



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7300/21

לפני: כבוד השופטת יי וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופטת ר' רונן

המערער: משה מישל אסרף

נגד

המשיבים: 1. כפיר בובליל
2. חבי אורדקה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
מיום 21.9.2021 בת"א 57999-10-18 שניתן על ידי כב'
השופט שלמה פרידלנדר

תאריך הישיבה: ח' באדר התשפ"ג (1.3.2023)

בשם המערער: עו"ד יניב אלבוז

בשם המשיב 1: עו"ד שי גימלשטיין; עו"ד דויד פרוג

בשם המשיבה 2: עו"ד שמואל גלינקא; עו"ד ספיר אבן חן בכר

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט שלמה פרידלנדר) בת"א 57999-10-18 מיום 21.9.2021, בגדרו נדחתה תביעת המערער לקבלת 21.5% ממניותיה של המשיבה 2, ולחלופין להשבת סך של 2.6 מיליון ש"ח, אשר מייצגים את ערך השקעתו הנטענת של המערער במשיבה 2 (בצירוף ריבית מרבית). לצד הערעור, הוגשה גם בקשה להעביר לעיונו של בית משפט זה הסרטות ששימשו את בית משפט המחוזי בהכרעתו.

1. במוקד הסכסוך שלפנינו פגישה עסקית – אשר על שהתרחש בה הצדדים חלוקים – שנערכה ביום 15.11.2009 בהשתתפותם של המערער, מר משה מישל אסרף (להלן: המערער), המשיב 1, עו"ד כפיר בובליל (להלן: המשיב), ומר ניקולה טרטור (להלן: ניקולה), במשרד שהיה משותף באותה עת לניקולה ולמשיב (להלן: הפגישה). לגרסת המשיב, שלא הוכחה בעניין זה, הפגישה נערכה ברובה בשפה הצרפתית, לאור שליטתם של המערער וניקולה בשפה זו, וזאת בעוד שהוא עצמו אינו דובר צרפתית. לפגישה קדמה היכרות מוקדמת בין ניקולה לבין המערער וכן בין ניקולה לבין המשיב, אולם עד למועד הפגישה, לא התקיימה היכרות של ממש בין המערער למשיב. כבר בפתח הדברים יצוין, כי ניקולה, יזם נדל"ן במקצועו, פעל בישראל משנת 2005 ועד למועד לא ידוע, שכן בשלב כלשהו לאחר מועד הפגישה נעלמו עקבותיו. למיטב ידיעת הצדדים, ניקולה שב לצרפת, שם הוא מרצה, כך על פי השמועה, מאסר בפועל בגין עבירות הונאה. מכל מקום, לא רק שניקולה אינו צד להליך שבפנינו, אלא שהוא גם לא הובא לעדות בפני בית המשפט קמא (ועל כך בהמשך הדברים). עם זאת, מעורבותו של ניקולה בהשתלשלות העניינים מרכזית להבנתם, כפי שיפורט להלן.

2. המשיבה 2, חברת אורדקה בע"מ (להלן: אורדקה), הוקמה כשנתיים קודם לפגישה, ביום 6.11.2007, במטרה להוציא לפועל עסקת מקרקעין בתל אביב (להלן: הפרויקט הראשון). עם הקמתה, בעליה של אורדקה היה ניקולה, כאשר המשיב החזיק במניותיו של ניקולה בנאמנות, וזאת משום שהאחרון טרם הסדיר את מעמדו בישראל. הואיל והפרויקט הראשון לא יצא לפועל בסופו של דבר, אורדקה נותרה "על המדף" מבלי שביצעה פעילות כלשהי. לאור זאת, וזמן קצר לאחר הקמתה, הציע המשיב לחברו, מר נצח ארכיב, יזם נדל"ן אשר ניהל באותה עת משא ומתן בקשר לביצוע עסקת קומבינציה במקרקעין המצויים בתל אביב (להלן: נצח), עסקת הקומבינציה ו-המקרקעין, בהתאמה), לקנות (בעצמו וכן באמצעות חברה שבבעלותו – חברת ליגר בע"מ. להלן: חברת ליגר) את מניותיה של אורדקה. הצעת המשיב לרכישת מניות אורדקה על ידי נצח וחברת ליגר נולדה על רקע רצונו של נצח לקדם פרויקט נדל"ן על גבי המקרקעין האמורים מזה, והתעניינותו של ניקולה בעסקאות נדל"ן באותו אזור מזה (להלן: הפרויקט השני). נצח ניאות להצעה, אך התעקש להיות בעל השליטה היחיד באורדקה, ככל הנראה לאור העובדה שניקולה הוא תושב זר (דבר אשר נטען כי עלול היה להקשות על קבלת הליוי הבנקאי שנצרך לניהול הפרויקט). לאור זאת, ביום 20.2.2008 נחתם הסכם בין ניקולה והמשיב (בתפקידו כנאמן למניותיו של ניקולה) לבין נצח וחברת ליגר,

במסגרתו מכר ניקולה את כלל מניותיה של אורדקה לנצח, תוך מתן האפשרות לניקולה להשקיע באורדקה, בהתאם להסכם השקעה שיסוכם וייערך בהמשך, וככל שעסקת הקומביניציה תצא אל הפועל (להלן: הסכם רכישת המניות). על כן, החל ממועד זה (דהיינו, מעל לשנה וחצי עובר לפגישה), נצח וחברת ליגר היו בעלי המניות היחידים באורדקה (להלן: הבעלים החדשים). בהסכם רכישת המניות צוין, כי אורדקה ריקה מנכסים, למעט 300 ש"ח ערך נקוב שהושקע במניותיה, וכי מלוא המניות יימכרו לנצח ולחברת ליגר בעבור 300 ש"ח במזומן בד בבד עם החתימה עליו.

3. במקביל להסכם רכישת המניות, עוד באותו היום, 20.2.2008, נחתם הסכם שכותרתו "הסכם להחזקת מניות בנאמנות בחברת אורדקה" בין הבעלים החדשים לבין המשיב (להלן: הסכם הנאמנות), במסגרתו הוסכם כי המשיב יחדל מלשמש כנאמן עבור ניקולה, וחלף זאת ישמש כנאמן על המניות עבור הבעלים החדשים. כן צוין בהסכם הנאמנות כי "על הנאמן חל איסור מוחלט למכור ו/או להעביר ו/או לשעבד ו/או למשכן את המניות או לבצע כל פעולה אחרת במניות העלולה לפגוע ו/או להגביל את זכויותיו של [הבעלים החדשים] במניות, כולן או חלקן, ללא הסכמתו המפורשת בכתב ומראש של [הבעלים החדשים]" (סעיף 3(ה) להסכם הנאמנות. להלן: סעיף ההגבלה), וכי בכל מקרה נצח יהיה מורשה החתימה היחיד של אורדקה, כאשר רק הוא "בצירוף חותמת החברה יכול לחייב את החברה בכל דבר ועניין, ו[כל פעולה אחרת על ידי הנאמן בשם הבעלים החדשים] תדרוש הוראה חתומה מראש ובכתב לפעול בפעולה ספציפית לטובת [הבעלים החדשים]" (סעיף 3(ו) להסכם הנאמנות). עוד התחייב המשיב במסגרת הסכם הנאמנות "להימנע מכל פעולה, מעשה או מחדל העלולים לגרום להפרת התחייבויות שנטל הנאמן על עצמו או העלולים לסכן ו/או להגביל את זכויותיו של [הבעלים החדשים] במניות או בקשר אליהן" (סעיף 4(ג) להסכם הנאמנות). יוער, כי חתימתו של המשיב מתנוססת הן על גבי הסכם רכישת המניות, הן על גבי הסכם הנאמנות.

4. כחודש לאחר כריתת הסכם רכישת המניות, ובהתאם לסעיף ההשקעה, נחתם ביום 23.3.2008 הסכם השקעה בשפה האנגלית בין ניקולה לבין הבעלים החדשים, לפיו ניקולה יעביר לידי אורדקה סך של 6 מיליון ש"ח כנגד קבלת 45% מרווחי הפרויקט השני, וכי בתום הפרויקט השני יקבל ניקולה את מלוא קרן השקעתו חזרה, לצד הזכות לקבלת רווחים כאמור (להלן: הסכם ההשקעה). במסגרת הסכם ההשקעה הצהיר ניקולה כי הוא מחזיק בסכום האמור, וכן צוין בו כי אם ניקולה לא יעביר את הסכום האמור במלואו, הוא יהיה זכאי להשבת הסכום החלקי שהעביר בלבד, ולא יהיה זכאי לכל רווח מהפרויקט השני. יצוין כי הסכם ההשקעה אינו נוקב במועד כלשהו לביצוע ההעברה

מצדו של ניקולה. בהסכם ההשקעה צוין גם כי על סמך ההתחייבות המובאת בו, הבעלים החדשים מוותרים על התקשרויות עם משקיעים אחרים ומסמכים על השקעתו של ניקולה. בסופו של דבר, ביום 6.12.2009, ניקולה העביר לאורדקה סכום של כ-567,000 ש"ח בלבד.

5. על רקע התפתחויות אלה נערכה הפגישה שבמוקד הסכסוך, כאשר המחלוקת העיקרית בין הצדדים ניטשת ביחס לפרשנותם של שני מסמכים הנוגעים לאותה פגישה: "מסמך ההעברה" ו-"מסמך המניות" (להלן: מסמך ההעברה ו-מסמך המניות, בהתאמה, ויחדיו: המסמכים). יצוין כי אף אחד מהמסמכים לא נושא תאריך, עניין שהוסיף אף הוא למחלוקת בין הצדדים כפי שיפורט להלן). למען הנוחות, יובאו להלן המסמכים כלשונם:

מסמך ההעברה

לכבוד

מר טרטור ניקולה

ומר משה אסרף

הנדון: חברת אורדקה בע"מ

אני עו"ד כפיר בובליל מאשר בזאת כי מר מישל אסרף העביר בנוכחותי סך של 300,000 אירו למר ניקולה טרטור בתאריך 15.11.09 כסך הנ"ל יוחזר למר אסרף אחרי מכירת הדירות בגינן ניתן הסכום הנ"ל כהלוואה למר טרטור.

בכבוד רב,

כפיר בובליל, עו"ד

(יצוין כי מסמך ההעברה נחתם על ידי ניקולה, המשיב והמערער).

מסמך המניות

לכבוד,

כבוד הרב וקנין

אישי למכותב בלבד

הנדון: חברת אורדקה בע"מ

אני עו"ד כפיר בובליל המחזיק הבלעדי של כל המניות בחברת אורדקה בע"מ מבקש להודיע לכבוד הרב כי אני משריין עבור מר מישל אסרף דרכון צרפתי מס' [...] סך של 21.5% ממניותיה של חברת אורדקה בע"מ.

מר אסרף יכול לקבל לידיו בכל דרך שיחפץ ובכל עת את סך המניות האמור וזאת ללא חיוב כספי כלשהו מלבד מס שיוטל אם וכאשר יוטל מס על העברת מניות שתתבצע על ידי במקרה ומר אסרף יחפוץ במניות כאמור. שיריון מניות זה אינו מגביל אותי בהתנהלות העסקית היום יומית ויתכן וכל מניות החברה ישועבדו לטובת בנק מלווה. שיריון זה אינו מהווה עסקה במקרקעין ונעשה על פי הוראת הרב ועל פי הדברים היום יומיים שביני ובין כבוד הרב על פי דין תורה.

מכתב זה הנו אישי ואינו יכול לשמש כל אדם או גוף מלבד כבוד הרב.

בכבוד רב,
כפיר בובליל, עו"ד

(מסמך המניות נחתם על ידי המשיב בלבד).

6. לטענת המערער, שני המסמכים נערכו ונמסרו לו על ידי המשיב במהלך הפגישה, ואילו לטענת המשיב, בעוד שמסמך ההעברה נערך במעמד הפגישה, מסמך המניות נערך עובר לה, בנסיבות שאינן זכורות לו כדבעי, אך בשעה שהוא שימש כנאמן עבור מניותיו של ניקולה, קרי, במועד מסוים בין יום 6.11.2007 (מועד הקמתה של אורדקה) לבין יום 20.2.2008 (מועד חתימת הסכם רכישת המניות, במסגרתו שוחרר המשיב מתפקידו כנאמן למניותיו של ניקולה). עוד סבור המשיב כי המסמכים התייחסו לפרויקט הראשון, שלא צלח בסופו של דבר, וכי מסמך המניות, הממוען באופן אישי לרב מאיר וקנין (להלן: הרב וקנין), עמו יש למשיב הכרות קרובה, ממילא מעולם לא הועבר למערער ואף לא לרב וקנין, ולמעשה נגנב בדרך לא דרך משולחנו של המשיב.

7. בחלוף כעשור מאז קיום הפגישה, ביום 24.10.2018 הגיש המערער תביעה לבית המשפט המחוזי נגד המשיב ואורדקה, במסגרתה, טען כי במהלך הפגישה, וכפי שעולה ממסמך ההעברה ומסמך המניות, הציעו לו ניקולה והמשיב להשקיע סך של 300,000 אירו בפרויקט השני, וזאת בתמורה ל-21.5% ממניותיה של אורדקה (להלן: ההשקעה). לטענתו, הוא שילם להם את מלוא התמורה, במעמד הפגישה, בשטרות מזומן צרורים בשקית, וקיבל את המסמכים כאסמכתא לביצוע ההסכם הנטען בין הצדדים. משכך, הלה דרש לקבל 21.5% ממניות אורדקה, ולחלופין את השבת סך השקעתו הנטענת, בצירוף ריבית מרבית לפי צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי), התש"ל-1970 עד ליום הגשת התביעה (סך הכול – 2.6 מיליון ש"ח). בתוך כך, טען המערער, כי המשיב היה בעליהן הרשום של מניות אורדקה (בנאמנות), ובעת שחתם על מסמך המניות, המגלם התחייבות להקצות למערער 21.5% ממניותיה – מסמך שנערך על גבי נייר מכתבים רשמי

של המשיב והוכתר בכותרת "חברת אורדקה בע"מ" – הרי שהוא פעל בשליחותה, למצער הנחזית, ועל כן יש ליתן תוקף להתחייבות זו.

מנגד, המשיב גרס כי מסמך המניות אינו משקף גמירות דעת סופית ביחס להשקעה, אלא לכל היותר הצהרת כוונות מול הרב וקנין, וממילא טען כי בהתאם לאמור במסמך ההעברה, אין מדובר בהשקעה, אלא בהלוואה אישית של המערער לניקולה. אורדקה הוסיפה והדגישה כי המשיב כלל לא היה מוסמך ליתן בשמה את ההתחייבות הנטענת במועד הפגישה לאור הוראותיו של סעיף ההגבלה, ועל כן לא קמה לה כל חבות כלפי המערער.

8. לאחר דיוני קדם המשפט ובטרם החלה שמיעת דיוני ההוכחות, הוחלט על ידי בית המשפט קמא ביום 20.1.2020 כדלקמן: "לצורך השבחת בירור האמת, אבקש את התייחסויות הצדדים לאפשרות שעדויות בעלי הדין יוסרטו בוידאו (בשלב זה, כל אחד על חשבוננו), כדי לאפשר ניתוח יסודי יותר של אותות האמת בעדויותיהם". משכלל הצדדים נתנו הסכמתם, ולאור בקשת באי-כוח המשיב ואורדקה להורות על איסור פרסום ההסרטים מחמת צנעת הפרט, ביום 3.2.2020 הוחלט כי העדויות יוסרטו כאמור וכלל קבצי ההסרטה האמורים (להלן: ההסרטות) יתויקו בסטטוס "פתוח לשופט ולצוותו בלבד" ו"חסוי לציבור ולצדדים". בהמשך, במסגרת דיון ההוכחות שהתנהל ביום 17.2.2020, ולאחר שהתקיים דיון הוכחות אחד, התברר כי עלה בידו של בא-כוח המערער לצפות בהסרטים שצולמו עד כה, וזאת בניגוד להחלטתו של בית משפט קמא כמפורט לעיל. על כן, במעמד הדיון האמור הורה בית משפט קמא לבא-כוח המערער למסור לבית המשפט את עותק ההסרטים שברשותו, ובד בבד חזר על הוראותיו ביחס להסרטים, והוסיף כי "מובהר כי הסיווג שנקבע, 'פתוח לשופט ולצוותו', מכיל כל ערכאה שתידון בהליך", וכן כי "מובהר כי הפרוטוקול של הדיון הוא הפרוטוקול המוקלד" (פרוטוקול הדיון מיום 17.2.2020, עמ' 84 ש' 5-17). לצד זאת, הוסכם בין הצדדים כי כל צד יהיה רשאי לפנות לחברת ההסרטה ולבקש לקבל לידיה את קבצי השמע של ההסרטים (להבדיל מקבצי הוידאו) – ואותם בלבד (שם. להלן: ההסכמה הדיונית). יודגש כבר עתה, כי על ההסרטים הללו נסמך בית המשפט קמא בפסק דינו, והתרשמותו בנוגע לרכיבים מסוימים מהעדויות המוסרטות צוינה במקומות בהם ראה בית המשפט לנכון לעשות כן.

9. למען תצא התמונה שלמה יצוין כי בין השנים 2010-2011, הבינו הבעלים החדשים כי לא יעלה בידו של ניקולה להשלים את הסכום הנקוב בהסכם ההשקעה (סך

של 6 מיליון ש"ח), ועל כן החזירו לניקולה את התשלום שעלה בידו לשלם (סך של כ- 567,000 ש"ח), ואורדקה פנתה לחיפוש מקורות מימון חלופיים לפרויקט השני. עוד יצוין, כי במהלך ההליך קמא, אורדקה ציינה כי הסכום שניקולה העביר לה, ושהושב לו לבסוף – קרי, אותם 567,000 ש"ח – הועבר לה באמצעות שיק מחשבונו הפרטי של ניקולה, ולא במזומן (נספח 8 לתשובת אורדקה לערעור). בהמשך, בשנת 2012, שוחרר המשיב מתפקידו כנאמן על מניות אורדקה.

פסק דינו של בית משפט קמא

10. בפסק דינו מיום 21.9.2021 דחה בית המשפט קמא את התביעה תוך אימוץ גרסתם של המשיב ושל אורדקה ודחיית גרסתו של המערער (להלן: פסק הדין). במרכזו של פסק הדין ניצבות הקביעות כי, בניגוד לטענת המערער, מסמך ההעברה משקף הלוואה אישית לניקולה ולא השקעה ישירה באורדקה, וכי הוא נערך בתקופה מוקדמת לפגישה וביחס לפרויקט הראשון שלא צלח, ולא ביחס לפרויקט השני. מסקנה זו נסמכה על בחינת מכלול הראיות בתיק, וביניהן: עצם העברת השקעת המערער לידיו של ניקולה ולא לידי הבעלים של אורדקה; היעדר מניע כלכלי מצד הבעלים החדשים להסכים להקצאת המניות האמורה, לצד התרשמות מאמינות עדותו של נצח; היעדר אינטרס מצד המשיב לחתור תחת נצח וחברת ליגר בדמות התחייבות להקצאת המניות שלא על דעתם, וכשהסכם הנאמנות אוסר עליו במפורש לעשות כן; אי-ההתאמה בין סכום הכסף שהמערער מסר לכאורה לניקולה בפגישה הנדונה לבין שיעור המניות בחברה שלכאורה הובטח לו במסמך המניות – השקעת המערער בסך 300,000 אירו הייתה שקולה (בהתאם לשער היציג ביום 15.11.2009) ל-1,686,060 ש"ח. לעומת זאת, בהתחשב בעובדה ש-45% מרווחי החברה הוערכו כשווים 6 מיליון ש"ח בהתאם להסכם ההשקעה, עולה כי סכום השקעתו של המערער שקולה ל-28% מהשקעתו המתוכננת של ניקולה, דהיינו כ-12.6% ממניות החברה (28% מתוך 45%, ולא ל-21.5%, כפי שמציין מסמך המניות; ממצאים המעידים כי מסמך ההעברה ומסמך המניות אותנטיים, ואף על פי שהודפסו באותה מדפסת, מקורם בחבילות נייר שונות – עובדה המרמזת על כך ששני המסמכים לא נערכו באותו המועד; הפיצול בין המסמכים וההבדלים הבולטים בתוכנם ובמבנם. לכל זאת יש להוסיף את התרשמות בית המשפט קמא מאמינות גבוהה של גרסת המשיב; העובדה שהמערער לא זימן את ניקולה לעדות, מבלי שסיפק לכך הסבר מניח את הדעת; ועוד.

11. ביתר פירוט, ביחס למסמך ההעברה נקבע, כי הוא אכן נערך ונחתם במועד הפגישה, אך כי הוא מתייחס לכספים שהתקבלו, בפועל, לידי של ניקולה כהלוואה ולא לידי של המשיב כהשקעה, וכי יש לפרשו לאור הסכם ההשקעה שנחתם בין ניקולה לבין הבעלים החדשים – קרי, על רקע קשייו של ניקולה להעביר את התמורה המלאה לאורדקה בהתאם להסכם ההשקעה. קביעה זו נסמכה, בין היתר, על עדותו הקוהרנטית והמהימנה של המשיב, וכן על העובדה שלא עלה בידי המערער להציג כל אסמכתא המעידה כי הכספים הועברו על ידו לאורדקה. עוד הוער כי יש לקבל את גרסת המשיב גם ביחס לסיבה שבגינה כותרתו של מסמך ההעברה היא "חברת אורדקה בע"מ" – לגרסתו, ניקולה היה זקוק לכספים לצורך העברתם לאורדקה – וזו הייתה מטרת הפגישה. על כן, נקבע כי כותרת המסמך משקפת את "תכלית ההלוואה", אך אינה מבטאת את "אפיון ההעברה" כהשקעה ישירה באורדקה. במילים אחרות, בית המשפט קמא השתכנע כי במסגרת מאמציו של ניקולה לגייס 6 מיליון ש"ח לצורך קיום חיובו בהתאם להסכם ההשקעה הלה ביקש ללוות כספים מהמערער. על כן, למרות שניקולה ייעד את הכספים שקיבל מהמערער, בסופו של דבר, להשקעה באורדקה, מסמך ההעברה משקף את מנגנון העברתם – הלוואה אישית לניקולה.

12. ביחס למסמך המניות, צוין, כי בניגוד למסמך ההעברה, אין מדובר במסמך בו המשיב מופיע כגורם חיצוני המעיד ומאשר את קיומה של עסקה כלשהי, אלא במסמך שעליו המשיב חתום בתור אורגן של אורדקה, כאשר נסיבות עריכתו אינן זכורות לאחרון כדבעי. מחד גיסא, נקבע כי המסמך קובע בצורה חד משמעית כי המערער זכאי לקבל 21.5% ממניות אורדקה על פי דרישתו, וזאת חרף השימוש במונח העמום "שריון" (אשר לרוב בהקשרים מסוג זה, מבטא את שימור האופציה להקצות מניות, מבלי להתחייב להקצות אותן בשלב זה). מאידך גיסא נפסק, כי למשיב לא הייתה הרשאה להקצות מניות למערער, ולכן מדובר בהתחייבות בלתי תקפה. עוד נקבע כי אין לקבל את גרסת המערער שלפיה מסמך המניות נערך במעמד הפגישה ובמקביל למסמך ההעברה, כך שהמסמכים משלימים זה את זה לכדי עסקת השקעה לה טוען המערער, וזאת חרף העובדה שהלה מסר "גרסה מאוד מפורטת ודווקנית בעניין זה" (פסקה 42 לפסק הדין). כך, הן לאור מהימנותם של המשיב ושל נצח, הן לאור העובדה כי מן הממצאים עלה שמקורם של שני המסמכים בחבילות נייר שונות – ממצא אשר מחזק את גרסת המשיב לפיה הם לא נערכו באותו מועד. בהקשר זה העיר בית המשפט קמא כי "מקביעתי לעיל כי ההעברה של סך 300,000 אירו על ידי [המערער] לא הייתה [לאורדקה], כהשקעה ישירה, אלא לניקולה, כהלוואה – נובע כי לא סביר שבתמורה לכך [המערער] יקבל מ[המשיב] התחייבות להקצאת מניות ב[אורדקה]" (פסקה 45 לפסק הדין). אם כן, ולאור התכחשותו של נצח לקיומה

של כל הסכמה שניתנה מצדו להקצאת מניות למערער, פנה בית המשפט לבחון מה בכל זאת סביר שהתרחש באותה פגישה, והגיע לבסוף למסקנה כי "אם מסמך המניות לא נערך בהסכמת נצח [...] אזי מתבקשת המסקנה [שהמשיב] ערך אותו כנאמן של ניקולה, כאשר ניקולה היה הנהנה ובעל הזכויות במניות [אורדקה], לפני העברתן ל[בעלים החדשים] ביום 20.2.08" (פסקה 54 לפסק הדין; ההדגשה במקור). יוער כי בית המשפט קמא עמד גם על הדרך הבלתי-מקובלת שבה נערך מסמך המניות – מכתב אישי של המשיב לרב וקנין – ותהה אם הדבר נעשה לצורך הימנעות מתשלום מס או מרישום פומבי של העסקה.

13. עוד יצוין, כי בעוד שנדחתה טענת אורדקה והמשיב להתיישנותה של התביעה, בית המשפט קמא מצא טעם בטענתם לשיהוי בהגשתה מצד המערער. כך, הן משום שבעוד שעילת התביעה נולדה עוד בשנת 2012, עת הכחיש המשיב את חבותו כלפי המערער, התביעה הוגשה אך בשנת 2018, ללא הסבר מניח את הדעת לפער זמנים זה, והן לאור הודאתו של המערער לפיה לא מיהר להגיש את תביעתו והתמקד בחייו האישיים. לפיכך, נקבע כי לחובתו של המערער נזקף גם השיהוי בהגשת תביעתו, ואף כי יש בו כדי לשכך את התמיהה על כך שהמשיב לא זכר את נסיבות עריכתו של מסמך המניות.

14. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם צוין כי גרסת המערער מוקשית אף לגופה, משהמערער נתפס מספר פעמים בשקר: הלה הכחיש קשר לניקולה, אך עומת עם ראיות המעידות אחרת; הוא סתר את עצמו כאשר לפתע, ובשלב מאוחר יחסית של ההליך, טען כי התקיימו שתי פגישות ביום 15.11.2009, ולא אחת; וכן משום שסיפק הסברים סותרים לכך שהוא שינה את שמו. בהינתן אלו, צוין כי המערער שיקר בנוגע לליבת המחלוקת באופן אשר יש בו כדי להצדיק – בפני עצמו – את דחיית תביעתו.

15. לאור כל האמור, נקבע כי לא עלה בידי המערער להוכיח כי מסר את כספיו לאורדקה כהשקעה ישירה בה, ואף לא כי ההתחייבות הכתובה של המשיב על גבי מסמך המניות בתמורה להשקעתו הנטענת היא התחייבות תקפה. משכך, כאמור, התביעה נדחתה.

על כך הוגש הערעור שלפנינו.

16. המערער סבור כי נפלו מספר שגיאות בפסק הדין קמא – שגיאות, אשר יורדות לשורשו של ההליך, ועל כן מצדיקות את קבלת הערעור.

ראשית, נטען כי הסתמכותו של בית המשפט קמא על עדותו של המשיב באופן מלא – בין היתר, בנוגע לטענתו שכספי ההשקעה של המערער לא מצאו את דרכם לאורדקה, אלא נותרו בידיו של ניקולה – תמוהה ביותר, וזאת לאור זכרוננו המעומעם של המשיב ביחס לנסיבות היווצרותו של מסמך המניות. לשיטתו של המערער, היעדרו של הסבר מניח את הדעת לנסיבות עריכתו של מסמך המניות הוא תמוה ביותר, ויש לזקוף זאת לחובת המשיב, ולא לטובתו, כפי שראה זאת בית המשפט קמא. כמו כן, היעדרו של הסבר זה מחזק, כך לגרסתו, את טענתו לפיה המשיב הוא שקיבל בפועל את הכספים, מכוח הסכם המניות, ולא ניקולה. בהקשר זה, המערער מציין כי ישנה סתירה נוספת בגרסתו של המשיב שאומצה בפסק הדין – מחד גיסא, נקבע, על סמך הממצאים, כי המסמכים אותנטיים וכי מסמך המניות נערך לפני מועד הפגישה. מאידך גיסא נקבע, כי לא הייתה כל היכרות בין המשיב למערער עובר לפגישה. ואולם, בהינתן העובדה שהמסמכים מציינים את שמו של המערער במפורש ושהם נחתמו על ידי המשיב, עולה השאלה כיצד יכול היה המשיב לחתום על מסמך המניות המתייחס למערער עובר להיכרותו עמו. עוד מדגיש המערער כי בית המשפט קמא נמנע מלהתייחס למספר הודאות מצדו של המשיב לאורך ההליך, במסגרתן הלה מודה – כך לטענת המערער – כי הוא נושא בחבות כלפיו. מן העבר השני, המערער מלין גם על קביעות המהימנות הנוגעות לעדות שלו, שכן לשיטתו, עדותו בבית המשפט נמצאה כבלתי-מהימנה רק ביחס לנושאים שאינם נוגעים לסוגיה שבמחלוקת (כגון, למשל, מקוריות המסמכים והמועד בו הם נערכו), ומשכך לא היה מקום לייחס לה משקל נמוך.

שנית, נטען כי בית משפט קמא לא נתן דעתו למסה קריטית של ראיות בתיק, וכי הוא "ברר" אותן באופן בלתי ראוי. בתוך כך, המערער מדגיש כי בית משפט קמא לא התייחס בפסק דינו לראיות שעמדו בפניו ביחס למשא ומתן שהתנהל בין המשיב למערער מספר חודשים לפני הגשת התביעה. לטענתו, כ-5 חודשים עובר להגשת התביעה, הציע המשיב למערער שהאחרון "יוסיף 400,000 אירו ויקבל דירה, סכום ה-300,000 אירו יחושב לו ויקוח" (פסקה 27 לערעור). לשיטתו, יש בהתרחשות זו כדי להוכיח את צדקת טענותיו של המערער ואת זכאותו לקבלת הכספים לידינו. עוד מלין המערער על כך שבהליך קמא,

הוסכם בין הצדדים כי כלל הדיונים בהליך יוסרטו, כאשר ההסררות יעמדו לעיני בית המשפט בלבד. ואולם, לשיטת המערער, המדובר בחרב פיפיות שכן בדיעבד, בית משפט קמא נסמך בעיקר על ההסררות, ולא על הפרוטוקולים של הדיונים בהליך קמא, ואילו ההסררות אינן חשופות לצדדים להליך.

שלישית, נטען כי לא היה מקום לזקוף לחובתו של המערער את העובדה שהלה לא זימן את ניקולה לעדות, וזאת משום שניקולה נמלט מהארץ; משום שהמערער סבור שעדותו של ניקולה אינה רלוונטית לענייננו; ומשום שאין להטיל חובה זו על המערער דווקא, בהינתן שמי שעמדו בקשר עם ניקולה היו המשיב ונצח.

רביעית, המערער סבור כי מבחינה משפטית, ראוי היה לקבוע כי השקעתו באורדקה היא בגדר עסקה מחייבת אשר מומשה. כך, הן לאור ההודאות הנטענות מצדו של המשיב, כמפורט לעיל, הן משום שעובדת העברת הכספים במזומן אינה שומטת את הקרקע מתחת להתממשותה של העסקה, אלא אך מחייבת בחינה ראייתית מעמיקה – אשר המערער סבור כי לא נערכה כדבעי. בהקשר זה, המערער מדגיש במיוחד כי אף הקביעה לפיה מסמך השריון אינו נושא היבט מחייב משפטית היא תמוהה, שכן פסק הדין קבע כי למשיב עומד אשם תורם בגין יצירת המסמכים (ובכללם מסמך השריון) ויצירת התדיינות אודותיהם. על כן נטען, כי צירוף קביעה זו יחד עם הממצא העובדתי לפיו המסמכים אותנטיים, מנביעה את המסקנה כי המערער הרים את הנטל הראייתי שהוטל עליו, קרי, הוכיח במאזן ההסתברויות כי עסקת ההשקעה היא עסקה מחייבת, שמומשה. בהקשר זה מוסיף המערער כי בית המשפט לא נדרש למבחן "אותות המרמה" שעולים בבירור, לשיטתו, מהמסד הראייתי בתיק. כך במיוחד ובין היתר, לאור הקשר הקרוב בין המשיב לבין נצח ולחשאיות לכאורה שאפיינה אותו. לעמדתו, לו היה בית המשפט קמא נדרש למבחן האמור בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקה, הוא היה מגיע בנקל למסקנה כי הם מתקיימים בבירור בענייננו.

17. בתשובתה לערעור, סמכה אורדקה את ידיה על פסק הדין והדגישה כי הכרעותיו ומסקנותיו של בית המשפט קמא נטועות עמוק במישור העובדתי, לאחר בחינה ראויה של כלל הראיות, ועל כן לא מדובר במקרה המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור. לגופו של עניין טענה אורדקה, כי אף אחד מהמסמכים אינו מקים חבות כלפיה. אשר למסמך ההעברה, הרי שאין מחלוקת בין הצדדים על כך שהוא נערך ביום 15.11.2009 (הוא מועד הפגישה), וכי הוכח שבמועד זה לא היו לניקולה מעמד או זכויות כלשהן באורדקה. עוד הוכח, לדבריה, כי נצח לא נכח בפגישה וכי אורדקה אינה צד למסמך. על

כן, אף אם כוונתו של ניקולה הייתה להיעזר בכספים שהתקבלו על ידו מהמערער לצורך השקעה באורדקה, הרי שעדיין אין בכך כדי לשנות ממסקנותיו של בית משפט קמא כי מדובר בשתי התחייבויות נפרדות של ניקולה, שאינן יוצרות חבות מצד אורדקה. אשר למסמך המניות נטען כי קל וחומר שאין לו כל חשיבות משפטית ביחס לאורדקה. זאת, משום שבניגוד למסמך ההעברה, מסמך המניות נחתם על ידי המשיב, ועל ידו בלבד; משום שהוכח, לשיטתה, כי המכתב כלל לא נשלח לרב וקנין בסופו של דבר; משום שמדובר במסמך אישי אשר נלקח על ידי המערער שלא בהסכמתו של המשיב; ובעיקר משום שלמשיב לא הייתה כל סמכות לכתחילה להעביר מניות כלשהן של אורדקה לצד שלישי ללא אישורם של הבעלים החדשים, אישור שהמשיב לא הוכיח שניתן. מכל מקום, נטען כי גם בהיעדר כלל המאפיינים הללו לא היה במסמך זה כדי לשקף גמירות דעת כלשהי מצד אורדקה ביחס לאותה השקעה נטענת. מעבר לכך, צוין כי בניגוד לטענות המערער, נצח לא ידע על העברת המניות הנטענת, ודאי שלא אישר אותה, ולמעשה לא ידע על קיומו של המערער עד למועד הגשת התביעה.

כן מדגישה אורדקה כי המערער הציג בערעורו ממצאים "עובדתיים" לכאורה, אשר לא נקבעו ככאלה, ולחלופין הודאות וציטוטים למיניהם אשר מטרתם להטעות את בית משפט זה. בין היתר, הפנתה אורדקה לטענתו של המערער כי שני המסמכים נמצאו ככאלה שהודפסו על גבי ניירות מאותה חבילת דפים, בעוד שהממצאים העידו כי ההפך הוא הנכון; לצירוף של ציטוטים חלקיים או מסולפים ללא כל הפנייה מתאימה, ועוד. כמו כן, נטען כי אין לקבל את טענת המערער – שהועלתה לראשונה בכתב הערעור – כי כספי ההשקעה שלו הועברו לידי המשיב, ולא לידי ניקולה. לעמדתה של אורדקה, מדובר בניסיון פסול "להגדיר מחדש את מסלול הכסף" (סעיף 46 לתשובת אורדקה לערעור), בעוד שבית המשפט קמא נדרש באופן מלא ויסודי לכלל הראיות הרלוונטיות בתיק, ולא מצא כל אינדיקציה להגעת כספי ההשקעה לידיה של אורדקה. בתוך כך, הודגשו דווקא הודאותיו של המערער – אשר נטען בשמו לא אחת, כי כספיו נמסרו לידי ניקולה. משכך, אורדקה סבורה כי בניגוד לטענות המערער, בית המשפט ביסס את העדפתו את גרסת המשיב על פני גרסת המערער, ועיגן אותה בראיות ועדויות רלוונטיות. למעשה, טענותיו של המערער לאי-התייחסות לאי אלו ראיות בתיק, אשר היו יכולות, לטענתו, לפעול לטובתו – נטענו בעלמא, ללא סימוכין מספקים. עוד סבורה אורדקה כי יש לזקוף את אי-זימונו של ניקולה, כמו גם את אי-זימונו של הרב וקנין, לרעת המערער; כי בהתנהלותו של המערער דבק שיהוי כבד; כי מבחן "אותות המרמה" פועל, הלכה למעשה, לרעת המערער דווקא; וכי מכל מקום התשתית העובדתית בתיק איננה מבססת יריבות כלשהי בין המערער לאורדקה.

18. המשיב גרס בתשובתו כי דין הערעור להידחות בשתי ידיים. לשיטתו, כל כולו של הערעור נסוב על קביעות עובדתיות וקביעות מהימנות ביחס לפגישה שנערכה לפני למעלה מעשור, לאחר שנערכו 4 דיוני הוכחות ארוכים ומעמיקים, ותוך בחינה מדוקדקת של כלל הראיות בתיק. לפיכך, ועל פי הכלל שנשתרש בפסיקה, אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות אלו. בנוסף, הלה מדגיש כי עילת התביעה של המערער – אם קיימת – היא כלפי ניקולה, ולא כלפי המשיב או כלפי אורדקה. ואולם, משישנה סבירות נמוכה ביותר שהמערער יצליח להיפרע מניקולה בהינתן נסיבותיו האישיות של האחרון, המערער החליט "לשנות מסלול" ולתבוע את המשיב דווקא (יחד עם אורדקה), ולכך אין להיעתר. מעבר לכך, המשיב מצטרף לטענותיה של אורדקה לעניין הפגמים המהותיים שנפלו בכתב הערעור עצמו, וגם לשיטתו די בהם כדי לדחותו. הלה הוסיף על כך, וטען כי חוסר מהימנותו של המערער לאורך כל ההליך, כפי שהיא התבטאה גם בפסק הדין, למעשה לא הוטלה בספק אף בערעורו שלו, שכן הוא מבקש להשיג אך על קביעות ביחס למהימנותו בנושאים שאינם במרכז המחלוקת. משכך, לשיטת המשיב, לא עלה בידו של המערער להקשות על קביעותיו המרכזיות של בית משפט קמא בעניינו. לבסוף הודגש, כי טענתו המרכזית של המערער בדבר זכאותו ל-21.5% ממניות אורדקה (או לשוויין) – נסמכה, הלכה למעשה, על ראייה אחת בלבד – מסמך המניות. דא עקא, שמעמדו של מסמך זה שנוי במחלוקת עזה, וספק רב אם יש בו כדי ללמד על התגבשותה של עסקה בהתאם לסטנדרטים המשפטיים המקובלים. בתוך כך, המשיב עומד על קביעותיו של בית המשפט קמא ורוחה את טענות המערער אחת לאחת.

הבקשה להמצאת ההסרעות לבית משפט זה

19. לאחר שניתן פסק הדין, ביום 23.9.2021 ביקש בא-כוח המערער מבית המשפט קמא לקבל לידיו את כלל ההסרעות לצורך הכנת הערעור דנא. בהינתן התנגדותם של אורדקה והמשיב לבקשה על יסוד ההסכמה הדיונית, הבקשה נדחתה, תוך שהובהר בשנית כי "[ה]הסרעות מצויות] בתיק בית המשפט במעמד של 'פתוח לשופט ולצוותו' ובכלל זה [הן] יעמדו לשימושה של כב' ערכאת הערעור, אם תחפוץ בכך" (החלטת בית משפט קמא מיום 12.10.2021).

20. על רקע התפתחויות אלה, ביום 11.4.2022 הגיש המערער לבית משפט זה בקשה שכותרתה "בקשה להורות לבית המשפט קמא להמצאת ראייה – הקלטות הדיונים בוודאו לערכאת הערעור" (להלן: הבקשה להמצאת ההסרעות). במסגרת הבקשה

להמצאת ההסרטות, ולאור היעדר נגישות הצדדים אליהן, ביקש המערער מבית משפט זה להורות לבית משפט קמא להעביר את כלל ההסרטות אשר עמדו לנגד עיניו לבית משפט זה. נטען, כי המדובר בראיה חשובה ובלתי נפרדת מיתר הראיות בתיק, ועל כן נגישותו של בית משפט זה אליה הכרחית לצורך הכרעה בערעור.

21. הן המשיב הן אורדקה התנגדו לבקשה. המשיב גרס כי ככל שהמערער מבקש לקבל לידי את ההסרטות, הרי שמדובר בבקשה אשר חורגת מההסכמה הדיונית שנרקמה בין הצדדים, ועל כן דינה להידחות. לא כל שכן לאור כוונתו המוצהרת של המערער להסתמך על הסרטות אלה בטיעונו לערעור. ואולם, המשיב הוסיף כי ככל שהמערער מבקש, למעשה, לחשוף את ההסרטות בפני בית משפט זה ובפניו בלבד, הרי שהבקשה מיותרת משבית משפט קמא הבהיר שוב ושוב כי הסרטות אלה חשופות לערכאת הערעור במערכת "נט המשפט". אורדקה הצטרפה לטענות המשיב והוסיפה כי מדובר בניסיון שני במספר של המערער לשים ידו על ההסרטות שלא כדין, ובניגוד להחלטותיו של בית משפט קמא בעניין. לשיטתם, הבקשה להמצאת ההסרטות נגועה בחוסר תום לב, וזאת משום שהיא הוגשה לאחר הגשת הערעור והתשובות לו – כאשר אלו, מטבע הדברים, לא נסמכו על ההסרטות או הפנו אליהן, בדיוק כפי שנעשה בסיכומי הצדדים לבית משפט קמא עובר למתן פסק הדין.

דיון והכרעה

הבקשה להמצאת ההסרטות

22. בטרם אדון בערעור לגופו, אבקש להעיר מספר הערות לעניין ההסכמה הדיונית בין הצדדים והבקשה להמצאת ההסרטות. אקדים ואומר כי לא מצאתי מקום לקבל את הבקשה האמורה, ואף לא מצאתי לנכון לצפות בהסרטות.

23. הדין קובע כי הדרך שבאמצעותה יתועדו הדיונים הנערכים בבית המשפט היא באמצעות ניהולו של פרוטוקול, המוסדרת בסעיף 68א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט):

בדיון בבית משפט ינוהל פרוטוקול שישקף את כל הנאמר והמתרחש בדיון והנוגע למשפט, לרבות שאלות והערות בית המשפט, ואולם בקדם משפט, בישיבה מקדמית או בדיון מקדמי אחר רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי

הדין, לכלול בפרוטוקול את עיקרי הדברים שבדיון; בית המשפט יקבע את דרך רישום הפרוטוקול; [...].

דרך המלך לרישום פרוטוקול בבתי המשפט לעת הזו, הייתה ונותרה, הקלדה ממוחשבת (רע"א 2193/08 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' לובטון, פסקה 6 (16.3.2008) (להלן: עניין מנורה); רע"א 8532/14 דחלאן נ' עזבון אמיתי, פסקה 5 (31.3.2015) (להלן: עניין דחלאן)). עם זאת, יצוין כי בשנים האחרונות הולכים ומתרבים המקרים בהם, משיקולים מערכתיים, נערכים דיונים בהקלטה, אשר מתומללת לאחר מכן לכדי פרוטוקול כתוב. בין כך ובין כך, הפרוטוקול הכתוב שהוכן בהתאם לסעיף 68א לחוק בתי המשפט, בין אם המוקלד ובין אם המתומלל, הוא הפרוטוקול הרשמי, המעיד על שהתרחש בדיון (להלן: פרוטוקול הדיון).

24. בצד פרוטוקול הדיון, ייתכן שיתקיים תיעוד לדיון בדרכים נוספות. כך, למשל, הוראת סעיף 68ב לחוק בתי המשפט מכירה בפרקטיקה של הקלטת הדיון לבקשת בעל דין, וקובעת כי:

(א) ביקש בעל דין שדיון יוקלט על חשבוננו, יאפשר זאת בית המשפט, אלא אם כן מצא שאין לעשות כן מטעמים מיוחדים, ובלבד שהדיון מתועד בדרך אמינה ומדויקת אחרת; החלטה שלא להיענות לבקשת בעל דין כאמור תהיה מנומקת בכתב.

(ב) הורה בית המשפט על הקלטת הדיון לבקשת בעל דין, תישמר ההקלטה בידי בית המשפט, וכל בעל דין יהיה רשאי להאזין לה.

(ג) הקלטה של הדיון לפי סעיף זה לא תיחשב פרוטוקול הדיון.

עינינו הרואות כי על אף האפשרות להקליט את הדיון לבקשת בעל דין, סעיף 68ב(ג) לחוק בתי המשפט מבהיר במפורש כי הקלטה של הדיון כאמור אינה מהווה תחליף לפרוטוקול הדיון (וראו: רע"א 2623/14 מיטרי נ' דוברונסקי, פסקה 3 (7.5.2014); עניין דחלאן, פסקה 5).

25. אפשרות אחרת של תיעוד הדיון היא באמצעות הסרטת הדיון באישור בית המשפט, וזאת בהתאם לסעיף 70(ב) לחוק בתי המשפט ("לא יצלם אדם באולם בית משפט ולא יפרסם תצלום כזה אלא ברשות בית המשפט"). כך, למשל, בשנים האחרונות מאפשר

בית המשפט העליון מעת לעת שידור דיונים נבחרים בעלי חשיבות ציבורית מיוחדת, וזאת בהתאם לנוהל מיוחד שהוצא לעניין זה (נוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-20 בעניין "פרויקט ניסיוני להעברת שידורים ישירים של דיונים בבית המשפט העליון"). למותר לציין כי גם תיעוד זה אינו מיועד לבוא במקום פרוטוקול הדיון, המוסיף לשמש כתיעוד הרשמי של הנאמר בדיונים בהתאם לסעיף 68א לחוק בתי המשפט (וראו והשוו: בג"ץ 5558/18 עיריית ערד נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (18.1.2021); ע"פ 3313/20 בלוח נ' מדינת ישראל (22.5.2020)).

26. במקרה דנן, בית משפט קמא הורה, בהסכמת הצדדים, על תיעוד העדויות באמצעות הסרטה, וזאת לאור התרשמותו כי הדבר דרוש לו לצורך "השבחת בירור האמת" (פסקה 8 לעיל). עוד קבע בית המשפט קמא, ונראה כי אף זאת בהסכמת הצדדים, כי הסרטת הדיון תשמש את בית המשפט בלבד, ולא תעמוד לרשות הצדדים. המדובר בהחלטה חריגה ביותר, אשר למרות שהיא מצויה בתחומי סמכותו הפורמאלית של בית המשפט, לא כל שכן כאשר הדברים נעשים בהליך אזרחי ובהסכמת הצדדים, מוטב להימנע ממנה במקרים עתידיים. כך, משיקולים פרקטיים ומטעמי יעילות. עומס העבודה המוטל על בתי המשפט הוא רב, וככלל אין מקום להגברתו באמצעות יצירת מקור נוסף המתעד את הדיון בעבור בית המשפט, מעבר לפרוטוקול הדיון. ודוק, הוראת סעיף 68ב לחוק בתי המשפט מאפשרת לצדדים, באישור בית המשפט, להקליט את הדיון על חשבונם ולצורכיהם, ובכלל זה על מנת לוודא את אמינות פרוטוקול הדיון. הוראה זו אינה מיועדת לייצר מקור נוסף בו יכול או נדרש בית המשפט להסתייע בבואו לבחון את עדויות הצדדים. זאת ועוד, המותב הדן בתיק נוכח בזמן שמיעת העדויות, מתרשם מהן באופן בלתי אמצעי בזמן אמת, ואף רשאי להכין לעצמו תרשומת בדבר התרשמויותיו על מנת שיוכל להיעזר בה בעת כתיבת פסק הדין. במצב דברים זה, לא רק שישנו ספק אם בהסרטת הדיון יש תועלת של ממש לצורך "השבחת בירור האמת", אלא גם שקשה לראות כיצד היא מתיישבת עם האינטרס הציבורי ב"קיומו של דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל" תוך "חיסכון במשאבי זמן ועלויות" – שיקולים אותם חייב בית המשפט להביא בחשבון בהתאם לתקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות).

מכל מקום, אף אם הערכאה הדיונית סברה במקרה נתון כי יש צורך בתיעוד העדויות באמצעות הסרטה, המדובר בכלי עזר בלבד שאין בשימוש בו כדי לשנות מתפקידה של הערכאה הדיונית בהתרשמות ישירה ובלתי אמצעית מהעדויות, ובוודאי שאין בכך כדי לשנות את חלוקת התפקידים בין הערכאה הדיונית לערכאת הערעור. ודוק,

בניגוד למשתמע מטיעוני המערער כי בהינתן קיומן של ההסטרות על ערכאת הערעור להתרשם מן העדויות באופן ישיר, תפקידה של ערכאת הערעור היה ונותר לבחון האם נפלו טעויות בהכרעתה של הערכאה הדיונית (ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג, פ"ד מג(1) 137, 141 (1989); ע"א 2051/16 איטח נ' ש.פ. חברה לנאמנות ניהול ואחזקות בע"מ, פסקה 17 (20.6.2018); חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 469-473 (מהדורה שלישית, 2012)), תוך כפיפותה לכלל אי-ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות (ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקה 90 והאסמכתאות המובאות שם (18.7.2022) (להלן: עניין גזונטהייט)). ויובהר: הכלל לפיו ערכאת ערעור לא תתרשם בעצמה מהעדים (בשנית) ראוי לא רק מהטעם שלרוב הדבר אינו אפשרי, אלא גם בשל הצורך לעשות שימוש מושכל במשאבי הזמן המוגבלים העומדים לרשותה, ולאוור העיקרון המנחה של סופיות הדיון. להרחבה ראו עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ 588 (1997); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997, 1055 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); מוחמד עלי "התערבות ערכאת הערעור בהיסקים עובדתיים: מכלל של אי-התערבות וחריגים לצידו לפרדיגמה של התערבות יחסית" ספר סלים ג'ובראן 1295-1298 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ודורית פרידמן עורכים, 2023)).

27. ואולם, את הנעשה אין להשיב. בית המשפט קמא הורה על הסרטת דיוני ההוכחות, והצדדים פעלו בהתאם להוראתו. מה דינו של תיעוד זה, אשר נערך ביוזמת בית המשפט קמא? על כך אשיב במספר נקודות: ראשית, ברור וגלוי, וכך גם הבהיר בית המשפט קמא בהחלטתו, כי אין מדובר בתיעוד המחליף את פרוטוקול הדיון. מכאן שהפרוטוקול המוקלד של העדויות הוא פרוטוקול הדיון המחייב גם במקרה דנן; שנית, מאחר שהצדדים נתנו הסכמתם למתווה הדיוני שהציע בית המשפט קמא, אינני רואה פגם בכך שבית המשפט קמא נעזר בהסרטת העדויות לצורך הערכתן ולשם קביעת ממצאי העובדה והמהימנות (לסמכות הרחבה של בית המשפט לאשר הסכמות דיוניות בהליכים אזרחיים ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988); אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187 (2010)); שלישית, אנו, כערכאת הערעור, רשאים, אך לא מחויבים, להסתייע בהסרטת העדויות: רשאים, שכן כל חומר שהיה בפני הערכאה הדיונית יכול להיות גם לפני ערכאת הערעור (ועל עניין זה הקפיד גם בית המשפט קמא. ראו סעיפים 134(ב)(2), 140(א)(2) ו-144 לתקנות החדשות); ולא מחויבים, מאחר שקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, ובכלל זה התרשמות מעדים, היא מלאכתה של הערכאה הדיונית כאמור, ואין אנו צריכים להכניס עצמנו בנעליה, אם התרשמנו כי עשתה מלאכתה נאמנה; רביעית, במקרה דנא, לא סברתי כי יש מקום שנצפה

בעדויות המוסרטות, וזאת לאור התרשמותי כי הערכאה המבררת עשתה מלאכתה נאמנה בכל הנוגע להתרשמות מהעדים וקביעת ממצאי העובדה והמהימנות; חמישית, ככלל, יש מקום לאפשר לצדדים גישה לתיעוד מהסוג בו עסקינן, ולא להגבילה לבית המשפט בלבד (כפי שפרוטוקול הדיון הינו גלוי, על דרך הכלל, גם לצדדים. והשוו: סעיף 68ב(ב) לחוק בתי המשפט. ודוק, סעיף זה מתייחס לתיעוד שנערך ביוזמת אחד מבעלי הדין, ואולם אין סיבה שלא ללמוד ממנו גזירה שווה ביחס לתיעוד שנערך ביוזמת בית המשפט). עם זאת, במקרה דנן אינני סבור כי יש מקום שנורה כן בשלב זה, וזאת בהינתן שזה היה ההסדר הדיוני אותו הציע בית המשפט קמא, ואשר לו הסכימו הצדדים, ובשים לב לכך שלא התרשמתי כי עניין זה עשוי להשפיע על המסקנה הסופית בענייננו (במיוחד בהינתן שממילא, אינני סבור כי יש הצדקה לכך שאנו, כערכאת הערעור, נצפה בהסרטת העדויות).

משהוברר עניין זה, נפנה כעת לבחון את טענות הצדדים לגופו של ערעור.

הערעור גופו

28. לוז המחלוקת שלפנינו באשר אירע בפגישה המשולשת בין המערער, ניקולה והמשיב, על רקע הסכמות עסקיות שונות שנקמו בין הנוכחים בפגישה. כאמור, המערער טוען שהכספים שהועברו על ידו במהלך פגישה זו נועדו להשקעה באורדקה, בתמורה למניות, ועל כן הם מקנים לו זכות במניות ולחלופין השבה של כספי ההשקעה מאורדקה ומהמשיב (בהיותו הנאמן באותה עת למניותיה של אורדקה, לשיטת המערער). לעומת זאת, המשיב ואורדקה סבורים כי כספים אלו היו הלוואה אישית של המערער לניקולה, במישור היחסים ביניהם, וביניהם בלבד, ולפיכך העברתם אינה מקימה כל חבות כלפי מי מהם. במרכז מחלוקת זו ניצבים מסמך ההעברה ומסמך המניות. יובהר כבר עתה, כי חרף טענות מצד המשיב בבית משפט קמא לזיוף המסמכים, נמצא, לאחר בדיקת מומחה, שהמסמכים אותנטיים ונושאים את חתימותיהם המקוריות של מי מהמערורים (כאשר על מסמך ההעברה חתומים ניקולה, המשיב והמערער ועל מסמך המניות – המשיב בלבד). זוהי נקודת המוצא שהנחתה את בית המשפט קמא בפסק דינו, ומשמצא זה מוסכם על הצדדים בשלב זה, היא זו שתנחה אותנו גם בערעור דנן.

29. מסמך ההעברה תומך בעיקרו בגרסתו של המשיב. כך, מאחר שנאמר בו במפורש כי 300,000 האירו הועברו מהמערער לניקולה, ולא שהם התקבלו על ידי המשיב או על ידי אורדקה, וכי הסכום הנ"ל משמש כהלוואה לניקולה ולא כהשקעה באורדקה. המערער

מבקש להמעיט מחשיבותו של עניין זה, הן מאחר שלדבריו לא יכול היה לקרוא את האמור במסמך (משאינו קורא עברית, לטענתו), והן בשל כך שהמסמך הוכתר כ"חברת אורדקה בע"מ". ואולם, בעניין הראשון, הרי שעובדת היותו חתום על המסמך עומדת לרעת המערער (ראו מני רבים: ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 559, 570 (2000); עניין גזונטהייט, פסקה 87); ולעניין השני ניתן הסבר הגיוני, הטמון בכך שייתכן כי הכספים יועדו לשמש את ניקולה למטרה זו, ואולם בסופו של דבר, לטענת המשיב ואורדקה, ניקולה לא העבירם לאורדקה, ועל כן הסכם ההשקעה לא מומש (ויוער כי למעשה, ככל שהעברה שימשה כהלוואה לניקולה, הרי שגם אם היה מוכח כי האחרון אכן העביר את כספיו של המערער לאורדקה, לא היה בכך די כדי להקים חבות מצדה של אורדקה כלפי המערער. להבחנה בין הלוואה והשקעה ראו ע"א 9025/17 A.T.S Investments Inc נ' Segal Group (Dresden) GmbH and Co.KG, פסקאות 20-18 (19.2.2020) (להלן: עניין A.T.S)). משכך, במכלול הדברים, בוודאי שאין במסמך ההעברה כדי לבסס את הנטען בתביעה – לא לעניין התביעה נגד אורדקה (שכן מסמך ההעברה אינו מבסס את טענת המערער כי זו קיבלה את כספו, וממילא עצם אזכורה אינו מבסס זכות כלפיה) ולא לעניין התביעה נגד המשיב (שמסמך ההעברה אינו מלמד על כל חבות מצידו, אלא רק לכך שהיה ער להעברת הכספים לניקולה).

30. שונים הדברים ביחס למסמך המניות. מסמך זה אכן מבסס לכאורה קשר בין המשיב לבין אורדקה, ואף מצביע לכאורה על מחויבות של המשיב כנאמן על מניות אורדקה, לביצוע פעולות כלפי המערער. אפס, בין מסמך זה לבין מסמך ההעברה לא מתקיימת התאמה, ולא ניתן לקבוע כי הכסף שהועבר בהתאם למסמך ההעברה (300,000 אירו) הוא זה שזיכה את המערער במניות אליהן מתייחס מסמך המניות. כך, ממספר טעמים: ראשית, המערער לא סיפק הסבר לפער הברור שבין הסכום ששילם המערער (300,000 אירו) לאחוז המניות אליו מתייחס מסמך המניות (21.5%). כך, במיוחד בהינתן שעל פי הסכם ההשקעה, הסכום שנדרש ניקולה לשלם בעבור אחוז זה של מניות עמד במועד הפגישה על כ-510,000 אירו (יצוין כי במהלך עדותו, המערער ציין כי בשלב מסוים הוא נתבקש להעביר סך של 500,000 אירו על ידי ניקולה, ולא 300,000 (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 17 ש' 1-3. ייתכן – והדברים נאמרים בגדר השערה בלבד – כי מסמך המניות הוכן מתוך הנחה שהתבדתה בהמשך, לפיה המערער יעמיד סכום זה); שנית, מסמך המניות הוא מסמך סתום, הן מבחינת צורנית הן מבחינת מהותית. מההיבט הצורני, אין הוא נושא תאריך, ועל פי הממצאים שנקבעו בבית משפט קמא ביחס אליו, מקורו בחבילת דפים שונה ממסמך ההעברה (ויוער, כי אף פשרה של ההוראה המובאת בו, לפיה המערער יוכל לדרוש את המניות בכל דרך שיחפוץ ובכל עת,

אינה ברורה. ראו פסקה 5 לעיל). עובדות אלה מעוררות ספק ביחס לעיתוי עריכתו; מההיבט המהותי, המדובר במסמך המופנה לרב וקנין, תחת הכותרת "אישי למכותב בלבד", תוך שצוין בו כי הוא "אישי ואינו יכול לשמש כל אדם או גוף מלבד כבוד הרב". ואולם, המכתב לא הומצא על ידי הרב וקנין, אלא על ידי המערער, כאשר נסיבות התגלגלותו לידי אינן ברורות. עובדות אלה מעוררות ספק ביחס לתוקפו של המסמך. שלישיית, המסמך בוודאי שאינו תומך בעיקר הסעדים שתובע המערער: אין בו כדי להטיל חבות על המשיב או על אורדקה להשיב סכום כסף כלשהו למערער (וממילא אינו תומך בטענה כי הללו קיבלו לידיהם כסף מהמערער). למעשה, הוא יכול לשמש, לכל היותר, בסיס לתביעה לקבל 21.5% ממניות אורדקה – תביעה אשר אותה לא ניתן לנהל נגד המשיבים בהליך דנן, מבלי שיצורפו אליה הבעלים החדשים של החברה כיום (דהיינו, נצח וחברת ליגר. ויוער, נצח אומנם מסר עדותו במסגרת ההליך, אך אין הוא היה נתבע בו).

31. המסקנה מהאמור היא ששני המסמכים האמורים אינם יכולים, לא יחדיו, ובוודאי שלא כל אחד בפני עצמו, לבסס את גרסת המערער כי הכספים הושקעו באורדקה בתמורה למניות. במצב דברים זה, מוטל על המערער נטל כבד לבסס את גרסתו באמצעות עדים. ואולם, בכך כשל המערער באופן חרוץ. עדותו שלו לא שכנעה את בית המשפט קמא, והותירה עליו רושם שלילי; עדות המשיב ונצח לעומת זאת התקבלה כאמינה; עדות שני המעורבים הנוספים הרלוונטיים לתביעת המערער – ניקולה והרב וקנין – לא הובאה, באופן הפועל לרעת המערער. הצטברותם של שלושת אלה מחייבת את המסקנה אליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה המערער כשל בביסוס גרסתו. ארחיב קמעה להלן.

32. רובן המכריע של טענות המערער בערעור דנן נסב סביב התרשמותו של בית המשפט ממהימנות העדים – הן מהתרשמותו מאי מהימנות עדותו שלו, אשר הותירה רושם שלילי, בלשון המעטה, בבית משפט קמא; והן ממהימנות עדותו של המשיב – אשר הותירה רושם אמין וקוהרנטי. טענות אלה של המערער אין בידינו לקבל.

33. כידוע, ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה המבררת ושהתבססו על מארג הראיות ושמיעת העדויות לפניה באופן בלתי אמצעי (ראו מני רבים: עניין A.T.S, פסקה 15; ע"א 2733/19 אלימלך נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 36 (9.6.2022); ע"א 4009/22 כץ נ' בן עטיה, פסקה 10 (18.10.2023)). לא מצאנו כי המקרה שלפנינו נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים סטייה מכלל זה. נהפוך הוא: בחינה של הפרוטוקולים מדיוני ההוכחות בבית המשפט

קמא (ויוודגש – הפרוטוקולים, ולא ההסטרות, אליהן לא מצאנו לנכון להידרש, כפי שהובהר לעיל) מגלה סתירות לא מעטות בעדותו של המערער, ומסוגים שונים – חלקן נוגעות לנסיבות חייו האישיות, חלקן נוגעות לקשר שלו עם ניקולה, וחלקן – לנושאים המצויים בליבת המחלוקת ממש. משקצרה היריעה מלפרוס את כולן, ולאור הימנעותנו כערכאת ערעור מלהתערב בממצאי עובדה ומהימנות כאמור, נסתפק באזכור שתי המרכזיות שבהן:

א. המערער הצהיר בעדותו כי הוא לא קיים כל קשר עסקי עם ניקולה זולת זה שעומד במרכז התביעה (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, בעמ' 23 ש' 30 וכן עמ' 24 ש' 1), ובמהרה שינה את גרסתו לחלוטין (שם, בעמ' 24, ש' 6-9), תוך התחמקות ממענה על שאלות הנוגעות לעסקי העבר שלו עמו (שם, בעמ' 25 ש' 19, עמ' 26 ש' 13) וסתירות נוספות הנוגעות לקשר עם ניקולה (שם, בעמ' 27 ש' 19-26);

ב. המערער טען בתחילה כי כספיו הועברו לידיו של ניקולה (פסקאות 8 ו-32 לכתב התביעה המתוקן), אולם לאחר מכן שינה גרסתו, ואמר שהוא לא יודע מי לקח אותם (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 22, ש' 25-24), ובהמשך, שינה גרסתו שוב וטען כי כספיו התקבלו לידיו של המשיב דווקא (סעיף 18 להודעת הערעור).

אכן, די בדברים הללו כדי להגיע למסקנה כי זהו ודאי אינו מקרה המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי העובדה והמהימנות של הערכאה המבררת.

34. למעשה, לא רק שגרסתו של המערער אינה משכנעת ורוויה בסתירות, אלא היא אף מעלה יותר "סימני שאלה" מ"סימני קריאה": כך, למשל, לא עלה בידי המערער להסביר מדוע, אם שני המסמכים נערכו במועד הפגישה ונועדו, כגרסתו, "להשלים" אחד את השני, רק המשיב חתום על מסמך המניות? בנוסף, מדוע מסמך זה, בדומה למסמך ההעברה, אינו נושא תאריך? יתר על כן, אם המסמכים נועדו להרכיב עסקה אחת, כגרסת המערער – מדוע אחד מהם ממוען לרב וקנין, ובאופן שאינו מאפשר שימוש בו לאף אחד מלבד האחרון? והנה, כשבחקירתו הנגדית אותגר המערער ונתבקש לספק הסברים לגרסתו, לא עלה בידו להשלים את החוסרים בצורה קוהרנטית. לא זו אף זו, הן הסברו של המערער לכך שקרן השקעתו אינה שווה ל-21.5% ממניות החברה, אלא ל-12.6%

ממניותיה; והן הסברו ביחס להיעדרו של כל בירור שהוא מטעמו בטרם השקיע סכום של 300,000 אירו בעבור פעילותה של אורדקה (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020 עמ' 34 ש' 36-18, עמ' 35 ש' 1-30) – תמוהים, בלשון המעטה, לאור גרסתו. יתרה מכך, חרף העובדה שהמערער הוא איש עסקים מנוסה, לא עלה בידו להציג כל היגיון כלכלי לכך שהוא יקבל כמעט 9% ממניות אורדקה (ההפרש בין 21.5% ל-12.6% ללא תמורה, ואף לא לכך שהוא ישקיע סכום נכבד שכזה בחברה זרה מבחינתו, בהכוונת אדם שלא פגש לטענתו מעולם עד למועד הפגישה, ובהיעדר כל בירור סביר הנוגע לחברה בה הוא החליט, "מהרגע להרגע", להשקיע דרך אדם שבאותו מועד כלל לא היה בעליה.

35. עינינו הרואות כי הרמת גבה למשמע תיאורו של המערער את השתלשלות האירועים היא כמעט בלתי נמנעת. לגרסתו, הוא פגש במשיב לראשונה במועד הפגישה, אליה הגיע עם 300,000 אירו במזומן, ומיד גמל בדעתו להשקיע את מלוא הסכום הזה בפרויקט. זאת, כאשר במועד זה, ניקולה כלל לא היה הבעלים של אורדקה והמשיב שוחרר זה מכבר מתפקידו כנאמן למניותיה. ניסיון להבין את ההיגיון מאחורי התנהלותו זו, נענה בתשובה הפשטנית: "זה מה שהיה לי וזה התאים לי" (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020 עמ' 34 ש' 13). כאמור, הלה הצהיר כי הוא לא ערך אף בדיקה ביחס לאורדקה (שם, בעמ' 33 ש' 17-36, עמ' 34-35), ואף על תהיות ביחס לכך הוא השיב כי "אם אני סוגר עסקה עם מישהו מולי, זה אומר שאני סומך על הבן אדם" (שם, בעמ' 35 ש' 1). ושוב ישאל השואל – מדוע וכיצד סמך המערער על המשיב דווקא, שאינו דובר את שפתו, ושאותו המערער פגש לראשונה, כך לגרסתו, באותה הזדמנות ממש? המערער עומת עם העובדה שהתנהלות זו אינה אופיינית לו, וכשנשאל כיצד הוא מסביר את הפער האמור בהתנהלותו, הלה השיב: "יש פה רב, יש פה [המשיב] דתי, בשבילי זה שותף, בשבילי זה לא גנב" (שם, בעמ' 39 ש' 22-23). חצאי משפטים אלו, בכל הכבוד, רחוקים מלהיות ראשיתו של הסבר, לא כל שכן הסבר משכנע וענייני.

36. זאת ועוד, יש לדחות גם את טענת המערער כי אין לזקוף לחובתו את אי-זימונו של ניקולה והרב וקנין לעדות. כלל הוא כי חלה חזקה ראייתית על בעל-דין לפיה הוא לא ימנע מבית המשפט ראייה שהיא לטובתו, ובכלל זה הבאת עדות, ואם נמנע מהבאת ראייה רלוונטית שהיא בהישג ידו, בלא שניתן לכך הסבר סביר, ניתן להסיק כי אילו אותה ראייה הייתה מובאת – היא הייתה פועלת נגדו. כלל זה חל על הליכים אזרחיים ופליליים כאחד, וככל שהראיה יותר משמעותית, כך רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות קיצוניות יותר (ראו מני רבים: ע"א 548/78 אלמונית נ' פלוני, פ"ד לה (1) 736, 760 (1980); ע"א 9656/05 שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציוד בניה בע"מ, פסקה 26

(27.7.2008) (להלן: עניין שוורץ); ע"א 8222/19 חנניה נ' קוואלטי קרדיט פאנד, פסקה 13 (7.12.2020); ע"א 6277/19 הרמן נ' וייס, פסקה 54 (15.3.2022)). לאמור, "הימנעות" בעל-דין מהבאת ראיה אשר בנסיבות העניין מתבקש להציגה, מחזקת את הראיות העומדות לנגד הנמנע, ומחלישה את גרסתו (עניין שוורץ, פסקה 27. והשוו לע"א 4571/22 חביב נ' חביב, פסקאות 20-22 (19.7.2022)).

37. נזכיר, כי טענות המערער בהקשר זה הן כי אין לזקוף לחובתו את אי-העדתו של ניקולה משום שניקולה נמלט מהארץ; משום שעדותו של האחרון אינה רלוונטית לענייננו; ומשום שאין להטיל חובה זו על המערער דווקא, בהינתן שמי שעמדו עם ניקולה בקשר היו המשיב ונצח. ואולם, טענות אלו משוללות כל בסיס. ראשית, באשר לרלוונטיות העדות, הרי שדי בתיאור הרקע לתביעה כדי לבסס את זיקתו המשמעותית של ניקולה להשתלשלות האירועים, ולמעשה, ניתן היה להסתפק גם בעצם נוכחותו בפגישה ובחתימתו על מסמך ההעברה, כדי לבססה. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, שלפחות על פי גרסתו הראשונית של המערער, היה זה ניקולה שקיבל את כספי המערער לידיו, ובאמצעותו הייתה צריכה להתבצע עסקת ההשקעה לה טוען המערער. שנית, אין לקבל גם את טענת המערער כי היו אלה המשיב ונצח שהיו צריכים לזמן את ניקולה לעדות. זאת, בראש ובראשונה משום שהמערער הוא יוזם ההליך, ועליו מוטל הנטל להוכיח את גרסתו במאזן ההסתברויות, אך גם משום שהמערער, ולא המשיב, הוא זה שניהל עם ניקולה קשר קרוב, אשר על פי הודאתו נפרס על פני שנים רבות (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 23 ש' 23). ודוק, ביום 2.8.2019 הבהיר בית משפט קמא בהחלטה קצרה כי "אציע לצדדים לא לקחת סיכונים מיותרים, אלא לזמן עדים רלבנטיים גם אם לדעתם מתאים יותר היה שצד אחר יזמנם, לבל יהיו חשופים להחלטה בדיעבד כי הנטל היה דווקא עליהם". אין ספק כי הימלטותו הלכאורית של ניקולה מן הארץ עלולה הייתה להקשות על האפשרות לזמנו לעדות. ואולם, המערער כלל לא ניסה לזמן את ניקולה להעיד מטעמו. כשנשאל על כך המערער במהלך חקירתו, הלה לא תלה את תשובתו בהימצאותו של ניקולה בחו"ל, בקושי ליצור עמו קשר, או בכל קושי אופרטיבי אחר. כל שציין הוא את התשובה הבאה: "זה לא אני צריך לבקש" (שם, בעמ' 37 ש' 20). והנה, באותו מעמד הצהיר בא-כוח המשיב דווקא, כי הוא זה שניסה ליצור קשר עם ניקולה, ללא הצלחה. בנסיבות אלה, ברי כי אין לקבל את טענות המערער ביחס לאי-זימונו של ניקולה לעדות. ויוער, כי בהמשך אותה חקירה ממש, עומת המערער עם כך שניקולה נשמע מאשר, באמצעות הקלטה קולית, במסגרת שיחה עם נצח ואדם נוסף, כי הסכום שנלקח על ידו מהמערער היה בעבור הלוואה פרטית (שם, בעמ' 38, ש' 9-11).

בנסיבות אלה, לא רק שבית משפט קמא היה רשאי לזקוף את אי-זימונו של ניקולה לחובתו של המערער, אלא שלא היה מנוס מגזירת מסקנה זו.

38. אותו הדין יש להחיל ביחס לאי-זימונו של הרב וקנין לעדות. יודגש, כי בית המשפט קמא לא זקף את אי-זימונו של האחרון לחובת המערער. ברם, עיון בפרוטוקולים בבית משפט קמא מלמד כי אף ביחס לרב וקנין היה זה בא-כוח המשיב שניסה ליצור עמו קשר, מספר פעמים, אך ללא הועיל. הלה אף הצהיר כי למיטב ידיעתו הרב וקנין ואשתו התגוררו באותה העת בירושלים, ולא בצרפת (פרוטוקול הדיון מיום 24.9.2020, עמ' 95 ש' 9-16), וכי נמצאת בידו הקלטה של הרב וקנין "מלפני תקופה שבה [הרב וקנין] אומר בקולו שאנשים מתקשרים אליו מטעם [המערער] ואומרים לו לא להגיע" (שם, ש' 29-28). בהמשך לדברים אלו, ולאור כך ש"אין מחלוקת ש[הרב וקנין] הוא בעל חשיבות שהרי אנחנו ביקשנו לזמן אותו" (שם, בעמ' 96, ש' 16-17), ביקש בא-כוח המשיב ליתן צו הבאה לרב וקנין ולקבוע מועד לשמיעת עדותו. והנה, היה זה דווקא בא-כוח המערער שהסתייג מהוצאת הצו כאמור ולכל דחייה נוספת של פרשת הראיות, כאשר לשיטתו, אין טעם בזימון הרב וקנין מאחר שסביר שמשקלה של עדותו תהיה ממילא זניחה (שם, עמ' 98, ש' 2-12). בא-כוח המשיב הסכים לוותר על הבקשה ליתן צו התייצבות לרב וקנין, בתנאי שהדבר לא יזקף לחובת מרשו. משכך, ולאור הימשכות ההליכים בתיק, קבע בית המשפט באותו היום כי הצדדים ויתרו על עדותו כליל (החלטה מיום 24.9.2020). אם כן, חרף העובדה שאי-זימונו של הרב וקנין לא נזקף לחובתו של המערער (וודאי שלא לחובתו של המשיב) בפסק הדין, לא נרחיק לכת אם נציין כי גם מבחירה זו של המערער ניתן היה לגזור משמעויות לרעתו. זאת, בייחוד לאור כך שעל פי הודאתו של המערער, בינו לבין הרב וקנין מתקיימים יחסי קרבה ואמון עוד מגיל ינקות (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 35 ש' 4-7, ש' 36, עמ' 36 ש' 1).

39. לאור כל האמור עולה, כי אף דינן של טענותיו המשפטיות של המערער לעניין התגבשותה של עסקת ההשקעה הנטענת להידחות. מסקנה זו נגזרת מכך שלא עלה בידי המערער לעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו, קרי, להוכיח כי טענותיו העובדתיות המבססות את עילת תביעתו מוכחות במאזן ההסתברויות (ראו, מני רבים: 2032/06 האגי נ' עזבון המנוח סלמאן יוסף זיאן, פסקה 41 (1.2.2009); ע"א 4138/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' קובסי, פסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (12.12.2011); ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פסקה 123 והאסמכתאות שם (1.1.2023)). מסקנה זו נסמכת על מספר אדנים מצטברים: העובדה כי שני המסמכים עליהם מבוססת התביעה – מסמך ההעברה ומסמך המניות – אינם מתיישבים זה עם זה, ואינם תומכים

בסעדים הנתבעים; העובדה שלא הוכח כי הבעלים החדשים היו מודעים לעסקה הנטענת, לא כל שכן חלק ממנה; העובדה שלא עלה בידי המערער להצביע על כל אסמכתא לכך שכספיו התקבלו באורדקה; שינוי הגרסאות של המערער ביחס לעובדה משמעותית המגבשת את עילת התביעה עצמה – והיא, למי הוא מסר את הכספים; העובדה שהמערער, יחד עם המשיב וניקולה, חתום על מסמך ההעברה, בו הוא מצהיר במפורש על כך שכספיו הועברו לניקולה כהלוואה אישית, כטענת המשיב דווקא; הקושי להסתמך על מסמך המניות – מסמך חסר תאריך, אשר ככל הנראה הושג שלא כדין (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 50 ש' 22-33), וחשוב מכך – כלל לא הגיע לידי הרב וקנין אליו ממוען המסמך, ואליו בלבד (עמ' 2 לנספח 9 לכתב ההגנה המתוקן מטעם המשיב, ש' 16-26; שם, בעמ' 3 ש' 1-8). הצטברות כל אלה מטה את מאזן ההסתברויות לרעתו של המערער ולטובתם של המשיב ואורדקה באופן מובהק. ממילא, נדחית גם טענתו של המערער לעניין המרמה שנרקמה לכאורה כנגדו, וזאת לאור הנטל המוגבר המוטל על הטוען טענת מרמה (ראו למשל: ע"א 292/64 כהן נ' אשד, פ"ד יט 414, 416 (1965); ע"א 681/88 עזבון סלים נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 653, 659 (1990)). משכך, אין לנו אלא לדחות את הערעור.

40. לא אכחד, הראיות שהוצגו בתיק רחוקות מלשקף תמונה עובדתית מלאה של הסכסוך, כאשר גם בגרסת המשיב קיימים פערים שקשה להסבירם (מדוע חתם על מסמך המניות אם למסמך זה אין תוקף מחייב? מה הייתה תכליתו? האומנם לא יידע את נציח חברו הטוב על הופעתו של משקיע המוכן לתת 300,000 אירו במזומן?). למעשה, חוששני שמדובר באחד מאותם מקרים שבהם רב הנסתר על הגלוי: שתי דמויות משמעותיות להבנת השתלשלות האירועים העובדתית בלטו בהיעדרן בהליך קמא – ניקולה והרב וקנין (שככל הנראה ניהל מערכת יחסים הן עם המערער הן עם המשיב. ראו פרוטוקול הדיון מיום 17.2.2020, עמ' 61 ש' 28-29; ועמ' 75, ש' 29-34). חסרונם של עדים אלה, בצירוף התשתית הראייתית הדלה באופן יחסי בהליך, הקשו על בית משפט קמא להפיג את מלוא הערפל הכבד של חוסר הוודאות שאפף – ועודנו אופף – את גרסאות הצדדים (והשוו: ע"א 4690/20 פייסחוב נ' ישראל, פסקה 20 (13.7.2022)).

ואכן, אף לאחר דיוני ההוכחות הארוכים שהתנהלו בבית המשפט קמא נותרה עננה כבדה של חשש שמא התמונה העובדתית האמיתית והמלאה טרם יצאה לאור. חשש כבד זה קיבל ביטוי גם בפסק הדין, במסגרתו הועלתה הסברה שמא, מאחורי הסיפור "הגלוי" שהוצג לפני בית המשפט, מסתתרת עלילה אחרת, אולי נגועה בפלילים (פסקה 48 לפסק הדין). למעשה, המערער עצמו רמז על כך שהשיקול לעריכתו של מסמך המניות

באופן בו נערך – קרי, כשהוא ממוען לרב וקנין דווקא – נבע מרצון להימנע מתשלום מס הכנסה בגין העסקה (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2020, עמ' 37 ש' 1-3). לכך אוסיף כי גם מצב דברים בו זר מסתובב בארץ נוכרייה עם שקית ובה 300,000 אירו טבין ותקילין הוא בלתי שגרתי, המערור מחשבות בהתאם. אין פלא שבית משפט קמא התקשה לשפוך אור על חלקי התמונה החסרים. כתוצאה מכך, שאלות שבעובדה – חלקן מרכזיות – נותרו ללא מענה גם לאחר מתן פסק הדין. עם שאלות אלה נמנות, למשל, אלה: מתי נערך מסמך המניות, ועל ידי מי; כיצד התגלגל מסמך זה לידי המערער; מה נעשה באותם 300,000 אירו שהביא המערער לפגישה; מה עלה בגורלו של ניקולה מאז מועד הפגישה והאם יש לכך קשר לאירועים מושא ההליך; אילו התפתחויות התרחשו בעשור שחלף בין מועד החתימה על המסמכים ועד להגשת התביעה; ועוד. אכן, התשתית הראייתית שהונחה בפני בית משפט קמא, ואולי במיוחד זו שלא הונחה בפניו, משאירה ספקות של ממש לגבי טיבה וכשרותה של העסקה שנרקמה במועד הפגישה.

41. אפס, אין בכוחנו, לא כל שכן כערכאת הערעור, לספק מענה למכלול השאלות הללו. אומנם, תכליתו של הליך משפטי היא בירור האמת, אך יכולתנו לעשות כן מוגבלת, ותלויה במידה רבה בצדדים, ובבחירותיהם ביחס לשאלות של גילוי והסתרה. במקרה דנן, המסכת העובדתית שנפרשה במסגרת ההליך המשפטי לוקה בחסר, בלשון המעטה, ומשום כך נותרו תעלומות רבות בלתי פתורות, שקצרה ידו של בית המשפט מלסייע ביישובן.

42. טוq דבר: הנטל להוכיח את הזכאות לסעדים הנתבעים בתביעה אזרחית מוטל על התובע. בענייננו, המערער לא עמד בנטל זה, ואף לא התקרב לכך. במצב דברים זה, דינו של הערעור להידחות. בהינתן נסיבות המקרה, ובייחוד לאור חוסר הבהירות שהייתה ונתרה ביחס לטיב העסקה שנערכה בחסות המשיב, המערער יישא בהוצאות המשיבים בערעור בסכום מופחת של 15,000 ש"ח בלבד (7,500 ש"ח לכל אחד).

השופטת ר' רונן:

43. אני מסכימה עם מסקנתו של חברי השופט ע' גרוסקופף לפיה דין הערעור להידחות. יחד עם זאת, מאחר שהערעור מעלה מספר שאלות הנוגעות להכרעות עובדתיות בערכאה הדיונית והתערבותה של ערכאת הערעור בהכרעות כאלה, מצאתי לנכון להוסיף מספר הערות ביחס לכך.

44. כפי שהבהיר חברי, בית משפט קמא הורה, בהסכמת הצדדים, כי הדיונים לפניו יתועדו באמצעות הסרטה; וכי הסרטת הדיונים תשמש את בית המשפט בלבד והצדדים לא יוכלו לעיין בה. המטרה של הסרטת הדיונים ומתן האפשרות לבית המשפט לעיין בתיעוד המצולם שלהם, הייתה – כך עולה מדבריו של בית המשפט – כדי להשביח את בירור האמת.

אני סבורה כי התנהלותו של בית המשפט בהקשר זה לא הייתה רצויה. זאת מאחר שאין זה מן הראוי כי בית המשפט יקבע – אף אם בהסכמת הצדדים – כי חלק מהחומרים שעתידים לעמוד בפניו ולשמש אותו לצורך הכרעתו במחלוקת בין הצדדים, לא יהיו זמינים כלל לצדדים עצמם. לטעמי, הצדדים עצמם צריכים להיות חשופים לכל החומר שבית המשפט מסתמך עליו לצורך הכרעתו. חשיפה כזו תאפשר לצדדים להפנות את בית המשפט לדגשים כאלה או אחרים שיש בהם לגישתם כדי לסייע להם בטענותיהם. כל אחד מהצדדים רשאי כמובן גם להתייחס לנושאים שעלו בעמדתו של הצד האחר.

קשה להלום מצב בו בית המשפט – לאחר שהוא שומע את כלל טענות הצדדים – עושה שימוש בחומר "חשאי" שעומד רק לרשותו שלו, ומסיק גם על סמך חומר זה את מסקנותיו ביחס למחלוקת בין הצדדים. לכן, והגם שכפי שיובהר להלן, במקרה דנן אין השלכה אופרטיבית לנושא זה – יש להבהיר כי הוראה כמו זו שניתנה על ידי בית משפט קמא ביחס לסרטונים, איננה רצויה.

האופן בו מגיע בית המשפט למסקנות עובדתיות ומשקלם של "אותות האמת"

45. כפי שהובהר, ההנחה של בית משפט קמא הייתה כי עיון בסרטונים המשקפים את התיעוד הוויזואלי של דיוני ההוכחות, יביא להשבחת בירור האמת. הנחה זו נוגעת לאחת השאלות המשמעותיות הכרוכות בעבודה השיפוטית: איך מכריע בית משפט במחלוקות עובדתיות המובאות בפניו, איך הוא מברר את האמת, ומהו המשקל בהקשר זה של התרשמותו של השופט מ"אותות האמת" בעדויות. שאלה זו קשורה במידת מה

בשאלה אחרת, שאלת מידת ההתערבות של ערכאת הערעור במסקנות העובדתיות של הערכאה המבררת. לשאלות אלה נידרש בקצירת האמור עתה.

46. אחת המשימות המשמעותיות של בית המשפט בערכאה הדיונית היא להכריע בשאלות עובדתיות. אין ספק כי ישנו קושי משמעותי ואינהרנטי בקביעה "מה קרה"; כאשר בית המשפט אשר נדרש לעשות זאת לא היה במקום ולא קלט בחושיו את ההתרחשות. את המסקנות אודות השאלה "מה קרה", על בית המשפט לקבל תוך שימוש במכלול החומרים העומדים בפניו. בית המשפט "חי" מפיהם של העדים אשר היו עדים בעצמם להתרחשויות, והוא מסתייע בראיות חפציות ובמסמכים ככל שהוצגו לו כאלה. את כל אלה בוחן בית המשפט בהתאם לכללים המשפטיים החלים, וכך הוא מגיע למסקנות ביחס לכל שאלה עובדתית שבמחלוקת – האם לקבל את עמדת התובע או את זו של הנתבע.

כאמור, אחד החומרים שבית המשפט נחשף אליהם הוא העדות של העדים בבית המשפט. הערכאה המבררת, שהיא הנחשפת לעדויות ולחקירות עצמן, רואה את העדים כאשר הם מעידים ומתרשמת מהם. שאלה היא מהי ההשלכה של התרשמות בלתי אמצעית זו על קביעת התשתית העובדתית, וזאת מעבר ליתר הכלים העומדים לרשותו של בית המשפט כאשר הוא נדרש להכרעה במחלוקת עובדתיות בין צדדים בהליך אזרחי.

47. בהקשר זה ישנן שתי גישות עיקריות: הגישה הראשונה, שמה דגש על האפשרות של השופט להתרשם ממראה עיניו בעת מתן העדות, התרשמות שהיא כוללנית, ואינה ניתנת לניתוח אנליטי (ע"א 91/50 מדור בע"מ נ' ביק, פ"ד ה' 792, 796 (1951)). בהתאם לגישה זו, יכול השופט השומע את העדות ורואה את העד, להתרשם מאופן מסירתה, מ"אותות האמת" בדרך שבה העד מעיד, משפת הגוף שלו ומסממנים נוספים, ולהסיק כתוצאה מכל אלה מסקנה אודות השאלה האם דבריו של העד הם מהימנים (וראה תיאור מפורט בהקשר זה בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של השופט י' עמית (8.9.2011)).

דומה כי גישה זו צומצמה במהלך השנים, והיום שולטת בכיפה הגישה השנייה

שלפיה:

"התנהגותם של העדים, ומה שנחזה כאותות אמת, אינם חזות הכל. החזות עלולה להטעות. היא עלולה אף להיות

תחבולה ומירמה. לכן בית המשפט צריך להזהיר את עצמו לפני שהוא מבסס עצמו רק, או בעיקר, על התנהגותו של עד. עם זאת, התנהגותו של עד עשויה להיות אמצעי יעיל לקביעת ממצאים עובדתיים על ידי בית המשפט" (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644 (2000)).

בהתאם לגישה זו, המשקל העיקרי צריך להינתן לא לאופן בו העד העיד אלא ל"מסקנות אותן ניתן להסיק ממכלול הנתונים העובדתיים ומן ההסברים לסוגיהם, הנפרשים לפני בית-המשפט והמאמתים או סותרים גרסתיו של העד" (ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (6) 205, 219 (2002)). מדובר אפוא באותם עניינים שנובעים מחומר הראיות בכללותו, אשר לא רק מי שראה את העדים מעידים בפניו יכול להתרשם מהם, אלא כל מי שנחשף לחומר הראיות. כך, כל מי שקרא את פרוטוקול הדיון – יכול לבחון האם ישנן סתירות פנימיות בגרסאותיו של העד; האם דבריו עולים בקנה אחד עם גרסאות קודמות שלו; והאם הם עולים בקנה אחד עם המסמכים, עם הראיות החפציות ועם עדויותיהם של העדים האחרים.

בעיני מי שאוחז בגישה הראשונה, ואשר סבור כי יש לתת משקל רב לאופן מסירת העדות ולאותות האמת מהופעתו של העד הניכרים מצפייה בעדותו – עשוי להיות משקל משמעותי לתיעוד הוויזואלי של העדות ולא רק לתמלול של תוכנה. נראה כי בית משפט קמא היה סבור כך, ולכן ביקש לתעד את העדויות בסרטונים, שהצפייה בהם על ידיו (ורק על ידיו) תסייע לו לקבוע למי מהעדים להאמין.

48. כשלעצמי, אני סבורה כי לפחות ככל שמדובר בהליך האזרחי, יש לנקוט גישה זהירה ביותר בהתייחס למתן משקל לאותות אמת הנובעים מהאופן בו העד מסר את עדותו. כך, קשה מאוד לטעמי לקבוע האם דרך הילוכו של עד שאין לה ביטוי בתוכן העדות, מעידה על אמירת אמת, על שקר – או שעל אף אחד מהם. כך למשל, האם העובדה שהעד מדבר בקול רם – מהווה אינדיקציה לאמירת אמת? או שמא דיבור שקט הוא אינדיקציה לכך? האם העובדה שהעד מדבר ברצף וללא היסוס – או שמא דווקא העובדה שהוא מהוסס ומרבה לעצור ולהתלבט? ומה לגבי "שפת גוף"? האם עמידה זקופה ויציבה או תנועתיות רבה – הם אינדיקציה לאמירת אמת? האם הזעה? דיבור בעזרת הידיים? מה המשקל של כל אחד ואחד מאלה – קשה מאוד לדעת.

49. יוער כי מחקרים רבים שנערכו בנושא זה העלו כי ישנו קושי ממשי לשופטים לקבוע ממצאי מהימנות על סמך התבוננות בעדות בלבד (מוחמד עלי "התערבות ערכאת

הערעור בהיסקים עובדתיים: מכלל של אי-התערבות וחריגים לצידו לפרדיגמה של התערבות יחסית" 99 סלים ג'ובראן 1291, 1311-1324 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ודורית פרידמן עורכים, 2023) (להלן: עלי); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 102, 83 (1996)). כך למשל נמצא כי היכולת לזהות שקר על בסיס סממנים התנהגותיים חיצוניים כגון תנועות ידיים או הבעות פנים היא מוגבלת ביותר, מאחר שהתנהגות המעידה על שקר איננה קבועה, אלא משתנה מאדם לאדם ותלויה בהקשר ובמצב (ראו: עלי, בעמ' 1313-1314 וההפניות שם). יתרה מכך, מהמחקר האמפירי עולה כי לעיתים גם השופט הסבור בכנות כי יש בכוחו באמצעות התבוננות בעדות בלבד להגיע למסקנות אודות מהימנותו של העד, חשוף להטיות קוגניטיביות בלתי מודעות; ומשכך הוא עלול לבסס את מסקנותיו באופן לא מודע על הנחות מוצא שגויות, על סטריאוטיפים לא מבוססים, על דעות קדומות וכו' (שם, בעמ' 1319-1324, והסקירה שנערכה שם). לכן, וכדי להימנע מכל אלה, מוטב כי הביסוס העובדתי של פסק הדין ייעשה באמצעות כלי עבודה מקובלים ותהליך עבודה אנליטי, ועל ידי שימוש בכלים שניתנים לבחינה חיצונית.

50. זאת ועוד – אני סבורה כי שופט שסבור כי הוא יכול להסיק מסקנות מאופן מסירת העדות, אינו צריך להסתפק באמירה לפיה הוא ראה את העד והיה סבור כי הוא מהימן. על השופט להבהיר את הטעם לכך, גם אם הטעם לכך הוא "צורני", וזאת כדי שהן העד, הן הצדדים והן ערכאת הערעור יוכלו להבין מדוע קיבל השופט את ההחלטה שקיבל. בית המשפט העליון התייחס לנושא זה בפסק הדין בע"א 2731/07 יוסף נ' חטאר (29.3.2009). באותו עניין נקבע כי:

"אמירה סתמית לפיה ניתן אמון בעדותו של אחד על פני יתר הראיות אין בה די כדי לשכנע בביסוס מסקנות והכרעות משפטיות. במקרה דנן לא מצאתי בהכרעת הדין וגם לא בחומר הראיות נימוק ממשי להעדפת עדותו של המשיב על פני עדויות אחרות שנשמעו..." (שם, פסקה 21)

החובה להסביר מדוע העדיף בית המשפט עדות אחת על פני עדות אחרת, משמשת גם לטעם נוסף – כדי שהשופט יוכל לוודא בינו לבין עצמו כי האינטואיציה שלו ביחס לשאלה מי מהעדים דובר אמת, איננה מבוססת על דעות קדומות או הנחות חסרות ביסוס, אלא על אדנים בעלי משקל שניתן להסתמך עליהם. ההנמקה מאפשרת לשופט עצמו לעקוב אחרי תהליך המחשבה שלו, והיא מאפשרת כמובן גם לצדדים וגם לערכאת הערעור לעשות כן.

51. העולה מהדברים שלעיל הוא כי לשיטתי, לא צריך להינתן משקל רב – אם בכלל – לאופן בו העד מעיד, אלא את המסקנות העובדתיות שלו צריך בית המשפט לקבל בהתאם למכלול הרב של החומר האחר העומד בפניו: הגרסאות השונות של העדים ושל העד עצמו; ההתאמה בין הגרסאות הללו; הסבירות של הדברים מנקודת מבט אובייקטיבית; ההתאמה בין העדויות לבין הראיות החיצוניות וכיו"ב. כל אלה הם כלי העבודה בהם על בית המשפט לעשות שימוש, ומוטב לו שלא להתיימר להביט באופן מתן העדות של העד ולהיות סבור כי די בכך כדי להיווכח האם מדובר בעד הדובר אמת או בכזה המשקר.

לכן, התיעוד המוסרט של הדיונים, ודאי כאשר הצדדים עצמם לא היו חשופים אליו, לא היה צריך לקבל משקל רב בהכרעתו העובדתית של בית משפט קמא.

בפועל, בית משפט קמא אכן קבע את הממצאים העובדתיים שלו שלא על סמך הסרטונים, אלא תוך שימוש בכלים בהם ניתן לעשות שימוש לצורך זה. כך, כפי שציין חברי השופט גרוסקופף, בית משפט קמא הצביע בין היתר על כך שהתובע נמצא משקר לגבי קיומו של קשר עסקי קודם בינו לבין ניקולה, ועומת עם ראיות סותרות. בית משפט קמא הוסיף והדגיש כי גרסת התובע אינה מהימנה מפני שמשמעותה היא שבין הצדדים התקיימה עסקה נטולת היגיון כלכלי מבחינת היחס הנטען בין שיעור המניות שנמכרו ובין התמורה שניתנה עבורן. עוד קבע בית משפט קמא כי המסקנה בדבר אי-מהימנותו של המערער נגזרת מכך שהוא שינה את גרסתו העובדתית בהקשרים שונים, נמנע מהעדת דמויות מפתח והציג הסברים חלקיים ובלתי סבירים לפערים העובדתיים שבגרסתו. לכן, ומשעה שהכרעת בית המשפט בסוגיית המהימנות התבססה על היסקים מנומקים וניתוח אנליטי של גרסאות הצדדים, העובדה שבית המשפט ראה לנכון להסריט את הדיונים אינה משליכה על הערעור לגופו.

התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים

52. עתה יש להידרש לשאלה נוספת – אם אכן הערכאה המבררת צריכה להסיק את מסקנותיה בעיקר ממכלול החומר העומד לפניה ולא מהתרשמות בלתי אמצעית מהאופן בו העדים העידו; ואם אכן כך פעל בית המשפט המחוזי במקרה דנן, על מה מבוסס כלל אי-ההתערבות? מהו מותר הערכאה המבררת על פני ערכאת הערעור? האם פירוש הדבר

כי ערכאת הערעור יכולה לבחון את כל המסקנות אליהן הגיעה הערכאה המבררת בכוחות עצמה, ולהתערב במסקנותיה? האם כך נדרשת ערכאת הערעור לעשות?

53. כידוע, וערכאת הערעור חוזרת על כך חדשות לבקרים, אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. זוהי הלכה מושרשת וידועה. כך למשל בע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ, פ"ד מז (2) 517 (1993) קבע בית-המשפט העליון כי:

"בית-משפט זה קבע אין ספור פעמים, כי אין זה מדרכו להתערב בממצאים עובדתיים של הדרגה הראשונה, ככל שאלה מעוגנים בחומר הראיות וככל שהם מתבססים, בין היתר, על ההתרשמות הישירה של בית-המשפט ממידת האמינות של העדים שהתייצבו לפניו." (שם, פסקה 13)

54. ואולם אינני סבורה כי הרציונל לכלל אי-ההתערבות נטוע בעליונות האפיסטמולוגית המוקנית לכאורה לערכאה המבררת – כפי שעולה מהרטוריקה בפסיקה לא אחת; אלא שהטעם לכלל מבוסס על טעמים מערכתיים ועל שיקולי יעילות. לטעמי, העובדה שערכאת הערעור ממעטת להתערב בקביעות עובדה ומהימנות איננה נובעת בעיקרה מכך שערכאת הערעור לא ראתה את העדים בעצמה או מכך שהיא מוגבלת ביכולתה לקבוע את מהימנותם. הטעם להעדר ההתערבות הוא אחר, והוא נובע מחלוקת העבודה בין הערכאות השונות, והצורך לעשות שימוש מושכל במשאבי הזמן של ערכאת הערעור.

ואכן, בע"א 2051/16 איטח נ' ש.פ. חברה לנאמנות ניהול ואחזקות בע"מ (20.6.2018) קבע בית המשפט מפי השופטת י' וילנר כי:

"ככלל, הליך הערעור לא נועד לפתיחתו מחדש של הסכסוך כולו על כל רבדיו ומחלוקותיו כאילו המדובר במשפט חדש או במשפט חוזר. תפקידה של ערכאת הערעור הוא לבחון אם הממצאים שנקבעו בפסק הדין "מעוגנים בחומר ראיות אמין, אם המסקנות שהוסקו עומדות במבחן ההוכחות, ההיגיון ומכלול הנסיבות, ואם התוצאה מתחייבת מבחינת הוראות הדין החלות על העניין" (ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג, פ"ד מג (1) 137, 141 (1989); ע"א 8184/12 מרכז תורני לאומי ע"ד נ' קפלן, פסקה ל"ב (28.10.2015)). בית המשפט שלעצור נדרש לאזן בין שיקולי צדק לבין שיקולי יעילות בהפעלת הביקורת הערעורית, ועליו להפעיל סמכותו באיפוק כדי שהדיון בערעור לא ייהפך לדיון מחדש בנושאים שנדונו

והוכרעו בערכאה הקודמת מבלי שיש לכך הצדקה.”
(פסקה 17)

55. אם כן, הגם שערכאת הערעור מוסמכת לעשות את כל מה שהייתה הערכאה הדיונית מוסמכת לעשות (ככל שמדובר בערכאת ערעור על פסקי-דין של בתי-משפט, קובעת תקנה 146(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 כי ערכאת הערעור מוסמכת לתת "כל החלטה שצריך היה לתתה"), והגם שלשיטתי יש בידיה בחלק ניכר מהמקרים כלים לבחון מלכתחילה את התהליך מכוחו הכריעה הערכאה הדיונית במחלוקות העובדתיות באמצעות התחקות מחודשת אחרי מכלול הראיות ועריכת התצרף העובדתי המלא בהתאם – אין מקום ככלל שערכאת הערעור תעשה כן. זוהי משמעותו המרכזית של כלל אי ההתערבות, המורה לנו כי על דרך הכלל, מי שאמור לערוך את המצרף העובדתי הזה הוא הערכאה המבררת, שכשמה כן היא – הערכאה שתפקידה הוא לברר את הבסיס העובדתי ולהכריע במחלוקות בין הצדדים. כל עוד הערכאה הזו מילאה את תפקידה, הביאה בחשבון את מכלול הראיות, התייחסה אליהן כנדרש בכלים המשפטיים העומדים לרשותה, והסיקה את המסקנות מהן – ערכאת הערעור לא תידרש לכך פעם נוספת ולא תתערב בכך.

הטעם לכך הוא מאחר שההחלטה לגבי המשקל היחסי שיש לעניין ראייתי כזה או אחר, הוא בעיקרו שאלה בשיקול דעת, כאשר שיקול הדעת של ערכאת הערעור איננו בהכרח מדויק יותר מזה של הערכאה הדיונית.

56. יתרה מכך, בניגוד להכרעה בשאלות משפטיות, שהיא הכרעה רוחבית ובעלת השלכה לא רק על ההליך המסוים אלא גם על הליכים עתידיים אחרים והיא משמשת לכן גם כהנחיה לצדדים עתידיים – הרי הכרעה עובדתית הנוגעת למשקל היחסי של ראיות כאלה ואחרות היא בדרך כלל נקודתית. במילים אחרות, ההחלטה של הערכאה הדיונית ביחס למשקל היחסי שיינתן לכל ראיה (או להעדרה של ראיה) – והמשקל הכולל של כל הראיות, היא החלטה קונקרטיית הנעשית באמצעות הפעלת שיקול דעת ביחס לכל אחת ואחת מהראיות. גם אם ערכאת הערעור עשויה לתת משקל שונה מעט לראיות בשל הפעלה שונה במקצת של שיקול דעתה – אין מדובר בטעות של הערכאה הדיונית המחייבת התערבות.

גם שיקולים של יעילות מצדיקים את המסקנה הזו – המאפשרת לערכאה הדיונית לעסוק בהיבטים הראייתיים ובמתן המשקל לכל ראיה שהוצגה לפני ערכאה זו, בעוד

שערכאת הערעור תעסוק בעיקר בנושאים המשפטיים, כל עוד אין בהכרעה העובדתית של הערכאה המבררת משום חריגה משמעותית ממתחם הסבירות.

57. שונים הם פני הדברים כאשר נפלה טעות במהלך העבודה של הערכאה המבררת. מדובר הן במקרים בהם ערכאה זו לא הביאה בחשבון את כלל הראיות (או שהביאה בחשבון ראיות שאינן קבילות); כאשר היא הסיקה מהן מסקנות שאינן עולות בקנה אחד עם הגיונם של דברים; כאשר היא סתתה מדיני הראיות או מכללים משפטיים אחרים – ועוד כיו"ב. במקרים כאלה, נדרשת כמובן ערכאת הערעור לשוב ולבצע את תפקידה של הערכאה המבררת, תוך הסתמכות מדויקת על הראיות כולן, החלת הכללים המשפטיים המדויקים והסקת המסקנות מהמכלול.

58. כאמור, במקרה דנן הערכאה המבררת פעלה כנדרש. מסקנותיה התבססו על חומר הראיות שהוצג לה, הן עולות בקנה אחד הן עם המצב המשפטי והן עם היגיון החיים. לכן אין מקום לכך שבית משפט זה יתערב במסקנות אלה.

ש ו פ ט ת

השופטת י' וילנר:

1. אף אני סבורה כי דין הערעור להידחות, מהטעמים המבוארים בחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף.

2. כמפורט בחוות דעתם של חבריי, בית המשפט המחוזי הורה בענייננו כי עדויות בעלי הדין יוסרטו בוודאו (להלן: ההסטרטות), "לצורך השבחת בירור האמת", וכי קבצי ההסטרטות יהיו זמינים "לשופט ולצוותו בלבד", ולא לצדדים להליך (להלן: ההחלטה). אמנם, כמבואר בחוות דעתם של חבריי, החלטה זו – שניתנה בהסכמת הצדדים – אין בה כדי להשפיע על תוצאת ההליך בענייננו. עם זאת, אף אני סבורה כי החלטה זו מעוררת קושי, ובשים לב להתייחסויות חבריי להחלטה האמורה, ראיתי גם אני להתייחס בקצרה לסוגיות שהיא מעוררת.

3. כפי שעולה מההחלטה, ההסטרטות נועדו לסייע בבירור האמת, והן משמשות, הלכה למעשה, כחלק מחומר הראיות בהליך. לנוכח האמור, הקביעה שלפיה ההסטרטות תהיינה חסויות לצדדים להליך מעוררת קושי רב. כלל בסיסי הוא, כי ראיות המשמשות להכרעה בהליך צריכות, ככלל, להיות חשופות לצדדים. מכאן אף נובע עיקרון היסוד, שהחלטה זו מעוררת קושי רב.

שלפיו לא ניתן להציג במשפט ראייה שלא ניתן לחשוף בפני בעל הדין שמנגד (ראו, למשל: יניב ואקי דיני ראיות כרך ג' 1581 (2021)). חשיבותם של הכללים האמורים נובעת, בעיקרו של דבר, מעקרונות שעניינם הגינות ההליך, ובפרט מהקושי הנעוץ בהשגה על החלטה מסוימת מבלי להיות חשוף לחומר ששימש יסוד לקבלתה. לפיכך, חריגה מכללים אלו מצריכה הצדקה מיוחדת וכבודת-משקל, שלא הוצגה בענייננו (ראו והשוו למצבים שבהם נדרש בית המשפט לעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד, ולדוגמא: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202, 218 (2006); על הקושי הטמון במצבים כגון דא, למרות הכרחיותם, ראו, למשל: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (11.2.2010)). לנוכח האמור, אף על פי שהצדדים נתנו כאמור הסכמתם להחלטה כי ההסררות לא תיחשפנה להם, נראה כי ראוי היה להימנע ממנה.

4. לבסוף, ראיתי להתייחס להערותיה של חברתי, השופטת ר' דונן, באשר ל"אופן בו מגיע בית המשפט למסקנות עובדתיות ומשקלם של 'אותות האמת'".

אין חולק, כי על בית המשפט לקבוע ממצאי עובדה בהתבסס על מכלול התשתית הראייתית, לרבות העדויות שנשמעו בהליך. בתוך כך, יש להדגיש – וכך גם עולה מדברי חברתי – כי האופן שבו ניתנה עדות, ו"אותות האמת" המשתקפים בה, הם חלק מאותו מכלול. אכן, עשויות להיות גישות שונות בשאלת משקלם היחסי של "אותות האמת" כחלק מהתשתית הראייתית בכללותה. אך זאת יש לזכור, כי בית המשפט אינו אמור להתעלם מהתרשמותו מאופן מתן העדות ומאותות האמת המשתקפים בה. התרשמותו הישירה של בית המשפט מהעדויות שנשמעו בהליך היא כלי שאין להקל בו ראש; וככלי בארגז הכלים השיפוטי, יש לעשות בו שימוש מושכל, בהתאם לנסיבות העניין.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, ב' באדר ב' התשפ"ד (12.3.2024).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת