|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בתל אביב - יפו** | | |
|  | | |
| נשיא נ' בנק הבינלאומי תל אביב סניף ראשי | | 2 אוג 2020 40706-01-16 |
|  | | |
| **השופטת** | חנה קלוגמן | |
|  | | |
| **תובעים** | 1. דוד נשיא 2. Lockton Universal Ltd  ע"י עו"ד דוד דרעי ואח' | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבע** | הבנק הבינלאומי הראשון לישראל ע"י עו"ד שירלי סקוט כחלון ואח' | |

**פסק דין**

* התובע הגישו תביעה זו כנגד הנתבע, הבנק, על סך של 2,179,141 ₪, בטענה שהבנק התרשל בניהול חשבון נאמנות שנפתח עבורו כנהנה (אם כי ההפקדה בוצעה בפועל ע"י התובעת). לטענתו, עקב התנהלותו הרשלנית של הבנק בניהול ופיקוח נגרם לו נזק רב, לאחר שהתברר שהכספים שהיו בחשבון הנאמנות נמשכו על ידי המורשה/הנאמן שניהל עבורו את החשבון, לטובת גורמים שלישיים. התוצאה הייתה שכספים שהועברו לחשבון על ידי התובעים ויועדו לביצוע עסקה מסוימת במקרקעין, שימשו את המורשה/הנאמן לעסקים אחרים, שאין לתובע כל חלק בהם. לטענת התובע, הדבר נעשה בניגוד להוראות הנאמנות ותוך פגיעה בזכויותיו. מנגד, הבנק טוען כי הוא פעל כפי שבנקאי סביר היה פועל בנסיבות העניין וכי לתובע אשם תורם בשיעור של 100%. **הצדדים ורקע כללי:**
* התובע 1 (להלן: "התובע") ערך עסקת מקרקעין עם עו"ד אהוד גנות (להלן: "גנות"). לצורך ביצוע העסקה התובע, באמצעות התובעת 2 הפקיד סכום של מעל ל- 1,700,000 ₪ בחשבון נאמנות אצל הבנק-הנתבע, בינואר 2009. גנות היה הנאמן המורשה בחשבון.
* בשנת 2009 התגלו שורה של ליקויים בהתנהלותו של גנות. בין היתר, נחשף כי גנות פעל בניגוד לחוק בכספי לקוחותיו אשר הופקדו בידיו בנאמנות. בנוסף, נחשף כי התנהל בניגוד להוראות לקוחותיו, תוך הפרת אמונים וחובות הנאמנות המוטלות עליו כעורך דין.
* בהחלטה מיום 28.12.15, גנות הוכרז פושט-רגל ע"י בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופטת אורית אורנשטיין).
* התובעת 2 (להלן: "התובעת" או "חברת לוקטון") היא חברה זרה הרשומה בחו"ל. מדובר בחברה משפחתית המנוהלת ע"י התובע.הנתבע (להלן: "הנתבע" או "הבנק") הינו הבנק אצלו נוהל חשבון הנאמנות נשוא תובענה זו.
* התובע ביקש לבצע עסקת מקרקעין עם גנות, כאמור לעיל. לצורך ביצוע העסקה פתח גנות ביום 22.01.2009 (או בסמוך לכך) חשבון נאמנות ספציפי אצל הנתבע. מדובר על סניף דיזינגוף (065), חשבון מספר 409-266178 (להלן: "חשבון הנאמנות" או "החשבון"). התובע, באמצעות התובעת, העביר לחשבון הנאמנות סך של 1,764,765 ₪ באמצעות המרת מט"ח, אשר אמור היה לשמש לצורך ביצוע העסקה.
* לאחר שהכסף הועבר לחשבון הנאמנות משך גנות סכומי כסף שונים מהחשבון, שלא לטובת העסקה, או התובעים, אלא לטובת עסקים אחרים שיש לו עניין בהם. לימים, הסתבר, כי גנות מעל בתפקידו והשתמש בכספים אלו לכיסוי חובותיו הוא. כנגד גנות הוגש כתב אישום והוא הורשע בדין ואף ישב בכלא. התובע הגיש תביעה אזרחית כנגד גנות, וניתן כנגדו פסק דין, אלא שגנות נכנס להליכי פשיטת רגל, כך שהתובע קיבל רק סכום חלקי מפסק הדין, בהתאם לדיווידנד לו היה זכאי בתיק הפש"ר.
* לטענת התובעים, הבנק אפשר לגנות למשוך כספים שלא לפי הנהלים בבנק, ועל כן לא גילה בזמן, שלמעשה הכספים משמשים למטרות אחרות ולא למטרה לשמה הופקדו הכספים בחשבון הנאמנות. התוצאה הייתה שכאשר התברר, שגנות מעל בכספים לא ניתן היה להשיבם. לתובעים נגרם נזק שניתן היה למנוע אותו אילו הבנק היה ממלא את תפקידו. **תמצית טענות הצדדים:תמצית טענות התובעים:**
* בפתח הדברים התובעים מדגישים, כי אלמלא ההתנהלות הרשלנית של הנתבע, "...פעולתו בניגוד לדין, לנהלים בנקאיים תקינים ולחובותיו כבנק סביר, ולהפרת חובות נאמנות וזהירות שחב הבנק כלפי התובע...", מעשה הגזילה לא היה מתאפשר.
* נטען כי, כאמור לעיל, גנות פעל בניגוד לחוק, בעת שגזל את כספי לקוחותיו. הוא התנהל בצורה קלוקלת זו, עד שנחשף בשנת 2009. בעקבות זאת, הוא הועמד לדין בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. הוא הורשע ונכלא. התובע מציין, כי במקביל להליך הפלילי, נפתחו כנגד גנות הליכים אזרחיים (תביעות אזרחיות; תיקי הוצאה לפועל) על ידי לקוחותיו, אשר לא קיבלו את כספם. בנוסף, התובע הגיש נגד גנות בקשה להכרזתו כפושט רגל. בתאריך 28.12.15 בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל את הבקשה.
* לשיטת התובעים, המעשים הבלתי חוקיים של גנות התאפשרו ויצאו לפועל, עקב מעשיו ומחדליו של הנתבע, הבנק. נטען, כי הבנק פעל ברשלנות, בניגוד לדין ולנוהג הבנקאי הסביר. בנוסף, נטען כי הבנק פעל בניגוד לחובות המוטלות עליו כבנק המנהל חשבון נאמנות של עורך דין לטובת לקוח.התובעים מדגישים, כי הבנק נכשל בעת טיפול בענייניהם. נטען שהבנק מודע לכך היטב, וכי עורכת הדין מטעם הבנק פעלה על מנת להסתיר חלקים רלוונטיים מנהלי הבנק במסמכים אשר צורפו לתצהיר העדות הראשית, זאת משום שהבנק פעל באופן בלתי סביר ולא עמד בסטנדרט הבנקאי כפי שהוא עצמו קבע.
* התובעים מציינים, כי קיים פגם ממשי בטענה, כי גם הבנק נפל קורבן לרמאות של גנות, ולכן אינו אשם. שכן, ראשית, הבנק הינו גוף מקצועי בעל ניסיון והיה על הבנק לשמור על הכספים אשר הפקיד אצלו התובע. שנית, נטען כי ניסיונות הרמאות של גנות כלל לא היו מאוד מתוחכמים. הלכה למעשה, בזמן אמת, היה על פקידי הבנק לפעול על פי הנהלים למנוע את מעשי המרמה. משלא עשו זאת, התאפשרו מעלליו של גנות. שלישית, נטען כי עובדתית, עד כה, התובעים בלבד נאלצו לשאת בנזקי המרמה (על אף טענת הבנק, כי גנות רימה גם אותם).
* נטען, כי ביום 22.01.09 (או בסמוך לכך), כאמור, נפתח על ידי גנות חשבון נאמנות ספציפי אצל הנתבע. ביום זה התובע הפקיד בחשבון סכום של 1,764,765 ₪ באמצעות המרת מט"ח.
* נטען, כי הבנק אפשר לגנות לעשות "ככל העולה על רוחו". לשיטת התובעים, כבר באותו היום שהופקדו הכספים, החל גנות לרוקן את החשבון. מדובר על העברה בסך של 1,550,000 ₪ לחשבון בבנק לאומי לישראל בע"מ, של חברה פרטית בשם מג'אן יזמות ובנייה בע"מ (להלן: "מגאן" או "חברת מגאן"). להסרת הספק יובהר, כי התובעים מדגישים שחברת מגאן אינה קשורה לתובעים או מי מהם. עמדת התובעים היא שלא זו בלבד שהבנק לא קיבל את אישור התובעים לפעולות שביצע גנות באופן לא חוקי, אלא שהבנק לא יידע את התובעים בנוגע לפעולות אלו. לשיטת התובעים, היה על הבנק לסרב להעברה זו בהיעדר אישור של הנהנה מראש ובכתב, או צו שיפוטי (על פי נהלי הבנק, ס' 3.13). נטען כי הלכה למעשה, התובעים לא קיבלו שום תמורה משום עסקה שגנות ניהל באמצעות, עבור או כצד השני של חברת מגאן.
* התובעים טוענים שאף לעד מטעם הבנק, דוד אבוקסיס, לא היה הסבר סביר מדוע פעל בניגוד לנוהל בעניין זה (פרוטוקול 11.09.19, עמ' 69-71). הודגש, כי לא זו בלבד שהלכה למעשה, הבנק פעל בניגוד מפורש לאמור בנהלי הבנק ולסטנדרט הבנקאי המחייב, אלא שהעד העיד, כי לא התכוון כלל לבקש אישור מטעם הנהנה עבור העברה זו משום שהסתמך על הסכם המכר (פרוטוקול 11.09.19, עמ' 82, ש' 1-6).
* בנוסף, נטען, כי הנהנה בחשבון הנאמנות בעת ההיא היה התובע 1 ואילו ההסכם שעליו הסתמך פקיד הבנק הינה החברה שבבעלות התובע, היא התובעת 2. לפיכך, כבנקאי, אסור היה עליו להעביר כספי נאמנות של התובע לטובת עסקה של התובעת, אפילו אם היא בבעלות התובע. ודוק, התובעים טוענים, כי בכך שגה הפקיד בעת שלא פנה למחלקה המשפטית לשם בירור העניין, כפי שכתוב בס' 1 לנהלי הבנק. התובעים מדגישים, כי בעת שלא פנה הפקיד לבירור העניין, הוא התרשל בצורה חמורה. לא זו אף זו, הפקיד העיד, כי רק לאחר כמה ימים שם לב לשוני המדובר, ורק אז פנה לפתיחת "בירור" (פרוטוקול 11.09.19, עמ' 54, ש' 20-25).
* עוד נטען, כי גנות ביצע מספר פעולות בחשבון: ביום 26.01.09 בוצעו שתי העברות בנקאיות לפי הוראותיו של גנות (הראשונה על סך 87,500 ₪; השנייה על סך 101,200 ₪). ביום 22.02.09 גנות משך סך של 307,000 ₪ במזומן. ביום 08.07.09 גנות משך עוד סכום של 106,500 ₪ במזומן. לגישת התובעים, כל הפעולות נעשו שלא בנוכחות התובעים וללא אישורם. נטען כי גנות רוקן את החשבון והשתמש בכספים לצרכיו הפרטיים ולפי ראות עיניו.
* בנוגע להעברות בתאריך 26.01.09 – נטען, כי העד מטעם הבנק אף הודה בעצמו שגם במקרה דנא פעל שלא בהתאם לנהלי הבנק, בעת שלא דרש אישור מראש ובכתב (פרוטוקול 11.09.19, עמ' 72, ש' 7). למרות שנטען ע"י הבנק, כי ההעברות אלו אושרו בדיעבד, התובעים משיבים, כי מדובר על אישור בדיעבד (ולא מראש, כנדרש) ושהאישור ניתן כביכול בשם התובעת 2 (על אף שצורפה כנהנית רק בתאריך 14.04.09). התובעים מציינים, כי האישור שהגיש גנות, היה זיוף ברמה נמוכה, כך שכבר היה על הבנק לחשוד ולהבחין בכך שאין אפילו חותמת של החברה (התובעת) על גבי המסמך וכי מדובר במסמך וורד פשוט, ולא דף לוגו של חברה קיימת. בנוסף, נטען שחתימתו של התובע על גבי המסמך כלל לא דומה לחתימה המזויפת של התובע המופיעה על גבי הסכם המכר.
* בנוגע להסכם המכר – נטען, כי הסכם המכר קבע מועדי וסכומי תשלומים אשר שונים בתכלית מההעברות שביקש גנות לבצע בחשבון הנאמנות. התובעים טוענים, כי עובדה זו הייתה צריכה לעורר את חשדו של הבנק.
* בנוגע לבקשה עבור שיק בנקאי לטובת מס שבח מקרקעין, בתאריך 22.06.09 – התובעים טוענים שלמעשה, לא זו בלבד שלא הושג אישור מראש ובכתב על התנועה, אלא שהיה על פקיד הבנק לחשוד בכך שגנות מבקש לשלם חוב של המוכר למס שבח בכספי הקונה.
* בנוגע לטענת הבנק אודות מסמכים שאבדו או בוערו – נטען, כי לא הובאה ע"י הבנק ראיה שהושמד או אבד מסמך. עוד הוטעם, כי לא צוין בבירור מה מבין המסמכים חסר. בנוסף, התובעים טוענים שלפי חוק והוראות המפקח על הבנקים, על הבנק לשמור מסמכים במשך שבע שנים לפחות. בפועל, באוקטובר 2009 פנה התובע לבנק על מנת לעיין במסמכים, והתריע אודות הגילויים הפליליים בנוגע לגנות.
* התובעים טוענים, כי הבנק עצם את עיניו לפעולות אלו ואף במעשיו ובמחדליו אפשר לגנות לפעול כמפורט לעיל. נטען, כי סעיף 5 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק הנאמנות") חל בעניין דנא. קרי, הבנק מוחזק כיודע על הנאמנות ועל כך שהכספים בחשבון שייכים לנהנה וכי הנאמן מנהל אותם עבורו. לפיכך, בעת שהבנק אפשר לגנות לבצע העברה בנקאית בסכום של למעלה ממיליון ₪ לחשבון של צד שלישי, ללא אישור הנהנה, ללא ידיעת הנהנה, ובעת שאפשר לגנות למשוך מאות אלפי שקלים במזומן מהחשבון, הרי שהבנק פעל בניגוד לדין. התובעים מציינים, כי עפ"י הנהלים הבנקאיים התקינים, הגם אם היה לגנות אישור חתום מטעמם לחלק מהפעולות, היה אסור לבנק לבצע העברה שלא לחשבון הנהנה, או לאפשר משיכה שלא בנוכחות הפיזית של הנהנה וזיהויו על ידי פקיד הבנק. להשלמת התמונה התובעים טוענים, כי הבנק מחויב לעמוד על כך שכל העברה בנקאית תבוצע לחשבון הנהנה, או לפי צו שיפוטי.
* התובעים טוענים, כי קיים טעם ממשי לפגם בהתנהלות הבנק. לשיטתם, הבנק התרשל ופעל בניגוד לסעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין"). נטען, כי הבנק נושא באחריות מלאה לנזק שנגרם כתוצאה מכך. עוד הוטעם, כי הבנק הפר את חובות הנאמנות והזהירות המוטלות עליו בנסיבות העניין, הפרה של נהלים בנקאיים ושל נורמות ההתנהגות הסבירות והמקובלות על ידי הבנקים. בנוסף, נטען כי יש לראות בהסכם לפתיחת חשבון הנאמנות משום חוזה לטובת צד שלישי על פי פרק ד' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"). לבסוף, נטען, כי מחדליו ופעולותיו של הבנק הינם משום גרם הפרת חוזה כמשמעותו בסעיף 62 לפקודת הנזיקין.**תמצית טענות הבנק-הנתבע:**
* לטענת הבנק יש לדחות את התביעה נגדו או למחוק את התביעה על הסף. לחילופין, הבנק מבקש מבית המשפט לדחות את התביעה לגופה, תוך חיוב התובעים בהוצאותיו ובהוצאות לדוגמה.
* עמדת הבנק היא שהתביעה הוגשה בחוסר תום לב וחוסר ניקיון כפיים. נטען, כי הועלו טענות כלליות, באופן שאין ביכולתו של הבנק להתגונן מפניהם. בנוסף, כבר ניתנה החלטה חלוטה בנוגע לעסקה שבין גנות לבין התובע. נקבע, כי היו ליקויים בעסקה משני הצדדים (נ/1, עמ' 30, ס' 62).
* נטען, כי התביעה התיישנה ולכל הפחות הוגשה בשיהוי ניכר ולכן השתנה מצב הבנק לרעה. שכן, נגרם נזק ראייתי בעת שהחומר הרלוונטי לתובענה בוער או לא אותר בבנק. הנזק הנ"ל מקשה על הבנק להציג עמדתו. לשיטת הבנק, התובעים מצהירים בכתב התביעה כי כבר בשנת 2009, ידעו אגב התלונות שהוגשו נגד בעל החשבון. אלא מאי? התובעים לא נקטו בהליכים כנגד בעל החשבון, סמוך למועד הפעולות בחשבון ו/או בסמוך למועד בו נודע להם על מעשי הגזלה. התובעים בחרו להגיש את התביעה דנן רק בחלוף שבע שנים. ולראייה, בנוגע להעברות שבוצעו בתאריך 26.01.09, נטען כי החומר הרלוונטי לפעולות אלו לא אותר בבנק, שכן חלפו כבר למעלה מ-7 שנים ממועד ביצוען. כאמור, מדובר על שיהוי ניכר לכל הפחות, ואף תביעה שהתיישנה. שכן, חשבון הבנק נפתח ביום 20.01.09 והתביעה הוגשה ביום 20.01.16. הבנק מדגיש שמהסיבות הללו יש להשית את מלוא האחריות על התובעים.
* הבנק טוען, כי התובעים לא עמדו בחובת הקטנת הנזק, החלה עליהם. לשיטת הבנק, הרשלנות התורמת של התובעים מגיעה לכדי 100%. נטען, כי עולה מעדות התובע שהוא נכח במעמד פתיחת חשבון הנאמנות. משכך, התובע היה מודע למטרת הנאמנות ולהסכם המכר שהוצג לבנק. בנוסף, נטען שהתובע העיד בנוגע לפסק הדין בעניין אנני ארזי ז"ל, כי חשד בגנות כבר בתאריך 26.03.09. לפיכך, לשיטת הבנק, כבר אז היה עליו למנוע את ההעברות שבוצעו לאחר מועד זה.
* נטען, כי בניגוד לאמור בכתב התביעה, הכספים שהופקדו בחשבון ביום 22.01.09 הופקדו ע"י התובעת. לפיכך, הכספים אינם של התובע ואין לתובע עילת תביעה נגד הבנק ודין תביעתו להימחק על הסף.נטען, כי הבנק פעל בהתאם למטרת הנאמנות, כפי שנמסרה אליו, במועד פתיחת החשבון ובהתאם להוראות בעל החשבון. עוד הוטעם, כי הלכה למעשה, המציא בעל החשבון, למעלה מן הצורך, אסמכתאות שונות לפעולות שבוצעו בחשבון.
* בנוסף, עמדת הבנק היא כי פעל במקצועיות ובאחריות, בהתאם להסכמים שנחתמו עם בעל החשבון ועל פי כל דין. נטען, כי הבנק פעל בתום לב ובדרך מקובלת.
* הבנק דוחה את טענת התובע, כי הוא פעל שלא לטובת הנהנה, אלא לטובת התובעת. עמדת הבנק היא, כי התביעה בכלל הוגשה על ידי התובע ולא על ידי התובעת. רק לאחר שהבנק ביקש לצרף את התובעת כצד נדרש להליך, ביהמ"ש נעתר לבקשה והוסיף את החברה כתובעת לתיק (החלטה מיום 24.05.17). לא זו אף זו, הבנק מדגיש שעולה מדיוני ההוכחות, כי אין מחלוקת שהחברה (התובעת) הינה בבעלותו של התובע. קרי, שטובת החברה היא טובת התובע. לסיומה של נקודה זו, הבנק טוען שהגם אם היו פגמים בנוגע לצירוף כלל הנהנים, לא הורם הנטל להוכחת קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק הנטען.
* בנוגע להעברה לחשבון מחברת מגאן, הבנק טוען שמדובר על החברה המוכרת בהסכם המכר. ודוק, ההעברה בוצעה בהתאם להוראות בעל החשבון ובהתאם למטרת הנאמנות. לשיטת הבנק, בניגוד מוחלט לנטען ע"י התובע, על פי נהלי הבנק העברת כספים למוכרת בהתאם למטרת הנאמנות אינה פעולה המצריכה אישור הנהנה מראש ובכתב. קרי, הנוהל אינו מחייב הסכמת הנהנה, ביחס לפעולות שאינן לטובת הנאמן. בנוסף, מדובר על העברת כספים אשר נעשתה לטובת הנהנה בחשבון, ולכן הדבר לא העלה חשד בבנק.
* הבנק מדגיש, כי בהתאם לנהלי הבנק, קבלת כספים במטבע חוץ, והעברת חלק ממנו למוכרת בהסכם המכר, אינן פעולות חשודות הדורשות פנייה למחלקה המשפטית. מדובר על פעולות המתיישבות עם טיב ומטרת החשבון. הבנק אף מדגיש שבפתיחת חשבון, אין זה מתפקידו של הבנק לבחון את תנאי ההסכם או אם קיימת עסקת נאמנות. ודוק, כאמור, התובע נכח במעמד פתיחת החשבון, אך בחר שלא לבדוק ולברר את הפרטים אודות הסכם המכר.
* הבנק מדגיש, כי על אף שלא ברור מכתב התביעה האם התובע הצליח לגבות את חובו או חלק ממנו מגנות, עולה כי רק לאחר שהבין התובע כי בעל החשבון הוכרז כפושט רגל, וכי אין לו ממי לגבות את חובו, פעל התובע להגיש תביעה זו. בסיכומי הבנק, הוא מציין כי במסגרת ההליכים השונים שהתנהלו נגד הנאמן גנות, התובע קיבל ממנו חזרה כ-2.34 מיליון ₪.
* עמדת הבנק היא שבניגוד לנטען בכתב התביעה, ביום 22.06.09 (ולא 22.02.09) נמשך מהחשבון סך של 307,000 ₪, לצורך הפקדת שיק בנקאי לזכות מס שבח מקרקעין. בנוסף, נטען כי בתאריך 08.07.09 נמשך מהחשבון סך של 106,500 ₪ לצורך הפקדת עוד שיק בנקאי, לזכות הועדה המקומית לתכנון ובניה. ובכן, בשורה התחתונה, הבנק חוזר ומדגיש כי כלל הפעולות שבוצעו בחשבון, בוצעו בהתאם להוראות בעל החשבון ובהתאם למטרת הנאמנות. לגבי ההעברות ניתנו הסברים ע"י גנות, ובהתאם לאישור הנהנה בכתב. לפיכך, לשיטת הבנק, הם מהווים חלק ממימוש עסקת המכר לשמה נפתח החשבון מלכתחילה.בנוסף, נטען כי בנוגע להעברות שבוצעו בתאריך 26.01.09, התקבלה בבנק הסכמת הנהנה בכתב, מאומת כדין (ככל הנראה לבקשת הבנק). הבנק מדגיש כי הגם אם בדיעבד, מדובר על אישור שהיה בו כדי להכשיר את ביצוע הפעולות.
* בנוגע לבירור שערך הבנק, נטען כי מדובר על בירור שגרתי אשר נערך מדי חודש, כחלק ממשטר איסור הלבנת הון החל על הבנק. עוד הוטעם, כי הבירור לא נפתח עקב חשד לפעולה חריגה בחשבון, שהרי בהתאם לפרטים שהוצגו בפני הבנק, בנוכחות התובע, צפויים היו להתקבל בחשבון כספים מחו"ל ובהתאם למטרת הנאמנות, היו אמורים להעביר כספים למוכרת. בנוסף, הבנק מדגיש, כי בזמן אמת, הבנק פיקח על החשבון. ולראייה, בעקבות בקשה מטעם גנות, להעברת כספים למר היים ביום 22.02.09, הבנק דרש הבהרות טרם ביצוע הפעולה. התנהלות זו מעידה על כך שהבנק בירר ובדק, טרם ביצוע פעולות בחשבון, כי אלה תואמות את מטרת הנאמנות.
* הבנק טוען, כי בהצהרת התובע (ס' 4,5 לתצהיר תשובות לשאלון), נאמר כי העסקה היחידה שטיפל עבורו גנות הייתה עסקת המכר. לפיכך, הבנק מציין כי ככל שבחר התובע להעביר לגנות סכומים אחרים נוספים, אין לגלגל את האחריות אל הבנק.
* לשיטת הבנק, הוא לא התרשל. נטען כי הבנק לא פעל בניגוד לסעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין. עוד הוטעם, כי הבנק לא הפר את חובות הנאמנות והזהירות אשר מוטלות עליו. בניגוד לאמור בכתב התביעה, הבנק טוען שפעל כפי שבנק סביר וזהיר היה פועל בנסיבות המקרה. לבסוף, לטעם הבנק, אין בפעולותיו משום גרם הפרת חוזה, כמשמעותו בסעיף 62 לפקודת הנזיקין. הבנק מכחיש את טענות התובע, וטוען כי אין הוא הכתובת לטענות התובעים. בנוסף, נטען כי בחשבון נאמנות, הנהנים אינם לקוחות הבנק ולכן חובת הזהירות כלפיהם הינה מצומצמת יותר.**דיון והכרעה:**
* אין מחלוקת בין הצדדים על כי נפתח חשבון נאמנות בבנק עבור התובע. כמו כן, אין מחלוקת על כי הועבר לחשבון הנאמנות סך של 1,764,765 ₪. אין אף מחלוקת על כי סכומי הכסף נמשכו על ידי גנות עבור מטרות אחרות ובניגוד להוראות שקיבל. כל זאת מבלי שהתובע ידע על כך.
* המחלוקת שבין הצדדים מתמקדת בשאלה האם הבנק התרשל בתפקידו ועקב כך איבד התובע את כספו, כטענת התובע, או לחילופין, הבנק ביצע את תפקידו כפי שמתחייב ממוסד בנקאי סביר ולמעשה האשם התורם המלא (או החלקי) מצוי אצל התובע, כטענת הבנק. אדון בטענות שהועלו ע"י הצדדים לפי סדרן. להלן: **טענת התיישנות, או לחילופין, שיהוי:**
* לטענת הבנק, התביעה התיישנה או לכל הפחות הוגשה בשיהוי ניכר שיש בו כדי לדחות את התביעה. לטענת הבנק, החשבון נפתח ביום 20.01.09 והתביעה דנן הוגשה ביום 20.01.16. כך גם ביום 26.01.09 בוצעו שתי פעולות העברה מהחשבון, האחת- לחשבון צופיה אלדר והשנייה- לחשבון גנות. מאחר שהתביעה הומצאה לבנק רק ביום 08.02.16, החומר הרלבנטי המתייחס להוראות גנות בזמן אמת, לביצוע אותן פעולות, לא אותר בבנק וככל הנראה בוער בחלוף למעלה מ- 7 שנים ממועד ביצועו. על כן, לטענת הבנק, נגרם לו נזק ראייתי כבד.
* יפים לעניין השיהוי הדברים שנאמרו מפי כב' השופטת א' פרוקצ'יה במסגרת ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נז(5) 433, עמ' 446: **"השתהות בהגשת תביעה אינה, כשלעצמה, שיהוי כמובנו במשפט. שיהוי בתוך תקופת ההתיישנות נוצר מקום שיש בהשתהות בפנייה לבית-המשפט משום שימוש לא נאות בזכות התביעה הנתונה לתובע ופגיעה בציפייה הלגיטימית של הנתבע שלא להיתבע – שימוש המגיע כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי (**[**רע"א 4928/92**](http://www.nevo.co.il/case/17924918) **עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד [11]; D.W. Oughton, J.P. Lowry, R.M. Merkin Limitation of Actions [60], at p. 23).** **לצורך טענת שיהוי נדרש להוכיח כי בנסיבות המקרה זנח התובע את זכות התביעה העומדת לו, או שבמשך הזמן שינה הנתבע את מצבו לרעה. היו שהוסיפו תנאי חלופי שלישי שעניינו שיהוי שנגרם עקב חוסר תום-לבו של התובע (**[**ע"א 403/63**](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא 403/63) **תמיר נ' שמאלי [12], בעמ' 53;** [**ע"א 410/87**](http://www.nevo.co.il/case/17937490) **עיזבון המנוחה רבקה ליברמן ז"ל ע"י יורשיה נ' יונגר (להלן – פרשת ליברמן [13]), בעמ' 756-755). הנטל להוכיח את התנאים הנדרשים לקיום שיהוי מוטל על הטוען לכך, קרי הנתבע (**[**ע"א 206/75**](http://www.nevo.co.il/case/17945890) **סלון 100 בע"מ נ' פנטריסה בע"מ [14]; פרשת ליברמן [13], בעמ' 756;** [**ע"א 167/51**](http://www.nevo.co.il/case/17912839) **ברסקי נ' סגל [15];** [**ע"א 118/75**](http://www.nevo.co.il/case/17910950) **עזבון מחמד שריידי נ' מנסור [16], בעמ' 664;** [**ע"א 554/84**](http://www.nevo.co.il/case/17927069) **החברה לשכון עממי בע"מ נ' מימון [17], בעמ' 810;** [**ע"א 109/87**](http://www.nevo.co.il/case/17942761) **חוות מקורה בע"מ נ' חסן [18];** [**ע"א 5634/90**](http://www.nevo.co.il/case/17927352) **פינטו נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים [19])."**
* בהתאם למבחני הפסיקה, ולצורך טענת השיהוי, יש להוכיח כי התובע זנח את זכות התביעה העומדת לו, או שבמשך הזמן שינה הנתבע את מצבו לרעה. במקרה דנן, לא מצאתי, כי התביעה התיישנה, או הוגשה בשיהוי שיש בו כדי להביא לדחיית התביעה, אם כי יש לתת משקל לכך שהתביעה הוגשה על סף ההתיישנות- ועל כך יורחב בהמשך.
* יש להוסיף, כי אין מתחילים למנות את תקופת ההתיישנות מיום פתיחת החשבון, כפי שטוען הבנק, אלא ביום שבו נולדה עילת התובענה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות, תשי"ח- 1958). בהתאם לטענות שהעלו התובעים, עילת התובענה נולדה ביום 22.01.09, היום בו החלה התנועה הכספית הראשונה מחשבון הנאמנות לטובת חשבונות אחרים. אמנם התביעה עדיין מצויה במניין המותר ולא התיישנה ע"פ דין, אך יש משקל לעובדה שהתביעה הוגשה ממש על קוצו של יום ובסמוך ועל סף תקופת ההתיישנות.
* יחד עם זאת, המקרה דנן אינו נמנה על המקרים החריגים של הגשת תביעה בשיהוי שיש בהם כדי להביא לדחיית התביעה. לא מצאתי, כי התובעים עשו שימוש לא נאות בזכות התביעה ואף לא מצאתי כי מדובר בשימוש לרעה בהליך השיפוטי. כאמור לעיל, אני דוחה טענה זו. **חובת הזהירות של הבנק כלפי נהנה בחשבון נאמנות:הפן הנורמטיבי:**
* האם בחשבון נאמנות הנהנים אינם לקוחות הבנק ולכן חובת הזהירות כלפיהם היא מצומצמת יותר? הבנק הנתבע הפנה לפסק דין אופלגר, ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' עזבון חיה אופלגר (מיום 04.11.04) (להלן: "עניין אופלגר" או "עניין איילון"), וכן לפסק דין סולכור, ע"א 2579/11 בנק הפועלים בע"מ נ' סולכור חברה לשיווק בע"מ (מיום 29.06.14) (להלן: "עניין סולכור").
* בעניין אופלגר פסק הדין עסק בפיקוח על פעולותיו של עורך דין נאמן בחשבון נאמנות לטובת הנהנה. החובות המצומצמות שנקבעו שם היו לגבי היחסים בין בנק ובין בעל עניין בחשבון שאינו לקוחו. האחרון היה צד שלישי שאין לו שיג ושיח עם הבנק או יחסי קירבה, אלא דרך עורך דין בעל החשבון שהוא בעצמו לקוח הבנק.
* יפים הדברים שנאמרו בעניין אופלגר, להלן: **"הבנקים ממלאים תפקיד מרכזי בחיי הכלכלה בישראל ובעולם המודרני בכלל, והם מתאפיינים בכשירות מקצועית, בנגישות למידע ובאמצעים טכניים העומדים לרשותם לצורך פעילותם. כל אלה, בצירוף התפקיד שהבנקים בישראל נדרשים למלא לעתים בביצוע מדיניות שלטונית ומשימות ציבוריות (ראו למשל** [**חוק איסור הלבנת הון**](http://www.nevo.co.il/law/74345)**, תש"ס-2000 והצווים שהותקנו מכוחו), מקנים להם בעיני הפרט מעמד מיוחד, "מעין-ציבורי", אשר בגינו הוא רוחש להם אמון ונוטה לסמוך על פעולותיהם בלא לדרוש ולחקור אחריהן (ראו:** [**ע"א 5893/91**](http://www.nevo.co.il/case/17928200) **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח [11], בעמ' 585; א'** [**פורת "דיני נזיקין"**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/895) **(להלן – פורת "דיני נזיקין" [36]), בעמ' 324). מעמדם זה של הבנקים מבחינה מקצועית וציבורית יש בו כדי להקרין על היקפה של חובת הזהירות המוטלת עליהם ברמה המושגית הן בהתנהלותם אל מול לקוחותיהם הן בהתנהלותם אל מול צדדים שלישיים העלולים להיפגע ממנה, גם אם אלה אינם נמנים עם לקוחותיהם. שיקול נוסף התומך בגישה המרחיבה את היקפה של חובת הזהירות המושגית המוטלת על בנקים נעוץ בכך שהבנק הוא מפזר נזק טוב בצד היותו מונע יעיל של נזק עקב כישוריו ועקב אמצעי הפיקוח העומדים לרשותו, [36], בעמ' 325). שיקולים אלה תומכים בהרחבת היקפה של חובת הזהירות המושגית המוטלת על הבנקים ובהחלתה גם על מי שאינם נמנים עם לקוחותיהם, אך גישה מרחיבה כזו אינה מקובלת על הכול. באנגליה למשל קיימת הבחנה חדה בין חובת זהירות המוטלת על בנק כלפי לקוחו לבין החובות המוטלות על בנק כלפי מי שהינם בעלי עניין בחשבון אך אינם לקוחותיו (אשר לחובת הזהירות בדין האנגלי שבה חב בנק כלפי לקוחו ראו את סקירתו של השופט מ' חשין ב**[**דנ"א 1740/91**](http://www.nevo.co.il/case/17913108) **בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט קוסטמן, יורשו של המנוח כחולי (להלן – ד"נ פרוסט [12]), בעמ' 47). לגבי מי שאינם לקוחותיו אין מוטלת על הבנק, ככלל, חובת זהירות או פיקוח מכוח דיני הנזיקין בחשבון המנוהל בנאמנות עבור צד שלישי."** ובהמשך: **"לעומת הגישות המצמצמות בדין האמריקני ובדין האנגלי המגמה בדין הישראלי בכל הנוגע לחובת זהירות המוטלת על בנקים היא מגמה מרחיבה (ראו** [**פורת "דיני נזיקין"**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/895) **[36], בעמ' 337, 343), ובמקרים מסוימים הכיר בית-המשפט באחריות נזיקית של בנק מכוח עוולת הרשלנות גם כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחותיו. על-פי תפיסה זו, אין הבנק יוצא ידי חובתו רק משום שנהג ביושר ובתום-לב ברמה הסובייקטיבית, והתנהגותו נבחנת בסטנדרטים אובייקטיביים של סבירות, שהם מטיבם סטנדרטים מחמירים יותר. על-פי סטנדרטים אלה, מוטלת על הבנק חובה לצפות כי התרשלותו תגרום נזק לצד שלישי הגם שאיננו לקוחו, ועליו לנקוט רמת זהירות סבירה על-מנת למונעו. כך קבע בית-משפט זה ב**[**ע"א 168/86**](http://www.nevo.co.il/case/17941327) **בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ [13], עת הטיל אחריות בנזיקין מכוח עוולת הרשלנות על הבנק המערער בשל חוסר זהירות שבה נהג כלפי צד שלישי שהתקשר בעיסקת יהלומים עם לקוח של הבנק. בין הבנק ובין אותו צד שלישי לא התקיימו יחסי בנק לקוח ואף לא קשר חוזי או יחסי שליחות, למרות זאת קבעה השופטת נתניהו באותו עניין, כי:"...לבנק יש מעמד מיוחד ונכבד בחיי המסחר, ובין התפקידים שהוא ממלא נמצא גם ביצוען של עיסקאות שונות בין לקוחות שלו לבין צדדים אחרים. שיקולי מדיניות משפטית אינם מכוונים לעבר שחרורו של בנק מחובת זהירות כלפי אותם צדדים. להיפך, הם מדברים בעד הטלת חובה כזו כלפי אלה שהוא יכול לצפות שייפגעו כתוצאה מרשלנותו" (שם, בעמ' 82. באשר לחובת הזהירות המושגית המוטלת על בנק כלפי מי שאינם לקוחותיו בהקשרים אחרים ראו:** [**ע"א 5302/93**](http://www.nevo.co.il/case/6004686) **בנק מסד בע"מ נ' לויט [14];** [**רע"א 5379/95**](http://www.nevo.co.il/case/6008944) **"סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ [15];** [**ע"א 542/87**](http://www.nevo.co.il/case/17939949) **קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד [16])."**
* ובהמשך, כב' השופטת (כתוארה דאז) א' חיות, ציינה כך: **"ככלל אין להטיל על הבנק חובה לבלוש, לדרוש, לחקור ולפשפש בפעולות השונות שמבצע מנהל עיזבון בחשבון העיזבון, או שמבצע עורך-דין בחשבון פיקדונות, אפילו אם מקום שהיה חוקר כך ומפשפש היה יכול לגלות כי הנציג, בעל החשבון, מבצע בו פעולות שלא כדין ביחסיו עם בעל העניין בחשבון. בעיניי יש לצמצם את חובתו של הבנק לדעת כי הנציג כבעל החשבון עושה בו פעולות המהוות הפרה של חובות האמון כלפי בעל עניין בו רק מקום שמתקיימות נסיבות מחשידות, חריגות ויוצאות דופן במידה כזו שהבנק אינו רשאי להישאר אדיש אליהן ולהעלים מהן עין. במקרים כאלה קמה חובה על הבנק לדרוש בדבר, ובלבד שהאמצעים שיידרש הבנק לנקוט בנסיבות אלה כ"בנק סביר" יהיו פשוטים וברורים."** (עניין אופלגר, עמ' 372ג – ה). כך גם נאמר שם: **"מקובלת עליי קביעתו של בית-משפט קמא שלפיה המקרה שבפנינו הוא אחד מאותם מקרים חריגים ויוצאי דופן אשר לגביהם היה על בנק דיסקונט לדעת כי הפעולות המתבצעות בחשבון אינן כשרות, או למצער היה עליו לחשוד כי זהו מצב הדברים. מסקנה זו מתבקשת נוכח ההיקף הכספי הניכר של הפעולות שבוצעו (כשני מיליון ש"ח), נוכח פרק הזמן הקצר שבמהלכו בוצעו פעולות אלה במכלול".**
* ראו גם את הדברים שנאמרו בעניין ת"א (חי') 19332-12-11 יוסף שלש נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (מיום 18.02.14): **"חשבון נאמנות הוא חשבון מיוחד. ייחודו בכך, שבעל החשבון אינו הבעלים של הכספים המוחזקים בחשבון, זאת - בניגוד לחשבון עו"ש בו זכאי בעל החשבון ליהנות מהכספים המופקדים בו ולעשות בהם כרצונו, שהרי הכספים המצויים בחשבון נאמנות, מוחזקים בו בנאמנות עבור צדדים שלישיים........** **"בעניין זה הוסבר, כי: "קיומו של חוזה כללי עם הציבור מרחיב את מעגל הזכאים לסמוך על הבנק, אל הציבור הרחב. קיום חוזה כזה, מטיל חובות אמון על הבנקים, כלפי הציבור, ללא קשר ישיר לשירות המסוים שניתן או לנסיבות הקונקרטיות, המלוות את הלקוח בפעולתו בבנק. ניתן לומר, כי החוזה הכללי, יוצר רף התחלתי של חובות אמון כלפי הציבור בכללותו, ואלה יועצמו עוד יותר אם הנסיבות המיוחדות יחייבו זאת" (ראו: מיכל רובינשטיין, בועז אוקון "הבנק כסוכנות חברתית", ספר שמגר, מאמרים - חלק ג', 819, 833 (תשס"ג) וכן רות פלאטו-שנער, "דיני בנקאות חובת האמון הבנקאי" התש"ע- 2010, 145) (להלן: "שנער").** **כן ראו את דבריו של פרופ' בן אוליאל בענין זה, בספרו, עמ' 220: "אולם, למרות שבין הנהנה לבין הבנק לא נוצר קשר חוזי, אין הבנק יכול לגלות אדישות לענייניו הכשרים של הנהנה. על הנאמן לנהל את נכסי הנאמנות ולפעול כדי לממש את מטרת הנאמנות, תוך כדי מילוי חובתו הקוגנטית, לנהוג באמונה ובשקידה... התוצאה הנובעת מכך היא כי הבנק עלול לשאת באחריות בשל הנזק שנגרם לנהנה".**
* יפים לענייננו אף הדברים שנאמרו בעניין סולכור: **"עלינו לבחון האם הצטברה אותה "מסה קריטית" (השוו: עניין ברקליס, עמ' 35) של נסיבות שהיא בגדר "אותן הנסיבות המחשידות והחריגות" אשר בהתקיימן אין הבנק יכול לעצום את עיניו. בדומה לחשבון עיזבון, אף בחשבון נאמנות אין זהות בין בעל החשבון למוטב החשבון. מצב זה מגביר את החשש שבעל החשבון – הנציג, יבצע פעולות בחשבון תוך חריגה מהסמכות הנתונה לו, וזאת כאשר המוטב כלל לא יודע כי פעולה כאמור מתבצעת, ולפיכך אינו יכול למנוע את עשייתה**.**....לעומת זאת, פעולות כאלו, מנקודת מבטו של הבנק, עשויות להיות קלות לזיהוי ופשוטות למניעה. יפים לעניין זה דברי השופט ת' אור ב**[**ע"א 636/89 כחולי נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, פ"ד מה**](http://www.nevo.co.il/case/6193362)**(3) 265 (1991), אשר צוטטו בהסכמה במסגרת הדיון הנוסף בעניין ברקליס:**  **"ברור, שככל שהחשד המתעורר גדול יותר וככל שהחקירה הנדרשת כדי לגלות אם בתרמית מדובר קלה ומהירה יותר, כך תגדל חובתו של הבנק במסגרת חובת הזהירות שהוא חב ללקוחו לברר ולחקור בדבר נסיבות המקרה האמיתיות" (שם, בעמ' 277).** **אומנם, הדברים שהובאו נאמרו במסגרת החובה אותה חב בנק ללקוחו ולא לצדדים שלישיים, אך הגיונם יפה גם לענייננו. בעניין וגנר נפסק, כי הגם שחובת הזהירות העיקרית של הבנק, כשמדובר בחשבון נאמנות, היא כלפי לקוחו, הנאמן ("בעל החשבון"): "אין משמעות הדבר שהבנק אף פעם לא יישא באחריות לענייניו של הנהנה. חובותיו כלפי הנהנה קיימות אם כי בהיקף מצומצם יותר, למשל בנסיבות בהן על הבנק לדעת שבוצעה פעולה תוך הפרת חובת הנאמנות" (שם, פסקה 29). ככל שזיהוי מעשה המעילה פשוט יותר ומניעתו קלה יותר, כך יגדל היקף החובה המוטלת על הבנק למניעתו."**(ההדגשות אינן במקור- ח.ק.)
* למעשה, השאלה שעלינו להשיב עליה במסגרת התביעה דנן הנה האם הצטברה אותה "מסה קריטית" של נסיבות שהיא בגדר "אותן הנסיבות המחשידות והחריגות", אשר בהתקיימן אין הבנק יכול לעצום את עיניו, ומשעצם עיניו, הרי שהוא התרשל בתפקידו כלפי הנהנה. **הפעולות שבוצעו בחשבון הנאמנות:**
* מצאתי להביא את הפעולות שבוצעו בחשבון הנאמנות באמצעות טבלה מרכזת, להלן:(הנתונים נלקחו מאסמכתאות שצורפו כנספח 4 לתצהיר התובע)

|  |
| --- |
|  |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **תאריך הבקשה** | **הבקשה** | **סך (₪)** | **מועד ביצוע התנועה** | **מתי התקבל האישור** | **סוג האישור** |
| **20.01.09** | פתיחת חשבון הנאמנות בבנק | - | - | - | - |
| **22.01.09** | **הפקדה** ע"י התובעים, המרת מט"ח | 1,764,765 ₪ | 26.01.09 | - | - |
| **22.01.09** | העברה לחשבון המוכרת בהסכם המכר – חברת מגאן | 1,155,000 ₪ | 26.01.09 | - | - |
| **26.01.09** | העברה לגברת צופיה אדלר | 101,200 ₪ | 26.01.09 | 24.03.09 | מסמך בכתב החתום ע"י התובע בתאריך 24.03.09 |
| **26.01.09** | העברה עבור עו"ד גנות | 87,500 ₪ | 26.01.09 | 24.03.09 | מסמך בכתב החתום ע"י התובע בתאריך 24.03.09 |
| **22.02.09** | בקשה למשיכת כספים לטובת מר גלעד היים | 220,000 ₪ | **לא אושר** | **לא אושר** | **לא אושר** |
| **14.04.09** | הוספת התובעת כנהנית | - | - | - | - |
| **22.06.09** | שיק בנקאי לזכות מס שבח מקרקעין | 307,000 ₪ | 22.06.09 | 21.06.09 | מסמך בכתב החתום ע"י התובע בתאריך 21.06.09 |
| **08.07.09** | שיק בנקאי לזכות הועדה המקומית לתכנון ובניה עבור היטל השבחה | 106,500 ₪ | 08.07.09 | 07.07.09 | מסמך בכתב החתום ע"י התובע בתאריך 07.07.09 |

**נהלי הבנק בעניין חשבון נאמנות**

**והאם הבנק פעל כבנקאי סביר במקרה דנן:**

* בכדי שנדע להשיב על השאלה האם במקרה דנן התרשל הבנק בתפקידו כלפי התובעים, הנהנים בחשבון הנאמנות, כאשר הבחינה נעשית לאור מבחני ההלכה הפסוקה, עלינו לענות על מספר שאלות העולות מהתיק דנן. בסיומן, ניתן יהיה לקבוע האם התרשל הבנק, כאמור. יתרה מכך, נבחן בהמשך את טענת האשם התורם שהעלה הבנק ונראה אם יש בה ממש.
* השאלה הראשונה הנה האם כאשר פתח גנות את חשבון הנאמנות בבנק ביום 20.01.09 וצירף את הסכם המכר מיום 11.01.09 בגין עסקת המקרקעין עבורה לכאורה נפתח אותו חשבון (להלן: "הסכם המכר" או "ההסכם") (ההסכם צורף כנספח 4ב' לתצהיר התובע), היה על הבנק ללמוד מעיון קל בהסכם, כי בשל היעדר זהות בין הצדדים, הדבר מחשיד והיה צריך לבררו, כטענת התובעים ? התשובה לשאלה זו הנה שלילית.
* ראשית, ייאמר כי הנהנה בחשבון הנאמנות הוא התובע (אם כי בשלב מאוחר יותר, ביום 14.04.09, התווספה התובעת כנהנית בחשבון) ואילו ההסכם במסגרת עסקת המקרקעין עליו הסתמך הבנק מציין בצד המוכרת את חברת מגאן ובצד הקונה מופיע שמו של התובע ומתחת שמו נכתב "בנאמנות עבור חברת לוקטון בע"מ". ההסכם כאמור היה הסכם מזויף ואין חולק, כי הבנק לא ידע כי מדובר בהסכם מזויף. לא מצאתי, כי היעדר זהות מוחלטת בין הצדדים הנו חריג. כאמור, התובע כן צוין כצד להסכם המכר, למרות שנכתב, כי הוא משמש נאמן עבור חברת לוקטון במסגרת ההסכם. כך גם יצוין, כי אף אם אין זהות מוחלטת בין שם הנהנה בחשבון לשם אחד הצדדים בהסכם, המשמש בסיס לפתיחת חשבון נאמנות, אין הדבר צריך מטבעו לעורר חשד. במקרה דנן, התובע אף היה הרוח החיה מאחורי חברת לוקטון, ולכן ברור כי הדבר לא צריך היה להדליק "נורה אדומה" אצל הבנק.
* השאלה השנייה נוגעת לחלוקת התמורה הנקובה בהסכם המכר (סעיף 10 להסכם) והאם יש בינה לבין ההעברות הכספיות שבוצעו (כפי שהוצגו בטבלה לעיל), חפיפה ? ככל שאין כל חפיפה כאמור, האם מדובר בנסיבות חריגות שהיה על הבנק לשים לב אליהן ? התשובה לרישת השאלה הנה שלילית, כלומר אין חפיפה כלל בין התמורה, כפי שמופיעה בסעיף 10 להסכם המכר, לבין ההעברות הכספיות שבוצעו בחשבון הנאמנות ע"י הבנק בהתאם להוראותיו של גנות.
* בעניין זה נשאל מר אבוקסיס, עד מטעם הבנק, מורשה החתימה החתום על מסמכי פתיחת החשבון נשוא התובענה (להלן: "מר אבוקסיס"), כך: **"עו"ד דרעי:לא, אני לא סיימתי את התשובה, את השאלה. אני רוצה** **להפנות אותו כדי שזה יהיה יותר ספציפי. תסתכל, תסתכל, התמורה,** **סעיף 10, כתוב פה כך, שבהתחלה היו צריכים לשם 78,000** **דולר ואחר כך 155,000 דולר, בסדר? עכשיו, הסכומים האלה לא** **קשורים בכלל ל- 1,155,000 שאתם התבקשתם להעביר. לא בדקתם? לא** **עו"ד** (צ.ל. "עורר"- ח.ק.) את חשדכם?**העד, מר אבוקסיס:אדוני, אדוני, אנחנו, אמרתי לך, ההסכם הוא האסמכתא** **בשבילנו. אנחנו לא נכנסים, אתה גם תגיד לי עוד מעט** **שהבית בדיזנגוף לא שווה 150, איך אתה נותן 150? מה,** **אני מעריך בתים? אני בסך הכל, "**(פרט' 11.09.19 עמ' 59 ש' 28-32 ועמ' 60 ש' 1-3).
* יחד עם זאת, התשובה לסיפת השאלה הנה חיובית, כלומר אכן מדובר בנסיבות חריגות שהיו צריכות לעורר את שימת לבו של הבנק. סעיף התמורה בהסכם, ככל הסכם, הנו סעיף משמעותי. כמובן מאחר שמדובר בעסקת מקרקעין, אשר עיקריה מנויים בהסכם מכר, הרי אך טבעי הוא כי סעיף התמורה, לרבות מועדי וסכומי התשלומים, צריכים להשתקף ולחפוף לההעברות הכספיות שבוצעו בחשבון.
* במקרה דנן, אין כלל חפיפה, כאמור, בין סעיף התמורה בהסכם, על מועדי וסכומי התשלומים שבו, לבין הפעולות שבוצעו בחשבון ע"י הבנק ובהתאם להוראותיו של גנות. מאחר שמדובר בנתון משמעותי, שכן כל מטרת הנאמנות הנה בעבור אותה עסקת מקרקעין המוסדרת בהסכם המכר, הרי שהיינו מצפים מהבנק לעקוב אחר סעיף התמורה ולוודא, כי אכן הכספים מועברים בהתאם לכתוב בהסכם. אין בידי לקבל את הטענה, כפי שהעיד מר אבוקסיס, כי ההסכם הוא רק אסמכתא עבור הבנק ותו לא.
* סעיף התמורה בהסכם הוא סעיף מהותי, המשתלב בד בבד עם התפקיד הטבעי של הבנק- פיקוח על פעולות כספיות שמתבצעות בין חשבונות. במקרה דנן, הבנק ביצע את הפעולות בחשבון והעביר את הכספים שלא בחפיפה להסכם המכר שהוא בעצמו ביקש, ובכך למעשה התרשל בתפקידו כלפי הנהנים בחשבון, במיוחד נכון הדבר כאשר מדובר בסכום שמעל מליון ₪, המהווה חלק ניכר מהסכום שרק הועבר לחשבון מספר ימים קודם לביצוע ההעברה.
* יתרה מכך, ניתן לראות מעיון בהסכם גם בעין בלתי מקצועית, כי החתימה לכאורה של התובע ע"ג ההסכם הנה מזויפת. כך גם לא מופיעה חותמת החברה (חברת לוקטון) ע"ג ההסכם. כך גם ע"ג ההסכם צוינה לוקטון כ"חברת לוקטון בע"מ", בעוד שבהפקדה לחשבון שבוצעה ביום 22.01.09 לוקטון כונתה כ"לוקטון יוניברסל בע"מ". לכאורה שתי חברות שונות. נוסף על כך, לא צוין מס' ח"פ של חברת לוקטון בהסכם המכר. מצבור נתונים אלו היו צריכים לעורר את חשדו של הבנק.
* שאלה שלישית הנה האם צריך היה אישור מראש ובכתב של הנהנה לההעברות שבוצעו, כטענת התובעים ? כאן עלינו לעבור לבחינת נהלי הבנק בעת פתיחת חשבון נאמנות.
* עמדת התובעים היא שלא זו בלבד שהבנק לא קיבל את אישור התובעים לפעולות שביצע גנות באופן לא חוקי, אלא שהבנק לא יידע את התובעים בנוגע לפעולות אלו. לשיטת התובעים, היה על הבנק לסרב להעברות שבוצעו בהיעדר אישור של הנהנה מראש ובכתב, או בהיעדר צו שיפוטי (על פי נהלי הבנק, ס' 3.13). קל וחומר, כאשר גנות ביקש לבצע את ההעברה מיד כשנכנס הכסף לחשבון.
* בנוגע להעברת הסכום של 1,155,000 ₪ לחשבון חברת מגאן, הבנק טוען שמדובר על החברה המוכרת בהסכם המכר. כאמור, הסכם המכר הוצג לבנק בעת פתיחת החשבון. ודוק, ההעברה בוצעה בהתאם להוראות בעל החשבון (גנות) ובהתאם למטרת הנאמנות. לשיטת הבנק, בניגוד מוחלט לנטען ע"י התובע, על פי נהלי הבנק העברת כספים למוכרת בהתאם למטרת הנאמנות אינה פעולה המצריכה אישור הנהנה מראש ובכתב. קרי, הנוהל אינו מחייב הסכמת הנהנה, ביחס לפעולות שאינן לטובת הנאמן. בנוסף, מדובר על העברת כספים אשר נעשתה לטובת הנהנה בחשבון, ולכן הדבר לא העלה חשד בבנק.
* הבנק מדגיש, כי בהתאם לנהלי הבנק, קבלת כספים במטבע חוץ, והעברת חלק ממנו למוכרת בהסכם המכר, אינן פעולות חשודות הדורשות פנייה למחלקה המשפטית. מדובר על פעולות המתיישבות עם טיב ומטרת החשבון. הבנק אף מדגיש שבפתיחת חשבון, אין זה מתפקידו של הבנק לבחון את תנאי ההסכם, או אם קיימת עסקת נאמנות.
* יובהר, כי טרם הועבר התיק אליי, הבנק הגיש את נהלי הבנק בעת פתיחת חשבון נאמנות (צורף כנספח 1 לתצהיר הבנק), אולם חלקים רבים מהמסמך היו מושחרים. כב' השופטת יסכה רוטנברג בהחלטה מיום 30.11.17, הורתה על הגשת נהלי הבנק באופן מלא ולא מושחר. לאחר החלטתה זו, הגיש הבנק בקשה לעיון חוזר ביום 05.12.17. לאחר התגובות בבקשה, ניתנה החלטה בעניין זה ע"י מותב אחר, כב' השופטת לימור מרגולין-יחידי, ביום 01.01.18, לפיה הבקשה לעיון חוזר נדחית. משכך, מסמך נהלי הבנק צורף לתיק (לא מצאתי כי נסרקו, אך הם נמצאים בתיק הנייר). בסעיף 1 לנהלי הבנק (להלן: "נהלי הבנק") תחת חלק "כללי", נכתב כך: **"יש לפנות למחלקה המשפטית ביחס לכל פעולה בחשבון החשודה כי אינה מתיישבת עם טיבו של החשבון ואינה לטובת הנהנה ובמסגרת מטרות הנאמנות, וביחס לפעולות חריגות בחשבון".** בהתאם לנוהל הבנק: "פתיחת חשבונות נאמנות וניהולם", נקבע בסעיף 3.13 תחת הכותרת: "פעולות אסורות בחשבונות נאמנות" בזו הלשון: **"אין לאפשר העברות כספים מחשבון הנאמנות לחשבון אחר שאינו מתנהל ע"ש הנהנה לרבות חשבון נאמנות אחר שאינו מתנהל לטובת הנהנה.**  **הערות:**
  1. **אם התקבלה מראש ובכתב הסכמת הנהנה או אישור מבית משפט, אזי כל הפעולות האסורות, מותרות! "**
* לאור נהלי הבנק לעיל, ככל שישנה פעולה בחשבון החשודה, כי אינה מתיישבת עם טיב החשבון ואינה לטובת הנהנה ובמסגרת מטרות הנאמנות, הרי שצריך לפנות למחלקה המשפטית של הבנק. כך גם, היה על הבנק לקבל את הסכמת התובע מראש ובכתב טרם העברות הכספים מחשבון הנאמנות לחשבונות אחרים ככל שאינם מתיישבים עם טיב החשבון. באשר לנהלי הבנק העיד מר אבוקסיס, כך: **"עו"ד דרעי:... ב- 22.01 לא רק נכנס 450,000 דולר, יצא מעל** **1,000,000 ₪. אתה יודע מה בנקאי סביר אמור לעשות?** **העד, מר אבוקסיס:מה?****ש:זה** **כתוב לכם בנוהל שלכם,ת:מה?ש:שאתה השחרת, במספר 1 כתוב:** **"יש לפנות למחלקה המשפטית ביחס לכל פעולה בחשבון החשודה כי** **אינה מתיישבת עם טיבו של החשבון ואינה לטובת הנהנה ובמסגרת** **מטרות הנאמנות וביחס לפעולות חריגות בחשבון". אני רוצה לומר לך,ת:אבל** **זה,ש:אני רוצה לומר לך,ת:זה בדיוק מטרת הנאמנות, בדיוק. "**(פרט' 11.09.19 עמ' 55 ש' 23-32, עמ' 56 ש' 1-2).
* הפעולה הראשונה, בה הועבר סכום גבוה בסך 1,155,000 ₪ לחשבון חברת מגאן, לא הייתה טעונה בהתאם לנהלי הבנק, אישור מראש ובכתב של התובע, שכן היא נעשתה בהתאם לטיב החשבון ומטרת הנאמנות ולכן לא ניתן היה לזהותה כפעולה חריגה בחשבון. יחד עם זאת מדובר בסכום כסף גבוה במיוחד שאינו תואם את הוראות ההסכם בסעיף התמורה, לא בסכום ולא במועדים. לכן גם במקרה זה מן הראוי היה לערוך ברור לפני ביצוע ההעברה.
* הפעולה השנייה, בה הועברו כספים בסך 101,200 ₪ לגברת צופיה אדלר, הייתה טעונה אישור מראש ובכתב של התובע. אולם, האישור ניתן לכאורה ע"י התובע בדיעבד.
* הפעולה השלישית, העברת כספים עבור גנות בסך של 87,500 ₪, גם כאן האישור ניתן בדיעבד. ייאמר כבר עתה, כי ההלכה הפסוקה חזרה על כך, כי העברת כספים מחשבון נאמנות לחשבונו הפרטי של הנאמן עצמו, הנה "נורה אדומה" בפני עצמה, אשר על הבנק לבררה טרם העברת הכספים. כך גם, אף לאור נהלי הבנק עצמו, מדובר בפעולה החשודה כי אינה מתיישבת עם טיב החשבון ולא ברור כיצד היא משרתת את מטרת הנאמנות שעה שהנאמן מעביר כספים לחשבונו האישי.
* לעומת ההעברות שצוינו לעיל, העברה שהתבקשה לטובת מר גלעד היים בסך 220,000 ₪ לא אושרה ע"י הבנק.
* הפעולות הבאות לפקודת מס שבח מקרקעין ולפקודת הועדה המקומית בגין היטל השבחה, בסך של 307,000 ₪ ו- 106,500 ₪ (בהתאמה), הן היחידות שנעשו באישור מראש ובכתב של התובע (לכאורה, שכן האישורים היו מזויפים). ייאמר בעניין זה, כי העברת כספים בגין מיסי עסקה במקרקעין עונים על מטרת הנאמנות וטיב החשבון ואינם חשודים מבחינה זו.
* עיננו הרואות, כי למעשה, הבנק לא פעל לגבי כל הפעולות בהתאם לנהלים שלו עצמו, כאשר בחלק מהפעולות לא ביקש אישור מראש ובכתב של התובע. חשוב להדגיש, כי מאחר שגנות זייף את כל אישורי התובע שניתנו, בין אם מראש ובין אם בדיעבד, הרי שלעניין גורם הנזק אין זה מעלה או מוריד אם האישורים היו ניתנים מראש (להבדיל מאלו שניתנו בדיעבד), שכן הם היו מזויפים, ולכן הנזק היה נגרם בכל מקרה.
* שאלה רביעית נוגעת להליך הבירור הפנימי שנעשה בבנק- מדוע החל הליך כזה, מתי ומה הוא העלה והאם תוך כדי הבירור ראוי היה שלא להמשיך לבצע את הוראות הנאמן בחשבון? באשר לשאלה מתי החל הבירור, העיד מר אבוקסיס, כך: **"העד, מר אבוקסיס: רשמנו,** **ברגע שקיבלנו את הכספים, התחיל הבירור בקשר לחברת לוקטון ואז** **ביקשתי.****עו"ד דרעי:זאת אומרת, הגיעו הכספים יומיים אחרי.****העד, מר אבוקסיס:כן.ש:יומיים אחרי התחיל הבירור ללוקטון, לגבי** **לוקטון?ת:ברור. מקבלים את הכסף,.."**(פרט' 11.09.19 עמ' 54 ש' 20-25).
* בעניין הבירור הפנימי שעורך הבנק, נשאל מר אבוקסיס גם ע"י ביהמ"ש, להלן: **"כב' הש' קלוגמן:אבל השאלה** **היא, והאם גם תוך כדי תקופת הבירור, אתם ממשיכים** **לפעול בחשבון?****העד, מר אבוקסיס:כן. אם העו"ד אומר "כן, אני שולח לך"** **ולא מגלה שום התנגדות, אז הרי זה החלטה שלו. להוסיף** **נהנה זה החלטה שלו, אם הוא אומר "כן, אני שולח** **לך, תשלח לי את המסמכים וכולי", כן. והפעילות היא מתאימה** **למטרות החשבון שלשמו הוקם הנאמנות, כן, פועלים. "**(פרט' 11.09.19 עמ' 57 ש' 30-31 ועמ' 58 ש' 1-4).
* בעניין הבירור ייאמר, כי ככל שמצא הבנק לערוך בירור, כפי שהעיד לעיל מר אבוקסיס, היינו מצפים כי במהלך עריכת הבירור יוקפאו הפעולות הכספיות המתבצעות בחשבון הנאמנות עד תום הבירור, או לכל הפחות יבדקו בצורה קפדנית יותר. **סיכום ביניים:**
* לאור הדברים האמורים לעיל, מצאתי, כי הוכחה רשלנות בהתנהלות הבנק כלפי התובעים לאור חובת הזהירות המוטלת עליו ולאור ההלכה הפסוקה, כפי שפורטה בהרחבה לעיל.
* אמנם קל יותר לבחון אם פעולות בוצעו ברשלנות, בדיעבד , אך עדיין במקרה דנן, היה שילוב של נסיבות אשר היו צריכות לעורר את חשדו של הבנק. הבנק המשיך לפעול בהתאם להוראות הנאמן גנות ולהעביר כספים לחשבונות אחרים כאשר הוא איננו פועל בהתאם לנהלים הפנימיים ולא מבקש אישור מראש ובכתב מהתובע, ולא עורך בדיקות נוספות למרות הנסיבות שפורטו לעיל .
* יחד עם זאת יוטעם, כי יש להיזהר מלהטיל חובת זהירות מוגברת, במיוחד כאשר מדובר בצד שלישי שאינו לקוח של הבנק. כאמור, גנות אשר פתח את החשבון כנאמן הוא הלקוח של הבנק. בעוד התובעים הם הנהנים, כלומר צדדים שלישיים. משכך, ההלכה הפסוקה (כמצוטט בהרחבה לעיל בפרק "הפן הנורמטיבי") הדגישה כי רק בנסיבות חריגות או כאשר מדובר ב"מסה קריטית" של אירועים אשר היו צריכים לעורר את חשדו של הבנק, ומשלא התעורר חשדו, יכול הבנק להיות אחראי מכוח עוולת הרשלנות כלפי הנהנה ככל שלאחרון נגרם נזק. לא זו אף זו, בכך לא די. הבנק העלה טענה לאשם תורם מצד התובע. אבחן אותה להלן: **טענה לאשם תורם:**
* יפים לעניין דוקטרינת האשם התורם הדברים שנאמרו במסגרת ה"פ (מחוזי- ב"ש) 17014-03-14 בלה טסט נ' דמיטרי פוריס (מיום 08.02.15) (להלן: "עניין בלה טסט"): **"על-פי הפסיקה, תעמוד הגנת האשם התורם למפר חוזה, כנגד הנפגע, כאשר האחרון תרם באשמו שלו לנזקיו, וזאת מכוח חובת תום הלב בביצוע חוזה (**[**סעיף 39**](http://www.nevo.co.il/law/71888/39) **ל**[**חוק החוזים**](http://www.nevo.co.il/law/71888) **הכללי). התוצאה תהא, חלוקת האחריות לקרות הנזק, בין שני הצדדים (ראה: אריאל** [**פורת, הגנת אשם תורם בדיני החוזים**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/409)**, 13-14 (1997), וכן** [**ע"א 3912/90**](http://www.nevo.co.il/case/5922662) **Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993))."**
* הבנק טוען, כי התובעים לא עמדו בחובת הקטנת הנזק, החלה עליהם. לשיטת הבנק, הרשלנות התורמת של התובעים מגיעה לכדי 100%. נטען, כי עולה מעדות התובע שהוא נכח במעמד פתיחת חשבון הנאמנות. משכך, התובע היה מודע למטרת הנאמנות ולהסכם המכר שהוצג לבנק. בנוסף, נטען שהתובע העיד בנוגע לפסק הדין בעניין אנני ארזי ז"ל, כי חשד בגנות כבר בתאריך 26.03.09. לפיכך, לשיטת הבנק, כבר אז היה עליו למנוע את ההעברות שבוצעו לאחר מועד זה.
* כפי שפורט לעיל, הפסיקה אמנם מציינת, כי בהתקיים "מסה קריטית" של נסיבות שיש בהן כדי להדליק "נורות אדומות" אצל הבנק, הרי שאל לו לעצום את עיניו. מאידך, לא ניתן להתעלם מכך שלא נוצר קשר חוזי בין הבנק לבין הנהנה בחשבון הנאמנות, אלא הקשר החוזי הנו בין הבנק לבין הנאמן, כאמור.
* כך גם נפסק, כי הבנק לא צריך להתחקות או לבלוש אחר כל פעולה שמבוצעת ע"י הנאמן או לדקדק בבחינת הפעולות שנעשות בחשבון נאמנות, שכן אחרת נשית על הבנקים אחריות שהם לא יוכלו לעמוד בה והדבר לבסוף יגולגל על אזרחי המדינה. לבסוף יצוין, כי כל מקרה נבחן ע"פ נסיבותיו הייחודיות ואין מקרה אחד דומה למשנהו. במקרה דנן מצאתי, כי קיים אשם תורם מצד התובעים, אשר נובע ממס' טעמים, להלן:
* ראשית, מועד הגשת התביעה על סף 7 השנים ועל גבול ההתיישנות, הקשה על הבאת ראיות אצל הבנק ויתכן שגם אצל התובע. כאמור, לא מצאתי כי התביעה התיישנה, או כי נגרם שיהוי שיש בו כדי לדחות את התביעה. יחד עם זאת, יש משקל לעובדה שהתביעה הוגשה על סף ההתיישנות. גם מבחינת נזק ראייתי אשר ייתכן שנגרם לבנק, אשר, לטענתו, ביער את מסמכיו לאחר 7 שנות שמירה של המסמכים. יצוין, כי במקרה הנדון, צריך היה הבנק לדעת כי מדובר במקרה בעייתי, הן מפניית התובע אליו עוד באוקטובר 2009 והן מהפרסומים הנוספים שהיו בעניין גנות.
* שנית, לטענת הבנק, התובע נכח במעמד פתיחת החשבון, אך בחר שלא לבדוק ולברר את הפרטים אודות הסכם המכר. אכן יש ממש בטענה זו, שעה שבעת פתיחת החשבון נכח התובע פיזית יחד עם גנות בסניף הבנק (סעיף 5 לתצהיר התובע) והתובע ידע כי החשבון נפתח על בסיס עסקת מקרקעין, אולם לא טרח לבדוק האם גנות מציג הסכם מכר, או כל מסמך אחר, ואם כן- מי חתום עליו ומה כתוב בו. בעניין ההסכם בגין עסקת המקרקעין נשאל התובע וכך העיד: **"ש: בגין** **העסקה הזאת, העברת 450,000 דולר.ת:כן.ש:או קיי. ואין לך הסכם בכתב לעסקה** **הזאת, עסקת המקרקעין הזו, אני מניחה שאם היה, היית** **מצרף........ש: לא, אני שואלת אותך שאלה פשוטה. הסכם מקרקעין,ת:כהסכם, לא.ש:אין לך** **הסכם. או קיי, תודה. "**(פרט' 11.09.19 עמ' 21 ש' 25-28, עמ' 22 ש' 18-20).
* יובהר, כי התובע העיד (לעיל), כי למעשה לא היה הסכם מכר בגין עסקת המקרקעין האמורה בה ייצג אותו גנות, וכאשר נכח בעת פתיחת החשבון בבנק, כאשר הוא יודע שאין הסכם כתוב (וגם עניין זה תמוה) הכיצד לא שם לב התובע כי גנות מציג הסכם, כאשר מבחינת התובע הסכם כזה כלל לא קיים.
* שלישית, התובע העיד (להלן), כי הוא העביר כספים לחשבון הבנק של אמו של גנות לבקשת גנות- ייאמר, כי הדבר צריך היה לעורר את חשדו, או לפחות תמיהתו, של התובע. לא ברור הכיצד העברת סכומי כסף נכבדים בגין עסקת מקרקעין דרך חשבון בנק של אמו של עו"ד המייצג לקוח (במקרה זה התובע) יכולה שלא לעורר תמיהה, שלא לדבר על חשד מבוסס. להלן עדותו של התובע בעניין זה: **"ש: אני רוצה** **עוד לשאול עוד שאלה, בגין אותה עסקת מקרקעין, שזו העסקה** **היחידה, אתה טוען, שהוא ייצג אותך בה,ת:כן.ש:אני מבינה שגם** **העברת כספים, אלפי דולרים נוספים לחשבונות אחרים שלו.ת:נכון.ש:בבנק הפועלים ולחשבון** **של אמא של גנות בבנק לאומי.ת:בערך 950,000, 960,000 דולר. ש:את כל** **הכסף בגין אותה עסקת מקרקעין.ת:נכון."**(פרט' 11.09.19 עמ' 22 ש' 26-32 ועמ' 23 ש' 1-2).
* רביעית, יוטעם כי עסקה במקרקעין שאיננה מוסדרת כיאות בכתב מעוררת אף היא תמיהה. עצם העובדה שהתובע החליט לבצע עסקת מקרקעין עם גנות מבלי לערוך הסכם מסודר, אף היא תמוהה לכשעצמה.
* לאור האמור לעיל, מצאתי, כי יש אשם תורם מצד התובעים במקרה דנן. כעת יש לבחון מה יהא גובהו. **גובה האשם התורם:**
* בעניין בלה טסט יפים דבריו של כב' ביהמ"ש המחוזי, להלן: **"לצד הקביעה, שהאחריות היחסית של כל צד, תוערך, על-ידי בית המשפט, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מנתה הפסיקה קריטריונים מסייעים, לבחינתו של האשם התורם:**  **"נראה כי רצוי להימנע מלקבוע מבחנים קשיחים לחלוקת הנזק ובמקום זאת להיעזר בשורה של מבחני עזר וקריטריונים שיסייעו בחלוקה צודקת של הנזק בכל מקרה על פי נסיבותיו. בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפייה. במקרים אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלו ואחרים יובאו בחשבון כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון"** ([**ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נ**](http://www.nevo.co.il/case/5924537)**ב(1) 210, 226-227 (1998)**).(בעניין זה ראו גם ת"א 32263-01-14 בוגנים ואח' נ' ספיר ואח' (מיום 16.08.17)).
* לאור האמור לעיל, ובהתחשב במאפייניו הייחודיים של המקרה הנדון כפי שפורטו לעיל, מצאתי, כי יש להשית אשם תורם על התובעים בגובה של 50%. התובע היה מודע או היה צריך להיות מודע ממועד פתיחת החשבון כשהוצג וצורף הסכם מכר, כאשר הוא יודע שאין הסכם כזה ולמרות זאת לא בדק מה הוגש. אצל התובע, לדבריו, התעוררו חשדות לגבי גנות כבר בחודש מרץ, אך הוא לא שיתף בכך את הבנק ולא ביצע כל פעולת השגחה אחרת. התובע העביר סכום נוסף לחשבון ע"ש אמו של גנות, כאמור, פעולה שאינה מקובלת בעסקאות מקרקעין המתנהלות בדרך המקובלת. למעשה, אין מחלוקת על כי מעשה הרמאות של גנות, הוא זה שגרם לתובע את ההפסד הכספי בגינו ניתן כנגדו פסק דין. גם התובע וגם הבנק הולכו למעשה שולל על ידי גנות. הבנק לא הכיר את גנות לפני עסקה זו, לעומת התובע שהייתה לו היכרות קודמת ורכי התנהלותו. **טענת קיזוז:**
* לטענת הבנק, בהליכים שננקטו נגד גנות, הן בהליך הפלילי והן בזה האזרחי, התובע קיבל השבה של כספים מגנות.
* במסגרת סיכומי התשובה צורפו הנספחים הרלבנטיים מתוכם ניתן ללמוד מהם הסכומים אותם קיבל התובע בהשבה מגנות במסגרת הליך הפש"ר. את הסכומים שקיבל התובע יש לקזז מהסכום הנתבע במסגרת התביעה דנן.
* במסגרת הליך הפש"ר קיבל התובע סכום של 616,252 ₪ באמצעות העברה בנקאית. סכום הקרן בתביעת החוב היה 3,801,456 ₪. סכום ההפקדה במסגרת התביעה דנן היה 1,764,765 ₪ (להלן: "סכום ההפקדה"). כלומר, סכום זה באחוזים הנו 46% מתביעת החוב.
* התובע קיבל כאמור 616,252 ₪. על כן, 46% מ- 616,252 ₪ שהינו סך של 286,085 ₪ יש לייחס לסכום הנתבע בתביעה זו. סכום זה יש להפחית מסכום ההפקדה, ולכן נותרנו עם 1,478,680 ₪.
* הסכום שאליו אני מתייחסת הנו ללא הפרשי ריבית והצמדה שהתווספו לאורך השנים וזאת בעקר בשל השיהוי המשמעותי בהגשת התביעה (התערבות ביהמ"ש בפסיקת ריבית והצמדה מחמת שיהוי בהגשת תביעה נידונה גם בתמ"ש 12081/04 וכן ע"מ 416/06). על כן, מצאתי, כי הסכום אליו יש להתייחס הנו גובה הקרן בלבד.
* מהסכום הנ"ל יש, כאמור לעיל, לנכות אשם תורם מצד התובעים בגובה של 50%, ולכן על הבנק לשלם לתובעים סך של 739,340 ₪. **סוף דבר:**
* לאור האמור לעיל, אני קובעת, כי הנתבע ישלם לתובעים סך של 739,340 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה (ללא ריבית) מיום ההפקדה (22.01.09) ועד התשלום בפועל. סכום זה ישולם תוך 30 יום. שכ"ט עו"ד- הנתבע ישלם לתובעים סך נוסף של 35,000 ₪ (כולל מע"מ) בגין שכ"ט עו"ד. **המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.**  ניתן היום, י"ב אב תש"פ, 02 אוגוסט 2020, בהעדר הצדדים. 