

הרפורמות האחרונות במיסוי מקרקעין

עו"ד אורית קוך

א. הנחה בשיעור מס השבח במכירת קרקע המיועדת לבניית 8 יח"ד לפחות – הוראת שעה

מהות ההנחה: מי שחל עליו החישוב הליניארי יהנה משיעור מס מופחת בגובה 20% מהשבח הריאלי כולו וזאת כפוף לעמידה בתנאי החוק.

התנאים לקבלת ההנחה:

1. **יום המכירה של הזכות הוא מיום 15/11/2010 ועד 31/12/2011.**

- החלטת מיסוי 4574/11 קובעת כי במקרה בו ניתנת אופציה בתקופת הוראת השעה, הרי על מנת לעמוד בתנאי החוק על המימוש להיות בתקופת הוראת השעה. מה קורה אם האופציה ניתנה לפני תקופת הוראת השעה?

2. **"המכירה היא של זכות במקרקעין שקיימת לגביה תכנית כמשמעותה בחוק התכנון והבניה המתירה בניה על הקרקע של 8 דירות לפחות המיועדות לשמש למגורים".**

- כבר ביום המכירה צריכה להיות תכנית מאושרת לבניית 8 דירות לפחות
- המכירה היא של "זכות במקרקעין" ולפיכך יכולה לחול גם על מכירת זכויות בניה על בנין קיים לרבות במסגרת תמ"א 38.

- החלטת מיסוי 1542/11 + 2553/11: כאשר נמכרות באותה עסקה זכויות בכמה מגרשים, וכאשר בכל מגרש המכירה היא של פחות מ 8 דירות אבל הזכויות הנמכרות בסה"כ בכל המגרשים עולות על 8 דירות וכאשר במקור היוו המגרשים חטיבת קרקע אחת שפוצלה למגרשים בעקבות התב"ע – יש לראות את מכירת המגרשים החדשים כולם ע"י אותם בעלים לאותו רוכש כמכירה של חטיבת קרקע אחת לצרכי הוראת השעה ומתן התמריץ בהפחתת שיעור המס.

- אם נמכרת קרקע ע"י מספר יחידים בהסכם אחד, ושבמצטבר ניתן לבנות עליה לפחות 8 דירות – תינתן ההקלה לכל יחיד גם אם חלקו במכירה קטן מ 8 דירות (אפשרות ניצול בעסקאות תמ"א 38). עמדת רשויות המס – אם המכירה משותפת ליחיד ולחברה, הזכאות וההקלה תינתן רק ליחיד ובתנאי שזכויותיו של היחיד משקפות קרקע ל 8 דירות לפחות.

- במכירת נכס בנוי שאינו מיועד להריסה – ההקלה תינתן רק לגבי חלק השווי המיוחס לזכויות הבניה.
 - כאשר יש מספר ימי רכישה – אין מניעה לקבל את ההקלה רק על השבח הנובע מהרכישות הליניאריות ובלבד שעל כל הזכות הנמכרת ניתן לבנות 8 דירות לפחות.
 - תחולה בעסקת קומבינציה – עמדת רשות המיסים היא שההקלה תינתן רק כאשר החלק הנמכר לקבלן משקף לפחות 8 דירות.
- 3. סיום בניה של 80% לפחות מהדירות או של 8 דירות – לפי הגבוה, תוך 36 חודשים מיום המכירה.**
- החלטת מיסוי 4574/11: במקרה של אופציה התקופה של 36 חודשים תימנה מיום המימוש ולא מיום מתן האופציה.
 - סיום בניה = קבלת טופס 4.
- 4. שלילת הפטור:**
- מכירה ללא תמורה
 - מכירה בין קרובים (בין בתמורה ובין ללא תמורה)
 - מכירה שחל לגביה פטור מהמס, כולו או חלקו, או שיעור מס מופחת (למשל פטור 149).
 - עסקה שהיא שינוי יעוד.
- 5. תחולה על יחיד ועל חברה משפחתית**
- 6. המנגנון - חיוב במס מלא ותיקון שומה**
- 7. לאחר סיום הבניה והוכחת עמידה בתנאים. אישורים לטאבו ינתנו כנגד תשלום או הפקדת ערובה.**
- ב. דירות מגורים מזכות**
- עד סוף 2012 – הוראת שעה:**
- אפשרות למכור עד 3 דירות בפטור. שתי דירות ניתן למכור בפטור לפי סעיף 6 להוראת השעה ודירה שלישית ניתן למכור בפטור לפי סעיפי 49ב.1/2/5).

תנאים לקבלת פטור לפי הוראת השעה

1. **יום המכירה הוא בין 1/1/2011 – 31/12/2012.**
2. **מוכר המוכר את כל זכויותיו:** לכאורה לא ניתן לנצל את הפטור במסגרת עסקת קומבינציה/תמ"א 38/2. לעמדה שונה ראו פס"ד ע"א 265/79,329/79 בן עמי נ' מנהל מס שבח מקרקעין
3. הפטור מוגבל לשווי של 2,200,000 ₪. על החלק העולה על שווי זה ישולם מס. אם יש זכויות בניה נוספות – תקרת הפטור היא כאמור בסעיף 149. לחוק העיקרי.
4. **שלילת הפטור**
 - **הדירה התקבלה אצל המוכר ללא תמורה בתקופה שמיום 1/11/2010**
 - אם הדירה התקבלה במתנה **לפני** יום זה ועדיין בתוך "תקופת הצינון" המנויה בסעיף 149. – לא יחולו הוראות סעיף 149. וניתן יהיה לקבל את הפטור שלפי הוראת השעה.
 - **דירה שהתקבלה בפירוק פטור – ע"א 5773/99 סובול ואח' נ' מנהל מס שבח ת"א**
 - **המכירה היא לקרוב, גם אם בתמורה**
5. **ההשפעה על סעיף 149.ב. (1) לחוק**

עד סוף 2012 ניתן למכור דירה נוספת בפטור לפי סעיף 149.ב. (1).

מכירות החל מ 1/1/2013

- הפטור לפי סעיף 149.ב. (1) לא ניתן למי שמכר דירה אחרת בפטור (לרבות הוראת שעה) בתקופה של 8 שנים קודמות. יתר סעיפי החוק נותרו ללא שינוי
- ג. **דירות מגורים שאינן מזכות** – חוק מיסוי מקרקעין (תיקוני חקיקה) (הוראות שעה), התשע"א – 2011
 - ד. אפשרות למכור בפטור דירת מגורים שאינה מזכה (כלומר: מהווה "דירת מגורים" מבחינה אובייקטיבית אך לא שימשה בפועל למגורים) בתקופה שבין 1/8/2011 – 30/6/2013 ובתנאי

שבהסכם מכירת הדירה יקבע כי על הדירה לשמש למגורים במשך שנתיים רצופות לפחות אחרת יחוייב הרוכש במס רכישה של 15%.

הגבלות:

- לא ינתן פטור אם הדירה התקבלה אצל המוכר ללא תמורה בתקופה שמיום 5/6/2011 – 30/6/2013
- לא ינתן פטור במכירה לקרוב
- ניתן לקבל את הפטור שלוש פעמים כשלעניין זה סופרים גם פטורים שניתנו למכירת דירת מגורים מזכה לפי הוראת השעה או לפי סעיף 49ב.1.
- סך הפטורים שניתן לקבל בתקופת הוראת השעה הן לדירות מזכות והן לדירות שאינן מזכות, הן לפי הוראת השעה והן לפי סעיף 49ב.1 – לא יעלה על 3.
- רוכש שלא יעמוד בחובה לעשות שימוש בדירה למגורים למשך שנתיים רצופות לפחות ישלם מס רכישה בגובה 15% משווי המכירה.

ה. תיקון 70 - חובת הקונה להפקיד מקדמה

מתי אין חובת תשלום מקדמה ואז לא ינתן אישור לטאבו

- כשהמכירה איננה בכסף בלבד (קומבינציה, חליפין)
- מכירת דירת מגורים מזכה שהתבקש בגינה פטור ממס לרבות לפי סעיף 49. לחוק
- מכירות פטורות
- פעולה באיגוד מקרקעין

מתי אין חובת תשלום מקדמה ובכ"ז ינתן אישור לטאבו?

- רכישה ממדינת ישראל/ ממ"י או רשות מקומית
- רכישה מקבלן שיש לו טופס 50

גובה המקדמה

- 15% מהתמורה כשיום רכישת הזכות הוא לפני 7/11/2001
- 7.5% מהתמורה כשיום רכישת הזכות הוא אחרי 7/11/2001
- 7.5% ברכישה מקבלן שאין לו טופס 50

מועד תשלום המקדמה

מכל תשלום לאחר שהמוכר קיבל 40% מהתמורה

בקשה להפחתת מקדמה

תוגש עם הגשת הדיווח. הבקשה צריכה להיות בכתב ומנומקת עם מסמכים תומכים. המנהל יתן תשובתו עם ההודעה בדבר סכום המס שיש לשלם לפי שומה עצמית. אין זכות ערעור לפי חוק מיסוי מקרקעין על החלטת המנהל

מכירה ע"י קבלנים

- קבלן שיש בידו טופס 50 לפרוייקט/שנתי/ספציפי – אין חובה בהפקדת מקדמה
- מכירה בפרוייקט בו לקבלן אין טופס 50 והסכם הליווי שלו עם הבנק נחתם לפני 1/8/11 – תוקטן המקדמה ל 0 לפי בקשה שתוגש בעניין
- קבלנים שחותמים על הסכם ליווי בנקאי מיום 1/8/11 יכולים לפנות לפ"ש בבקשה לקבלת טופס 50 לפרוייקט כשחלות עליהם הוראות מיוחדות המקלות עליהם את התנאים לקבלת האישור.

ת.א. (תא) 10-02-28736 גד אנוך נ' שרית נבט.

עסקאות קומבינציה

עו"ד דורון אריאל

- סוגי עסקאות קומבינציה על קצה המזלג והשיקולים העומדים בבסיסן

*עסקת קומבינציה מהי?

- "עסקת אחוזים"

*דוגמאות לעסקאות קומבינציה

- מכר מלא

- הקלאסית - מכר חלקי

* השיקולים לעריכת עסקת תמורות

- עסקת הקומבינציה הקלאסית

- "השחקנים הראשיים" בעסקת הקומבינציה

- הציפייה של כל אחד מהשחקנים הראשיים בעסקה והתנגשות האינטרסים ביניהם

* בעל הקרקע

* היזם

- בטוחות בכל פינה

* בטוחות "לא קלאסיות"

* בטוחה לאחד הינה כידוע מוקש לאחר

- מוקשים ובטוחות בעסקה-דגשים משפטיים לחוזה קומבינציה

* ההסכם

* ערבויות

* קיומו ו/או היעדרו של הבנק - "מסמכים סטנדרטיים"

* הערת אזהרה לטובת היזם

* רוכשי דירות

* הגבלת קצב מכירות

- * פיקוח על המכירות
- * מסירת החזקה
- * הבטחת תשלומי מיסים ורישום
- ההסכם- זכות מעין קניינית- קניין שביטור
- ערבויות- ערבות אישית, ערבות אוטונומית, ערבויות חוק מכר- גם וגם וגם
- * ערבות אישית
- * ערבות אוטונומית
- * ערבויות חוק מכר
- קיומו ו/או היעדרו של בנק בעסקה כבטוחה ו/או כמוקש בפני עצמם – גם לעוה"ד – זהירות מפני "מסמכים סטנדרטיים"
- * עסקה ללא בנק
- * השעבוד לבנק
- * חשיבות מסמכי השעבוד
- * הסיכונים לבנק בעסקה
- הערת אזהרה לטובת היזם- מניעת השלמת רישום עד למסירה (שטרות/ ייפוי כוח/ מנגנוני נאמנות)
- * ההערה כזכות קניינית?
- * העברת זכויות כנגד מסירה בלבד
- * הגבלת יפוי הכוח
- * שמירת יפוי הכוח והשטרות בנאמנות
- * ייפוי כוח לתכנון כבטוחה ליזם
- רוכשי דירות ובנקים מממנים מטעמם- כ"בעלי מעמד על" בעסקה
- הגבלת קצב מכירות וקצב רישום הערות אזהרה לטובת הרוכשים
- * שלבי התקדמות
- * שחרור מוגבל של הערות
- * הערות שנרשמו בניגוד לחוזה

*זהירות מיוחדת לעו"ד

-פיקוח על המכירות, על תשלומי התמורה, על הבנייה ועל שחרור הכספים ליזם

-מסירת החזקה- איזון ההגנות בין בעל הקרקע, ליזם ולרוכשי היחידות

*שלילת עיכבון וקיזוז

*מסירה

-הבטחת תשלומי מיסים ורישום

דרישת הכתב לאור הפסיקה האחרונה

עו"ד (אדריכל) מוטי בניאן

א. הקדמה

בסדרה של פסקי דין עקרוניים הניח בית המשפט העליון את היסוד ל"מורה נבוכים" באחת הסוגיות המורכבות ביותר בדיני קניין, דרישת הכתב. לאחרונה, חידד בית המשפט העליון את גבולות היכולת לרכך את דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין. היכן שהעסקה בוצעה בפועל, לא תתאפשר התחמקות מביצועה הפורמלי.

מזמן לא התקבלה מבית המשפט העליון סדרה של פסקי דין עקרוניים שנושאים אחד, כאשר כל אחד מהם מבהיר פן אחר של אותו נושא וכשמחברים את המסקנות מקבלים סוג של "מורה נבוכים" בהבנת רזי אותו נושא, וכללי זהב בנדון.

זה קרה לאחרונה בסוגיית דרישת הכתב והפרשנות מקילה שיש לתת לסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") הקובע כי: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה הסכם בכתב".

כוונתנו לשלושה פסקי הדין עיקריים שניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון: ע"א 9287/07 בעניין שמשון דנוך מיום 1.3.11;¹ ע"א 8234/09 בעניין לילי שם טוב מיום 21.3.11;² וע"א 8320/09 בעניין אלחדד מיום 29.3.11.³

כל אחד מפסקי הדין הללו דן בהיבטים שונים של אחת מהסוגיות החשובות ביותר במסחר שבין אנשים: ההתחייבות של בעל זכות במקרקעין לבצע עסקה במקרקעין או התחייבותו של מי שמתכוון לרכוש זכויות במקרקעין. ניתן בהחלט לומר, כי רכישת זכויות במקרקעין היא אחד הרגעים החשובים בחיי האדם ולעיתים, כל מאווי ורצונותיו מצטמצמים לנקודת זמן זו.

אמירה ידועה בתחום זה היא, כי 'עדיף לא לעשות זכרון דברים', אך זו גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה. מי שבעלותו נכס מקרקעין ומחפש בנרות רוכש לנכס שבבעלותו ולפתע מוצא רוכש מתאים, לא יוותר מהר ויסתכן באיבוד ההזדמנות, בתקווה שעורכי הדין ישלחו טיוטות. מוכר כזה ישתדל להחתים את הקונה על זכרון דברים או על כל מסמך אחר שממנו תעלה התחייבות לרכוש את הנכס. העניין נכון עוד יותר לגבי מי שלאחר מאמצים קשים מצא נכס לשביעות

¹ ע"א 9287/07 דנוך נ' ד"ר גדעון נגר, פורסם בנבו (2011). בפני הרכב השופטים: א. רובינשטיין, ס. גיבראן, מ. מלדר.

² ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרוץ, פורסם בנבו (2011). בפני הרכב השופטים: א. רובינשטיין, א. חיות, י. עמית.

³ ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר, פורסם בנבו (2011). בפני הרכב השופטים: א. ריבלין, י. דנציגר, נ. הנדל.

רצונו ובמחיר הולם. קונה כזה ישתדל לקשור את המוכר להתחייבות כלשהי, כדי שהמוכר לא יוכל "לפזול" לכיוונים אחרים.

המתח הקיים ברגעים קריטיים אלו מנותב ובא לידי ביטוי ביצירת מסמכים וחצאי מסמכים המקשים לעקוב אחר אומד דעת הצדדים.

הניסיון להתחקות אחר הרגע שבו היתה גמירות דעת מוחלטת להתחייב בעסקה ובדרגת מסוימות שמאפשרת לקבוע, כי אכן הצדדים התחייבו בהסכם מחייב, הינו מלאכתו הקשה של השופט היושב בדין.

הקונסטרוקציה המשפטית באמצעותה בית המשפט מבקש לבחון את אומד דעת הצדדים היא קונסטרוקציית דרישת הכתב אשר הינה דרישה מהותית ולא דקלרטיבית.

כשהחווה ברור על פניו ומקים התחייבות ואין מחלוקת שהחווה אכן נכרת, אז השאלה היא רק אם חווה זה הופר או בוטל לאחר כריתתו.

אך במאמר זה ענייננו בסוגיה של "כפירה בעיקר". קרי, עצם השאלה, האם בכלל נוצר חווה מחייב בין הצדדים? כלומר, האם מערכת היחסים בין ראובן (המוכר הפוטנציאלי) לבין שמעון (הקונה הפוטנציאלי) והמסמכים שהועברו (ולעיתים לא הועברו) ביניהם או מצאו דרכם מהאחד לשני בעקיפין או במישרין, או ממכלול ההתנהגות שלהם לפני או בשעת או אחרי המפגש הגורלי, ניתן ללמוד שאכן תכליתם היא אחת: "הסכם מכר".

ב. הבחנה בין עסקה המחוייבת בדרישת הכתב לבין בחינת מילוי דרישת הכתב בעסקת מקרקעין

בטרם נתעמק בסוגיה שלפנינו, יש לעשות הבחנה בין שני מצבים.

האחד, התחייבות להעביר זכות במקרקעין שאינה רשומה בפנקסי מקרקעין, וכאן עולה השאלה, האם על סוג זה של העברת זכויות חלה דרישת הכתב.⁴ האחר, עסקה שאין ספק כי דרישת הכתב חלה עליה, והשאלה היא רק, אם "התנהגות הצדדים" או ה"מסמך הלא גמור והלא חתום" שבין הצדדים עונה לדרישת הכתב.

מאמרנו יעסוק בהיבטים של מצב זה.

ג. קונסטרוקציית תום הלב

תום הלב הינו כ"טיט של בנאים המשמש לבניית בניין מאבנים מפוזרות בשטח".

⁴ ראו דיון מקיף בנושא: מ. בניאן עקרונות והלכות בדיני מקרקעין, עמ' 124 ואילך (2004) עמ' 124. וכן, י.ויסמן דיני קניין, חלק כללי פסקה 2.1 (1993).

סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") חדרו לתוך היחסים בין בני האדם גם אם לא היה חוזה כלשהו ביניהם, וזאת באמצעות סעיף 61(ב) לחוק האמור הקובע: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נוסעים מחוזה."

כדברי כב' הנשיא א' ברק בעניין **רוקר** בעמוד 275 לפסק הדין:⁵

"תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים... הוא עקרון "מלכותי"... כך, למשל, הוא חל בכל תחומי הקודיפיקציה האזרחית החדשה... ככלל שתיקתו של חוק פלוני בדבר תום-הלב, והסדר חלקי של חוק אלמוני בסוגיית תום-הלב, אין בהם כדי לשלול את תחולתו הכללית של עקרון תום-הלב."

אכן, תום הלב החל את דרכו החדשה בדיני חוזים⁶ והמשיך בדיני מכרזים⁷ ובדיני תקנת שוק⁸ אך לא נעצר בדינים אלו וחדר גם לתחום דיני מקרקעין. חובת תום הלב הכפיפה את הבכורה של הקונה הראשון שיש לו במסגרת עסקאות נוגדות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין.⁹

תום הלב מצא את דרכו גם אל תוך הוראות הקשורות לדיני קניין, אשר המושג "תום הלב" לא הוזכר בהם. לראשונה, חובת תום-הלב הכפיפה את קדושת דרישת הכתב של סעיף 8 לחוק המקרקעין, וזאת בעניין **קלמר**.¹⁰

יודגש כי, תום-הלב בדיני מקרקעין יכול להשתנות מסוגיה לסוגיה. לגבי עסקאות נוגדות, כדי לקבל כרטיס כניסה לתחרות על עסקאות נוגדות, תום הלב הנדרש מהקונה השני הינו תום-לב מוחלט, ללא בדל של חשש מעצימת עין.¹¹ לגבי פירוק שיתוף במקרקעין, לעומת זאת, חובת תום-הלב הינה פחותה וזאת לאור עקרון-על של "הרצון לעודד פירוק שיתוף" ו"ניצול מלוא הפוטנציאל התכנוני של המקרקעין".¹²

⁵ רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** פ"ד נה (1) 199 (1999) (להלן: "עניין רוקר").

⁶ ראו ג' שלו **דיני חוזים** עמ' 37 מהדורה שניה (תשנ"ה), וע"א 829/80 **שיכון עובדים נ' זפניק**, פ"ד לו(1) 579 (1983).

⁷ ע"א 6370/00 **קל בניין בע"מ נ' ע.ר. מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (2002).

⁸ דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות הברית**, פ"ד נו(2) 632 (2003).

⁹ ע"א 2643/97 **גזו נ' ברטיש קולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נו(2) 385 (2003) (להלן: "עניין גזו").

¹⁰ ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185 (1996) (להלן: "עניין קלמר").

¹¹ ראו: מ. מאוטנר "עסקאות נוגדות ורשלנות של הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" **הפרקליט** מ' 521 (תשנ"א-תשנ"ג).

¹² ראו מ. בניאן **עקרונות והלכות בדיני מקרקעין** 589-597 (2004).

ד. ההיסטוריה של ריכוך דרישת הכתב

כידוע, הגישה הפורמליסטית רואה את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין כדרישה מהותית; כלומר, היא מקימה את העסקה והיא איננה ראייתית או דקלרטיבית.¹³ לפיכך, התחייבות לביצוע עסקה במקרקעין תהא בעלת תוקף רק בתנאי שקיים מסמך בכתב. גישה זו מביאה לידי ביטוי את החשיבות הרבה שמייחס המחוקק להתחייבויות לעשיית עסקאות במקרקעין ובצורך להבטיח את קיומן.¹⁴

כמו כן, מצדדי הגישה הפורמליסטית יגרסו, כי דרישת הכתב נועדה להדגיש כי מדובר בהתחייבויות בעלות חשיבות רבה והיא באה למנוע התקשרויות קלות דעת, שנעשו מבלי שהצדדים בחנו את כל השיקולים.¹⁵

מעבר לכך, דרישת הכתב משיגה ודאות באשר לתוכן של העסקה במקרקעין - מטרה ראויה כשלעצמה, בהתחשב בחשיבות שהמחוקק מייחס לעסקאות במקרקעין.

למרות האמור לעיל, במהלך השנים קבע בית המשפט, כי יש להיזהר מעמידה דווקנית על דרישת הכתב, שכן עמידה דווקנית זו עלולה להביא לביטול עסקאות גם במקרים בהם הוכחה כוונה ברורה וחד-משמעית להתקשרות מחייבת ולשמש ככלי שרת בידי צד לחוזה אשר ינסה להתחמק מהתחייבות שנעשתה ללא מסמך כתוב.¹⁶

עניין זה הודגש היטב במאמרו של פרופ' דניאל פרידמן כבר בשנת 1980:¹⁷

"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 תתפתח 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).

¹³ ראו ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972).

¹⁴ ראו ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 290-291 (1979) (להלן: "עניין רבינאי").
¹⁵ דרישת הכתב מצויה בעוד מספר חוקים בהם המחוקק ראה לנכון להכריח את הציבור לא להתקשר בהסכם מחייב אלא לאחר שוידא שאכן העניין ברור דיו לצד המתחייב. ראו סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, וכן סעיף 9 לחוק מתוככי מקרקעין, התשנ"ו-1996.

¹⁶ ראו ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278, 291 (1988).

¹⁷ דניאל פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג 4 (תש"ם).

וכך אט-אט החלו בתי המשפט לרכך את דרישת הכתב על ידי נטישה של הגישה שראתה בדרישת הכתב דרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום,¹⁸ ומעבר לגישה גמישה יותר אשר מאזנת בין הגישה הפורמליסטית לבין שיקול דעתו של בית המשפט להחיל את תורת תום הלב, והכל בכדי להגיע למשפט צדק.

דוגמאות לכרסום בגישה הפורמליסטית

הכרסום בדרישת הפורמליות גבר כשבתי המשפט החלו לאמץ את הגישה הלא פורמליסטית.¹⁹ כאשר נקבע, כי לצורך קיום דרישת הכתב, די במסמך שיכיל את הפרטים המעטים והבסיסיים, כגון: מסגרת העסקה ותחומיה.²⁰ כמו כן, נקבעה האפשרות להשלים את הפרטים החסרים על פי דין או על פי נוהג²¹ ונפסק, כי אין לראות בהיעדרה של חתימה על המסמך כגורם המפחית מתוקפו.²²

עוד נקבע, כי התחייבות לעריכת עסקה במקרקעין תהיה בעלת תוקף גם במקרה שחסרים פרטים שאינם ניתנים להשלמה מכוח הדין או מכוח הנוהג, אך קיימות ראיות מעבר למסמך הכתוב המעידות בבירור על התגבשותה של העסקה ועל גמירות דעתם של הצדדים.²³

צעד רחוק אף יותר הלך בית המשפט בעניין **קלמר**,²⁴ משום שבניגוד למקרים שהוזכרו לעיל, בהם היה קיים מסמך כתוב כלשהו שהוכן על ידי הצדדים לעסקה ואשר שימש כעוגן ראייתי וסייע לבית המשפט לרכך את דרישת הכתב, בעניין **קלמר** לא היה עוגן ראייתי דומה ולמרות זאת בית המשפט מצא, שיש תוקף משפטי להתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין גם כאשר אין מסמך כתוב.

בעניין **קלמר** קבע הנשיא (דאז) ברק, כי הפרת חובת תום הלב תביא לסטייה מ"דרישת הכתב" במקרים מיוחדים ויוצאי דופן, "שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעקרון הכתב" (ראו עניין **קלמר**, בעמוד 197).

השופט ברק אימץ את גישתה של פרופ' נילי כהן²⁵ וקבע כי:

¹⁸ ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617 (1974).

¹⁹ ראו גם מאמרו המאלף של פרופ' מנחם מאוטנר המסביר את המעבר מפורמליזם לפן המשפטי במשפט הישראלי: מ. מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט י"ז 503 (תשנ"ב-תשנ"ג).

²⁰ 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).

²¹ ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976); וראו גם עניין רבינאי, ה"ש 14 לעיל.

²² ראו למשל ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' - חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 69-70 (1989).

²³ ע"א 664/81 הווארד נ' ארז, פ"ד לח(3) 301, 307-308 (1984).

²⁴ ראו עניין **קלמר**, ה"ש 10 לעיל.

²⁵ נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח(1) 383, 387-388 (1989).

"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" (עמ' 440).

ה. יישום פסק דין קלמר בפסיקה החדשה

עם ההיסטוריה הפסיקתית שתוארה לעיל, ניגש בית המשפט העליון למלאכה בכל אחד משלושת פסקי הדין שניתנו לאחרונה.

פסק הדין בעניין דנוך

נעמי דנוך ז"ל (להלן: "נעמי") הייתה בעלת שני נכסי מקרקעין בשכונת נווה צדק בתל אביב. בשנת '95 חתמה נעמי על ייפוי כוח בלתי חוזר לפיו העבירה את הזכויות בנכסים לבתה מרגלית, אשר הינה גם אמו של המשיב, ללא תמורה (להלן: "ייפוי הכוח"). בגין ייפוי כוח זה נרשמה הערת אזהרה במרשם המקרקעין אך לא הושלמה העברת הזכויות בנכסים. בעקבות זאת, הגישה נעמי תביעה לבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב בה ביקשה, כי יוצהר על בטלותם של ייפוי הכוח והערת האזהרה שנרשמה בעקבותיו (להלן: "התביעה הראשונה").

במהלך הדיון נפטרה נעמי ובנעליה נכנס יורשה - המערער 1.

בית המשפט קיבל את התביעה והורה כי ייפוי הכוח והערת האזהרה בטלים (להלן: "פסק דינו הראשון של בית המשפט לענייני משפחה"). בית המשפט קבע, כי לא ניתן לפרש את חתימתה על ייפוי הכוח כפעולה של גמירות דעת ולכן לא ניתן לראות בו מסמך מחייב. כמו כן, קבע בית המשפט, כי כוונתה האמיתית של נעמי היתה להעביר את זכויותיה בנכסים לנכדה, המשיב, בתמורה, וכי הוא ישלם לכל ילדיה באופן שווה בעבור הזכויות.

על פסק דינו הראשון של בית המשפט לענייני משפחה הגישה מרגלית ערעור לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. בית המשפט קיבל את הערעור באופן חלקי וקבע, כי בכל הנוגע לביטול ייפוי הכוח, התיק יוחזר לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שישקור את העדויות, ינתח אותן ויקבע עמדה בשאלות של עובדה ומהימנות.

בפסק הדין החדש שניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה, נשארה על כנה תוצאת פסק הדין הראשון (להלן: "פסק דינו השני של בית המשפט לענייני משפחה"). בפסק דינו השני קבע בית המשפט, כי נעמי התכוונה לערוך עם המשיב עסקת מכר ולא עסקת מתנה. עוד קבע בית המשפט, כי המחלוקת בנוגע לשאלת אכיפתו של הסכם המכר לא יכולה להיפתר במסגרת התביעה שבפניו, שכן המשיב לא היה צד לה.

על פסק דינו השני של בית המשפט לענייני משפחה הגישה מרגלית ערעור ובית המשפט המחוזי דחה את הערעור בקובעו, כי לא מצא מקום להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. עוד קבע בית המשפט, כי מעדותה של נעמי ניתן ללמוד, כי כוונתה היתה למכור את הנכסים למשיב וכי את סכום המכירה התכוונה לחלק באופן שווה בין כל ילדיה.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישה מרגלית בקשת רשות ערעור לבית משפט העליון, אשר נדחתה גם היא.

לאחר כל זאת, הגיש המשיב תביעה, במסגרתה ביקש להכיר בתוקפו של הסכם המכר שנערך בינו לבין נעמי.

בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה ונתן פסק דין הצהרתי בדבר תוקפו של ההסכם.

בית המשפט המחוזי קבע, כי ניתן להסיק את קיומו של מסמך בכתב מתוך מספר מסמכים הקיימים בתיק ובראשם מסמך בו מאשרת נעמי, בחתימתה, כי מכרה את הנכסים למשיב. בנוסף, הסתמך בית המשפט על העובדה לפיה המשיב שילם לדודיו (למעט למערער) כספים באופן שווה בגין הנכסים וכן על כך שסכום התמורה הכולל תואם את שווי הנכסים באותה עת.

לבסוף קבע בית המשפט, כי גם במידה שלא היה במקרה זה מסמך בכתב המקיים את יסוד המסוימות, עדיין היה לטעמו מקום לאכוף את עסקת המכר וזאת מכוח ההלכה שנקבעה בעניין **קלמר** אשר בהתאם לעקרון תום הלב, מאפשרת להכיר בעסקה במקרקעין, אף מבלי שקיים מסמך בכתב. בהקשר זה הסתמך בית המשפט בעיקר על כך שהמשיב שילם עבור הנכסים וכן על כך שהוא השקיע כספים רבים לצורך השבחתם. על פסק דין זה הוגש הערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון דחה את הטענה, כי לא ניתן לאכוף את ההסכם בין נעמי לבין המשיב עקב היעדרו של מסמך בכתב אשר מקיים את יסוד המסוימות. בית המשפט שב והזכיר, כי במהלך השנים ריככה הפסיקה את דרישת הכתב ונקבע, כי אין הכרח להוכיח את קיומו של חוזה כתוב ומפורט אשר מכיל את כל הפרטים הדרושים, וכי ניתן להשלים פרטים חסרים במסמך בכתב בהוראות חוק או בראיות חיצוניות.

לבסוף, בית המשפט העליון קיבל את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה, ממכלול המסמכים והנסיבות במקרה זה, וביניהם: המסמך עליו חתמה נעמי בו אישרה את עסקת המכירה, **עדותה** בפני בית המשפט לענייני משפחה **והקבלות** המעידות על כך שכל ילדיה או יורשיהם פרט למערער הכירו בהסכם וקיבלו את חלקם לפי שוויים של הנכסים, ניתן להסיק כי מדובר בהסכם מכר אשר עונה על דרישת הכתב המהותית.

פסק הדין בעניין שם טוב

בפסק דין זה עלתה סוגיית "זעקת ההגינות" הגורסת, כי ישנם מקרים בהם על אף שייקבע כי דרישת הכתב לא קוימה, נסיבות מסוימות עשויות להעיד על חוסר תום לב של אחד הצדדים, בנוסף לנסיבות בהן הסתמך הצד שכנגד על ההסכם וקיים את החלק הארי של התחייבויותיו, אשר יביאו את בית המשפט לקבוע, כי יש לקיים את העסקה.

בפסק דין זה דובר על יזם (המשיב 2), שבראשית שנות ה-80 החל ליזום פרויקט מגורים בן ארבע יחידות. החלקה נשוא הדיון היתה רשומה אותה עת על שם המערערת (לילי) - גרושתו של סמי. על מנת לפשט את הדברים ייאמר, כי הנכס אשר לגביו ניטש הסכסוך בפסק הדין הינו קוטג' (להלן: "הנכס").

המשיב 1 (כדורי) הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים בה עתר לסעד הצהרתי שיקבע, כי רכש את זכויות הבעלות בנכס, ויכיר בזכותו להירשם בלשכת רישום המקרקעין כבעליו של הנכס, כשהוא נקי מכל שעבוד או זכות נוגדת.

יוער, כי לכדורי יש קשרי משפחה הן עם לילי (היא בת דודתו) והן עם סמי (הוא דודו של כדורי וגם דודה של לילי), אותם תבע, והדבר הינו בעל חשיבות מכיוון שבית המשפט ציין בפסק דינו, כי יחסי המשפחה עמדו ביסוד הוויתור על המסמך הכתוב.

כדורי סמך את תביעתו על הסכמה על-פה שהושגה לדבריו בינו ובין סמי, בעת שהפרויקט היה בשלבים ראשוניים של בנייה, ולפיה התחייב סמי למכור לו את הנכס תמורת \$218,800.

כדורי טען, כי הוא שילם לסמי את מלוא התמורה כמוסכם ועם השלמת הפרויקט בראשית שנות ה-90 אף נמסרה לו החזקה בנכס והוא נהג בו מאז מנהג בעלים, השכיר אותו מעת לעת תוך ואף גבה את דמי השכירות.

לילי מצידה התכחשה לקיומה של עסקה לפיה נמכר הנכס לכדורי, ולחלופין טענה, כי עסקה זו נעשתה בלא ידיעתה ומשכך, ובהיותה הבעלים הרשום של החלקה עליה בנוי הנכס, אין לעסקה ממילא כל תוקף משפטי.

סמי, לעומת זאת, תמך בגרסתו של כדורי ואישר את העובדות כפי שתוארו על ידו. הוא אף ציין, כי ההתחייבות למכור לכדורי את הנכס נעשתה בידיעתה ובהסכמתה של לילי.

בית משפט קמא קיבל את תביעתו של כדורי וקבע, כי הגם שמעולם לא נערך בין הצדדים הסכם מכר כתוב לרכישת הנכס, מכתב שניתן על-ידי לילי הוא בבחינת הודאת בעל דין על כך שנערכה עסקה לרכישת הנכס על ידי כדורי.

למרות קביעתו זו פסק בית המשפט, כי המכתב אינו עונה על דרישת הכתב משום שמחיר הנכס - פרט מהותי בהסכם מקרקעין - לא מופיע במכתב.

יחד עם זאת סבר בית משפט קמא, כי המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים מיוחדים וחריגים אשר בהם עולה 'זעקת ההגינות', ולמרות היעדר מסמך בכתב, ניתן להכיר מכוח עקרון תום הלב בתוקפה המשפטי של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.

לילי טענה בערעור דנן, בין היתר, כי לא היה מקום ליתן תוקף משפטי להסכם המכר הנטען, מאחר שלא היתה גמירות דעת ומסוימות ביחס למחיר הנכס ומדובר בפרט בסיסי שאינו ניתן להשלמה.

בית המשפט העליון פסק, כי דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין איננה דרישה ראייתית; זו דרישה מהותית, ומשכך - מותנה תוקפה המשפטי של ההתחייבות בקיומו של מסמך בכתב. אולם, עם השנים, כאשר היה קיים מסמך כלשהו המעגן את ההתחייבות לעשיית העסקה, הגישה הנוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום, פינתה בהדרגה את מקומה ל"גישה מרככת", לכלל גמיש שיש בו איזון בין פורמליזם לשיקול דעת שיפוטי או "בין הערך המייחס משקל לעניין הצורני לבין דרישת המהות שעיקרה - הבאה לתוצאה צודקת תוך מתן משקל לכוונת הצדדים".²⁶

בית המשפט מאזכר את עניין קלמר ומציין, כי אף שבאותו עניין לא היה מסמך כלשהו המעגן את ההתחייבות לעשיית העסקה, נפסק שם, כי במקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" ניתן להתגבר על "דרישת הכתב" מכח עקרון תום לב בשלב הטרום חוזי.

מקרים "מיוחדים ויוצאי דופן", נקבע בעניין קלמר, הם מצבים "שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעקרון הכתב".

הודגש, כי בעניין קלמר נאמר, כי לא ניתן להציג רשימה סגורה של מצבים כאלה המשתנים על פי נסיבות החיים, אך אומצה שם גישה של פרופ' נילי כהן לפיה:²⁷

"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."

בית המשפט העליון פסק, כי צדק בית המשפט המחוזי כשיישם את הלכת קלמר 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.

²⁶ פסקה 19 לפסק דינה של השופטת חיות בעניין שם טוב.
²⁷ עמוד 197 לפסק הדין בעניין קלמר.

עוד נפסק, כי כמו בעניין קלמר, גם במקרה זה אין מסמך כלשהו המעגן את ההתחייבות לעשיית העסקה. בית המשפט העליון קבע, כי למרות זאת, הנתונים הייחודיים של המקרה דן הובילו את בית המשפט המחוזי, בצדק, אל המסקנה כי שחרור המערערת מן ההתחייבות למכור את הנכס לכדורי, גם אם זו ניתנה בעל-פה, נוגד את עקרון תום הלב ואין להסכים עימו.

בית המשפט העליון מקבל את הטעמים העיקריים לביסוס מסקנתה של הערכאה דלמטה, שהינם הסתמכותו של כדורי על ההסכם וקיום חלק הארי של ההתחייבויות על פיו וכן התנהלותה הבעייתית של המערערת במטרה להתנער מן המוסכם בחוסר תום לב.

בנסיבות אלו נקבע, כי שלילת התוקף המשפטי מן העסקה בשל היעדר כתב אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב, ומכוחו של עקרון תום הלב יש להעמיד את העסקה בחזקתה.

עוד ציין בית המשפט העליון, כי אמנם העסקה לא דווחה לשלטונות המס והתנהלות כזו של הצדדים עשויה במקרים מסוימים להוות אחד השיקולים החוסמים את יישומה של הלכת קלמר, אולם, משהוכח כי קרבת המשפחה בין הצדדים היא שעמדה ביסוד הוויתור על המסמך הכתוב ולא הרצון להונות את שלטונות המס, אין באי-הדיווח כדי לשלול את קיומה של "זעקת הגינות" במקרה דנן.

עוד נקבע, כי את ההכרה בתוקפה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין מכוח עקרון תום הלב ובשל "זעקת הגינות", אין לצמצם למקרים של "מעשה עשוי".

פסק הדין בעניין אלחדד

המערערים (אלחדד) שכרו מהמשיבים (שמיר) דירת מגורים. לקראת סיום החוזה ניהלו הצדדים משא ומתן על האפשרות כי המערערים ירכשו את זכויות הבעלות בדירה מידי המשיבים. במהלך פגישה שהתקיימה בין הצדדים הציג המערער מסמך מודפס שהכין מבעוד מועד, והצדדים השלימו בכתב יד את החסר בו במהלך הפגישה. המערערים טענו, כי במהלך הפגישה הוסכם ביניהם על התמורה, על סכום המקדמה, המטבע בו תשולם התמורה ועל תנאי התשלום.

המשיב סירב לחתום על המסמך בטענה, כי הוא אדם מאמין שאינו יכול לחתום על מסמך בתקופת "בין-המצרים", אולם הצדדים לחצו ידיים לאות סיכום פרטי העסקה בנוכחות אדם נוסף.

המערערים טענו, כי על אף היעדרה של חתימת המשיב, המסמך מהווה מסמך בכתב, המעיד על הסכמת הצדדים לביצוע העסקה. המשיבים טענו, כי בין הצדדים לא נכרת הסכם מחייב וכי המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים לא הבשיל לכדי הסכם מחייב.

בית המשפט העליון דחה את הערעור ופסק, כי צדדים העורכים הסכם מוקדם בכתב ומסכימים במסגרתו לחתום על חוזה בשלב מאוחר יותר, מוחזקים כמי שלא ראו בהסכם המוקדם בסיס להתקשרות מחייבת (להלן: "החזקה"). ברם, חזקה זו ניתנת לסתירה אם מוכח באופן ברור, שכוונת הצדדים הייתה להתקשר באופן מחייב אף בלא לחתום על החוזה.

פועל יוצא של דברים אלו הוא, כי זיכרון דברים המקיים את התנאי האמור, יש בו כדי לעמוד בדרישת הכתב המעוגנת בסעיף 8 לחוק המקרקעין.

בית המשפט העליון מציין את פסק הדין בעניין **רבינאי** ממנו עולה, כי סתירת החזקה תתאפשר בהתקיים שני מבחנים: גמירות דעת, המכונה בעניין **רבינאי** "כוונת הצדדים", ומסוימות.

באשר להיעדר חתימת הצדדים על זכרון דברים והיחס שבין עובדה זו לבין קביעת קיומה או היעדרה של גמירות דעת, מציין בית המשפט העליון את עניין **מקסים**²⁸, בו נקבע, כי היעדר חתימת הצדדים או מי מהם על זכרון הדברים אין בה כשלעצמה להעיד על היעדר גמירות הדעת, משום שהחתימה היא גורם ראיתי בלבד אם כי כבד משקל. כמו כן נקבע בעניין **מקסים**, כי ניתן להוכיח גמירות דעת גם בהיעדר חתימה באמצעות ראיות חלופיות.

בית המשפט העליון מתייחס לעובדה, כי בסיום הפגישה לחצו הצדדים ידיהם כאות לסיכום העסקה, אך קבע, כי גם אם הצדדים הגיעו להסכמות הדדיות בפגישה, הרי שלחיצת הידיים אינה מלמדת בהכרח על הסכמה כוללת וסופית לעניין פרטי העסקה וייתכן, כי הצדדים לחצו ידיים לאות שהסכימו על מתווה עקרוני לעסקה, אולם נותרו חלוקים לגבי סוגיות מרכזיות ומשמעותיות אחרות, שאז לחיצת ידיים בתום הפגישה עשויה לתת ביטוי לכך שהצדדים הסכימו להמשיך ולהידבר על מנת ללבן את שנותרו חלוקים לגביו.

מעבר לכך, בית המשפט העליון סבור, כי הפרשנות שיש לייחס ללחיצת ידיים בתום פגישה היא שאלה עובדתית תלוית-נסיבות וככזו, היא מסורה לשיקול דעתה של הערכאה המבררת, המתרשמת מהעדים באופן בלתי אמצעי. על כן קבע בית המשפט העליון, כי פרשנותו של בית המשפט המחוזי אינה בלתי סבירה באופן שמצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור.

עוד קבע בית המשפט, כי אי-מסירת המסמך לידי המשיב בסיום הפגישה מעידה שהצדדים לא הגיעו לכלל הסכמה סופית וכי המערער נטל את המסמך חזרה בכדי להמשיך ולחשוב על אופן קידום העסקה, על מנת להידבר עם המשיב פעם נוספת.

1. השלכות פסקי הדין - שינוי מגמה או חידוד מגמה

עיון בשני פסקי הדין הראשונים בעניין **זנוך** ובעניין **שם טוב** מעלה, שלמעשה אין בהם חידוש מהפכני נוסף מעבר למה שנפסק בהלכת **קלמר**.

²⁸ ע"א 571/79 דירות **מקסים בע"מ נ' ג'רבי**, פ"ד לז' (1) 589, 604 (1983).

בשניהם הגיע בית המשפט העליון למסקנה, כי אכן יש בנמצא עדות כתובה כלשהי המעידה, כי בעל הזכות אכן מכר זכויותיו, גם אם לא מדובר בחוזה פורמלי.

בעניין זנוך השופט ג'ובראן קובע כי:

"בענייננו, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה ניתן לראות במסמך עליו חתמה נעמי (4/נ) ובו נכתב כי היא מכרה את הנכסים למשיב, בצירוף מסמכים נוספים וראיות חיצוניות, כהסכם מכר אשר עונה על דרישת הכתב. ראשית, בקשר לאותו מסמך, העידה נעמי בפני בית המשפט לענייני משפחה כי היא חתמה עליו לאחר שהוקרא לה וכי היא הבינה את תוכנו (עמוד 7 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה מיום 18.6.1996). שנית, נעמי העידה בפני בית המשפט כי היא מכרה את הנכסים לגדעון וכי את התמורה עליו לחלק בין ילדיה, באופן שווה:"

ובהמשך, כב' השופט ג'ובראן קובע, כי מכלל העדויות ניתן ללמוד כי:

"נכון למועד הדיון שולם חלק ניכר מהתמורה בגין הנכסים לצדדים שלישיים, אשר לטובתם נערך הסכם המכר בין הצדדים. בעניין זה נקבע כי "... הואיל וכל התמורה שולמה במעמד ההסכם והמוכר אישר כי קיבל את כל התמורה"

עוד בהמשך, כב' השופט ג'ובראן קובע כי:

"בית המשפט צריך לבחון, אם המסמך משקף גמירת דעתם של הצדדים להתחייב בחוזה. אם התשובה חיובית, יש לחתור להשלמתו... כמובן, אם מודה הצד שכנגד בגירסתו של הצד המבקש ליתן תוקף לחוזה, נחסך הבירור הראייתי. הודאתו של בעל הדין שכנגד ודאי ראויה להיחשב לראייה קבילה לשם השלמת הפרט החסר."

ובעניין שם טוב השופטת חיות קובעת, כי:

"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."

ובהמשך השופטת חיות קובעת כי:

"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

מעניי 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 קלמר (ראו למשל עניין לוי, 204), אך לא זה המקרה שבפנינו.

מכאן, שבשני פסקי הדין בית המשפט מסתמך על אישור מפורש שנתן בעל הזכות "בכתובים", כי אכן מכר את זכויותיו, גם אם "הכתובים" לא היו זכרון דברים או מסמך המופנה ישירות לקונה או חוזה פורמלי כנהוג בעסקאות מקרקעין.

שונה הוא המקרה של פסק הדין בעניין אלחזד, שמלבד אותו מסמך שהביא עמו הקונה לפגישה, שלא נחתם בגלל תקופת "בין המצרים", אין עוד מסמך נוסף.

האמת ניתנת להיאמר, כי הנסיבות האופפות את פסק הדין בעניין אלחזד הינן נסיבות מאוד רווחות במקומותינו.

כל מי שמצוי ברזי ניהול משא ומתן לכריתת הסכם מקרקעין יודע, כי ניהול מו"מ שבמסגרתו מי מהצדדים מכין לקראת הישיבה או במהלכה מסמך כלשהו, אך בתירוצים שונים המסמך לא נחתם, ומצד שני - אף צד לא מתכחש לרצינות הכוונה, בכדי להשאיר את הצד השני "על אש קטנה", הינו התנהגות רווחת במקומותינו.

נדמה כי פסק הדין בעניין אלחזד מהווה חידוד של ניתוח הרגע הקריטי שבו אחד הצדדים היה רוצה שאותו מסמך המצוי בידיהם ייחתם ואילו השני היה רוצה שהמסמך כמו שהוא יהיה רק סוג של "חוט מקשר" או יותר נכון "כאזיק מקשר" אך מבלי שהוא עצמו קשור באזיק, בבחינת ציפור אחת ביד, אך להמשיך ולתור עוד ביער של מוכרים או קונים (בהתאמה) בתקווה למצוא ציפור יותר טובה, כל עוד האזיק לא הותר.

בפסק הדין בעניין אלחזד, השופט דנצינגר נזקק לניתוח "ונוסחת הקשר", קרי אותה אימרה כתובה בתוך המסמך הצופה פני עתיד ומעידה, כי הצדדים התכוונו בשלב מאוחר יותר לפעול למימוש כוונותיהם בפועל. יש ונוסחת הקשר מעידה, כי המסמך כפי שהוא מספק את המוכר ואת הקונה והחוזה בשלב מאוחר יותר הינו רק חוזה פורמלי וגם אם לא ייחתם חוזה פורמלי, אין בזה כדי לבטל את תוקף המסמך המחייב כפי שהוא. אך יש ונוסחת הקשר צופה פני התרחשות מהותית שהצדדים צופים ששם תתגבש העסקה הסופית, באשר המסמך כפי שהוא הינו רק שלב במשא ומתן.

השופט דנצינגר קבע, כי בנוסף למבחן גמירות הדעת, שהוא מבחן אובייקטיבי, ולמבחן ה"מסוימות" - קרי, עד כמה הפרטים המהותיים של העסקה מופיעים במסמך המוסכם, יש לתת את הדעת גם להתנהגות הצדדים לפני, בשעת ולאחר ניסוח המסמך הלא חתום.

בענין זה נקבע כי:

"במסגרת מבחן זה יש להביא בחשבון גם את לשונה ומתכונתה של "נוסחת הקשר" בין זיכרון הדברים ובין החוזה העתידי ולבדוק האם היא מעידה על כך שזיכרון הדברים הוא אך שלב ביניים במשא ומתן או שמא היא מהווה אינדיקציה לרצונם של הצדדים להתקשר בהסכם מחייב כבר במסגרת ההסכם המוקדם.²⁹

באשר למבחן המסוימות, הודגש בעניין רבינאי כי יש לבדוק האם זיכרון הדברים מעגן את הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה, כאשר סוג הפרטים שצריכים להיכלל בזיכרון הדברים משתנה מעניין לעניין ובהתאם לנסיבות (שם, עמ' 288). עוד עולה מעניין רבינאי כי ככל שגמירות הדעת חזקה יותר, כך הדרישה למידת הפירוט של הפרטים המהותיים בזיכרון הדברים תפחת:"

בהמשך קובע השופט דנצינגר כי:

"...אם נתקלים אנו בחוזה בלתי חתום, ואחד הצדדים לחוזה הכתוב יטען, כי לא הגיעו הצדדים לגמירות דעת ועל-כן אין תוקף לנוסח החוזה, הרי תהיה בהעדר החתימה בדרך כלל משום הוכחה מרחיקת לכת, ואולי כמעט קונקלוסיבית, לטובת גירסתו. אך ייתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית המשפט, על סמך חומר הראיות המובא לפניו, שאמנם הייתה גמירות דעת בין הצדדים, למרות העובדה שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב..."

המוכר הוא הנהנה מהספק

יודגש, כי בעוד שבפסקי הדין בעניין דנוך ובעניין שם טוב, התמורה בפועל שולמה, בעניין אלחדד לא שולמה כל תמורה. כמו כן, בעוד שבפסקי הדין בעניין דנוך ובעניין שם טוב היה אישור בכתב של בעל הזכות (שאמנם ניתנה לנסיבות אחרות), אך מאישורים אלו ניתן היה להבין, כי אכן היתה עסקה, שאם לא כן, הקונה לא היה משלם. בעניין אלחדד, לעומת זאת, לא היה כל מסמך חתום כזה, שניתן היה באמצעותו לקשור את המוכר.

ייתכן, כי זו הפריבילגיה של המוכר ליהנות מהספק. במערכת היחסים שבין המוכר לקונה יש דינמיקה פסיכולוגית מובנית שלפיה קשה להשתחרר מנכס מאשר לרכוש אותו.

המוכר זקוק להכנות נפשיות גדולות יותר על מנת להיות בשל למכור נכס שהתרגל אליו ולהשתחרר ממנו, מאשר הקונה, שצריך רק לפתח זיקה אל הנכס החדש. זו גם הסיבה שהרוב המוחלט של פסקי דין מסוג זה דן בסיטואציה שבה המוכר הוא זה שמתנער מהסכם או מסיכום ולא הקונה. המוכר תמיד יחוש שיימצא קונה יותר טוב, כפי שהקונה מאמין שלעולם לא ימצא נכס כזה ובמחיר כזה.

²⁹ ראו עניין רבינאי לעיל ה"ש 14.

ייתכן שהעניין דומה לתום הלב הנדרש, מהקונה הראשון בעסקאות נוגדות מול תום הלב הנדרש מהקונה השני. בעסקאות נוגדות אנו דורשים מהקונה השני, בהיותו קונה שני, עמידה קפדנית בתנאי תום הלב וכל עצימת עיין תתפרש כנגדו,³⁰ ואילו מהקונה הראשון אנו דורשים תום לב של קונה הנוהג בזהירות סבירה והנמנע מלגרסם לתאונה משפטית עם אחרים.³¹

מכאן, כי סיבות כגון "בין המצרים"³² או "אני צריך להתייעץ" יכולות להיות קבילות מצדו של המוכר ביתר קלות, כי הן מעידות על כך שאין לו עדיין את אותה גמירות דעת בדבר השלמה עם העסקה, אחרת אם הקונה היה מציע מחיר שהמוכר לא חלם עליו, המוכר היה מוצא תרוץ איך להתגבר על התרוץ שנתן.

אמנם הלכה היא, כי בימי בין המצרים "ממעטים במשא ומתן ובבניין של שמחה..." אך כידוע, אם הימנעות מ"עסקה בין המצרים" עלולה להביא נזק או אובדן הזדמנות העסקה, יש המקלים ועושים את העסקה או לפחות חותמים על זכרון דברים. לכן, זוהי פונקציה של גמירות דעת, כי מחיר טוב מאוד שקונה מוכן לשלם למוכר לא משאיר למוכר סביר צורך להתייעץ עם מאן דהוא.

הפסיקה מוכנה לקבל את התירוצים הללו (כל עוד בצידם אין קבלת תמורה של שווי העסקה או ביצוע העסקה בפועל), המעידים כי המוכר עוד לא גמר בדעתו להתקשר בעסקה. פסק הדין בעניין אלחדד מוכיח, כי הפסיקה מוכנה לתת למוכר ליהנות ממצב שבו אזיק נעול על ידיו של הקונה ואילו המוכר רק מחזיק בצד השני מבלי להינעל עליו.

זו סיטואציה אנושית ופריבילגיה שרק המוכר יכול ליהנות ממנה. אולי סוג זה של התנהגות יתפרש כהתנהגות שלא בתום-לב אך חוסר תום-לב מסוג זה אינו עולה עד כדי חיוב בביצוע ואכיפה של עסקת מקרקעין כמו בעניין קלמר, ששם גם המוכר היה נעול בשל כך שקיבל את מלוא התמורה שהיה צריך לקבל.

ז. סיכום - כללי זהב לגמירות דעת לעסקה

מכל הנאמר לעיל ניתן למפות את המבחנים בהם נוכל לבחון, האם בין שניים נקשר חוזה מחייב במקרקעין אם לאו.

ברי כי לעיתים די במרכיב אחד מבין המרכיבים המפורטים להלן כדי להכריע את הכף. אך במציאות המורכבת שבה אנו חיים, בדרך כלל צירוף של מספר מרכיבים מביאים אותנו לידי החלטה, האם מערך היחסים, האימרות, המסמכים שהועברו מצד אל צד, הקימו את המבחן המהותי של דרישת הכתב.

³⁰ ראו מ. בניאן עקרונות והלכות בדיני מקרקעין עמ' 450 ואילך (2004).

³¹ ראו ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש קולוני פ"ד נ"ז(2)385, וכן ראו מ. דויטש "קניין" כרך א' ע' 125 וכן ע"א חוות מקורה בע"מ נ' חסן פ"ד מז(5) 1

³² שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תקנ"א הלכה ב', הלכות תשעה באב.

ואלו מקצת כללי הזהב שניתן בעזרתם לוודא, אם אכן הצדדים נקשרו בהסכם מחייב או שמא מה שקרה ביניהם, היה אך שלב במשא ומתן שלפחות אחד מהם לא ראה בו תחנה סופית:

- א. האם זכרון דברים הינו שלב במו"מ או שהוא מחייב והחובה הוא רק פורמלי?
- ב. האם המסמך צופה פני חתימה על חוזה פורמלי (שגם אם לא ייחתם, הוא אינו מונע מתוקפו של המסמך) או שמא צופה פני התרחשות עתידית, אותה יש לערוך בנפרד ובהיעדרה לא תתרחש עסקה בין הצדדים?
- ג. האם שולמה תמורה בגין העסקה או נמסרה חזקה?
- ד. האם הצדדים עשו צעד כלשהו לביצוע העסקה?
- ה. האם בין הצדדים קיימת היסטוריה של משא ומתן, שממנה ניתן לדלות מידע על התקדמות במשא ומתן?
- ו. עד כמה משא ומתן התנהל בין האנשים הרלוונטיים לעסקה? קרי, המוכר עצמו מול הקונה עצמו?
- ז. האם הקונה הפקיד כסף בנאמנות לתשלום התמורה?
- ח. האם מהתנהלות הצדדים לפני, בשעת ואחרי "המפגש הגורלי", האדם הסביר היה מסיק שמדובר בגמירות דעת? זו שאלה עובדתית שערכאת ערעור נוטה שלא להתערב בה?
- ט. כשהקונה ביצע את העסקה או קיבל חזקה, "זעקת ההגינות" מחייבת להכיר בעסקה?
- י. האם ובאיזו מידה העניקו הצדדים מעמד חגיגי לסיום "המפגש הגורלי", כגון שתיית כוסית לחיים וכו'?
- יא. האם עותק מ"המסמך הגורלי" נמצא בידי שני הצדדים?
- יב. מי הכין את המסמך, המוכר או הקונה?
- יג. האם יש פער בין המוכר והקונה מבחינת תדירות ביצוע עסקאות מקרקעין?
- יד. האם קיימים יחסים מיוחדים בין הצדדים, כגון: בני משפחה וכו', שהפחיתו בעיני הצדדים את הצורך בחוזה פורמלי?

לסיכום, ניתן לומר, כי מקום שהעסקה בפועל יצאה לדרך באמצעות תשלום כלשהו על חשבון התמורה ותשלום זה חולט על-ידי המוכר או שנמסרה החזקה לקונה חרף אי-תשלום או שיפוי כוח בלתי חוזר נמסר לקונה חרף אי תשלום, תקום חזקה שעל פיה, יש עסקה בין הצדדים (בתנאי שהחזקה לא תיסתר בראיות מוצקות) ובתי המשפט ייטו לחייב את המוכר במכירה גם

אם ההסכם לא נערך בכתב ובתנאי שמהבנות בין הצדדים ניתן להרכיב מתווה עקרוני של העסקה הכוללת תמורה, מועדי תשלום ומועד מסירת החזקה בנכס, גם אם לא נכתבו. לעומת זאת, מקום שתשלום כלשהו על חשבון התמורה לא חולט או מקום שתשלום כלשהו לא חולט וגם לא נמסרה החזקה ו/או לא נמסר יפוי כוח בלתי חוזר, עצם הימנעות ממעשים אלו מצד המוכר מעיד על חוסר גמירות דעת והבנות בעל-פה לא יועילו גם אם הרכיבים העקרוניים דלעיל סוכמו בעל פה. שכן, לו היה המוכר מגיע לגמירות דעת, הוא היה מחלט את הכסף או דואג שההבנות יעלו על הכתב.

