



בס"ד, ב סיוון תשפ"ו

18 מאי 2026

תיק מס' 85129-1

פסק דין

לבין

בעניין שבין

הנתבע

התובעים

אביו של בעל הדירה

בעלי דירה

א. דברי פתיחה

התביעה שלפנינו הינה של בן וכלה התובעים את האב. האב מצידו מגיע בטענות קשות אל בנו. כאשר היריעה נפרסה לפנינו ראינו כי מדובר בקרע משפחתי עמוק ורחב אשר התחיל שנים רבות לפני שמושא התביעה היה רלוונטי, הוא נוגע למעורבים רבים, גם כאלו שאינם צד לתביעה, וקשור לטענות לקיומם של ארועים קשים נוספים, שככל והתרחשו אינם קשורים באופן ישיר או עקיף למושא התביעה. ככלל בית הדין סבור שסכסוכים מסוג זה לא אמורים להתנהל בבית הדין אשר אין ביכולתו לפתור אותם משורשם אלא לטפל בהיבט קטן ושולי יחסית והוא ההיבט הכספי. על הסכסוך לבוא לידי פתרון באמצעות טיפול משפחתי, אשר יביא מזור ורפואה לכל המשפחה בדרך ש"והב בסופה", דרך שאולי קשה בתחילתה אך עשויה להשיג שלום לאורך שנים במשפחה, לחבר בין חלקיה ולהשיב לב אבות על בנים, ולב בנים על אבותם. אנו מקווים כי אחרי מתן פסק הדין, הצדדים יתפנו לעסוק בחלק החשוב של הסכסוך, ויקבלו את המלצת בית הדין לפנות בהקדם לטיפול משפחתי, ולשתף איתו פעולה לטובת כל המעורבים ולטובת הדורות הבאים. אחר קביעה עקרונית זו ניגש לפסק הדין עצמו.

ב. הרקע העובדתי ותמצית טענות הצדדים

התובעים הינם בעל ואשה בעלים (בשותפות) על דירה (להלן "הדירה"). הנתבע הינו אביו של הבעל (להלן: "הנתבע"). בתאריך יח אלול תשע"ו (21.9.2016) נכרת בין הצדדים הסכם (להלן: "ההסכם") ועיקרו הוא שהנתבע מתחייב להלוות לתובע סכום של 1.3 מליון ₪ באמצעות תשלום המשכנתא על הדירה במקום התובעים. מועד הפירעון נקבע לאחר 5 שנים, ולצורך הבטחת הפרעון תירשם הערת אזהרה בטאבו כנגד סכום זה לטובת הנתבע. הערת אזהרה מכח סעיף 126 לחוק המקרקעין נרשמה בתאריך 15.11.2016. כן קובע ההסכם פיצוי מוסכם בסך \$1000 על הפרתו. שני הצדדים מודים שהנתבע לא העמיד את כספי ההלוואה לרשות התובעים. לאור העובדה שהנתבע לא העמיד את ההלוואה לרשות התובעים דורשים התובעים להסיר את הערת האזהרה שנרשמה וכן פיצוי כספי בסך \$1000 שנקבע בחוזה בגין הפרתו. לעומתו טוען הנתבע כי מעולם לא סיכמו הצדדים על מתן הלוואה וממילא לא על השבתה. הסכם ההלוואה לדבריו אינו אלא הסכם פיקטיבי שנועד למעשה להעביר את הבעלות על הדירה מהתובעים לנתבע, מבלי לרשום את הדירה על שמו של הנתבע. הנתבע הציג בפני בית הדין פרוטוקולים חלקיים של חקירת משטרה בהם שני התובעים מודים לכאורה בכך שמטרת ההסכם היא העברת הבעלות על הדירה.



עוד טוען הנתבע כי הרקע להעברת הבעלות היה סדרה של גניבות כספיות שגנב התובע מהנתבע, גנבה אותה מכחיש התובע.

על אף המתח הרב ששרר בין הצדדים בכל הדיון וההכחשות הרבות שהוצגו, למעשה במרבית העובדות הנוגעות לנשוא התביעה אין מחלוקת בין הצדדים: שני הצדדים מסכימים שבפועל הנתבע לא שילם לתובעים עבור הדירה כפי שהתחייב בהסכם ההלוואה. הצדדים חלוקים בשאלה העובדתית האם התובע גנב כסף מהנתבע. מחלוקת עובדתית זו משליכה על מחלוקת פרשנית להסכם וממילא בשאלה האם הופר. הנתבע אשר טוען לקיומה של גניבה מסביר שההסכם הינו הסכם מתנה, שמטרתו היתה להעביר את הדירה במתנה מהתובעים לנתבע, כהשבה של הגניבה, ולא להוות ערובה להלוואה שלא ניתנה ולא היתה אמורה להינתן. לעומתו התובעים אשר מכחישים את דבר קיומה של הגניבה, טוענים כי ההסכם הינו הסכם הלוואה אשר בסיומה עשויה ואף צפויה היתה להפוך למכירה של הדירה לנתבע, אך זו כאמור לא בוצעה, ומכאן צמחה הדרישה להסיר את הערת האזהרה.

ג. ההודאה במשטרה

בפני בית הדין הוצגו תמלילי חקירה של התובעים במשטרה בהם הם מודים לכאורה בבעלותו של הנתבע על הדירה, וכמו כן מודה התובע בחקירתו שקיבל סכום כסף משמעותי של 500,000 ₪ מהנתבע עבור רכישת הדירה. בהקשר אחר, אולי הודאות אלו עשויות להיחשב כעילה לחיוב התובע אולם בהקשר בו ניתנו- ההלכה אינה מאפשרת לקבל הודאה זו ולחייב בגינה את התובע כפי שנפרט להלן:

הודאה בבית הדין נחשבת ובצדק ל"מלכת הראיות" כפי שאומרת הברייתא (גיטין מ ע"ב): "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". הדבר בוודאי נכון כאשר ההודאה נעשית בין כותלי בית הדין. שם יודע בעל הדין שכל דבר שיאמר בדיון ילקח ברצינות וישמש כראיה לטובתו או לרעתו, ולפיכך הוא שוקל את דבריו ולפיכך אם הודה יש לקחת את הודאתו ברצינות כלשון השולחן ערוך (חו"מ סימן פא סעיף ו): "אם כשתבעו הודה בפני ב"ד... שוב אינו יכול לומר: משטה אני בך..."

כאשר ההודאה נעשית שלא בבית דין ניתן לראותה כהודאה רק כאשר מתקיימים שני תנאים: האחד, שהצד הזוכה מכח ההודאה (לרוב, התובע) נוכח בזמן ההודאה. השני, שההודאה תיעשה בפני עדים. כאשר אחד משני התנאים לא מתקיים, ההודאה אינה מחייבת.

לכן פוסק השולחן ערוך (שולחן ערוך חו"מ פא יא) שאם אין עדים בשעת ההודאה, ואפילו אם יש עדים אלא שהנתבע לא מודע לקיומם ההודאה אינה מחייבת:

אם כשתבעו הודה בפני עדים וייחדום לעדים... שוב אינו יכול לומר: משטה אני בך...

גם אם יש עדים בשעת ההודאה אך אין תביעה קונקרטית ברקע ובפרט כאשר התובע אינו נוכח בשעת ההודאה, ההודאה אינה מחייבת, שכן יכול לטעון שההודאה מטרתה לייצר מצג שוא של היעדר נכסים, שעשוי להיות נוח לו מסיבות שונות (שם, יד):

לא תבעו שום אדם, אלא הוא בעצמו הודה דרך הודאה בפני עדים: מנה לפלוני בידי, וכשתבעו,

אמר ליה: אין לך בידי כלום שלא הודיתי אלא שלא להשביע (פי' שלא להראות שבע ועשיר) את

עצמי הודיתי, נאמן.

לכלל זה יש חריג לפיו אם מדבריו של המודה ניכר כי דבריו נאמרו מתוך רצינות וישוב דעת יש לקבל את הודאתו כמחייבת (שם, ח):



אמר בפני שנים : הריני מודה לפניכם שיש לפלוני אצלי מנה, ואמר כן דרך הודאה גמורה ולא דרך שיחה, אעפ"י שלא אמר : אתם עדי, ואף על פי שאין התובע עמו, הרי זה עדות גמורה, ומשלם על פיהם.

מבלי להרחיב יתר על המידה נוסף כי המהימנות המוגבלת שניתנת להודאתו של האדם, כאשר היא לא נעשית בפני בית הדין, נובעת מכך שהאדם עשוי לספק הסבר סביר מדוע הודה מבלי שהיה חייב. ישנן שני סוגים של הסברים השונים במקצת זה מזה בדינם. האחד, טענה לחוסר רצינות "משטה אני בך" (שם, א) והשני טענה לכך שבהודאה בחיוב הרובץ עליו המודה היה סבור להרויח רווח חברתי או אחר "שלא להשביע את עצמו" (שם יד). בהינתן ובית הדין השתכנע שהסברים אלו סבירים, ועומדים בקריטריונים ההלכתיים הנדרשים, ההודאה לא תתקבל.

ומן הכלל אל הפרט: ההודאה במשטרה היתה בחקירה בענין חשדות לפשעים כלכליים כבדים בהם הואשם הנתבע, אשר בקיומם העקרוני הודה גם הנתבע בפנינו. מלבד העובדה שבמשטרה לא נידון כל ענין התביעה של הנתבע כלפי התובע, והנתבע בוודאי לא נכח במקום, התביעה לא נעשתה בפני שני עדים כשרים וכל שכן בפני בית הדין. די היה בכך בכדי להסביר מדוע איננו יכולים להעניק לדברי התובע שנאמרו בחקירה מעמד של הודאה.

אולם יתר על כן, כאשר מדובר בפשעים כלכליים האינטרס של כל נחקר הוא להציג מצג של העדר נכסים, לפיו שום דבר לא שלו וגם על מה ששלו הוא שקוע בחובות ולכן אין מה לתבוע ממנו. כפי שאמרנו לעיל הגמרא (סנהדרין כט ע"ב) קוראת להסבר זה בשם "השבעה" (בשי"ן שמאלית), כלומר נסיון להציג מצג שוא של היעדר נכסים.

יש להעיר כי התובעים לא סיפקו בעצמם את ההסבר לבית הדין אלא הסתפקו בהכחשה כללית ובהוצאת הדברים מהקשרם, וההלכה מגבילה את אפשרות בית הדין להעניק הסברים מסויימים להודאה שנאמרה על ידי הנתבע, במקום הנתבע (במקרה שלנו מדובר בתובע). אולם הרמ"א (שם יד) סבור שהדבר אפשרי ביחס לטענות מסוג "השבעה" : "טענת שלא להשביע טוענין לו אף על פי שהוא אינו טוען". אכן הש"ך חולק על הרמ"א בנקודה זו (ש"ך שם, ס"ק לט, נא) וסובר שאין לבית דין סמכות להעניק הסברים כלשהם להודאות כשרות שנאמרו על ידי הנתבע אך גם לדעתו לא ניתן לקבל את ההודאה שנאמרה במשטרה כהודאה מחייבת ולו בשל העובדה שהיא אינה עומדת בשאר הקריטריונים הנדרשים לצורך קבלת הודאה זו כראיה מחייבת.

לסיכום: על פי הודאת שני הצדדים בבית הדין אנו קובעים כי הנתבע לא הלווה כסף ולא נתן תמורה אחרת לתובעים בגין הדירה.

ד. מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

עיקר התביעה שלפנינו הינה להסרת הערת אזהרה. לשם כך עלינו לברר מהו מעמדה ההלכתי של הערת האזהרה.

בסעיף 126.א לחוק המקרקעין תשכט נכתב כך :

הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן – הזכאי), הערה על כך ;



לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית. תוצאתה החוקית של הערת אזהרה מבוארת בסעיף 127.א לחוק: נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט. משמעות הדברים היא כי החוק אינו רואה בהערת אזהרה העברת בעלות של הנכס מבעל המקרקעין לזכאי אלא פעולה משפטית המונעת מבעל המקרקעין להעביר בעלות לכל אדם אחר. עוד עולה מהדברים כי רישום הערת האזהרה לפי סעיף זה חייב להיות כנגד התחייבות לעסקה כלשהי, אף אם זו אינה קשורה כלל לנכס. עובדה זו משמעותית שכן סעיף 132 לחוק קובע כי הרשם עצמו רשאי למחוק את הערת האזהרה, שנרשמה לפי סעיף 126 אף ללא צו של בית משפט, אם "הוכח להנחת דעתו של הרשם... עילת ההערה בטלה".

ומן הכלל אל הפרט, זוהי הערת האזהרה אשר נמצאת במוקד התביעה:

[הושמט]

ניתן לראות כי הערת האזהרה שנידונה בפנינו הינה הערה על פי סעיף 126 ועילת ההערה, קרי, העסקה (ה"פעולה") אשר להבטחתה נרשמה ההערה, היא "העברת שכירות" כלומר העברת כספי השכירות אותם מקבלים התובעים עבור השכרת הדירה לרשות הנתבע. יש להעיר כי פעולה זו לא נכתבה במפורש בהסכם ההלוואה, ואף לא בבקשה לרישום אליה צורף הסכם ההלוואה תוך שהוא מכונה בשם "התחייבות". אולם בנקודה זו אף ההסכם כפי שהוצג בפנינו לוקה בחסר, שכן לא נכתב בו כיצד ובאלו מועדים ישיבו התובעים את ההלוואה. לפיכך אנו מפרשים כי ההסכם בא לקבוע שהשבת ההלוואה תתבצע באמצעות העברת דמי השכירות שמתקבלים מהדירה לרשות הנתבע, קרי המלווה, וזוהי התחייבות אותה באה להבטיח הערת האזהרה.

התובעים דורשים מבית הדין כי יורה לרשם למחוק את הערת האזהרה בשל בטלות העילה לרישום ההערה. הם אמנם לא העבירו את דמי השכירות לנתבע אולם לדבריהם ההלוואה שנקבעה בהסכם לא ניתנה, וממילא לא הוטלה עליהם חובה להחזיר אותה, לא באמצעות העברת דמי השכירות, ולא בכל אופן אחר ומשכך דינה של ההערה להמחק. הנתבע אף הוא אינו טוען לביצועה של ההלוואה אלא שלדבריו קיים חוב אחר שמצדיק את תשלום הסכום שצויין כסכום ההלוואה, כאשר הוא צמוד לערך הדירה, ולחילופין את מסירת הדירה עצמה לבעלותו. חוב זה נוצר לדבריו בגין כספים שלקח התובע ממנו שלא ברשות.

גם לו היינו מקבלים את גרסתו של הנתבע, וקובעים כי אכן נלקחו ממנו שלא ברשות כספים על ידי התובע, היה דינה של הערת האזהרה להמחק. אין מחלוקת בין הצדדים כי בהסכם ההלוואה המצורף לבקשת רישום ההערה, ועליו מבוססת הערת האזהרה, מפורש שהערת האזהרה ניתנה אך ורק לצורך החזר ההלוואה, ומשזו לא ניתנה התייתר הצורך להשיב אותה, פקעה ה"התחייבות" הנזכרת בבקשה לרישום ההערה, ומשנשמט הבסיס לרישום ההערה, אין עוד עילה להשארת ההערה על כנה ודינה אם כן להמחק.

אמנם עדיין יכול הנתבע לטעון כי על אף שעל פי החוק דינה של ההערה להמחק, יש לראות בה כהעברת בעלות על הדירה אשר ניתנה לו במקום הכספים שלדבריו התובע גנב ממנו. אולם גם טענה זו דינה להדחות. הפוסקים דנו בשאלת מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה, ראו בהרחבה: [מעמדה ההלכתי של](#)



הערת אזהרה. הרב סיני לוי, משפטי ארץ ג, עמ' 270-283, והסיקו כי ככל ויש להערת האזהרה מעמד הלכתי עצמאי שלא מכח החוק הרי שמעמדה הוא כשל שעבוד קרקעות על נכס מסויים, ולא כהקניה של זכות ממונית על הנכס שכן הזכות אינה אלא המנעות של הבעלים על המקרקעין מלמכור את הנכס לאחר, וזכות שלילית, גם אם ניתן לשיירה בנכס, לא ניתן להעבירה לאחר. ובכל מקרה אין ברישום הערת אזהרה זכות חיובית בנכס שכן על פי הגדרתה החוקית היא אינה מעניקה כל זכות שכזו לזכאי וגם אם נעניק לה תוקף הלכתי לא ניתן להעניק לה תוקף יותר ממה שהחוק העניק לה, והצדדים ביקשו להעניק זה לזה באמצעותה.

אמנם התובעים הודו בחקירתם במשטרה כי הדירה שייכת לנתבע אולם מלבד הקושי בקבלת דברים אלו כהודאה, עליו עמדנו בסעיף הקודם, אין מחלוקת שלא בוצעה כל העברת בעלות על הדירה מלבד אותה הערת אזהרה, ואף אם התובעים ראו בכך העברת בעלות על הדירה (ויש להסתפק האם באמת כך היה) בכל אופן זו מעולם לא נעשתה.

יש להעיר כי ההלכה קוראת לשטר חוב אשר נכתב למראית עין על מנת למלא צרכים אחרים של הלווה והמלווה בשם "שטר פסים" או "שטר אמנה". טענתו של הנתבע לפיה שטר ההלוואה אינו משקף הלוואה אמיתית אלא נכתב לצורך אחר ראוייה אולי לברכה כלשון הגמרא (כתובות יט ע"א) המתייחסת למלווה המודה שהשטר שבידו אינו אמיתי: "האומר שטר אמנה הוא זה ... תבוא עליו ברכה". כמו כן טענה זו ראוייה לבירור נפרד, אותו נעשה בבואנו לדון בשאלת הפיצוי שנקבע בחוזה על הפרתו. אולם בכל הנוגע לדרישה למחיקת ההערה הוא אינו מעלה ואינו מוריד שכן הערת אזהרה לפי סעיף 126 חייבת להירשם לצורך מימוש של התחייבות קונקרטית ומשזו אינה קיימת דינה להמחק.

לסיכום: בית הדין קובע כי על הרשם למחוק את הערת האזהרה שנרשמה על הדירה לטובת הנתבע.

ה. תביעת הגניבה

אין ספק כי הנושא הנובער העומד ברקע הסכסוך שלפנינו הינו טענת הנתבע כי התובע גנב ממנו סכומי כסף גדולים. כפי שכתבנו, נושא זה אינו משפיע באופן ישיר על התביעה הראשית להסרת הערת האזהרה מהדירה, אולם הוא מהווה תביעה שכנגד וכמו כן עשויות להיות לו השלכות על החיוב בפיצוי התובעים בגין הפרת הסכם ההלוואה.

הנתבע טען כי התובע גנב ממנו סכום הקרוב לשני מליון ₪ אולם כאשר בדיון הראשון נשאל שוב ושוב על ידי בית הדין האם הוא יודע בוודאות שהתובע גנב ממנו סכום כזה או אחר השיב בשלילה, ושהערכתו לגובה הגניבה נובעת מהערכתו את החוסר שנוצר במחזור הכספים שלו לאורך זמן. לדבריו הוא לא ניהל רישום כלשהו של הכספים הנכנסים והיוצאים וממילא לא היה יכול לדעת כמה בדיוק נגנב. התובע מכחיש את כל האמור, וטוען שלא גנב דבר מעולם.

ו. העדויות על הגניבה

בדיון השני הביא הנתבע עדים שהעידו על גניבה של הנתבע בהזדמנויות שונות: אשתו של הנתבע, אמו של התובע, העידה כי בהזדמנות אחת ראתה סכום של 10,000 יורו שנעלם, בהזדמנות אחרת סכום של \$4,000, ובהזדמנות שלישית סכום של 25,000 ₪, כאשר החשד נופל על הנתבע. בנו של הנתבע, אחיו של התובע, העיד כי ראה את הנתבע במצלמה נוטל קופסה ובה כסף כאשר לדברי הנתבע שנאמרו לו באותה העת היו בקופסה 4,000 יורו.



בן אחר של הנתבע, העיד כי התובע הודה בפניו שגנב אך נתן את הדירה לנתבע בתמורה, אולם בהודאתו לא ציין התובע כמה פעמים גנב ואלו סכומים גנב.

(שאר העדים שהביא הנתבע אינם רלוונטיים לנושא התביעה ולכן לא נציין אותם).

למותר לציין כי כל העדים שהביא הנתבע הינם עדים פסולים בהיותם קרובי משפחה הן לתובעים והן לנתבע. אולם גם אם היינו מקבלים את העדויות כראיות לגניבה, והיינו מחברים את הסכומים העולים מכל העדויות היינו מגיעים לכל היותר לסכום של 85,541 ₪ (לפי שער של יום כתיבת פסק הדין). סכום זה רחוק מאד מהסכום אשר טען הנתבע, וקל וחומר שאינו מתבסס על דבר, מלבד הערכה כללית של סכומים שנעלמו במחזור כספים עצום המתנהל ללא כל רישום.

ז. חיוב בשבועה על סכום שלכאורה נגנב

באופן עקרוני בתביעה על גניבה ניתן היה להשביע את התובע שבועת היסת שלא גנב כפי שפסק הרמב"ם גזילה ד יד ; שולחן ערוך חו"מ עה ח :

מנה לי בידך שגזלתני, והלה אומר : לא היו דברים מעולם, משביעים אותו היסת.

אולם במקרה שלפנינו התביעה אינה מבוססת ולו על מקרה אחד בו הנתבע ראה את התובע גונב סכום כספי מוגדר, ואילו הראשונים קובעים כעקרון בדיני שבועות שעל מנת להשביע את הנתבע חייב התובע לטעון טענת ברי, כלומר טענה וודאית שהוא יודע בוודאות שהנתבע חייב לו סכום כספי מוגדר. כך כותב רש"י (בבא מציעא כו ע"ב ד"ה א) ביחס לשבועות הנזכרות במשנה :

אינו יכול להשביעו בטענת שמא, שאין נשבעין בטענת שמא אלא אותן השנויים במשנה : ואלו נשבעים שלא בטענה כו' :

הרמב"ם (טו"ז פ"א ה"ז) מרחיב זאת גם לשבועת היסת שאין להשביע אלא כאשר התובע טוען טענת ברי : אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור, כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלוייתך וכמדומה לי שלא פרעתני, אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה, דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו, חשבתי מעות ומצאתי חסר שמא אתה הטעיתני בחשבון, והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה.

כך פוסק גם השולחן ערוך חו"מ סימן עה סעיף יז :

כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל. כיצד, אמר לו : כמדומה לי שיש לי אצלך מנה, או : מנה שהלויית לך כמדומה לי שלא פרעתני, פטור אף משבועת היסת, ואפילו לצאת ידי שמים אינו מחוייב, כיון שתובע אומר : שמא, והנתבע אינו מודה לו, ואומר : ברי.

ככלל טענת ברי מוגדרת כטענה בה התובע לכל הפחות בטוח בצדקתו.

אולם מעיון בלשון הראשונים הנ"ל נראה כי הם הבינו את המושג טענת ברי באופנים שונים. מלשון הרמב"ם עולה כי טענת ברי חייבת להיות מבוססת על ידיעה אוביקטיבית ודאית וברורה של התובע. בעמדה זו ינקוט הש"ך בשיטתיות, כפי שנראה להלן. אולם מלשון רש"י נראה שטענת ברי אינה אמורה לשקף את ידיעתו האוביקטיבית של התובע אלא את דעתו הסוביקטיבית הנובעת מבטחון של התובע בצדקתו. בגמרא, (בבא מציעא כו ע"ב) מובא מקרה בו שני אנשים הלכו בדרך ונפלה אבדה מאחד מהם אינו מתיאש שכן סומך על כך שלחץ על המוצא הבלתי ישר יגרום לו להחזיר לו את האבידה :



אמר רב נחמן: ראה סלע שנפל משנים - חייב להחזיר. מאי טעמא? ההוא דנפל מיניה לא מיאש. מימר אמר: מכדי איניש אחרינא לא הוה בהדאי אלא האי, נקיטנא ליה ואמינא ליה: אנת הוא דשקלתיה!

במסגרת הלחץ שיופעל על המוצא רש"י לא מוציא מכלל אפשרות את היכולת להשביע את החשוד במציאה שלא הצהיר עליה שבועת היסט:

נקיטנא ליה כו' - משבענא ליה שבועת היסט

כלומר התובע סומך על כך שיוכל להשביע את הנתבע היסט כיוון שרק הוא היה שם. אולם לכאורה אין ידיעה זו ודאית שכן אכן מתברר שלא הוא לקחו אלא המוצא. אלא שמסתבר שרש"י לא רואה בכך בעיה שכן לדעתו די בכך כדי להשביעו. כדעת רש"י נקטו ראשונים נוספים כגון הרא"ש ב"מ ב ט; חידושי הרשב"א שם וכעמדתו נוקט הגר"א בשיטתיות, כפי שנראה להלן.

נראה כי השלכה לחקירה העקרונית תהיה במקרה בו לא מדובר בידיעה אישית אלא בידיעה שהגיעה לתובע באמצעות אדם אחר, אך יצרה אצלו וודאות מספקת. כאמור לעיל לדעת הרמב"ם אם לא מדובר בידיעה אישית אלא בידיעה שהגיעה ממקור אחר, מהימן ככל שיהיה לא ניתן להשביע עליה:

אין משביעין שבועת היסט אלא על טענת ודאי אבל על הספק פטור. כיצד?... אמר לי אבא שיש לו

אצלך מנה... הרי זה פטור אף משבועת היסט

כלומר מכיוון שטענת ברי חייבת להיות מבוססת על ידיעה אובייקטיבית של התובע הוא אינו יכול לטעון ברי אלא כשטוען כן מידעו העצמית אולם אם אביו או מורישו אמר לו אין זה ברי אלא שמא ואין משביעין על כך.

הראב"ד (שם) משיג על דברי הרמב"ם וכותב:

בזה איני מודה לו כי היא טענת ברי ועל זו אמר ר"א בן יעקב פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו שהעמיד אותה בבא בטענת עצמו והוא שאמר כך צוה לי אבא שאם אמר ברי לי שאני יודע על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו ואפילו לרבנן

כלומר אם מדובר בידיעתו העצמית פשיטא וכי גרע מכל אדם אלא ודאי שמדובר בידיעה הבאה לו מאביו ואעפ"כ נחשבת היא לטענת ברי המחייבת אף שבועה דאורייתא.

לדעת הסמ"ע (נז הגר"א עט ורעק"א על הש"ך הנ"ל) הראב"ד חולק עקרונית על הרמב"ם וסובר שטענת ברי אינה חייבת להיות מבוססת על ידיעה אלא על בטחון גמור של התובע בטענתו ואף אם בא לו ע"י אחר סגי בהכי להקרא ברי ולהשביע שבועת התורה. על פי זה צריך לומר שאין לחלק בין אביו לכל אדם אחר לו מאמין התובע ויכול לתבוע על פיו ברי.

על דעתו חולק הש"ך (שם, פב) וסובר כי באופן עקרוני גם הראב"ד מודה שטענת ברי חייבת להיות מבוססת על ידיעה ודאית של התובע אלא שמוכן הוא לראות את ידיעת האב כידיעת הבן וזוהי כוונת הגמ' באמרה "מה לי הוא מה לי אביו" אולם ברור כי אם שמע מאדם אחר אין זה ברי.

להלכה מביא הרמ"א חו"מ עה כג את שתי הדעות ומכריע כדעה מאפשרת להשביע היסט על פי עד קרוב הנאמן עליו:

אם אין העד לפנינו להעיד, לא מקרי טענת ברי מה שאמר ששמע מפי אחרים, ואין משביעין על טענה זו, דהוי טענת ספק. ויש אומרים דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן, אפילו קרוב שלו, משביעין אותו היסט, וכן נראה לי להורות.



דעה שלישית מביא רבנו ברוך (במרדכי שבועות תשעב) לדעתו אף שככלל אין להשביע בטענת שמא, ניתן להשביע בשמא במקרים בהם הטענה מסתמכת על ראיות נסיבתיות התומכות בה. דעה זו נפסקה להלכה ברמ"א שם, יז:

ו"א דמשביעין היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר, כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מה שהיה בתוכה, והוא חושד שמעון, יכול להשביעו היסת וכן נראה לי להורות

לדעת הסמ"ע והגר"א ר' ברוך סובר כדעת הראב"ד שניתן להסתפק בבטחון התובע בטענתו בין בשבועת התורה ובין בשבועת היסת. אולם כאמור לעיל הש"ך לא יכול לקבל עמדה זו ולכן מבאר הוא (בס"ק עז, פב) כי ר' ברוך מייצג דעה חדשה והיא שאכן בשבועת התורה אין להשביע אלא בוודאות גמורה אולם בשבועת היסת מוכן הוא להסתפק בבטחון של התובע בטענתו שכן המשנה לא צמצמה את האפשרות לטעון שמא אלא ביחס לשבועת המשנה אולם ביחס לשבועת היסת יש מקום להרחיב את היכולת להשביע בטענת שמא לכל מצב שדומה לשותפים וחבריהם.

ונראה שניתן להבין את תפקיד ה"רגלים לדבר" בשני אופנים לאור מחלוקת הפוסקים בהבנת גדר ברי: האחד, תפקיד הרגלים לדבר להשלים את ידיעת התובע לכך שיוכל לטעון בבטחון ברי. השני, הרגלים לדבר אינן יכולות להפוך את השמא לברי כיוון שברי אינו בטחון בעלמא אלא ודאות גמורה. כל היכולת של הרגלים לדבר הוא לעורר חשד מספיק לבית הדין שיאפשר לבית הדין להשביע את הנתבע היסת מיוזמתו.

ההשלכה לאופן בו נבין את דברי רבנו ברוך עשויה להתבטא בעוצמת האומדנא הנדרשת בכדי לאפשר לנו להשביע את הנתבע היסת: כאמור לעיל לדעת רש"י אנו מוכנים להשביע בברי גם כאשר הברי מסתמך על אומדנא של "רגלים לדבר", (שהלכו שניהם ונעלם כספו ולא היה שם אלא הוא). העולה מכאן הוא כי כל מה שנראה לאדם עצמו באומדנא מסתברת מאפשר לו להשביע את הנתבע היסת, כיוון שכל תפקיד הרגלים לדבר הוא להפוך את השמא שלו לברי (וכן כתב הגר"א שם, נח).

אכן התרומות (וכ"כ ר' ברוך במרדכי שם רס וכ"פ הש"ך סג לשיטתו) חולק בדבר וסובר כי התובע אינו יכול להשביע שבועת היסת במצב זה כיוון שאין לו אלא טענת שמא ואין הרגלים לדבר אלא ביחס לעצמו. אכן במקום בו הרגלים לדבר ברורות גם לבית הדין יכול בית הדין להשביע על כך היסת ביוזמתו אע"פ שמבחינתו של התובע אין כאן אלא תביעת שמא. על פי זה מסיק הש"ך (שם ובס"ק פב) כי גם הרמב"ם יודה במקרה זה היות וכלל לא מדובר כאן על נסיון להגדיר מחדש את טענת ברי.

ומן הכלל אל הפרט: לאור האמור עלינו לעשות אבחנה ברורה בין הסכום אותו טוען הנתבע שהתובע גנב ממנו (שני מליון ₪) לבין סכומים ברורים אותם יכול הנתבע לציין תוך הסתמכות על ידיעתו הברורה בצירוף קרובים שהוא סומך עליהם (כ 85000 ₪). ביחס לסכום הראשון ברור שמדובר בטענת שמא שאין להשביע עליה כלל. הנתבע, התובע את כספי ה"גניבה" אינו טוען שהוא יודע שהתובע גנב ממנו ולו תוך הסתמכות על בני משפחתו. חישוב בדיעבד של חסרון של סכום כספי בתוך מחזור שמגלגל עשרות מליונים במזומן בכל חודש ללא כל רישום מסודר אינו נחשב לברי בשום מובן שהוא.

אולם בכל הנוגע לסכום השני טענות הנתבע לכך שהתובע גנב ממנו תוך הסתמכות על דברי קרובי המשפחה מאפשרים לנו להשביע את התובע היסת, כפי שפסק הרמ"א. זאת ועוד הסיפור אותו מספרים העדים דומה להפליא לסיפור התיבה הפרוצה המובא בדברי המרדכי ונפסק להלכה ברמ"א ללא כל

מחלוקת, ובמקרה זה בית הדין לכל הפחות יכול לקבוע כי על התובע להשבע היסט, וכך אכן עושה בית הדין וקובע כי אכן על התובע להשבע היסט על סכום זה (כ 85000 ₪).

לסיכום: על התובע להשבע היסט שלא גנב מהנתבע כל סכום שהוא.

ח. פשרה על השבועה

כיוון שמזה מאות שנים מנהג בתי הדין שלא לאפשר שבועה בבית הדין, כבר כתבו הראשונים שבמקרה של חיוב שבועה, יש לפסוק בדרך פשרה. וכך כותב הטור חו"מ יב:

אם יש שבועה ביניהם רשאי לעשות פשרה ביניהם, אפילו לאחר גמר דין כדי ליפטר מעונש שבועה.

למעשה ברבות השנים, אפשרות זו שהיתה רק חלק מ"ארגז הכלים" של בית הדין, והשימוש בה היה נתון לשיקול דעתו הפכה למנהג של כל בתי הדין (להרחבה בנושא ראו: הרב אורי סדן, שבועה בבית הדין לדיני ממונות רמת הגולן, קול ברמה, לג עמ' 121-113). אמנם נחלקו הפוסקים האם בית הדין חייב לקבל את הסכמת הצדדים לעשיית פשרה במקום שבועה. לדעת שו"ת דברי מלכאל (חלק ב, קלג) אין פשרה זו שונה מכל הפשרות האחרות, ולכן במידה ואחד הצדדים אינו מעוניין בפשרה, אין מנוס מלהשביע את מי שחייב שבועה. לעומת זאת, בבתי הדין במדינת ישראל מקובל לפסוק פשרה במקום שבועה, גם במקום בו לא ניתנה הסכמת הצדדים (ראו פד"ר ב, 297; פד"ר ד, 320; פד"ר יא, 269 וכן משמע מתשובת הציץ אליעזר ז, מח, ו). למעשה בכל דיון המגיע לפנינו ניתנת הסכמת הצדדים מראש גם לעשיית פשרה, ובפרט במקרה של שבועה.

בנוגע לשיעור הפשרה אין הכוונה לחלוקת סכום התביעה לשנים והשתת מחציתו על התובע ומחציתו על הנתבע. דיינים הנוקטים במנהג מגונה שכזה מכונים בגמרא (בבא בתרא קלג, ב) בשם "דייני דחצצתא", וכפירושו של הרשב"ם: "דייני פשרה שאין בקיайן בדין וחוצצין מחצה לזה ומחצה לזה כדין ממון המוטל בספק". על פשרה זו אמרו חכמים שאין זה אלא מנאץ. על הדיינים להפעיל את שיקול דעתם ולחלוק בין התובע והנתבע באופן שיביא לידי ביטוי את מידת השכנוע שלהם בטענות הצדדים. רבי יעקב ריישר (שו"ת שבות יעקב חלק ב סימן קמה) ביקש לתת לדיין כלי עזר ליישום רעיון זה, תוך הבחנה בין פשרה שכל מטרתה לשים שלום בין אנשים, שאמורה לספק את מירב הצרכים של שני הצדדים, ובין פשרה הקרובה לדין המוגדרת באופן שונה:

הכוונה עכ"פ שלא לחצות הדבר שמחולקין בו רק בפשר קרוב לדין יותר בדין, אך אכתי אין שיעור לדבר אפי' זהב אחד שעושים יותר ממה שמתחייב בדין ג"כ מיקרי קרוב לדין... וא"כ אכתי לא ידענו שיעור מוחלט לדבר אך ורק לבי אומר לי דעל כל פנים לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלש מאות לא יפטור אותו יותר משליש... ויתחייב עכ"פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין... אבל עכ"פ לא יהיה זה שיעור מוחלט לדבר לפחות מזה כיון שע"פ הדין פטור לגמרי כל שאפשר לפשר בפחות עדיף אם יראה בעינו הפקח שבדבר מועט יוכל לפשר בעל דינו בענין שיהיה שלום ביניהם. כלל הדבר הכל תלוי בראות עיני הפשרן לפי אומד דעתו במהות הדבר, רק שיהיה כוונתו לשם שמים לא לשום נטית צד לאפשר הדבר ולתווך השלום, ועכ"פ לא יותר משליש שחייב או פטור ע"פ הדין פחות משני שלישים מיקרי רחוק.



כלומר, ככל שבית הדין בטוח יותר במידת חיובו של האדם, כך יוטלו עליו אחוזים יותר גבוהים מהתשלום, ולהפך. אם כן, היחס של 2:1 אינו מוגדר כיחס מוחלט אלא כיחס מקסימלי, דהיינו שמי שמן הדין פטור אין לחייבו ביותר משליש, ומי שמן הדין חייב אין לזכותו ביותר משליש. דברי ה"שבות יעקב" לא נאמרו כלל בנוגע לפשרה הנעשית כדי להפטר מן הצורך בשבועה, אולם ברבות השנים, ועם התפתחות הצורך לעשות פשרה במקום שבועה, דבריו הורחבו והפכו להיות מנהג הדיינים גם בכל הנוגע לחיוב שבועה ובמקום שמתחייב היסת לחייבו שליש בתורת "פדיון שבועה" ובמקום שמתחייב שבועה דאורייתא לחייבו שני שליש. כך מובא למשל בספר "תרשיש שהם" לרב משה פרלמוטר, דיין בלודז' בראשית המאה ה-20:

דהנה מי שמחויב שבועה דאורייתא כגון מודה במקצת או ע"י עד אחר וכיוצא בזה. דהחייב עליו ליטע או לשלם מה"ת, וראוי אפילו אם שניהם נתרצו לפשר אין סברא לפשר כי יתן שליש כדי שלא ישבע ולא יותר, כיון דכל כמה שלא נשבע יש עליו חיוב ממון מה"ת כפי תביעת התובע. ולכאורה היה מסתבר בזה להיפך שיתן ב' שלישים, אלא לפי המבואר בש"ע סי' פז סעיף כב דכל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם, אפילו היסת, יש לו להחרים סתם קודם שישבע על כל מי שטוען עליו דבר שאינו חייב בו כדי להשביעו חנם... א"כ כשנתרצו הבע"ד לפשר ודאי נעשה הפשר שלא יהי שבועה לזה ולא לקבל חרם לזה א"כ יש שווי' להתובע מה שיתן כדי שלא יקבל בחרם ע"כ אפשר סגי שיהי הפשר לחצאין.

אולם הדברי מלכיאל (שם) התנגד להפיכת גבולות הגזרה אותם הגדיר ה"שבות יעקב" לכלל מחייב, ולכן ביקש להגדיר את אופן עשיית הפשרה במקום בו היא נועדה להחליף את השימוש בשבועה באופן מורכב יותר:

והנה מנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי הטענה. ונראה שהמקור לזה הוא מהשבויי הנ"ל. אבל באמת לא דמי דשם איירי בלא שבועה וכנ"ל. והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים: הדרך האחד לשום כמה שוה השבועה לאיש זה היינו כמה היה נותן כדי להיפטר ממנה, וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה ובערך השבועה אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול ליטע או לא. והדרך השני לפי הענין כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש או להיפוך שהנתבע כופר בשקר.

ובדין ההכרח לדון כפי טענות הבע"ד וכמו"ש הרמב"ם ובח"מ סי' טו שבוה"ז אסור לדון ע"פ אומדנא. אבל כשהדיין מפשר ביניהם אסור לו לחייב את הזכאי באמת, ומוטל עליו לתת להתובע רק דבר מועט בעד תביעתו אם נראה לדיין שאין בה ממש. או אם דברי הנתבע אין בהם ממש צריך לוותר לו רק דבר מועט מהתביעה. ובכה"ג שייך גם סברת הדרך הראשון. כי כיון שהדיין מרגיש שהאמת עם התובע א"כ הנתבע אין יכול ליטע השבועה המוטלת עליו כי תהא לשקר. ושפיר השבועה שוה הרבה כי בעד כל הון אין ראוי שישבע איש לשקר ח"ו. ולזה באופן כזה בודאי צריך כל דיין ירא ד' לפשר ע"פ דרך השני. ובפרט אם התנו שהפשרה תהא קרוב לד"ת דודאי באופן כזה הוא קרוב לד"ת וכנ"ל. ואם דברי התובע אין בהם ממש... צריך לפשר באופן שיתנו להתובע דבר מועט לפי שזהו הדין האמיתי להציל עשוק מיד עושקו ולדון דין אמת לאמיתו.

לדעת ה"דברי מלכיאל", על הדיין להשתמש בשני שיקולים בבואו לעשות פשרה במקום בו מוטל על אחד הצדדים חיוב שבועה: שיקול אחד הינו אובייקטיבי, באיזו מידה הדיין השתכנע מצדקתו של המחויב בשבועה. השיקול השני הינו סובייקטיבי, באיזו מידה הדיין סבור שהמחויב בשבועה בטוח בצדקתו, ועד



כמה הוא מוכן לשלם כדי להפטר משבועה זו. אין צורך לומר שלא מדובר בחישוב מדויק כל עיקר, ומרחב התמרון של הדיין במקרים אלו גדול למדי.

לדעת בית הדין לכל הפחות ביחס לסכום עליו ניתן להשביע את התובע - שבועתו אינה סבירה. דבריו של התובע כמו גם דברי הנתבע בבית הדין ובמשטרה היו רצופים באי דיוקים. התובע לא סיפק כל הסבר למקרים השונים בהם הואשם מלבד אמירה כללית "לא גנבתי". ניכרים דברי אמת וגם לשקר אין רגלים. בית הדין אינו יכול לקבוע כי טענתו של התובע אמיתית או שקרית אולם אין ספק שהאמת כולה לא נגלתה לנגד עיניו. די בכך ששני הצדדים ניסו לרמות את המדינה כאשר ביצעו הלוואה פיקטיבית כדרך בה הם חשבו אולי להעביר בעלות על דירה מבלי לרשום אותה על שם הנתבע שהסתבך בפלילים. אם לא דין מרומה לפנינו יתכן ודין רמאים לפנינו. במקרה שכזה אנו סבורים שלו היה התובע בעל יראת שמים הוא היה משלם את כל הסכום ולא נשבע אולם מכיוון שאנו ננקוט בדרך של פשרה נחייב אותו רק ב 80% ממנו ולפיכך עליו לשלם 68,000 ₪ לנתבע כפשרה תחת שבועת היסט על סכום שנטען שגנב. **לסיכום:** על התובע לשלם לנתבע סכום של 68,000 ₪ כפשרה על השבועה בה התחייב.

ט. תביעת פיצוי בגין הפרת ההסכם

על פי הסכם ההלוואה על הנתבע היה להעמיד הלוואה לתובעים, והדבר לא נעשה. לדברי התובעים זוהי הפרת חוזה המזכה אותם בפיצוי מוסכם בסך של \$1,000. לדברי הנתבע חוזה ההלוואה היה למראית עין לצורך השבת כספי הגניבה שלטענתו בוצעה ולפיכך אין בהמנעות מהלוואה משום הפרת חוזה. גם אם יש לנו ספק האם אכן היתה גניבה ומהו היקפה די בספק זה בכדי להעביר את נטל הראיה אל התובעים ועליהם להוכיח שאכן היה זה חוזה הלוואה של ממש ולא חוזה למראית עין. התובעים לא הרימו את נטל הראיה ולפיכך על פי הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" אין אפשרות לחייב את הנתבע בגין הפרת חוזה.

חשוב לנו להבהיר, כי אין סתירה בין מסקנתנו שיש להסיר את הערת האזהרה בשל העובדה שההלוואה לא ניתנה לבין מסקנתנו שאין באי מתן ההלוואה משום הפרת חוזה. הערת האזהרה נרשמה כנגד הלוואה בלבד בלי קשר לשאלה האם הצדדים התכוונו לבצעה או לא, ומשלא בוצעה, יש להסירה. בעוד שההסכם קבע כי הפיצוי ינתן רק במידה והצדדים פעלו בשונה להתחייבותם בחוזה. הואיל ולטענת הנתבע התחייבותו היתה למראית עין גם ההפרה אינה הפרה. יש להעיר כי בחוזים מעין אלו הפיצוי בגין הפרת חוזה גבוה הרבה יותר וגובה הפיצוי מוסיף לסברא שאכן הצדדים מלכתחילה לא התכוונו למלא אחר הכתוב בחוזה. למרות זאת בית הדין אינו יכול להכריע באופן ברור בשאלה האם היתה גניבה ומדובר בחוזה למראית עין, שאינו מצדיק תביעה על הפרתו, או שלא היתה גניבה ומדובר בחוזה של ממש שמצדיק תביעה על הפרתו, ומשכך אינו מחייב את הנתבע על הפרה שיתכן ולא היתה.

לסיכום: התביעה בגין פיצוי על הפרת חוזה דינה להידחות

י. הוצאות משפט

מדיניות בית הדין של ארץ חמדה היא כי למעט מקרים חריגים באגרת בית הדין ישאו שני הצדדים בשווה. התובעים שילמו אגרה בסך 2,000 ₪. לפיכך, על הנתבע לשלם להם 1,000 ₪ בגין החזר חצי מהאגרה. סכום זה יקוּזז מהסכום אותו חייבים התובעים לשלם לנתבע. מעבר לכך, ישא כל צד בהוצאותיו.



יא. החלטות

1. התובעים חייבים לשלם לנתבע סכום של 67,000 ₪.
2. לאחר שהתובעים ימציאו לבית הדין הוכחה על ביצוע התשלום האמור בסעיף 1, יוציא בית הדין החלטה על מחיקת הערת האזהרה שרשומה לטובת הנתבע על הדירה.
3. את הסכום הנ"ל יש לשלם בתוך 35 מהמועד הנקוב על פסק דין זה.
4. ניתן לערער על פסק דין זה בתוך 30 יום מהמועד הנקוב בו.

פסק דין ניתן ביום ב' סיוון תשפ"ו, 18 מאי 2026.

בזאת באנו על החתום

הרב אופיר שירה, דיין

הרב אורי סדן, אב"ד

הרב יורם קאפאח, דיין