

בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

18 בדצמבר 2012

ת"א 43162-11-10 כהן נ' יהלומי

התובעת
צילה כהן
ע"י ב"כ עו"ד ענת בן דרור

נגד

הנתבעת
ברכה יהלומי
ע"י ב"כ עו"ד אשר שרביט

ספרות:

ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי

חקיקה שאוזכרה:

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 8

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 39

חוק המכר, תשכ"ח-1968

י

ספרות:

ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי

ספרות:

ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי

פסק דין

1. עניינה של התובענה בטענה של התובעת כי בינה ובין בעלה המנוח של התובעת (מר יעקב יהלומי ז"ל; להלן: "יהלומי" או "המנוח") נכרת חוזה מחייב כדין בגדרו מכר לה המנוח דירה בת ארבעה חדרים ברחוב מקור חיים 51 בירושלים (גוש 30130 חלקה 24; להלן: "הבניין"), וזאת על אף שהתובעת אינה חולקת על כך שבין הצדדים לא נחתם הסכם בכתב. לפיכך עותרת התובעת למתן סעד הצהרתי לפיו היא הבעלים של דירה מס' 6 בבניין.

הרקע העובדתי הכללי וטענות הצדדים

2. בקליפת אגוז יובהר כי לשיטת התובעת, וליתר דיוק – לגרסת אביה יוסף כהן (להלן: "כהן"), נכרת בחודש נובמבר 2002 הסכם בעל-פה בין כהן למנוח לפיו ישלם כהן ליהלומי סכום של 200,000 דולר ארה"ב "כולל מע"מ" עבור דירה בת ארבעה חדרים בבניין שבנה יהלומי באותה עת במקור חיים 51 בירושלים. מהראיות שנשמעו עולה כי לשיטת כהן לא סיכמו הצדדים על לוח תשלומים, וכל שסוכם הוא שכהן יעביר תשלומים ליהלומי בכל עת שיוכל לעשות כן, עד להשלמת הסכום המוסכם כולו. או אז, לאחר השלמת התשלומים, תועבר לידי הדירה. התשלומים בוצעו בהעברות בנקאיות מחשבונו של כהן לחשבונו של יהלומי. אין מחלוקת כי אף לא אחת מהוראות התשלום שניתנו לבנק, שהעתק מרביתן צורף לתצהיר כהן (נספחים ב-1 ו-11 לתצהירו) נרשם מה מטרת התשלום.

כתמיכה לטענותיו אודות ההסכמה אליה הגיעו הצדדים הציג כהן מסמך שלטענתו נערך על-ידי יהלומי, ומפרט את התשלומים שנעשו (נספח א לתצהיר כהן). המסמך הוכתר בכותרת "העברות יוסף כהן" (להלן: "מסמך ההעברות"). במסמך זה פורטו ההעברות הבנקאיות שנעשו על-ידי כהן והסתכמו בסכום של \$189,959 (הסכומים נרשמו בטבלה במחשב, והסיכום הכללי הממוחשב בסך \$179,948.37 תוקן בכתב יד ל-\$189,959.47). יהלומי צירף אישור אודות ביצוע שני תשלומים נוספים, מאוחרים יותר לאלה הרשומים במסמך ההעברות, בסכום של \$5,000 כל אחד (נספחים ב-1 ו-2 לתצהירו). הסך הכולל של התשלומים שבמסמך ההעברות ובאישורים הנוספים מסתכם בכ-\$200,000 בקירוב.

אין מחלוקת כי הדירה נמסרה בפועל לתובעת במועד כלשהו. זו ערכה חוזה שכירות עם דיירת מטעמה ובו נרשם כי מועד תחילת השכירות הוא 15.3.05. הדירה חולקה לשני חלקים וחוזה השכירות שהוצג נערך רק בנוגע למחצית

ממנה. לא הובהר מי מתגורר במחצית השניה של הנכס (אין מחלוקת שהתובעת עודנה מתגוררת עם אביה בדירתו ברחוב עמק רפאים – עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 26 – 27).

ביום 23.8.07 נפטר יהלומי. עד לאותה עת לא נערך הסכם בכתב בין הצדדים, ולא הוצג מסמך כלשהו המתיימר להעלות על הכתב את ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים. אין מחלוקת שהעסקה לא דווחה לרשויות המס בזמן אמת, ואף לא עד למועד פטירתו של יהלומי, כחמש שנים לאחר שהעסקה נערכה לשיטת התובעת. רק לאחר פטירתו של יהלומי, כאשר גרסתו לא יכולה להישמע עוד, דיווח כהן על העסקה למע"מ, בנו שמעון (להלן: "שמעון") דיווח על העסקה למס הכנסה, ובתו צילה (התובעת) פנתה לרשויות מס שבח מקרקעין. פנייתה של צילה נעשתה בנובמבר 2009, למעלה משנתיים לאחר פטירת יהלומי. לא הובאה ראיה בנוגע למועד הפנייה של כהן ושמעון בנו למע"מ ומס הכנסה. כנגד טענת עדי התובעת כי פניות אלה נעשו כחודשיים לאחר פטירת יהלומי (באוקטובר 2007), טענה שלא גובתה בכל מסמך שהוא (למרבה הפלא טען שמעון שאין בידיו כל העתק מפנייתו), עומדת העובדה כי רשויות המסים פתחו בבירור מול יורשי יהלומי רק בחודש יוני 2010 (נספח ו לתצהיר הנתבעת).

התובעת, שעדותה לא הובאה בפני בית המשפט, טוענת באמצעות באת-כוחה ואביה כי נכרת בינה לבין המנוח הסכם מחייב כדין. טענה זו נסמכה על עדותו של אביה, שהוא שהגיע על פי הטענה להסכם עם יהלומי; על עדות אחיה שמעון שהיה מעורב לטענתו במשא ומתן עם יהלומי בעניין מחיר הדירה; על עדותם של דיירים נוספים בבניין ששמעו מיהלומי על כך שכרת הסכם בעל-פה במסגרתו מכר את הדירה לכהן (דייר אחד העיד ואילו עדותו של השני לא התאפשרה מהסיבות שפורטו בהחלטה מיום 16.12.12); ועל עדותו של אדם שכהן פנה אליו בבקשה להיכנס עמו בשותפות לרכישת הדירה מיהלומי (להלן: "הללי").

גם לשיטת התובעת היה אביה (כהן) האדם היחיד שבא ישירות בדברים עם יהלומי בנוגע לפרטי העסקה, ושעמד מאחורי ההסכמה לכריתת הסכם לרכישת דירה ללא עריכת חוזה בכתב. כהן לא הבהיר בעדותו מדוע עמד יהלומי על כך שלא יערך חוזה בכתב. בתצהירו ציין כי יהלומי ביקש שלא לערוך מסמך בכתב "מסיבותיו שלו" (סעיף 16 לתצהיר כהן) ומ"סיבותיו השמורות עמו" (סעיף 35 לתצהיר כהן). מהעדויות עלה כי עדי התובעת סבורים שיהלומי פעל בדרך זו בשל מצוקה כספית אליה נקלע, ונראה שהם מניחים כי עשה כן לצורך התחמקות מתשלום מע"מ. יוער שלא הובהר מדוע לא השפיעה מצוקה זו על יתר פעילותו העסקית של יהלומי, שעם כל יתר רוכשי הדירות בבניין חתם על חוזים בכתב;

וכיצד סבר יהלומי לשיטתם שניתן יהיה "להעלים" מעיני רשויות המס את אחת מהדירות בבניין שבנה, כך שלא יחוייב עליה בדיעבד במס ובקנסות.

3. אין כל טענה כי הנתבעת, שהיא יורשתו של המנוח מכח צו ירושה (נספח ב לתצהירה), היתה מעורבת בעסקה שנכרתה על פי הטענה בין כהן למנוח. לטענת הנתבעת רק לאחר מות המנוח התגלה כי הדירה, שהיתה רשומה כמלאי בעסקו של המנוח, מאוכלסת על ידי שוכרת. פניות לשוכרת לפינוי הדירה נענו בטענה כי זו נרכשה מיהלומי על ידי התובעת, והתובעת השכירה את הדירה לשוכרת. אשתו ובתו של יהלומי טענו כי אף שהמנוח היה נוהג לשתף בשמחתו בכל עת שמכר דירה בפרויקט, לא סיפר להן מעולם על מכירת הדירה מושא התביעה. כחודשיים לפני מותו מכר את דירות הפנטהאוס בפרויקט, ואז מסר לרעייתו כי רק הדירה מושא התביעה נותרה למכירה. רואה החשבון של יהלומי העיד כי בעת עריכת השומות לשנים 2003 ו- 2004 מסר לו יהלומי מסמך דומה ל"מסמך ההעברות", או אולי העתק צילומי מדויק של מסמך זה, וציין באוזניו כי מדובר **בהלוואה** שקיבל מכהן. המנוח מסר לבנימיני כי ההלוואה אמורה היתה להיות מסולקת מכספי מכירת הדירה, ולחלופין דובר על מכירת הדירה לכהן בבוא העת. בתקופת הביניים התיר יהלומי לכהן להשכיר את הדירה בתור מעין "ריבית" על ההלוואה שנטל ממנו. רואה החשבון הבהיר שהתשלומים נעשו לחשבון הבנק הפרטי של יהלומי ולא לחשבון הפרויקט, בשונה מכל יתר התקבולים עבור הדירות בפרויקט. לפיכך לא נרשמו סכומים אלה כתקבולים או כהכנסות העסקיות, והופיעו בספרים בזמן אמת כהתחייבות של יהלומי כלפי כהן. הדירה עצמה נרשמה כמלאי ועודנה רשומה כמלאי.

4. לשיטת התובעת די בעובדה לפיה כהן העביר את כספי התמורה ליהלומי והיא קיבלה את החזקה בדירה, יחד עם מסמך ההבנות והעדויות בעל-פה שהביאה מהן משתמע לשיטתה כי יהלומי מכר לה את הדירה, כדי לבסס את הטענה לפיה נכרת הסכם מחייב כדין בינה ליהלומי. התובעת אינה מתעלמת מהוראת [סעיף 8 לחוק המקרקעין](#), התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) ולדרישת הכתב המגולמת בה, אלא לשיטתה מדובר במקרה מובהק בו נשמעת "זעקת ההגינות" שיש בה כדי להתגבר על העדר מסמך בכתב.

5. על רקע טיב המחלוקת שבין הצדדים נראה שיש מקום לדרך הילוך שונה מעט מהרגיל. תחילתה של זו תהא בבחינת המסגרת המשפטית החלה על תובענות מעין אלה, שעניינן בעסקאות במקרקעין שלא לוו במסמך בכתב, וסופה בניתוח העדויות וקביעת העובדות ככל שאלה רלוונטיים לתוצאה המשפטית. מחלוקתם

העובדתית של הצדדים סובבת בעיקרה את השאלה אם נכרת בין הצדדים הסכם למכירת הדירה או הסכם הלוואה. להכרעה במחלוקת זו לא נודעת בהכרח השפעה של ממש על התוצאה המשפטית בנסיבות העניין (אף כי ברי שאם תידחה גרסתה העובדתית של התובעת – תישמט הקרקע מתחת לתביעתה). כפי שיובהר להלן, אף אם תאומץ גרסת התובעת לפיה הוסכם בין כהן ליהלומי על מכירת הדירה וסכום התמורה שולם, לא יהא בכך כדי לשכלל עסקה במקרקעין, שעה שנסיבות העניין אינן כאלה המצדיקות את הפעלת החריג לתחולתו של [סעיף 8 לחוק המקרקעין](#).

המסגרת המשפטית

6. [סעיף 8 לחוק המקרקעין](#) קובע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". אין חולק כי דרישה זו היא דרישה **מהותית** לקיומה של העסקה ([ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עיזבון בידרמן, פ"ד כו\(2\) 781, 789-788 \(1972\)](#); [ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד בע"מ, פ"ד לג\(2\) 281, 290-291 \(1979\)](#) ורבים אחרים; ראו לאחרונה [ע"א 9287/07 חנוך נ' נגר, מיום 1.3.11](#), בפסקה 14 לפסק-דינו של כבוד השופט ג'ובראן; [ע"א 547/09 חברת אוק אף איי אינבסטמנט קו בע"מ נ' חברת פי בי סי מימון בע"מ, מיום 23.5.11](#), בפסקה 5 לפסק-הדין; [ע"א 7123/10 תחנת דלק ראש פינה נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, מיום 14.8.12](#), בפסקה 9 לפסק-הדין). טעמה של הדרישה בחשיבות שמעניק המחוקק לעסקאות מקרקעין; ברצונו להבטיח את רצינותן של עסקאות אלה; בצורך בהבטחת ודאות תוכנן של עסקאות מעין אלה (ראו בהרחבה [ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, מיום 21.3.11](#), בפסקה 18 לפסק-דינה של כבוד השופטת חיות ובאסמכתאות המובאות שם, להלן: עניין **שם טוב**); ובחשש כי העדר הוודאות יביא לטעויות של בית המשפט ([ע"א 2143/00 לוין נ' שולר, פ"ד נז\(3\) 183, 200 \(2003\)](#), להלן: עניין **לוין**). מכאן כי בהעדר מסמך בכתב – לא השתכללה עסקה במקרקעין.

7. יוער כי נסיבות תובענה אלה מדגימות היטב את הצורך באותה וודאות העומדת בבסיס התפיסה לפיה דרישת הכתב – מהותית היא. בשל העדרו של מסמך בכתב לא היה מנוס במקרה דנא מהבאת עשרה עדים לעדות, העמדתם לחקירות נגדיות ממושכות, ונסיון לדלות מידע על טיבה האמיתי של העסקה מתוך מגוון העדויות והגרסאות הסותרות. גם לאחר כל אלה לא ניתן לדעת בוודאות מה היתה כוונת הצדדים מלכתחילה, ומה המתווה המשפטי של ההתקשרות שאלה ראו נגד עיניהם, אם אכן שמו נגד עיניהם מתווה אחד בלבד ולא שמרו מספר אפשרויות פתוחות. לו היה נערך מסמך בכתב לא היתה המחלוקת מתחילה כל

עיקר. מכאן כי מחדלם של הצדדים מלעגן את ההסככמה ביניהם בהתאם להוראת החוק גרר הוצאות משפט משמעותיות ביותר, כשהוא גם פוגע פגיעה של ממש ביכולת לעשות שימוש בנכס. בחזקת הקדמת המאוחר אציין כי הרחבת תחום תחולת החריגים לדרישת הכתב, כך שדרישת הכתב תתקיים לעתים מזומנות גם מקום בו אין כתב, תביא בהכרח לניהול תובענות רבות בדרך דומה ותגרור עלויות משפט ניכרות ובזבוז זמן שיפוטי רב. יש בה גם כדי לכרסם בתמריץ של הצדדים לערוך מסמך משפטי המעגן את הסכמותיהם, בפרט כאשר אי עריכת המסמך נובעת לעתים מתמריצים אחרים (דוגמת הרצון לחמוק מתשלום מס). לכל אלה יש לתת את הדעת עת יושב בית המשפט על המדוכה ובוחן את סוגיית תקפותו של הסכם שלא התמלאה לגביו דרישת הכתב המהותית.

8. על אף טיבה המהותי של דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין והרציונאלי שבבסיסה, כורסמה ורוככה דרישת הכתב בהיבטים שונים במרוצת השנים. ההלכה השוררת כיום בנושא זה תוארה בהרחבה בעניין **שם טוב** (בפסקה 19 לפסק-דינה של כבוד השופטת חיות), ולפיה:

"לצורך קיום דרישת הכתב די במסמך שיכיל את הפרטים המעטים והבסיסיים – 'מסגרת העסקה ותחומיה' (ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז(2) 642, 647 (1993)), והוכרה האפשרות להשלים את הפרטים החסרים על פי דין או על פי נוהג (ראו: ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976); ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכקשווילי, פ"ד לב(2) 57, 60 (1978)... ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, פסקה 9, (18.7.2010)). עוד נפסק כי העדרה של חתימה על המסמך הכתוב אינה גורעת מתוקפו (ראו למשל ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' - חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 69-70 (1989)). צעד 'מרכז' נוסף פסע בית המשפט בקובעו כי ניתן להכיר בתוקפה של התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין גם אם המסמך הכתוב נעדר פרטים 'גרעיניים' שאינם ניתנים להשלמה מכוח הדין או הנוהג, כאשר קיימות ראיות חיצוניות למסמך הכתוב המעידות בבירור על התגבשותה של העסקה ועל גמירות דעתם של הצדדים (ראו: ע"א 664/81 הווארד נ' ארז, פ"ד לח(3) 301, 307-308 (1984); ע"א 251/85 רוטמנש נ' ויניגר, פ"ד מא(3) 827 (1987)...; ע"א 5511/06 אמינוף נ' א.לוי השקעות ובנין בע"מ, פסקה ט"ו

(10.12.2008)). ריכוך לדרישת הכתב ניתן למצוא גם בנוסחו של סעיף 598 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, הקובע כי 'התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, וכן המחאה של זכות לקבלת זכות במקרקעין והתחייבות להמחאה כאמור, טעונות כתב **המשקף** את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה' [ההדגשה הוספה].

[בהקשר זה ראו לאחרונה גם את הקביעות [בע"א 2110/09](#) [קדור נ' דקסה](#), מיום 20.9.12, בפסקאות 12 ו-15 לפסק-דינו של כבוד הנשיא גרוניס].

9. קביעות אלה עניינן מקום בו **נערך מסמך בכתב**, אלא שזה היה חסר בהיבטים שונים. לא כך הם פני הדברים במקרה דנא, בו מודה התובעת בפה מלא בסיכומיה כי **לא נערך כל מסמך בכתב** וכל טענתה אינה אלא להתגברות על דרישת הכתב גם במקום בו כלל לא נערך מסמך בכתב בעניין ההתקשרות. לעניין זה יש להבהיר שריכוך דרישת הכתב המהותית, כפי שתואר לעיל, לא שם סוף פסוק להתדיינות בנוגע להיקף תחולתו של [סעיף 8 לחוק המקרקעין](#). בהמשך לקביעות אלה נקבע כי במקרים מתאימים, בהם נשמעת "זעקת ההגינות", ניתן להכיר בהשתכללותה של עסקה במקרקעין גם בהעדר מסמך בכתב, תוך הישענות על חובת תום-הלב במשא ומתן המוטלת על הצדדים מכח הוראת [סעיף 12 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג-1973 ([ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ\(1\) 185 \(1996\)](#)), להלן: עניין **קלמר**; ראו גם דעת היחיד של כבוד השופט (כתוארו אז) ברק [בע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב\(2\) 278, 291 \(1988\)](#); לשאלה אם יש מקום לעשות שימוש לעניין זה בחובת תום-הלב מכח הוראת [סעיף 12 לחוק החוזים](#) או מכח החובה הכללית לנהוג בתום-לב או זו המעוגנת [בסעיף 39 לחוק החוזים](#) ראו גבריאלה [שלו דיני חוזים 285-287 \(מהדורה שניה, תשנ"ה\)](#). השימוש בחריג זה ייעשה בעיקרו של דבר מקום בו קויים החוזה או שהיתה עליו הסתמכות, והוא מושפע ממידת אשמו של הצד המתנער מקיום החוזה, כאשר בית המשפט מאזן בין שיקולים אלה (לשיטת כבוד הנשיא ברק בעניין **קלמר**, בעמ' 197), "ובלבד שיישום עיקרון זה לא יפרוץ מעבר למותחם, ויגבל למקרים שבהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה, 'שהתעלמות ממנה תוביל לתוצאה קשה ובלתי צודקת הנוגדת כללים בסיסיים של הגינות'" (כדברי כבוד השופט גולדברג, **שם**, בעמ' 198).

10. לא למותר לציין כי בעניין **קלמר**, בגדרו העניק כבוד הנשיא ברק משקל של ממש להסתמכות הקונה, נקבע כי פעולותיו של המוכר נגועות היו "בחוסר תום לב

קיצוני" (שם, בעמ' 191). חוסר תום-לבה של המערערת בעניין **שם טוב** שימש אף הוא כנדבך ממשי וחיוני להכרעה באותו עניין, כאשר ההנמקה הושתתה על הסתמכותו של הקונה ועל התנהלותה הבעייתית של המערערת "במטרה להתנער בחוסר תום לב מהמוסכם" ועל "חוסר תום הלב שאפיין את התנהלותה" (עניין **שם טוב**, בפסקאות 22 ו-23 לפסק-דין של כבוד השופטת חיות; לחוסר תום לבה של המערערת באותה עניין ראו את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי באותו עניין, שהוזכרו גם בפסקה 6 לפסק-הדין).

11. לאחר תחיקתו השיפוטית של החריג בעניין **קלמר**, שבה הפסיקה וקבעה כי ההידרשות להלכה שנקבעה בעניין **קלמר** נועדה למקרים חריגים ויוצאי דופן (ע"א 8144/00 **עלריג נכסים** (1987) בע"מ נ' **ברנדר**, פ"ד נו(1) 158, 168 (2002), להלן: עניין **עלריג**; השוו עניין **לוי**, בעמ' 201 ו-204; וראו רע"א 1681/10 **עיני נ' סידי**, מיום 5.7.10, בפסקה ז להחלטה). לפיכך לא ייעשה שימוש בחריג זה כאשר מדובר במקרה "רגיל ושכיח" בגדרו התקשרו צדדים בעסקה במקרקעין כאשר הם "אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב" (עניין **עלריג**, בעמ' 168). בהקשר זה הובהר כי "עניינו של ההליך השיפוטי אינו מתמצה בקביעת איזוני הצדק הפנימי בין הצדדים לחוזה בלבד, אלא בה בעת תפקידו הוא ליצור איזון והרמוניה בין שיקולי הצדק היחסי בין הצדדים לחוזה לבין עקרונות כלליים של מדיניות חברתית ראויה" (עניין **לוי**, בעמ' 204-205). מקרים מתאימים להפעלת חריג זה לכלל המחייב את התקיימות דרישת הכתב, ולו בצורתה המרוככת, לא הובאו בפני בית המשפט העליון במהלך תקופה של 15 שנים מאז נקבעה ההלכה העקרונית בעניין **קלמר**, המאפשרת את הפעלת החריג עת נשמעת "זעקת ההגינות", ועד לדיון בעניין **שם טוב** (אף שבתי המשפט המחוזיים הפעילו חריג זה באותה תקופה – ראו הדיון בהקשר זה בעניין **שם טוב**). יש להדגיש כי ההתגברות על דרישת הכתב בעניין **שם טוב** נעשתה רק לאחר שבית המשפט הגיע לכלל מסקנה כי עסקת מכר אכן נכרתה, קביעה שהושתתה על מסמכים שערכו המוכרים בדיעבד (תצהירו של סמי פרץ, המשיב 2 בערעור, ומכתבה של המערערת לילי פרץ).

12. בעניין **קלמר** נקבע שלא מדובר ב"רשימה סגורה" של שיקולים (שם, בעמ' 197). יחד עם זאת יש לשים אל לב כי בפסיקה שבעקבות הלכה זו נקבע כי השימוש במנגנון שנקבע בעניין **קלמר** נועד אך ורק למקרים בהם אכן נשמעת "זעקת ההגינות", ויש להישמר מפני "המדרון החלקלק" בפרשנות **סעיף 8 לחוק המקרקעין** (עניין **שם טוב**, בפסקה א לפסק-דינו של כבוד השופט רובינשטיין; וראו הערות החיתום של כבוד השופט רובינשטיין בע"א 2110/09 **קדור נ' דקסה**,

מיום 20.9.12). בהקשר זה נזכרו שיקולים מספר העשויים להביא את בית המשפט למסקנה לפיה אין מקום להפעלת החריג. כך נקבע כי המחדל מלדווח אודות העסקה לשלטונות המס רובץ גם לפתחם של הרוכשים, ומהווה שיקול במסגרת השיקולים שלא להפעיל את חריג תום-הלב שנקבע בעניין **קלמר** (עניין **לוי**, בעמ' 204; עניין **שם טוב**, בפסקה 24 לפסק-דינה של כבוד השופטת חיות). ממשקלו של שיקול זה ניתן להפחית אם הוכח כי הויתור על דרישת הכתב נעשה על רקע קירבת משפחה ולא על רקע נסיון להונות את שלטונות המס (עניין **שם טוב**, שם). יש משקל גם לעובדה שרוכש הזכות הוא אדם היודע שיש צורך במסמך בכתב לצורך ביצוע העסקה (עניין **עלריג**, בעמ' 168-169א).

13. על רקע קביעות אלה יש לפנות לנסיבות העניין כפי שנטענו והוכחו. מאלה עולה כי לא מדובר במקרה חריג, אלא במקרה "רגיל ושכיח"; כי הרוכש היה מודע היטב לצורך בעריכת מסמך בכתב אך בחר שלא לעמוד על עריכתו; וכי הרוכש היה מודע לחובה לדווח לרשויות המס ולא עשה כן. במהלך שמיעת הראיות הוכח כי כהן, שהוא שערך את העסקה בשם התובעת (שלא היתה מעורבת בעסקה בכל דרך שהיא, כפי שהבהירו אביה ואחיה חזור והבהר), ידע היטב שיש צורך במסמך בכתב לצורך עריכת העסקה. ידיעה זו התבססה גם על העובדה כי ביצע לא מעט עסקאות מקרקעין בחייו, ובכולן ערך הסכמים בכתב. אין גם מחלוקת כי החובה לדווח על העסקה לרשויות מיסוי מקרקעין חלה גם על כהן וכי הוא התעלם מחובה זו אף שהיה מודע לה, ולא בחר לדווח על העסקה אלא בחודש נובמבר 2009. לא הובא גם כל טעם של ממש מדוע לא נכרת הסכם בכתב, למעט אמירותיו הכלליות של כהן לפיהן ביקש יהלומי שלא לערוך מסמך בכתב "מסיבותיו שלו" (סעיף 16 לתצהיר כהן) ומ"סיבותיו השמורות עמו" (סעיף 35 לתצהיר כהן). אם לא די בכך, חזרו כהן ועדיו על האמירה לפיה יהלומי היה אדם אמין וישר. מכאן שלא הונחה תשתית מתאימה לטענה לפיה פעל יהלומי בחוסר תום-לב בעת שלא נערך הסכם בכתב.

14. בסיכומיה טענה התובעת כי אף שאין בפיה טענה לחוסר תום-לבו של יהלומי הרי שהתנערותה של הנתבעת מההסכם אליו הגיעו כהן ובעלה המנוח היא בגדר חוסר תום-לב המקים את "זעקת ההגינות". טענה זו אין לקבל. לא הוכח בכל דרך שהיא כי הנתבעת היתה מודעת לעסקה שנרקמה בין כהן למנוח, ולמעשה אין חולק שלא נודע לה על כך דבר וחצי דבר עד לפטירתו. רק לאחר הליכת יהלומי לעולמו נודע לאלמנה על קשרים כלשהם שהיו בינו לבין כהן ועל כספים שקיבל ממנו. רואה החשבון שניהל את חשבונותיו של בעלה מסר שהעסקה בין השניים היתה עסקת הלוואה, כי כך נרשמה בספרים וכי הדירה היתה ועודנה

רשומה כמלאי. בנסיבות אלה אין מקום לייחס חוסר תום-לב לאלמנה אך משום שפעלה בהתאם לגרסתו של רואה-החשבון, המצהיר כי פעל בהתאם לאמירותיו והוראותיו של בעלה המנוח (המקובל על הכל כאדם נקי כפיים ובר לבב), ולא על פי טענות אדם שלא הכירה מעולם ושאינו מחזיק כל הוכחה בכתב לקיומה של עסקת מקרקעין. בפרט כך הם פני הדברים שעה שלשיטתה בעלה חתם על חוזה בכתב בכל עסקת מקרקעין בה התקשר. לא למותר לציין כי הנתבעת אף ניהלה בתחילה משא ומתן עם כהן בנסיון להגיע להבנות, ואף זאת ניתן לראות כראייה לכך שלא פעלה בחוסר תום-לב בנסיבות העניין.

15. המסקנה המתבקשת מכל אלה היא כי מדובר במקרה "רגיל ושכיח" בגדרו התקשרו צדדים בעסקה במקרקעין כאשר הם "אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב" (עניין **עלריג**, בעמ' 168). הסיבה לאי עריכת ההסכם בכתב לא הובהרה, ולא הובהר מדוע לא נעשתה ולו פנייה בודדת בכתב בעניין זה ליהלומי בחמש השנים שחלפו מהמועד בו נערך ההסכם לטענת כהן ועד לפטירתו של יהלומי. מאחר והצדדים לא טרחו לעגן את ההסכם במסמך בכתב, מטעמיהם שלהם, אין להם אלא להלין על עצמם.

בנקיטת דרך פעולה מעין זו, של כריתת עסקה במקרקעין ללא עריכת מסמך בכתב, נוטל על עצמו צד להסכם את הסיכון שבפטירה בלתי צפויה של הצד שכנגד ובעמידה מול יורשים תמי-לב שאינם יודעים דבר וחצי דבר אודות העסקה שנכרתה. במצב הדברים הרגיל עשויה התנערותו של צד להסכם מהתחייבויותיו להביא את בית המשפט, בנסיבות המתאימות, למסקנה לפיה אשמו של הצד המתנער בחוסר תום-לב מההסכם, יחד עם הסתמכות הצד שכנגד על ההסכם, מביאה למסקנה לפיה יש לגבור על דרישת הכתב. לפיכך, לו היה יהלומי מתנער מההסכם לאחר שקיבל את מלוא סכום התמורה ומסר את החזקה בדירה, ובית המשפט היה משתכנע כי ההסכם שנכרת בין הצדדים הוא אכן הסכם למכירת הדירה, היה מקום להסתמכות על החרג שבעניין **קלמר** על רקע אשמו של המכחיש יחד עם הסתמכות הרוכש. לא כך הם פני הדברים במקרה דנא. בענייננו טוענת התובעת כי יהלומי היה מאשר את דבר קיומו של ההסכם לו היה בין החיים. כלפי יורשתו לא ניתן לטעון לחוסר תום-לב, שכן לא ניתן להצביע על ידיעה מצדה בדבר קיומו של הסכם ועל התכחשות להסכם על אף ידיעה זו (בשונה ממצב הדברים שעמד בבסיס ההכרעות בעניין **קלמר** ובעניין **שם טוב**). בנסיבות מעין אלה, כאשר לא ניתן להצביע על אשם בפעולת הצד שכנגד, אין מקום להפעלת החרג ולקביעה לפיה "זעקת ההגינות" גוברת על דרישת הכתב. תוצאה זו אינה אלא פועל יוצא של הסיכון שנוטל על עצמו צד

להסכמה בעל-פה בעניין המחייב הסכם בכתב, הנובעת מטיבם בר החלוף של חי האדם באשר הוא אדם.

16. כאמור, דרישת הכתב היא דרישה מהותית, ובלעדיה לא השתכלל ההסכם כל עיקר. ההלכה שבעניין **קלמר** לא באה לקבוע מעין "דרך המלך עוקפת דרך המלך" לפיה בכל עת בה משתכנע בית המשפט כי הצדדים הגיעו להסכמה בעניין ביצוע עסקה במקרקעין יש לאכוף עסקה זו אף בהעדר מסמך בכתב כדרישת המחוקק. כל עניינה אינו אלא בצורך להתגבר על "זעקת ההגינות", באותם מקרים בהם משתכנע בית המשפט ממכלול הנסיבות כי כל תוצאה אחרת תפגע גם במדיניות חברתית ראויה. לא כך הם פני הדברים במקרה דנא על רקע האמור לעיל, שעה שהצדדים נמנעו מעריכת הסכם בכתב ללא סיבה ברורה, כאשר כהן מודע היטב לצורך בעריכת הסכם זה ועל אף זאת ממשיך בעסקה במתווה בו בחרו הצדדים וכאשר הצדדים נמנעים מלדווח על העסקה לרשויות המס.

17. מסקנה זו מייתרת למעשה את הדיון בטענותיו העובדתיות של כהן, מאחר וגם אם היה מוכח כי כוונת הצדדים היתה להתקשר בהסכם למכירת הדירה מושא התביעה לא היה בכך כדי להושיע את התובעת. ההימנעות מעריכת ההסכם בכתב ללא סיבה מבוררת דיה, תוך ידיעה ברורה כי יש צורך בעריכת הסכם בכתב ועל אף המודעות לחובת הדיווח על העסקה לרשויות המסים וההימנעות מלעשות כן, טומנים בחובם סיכונים דוגמת זה שהתממש במקרה דנא כפועל יוצא ממותו של יהלומי. כל אלה תומכים במסקנה לפיה אין מקום במקרה זה להפעיל את החריג שהעניין **קלמר**.

18. עם זאת, ולו בשל האפשרות שייקבע כי יש מקום להחלת ההלכה שבעניין **קלמר** אף במצב דברים מעין זה, תדון להלן השאלה העובדתית אם אכן עלה בידי התובעת להוכיח כי נכרת בין הצדדים הסכם למכירת הדירה. כפי שיובהר להלן, גם בעניין זה אין מנוס מהמסקנה לפיה התובעת כשלה מהרמת הנטל המוטל עליה.

האם הוכחה הטענה לפיה נכרת הסכם מכר בין הצדדים

19. אין מחלוקת במקרה דנא בנוגע להתקיימותן של עובדות מספר. בין אלה ניתן למנות את העובדה לפיה הועברו כספים מכהן ליהלומי, ואת העובדה לפיה הכיתוב בכתב יד על מסמך ההעברות נעשה בידי יהלומי (כך העידה גם הנתבעת, בעמ' 82 לפרוטוקול, שורה 29; היא הבהירה זאת אף במהלך שמיעת הסיכומים

בעל-פה ביום 17.12.12). קיימת הסכמה גם בדבר העובדה לפיה החזקה בדירה ניתנה לכהן בשלב כלשהו בחייו של יהלומי (קיימת מחלוקת לגבי המועד המדויק בו נמסרה החזקה לכהן), וניתנה לו (או לתובעת) האפשרות ליהנות מפירות השכרת הדירה. נראה גם שאין מחלוקת כי לא היתה היכרות כלשהי בין אלמנתו של יהלומי וילדיו לבין כהן, ולאלה נודע לראשונה על העברות הכספיים מכהן ליהלומי רק לאחר ימי השבעה. גם מעדותו של כהן עלה כי הוא לא ביקר מעולם בביתו של יהלומי ולא פגש את בני משפחתו.

20. כפי שהובהר לעיל, התובעת אינה כופרת בכך שלא נערך מסמך בכתב המעגן את פרטי העסקה, ואינה טוענת כלל לקיומו של הסכם בכתב בנסיבות העניין. לטענתה די בכך שהוכח שהועברו כספי התמורה לידי יהלומי ונמסרה לה החזקה בדירה כדי לבסס את התשתית העובדתית לטענה לפיה נכרת חוזה מכר בין הצדדים. את התנעירותה של התובעת, אלמנתו של יהלומי, מהסכם המכר (שאינו מחלוקת שלא היתה לה כל ידיעה עליו בזמן אמת) רואה התובעת כחוסר תום לב המצדיק את איון דרישת הכתב בנסיבות העניין. לשיטתה יש לראות בקיום החוזה מצידה תוך תשלום מלוא התמורה כבסיס מספיק להפעלת החריג שעניינו ב"זעקת ההגנות". עניינים אלה נדונו לעיל. להלן ידונו אך אותן עובדות שיש בהן כדי להשליך על השאלה אם אכן הוכח שהעברת הכספים מכהן ליהלומי נעשתה במסגרת הסכם למכירת דירה.

21. מאחר וטענות התובעת מבוססות מקצתן על מסמכים מעטים ורובן על עדויות בעל-פה, נראה שאין מנוס מלהידרש גם לעניינים שוליים למדי בנוגע לעדויות, בשל הצורך לבחון את מהימנות הגרסה כולה, ולו בקצירת האומר. כפי שיובהר להלן, גרסאות עדי התביעה רצופות סתירות ותהיות. המסקנה המתבקשת מהצטברותן של אלה היא כי אין בעדויות די כדי להרים את נטל ההוכחה המוטל על התובעת. עיקרי הדברים, הסתירות והתמיהות יובאו להלן.

22. בהעדר מסמך בכתב ביקשה התובעת לבסס את טענותיה על עדויות בעל-פה של גורמים שהיו מעורבים בעסקה עם יהלומי. למרבה התמיהה לא הובאה בפני בית המשפט עדותה של התובעת עצמה. כהן ובנו שמעון הבהירו בעדויותיהם כי הדירה נקנתה עבור צילה (התובעת) אולם היא לא היתה מעורבת כלל בעניינים הנוגעים למכר, ולפיכך לא זומנה לעדות. כהן השיב לשאלה בחקירתו באומרו שהתובעת אינה אישה מבוגרת אלא "בחורה" (עמוד 43 לפרוטוקול, שורות 1-2), יתומה שאמה ציוותה על קניית דירה עבורה מכספה (עמוד 42 לפרוטוקול, שורות 29 - 30 ועמוד 43 לפרוטוקול, בשורה 18 ובשורות 24 - 25), המתגוררת עם

אביה גם כיום (שם, שורות 26-27). בפועל מתברר כי התובעת היא כבת 53 שנים (עמ' 11 לפרוטוקול, שורות 14-15), בוגרת תואר שני ועובדת לפרנסתה (עמוד 15 לפרוטוקול, שורות 14-16), וקשה עד מאוד לראותה כחסרת ידע והבנה וכמי שלא יכולה להעיד על עניינים הנוגעים לרכוש המשמעותי ביותר שאמור להיות בבעלותה.

לא למותר לציין שלא מעט שאלות בלתי פתורות היו לקבל מענה לו היתה מתייצבת התובעת לעדות. בין אלה ניתן להזכיר את השאלה מדוע דיווחה למחלקת מיסוי מקרקעין על רכישת הדירה רק בשנת 2009, עניין ששמעון סבר שיש להפנותו אל התובעת (עמוד 22 לפרוטוקול, שורות 3-8); הכיצד מילאה פרטים שגויים במפגיע בנוגע לדירה בטופס המשי"ח (נ/1), שעה שגם שמעון וגם כהן טענו שניהם שהיא זו שמשכירה את הדירה בפועל (במשי"ח נכתב כי מדובר בדירה של 5 חדרים, אף שאין מחלוקת כי הדירה מושא התביעה היא דירת 4 חדרים. כן נכתב כי מדובר בבניין ובו 20 דירות, על אף שאין מחלוקת שבבניין 13 דירות, כפי שעולה מכל הסכמי המכר שערך יהלומי עם יתר הדיירים); ניתן היה לברר מה פשר השוני הבולט לעין בין חתימתה הנחזית על חוזה השכירות עם אולגה לבין חתימתה על טופס המשי"ח (נ/1); וניתן היה לברר את הסתירה הבולטת בין עדותו של שמעון לעדותו של אביה בנוגע לשאלה אם הדירה מושא התביעה נקנתה בשל חוב של האב לצילה על רקע העובדה שבעבר מכרה צילה דירה שבעלותה והעבירה את הכסף לאביה, לבקשתו (כך העיד שמעון בעמוד 11 לפרוטוקול, שורה 24 – עמוד 12 לפרוטוקול, שורה 2), לבין עדותו של האב לפיה הניסיון לקנות לתובעת דירה בעבר כלל לא צלח, הכספים הוחזרו על ידי הקבלן, והדירה הנוכחית נקנתה "מהירושה של אשתי" וללא כל קשר לדירה הקודמת (עמוד 43 לפרוטוקול, שורות 7 - 18).

23. בהקשר לנקודה זו לא ניתן להתעלם גם מחוסר ההגיון בגרסאות השונות בנוגע לעילה לרכישת הדירה. אם אכן כוונת כהן היתה לרכוש דירה עבור צילה, וזו נרכשה חלף כספים שחב האב לבתו (לשיטת שמעון) או בכספי הירושה שהותירה אמה של התובעת לצורך זה (לגרסת כהן), מדוע הציע כהן להללי להיכנס עמו בשותפות לרכישת הנכס? יובהר שהללי מסר אומנם בתצהירו כי כהן ציין שרכש את הדירה עבור בתו (סעיפים 2-3 לתצהיר), אולם גרסה זו לא נזכרה כלל בחקירתו (עמ' 75 לפרוטוקול, שורות 14-20).

24. בעדותו של כהן, שבשל הסתלקותו של יהלומי לעולם שכולו טוב הוא האדם היחיד שיכול להעיד על טיב העסקה שנכרתה עם המנוח, חלו שינויים

משמעותיים במרוצת חיי התובענות שסבבו את הסכסוך שבין הצדדים. בתחילה הוגש תצהיר מטעמו של כהן לתמיכה בבקשת רשות להתגונן שהגיש במסגרת תביעה לסילוק יד שהגישה כנגדו הנתבעת בבית משפט השלום בירושלים (ת"א 19228-07-10). באותו תצהיר הבהיר שרכש בעבר דירה מיהלומי בבניין אחר ו"שררו בינינו יחסי אמון מלאים ויחסי עבודה טובים ואני הייתי מעוניין ברכישת דירה נוספת ממנו" (סעיף 5 לתצהיר מיום 4.10.10). באותו תצהיר תיאר כהן כיצד ניהל משא ומתן עם יהלומי והושגה הסכמה לגבי רכישת הדירה בסכום של \$200,000. בתצהיר זה לא נזכר ולו ברמז הבן שמעון, ולא נאמר בכל דרך שהיא ששמעון היה מעורב במשא ומתן לרכישת הדירה. בתצהיר שהוגש במסגרת ההליך הנוכחי שינה כהן את גרסתו. זו הפעם אין הוא טוען שרכש בעבר דירה מיהלומי אלא שחיפש דירה עבור התובעת "ומאחר ושמעון כבר רכש דירה מאת יהלומי והוא היה מרוצה ממנה, החלטנו לנהל מו"מ גם לגבי דירה עבור צילה" (סעיף 4 לתצהירו). עוד טען כהן בתצהירו העדכני, שנחתם כשנתיים לאחר התצהיר הקודם, כי שמעון ניהל את המשא ומתן עם יהלומי בנוגע למחיר רכישת הדירה (סעיפים 5 ו-10 לתצהירו), ואילו הוא סגר את העסקה עם יהלומי לאחר שהמחיר סוכם. שמעון, שלא היה מעורב בתביעה הקודמת, מסר תיאור מפורט בתצהירו בנוגע למשא ומתן הממושך שניהל עם יהלומי ולהפחתות במחיר שעלה בידו להשיג (סעיפים 6 - 15 לתצהירו).

עוד יצוין כי במהלך החקירות הנגדיות של העדים עלה מחקירתו של שמעון כי הוא שניהל משא ומתן עם יהלומי בנוגע לדירה שרכש בשנת 1993 "ותוך פחות מדקה סגרנו על רכישת דירה" (עמוד 10 לפרוטוקול, שורות 22 - 25). שמעון נשאל פעמים מספר בעניין אותה דירה שרכש ולא הזכיר בכל שלב שהוא מעורבות של אביו ברכישת הדירה. כהן, מאידך, טען כי הוא שרכש את הדירה עבור בנו בשנת 1993 (עמוד 44 לפרוטוקול, שורות 10 - 24). בהקשר זה התגלעה סתירה נוספת בין עדויות השניים, כאשר שמעון מוסר שבא בדברים עם אשר משעלי (חתנו של יהלומי) בנוגע לרכישת דירתו בשנת 1993 והרכישה היתה "לא מיהלומי, רכשתי מאשר משעלי" (עמוד 14 לפרוטוקול, שורה 25). כהן גרס אחרת, כאשר לשיטתו המו"מ כולו התנהל מול יהלומי "ואיתו דיברתי כל הזמן. הכרתי רק אותו והוא היה אדם למופת" (עמוד 44 לפרוטוקול, שורות 26 - 27).

25. הסבריו של כהן בנוגע ליחסי האמון המלאים ששררו בינו ובין יהלומי והביאו לכך שהשניים סיכמו על מכירת דירה ללא הסכם בכתב, אינם מתיישבים עם הסבריו בנוגע להכרות המוקדמת בין השניים. בודאי שאין הם מתיישבים עם גרסת שמעון לגבי רכישת הדירה בשנת 1993, העולה בקנה אחד עם תצהירו

הנוכחי של כהן לפיו לא הוא רכש את הדירה בשנת 1993 (כאמור, בעדותו טען להיפך). היא אף אינה עולה בקנה אחד עם תיאור הכרותו עם יהלומי בעדותו (עמ' 45 לפרוטוקול, שורות 21 – 25).

26. גרסת עדי התובעת בנוגע למועד בו נמסרה החזקה בדירה לידיה מעוררת אף היא תהיות של ממש. לשיטתם נחתם הסכם שכירות עם דיירת מטעם התובעת מיום 15.3.05, ובאותו מועד נמסרה כבר החזקה בדירה לידי התובעת (החווה צורף לתצהיר הדיירת, שבסופו של דבר לא התייצבה למתן עדות). גרסה זו התגלתה כלא סבירה. מהקבלות שצירף כהן לתצהירו עולה שחיבור הגז לדירה נעשה ביום 18.3.05, לאחר חתימת ההסכם. כמו כן עולה כי את ההעברה הבנקאית האחרונה ליהלומי ביצע כהן ביום 21.3.05 (נספח 2 לתצהירו). כהן העיד כי יהלומי סרב למסור לידיו את הדירה לפני שישלים את התשלום עבורה "עד הגרוש האחרון שלו" (עמ' 63 לפרוטוקול, שורה 8; וראו עמ' 60 לפרוטוקול, שורות 11-12). מכאן שלא יתכן שהדירה נמסרה לידי התובעת קודם לתאריך 21.3.05. לכל אלה יש להוסיף את הדברים שהתבררו בעדותה של השמאית בדיחי, שהתבקשה בשעתו להכין שומה לעניין היטל השבחה על הבניין. מעדותה עולה כי ביקרה בבניין בחודש אפריל 2005, עברה בכל הדירות בבניין כדי לבחון, ובאותה עת התגוררו בבניין דיירים רק בשתי דירות בקומת הקרקע (סעיפים 4-5 לתצהירה; עמ' 102 לפרוטוקול, שורה 24). העדה הקריאה בעדותה מהשומה שערכה, בה נרשם במפורש שהביקור נערך בחודש אפריל 2005 (עמ' 103 לפרוטוקול, שורות 27-29). היא ציינה בתצהירה ובעדותה כי אם היתה בבניין באותה עת דירה מחולקת לשתיים אין ספק שהיא היתה מעירה על כך בשומה, ולכל הפחות היה שמאי העיריה מעיר על כך, מאחר ומדובר בעבירת בניה מתמשכת (שם, שורות 6-8). מעדות זו עולה כי בחודש אפריל 2005 לא היתה הדירה מושא התביעה מאוכלסת, מאחר שאין חולק שהיא ממוקמת בקומה השניה בבניין. ספק רב אם היא היתה מחולקת לשתיים באותה עת. יש בכך כדי לעורר תהיות בנוגע לחווה השכירות שהוצג.

27. אם לא די בכל אלה הרי שגם גרסאותיו של כהן בנוגע לדרך בה ביצע את ההעברות הבנקאיות עברו שינוי פעמים מספר. בתחילה טען כי כולן נעשו בדלפק (לשאלה אם ביצע את ההעברות בטלפון השיב "חס וחלילה רק בבנק" – עמ' 50 לפרוטוקול, שורות 25-26) ולאחר מכן כי את כולן ביצע בטלפון (עמ' 51 לפרוטוקול, שורות 1-2). בכך ניסה לתרץ מדוע לא נרשם באישורי ההעברות כי הכסף מועבר עבור רכישת דירה. בפועל ניתן לדלות מאישורי ההעברות כי שתי ההעברות הראשונות, בסך \$10,000 ובסך כ-\$79,000, נעשו בדלפק, וכך גם

העברה בסך \$5,000 מיום 4.3.05. יתר ההעברות נעשו בטלפון. ניתן היה לצפות כי לכל הפחות בהעברות הראשונות, שבוצעו בדלפק במועד בו יש להניח שטרם בוסס אמון מלא ומוחלט (כהגדרת כהן) בינו לבין יהלומי, היה כהן מציין בפני פקיד הבנק בדלפק את מטרת ההפקדה. הדבר לא נעשה אף לא באחת מההעברות. גם בהקשר זה, כמו בהקשרים רבים אחרים במהלך עדותו, מצא כהן לנכון להאשים אחרים, כאשר לטענתו מנהלת הבנק היא האשמה בכך שלא נכתב דבר.

ניתן להצביע על סתירות נוספות רבות, שחלקן נזכרו בפתח הדברים (דוגמת הטענות בנוגע למועד בו נעשו הפניות לרשויות המסים), אולם ספק אם יהא בכך כדי להוסיף ולשרת את הדיון.

28. המסקנה מכל האמור לעיל היא כי קיים קושי של ממש להיאחז בדברי עדי התובעת כ"כזה ראה וקדש". בין עדויות כהן ובנו שמעון נתגלעו סתירות של ממש, וקיים קושי מובנה לבסס הכרעה על עדויותיהם גם לנוכח עובדת היותם קרובי משפחה של התובעת מדרגה ראשונה.

29. גם ביתר העדויות אין כדי להושיעם. כך, לדוגמא, הובא לעדות השכן זאדה שביקש לטעון כי שילם סכום כסף גדול מאוד ליהלומי עוד בטרם נכרת הסכם (בתצהירו נרשם כי שילם ליהלומי סכום של \$100,000 לפני חתימת החוזה). בכך ביקשה התובעת להצביע על מעין "שיטה" בדרך פעולתו של יהלומי. במהלך החקירה התברר שבתצהירו של העד נפלה טעות, כאשר נרשם בו כי שילם \$100,000 לפני כריתת ההסכם שעה שלמעשה שילם סכום של \$34,000 (סעיף 64 לתצהיר, שהסעיף הראשון בו מוספר 51; עמ' 67 לפרוטוקול, שורות 24-25). דא עקא, שעיון במסמכים שצירף זאדה לתצהירו מעיד על התנהלות שונה בתכלית מזו שמייחס כהן ליהלומי: זאדה העביר לידי יהלומי המחאה בנקאית בסך 156,000 ₪ ביום 2.9.04. בו ביום, עם קבלת המחאה, אישר יהלומי על העתק המחאה את קבלת הסכום, כשהוא חותם ומוסיף את פרטיו, תעודת הזהות והתאריך (נספח ב1 לתצהיר זאדה). למחרת היום (3.9.04) מסר יהלומי לזאדה קבלה ובה פורט הסכום ונרשם "ע"ח רכישת דירה ברח' מקור חיים 51 י-ם" (נספח ב2). יומיים לאחר מכן (5.9.04) נחתם ההסכם לרכישת הדירה, ובו נאמר כי סכום של \$34,000 שולם במעמד חתימת זכרון הדברים. אף מבלי להיכנס לשאלה אם אכן נכרת זכרון דברים בין השניים בעת מסירת הסכום, ולאיזה מסמך היתה הכוונה, הרי שכל שניתן ללמוד מהשתלשלות זו היא כי יהלומי הקפיד לאשר באופן מיידי כל תשלום שהועבר לו; הנפיק קבלות כדת וכדין

בסמוך לביצוע התשלום ובהן הקפיד לציין כי התשלום נעשה עבור רכישת דירה בפרויקט; ופרק הזמן שחלף בין העברת הסכום (במסגרת זכרון דברים, לפי האמור בחוזה) לבין חתימת ההסכם עמד על ימים ספורים, ולא על שנים ארוכות כבמקרה דנא.

30. מכל האמור לעיל עולה כי לא ניתן לבסס גרסה עובדתית ברורה מעדויות התובעת. יש לפיכך לבחון אם ניתן למצוא תימוכין לגרסתה בראיות אחרות שהוצגו בפני בית המשפט, ובראש ובראשונה במסמך ההעברות.

31. כאמור, המסמך היחיד המערב את יהלומי בעסקה עם כהן הוא מסמך ההעברות. כותרתו של המסמך אינה מעידה על עסקה במקרקעין, שכן הכותרת "העברות כהן יוסף" היא ניטרלית ביותר, בפרט כאשר מדובר במסמך שנערך בין קבלן עתיר ניסיון לבין אדם שהעיד על עצמו שרכש נכסי נדל"ן רבים בימי חייו (עמ' 42 לפרוטוקול, שורות 10-13). במסמך לא נאמר ולו ברמז כי מדובר בתשלומים עבור דירה, לא צוין מיקום הדירה, גודלה או כל פרט מזהה אחר. בראש המסמך נוסף כיתוב בכתב יד של מספר סכומים. בראש העמוד נרשם הסכום "10,000", לאחר מכן נרשם "5,000 אינסטלציה", מתחת לסכום זה נרשם "1,000 ארונות + מע"מ" ומתחת לסכום זה "200 אינטרסול". רישומים אלה מצביעים לכאורה על קשר כלשהו לדירה, אולם הם יכולים להתאים גם להתאמות לצורך השכרת הדירה (בפרט אם סוכם על סכום כולל לרכישת הדירה, כטענת כהן, שאז אין כל הגיון בדרישה פרטנית לתשלום סכום נוסף עבור עבודות אינסטלציה האמורות להיות כלולות במחיר הדירה). לא למותר לציין כי לשיטת כהן הסכום הראשון (10,000) מציין את סכום התמורה החסר, שכן סיכום הסכומים שפורטו בדף עולה לכדי 189,959.47 דולר ארה"ב, ומכאן שחסר סכום של כ-10,000\$ לסכום של 200,000\$ שנקבע לשיטתו. על פי פרשנות זו יש להניח כי גם יתר הסכומים נקובים בדולרים, דבר שאינו מתיישב בהכרח עם אופן רישום הסכומים. מכל מקום, אין במסמך כדי לשפוך אור על טיבה המדויק של העסקה שבין הצדדים.

יוער כי ההנחה לפיה סיכמו הצדדים על תשלום סכום של 200,000\$ כלל אינה נקיה מספקות. במסמך עצמו אין כל רמז לעניין סכום שיש עוד צורך להוסיף ולשלם מעבר לסכומים שהודפסו במסמך, לא ניתן ללמוד ממנו כלל אם מדובר בסכום חלקי או במלוא הסכום שסוכם, ולא נכתבה כל הערה, בדפוס או בכתב יד, בנוגע לסכום ה"מלא" עליו הוסכם (ובקשר למה הוסכם). מהראיות עולה לכאורה כי גם שנים לאחר מכן, לאחר פטירת יהלומי, לא היה כהן משוכנע בדבר גובה הסכום שהועבר ליהלומי. לעניין זה יש לציין כי לב"כ התובעת הועברה

טיוטת הסכם בעקבות ישיבה שערכו נציגי הצדדים ביום 8.1.08 אצל עו"ד צנטלר, מי שהיה עורך-דינו של יהלומי המנוח. בהסכם זה נרשם כי כהן העביר ליהלומי סכום של \$179,948 (סעיף 4.1 להסכם שצורף כנספח 21 לתצהיר כהן). עם קבלת טיוטת ההסכם העירה באת-כוחו של כהן בכתב ידה, בסמוך לסעיף זה, כי לסכום זה הוספו \$10,000. דהינו – הסכום הכולל עמד, לשיטת באת-כוחו של כהן בשנת 2008, על כ- \$190,000. יתכן אמנם שהטעות נבעה מדרך הרישום במסמך ההעברות, אולם אם הגרסה בדבר תשלום של \$200,000 היתה גרסה ברורה ומבוססת, אשר שבה ועלתה מפי כהן בכל עת, אין להניח כי טעות מעין זו היתה נופלת בטיטה או בהערות (בהקשר זה ראו גם תשובותיו של שמעון בעניין הסכום בו נקב עו"ד צנטלר בטיטת ההסכם שערך – עמ' 28 לפרוטוקול, שורות 24-21). יש בכך כדי להעיד לכאורה על כי באותה עת לא היתה גרסה סדורה בפני כהן בנוגע לתשלום של סכום של \$200,000 דווקא.

32. אף שאין מחלוקת כי כהן העביר ליהלומי סכום כספי ניכר, התגלעה ביניהם מחלוקת בשאלה אם כהן העביר ליהלומי סכום כולל של \$180,000 או של כ- \$200,000. לתצהירו של כהן צורפו אישורים אודות ביצוע העברות בנקאיות מחשבון לחשבון שסכומם הכולל מצטבר לסכום של \$180,000 בלבד. השוואת הסכומים שבאישורים למסמך ההעברות מגלה מספר אי-דיוקים, כאשר הבולט שבהם הוא העובדה שחסר האישור בדבר העברת סכום של 87,520 ₪ ביום 4.6.03 (סכום של \$20,000). כמו-כן קיימות טעויות שוליות דוגמת הרישום במסמך לפיו שולם סכום של 45,510 ₪ ביום 10.9.03, כאשר מאישור ההעברה עולה שהסכום ששולם הוא 44,510 ₪, או הטעות ברישום התאריך של העברת הסכום של 44,980 ₪, כאשר במסמך ההעברות נרשם 29.6.04 במקום 28.6.04. כאמור, טעויות אלה הן טעויות שוליות. השאלה היא, אפוא, אם יש לקבל את גרסת כהן לפיה גם הסכום של 87,520 ₪ שמופיע במסמך ההעברות הועבר על ידו לידי יהלומי על אף העובדה שאין בידו אישור על כך, אם לאו.

לכאורה ניתן היה לסבור שאין לקבל את גרסתו של כהן בעניין זה, בפרט לנוכח העובדה כי הוא שב פעם אחר פעם על עמדתו לפיה ההעברות הבנקאיות היו אמצעי הביטחון המשמעותי ביותר, אם לא היחיד, להוכחת ביצוע התשלומים על ידו. במצב דברים מעין זה אין אלא לתהות כיצד נעלם האישור אודות ביצוע תשלום כה משמעותי, ומדוע לא ביקש כהן מהבנק להנפיק אישור עדכני אודות ביצוע תשלום זה. עם זאת, רווח והצלחה בא לידי כהן ממקום אחר. מעדותו של רואה החשבון בנימיני עולה כי יהלומי ביקש ממנו לרשום את **כל הסכומים שבדף** ככאלה שהלווה לו כהן (עמוד 32 לפרוטוקול, שורות 21 - 26; עמוד 33

לפרוטוקול, שורות 4 - 8 ; עמוד 41 לפרוטוקול, שורות 1 - 4). מכאן שיהלומי ראה בכל הסכומים שבדף סכומים אותם הוא חב לכהן. במצב דברים זה יש להעדיף את הגרסה לפיה כל הסכומים שבדף אכן הועברו לידי יהלומי. זאת על אף העובדה שכהן עצמו, שבעדותו טען בלהט ששילם סכום של \$200,000, איבד את בטחונו בעניין זה לאחר שהובהר כי לא נמצא בידי באת-כוחו אישור אודות התשלום הנוסף.

33. על אף המסקנה לפיה העביר כהן ליהלומי סכום של כ- \$200,000, על פי הרישום במסמך ההעברות ואישורי ביצוע ההעברות הבנקאיות מחודש מרץ 2005, אין פירושו של דבר כי גרסת התובעת בדבר רכישת הדירה בוססה דיה, כפי שהובהר לעיל על רקע הסתירות בגרסאות העדים (וגם על רקע העובדה שלא ברור כלל כי זה אכן הסכום עליו דובר), וכפי שיובהר להלן על רקע התנהגות הצדדים.

34. כהן, שטען כי חזר וביקש פעמים רבות מיהלומי שיערוך הסכם בכתב, לא השכיל להבהיר מדוע לא שלח ליהלומי ולו מכתב אחד בעניין זה במרוצת חמש השנים שחלפו מאז כריתת ההסכם ועד לפטירת יהלומי; מדוע לא הפסיק את התשלומים, שהתפרשו על פני תקופה של כשנתיים ורבע, עד לעריכת מסמך בכתב; ומדוע לא התעקש בכל שלב שהוא של ההתקשרות על עריכת הסכם בכתב. בפרט התקשה כהן להסביר מדוע לא עשה כן לאחר שיחה שהתקיימה חודשים מספר לפני מותו של יהלומי, שפגעה כהן פגיעה קשה עד מאוד לטענתו, וערערה את אמונו בכוונות המנוח. לעניין זה יובהר שלטענת כהן התקשר אליו יהלומי במועד כלשהו וביקש מכהן שידבר עם רואה החשבון שלו. רואה החשבון, כך לטענת כהן, ביקש שכהן יחתום על הסכם הלוואה ממנו ישתמע כי הוא הלווה את הסכום ליהלומי (סעיף 37 לתצהירו של כהן). גרסה זו של כהן, שהועלתה לראשונה בתצהיר בהליך שלפני ולא נזכרה כלל בתצהיר בהליך הקודם, הלכה וקיבלה נפח במהלך חקירתו הנגדית של כהן. כהן צעק, התרגש ובכה במהלך עדותו כשהוא מציין כי רואה החשבון אמר לו שההסכם היה הסכם הלוואה והוא קיבל את דמי השכירות עבור הדירה כריבית. לטענתו אמירה זו פגעה בו פגיעה גדולה, שכן לא יעלה כי הוא, כיהודי מאמין, יטול ריבית, ולפיכך צעק והתרגז כשאפשרות זו הועלתה לפניו (ראו עמ' 52 לפרוטוקול, שורות 1-4; עמ' 54 לפרוטוקול, שורות 13-15; עמ' 63 לפרוטוקול, שורות 13-21 ועוד). על אף "המכה" שספג מרואה החשבון והעובדה ש"הוא פגע בי מאוד נורא" (עמ' 61 לפרוטוקול, שורות 17-18; עמ' 65 לפרוטוקול, שורות 7-10), לא מצא כהן לנכון לפנות ליהלומי ולדרוש באופן מיידי עריכת הסכם בכתב (עמ' 53 לפרוטוקול, שורות 18-23). הוא אף לא ציין שיחה טראומטית זו בתצהירו הראשון.

בשלב כלשהו שינה כהן את גרסתו לפיה נעשתה הפנייה מרואה החשבון חודשים מספר לפני פטירת יהלומי, במסגרת שיחת טלפון עם יהלומי, וטען כי השיחה עם רואה החשבון נעשתה לאחר פטירת יהלומי (עמ' 63 לפרוטוקול, שורות 22-26). מאחר ולשיטתו התקיימה השיחה כאשר יהלומי נמצא עם רואה החשבון, נראה כי אמירה זו היא בגדר טעות.

מעדות כהן עולה שהוא אף לא פנה לרשויות המס לדווח על העסקה ולו כדי להבטיח רישום כלשהו אודות העסקה (עמ' 63 לפרוטוקול, שורה 27 – עמ' 64 לפרוטוקול, שורה 7). פנייה מעין זו עשה רק לאחר פטירתו של יהלומי, ואף זאת, כפי שעולה מעדותו של שמעון, כאחת מהדרכים להתמודד עם דרישת יורשי יהלומי לפנות את הדירה כדי שאלה יוכלו למכרה (עמ' 25 לפרוטוקול, שורות 29 – 30). יש בהתנהלותו זו של כהן, הן בכך שלא עמד על חתימה על הסכם בכתב והן בכך שנמנע מלעגן את טענתו כלפי הדירה לכל הפחות ברשויות המס, כדי לעורר תמיהה רבה. בפרט כך הם פני הדברים על רקע סערת רגשותיו בנוגע לעלבון הקשה שספג לדבריו מהצעתו של רואה החשבון. תמיהה זו מתחזקת לנוכח העובדה כי בנו שמעון, הבקי ומעורה בתחום המיסוי, ציין כי אביו סיפר לו על השיחה עם רואה החשבון והדבר הדאיג אותו "מאוד, מאוד", והביא לכך שלחץ על אביו לערוך חוזה באופן מיידי (עמ' 29 לפרוטוקול, שורה 25 – עמ' 30 לפרוטוקול, שורה 5).

35. הטענה לפיה נכרתה בין הצדדים עסקה למכירת דירה ללא עריכת הסכם בכתב אינה תואמת להתנהלותם הכללית של יהלומי ושל כהן בעסקאות אחרות, כפי שהוכחה בבית המשפט:

הטענה לפיה ביקש יהלומי לבצע עסקה של מכירת דירה ללא מסמך אינה עולה בקנה אחד עם העובדה כי את יתר הדירות בבניין מכר יהלומי באמצעות חוזים שנערכו כדת וכדין (העתק חלק ניכר מהחוזים צורף כנספח א לתצהירה של נורית יהלומי), וכי לא עלה בידי כהן למצוא ולו דייר אחד שלא חתם על הסכם עם כהן, ובכלל זה שני העדים שביקש להביא. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם דרך ההתנהלות המסודרת מול זאדה, כפי שעולה מנספחי תצהירו של עד זה וכפי שהובהר לעיל.

אף ההנחה לפיה הסכים כהן לרכוש דירה ללא חוזה מנוגדת לאופן בו פעל כהן כל ימיו. כהן אישר כי היה מעורב בעסקאות מקרקעין רבות, ואף החזיק בבעלות

על אולם ורסאי (עמ' 42 לפרוטוקול, שורות 8-13). בכל עסקאות המקרקעין בהן היה מעורב פנה לעורך-דין וחתם על חוזה בכתב (שם, שורות 20-21). הוא אישר כי בנוגע לכל החנויות והנכסים שהוא משכיר כיום הוא עורך חוזים בכתב (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 19-22). הוא השיב כי ידוע לו שיש צורך לשלם מס בגין רכישת מקרקעין, כי כך עשה בעבר כל אימת שרכש נכס וכי ידוע לו שיש לדווח על עסקאות במקרקעין (עמ' 53 לפרוטוקול, שורות 24-27). ממילא אין אלא לתהות מדוע מצא כהן לנכון לרכוש דירה ללא פנייה לעורך-דין וללא עריכת מסמך בכתב, ומדוע לא דיווח על העסקה, בפרט אם הצד שכנגד לא מצא לנכון לערוך מסמך שיעגן את העסקה.

36. העדר לוח זמנים לביצוע התשלומים מכרסם אף הוא בהנחה לפיה הוסכם על מכירת דירה. לעניין זה יצויין שגם לשיטת כהן לא היתה הסכמה בין הצדדים בנוגע ללוח התשלומים לרכישת הדירה. בתצהירו טען כהן כי הוסכם שהתשלומים ייעשו בהתאם להתקדמות הבניה (סעיף 13 לתצהירו). בעדותו הכחיש טענה זו וטען כי שילם כסף בכל עת בה השתחרר לו סכום כלשהו (עמ' 49 לפרוטוקול, שורות 12-29; עמ' 56 לפרוטוקול, שורות 4-6; עמ' 57 לפרוטוקול, שורות 13-16). הוא הבהיר כי "לא היה הסדר" תשלומים ואלה בוצעו "על הבאבאללה הלך", ולפי זמירות הכסף בידיו (עמ' 58 לפרוטוקול, שורות 3-6).

37. העולה מהאמור לעיל הוא כי לשיטת כהן נערך הסכם בעל-פה שספק רב אם סוכם בו סכום ברור. ההסכם לא כלל הסדר תשלומים. לא נערך מסמך בכתב על אף פניות חוזרות ונשנות שלו ליהלומי במרוצת השנים ועל אף שבכל עסקת מקרקעין אחרת בה היה מעורב בעבר ובהווה ערך מסמך בכתב. גם לאחר שרואה החשבון מטעם יהלומי ביקש שיחתום על הסכם הלוואה, דבר שלשיטתו היה בגדר שקר וכזב (סעיף 38 לתצהירו), שאותו ראה כעלבון אישי חמור, ושגרם לו ולבנו לדאגה רבה, לא מצא לנכון לעשות דבר עד לאחר פטירתו של יהלומי. כל אלה גם יחד חותרים תחת גרסת התובעת בעניין רכישת הדירה.

38. כנגד גירסה זו של התובעת ועדיה אין בידי הנתבעת גרסה פוזיטיבית, מאחר ולא הנתבעת ולא יתר בני המשפחה היו מודעים ליחסים העסקיים או החבריים, ככל שהיו, בין כהן ליהלומי. אף לא אחד מבני המשפחה ידע "בזמן אמת" על הסכומים שנתן כהן ליהלומי. עובדה זו התגלתה רק לאחר פטירת יהלומי. עם זאת, העידה הנתבעת כי יהלומי היה מספר לה כל אימת שמכר דירה, ובפרט בשנים האחרונות בהן היה שרוי בחובות לבנק (סעיף 3 לתצהיר הנתבעת ועמ' 82 לפרוטוקול, שורות 18-19; עמ' 83 לפרוטוקול, שורות 16-18). זמן לא רב לפני

מותו מכר המנוח את שתי דירות הפנטהאוס בבניין וסיפר לה כי נותרה דירה אחת למכירה, ובדיעבד מתברר כי רק הדירה מושא התביעה נותרה לא מכורה (סעיף 3 לתצהירה; עמ' 82 לפרוטוקול, שורות 21-23). בת הנתבעת, נורית, שניהלה משרד בצמוד לאביה המנוח, ציינה בתצהירה כי עזרה לאביה לערוך תשקיף של הדירות הלא מכורות לצורך תכנון תזרים המזומנים בשל החובות בבנק, וכי עד יום מותו הופיעה הדירה מושא התביעה כדירה שטרם נמכרה (סעיף 6 לתצהירה). כאמור, אין כל מחלוקת כי בני משפחתו של יהלומי לא פגשו בכהן קודם לשבעה ולא ידעו כלל על הכספים שהעביר ליהלומי.

39. על רקע כל התהיות שהובאו לעיל נראה כי יש בעדותו של רואה החשבון נוריאל בנימיני כדי לשפוך אור על טיב העסקה שאליה הגיעו כהן ויהלומי, ויש בה כדי לקדם הבנה אפשרית וסבירה של טיב היחסים בין הצדדים. בנימיני מסר בעדותו כי ניהל את חשבונותיו של יהלומי במשך עשרות שנים עם הפסקה של עשר שנים או מעט למעלה מכך, ושב לעבוד עימו בשנת 2003 או 2004 (עמ' 32 לפרוטוקול, שורות 1-6). הוא הבהיר כי לפרויקט ברחוב מקור חיים 51 נפתח חשבון בנק משלו ובחשבון הפרויקט לא נעשו העברות כספים כלשהן מיוסף כהן (שם, שורות 15-19). לאחר חודשים מספר מעת חידוש עבודתו עבור יהלומי, פנה אליו יהלומי והעביר לידיו דף ובו רשימה של סכומים שקיבל מכהן (שם, שורות 21-24). יהלומי אמר לבנימיני כי מדובר בהלוואה שקיבל מכהן (שם, שורות 28-29) וכי הוא ישיב לכהן כספים אלה "ממכירת הדירה או שימכור לו את הדירה" (עמ' 29 לפרוטוקול, שורה 1). הסכומים לא נרשמו בספרים כתקבולים או כהכנסות, אלא כחוב של יהלומי וכזכות בכרטיסו של כהן (שם, שורות 15-20 ובשורות 27 - 28). עוד העיד יהלומי כי הדירה מושא התביעה מופיעה עד היום כ"מלאי" וכדירה שלא נמכרה (עמ' 34 לפרוטוקול, שורות 21-24). הוא אישר כי הדירה מושכרת וההכנסות מועברות ליוסף כהן (שם, שורות 25-26) ו"במסגרת השאלות ששאלתי את יהלומי הוא אמר לי שדמי השכירות שיוסף כהן מקבל זה מהווה מעין ריבית על הסכומים שהוא קיבל ממנו" (שם, שורות 26-28). הוא ציין שמעולם לא דיבר עם כהן בטלפון, ולא היה מדבר עימו על לקוח בשל החובה לשמור על סודיות מקצועית (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 12-16). הוא הבהיר כי בהעדר מידע על גובה סכום השכירות, כמו גם מתוך הנחה שקיימות הוצאות ריבית אותן יש לזקוף, לא נרשמה בספרים ההכנסה מריבית (עמ' 35 לפרוטוקול, שורות 1-5).

40. נראה שיש להעניק משקל רב לגרסתו של רואה החשבון בנימיני. כל עדי התובעת העידו כי יהלומי היה אדם ישר ואמין, וקשרו כתרים לראשו. עדותו של בנימיני מתארת דברים שאמר לו יהלומי בזמן אמת, ואשר על פיהם פעל בנימיני באותה

עת, במהלכם הרגיל של עסקיו של המנוח, ומכוחם ביצע רישומים בספרי העסק ובכלל זה רישום אודות חובו האישי של יהלומי. היא מתיישבת גם עם העובדה כי ההפקדות לא נעשו לחשבון העסקי של יהלומי. היא מסירה את התהייה מדוע יפעל קבלן כיהלומי בדרך התמוהה המיוחסת לו על ידי כהן, כשהוא מפר לכאורה חובות חוקיות לרוב (כגון אלה הנוגעות לאי העמדת ערבויות [חוק המכר](#), אי דיווח למס הכנסה ומע"מ ואי דיווח לרשויות מיסוי המקרקעין), וכל זאת כאשר הסיכוי להסתרת עסקה של מכירת דירה מרשויות המס הוא קלוש למדי, בפרט כאשר מדובר בקבלן שמכר את כל הדירות בבניין שבנה. היא עולה בקנה אחד עם הרישום "העברות יוסף כהן" במסמך ההעברות ועם יתר הרישומים במסמך. יצוין כי עצם ההוראה של יהלומי לרישום החוב בהתאם ל"דף נייר", ללא כל אסמכתא נוספת, מעיד על כי יהלומי לא ביקש להסתיר את החוב ולהסתתר מאחורי העדר ראיות אלא היה מעוניין להשיב את הסכום לכהן.

41. יוער שלגרסת ההלואה ניתן למצוא תימוכין גם בדברים שעלו מעדותו של כהן, שציין כי גייס כספים מכל מיני מקומות עבור יהלומי ו"עשינו כל מיני קומבינות, עזרנו לו ונתנו לו את הכסף" (עמ' 48 לפרוטוקול, שורות 23-24; וראו גם עמ' 54 לפרוטוקול, שורה 10).

יתירה מזו: אמירתו של יהלומי לבנימיני לפיה ייפרע החוב לכהן בעת מכירת הדירה לצד שלישי או באמצעות מכירתה לכהן יש בה גם כדי לשפוך אור על התנהלותו של כהן לאחר פטירתו של יהלומי. אין חולק כי בטרם הוגשה התביעה כמעט ונכרת הסכם בין כהן לנתבעת במסגרתו אמור היה כהן לשלם לנתבעת סכום נוסף של 400,000 ₪ תמורת רכישת הדירה (נספח ז לתצהיר הנתבעת; עדותו של כהן בעמ' 55 לפרוטוקול, שורות 12-23). הוספת סכום כה משמעותי לסכום המקורי ששילם כהן - סכום של \$200,000 - מצביעה לכאורה על המסקנה כי הסכום המקורי אינו מהווה תמורה מלאה עבור הדירה, שאם לא כן לא היה כהן מסכים לשלם סכום נוסף העולה כמעט כדי 50% נוספים לתמורה. אומנם לא ניתן לדעת מה היו מניעיו של כהן בעת ניהול המשא ומתן עם הנתבעת ומשפחתה, אולם יש בכך כדי להצביע על כי מהות ההסכם שבין הצדדים לא היתה של מכר דירה, שהתנאים בו ידועים וברורים, אלא דווקא של הסכם להלוואה עם אופציית מכר בתוספת תשלום. למרבה הצער לא מצאו כהן ויהלומי לנכון להעלות את הסכמתם על הכתב, ולא ניתן עוד לדעת כיום מה היתה כוונת הצדדים המדויקת.

42. כללו של דבר : בהעדר חוזה בכתב המעיד על טיב העסקה, כאשר עדויות התובעת אין בהן כדי לשפוך די אור על טיב העסקה שנרקמה בין הצדדים, וכאשר נראה שהדעת נוטה לא פחות, אם לא יותר, לגרסתו של בנימיני, אין אלא לקבוע כי לא עלה בידי התובעת להרים את הנטל המוטל עליה ולהוכיח כי בין הצדדים נרקמה עסקה למכירת דירה ברחוב מקור חיים 51 בירושלים. משכך הם פני הדברים הרי שאין כלל מקום לדון בשאלה אם ניתן לגבור על דרישת הכתב בנסיבות העניין, כאשר לא הוכח כלל כי נכרתה עסקה למכירת דירה כנטען על ידי התובעת.

סוף דבר

43. לנוכח כל האמור לעיל הגעתי לכלל מסקנה לפיה דין התביעה להידחות.

בעת פסיקת הוצאות המשפט יש לתת את הדעת גם לעובדה לפיה אין חולק שכהן העמיד לרשות יהלומי סכום כסף גדול בעת שזה נתון היה בחובות. לפיכך אני מחייב את התובעת בהוצאות המשפט של הנתבעת בסכום מופחת של 8,000 ₪ ובשכ"ט עו"ד בסכום של 20,000 ₪ בצירוף מע"מ.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לצדדים.

בית המשפט המחוזי בירושלים 54678313

ניתן היום, ה' בטבת תשע"ג, 18 בדצמבר 2012, בהעדר הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן