



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8234/09

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט י' עמית

המערערת : לילי שם טוב

נגד

המשיבים : 1. כדורי פרץ  
2. שמואל שם טוב  
3. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בת"א 6039/04 שניתן ביום 6.8.2009 על ידי כב' השופט א'  
פרקש

תאריך הישיבה : כ"ח בניסן, התש"ע (12.4.2010)

בשם המערערת : עו"ד צבי שמיר

בשם המשיב 1 : עו"ד ראובן יהושע

בשם המשיב 3 : עו"ד משה קיירה

### פסק-דין

השופטת א' חיות:

האם למרות היעדרו של מסמך בכתב ניתן להכיר בקיומה המשפטי של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין בשל "זעקת ההגינות" העולה מנסיבות המקרה? ואם כך הוא - מהם הסעדים שזכאי להם הנפגע?

אלה הן השאלות המרכזיות העומדות בפנינו בערעור דנן.

1. בראשית שנות השמונים של המאה הקודמת יזם המשיב 2, סמי שם טוב קקבלן בניה (להלן: סמי), הקמת פרויקט מגורים בן ארבע יחידות דיור על מקרקעין ברחוב כפר עציון 11-13 בירושלים, הידועים כגוש 30119 חלקה 89 (להלן, בהתאמה: הפרויקט ו-חלקה 89). חלקה 89 היתה רשומה אותה עת על שם המערערת (להלן: לילי), גרושתו של סמי. למען שלמות התמונה יצוין כי במסגרת הליכי התכנון של הפרויקט אוחדה חלקה 89 עם חלק מחלקות 88 ו-90. חלקות אלה נקראו יחד מגרש חדש (ארעי) 40 (ראו תוכנית 2045), ועליו הושלמה לבסוף בניית הפרויקט בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. מתוך ארבעה הקוטג'ים שהוקמו על המגרש נמסר קוטג' אחד למשפחת אליהו, הבעלים של חלקה 88 הנ"ל; בקוטג' נוסף עברו להתגורר לילי וסמי (אשר המשיכו לחיות תחת קורת גג אחת על אף גירושיהם); הקוטג' השלישי נמסר להוריה של לילי, ואילו הקוטג' הרביעי הוא הנכס אשר לגביו ניטש הסכסוך בהליך שלפנינו (להלן: הנכס).

ביום 18.1.2004 הגיש המשיב 1 (להלן: כדורי), תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים בה עתר לסעד הצהרתי הקובע כי רכש את זכויות הבעלות בנכס והמכיר בזכותו להירשם בלשכת רישום המקרקעין כבעליו כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות נוגדת. תביעה זו (להלן: תביעתו המקורית של כדורי) הופנתה נגד לילי ונגד סמי שעמם יש לכדורי קשרי משפחה (לילי היא בת דודתו של כדורי וסמי הוא דודו של כדורי וגם דודה של לילי). כמו כן הופנתה תביעתו המקורית של כדורי נגד המשיב 3, הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (להלן: הבנק), בהינתן העובדה שביום 3.1.1994 שיעברו לילי וסמי את חלקה 89 לטובת הבנק. משכך, הוסיף כדורי ועתר בתביעתו המקורית להצהרה כי המשכנתה הרשומה על חלקה 89 לטובת הבנק אינה חלה על הנכס וכן עתר לצו מניעה קבוע שיאפשר לו שימוש בלתי מופרע בנכס. כסעד חלופי עתר כדורי לפיצוי בגובה שוויו המוערך של הנכס.

כדורי סמך את תביעתו על הסכמה על-פה שהושגה לדבריו בינו ובין סמי בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, בעת שהפרויקט היה בשלבים ראשונים של בניה, ולפיה התחייב סמי למכור לו את הנכס תמורת 218,800 דולר ארה"ב. לטענת כדורי הוא שילם לסמי את מלוא התמורה כמוסכם ועם השלמת הפרויקט בראשית שנות התשעים אף נמסרה לו החזקה בנכס והוא נהג בו מאז מנהג בעלים והשכיר אותו מעת לעת תוך שהוא גובה את דמי השכירות (כדורי מתגורר דרך קבע בלוס אנג'לס, ארה"ב).

על רישום המשכנתה הנוגדת את זכויותיו בנכס נודע לו לדבריו רק בדיעבד, בשנת 1998. לילי מצידה התכחשה לקיומה של עסקה לפיה נמכר הנכס לכדורי, ולחלופין טענה כי עסקה זו נעשתה בלא ידיעתה ומשכך ובהיותה הבעלים הרשום של חלקה 89, אין לעסקה ממילא כל תוקף משפטי. סמי לעומת זאת תמך בגרסתו של כדורי ואישר את העובדות כפי שתוארו על ידו. סמי הוסיף וציין כי ההתחייבות למכור לכדורי את הנכס נעשתה בידיעתה ובהסכמתה של לילי. הבנק טען כי בהיעדר כל זכר לכדורי במרשם המקרקעין, גוברות זכויותיו מתוקף המשכנתה הרשומה על כל זכויות שטוען להן כדורי בתביעתו גם אם יתברר שיש לו כאלה.

במסגרת התביעה המקורית עתר כדורי לצו מניעה זמני לפיו יעוכבו עד להכרעה בתביעה ההליכים למימוש המשכנתה שנקט בהם הבנק אך בקשה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בהחלטתו מיום 15.7.2004 (בש"א 6117/04, השופט מ' רביד). בעקבות החלטה זו תיקן כדורי ביום 5.10.2004, באישור בית המשפט, את התביעה המקורית ומחק ממנה את העתירה למתן צו מניעה קבוע שיאפשר לו שימוש בלתי מופרע בנכס.

2. קדמו לתביעתו המקורית של כדורי - שהוגשה כאמור בינואר 2004 - שלושה הליכים משפטיים הקשורים לנכס בהם נקטה לילי. האחד הוא תביעה שהגישה לילי נגד הבנק בשנת 2000 לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 2543/00) בה טענה כי אין תוקף למשכנתה שנרשמה לטובת הבנק על חלקה 89, משום שהסכמתה לרישום המשכנתה הושגה בנסיבות של אילוץ, כפיה ועושק מצד הבנק ומצד סמי כלפיה. תביעה זו הוגשה על ידי לילי לאחר שתשלומי המשכנתה לבנק לא נפרעו וכתוצאה מכך ביקש הבנק לממש את המשכנתה ולמכור את היחידות שנבנו על חלקה 89 לצורך כיסוי החוב שבפיגור. תביעתה זו של לילי נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בפסק דין מיום 29.7.2003 וערעור שהגישה לילי על פסק הדין לבית משפט זה, נדחה אף הוא ביום 24.11.2004 (ע"א 8759/03).

ההליך השני אותו הגישה לילי בשנת 2001 לבית משפט השלום בירושלים הוא בקשה למתן צו מניעה זמני (ב"ש 6557/01), שהופנתה כנגד מי ששכר את הנכס אותה עת מידי כדורי. במסגרת אותה בקשה ניתן תחילה צו ארעי נגד השוכרים לעניין השימוש בדירה, אך בדיון שהתקיים במעמד שני הצדדים ביום 7.9.2001 הושג הסדר פשרה לפיו בוטל הצו הארעי וליילי הצהירה כי אין בכוונתה להגיש תביעה נגד השוכרים. כמו כן הוסכם כי השוכרים ימשיכו להתגורר בדירה על פי הסכם השכירות שנקשר בינם ובין כדורי אך הם יימנעו מלשלם לידי דמי השכירות הבאים על מנת

לאפשר ללילי לעתור נגדו לבית המשפט המוסמך בקשר לדמי השכירות הנ"ל. ההליך השלישי שנקטה בו לילי הוא תביעה בסדר דין מקוצר לסילוק יד מן הנכס. תביעה זו (ת"א 11597/02) שהוגשה ביום 13.11.2002 לבית משפט השלום בירושלים הופנתה נגד כדורי ואחותו, אך היא נמחקה לבקשתה של לילי טרם שהתקיים בה דיון לגופו של עניין.

3. משנדחתה בשנת 2003 תביעתה של לילי נגד הבנק לביטול המשכנתה ומשנדחתה בקשתו של כדורי במסגרת תביעתו המקורית משנת 2004 לצו מניעה זמני שימנע את מימוש המשכנתה, הושלמו הליכי המימוש שנקט הבנק במסגרת ההוצאה לפועל והנכס נמכר לצד ג' על ידי כונס הנכסים אשר מונה לצורך כך (ראו החלטת ראש ההוצאה לפועל מיום 1.6.2005 בתיק 03-06986-96-3).

בעקבות התפתחות זו הגיש כדורי ביום 20.7.2005 בקשה נוספת לתיקון כתב התביעה בציינו כי הסעד העיקרי שעתר לו בתביעה המקורית - לאכיפת הסכם המכר ולרישום הבעלות בנכס על שמו - איננו בר ביצוע עוד וכי משכך, הפך הסעד הכספי החלופי אותו תבע לקבלת פיצוי כשווי הנכס, לסעד עיקרי. בית המשפט נעתר לבקשת התיקון כאמור אך דחה בקשה נוספת לפיצול סעדים אותה שילב כדורי בבקשתו זו המתייחסת לדמי השכירות שנמנעו מכדורי עם מסירת החזקה בנכס לבנק (ראו החלטה מיום 28.8.2005). ביום 5.9.2005 הגיש כדורי כתב תביעה מתוקן בו עתר לפיצוי בגין הנזקים וההוצאות שנגרמו לו עקב רישום המשכנתה על זכויותיו בנכס לטובת הבנק. לטענת כדורי הנזק שנגרם לו מגיע כדי מלוא שווי של הנכס אותו העריך בסך של 630,000 דולר ארה"ב, בהסתמך על חוות דעת שמאי מיום 7.6.2005 ובשקלים לאותו היום - 2,828,000 ש"ח. תביעתו הכספית - ככל שהופנתה כנגד לילי וכנגד סמי - התבססה על הפרת ההתחייבות למכירת הנכס וכן על עילות נזיקיות ועילות של עשיית עושר ולא במשפט. כדורי אף עתר לחיובה של לילי בפיצויים עונשיים נוכח התנהגותה בפרשה ולחלופין עתר לחיובם של לילי וסמי בהשבת כל הסכומים ששילם עבור הנכס. תביעתו הכספית של כדורי (אותה העמיד לצורכי אגרה על סך של 2,900,000 ש"ח), הופנתה גם נגד הבנק וכלפיו טען כדורי כי הוא נהג ברשלנות ובעצימת עיניים כאשר החתים את לילי על שטר משכנתה בלא שבדק מיהם בעלי הזכויות בנכס.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 11.2.2008 ניתן על ידי בית המשפט המחוזי, לבקשתו של כדורי, צו עיקול זמני על יחידת הדיור בפרויקט המוחזקת על ידי לילי כנגד ערובה בסך של 30,000 ש"ח, וזאת להבטחת קיומו של פסק הדין הכספי בתביעה ככל שיינתן (בש"א 1475/08).

4. בפסק דינו מיום 6.8.2009 קיבל בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' פרקש) את תביעתו של כדורי נגד לילי וסמי, ואילו תביעתו נגד הבנק נדחתה.

בפתח פסק הדין דחה בית המשפט את טענותיהם של לילי והבנק כי יש לסלק על הסף את תביעתו של כדורי בשל התיישנות או בשל שיהוי בהגשתה. בית המשפט קבע כי לצורך הכרעה בטענת ההתיישנות יש לבחון את מהות התביעה בעת שהוגשה וציין בהקשר זה כי התביעה המקורית שהגיש כדורי ובה עתר, בין היתר, לסעד הצהרתי בעניין זכויות הבעלות שרכש בנכס, היתה "תובענה במקרקעין" כמשמעותה בסעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). בית המשפט הוסיף וציין כי התקופה שבה מתיישנת על פי חוק ההתיישנות עילת תביעה במקרקעין שלא הוגשה עליה תובענה, היא חמש עשרה שנים ובמקרקעין מוסדרים - עשרים וחמש שנים. במקרה דנן, כך קבע בית המשפט, תחילת מניינה של תקופת ההתיישנות הוא במועד שבו התעוררה לראשונה מחלוקת בין הצדדים באשר לזכויותיו של כדורי בנכס, דהיינו ביום 6.10.1991, עת נתקבל בידי מכתבה של לילי בקשר עם הנכס, שעל תוכנו אעמוד בהמשך (להלן: מכתב לילי). מאותו מועד ועד ליום הגשת התביעה המקורית על ידי כדורי (18.1.2004) טרם חלפו ולו חמש עשרה שנים. על כן, כך קבע בית משפט קמא, יש לדחות את טענת ההתיישנות. בית המשפט הוסיף ודחה את הטענה החלופית שהעלו לילי והבנק בדבר שיהוי מצד כדורי בהגשת התביעה בקובעו כי "[לילי] לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח, כי [כדורי] זנח את זכות התביעה העומדת לו, או כי במשך הזמן שינתה את מצבה לרעה. אף לא הוכח כי השיהוי נגרם עקב חוסר תום ליבו של [כדורי]".

5. לגוף הדברים עמד בית משפט קמא על דרישת הכתב המהותית הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) וציין כי אין חולק שבמקרה דנן מעולם לא נערך בין הצדדים הסכם מכר כתוב לרכישת הנכס. בהקשר זה בחן בית משפט קמא את טענת כדורי לפיה מכתב לילי עונה על דרישת הכתב אך הגיע למסקנה כי אף שהאמור במכתב זה הוא בבחינת הודאת בעל דין על כך שנערכה עסקה לרכישת הנכס על ידי כדורי, אין המכתב עונה על דרישת הכתב משום שמחיר הנכס שהוא פרט מהותי, חסר מן המכתב וכלשונו:

"רכיב התמורה, שהינו רכיב מהותי והכרחי שיופיע במסמך בכתב, לא זו בלבד שאינו מפורש במכתב אלא

שמרבית המכתב נסוב סביבו וסביב תלונותיה של לילי בדבר חובו של [כדורי] בגין עסקת הרכישה... כיוון שהתמורה לא פורשה במכתב, אין לראות בו 'מסמך בכתב'... המכתב כשלעצמו אינו מקיים את 'דרישת הכתב' הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, וכפי שעוצבה בפסיקת בית המשפט העליון".

6. יחד עם זאת סבר בית משפט קמא כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים מיוחדים אשר בהם, למרות היעדר מסמך בכתב, ניתן להכיר מכוח עיקרון תום הלב בתוקפה המשפטי של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. בית המשפט הפנה בהקשר זה אל ההלכה שנפסקה בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996) (להלן: עניין קלמר) לפיה ייתכנו מקרים מיוחדים וחריגים אשר יצדיקו בשל 'זעקת ההגינות' העולה בהם לסטות מדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין ולהכיר בתוקפה המשפטי של העסקה למרות היעדרו של מסמך בכתב.

בנתחו את חומר הראיות שבפניו קבע בית משפט קמא כי הוא מעדיף את גרסתם של כדורי וסמי לפיה סוכם ביניהם בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת שכדורי ירכוש את הנכס תמורת סך של 218,800 דולר ארה"ב ועוד קבע כי סכום זה שולם במלואו על ידי כדורי. גרסתה של לילי לפיה מעולם לא הושגה הסכמה עם כדורי לעניין רכישת הנכס על ידו כמו גם גרסתה שכדורי הלווה לסמי סכומים שונים לצורך מימון הפרויקט, נדחתה על ידי בית משפט קמא בציינו כי היא רצופת סתירות והתחמקויות ולוקה בחוסר הגיון. בית המשפט הוסיף ודחה את טענתה החלופית של לילי לפיה ככל שהושגה בין כדורי לסמי הסכמה בדבר רכישת הנכס, נעשו הדברים ללא ידיעתה וללא הסכמתה. באמצעו לעניין זה את גרסת כדורי ציין בית המשפט כי היא נתמכת בתצהירו של סמי ותמיכה נוספת לגרסה זו מצא בית המשפט במכתב לילי אשר קטעים מתוכו ציטט בהרחבה ובהם מצא אחיזה מובהקת לקיומה של עסקת מכר בין כדורי לסמי (ראו פסקה 36 לפסק הדין). בית המשפט הוסיף וקבע כי התנהגות הצדדים במהלך השנים מלמדת אף היא על קיומה של עסקת המכר הנטענת וכן על כך שכדורי הסתמך עליה. בהקשר זה קבע בית המשפט כי הוכח שרעייתו של כדורי השלימה את בניית הנכס בעצמה לאחר שסמי לא השלים את בנייתו כמובטח ועוד קבע כי עם השלמת בנייתו, כאמור, הושכר הנכס על ידי כדורי במשך שנים תוך שהוא גובה לידיו את דמי השכירות. בהתייחסו להתנהלותה חסרת תום הלב של לילי ציין בית המשפט את העובדה כי רק בשנת 2000 נשלח על ידה לראשונה מכתב לכדורי בו היא מתריעה בפניו כי הוא אינו רשאי להשכיר את הדירה בשל הליכי מימוש המשכנתה שנקט הבנק ובשל התביעה שהוגשה על ידה בהקשר זה. עוד ציין בית המשפט כי

ההליך המשפטי הראשון שנקטה לילי בקשר עם הנכס הוגש בשנת 2001 והופנה נגד השוכרים וכי התביעה לסילוק יד שהגישה לילי נגד כדורי הוגשה לא לפני שנת 2002 ונמחקה על פי בקשתה סמוך לאחר מכן, בלא שנתבררה לגופה. בית המשפט דחה את טענותיה של לילי כאילו פלש כדורי אל הנכס ללא רשות והוא העדיף בעניין זה את גרסתו של כדורי שנתמכה בתצהירו של סמי לפיה קיבל מידי סמי, באמצעות גיסו, מפתח לנכס. בית המשפט הוסיף וציין כי במהלך השנים ביקש כדורי מסמי "פתק או נייר" בדבר העסקה ובעקבות כך חתם סמי בשנת 1998 על תצהיר בפני עורך-דין ברקוביץ בו הצהיר על דבר קיומה. לילי לעומת זאת סירבה לאורך השנים לחתום על מסמך דומה, אף שהסכימה לעסקה וידעה עליה.

7. נוכח הממצאים והמסקנות שאליהם הגיע כמפורט לעיל, קבע בית המשפט כי למרות היעדרו של מסמך בכתב יש להכיר בתוקפה של עסקת המכר שנקשרה בין כדורי ובין סמי וילי לגבי הנכס. עוד קבע בית המשפט כי בנסיבות שנוצרו ובשל מימוש המשכנתה שנרשמה על חלקה 89 לטובת הבנק, במסגרתו נמכר הנכס לכיסוי חובותיהם של סמי וילי לבנק, חייבים סמי וילי, ביחד ולחוד, לפצות את כדורי כדי שוויו של הנכס. בקביעת שווי זה אימץ בית המשפט את חוות דעתו של השמאי יריב סיקרון מיום 7.6.2005 (להלן: השמאי סיקרון), שהוגשה מטעם כדורי בציינו כי לילי והבנק לא הציגו חוות דעת כלשהי מטעמם וילי אף לא חקרה את השמאי סיקרון על חוות דעתו. בית המשפט ער היה לכך שביום 1.6.2005 נמכר הנכס במסגרת הליכי מימוש המשכנתה בסכום של 381,000 דולר ארה"ב בלבד, אך לא ראה לשנות בעקבות כך מקביעתו באשר לשווי הנכס הנסמכת על חוות דעתו של השמאי סיקרון בציינו כי חוות דעתו של השמאי מטעם כונס הנכסים שפעל למימוש המשכנתה לא הוצגה בפניו. בית המשפט קבע אפוא כי על סמי וילי לפצות את כדורי, ביחד ולחוד, בסכום של 2,457,000 ש"ח (630,000 דולר ארה"ב לפי שער של 3.9 ש"ח לדולר). כמו כן, חייב בית המשפט את סמי וילי ביחד ולחוד לשלם לכדורי סכום נוסף של 379,080 ש"ח כפיצוי עבור שלילת דמי שכירות בגין הנכס לתקופה של שמונים ואחד חודשים שתחילתם ביום עיקול דמי השכירות על ידי הבנק (17.11.2002) ועד יום מתן פסק הדין. דמי השכירות חושבו לפי סכום בשקלים השווה ל-1,200 דולר ארה"ב לחודש (ובסך הכל 97,200 דולר ארה"ב). בית המשפט דחה עם זאת את תביעת כדורי לחייב את לילי בפיצויים עונשיים בקובעו כי אין לכך הצדקה במקרה דנן והוא הוסיף וציין כי כדורי לא שילם את יתרת סכום האגרה בעת שתיקן את תביעתו כתביעה לסעד כספי והורה למזכירות לשלוח אליו דרישת תשלום מתאימה. עוד הורה בית המשפט כי על כדורי לשלם את האגרה לא יאוחר מיום 6.9.2009. לבסוף הורה בית המשפט כי העיקול הזמני שהוטל על יחידת הדיור של לילי ימשיך לעמוד בתוקפו עד לביצוע פסק הדין.

תביעתו של כדורי נגד הבנק נדחתה ובית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי הבנק נהג כראוי בכל הנוגע למשכנתה וכי זו נרשמה כדין לאחר שהבנק ביצע את כל הבדיקות אשר ניתן היה לצפות ממנו לבצע בנסיבות העניין. בית המשפט הוסיף וקבע כי לא ניתן לייחס לבנק רשלנות, עצימת עיניים או חוסר תום לב וכי כדורי שרכש את הנכס מסמי ולילי לא רשם ולו הערת אזהרה על מנת למנוע את אשר אירע.

החלטה בבקשה לתיקון פסק דין

8. לאחר מתן פסק הדין הגיש כדורי בקשה לתיקון טעות שנפלה בו בכל הנוגע לשערוך הסכומים שנפסקו לזכותו בציינו כי בית המשפט שגה בכך שהמיר את סכומי הפיצוי שפסק לשקלים על פי שער הדולר ביום מתן פסק הדין וכי היה עליו להמיר את הסכומים הדולריים לשקלים בערכי יום הגשת התביעה המקורית ולהוסיף עליהם הפרשי הצמדה וריבית מאותו היום ועד יום התשלום בפועל. עוד עתר כדורי בבקשתו לחייב את לילי וסמי לשלם לו דמי שכירות חודשיים עד למועד שבו יועבר לידי מלוא הסכום המבטא את ערך הנכס ולחלופין להתיר לו לפצל את סעדיו בעניין זה על מנת שיוכל לתבוע את דמי השכירות כאמור בהליך נפרד.

בהחלטתו מיום 15.10.2009 נעתר בית המשפט באופן חלקי לבקשת התיקון בציינו כי עקב "טעות" הומר סכום הפיצוי שנפסק לטובת כדורי עבור שווי הנכס ודמי השכירות לפי שער לא נכון (שער הדולר ביום מתן פסק הדין ולא לפי השער הרלוונטי ביום מתן חוות דעת השמאי סיקרון - 7.6.2005). עוד ציין בית המשפט כי עקב "השמטה מקרית" לא נפסקו הפרשי הצמדה וריבית. סכום הפיצוי הכולל שנפסק לזכות כדורי תוקן, אפוא, והועמד על סך של 4,018,721 ש"ח. כמו כן הוסיף בית המשפט ופסק לזכות כדורי באותה החלטה הפרשי הצמדה וריבית על סכום ההוצאות שנפסק לו. לעומת זאת דחה בית המשפט את בקשת התיקון ככל שזו התייחסה לתוספת סכומים בגין דמי שכירות בציינו כי דמי השכירות נפסקו מפורשות עד יום מתן פסק הדין ולא יותר, אך הוא נעתר בהקשר זה לבקשתו החלופית של כדורי והתיר לו לפצל את סעדיו ולתבוע בהליך נפרד את דמי השכירות החודשיים עבור התקופה שמיום מתן פסק הדין ועד לתשלום מלוא שווי הנכס. לבסוף ציין בית המשפט כי הדרישה לתשלום המחצית השניה של האגרה נשלחה אל כדורי רק ביום 15.10.2009 ומשכך, עליו לשלמה עד יום 15.11.2009 ואין מקום לטענתה של לילי כי יש למחוק את התביעה או להפחית את סכום הפיצוי שנפסק לכדורי בשל אי תשלום האגרה.



לילי לא השלימה עם פסק דינו של בית משפט קמא והגישה את הערעור שלפנינו. תחילה הופנה הערעור גם נגד הבנק אך בעקבות קדם הערעור שהתקיים ביום 3.12.2009 הוסכם בין הצדדים כי פסק הדין ככל שהוא נוגע לבנק יעמוד בעינו וכי הבנק פטור מהמשך התייצבות בהליך הערעור (ראו ההחלטה מיום 3.12.2009).

#### טענות הצדדים

9. בערעורה טוענת לילי כי שגה בית המשפט בדחותו את טענת ההתיישנות שהעלתה. לגישתה העובדה כי ניתן היה לסווג את התביעה המקורית שהגיש כדורי כ"תובענה במקרקעין" אינה מעלה ואינה מורידה שכן תביעתו במתכונתה המתוקנת היא תביעה כספית אשר לגביה חלה תקופת התיישנות בת שבע שנים. עוד טוענת לילי כי כדורי ידע כבר בעת הגשת התביעה לסעד הצהרתי-קנייני שבשל המשכנתה הרשומה על הנכס ובשל הליכי המימוש שנקט בהם הבנק, הסעד היחיד העומד לרשותו בנסיבות העניין הוא הסעד הכספי וסעד זה התיישן לגרסתה בעת הגשת התביעה המקורית (18.1.2004) ומקל וחומר בעת הגשת התביעה המתוקנת, הכספית. לחלופין טוענת לילי כי יש לדחות את התביעה בשל השיהוי שחל בהגשתה בצינה כי כדורי ידע שהיא כופרת בזכויות הנטענות על ידו לגבי הנכס מכוח עסקת המכר וזאת לפחות כשלוש עשרה שנים קודם להגשת התביעה ומאז שקיבל את מכתבה בנדון.

10. לגוף הדברים טוענת לילי כי לא היה מקום ליתן תוקף משפטי להסכם המכר הנטען. לטענתה מן העדויות שנשמעו בבית המשפט עולה שלא היתה גמירות דעת ומסוימות ביחס למחיר הנכס ומדובר בפרט בסיסי שאינו ניתן להשלמה. לילי מוסיפה וטוענת כי המחלוקת בין הצדדים באשר למחיר עולה מן המכתב שכתבה לכדורי בשנת 1991 (מכתב לילי) ועוד היא טוענת כי הראיה היחידה שהוגשה על ידי כדורי בעניין קיום העסקה (הסכם הפשרה מיום 7.7.1985 בין נוה כדורי חברה לבנין ולהשקעות בע"מ ויוסף כדורי לבין כדורי באמצעות סמי כמיופה כוחו), מלמדת שסמי קיבל מידיו לכל היותר סכום השווה למחצית התמורה שעליה הוסכם לטענתו (118,800 דולר ארה"ב). לגישתה עדותו של כדורי בכללותה היתה רצופת סתירות ושגה בית משפט קמא שסמך עליה את ממצאיו. כמו כן טוענת לילי כי הסכם המכר שטוען לו כדורי לא דווח לרשויות המס וגם בכך יש כדי לחזק את המסקנה כי מדובר בעסקה שאינה תואמת את דרישות הדין ובהן דרישת הכתב. לילי מציינת כי בית משפט קמא התעלם ממכתבו של סמי מיום 6.7.2009, שהוגש לו לאחר הגשת סיכומי הצדדים ובו הודה כי לילי לא ידעה על ההסכמה על פה בינו ובין כדורי לגבי מכירת הנכס וכן הודה כי לא אמר אמת בעניין זה בעדות שמסר. לילי סבורה כי מכתב זה יש לו חשיבות מכרעת בהליך דנן

משום שהוא מלמד על שיתוף פעולה הדוק ועל תיאום עדויות בין סמי לכדורי, והאמור בו שומט למעשה את הבסיס עליו נשען פסק דינו של בית משפט קמא. לחלופין טוענת לילי כי יש להורות על השבת הדיון לבית משפט קמא על מנת שסמי ישוב ויחקר בפרשה זו נוכח מכתבו. עוד טוענת לילי כי בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא המקרה דנן אינו נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים את החלת ההלכה שנפסקה בעניין קלמנד וכי כדורי פלש אל הנכס בלא רשות ואילו היא התנהלה בתום לב ביחסיה עימו, ולראיה היא מפנה למכתב ששלחה אליו ביום 8.5.2000, בו התריעה בפניו על ההליכים למימוש המשכנתה שנקט הבנק.

לחלופי חלופין טוענת לילי כי גם אם ייקבע שעליה לפצות את כדורי, יש להפחית את סכום הפיצוי עליו הורה בית משפט קמא, והיא מציינת בהקשר זה כי הנכס נמכר על ידי כונס הנכסים מטעם הבנק בסכום השווה ל-381,000 דולר ארה"ב, שהינו נמוך משמעותית מן השווי שקבע השמאי סיקרון בחוות דעתו (630,000 דולר ארה"ב), אותה אימץ בית משפט קמא. בנוסף טוענת לילי כי שגה בית משפט קמא משלא התייחס להתנהגותו של כדורי ולמחדליו במשך קרוב לעשרים שנים בהן לא נהג מנהג בעלים בנכס, לא ערך הסכם בכתב ולא רשם הערת אזהרה. לטענתה היה מקום לייחס לכדורי בנסיבות העניין "רשלנות תורמת" המצדיקה הפחתת סכום הפיצוי שיש לפסוק לזכותו.

11. לבסוף שבה לילי וטוענת כי היה מקום לדחות את תביעתו של כדורי בשל אי תשלום אגרה כחוק ולמצער היה מקום למחוק את התביעה ככל שהיא נוגעת לסכומים אשר בגינם לא שולמה אגרה (כל סכום העולה על 1.5 מיליון ש"ח, לטענתה). לגישתה, העובדה שכדורי שילם את האגרה בשלב מאוחר יותר אינה מעלה ואינה מורידה והיא מוסיפה ומציינת כי בהחלטתו מיום 15.10.2009 בבקשה לתיקון פסק דין, העלה בית המשפט את סכום הפיצוי המגיע לכדורי באורח ניכר בלא שהורה על השלמת האגרה הנדרשת בעקבות כך ולפי חישוביה מגיע סכום החסר לסך של 18,896 ש"ח. כמו כן טוענת לילי כי שגה בית משפט קמא בכך שהתיר לכדורי בהחלטת התיקון לפצל את סעדיו באופן המאפשר לו להגיש נגדה תביעה כספית נוספת בגין "דמי שכירות ראויים" שהוא טוען להם, ולגישתה החמיץ כדורי את ההזדמנות לעתור לסעד זה אותו היה עליו לכלול בתביעה דנן.

12. כדורי טוען מצידו כי אין להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא וכי צדק בית המשפט בקובעו שיש לסווג את תביעתו על פי מהותה בעת שהוגשה לראשונה כ"תובענה במקרקעין" ובדחותו בשל כך את טענת ההתיישנות. כדורי מוסיף וטוען

בהקשר זה כי ממכתב לילי עולה הודאה ברורה באשר לזכויות שרכש בנכס וגם בשל כך, ובהסתמך על הוראת סעיף 9 לחוק ההתיישנות, דין טענת ההתיישנות להידחות. לחלופין טוען כדורי כי גם אם יש להשקיף על התביעה כתביעה כספית לעניין ההתיישנות, ה"נזק" שבגינו נתבע הפיצוי אירע עם מכירת הנכס בשנת 2005 (במסגרת הליכי מימוש המשכנתה שנקט הבנק). על כן, כך לגישתו, יש למנות את תקופת ההתיישנות ממועד זה ואילך וזאת בהתאם להוראת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין. כדורי מוסיף וטוען כי הוא לא השתהה בהגשת התביעה וכי טענותיה של לילי בעניין זה דינן להידחות.

13. לגופם של דברים טוען כדורי כי יש לדחות את טענותיה של לילי בכל הנוגע לתוכן ההסכם וצורתו. כדורי טוען כי מדובר בהשגות נגד ממצאי עובדה ומהימנות שאינן מצדיקות התערבות והוא עומד בהקשר זה על הראיות השונות שהוצגו (ובהן: מכתב לילי, הצהרותיו של סמי וכן אמרותיה של לילי בהליכים המשפטיים שניהלה), המבססות לטענתו את הקביעה לפיה נערכה בינו ובין סמי עסקת מכר. כמו כן טוען כדורי כי בדין החיל בית משפט קמא במקרה הנדון את הלכת קלמר וזאת נוכח נסיבותיו הייחודיות ויתר הטעמים שמנה. בכל הנוגע לשווי הנכס וסכומי הפיצוי טוען כדורי כי לילי לא הגישה חוות דעת שמאית מטעמה אף שניתנה לה האפשרות לעשות כן ולא חקרה את השמאי סיקרון בחקירה נגדית על חוות דעתו. משכך סבור כדורי כי יש לראות את לילי כמי שהסכימה לחוות דעת השמאי סיקרון והיא מנועה מלהעלות טענות בהקשר זה בשלב הערעור. אשר לבקשה לפיצול סעדים טוען כדורי כי בית משפט קמא ראה לדון בבקשה זו רק לאחר מתן פסק הדין ובמסגרת בקשה לתיקונו וכי אין מקום לטענה שהיה עליו לעתור לכך במסגרת התביעה שכן מדובר בסעד כספי שטרם התגבש.

אשר להשגותיה של לילי בסוגיית האגרה טוען כדורי כי הוא מילא בקפידה אחר הוראות בית המשפט לעניין זה ושילם ביום 26.8.2009 את מחצית האגרה על פי הדרישה שנשלחה אליו וכן שילם ביום 3.11.2009 את המחצית השניה של האגרה בהתאם לדרישה נוספת שקיבל. כדורי מוסיף וטוען כי אין בסיס לטענתה של לילי כאילו שילם אגרה בחסר בציינו כי החישוב שהציגה לילי נעשה על בסיס הסכום הסופי שנקבע בפסק הדין (לרבות הפרשי ריבית והצמדה), בעוד אשר האגרה בתביעה כספית מחושבת על פי הסכום הנתבע, כערכו ביום הגשתה.

14. בד בבד עם סיכומיו הגיש כדורי בקשה להוצאת שני מוצגים מתיק המוצגים שהגישה לילי וכן למחיקת טענותיה בהתייחס למוצגים אלה. שני המוצגים שבהם מדובר הם: מכתבו של סמי מיום 6.7.2009 וחוות דעתו של השמאי אבי מנדלסון אשר

נערכה לבקשת כונס הנכסים ביום 7.3.2005, לצורך הליכי מימוש המשכנתה. לטענת כדורי מכתבו של סמי הוגש לאחר סיום שלב ההוכחות ולאחר הגשת הסיכומים בבית משפט קמא ועל כן, לא ניתן להגישו בשלב הערעור אלא בדרך של הגשת בקשה להוספת ראייה, אותה לא טרחה לילי להגיש. באשר לחוות דעתו של השמאי מנדלסון טוען כדורי כי חוות דעת זו לא הוגשה כראיה לבית משפט קמא וממילא לא ניתן היה להגישה כמוצג בבית משפט זה אלא אם תוכשר הגשתה כראיה נוספת בשלב הערעור, אך בקשה כזו לא הוגשה כאמור על ידי לילי גם לעניין חוות הדעת. לילי מצידה לא התנגדה להוצאת חוות דעתו של השמאי מנדלסון מתיק המוצגים. אולם, בכל הנוגע למכתבו של סמי היא סבורה כי יש לראותו כחלק מן המסמכים שהונחו בפני בית משפט קמא ומשכך אין לגישה מניעה לכלול אותו בתיק המוצגים.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 19.1.2010 הגישה לילי בקשה לעיכוב ביצועו של פסק הדין ובהחלטתו מיום 30.6.2010 קיבל בית משפט זה (כב' השופט א' א' לוי) את הבקשה בכפוף להפקדת ערבות בנקאית בסך של 80,000 ש"ח להבטחת נזקיו של כדורי אם יידחה הערעור. עוד נקבע באותה החלטה כי שכר הטרחה בגין הבקשה לעיכוב ביצוע בסך 5,000 ש"ח, ישתלם לפי תוצאות הערעור.

ד"ן

15. בערעורה שבה לילי ומעלה את סוגיית ההתיישנות שהועלתה כטענת סף בפני בית המשפט המחוזי. כזכור נדחתה טענה זו מן הטעם שתביעתו המקורית של כדורי היתה על פי מהותה "תובענה במקרקעין" כמשמעותה בסעיף 5(2) לחוק ההתיישנות וכן מן הטעם שביום בו הוגשה תביעתו המקורית של כדורי (18.1.2004) טרם חלפו ולו חמש עשרה שנים מן המועד שבו התעוררה לראשונה מחלוקת בין הצדדים באשר לזכויותיו של כדורי בנכס (מכתב לילי מיום 6.10.1991).

מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה יש לדחות את טענת ההתיישנות שהעלתה לילי מקובלת עליי - אם כי לא מטעמיו - כפי שיובהר להלן. אך דומני כי טרם שנידרש לסוגיית ההתיישנות ראוי לבחון האם נכרת במקרה דנן הסכם מכר תקף לרכישת הנכס על ידי כדורי. שאלה זו מצריכה התייחסות בשני היבטים. בהיבט העובדתי - בהינתן הגרסאות הסותרות שהציגו הצדדים, ובהיבט המשפטי - בהינתן העובדה כי בין הצדדים לא נערך וממילא לא נחתם הסכם כתוב.

16. ככל שבהיבט העובדתי מדובר קבע בית משפט קמא: "לא נותר ספק בליבי, כי אכן נערכה עסקה לרכישת הדירה על ידי [כדורין]", בציינו כי העסקה סוכמה בין כדורין לסמי בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת ולילי שהינה הבעלים הרשום של הנכס היתה מודעת לעסקה זו ונתנה לה את "הסכמתה המלאה". בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי כדורין שילם לסמי את מלוא התמורה המוסכמת בגין הנכס (218,800 דולר ארה"ב); כי החזקה בנכס נמסרה לכדורין אשר השכיר אותו לשוכרים שונים מאז שנת 1991; וכי כדורין הוא שגבה את דמי השכירות מידי השוכרים עד שנת 2002, עת תפס כונס הנכסים מטעם הבנק חזקה בנכס במסגרת הליכי מימוש המשכנתא.

בממצאיו אלה נסמך בית המשפט המחוזי על שלושה אדנים ראייתיים מרכזיים: האחד - מכתבה של לילי אל כדורין מיום 6.10.1991 (מכתב לילי) הכולל הודאה מפורשת מצד לילי בכך שכדורין אכן רכש את הנכס ושילם לסמי סכומים תמורתו, אם כי לגישתה (כפי שפורטה באותו המכתב) כדורין טרם שילם באותו שלב את מלוא הסכומים המגיעים מידי עבור הנכס, בעיקר בהתחשב בשיפוצים שנערכו בו. בשל כך כתבה לו לילי כי: "כל עוד לא סגרת חשבון אתה לא הבעלים של הדירה... אתה מעולם לא ישבת ועשית חשבון ומעולם לא קיבלת מפתח לדירה". השני - תצהירו של סמי שנערך ביום 11.12.1998 דהיינו - כחמש שנים לפני הגשת התביעה על ידי כדורין, בו הצהיר סמי באופן מפורש כי הנכס יועד לכתחילה לכדורין, וכי כדורין שילם לו את מלוא התמורה המוסכמת בגינו. כן אישר סמי באותו תצהיר כי לילי מסרבת לפעול לרישום זכויותיו של כדורין בנכס "חרף העובדה שהיא יודעת את העובדות הנכונות והאמיתיות וכי הדירה שולמה ויועדה להירשם על שמו של כדורין פרץ". עוד ציין סמי באותו תצהיר כי הוא מוכן לחתום על כל מסמך לצורך רישום "חלק הבית והמגרש" השייך לכדורין על שמו. תצהיר זה נחתם בזמנו בפני עורך דין ברקוביץ' לבקשת כדורין לאחר שהבין כי לילי מתכחשת לזכויותיו וכי נרשמה משכנתא על הנכס לטובת הבנק, והוא הוצג על ידי כדורין כראיה בבית משפט קמא. כמו כן, הוגש לבית משפט קמא תצהיר עדות של סמי מיום 6.3.2007 המציג גרסה דומה ובו ציין סמי בין היתר כי: "לילי היתה מודעת היטב למכירת הדירה ל[כדורין], וכיום, לאור מצבה והסכסוך עימי היא מנסה לעשות ב[כדורין] שימוש ציני בנסיון להיחלץ מצרותיה" (סעיף 29ג). בחקירתו הנגדית בפני בית משפט קמא שב סמי ואישר כי לילי ידעה שנכרת הסכם למכירת הנכס "מהיום הראשון" (ראו פרוטוקול מיום 10.10.2007, בעמ' 384, 395, 468, 471) ובהודעה שמסר תחת אזהרה לאגף מס הכנסה ומס רכוש ביום 6.3.1988 (מוצג י"א מטעם כדורין) הוסיף סמי וסיפר כי כדורין שילם לו סך כולל של כ-200,000 דולר ארה"ב בגין הדירה במספר תשלומים אותם פירט. השלישי - עדותו של כדורין אותה מצא בית המשפט אמינה ומשכנעת וזאת בניגוד לעדותה של לילי לגביה ציין בית

המשפט כי היא "היתה רצופה סתירות והתחמקויות". בהקשר זה עמד בית המשפט על כך כי לראשונה בשנת 2000 העלתה לילי את הגרסה כאילו הכספים ששילם כדורי לסמי היו הלוואה ואין מדובר בתמורה עבור הנכס, בהדגישו כי גרסה זו אינה מתיישבת כלל עם האמור במכתבה אל כדורי משנת 1991 (מכתב לילי). כמו כן דחה בית המשפט את טענתה של לילי לפיה כדורי פלש אל הנכס ולא קיבל את המפתח מעולם, בציינו כי טענה זו נטענה על ידה בעלמא והיא נסתרת נוכח עדותו של סמי שסיפר כי מסר את מפתחות הנכס לגיסו של כדורי בהתאם להוראה שקיבל בעניין זה מכדורי. עוד ציין בית המשפט כי במשך למעלה מעשור השכיר כדורי את הנכס וגבה את דמי השכירות בלא שלילי המתגוררת בסמוך נקטה בהליך כלשהו נגדו. הליך כזה - שנמחק לבקשתה סמוך לאחר הגשתו - הוגש על ידה רק בשנת 2002 לאחר שהבנק החל בהליכים למימוש הנכס.

17. קביעות עובדתיות אלה שקבע בית משפט קמא מבוססות כדבעי על חומר הראיות שהוצג ועל התרשמותו הבלתי אמצעית מן העדים שהעידו בפניו, וכלל נקוט הוא בדינו כי לא בנקל נתערב כערכאת ערעור בקביעות עובדה ובמצאי מהימנות שקבעה הערכאה המבררת בשל היתרון המובהק הנתון לה בהקשר זה. התערבות כזו שמורה למקרים חריגים ביותר בהם התעלמה הערכאה המבררת מראיות שהיו בפניה או הסיקה מהן מסקנות שגויות ובלתי מבוססות על פניהן (ראו ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)). אין זה המקרה שבפנינו ומשכך, אנו מאמצים את קביעותיו ומסקנותיו העובדתיות של בית משפט קמא בכל הנוגע לעסקה שסוכמה בין כדורי לסמי על דעתה ובהסכמתה של לילי בדבר רכישת הנכס על ידי כדורי וכן בכל הנוגע לכך שכדורי שילם עבור הנכס את מלוא התמורה עליה הוסכם ביניהם, קיבל בו חזקה ונהג בו מנהג בעלים לאורך שנים.

18. דא עקא, עסקינן ברכישת נכס מקרקעין ומשכך יש להוסיף ולבחון האם מן ההיבט המשפטי היעדרו של מסמך בכתב שולל מן העסקה את תוקפה.

סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), קובע

כי:

"חווה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסויימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".

באשר להתחייבויות לעשות עסקה במקרקעין אכן קובע חוק המקרקעין בסעיף 8 "צורה מסוימת" כזו ומורה כי:

"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך  
בכתב".

דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין איננה דרישה ראייתית. היא דרישה מהותית ומשכך מותנה תוקפה המשפטי של ההתחייבות בקיומו של מסמך בכתב (ראו: ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 788-789 (1972) (להלן: עניין גרוסמן); ע"א 146/72 חברת האחים מנשה וויקטור לוי בע"מ נ' גולדמן, פ"ד כז(1) 321, 323 (1973); ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 290-291 (1979) (להלן: עניין רבינאי); ע"א 4707/90 מיורקס נ' חברת ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ, פ"ד מז(1) 17, 24 (1993)). לדרישת כתב מהותית בעסקאות הנוגעות לזכויות במקרקעין בדין האנגלי ובדין האמריקאי (ראו:

Section 2 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989; Igor Stramigoni, *When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's "Abandonment" of Everyday Life*, 12 LAW AND CRITIQUE 105 (2001); UCC Section 2-201 (Statute of Frauds); J.D. Calamari & J.M. Perillo THE LAW OF CONTRACTS (5<sup>th</sup> ed., 2003), pp. 757-762).

הטעם העיקרי לדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין נעוץ בחשיבות שמייחס המחוקק להתחייבויות לעשיית עסקאות במקרקעין ובצורך להבטיח את רצינותן (ראו: עניין רבינאי, 290-291; גבריאלה שלו דיני חוזים - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382 (2005) (להלן: שלו, חוזים); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח(1) 383, 387-388 (1989) (להלן: כהן, צורת החוזה)). דרישת הכתב נועדה, אם כן, להדגיש כי מדובר בהתחייבויות שיש להתייחס אליהן בכובד ראש והיא מבקשת להגן על הצדדים מפני התקשרויות חפוזות העלולות להתבצע בלא שהופעל על ידי מי מהם שיקול דעת מושכל. כמו כן, מושגת באמצעות דרישת הכתב ודאות באשר לתוכנה של העסקה במקרקעין ויש הרואים גם בכך מטרה רלוונטית, בהינתן החשיבות שמייחס המחוקק לעסקאות במקרקעין (ראו: ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג(3) 165, 171 (1989) (להלן: עניין אהרונוב); ע"א 7388/97 עזבון המנוח משה שמיר ז"ל נ' דולב, פ"ד נג(1) 596, 608 (1999) (להלן: עניין שמיר); ע"א 2143/00 לוי נ' שולד, פ"ד נז(3) 193, 200-201 (2003) (להלן: עניין לוי)). דרישות כתב נוספות הפזורות בחקיקה הישראלית אשר פורשו כמהותיות מטעמים דומים, ניתן למצוא בסעיף 5(א) לחוק

המתנה, תשכ"ח-1968; סעיף 19 לחוק ההתיישנות; סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973; סעיף 7 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957; סעיף 26 לחוק הספנות, תש"ך-1960; סעיף 17 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.

19. עמידה דווקנית על דרישת הכתב עלולה עם זאת לעורר קשיים לא מבוטלים עד כי "השכר שבהחמרה יצא בהפסד של ביטול עסקאות גם במקרים בהם הוכחה כוונה ברורה וחד משמעית להתקשרות מחייבת" (ראו ע"א 478/84 דובשני נ' חממי, פ"ד מא(2) 244, 248 (1987)). כך, למשל, עלולה דרישת הכתב לשמש אמתלה בידי צד המבקש "להתחכם ולהתחמק" בחוסר הגינות מהתחייבות שנקשרה על פה (ראו: ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278, 291 (1988) (להלן: עניין זוננשטיין); שלו, דיני חוזים, 386; כהן, צורת החוזה, 388-389; נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז 13 (תשמ"ז) (להלן: כהן, דפוסי החוזים)). ואכן, לא אחת זימנה המציאות לבתי המשפט מקרים אשר בהם התעורר קושי בהחלת הכלל המחמיר והנוקשה שנקבע לכתחילה בעניין גרוסמן ולפיו: "לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום" (789). משכך, החלו בתי המשפט לפתח בהדרגה "תורה מרכזת" לאותו הכלל. על הצורך בפיתוח תורה כזו בצד מיונה של דרישת הכתב כדרישה מהותית עמד פרופ' פרידמן כבר בשנת 1980 במאמרו "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג 4 (תש"ם), באומרו:

"אין לנו עדיין תורה המרככת, במקרים מתאימים, את דרישת הכתב, למשל כאשר מטרת הכתב מולאה בדרך אחרת, כגון על-ידי זה שעיקר ההסכם קויים, או כאשר עמידה על דרישת הכתב עומדת בניגוד לדרישת תום לב, או כאשר התובע שינה מצבו בהסתמך על התנהגות הנתבע. אפשר שתורה כזו תפתח ברבות הימים, ואפשר גם שבמקרים אחדים יוכל התובע להסתמך על סעיף 12 לחוק החוזים כלפי נתבע המתגונן בטענה שהמסמך איננו שלם... די להצביע על כך שמיון דרישת הכתב לקטגוריה מהותית פירושו לא היה שיבוץ הסוגיה לתיבה מלאה פתרונות אלא לתיבה הטעונה עדיין מילוי" (שם, 9-10).

"תיבת הפתרונות המרכזים" החלה אכן להתמלא אט אט. הגישה הנוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום (ראו: ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617 (1974); ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 296 (1974); ע"א 269/77 בוגנים



צ'צ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח אברהם כץ, פ"ד לב(2) 203, 205-206 (1978)), פינתה בהדרגה את מקומה לכלל גמיש שיש בו איזון בין פורמליזם לשיקול דעת שיפוטי (כהן, צורת החוזה, 452) או "בין הערך המיחס משקל לעניין הצורני לבין דרישת המהות שעיקרה - הבאה לתוצאה צודקת תוך מתן משקל לכוונת הצדדים" (ראו עניין לוי, 204; לסקירה רחבה ומפורטת של פיתוח "התורה המרכזית" בפסיקה הישראלית על כל שלביה ראו משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על-פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קרית המשפט ו 231, 244-249 (תשס"ו) (להלן: גלברד); ראו גם שירלי רנר "דיני חוזים - מגמות והערכה" משפטים כא 33, 39-40 (תשנ"א). לגישה ביקורתית לפיה ריכוך דרישת הכתב בפסיקה רוקן אותה למעשה מתוכן ראו: כהן, דפוס החוזים, 42; אסף פוזנר "דוקטרינות ישנות, סוגיות חדשות; דברים שבכתב - האם אתה רשאי לומר בעל-פה?" עתיד להתפרסם בספר בך (2011)).

כך, קבעה הפסיקה כי 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); עניין רבינאי, 288; ע"א 442/81 גרומט נ' סרוטי, פ"ד לו(4) 214, 220 (1982); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה, פסקאות 27-28 (טרם פורסם, 12.11.2009) - בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנ"א 9580/09 פוארסה נ' פוארסה (טרם פורסם, 24.1.2010); ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, פסקה 9 (טרם פורסם, 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); עניין אהרונוב, 170-171; ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשביי, פ"ד מה(5) 410 (1987); ע"א 423-424 (1991); ע"א 5511/06 אמינוף נ' א.לוי השקעות ובנין בע"מ, פסקה ט"ו (טרם פורסם, 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].

20. בכל המקרים הנזכרים לעיל, קיים היה מסמך כתוב כלשהו שהוכן על ידי הצדדים לעסקה והוא ששימש נקודת משען לריכוך דרישת הכתב על ידי בית המשפט. בעניין קלמר לא היתה בנמצא נקודת משען כזו ואף על פי כן פתח בית המשפט בנסיבותיו של אותו מקרה פתח משמעותי להכיר בתוקף המשפטי של התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין גם בהיעדר מסמך כתוב כלשהו. בעניין קלמר נפסק כי במקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" ניתן להתגבר על "דרישת הכתב" הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין מכוח סעיף 12 לחוק החוזים המטיל על הצדדים חובת תום לב בשלב הטרם חוזי (ראו לעניין זה גם דעת היחיד של השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין זוננשטיין, 291; וכן ראו שלו, דיני חוזים, 388-389, הסבורה כי המסגרת הנורמטיבית הראויה בהקשר זה עשויה להיות סעיף 39 לחוק החוזים). אשר לטיבם של מקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" כאלה בהם גובר עיקרון תום הלב על "דרישת הכתב", קבע השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין קלמר כי:

"המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעקרון הכתב" (שם), (197).

השופט ברק הוסיף והדגיש כי לא ניתן להציג רשימה סגורה של מצבים כאלה, המשתנים על פי נסיבות החיים אך הוא אימץ בהסכמה את גישתה של פרופ' נילי כהן במאמרה שכבר הוזכר לעיל, הסבורה כי:

"ראוי להעניק תפקיד מרכזי לשני רכיבים: האחד, האם התחולל שינוי מצב בעקבות החוזה (הבלתי אכיף או הבלתי תקף), כגון שהוא קויים או שהיתה עליו הסתמכות; השני, מהי מידת אשמתו של הצד המתנער מביצוע החוזה. משקלם המצטבר של שני הרכיבים הוא שיכריע אם במקרה נתון ניתן לוותר על דרישת הכתב" (כהן, צורת החוזה, 440).

השופט א' גולדברג הסכים אף הוא בעניין קלמר כי ניתן להכיר בעיקרון תום הלב כאמצעי ל"התגברות" על דרישת הכתב, אך הדגיש שיש להקפיד כי "יישום עיקרון זה לא ייפרץ מעבר למותחם, ויגבל למקרים שבהם היתה הסתמכות משמעותית על החוזה..." (עניין קלמר, 198), ואילו השופט י' זמיר סבר כי ניתן באותו מקרה לקבוע על יסוד תורת הביצוע החלקי (part performance) כי הביצוע יש בו להעיד, לא פחות

ממסמך, על גמירת הדעת של הצדדים ועל מסוימות העסקה והציע להותיר בצריך עיון את השאלה האם ניתן להתגבר על דרישת הכתב באמצעות עקרון תום הלב (שם, 192-195); לביקורת שנמתחה באנגליה על תורת הביצוע החלקי ולביטולה שם ראו פסק דינו של בית המשפט לערעורים [2000] 1 All ER 711 Yaxley v Gotts and Gotts; אך ראו לעניין זה סעיף 121 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, המורה: "נקבע בדין או בחוזה כי צורה מסוימת של החוזה היא תנאי לתוקפו, ותנאי זה לא קויים, אך החוזה קויים במלואו או בחלקו המהותי, יראו את דרישת הצורה כאילו קוימה".

21. הלכת קלמדר אשר נפסקה בשנת 1996 יושמה מאז בעיקר בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים (ראו: ת"א (חי') 1452/98 עיראקי נ' קאסם, פסקה 13 (לא פורסם, 27.7.2003); ה"פ (ת"א) 779/03 פוגל נ' פאר רחובות חברה לבניין בע"מ, פסקה 4(ח) (לא פורסם, 28.7.2004); בר"ע (ת"א) 3029/05 חאג' יחיא נ' חאג' יחיא, פסקאות 16-17 (לא פורסם, 18.6.2006); ע"מ (חי') 358/06 נ' ט.א., פסקה 18 (לא פורסם, 25.9.2006); ת"א (ת"א) 2402/01 יצהרי נ' בר (לא פורסם, 20.9.2006); ת"א (חי') 8054-06-09 קמפאניה נ' חוא, פסקה 34 (טרם פורסם, 26.3.2010)) ואילו בית משפט זה, אף שלא סטה מהלכת קלמדר, לא מצא מאז מקרה מתאים ליישמה (ראו: עניין שמיר, 608; עניין לוין, 204-205 אך ראו 201; ע"א 8144/00 עלדיג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158, 168-169 (2002); רע"א 1681/10 עיני נ' טידי, פסקאות ז'-ח' (טרם פורסם, 5.7.2010). כן ראו גלברד, (247-248).

22. בענייננו, סבר כאמור בית המשפט המחוזי כי יש מקום ליישם את הלכת קלמדר בציינו כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים מיוחדים ש"זעקת ההגינות" עולה בהם ומצדיקה מתן תוקף משפטי לעסקה חרף היעדר מסמך כתוב, כדרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין.

דעתי כדעתו.

אכן, כמו בעניין קלמדר אין בנמצא גם בענייננו מסמך כלשהו המעגן את ההתחייבות לעשיית העסקה, ובמאמר מוסגר יוער בהקשר זה כי הנסיון שעשה בית משפט קמא לבחון האם מכתב לילי עונה על דרישת הכתב מעורר קושי משום שמדובר במסמך אשר נערך ונשלח אל כדורי בשנת 1991, דהיינו שנים לאחר ההתקשרות בהסכם הנטען ולאחר שההסכם כבר בוצע ברובו. לכן, נראה כי יותר משניתן להתייחס אליו כאל מסמך העונה על דרישת הכתב המהותית שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, יש בו

משום דאיה בדיעבד על דבר ההתקשרות בהסכם הנטען וכך אכן התייחס אליו בית משפט קמא בסופו של דבר.

עם זאת, הנתונים הייחודיים של המקרה דנן הובילו את בית המשפט המחוזי, ובצדק, אל המסקנה כי שחרור לילי מן ההתחייבות למכור את הנכס לכדורי, גם אם זו ניתנה על פה, נוגד את עקרון תום הלב ואין להסכיין עימו. הטעמים העיקריים אותם מנה בית המשפט המחוזי לביסוס מסקנתו זו היו הסתמכותו של כדורי על ההסכם וקיום חלק הארי של ההתחייבויות על פיו וכן התנהלותה הבעייתית של לילי במטרה להתנער בחוסר תום לב מן המוסכם. לעניין הסתמכותו של כדורי ציין בית המשפט כי הוא שילם לסמי את מלוא התמורה שעליה הוסכם ואף קיבל לידיו את החזקה בנכס ונהג בו מנהג בעלים לאורך שנים בהשכרת הנכס ובקבלת דמי השכירות. בשנת 1998 ומשעלו אצל כדורי חששות כי לילי מבקשת להתנער מן ההסכם, אף ביקש כדורי וקיבל תצהיר מסמי המאשר את דבר ההתקשרות בעסקה ואת הזכויות שהוקנו לו בנכס על פיה. לילי מצידה לא נקטה צעד כלשהו נגד השימוש שעשה כדורי בנכס עד משלוח המכתב משנת 2000 וההליכים הנוספים שנקטה בשנת 2001 ו-2002, כמתואר לעיל.

23. חוסר תום הלב שאפיין את התנהלותה של לילי במקרה דנן משתקף היטב במכתב אותו כתבה לכדורי בשנת 1991 (מכתב לילי). במכתב זה וכפי שכבר צוין, הודתה לילי בפה מלא כי כדורי אכן רכש את הנכס. למרות זאת התריסה כלפיו כי היא מתכוונת לנצל את היעדרו של מסמך כתוב וכן את העובדה שהיה זה סמי שהתקשר בשמה עם כדורי, על מנת להתנער לחלוטין מן העסקה ומחובתה לרשום את הבעלות בנכס על שם כדורי וזאת בשל טענות שונות שהיו לה כלפיו, בין היתר, בנוגע לתשלומים עבור שיפוצים שבוצעו בנכס ואביזרים שהותקנו בו. וכך כתבה לילי באותו מכתב:

“מאחר ואין לך הסכם כתוב אתה בבעיה עוד יותר גדולה, באימים של סבאח ובקללות לא תפתר הבעיה שלך, קח את עצמך בידיים ובוא סיים את העניין לטובתך.

אני מודיעה לך כדורי מעל גבי מכתב זה, במקרה והדירה תושכר ואתה לא תגיע מיד לסיים את העניין, תשכח מיזה שתזכה פעם לעשות העברה לדירה שלך, אתה לא יושב בשמים ולא יודע מה יהיה מחר. זה כבר לא תלוי בסמי. העברה רק אני יכולה לעשות לך, אני לא סמי ואני לא אחכה שתבוא מתי שמתחשק לך, כי אם, קח תעשה ותבוא כשיתחשק לך, אז לי לא יתחשק לעשות לך העברה, ודע לך אני מצפצפת על כל הכסף שבעולם, אתה לא מכיר אותי מספיק טוב, לא יעזור לך שום דבר, אם

אני אתעקש, העברה לא יהיה לך לעולמים וכך אעשה, ולא מעניין אותי מכלום, לעולם הדירה לא תירשם בשימך, אל תחשבו לרגע שניצחתם בסיבוב הראשון הסוף ידבר, אז אנא אל תיתן לי ליישם את דברי, בוא] ותפתור את בעיותייך.

דע לך שכבר לא מעניין אותי דבר מצדי תגישה תביעה נגד סמי כשהוא לא יעביר לך את הדירה, איתי אין לך עסק, אני לא מכרתי לכם דירה, לך תשבור את הראש איתו אני לא אעביר לך את הדירה לעולמים וכשאני רוצה אני עקשנית מאוד, קח זאת לתשומת ליבך" (עמ' 9-10 למכתב).

מן הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא עולה כי לילי אכן מימשה את "איומיה" אלה בכך שבניגוד לסמי סירבה לתת בידי כדורי ולו בדיעבד אסמכתא כתובה לרכישת הנכס על ידו או לפעול לרישום הזכויות שרכש (ראו עדותו של סמי בעמ' 400, 473 לפרוטוקול מיום 10.10.2007). כמו כן, נתנה לילי ידה לרישום משכנתה על חלקה 89 ודחתה את בקשתו של סמי לפנות אל הבנק על מנת שיחריג את הנכס מן המקרקעין ששועבדו לטובתו, למרות שידעה כי בכך עלולות זכויותיו של כדורי בנכס להיפגע (ראו עמ' 415 לפרוטוקול מיום 10.10.2007), וכך אכן אירע בסופו של דבר כתוצאה ממימוש המשכנתה על ידי הבנק. לשיא של חוסר תום לב הגיעו הדברים עת הציגה לילי בהליך דנן גרסה שיקרית כאילו הכספים ששילם כדורי לסמי עבור הנכס לא היו אלא הלוואה. גרסה זו נסתרת בעליל נוכח "הודאת בעל דין" העולה מן המכתב שכתבה, בו מאשרת לילי כאמור בפה מלא שכדורי אכן רכש את הנכס, ועמד על כך בית משפט קמא.

24. בהינתן כל האמור לעיל נראה כי שלילת התוקף המשפטי מן העסקה בשל היעדר כתב אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב ומכוחו יש להעמיד את העסקה בחזקתה. לא נעלמה מעיני העובדה כי העסקה לא דווחה לשלטונות המס והדבר רובץ לפתחו של כדורי לא פחות משהוא רובץ לפתחם של סמי ולילי. אכן, התנהלות כזו של הצדדים עשויה במקרים מסוימים להוות אחד השיקולים החוסמים את יישומה של הלכת קלמדר (ראו למשל עניין לוין, 204), אך לא זה המקרה שבפנינו. מן העדויות עולה כי הסיבה העיקרית אשר בגינה לא נערך מסמך כתוב בין סמי לכדורי נעוצה בכך שמדובר בקרובי משפחה שהאמינו זה לזה (ראו: עמ' 407-405 לפרוטוקול עדותו של סמי מיום 10.10.2007; עמ' 51-52 לפרוטוקול עדותו של כדורי מיום 4.9.2007). ודוק: מקובלת עליו לחלוטין עמדתו של השופט (כתוארו אז) ת' אור בעניין שמיר הנ"ל לפיה אין ליצור בהקשר זה קטגוריה נפרדת המקלה עם בני משפחה לעניין דרישת הכתב, וכלשונו:

"... המבנה המשפטי שעליו סמך בית משפט קמא את הכרעתו - היינו, כי נוכח טיבם המיוחד של היחסים שבין בני-זוג, התקשרויות רצוניות ביניהם נהנות מפטור גורף מתחולת סעיף 8 לחוק המקרקעין - מעורר בעיניי קושי ממשי. לפטור האמור אין יסוד בחוק המקרקעין או במטרתו. יש בו כדי לפתוח פתח רחב ביותר לטענות שונות ומשונות בדבר שלל התקשרויות בתחום המקרקעין, אף שלא הועלו על הכתב" (שם, 608; ראו גם ע"א 9287/07 דנוך נ' נגר, פסקה 14 (טרם פורסם, 1.3.2011)).

אך משהוכח כי קרבת המשפחה בין הצדדים היא שעמדה ביסוד הווייתור על המסמך הכתוב ולא הרצון להונות את שלטונות המס, אין באי הדיווח כדי לשלול את קיומה של "זעקת הגינות" במקרה דנן.

25. אלמלא המשכנתה שנרשמה על חלקה 89 לטובת הבנק ואלמלא מכירת הנכס בהוצאה לפועל עם מימושה, היה הפועל היוצא מן המסקנה שאליה הגעתי מתן סעד של אכיפת הסכם המכר ביחסים שבין לילי לכדורי. ובמילים אחרות - צו המורה על השלמת העסקה תוך חיובה של לילי להעביר את הבעלות בנכס על שמו של כדורי בלשכת רישום המקרקעין ולמצער, ככל שהרישום אינו אפשרי בשלב זה בשל היעדר פרצלציה, רישום הערת אזהרה בדבר זכויותיו של כדורי בנכס על מנת שתירשמנה בבוא העת. אולם, משנמכר הנכס לצד ג' במסגרת הליכי מימוש המשכנתה סמוך לאחר הגשת התביעה על ידי כדורי, סעד כזה אינו אפשרי עוד. על כן, הפך הסעד הכספי אותו תבע כדורי תחילה כסעד חלופי בלבד בתביעתו המקורית, לסעד העיקרי בתביעה המתוקנת. כוונתי לסכום שעותר לו כדורי כחלף-אכיפה כדי שוויו של הנכס. סעד כספי זה לא ניתן היה לפסוק לכדורי כל עוד עמדה על הפרק תביעתו לאכיפת ההסכם ולקבלת הנכס בעין שכן היה בכך משום כפל תרופה בגין אותו אינטרס (אינטרס הקיום) (ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים - התרופות; לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 83-84 (2009); דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" בתוך: 90 דניאל - עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 143-144 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)). אך משלא יוכל עוד כדורי לזכות בנכס עצמו, יש לפסוק לו את שוויו וכך פסק בצדק בית משפט קמא.

יחד עם זאת ובכל הנוגע לסכום שנפסק בהקשר זה, דעתי שונה מדעתו של בית משפט קמא. כפי שצויין, ראה בית משפט קמא לאמץ בעניין זה ללא סייג את חוות

דעתו של השמאי סיקרון מטעם כדורי ופסק לו בהתאם סך בשקלים השווה ל-630,000 דולר ארה"ב, לפי השער היציג ליום עריכת חוות הדעת (7.6.2005). בפסק דינו ציין אמנם בית המשפט כי הוא אינו מתעלם מן העובדה שהנכס נמכר בהוצאה לפועל במסגרת הליכי מימוש המשכנתה תמורת 381,000 דולר ארה"ב בלבד, אך סבר כי אין בכך כדי להשליך על הסכום שיש לפסוק לכדורי, בהדגישו כי לילי בחרה שלא להגיש חוות דעת מטעמה לעניין שווי הנכס ואף לא חקרה את השמאי סיקרון מטעם כדורי. נראה לי כי בכך שגה בית המשפט קמא. עיון בחומר הראיות מלמד כי הנכס נמכר בהוצאה לפועל ביום 1.6.2005, דהיינו - שישה ימים בלבד לפני המועד שבו נערכה חוות דעתו של השמאי סיקרון, וגם אם מביאים בחשבון את העובדה שמכירה בהליכי הוצאה לפועל אינה דומה למכירה בתנאי שוק חופשי (לקונה מרצון ממוכר ברצון), עדיין הפרש כה משמעותי (כ-40%) בין התמורה ששולמה עבור הנכס בפועל לבין שווי הנכס על פי חוות דעת השמאי סיקרון שנערכה באותם ימים ממש, הוא הפרש שקשה לקבל. העובדה כי השמאי סיקרון התעלם לחלוטין מן המכירה בפועל כאמור ולא הבהיר כיצד, למרות התמורה שנתקבלה מאותה מכירה, הוא מעריך את שווי הנכס בכ-40% יותר, פוגמת לדעתי בחוות דעתו עד כי לא היה מקום לאמצה ככתבה וכלשונה.

חזקה על ראש ההוצאה לפועל שלא היה מאשר את מכירת הנכס בלא שתוצג בפניו שומה עדכנית באשר לשווי (ראו: רע"א 2077/92 אדלסון נ' רייף, פ"ד מז(3) 485, 500 (1993); רע"א 5609/03 אד מרי השקעות בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות, פ"ד נח(3) 97, 104 (2004)). על כן, משאושרה מכירתו של הנכס תמורת 381,000 דולר ארה"ב שישה ימים בלבד לפני המועד שבו נערכה חוות דעתו של השמאי סיקרון, היה על בית המשפט להביא נתון משמעותי זה שהוצג בפניו בגדר שיקוליו לצורך קביעת שווי הנכס. העובדה שלילי בחרה לא להציג חוות דעת נגדית מטעמה אינה מעלה ואינה מורידה בהקשר זה. מדובר בנתון אובייקטיבי שהיה בפני בית המשפט, המשליך ישירות על שווי הנכס בעקבות מכירתו בפיקוח ראש ההוצאה לפועל ובאישורו ואילו חוות דעתו של השמאי סיקרון, גם אם לא הוצגה כנגדה חוות דעת מטעם לילי, היא חוות דעת מטעם צד מעוניין (כדורי). לפיכך, ראוי היה כי התמורה שנתקבלה בפועל עבור הנכס עם מכירתו בהליכי מימוש המשכנתה תהווה נקודת מוצא לצורך קביעת שווי, וככל שיש להוסיף סכום כלשהו על תמורה זו בשל העובדה שמדובר בסכום שנתקבל במימוש מהיר בהליכי הוצאה לפועל, ניתן לקבוע תוספת זו על דרך האומדן. להערכתו יש להוסיף מטעם זה 15% על הסכום האמור ובסך הכל, יש להעמיד את הפיצוי שזכאי לו כדורי על סכום בשקלים השווה ל-438,150 דולר ארה"ב, לפי השער היציג של הדולר ביום 1.6.2005, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מאותו מועד ועד יום התשלום בפועל.

כמו כן, בהינתן העובדה כי התנהגותו של כדורי במקרה דנן לא חפה מאשם ולו משום שלא דאג לעריכתו של מסמך כתוב בקשר עם העסקה ובכך תרם את תרומתו ל"תסבוכת המשפטית" שנוצרה, אינני סבורה כי היה מקום להוסיף ולפסוק לזכותו גם דמי שכירות בגין התקופה שמיום תפיסת הנכס על ידי הבנק ועד יום מתן פסק הדין. אכן, נוכח ה"אשם התורם" שיש לייחס לכדורי בנסיבות העניין לא היה לדעתי מקום להוסיף ולפסוק לו גם נזק תוצאתי זה (ראו אריאל פורת הגנת האשם התורם בדיני חוזים 173-177 (1997); ראו והשוו: ע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' שוורצבורד, פ"ד לו(4) 197, 210 (1982); ע"א 2381/06 אי.א.ט.אי יעוץ והכוונה בע"מ נ' מכללת פתח תקווה בע"מ, פסקה 47 (טרם פורסם, 12.7.2010)).

26. כפי שצוין בפתח הדיון שבה לילי והעלתה בערעור טענות סף בדבר התיישנות ושיהוי אותן דחה בית משפט קמא.

#### טענות אלה דינן להידחות.

אשר לסוגיית התיישנות - בצדק התייחס בית המשפט המחוזי אל מועד הגשת תביעתו המקורית של כדורי (18.1.2004) ולא אל מועד הגשת התביעה המתוקנת (25.10.2005), כמועד הקובע לעניין זה (ראו: ע"א 728/97 קירור - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקעי מעמק חפר והשומרון בע"מ נ' זייד, פ"ד לד(4) 126, 131 (1980); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 350-351 (מהדורה שביעית, 1995)). אולם, בכל הנוגע לסיווגה של התביעה לצורך התיישנות שגה בית משפט קמא בקובעו כי מדובר ב"תובענה במקרקעין", תוך שהוא נסמך על העובדה שהסעד העיקרי שעתר לו כדורי בתביעתו המקורית הוא סעד במקרקעין, קרי הצהרה על זכויות הבעלות שרכש בנכס לטענתו ואכיפתן. כזכור, עתר כדורי לתיקון תביעתו המקורית בעקבות מימוש המשכנתה על ידי הבנק, בציינו כי סעד זה אינו בר ביצוע עוד. משהותר לו התיקון והוא מיקד את תביעתו המתוקנת בסעדים כספיים שעיקרם פיצוי בגין שווי הנכס (אותו תבע תחילה כסעד חלופי), היה על בית המשפט להתייחס לעילות ולסעדים של התביעה במתכונת מתוקנת זו. אלא שגם בכך אין כדי להועיל לילי וטענתה בדבר התיישנות התביעה דינה להידחות מן הטעם שעסקינן בסעד המהווה, כפי שכבר צוין לעיל, חלף-אכיפה ובו נאלץ כדורי להסתפק כסעד עיקרי משהתברר כי בתחרות בינו ובין הבנק כבעל המשכנתה, ידו של הבנק על העליונה. בנסיבות אלה וגם על פי מבחן "תוכן התביעה" (ראו ע"א 9382/02 בולוס ובניו חברה לאירוח ותיירות בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 31 (טרם פורסם, 10.6.2008)), דומני כי יש להשוות סעד



כספי זה מבחינת תקופת ההתיישנות לסעד של אכיפה במקרקעין (למקרה אחר שבו נקבע כי התובע לא היה זכאי לכתחילה לסעד של אכיפה ועל כן נפסק כי תביעתו הכספית להשבה התיישנה בחלוף שבע שנים ראו ע"א 216/80 בוידאר נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 561 (1984)). על כן, ובהינתן העובדה כי המקרקעין במקרה דנן הם מקרקעין מוסדרים, חלה גם לגבי התביעה במתכונתה המתוקנת (לסעד כספי כדי שווי הנכס) תקופת התיישנות של עשרים וחמש שנים. תקופה זו אליבא דכולי עלמא טרם חלפה ביום הגשת התביעה המקורית של כדורי (18.1.2004), וזאת בין אם מירון ההתיישנות החל כקביעת בית משפט קמא ביום שכדורי קיבל את מכתב לילי (6.10.1991), ובין אם תחילתו ביום רישום המשכנתה לטובת הבנק (13.1.1994), רישום שעליו יכול היה כדורי לדעת אילו נקט זהירות סבירה (ראו סעיף 8 לחוק ההתיישנות).

טענת השיהוי שהעלתה לילי אף היא אין בה ממש וזאת מן הטעמים שמנה בית משפט קמא והוא הדין באשר לטענה שהעלתה בדבר תשלום אגרה בחסר (לכלל לפיו האגרה נגזרת מן הסכום הקצוב הנקוב בתביעה במועד הגשתה ולא מן הסכום הסופי שנפסק ראו: רע"א 2623/02 סיס עיצוב ריהוט ציבורי בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(1) 717, 719-720 (2002); ע"א 10537/03 מדינת ישראל (הנהלת בתי המשפט - המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות) נ' יש-גד תעשיות לתשתית (1993) בע"מ, פ"ד נט(1) 642, 648 (2004)).

אשר למכתבו של סמי מיום 6.7.2009 שהוגש לבית משפט קמא לאחר שלב הסיכומים, אותו כינתה לילי בטיעוניה "תצהיר" ואף צירפה שלא כדין לתיק המוצגים בערעור. בית משפט קמא לא ראה ובצדק מקום להתייחס למסמך זה בפסק דינו, בשל השלב שבו הוגש. מסמך זה אינו ראוי גם להתייחסותנו ולעניין זה די בכך שלא הוגשה לגביו בקשה כלשהי להוספת ראיה בשלב הערעור (ראו: תקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; ע"א 3590/08 המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ נ' פת, פיסקה 3 (טרם פורסם, 7.4.2010); ע"א 8320/09 אלח'ד נ' שמיר, פיסקה 3 (טרם פורסם, 13.12.2010)).

לאחר כתיבת פסק דיני העביר אלי חברי השופט י' עמית את ההערה שהוסיף ובעקבותיה ראיתי לנכון לציין כי לדעתי אין לצמצם את ההכרה בתוקפה של התחייבות לעשות עיסקה במקרקעין מכוח עקרון תום הלב ובשל "זעקת ההגינות" למקרים של "מעשה עשוי". בעניין קלמר, כפי שצויין בפסק דיני, עמד השופט ברק (כתוארו אז) על כך שלא ניתן להציג מראש רשימה סגורה של מצבים אשר בהם עשויה לעלות "זעקה"

כזו ולהצדיק הכרה בתוקף העיסקה למרות העדר כתב. אכן מציאות החיים מזמנת לנו חדשות לבקרים מצבים ופרשות שקשה לחזות מראש את מורכבותן ומכל מקום, המקרה של "ביצוע חלקי", כדברי השופט זמיר בעניין קלמור, או "המעשה העשוי" כלשון חברי, איננו המקרה היחיד היכול להצדיק את הפעלת עקרון תום הלב בהקשר זה.

סוף דבר

27. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לקבל את הערעור בחלקו ולהפחית את סכום הפיצוי שנפסק לכדורי על ידי בית משפט קמא באופן המעמיד אותו על סך בשקלים השווה ל-438,150 דולר ארה"ב לפי השער היציג של דולר ארה"ב ביום 1.6.2005, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד זה ועד יום התשלום בפועל. כמו כן אציע לחבריי לבטל את החיוב שחוייבה בו לילי בגין דמי השכירות. בהתחשב בתוצאות הערעור ובמכלול נסיבות העניין אוסיף ואציע לחבריי עוד שלא לעשות צו להוצאות בערעור.

## ש ו פ ט ת

### השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת חיות. חברתי סקרה את ההשתלשלות הפרשנית סביב דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, קרי, את "תורת הריכוך" שראשיתה זמן לא רב לאחר שנתקבל חוק המקרקעין. זאת, לרבות "קפיצת המדרגה" שבע"א 986/93 קלמור נ' גיא פ"ד נ(1) 185, עד כדי ויתור על דרישת הכתב אל מול "זעקת ההגינות". התפתחות זו הביאה בנסיבות אף למצבים שבהם הדיבור "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב" שבסעיף 8 לחוק פורש כאילו נאמרו בו "מסמך בכתב – לרבות שאינו בכתב" (ראו הגדרת "דג" בסעיף 2 לפקודת הדיג, 1937 "כל חיית מים בין שהיא דג ובין שאינה דג..."). אחרון אני שלא אתן יד להיענות ל"זעקת ההגינות", ובמקרה דנא הראו בית המשפט קמא וחברתי כי יש אחיזה לטענת ההגינות בעקבות מחדל הכתב בין בני משפחה. אך יש להזהיר מעשיית דבריו של המחוקק פלסתר, וחברתי הביאה בפסקה 19 לחוות דעתה, מקורות ביקורתיים החוששים לריקון כוונתו של המחוקק לעניין הכתב מתוכנה. על כן אוסיף את קולי כנגד המדרון החלקלק בעניין דרישת הכתב; ויוזכר כי אף מן "המלה האחרונה" מבית מדרשם של מכיני החקיקה בתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006,

סעיף 198 שהביאה חברתי, עדיין עולה דרישת הכתב "המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה" – "משקף" כריכוך, אך ללא ויתור על הדרישה.

ב. גם אם אין הנושא זהה - כמובן - לפולמוס סביב הלכת אפרופים (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265), יש דמיון מסוים, והוא שהיו בעקבות ההלכה מי שנטו לפרש חריג ככלל; תחת אשר יראו את פרשנותו של החוזה הרגיל כמבוססת בעיקר על לשונו המשקפת את כוונת הצדדים, ראו בפסק הדין בעניין אפרופים, מעין רישיון לבית המשפט לפרשנות תכליתית שמעבר ללשון החוזה בחינת "נתת תורת כל אחד ואחד בידו" (משנה שביעית ב', א'), קרי, איש הישר בעיניו יעשה. כמובן לא היא, ואין צורך להאריך, והעדפת התכלית עקב הלשון, שתהא במקרים מסוימים, היא החריג; אומר אני את אלה כמי שתומך בהלכת אפרופים במקומה הנכון. כך אף כאן. החריג המיוחד לעניין הכתב הוא "זעקת הגינות", שבאין הגינות אין משפט; ומשזעקה זו נשמעה באין כתב, עוצב החריג, כדי שהצודק לא יהא צועק ולא נענה. הכלל הוא הכתב, כי כה אמר המחוקק ולפי שעה לא שינה.

ג. כלפי מה אמורים הדברים – כלפי החשש פן יטו בתי המשפט להקל ראש בדרישת הכתב, ולזאת לא נוכל ליתן יד. המחוקק אמר את דברו, ועל עושי עסקאות במקרקעין ויועציהם לידע ולהיוודע כי דרישת הכתב בעינה, ולוא גם באופן מרוכך בצורה זו או אחרת – ולא היתה כלא היתה; וראוי להזכיר לעניין זה את דברי השופט גולדברג בפרשת קלמדר (עמ' 198), שהתייחסה אליהם חברתי. בענייננו שלנו, בסופו של דבר אמנם לא היה כתב ככתבו, אך היו אינדיקציות שכללו כתב, כפי שתארה חברתי. מקרקעין הם נכס שהכתב מהוה בו עוגן סטטוטורי, במרשם המקרקעין על כל הכרוך בו, לפי חוק המקרקעין. וכבר הנביא ירמיהו, בטרם ניבא "עוד יקנו בתים ושרדות וכרמים בארץ הזאת" (ירמיהו ל"ב, ט"ו), קיים "ואכתוב בספר ואחתום... ואקח את ספר המקנה, את החתום... (שם, י"י-י"א). אכן, המשפט העברי מונה שלוש דרכים למקח קרקעות "בכסף, או בשטר, או בחזקה" (רמב"ם מכירה א' ג'); אך ההלכה מסייגת קניין כסף "במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שדרכן לכתוב שטר מכו, לא קנה עד שיכתוב את השטר... (שם, הלכה ד'). ומקומנו - מדינת ישראל - הוא מקום שדרכו וחוקו לכתוב. על כן ייטיבו עושי עסקה, ולוא גם במשפחה, כי יעלוה על הכתב כדרישת המחוקק, ויחסכו מעצמם ומבתי המשפט את המסע הפרשני המפרך כדי לאשש את עסקתם, ולוא בגדרי "זעקת הגינות".

ד. כאמור, בתיק דנא מצטרף אני לפסק דינה של חברתי.

## ש ו פ ט

### השופט י' עמית:

אני מצטרף לפסק דינה של חברתי השופטת חיות ואוסיף הערה משל עצמי.

בבואנו לדון בדרישת הכתב במקרקעין, יש להבחין בין שלושה סוגי מצבים:

א. הסוג הראשון: דרישת הכתב במסגרת תביעה בה מתעוררת שאלת תוקפו של ההסכם שנערך בין הצדדים (על פי רוב במסגרת תובענה לאכיפת ההסכם).

זה סוג המקרים בו הרבתה הפסיקה לעסוק, ובמסגרתו התפתחה "התורה המרכזית", כפי שנסקר בהרחבה על ידי חברתי בפסק דינה. במסגרת זו ניתן להצביע על "שלב הריכוך הראשון" בו הסתפקה הפסיקה בכמות המינימאלית ההכרחית של פרטים בחוזה, ועל "שלב הריכוך השני" בו אפשרה הפסיקה להוכיח תוכנו של הסכמות שהושגו מחוץ לגבולותיו של המסמך הכתוב, תוך שימוש בראיות חיצוניות למסמך (משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על פי הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קריית המשפט ו 231, 248 (תשס"ו) (להלן: גלברד)).

ב. הסוג השני: דרישת הכתב לצורך הוכחת עסקת מקרקעין שכבר בוצעה מבלי שנערך הסכם בכתב.

לסוג זה של מקרים משתייכים הלכת קלמדר נ' גיא, המקרה שבפנינו וכן שורת פסקי הדין המחוזיים הנזכרים בסעיף 21 לפסק דינה של חברתי (למעט פסק דינו של כב' השופט סוקול בת"א(חי) 8054-06-09 קמפאניה נ' חוה (לא פורסם, 26.3.2010)). לסוג זה של מקרים מתייחס סעיף 121 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 הקובע כי "נקבע בדין או בחוזה כי צורה מסוימת של החוזה היא תנאי לתוקפו, ותנאי זה לא קיים, אך החוזה קיים במלואו או בחלקו המהותי, יראו את דרישת הצורה כאילו קוימה". לטעמי, אין מדובר ב"שלב ריכוך שלישי" של דרישת הכתב, אלא בהכרה של המשפט ב"מעשה

עשוי", כאשר הביצוע בפועל של החוזה או של חלקו המהותי, מחליף את דרישת הכתב (גלברד, עמ' 254).

על מנת להדגים את ההבחנה בין שני סוגי המקרים, נניח כי כדורי היה עותר בשנת 1988 לבית המשפט בתביעה לאכוף הסכמה בעל פה בינו לבין סמי ולילי. מן הסתם, התביעה הייתה נדחית לאור דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין. אך משבוצעה העסקה, הבניין עומד על תילו מזה שנים, וכדורי נהג מנהג בעלים בדירה לאורך שנים בכך שהשכיר אותה לצדדים שלישיים וגבה דמי שכירות, הרי שמדובר ב"מעשה עשוי", שאז נכנסת לפעולה "זעקת ההגינות".

ג. הסוג השלישי: דרישת הכתב לצורך הוכחת עסקת מקרקעין שכבר בוצעה לאחר שנערך הסכם בכתב, אך ההסכם אינו ברשות בעל הדין.

סוג זה של מקרים עניינו במישור הראייתי בלבד. הלכה פסוקה היא כי ניתן להוכיח בראיות משניות את קיומו ותוכנו של מסמך בכתב שאבד או הושמד, או שאין בידי בעל הדין אפשרות להציגו מסיבות שונות שאינן בשליטתו, גם מקום בו דרישת הכתב היא מהותית (ראו ע"א 7119/08 חיימי נ' שמיר (לא פורסם, 6.9.2010) פסקה 9 והאסמכתאות שם).

ענייננו נופל, כאמור, לסוג השני של המקרים, בבחינת "מעשה עשוי" המחליף את דרישת הכתב.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט"ו באדר ב', תשע"א (21.3.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט