

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 6205/98

**בפני:**  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופטת ד' דורנר

**המעוררים:**  
1. מייקל סקוט אונגר  
2. אנתוני דייוויד אונגר

נ ג ד

**המשיבים:**  
1. דניאל עופר  
2. חברת חלקה 21 גוש 8244 בע"מ  
3. אסתר סטלה כהן  
4. ניסים דיין  
5. אורנה דיין  
6. רפאל מעודה  
7. פנחס שמואל רוזנברג  
8. אביטל פריאל רוזנברג  
9. מיכאל שלומיוב  
10. שלמה שלומיוב  
11. מיכאל שמריהו  
12. בצלאל שמריהו

**תאריך הישיבה:** ב' באדר תשס"א (25 בפברואר 2001)

**בשם המערערים:**  
עו"ד רוברט יוחאי  
עו"ד גיל רימון  
עו"ד ארגון שוטלנד

**בשם המשיבים מס' 1 ו-2:**  
עו"ד אלמוג דורון

**בשם המשיבים מס' 3 עד 12:**  
עו"ד יהודה שלום

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי  
בתל-אביב-יפו מיום 5.7.98 בה"פ 1200/97  
שניתן על-ידי כב' השופט ג' קלינג

**פסק-דין**

**השופט מ' חשין:**

סוגיות אחדות בדיני חברות, בדיני ראיות, בדיני חוזים ועוד.

**עיקרי העובדות שלענין:**

2. במרכז הזירה ניצבת עומדת חברה ושמה חברת חלקה 21 בגוש 8244 בע"מ (החברה). החברה נוסדה בשנת 1960 ופעילותה מיצתה עצמה בבעלות של נכס מקרקעין. במשך השנים מכרה החברה חלקים מאותו נכס עד שנותרה בעלים של כ-4000 מ"ר.

3. החברה נתאגדה כחברה פרטית על-פי פקודת החברות, בהתאגדה אימצה לעצמה, בשינויים מסויימים, את התקנון לדוגמה. הון המניות של החברה היה בן אחת-עשרה מניות רגילות, מהן עשר מניות שהוקצו לארפד אונגר (אונגר) - מייסד החברה ובעליה העיקרי - ומניה אחת שהוקצתה לשמואל רזומוביץ (רזומוביץ). כן היקצתה החברה מניות נידחות אלא שאלו אינן לענייננו. במועדים שלענין היו לחברה שני דירקטורים: אלברט כהן (כהן) ודניאל עופר, אחיינו של אונגר (עופר). מינויו של כהן כדירקטור נועד לשמור על האינטרסים של אשתו, אווה כהן - אחייניתו של אונגר - שאונגר ביקש להיטיב עימה כפי שנראה עוד להלן.

4. אונגר נפטר לבית-עולמו בשיבה טובה ביום 30 בינואר 1996, במקום מגוריו, בלונדון, והותר אחריו את שני בניו, מייקל סקוט אונגר ואנתוני דייוויד אונגר (בני-אונגר). על-פי צוואתו של אונגר, שני בניו הם יורשיו מכוח צוואה שניתן צו לקיומה, למעט נכסים מסויימים שאינם לענייננו. בכלל הרכוש שאמור היה לעבור בירושה לבני-אונגר היו מניותיו של אונגר בחברה.

5. חודשים אחדים לאחר פטירתו של אונגר ביקשו בני-אונגר להעביר את מניות אביהם על שמם, כיורשיו, ואז-הסתבר להם כי ביום 1 באפריל 1996 - חודשיים לאחר פטירתו של אונגר - נתקבלה במשרדי רשם החברות הודעה ועל-פיה הועברו מניותיו של אונגר משמו של אונגר לשמו של עופר. ההודעה על העברת מניות משם-אל-שם נחתמה בידי עופר, ויום החתימה שצויין בה היה יום 30 בינואר 1996, דהיינו: יום פטירתו של אונגר, וכחודשיים לפני שההודעה התקבלה במשרדי רשם החברות. ההודעה סמכה עצמה על צילום כתב העברת מניות הנושא תאריך של יום 15 בינואר 1996, חמישה-עשר ימים לפני יום פטירתו של אונגר. כנחזה על-פני הצילום, חתם אונגר על כתב העברת מניותיו בחברה לעופר, במתנה וללא תמורה, וחתימתו אומתה בידי פלוני, שאף הוא חתם על הכתב. עד-כה לא נתברר מי הוא אותו פלוני. גם עופר חתום על כתב העברתו, כנעבר, וחתימתו-שלו אומתה - כנחזה על-פני הצילום - בידי "חנוך ליאור", שאף הוא חתם על הכתב.

6. ביום 1 באפריל 1996, אפוא, הודע לרשם החברות על-כך שמניותיו של אונגר הועברו על-שמו של עופר. בעקבות העברת המניות, כמסתבר, כינס עופר ביום 18 באפריל 1996 אסיפה שלא-מן-המניין של בעלי המניות בחברה - קרא: אסיפה בה נכחו הוא-עצמו ורזומביץ - ובה הוחלט למכור את נכס המקרקעין של החברה. אסיפה זו נערכה בלא שכהן, הדירקטור השני, נכח בה ובלא שהודע לו על כינוסה. ההחלטה על מכר המקרקעין נתקבלה בעקבות משא-ומתן בין עופר לבין בא-כוח המשיבים מס' 3 עד 12, אשר אמורים היו לרכוש את המקרקעין (**הרוכשים**). מיד בסמוך לאחר קבלת החלטה זו באסיפת בעלי המניות, בימים 18 ו-19 באפריל 1996, כרת עופר בשם החברה חוזים למכירת המקרקעין לרוכשים. כ-80 אחוזים מתמורת הרכישה שולמה במישרין לעופר והיתרה טרם שולמה.

7. אחר הדברים האלה, ביום 25 באפריל 1996, כונסה שוב אסיפה כללית שלא-מן-המניין - גם זו הפעם בלא ידיעתו של כהן - ובה הוחלט לפטר את כהן מכהונתו כדירקטור.

8. בסמוך לאחר מכן נודע לבני-אונגר על האירועים שאירעו בחברה. משנודע להם מה שנודע, הגישו בני-אונגר, ביום 31 ביולי 1996, תביעה על דרך של המרצת פתיחה ובה ביקשו להצהיר על בטלות העברת המניות משמו של אונגר, אביהם, לשמו של עופר, ועל בטלות הסכמי המכר שנכרתו עם הרוכשים. כן טענו בני-אונגר לפגמים שנפלו בהליכי קבלתן של ההחלטות השונות בחברה, פגמים שהיה בהם, לטענתם, כדי לשלול תוקפן של אותן החלטות. לסיכום טענו בני-אונגר כי בהיבטל ההחלטות וההליכים שהיו בחברה, ועל-פי צוואתו של אונגר, הם-הם בעלי המניות שהיו בבעלותו של המנוח.

9. בית-משפט קמא, מפי כב' השופט ד"ר גבריאל קלינג, דחה את התובענה של בני-אונגר, ומכאן הערעור שלפנינו. בהמשך דברינו נעמוד על נימוקי בית-משפט קמא, ועל טיעוניהם של בעלי-הדין לפנינו, מכאן ומכאן. לנוחות הדיון נידרש עתה, אחת לאחת, לסוגיות שהוטל עלינו להכריע בהן, ונפתח בשאלת העברתן של המניות משמו של אונגר לשמו של עופר.

### העברת המניות משמו של אונגר לשמו של עופר

10. העברת המניות משם-אל-שם בוצעה, כפי שראינו, מכוחו של צילום כתב העברה שנחזה להיותו חתום בידי אונגר ובאימות חתימתו בידי אדם אנונימי. בני-אונגר טענו, וממשיכים הם לטעון, כי צילום כתב העברה הוא מיסמך-שקר - מיסמך מזויף - אך בית-משפט קמא דחה את טענתם. בית-המשפט קבע כי נטל ההוכחה באשר לטענת הזיוף מוטל על כתפיהם של בני-אונגר, וכי לא עלה בידיהם להסיר נטל זה מעליהם. ובלשונו: "לא הוכח כי חתימת המנוח על שטר ההעברה מיום 15.1.96 זוייפה." בני-אונגר תוקפים מסקנה זו, ולפיצוחה של סוגיית הזיוף ניפנה עתה.

11. וזו היתה גירסתו של עופר למעשה העברת המניות: לדבריו, הציע לו אונגר כי יתרת מקרקעי החברה תימכר, וכי הוא - עופר - יזכה במלוא התמורה. הצעה זו, כך טען עופר, באה על רקע היחסים הקרובים והחמים שהיו בין אונגר לבנינו, משעה שאונגר אימץ לו אותו - את עופר - כבן-חסותו. לדבריו, היה זה לקראת סופה של שנת 1995 שבשיחת טלפון מלונדון הציע אונגר כי יעביר את מניותיו לשמו (של עופר) ללא תמורה. בעקבות שיחה זו הכין עופר, כך העיד, כתב העברה לחתימתו של אונגר; מילא בו את תאריך החתימה המשוער שבו יחתום עליו אונגר - 15 בינואר 1996; ושלח את המיסמך ללונדון, לאונגר. בשיחת-טלפון מאוחרת, כך טען עופר, אישר אונגר כי קיבל את כתב ההעברה; כי חתם עליו בנוכחות עד; וכי החזיר את כתב ההעברה בדואר. משנתקבל כתב ההעברה בארץ - וכנחה על-פניו - חתם עליו עופר בנוכחות חנוך ליאור, ושלח את הכתב אל רשם החברות. לטענת עופר, לא עלה בידו - על אף מאמציו - לאתר את כתב העברת המניות המקורי, אך מצוי בידו צילום אותו כתב. אשר לעד שאימת את חתימתו של אונגר על כתב ההעברה - אותו פלוני אנונימי - כך הוסיף עופר והעיד בבית-המשפט, לא עלה בידו לאתרו, על-אף שכתובתו בלונדון רשומה על גבי כתב ההעברה.

12. בני-אונגר, למותר לומר, אין בידיהם ראיות ישירות לסתירת גירסתו של עופר, אך לטענתם הנסיבות האופפות את כתב ההעברה - ובעצם: הנסיבות האופפות את הפרשה כולה - מעלות מעצמן חשד כבד ביותר כי כתב ההעברה אינו אמיתי וכי העברת המניות משמו של אונגר לשמו של עופר לא סמכה עצמה על עיסקת-אמת.

ואמנם, פרשת כתב ההעברה מעוררת תמיהות לא מעטות, ובצירופן של אותן תמיהות אלו-אל-אלו מתעורר חשד כבד באשר לאמינות גירסתו של עופר. הבה נעמוד על הדברים מקרוב.

13. ראשית לכול, לטענת עופר, כתב ההעברה המקורי נעלם בנסיבות שלא נתבררו, וממילא לא הוצג כתב העברה מקורי לא לרשם החברות ולא לבית-המשפט. ההודעה לרשם החברות נמסרה זמן קצר לאחר שכתב ההעברה המקורי, לטענת עופר, הגיע אליו מלונדון, ובכל זאת לא נשלח לרשם החברות אלא צילום של אותו כתב. מוזר. עופר לא מסר כל גרסה מסתברת כיצד זה ששטר ההעברה המקורי אינו בידו, וכיצד זה שאותו כתב נעלם. יתר-על-כן: עופר לא נתן כל הסבר משכנע כיצד זה שכתב ההעברה המקורי - דווקא הוא - נעלם, וכיצד זה שבה-בעת יש בידיו צילום של כתב ההעברה. שנית, צילום כתב ההעברה הוצג לפני רשם החברות לאחר פטירתו של אונגר, ובנסיבות שבהן לא ניתן לברר את פרשת החתימה. העד שאימת את חתימתו של אונגר, כנחה על פני צילום כתב ההעברה לא אותר. עופר העיד כי חיפש בכתובת הרשומה על-פני כתב ההעברה ככתובתו אותו אדם בלונדון, אך לא נמצא לו אדם בשם זה באותה כתובת. שלישית, עופר חתם על כתב ההעברה, לטענתו, ביום 30 בינואר 1996, וחתימתו אומתה בידי חנוך ליאור שכתובתו מופיעה על-פני כתב ההעברה. ואולם חנוך ליאור לא הובא בידי עופר להעיד לפני בית-המשפט, אף שעופר ידע היטב-היטב כי צל כבד מלווה את נסיבות החתימה ומה מישקל נודע לעדותו של אותו עד. ועוד: המועד בו חתם אונגר על כתב ההעברה נרשם על כתב ההעברה בידי עופר - מבעוד-מועד, לטענתו - והליך מוזר זה מביא, למיצער, לתמיהה לא-קלה. ולבסוף: מעדויות שהיו לפני בית-משפט קמא ידענו כי

לא היה זה ממיינהגו של אונגר לחלק מרכושו בלא שיידע את בניו - הנהנים על-פי צוואתו - והנה במקרה שלפנינו לא ידעו בני-אונגר דבר-וחצי-דבר על העיסקה שנעשתה בין אביהם לבין עופר.

אם בכל אלה אין די, הנה התנהגותו של עופר מטילה צל כבד - כבד ביותר - על מהימנותו ועל אמיתות גירסתו. נצביע על מיקצת מן התמיהות. עופר עשה כל אשר ניתן לעשות כדי להעלים את פעילותו וכדי למנוע חשיפתה לעיני הגורמים המעוניינים. הנה-כי-כן, בהליך של העברת מניות כסדר היה על עופר להעלות את הנושא לפני הדירקטוריון; להציג לפני הדירקטוריון (או מי מטעמו) את כתב ההעברה המקורי; ליתן שהות לדירקטוריון להחליט בשאלת העברתן של המניות (כפי שנראה עוד להלן); להעביר את המניות משמו של אונגר לשמו-שלו בפנקס החברים; לדווח על ההעברה לרשם החברות; לנהל משא-ומתן עם הרוכשים למכירת המקרקעין בידיעת הדירקטוריון; ולכרות את הסכם המכר על דעת הדירקטוריון. ואולם עופר לא עשה כראוי אף לא אחת מפעולות אלה.

עופר נמנע מדווח על העברת המניות לדירקטוריון - קרא: לכהן, הדירקטור השני - עד לאחר השלמתה של מכירת המקרקעין. עופר הסתיר את העברת המניות מהדירקטור השני, מכהן, ולא הציג את כתב ההעברה לפני הדירקטוריון (ועל כך עוד נוסף להלן), דבר שהיה מאפשר לדירקטוריון לבחון ולבדוק את כתב ההעברה. בהמשך ניהל עופר משא-ומתן עם הרוכשים בלא שגלה את אוזנו של הדירקטור הנוסף למעשה. משצלח המשא-ומתן, ומאחורי גבו של כהן, לא הלך עופר בדרך המקובלת - העברת המניות בפנקסי החברה ודיווח על ההעברה לרשם החברות - אלא דיווח תחילה לרשם החברות על העברת מניות (בלא שפנקס החברים תוקן תחילה). לא זו בלבד שעופר לא דיווח לכהן, הדירקטור הנוסף, על כל מעשיו, אלא שבהמשך כינס אסיפת בעלי מניות - מאחורי גבו של כהן - כדי שאסיפה זו תאשר את המכירה; וכך, על-אף שהדירקטוריון - ולא האסיפה הכללית - הוא שהיה אמור לאשר את המכירה. עופר דרש כי תמורת המקרקעין תועבר אליו בשיקים משוכים על-שמו - לא על שם החברה, הבעלים - וגם מטעם זה סוכלה יכולת התערבות במעשה המכירה קודם השלמתה. רק לאחר ששלמו מהלכים אלה כולם, רק-אז כינס עופר אסיפה כללית של בעלי המניות בה הוחלט על הדחתו של כהן מכהונתו כדירקטור, וזאת עשה בלא ליידע את כהן על כינוסה של האסיפה.

14. נצרך כל נתונים אלה אחד לאחד, נצבור אותם זה-על-גבי-זה, ונשאל את עצמנו מה מסקנה ניתן להסיק מהם. בית-משפט קמא קבע כי לא עלה בידיהם של בני-אונגר להסיר מעל כתפיהם נטל שהוטל עליהם, לאמור, להוכיח את טענתם כי עופר זיף את צילום כתב ההעברה, וכי למרות חסרים בגירסתו של עופר "[אין הם יכולים להיבנות מאשר החסיר המשיב [עופר]". דומני כי מסקנה זו ראויה לעיון נוסף.

**לעניינו של נטל ההוכחה (נטל השיכנוע)**

15. לא יימצאו חולקים על כי נטל ההוכחה הראשי (נטל השיכנוע, הנטל מס' 1) הוטל על שיכמם של בני-אונגר; כי נטל זה מוטל היה עליהם למתחילת ההליכים ועד לסופם; וכי נטל זה חייבם לשכנע את בית-המשפט - על-פי מאזן ההסתברויות - כי יפוי-הכוח שצילום הימנו שימש יסוד להעברת הזכויות - מיסמך-של-רמיה הוא. על כל אלה נסכים כולנו. ואולם קשה בעיניי מסקנתו של בית-המשפט קמא כי בני-אונגר לא עמדו בנטל זה שהוטל על שיכמם. דעתי היא, כי בנסיבות העניין כפי שהוכחו לבית-המשפט, עלה בידי בני-אונגר - לכאורה - לפרוק מעל כתפיהם את נטל השיכנוע, ולו כדי להעביר אל שיכמו של עופר את נטל ההוכחה המישני - הנטל להוסיף ולהביא ראיות לטובתו, הנטל מס' 2 - להפריך את המסקנה הנדרשת מן הראיות שהציגו לפני בית-המשפט.

התדיינות במשפט היתה כמאזניים - פפוט מזה ומזה - וכל אחת משתי הכפות יוחדה לאחד מבעלי-הדין. בני-אונגר הטילו על כף המאזניים שיוחדה להם עוד ועוד ראיות כיבדות-מישקל, עד שכף המאזניים מצידם שקעה ובה-בעת עלתה כף-המאזניים מצידו של עופר. עופר, הוטלה עליו עתה משימה להטיל ראיותיו על כף המאזניים שמצידו, ולו כדי לאזן את הכפות. ובלשונו של הנשיא שמגר בע"א 73/86 שטרנברג נ' עירית בני ברק, פ"ד מג (3) 348, 343 (בתירגומם לענייננו): "הנטל שהצליח המערער [לענייננו: בני-אונגר] להעביר אל כתפי המשיבה [לענייננו: עופר] הוא נטל הבאת הראיות, שמשמעותו כי כפות המאזניים נוטות לטובת התובע, ועל הנתבע, הרוצה בכך, החובה להחזיר ולאזן ביניהן". הנטל להטיל ראיות על כף המאזניים מצידו עבר אל שיכמו של עופר, והוא ניסה לפרוקו מעליו; ניסה - אך לא עלתה בידו להפריך את הראיות לכאורה שבני-אונגר הטיחו בפניו. ולא זו בלבד שהגנתו של עופר לא עמדה כנגד ההתקפה הקשה של בני-אונגר, אלא שהיה בהתנהגותו כדי לחזק את בני-אונגר בגירסת הזיוף.

16. יתר-על-כן: הלכה שמכבר היא, שמקום בו מוטל על תובע להוכיח עובדה המצוייה בידעתו הייחודית של הנתבע, לא תידרש מן התובע, בשלב הראשון, אלא כמות הוכחה קטנה עד שהנטל להוסיף ולהביא ראיות יוטל על שיכמו של הנתבע. ראו, למשל: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר סבא, פ"ד מו (4) 627, 644-645; ע"א 1842/90 בר-לב נ' רפפורט, פ"ד מח (5) 221-230, 231; לקיבוץ אסמכתאות ולתיאור ההלכה, ראו: יעקב קדמי, על הראיות (תשנ"ט 1999-, חלק שלישי), 1265.

ענייננו-שלנו בא במרכזה של הילכת "הידיעה המיוחדת", והמפליג בדברים יכול שיוסיף ויאמר כי לולא נקבעה הלכה כפי שנקבעה ראוי היה לקובעה בעקבות הפרשה שלפנינו. ואמנם: נסיבות העברת הזכויות במניות היו כולן בידעתו הבלעדית של עופר. בני-אונגר לא ידעו עליהן דבר וחצי-דבר הואיל ולא היו בסוד מעשה ההעברה (ככל שהיתה העברה). כך באשר להסכמתו של אונגר להעביר את המניות לעופר; כך באשר לנסיבות משלוח כתב ההעברה בידי עופר; כך באשר למועד חתימתו של אונגר על כתב ההעברה; כך באשר למועד קבלתו של כתב ההעברה בידי עופר; כך באשר למועד חתימתו של

עופר על כתב ההעברה; ועוד ועוד ועוד. על רקע כל אלה, כך דומה עליי, עבר הנטל המישני אל חצרו של עופר, לנסות ולהסביר לבית-המשפט כיצד זה יכול הוא להסיר את המשקולות הכבדות אשר ניתלו על צווארו. ואולם עופר לא הצליח לעמוד במשימה שהוטלה עליו: להפריך את הראיות לכאורה אשר שלחו אצבע מאשימה אל-עבר סיפור מעשה העברת המניות משמו של אונגר לשמו-שלו (של עופר). ואם בכך אין די, הגה עדותו של עופר היה בה כדי לעורר חשדות נוספים על-אודות כשרותו של כתב ההעברה: הן באשר להיעלמו של כתב ההעברה המקורי ולהימצאותו של צילום בלבד; הן באשר לאי-איתורו של עד האימות בלונדון; הן באשר לאי העדתו של חנוך ליאור - אותו עד אשר אימת, לטענתו של עופר, את חתימתו-שלו - עד שיכול היה להעיד כי אימת את חתימתו של עופר קודם יום פטירתו של אונגר; והן באשר לנושאים אחרים שפירטנו בהם בדברינו למעלה.

17. כללם של דברים: בני-אונגר הציגו לבית-משפט קמא ראיות לכאורה המצביעות על אי-תקינות מהותיות במעשה העברת המניות משמו של אונגר לשמו של עופר, ואילו עופר לא עלתה בידו להפריך ראיות אלו. בנסיבות אלו מתקבלת מאליה מסקנה כי עלה בידם של בני-אונגר להסיר מעל שיכמם את הנטל שהוטל עליהם להוכיח כי הבעלות במניות לא עברה מאונגר לעופר.

### להילכת כלל הראיה הטובה ביותר

18. הכתב המקורי בחתימתו של אונגר - כתב המודיענו כי אונגר העביר את מניותיו לעופר - לא הוצג לבית-המשפט, ולדברי עופר לא עלה בידו, למרות מאמציו, לאתרו. כל שהוצג לבית-המשפט לא היה אלא צילום אותו כתב ההעברה. על רקע זה טענו בני-אונגר כי אל-לו לבית-המשפט לקבל את צילום כתב ההעברה כראייה כשרה, וזאת על-פי כלל הראיה הטובה ביותר (the best evidence rule) הנוהג בדיני הראיות. הבה נידרש לטענתם זו של בני-אונגר.

19. כלל הראיה הטובה ביותר מורנו, כי שומה עליו על בעל-דין להציג לפני בית-המשפט את הראיה הטובה ביותר שניתן להביאה להוכחת העובדה אותה מבקש הוא להוכיח. ראו, למשל: שלמה שרשבסקי, "כלל הראיה הטובה ביותר", **משפטים** ד' (תשל"ב 1972-) 382. החלת כלל זה לענין הוכחת מיסמכים יורנו, כלשונו של השופט זוסמן בע"פ 105/51 **היועץ המשפטי נ' פלד**, פ"ד ו 783, 786, כי "תוכנו של מסמך בכתב אינו ניתן להוכחה אלא על-ידי הצגת המסמך בפני בית-המשפט...". לכלל עתיק-יומין זה הועלו הצדקים מהצדקים שונים - רובם ככולם מייסדים עצמם על השכל הישר ועל הנסיון האנושי - ועיקר שבהם הוא (לענין הוכחתם של מיסמכים) כי רק המיסמך המקורי - על דרך העיקרון - יכול שיאמר (על עצמו) אמת, את כל האמת ורק את האמת. ראו: שרשבסקי, שם, 385-386; הרנון, **דיני ראיות** (האוניברסיטה העברית, תשל"ט 1979-, חלק ראשון) 147; פרשת **פלד**, 786-787.

במהלך השנים למדו בתי-המשפט לדעת, כי כלל זה - והוא בן השכל הישר והתבונה המעשית - יכול שיגרום לעיוות דין בנסיבות מסויימות, וכך נקבעו בצידו חריגים המתירים הבאתה של ראיה מישנית בנסיבות מסויימות; כך, למשל, מקום שהמיסמך המקורי אבד או הושמד, או שעה שהמיסמך המקורי מצוי בידי אדם שלישי בנסיבות שקשה או אי-אפשר להוציאו מידיו. לדוגמאות לחריגים ראו, למשל, יעקב קדמי, **על הראיות** (הוצאת דיונון, תשנ"ט 1999-, חלק שני) 501-504. החריגים וחריגי-החריגים שנערמו עליו התישו את כוחו של הכלל, וכיום מוכר הוא לנו ככלל המציץ אלינו מבין חרכי החריגים. אכן, יש יסוד לסברה כי כיום מספק עצמו הכלל בדרישה כי בעל דין יתן טעם ראוי לאי הצגתו של המיסמך המקורי. ובלשונו של הנשיא שמגר בע"פ 869/81 **שניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח (4) 206, 169:

יש מבין חכמי המשפט שהתבטאו, כי כל שנותר מכלל הראיה הטובה ביותר הוא, כי המקור של מסמך פרטי (להבדיל ממסמך ציבורי) צריך להיות מוגש לבית המשפט כדי להוכיח את תוכנו, אלא אם ניתן להסביר העדרו של המקור, הא ותו לא (ההדגשה במקור - מ' ח').

20. מגמה זו של הקלה בדרישה להצגת מקורו של מיסמך מתחייבת במציאות ימינו. בעידן הטכנולוגי המואץ שאנו נסחפים עימו, דבקות עיקשת בכלל התובע הצגת מקור דווקא - מקור להבדילו מצילום או מִפְּלֵט של ראיות אלקטרוניות - יש בו כדי להניח מיכשולים בלתי ראויים על דרכו של בעל-דין. אכן, כלל נוקשה הדורש הצגתו של מקור כתנאי מוקדם לקבילות, יכול שישמש מיכשול בלתי-ראוי להתפתחות טכנולוגית בתחום המיסמכים האלקטרוניים ובתחום הסריקה האלקטרונית. במקום אחד נדרשתי לכלל הראיה הטובה, וכך אמרתי עליו: "האם כלל הראייה הטובה ביותר - ככלל של קבילות - כלל ראוי הוא למידע-מחשב, והאם לא הגיעה העת כי יצרף עצמו אל חוקי חִמּוּרְבִּי?" (הקדמה לסיפרו של עורך-דין נמרוד קוזלובסקי, **המחשב וההליך המשפטי - ראיות אלקטרוניות וסדרי דין**, הוצאת לישכת עורכי-הדין, 2000). ואמנם, דומה כי זו היא הדעה המקובלת כיום. ובלשונם של השופטים לוי ופרנץ' (Lloyd, L.J. ו-French, L.J.). בפרשת **R. v.**

**Governor of Pentonville Prison [1989] 3 All E.R. 701, 728**

... (T)his court would be more than happy to say goodbye to the best evidence rule. We accept that it served an important purpose in the days of parchment and quill pens. But, since the invention of carbon paper and, still more, the photocopier and the telefacsimile machine, that purpose has largely gone. Where there is allegation of forgery the court will obviously attach little, if any, weight to anything other than the original; so also if the copy produced in court is illegible. But to maintain a general exclusionary rule for these limited purposes is, in our view, hardly justifiable



יתר-על-כן: הדעה המקובלת בחקיקה בת-זמננו היא, שיש להצמיח את כלל הראיה הטובה ביותר ככלל של קבילות התובע הצגתו של "מקור", ולשתול תחתיו כלל הנדרש למהימנות המסתברת של הראיה המוגשת לבית-המשפט - מיסמך או כל ראיה אחרת - ולרקע של אותה ראיה (ראו דברי הנשיא שמגר בפרשת **שניר**, שם). הנה-כי-כן, במערכות המחשב והמדפסת המוכרות לנו בעבודתנו, נתקשה לדבר על "מקור" ועל "העתק", שהרי הד.נ.א. של כל מיסמכי ה"מקור" (או ה"העתק") אותו ד.נ.א. הוא. ראוי לנו, אפוא, כי נסב דברינו משיח על כלל של "מקור" ושל "העתק" ככלל של קבילות, לשיח על מהימנות עדים ועל תוצר מהימן של תהליך המבוסס על מערכת אמינה להפקת מיסמכים. כתב על כך נמרוד קוזלובסקי בסיפרו על המחשב וההליך המשפטי, שם, 329-330:

ראוי לבטל את ההיצמדות הראייתית לקיומו של מקור כתנאי לקבילות. ככלל, יש לאפשר בדין הגשתם של העתקי מיסמכים, תוך העברת כובד המשקל לבחינת מהימנות התהליך שבאמצעותו נוצר המסמך, וזאת במקרים שהצד שכנגד מעורר ספקות סבירים בדבר מהימנות אותו תהליך. כפי שראינו נטשטשה בעידן הטכנולוגי ההבחנה בין "מקור" ל"העתק", והיצמדות להגדרות אלה מסכלת קבלתם של מיסמכים שאין כל חשד בדבר מהימנותם. ראוי, ככלל, לאפשר קבלת אותם מיסמכים, תוך הותרת שיקול-דעת לבית המשפט בעת הקניית משקל לאותם מיסמכים מקום שמתעוררת התנגדות מבוססת למהימנותם.

כך אף לימדנו הנשיא שמגר בפרשת **שניר**, שכלל הראיה הטובה ביותר לא עוד יורנו הלכה ככלל של קבילות אלא ככלל של מהימנות ושל העדפת ראיות, על-פני ראיות אחרות. הנשיא שמגר ראה במגמה זו ביטוי לגישה הנהגת בדיני ראיות ולפיה "כלל הראיה הטובה ביותר הוא עיקרון של סדר העדפה ולא כלל של פסילת ראיות. יש כאן אפוא במידה רבה ביטוי נוסף לתהליך המתמיד בדיני ראיות, לפיו עוברים ממבחני הקבילות הפורמליים אל עבר מבחני המהימנות" (פרשת **שניר**, 224). ראו עוד: ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוחה ורד סילוורמן**, פ"ד לו (4) 281, 286-287; דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז (3) 661, 670-671; ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז (4) 221, 309; ע"פ 7293/97 **עאמר ז'אפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (5) 460, 473; נמרוד קוזלובסקי, שם, 252-262. נוסף עוד, כי מגמה זו של פישוט והגמשה הולכת וכובשת לה מקום לא אך בדיני ראיות אלא במשפט המהותי ובדיני הפרשנות אף-הם. המגמה הברורה היא מגמת נטישתם של "כללי סטטוס" נוקשים. תחת התקן המחייב של מעיל עליון ארוך-מידות; חליפה בת שלושה חלקים; ז'קט שמכיסו העליון מבצבצת מטפחת; עניבה; מגבעת; ומטריה מהודקת, באו הג'ינס והחולצה הפתוחה.

21. עיון בהתפתחותו של כלל הראיה הטובה ילמדנו כי סר חינו בארצות המשפט המקובל, וכי על דרך הכלל ניתן להוכיח תוכנו של מיסמך גם בהעתקו. ראו בסיפרו של קוזלובסקי, שם, 318-321. בדרך זו, למשל, הלך החוק האנגלי כהוראת סעיף 8 ל- **Civil Evidence Act 1995**, וזאת כדי להתאים את דיני הראיות לעידן החדש. ראו: **Cross &**

Tapper, **Evidence** (Butterworths, 9<sup>th</sup> ed., 1999) 639-641. כך אף בארצות-הברית, שכלל הראיה הטובה ביותר - כהוראת סעיף 1003 לכללי הראיות הפדרליים (Federal Rules of Evidence) - הגמיש עצמו ביותר: ניתן להוכיח מיסמך באמצעות העתקו, ובלבד שלא נתעוררה שאלה כנה לגבי אותנטיות המקור שממנו נעשה ההעתק, או שבנסיבות הענין לא יהא זה הוגן לקבל העתק כראיה. ראוי להוסיף, כי המושג העתק בהקשר זה רחב הוא בתחומי התפרשותו וכולל הוא כל תוצאה של תהליך, לרבות תהליך אלקטרוני ודיגיטלי, המייצר תוצר תואם למקור. וכך, מקום שבעל-דין מבקש מבית-משפט כי לא יקבל כראיה העתקו של מיסמך, נושא הוא בנטל להביא ראיות המוכיחות לכאורה את היעדר האותנטיות של המקור או את הפגיעה בהגינות אם יתקבל ההעתק כראיה. ראו, למשל: **Equitable Life Assurance Society of the United States v. Starr**, 489 N.W. 2d 857 (Sup. Ct. Neb. 1992); **State of Nebraska v. Frederiksen**, 400 N.W. 2d 225 (1987). במקום בו מועלית טענה כנגד אותנטיות המקור שממנו נעשה ההעתק, שומה עליו על בעל-דין להצביע על עובדות ספציפיות המעלות באורה סביר ספק באשר לאותנטיות של המיסמך שנטען עליו כי מקור הוא. ראו: **United States v. Leight**, 818 F. 2d 1297, 1305 (7<sup>th</sup> Cir. 1987). אשר לטענת אי-הוגנות בקבלת העתק, שומה עליו על הטוען לאי-הוגנות להצביע על "חולשה" הטמונה בהעתק: כך, למשל, היותו העתק חלקי. ראו, למשל: **United States v. Moore**, 710 F. 2d 157 (4<sup>th</sup> Cir. 1983).

לא אמרנו - אף לא נאמר - כי נלך דווקא בדרך שהיתוו לעצמם אחרים; ואולם בזוכרנו כי כלל הראיה הטובה ביותר במשפט הארץ כלל הוא השאוב מן המשפט המקובל - בכפוף להסדרים סטטוטוריים ספציפיים (ראו, למשל, הוראות הסעיפים 40 עד 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש]) - חזקה עלינו כי נדע להתאימו לרוח ימינו וכי לא נדבק בהלכות המדיפות ריח כבד של ימים-שמכבר. יהפוך כלל הקבילות - שמא נאמר: כלל האי-קבילות - לכלל של מהימנות ומישקל, ועל דרך זו נעשה הישר והטוב.

22. אשר לענייננו-שלנו נאמר, שבנסיבות מתאימות נכונים היינו לקבוע כמימצא כי הועברו המניות משם-אל-שם ולו על-פי העתקו של כתב העברה. הנה-כי-כן, חריג הוא לכלל הראיה הטובה ביותר שניתן להעיד העתקו של כתב העברה על העברת מניות, אם הכתב המקורי אבד או נשמד. בהינתן הסבר ראוי להיעדרו של המקור, ועל רקע נסיבות מתאימות, היינו מספקים עצמנו בהעתק. אכן, שורת הדין והצדק מחייבת כי לא נמנע מאדם את קניינו אך מחמת זאת שהמיסמך המקורי המעיד על העברת המניות נעלם ואיננו. אסכולת המישקל והמהימנות, להבדילה מאסכולת הקבילות הנוקשה, מחייבת זאת, ובדרך זו היינו הולכים. אלא שבנסיבות ענייננו לא יהיה זה ראוי, לדעתנו, כי נראה בצילום כתב העברה הוכחה מהימנה למעשה ההעברה.

על עיקרי הדברים שהביאונו למסקנה זו עמדנו למעלה, ונזכור שוב את מיקצתם. שומה היה עליו על עופר להסביר כיצד זה שכתב ההעברה המקורי לא היה בידו - לא לעת המשפט אף לא לעת הגשת הבקשה לרשם החברות - או באלו נסיבות סביר להניח כי אבד. אלא שעופר לא היה בפיו כל הסבר או טיעון מספקים כיצד זה שכתב ההעברה המקורי נעלם ואיננו כאילו בלעה אותו האדמה. בידענו כי בצילום מיסמך ניתן לבצע מניפולציות, לא פחות מוזרה היא העובדה כי צילום המיסמך דווקא היה בידי עופר בעוד אשר המקור נעלם. אכן, צירוף הנסיבות מעלה חשד של-ממש כי לא בכדי לא היה בידי עופר הכתב המקורי וכי דרך פלא היה בידו צילום דווקא. נוסף לכך את העובדות הבאות, דהיינו: כי עופר עשה להסתיר את כתב ההעברה מעיניהם של בעלי העניין; כי לא הציגו לפני הדירקטוריון, כנדרש; כי הציג את צילום כתב ההעברה רק לאחר מותו של אונגר ולהשלמת מעשה המכר; כי עולות טענות כנות ורציניות כנגד אותנטיות המקור: הן לענין המועד בו חתם עליו, כביכול, אונגר; הן לענין זהותו - שמא נאמר: קיומו - של האדם שאימת, כביכול, את חתימתו של אונגר; והן לענין העד שאימת את חתימתו של עופר; נזכור כל אלה וידענו כי ספיקות רציניים מתגנבים אל-לב באשר לאמיתות הסיפור שסיפר עופר. והספיקות הם כה רציניים, עד שגם לפי הגישה המקלה להצגת העתק מיסמך - זו גישת המהימנות - הובאו ראיות חזקות ביותר כנגד האותנטיות של מיסמך ההעברה. הראיות הן כה חזקות, עד שאין אותו צילום המבקש להעיד על עצמו כי צילום הוא של כתב העברה אותנטי, יכול לשמש יסוד להעברת מניות תקינה משמו של אונגר לשמו של עופר.

23. מסקנתנו היא אפוא זו: שגגה יצאה מלפני בית-משפט קמא שעה שקבע שיש להעמיד את צילום כתב ההעברה על חזקתו, כביכול, כי צילום של מיסמך אותנטי ותקף הוא. מיצבור הראיות שבאו לפני בית-משפט קמא מחייבנו להסיק כי לא היה בנמצא כתב העברה תקף שהיה בכוחו להעביר את הבעלות במניות מאונגר לעופר, וכך אנו פוסקים.

24. אלא שבכך לא מלאה סאת הפגמים בהעברת המניות משם-אל-שם. נעבור אפוא ונדון בהליך נוסף שהיה - הליך שאף-הוא ניגע בפגמים מהותיים - והוא הליך העברת המניות בחברה.

#### הליך העברת המניות בחברה - סמכות הדירקטוריון

25. הליך העברת מניות בחברה על-פי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג1983- (פקודת החברות או הפקודה) נעשה בשלבים מיספר: הסכמה במיסמך החתום בידי המעביר והנעבר (סעיף 17 לתקנון לדוגמה); הצגת כתב העברה לחברה ורישום ההעברה בפנקס החברים (סעיפים 53 ו-61 לפקודה); הודעה לרשם החברות על ההעברה ועל רישומה בפנקס החברים (סעיף 52(ג) לפקודה). אשר לחברה פרטית, נזכור, הפקודה דרשה (בסעיף 39(א)(1) בה), כי בתקנונה ימצא סעיף "המסייג את הזכות להעביר את מניותיה". הגבלת העבירות, גם זאת נזכור, נתפשה כחלק ממהותה של חברה פרטית - בה יש חשיבות לזהות מחזיקי המניות - וביטוייה יכול היה ללבוש צורות שונות: זכות מצרנות לבעלי המניות; זכות סירוב

לדירקטוריון; חובת אישור הדירקטוריון ועוד. ראו, למשל: יוסף כהן, **דיני חברות** (איריסים, 1988, חלק ראשון) 395;

**Gower's Principles of Modern Company Law** (Pavl L. Davis ed.; Sweet & Maxwell, 6<sup>th</sup> ed., 1997), 345-347

26. בחברה שלפנינו כך קובע סעיף 19 לתקנון (לאחר שהחברה שינתה מנוסחו המקובל בתקנון לדוגמה):

המנהלים רשאים לסרב לרשום כל העברת מניות לאדם שאין הם רוצים בו ...  
המנהלים רשאים לסרב לרשום את העברת המניות לפי שיקול דעתם המוחלט  
מבלי לתת כל סיבות לדבר.

ומה אירע בענייננו? כפי שראינו למעלה, תחת אשר יציג לפני הדירקטוריון את כתב ההעברה; יקיים את הנדרש בדירקטוריון על-פי תקנות החברה; ולאחר מכן ידווח לרשם החברות על המעשים שנעשו; עשה עופר קפנדריה ופעל בדרך שאינה מקובלת. הוא פנה במישרין אל רשם החברות, וביקש אותו כי ירשום בתיקו העברת מניות שלא נתבצעה כלל בחברה. משהלך עופר בדרך זו שהלך, ממילא לא נתנו הדירקטורים דעתם לאפשרות לסרב העברת המניות כסמכותם בתקנה 19 לתקנות החברה. מה דינו של הליך זה, הליך שבו הפך ראש לזנב וזנב הפך בו לראש?

27. טוען עופר, כי להעברת מניות אין נדרש אישורו של הדירקטוריון. די בכך שהדירקטוריון אינו מסרב להעברה - וההעברה תתפוש. כיוון שכך, ממשיך הוא וטוען, ממילא לא היה כלל צורך בכינוס הדירקטוריון. ומדוע כך? שבדירקטוריון ישבו שניים: הוא - עופר - וכהן, וברי כי גם לו סירב כהן להעברה לא היה נמצא רוב בדירקטוריון לסירוב להעברה. מסקנה: העלאת נושא ההעברה לפני הדירקטוריון לא היה בה, לו נעשתה, אלא מעשה פורמלי-שבפורמלי - אולי אף מעשה מיותר - ועל-כן לא נפל פגם מהותי באי-הצגת העברתן של המניות לפני הדירקטוריון. בית-משפט קמא קיבל טענה זו וקבע כי למרות פגם שנפל בהליך העברת המניות, אין בו באותו פגם כדי לפגוע בתוקפו של מעשה ההעברה. ובלשונו של בית-משפט:

הנטיה היא לפרש בצמצום הוראות בתקנון ההתאגדות המכבידות על עבירותן של מניות. בהעדר הוראה מפורשת המכפיפה את העברת המניות לאישורו של הדירקטוריון, אין לפרש כך הוראה המסמיכה את הדירקטוריון לסרב לאשר את העברת המניות ...

מהאמור עולה שהעברת המניות לא הייתה טעונה אישורו של הדירקטוריון. יתר על כן אין לראות בהתנגדותו של אלברט כהן, אחד משני חברי הדירקטוריון, התנגדות של הדירקטוריון, המונעת את העברת המניות.

איו ספק שהנהוג התקין היה מצריך כינוס של הדירקטוריון לדיון בהעברת המניות, אלא שבנסיבות הענין לא היה באותו כינוס כדי לשנות דבר. סירובו של אלברט כהן להעברה, לא היה מונע אותה. לכן אין מקום לפסול את העברת המניות רק בגלל אי כינוסו של הדירקטוריון.

אני חולק על מסקנה זו, שלדעתי אי-כינוסו של הדירקטוריון עלה בנסיבות הענין כדי פגם אשר היה בו כדי לפסול את מעשה ההעברה. אפרש ואפרט.

28. פקודת החברות, כאמור, חייבה חברה פרטית לקבוע בתקנונה הוראה המסייגת את עבירות המניות בה. צורת ההגבלה נתונה היתה לשיקול דעתם של מייסדי החברה ובעליה מעת לעת, ואולם מתוך שכל הגבלה יש בה כדי למעט - ולו מעט-מזעיר - מקניינו של הבעלים, נטיית הפסיקה היתה לפרש בצמצום הוראת-הגבלה שבתקנות החברה. וכלשונו של השופט מני בע"א 347/62 **החברה המרכזית לשיכון ובנין בע"מ נ' מפרק חברת "פלרוד" בע"מ (בפירוק)**, פ"ד יז 399, 406:

כלל ידוע, בקשר להגבלות על העברת מניות הוא, כי יש לפרש הגבלות אלו בצורה מצרה, מכיוון שלבעלי מניות יש **prima facie** זכות להעביר את מניותיהם לכל מי שיחפצו. אין לקצץ בזכות זו על-ידי לשון בלתי-ברורה ואימפליקציות מפקקות.

לכן מקום שלא ברור אם הגבלה מסוימת חלה על העברה כלשהי, יש להעדיף את הפירוש המצר.

ראו עוד והשוו: ע"א 132/81 **ג'י.בי. טורס בע"מ נ' חאייק**, פ"ד לח (2) 425, 432.

תניית-הגבלה שכיחה העניקה מעמד לדירקטוריון החברה - בין בדרישת הסכמה של הדירקטוריון להעברה בין בסמכות סירוב להעברה - למנוע כניסת חבר חדש שדעתם של בעלי המניות אינה נוחה הימנו. ראו, למשל: ע"א 131/88 **רוגובסקי נ' סביר**, פ"ד מד (2) 622, 625. למותר לומר שלא הרי דרישת הסכמה כהרי סמכות סירוב; שבסוג המקרים הראשון חייבת שתבוא הסכמה בדירקטוריון להעברה, והיעדר הסכמה ימנע העברה, בעוד אשר בסוג המקרים השני חייב שיבוא סירוב. בסוג המקרים השני, אפוא, בהיעדר רוב בדירקטוריון כנגד ההעברה - תותר ההעברה. אמר על כך השופט לנדוי בע"א 574/66 **לוטן נ' לוגי (בניה) בע"מ**, פ"ד כא (1) 496, 499:

... בתקנות החברה ... לא נאמר שכל העברת מניות טעונה הסכמת המנהלים, אלא נאמר שם שהמנהלים, יכולים לסרב לרשום העברת מניות לאדם שאינו נראה להם. להבדל זה נודעת חשיבות מכרעת, כי הסירוב לרשום צריך להיות של חבר המנהלים, כלומר של שני המנהלים גם יחד; סירובו של המערער לבדו אין די בו כדי למנוע את רישום ההעברה ...

ראו עוד: ג' פרוקצ'יה, "כוח המנהלים לסרב לרשום העברת מניות בחברה", הפרקליט כ"ד (תשכ"ח1968-) 268; ע"א 580/69 משרקי נ' בדיחי, פ"ד כד (2) 74, 77; אברהם פלמן, הדרה בר-מור, דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה (כרטא, תשנ"ד - 1994, כרך א) 435. בענייננו-שלנו, אם כן, משידענו כי תקנון החברה נותן אך זכות סירוב בידי המנהלים, נדרשת החלטת סירוב של הדירקטוריון כדי להצדיק אי-רישום ההעברה; ראו: Pennington's, Company Law 1000 (Butterworths, 7<sup>th</sup> ed., 1995). במקרה זה האחרון, ובשוויון הצבעה בדירקטוריון, דין ההעברה הוא אפוא כי תירשם.

29. להשלמה נוסף, כי שומה עלינו להבחין - כאן כמקומות אחרים במשפט - בין פגמים טכניים ופורמליים לבין פגמים מהותיים בהליך אישורה של העברה. בעוד אשר פגמים מן הסוג הראשון לא יפגעו - על דרך העיקרון - בהעברה, פגמים מן הסוג השני יכולים שיביאו לבטלותה מעיקרה. המיבחן לסיווגו של פגם כפגם טכני או פורמלי הוא בחקר כוונתם האמיתית של המנהלים, דהיינו, אם נהיר ואם לאו בנסיבות הענין כי ניתנה הסכמת המנהלים להעברה (או, בהתאם לענין, כי היה סירוב מצידם להעברה). ראו, למשל: ת"א (חי') 1630/62 גולדברט נ' הלפרין, פס"מ לה, 307, 311; ע"א (ת"א) 135/48 ביר נ' רובין, פס"מ ד, 182, 188; ע"א 726/74 מלונות נוה-ים של חוף ארסוף בע"מ נ' כהן, פ"ד ל (2) 517, 526.

30. ומה בענייננו-שלנו? הדין הורה אותנו, בסעיף 53 לפקודת החברות, כי "אסור לחברה לרשום העברה של מניותיה אלא אם נמסר לה כתב העברה נאות...". הוראת-חוק זו הוראה קוגנטית היא, ולפיה לא תועברנה בחברה מניות רשומות משם-אל-שם אלא אם הוצג לפני החברה כתב העברה תקין. בענייננו לא הוצג לפני דירקטוריון החברה כל כתב העברה - לא-כל-שכן שלא הוצג לפניו כתב העברה נאות - ולכאורה פגומה היא ההעברה אך מטעם זה בלבד. אלא מה? טוען עופר, כפי שראינו, כי בנסיבות העניין יש לראות פגם זה כפגם פורמלי וטכני בלבד; שביודענו כי בדירקטוריון ישבו אך שני מנהלים: עופר וכהן; וכי עופר היה מצביע בדרך הטבע בעד ההעברה, דהיינו: נגד סירוב ההעברה; ממילא נוסף ונדע כי הדירקטוריון לא היה מסרב להעברה, וסוף דבר היה שההעברה היתה מתקיימת. בנסיבות אלו יש לראות בפגם אי-הצגת כתב ההעברה לפני הדירקטוריון אך פגם טכני ופורמלי בלבד, פגם שלא היה בו כדי לפגוע בהעברה.

טענה זו אינה מקובלת עליי.

31. תחנת המוצא למסע הפרשנות תימצא לנו בהוראת סעיף 53 לפקודת החברות, ולפיה בהיעדר כתב העברה נאות אסורה היא חברה לרשום העברה של מניותיה (ראו עוד: פלמן ובר-מור, 425). כתב העברה נאות חייב אפוא שיוצג לפני הדירקטוריון, והשאלה הנשאלת היא: תפקידם של הדירקטורים בהקשר זה - מהו? דעתנו היא, כי תפקידם של הדירקטורים אינו ממצה עצמו אך בבחינת זהותו של הנעבר; הדרישה לקבלת הסכמתם - או סירובם - להעברה, לפי הענין, מחייבת אותם

לבדוק, למיצער, את כשרותה של פעולת ההעברה ואת אמיתות המיסמכים המשמשים להעברה. אומרים על-כך פלמן ובר-מור (שם, 426):

משקיבל הדירקטוריון את כתב-ההעברה, יבדוק מזכיר החברה אם הוא חתום בידי המעביר והנעבר, ואם הוא מבויל כדיון, אם מספרי המניות המועברות מתאימים למספרים הרשומים בפנקס-החברים, ואם צורפה תעודת המניות שהועברו. אם המזכיר מכיר אישית את חתימת המעביר ואין לו ספק באמיתותה ובשאר הפרטים, יעביר את כתב-ההעברה לאישור הדירקטוריון. בכל מקרה אחר ידרוש מאת הנעבר הוכחות אחרות, כדי לברר את זכותו של המעביר להעברת המניות (תקנה 19). לשם זהירות יתר, במקרה של העברת מניות לא רגילה, כגון מניות רבות או תמורה נמוכה, נוהגות החברות לשלוח למעביר הודעה שהחברה קיבלה כתב-העברה המתיימר להיות חתום על-ידו להעברת המניות הרשומות בכתב-ההעברה; ואם לא נתקבלה תשובת המעביר תוך תקופה סבירה רשאי המזכיר להניח שכתב-ההעברה הוא תקין, וימשיך בטיפול.

הצגת כתב ההעברה לפני הדירקטוריון קודם ההעברה נועדה להבטיח, בין השאר, שקיפות ומהימנות של מעשה ההעברה, וכך, מקום בו מתעורר חשד בדבר כשירות ההעברה, חובה היא המוטלת על הדירקטורים לערוך בדיקה ראויה של מעשה ההעברה. נזכיר את חובותיהם הכלליות של דירקטורים כלפי החברה - חובת אמון וחובת זהירות - ומחובות כלליות אלו תיגזר חובה פרטיקולרית המוטלת עליהם בענייננו, לאמור, חובה להפעיל את שיקול דעתם במיומנות, בתום לב ולטובת החברה בכללותה. ראו: יוסף כהן, **דיני חברות**, 397; פרשת **מלוונות נוה-ים**, שם, 526; פרשת **רוגובסקי נ' סביר**, שם, 625; Fox & Bowen, **On the Law of Private Companies** (Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> ed., 1995) 67. למותר לומר כי מקום בו אין נמסרת לדירקטוריון כל הודעה על העברת מניות, נשללת ממילא יכולת הבדיקה הראויה וגובר החשש שמא ייעשו מעשי מירמה וזיוף בהעברת המניות. בענייננו-שלנו, כפי שראינו, הסתיר עופר מן הדירקטוריון בעת הרלבנטית את כתב ההעברה, ובמעשהו זה מנע את הדירקטוריון מללא את חובתו לבחון את מעשה ההעברה. פגם זה שנפל במעשה ההעברה פגם חמור הוא, ויש בו כדי לשלול את פועלה המשפטי של ההעברה.

יתר-על-כן: גם במקום בו ניתן לחזות מראש את החלטת הדירקטוריון - כמקרה שלפנינו - גם-אז אין בדבר כדי למעט מן החיוב העקרוני להציג את כתב ההעברה לפני הדירקטוריון. שכן משיוצג הנושא לפני הדירקטוריון, יוכלו הדירקטור או הדירקטורים - או בעלי מניות - המתנגדים למעשה ההעברה לבחון הליכים למניעת ההעברה; כך, למשל, על דרך פניה לערכאות בטענה כי הדירקטורים האחרים פועלים בניגוד לתקנון החברה או שלא בתום-לב ושלא לטובת החברה; כי הדירקטורים מקפחים שלא-כדיון את המיעוט, ועוד. ראו, למשל: ע"א 87/75 פויכטוונגר נ' פויכטוונגר, פ"ד כט (2) 85. אכן, חובה היא המוטלת על דירקטורים לבחון ולשקול כהלכה מעשה העברת מניות משם-אל-שם, ובחינה ושיקול דעת אלה חייבים שייעשו בכפיפות לחובות הנאמנות והזהירות המוטלות עליהם. ראו עוד והשוו: ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר,

פ"ד לח (3) 253. אשר לענייננו, חזקה על הדירקטור כהן כי היה בוחן את כשרות העברת המניות, ואפשר היה מחליט אף לתקוף את מעשה ההעברה בשל אותם חשדות ומוזרויות שדיברנו בהם באריכות בדברינו למעלה.

בהשאלה מן המשפט המינהלי נאמר לענייננו עתה כך: הלכה היא במשפט המינהלי, שבמקום בו קונה רשות סמכות שיקול דעת, חובה היא המוטלת עליה בכל מקרה: החובה לשיקול בדעתה כהלכה אם להיעתר ואם לסרב לבקשה המונחת לפניו. כך במשפט המינהלי וכך בענייננו, שנטל הוא המוטל על הדירקטוריון לשיקול ולבחון העברת מניות משם-אל-שם. מחדלו של דירקטוריון למלא את חובתו, מחדל הוא שראוי כי תהא סנקציה בצידו במקרה המתאים. עופר מנע את הדירקטוריון מִמְלֵא את חובתו, ונאמנים לכלל כי לא נתיר לענול ליהנות מפרי עוולתו נאמר אנו, כי לא נכיר בהעברת המניות כהעברה תקפה.

32. כפי שראינו, עשה עופר לא-מעט כדי להסתיר את הליך העברת המניות, ואין לפרש את מעשיו אלא כנסיון למנוע את פיקוחו ואת ביקורתו של הדירקטוריון. כך נשללה אפשרות - בעיקר מכהן, אך גם מבני-אונגר - לוודא את תקינות ההעברה, ולברר אם אמנם ביקש אונגר להעביר את המניות לעופר. חומרה מיוחדת נודעת למעשהו של עופר בתינתו דעתנו לאירועים אלה: היה זה בשנת 1983 שהחברה החליטה למכור את המקרקעין שבבעלותה, ולחלק את תמורת המכירה בין עופר לבין הגב' אווה כהן, אחייניתו של אונגר. חלק ניכר מן המקרקעין אכן נמכר, והתמורה חולקה בין השניים. סביר להניח - אף שהדבר לא נתברר מתוך הראיות - כי החלטת החברה היתה על דעתו - לא עוד אלא לפי רצונו ובקשתו - של אונגר. על רקע זה יש להבין את מהלכיו של עופר בשנת 1996, לאמור, ברצונו לשנות מן האיזון שבחלוקת התמורה בינו לבין אווה כהן, ובכוונתו להסתיר מכהן את כל אשר נעשה ולא נעשה; והכל כדי לשלשל לכיסו את תמורת המכירה תוך אי-שיתופה של אווה כהן. אכן, ביודענו כי הדירקטור האחר בחברה, כהן, אמור היה לשמור על האינטרסים של אווה כהן, חזקה עליו כי היה מגלה מתנגדות להעברת המניות לעופר, וניתן להניח כי אף היה פונה לאונגר בבקשה לברר מה אירע. פניה זו ללונדון אפשר היתה מעלה כי אונגר לא חתם כלל על כתב העברת המניות, ואם חתם - אפשר היה כהן מביא אותו לשנות את דעתו. בין כך ובין כך, בנסיבות הענין הפגם שנפל בהליכי ההעברה פגם-של-מהות הוא, פגם שיש בו כדי לבטל את מעשה-ההעברה מכל-וכל.

33. דעתנו היא אפוא זו, שהעברת הבעלות במניות לא נעשתה כמתחייב מן הדין ומתקנות החברה. הבעלות במניות נותרה בידי אונגר, ובמותו עברה ליורשיו, קרא, לבני-אונגר.

#### להחלטת האסיפה הכללית

34. מעשיו של עופר היו פגומים מן-השורש, למתחילה ועד סוף. כך היה בהליכים שעמדנו עליהם עד כה וכך היה בהחלטות האסיפה הכללית. כפי שראינו, קיבלה האסיפה הכללית של החברה שתי החלטות לענייננו: ביום 18 באפריל 1996



החליטה האסיפה הכללית על מכירת המקרקעין לרוכשים, ולאחר כשבוע - ביום 25 באפריל - החליטה לפטר את כהן מכהונתו כדירקטור. נזכור כי אותה עת החזיק עופר, לכאורה, ב-10 מתוך 11 מניות החברה.

35. כהוראת סעיף 17 לתקנות החברה, אין נעבר הופך בעל מניות - במערכת היחסים בינו לבין החברה - כל עוד לא נרשמה ההעברה בפנקסי החברה. וכלשון תקנה 17 לתקנות:

17. העברת מניה בחברה תהיה במסמך חתום בידי המעביר והנעבר, וכל עוד לא נרשם בפנקס החברים שמו של הנעבר יראו את המעביר כבעל המניה.

לשון אחר: השלמת רישום בפנקס החברים תנאי מוקדם הוא להקניית מעמד של בעל מניות לפלוני. כל עוד לא נרשמה ההעברה בפנקס החברה "החברה מוסיפה לראות במעביר את בעל-המניה החוקי"; פלמן ובר-מור, 428. ראו עוד: ע"א 429/87 זכרון שושנה בת מרדכי נ' איטח, פ"ד מד (2) 79, 85. זכות ההצבעה באסיפה הכללית ניתנת, אפוא, בידי המעביר כל עוד לא שלם מעשה ההעברה. בדרך הטבע ובמהלך הדברים הרגיל, הנטל על הנעבר מוטל הוא לעשות את הנדרש להשלמת הרישום בפנקסי החברה, ראו: פרשת מלונות נוה-ים, שם; המ' 547/52 ידלין נ' ידלין, פס"מ ה', 421, 426. ולענייננו: עופר ביקש להסתיר את מעשה ההעברה, ועל-כן לא עשה את הנדרש, ובמועד, לרישום העברת המניות משמו של אונגר לשמו-שלו. לעת האסיפות הכלליות, אפוא, לא היה עופר כלל בעל המניות שמכוון התיימר להחליט החלטות שהחליט, ועל-כן היו אותן החלטות כלא-היו. ההחלטות היו בטלות מעיקרן.

#### מסקנת-ביניים

35. מסקנתנו עד כה היא זו, שבני-אונגר זכאים כי נצהיר - כבקשתם - על בטלות העברת המניות לעופר. ואולם בכך טרם מילאנו את חובתנו במלואה. ביודענו כי המקרקעין נמכרו לצדדים שלישיים, שאלה נוספת שעלינו להידרש לה מסיבה עצמה על זכויותיהם של בני-אונגר כלפי אותם צדדים שלישיים. לשאלה זו ניפנה עתה.

#### דיו הסכמי המכר

36. בית-משפט קמא, משנמצא לו כי העברת המניות משמו של אונגר לשמו של עופר תפשה, ממילא לא היה עליו להידרש לזכויותיהם של בני-אונגר כלפי אותם צדדים שלישיים. בית-המשפט לא דן אפוא בשאלת תום ליבם של הרוכשים לעת שכרתו את הסכם רכישת המקרקעין. ואולם אנו, לאחר שהיגענו לכלל מסקנה כי העברת המניות מאונגר לעופר לא

תפשה, צפה ועולה נגדנו מאליה שאלת זכויותיהם של בני-אונגר כלפי אותם צדדים שלישיים; ולמותר לומר כי מערכת היחסים בין אלה לאלה תולה עצמה, בין השאר, בשאלת תום ליבם של הרוכשים, דהיינו: אם ידעו או אם לא ידעו על מעשיו של עופר.

37. בשאלה זו לא נשמעו אלא ראיות מעטות, ואולם גם ראיות מעטות אלו מטילות צל על זכויותיהם של אותם צדדים שלישיים. לכאורה, מה להם לאותם צדדים שלישיים - אשר שילמו ממיטב כספם עבור מקרקעין שרכשו - ולמעשיו של עופר? אלא שמסתבר כי עורך-הדין של רוכשי הדירות היה מעורב באורח פעיל בכינוסן ובניהולן של האסיפות הכלליות - אותן אסיפות כלליות שאישרו את מעשה המכירה ואת פיטוריו של כהן מכהונתו בדירקטוריון - ושאלה לעצמה היא מה היה לאותו עורך-דין שעירב עצמו במעשי החברה, ומה מידע היה לו על מעשיו של עופר? אכן, אין צורך כי נרחיק לכת עד שנוכל לומר כי הפגמים שנתגלו לעינינו במעשיו של עופר דבקו, לכאורה, אף באדרת שעל גופו של אותו עורך-דין. אם ידע עורך-הדין על מעשיו של עופר, הניתן לייחס אותה ידיעה לרוכשים אף-הם? אין מקום כי נכריע לעת הזו בשאלה זו ובשאלות אחרות נלוות לה. שומה עליו על בית-משפט קמא להוסיף ולשמוע ראיות, ורק לאחר שמיעה נוספת יהיה בידי להכריע באשר לזכויותיה של החברה כלפי הצדדים השלישיים. למותר לומר כי הכרעה בשאלה זו אינה אוצלת על זכותם של בני-אונגר כלפי עופר, שזכות זו אנו מכריעים בה כהיום הזה.

### כללם של דברים

- א. אנו מחליטים לקבל את הערעור ולבטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא.
- ב. אנו מצהירים כי העברת המניות מאונגר לעופר העברה בטלה היתה. לעת פטירתו היה אונגר, אביהם של בני-אונגר, בעל המניות בחברה.
- ג. כנדרש מכך, חייב עופר לשלם לחברה את כל הכספים שקיבל מהרוכשים תמורת מכירת המקרקעין, ואין הוא זכאי לקבל מן הרוכשים כל תשלום נוסף עבור מכירת המקרקעין. אם תתעוררנה שאלות באשר לגובה התשלומים, יכריע בהן בית-משפט-קמא.
- ד. אנו מוסיפים ומחליטים להחזיר את הדיון לבית-משפט קמא, להכרעה בתוקפם של חוזה המכר ובזכויותיה של החברה כלפי המשיבים מס' 3 עד 12.

ה. בית-משפט קמא יוסיף וידון בזכויות אחרות שיש להם לבני-אונגר, זכויות שאפשר לא הכריע בהן משפסק שהעברת המניות מאונגר לעופר תקפה. כן ישקול בית-המשפט לצרף את הגב' אווה כהן כמשיבה לתביעה, שכן על-פי הנטען בסיכומיהם של בני-אונגר זכאית היא לקבל את תמורת מכירתם של מקרקעי החברה.

ו. עופר ישלם לבני-אונגר הוצאות ההליכים עד כה בבית-משפט קמא ולפנינו, ושכר טירחת עורך-דין בסך 100,000 ש"ח ומע"מ עליהם.

**ש ו פ ט**

**השופט א' מצא:**

אני מסכים.

**ש ו פ ט**

**השופט ד' דורנר:**

אני מסכימה.

**ש ו פ ט ת**

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.

היום, כ"ד בתמוז תשס"א (15.7.2001).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

---

העתק מתאים למקור G15.98062050  
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו  
בקובץ פסקי הדיון של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444