בו לא נערך משא ומתן כלל מטילים נטל כבד על הטוען למתנה ואומר על כך הנשיא שמגר:

"כאשר התקיים בין הצדדים משא ומתן מסחרי כמקובל, אינני רואה לחשוש לפזיזות ולקלות דעת אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד. שונה המקרה בחוזה מתנה, אשר לא רק שנעדר אותה התמקחות, האופיינית לכל העסקות המסחריות, שיש בה כדי להעמיד את האדם הסביר על טיבה של ההתחייבות שנטל על עצמו, אלא גם טיבו ואופיו של אותו חוזה זה שונים מכל חוזה אחר, באשר יש הרואים אותו כ'חוזה חד-צדדי', שבו כלל לא נוצרות חובות הדדיות של המתקשרים".

53. מידת הגנה נמוכה יותר קיימת למקבל המתנה:

53.1. בעוד קיימת שאיפה ברורה ומובנת לתת הגנה לאינטרס ההסתמכות של המתקשר בחוזה דו-צדדי; לא כך הם פני הדברים ביחס למקבל המתנה. אומרים על כך המלומדים פרידמן כהן:

"ההבחנה החוזרת ונשנית בחקיקה בין עסקה בתמורה לבין עסקה שאיננה בתמורה איננה בכדי. הבחנה זו משרתת מטרה מועילה והיא תואמת את רגש הצדק. הדעת נותנת שההגנה אשר תינתן למקבל מתנה תיפול, במידה ניכרת, בעוצמתה מזו המוענקת למי שנתן תמורה. הטעם ברור. צד שלא תרם מצדו דבר לעסקה ושכל מה שניתן לו בחסד ניתן, איננו זכאי לאותה מידה של הגנה.

23. החזקה היא, אפוא, כי בהינתן ישיש הסובל מחולשה, בין פיזית ובין קוגניטיבית, הנטל הינו על הנוטל ממנו להוכיח קיום גמירות דעת אשר לא נפגעה – כך לא נעשה בכאן. לנוטל מן המוחלש, יש חובה מוגברת לנהוג יושר מוחלט בשימושו בנכסי הורה הישיש.
24. המתמרן עצמו לעמדת "אפוטרופוס בפועל" בלא מינוי, שעה שהישיש מתקשה להבין ו/או להתנייד, חב בחובות משפטיים לעניין מנהג במסירות ואיסור שליחת יד בכספי הנתון להשפעתו.
25. דוקטרינת ההגנה על הישיש המוחלש בתקופה בה טרם מונה לו אפוטרופוס נשענת אף על הדין הקיים לעניין עושק, שהרי רואים אנו את יחסי הצדדים כנובעים מדיני החוזים הכלליים.
26. מהו עושק הוסבר [בסעיף 18 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג – 1953 ובראי [ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח\(4\) 749 \(פמ"מ – 28.09.1994\)](#), הקובע כי זה הנזקק לאשפוז (חסר תנועה, מחוץ למוסד) בבית אבות עונה גם עונה על תנאי הסעיף.
27. הרי אין עורר כי הנתבע הגדיל לעשות וניסה ליטול בעלות על דירת אמו שלא כדיון, בהעניקו לעצמו ובחורתמו בשם אמו על תצהירי מתנה כך שבית המשפט נאלץ לבטל את עסקת המתנה, שהיתה למעשה עסקת מרמה.
28. למעשה, האיסור על "מעין אפוטרופוס" או אפילו על קרוב ומקורב ליטול שלא כדיון מנכסי הנתון להשפעתו, נלמד אף מדוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת החלה על "מתנות" ולא על צוואות וירושות בלבד.
29. וכך כתבתי בתמ"ש [45938-05-12](#) (לא פורסם) [פורסם בנבו] :

"דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת"

240. **לדעתי לדוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת, כמאפשרת ביטולה של מתנה יש קיום עצמאי בדומה לדוקטרינת זעקת ההגינות ואף במנותק מדיני העושק.**
241. **ואולם לא טעות בידי התובעים שעה שהם טוענים מסעיף 55.4 לסיכומיהם כי בהתקיים השפעה בלתי הוגנת הופכים תנאי עסקת מתנה לבלתי סבירים.**
242. **הביאו התובעים בעמ' 37 לסיכומיהם מן הספרות והפסיקה, בזו הלשון: "55.5 מטעם זה החלה להתגבש בפסיקה ההכרה כי יש להחיל את דיני ההשפעה הבלתי הוגנת על דיני המתנה אומרים על כך המלומדים פרידמן וכהן את הדברים הבאים"⁴⁷:
"להשקפתנו יש להחיל בשיטה את דיני ההשפעה הבלתי הוגנת גם בתחום דיני המתנה וזאת מכח אנלוגיה לסעיף 30 לחוק**

הירושה העוסק בפגמים ברצון בצוואה.
הבסיס לאנלוגיה נעוץ בכך שבשני המקרים
מדובר בפגם בהענקה חד צדדית'.

55.6 דברים אלו גם זכו לביטוי בפסיקת ביהמ"ש העליון וערכאות נמוכות יותר. פסק הדין הראשון של ביהמ"ש העליון שדן בכך הוא בפרשת עיזבון יפה⁴⁸ :

"אכן הכלל הוא, שדיני העושק תופסים את מקומם של דיני ההשפעה הבלתי הוגנת. כך נקבע, ש"מינוח זה *UNDUE INFLUENCE* שוב אינו מופיע **בחוק החוזים** (חלק כללי) תשל"ג-1973, ובמקומו בא, בעיקר סעיף 18, המכונה בשוליו בשם עושק "אלא, שפסקי-דין אלה עסקו בחוזים שנקבעו בהם חיובים הדדיים, ולא בפעולות משפטיות שמגלמות בתוכן הענקות חד-צדדיות. על-כן דעתי היא שאין לראות בהלכה שהתגבשה בפסקי הדין האמורים שלילה של האפשרות לעשות שימוש בדיני ההשפעה הבלתי הוגנת בחוזים ובפעולות משפטיות אחרות, שיש בהם הענקות חד-צדדיות ולא חיובים הדדיים."

55.7 בעקבות פסק הדין בעניין עיזבון יפה, ראו ערכאות נוספות – לרבות בביהמ"ש העליון – לקבוע כי אכן בעסקות מתנה יש להחיל את דיני ההשפעה הבלתי הוגנת⁴⁹.

55.8 החלת דיני ההשפעה הבלתי הוגנת – משמעות ראייתית:

55.8.1 להחלת דיני ההשפעה הבלתי הוגנת על דיני המתנה ישנה משמעות ראייתית. בעוד, ברגיל 'המוציא חברו', חייב בנטל הראיה והשכנוע, הרי לפי דיני ההשפעה הבלתי הוגנת במקרים בהם הוכחו 'יחסי תלות מקיפים', עובר נטל ההוכחה לירון וענת להוכיח את העדרה של השפעה בלתי הוגנת. אומר על כך ביהמ"ש העליון באחת הפרשות⁵⁰:

"הלכה היא כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על

קיומה של תלות אדם אחד בזולתו ,
 שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן
 להניח כי נשלל רצונו החופשי
 והבלתי תלוי של אותו אדם במה
 שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי
 אז אפשר לומר שעשייה או פעולה
 שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון
 היא תוצאה של השפעה בלתי הוגנת
 מצידו, אלא אם הוכח היפוכו של
 דבר"

- 47 ד' פרידמן ונ' כהן "חוזים", כרך ב, אבירם הוצאה לאור בע"מ - תשנ"ג, 993
 48 ע"א 236/84 מנהל עיזבון המנוחה יפה ז"ל ל' שוורץ פ"ד מה(5) 13.
 49 ראה לדוגמה ע"א 3099/99 עזבון המנוחה אייזנהרט נ' גוטמן ["נבו"]; עמדת כב'
 הש' ארבל בעניין ע"א 4377/04 הולצברג נ' מירז ["נבו"] ע"א 1612/03 גרינפלד נ'
 בן צבי ["נבו"]
 50. ע"א 423/75 אלבכרי ל' ריכטר פ"ד לא(1) 378."

243. בדומה לדעה שהבעתי קודם לכן, סברה העמותה מעמ' 50 לסיכומיה כי מדובר

בדוקטרינה עצמאית המאפשרת ביטול המתנה, וכך כתבה העמותה:

"60. דיני ההשפעה הבלתי הוגנת נקלטו במשפט הישראלי מכוח
 סימן 46 לדבר המלך במועצתו אף טרם שנחקק חוק החוזים,
חוק החוזים אינו מזכיר את נושא ההשפעה הבלתי הוגנת,
 ותחת זאת קובע את עילת העושה כאחת העילות המאפשרות
 ביטול חוזה. בסעיף 30 לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965 מופיעה
 "ההשפעה הבלתי הוגנת" כעילה לביטול צוואה.

דיני ההשפעה הבלתי הוגנת מוחלים גם לגבי מתנה (ספרם של
 פרידמן וכהן, כרך ב' 993; ע"א 236/84).

61. על מנת שתקבע "השפעה בלתי הוגנת" נקבעת, על בית
 המשפט להשתכנע כי היתה השפעה פסיכולוגית או נפשית של
 אחד המתקשרים בהסכם, שגרמה לו לכך שלא היה לשני
 שיקול דעת עצמאי כשהתקשר בהסכם:

"אם הצד בעל ההשפעה מנצל את מעמדו ואת תלותו של
 הצד האחר, באופן שהוא מפיק לעצמו או לצד שלישי
 (שלא פעל בתמורה ובתום לב) יתרון בלתי הוגן על דרך
 של מתנה, צוואה או חוזה, ניתנת הפעולה לביטול על ידי
 הצד שפעל תחת אותה השפעה. 'עקרון זה' בעניין
 השפעה לא הוגנת, כך נאמר, 'חל על כל מקרה שבו

נרכשת השפעה ומשתמשים בה לרעה, שבו שם אדם את מבטחו באחר והלה מאכזבו'. אמירה אחרונה זו מבליטה את העובדה שהצד האחד נתן אמונו (confidence) בצד האחר. אמון זה הוא שמקנה לצד האחר את השפעתו, והשפעה לא הוגנת משמעה שימוש לרעה באמון או ניצול האמון שזכה בו בעל ההשפעה... לעובדה שהעיסקה היא בלתי מאוזנת ובלתי הוגנת יש ערך ראייתי להוכחת הטענה של השפעה בלתי הוגנת כשם שיש לה משקל דומה בהקשר לטענת עושק'. (ספרם של פרידמן וכהן, 997-995)

63. השופטת ביניש (כתוארה אז) סקרה את המבחנים שיסייעו בקביעה אם קיימת השפעה בלתי הוגנת (ע"א 2500/93 שטיינר נ' המפעל לעזרה הדדית של ארגון עולי מרכז אירופה, פ"ד נ(3) (344, 388) כדלקמן):

"על קיומה של השפעה בלתי הוגנת ניתן ללמוד מגורמים שונים ומשתנים. מצבו הפיזי של המצווה, מצבו המנטאלי והנפשי, מידת חולשתו וסוג התלות שהוא תלוי בזולת, בדידותו וניתוקו מאנשים אחרים, מערכת הקשרים בינו לבין האדם שהוא נזקק לו וקשריו עם אחרים - כל אלה יש בהם כדי להשפיע על מידת השתעבדות רצונו ואובדן השליטה בו, או על חשש מפני קיומו של מצב כזה".

64. נטל ההוכחה שהמסמך נעשה עקב השפעה בלתי הוגנת, הוא על הטוען לה. אולם נקבע כי כאשר עולה מהנסיבות שקיימת תלות מקיפה ויסודית של אדם אחד באחר באופן המשפיע ושולל את רצונו החופשי, חזקה שקיימת השפעה בלתי הוגנת, וחובת ההוכחה לסתור חזקה זו, מוטלת על הטוען לקיום המסמך:

"כאשר הנסיבות האופפות - את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החופשי והבלתי-תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לומר שעשייה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר. כלומר, במקרה כזה חובת ההוכחה על אי-קיומה של השפעה בלתי הוגנת עוברת אל

שכמו של המבקש לקיים את המעשה או הפעולה

(ע"א 423/75 בן נון בעניין צוואת אסתר אל בכרי נ'

ריכטר ואח', פ"ד לא (1) 372, 378).

והפסיקה אשר הובאה לעיל מדברת בעד עצמה."

30. אמרתי בתמ"ש 52696-03-18 ב. (אדם שמונה לו אפוטרופוס נ' ד. ק. [פורסם בנבו] (פמ"מ – 23.10.2018) בין השאר, כך:

"21. יאמר במפורש כי אפוטרופוס (בין הורה, בין קרוב משפחה, בין עמותה ובין צד ג'), אינו רשאי בלא אישור בית משפט, לא למחול ולא לוותר על זכויות שוות כסף של אש"א. נגזרת של האמור לעיל היא גם חובתו של אותו אפוטרופוס לפנות ולקבל מבית המשפט הוראות אם להצטרף להליך משפטי הנוגע לטובת אש"א, אם לאו.

22. כבר בתמ"ש (ת"א) 17364-12-12 צ. ק. נ' ר. מ. [פורסם בנבו] (פמ"מ – 5/12/2013), כתבתי:

"מעמדו של אפוטרופוס והחובות החלים עליו

41. קובע חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

התשכ"ב-1962, כך:

"41. קנה מידה לאפוטרופסות במילוי

תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג

לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה

נוהג בנסיבות העניין".

"48. פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

בפעולה משפטית בין החסוי לבין

האפוטרופוס, בן-זוגו או קרוביו של

האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות

לחסוי, ובפעולה משפטית בין החסוי

לבין חסוי אחר של אותו אפוטרופוס,

אין האפוטרופוס מוסמך לייצג את

החסוי מבלי שבית-המשפט או

אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו

אישרן מראש".

"50. השקעות כספי החסוי, במידה שאינם

דרושים לצרכיו השוטפים, חייב

האפוטרופוס להחזיקם או להשקיעם

כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר המשפטים בתקנות או בדרך שהורה בית-המשפט".

57" אחריות האפוטרופוס האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לחסוי או לרכושו. בית המשפט רשאי לפטרו מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת החסוי. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע".

42. אמור במפורש, כי אפוטרופוס כשלוחו של ביהמ"ש, אינו רשאי לשלוח יד בכספי החסויה, אין הוא רשאי, למעט החזר הוצאות שוטפות, להכניס כספים לכיסו ללא היתר ואז לתרץ את הגזל בהסברים שונים ומשונים. במילים אחרות בלא היתר מביהמ"ש כל נטילת כספים ע"י אפוטרופוס היא מעשה בלתי חוקי בשני אספקטים:

א. ראשית, ככל נטילת כספי זולת שלא כדין.

ב. שנית, בחומרה נוספת הנובעת מהפרת חובת הנאמנות שחב האפוטרופוס הן לחסוי והן לביהמ"ש.

...

80. כאמור שליטתו של האפוטרופוס בכספי חסויה אינה מאפשרת לאפוטרופוס לשלוח ידו ולשלשל לכיסו את נכסי החסוי לא טרם פטירתו גם לא לאחר מכן, שהרי עם פטירת חסוי שייכים נכסיו לעיזבונו.

81. אגב תמ"ש (ת"א) 1578-12-11 (פמ"מ) כתבתי כך: "משיכת וקבלת כספי קטין על ידי האפוטרופוס, בוודאי בסכום משמעותי כבענייננו, ללא אישורו של בית המשפט - אסורה היא, וראה בע"מ (ת"א) 1020/00 הנ"ל, בפסק דינו של כב' השופט ח' פורת, כדלקמן:

".. לדעתי הגישה שעל פיה הורים יכולים לרוקן את חשבונות ילדיהם תוך מציאת צידוקים שונים, זו גישה שיש לצמצם כל

האפשר, תוך מציאת כל דרך פרשנית אפשרית כדי למנוע תופעה שכזאת, משום שהילדים בד"כ אינם מודעים למשמעויות הכספיות אשר ההורים מבצעים לטובתם (ישנה שורה של עסקאות שטעונה אישור ביהמ"ש מראש כולל פעולות לטובת ילדים, לא כל שכן תוך פגיעה בהם – ס' 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות), לכן מצופה כי ביהמ"ש ימצא כל דרך אפשרית כדי להגן על האינטרס של הילדים כאשר הוא משתכנע כי כוונתם האמיתית של ההורים היתה להיטיב לילדים ולא לשמשם כמכשיר אשר ברצונם יתנו לילדים וברצונם יקחו מן הילדים בחזרה את מה שנתנו להם קודם לכן."

82. לעניין זה אין נפקא מינא, אם האפוטרופסות נוצרה מהורות וכלפי קטין שמא ואולי בדרגת חומרה יתרה, כאשר מדובר בחסוי שהוא בוגר ואינו יכול לדאוג לענייניו.
83. נטילה מכספי חסוי בלא היתר אינה רק מעשה בלתי חוקי. היא מהווה עוולה בנזיקין בין בשל היותה בגדר הפרת חובה חקוקה (וראה סעיפים 41, 47-50, 57 לחוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות, התשכ"ב – 1962) וכמובן נכנסים מעשיו של הנתבע בגדר עוולות הרשלנות (וראה סעיף 35 לפקודת הנזיקין).
84. זכותה של התובעת לקבל את הנתבע והנדרש על ידה יונקת ממקור נוסף.
- שכן, בנסיבות מסוימות, בהן נוצר חוסר צדק קיצוני, רשאי בית המשפט לעשות שימוש בחוק איסור עשיית עושר ולא במשפט שזו לשונו:

1" (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה
מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או
בדרך אחרת."

85. כתבה כב' השופטת אלה מירז אגב ת"ע (חי) 3650/08 (פמ"מ)

כד:

"תחילה יש להבחין בין סוגי האפוטרופוס ולהבין כל
אחד את תפקידו.
אפוטרופוס לגוף – אחראי על גופה של החסויה
ולטיפול
יומיומי, והשגחה על בריאותה.
אפוטרופוס לרכוש – אחראי לאחזקה, תפעול ושמירה
על הנכסים והכספים של החסויה.
סעיף 39 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות,
התשכ"ב-1962 (להלן: "החוק") קובע:
"תפקידיו של אפוטרופוס אחר
אפוטרופוס שאינו של קטין או של
פסול דין חייב לדאוג לעניינים
שנמסרו לו על ידי בית המשפט".

הבדלים נוספים בין אפוטרופוס לגוף לעומת אפוטרופוס לרכוש
מצוינים בע"א 137/66 פליגלטאוב נ' פליגלטאוב, פד"י כ (3)
621, ע"א 489/69 א' ברנר-רובינשטיין ואח' נ' האפוטרופסיים
שלה קטין א', פד"י כג (2) 637.

תימוכין לגישה המבחינה בין אפוטרופוס לגוף לאפוטרופוס
לרכוש ניתן למצוא גם בספרו של שלמה כרם, נאמנות,
מהדורה רביעית מעודכנת ומתוקנת, הוצאת פרלשטיין-גינסור,
עמ' 160:

"בפועל לגבי נכס הנתון לאפוטרופוסותו,
אפוטרופוס הוא נאמן כמשמעו בחוק
הנאמנות. לעומת זאת, אפוטרופוס שנתמנה
ע"י בית-המשפט, וסמכותו הוגבלה לגופו של
החסוי, להוציא את רכושו, לא יהיה בגדר
נאמן". (הדגשה א.מ.).

הגבלות על פעולות משפטיות של חסוי / האפוטרופוס
ההגבלות על פעולות משפטיות ועסקאות בין אפוטרופוס
לחסויה, מבוססות על שתי מקורות חקיקה: סעיף 48 לחוק
הכשרות המשפטית – הדורש אישור מראש של בימ"ש
לפעולות משפטיות בין חסוי לבין אפוטרופוס, ראה: החלטה

מיום 2.12.12 במסגרת בע"מ 4513/12 פלונית נ' פלוני [פורסם בנבו].

וסעיף 13 לחוק הנאמנות – הקובע רף איסור גבוה יותר, האוסר על נאמן להנות מנכס או להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, לצד איסור לעשות דבר היוצר סתירה בין טובת הנאמנות לטובתו שלו. גם במקרה כזה ניתן לקבל את אישור בית המשפט מראש ובלבד שהפעולה לטובת הנאמנות.

ראה: סעיף 13(ג) לחוק הנאמנות וכן ת.א. 7746/96 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"מ תשנ"ה 177 02.

עיון בפסיקת הערכאות השונות מלמדת, כי ההגבלות חלות לא רק על פעולות שמשמעותן הינן בחיי החסויה, אלא גם בפעולות המשפיעות לאחר מיתה.

כך בדנ"א 6770/07 מירז נ' הולצברג [פורסם בנבו] (מיום 13.5.08) (להלן: "פרשת הולצברג") נדון שינוי מוטבים בקופות גמל של חסויה שנפטרה לבינתניים".

86. אם אנו סוברים, כי הכלל שאפוטרופוס אינו יכול להעמיד עצמו בניגוד עניינים עם החסוי, אין זאת אלא ביטוי אחר של הכלל המחייב אפוטרופוס לפעול לטובת החסוי ולא לטובת עצמו תוך איסור הפעלת שיקולים זרים ותועלתניים".

31. אם אמרנו שהתנהגות הנתבע, בתופסו שליטה בדירת אמו, בעשותו בה כרצונו ובשנותו אותה, בשולחו יד בכספיה ובנסותו ליטול בה בעלות תוך שהוא חותם על מסמכים בהם בשמה הוא מעניק לעצמו את הדירה במתנה הם בגדר מתנה אסור, עושק, שליחת יד, התנהגות בלתי הגונה ועוד. טוב נעשה אם נדחה את טענתו המקוממת של הנתבע כי "לא ידע" שהוא "מעין אפוטרופוס".

32. מה הוא לא ידע? שאין ליטול מכספי הורה? שאמו אינה ניידת ולכן אינה יכולה לבדוק מעשיו? שאין הוא יכול ליטול את נכסיה ללא הסכמתה המפורשת?

הטענה "אין צורך לבוא חשבון עם הנתבע"

33. כעת מעלה הנתבע רעיון היאה לו – לאמור: "אז מה אם ניסיתי ונטלתי מרכוש אמי? היא לא צריכה אותו וכשתלך לבית עולמה יתעמת יורש אחר עמי, אם יחפוץ בכך".

34. טענה זו הינה מקוממת ומשמעה שהנתבע מסביר כי למרות שהתנהג בדירה שלא כחוק, אין חסר הישע זקוק לכספו אשר נגזל.

35. שיטת "רובין הוד", קרי "גזול ממי שיש לו, לדעתך" אינה חלק משיטתנו המשפטית ובין אם זקוק הבעלים לרכושו (ואף ממאן לעת הזו לילך לבית עולמו) אם לאו, אין אי החוקיות נסוגה בנסיבות כאלה מפני אינטרסיי "יורשים בפוטנציה".

36. גזל הינו עוולה אזרחית אשר עניין וחובה לאפטרופוס שלא לוותר עליו ועניין למדינה להתוות נורמה של "לחימה" בניצול חולשתם של ישישים והמתקשים להגן על עצמם.

37. טוב היה לטענה שלא נטענה משנטענה ויש בה להסביר צורת השקפתו של הנתבע ולא לחינם נאמרים הדברים.

דמי שימוש ראויים

38. אמרתי קודם כי לאור מצבו ותפקודו של הנתבע, אשר גם לשיטתו שימש כאפטרופוס בפועל לתובעת, לא הוכח בפני כי זו האחרונה היתה כשירה להסכים למגורי הנתבע ומשפחתו בדירה, לשיפוצה או לניסיון ההשתלטות של הנתבע על הבעלות בה והנטל, כאמור, על הנתבע היה.

39. כשירה או לא כשירה על-פי [חוק המקרקעין](#) – משנבצר מן התובעת, בשל אשפוזה לעשות שימוש בדירה, חב לה התובע דמי שימוש ראויים (וראה: [עמ"ש \(ת"א\) 7396-12-09 פלונית נ' אלמוני](#) [פורסם בנבו] {פמ"מ – 21.4.2013}).

40. טען הנתבע ל"טענת קיזוז", שכן מאז שנת 1980 חלק לו ונחלה בדירה מירושת אביו (פחות משתי שמיניות) ולכן מגיע לו שכר ראוי עבור מגורי התובעת בדירה, עד אשפוזה.

41. טענה זו יש לדחות לא רק כי מאז נוצרה העילה לשיטתו של הנתבע (שנת 1980) ועד היום עברו כארבעים שנה והתובענה התיישנה שהרי מדובר בתובענה כספית, אלא אף בראי הלכת "יהלום" (וראה: [ע"א 5774/91 יהלום נ' מנהל מס שבח מקרקעין, מח\(3\) 372](#) {פמ"מ – 02.06.1994}) – לאמור, כי הנתבע מעולם לא דרש סך כלשהו והוא נתפס כמי שמחל על החוב, להבדיל מן התובעת, שמעת אשפוזה נחשבת כמי שלא הוכח כי היתה מסוגלת לוותר על החוב.

42. את החישוב הראוי ולו על-מנת למנוע התחשבנויות סרק בודקים כשווי שכר הדירה כיום (וראה: [ע"א 8880/13 וינשל נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] {פמ"מ – 30.08.2016}).

43. תקופת השכירות, ללא עוררין, ראשיתה מאשפוז התובעת ביום 11.01.2009 ועד ליום 10.12.2016, עת הוחל בתשלום דמי שימוש ראויים לה.

44. משמינתי מומחה לשום הן את שווי שכר הדירה והן את שווי השיפוץ אשר ביצע הנתבע לצרכיו, לעת השתלטותו על הדירה, אין זה משנה כלל מה נישום בכתב התביעה (כל עוד אין הפסיקה חורגת מן הסך הכללי הנתבע). חוות דעת המומחה ממנה לא יסטה בית המשפט בנקל, היא הקובעת (וראה: [דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית](#) [פורסם בנבו] {פמ"מ – 23.12.2013}).

45. המומחה שם את שווי השיפוץ אשר ערך הנתבע בסך 300,000 ₪ ואת שווי שכר הדירה בסך 12,000 ₪ לחודש, סך דומה לזה לו טענה בעבר באת כוח התובעת, בנספח ט' לתביעה.

46. כך או אחרת, קבלות המוכיחות את היקף השיפוץ לא הוצגו על-ידי הנתבע.

47. כאשר לפני משורת הדין סבור אני שיש להתחשב בשווי השיפוץ, אומר כי חלק הנתבעת בשוויו הוא 5/8 מסך 300,000 ₪, לאמור 187,500 ש"ח. לכך יש לצרף סך 45,625 ₪ תשלום עבור התובעת ל"עזרה וביצרון" (סעיף 12 לסיכומי התובעת) ובסך הכל יש לקזז משכר הדירה הראוי סך 233,125 ₪.

48. אוסיף ואומר כי זה שאינו פורע דמי שכירות במועד צפוי לכך שאלו יישומו במועד ריאלי כשוויים היום ולא על-פי תחשיבי עבר, בצירוף ריביות, הפרשי הצמדה ועוד.

49. שווי 5/8 משכר הדירה הראוי הוא 712,500 ₪, ובקיצוץ חלק יחסי בשיפוץ ובדמי ".....", חב הנתבע סך 479,375 ש"ח.

ואומר לסיום כי אכן, ערך השכירות עולה בעקבות השיפוץ, אך הנתבע זוכה להשבת שוויו.

משיכות מחשבון התובעת

50. התובעת טענה למשיכה בסך 222,000 ₪, בהחזר שביצע הנתבע בסך 185,000 ₪ ומכאן דרישתה להשבת סך 37,000 ₪.

51. בסיכומיו (סעיף 19) טען התובע כי אין עורר שעליו להשיב סך 25,000 ₪ ולא סך 37,000 ₪. בכך כופרת התובעת וטוענת כי לא הוצגו מסמכים מספקים להוכחת טענות הנתבע, הנסמכים על תקופה חלקית כך שקשה לדעת מה הושב, מה לא הושב ועבור מה.

52. דעתי כדעת התובעת, גם בראי התנהלות הנתבע ובעניין זה עליו להשיב לתובעת, לכאורה, סך 37,000 ₪. ואולם, בסעיף 21 לסיכומיה הסכימה התובעת לתשלום סך 25,000 ₪ בלבד וכך אני מורה.

דמי שכירות חנות

53. גם בהעדר אסמכתאות מוכן אני לקבל חישובו של הנתבע לפיו יתרת דמי השכירות, בניכוי הוצאות וכפי חלק התובעת (5/8) בבעלות, הוא סך 2,140 ₪ לחודש.

54. הנתבע טען כי הפקיד את מלוא הסכומים בחשבון התובעת ויש לסמוך על מילתו. בכל מקרה, משום מה לא הציג הנתבע אסמכתאות כי כך עשה, משום שאלו בידי התובעת, אשר הציגה לו את דפי הבנק (סעיף 20 לסיכומיו).

55. בראי התנהלותו של הנתבע מובן שאיני מוכן לסמוך על מילתו בלבד, להבדיל מטענות שיש בהן היגיון. גם על-פי הקשר הדברים הכללי כגון לעניין היקף הוצאות, למרות שגם עניין זה לא הוכח בפניי, האם אותן הוצאות לא נפרעו על-ידי השוכר.

56. אמור מעתה כי הנתבע לא הוכיח כי הפקיד את דמי השכירות העודפים בחשבון התובעת, שאין עורר כי גבה אותם.

57. הנתבע חב, אפוא, לתובעת סך 2,140 ₪ לחודש עד ליום מינוי האפוטרופא (07.12.2016), לאמור סך 203,300 ₪.

58. מסכום זה יש לנכות סך 7,700 ₪ כאמור בסעיף 30 לסיכומי התובעת ובסך הכל סך 195,600 ₪.

תשלומים למשרד הבריאות

59. על-פי קוד האשפוז אכן חויב הנתבע בתשלום סך כלשהו עבור התובעת ואולם, כשבידי התובעת היה כדי מימון אשפוז עבור קוד משרד הבריאות, אין אני מוצא לנכון לחייב את הנתבע לעניין זה.

סוף דבר

60. אשר על כן, אני מחייב את הנתבע לשלם לתובעת את הסכומים כדלקמן:

א. דמי שכירות ראויים באשר לדירה – 479,375 ₪.

ב. דמי שכירות באשר לחנות – 195,600 ₪.

ג. משיכת כספים מחשבונות התובעת – 25,000 ₪.

וסה"כ - 699,975 ₪.

61. כן יישא הנתבע בהוצאות התובעת, גם כפרי התנהלותו ועל-מנת להרתיע את הרבים, בסך 50,000 ₪.

62. אני מתיר פרסום פסק דיני זה, ללא פרט מזהה כלשהו אודות הצדדים.

63. המזכירות תסגור התיק.

ניתן היום, י' אייר תשע"ט, 15 מאי 2019, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

ארז שני 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה