

השופט לנדוי

הזן שאינם ניתנים לניכוי (ראה למשל,

Income Tax Commissioner v. Messrs. Motiram Nadram; (1940), A.C. 339, 349, (4)
Tata Hydro-Electric etc. v. Income Tax Commissioner (1947), 2 All E.R.
 291, 296, (5).

א

על יסוד האנור הנאי סבור, כי יש לבטל את שני פסקי-הדין עליהם מערערים, ולאשר את השומות לפי החלטת פקיד השומה. על כל אחד מהמשיבים לשלם למערער את היציאותיו בבית-המשפט הנזווי ובבית-משפט זה בסך כולל של 75 ל"י.

ב

ניתן היום, כ' אב ש"ט תשי"ד (25.2.1954).

ג

ערעור אזרחי מס' 180/51

ארנולד גולדקורן נגד סילביה ויסוצקי

ד

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
 [8.11.53, 22.12.53, 26.2.54]

לפי השופטים אגרנט, זילברג, זוסמן

ה

פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 [תוס"א מס' 1380, ע' 93], סעיף 35 (2), 35 (1), 37, 71, 2, 35 — מגילה, סעיפים 891, 881 עד 940 — נתינת הדין דא, בין נתינת הסף וכן נתינת שוה-כסף, אינה עשויה, כשלעצמה, לשמש יסוד לתביעה, ועל התובע להוכיח את עילת הנתינת — כאשר הנתבע מודה בקבלת הדבר, ומצמצם את הגנתו לטענה מפורשת: כי הדבר ניתן לו בתור מתנה, ולא כפקדון, הדין הוא, כי טענה זו מעבירה אליה את חובת ההוכחה — הטענה לכך הוא, כי ה"חזקה" היא, במסיבות המקרה, נגד טענה המתנה ועל הנתבע לסתור את החוק ולתוות את טענתו — כאשר יסוד התביעה הוא עוולה אזרחית (civil wrong). והעולה הנדונה וצעה: חוק-לארץ, על התובע להוכיח כי היא "בלתי צודקת", אם לא "בתחביעה" ממש, כדעת משפטים נזויים, גם לפי החוק הור — אם כי עצם האחריות לנוק תלויה גם בהוראת החוק הור, הרי שאלת "מידת הנזק", שהיא שאלה של סעד, יש לדון אך ורק בהתאם לחוק המקומי — מכוח ההוראה האמורה בסעיף 2 של הפקודה הנ"ל יש לפרשה לפי העקרונות המקובלים בחזרת הנזיקים האנגלית — לפי ראת מהותו והיקפו של המונח "נזק" (damage) בפקודה הנדונה יש לפרש לא לפי החוק המקומי, והיינו המגילה, כי אם לפי הוראות החוק המקובל האנגלי — על כן במקרה של "שליחות יד" (conversion) לא ייקבע שוויו של החפץ הנדון לפי ערכו "כשעת הגזילה" — אין

הבדל אם הגוילה נעשתה לפני שהפקודה הנדונה נכנסה לתקפה, אם שוויו של החפץ הנדון היה קטן בשעת הגוילה מאשר בזמן הדיון בבית-המשפט לפי עקרונות המשפט האנגלי — לפי המשפט המקובל האנגלי יש, בדרך כלל, לשלם גם במקרה של „עיקוב נכסים“ (detinue) לפי סעיף 35 הנ"ל וגם במקרה של „שליחות יד“ (conversion) לפי סעיף 37 הנ"ל את שוויו של החפץ בשעת פסק-הדין, אם החפץ יתייקר בין „שעת גוילה“ או העיקוב לבין יום מתן פסק-הדין — בדרך כלל הולכים אחרי התאריך האחרון ועל הנחבע לשלם את „שווי המרובה של החפץ“ — במקרה של תביעה מצד קטן אין לבוא עליו בטרוניה על שלא התענין במחירי החפץ הנדון ולא עשה להפחתת הנוק הצפוי — ספק רב אם יש לראות novatio בהבטחת הנחבע שלפניו להתנייר לתובעת, אחר תקופה מסויימת, כי כמה משווי של החפץ שהנחבע שלח אליו את ידו, גם אם נתקבלה הכטחה לכך או הוסכם על הבטחת פיצוי בעד הנוק הנגרם — נתבע הכופר בעצם ההסכם, אינו יכול לטעון נובציה לגבי אותו הסכם.

פסקי-דין אנגליים שהוזכרו:

- [1] *Cary et al. Executors of Greatorex v. Gerish*; (1801), 170 E.R. 624.
- [2] *Hepworth v. Hepworth*; (1870), L.R. 11 Eq. 10.
- [3] *Hick v. Keats*; (1825), 107 E.R. 985.
- [4] *Rosenthal v. Alderton and Sons, Ltd.*; (1946), 1 All E.R. 583, 584.
- [5] *Phillips v. Eyre*; (1870-1), L.R. 6 Q.B. 1, 28.
- [6] *Machado v. Fontes*; (1897), 2 Q.B. 231.
- [7] *Carr v. Francis Times and Co.*; (1902), A.C. 176.
- [8] *Munro v. Willmott*; (1948), 2 All E.R. 983.
- [9] *Sachs v. Miclos and others*; (1948), 1, All E.R. 67.

פסקי-דין א"י שהוזכרו:

- [10] C.A. 241/43 — *The Custodian of Enemy Property (Palestine) v. Dr. Menachem Dunkelblum and 2 ors. as administrators of the estate of Dr. Horace (Horace Ephraim Naphtali) Farbstein*; (1943), A.L.R. Vol. 2, p. 667.
- [11] C. A. 198/38 — *Szymon Furstenberg v. Mendel Birenzweig*: (1938), P.L.R. Vol. 5, 523; (1938), S.C.J. Vol. 2, p. 154; (1938), Ct. L.R. Vol. 4, p. 183.
- [12] *Privy Council Appeal 91/45 — Wolf Niwes and an. v. Cheim Leib Rosenstrauch*: (1947), P.L.R. Vol. 14, p. 391; (1947), A.L.R. Vol. 2, p. 640.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

בבא קמא צ"ג ע"ב, ס"ה ע"א

השופט זילברג

ל"ן — בשם המערער; נוחימובסקי — בשם המשיבה

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט מ. קנת) מתאריך 21.9.52 (בתיק אזרחי 1/222), לפיו חוייב המערער לשלם למשיבה דמי נזיקין בסך של 2,000 ל"י. הערעור נדון.

א

פסק-דין

השופט זילברג לפנינו ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, המחייב את המערער, ארנולד גולדקורן, לשלם לבת-בת-אחותו, סילביה בת מרים ויסוצקי, סך 2,000 ל"י. תכורת הילום לבן, בן 2.65 קרטים, שנמסר לו ע"י בת-אחותו, מרים, במולין, בשנות השואה הגולה. התובעת (המשיבה) היא כעת ילדה בת 14, והתביעה לבית-המשפט המחוזי הוגשה לגבי שני שנים ע"י "ידידתה הקרובה", גב' איטה מילגנבך, דודתה, אחות אביה של הילדה.

ב

ג

אין הנתבעת-מערער כופר בעצם קבלת הילום, וטענתו היא כי לשם מתנה קיבלה אלטרנטיבית, והו מכוש את ערכו הנטען של הילום, את צבעו (לא לבן, אלא צהוב), וטוען כמה טענות משפטיות לגבי שיעור הפיצויים שעליו לשלם.

ד

2. הדבר קרה בשנת 1940, והתובעת או תינוקת מוטלת בעריסה, המתגוררת עם אמה מרים, ועם דוד אמה הנתבע, בביאליסטוק-של-פולין הכבושה על-ידי הרוסים. אביה הוגלה — עוד היותו בבטן אמה — ע"י הרוסים מביאליסטוק לסיביר, ומאו לא נודעו עקבותיו; גם אמה לא מצאה מנוח בעיר זו, והחליטה להימלט אל הוריה הגרים ביורשה הכבושה ע"י הנאצים — החלטה גורלית שעלתה לה במחיר חייה, כפי שנראה להלן. הדרך לשם היתה סוגי בסנות, סכנות ממון וסכנות נפשות, ועובר ללכתה לורשה, עם התיי נוקת הרכה בווועותיה מסרה האם לנתבע יהלום, על מנת — וכאן מתחילים שינויי הגירסאות של העלילת-דין: גירסת התביעה היא, כי מסירת היהלום נעשתה ע"י מרים, על מנת שהדוד ארנוני יסתירהו בחלל אחת משינוי, מתחת לסתימה, ויחזירהו לה כעבור כמה שבועות, כאשר גיע אף הוא בגניבת הגבול לורשה; ואילו גירסת הנתבע היא, כי היהלום ניתן לו ע"י בת-אחותו מרים, במתנה — בנוסף דברי עדותו:

ה

ו

«הינן (מרס) ראתה שאין לי כסף ושברצוני לנסוע לרומניה. נתנה לי את היהלום וזו מרת שיהיה לך במזל בדרךך. לא דובר על החזרת היהלום או תשלום בע"ז. היא ראתה שסיכנתי את חיי בעבודה. נפרדנו».

ז

3. ברצוני להפסיק כאן את סיפור המעשה, ולבדוק תחילה, מבחינה משפטית, את אחת השאלות החשובות יותר במשפט זה, השאלה היא, על מי מוטלת כאן חובת ההוכחה: על התובעת — כי הילום נמסר לנתבע לשמירה ולהשבון, או על הנתבע — כי היהלום

השופט זילברג

נמסר לו בתורת מתנה? אם הדעה השניה היא הנכונה, פטורים נהיה מלבחון בנקודה זו את כשרות ראיותיה של התובעת, לאחר שהנתבע הודה בקבלת היהלום כאמור, ולא שבצע את השופט המלומד באמיתות דבריו לגבי כוונת המתנה. הוראת סעיף 35 (2) של פקודת הנויקים האזרחיים, אינה מועילה לנו כאן לפתרון בעיית חובת ההוכחה, גם אם נניח כי התביעה דגן היא מסוג "עֵיכוֹב נכסים" (detinue); יען כי הוכחת "הוכחת המיידית לחוקה", האמורה בסעיף 35 (1), מוטלת תמיד על התובע, ואם אמנם במתנה ניתן היהלום, והבעלות עברה לנתבע, הרי לא נתקיים תנאי זה, וממילא לא יהא לפנינו "עֵיכוֹב נכסים" במובן הסעיף הנ"ל. נצטרך, איפוא, לבקש את התשובה לשאלה בתוך העקרונות הכלליים של תורת הראיות.

4. וכאן עלינו, קודם כל, להחזיר ולהיותר מפני עירוב מושגין אחד. העלול להטעות ולהשלות, אין ספק בדבר כי נתינה גרידא, בין נתינת כסף בין נתינת שוה-כסף, אינה עשויה כשלעצמה, לשמש יסוד לתביעה, ועל התובע להוכיח את עילת הנתינה. ראה: (1), Cary v. Gerrish; (1801); ע"א 241/43, (10); ע"א 198/38, (11); עמדה"מ 91/45, (12). אך השאלה העומדת בפנינו היא: מה הדין, כאשר הנתבע מודה בקבלת הדבר, ומצמצם את הגנתו לטענה מפורשת: כי הדבר ניתן לו בתורת מתנה, — האם טענה זו מעבירה אליו את חובת ההוכחה, או לא?

התשובה לשאלה היא, לדעתנו, בחיוב. "החוקה" היא, במסיבות המקרה שלפנינו (כאשר אין הנותן קרוב-קרוב, כגון אביו של המקבל), נגד טענת המתנה, ועל הנתבע היה, איפוא, לסתור את החוקה ולהוכיח את טענתו. אסמכתא לכך מוצאים אנו בפסקי-הדין האנגליים:

Hepworth v. Hepworth; (1870), (2);

Hick v. Keats; (1825), (3);

Rosenthal v. Alderton and Sons; (1946), 1 All E.R. 583 at p. 584 letter C, (4).

ומכיון שהנתבע דגן, כזכור, הודה בקבלת היהלום ולא הוכיח את טענת המתנה שלו, הרי טענה זו במקום להיות לו "עזר" הפכת "כנגדו", כי היא מכילה בקרבה הודאה שאין לו כל הגנה אחרת חוץ מזה, וממילא רשאי היה בית-המשפט דלמטה לקבוע, כטענתה של התובעת, כי אמנם נמסר היהלום מסירה על מנת להחזיר, היינו: בתורת פקדון.

5. ובוה חוזרים אנו להוצאת המשך העובדות הנתבע קיבל את היהלום ונסע אתו לרומניה. לדבריו, הוא מכר אותו שם במחיר 190 דולר. משפרצה מלחמת רוסיה-גרמניה, הוא חזר לפולין, הלך לוורשה ונפגש שם עם בת אחותו (אם התובעת). השופט המלומד לא האמין לו, כי הוא שילם לה 400 דולר בעד היהלום, וטענה זו נסתרת מעצם גירסת המתנה הנ"ל.

אמה של התובעת נספתה בימי המרד של גיטו וורשה, אך ילדתה ניצלה מצפרני הנאצים — היא נורקה מעבר לחומת הגיטו לזרועותיו של נוצרי אחד — והחזרה לדודתה, הגב' מילנבך הנ"ל, לאחר מפלת הגרמנים. בהיפגשה עם הנתבע, שאלה אותו הגב' מילנבך

השופט זילברג

על אודות היהלום. אך הוא עשה עצמו "כלא יודע", והזכיר אותה באיומי מסירה למלכות, לבל תוסיף להתנגן ב'בר.

בשנת 1950 הגיג הגב' מילנבך ובעלה עם הילדה התובעת לישראל, ולאחר זמן מה נודע להם כי גם נתבע מתגורר בארץ, ושוב הועלתה על הפרק פרשת היהלום. המילנבכים תבעו סידור הנתבע התחמק, ובסופו של דבר הוגשה התביעה לבית-המשפט המחוזי כאמור.

6. יסוד התביעה זגן הוא עוולה אזרחית (civil wrong), ומכיון שהעולה בוצעה בחוץ-לארץ, על התובעת היה להוכיח כי היא "בלתי מוצדקת" — אם לא "בת תביעה" ממש כדעת ישראלים — מבין המלומדים — גם לפי החוק הזר, במקרה דנן: החוק הפולני; (Phillips v. Eyre; (1870), L.R. 6 Q.B. 1, 28 (5); Machado v. Fontes; (1897) (6); Cart v. Francis Times et Co.; (1902) (7);
- ראה צ'שייר, משפט בינלאומי פרטי מהדורה שלישית, עמ' 375—376, והשווה גם דייסי, התנגשות חוקים, מהדורה ששית, ע' 802, הערה 22). ואמנם הוכיחה את הדבר — כך קבע השופט המלומד — ועדותו של מומחה שהעיד, כי "מכירת יהלום זר בלי רשות בעליו היא גזילת רכוש לפי החוק הפולני, ויש לשלם פיצויים" (פיסקה 37 של פסק-הדין). צדק השופט המלומד בהחלט, כי אם אמנם עצם האחריות לנוק תלויה גם בהוראות החוק הזר כנ"ל, הרי שאלו "מידת הנוק", שהיא שאלה של סעד, נדונה אך ורק בהתאם לחוק המקומי (צ'שייר, שם עמ' 856; ראה גם זולף, משפט בינלאומי פרטי, עמ' 242—243).

- היכן הן הוראות החוק המקומי הדנות בשאלה שלפנינו? ברור כי מעשהו של הנתבע הוא "שליחות יד" (conversion) במובן סעיף 37 לפקודת הנוזקים האזרחיים, בין אם נאמין לו בין אם לא נאמין לו (כפי שנהג השופט המלומד) ביחס לעובדת מכירת היהלום. עצם אמירתו למנוח, מרים ויסוצקי, כי מכר את היהלום ברומניה — וכך קבע השופט המלומד — מזוהה ליחות יד שכזאת, למעשה לא הוכח כאן, כי היהלום עדיין מצוי בידי הנתבע, ולכן — כך נראה לי — עלינו לצאת מתוך התנחה, כי אמנם מכר אותו הנתבע לאחר, כפי שהוא טוען, בשנת 1940. מכיון שכך, הרי אגמלא הוראת סעיף 71 לפקודת הנוזקים האזרחיים, על הנתבע היה לשלם את דמי היהלום "כשעת הגזילה". היינו: כשוויו בשעת מכירתו, בהו אם לסעיף 891 של המגילה (אגב: הוראה זו של המגילה מזכירה לנו את ההלכה היידיעה על דיני ישראל: "כל הגזולנין משלמין כשעת הגזילה", בבא קמא צ"ג ע"ב או: "קר' כעין שגנב", ב"ק ס"ה ע"א, אם כי המסקנות המעשיות ממנה שונות בהרבה מאלו של המגילה, קב רעיונות משפטיים אחרים הפועלים בשטח זה על-פי דיני ישראל). ואולם סעיף 71 לפקודת הנוזקים האזרחיים, באמצעות החוספת לפקודה, ביטל בפירוש את סעיפי כי הפר, השמיני של המגילה (סעיפים 881—940), "עד כמה שהם נוגדים או אינם מתיישבים עם הוראות הפקודה הזאת", והפועל-יוצא הוא, כי אם העקרונות המקור-בלים בתורת הנוזק האנגלית מחייבים גישה אחרת לשאלת מידת הנוק, עלינו יהיה ללכת על-פיהם דוקא, מן ה הוראה האמורה בסעיף 2 של הפקודה, כי גם זו "שאלה של פר-

השופט זילברג

שנות" היא, — שאלת פירושו והיקפו של המונח "נזק" (damage), המצוי בכמה וכמה סעיפים של החוק.

הסייג הראשון לאותו סעיף 71 אינו "מחילה" כאן את הוראת הסעיף 891 של המגילה לגבי תשלום הערך — הפחות — של שעת הגזילה, כי כל מטרתו של הסייג הוא היא לשמור על הסעד שהיה "קנוי" כבר לניזוק על-פי החוק הקודם, ולא — להיפך — לשלול ממנו את טובת גבולות הסעד שהורחבו, ע"י פקודת הנזיקים האזרחיים. הסייג הראשון לסעיף 71 בודאי אינו פועל במקרה שלפנינו, הואיל ועצם "הזכות לסעד" היתה קיימת כאן, כידוע לנו, לפני קבלת תקפת של הפקודה הנ"ל.

7. מה היא איפוא, ההלכה המחייבת במקרה דנן לגבי קביעת שיעור הנזק, המשתלם לתובעת עקב שליחת ידו של הנתבע ביהלום שהוא? וגם כאן מצטרפים אנו לדעתו של השופט המלומד, כי בין אם התביעה היא על יסוד "עיכוב נכסים" (detinue) לפי סעיף 35, בין אם היא על יסוד "שליחות יד" (conversion) לפי סעיף 37, הרי אם הגבס נתן ייקר בין "שעת הגזילה" (או העיכוב) לבין יום מתן פסק-הדין, הולכין, בדרך כלל, אחרי התאריך האחרון, ועל הנתבע לשלם את שווי המרובה של הדבר. אסמכתאות ברורות לכך יש למצוא בפסק-הדין האנגלי, (8), (1948), *Munro v. Willmott*. והבלל הנה תופס גם במקרה שלפנינו, כי לא נתקיים בו אף אחד מהיוצאים מהכלל האמורים באותו פסק-דין, והמובאות שבו.

היה כאן, איפוא, מקום אולי לחייב את הנתבע בשווי של היהלום ביום מתן פסק-הדין, אך השופט המלומד חייב אותו, כפי שנראה להלן, "כשעת העמדה בדין" כלומר: בשווי של היהלום ביום הגשת התביעה, שהוא — כפי שיוצא מתוך פסקה 53 של פסק-הדין — הפחות שבשניהם. בלי להיכנס לבירור השאלה, אם עמדתו זו של השופט המלומד מוצדקת היתה לאור נוסחו של כתב-התביעה, ואם אין, הרי אין לפנינו צרעור נגדי ביחס להפרש זה, וממילא אין לנו יסוד להתערב בענין.

8. בא-כוח המערער טען לפנינו, כי התובעת התמהמהה בהגשת התביעה; היא יכלה להגישה כבר בנובמבר 1950, ודחתה אותה עד מרס 1951; תוך פרק זמן זה — כך הוא טוען — עלה מחיר היהלומים מסוגו של היהלום הנדון; ומכיון שכך, הרי, בהתאם לכלל שנקבע בפסק-הדין של זקס נגד מיקלוש (9), (1948), *Sachs v. Mielos and others*, היא גופה ולא הנתבע, חייבת לשאת את הפרש הנזק הנובע מעליית המחירים הנ"ל.

אין אנו מוכנים לקבל את הטענה, אף אם נסכים ליסוד העובדתי שבה. במקרה דנן התובעת האמיתית היתה הילדה סילביה ויסוצקי, ולא דודתה הגב' מילנבך, ובמסיבות הענין שלפנינו אין לבוא בטרוניה עם ילדה בת 11 על שלא התענינה בתנודות מחירי היהלומים, ולא עשתה להפחתת נזקיו של הנתבע. והן זהו הרעיון המונח ביסוד הכלל האמור.

השופט זילברג

9. על-פי חומו העד יות שהיה לפניו, קבע השופט המלומד, כי היהלום היה לבן. כי גדלו היה 2.65 קו"טים, כי ערכו בשעת הגשת התביעה היה לפחות 2,000 ל"י, ואין לנו כל יסוד לסתור את הנמצאים הללו.

10. ולבסוף מלים נוספר על טענת "הנובציה" (novatio) שנטענה על-ידי בא-כוח המערער. הטענה היא כי מכיון שבהצהרה בשבועה של הגב' מילנבך מיום 28.2.51 נאמר, כי הנתבע הבטיח למנוח מרים ויסוצקי להחזיר לה, אתרי המלחמה, פי המשה משוויו של היהלום, והמנוחה הסכימה לכך, הרי הסכם זה מהווה "נובציה" המחסלת את העילה הקודמת של שליחות י, ושוב אין לחייב את הנתבע על סמך העילה המקורית.

ב

טענה זו אין בה ממש ראשית, ספק גדול בעיני אם ההסכם הנטען היה בו משום ויסול העילה הקודמת, יתכן ואד כי לא היה אלא פיצוי "מחומש" בעד הנוק שנגרם ע"י שליחת ידו של הנתבע; שנית וזה הוא העיקר: הן הנתבע לא הודה כלל בקיום ההסכם והוא, וכיצד יוכל לסכי את התביעה ע"י עובדה שאינה במציאות? ואם הנתבע יטען דברים כלפי התובעת: בעצמ הודית, כי העילה הראשונה חוסלה ע"י ההסכם, אף היא תשיב אמריה לו: וכבר הודת, אתה גופך, בכפרך בשתי העילות גם יחד, כי הויסול הקוא לא היה ולא נברא. מכיון שכך, חוזרים אנו אל העובדות שנתבררו במהלך הדיון, וההוצאה היא כי ההסכם ואמנם לא הוכח, אבל שליחות היד הוכחה והוכחה.

ד לפיכך הוחלט לדוות את הערעור ולחייב את המערער לשלם למשיבה סכום כולל של 100 ל"י כהוצאות הערעור ושכר-טרחת ע"ד.

ניתן דיום, כג באדר א' תשי"ד (26.2.1954).

ה

ו

ז