**דיני קניין- פרו' לרנר**

**מייל המתרגלת עו"ד דניאלה כהן- Daniella.Assaraf@gmail.com**

**סוגי הנכסים (מבוא)**

דיני קניין הם דיני הנכסים, הם עוסקים במצבם הסטטי אצל אנשים ולא במעבר שלהם מאחד לשני.

 **מהו נכס?** זוהי מילה שאין לה הגדרה מדוייקת. נכס לצורך דיני הקניין הוא חפץ שבאמצעותו בעל הנכס יכול לעשות עסקאות. דבר בו לא ניתן לעשות עסקאות לא נחשב נכס (תואר שם טוב וכד')

**במה ניתן לעשות עסקאות?** ישנם דברים בהם לא ניתן לסחור (למשל איברים). מקובל לחלק את הנכסים ל-3 סוגים:

1. **מקרקעין-** חוק המקרקעין- תשכ"ח (1969), סעיף 1 קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה. הקרקע וכל המחובר אליה. בתקופות קדומות יותר הנכס העיקרי שביטא את עושרו של אדם היו המקרקעין שבבעלותו. הם גם היו סטטוס וסימן למעמד.
2. **מיטלטלין-** חוק המיטלטלין- תשל"א, 1971- סעיף 1: בחוק זה, "מיטלטלין" נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין. מיטלטלין הוא נכס חדש יחסית, מאז המהפכה התעשייתית.
3. **זכויות-** כל נכס שאינו מיטלטלין או מקרקעין, הגדרה שיורית של נכסים שאינם מוחשיים. זהו נכס יציר המשפט, רק אחרי שהמשפט מכיר בו, ניתן לבצע בו עסקאות. זהו הנכס המודרני והחשוב ביותר כיום, בו מצוי רוב העושר והגדרתו מתרחבת עם הזמן.

מה נכלל בתוך זכויות?

* + **קניין רוחני** –פטנטים, זכויות יוצרים, סימני מסחר וכו'. פטנטים הם זכויות קנייניות כיוון שיש לנו את זה ואנחנו לא תלויים בביצוע של אחר (בניגוד לזכויות חוזיות).
	+ **זכויות חיוביות:** פירושו של דבר שמישהו חייב לבצע פעולה מסוימת (חיובי מלשון פוזיטיבי, אקטיבי לא מלשון חיוב). למשל בחוזים- חיוב עפ"י חוזה (רוב החיובים הם חוזיים). בנזיקין- מכוח דיני הנזיקין ב' הניזוק נושה בא' המזיק. מתקיימים יחסי נושה וחייב. דיני עשיית עושר- א' חייב לשלם סכום כסף לטובת ב' ולא מכוח חוזה, אלא מיחסי דיני עשיית עושר.

בזכויות חוזיות יש היבטים קנייניים. שיטת המשפט מכירה בעשיית עסקאות בזכויות חוזיות. ע"פ ס' 1 (א) בחוק המחאת חיובים זכותו של נושה... ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב. הזכות החוזית מעניינת את דיני הקניין משום שניתן לבצע בה עסקאות. לכן, זכות חוזית היא נכס מבחינת דיני הקניין. הדבר עשוי ליצור טשטוש בין תחום החוזים לקניין. משכנתא למשל, נראית כעסקת מקרקעין אך זוהי עסקה חוזית שכן השעבוד הוא לא על הנכס כי אם על הזכות. סוגים של נכס לא מוחשי הם פיקדון בנק ופוליסת ביטוח.

ההבדל בין חוזים לקניין:

דיני החוזים עוסקים לרוב במערכת היחסים הפנימית שבין א' לב'.

דיני הקניין לעומתם- הם המעגל החיצוני, מתעניינים בעסקה בין ב' לג'

כשנמצא בחוק את הביטוי "נכס" בלבד, הנחת המוצא תהיה שמדובר בחוק החל על כלל סוגי הנכסים. כך חוק המשכון מתייחס למשכון מקרקעין מיטלטלין וזכויות. יש פעמים שלמרות שמשתמשים במילה נכס, לא מתייחסים ל-3 סוגי הנכסים: למשל **בחוק השומרים** ניתן להבין שהחוק מדבר על מקרקעין ומיטלטלין מפני שמדובר על החזקה. גורם החזקה הוא מרכזי בדיני הקניין- אך חשיבותו בעולם המודרני פוחתת בקורלציה עם חשיבות הזכויות ההולכת וגדלה. כאשר בזכויות עסקינן לא ניתן להזיק או לאבד אותן כיוון שהן לא מוחשיות אך אנו נפרש את המשמעות הלא מוחשית של הדבר בהתאם **לתכלית החוק**. זכות תוכל להינזק אם למשל החייב נעלם או פשט רגל.

**בחוק המכר תשכ"ח (1968),** כן מוגדרים הנכסים שעליהם חל החוק. ס' 4- תחולה- הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על מכר של מקרקעין וזכויות. החוק נועד לעסקאות מיטלטלין אך הוא יחול גם על מקרקעין וזכויות, בשינויים המחייבים- למשל כשמדובר על מסירת החזקה בממכר מהמוכר לקונה- למרות שהחוק חל גם על זכויות ברור שלא ניתן לעשות זאת עבורן.

ס' 13 **לחוק המטלטלין**- הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות. כלומר הוא עוסק גם בזכויות מעבר לעיסוק במטלטלין.

**מקרקעין**

**חוק המטלטלין**- עוסק הן במטלטלין והן בזכויות בשינויים המחייבים.

**חוק המקרקעין**- עוסק במקרקעין בלבד .זהו חוק ארוך המחיל הוראות חוק מסוימות על מקרקעין אך לא על נכסים אחרים.

**מה מיוחד כ"כ במקרקעין שיש הוראות מסוימות שחלות רק עליהם?**

1. מקרקעין הוא **נכס ייחודי**, לעומת מטלטלין שהם לא נכסים ייחודיים. למשל, מכונית "מאזדה". המיקום המדויק של המקרקעין הוא זה שקובע את ערכו.
2. **כמות-** כמות המקרקעין היא מוגבלת. יש כמות מסוימת בלבד. מטלטלין ניתן לייצר בייצור המוני.
3. **סמלי סטטוס-** מקרקעין מסמלים סטטוס. הדבר מתקשר לנושא פוליטי של חכירה ממנהל מקרקעי ישראל.
4. **שווי כספי-** שווי גבוה יחסית (דרישת הכתב מעידה על כך- נדרשת תשומת לב ורצינות מהצדדים)
5. **נכס "נצחי" –** למעט במקרים חריגים ביותר(אסונות טבע) נכס זה לא נהרס.
6. **קשר פסיכולוגי-** אדם קשור למקרקעין שלו בצורה חזקה יותר מאשר למטלטליו (מתבטא בקושי לעקל בית)

סעיפים 11-13 באים להגיד לנו מהם גבולות המקרקעין ולגבי עסקה בחלק מסויים במקרקעין:

**סעיף 11-** הבעלות בשטח מסויים תתפשט לעומק ולגובה, בכפוף לדינים מקומיים. למשל, אדם הוא לא בעל העתיקות שנמצאו מתחת לביתו מפני שיש את חוק רשות העתיקות. ואין הוא יכול למנוע ממטוס לעבור מעליו.

**סעיף 12-** הבעלות חלה על כל הבנוי והנטוע בקרקע ועל כל המחובר אליה חיבור של קבע. (= חיבור פיזי/ חיבור מתוך כוונה שלא להפריד) לא תתכן הפרדה בין הבעלות במקרקעין לבין בניין שבנוי על המקרקעין. לפי החוק, בעלי המקרקעין הוא בעלי המבנה שנבנה עליו, אפילו אם אדם אחר בנה את המבנה. במקרה שבו פלוני השביח את מקרקעיו של הזולת, הוא לא יהיה הבעלים אך יכנסו לתמונה דיני ע"ע. ישנם סעיפים העוסקים בעשיית עושר והמצויים בחוק המקרקעין (**21** ו**23**).

**סעיף 13-** אי אפשר לעשות עסקה רק על חלק מהמקרקעין. "אין תוקף לעסקה על חלק מסויים מהמקרקעין (=הפרדת המבנה מהמקרקעין למשל)" יכול להיות מצב של אחוזי בעלות ברישום (כמו אצל בני זוג) אך לא תתכן מכירת חלק מסויים מהמקרקעין. (חריג לכך הוא **סעיף 54** הדן במקרה של בית משותף שאז תהיה בעלות משותפת של כלל הדיירים בבניין)

תהליך המכירה במקרקעין מורכב משני שלבים:

1. **השלב החוזי-** היווצרות חוזה חוקי בין שני אנשים.
2. **השלב הקנייני-** העברה בפועל של הזכות בנכס בין המוכר לקונה

השלב החוזי הוא תנאי הכרחי בדרך לשלב הקנייני.

במקרה והמוכר מסרב לפתע להעביר את הבעלות לקונה. יכול זה האחרון לדרוש אכיפה לפי דיני החוזים. במקרה והחוזה אכן תקף, אך מסיבה כלשהי לא ניתן לממשו במישור הקנייני, תרופת האכיפה לא תהיה ברת ביצוע ונוכל לתבוע לפיצויים.

רישום בטאבו

שיטת החלוקה המודרנית היא לפי חלקות שנקבעו בידי הרשויות הרישומיות. אדם לא יכול לחלק את המקרקעין שלו על דעת עצמו אלא רק לפנות חלוקה ליחידות רישום (פרצלציה). המגמה של הרשויות הרישומיות היא לא לאפשר חלוקה ליחידות קטנות מדי ע"מ שלא תווצר צפיפות יתר. היחידה הקטנה ביותר האפשרית היא 300 מ"ר.

**מ' דויטש, דיני קניין (כרך א, תשנ"ז) 98 – 99** סעיף 13 חל רק על השלב הקנייני של העסקה

ס' 13 **לחוק המקרקעין** הינו סעיף האחדות. הוא חל רק על השלב הקנייני (דבר שנלמד מהמילה עסקה שבסעיף) ולא על שלב ההתחייבות (הלכה פסוקה מפס"ד הווארד נ' ארז). כלל האחדות קובע שעסקת מקרקעין קניינית לא תיתכן על חלק מסוים (לדוגמא רק על הבית ללא הקרקע) אלא היא כוללת את כל השטח: גם הבית, גם מה שמעליו וגם מה שמתחתיו. למעשה, ניתן לעקוף את כלל האחדות ע"י החכרה (השכרה לדורות, 99 שנים ועוד 99 שנים).

**י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 106 - 116, 120 - 122, 131 - 144, 348 – 351** סעיף 13- מבחן הכוונה

סיבות להבדלים בין מקרקעין למיטלטלין (דרישת כתב, רישום במרשם, כלל האחדות וכו'):

1. **היבט פיסי** – יש פחות היצע של מקרקעין ויותר ביקוש, דבר המצריך פיקוח על גודל החלוקה המינימאלי. כמו כן לא ניתן להסתיר או להבריח מקרקעין ולכן ניתן לחייב אדם במקרקעין מבלי להוציא אותו מתוכם כי ברור שלא יעלים אותם.
2. **היבט כלכלי** – המקרקעין יקרים מאוד ועל כן נידרש שיקול דעת ורצינות דבר המבוטא לדוג' בחובת הכתב.
3. **היבט פסיכולוגי** – הקשר למקרקעין חזק יותר מאשר במיטלטלין ולכן לדוגמא בפירעון חוב קודם ייטלו מאדם מיטלטלין ורק אז מקרקעין.

וייסמן ממליץ לא לקרוא את **סעיף 13** כפשוטו כסעיף שממקד על "מחוברים שלא ניתנים להפרדה" – מבחן פיזי – אלא לתת משקל עדיף לגורם הכוונה. אם מביאים דברים למקום מסוים והכוונה היא לא להסירם זה הופך להיות חלק מהמקרקעין. כמו כן כך גם אם מביאים משהו מאד כבד למקרקעין, ניתן להבין שלא הייתה כוונה להזיזו. אין להתייחס לאיכות החיבור אלא לכוונת החיבור. לדוגמא: דוד שמש הופך להיות בבעלות מי שהוא נמצא על המקרקעין שלו.

**ש' לרנר, המחאת חיובים (תשס"ב) 45 – 48** המחאת זכות- העברת בעלות (קניין) בזכות חוזית. לא דרושה הסכמת הנושה

היסודות העיוניים של המחאת זכות – המחאה היא העברה של זכות. היא אינה פורעת או מבטלת את הזכות המקורית אלא מביאה לחילוף נושים. הנושה המקורי חדל להיות הנושה של החייב והצד השלישי (הנמחה) הופך להיות נושהו של החייב. המסקנה מחילוף הנושים היא שהנמחה לבדו רשאי לתבוע מהחייב את קיום הזכות. עם זאת, בית המשפט העליון פסק שלעיתים הממחה והחייב יכולים להכניס שינויים בחוזה אפילו לאחר המחאה.

להמחאת זכות יש פן קנייני. זו העברת בעלות בנכס מסוג זכות חוזית של הנושה בגלל שהמחאה אינה דרושה הסכמה של החייב

**ע"א 664/81 הווארד נ' ארז** את סעיף 13 לחוק המקרקעין ניתן לעקוף ע"י פרשנות החוזה והפרדה בין השלב החוזי לקנייני- לומר שההפרדה היא בשלב החוזי וכך החוזה תקף (אך לא כלפי צדדים שלישיים)

**זכויות קניין וזכויות חיוביות**

ההבחנה בין זכות חיובית (אובליגטורית) לזכות קניינית:

בעבר זכות קניינית נקראה זכות בנכס זכות in rem ולזכות חיובית, קראו זכות פרסונלית in personam .

**זכות חיובית**- זכות כלפי אדם ספציפי. כלפי מספר מוגדר של חייבים

**זכות קניינית**- הזכות היא ישירות בנכס, אלא שאין יחסים משפטיים בין אדם לבין נכס ולכן נוהגים לומר שזוהי זכות כלפי כולי עלמא, כלפי כולם.

**י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 11 - 15, 43 – 67** זכות קניינית- מימושה אינו תלוי באדם אחר

למונח "זכות קניינית" אין משמעות אחידה ומרבית הגדרותיו מבקשות לשקף שוני בין 2 סוגי רכוש:

1. **זכות גברא** (זכות אישית, זכות אובליגטורית, זכות חיובית) – רכוש שהאדם זכאי לו כלפי אדם ספציפי. לדוגמא: זכותו של מלווה כלפי לווה או זכותו של רוכש דירה לקבלת הדירה מאת הקבלן.
2. **זכות חפצא** (זכות ריאלית, זכות קניינית) – עוקפת את התלות באישיותו של החייב ויוצרת קשר בין האדם לנכס. לדוגמא: זכותו של נושה לקבל משכון כעירבון על ההלוואה או זכותו לעשות ככל העולה על רוחו עם המשכון. זכות קניינית מבטאת את האינטרס של אדם להשיג ביטחון רכושי שאינו תלוי בבשר ודם.

תכונות הזכויות הקנייניות:

1. **עצמאות-** בעל הזכות הוא עצמאי, יכול ליהנות מהזכות בלי שאף אחד יעשה כלפיו כלום. בעל זכות חיובית, לעומת זאת, צריך שהחייב יממש את התחייבותו ע"מ שיוכל ליהנות מהזכות. (**בפסד טנגא** ביה"מ סירב להכיר בזכות ההפצה כקניינית מפני שהיא לא יכולה להתממש בלי טנגא נגה ולכן היא חיובית)

בזכות חוזית- יש אדם המצווה ב"עשה" ע"מ שהזכות תממש

בזכות קניינית- כולי עלמא מצווים ב"לא תעשה" ע"מ שבעל הזכות יוכל לממשה

1. **עדיפות-** במצב של חדלות פירעון, תנתן עדיפות לנושים בעלי זכות קניינית על פני הנושים בעלי החוב האחרים. הדוגמה הפרקטית היא המשכנתא- לבנק יש זכות קניינית בנכס וע"כ הוא עדיף על שאר הנושים.
2. **עקיבה-** בעל הזכות הקניינית יכול לעקוב אחר הנכס. משמע שחילופי הבעלים לא פוגעים בזכות הקניינית. אם יש רכב שממושכן בבנק, הזכות של הבנק ברכב תישאר כשהייתה גם אם בעליו יתחלפו.
3. **עבירות-** בעבר היה מקובל שעבירות מייחדת זכות קניינית אך ככלל אין זה כך. גם זכויות חיוביות ניתנות להעברה (**סעיף 1 לחוק המחאת חיובים**). ובכל זאת, יש נטייה להגביל פחות את העבירות בזכויות קנייניות. (חוק המחאת חיובים סעיף 1א סיפא "זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה". המשפט מקבל הגבלות עבירות על זכויות חוזיות ביותר אהדה מאשר הגבלות עבירות על זכויות קנייניות.)

**\***אותה זכות קניינית לא יכולה להיות לשני אנשים שונים אלא אם כן הם שותפים. אך יכולות להיות מספר זכויות קנייניות על אותו הנכס. כמו: זכות של בעלות על דירה, זכות של משכון וזכות של שכירות- וכל זה באותה הדירה.

מה נפקות ההבדל בין זכות קניינית לזכות חיובית?

הנפקות המעשית ביותר היא מתודית- קל יותר ללמד ולהבין את המוסדות המשפטיים כך.

לעיתים נראה כי המושגים מעורבבים. קניין, או זכות קניינית, יכולים לכלול בתוכם זכויות חיוביות. הדוגמה הבולטת לכך **בחו"י כבוה"א ס' 3**- שם נקבעת הגנה חוקתית לקניין. **פסד המזרחי** מסביר שהקניין מבטא את חירותו של האדם ולכן יש להעניק למושג פרשנות רחבה. בדעת רוב נקבע כי קניין כולל זכויות חיוביות.

בפסד אחד, **רומאנו נ שוחט**, נקבע כי זכותו של דייר היא זכות חיובית ולעומת זאת, **בפסד מנדלבאום**, נקבע כי זכותו של דייר היא קניינית. איך זה ייתכן?! מפני שאין קביעה חד משמעית. בית המשפט מחליט מה המטרה שלו ולפי זה מגדיר את הזכות.

**דיור מוגן-** זהו חוק שנחקק בעקבות הביקוש לבתים שאחרי מלחמה"ע והוא מגן על הדיירים. בארץ הסדר מעין זה מצוי **בחוק הגנת הדייר תשל"ב-1972** והוא היה תקף במספר מקומות בודדים.

ישנה נטייה לחשוב כי הזכות הקניינית חזקה מהזכות החיובית, אך לא תמיד זה נכון. יש מקרים שבהם הזכות החיובית חזקה יותר מבחינה פרקטית ולא משפטית. (אדם יעדיף להפקיד את כספו בבנק ולהמיר בכך את זכותו בכסף מקניינית לחיובית, אך הוא יעשה זאת מפני שכספו יהיה יותר בטוח בבנק, זכותו תהיה יותר מוגנת)

**ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט** זכותו של דייר מוגן היא זכות חיובית ביחס למקרקעין. סעיף 8- דרישת הכתב- תקף רק לגבי עסקה במקרקעין (ולא עסקה ביחס למקרקעין)

**ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ראשון לציון** הגדרת הדיירות המוגנת כזכות קניינית.

**משני הפסדים ניתן ללמוד כי אין קביעה חד משמעית וכי ביהמ"ש ממיין את הזכות לפי התוצאה הרצויה**

**ע"א 513/82 רייזמן נ' וושצין** זכות הקדימה מוגדרת כקניינית. דעת המיעוט (לוין)- הזכות תחול רק כאשר שני בני הזוג עוד בחיים.

**ע"א 2859/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ** זכות ההפצה אינה קניינית מפני שחסרה לה תכונת העצמאות. הפסד הוא הוכחה לכך שלא תמיד זכות קניינית היא חזקה יותר מזכות חיובית.

**רשימת זכויות הקניין**

ההנחה היא שהזכויות המוסדרות בחוק המקרקעין הן זכויות קניין. **סעיפים 2-5** מגדירים זכות במקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתא וזיקת הנאה. בהמשך החוק מובא הפירוט על הזכויות. זכות הקדימה מוזכרת רק אחר כך, מפני שהיה ויכוח האם זוהי זכות השווה לשאר? בן פורת מגדירה את זכות הקדימה כקניינית (**רייזמן**) וכך נעשה גם אנחנו.

**סעיף 161**- מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק. כל זכות קניינית חייבת להיות מוגדרת בחוק (בחוק המקרקעין או בחוק אחר), ולא יוכרו זכויות לפי חוזה. הזכויות תוכרנה רק אם הן משתבצות באחת הזכויות הקנייניות. (גם אם החוזה עצמו תקף ואפשר לדרוש פיצויים על הפרתו). לא ניתן להמציא זכויות קנייניות.

כותרת הסעיף היא "שלילת זכויות שביושר" -"זכות שביושר" היא זכות בין חוזית לקניינית. בשלב שבין השלב החוזי לביצוע השלב הקנייני, יצרו האנגלים זכויות אלה, שהן חזקות מזכויות חיוביות אך חלשות מזכויות קנייניות. המחוקק לא רצה את הזכויות העמומות האלה ולכן קבע רשימת זכויות סגורה ובכך ביטל את הזכויות שביושר.

לפי **סעיף 24 לחוק החוזים**, חופש החוזים, חוזה תקף כל עוד הוא בהסכמת שני הצדדים. כלומר, זכויות חוזיות לגבי מקרקעין אינן מוגבלות. לעומת זאת, רשימת זכויות הקניין היא רשימה סגורה. הסיבות לכך:

* **פומביות-** זכות קניינית מחייבת את כולי עלמא, לכן לא נוכל להמציא חובות כלפי אחרים ככל שנרצה.
* **בהירות החוק-** זכויות הקניין המוסדרות בחוק הן ברורות ותחומות. ברגע שכל אחד יוכל ליצור זכויות כרצונו, עשויה להיווצר עמימות בלתי רצויה. המחוקק מעוניין שכאשר רושמים בטאבו את הזכות היא תהיה ברורה ומובנת לכל. תפקיד הרשם צריך להיות טכני ולא שיפוטי.

לכאורה, מבחינה פרקטית, רשימה סגורה יוצרת בעיתיות. הפתרון לכך מגיע מהזכויות החוזיות שמאפשרות הגמשה.

רשימת זכויות הקניין המוסדרות בחקיקה:

1. **בעלות-** **סעיף 2-** הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם. אלו הם גם האלמנטים של שכירות, אם כי התחימה היא שונה. לבעלי המקרקעין מותר לעשות בהם הכל חוץ ממה שאסור מכוח דין והסכם. ההגבלות על הבעלים עשויים לנבוע מ:
* *דיני התכנון והבנייה*
* *עוולת המטרד* בדיני הנזיקין אשר מונעת מהבעלים שימוש במקרקעין אשר יוצר מטרד כלפי שכניו.
* *הגבלות מכוח הסכם*. כאשר הבעלים הסכים עם שכנו להימנע משימוש מסויים במקרקעין וקיבל עבור זה שכר, ההסכם תופס והבעלים לא רשאי להפר אותו.
1. **שכירות-** **סעיף 3-** שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

ההבדלים בין בעלות לשכירות:

* שימוש- לבעלים מותר לעשות הכל חוץ ממה שנאסר עליו. לשוכר מותר לעשות רק מה שהוגדר לו בחוזה.
* הזמן- פרק זמן השכירות הוא מוגבל, "שלא לצמיתות". בעוד בבעלות, בעיקרון, אין הגבלה כזו.

ההגדרה "שלא לצמיתות" יוצרת בעיתיות מפני שהיא עמומה. מה עם חוזה שכירות ל999 שנים? (האינטרס בלעשות חוזה שכירות ארוך שכזה הוא כדי להמנע מהגבלות המוטלות על קניה)

1. **משכנתא- סעיף 4**- משכנתה היא מישכון של מקרקעין. על כל משכנתא חלות גם הוראות **חוק המקרקעין** וגם **חוק המשכון** (היחס הוא של חוק כללי וספציפי כאשר החוק הכללי הוא חוק המשכון והספציפי הוא חוק המקרקעין- על כל הנגזר מכך) סעיף ההגדרה, **1 (א)** מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. נשתמש במילים משכון ושיעבוד כמילים נרדפות. המשכון מבטיח את החיוב. ייחוד נכס מסויים כמשכון, פירוש הדבר הוא שכשמגיע מועד הפירעון של החוב, הנושה רשאי למכור את הנכס הממושכן ולהיפרע מהתמורה.

מאפייני הזכות הקניינית במשכון:

מי שיש לו זכות משכון, יש לו **עדיפות** ו**עקיבה** וגם אם החייב מכר את הבית, בעל המשכון רשאי לממש את המשכון בעצמו, לפי תכונת ה**עצמאות**, בלא הסכמת החייב.

משכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה. ביה"מש נוטה לראות את הנושה כצד החזק בעסקה זו. הנושה בד"כ יקח כמשכון נכס שערכו גבוה משווי חוב, כי לבטח את עצמו.

1. **זיקת הנאה-** **סעיף 5-** זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם. הדוגמה הקלאסית לכך היא זכות מעבר- זהו שימוש שלא כרוך בזכות להחזיק. זוהי זכות קניינית ולכן הזיקה לא תתנתק גם בשינוי בעלים.

שכירות, משכנתא, וזיקת הנאה הן זכויות בנכסי הזולת ובעלות היא הזכות הרחבה והכוללת ביותר. כשכל הזכויות האחרות מתבטלות, הבעלות עדיין נשארת.

1. **נאמנות**- נאמנות היא זכות קניינית המעוגנת ב**חוק הנאמנות** ולא **בחוק המקרקעין**. ההגדרה **בסעיף 1** - נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת. זהו מצב שבו יש נהנה, שהוא הבעלים של הנכס, והנאמן פועל בנכס זה ומחוייב להשביח אותו או לטפל בו. דוגמאות לכך בעולם המודרני:
* *מנהל וחברה*- למנהל אין זכות קניין אך הוא פועל בנאמנות למען האינטרסים של החברה.
* *שולח ושליחו*
* *אפוטרופסות*- נניח שקטין ירש מקרקעין, האפוטרופוס שלו רשאי לטפל בנכס אבל הוא אינו הבעלים.

בנאמן ונהנה יש המפרשים שיש פיצול של הקניין ביניהם. באנגליה, משם מגיע מוסד זה, הקניין מתחלק ויש "בעלות של יושר". אחד משניהם הוא "בעלים שבדין" (כך זה בcmman law ) והשני הוא "בעלים שביושר" (כך זה בEQUTY). ייתכן שבמרשם יהיה כתוב שהנאמן הוא הבעלים של הקרקע (כך יותר פשוט לו לבצע עסקאות), אבל תהיה הערה שהוא נאמן. הנאמן במקרה הזה הוא רק הבעלים שבדין. הוא בעלים רק על הנייר, כיוון שכל הזכויות וההנאה מהקניין מגיעה לבעלים האמיתיים, הבעלים שביושר.

כלומר, קיימות שתי הגדרות לנאמנות:

1. **חלוקה בין קניין בדין וקניין ביושר**: נסמך על הצורך באבחנה בין מוסד הנאמנות למוסדות אחרים

2. **זכות הנהנה אינה קניינית אלא זיקה מסוימת לנכס בלבד**, מושג מעורפל יותר שנשאב מהמשפט האנגלי.

יש הרואים בנאמנות זכות קניינית, וכך גם לרנר. זוהי דוגמה לזכות קניינית המוכרת בחוק אחר, כמו גם השיעבוד הצף.

**ע"א 46/74 מורדוב נ' שכטמן** כדי לא להכיר בזכות קניינית שאינה ברשימה- שכירות לצמיתות- קובע ביהמ"ש כי השכירות היא לתקופה קצובה ועם התחדשותה רשאי כל צד להפסיקה. הביקורת על הפסד: ניתן היה להכשיר את החוזה ע"י הגדרתו כזכות חוזית+ אישית המסתיימת עם מותו של אחד הצדדים.

**מ' דויטש, דיני קניין (כרך א, תשנ"ז) 81 – 87** ההצדקות לרשימת זכויות קניין סגורה

ראוי שתהיה רשימה סגורה לגבי העניינים שניתן לקיים בהם עסקאות קנייניות וזאת מ-3 שיקולים:

**1. פומביות** – עסקה במקרקעין יוצרת חיוב כלפי צדדים שלישיים ולפיכך יש חובה בחוק לפרסם אותה ולצד שלישי חובה לברר עליה. רשימה פתוחה תיצור מצב שבו אין מקום שחובה לפרסמה והדבר יקשה על צדדים שלישיים.

**2. נורמטיבית** – יצירת חובה על צד ג' חייבת להיות מעוגנת בחוק. לא ראוי שלכל אדם תהיה אפשרות ליצור חובות.

**3. כלכלית-תועלתית** – יצירת זכויות חדשות באופן עצמאי תחליש את הוודאות והיציבות המשפטית, שהינם טובת הכלל.

אין ללמוד מדיני החוזים שם קיימת רשימה פתוחה בטענת "חופש החוזים" שכן בעוד חוזים הם התחייבות בין שני צדדים, הרי שקניין הינו התחייבות של הצדדים שיוצרת מחויבות כלפי צד ג' (כולי עלמא).

**י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 75 – 87** ההצדקות לרשימת זכויות קניין סגורה

אחד הטעמים לשלול "רשימה פתוחה" של זכויות קניין הוא עיקרון הפומביות, שהרי לא סביר ליצור חיוב התקף כלפי כולי עלמא מבלי שתהיה דרך לדעת על קיומו. יתרה מכך, גם אם יוצרים אפשרות לצדדים שלישיים לדעת קיום הזכות החדשה, לא ברור האם ישנה הצדקה נורמטיבית לאפשר לצדדים לחוזה להטיל את השגת הידיעה על אותם צדדים שלישיים. טעם נוסף לקיום "רשימה סגורה" הוא כי מצב אחר ייצור אי-וודאות שתפחית את סחירותו (ומכאן ערכו) של הנכס. לכן, מוצדק לראות ברשימת זכויות הקניין רשימה סגורה, כולל במובן של הקניית תכונות חדשות לזכות קניינית מוכרת.

**מקרקעי ישראל**

בהגדרה לפי **סעיף 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל**: "מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת." כ90% מהמקרקעין במדינה הם בבעלות אחד הגופים, משמע הם בבעלות ציבורית. בעגה המשפטית הפרקטית קרקעות אלו נקראות **קרקע מנהל**- בבעלות ציבורית ובניהול מנהל מקרקעי ישראל. המנהל הוא רשות מרשויות המדינה והוא זרוע מבצעת של הממשלה. כל קרקע אחרת היא **קרקע פרטית**- בטאבו האדם עצמו יהיה רשום כבעלים.

הבעלים מבחינה קניינית הם אחד מהשלושה כפי שרשום בחוק והמנהל הוא האחראי עליהם בפועל:

1. **המדינה**- מקרקעין שהם במישרין ברשות המדינה.**סעיף 3 לחוק נכסי המדינה** קובע כי מה שהיה בידי השלטון הבריטי ומקרקעין ללא בעלים הם נכסים של המדינה. לפי **סעיף 4**, המדינה רשאית לרכוש מקרקעין שיהיו נכסיה.
2. **הרשות לפיתוח**- זהו תאגיד ממשלתי אשר ברשותו בעיקר מקרקעי נפקדים, אנשים שברחו מהארץ ומאז מלחמת העצמאות שהו בארץ אויב. הרשות מונתה כאפוטרופוס לאותן קרקעות עזובות.
3. **קק"ל**- זה תאגיד שאינו ממשלתי ולכאורה פרטי. הוא הוקם ע"י העם היהודי בגולה ותפקידו היה לרכוש מקרקעין בא"י להתיישבות יהודית. החברה התאגדה לפי הדין הפרטי והתקציב נתרם למטרה המוצהרת של גאולת אדמות. המקרקעין שבבעלות קק"ל רשומים בבעלותה בטאבו. גם לאחר קום המדינה רכשה קק"ל מקרקעין מהמדינה, בטענה שקופת המדינה ריקה. יש הגורסים אחרת...

"מנהל מקרקעי ישראל" מנהל את כל הקרקעות של הגופים הנ"ל, כולל קרקעות קק"ל. נחתמה אמנה בין קק"ל למדינת ישראל ועל פיה, מדינת ישראל באמצעות המנהל תנהל את קרקעות קק"ל, תוך שמירה על מטרותיה, ותשלם לה על הרווחים מהשימוש, וזה למעשה רוב תקציבה של קק"ל כיום. (מדובר על כך בפסד דרור)

**סעיף 2** **לחוק מקרקעי ישראל** אומר " ואלה סוגי העסקאות שסעיף 1 לחוק היסוד לא יחול עליהן:... (7) העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא חקלאי, או העברת מקרקעין כאלה שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על מאתיים אלף דונם; " הסעיף מונה חריגים לאיסור העברת הבעלות של **סעיף 1 לחוק היסוד**.

ישנו קונפליקט מובנה. המדינה רוצה להוזיל את מחירי הדיור מחד. ומאידך, היא מעוניינת להכניס לתקציבה את הרווחים של המנהל. בשנים הבאות נוכל לראות תהליך שבו קרקעות עירוניות יעברו לבעלות פרטית.

המשמעות המעשית של סעיף 1:

* המדינה היא הבעלים וקונה הדירה הוא חוכר. מבחינה משפטית הוא נחשב כשוכר. בתום תקופת השכירות (49 עם אופציה ל49 שנה נוספות) המדינה תהיה רשאית לדרוש את החזר המקרקעין.
* המדינה היא הבעלים של כל הבניינים במדינה מבלי שבכלל בנתה אותם.

זוהי פצצת זמן פוליטית מתקתקת ויש לקוות שהמדינה לא תנצל את כוחה זו לרעה. איש לא מדמיין כי הזכות המשפטית הזו אכן תמומש.

עד לשנות ה70, היות והמקרקעין הם בבעלות קק"ל או מדינת ישראל, מי שבנה בית נדרש לשלם דמי שכירות על האדמה. בנוסף לכך שילמו "דמי הסכמה"- שהם 1/3 מהרווח של האדם על בית שמכר. זאת מפני שערך הקרקע עולה כל הזמן והבעלים, המדינה, רוצה ליהנות מהעלייה. כיום, כשבונים בניינים חדשים על קרקע המנהל, דמי השכירות וההסכמה מהוונים כחלק מהמחיר. היוון דמי השכירות וההסכמה מקרב מאוד את המחיר של הקרקע למחיר בבעלות פרטית. דירה שבנויה על מקרקעין פרטיים היא מעט יקרה יותר.

אז איך זה עובד? מנהל מקרקעי ישראל מוציא שטחים לבנייה ויוצא במכרז. הקבלן הזוכה חותם על חוזה עם המנהל שנקרא "חוזה פיתוח" ובו הוא מתחייב לפתח את האזור ולבנות דירות. לאחר שבונים את הדירות ולכל דייר יש חוזה עם הקבלן, הדיירים חותמים על חוזה חכירה עם מנהל מקרקעי ישראל. המנהל מקיים אצלו ספרי מרשם. אדם יכול למצוא עצמו רשום כבעלים של דירה רק בספרי המנהל ולא בטאבו (פנקסי המקרקעין), מכיוון שזמן הרישום בטאבו ארוך. בינתיים אנשים מקיימים עסקאות ובמנהל לא רושמים רק את הדייר המקורי אלא גם את העברת החכירה, משמע כשחוכר מוכר את זכותו לאחר, מוחקים את מעביר החכירה ורושמים את הקונה.

טיב הזכויות כאשר המקרקעין אינם רשומים בטאבו אלא רק בספרי המנהל: התפתח רישום זכויות מקרקעין גם אצל החברות המשכנות, אצל אותן חברות שזוכות בדרך כלל במכרזי המנהל. הזכויות האלו תהיינה זכויות חוזיות ולא זכויות קניין.

בארצות המערב המדינה מחזיקה בבעלות על אחוז קטן מהמקרקעין ואילו בישראל מדובר על למעלה מ90%. הסיבות לכך:

* **סוציאליזם-** מייסדי המדינה היו סוציאליסטים וסברו שבעלות פרטית במקרקעין תגרום לספסרות של מקרקעין ולקבוצה של בעלי הון שתשלוט במדינה. הייתה זו דרך למנוע קפיטליזם.
* **"ולי כל הארץ"** – ציטוט שתומך בעמדה המפאיניקית..
* **הקלת תכנון הבנייה-** שליטה של המדינה תקל על תכנון הבנייה.
* **מניעת קניית אדמות בידי זרים-** כיוון שזכויות המקרקעין מועברות באמצעות חוזים, ישנו איסור חוזי על החוכר להעביר את הקרקע לאדם זר.

שליטה כזאת של המדינה בקרקעות היא דבר לא נפוץ בעולם המערבי. מה שעמד מאחורי הדבר הזה הוא השיקולים הסוציאליסטיים שכיום הוחלפו בשיקולים לאומיים והמדינה השתמשה בדבר לצורך מניעת התיישבות ערבית לעיתים.

ב**פסד קעדאן**, **כפר שמריהו** **והבורסה ליהלומים** אנו רואים כי על גוף המבצע תפקיד ציבורי, יחולו נורמות מהמשפט הציבורי גם אם הוא עצמו פרטי. זהו עקרון הדואליות הנורמטיבית.

לעיתים השיוויון נדחה משיקולים אחרים, כמו **בפסד אביטן**, שם לא נתנו ליהודי לקנות קרקע ביישוב בדואי כדי לאפשר למגזר לשמור על קווי המתאר שלו.

נפרד אבל שווה- **פסד בראון**- בימ"ש אמריקאי הגיע למסקנה שנפרד פוגע בערך השיוויון אף על פי שהקצאת המשאבים זהה. לגבי אותם היישובים, לדעת המרצה, גם הציבור הערבי אינו מעוניין בהתיישבות משותפת, בכלליות. קדמי, בפסד קעדאן, אומר שהפגיעה בערך השיוויון אולי נובעת מכך שהקצאת המשאבים אינה זהה בין הציבורים.

הלכת קעדאן- האם פסק דין זהה היה מתקבל אם מדובר היה במקרקעין שבבעלות קק"ל?

ייתכן שלא, כיוון שהכספים של קק"ל נאספו למען הציבור היהודי, כפי שנכתב בתקנון שלה. אולם בעקבות חוות דעת משפטית שקיבלה, נמנעת קק"ל מלהעמיד שאלה זו למבחן. הפתרון הפרקטי שהיא מצאה לכך הוא שבכל פעם שיש סיפור כזה שמתקרב לקרקעותיה, היא מחליפה אותן עם המדינה. כך מרוויחים זמן.

נטענת הטענה כי **פסד קעדאן** נותן גושפנקא להפלייה בין ציבור יהודי לערבי על בסיס חוק השבות, המאפשר אזרחות מיידית ליהודים אך אחרים נאלצים לעבור מבחנים שונים ע"מ לקבל אזרחות. ברק אומר כי הכניסה לארץ היא לא בהכרח לפי השיוויון אך ברגע שאתה אזרח, השיוויון יחול עלייך. החוקים המפלים שומרים על זהותה היהודית של המדינה. כך חו"י מקרקעי ישראל הוא מפלה אך מקובל. ניתן היה לומר שהתכלית המודרנית לחוק באה לשמר את הזהות היהודית של המדינה. גם ניתן היה לפתור את הבעיה על בסיס מקומי ולא להחיל הלכה רחבה כמו זו. אלא שזה בדיוק מה שברק היקר רצה לעשות.

**בג"צ 6698/95 קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל** גם כאשר מדינת ישראל מבצעת פעולות בתחום המשפט הפרטי חל עליה עקרון השיוויון מהמשפט הציבורי. "נפרד אבל שווה" יוצר אפליה.

**בג"צ 729/10 תנועת דרור ישראל ואח', נ' ממשלת ישראל** הקניית בעלות בקרקעות המדינה אינה מהווה פגיעה בסעיף 1 לחו"י מקרקעי ישראל, כי אם משמשת כחריג לכלל וע"כ היא חוקתית.

**הקניין כזכות חוקתית**

היקף המילה קניין לפי **פסד המזרחי**- הפסד עוסק בזכויות חוזיות שהן זכותם של נושים לקבל חזרה את כספם. מדובר בבנקים שהלוו כספים למגזר החקלאי. אלו היו הלוואות לא מבוטחות (לו היו הבנקים מקבלים שעבודים, הייתה זכותם זכות קניינית). נעשתה בחינה של **חו"י כבוה"א** והוחלה על הקניין משמעות רחבה, הכוללת גם זכויות חוזיות. זאת מפני שבעולם המודרני רוב הקניין מתרכז בזכויות הללו. לגישת בית המשפט, ההגנה על קניינו של אדם היא הגנה על חירותו.

יש השקפות הקוראות נגד הגנה חוקתית לקניין, ולפיהן יש לפרש את מונח הקניין בפרשנות צרה. הנימוקים לכך הם:

* **החקיקה הפיסקלית הרבה בנושא**- אם הקניין כולל גם זכויות חוזיות, כל הגנה על הקניין תהווה פגיעה בחוקים אחרים ולא רוצים להעביר כל דבר במסננת של סעיף 8.
* **השקפה סוציאליסטית**- ההגנה על הקניין היא הגנה על בעלי ההון והיא מונעת צדק חלוקתי(חלוקת הרכוש בין האנשים בחברה). לכן, אם יש צורך להגן על הקניין יש לעשות זאת בצורה המצומצמת ביותר. כמו להגן על דירתו של האדם או על כלי עבודתו.

בסופו של דבר, בית המשפט החליט כי פגיעה בנושים רגילים מצד רשות ציבורית כן פוגעת בקניין, כלומר הקניין כולל גם זכויות חוזיות. אולם הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה לאור מצבו של המגזר והחשיבות של הדבר.

**ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** הרחבת המונח "קניין" לצורך ההגנה החוקתית עליו, כך שיכלול גם זכויות חוזיות (ויאפשר הגנה גם על נושים רגילים). ההרחבה תקפה רק לחוק היסוד.

**מניעת שימוש מאחרים**

דואליות נורמטיבית משמעה החלת עקרונות מהמשפט הציבורי גם על מוסדות מהתחום הפרטי. העיקרון החשוב ביותר של המשפט הציבורי הוא השיוויון ולעת עתה הוא לא חדר למשפט הפרטי (נאמר באוביטר שאם אדם לא ירצה להשכיר את דירתו על בסיס גזעני, ביהמ"ש לא יראה זאת בעין יפה אך גם לא יתערב)

חופש החוזים בצורתו הקלאסית אפשר פגיעה בשיוויון שכן כל עוד הצדדים מסכימים ביניהם, החוזה תקף. כך גם דיני הקניין הקלאסיים הקובעים כי לאדם יש רשות לעשות ככל שירצה במקרקעין שלו. כיום הקניין הקלאסי מצטמצם מתוקף ה**אחראיות החברתית**- זהו מושג חדש יחסית שניתן להגדיר כתאום של תום הלב החוזי וקשה לומר לאיזה עקרונות של המשפט הפרטי הוא יגיע.

**חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים**- הוראות כלליות לפיהן מי שעוסק באספקת מוצר ציבורי או שירות ציבורי צריך לנהוג בשיוויון. הדבר מצמצם את הזכות הקניינית של בעל הקניין הקלאסי שכן אסור לו למנוע מאנשים כניסה על בסיס מפלה. **סעיף 3ד** קובע הצדקות אשר יאפשרו הפליה במקרים מסויימים.

חוקים צרכניים שונים קובעים הוראות חוק קוגנטיות וגם אם הלקוח מסכים להתנות על זכות כזאת- אין מקבלים את ההתנאה שלו. אם כן, חלה שחיקה של חופש החוזים ושל זכות הקניין הקלאסית. **חוק איסור אפליה** דוגמה לכך.

 **ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים** דואליות נורמטיבית- החלת חלק מכללי המשפט הציבורי על גוף פרטי בעל היבטים ציבוריים.

**בג"צ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה** גוף המספק שירותים ציבוריים מחוייב לעקרון השיוויון. במקרה זה לא הייתה הפרה של העקרון

**הפקעות לצורכי ציבור**

הפקעה היא העברת קרקע מבעלות פרטית לבעלות גורם ציבורי. זהו צורך המוכר בכל מדינה דמוקרטית שכן לעיתים פגיעה בפרט דרושה לצורכי הציבור. משום כך ישנם חוקים העוסקים בהפקעות. בחוקה האמריקנית כתוב כי אין להפקיע בלא פיצוי הולם. אצלנו אין זה כך בדיוק. עניין ההפקעות מוסדר **בפקודת ההפקעות**, **חוק התכנון והבנייה** וחוקים נוספים כמו **חוק הרכבת**. הפגיעה בפרט תתאפשר בהתקיים שני תנאים מצטברים:

* שהדבר יהיה **מוסדר בחוק במפורש**
* שהפגיעה היא **למטרות ציבוריות**- מטרות ציבוריות קלאסיות הן צרכי חינוך (גנים ובתי ספר) אולם ראינו בפסיקה שגם בניית דירות בתקופות של עלייה מאסיבית, נחשבת כמטרה ציבורית.

רכישה של מקרקעין בשוק החופשי היא לא תמיד פשוטה ואפשרית. כאשר המקרקעין נחוצים ונתקלים במצב מסובך כמו יורשים רבים המתקשים להגיע להסכמה, אז מסכימים ביתר קלות הפקעה. זכות ההפקעה של המנהל צריכה למלא אחר כל המבחנים המהותיים והפרוצדוראליים שבחוק.

מה ההשפעה של חוקי היסוד על דיני ההפקעות?

שמירת הדינים של **חו"י כבוה"א** קובעת כ החוק לא ישנה חוקים קודמים אך פרשנותם תיעשה בהשפעת חוקי היסוד. אנו עוסקים בהגנה על זכות הקניין כנגד הפקעות ומתעוררת השאלה האם ההגנה החוקתית של הקניין משנה את איזון האינטרסים שבין הפרט לציבור? **פקודת הקרקעות** (רכישה לצורכי ציבור) מנסה לאזן בין צורכי הכלל לבין הגנה על הקניין.

חוק זה וכן הפסיקה בנושא בעבר בחרו נקודת איזון הקרובה יותר לאינטרסים של השלטון מאשר לאינטרסים של הפרט. כיום, סעיף שמירת הדינים מגן על חוק זה. אולם, ההגנה החוקתית על השוויון בחוק היסוד הביאה לשינוי נקודת האיזון ובפסקי הדין שנתנו לאחריו נטען כי שווי המשקל צריך לנטות יותר כלפי הגנה על הקניין.

ההצדקות להפקעות (לחוק המאפשר הפקעת 40% בלא מתן פיצוי):

* **עליית ערך**- זוהי ההצדקה הקלאסית לפיה כשמפקיעים למישהו 40% יש עליית ערך ב60% הנותרים, זאת מפני שבונים לו משהו לטובת הציבור. ניתן לסתור זאת שכן לא בטוח שגן ילדים אכן משביח את הנכס.
* **מס רכוש**- הפקעת ה40% היא מעין מס שמטילים על בעל מקרקעין בשל ההנאה שהוא יפיק מההשבחה, הפיתוח. (דומה לטיעון הראשון) ניתן לסתור גם זאת שכן מס כזה דווקא על בעל מקרקעין מסויימים הוא אינו שוויוני.
* **אחראיות חברתית**- ההסבר המודרני. בעל הקרקע מאפשר לציבור את הקרקע לצורך שימוש שהוא לטובת הציבור. ביסוד האחראיות החברתית עומדת הגישה הסוציאליסטית

פסד הולצמן- ההלכה הראשונה בדיני הפקעות ששונתה בעקבות ההגנה החוקתית על הקניין. עד לפסד פיצו על 60% מערך הנכס המופקע (פגיעה בפרט לצורך אינטרס ציבורי). התעורר צורך במציאת נקודת איזון חדשה והלכת הולצמן קובעת שאם מפקיעים 100% אז צריך לתת פיצוי מלא. זאת מפני שקבועה בחוק שמירת הדינים, אך ניתן לפרש את החוק הפוגע ברוח חוק היסוד.

בפסד זה ברק משתמש לראשונה בביטוי ה"אחראיות החברתית" שהשלכותיו מצומצמות בינתיים.

בפסד קרסיק- שטח הופקע לצורך מטרה אחת ואז כשהיא שונתה לכאורה פג תוקף ההפקעה שכן את המטרה השנייה ניתן להשיג גם כשהקרקע בידיים פרטיות. נפסק כי יש לצמצם את ההפקעה. בפסד עולות תובנות חדשות לגבי הפקעות:

* ניתן להשאיר את הבעלות בידי האזרח, ולהפקיע ממנו את השימוש.
* רק כאשר לא ניתן להגיע למטרה המבוקשת באמצעות מו"מ חופשי, יש לפנות לאפשרות ההפקעה.

ניתן לראות בפסד התחשבות יתרה בזכויות הפרט ופחות באינטרס הציבור.

השופט חשין יצר מושג חדש ומעורפל של "זיקה לנכס" לפיו, למרות ההפקעה יש לבעלים זיקה נמשכת אשר מתחזקת וחוזרת להיות בעלות כאשר מטרת ההפקעה בטלה. זהו ניסיון לפתור את התיק בעזרת דיני הקניין הפרטי במקום להשתמש במשפט הציבורי הקובע שכשבטלה המטרה- פגה גם ההפקעה.

הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה- **סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה** מדבר על ירידת ערך ללא הפקעה (כמו כשבונים כביש מהיר ליד הנכס). **סעיף 200** הוא חריג לסעיף ומביא תנאי: שהפגיעה תהיה סבירה. מהי פגיעה סבירה?

* הזרם השמרני- התומך בהגנה רחבה על הקניין הקלאסי מפרש פגיעה סבירה כפגיעה מינימלית. השופט טירקל שמייצג את הזרם הזה היה מוכן לפגיעה של אחוזים בודדים בלבד בערך הקרקע.
* השופט אור, מהזרם הנגדי, קובע כי כיוון שיש לאדם אחראיות חברתית ניתן לפגוע בנכס.

השינוי בהגדרת הקניין: הקניין הקלאסי משמעותו שהאדם יכול לעשות בקניין ככל העולה על רוחו. הדעה החדשה אומרת שהאחראיות החברתית היא פנימית למושג. הקניין הוא לא רק שליטה של מישהו במקרקעין שלו, הפרט צריך לדעת שבעלות זה לא רק זכויות, זה גם חובות כלפי החברה. האחראיות החברתית היא חלק מההגדרה הקניינית. אם זה חלק אורגני מדיני הקניין אז ההתערבות והצמצום הם פחותים.

מצד אחד באבסולוטיות של הקניין, מתבטאת הגישה הקפיטליסטית. מצד שני, האחראיות החברתית נובעת מגישה סוציאליסטית. ככל שהקניין עצמו הוא פחות אבסולוטי, כך ניתן לתת חשיבות גדולה יותר לאינטרס הציבורי, הוא מובנה.

בפסד קרן תורה ועבודה השופט דנציגר ייצג את הדעה של הקניין הקלאסי שופטי הרוב מייצגים יותר את האחראיות החברתית.

**קרסיק נ' מדינת ישראל** סמכות ההפקעה היא תלוית מטרה ואם חדלה המטרה יש להשיב את הקרקע או לפצות את בעליה. ההכרעה באה בעקבות חיזוק ההגנה החוקתית על הקניין.

**הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קריית אתא נ' הולצמן** שינוי הדין הקודם- לאור חוק היסוד, כשמפקיעים חלקה יש להעניק פיצוי בשווי כל הקרקע (ולא 60% כפי שהיה נהוג). הפחתת הפיצוי תעשה כאשר צפויה עלייה בשיעור זהה בשווי הקרקע (או הנאה שוות ערך אחרת)

**הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ** מושג חדש בדיני הקניין- אחראיות חברתית, המקבילה של תום הלב החוזי, והמאפשרת פגיעה בקניין. המושג ערטילאי עדיין.

**הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה** כאשר ההפקעה מביאה לכך שלא ניתן לנצל את יתרת החלקה ולא ניתן לפצות את הבעלים על שווי הנזק, תחוייב הרשות להפקיע את מלוא החלקה או לא להפקיעה כלל

**פומביות הקניין**

**(רישום זכויות)**

**פרק ב' לחוק המקרקעין**- "עסקאות וקיומן". סעיף 6 הוא סעיף ההגדרה לסעיפים הבאים 7-10

"עסקה במקרקעין- היא הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה ולמעט תורשה לפי צוואה." החוק לא עוסק בזכויות חוזיות לגבי מקרקעין. הסעיף מתייחס להעברה רצונית, לפי רצון המקנה, ולא על העברה כפויה כמו הפקעה. יוצא הדופן הוא הורשה עפ"י צוואה.

בדיני ירושה יש שני סוגי ירושות:

* **ירושה לפי דין**- במקרה שאדם מת ולא הותיר אחריו צוואה, כיצד מחלקים את נכסיו
* **ירושה עפ"י צוואה**- במקרה ויש צוואה, הנכסים יתחלקו לפי רצון הנפטר.

למרות שירושה היא "רצון המקנה" היא אינה חלק מחוק המקרקעין ולא נחשבת כעסקה. הנפקות של כך היא שסעיף 7 לא חל עליה והיא אינה טעונה רישום. המשמעות היא שליורש יש זכות קניינית גם אם אין מרשם.

הסעיף העיקרי המבחין בין חיוב לקניין הוא **סעיף 7**  "עסקה במקרקעין טעונה רישום". המעמיד חובת רישום לצורך העברת זכות קניינית. **ב7ב**  נקבע כי עד למועד הרישום הזכות המועברת היא חוזית או חיובית אך לא קניינית. משמע- שהזכות הקניינית משתכללת ברישום. במקרה של הפרת חוזה, התביעה תהיה לפי דיני החוזים- תרופות וכו'

כל עסקה מתחלקת לשניים:

* **השלב החוזי**- יש חוזה מחייב עפ"י דיני החוזים. בכך מסתיים שלב זה
* **השלב הקנייני**- כשהזכות הקניינית עוברת מא' לב'. אם הצדדים לא מחליטים על מועד אחר, ברירת המחדל היא **סעיף 33 לחוק המכר** "**העברת הבעלות-** הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות"

כשמדובר במקרקעין הבעלות הקניינית עוברת עם המרשם. במיטלטלין/ זכויות כיצד נדע אם התקיים השלב הקנייני? נסתכל בחוזה שבין השניים ואם הם לא סיכמו ביניהם נשתמש בפרשנות (סעיף 33 הוא חזקה פרשנית).

כשמדובר בעסקה במיטלטלין, שני השלבים יתרחשו בדר"כ בו זמנית. במקרקעין אין זה כך כיוון שישנו סעיף קוגנטי הקובע ששני השלבים יתרחשו בנפרד (**סעיף 7ב**). בעל כורחנו נוצר פער זמנים בין שני השלבים. העברת הבעלות מתבצעת לפי התקנות שבחוק.

פסד לפקין- ישנו מקרה יוצא דופן של אדם שהעביר בעלות לפני שקיבל את מלוא התשלום. גם סיום התשלום אורך זמן ויוצר פער זמנים.

**סעיף 7ב** מהווה התערבות בחופש החוזים ולצורך כך צריך הצדקה ראויה (כמו בחוק שירותים ומוצרים שם רוצים להגן על הצד החלש, הצרכן). בקניין, ההנמקה להתערבות בחופש החוזים היא הקלה על העסקאות. המטרה של ההתערבות בחופש החוזים וקביעת מועד קוגנטי להעברת הבעלות באה לדאוג לכך שהרישום יהיה אמין ומדוייק. סעיף 7ב מגלם בתוכו את ההנחה שהנעבר מעדיף לקבל את הזכות הקניינית על פני הזכות החיובית. הוא חשוף יותר לבעיות משפטיות כאשר הזכות שלו במקרקעין היא חיובית בלבד. כאשר לבעל הנכס יש זכות קניין יש לו מעמד חזק יותר כנגד מתחרים אחרים. זהו התמריץ להשלמת הרישום.

עסקאות נוגדות הוא מצב שכיח שבו יש ליותר מאדם אחד זכות קניינית בנכס (לא חובה שהזכות תהיה זהה). למשל כמו בפסד בנק אמריקאי. בעימות בין עסקאות נוגדות, לבעלים קל יותר. אחד המתחרים הפוטנציאליים הוא נושה, לא בהכרח בעל משכנתא, כיוון שגם לנושה רגיל יש נשק- העיקול. עיקול הוא הנשק החזק והפרקטי ביותר של נושה לא מבוטח.

(העיקול , בשלב הראשון, מונע עסקאות בנכס. בשלב השני, הוא מועמד למכירה בידי הנושה לצורך פירעון החוב. הנכסים הקלים לעיקול הם אלה שקל לאתר, כמו רכב, דירה וחשבון בנק).

**סעיף 79 (א) לחוק המקרקעין** אומר כי "על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום... " ב**סעיף 52 לחוק הגנת הדייר** החוק הופך את התקופה ל10 שנים. הסעיף מהווה חריג ל**סעיף 7ב**. שוכר לזמן קצר, עד 10 שנים, יש לו זכות קניינית גם ללא רישום. מוותרים על רשום בשכירויות קצרות כדי לא להעמיס עומס אדמיניסטרטיבי על המערכת. בנוסף, בשכירות ישנו אלמנט הפומביות של ההחזקה, צדדים שלישיים יכולים לראות כי מתגורר כאן שוכר.

שני מקרים בהם יש זכות קניינית גם ללא רישום:

* **ירושה**
* **שכירות קצרה**

פסד מורדוב- עוסק בדיני המקרקעין וחובת הרישום טרם חוק המקרקעין. עד 69 ניתן היה לקבוע שאם אין רישום, הזכות לא תקפה (כלל!). כלומר יש כאן פגיעה בזכות הקניינית והחוזית. (כיום, הפגיעה היא בזכות הקניינית בלבד).

לפני חוק המקרקעין, כדי להמנע מהסנקציה החריפה הזאת, הפסיקה פיתחה טכניקה לפיה ההתחייבות הייתה חוזית ולא קניינית וכך נמנעו מלבטל גם את השלב החוזי.

בנק אמריקאי- פסד שעסק בשאלה מהו רישום בהקשר עובדתי נדיר יחסית. הוגשה בקשה לרישום ובגלל טעות מנהלית היא לא נרשמה. העסקאות שבוצעו כאן הן עסקאות נוגדות. ביהמ"ש מגדיר שזכות נחשבת רשומה רק אם צדדים שלישיים יכולים להוציא נסח ולראות את הרישום. מרבית הדיון הוקדש לסעיף 7ב שמראה לנו מה נפקות הרישום. (הפסד קובע שעו"ד שרוצה להיות זהיר יוציא נסח לאחר הרישום כדי לבדוק שלא נעשו טעויות)

**סעיף 124-** לחוק המקרקעין "הפנקסים המתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם" המרשם פתוח לציבור וכל אחד יכול להוציא נסח, תמורת סכום פעוט.

**סעיף 125 (א)-** אומר כי "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו" הרישום במקרקעין מוסדרים נחשב לאמין יותר. הכוונה למקרקעין שעברו הליכי הסדר, לפי **פקודת הסדר זכויות במקרקעין 1969** אשר הסדירה את הרישום לגוש וחלקה וגם ביררה את הזכויות על אותם מקרקעין. יש גם מקרקעין הרשומים בטאבו אך לא נערכה בהם החלוקה הנ"ל וע"כ הם לא מוסדרים. "ראיה חותכת לתוכנו"- אין הכוונה שזו ראיה סופית, חלוטה.

הוראת הסעיף אינה מדוייקת מבחינה משפטית בשל הוראות סעיף 10 לחוק המקרקעין (המדבר על **רכישה בתו"ל** " מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון"). לפעמים למרות הרישום, ייתכנו מקרים שהוא לא יהיה מדוייק. ומי שרוכש זכויות על סמך רישום והרישום מוטעה, עשוי להיפגע.

כדאי לרשום בטאבו ירושה ועיקולים. **סעיף 123 (ב) לחוק המקרקעין**- "בפנקסים יירשמו, לגבי המקרקעין הנוגעים בדבר:

* (1) העסקאות שהרשם אישרן לרישום" הרשם צריך לאשר את הרישום ואז צריך אכן לרשום את זה בגוש החלקה ולעדכן בהתאם לעסקה את הזכויות.

יורשים באין לטאבו ורושמים בו את עצמם. גם עיקולים יש לרשום וזהו אינטרס של הנושה לעשות זאת, שכן רישום העיקול ימנע מבעל המקרקעין לערוך עסקאות אחרות בנכס (בשלב מאוחר יותר ניתן יהיה לפנות להוצל"פ).

* "(2) פסקי-דין, החלטות וצווים שניתנו על ידי בית משפט או על ידי רשות אחרת המוסמכת לכך על פי דין, והוגשו לרשם" רושמים כל מיני צווים בטאבו, ביניהם צו ירושה וצווי עיקול.

פסד ליפקין נ' דור הזהב- עסקת מכר לא סטנדרטית מפני שהמוכר העביר לקונה את הזכויות ברישום עוד לפני גמר התשלום. לאחר שהבעלות הועברה הקונה הפר את החוזה ולא העביר למוכר את שאר התמורה. האם העברת הבעלות סופית או שהיא ניתנת לביטול גם לאחר הרישום?

**סעיף 125 לחוק המקרקעין**- קובע כי הרישום הוא סופי למעט החריגים המצויים ב**סעיפים 93-97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין** (תיקון הפנקס, פיצויים עקב מרמה, תיקון טעויות סופר בפנקס, תיקון עקב השמטת זכות או אי דיוק, תיקון הפרשי מדידות)

המחוזי קבע כי הרישום סופי אך בעליון פסקו כי מבחינה חוזית ניתן לבטל את הרישום במקרקעין בעזרת תרופת ההשבה.

סיכום קצר: רעיון הרישום- אין זכות קניין בלי פומביות. זאת מפני שהזכות תקפה כלפי צדדים שלישיים ולכן צריכה להיות להם גישה למידע. **סעיף 7ב** מחזק זאת.

**ע"א 2242/92 מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי ישראלי בע"מ** זכות נקראת רשומה רק אם היא נגישה למעיין. אם, מכל סיבה שהיא, אין זה המצב- היא לא תחשב כרשומה. מי שרוצה להיות בטוח שזכותו נרשמה עליו להוציא נסח ולבדוק.

**ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ** זכות ההשבה עקב ביטול חוזה מצריכה שינוי המרשם, על אף תקינותו והינה אפשרית אף שהרישום התבצע

**י' ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 289 - 310, 320 – 327** מרשם המקרקעין בישראל

במרשם המקרקעין יש הבחנה בין שני סוגי מקרקעין: "מוסדרים" – כאלה שהרישומים לגביהם נבדקו ומהווים ראיה חותכת ו"בלתי מוסדרים" – שדיוק הרישומים לגביהם אינו מובטח ומהווה ראיה לכאורה. בשל חיוניותו של המרשם, היה צורך בתמריץ לרישום, וזה נמצא בתחילה בדמותה של הוראת חוק לפיה עסקה במקרקעין שלא נרשמה בטלה. כיוון ואמצעי זה אפשר לצדדים דרך נוחה להתחמק מחוזים, החלו בתי המשפט להבחין בין עסקה במקרקעין להתחייבות לעשות עסקה ובחוק המקרקעין הלך המחוקק בדרך זו ע"י הקביעה שעסקה שלא נרשמה כמוה כהתחייבות לעשות עסקה. הבחנה זו מתמרצת את הרישום בכך שהיא חושפת רוכש זכות במקרקעין לאפשרות של עסקה נוגדת ומאיימת למנוע ממנו את הגנת "תקנת השוק".

המרשם בישראל הוא דו-מימדי – כולל תיאור של גבולות המקרקעין ושטחם, אך לא של תכולתם, וכזה הוא המצב ברוב העולם, שכן רישום תלת מימדי דורש עדכון מתמיד שהינו משימה בלתי-מעשית. מגבלה נוספת של המרשם היא שאין בו בהכרח תיעוד לזכויות במקרקעין שאינן פרי עסקה (לדוגמא: מכוח צוואה או התיישנות, דיירות סטאטוטורית, הפקעות וכו'). כמו כן, לא תמיד הוא מבטא במדויק את המצב שנוצר בעקבות חוזה שבוטל ולעיתים הוא אינו מבטא גם זכויות שנוצרו בעסקה, כמו שכירות לתקופה קצרה. כמו כן, הרישום אינו מתנהל במאגר מרכזי אחד אלא בלשכות רישום אזוריות.

מתוך הבנה שלרבים יש עניין לגיטימי בתוכנו, במדינות רבות נהוג להתיר את העיון בפנקסי המקרקעין לציבור כולו. אך לאור זמינותו לכל של מידע רגיש, חוק המקרקעין בישראל שעומד על עיקרון הפומביות לגבי הרישום, מגביל את העיון במסמכים הנלווים לבעלי נגיעה ישירה.

בישראל יש עדיין שני סוגי מקרקעין בלתי רשומים: 1. מקרקעין שלא בא זכרם כלל בפנקסים (נדיר מאוד). 2. מקרקעין שהגוש שלהם רשום, אך לא החלקה (נפוץ מאוד). עם סוג זה נמנים בתים משותפים הבנויים על גוש שנרשם אך טרם חולק לחלקות (פרצלציה) ומשמעות הדבר היא שאלפי דירות עדיין אינן רשומות בפנקסים. תופעה זו נובעת מאי-הכנת תוכניות בנייה בקצב המדביק את הביקוש או בעיכוב בתשלום מיסים ולכן חוק רישום שיכונים ציבוריים ביקש להתגבר על קשיים אלה באמצעות מתן אפשרות לרישום גם בנסיבות האמורות. אך הדבר יצר שורה של השפעות שליליות, כגון פגיעה בהכנסות המדינה ממיסוי, חשיפת קוני דירות לסיכונים, קושי ביצירת שעבודים והיעדר אפשרות לבצע כל פעולה התלויה בפומביות הקניין. נוסף על כך, לא ניתן לבצע עסקה מושלמת במקרקעין שאינם רשומים, דבר שמעלה את השאלה האם הגנת החוק (לדוגמא במקרה של עיקול) פרושה גם על מי שאין לו אלא התחייבות להעביר על שמו בעלות. ייתכן שמן הראוי ליצור הבחנה בין מקרקעין שאי-רישומם נובע מאחריות הצדדים ובין כאלה שאינם רשומים מסיבות אחרות. על כל פנים, דרך לצמצם את הנזק היא לרשום הערת אזהרה, אם כי רישום כזה מתאפשר בדרך כל רק לגבי מקרקעין שהגוש שלהם רשום.

**ספרי מנהל מקרקעי ישראל**

לא תמיד זכותו של המוכר במקרקעין רשומה בטאבו, אלא במנהל מקרקעי ישראל המנהל ספרי מרשם של בעלי זכויות, כמו בטאבו. בספרים רשומים גם בנקים שנתנו הלוואה וקיבלו משכון.

קונה שרוכש דירה מקבלן, פונה לחתום על חוזה חכירה מול המנהל. הרישום בטאבו עשוי לקחת שנים ונשאלת השאלה מה טיב זכותו של הקונה כאשר הוא רשום רק בספרי המנהל ולא בטאבו? האם הזכות הינה חוזית או קניינית? הפסיקה קובעת שהזכות לא משתכללת לקניינית כיוון שהרישום במנהל לא נכנס להגדרה של רישום לפי חוק המקרקעין

ההצדקות לכך שרישום הזכויות במנהל מקרקעי ישראל לא יחשב כמרשם כמו זה שבטאבו:

* **פורמאלית**- לפי החוק, מקרקעין שנרשמו רק במנהל מקרקעי ישראל נחשבים כמקרקעין לא רשומים.
* **פגיעה בפומביות**- המתרחשת משני מישורים:
1. הרישום במנהל הוא וולונטרי ולא מכוח החוק. הפסיקה מטילה ספק בדיוקו של מרשם כזה. (מאגר המוקם מכוח החוק גם חשוף לתביעות וע"כ הוא יתנהל בצורה אחראית יותר).
2. אין זכות עיון חופשית ברישומי המנהל כמו שיש ברשם הקרקעות.

הרישום בספרי המנהל הוא מלא וכולל גם שעבודים, עיקולים וגם משכנתאות, אך אין הוא מעניק זכות קניינית. אדם הרשום כבעלים של המקרקעין במנהל, מבחינת הפסיקה, הוא בעל זכות חוזית ולא קניינית.

**סעיף 4טו לחוק מנהל מקרקעי ישראל** קובע כי המנהל ינהל מאגר מידע שיהיה פתוח לעיון הציבור, אך לא יהווה אישור משפטי. כלומר, זהו מאגר לא וולנטרי. המצב עמום מעט.

סיכום קצר: פרקטית, מי שרשום במנהל הוא בעל זכות חוזית ולא קניינית, מפני שהרישום במנהל אינו שווה ערך לטאבו. הרוכש הוא נושה במנהל. יש לו זכות חוזית המהווה התחייבות של המנהל להעביר את הזכות הקניינית לרוכש.

**ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח'**

**מרשם שעבודים**

הפסיקה קובעת שאין זכות קניינית בלא פומביות. לפי **חוק המשכון**- יש שני שלבים ליצירת זכות קניינית של משכון:

* **השלב החוזי**- **סעיף 3**- חוזה משכון מחייב- החייב מייחד נכס מנכסיו לצורך פירעון חובו כלפי הנושה.
* **השלב הקנייני**- **סעיף 4**- פומביות- ע"מ שכוחו של המשכון יהיה יפה כלפי נושים אחרים, עליו להיות רשום ברשם המשכונות. אחרת, זהו הסכם משכון בלבד והנושה אינו מבוטח. כלומר, במקרה של חדלות פירעון החייב הוא יחלוק את המשכן עם שאר הנושים. לכן, לנושה יש אינטרס להגיע לפומביות בעזרת הרישום.

הרישום בטאבו הוא וודאי וכולל גם את בעל הנכס. רישום של מיטלטלין ברשם המשכונות הוא שונה מפני שאין מרשם בעלויות, רק מרשם שעבודים. הרישום לא אומר למי שייך החפץ אלא רק שהוא ממושכן לנושה כלשהו. (כלומר, יכול להווצר מצב שאדם ימשכן טבעת יהלום שאינה שלו). ככל שהחייב ממשכן יותר נכסים שבבעלותו, כך הסיכון של הנושים הלא מבוטחים או הלא ממושכנים הוא גבוה יותר מפני שיש להם פחות ממה להפרע.

ויסמן בספרו מגדיר את רישום המשכונות כרישום עסקאות ולא זכויות.

הרישום ברשם המשכונות מספק את אלמנט הפומביות הדרוש, כיוון שניתן ללכת לבדוק במרשם המשכונות מה מהנכסים של החייב ממושכן או לא.

בעולם המערבי כיום, הרישום הוא מעין מס שפתיים- נושה יכול לבדוק ברשם המשכונות שאין שעבודים על נכסיו של א', הוא ילווה לו כסף, ורק אחר כך א' ימשכן את הנכסים ובכך יגביר את הסיכון של הנושה. הדבר יותר חוסר וודאות.

יש שתי דרכים לבצע משכון:

* **רישום**- שיטת המשכון המודרנית. הנכס ממשיך להיות בידיו של החייב רק שיש עליו רישום ברשם המשכונות.
* **הפקדה**- העברת המשכון לידי החזקה פיזית של הנושה. בכך הנושה בטוח שהנכס לא ימכר לאיש. ההחזקה של הנושה בנכס מספקת לנו את אלמנט הפומביות, גם אם זהו מידע פחות מדוייק מרישום.

היחס בין משכון רשום למשכון מופקד: היסטורית המשכון המופקד היה העיקרי והכמעט בלעדי. כיום, המשכון הרשום הוא העיקרי. הרישום מאפשר לחייב להמשיך להחזיק את הנכס (וכך הוא יכול להמשיך בעסקיו כרגיל ולהרוויח את הדרוש לצורך פירעון החוב) וגם הופך את הנושה למובטח כיוון שרשום לזכותו משכון. זהו הפתרון הפרקטי הנוח ביותר כיום.

**\***המשכון המודרני, הרישום, קיים בחוק רק מ67 עם חקיקת **חוק המשכון.**

האמור לעיל מתייחס לממשכן יחיד. כאשר הממשכן הוא תאגיד חלה עליו מערכת דינים שונה (אין לכך הסבר הגיוני, ירשנו זאת מהמשפט המסחרי האנגלי). בדיני שעבודים של חברה הוראות החוק מצויות **בפקודת החברות** ולא **בחוק החברות**, אשר אינו עוסק בשעבודי חברה (מפני שרצו לשנות את דיני השעבודים בקודקס האזרחי העתידי). יוצא מכך שכשאנו עוסקים בשעבודי נכסי חברה יש לנו הוראות נוספות לצידו של **חוק המשכון**, המצויות **בפקודת החברות**. היחס בין שני החוקים הללו הוא היחס שבין חוק כללי (חוק המשכון)לספציפי (הפקודה).

הבדלים מרכזיים בין שעבוד נכסי חברה לשעבוד נכסי יחיד:

* **שעבוד צף**
* **רישום השעבודים**- הכוונה היא בעיקר **לסעיפים 178-179** **בפקודת החברות** הקובעים הוראות שונות מהמצויות **בחוק המשכון**:
1. לשכת מרשם שונה- שעבודי חברה נרשמים ברשם החברות שבירושלים. לפי החוק החברה גם צריכה לנהל פנקס מרשם במשרדיה, אך הרישום של רשם החברות הוא אמין יותר.
2. דיני המרשם- בכמה וכמה נושאים הם שונים מדיני המרשם ברשם המשכונות. הדינים המצויים כיום הם עדיין אנגלים, נכון לכרגע עבר החוק החדש בקריאה ראשונה.

**סעיף 178 לפקודת החברות** מקביל ל**סעיף 4 לחוק המשכון** ולפיו נושה שלא רשם שעבוד אז אין כוחו יפה נגד נושים אחרים של החברה. (גם בחברה קיימת האופציה של משכון מופקד).

תפקיד המרשם הוא לספק מידע לצדדים שלישיים. לעיתים נראה כי ביהמ"ש נותן משקל למרשם על חשבון הפומביות.

בנק המזרחי נ' בנק הפועלים-

במקרה זה הייתה טעות במרשם. במקרקעין, הלכת בנק אמריקאי מורה לנו שהטעות היא לא על חשבון המעיין בפלט (על אף שדבר מחליש את המרשם), זכות נקראת רשומה רק אם היא נגישה למעיין. בעבר, מטרת הרישום הייתה לטובת הנושה כדי להוכיח שיש לו זכות בנכס מסוים, אולם כיום תפקידו של הרישום הינו לשמש מקור מידע למתקשרים פוטנציאליים עם החברה (צד ג'). לפיכך, אין להטיל את הטעות ברישום כבעיה של צד ג' אלא צריך להטיל חובה על הנושה לבדוק שאכן הדברים נרשמו כיאות, שכן אחרת אין תועלת ברישום עבור צדדים שלישיים. אם כן, בחברות לא תחול ההלכה של הבנק האמריקאי. המשכון ייקרא רשום גם אם הוא אינו מדויק.

הדין בחברות הוא שעל הנושה לוודא שאין טעות במרשם, שכן הרישום תקף בכל זאת. וניתן לראות זאת בשתי נקודות:

1. נרשם עם טעות ברשם החברות: ייקרא רשום.

2. גם אם רק "אושר לרישום" אך טרם אושר- נחשב לרשום.

מעיין זהיר הרוצה להיות בטוח במאה אחוזים שאין שעבודים צריך לנסוע לירושלים ולבדוק את הפלט ואת הסכם השעבוד/ המשכון (נקרא אגרת חוב) המצוי ברשם החברות.

השופט אנגלרד לא אוהב זאת ורוצה להביא לכך שאם הרישום אינו מדוייק (כי רשם החברות קיבל את אגרת החוב ולא רשם שם משהו מדוייק), הסיכון לאי דיוקים לא ייפול על המעיין אלא על הרושם. שרק הפלט שיוצא הוא שיקבע את היקף השעבוד.

ההבדלים במשכון מקרקעין הרשומים בטאבו, משכנתא:

* **של יחיד**- טעונה רישום רק בטאבו. (**סעיף 4(1) לחוק המשכון** מפנה אותנו חזרה **לחוק המקרקעין**).
* משכנתא שיוצרת חברה טעונה רישום כפול- 1) אצל רשם המקרקעין 2) אצלרשם החברות (בסדר הזה).

**י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז - 1967 (תשל"ה) 113 - 116, 118 – 120**

עד לתחילתו של החוק היה המשכון ע"י רישום מוגבל לקטגוריות ספציפיות של נכסים (מקרקעין, אניות) ושל ממשכנים (תאגידים) אשר לגביהם התקיימה חובת רישום, ואילו החוק החיל הסדר זה על כל סוגי הנכסים. כתוצאה מכך מתאפשר גם משכון של נכסים שמן הנמנע להעביר את ההחזקה בהם, ומסיבה זו סעיף 4(ג) יוצר את הצורה הנפוצה ביותר של משכון. הרציונל מאחורי רישום המשכון הוא נגישותו לציבור, אשר יוצרת חזקת ידיעה. רישום כדין של משכון נעשה באמצעות הגשתו בלשכת רישום המשכונות של טופס הכולל פרטים מדויקים על החייב, הנושה והנכס, שלאחריה המידע ניתן לאחזור בספר המשכונות, בתיקים ובכרטסת. בחירת הלשכה המתאימה מבחינה גיאוגרפית תיעשה ע"פ האזור בו נמצאת כתובת המגורים או העסק של החייב. מבחינת מהימנות, סביר שרישום משכון מתאים יותר לדגם של "רישום עסקאות" מאשר ל"רישום זכויות", מאחר ואפילו תקנה 5(ד) לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), הקובעת כי מתן מספר סידורי ורישום תאריך על הודעת משכון תהווה "הוכחה חותכת לרישום המשכון", מעידה על עצם הרישום אך לאו דווקא על תוקף המשכון. יתר על כן, הרישום אינו גורע מן האפשרות הנתונה לצד ג' להוכיח לאחר הרישום כי המשכון לא היה תקף, והדבר מתקבל על הדעת לאור העובדה שניתן למשכן נכסים שאין דרך לוודא מי בעליהם. אף סעיפים 4 ו-3 מלמדים כי קיום המשכון כלפי כולי עלמא מותנה בקיום הסכם, ואילו סעיף 5 המלמד על מקרים חריגים בהם משכון תקף למרות שהממשכן לא היה בעל הנכס, מלמד גם על הכלל, שלפיו המשכון לא יהיה תקף רק מן הטעם שנרשם. המשכון גם עשוי לפקוע בלא שתהיה לכך עדות בפנקסים.

**ש' לרנר, שעבוד נכסי חברה (תשנ"ז) פסקאות 14.9 - 14.18**

סעיף 178(א)(2) לפקודת החברות מחייב לרשום שעבוד על נכס של חברה הן אצל רשם המקרקעין והן אצל רשם החברות, בכדי שלנושה תהיה עדיפות ובכדי שייחשב למובטח והשעבוד יהיה תקף כלפי המפרק והנושים האחרים. הלכה היא כי הרישום הראשון בזמן צריך להתבצע אצל רשם המקרקעין, מאחר והרישום הזה קונסטיטוטיבי לקיומה.

סעיף 178 חל על שעבוד זכות הבעלות בלבד, מאחר ושעבוד זכות אובליגטורית במקרקעין אינו כרוך ברישום כפול. אמנם שעבוד זכות שכירות מצריך רישום במרשם המקרקעין (ולפיכך גם ברשם החברות, אם המשעבד הוא חברה), אולם ניתן לרשום את השעבוד רק ברשם החברות, במקרים בהם החוק פוטר מרישום זכות השכירות בפנקסי המקרקעין.

דרישת הרישום הכפול נראית לא הגיונית לאור תכלית הנגישות שבבסיס קיום חובת המרשם מאחר ורישום כזה מסרבל ומייקר את הבדיקה. יתר על כן, מצב כזה צריך לחייב את שלילת תוקפו של שעבוד שלא נרשם בשני המקומות, ומאידך גיסא חשיבות עקרון תום הלב תביא להעדפת זכותו של משעבד שלא רשם כאמור על פני זו של מי שהסתמך על רישום יחיד. הפסיקה הצדיקה את חובת הרישום הכפול בכך שכל אחד מהרישומים מתנהל על פי מפתח אחר – זהות הנכס במקרה של רשם המקרקעין וזהות המשעבד במקרה של רשם החברות. מי שירצה לרכוש נכס מן החברה או להלוות לה כספים יוכל להסתפק לצרכיו בפנקס המקרקעין, בעוד שמי שירצה במידע כולל על מצבת נכסיה יצטרך לבדוק ברשם החברות. הרישום ברשם החברות לא ייתן תמונה מלאה לגבי נכס נתון כמו זו העולה מפנקסי המקרקעין, מכיוון שהוא מרשם עסקאות, ולפיכך לא יביא לידי ביטוי את מצבן לאשורו של הזכויות במקרה בו החברה אינה בעלת הנכס שמשכנה. יוצא מכך שבמקרה של עסקאות משכנתא נוגדות על אותם מקרקעין יהיה העדיף מבין הנושים המובטחים זה שהקדים ורשם את זכותו בפנקס המקרקעין, אך אם לא רשמו אותה גם אצל רשם החברות יהיו שניהם בגדר נושים כלליים ביחס לשאר הנושים. אם כל תכלית הרישום הכפול היא להגן על האחרונים, נראה שניתן להסתפק ברישום שעבודי מקרקעין בפנקס המקרקעין, והגבלת הרישום אצל רשם החברות לשעבודים אחרים.

בפס"ד **בנק המזרחי נ' רוזובסקי** קבע ביהמ"ש כי הערת אזהרה שנרשמה בפנקסי המקרקעין באשר לנכס של חברה צריכה להירשם גם אצל רשם החברות על מנת שהנושה שלטובתו נרשמה האזהרה ייהנה מעדיפות. על מנת למנוע פגיעה ברוכשי דירות מחברות שהתרסקו, הזדרז המחוקק ועקף הלכה זו ע"י תיקון מס' 16 לחוק המקרקעין, שתיקן את ס' 127 כך שיורה שאין דרישת כפילות על הערות אזהרה. כתוצאה מכך נוצרה אנומליה, שהרי הערת האזהרה טובה ככל שעבוד ובכל זאת עליה להירשם בפנקסי המקרקעין בלבד, כך שהמעיין בפנקסי רשם החברות לא ידע עליה, ומכאן שסוכלה התכלית של רישום נוסף אצל רשם החברות, והדבר ההגיוני לעשות הוא לבטל את דרישת הרישום הכפול גם לגבי משכנתאות.

**ע"א 6400/99 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ** מטרת הרישום כיום היא ליידע צדדים שלישיים ע"כ מוטלת החובה על הנושה לוודא שהרישום בוצע כיאות ואין להטיל את הטעות ברישום על צד ג'

**הפומביות בשעבוד כלי רכב**

מהיבטים ציבוריים, נקבע בתחילת שנות ה60 מרשם לכלי רכב. הסיבות הן:

* זהו כלי מסוכן יחסית- ולכן צריך לדעת מיהו האחראי לכל כלי כזה. מבחינת תקינותו או המעשים שנעשו בו, בצורה פלילית.
* שימוש ברכב כפרה חולבת- הגישה הסוציאליסטית לפיה מי שיש לו רכב יכול להרשות לעצמו לשלם את המיסים עליו כדי להגדיל את תקציב המדינה. כדי לדעת ממי לחלוב צריך לערוך מרשם.

כשאדם ממשכן את רכבו/ כשמטילים לו עליו עיקול- יש לנושה אינטרס לדאוג שכולם ידעו על כך ע"מ שהחייב לא ימכור את הרכב למישהו אחר. כך החל רישום השיעבודים והעיקולים במשרק התעבורה, ללא כיסוי חקיקתי ובצורה וולונטרית. בהמשך התקבל לכך גיבוי **בתקנות התעבורה** הקובעות כי משרד הרישוי לא יעביר בעלות על רכב ממושכן או שמוטל עליו עיקול.

הפסיקה עוסקת בעימות שבין קונה לנושה של המוכר. העימות עשוי להתעורר כאשר יש פער בזמנים בין שני שלבי הרכישה (החוזי והקנייני). בעבר, בעסקאות בכלי רכב הקונה היה משלם הכל ומקבל בעלות, אך המרשם ארך כשבועיים. הבעיה מתעוררת כאשר בפרק הזמן הזה נושה של המוכר מטיל עיקול (בעיה זהה עשויה להתעורר גם במקרקעין).

השאלה שהעסיקה את הפסיקה בעבר היא מה מהות הרישום? האם הוא קונסטיטוטיבי (=העברת הקניין צמודה לרישום) או שמא הצהרתי?

לפסיקה יש נטייה לומר כי רישום במשרד הרישוי הוא דקלרטיבי, מצהיר על קניין שכבר עבר קודם לכן. זאת מתוך הגישה לפיה הקניין עובר עם ההחזקה וכך גם מצטמצם הפער שבין השלב החוזי לקנייני. זו ההשקפה המקובלת. כיום מבחינה פרקטית השלב החוזי והשלב הקנייני (הרישומי) נעשים יחדיו ואין זה משנה אם הרישום הוא קונסטיטוטיבי או דקלרטיבי.

בפסד לוין נ' ריינס- נוצר פער בין השלב החוזי לקנייני (לא התבצע רישום) ובינתיים הוטל עיקול על הרכב. נפסק כי הרישום הוא דקלרטיבי ואינו רכיב בהעברת הבעלות כי אם נועד לצרכים פיסקליים של המשפט הציבורי והפלילי ואין לו נפקות למשפט הפרטי.

אין זה דבר חד משמעי כי אם *נטייה* של בית המשפט. יש גישה אחרת הגורסת כי שינוי תקנות התעבורה מקרבות את מרשם כלי הרכב למרשם המקרקעין ולכן הוא קונסטיטוטיבי.

דרישת הרישום היא פגיעה בחופש החוזים של הצדדים. במקרקעין הפגיעה מוצדקת מפני הצורך במרשם מדוייק. לא כך במיטלטלין וע"כ הבעלות עוברת לפי החלטת הצדדים ולא לפי המרשם.

**סעיף 4 (3) לחוק המשכון** קובע כי כוחו של משכון יהיה יפה כלפי נושים רק אחרי רישום ברשם המשכונות. רישום במכונית תקף לא כאשר הוא נעשה במשרד הרישוי אלא כאשר הוא נעשה ברשם המשכונות. זהו מצב לא הגיוני היוצר צורך ברישום כפול. (הנושה לא ירצה לוותר על הרישום ברשם המשכונות. רישום זה נעשה באמצעות מס' רישוי- כך שלא ניתן לוותר על משרד הרישוי). השופט שמגר המליץ על שינוי המצב.

המשמעות המעשית היא שברכישת רכב יש לוודא גם ברשם המשכונות שלא מוטלים עליו שעבודים. בד"כ אין בכך צורך של ממש מפני שהנושה יודע שרוב הקונים לא בודקים ברשם המשכונות ולכן עושה רישום וולונטרי במשרד הרישוי, כדי להגן על השעבוד כלפיהם.

**ע"א 86/89 מדינת ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ** השופטים קראו למחוקק לשנות את המצב האבסורדי כיום ולהכיר ברישום במשרד הרישום כאמין, אך הדבר לא שונה וע"כ יש צורך ברישום גם במשרד הרישוי וגם ברשם המשכונות.

**ע"א (חיפה) 4764/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' רוזנברג שמש רבינוביץ בע"מ** לרישום במשרד הרישוי חשיבות רבה אך אין בכוחו ליצור או לשלול זכות קניינית. הפרת חובת הרישום יכולה רק להעמיד עילת תביעה למי שהסתמך על הרישום המוטעה וניזוק מכך.

**עסקה במקרקעין ובזכויות במקרקעין**

בגלל העיכוב הרב שיש ברישום הבעלות, נוצרים באופן שכיח מצבים בהם ב' הקונה/ החוכר כבר שילם את הכל ומחזיק בנכס והוא מעוניין למכור אותו לג'. לב' אין זכות קניינית בנכס כי אם זכות חוזית. אלו הן עסקאות שבין רוכש שעדיין אינו רשום במנהל (עדיין אין לו זכות קניינית) לבין קונה אחר. עולה שאלה מה טיב העסקה הזאת? כיצד נגדיר אותה?

סיווג העסקה הוא חשוב מפני שבעימות מעורבים לא רק הצדדים לחוזה (שאז ניתן היה לפתור בעזרת דיני החוזים), אלא גם צדדים שלישיים כגון: עימות בין ד' (הנושה של ב') לבין ג'. במקרה כזה יש חשיבות לשאלה מה בדיוק היה לב' ומה הוא העביר לג'.

פסד ריינס- הצלחתו של העיקול תלויה בשאלה האם כבר עבר הקניין מב' לג':

* אם הקניין עבר לג'- ד' לא יוכל לעקל.
* אם הקניין לא עבר לג'- משמע היחסים בין ב' לג' עודם בשלב החוזי, אז גם ג' וגם ד' נושים בב' והם יכולים להתחלק.

(כיום, בעקבות פסד בנק אוצר החייל, העיקול של ד' לא יתפוס גם אם הזכות של ג' היא רק חוזית).

בית המשפט מנתח את טיב העסקה בין ב' לג' ואומר שהעסקה עשויה להתבצע באחת משתי אפשרויות כאשר כל אחת מהן יכולה לשנות את פסק הדין:

* **המחאת זכות-** נשוא העסקה בין ב' לג' אינו זכות במקרקעין אלא זכות חוזית לקבל רישום במקרקעין.

לפי התפיסה הזאת, העסקה לא נמצאת בגדר **סעיף 6** (עסקה במקרקעין- היא הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין) ואנו מצויים מחוץ **לחוק המקרקעין**. לב' יש זכות חוזית שהוא מעביר לג' והדבר אינו דורש רישום, אלא הבעלות עוברת בהתאם להחלטת הצדדים. מתעוררת שאלה פרשנית בנוגע למועד העברת הבעלות- בדר"כ הצדדים לא מחליטים על מועד העברה אחר, אלא זה קורה בו זמנית. **בית המשפט קובע כי בעת העברת זכות קניינית השלב הקנייני מתבצע לאחר התשלום האחרון, כל עוד הם לא קבעו אחרת**. כך אכן קרה.

אם נפרש שהעסקה בין ב' לג' היא המחאת חיובים, העיקול של ד' אינו תקף

* **התחייבות לעשות עסקה במקרקעין-** ב' מתחייב להקנות לג' להקנות קניין במקרקעין.

יש בכך חידוש מפני שלמרות שב' אינו רשום הוא יכול לבצע התחייבות לבצע רישום ברגע שהזכות הקניינית תהיה בידו. ביהמ"ש קובע כי זוהי התחייבת סבירה ורגילה. עסקה זו היא בגדר **חוק המקרקעין** וחלים עליה הוראותיו. **סעיף 7** קובע כי הזכות הקניינית משתכללת ברישום. כל עוד זכותו של ג' לא נרשמה, היא איננה קניינית והעיקול תופס.

אם נפרש שהעסקה בין ב' לג' היא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, העיקול של ד' תקף

מבחינת הקשר המשפטי בין ג' לא':

* **בהמחאת זכויות-** ב' המחה לג' את הזכות כלפי א'. ב' מפסיק להיות נושה של א' וג' הופך להיות נושה. לג' יש זכות חוזית ישירה כלפי א' למרות שמעולם לא חתמו על חוזה יחדיו.
* **בהתחייבות לעשות עסקה-** אין בכלל קשר משפטי בין ג' לא'. ב' התחייב להעביר על שם ג' מקרקעין מסויימים. ג' יהיה רשאי לתבוע רק את ב' במקרה של הפרת חוזה, אבל לא את א'.

במקרה והצדדים לא כותבים במפורש לאיזו עסקה הם התכוונו (מה שבד"כ לא קורה..) יש לפנות לפרשנות החוזה כדי לדעת באיזו עסקה מדובר. בית המשפט מפעיל חזקה פרשנית(הניתנת לסתירה) שהגיוני יותר שהצדדים התכוונו לעשות המחאת זכויות. זאת מפני שסוג עסקה זה משאיר הכל בידיים של ב'. סביר יותר לפרש שב' לקח על עצמו התחייבות שהוא יוכל לבצע מאשר התחייבות שלא תלויה רק בו כי אם בעוד גורמים.

מיותר לציין שכאשר א' הבעלים הרשום עושה עסקה עם ב' יש רק אופציה אחת. זאת מפני שאין לא' זכות חוזית כלפי אף אחד- יש לו בעלות במקרקעין. יחסים של נושה וחייב קיימים רק בחוזים שטרם הסתיימו. כאשר הזכות החוזית מתממשת והקונה נרשם בטאבו, הזכות החוזית פוקעת.

פסד כונס הנכסים- מדובר במשכון. כשזוג מעוניין לרכוש דירה הוא פונה לבנק לקבלת הלוואה שבתמורה אליה הוא צריך לתת משכנתא, דבר שהוא בלתי אפשרי מפני שאין לזוג זכויות קנייניות בנכס עדיין. המוכר לא יסכים להעביר את הבעלות בלי לקבל תשלום והבנק לא יעביר את התשלום בלי לקבל בטוחה. זהו מבוי סתום והשאלה היא מה הפתרון?

משכנתא כאמור היא זכות במקרקעין ורק בעלים רשום יכול להעניק אותה. לפי ריינס, במצב כזה, הזוג יכול להעניק לבנק אחת משתי אפשרויות:

1. **משכון זכות חוזית** (החוזה כבר נחתם ותקף ע"פ דיני החוזים, זכות זו ניתן למשכן כלפי הבנק).
2. **התחייבות לרשום ע"ש הבנק משכנתא** (לאחר שהזוג יהי בעלים רשום בטאבו).

בהתחלה הבנקים היו מסתפקים בהתחייבות הזוג לרשום משכנתא. אלא שכל עוד לא התבצע הרישום, זכותו של הבנק היא חיובית ולא קניינית ובמקרה ש חדלות פירעון הוא לא יהיה מובטח ויצטרך להתחלק בנכס עם שאר הנושים. הבנקים נפלו בכך כמה פעמים ולכן החליטו לקחת גם **משכון זכויות**, המקביל להמחאת זכויות. הזוג לא נותן לבנק משכנתא כי אם משכון הזכות החוזית כמובן, משכון של זכויות חוזיות ומיטלטלין הוא תלוי רישום ברשם המשכונות, עד שהזוג יוכל להעביר הם רישום של משכנתא על הזכות הקניינית.

בעיקרון, כאשר החייב לא פורע את החוב הולך הבנק לממש את זכותו בדירה ולמכור אותה לצורך פירעון. אולם אז נטען נגד הבנק כי הוא לא יכול למכור את הבית עצמו שכן הזכות שיש לו היא הזכות החוזית! לא הזכות הקניינית על הבית.

בפרקטיקה נתקלו הבנקים במצבים שגרמו להם לפתח מנגנוני הגנה נוספים. כמו למשל שהבנק שילם את חלקו למוכר אך הקונה לא, המוכר הפעיל את תרופת ביטול החוזה והזכות החוזית ששועבדה לבנק נעלמה. כנגד זה הבנקים מחתימים את הלווים (והערבים) שבמקרה והעסקה מתפוצצת עליהם להשיב לבנק את כספו (שכן אין נכס ממנו יכול הבנק להפרע). עוד מנגנון הוא שהבנק משלם את החלק השני (ולא הראשון) של הסכום הנדרש והוא מעביר אותו ישירות למוכר (כך שהקונה לא יברח עם הכסף).

**ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח'** עולות שתי אפשרויות לסוגי עסקאות הנכרתות בין ב' (המחזיק בזכות החוזית בנכס= אינו רשום בטאבו) לבין ג': 1) המחאת זכויות חוזיות 2) התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. אם הצדדים לא כתבו במפורש למה התכוונו- ביהמ"ש יפרש. חזקה פרשנית שהכוונה להמחאה

**רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים בע"מ** השלב הקנייני של עסקת משכון מגיע רק עם הרישום אצל רשם המשכונות. משכון הזכויות החוזיות בדירה הופך את הבנק לנושה מובטח.

**ע"א 453/09 מג'יד יוסף סעיד נ' יורשי המנוח איוב סעיד ואח'** הקניית בעלות במקרקעין בדרך של מתנה מסתיימת עם הרישום כאשר עד אז מדובר בהתחייבות לעשות עסקת מתנה. הבחנה בין שני פירושים למונח "דבר מתנה": 1) זכות במקרקעין 2) זכות אובליגטורית ביחס למקרקעין

**הערת אזהרה**

הערת אזהרה זהו מוסד הבא לענות על בעיות העלולות להווצר בפער ההכרחי מבחינת הזמן בין השלב החוזי לשלב הקנייני בעסקאות מקרקעין. (הפער עשוי להווצר בגלל העיכוב ברישום או בגלל משך הזמן שלוקח לקונה לשלם) אנו עוסקים נכון לעכשיו במקרים הפשוטים, שבהם הצד המתחייב רשום בלשכת המקרקעין. כידוע, יש פרק זמן לא קצר של חודשים ואף שנים בין השלב החוזי לקנייני. בפרק זמן זה עשויים להתרחש אירועים שונים שיכולים לפגוע בזכותו של הרוכש, אותם ניתן לחלק לשלוש קבוצות:

1. **עיקול-** נושי המוכר עשויים להטיל עיקול על רכוש המוכר המצוי כבר בידיו של הקונה.
2. **פשיטת רגל-** המוכר יקלע לקשיים פיננסים, הנושים ינקטו בהליכי חדלות פירעון ואז יש לקונה חשש שהקניין טרם עבר אליו והוא יחשב כאחד הנושים האחרים. כלומר, יהיה עליו להתחלק עם הנושים האחרים בסכום המתקבל ממכירת נכסי המוכר, ובכללם הדירה.
3. **עסקה נוגדת**- המוכר יעשה עסקה נוספת הנוגדת את זכויותיו של הקונה הראשון והוא יסתבך בתביעות ומשפטים עם הקונה השני.

הערת האזהרה היא הגנה זמנית שהנעבר זקוק לה עד לשלב הרישום בפועל. כשהקניין כבר מועבר, אין צורך בהגנה נוספת והערת האזהרה "נבלעת" בזכות הבעלות.

את הערת האזהרה עושים באמצעות רישום בטאבו. היות ולא תמיד ניתן לבצע רישום מלא (בעלות/ שכירות), עושים רישום חלקי של הערת אזהרה. הרישום הוא בטאבו וניתן יהיה לראות אותו בנסח.

רישום בעלות הוא תהליך ארוך ומסורבל המצריך הבאת אישורים הדרושים בחוקים שונים. לעומת זאת הערת אזהרה ניתן לרשום בהבאת מספר טפסים בודדים בלבד. זהו הליך פשוט ומהיר. ניתן לעשותו כבר למחרת כריתת החוזה.

**בסעיף 126- מי זכאי לרשום הערת אזהרה-** ניתן לרשום הערת אזהרה עפ"י בקשת הקונה בלבד ואין כלל צורך במוכר. (לקונה אכן יש אינטרס חזק יותר לרשום את הערת האזהרה)

אם נרשמה הערת אזהרה עפ"י בקשת הזכאי בלבד- רשם המקרקעין מודיע מיידית לחייב כי נרשמה הערת אזהרה על המקרקעין. אם להערה אין בסיס בעל המקרקעין יפנה לבית המשפט ויבקש למחוק אותה.

**סעיף 127- תוצאות הערת אזהרה-** הערת האזהרה מגינה על הקונה מפני עסקאות נוגדות. זהו דין המופנה לרשם- הוא אינו רשאי לרשום עסקה הסותרת עסקה קודמת. כל עסקה הגורעת מזכויותיו של ב' היא עסקה נוגדת ואסור לרשום אותה. (לא רק בעלות אלא גם משכנתא, שכירות, זיקת הנאה או נאמנות) כל ג' בר דעת ידע שאם יש הערת אזהרה המוכר לא יוכל להעביר אליו זכויות והוא לא יכנס לעסקה. הוראה זו היא הגנה פרוצדוראלית והיא מונעת עסקאות נוגדות.

רישום הערת האזהרה לטובת ב' לא יעזור לב' להתגבר על עסקה נוגדת שנעשתה עוד לפני שנרשמה ההערה.

**סעיף 9 לחוק המקרקעין** עוסק ביחס שבין עסקאות קודמות לבין הערת האזהרה.

רשם המקרקעין אינו מכריע בסכסוכים בין עסקאות נוגדות אך הוא יכול לרשום הערת אזהרה גם אם היא נוגדת. יש כאן התייחסות לרשם כאל גוף מנהלי שאין לו יכולת הכרעה. עליו לרשום את הערות האזהרה ובית המשפט יכריע בעימות.

**סעיף 127(א**) לא מאפשר לרשום עסקה הסותרת את תוכן הערת האזהרה. ההשלכה המשפטית של העיקול דומה למה שכתוב בסעיף לגבי הערת האזהרה. אם נושה הטיל עיקול על מקרקעין, הרשם אינו יכול לרשום הערת אזהרה הנוגדת את העיקול. הנכס לא בורח ואיש אינו יכול לעשות בו עסקאות. בשלב השני, הנושה יוכל למכור את הנכס ולהיפרע מהחייב. הכוח שיש להערת אזהרה דומה לכוח שיש לעיקול בכך שהוא לא מאפשר ביצוע עסקאות נוגדות.

ההגנה שמספק **סעיף** **127(א)** היא פרוצדוראלית בלבד. זה לא מספיק ולכן הוסיפו את סעיף **127(ב**) שמגן גם מפני עיקול וחדלות פירעון. כל עיקול שיבוא אחרי הערת אזהרה, בעל ההערה יהיה קודם למעקל. אם הבעלים נכנס לחדלות פירעון הסעיף מגן על הקונה כך שהדירה לא תעמוד למכירה ותחולק בין הנושים.

ניסים נ' דניאלי- צד אחד תבע את עורך דינו על כך שהתרשל ולא רשם הערת אזהרה על שמו כיוון שהיו רשומות כבר הערות אזהרה אחרות.

כך גם בעיקולים. ייתכן שיהיו מספר עיקולים על אותו הנכס, שכן אם העיקול הראשון יתבטל, העיקול השני ישמור את הנכס מביצוע עסקאות לטובת המעקל השני.

בעקבות הפסד, פורש **סעיף 127(א)** כך שלא תירשם **עסקה סותרת,** אך **הערת אזהרה סותרת כן תירשם**. אם חוזה נכרת ורק לאחר מכן מגלים הערת אזהרה לרשם אסור לרשום עסקה נוגדת, אך הוא רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת ג'. כלומר, הרשם לא יכריע בעימותים בין עסקאות, אלא רק בהמ"ש ע"פ ס' 9.

**ההשלכה המשפטית של העיקול**: דומה למה שכתוב ב-**127(א)**. עיקול על נכס מונע מרשם המקרקעין לרשום עסקה הסותרת את העיקול. על כן עיקול לא מאפשר לחייב לעשות עסקאות והנכס נשאר מובטח למעקל.

במקרה ובו נכרת חוזה בין א' לב' (אשר גם רשם הערת אזהרה) אך לאחר זמן א' נכנס לחדלות פירעון ומתמנה לבעל תפקיד- כונס נכסים- שתפקידו לרכז את נכסיו ולמכור אותם לשם פירעון החובות. לפי **סעיף 127(ב)** ב' לא צריך לחשוש שא' ימכור את הנכס ויברח שכן רק המפרק יכול לפעול בנכסיו. במצב כזה ב' יצטרך לשלם לבעל התפקיד את יתרת התשלום על הנכס ורק אז יוכל לקבל את המקרקעין על שמו.

**הסיפא של 127 (ב)–** אם לבעל התפקיד יש כוח בשל סיבה טובה לבטל את העסקה בין א' ל-ב' אפילו אם היה רישום (זאת לפי דיני חדלות הפירעון), אז ברור שבעל התפקיד יכול לבטל גם הערת אזהרה שנרשמה אם יש סיבה טובה לכך (למשל, אם מדובר על הברחת נכסים).

פסד שגיב נ' וולבלסקי- (לא בחומר) קבלן לא סיים לבנות אבל הספיק למכור דירה אחת שבעליה רשמו הערת אזהרה. ביהמ"ש קובע כי אם מדובר בהתחייבות חוזית שלא השתכללה לזכות קניינית- אז בעל התפקיד רשאי לבטל את הערת האזהרה מפני שזהו "נכס מכביד" (מושג מדיני חדלות פירעון) הקונה יהיה רשאי לתבוע בגין הפרת חוזה.

**לסיכום**- בפסיקה ובספרות מתבטאים ש**127(א)** מעניק למוטב הגנה פרוצדוראלית ו**127(ב)** הגנה מהותית. רישום הערת אזהרה היא הגנה פרוצדוראלית כי היא מונעת מהרשם לרשום עסקה נוגדת, והיא מהותית כיוון שהיא קובעת שהמוטב לפי ההערה קודם על פני הנושים במצב של חדלות פירעון של המוכר.

נציין כי גם אם הערת האזהרה מגינה מפני עיקולים ומפני חדלות הפרעון, עדיין יש לבעל ההערה תמריץ שלא להישאר בעל הערה בלבד אלא להירשם כבעלים. לצורך דיני העסקאות הנוגדות ולצורך תקנת השוק, מצבו של ב' יותר טוב אם יש לזכותו רישום מלא ולא רק הערת אזהרה.

הערת אזהרה- זכות קניינית?

לכאורה, ניתן להגדיר גם את הערת האזהרה כזכות קניינית כיוון שיש לה את התכונות הקנייניות של **עדיפות** (על נושים אחרים במצב של חדלות פירעון, כפי שמורה 127(ב)) ו**עקיבה**. הפסיקה התלבטה בשאלה זו במספר פסדים.

פסד בנק המזרחי נ' רוזובסקי איטונג- התעוררה השאלה האם הערת אזהרה כשלעצמה היא סוג של שיעבוד? (דבר המחייב את רישום הערה גם אצל רשם החברות). שעבודים שעושה חברה טעונים רישום כפול. בפרקטיקה היה מוסכם שמשכנתא של חברה טעונה רישום כפול אך איש לא חשב כך לגבי הערת אזהרה. ביהמ"ש קובע שהערת אזהרה היא סוג של שיעבוד כיוון שהיא נכנסת להגדרות המצויות בחוק החברות. לכן אין להסתפק במרשם ברשם המקרקעין ויש לרשום אותה גם ברשם החברות- שאם לא כן, השיעבוד לא יהיה תקף כלפי שאר הנושים.

בית המשפט לא התבטא בצורה חד משמעית אך דבריו נתנו להערת האזהרה גוון של זכות קניינית. הוא קבע שהערת אזהרה היא סוג של שיעבוד כיוון שמוטב הערת האזהרה זכאי לעדיפות על פני נושים אחרים, שהיא התכונה העיקרית של שיעבוד. אולם היא אינה שיעבוד משוכלל שכן אין לה את תכונת העצמאות.

יש הערת אזהרה גם על משכנתא. לפני רישום המשכנתא יש התחייבות של א' לרשום הערה כלפי ב'. לכן יכולה להיות הערת אזהרה המקדימה משכנתא/ העברת בעלות/ שכירות (כל עסקת מכר) וכל הערת אזהרה כזאת היא שיעבוד.

מיד לאחר הפסד, הכניס המחוקק תיקון מיידי **127(ב1)**- הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין." שכן פסק הדין סתר את הנהוג בפרקטיקה (אפילו רשם החברות לא חשב שהערות האזהרה צריכות להירשם אצלו) ועורר בעיות מפני שביטל רטרואקטיבית את כל הערות האזהרה שלא היו רשומות ברישום כפול.

התיקון הוא הוראה מיוחדת ששינתה את פסד רוזובסקי וקבעה שהערת אזהרה מספיקה ברישום בטאבו. בכך, המחוקק נתן תוקף למנהג שלא לרשום רישום כפול.

המחוקק לא ביטל את הקביעה שהערת אזהרה תחשב לשיעבוד לצורך סעיפים מסויימים, אך לצורך רישום כפול, הערת האזהרה אינה נחשבת לשיעבוד. (אם זו הערת אזהרה על משכנתא, אז מספיק לרשום בטאבו, אבל לאחר רישום המשכנתא מדובר במשכנתא רגילה שלקחה חברה ויש לרשום אותה רישום כפול.)

\*לאחר תיקון החוק, אין רלוונטיות לשאלה האם הערת אזהרה היא זכות קניינית או לא שכן המחוקק מתייחס להערת האזהרה באופן ספציפי.

הערת האזהרה אינה זכות קניינית- נכון הדבר שיש לה עקיבה ועדיפות אך היא בעלת תוכן שלילי (מניעה לבצע דברים, אין לרשום עסקאות נוגדות) ואילו זכות קניינית היא כזאת הנותנת לבעליה זכות שימוש פוזיטיבית, חיובית. לכן זו אינה זכות קניינית.

**הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה**

ייתכן מצב שבו לב' יש הערת אזהרה כלפי א' והוא ירצה למכור את הנכס לג'. זהו מצב שבו המתחייב אינו הבעלים בעצמו. לב' אין זכות קניינית רשומה כי אם זכות חוזית כלפי א' אשר עליה הוא רשם הערת אזהרה. זוהי בעיה שכיחה מאוד בארץ, בעיקר בהקשר של עסקאות קומבינציה.

לב' יש ביד הערת אזהרה (ולא זכות קניינית) והוא כורת חוזה עם ג' להעביר לו את המקרקעין. השאלה בפסיקה היא האם על סמך ההתחייבות הזאת יכול ג' ללכת לטאבו ולרשום הערת אזהרה על זכותו?

הדבר עולה בעיסקאות קומבינציה שם השחקנים הם: הבעלים הרשום של המגרש, הקבלן ורוכשי הדירות. איך זה עובד? הקבלנים מעוניינים לבדוק מי הבעלים הרשומים ע"מ לבנות בהם בניין. הקבלן יכול לבנות נניח 20 דירות באותו שטח, ולפי מספר הדירות שניתן לבנות בשטח, נקבע מחיר השטח. כיוון שקשה לקבלן לקנות את השטח הוא מציע לבעלים עסקה כזאת- אני אבנה פה בניין. אתה תקבל מספר דירות ואני אמכור מספר דירות אחר בשוק החופשי. אם בעל הקרקע מסכים לכך, נכרת חוזה קומבינציה. לפי החוזה הזה, בעל הקרקע לא מתעתד להעביר את כל הבעלות לקבלן, אלא רק חצי (לפי הדוגמה שלנו). הבעלים לא מוכן להעביר 50% מהבעלות לב' כל עוד לא קיבל את הדירות המוגמרות- הדבר לוקח זמן רב. במשך כל הזמן הזה, לקבלן יש רק הערת אזהרה. הקבלן רוצה למכור את הדירות והקונים (והבנק שלהם) רוצים שתירשם לזכותם הערת אזהרה. האם ניתן לעשות זאת?

עד אמצע שנות ה90 היה **סעיף 126** ניסוח מקוצר "כי בעל זכות במקרקעין" והרי לא אחת ראינו כי בעל זכות במקרקעין= בעל זכות קניין במקרקעין. ניתן היה לומר שהערת אזהרה היא זכות קניינית ולכן כדי למנוע בלבולים, הסעיף שונה בעקבות רוזובסקי כך שהשאלה האם ההערה היא זכות קניינית או לא כבר לא רלוונטית מפני שלפי **סעיף 126,** אין הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה. התיקון לסעיף מפרט בדיוק מיהם הזכאים לרשום הערת אזהרה. המחוקק טיפל בעניין באופן ספציפי, ויותר לא רואים את השאלה צפה בפסיקה.

השאלה הפרקטית- הפסיקה גרמה לכך שהקבלן לא יכול לרשום הערת אזהרה על שם הקונים. מה עושים? לאור התיקון בחוק שב' לא יכול לרשום הערת אזהרה כלפי ג', מה שקורה זה שא' מסכים שתירשם הערת אזהרה כלפי ג' והבנק שלו. כלומר, כדי לרשום הערת אזהרה לג' צריך את האישור של א'. לכן בחוזי הקומבינציה מוכנס סעיף האומר שא' מסכים לרשום הערת אזהרה על שם כל הג'ימלים שיבואו. אם א' לא יסכים, אף אחד לא יקנה את הדירות, אז לא יהיה לב' את המימון הדרוש לו לצורך בניית הדירות וקיום ההתחייבות החוזית שלו כלפי א'- להביא לו דירות בנויות. לכן, לכולם יש אינטרס שא' יסכים לרישום ההערות.

**ע"א 558/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי** משכנתא היא שעבוד הטוען רישום כפול בטאבו וברשם החברות. ביהמ"ש קבע כי ההגדרה הרחבה של שיעבוד כוללת גם הערת אזהרה. לפי סעיף 127 לחוק המקרקעין מספיק לרשום הערת אזהרה בטאבו ואין צורך ברישום כפול גם ברשם החברות.

**ע"א 2590/90 נסים נ' עו"ד דניאלי** סעיף 127 מונע רישום עסקה נוגדת אך מאפשר רישום הערת אזהרה הסותרת הערת אזהרה קודמת. הרשם מצווה לרשום את הערות האזהרה אף אם הן סותרות וביהמ"ש יכריע. בנוסף נקבע כי אי רישום הערת אזהרה ע"י עו"ד מהווה רשלנות.

**רע"א 3838/10 יפתח בנאי ובניו ניהול אחזקות (1995) בע"מ נ' כולל אברכים חיפה** בית המשפט משתמש בהערת אזהרה כסעד ביניים ע"מ להקפיא את מצב הזכויות הנוכחי.

**תקנת השוק**

בתקנת השוק משחקים לנו שלושה שחקנים:

1. בעלים מקורי- בעל הבעלות
2. מוכר
3. קונה

הייחודיות של מקרי תקנת השוק הוא שבין א' לג' לא נערך שום הסכם וב' משתלט שלא כדין על הזכויות של א'. הוא נוהג למכור את הזכויות הלא חוקיות הללו לג'. ב' עשה מעשה שלא כדין וניתן לתבוע אותו. ג' יכול לתבוע את ב' על שמכר לו נכס שאינו שלו. (עילת התביעה תהיה אי התאמה משפטית, המעוגנת **בסעיף 18 לחוק המכר**). הבעיה היא שבדרך כלל ב' נעלם ומשאיר את א' וג' בשטח. שני הצדדים הללו צודקים ואינם אשמים בדבר- אז איך מכריעים ביניהם?

בדיני הנזיקין ישנה אפשרות לחלק את הנזק בין השניים ע"י האשם התורם. גם בדיני החוזים נכנס רעיון זה לאיטו. בדיני הקניין אין זה כך. צריכה להיות כאן הכרעה חד משמעית והטלת ההפסד תהיה על אדם אחד. עקרונות דיני הקניין היו אמורים להוביל אותנו לצידו של א'. הזכות הקניינית יפה כלפי כל העולם וההגנה על זכות זו אמורה להיות אבסולוטית. אמירה זו אינה נכונה לחלוטין. לעיתים נסטה ממנה לצורך איזונים בין עקרונות שונים. עיקרון הנגד מכונה כיום במשפט "תקנת השוק". פירושו של מושג זה הוא עידוד המסחר, שאנשים יוכלו לרכוש נכסים בלי לחשוש יתר על המידה שהנכס יהיה גנוב.

תקנת השוק יותר מתאימה למיטלטלין, שכן שם אנו מעוניינים לעודד עשיית עסקאות מהירות. לא יהיה מעשי לדרוש שתעשנה חקירות לגבי כל פריט שאנו קונים. במקרקעין אין זה כך. עסקת מקרקעין נעשית בקצב איטי יותר תוך בדיקות שונות.

**סעיף 10 לחוק המקרקעין**- רכישה בתום לב- זה דומה לתקנת שוק. אין שימוש במילים אלו בדיוק כיוון שהמקור להן הוא תלמודי ומתייחס למיטלטלין. בנוסף, יש במסגרת הסעיף אלמנט חשוב של הסתמכות על הרישום. בגלל האמינות הגבוהה של המרשם יש חשיבות להסתמכות עליו. אחד התנאים עבור ג' יהיה שהוא הסתמך על המרשם בטאבו לפני שקנה את הנכס מב'. התוצאה של סעיף 10, שלפעמים ג' גובר על א', נשענת על האמינות הגבוהה של הרישום.

**סעיפים חשובים העוסקים בתקנת השוק- 34 לחוק המכר, 10 לחוק המקרקעין ו5 לחוק המשכון.**

ישנו הבדל שהפסיקה גורסת שיש ליישם בין תקנת השוק במקרקעין לבין תקנת השוק במיטלטלין:

הוראות תקנת השוק 10 ו34 קובעות שבהתמלא תנאים מסויימים, תחול תקנת השוק ונפסוק לטובת ג' על חשבון א'. החקיקה מחפשת איזון ראוי בין א' לג', ע"י מתן פרשנות צרה/ רחבה. ג' יזכה להגנה אם התמלאו כל התנאים ש**בסעיף 10 לחוק המקרקעין**. כך גם במיטלטלין אם יתמלאו תנאי **סעיף 34**.

פס"ד סונדרס מראה כי הנטייה במקרקעין תהיה לפרשנות צרה יותר של **סעיף 10.** ככל שפרשנות הסעיף תהיה צרה ודווקנית יותר, כך ההגנה על זכות הקניין והאינטרסים של א' תהיה רחבה יותר. בסונדרס וארטפלד נראה כי אכן נפסק לטובת א' בשל אותה פרשנות דווקנית.

**סעיף 10-** "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון" האמינות של מקרקעין מוסדרים גבוהה יותר משל מקרקעין שאינם מוסדרים.

**סעיף 125- כוח ההוכחה של רישום-** (א) רישום במקרקעין מוסדרים מהווה *ראיה חותכת* לתוכנו- קרי הרישום מדויק. (ב)- רישום במקרקעין לא מוסדרים מהווה *ראיה לכאורה*- מהימנות נמוכה יותר.

לפי הסעיף, הסתמכות על מרשם מקרקעין מוסדרים זה תנאי הכרחי אך לא מספיק להתקיימות תקנת השוק (שכן **סעיף 10** דורש שלושה אלמנטים לצורך קיום תקנת השוק) לכן מה שכתוב **בסעיף 125** אינו סופי ומוחלט.

רק מי שרכש בתמורה יוכל להתגבר על א' וזאת משיקולי צדק פשוטים. הפסיקה לטובת אחד הצדדים תגרום לכך שהשני יפסיד כסף, אם מדובר במתנה זה פחות נורא. גם הגורם של הסתמכות על המרשם ועידוד המסחר יגרום לכך שנפסוק לטובת א' במקרה של מתנה. בכל תקנות השוק יש דרישה של תמורה- שהעסקה בין ב' לג' תהיה עסקת מכר ולא עסקת מתנה.

במקרה שג' עוד לא נתן את התמורה בפועל. או שאם היא ניתנה (כמו צ'ק למשל) ועדיין ניתן לבטל אותה- כל אימת שג' חושף את הבעיה והוא עוד לא שילם, לא ניתן לו להתעקש והוא לא יהיה ראוי להתגבר על א' בנסיבות הללו.

אלמנט התמורה הוא כזה שבכל מקרה שבו נוכל לפסוק לטובת אחד הצדדים ומבלי שהשני יפגע- כך נעשה. לכן במקרים של מתנה או של עסקה שג' יכול היה לבטל, נפסוק לטובת א'.

דרישת תום הלב בתקנות שוק היא דרישה סובייקטיבית בדרך כלל. אין מדובר בדרישה אובייקטיבית. מה הפירוש? ייתכן שאדם אחר שהיה עומד במקום ג', האדם הסביר, היה מרגיש שיש משהו לא כשורה. אך אם ג' לא הרגיש- הוא היה תם לב. תום לב סובייקטיבי משמע שגם רשלן יכול להיחשב כתם לב. פזיזות, לעומת זאת, תשלול את תום הלב.

(תום לב סובייקטיבי ואובייקטיבי מוצגים בתיאוריה כשני מושגים רחוקים. בפרקטיקה ההבדל אינו רחוק כל כך שכן השופט אינו בוחן כליות ולב והוא יחליט על תום הלב הסובייקטיבי ביחס לאדם הסביר, האובייקטיבי)

עוד נאמר **בסעיף 10** "ובהסתמך בתום לב על הרישום". אם ג' היה תם לב, שילם תמורה, והמקרקעין היו מוסדרים אבל הוא לא הוציא נסח- לא נלך לקראתו. עושים זאת ע"מ לעודד את הציבור לתת אמון וחשיבות למרשם.

חשיבות המרשם באה לידי ביטוי בסיפא של הסעיף "אף אם הרישום לא היה נכון" כלומר, הולכים לפי הנסח גם אם הייתה טעות במרשם עצמו. בשני הפסדים ב' השיג רישום של מקרקעין על שמו שלא כדין והקרקע עברה לשמו למרות שלא נעשתה עסקה בינו לבין לא'. (בסונדרס- נודע לו כי בעל המקרקעין יושב בחו"ל. בהרטפלד- הוא שמע כי מישהו נפטר וזייף שהוא אחד מהיורשים). מה שמייחד את שני המקרים האלו הוא שאפשר ליהנות מתקנת השוק אף על פי שהמרשם לא היה נכון.

אנו מפרשים את תקנת השוק בצורה דווקנית וכל המקרים שסעיף 10 לא מכסה- יוטו לטובת א'. יש לציין שהמחוקק, בסעיף זה, מתייחס רק למקרים בהם הרישום לא היה נכון.

**סעיף 10** מהווה חידוש משום שהוא **סוטה מעקרונות דיני הקניין**: עקרונית, אדם יכול להעביר את כל הזכויות שלו או פחות מהזכויות שיש לו- זכויות קניין נמוכות יותר. אך **לפי ס' 10, אדם יכול להעביר לאדם יותר ממה שיש לו!**

**סעיף 10** מגן על רישום לא מדויק, אך יש זכויות קניין שאינן טעונות רישום כלל. כמו ירושה ושכירות קצרה. ניקח מקרה שבו א' הוא הבעלים, ב' שוכר וג' קונה. ג' רוכש את המקרקעין מא' בלי לדעת שב' שוכר אותם. אם השכירות היא ארוכה וב' לא דאג לרישום הזכות לטובתו, הרי שהמרשם לא היה מדוייק ותחול תקנת השוק- ג' יקבל זכות נקיה. אך אם מדובר בשכירות קצרה, תקנת השוק לא תגן על ג'- היא תגן רק על מקרים בהם הרישום לא מדויק, או נרשם בצורה לא מדויקת. שכירות קצרה לא טעונה רישום ולכן לא ניתן להגיד שמסתמכים על נכונות המרשם.

* הערת אזהרה לא ממלאת את דרישת הרישום של **סעיף 10**. המכנה המשותף לכל תקנות השוק הוא שג' צריך להשלים את הקניין (חשין בהרטפלד)

שני פסקי הדין פירשו את 10 בצורה צרה, הגורמת לכך שגם ג' הזהיר ביותר שמבצע את כל מה שצריך מבחינה משפטית עשוי ליפול! מכוח פרשנות הפסיקה של סעיף 10- (אולי היא פרשנות לא ראויה אך לא תיקנו אותה) הדבר עשוי להתרחש בשלב הביניים שבין השלב החוזי לקנייני: לעיתים חולפים שבועות וחודשים עד שנרשמת הזכות במרשם ויש סיכוי שיגיע ג' במסגרת הזמן שבין לבין ויגלה שהמקרקעין "נגנבו" עוד לפני שהן נרשמו. הפסיקה אומרת שמי שרכש זכות במקרקעין זה לא מי שכרת חוזה, אלא רק מי שהשלים את תהליכי הרישום והערת אזהרה לא מספיקה. תקנת השוק תחול רק על מי שהשלים את הרישום. **(זה קצת לא הוגן כיוון שיש אנשים שבמשך שנים לא מקבלים את הרישום וזה בכלל לא באשמתם אלא באשמת המנהל הדבילי הזה-ואז הם ידפקו כי הם לא נכנסים לגדר סעיף 10)**

אם ג' לא שילם את כל התמורה, הוא לא יוכל ליהנות מתקנת השוק מכיוון שעוד אין לו קניין. מבחינה פרקטית, זו אינה טענה חזקה מספיק כיוון שייתכן שג' כבר שילם את רוב התמורה. אך מבחינה מהותית הטענה קובעת כי בלי קניין אין אפשרות ליהנות מתקנת השוק. **הלכת הרטפלד**.

פ"ד סונדרס- מדבר על כך שתום הלב צריך להיות עד להשלמת השלב הקנייני. העסקה בין ב' לג' היא עסקה במקרקעין אשר מסתיימת רק עם הרישום בטאבו, דבר שעשוי לקחת זמן רב. אם עד למועד הרישום מרגיש ג' כי יש כאן תרמית (כפי שקורה בפסד)- עליו לבטל את העיסקה שאם לא כן הוא אינו תם לב ותקנת השוק לא תגן עליו.

גישה זו מטה את הכף לטובת א' ומשתלבת עם הגישה במקרקעין לפיה יש לצמצם את תקנת השוק כדי לא לפגוע בקניין.

נסכם אם כן- **תנאי תקנת השוק במקרקעין:**

* "במקרקעין מוסדרים"- מעין דרישת סף. זאת מפני שאמינות המקרקעין המוסדרים גבוהה יותר.

**תמורה-** שג' שילם את מלוא התמורה. בעסקאות מתנה/ בירושה לא תחול תקנת השוק

**תום לב-** תום לב סובייקטיבי של ג' לכל אורך התהליך, עד לגמר הרישום (סונדרס)

**רישום-** צריך שהרישום יושלם (הרטפלד) הערת אזהרה אינה נחשבת כרישום

**ע"א 2267/95 בא כוח היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד** המונח "זכות במקרקעין" בסעיף 10 משמעה זכות קניינית בלבד ולא זכות חוזית. הדבר מצמצם את תקנת השוק מפני שג' שלא הספיק/ יכול היה להירשם לא יזכה להגנה וא' יגבר עליו. הערת אזהרה אינה נחשבת כרישום.

**ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס ואח'** תום הלב נדרש עד למועד השלמת הקניין. אם כשג' השלים את הרישום הוא לא היה תם לב, הוא לא יזכה ליהנות מתקנת השוק. גם כאן יש צמצום של תקנת השוק והגנה על בעל הקניין.

**י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 310 – 320**

לאור נפקותה של הגדרת מקרקעין כ"מוסדרים" מתעוררות השאלות האם שיטת המרשם מהווה ערובה לכל זכות הרשומה בטאבו, והאם ניתן לתקן רישום מוטעה. תשובות שונות ניתנו לשאלות אלה ע"י גישת ה"שריון המיידי", שלפיה החוק ערב לזכותו הרשומה של הרוכש, וע"י גישת ה"שריון הדחוי", שלפיה החוק ערב לזכותו הרשומה של המוכר, אשר ממנה נגזרת תקפות זכותו של הרוכש. לפי הגישה האחרונה, ההכרה בזכותו של בעל הזכות בקניין מתקיימת רק בדיעבד, בעוד שע"פ הגישה הראשונה הזכות תקפה מרגע רישומה. בשיטתנו, צירוף ההוראה הגורפת של ס' 125 לחוק המקרקעין עם הסייג שבסעיף 10 מוביל לכך שהשריון המיידי חל רק על מי שרכש מקרקעין בתמורה ובתום לב ובהסתמך על הרישום.

"תקנת השוק" מגנה על מי שהסתמך על רישום שהתגלה כשגוי, אך לא על מי שנפל קורבן לזיוף או לתרמית בעוד שהרישום היה נכון. הרישום יגן על מי שירכוש את הזכות מן הרוכש, כלומר שזכותו תוכר בדיעבד בלבד (שריון דחוי), ואכן, ההנחה כי המרשם המשקף את הזכויות אינה גורע מן האפשרות לתקן את הרישום. עם זאת, בשיטות אחרות תיתכן הכרה בכוחה של תקנת שוק מכוח מרשם גם במקרי תרמית, בכפוף לתום הלב של הרוכש, ומכאן שבשיטות אלה השריון חל על כל היבטי העסקה. תקנת שוק רחבה כאמור יצרה צורך להקים קרן פיצויים לנפגעיה, בעוד שבשיטתנו יבוא עזרם מעילות בעשיית עושר ולא במשפט או בנזיקין. שיטת שריון דחוי זו מתמרצת את הקונה לבדיקה קפדנית של כל היבטי העסקה, ויש מן היעילות בהטלת העלויות עליו.

מגבלה נוספת שהוטלה בפסיקה על תקנת השוק היא שרוכש הנכס בתום לב זמן קצר לאחר רוכש באמצעות תרמית לא יוגן, מאחר והסתמך על ייפוי הכוח שהיה בידי קודמו, ולא על הרישום. על כך ניתן לטעון כי כל רוכש מסתמך מכללא על שורת מסמכים שאפשרו את העסקה שקדמה לשלו, ולכן אין משך הזמן שחלף בגדר שיקול, בניגוד לתום הלב של הקונה. שאלה נפרדת היא האם עסקה בה מיופה כוח של הבעלים הרשום מעביר את הממכר ראשית על שמו ורק לאחר מכן על שם הקונה, מעלה חשד לחוסר תום הלב מצד האחרון, מאחר וגלגול נוסף זה מאפשר, כאמור, הכרה בזכותו גם אם יתגלה שייפוי הכוח מזויף. ניתן לטעון כי בחירה באופציה זו, הבטוחה יותר מבחינה משפטית, אינה מעידה כשלעצמה על חוסר תום לב.

יש לציין כי הסתמכות תקפה יכולה להתבסס רק על המרשם גופא, וכי תקנת השוק אינה פוגעת בזכויות שאינן טעונות רישום (כגון שכירות קצרה או זיקת הנאה מכוח שימוש), מאחר ואין ברישום השגוי בכדי ליצור מצג כלשהו לגבי קיומן. כמו כן, מתוך מהימנותו הגבוהה של המרשם במקרקעין מוסדרים נגזר שבכאלה לא תיתכן טעות באשר לתחומי הבעלות, ושמי שמחזיק במקרקעין כאלה מבלי להיות רשום אינו יכול להיות הבעלים. לסיכום, בעוד שלגבי מקרקעין מוסדרים בכלל פועל "רישום זכויות", המרשם בעניינם מאפשר להפעיל את תקנת השוק רק בשיטת ה"שריון הדחוי".

**תקנת השוק במכר מיטלטלין**

אף על פי **שחוק המכר** חל על כלל סוגי הנכסים וכולל בתוכו זכויות, תקנת השוק של **סעיף 34** חלה על מיטלטלין בלבד. משמע שעל זכויות חוזיות הנוגעות למקרקעין לא חלה תקנת שוק. זוהי נפקות משמעותית ביותר מפני שמצב הרישום הממושך של המנהל משאיר קונים רבים בלא רישום כאשר המדינה היא א' והשאר הם חוכרים שאינם רשומים עדיין בטאבו. פשוט אין תקנת שוק.

**ס' 34 לחוק המכר**-תקנת שוק: תקנת שוק מטרתה לאזן בין א' לג'. נניח ויש את א', בעלים מקורי, ב'-גנב, ג'- רוכש תם לב. יש עימות בין זכות הקניין להוגנות המסחר. אנו מעוניינים לעודד מסחר מהיר ופשוט במיטלטלין. לא יהיה זה הגיוני לדרוש שבכל פעם שאדם רוכש מיטלטל יהיה עליו לערוך בירור מקיף. ע"כ תקנת השוק קובעת כי זכות הבעלות שמועברת לג' היא "נקייה" למרות שב' המוכר לא היה בעל הזכות בעצמו כי אם גנב.

**תנאי תקנת השוק במיטלטלין:**

1. **תמורה-** אינה מובאת במפורשאך מובנת מלשון הסעיף "נמכר נכס נד".
2. **תום לב-** סובייקטיבי(מקל על ג')
3. **השלמת קניין-** ישנה דרישה להשלמת הקניין וכיוון שאנחנו במיטלטלין אז מדובר בתשלום+ קבלת ההחזקה (אלא אם כן הצדדים קבעו אחרת).
4. **מכירת נכסים מסוג הממכר-** אם מפרסמים למשל "מכונית יד שניה מרופא"- רופא לא עוסק במכירת נכסים מסוג הממכר. ייתכן ולצורך תקנת השוק יהיה פשוט יותר אם המכונית נקנתה במגרש מכוניות.
5. **במהלך העסקים הרגיל-** יש בכך הקבלה לתום הלב ולכן, אם העסקה נעשית באישון לילה שלא כמקובל, לא תחול תקנת השוק**.**

עבירת הגזל- עילה הקמה ב**סעיף 52 לפקודת הנזיקין** ולפיה יש לא' תובענה נזיקית כלפי ג' אם הוא רכש מב' נכס גנוב, גם אם הדבר נעשה שלא בזדון ובתום לב. **סעיף 53 לפקודה** הוא תוספת שהוכנסה לאחר חקיקת **חוק המכר,** "הגנה מיוחדת"- "... תהא הגנה לנתבע, אם קנה את המיטלטלין בתום לב בהתאם לסעיף 34 לחוק המכר". כלומר, בהתמלא תנאי תקנת השוק, הזכות המועברת לג' היא "נקיה" והוא אינו חשוף לתביעה נזיקית/ קניינית.

**בהצעת חוק דיני ממונות** מובאת גישה שונה ולפיה א' יוכל להוציא את הנכס מג' בתנאי שהוא יחזיר לו את השקעתו, כך שג' לא יפסיד. הדבר משמעותי בעיקר בנכסים שהם בעלי ערך מוסף בעבור א' כמו טבעת אירוסין או סכו"ם של סבתא.

פ"ד כנען נ' ממשלת ארה"ב- מקרה בו התמלאו תקנות השוק במלואן, אך כיוון שהא' במקרה הזה הייתה ממשלת ארה"ב, נעשה מאמץ מצד השופטים להגיע לתוצאה הרצויה. נקבע כי תקנת השוק נועדה למקרים שבהם נעשו דברים שלא כדין (רמאות, זיוף) ולא למקרים של טעות משותפת ולכן היא אינה חלה במקרה זה והבעלים של התמונות הם ממשלת ארה"ב. **סעיף 14 לחוק החוזים** גויס לטובת המטרה שיועדה מראש. במסגרת פ"ד נבחנה מהי תמורה- ועוות המושג המקורי.

בעקבות **סעיף 34** או מגלים כי גם זכות הקניין התקפה כלפי כולי עלמא, אינה מוגנת בצורה מוחלטת. תקנת השוק אומרת שאם לא' נגנב הקניין הוא עשוי לאבד אותו לטובת ג'. הדבר מצמצם את הפער שבין הזכות הקניינית לחוזית, אפיון הזכות הקניינית לא הכי מדוייק שכן תקנת השוק מביאה לביטולה.

פסד רוזנשטרייך- מקרה נוסף בו יכולה להתקיים תקנת השוק הוא כאשר בעל נכס ממושכן מעביר את הבעלות עליו מבלי שהנושה המובטח ידע על כך. (א'- מקבל המשכון, הנושה המובטח. ב'- הבעלים. ג'- רוכש תם לב). העסקה הראשונה היא בין ב' הבעלים לא' הנושה והיא עסקת משכון שנרשמת ברשם המשכונות/ החברות ומאפשרת לב' להמשיך ולהחזיק בנכס. העסקה השנייה תהיה בין ב' לג' הקונה תם הלב, והיא יכולה לעמוד בכל תנאי תקנת השוק. התחרות בין א' לג' היא כזאת:

* א' מעוניין להפעיל את זכות המשכון שבידו כך שאם ב' לא פורע את החוב כלפיו הוא יהיה רשאי לממש את המשכון המצוי בידי ג'.
* ג' מעוניין שזכותו בנכס תהיה נקייה מהתחייבויות קודמות שאינן קשורות אליו.

תקנת השוק קובעת לטובת ג', כי זכותו בנכס נקייה ומשוחררת מהשעבוד הקודם.

עולה השאלה האם ניתן לומר שג' הוא תם לב למרות שהמשכון רשום? ג' יכול היה לבדוק בלשכת מרשם השעבודים המתאימה ולהימנע מכל העסק. מכאן ניתן להסיק כי תו"ל הוא תלוי מדיניות. קיומו של רישום נוגד אינו שולל את תום הלב מפני שמדובר בתו"ל סובייקטיבי.

המדיניות שמכתיבה את הדרישה לסובייקטיביות היא הצורך בביצוע עסקאות במהירות. לצורך כך אנו מוותרים על הדרישה לעיון במסמכים ובבדיקה האם כל מיטלטל הוא משועבד או לא. לכן בעת רכישת מיטלטלין ממי שמוכר את סוג הממכר ובמהלך יום העסקים הרגיל, ההלכה קובעת כי ניתן לרכוש ללא חשש שכן חלה תקנת השוק.

מה עושים במקרה ההיפותטי של אדם שרכש רכב מבלי לבדוק האם הוא משועבד? אין על כך פסיקה, אולם אין הוראה אחרת הסותרת את תקנת השוק. מבחינה פרקטית לא סביר שיתרחש מקרה כזה מפני שזה ידוע ומקובל שיש לבדוק רישום שעבוד במשרד הרישוי.

**תקנת שוק נוספת: ס' 5 לחוק המשכון**

**בהצעת חוק דיני ממונות** תקנת שוק זו מתבטלת אך עד שההצעה תתקבל, התקנה הזו קיימת.

מדובר על תקנת שוק במשכון (כאשר א'-בעלים מקורי ב'- מחזיק על דעת הבעלים ג'- מקבל המשכון).

האינטרס לקביעת תקנת שוק לטובת מקבלי משכונות נובע מהתפיסה המודרנית לפיה ההתנהלות והצמיחה במשק מבוססים על אשראי. יש לעודד מתן אשראי ע"י מתן ביטחון למלווים, אשר לא יתנו אשראי בהיעדר משכון. יש חשיבות לקביעת תקנת שוק במשכון, במקביל למכר ואף בתלמוד מופיעה תקנה מעין זו.

משכון נכס של אחר איננה בעיה משפטית אם היא נעשית בהסכמת האחר, והדבר אף מקובל בפרקטיקה (לדוגמה, אדם צעיר שנכנס לעסקים וממשכן נכסים של בני משפחה).

המקרה הפשוט בפרקטיקה הוא כאשר הממשכן והלווה הוא אותו אדם.

המצב המורכב יותר הוא מצב של ממשכן, חייב ונושה. נביא דוגמאות:

* א' נסע לחו"ל ונתן לב' לשמור עבורו על נכס מסויים (**תקנת השוק מתייחסת לנכסים נדים בלבד- לא למקרקעין)** וב' ממשכן את הנכס לג' מבלי ליידע את א'. (ב' לא היה רשאי לעשות זאת אולם לפעולתו יש נפקות משפטיתוהוא מקנה יותר ממה שיש לו- הוא מעביר זכות קניינית שאיננה ברשותו)
* דוגמה מדיני התאגידים- תאגיד לווה כסף מהבנק ובעל השליטה בתאגיד משכן נכס שלו לצורך הבטחת החוב.

תקנת השוק תעסוק במקרה בו ב' הממשכן עושה שעבוד לנכס בלא הסכמת הבעלים. א' וג' שרשאים לתבוע בעילות חוזיות או נזיקיות שונות את ב', מוצאים עצמם זה מול זה בעימות הקנייני. א' מעוניין לבטל את המשכון לחלוטין, בעוד ג' מעוניין להשאירו בתוקף.

**סעיף 5 לחוק המשכון** אומר שבהתמלא תנאים מסויימים תחול תקנת השוק אשר תשאיר את המשכון בתוקף ("יהיה כוחו של המשכון יפה לכל דבר") וג' יוכל להשתמש בו לצורך פירעון חובו במקרה הצורך.

ההבדלים בין תנאי תקנת השוק במכר לבין אלו של תקנת השוק במשכון:

"**מחזיק על דעת הבעלים**"- זהו ההבדל העיקרי. **האם המסירה הייתה רצונית?** במשכון, תקנת השוק תחול רק כאשר בעל הנכס בעצמו העביר/ הפקיד אותו בידי הממשכן שלא כדין. אם הממשכן גנב/ מצא את הנכס ואז משכן אותו- לא תחול תקנת השוק. לעומת זאת במכר, תקנת השוק תחול גם אם מדובר בנכס גנוב. התנאי הזה נובע מהרצון להגן ככל האפשר על בעל הזכות הקניינית, א'.

**תמורה**- אין דרישת תמורה מפורשת ב**סעיף 5** אך ניתן להבין שיש כזאת

**תום לב**- דרישה מפורשת בשתי התקנות. במשכון, רואים את תום הלב של ג' כמסתמך על ההחזקה. זוהי הגישה הישנה לפיה ההחזקה במיטלטלין היוו הוכחה לבעלות עליהם. ג' רואה שהנכס בהחזקת ב', הוא מניח שיש לו זכויות בנכס ועל סמך זה נותן אשראי. כיום המצב לא בדיוק כך.

**השלמת הקניין**- דרישה מפורשת בשתי התקנות

עוד הבדל בין תקנת השוק במכר ובמשכון הוא שבתקנה במשכון- הג' הטיפוסי הוא לרוב גוף פיננסי חזק, ולכן הנהנים הם לרוב גופים גדולים.

ההבדל הזה נובע מהחקיקה בשלבים של הקודיפיקציה: חוק המשכון והמכר התקבל ע"י 2 ועדות מומחים שונות בהיעדר תיאום ביניהן. ההבדל הוא ביסוד האשמה שבין המקרים- בתקנה במשכון א' הכיר את ב' ומסר לו את הנכס אישית ולכן אם ב' מעל באמונו זו מעט יותר אשמתו של א', מאשר אם ב' גנב ממנו את הנכס. **בסעיף 5 לחוק המשכון** יש השקפה מצומצמת יותר של תקנות השוק. החוק מעוניין לכפר על אי התיאום בין הסעיפים ולכן כנראה שתקנה זו תבוטל.אם התקנה תושאר- יידרש תיאום עם סעיף 34 לחוק המכר.

**ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ** ברכישת מיטלטל אין צורך לערוך בדיקה אפילו שהמרשם פתוח לציבור וע"כ גם אם קיים רישום נוגד שבדיקתו הייתה מאפשרת לעלות על הבעיה, הרוכש ייחשב כתם לב.

**דנ"א 2568/97 כנען נ' United States of America** ביהמ"ש לא רוצה להפעיל את תקנת השוק במקרה זה:

1. ברק- יש כאן "טעות משותפת" שמחייבת את ביטול החוזה מתוקף חובת תום הלב
2. אור- זכות העקיבה משתרעת לא רק על הנכס כי אם גם על זכות הביטול לכן הבעלים המקורי רשאי להפעילה

**עסקאות נוגדות**

קיים לא רק במקרקעין. הנושא קרוב לנושא תקנת השוק וע"כ קיבל את הכינוי "מעין תקנת שוק".

ההבדל בין תקנת השוק לעסקאות נוגדות: תקנת השוק שב**סעיף 10** עוסקת במקרים של בעל קניין מלא. הבעלים המקורי עשוי להיקלע למצב בו מוציאים ממנו את קניינו במרמה ובהתקיים תנאים מסויימים הוא יפסיד אותו. מצב שכיח הרבה יותר בפרקטיקה הוא עסקאות נוגדות, בהן ישנו מאבק קנייני בין שני צדדים כאשר לראשון בזמן אין ולא היה בכלל קניין. לרוכש הראשון יש רק זכות חיובית ביחס למקרקעין.

תיאור עסקאות נוגדות: ביום מן הימים התחייב א' להעניק לב' "זכות במקרקעין" (אין זה מחייב כי מדובר במכר. **סעיף 9** משתמש בביטוי "עסקה במקרקעין" ולפי **סעיף 6** הכוונה היא לכל סוגי העסקאות במקרקעין: בעלות, שכירות, זיקת הנאה, זכות קדימה וגם זכויות המוסדרות בחוקים אחרים)

העסקה הראשונה בזמן היא בגדר **התחייבות**. לאחר מכן הבעלים הרשום התחייב בהתחייבות, בעסקה נוספת, נוגדת, למול ג'. אנו נמצאים במצב של עימות קנייני. לב' וגם לג' יש עילה חוזית כנגד א'. כיוון שבדרך כלל א' נעלם, העילה החוזית נגדו לא תניב פירות ואנו נשארים עם העימות הקנייני בין שני הצדדים.

עסקה נוגדת אינה חייבת להיות מכר מול מכר. עסקה כזאת תהיה עסקה סותרת שכן אי אפשר לממש את שתיהן בו זמנית. עסקאות נוגדות משמעות הדבר שתי זכויות שאינן מבטלות זו את זו אך מצמצמות אחת את השנייה. למשל מכר וזיקת הנאה. נניח שאדם רכש קרקע אך יש עליה זיקת הנאה של זכות מעבר אשר מונעת ממנו לפתח את החלקה כרצונו. סעיף 9 חל בכל המצבים של העסקאות הנוגדות אך אנו נעסוק לרוב במכר מול מכר.

הכלל שמביא הסעיף הוא העדיפות בזמן. ב' יהיה עדיף על ג'. הוראה זו שונה מכל מה שראינו עד עתה שכן עד עתה עשינו חיץ ברור בין ההיבט החוזי לקנייני. העימותים מתרחשים, פרקטית, כיוון שלא נרשמה הערת אזהרה לטובת ב'. ואז גם ג' שעושה את הבדיקות הנחוצות לא יכול היה לעמוד על קיומו של ב'. הוא נכנס לחוזה ורק אחר כך מגלה שהוא מצוי בעימות עם איזה ב'. הכלל אם כן הוא שב' עדיף על ג'- למעט הסיפא.

**סעיף 9** מצמצם את הפער שבין זכות קניינית לזכות חיובית. הכלל הזה משנה את הבנתנו לגבי כוחו של החיוב שכן לב' יש ביד זכות חוזית בלבד שמהווה התחייבות מצד א' להעביר לב' זכות במקרקעין. זכות זו הייתה אמורה להיות תקפה כנגד א' בלבד, אלא שבא **סעיף 9** ואומר שב' עדיף על ג'. כלומר, ב' הוא בעל זכות חיובית ועדיין כוחו יפה נגד צדדים שלישיים (למעט ג' שעומד בתנאי הסיפא).

**בסעיף 10-** תקנת השוק- ישנו צמצום של הזכות הקניינית שכן ראינו שהיא לא תמיד יפה כלפי כולי עלמא. **בסעיף 9**- עסקאות נוגדות- מורחבת הזכות החוזית כך שהיא יפה כלפי אחרים גם אם לא כלפי כולי עלמא (ולא רק כלפי הצד השני לחוזה). ההבדל בין חיוב לקניין מצטמצם משני הכיוונים שכן שתי הזכויות יפות כלפי כולם למעט חריגים מסויימים.

**סעיף 9** הולך לכיוון של החלשת המרשם, בעוד ס**עיפים 7(ב)** ו**10** מחזקים אותו. זאת מפני שבתחרות העסקאות, **סעיף 9** נותן עדיפות לקונה הראשון גם אם הוא עוד לא רשם את הקניין לזכותו. מדובר רק על מצב בו העסקה בין א' לב' היא בשלב החוזי.

התנאים להתקיימות **סעיף 9 סיפא** והעדפת ג' על פני ב':

1. **תום לב** – סובייקטיבי (מקל על ג'). תום הלב צריך להיות לכל אורך התהליך (הגיע מסונדרס ונכנס לחקיקה) עצימת עיניים לא נחשבת לתו"ל
2. **תמורה**- התנאי לא מתמלא עם העסקה של א' כנגד ג' היא מתנה/ ירושה
3. **השלמת הקניין**- רישום לפי **סעיף 7(ב).** הערת אזהרה לא תחשב כרישום

אם לא התקיימו התנאים הנ"ל ב' בעל העסקה הראשונה בזמן, יגבר.

לא כתוב כיצד יתרחש המימוש בפועל של הזכות, אך לדברי ברק באהרונוב לב' יש תביעה ישירה נגד ג' לקבלת הרישום על שמו. מבחינה מהותית ב' גובר על ג' אך כיוון שלא התמלאו כל התנאים יש לב' תביעה ישירה כלפי ג' אף על פי שבמקור לא היה ביניהם שום קשר חוזי. מה שקורה זה שיש להם "תאונה משפטית" שאיש לא רצה שתגרם, א' רימה את שניהם.

במקרה שבו א' העביר לג' מקרקעין בעסקת מתנה, ג' לא ממלא את תנאי התמורה ואז ב' גובר על ג'.

דרישת תו"ל- לפי פסד ארוך נ' פריאנטי הדרישה לתום לב היא סובייקטיבית (בדומה לתקנת השוק). דבר זה מקל על ג'. עצימת עיניים אינה נחשבת לתום לב. מה נחשב לעצימת עיניים? איזה עובדות שג' יודע אמורות לגרום לו להתעניין יותר ו"לא לעצום עיניים"? קשה לומר, זה משתנה ממקרה למקרה.

**מעקל נגד קונה**

עד עכשיו ראינו עימות בין שתי עסקאות נוגדות. עימות נוסף שהעסיק את הפסיקה הוא של מעקל נגד קונה.

נניח במקרה שבו ב' עשה עם א' הבעלים הרשום עסקת מכר וכרגע הוא עוד לא רשום. כלומר אנו מצויים במצב של התחייבות לעסקה. ג' הוא נושה כספית בא' ורוצה להטיל עיקול על המקרקעין שלו. ג' יכול ללכת לטאבו ולרשום את העיקול לטובתו. עד לשנות התשעים סברו כי העימות הזה אינו קשור ל**סעיף 9**. זאת מפני שמבחינה מילולית לא מדובר בעסקאות נוגדות. התנאים הרשומים ב**סעיף 9** אינם מתאימים למעקל. גם אם מעקל רושם עיקול אין זה בגדר רישום קנייני, אלא רישום המונע עסקאות קנייניות. בעימות השכיח הזה אנו לכאורה מצויים מחוץ לחוק המקרקעין.

פסד בוקר נ הממונה על המרשם- הפסד עסק בדיוק בעימות הזה שבין מעקל לבין בעל זכות התחייבות, כאשר הקונה הוא הראשון בזמן לעיקול. תחילה היה חוזה בין א' לב' ואחר כך נושה של א' מטיל עיקול. הלכת בוקר באה והפעילה את **סעיף 7(ב)**. הפסד חידד מאוד את ההבחנה בין חיוב לקניין ושם נפסק כי היות ולב' אין קניין אלא רק חיוב לטובתו, אז הקניין שייך עדיין לא' ולכן נושה של א' יכול להטיל עיקול. ב' כבר יצטרך לשבור את הראש מול א'. העימות הזה בין מעקל לקונה הוכרע לטובת המעקל. בית המשפט אף הוסיף ואמר שגם הערת אזהרה לא הייתה עוזרת לב' במקרה הזה. כיום דבר זה לא היה עולה בדעתנו כיוון ש**סעיף 127(ב)** כותב מפורשות שהערת אזהרה גוברת על עיקול, אך הוא הוסף מאוחר מדי.

הלכת בוקר לא הייתה ניתנת ליישום היום שכן אין זה הגיוני שאדם ששילם את מיטב כספו על המקרקעין יהיה חשוף לעיקול לא לו רק בגלל שהרישום מתעכב.

**לפני התיקון המצב היה שאם לב' אין הערת אזהרה, הזכות של ב' היא זכות חיובית טהורה. לאחר התיקון, לאחר הלכת בוקר והוספת התיקון – אם ישנה הערת אזהרה אז זה גובר על העיקול.**

פסד אהרונוב- היה מקרה של ב' בשלב החיובי ואחרי זה נושה של א', ג' שרצה להטיל עיקול. לטובת ב' לא הייתה הערת אזהרה. אם היינו הולכים לפי הדין הקודם, ג' היה גובר. בפסק הדין ב' הייתה האישה וא' הבעל והם היו במצב של פירוק הנישואים. הוסכם שהגבר יעביר את הבעלות לרשות האישה והיא תעביר לו את התמורה. הבעל יוצא מהתמונה לגמרי והאישה מקבלת את הכל. למרות שזה היה חלק מהסדר רכוש לא הסתכלו על דיני המשפחה ולא על פסיקה קודמת. בעבר, היו רושמים את שם הדירה על שם הבעל אך כיום הרישום הוא של 50%-50%. בתפיסה הסוציאלית של אז הדירות נרשמו ב100% על שם הבעל. אך לא זה המצב ולא זו הבעיה.

בית המשפט התייחס לכך כאל עסקה חוזית רגילה, כאשר ב' כבר שילם לא' את כל התמורה. זו כבר תמורה שניתנה. ב' יכולה לשבת בדירה אך לא הועבר הרישום וגם אין הערת אזהרה לטובתה. כאן נכנס המושג של "זכויות של יושר" שממנו חשבנו שנפטרנו כבר ב69.

זכויות של יושר- חלו עד 1969. כשהייתה לקונה בדין העות'מאני היא מולאה בעזרת הדין האנגלי, שם היו זכויות שבדין וזכויות שביושר. זכות שביושר היא כאשר יש לב' חוזה לא רשום עם א'. לב' באנגליה הייתה זכות שביושר והכלל היה שזכות שביושר עמידה כלפי כל למעט אם מישהו רכש זכות נוגדת, בתמורה, בתום לב וכשיש לו כבר זכות שבדין. זכות שבדין היא זכות רשומה. בא חוק המקרקעין והתיימר לבטל את הזכויות שביושר. **סעיף 161**- שלילת זכויות שביושר- קבע שאין זכות במקרקעין אלא כאשר הזכות היא בדין, רשומה. לא רק זה אלא **שבסעיף 7(ב)** ניתן לראות שכל מה שלא נגמר ברישום הוא התחייבות. בחוק יש שתי דרגות- או התחייבות לעשות עסקה או עסקה. אין משהו שלישי בשם זכויות שביושר.

בפסד אהרונוב חזרו הזכויות שביושר. איך זה ייתכן? והלא החוק ביטל אותן! התירוץ המשפטי הוא שהחוק ביטל את הזכויות שביושר האנגליות ואילו הזכויות שביושר הנוכחיות הן "תוצרת הארץ". מושג זה נתבע כבר ע"י פרו' ויסמן ובית המשפט קיבל עכשיו את המושג. המקור של זכויות הללו הוא **סעיף 9** אשר קובע שזכותו של ב' יפה כלפי כל האחרים למעט מי שרכש זכות שבדין שנרכשה בתמורה בתום לב- זה ממש דיני היושר. יוצא מהתפיסה הזאת **שסעיף 9 לחוק המקרקעין** מחזיר את דיני היושר ומחזק את מעמדו של ב' שכן עכשיו הוא בעל זכות שביושר. זכות המצויה איפשהו על הסקאלה שבין חיוב לקניין ויותר לכיוון הקנייני.

אם **סעיף 9** יצר זכויות שביושר פירוש הדבר שיש לו השלכה על העימות של בוקר, על העימות שבין ב' לג' הקונה והנושה. ההשפעה היא בעקיפין. הסעיף קובע כי לב' הקונה יש זכות שביושר ובזכות כך הוא גובר על מעקל. זה, אגב, היה הדין עד 1969. אחד הנימוקים לביטול הלכת בוקר הוא שאם ג' נדחה בפני ב' ב**סעיף 9** אז קל וחומר שג' שהוא מעקל ואין לו אינטרס בקרקע הספציפית, ידחה בפני ב'.

בהלכת בוקר אמרנו שכל הקניין מצוי אצל א' ואז הנושה יכול להטיל עיקול על נכסים שהם קניינו של א'. עכשיו, כשיש לב' קניין שביושר, הרי שהקניין של א' הוא קניין שבדין בלבד וזכותו כבר התרוקנה מעט מתוכן. הנכס הוא גם של ב' ולכן העיקול אינו תופס, לפי מה שנפסק בבנק אוצר החייל נ' אהרונוב. התוצאה היא שגם ב' שלא רשם הערת אזהרה, גובר על מעקל. יש פה התעלמות מ**סעיף 161** שביטל את הזכויות שביושר וגם **מ127(ב)** שקובע כי כשיש לב' הערת אזהרה הוא יגבר על ג'- משתמע שאם אין לו הערת אזהרה, ג' יגבר. הפסיקה של אהרונוב לא מסתדרת עם החקיקה כל כך ובכל זאת היא הקובעת כרגע והשינוי אף ייכנס לחקיקה בהצעת חוק דיני הממונות. הנימוק שזכותו של ב' היא זכות שביושר גורמת לשינויים רבים נוספים.

**הלכת אהרונוב: זכות חוזית שנוצרה טרם העיקול עדיפה על העיקול בין אם נרשמה ובין אם לא- כי לב' יש זכויות שביושר**

באיזה עוד מצב עשויה להתעורר בעיה? כאשר א' הבעלים הרשום הפך לחדל פירעון, הדבר גורר שוויון עקרוני בין כל נושיו של א' והם יתחלקו באופן שווה פרופורציונאלית מנכסיו של א'. אמרנו גם שבעל זכות קניינית קודם לשאר הנושים. לפי התפיסה הזאת יכול להיות שב' גובר גם בחדלות פירעון והוא יקבל עדיפות. זוהי ההשלכה האפשרית של הגדרת זכותו של ב' כזכות שביושר.

הלכת אהרונוב יוצרת עוד מספר מצבים:

* **ניתן תוקף למועד כריתת החוזה-** הזכות של ב' טובה לכאורה כבר בעת כריתת החוזה. הרישום, מלבד היותו פעולה פומבית המלמדת על קיום זכויות הוא אקט חיצוני שלא ניתן לזייף. הלכת אהרונוב יוצרת בעיה. נפתחה דרך להברחת נכסים, שכן כל אחד שיחטוף עיקול יעשה עכשיו חוזה פיקטיבי שהתאריך שלו יהיה לפני תאריך העיקול וכך הוא יוכל לעקוף אותו.

כדי למנוע את המצב הזה, ידרוש בית המשפט לראות ראיות עובדתיות המעידות על ביצוע העסקה- צ'קים וכד'. זה כבר דבר שקשה יותר לזייף.

* **מתנה מול עיקול-** מה עושים כאשר המקרה בין א' לב' הוא מתנה? כאשר יבוא ג' מעקל, בתי המשפט ישתדלו לגרום לכך שלא תחול הלכת אהרונוב. בתי המשפט משתדלים שמקבל מתנה לא יתגבר על עיקול, משיקולי צדק.
* **ערך התמורה הדרוש לצורך קבלת זכויות שביושר-** עד היום לא הוכרע האם הלכת אהרונוב תחול גם כשהתמורה לא בוצעה במלואה? ממתי ב' רוכש זכויות שביושר? האם זכויותיו מלאות גם לאחר תשלום של 20% מערך הנכס? לפני 69 המצב היה מסובך שכן לא די בכך שהזכויות שביושר הן עמומות אלא שהקונה היה קונה אחוזי זכויות שביושר לפי אחוזי התמורה שהוא נתן. הוא לא היה מקבל את הזכויות במלואן באופן מיידי. המקרה עדיין פתוח כיוון שבפסד אהרונוב התמורה שולמה במלואה.

העימות הפרקטי בין רוכש למעקל יופיע כאשר הרוכש כבר שילם את רוב/מלוא התמורה. כל עוד התמורה לא שולמה א' נושה בב' סכום כסף מכוח החוזה שביניהם. ג' המעקל יכול לעקל את הזכות החוזית הזו ואין זה הכרח מבחינתו לעקל את הזכות הקניינית, שכן אין לו עניין במקרקעין הספציפיים. במקרה הזה ב' ישלם לג' את הסכום שהיה אמור לשלם לא' וכולם יהיו מרוצים. העימות בין ב' לג' יהיה כאשר התמורה שולמה כבר לא' שבינתיים העלים/ בזבז אותה ואין עוד נכסים אחרים. לג' אין ממה להיפרע והוא יפנה לעיקול המקרקעין כמוצא אחרון.

בעימות הזה נכנסים גם שיקולי צדק. בפסד אהרונוב מוזכר פסד וורטהיימר נ' הררי שם עלתה השאלה האם ניתן יהיה לפתור את העימות בין ב' לג' באמצעות סעיף **מחוק החוזים תרופות**? הכוונה היא ל**סעיף 3(4)** לפיו "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה זולת אם נתקיימה אחת מאלה: (4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין". ואז התרופה על הפרת החוזה תהיה פיצויים ולא אכיפה. בית המשפט יכול לקבוע שאכיפה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין וכך להעדיף את ג' על פני ב'. האם לא עדיף שהסעיף יאפשר לנו לערוך את מאזן השיקולים הללו של **3(4)** במקום לתת לנו סעיף קשיח כמו **סעיף 9**? **סעיף 3(4)** **לחוק החוזים תרופות** שעוסק בשאלה האם האכיפה צודקת בנסיבות העניין מתייחס לצדק שבין שני הצדדים. לא נביא בחשבון את מצבו של ג'. במישור דיני החוזים אין בחינה של מצבו של ג', אלא רק את היחסים בין א' לב'. שאם לא כן אנחנו מבטלים את סעיף 9 והולכים לכיוון דיני החוזים. נבטל את החוק שרצה המחוקק להנהיג. סעיף 3(4) הוא גמיש מדי.

מאז פסד אהרונוב היו פסדים רבים שעסקו בנושא העסקאות הנוגדות והעימות שבין הרוכש למעקל. הפסיקה אינה חד משמעית ולא תמיד הולכת בכיוון אחד. ישנו מתח בין הצדק הפרקטי להגדרות התיאורטיות. הפסד החשוב ביותר לאחר אהרונוב הוא גנז נ' בריטיש קולוניאל המביא לכך שלעיתים הלכת אהרונוב אינה מיושמת.

פסד גנז נ' בריטיש קולוניאל- א' הוא הבעלים הרשום בטאבו. יש חוזה מכר, העברת בעלות. זהו חוזה ישן אך תקף בין א' המוכר לב' הקונה. *העסקה הזאת לא נסתיימה ברישום והמקרקעין רשומים עדיין על שם א'*.

לאחר מכן הייתה עסקה בין ב' לג' הרוכש הראשון בזמן ואז הגיעה עוד עסקה נוגדת עם ד' הרוכש השני בזמן. העסקה בין ב' לג' הייתה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. *הגדרת העסקה בין ב' לג' תלויה בטיב הזכויות של ב' רק כאשר הוא אינו רשום בטאבו ויש לו זכות חוזית* (-הוא יכול לעשות התחייבות לעשות עסקה במקרקעין או המחאת זכויות). אם ב' הוא כבר בעלים רשום אז העסקה שלו תתפרש כהתחייבות לעשות עסקה (ההבדל בין המחאת זכויות להתחייבות להמחות הוא שבאחד העסקה כבר מצויה בשלב הקנייני ואילו בשני העסקה היא עדיין בשלב החוזי. איך יודעים למה הכוונה? זוהי שאלה של פרשנות החוזה).

בית המשפט העליון בדעת ברק קבע כי העסקה היא *התחייבות לעשות עסקה במקרקעין* ולכן ההבדלים בין סוגי המחאת הזכויות אינם רלוונטיים. בית המשפט לא הסביר לנו מדוע הוא קבע זאת.

תוצאת הלכת גנז- אם העסקה בין ב' לג' ובין ב' לד' היא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין הרי שזה נכנס לגדר **סעיף 9** המסדיר את דינן של התחייבויות סותרות לעשות עסקה במקרקעין. אם ביהמ"ש מחיל את **סעיף 9** לכאורה ג' צריך להתגבר על ד' שכן לפי הסעיף כדי שהאחרון יתגבר על הראשון הוא צריך לעמוד בשלושה תנאים: תו"ל, תמורה ורישום. בסיטואציה הזו לא התבצעה דרישת הרישום. הייתה לטובת ד' הערת אזהרה בלבד אך לצורך **סעיפים 9 ו10** יש צורך ברישום מלא.

דעת יחיד חריגה של השופטת פרוקצ'ה, אשר לא התקבלה לא בפסד הזה ולא בפסיקה מאוחרת, גורסת כי רק במקרה כזה שמי שעשה את העסקאות הנוגדות אינו רשום בטאבו, הערת אזהרה כן תיחשב לרישום.

החידוש בפסד- הוא הופך את הערת האזהרה לכזו השומרת גם על זכויותיו של האחר ולא רק על זכויותיו של הרושם. **127(ב)** אומר כי רישום הערת אזהרה מחסן את הרושם מפני עיקולים. בא הפסד ואומר כי ג' חייב לרשום הערת אזהרה כדי למנוע "תאונה משפטית" (המפגישה שניים שאין ביניהם יריבות חוזית ישירה). על ג' מוטלת החובה למנוע "תאונה משפטית" מאנשים אחרים וזאת הוא יכול לעשות ע"י רישום או החזקה של הנכס, שזו הדרך לשדר מידע שימנע מאנשים לעשות את התאונה. בית המשפט אומר שגם אם ג' אינו רוצה לרשום הערת אזהרה כדי להגן על זכויותיו, עליו לעשות זאת כדי להגן על רוכשים פוטנציאליים. זוהי הרחבה של חובת תום הלב הכללי ש**בסעיף 39 לחוק החוזים**.

רוב השופטים לא התלהבו מהחלת תום הלב **בסעיף 9** בטענה שהמחוקק בחר להחיל את חובת תום הלב על הקונה השני ובחר לא להשית חובת תום לב על הקונה הראשון. המחוקק התעלם במכוון ולא ייחס חובת תום לב על הקונה הראשון. הטיעון בעייתי מפני שישנו בלבול בין מושגי תום הלב השונים. ישנו תום לב שפירושו אי ידיעה על זכות קודמת, כפי שמוטל על הקונה השני. עד עכשיו אמרנו (גם בארון נ' פאריאנטי) שתום הלב הוא סובייקטיבי. ואילו **סעיף 39** אומר שתום הלב הוא אובייקטיבי. תום לב בהקשר של **סעיף 9 ו10** הוא הרבה יותר מצומצם ומשמעותו אי ידיעה על עסקה קודמת.

החידוש המאוד משמעותי של החלת תום הלב כמשמעותו ב**סעיף 39** (אובייקטיבי) מגיע בפסד רוקר נ' סלומון: יש הרבה יותר היגיון להחיל את תום הלב על דיני החוזים זאת מפני שבמערכת יחסים חוזית אדם בוחר להתקשר בחוזה עם האדם המסויים ואנחנו לא רוצים שאדם לאדם יהיה זאב. בסיטואציה שלנו, בעסקאות הנוגדות, אין לג' וד' שום קשר ביניהם, אז למה שנחיל זכות כזאת ביניהם? בנוסף, חובת תום הלב נוגדת את דיני הקניין הקלאסיים כיוון שהיא מחייבת יחס שיוויוני ועוד כהנה וכהנה חיובים הסותרים את הזכות הקניינית הטהורה.

**הלכת גנז- על ג' מוטלת החובה למניעת "תאונות משפטיות" ע"י רישום או החזקה של הנכס. זאת מתוקף תו"ל סעיף 39**

ההלכה כיום היא כי **חובת תום הלב האובייקטיבי של סעיף 39 כן חלה על דיני הקניין**. חובת תום הלב של תקנת השוק ושל העסקאות הנוגדות היא חובת תום לב אחרת וסובייקטיבית.

**בהצעת חוק דיני הממונות סעיף 511ב** יש אימוץ של **סעיף 9** לחוק המקרקעין ושל *הלכת בריטיש* אך בשינוי קטן. בפסד בריטיש הייתה הערת אזהרה לד' כי כך נבע מהנסיבות. בהצעה כתוב מפורשות כי ד' יהיה עדיף רק אם רשם הערת אזהרה בעודו תם לב.

**בסעיף 512א** יש אימוץ של *הלכת אהרונוב*, לפיה, אם יש התחייבות להעביר נכס ולאחר מכן מגיע עיקול על אותו הנכס, זכותו של הזכאי עדיפה.

העימות בין מעקל לרוכש זכות מוגדר ב**סעיף 512** כאשר שם לא מוזכר הראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה- וכך רואים את *הלכת גדי*. בפסד זה חובת תום הלב חלה כלפי בעל עסקה מאוחרת נוגדת ולא כלפי מעקל.

העובדה שבית המשפט קובע את הדין לפי התוצאה הרצויה בולטת **בעימות שבין עיקול לבין עסקת מתנה**:

יש בנושא זה עימות בין העניין התיאורטי לבין התוצאה הפרקטית. בהלכת אהרונוב נקבע שיש זכויות שביושר אשר מקורן **בסעיף 9** לחוק המקרקעין, כלומר **סעיף 9** הפך את ב' למי שמתגבר על הרבה מאוד אנשים ואז לב' יש זכות לא רק כלפי א' אין כאן תפיסה חוזית צרה, אלא יש לו כוח כלפי אנשים רבים נוספים, זהו סממן של זכות קניינית.

**סעיף 9** עוסק בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין ואין זה משנה אם מדובר בתמורה או שלא בתמורה. כלומר, מבחינה תיאורטית **סעיף 9** אמור לחול גם על עסקת מתנה והתחייבות לעשות מתנה אמורה ליצור זכויות שביושר. אם הנכס הוא של ב' הרי שנושה של א' לא יכול כבר להטיל עיקול. זה כתוב **ב127(ב)** כי מי שעשו לטובתו התחייבות, ברגע שהוא רשם לטובתו הערת אזהרה, הוא גובר על מעקל. לפי סעיף 5 לחוק המתנה, נותן המתנה יכול להתחרט ולבטל את המתנה אך רישום הערה יגבור על המעקל. כאשר לב' יש רק התחייבות לקבל מתנה, מה הוא יעשה במקרה ומגיע מעקל? בפסיקה יש נטייה ללכת לטובת המעקל כיוון שנתינת מתנה היא דרך טובה להברחת נכסים. הקביעה התיאורטית של פסד אהרונוב נראית לפסיקה לא צודקת ולכן היא חותרת לכך שהמעקל יגבר על מקבל המתנה.

יש לכך פתרון עיוני פשוט ונוח כדי שהמעקל יהיה עדיף על מקבל המתנה: לקבוע שזהו חוזה למראית עין ואז ברור שהוא לא תקף. אבל הפסיקה קצת הסתבכה בנושא הזה. **סעיף 512א** אומר את הלכת אהרונוב וגדי. כלומר אם ב' הוא קונה הוא יגבור על המעקל. "הוראות סעיף קטן (א) (שהעדיף את הקונה) לא יחולו על התחייבות בלא תמורה בהתקיים תנאי מהתנאים האמורים בסעיף 182 לחוק המתנה"

הצעת החוק אומרת שבעימות בין מעקל לבין מקבל המתנה המעקל גובר בכל מקרה שבו נותן המתנה רשאי עדיין לחזור בו, שכן אז המתנה כאילו חלשה יותר.

פסד לניאדו מרחיב את ההלכה, הוא מאפשר למעקל להתגבר אפילו במקרים שבהם נותן המתנה לא יכול לחזור בו. מבחינה תיאורטית עשה זאת בית המשפט ע"י קביעה שההתחייבות להעניק מתנה היא זכות חלשה, בשני מישורים:

1. התחייבות לתת מתנה היא שברירית, התחייבות חלשה- כי אפשר לחזור בה ולכן היא לא תיכלל בכלל ב**סעיף 9**.
2. אין זה ראוי שהתחייבות לתת מתנה תיתן זכויות שביושר ולכן מעקל עשוי לגבור על מקבל המתנה גם במקרה בו א' לא רשאי לחזור בו.

לדעת המרצה כניסה לעומק העניין התיאורטי היא טעות כיוון שברוב המקרים מדובר בחוזה למראית עין. אך בית המשפט בלניאדו מראה כי הוא הולך לטובת המעקל *גם אם המתנה היא אמיתית*. בפסד לניאדו היה ברור שהמתנה היא ניסיון להבריח נכסים כיוון שרישום הנכס היה על שמם של בני המשפחה הבודדים שלא היו ערבים אישית לבנקים עדיין. סעיף 512 הוא יותר צר מהלכת לניאדו, בקיצור.

בפסד טובי- קשה לדעת מה ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט. ההבדל בין השניים בנוגע להלכת גנז הוא שריבלין לא רואה ברישום הערת אזהרה במשך שנתיים שלוש פרק זמן בלתי סביר. אם נראה בפרק זמן קצר שכזה פרק זמן בלתי סביר הרי שכמעט כל המקרים תחול בהם הלכת גנז ואז יהפוך החריג לכלל והכלל לחריג. בנוגע למקרה שלנו, היו נסיבות מיוחדות שהצדיקו את הלכת גנז כיוון שלב באמת לא נהגו כראוי. מלצר לעומת זאת חושב שאין צורך לחכות 17 שנה כדי להכנס לגדר הלכת גנז. בנסיבות המקרה, אי רישום הערת האזהרה היה בגדר פרק זמן בלתי סביר.

ההבחנה היא עמומה ולא מוגדרת משום שמדובר בהחלת עקרון תו"ל. הוא מחיל מבחנים גמישים ולא חד משמעיים- ולכן נשאר "שטח" מאוד עמום. לפי פס"ד לא ברור עדיין מה הוא זמן סביר לרשום הערת אזהרה .

**ע"א 7785/99 ארוך נ' פאריינטי** תום הלב של סעיף 9 הוא סובייקטיבי- כלומר אם הקונה המאוחר ידע בפועל או שהיה עליו לדעת (אך הוא "עצם עיניים") על זכותו של הקונה הקודם. החידוש הוא שאי ידיעה רשלנית אינה עולה כדי חוסר תום לב.

**ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב** מחזיר את הזכויות שביושר שהן זכויות "מעין קנייניות" המקנות לרוכש הראשון בזמן עדיפות על פני מעקל שני בזמן, גם אם לא נרשמה הערת אזהרה. הזכויות שביושר אינן רק זכות חוזית של ב' מול א' כי אם עומדות מול כולי עלמא שלא מילאו את תנאי סעיף 9 (תמורה, תו"ל ורישום). הזכות שביושר משדרגת את מעמדו של הנושה כך שיש לו עדיפות בחדלות פירעון. בצ"ע: מה עושים כאשר רק חלק מהתמורה שולמה?

**ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ** שינוי בקונספציה של הערת אזהרה- הרוכש הראשון בזמן חייב לרשום הערת אזהרה לא רק כדי להוכיח את זכותו אלא כדי להגן על האינטרסים של רוכשים פוטנציאליים אחרים. נלקח מעיקרון תום הלב של סעיף 39 לחוק החוזים

**ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' גדי** עימות בין רוכש למעקל- אין הקונה מפר באי רישומה של הערת אזהרה את חובת תום הלב כלפי מעקל שהטיל עיקול מאוחר יותר. אי רישום הערת האזהרה אינו שולל את עדיפות הקונה בנכס.

**ע"א 8881/07 לב נ' טובי** ריבלין - לא תמיד נחיל את הלכת גנז, כל מקרה לגופו. לדעתו 4 שנים לא מעידות על חוסר תו"ל אובייקטיבי, אבל בגלל חוסר תו"ל הסובייקטיבי של ב' נפסוק לרעתו.

מלצר - נחיל את הלכת גנז, 4 שנים הן חוסר תו"ל אובייקטיבי מצידו של הקונה הראשון.

**לדעת השופטים על הקונה הראשון חל תו"ל אובייקטיבי וסובייקטיבי ועל הקונה השני תו"ל סובייקטיבי**

**ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ** מתנה מול עיקול מאוחר- גם אצל מקבל מתנה נוצרות "מעין זכויות קנייניות" אך הן שבריריות ביותר. בעימות כזה נקודת המוצא תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה (גם אם לאחר בדיקה הסתבר שהמתנה אמיתית)

**ע"א 2950/07 יונס מוחמד סולימאן נ' מדינת ישראל- מינהל מקרקעי ישראל** על הרוכש השני בזמן מוטלת חובת תום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי

**ע"א 8630/08 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' צרפתי** הלכת לאניאדו אינה חלה באופן גורף. כאשר נרשמה הערת אזהרה בעסקת מתנה, עדיפה זכותו של מקבל המתנה על פני הנושה המעקל.

**ביסוס הזכות שביושר**

הלכת אהרונוב מרחיבה ומבססת את הזכויות שביושר תוך יציאה מעובדות המקרה הטריוויאליות של עימות בין מעקל לבין רוכש שלא רשם לטובתו הערת אזהרה. ביהמ"ש העדיף את הרוכש בטענה כי חוזה המכר יצר לו זכות שביושר בנכס. נשארה בצ"ע השאלה מה קורה עם אותן זכויות שביושר כאשר הקונה לא שילם את כל התמורה/ את רובה המכריע?

פסד צימבלר- מאמץ בהמ"ש ניסוח אחר שהציעו חלק מהשופטים בפס"ד אהרונוב. נאמנות קונסטרוקטיבית. נאמנות היא מוסד שצמח בדיני היושר באנגליה. יש בעלים שבדין ובעלים שביושר- אחד מהם הנהנה ואחד הנאמן.

**חוק הנאמנות** שהתקבל ב79 מכיר במוסד הנאמנות, שמשמעו אדם המקבל על עצמו זיקה לפעול לטובת נכס. נאמנות נוצרת במפורש או באופן חד צדדי, ע"י כך שמישהו מקדיש נכס למטרה מסוימת.

פסדים אהרונוב וצימבלר מעלים את הרעיון כי יחסי מוכר וקונה יוצרים **נאמנות** **קונסטרוקטיבית**- כזו המוכרת מכוח הפסיקה והחוק אך לא הוגדרה מראש. כאשר הכל רשום ע"ש המוכר ודבר לא נרשם ע"ש הקונה- נראה במוכר נאמן (בעלים שבדין) ובקונה נהנה (בעלים שביושר) לפי גישת הנאמנות הקונסטרוקטיבית.

באהרונוב היה עימות רגיל בין ב' הנהנה לבין ג' הנושה בא' הבעלים שביושר. במקרה הזה ניתן היה לפתור את העימות בצורה אחרת ולכן הנאמנות הקונסטרוקטיבית לא תורמת.

אף על פי כן, הכינוי נאמנות קונסטרוקטיבית- יכול לחזק את מעמדו של ב' בהקשרים אחרים שהם לאו דווקא מול מעקל:

פסד צימבלר נגד תורגמן- הרוכש שילם את כל התמורה וביהמ"ש רואה אותו כבעל זכות שביושר וגם כנהנה קונסטרוקטיבי. בדיני הנאמנות הכלל הוא שתביעת נהנה מול נאמן לא מתיישנת אלא אם כן הנאמן כופר בתפקידו וכבר אין ביניהם יחסי נאמנות. וכך ביהמ"ש מחיל את יחס הנאמנות על התביעה ותביעתו של הנהנה לא מתיישנת.

התיישנות במקרקעין מוסדרים- אלו מקרקעין שכבר עברו בדיקת בעלות וזכויות בנכס, ויש אמינות למרשם ולכן יש כלל **בחוק המקרקעין בסעיף 159(ב)** שאומר שבמקרקעין מוסדרים לא יחול חוק ההתיישנות. סעיף זה לא חל בהקשר שלנו כי התיישנות לא מונעת את זכותו של בעלים רשום לסלק מישהו מהמקרקעין גם אם עברה תקופת ההתיישנות (לא נוגע לפסד צימבר).

**חוק הנאמנות**- הסעיפים הרלוונטיים לנו כרגע הם:

* **סעיף 3(ב)-** אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות
* **סעיף 5-** כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם

נאמנות שנרשמה בטאבו כוחה יפה כלפי כל העולם. נאמנות שלא נרשמה, יהא כוחה יפה כלפי כל מי שידע או שהיה אמור לדעת עליה, לפי **סעיף 5.** ישנה פסיקה הגורסת כי הסעיף מהווה סתירה ל**סעיף 3(ב)** אשר נוטה לטובת הנהנה ואומר שנושה לא יכול לרדת לנכסים שהאדם מחזיק בהם כנאמן ושקשורים לנאמנות.

כלומר, נושה שא' (המוכר/ הבעלים שבדין) חייב לו חובות אישיים לא יוכל להיפרע מהנכסים הקשורים לנאמנות. תוצאה זו היא בעייתית מפני שג' טוען שהוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על יחסי הנאמנות ולכן הוא לא מחוייב אליה (**סעיף 5)** מבחינתו הוא יכול להטיל עיקול. **לכן השימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית הוא בעייתי בהקשר זה- הוא לא מאפשר לנו להגיע לתוצאה הרצויה שהיא העדפת ב' הרוכש על פני ג' המעקל.**

(הסתירה היא שסעיף אחד אומר שלא ניתן לרדת לנכסי הנאמנות וסעיף אחר אומר שזה אפשרי אם לא ידעת על הנאמנות)

**סעיף 5** מבטא מדיניות השונה מהלכת אהרונוב:

* הלכת אהרונוב מחזקת זכויות לא רשומות (לכן במידה מסויימת **סעיף 9 לחוק המקרקעין** מחליש את הרישום)
* סעיף 5 לעומת זאת, מחליש את הזכויות הלא רשומות בכך שהוא קובע שמי שידע על הנאמנות מחוייב לה.

בפסד אמסטר נ' טאובר- ביהמ"ש העליון מבטל לראשונה את **סעיף 5 לחוק הנאמנות. סעיף 3(ב)** אומר שלא ניתן לרדת לנכסי הנאמנות אלא רק לנכסיו הפרטיים של הנאמן (מהבחינה הזאת נאמנות היא מסתור מפני נושים. אם מדובר בחוזה למראית עין, אז ביהמ"ש יאפשר נגישות אבל אם זה אמיתי אז אי אפשר יהיה לגעת באותם הנכסים. בפסד מדברים על בריחה ממיסי ירושה) ואילו **סעיף 5** אומר שזה אפשרי. ביהמ"ש מבטל את הסעיף מפני שהוא סותר את המדיניות של חיזוק הזכויות שביושר וע"כ ניתן לראות כיום את **סעיף 5**  כאות מתה, גם לגבי נאמנות מפורשת וגם לגבי קונסטרוקטיבית

(זוהי עוד השלכה חשובה של הלכת אהרונוב על נאמנות!)

השופט מצא בצימבלר מתייחס אך לא קובע במפורש את תחולת יחסי הנאמנות במצב של תמורה חלקית והנושא נשאר עמום (קצת כמו הזכויות שביושר במצב של תמורה חלקית).

מהבחינה הפרקטית- מעקל במצב כזה יעקל את הזכות החוזית לקבל את התשלום במקום א' וכך יפרע מהחוב.

פסד נס נ' כספי- עוסק בנושא של משכון מוסווה. מצב בו הצדדים העדיפו לכנות את עסקת המשכון שעשו בכינוי אחר כמו מכר/ שכירות וזאת ע"מ להמנע מתחולת דיני המשכון. לאמיתו של דבר זה נראה שכירות אך הנכס לא יוחזר לבעליו אם הוא לא יחזיר את ההלוואה. פרקטית, קשה מאוד לגלות עסקאות של משכון מוסווה.

דוגמה לאיך יכול להיראות משכון מוסווה-א' וב' עושים עסקת משכון במקרקעין מסויימים. הם לא רושמים את העסקה ברשם המשכונות ולכן ב' הוא נושה רגיל. אם הוא יציג את עצמו כקונה במקום כנושה, יחולו עליו זכויות שביושר ולכן הם מגדירים את הנכס לא כמשכון אלא כממכר.

כך קורה גם בפסד שלנו. השאלה היא האם לפי עובדות המקרה העסקה היא משכון או מכר? אם מדובר במשכון מוסווה ב' לא יהיה עדיף על פני נושים אחרים. ביהמ"ש לא רואה בעין יפה את ההסכם שנחתם בסמיכות מחשידה לחדלות הפירעון של המוכר ופוסק כי מדובר בהעדפת נושים (משמע, בעל החובות מודע לכך שהוא עומד לחדלות פירעון ויש לו אינטרס להעדיף נושה אחד על פני האחרים ולכן הוא כורת איתו הסכמים עובר לחדלות פירעונו. כל חוזה שנחתם 3 חודשים לפני חדלות הפרעון יכול להיות מבוטל) ולכן אין תוקף לעסקה.

**לסיכום- ניתן לראות שזכות שביושר עדיפה לא רק בפני מעקל אלא גם בפני נושים לא מובטחים במצב של חדלות פרעון.**

**ע"א 3911/01 כספי נ' שלמה נס כנאמן לביצוע הסדר נושים ב"דיור לעולה"** הרחבת הלכת אהרונוב והחלתה גם על מצב של חדלות פרעון. ראיית זכות שביושר כשוות ערך להערת אזהרה.

**ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן** התחייבות להעברת בעלות בדירה יוצרת "זכויות שביושר" ורק נימוקים כבדי משקל ימנעו

**עסקאות קומבינציה**

השחקנים בעסקת הקומבינציה הם: א'- בעלים רשום, ב'- קבלן וג' רוכש של דירה

משמעות הסכם הקומבינציה הוא שהבעלים נותן לקבלן את השטח ובתמורה הוא מקבל ממנו מספר דירות קבוע מראש. הקבלן זכאי למכור את שאר הדירות בשוק החופשי. בדרך זו הקבלן צריך פחות מימון מאשר אם היה עליו לרכוש את הקרקע. זהו דבר נפוץ בארץ.

פסד נחשון נ' שי- קבלן הופך לחדל פירעון והבנייה נפסקת. יש כאן הפרת חוזה מצד הקבלן שכן הוא לא ימסור לא' את הדירות. א' איפשר לב' הקבלן למכור דירות לג' עוד לפני שהדירות נבנו בפועל (כדי לגייס מימון) ולפני שהוא קרס כלכלית. לטובת ג' וגם טובת ב' ישנה הערת אזהרה על השטח הרשום של א'. א' התחייב להעביר לב' את הקניין רק לאחר קבלת הדירות. בכל מצב ש-ב' קורס בשלב ביניים "המצב הרישומי" הוא שהמקרקעין רשומים עדיין על שם א' אבל ל-ב'+ג' ישנה הערת אזהרה**.**

**סעיף 126** קובע כי אין הערת אזהרה על הערת אזהרה. ג' לא יקנו מבלי לרשום הערת אזהרה ולכן, בעסקאות קומבינציה, בעל הנכס א' מסכים שירשמו הערות אזהרה לטובת ג'. זהו מצב שבו אם ב' קורס הוא משאיר את א' וג' dans la merd

במקרה כזה א' יהיה מעוניין להביא קבלן חדש ולצורך כך הוא צריך למחוק את הערות האזהרה של ג'. הוא יעשה זאת בטענה שהם רכשו את הדירות מב' ולא ממנו . רשם המקרקעין אינו מוסמך להכריע בכך ולכן הם יפנו לבימ"ש.

בעימות הקנייני הזה שבין א' לג' שני הצדדים צודקים (כמו בתקנת השוק ובעסקאות נוגדות). התיאוריה המשפטית נוטה לכיוון א' בעל הקניין (הייתה הפרה והוא יממש את תרופת ההשבה- לקרקע הנקייה מהערות אזהרה) אך זוהי בעיה חברתית. ראיית החוזה כחוזה לטובת צד שלישי (ג') או כהמחאת זכויות גם לא עוזר לפתרון המצב. בהיעדר הלכה ברורה נוצר מצב של קיפאון.

צריך היה למצוא קונסטרוקציה שתאפשר קשר ישיר בין א' לג' שלא עובר דרך ב'. החוק קובע כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה לטובת ג' אם אין שיתוף פעולה אקטיבי מצד א' (דרושה הסכמתו). על סמך הסכמה זו רואה ביהמ"ש את יחסי א' וג' כיחסי נושה וחייב. זוהי התחייבות מכללא הטמונה בהסכמתו של א' לרישום הערת האזהרה לטובת ג'.

תוכן ההתחייבות והיקפה- הפסיקה קובעת כי ההתחייבות של א' כלפי ג' היא מצומצמת והיא בתחום הקנייני בלבד. ההתחייבות היא בתחום השלילה- שא' לא ימחק את הערות האזהרה כל עוד החוזה בין ב' לג' עומד בתוקפו.

**המצב המשפטי כיום הוא כזה שא' לא יכול למחוק את הערות האזהרה המונעות מנו למכור את הקרקע למישהו אחר. הדבר גורם לכך שלשני הצדדים יש אינטרס להגיע להסכם כלשהו שיוויוני ומאוזן.**

 פסד ברקוביץ' נ' בן הרוש- הקונסטרוקציה לפיה יש יריבות ישירה בין ג' לא' במקרה והקבלן ב' קורס, נועדה להגן על הקונים, ג'. במקרה זה, כדי להגן על הבעלים, א' מאפשר רישום הערת אזהרה בזמן המאוחר ביותר האפשרי כך שיגדלו הסיכויים שהפרוייקט אכן יגמר. בפסד הזה הלך ביהמ"ש צעד נוסף לטובת רוכשי הדירות ומרחיב את ההגנה על ג' שלא מכירים את ההגבלות על רישום הערת האזהרה שבין א' לב', כך שההערות שנרשמו לטובתן תהיינה תקפות על אף שנרשמו בניגוד לתנאים.

בניגוד לכך, ניתן לראות פסיקה לפיה אם הקבלן לא רשם לטובת הקונים הערת אזהרה והוא הפר את החוזה עם א', הבעלים רשאי לבטל, על פי דיני החוזים את הסכם הקומבינציה עם הקבלן ולהביא לביטול זכותם של הקונים.

**כלומר- אם אין לטובת הקונים הערות אזהרה, אז הבעלים יכול לבטל את זכותם ולהיות חופשי מהם.**

**פסד בורנשטיין נ' חודאד**- הלכה שלא תפסה בפרקטיקה. מדובר בעסקת קומבינציה בה החוזה בין א' לב' הופר ולג' יש הערת אזהרה לטובתו. ג' רוצה להמחות את זכותו לד' אך א' לא מסכים שתירשם הערת אזהרה על שמו. **ביהמ"ש אומר שאם מדובר בהמחאת זכות- הערת האזהרה לטובת ד' ניתנת לביצוע גם בלי הסכמתו של א'.** לא מודגש מספיק בפסד האם זו המחאת זכות או שמא עסקה במקרקעין. ( **אם מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין- לא תהיה אפשרות לרשום הערת אזהרה לטובת ד' שכן אין רישום הערת אזהרה על הערת אזהרה)**

הלכה זו לא השתרשה עדיין בטאבו, שם ידרשו את הסכמתו של א' למרות שמדובר בהמחאת זכות. (ייתכן שזה מפני שהפקידים בטאבו לא יודעים להבדיל בין התחייבות לעשות עסקה והמחאת זכויות).

**ע"א 813/85 נחשון נ' שי** קונה מול בעלים- אין בביטול הסכם הקומבינציה כשלעצמו כדי לבטל את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים וזאת מפני שקיים קשר ישיר בינם לביו בעלי הקרקע.

**ע"א 886/97 בורשטיין ואח' נ' חודאד** קונה מקונה מול הבעלים- כאשר הזכות במקרקעין עוברת מאדם לאחר, גם הערת האזהרה עוברת שכן היא טפלה לזכות במקרקעין

**חוק הבטחת השקעות של רוכשי הדירות**

קיימת בעיה חברתית לפיה קניית דירות ומכירתן אורכת זמן רב. קונים רבים רוכשים דירה "על הנייר" וממתינים זמן רב לקבלתה. הכספים הרבים שהלקוחות משקיעים מצויים בסיכון מפני שלעיתים קורה שהקבלנים שוקעים. לכן חוקק **חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות** הקובע כלל התנהגות שנועדו להגן על הרוכשים.

**סעיף 2** לחוק קובע כי קבלן רשאי לסטות ולגבות כסף מעבר לקצב הבניה בתנאי שהוא נותן בטחונות מסויימים לקונים. מדובר על שני בטחונות כספיים ושלושה לא כספיים. נפרט:

* **בטחונות לא כספיים:**

רישום הקונה כבעלים של חלק/ דירה מסויים/ת

רישום הערת אזהרה לטובת הקונה

שעבוד לטובת הקונה- משכנתא

* **בטחונות כספיים:**

ערבות בנקאית- התחייבות חוזית של הבנק להשיב לקונה את כספו במקרה והקבלן מפסיק את הבנייה. הבנק מתחייב לפי התנאים שחתם עליהם ולכן ייתכן מקרים שבהם הקבלן שינה דברים בדירה והיא שונה מאוד מהדירה שהובטחה, השאלה היא האם הערבות הבנקאית מכסה גם מקרים כאלה (**פסד ירדנה**)

שאלה נוספת היא האם הערבות צמודה- ייתכן ערבות הצמודה לדולר ובעת קבלתה מחירי הדירות עלו כל כך עד שאין הלקוח יכול לרכוש בעזרתה דירה אחרת. במקרה זה יש לו אפשרות תביעה חוזית נגד הקבלן.

בפועל, הקבלנים נותנים ערבות בנקאית כי מתן שעבוד/ הערת אזהרה/ בעלות היא מסובכת מדי.

ביטוח להבטחת הכסף (המרצה לא דן בכך בכיתה)

שיטת הליווי הפיננסי- שיטה הנוהגת כדי להבטיח שכספים המתקבלים מבנקים אכן ינותבו לפרוייקט שאליו יועדו ושהקבלן לא יוכל לברוח איתם. כך גם מגדילים את הסיכוי שהפרוייקט יסתיים בטוב.

לפי שיטה זו לקבלן יש שלושה מקורות מימון: 1. בנק 2. קונים 3. הון עצמי- הנמצאים בחשבון סגור ולצורך פיקוח עליהם ממונה גוף נפרד מהקבלן (מהנדס בניה/ מפקח) אשר רק חתימתו מאפשרת שחרור כספים מהחשבון. ניהול מושכל יוריד משמעותית את אפשרות הקריסה של הקבלן ותקל על הקונים לקבל הלוואות מהבנקים (אשר ניתנות ביחס למצב הבנייה)

הבנק לא חושש לתת ערבות בנקאית לרוכשי הדירות מפני שהוא מקבל שעבוד על המקרקעין ועל חשבון הבנק ויהיה לו מספיק כסף לקחת קבלן אחר להשלמת הבנייה, אם יהיה בכך צורך.הבנקים עורכים דוח 0 לצורך בדיקת הכדאיות ואם הם צופים שהפרוייקט יניב רווחים הם יכנסו אליו**.** בדרך כלל הבנק לא מגע למצב שבו הוא מחזיר ערבויות.

(ניתן גם לרמות את הבנק ע"י כך שקבלן מציג כסף שנכנס אליו ממכירת דירה באופן לא רשמי כהון עצמי, לדוגמה)

**פרשת חפציבה**- הוכיחה ששיטת הליווי הפיננסי אינה מספיקה ושיש צורך גם בערבות בנקאית. חפציבה הציעה לרוכשים מהמגזר החרדי לוותר על קבלת ערבות בנקאית תמורת הנחה במחיר הדירה- כלומר חפציבה לא תדווח על כספיה לבנק והם לא יוכנסו לתוך חשבון סגור. בפועל הכספים הופנו לפרוייקטים אחרים ולא נשאר מספיק לצורך סיום הפרוייקט או לצורך לקיחת קבלן אחר שיסיים את העבודה.

הכוח החזק ביותר של לקוח אל מול הקבלן הוא הערבות הבנקאית שלו.

התיקון לחוק- שינה את שיטת הליווי הפיננסי וכיום על הקבלן לתת ללקוח פנקס שוברים והלה צריך לשלם בעזרתו. אסור ללקוח לשלם בשום צורה אחרת וכך יש מעקב על הכסף שנכנס לחשבון הבנק של הפרוייקט. הקבלן יזכה לראות את הכסף רק עם סיום הפרוייקט בהצלחה. חיוב השוברים משמש כמנגנון הגנה על כספי הקונים.

**פרופ' ירדנה וד"ר ליאון עובדיה ו- 7 אח' נ' סיבל נהריה בע"מ** ערבות חוק המכר לא נועדה להפרת חוזה רגילה (פגמים בדירה). זהו מכשיר רב עוצמה שמיועד להפרת חוזה משמעותית (אי מסירה). הבחינה לפי המקרה

**בעלות והחזקה**

היום נבחין בהבדל ביו בעלות לשכירות בדגש על שכירות ארוכה- חכירה לדורות.

קו הגבול שבין בעלות לחכירה: בעלות היא הזכות להחזיק ולהשתמש לצמיתות, ליהנות מכל המרכיבים שלא הועברו לידי אחר. שלטון רחב מוענק לבעלים ואפילו הזכות להשמיד את הנכס . יש לפעמים שהבעלות הפורמאלית נשארת אצל צד אחד וכל המרכיבים מצויים אצל אחר.

הדוגמה לכך נמצאת **בפס"ד פילובסקי**- שם בנו עסקה בצורה מסויימת המפרידה את הבעלות הפורמאלית ואת מרכיביה. כשרואים עסקאות מעין אלה צריכה להתעורר אצלנו השאלה מה המניע שמאחוריה. במקרה שלנו הרצון היה להמנע ממס. הסבתא העבירה לקרובי משפחתה את הבעלות אבל המשיכה להשתמש בנכס וכך כשהיא תפטר הדבר לא ייחשב כעיזבון ולא יצטרכו לשלם על כך מס.

ב**פילובסקי** נעשתה העברה פורמאלית של הבעלות בטאבו ונשאלה השאלה האם נלך לפי ההעברה הפורמאלית או לפי המרכיבים הכלכליים? בחלוקה בין בעלים כלכליים לבעלים פורמאליים החליט בית המשפט לשים את הדגש, במקרה הזה, על הבעלות הכלכלית ולקבוע שהצעירים הם הבעלים.

במקרה והצוואה אינה תקפה חלים דיני הירושה. בהבדל מדיני החוזים, בצוואה ישנן דרישות פורמאליות רבות. בחוזים הדגש העיקרי הוא על כוונת הצדדים. בצוואה יש כללים יותר פורמאליות וצורניות. היא יכולה להיעשות רק באחת מהדרכים הקבועות בחוק. זאת מפני שקשה יותר לעמוד על דעתו של הנפטר. לכן יש חשיבות רבה יותר לדרישות הפורמאליות. לא פעם נתקלים במצב של מתנה שנתן הסבא לנכדו ואין זה ברור האם המתנה נסתיימה בעוד הסבא בחיים או לא.

אם הבעלות עוברת רק אחרי מותה של הסבתא, זה מתאים *לדיני הירושה* ולא ל*דיני המתנה*. האם ניתנה מתנה מחיים? אם זו מתנה המושלמת עוד בחיי הסבתא, אז חלים על כך דיני החוזים והקניין ואם זו מתנה שלאחר המוות זה צריך להיעשות בדרך של צוואה- ולא כל מסמך מתאים לדרישות הפורמאליות של צוואה. יש מתח בין צורה לבין מהות.

מתח נוסף בין מהות לצורה בא לידי ביטוי באותם מקרים רבים של חכירה לדורות. ההגדרה בחוק מצויה בסעיף 3 לחוק המקרקעין שם כתוב ששכירות לתקופה של למעלה מחמש שנים תקרא חכירה ולמעלה מ25 שנים, חכירה לדורות. אנחנו מבינים שמדובר כאן בשכירות- שהיא הזכות להחזיק ולהשתמש שלא לצמיתות. להגדרת החכירה לדורות כמעט ולא היה שימוש ואם נסתכל על החקיקה הנוגעת לכך- אין כמעט התייחסות לשכירות ארוכה. אם אין כמעט הוראות לשכירות ארוכה, הרי שההוראות החלות על שכירות רגילה יחולו גם על שכירות ארוכה. בפרקטיקה בית המשפט צריך לסווג את החכירה הארוכה ולבחור האם להחיל עליה את החוקים הנוגעים לשכירות או את אלה הנוגעים לבעלות.

**באסו נ' מלאך**- בעקבותיו תוקן **חוק הירושה**. **סעיף 115** קובע מה קורה עם דירת המגורים שהמוריש הותיר. ההוראות משתנות עם המוריש היה בעליה או שוכר. ביהמ"ש שואל מה קורה במקרה שהמוריש היתה לו זכות חכירה ארוכה בדירה מסוימת- האם להחיל את ההוראה שהמוריש היה בעלים או שהמוריש היה שוכר? בית המשפט הולך אחר המרכיבים הכלכליים ובדרך כלל מסווג חכירה ארוכה כבעלות. אולם לא בכל המקרים הסיווג יהיה זהה, יש לראות בהתאם לנסיבות המקרה. ברוב המקרים בית המשפט מחליט שחכירה ארוכה היא בעלות (לא הגדרנו מהי חכירה ארוכה, המרצה מתחמק מכך במכוון). לאחר הפסד מתייחס המחוקק במפורש לדין החל על חכירה ארוכה וקובע כי שכירות של למעלה מ25 שנה תחשב כבעלות לצורך הירושה.

**בפסד לוסטיג**- אנו נתקלים בחכירה ארוכה לתקופה של 999 שנה. אין כאן בעיה כיוון שהתקופה ארוכה מספיק בשביל לסווג זאת כבעלות מפני שכל מקבץ ההנאות הכלכליות מצויות בידי צד אחד ולאורך תקופה ארוכה. כשנתקלים בשכירות ארוכה כל כך צריך לנסות ולחשוב למה קבעו זאת הצדדים? והרי ברור שזה כדי להתחמק מהעברת בעלות. הם רצו להמנע מהחלת הוראת חוק המתייחסת לבעלות ולא לשכירות. המניע טמון ב**סעיף 13 לחוק המקרקעין** הקובע כי אין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין. המחוקק לא רצה חלוקה של חלקות מקרקעין ולכן קבע שמבחינה קניינית לא ניתן לבצע מכירה של חלק מסויים מהחלקה. לא ניתן יהיה לרשום את זה בטאבו. הדין הזה לא חל על שכירות. **סעיף 78** לחוק אומר שעל אף האמור ב**סעיף 13** אין הדבר חל על שכירות.

**בהצעת חוק דיני ממונות** נאמר במפורש **בסעיף 598** (המקביל של **סעיף 13 לחוק המקרקעין**) שאין תוקף לעסקה בחלק מיחידת רישום במקרקעין. **סעיף (ב)** אומר שעסקה במקרקעין תקפה אף אם נעשתה בחלק מיחידת רישום במקרקעין, שכירות או שאילה, לתקופה שלא עולה על 200 שנים. ההגדרה המדוייקת יותר מאפשרת פחות גמישות לפסיקה. **בהצעת חוק דיני הממונות** יש נטייה להתייחס במפורש לחכירה ארוכה ולכל מצב ניתן יהיה לקבוע מספר שנים מדוייק שבו יחולו דיני הבעלות. עד שהחוק יתקבל, לא יודעים איזו חכירה ארוכה היא שכירות ואיזו היא בעלות.

המניע לעסקה בין הצדדים ב**לוסטיג** היה להכנס לגדרי **סעיף 78**, אך השאלה המשפטית הייתה למי שייכות זכויות הבנייה במקרקעין- האם לבעלים או לחוכר לדורות? אם מישהו משכיר לאחר מקרקעין וניתנו אחוזי בנייה אז שוכר יש לו זכות רק למה שהוא קיבל במפורש. הגיוני להניח שאם וועדות התכנון החליטו להגדיל את זכויות הבניייה הן תהיינה שייכות לבעלים. הבעיה היא כאשר השכירות היא ל999 שנים ואז החוכר לא יוכל להשתמש בהן. בית המשפט קבע שהזכויות תהיינה שייכות לחוכר כיוון שכל ההנאות הכלכליות הן בידיו. הדבר מחליש את הרישום הפורמאלי כאשר הבעלות הכלכלית נמצאת בידי החוכר. איפה הגבול בין החכירה הארוכה? האם מספיק 99 שנים או 56? ב999 שנים ברור שזה מקרה של בעלות אבל זהו מקרה קיצון. במנהל מקרקעי ישראל יש אופציה לחכירה של 98 שנים ומקובל לראות זאת כשכירות ולא כבעלות וע"כ אין סתירה עם **סעיף 1 לחוק מקרקעי ישראל**.

**הליסינג המודרני**

אנו עוסקים במטלטלים, ליסינג. מה שמייחד עסקת ליסינג מעסקת שכירות קלאסית זה שמעורבים בה שלושה צדדים. בעסקת שכירות קלאסית ישנם שני צדדים בלבד. גם כאן קיים אותו מתח בין ההגדרות הפורמאליות לבין ההשלכות הכלכליות בשטח. (ליסינג זה באנגלית שכירות, אגב).

שלושת השחקנים שלנו הם:

1. הספק
2. המשכיר- חברת ליסינג
3. השוכר

פסד **הפועלים ליסינג נ' טיפול שורש ניהול ושירותים למרפאות שיניים**- מדובר על הסכם ליסינג המשמש למימון. השוכר הוא רופא השיניים והוא מעוניין במוצר מסויים וספציפי. פעמים רבות חברת הליסינג אינה מכירה או אי פעם ראתה את הציוד אותו היא משכירה, בניגוד למשכיר הקלאסי. אז כשהרופא מעוניין בכיסא שלו הוא פונה לספק שממנו הוא יוכל לקנות את אותו הכיסא. אלא שהעסקה הנעשית אינה הטבעית המתבקשת, הוא לא כורת עם הספק שום חוזה פורמאלי. החוזים הפורמאליים נכרתים בין **(1)** הספק למשכיר (חברת הליסינג) ו**(2)**בין המשכיר לשוכר. בין הספק לשוכר לא נכרת כל חוזה. החוזה שבין המשכיר לשוכר יהיה חוזה שכירות. על פניו צורתו ומינוחיו של החוזה הם של חוזה שכירות רגיל. בין הספק למשכיר נכרת חוזה מכר רגיל. המשכיר הזה רוכש נכס בשביל משכיר ספציפי (שלא כמו חברות ליסינג של רכבים הקונות מוצרים סטנדרטים ומשכירות אותם לשוכרים בלתי מסויימים.) במקרה של מוצרים ייחודיים חברת הליסינג תרכוש את הנכס לפי הזמנה של שוכר מסויים ואף תדרוש בטחונות ע"מ שלא יברח לה והיא תישאר עם נכס ייחודי שאיש אינו רוצה בו.

חוזים כאלו יהיו בדרך כלל לשלוש-חמש שנים. התשלום יתבצע כעבור30-120 יום. זהו אשראי ספקים, אשראי לטווח קצר. במילה אחת נוכל לומר שהשוכר מקבל מהמשכיר: הלוואה/ מימון/ אשראי. אצל הספק השוכר מקבל את הנכס. בכך נבדלת עסקת הליסינג מעסקת שכירות רגילה. בדרך כלל השוכר הוא גם המממן והוא מקבל מהספק את הנכס. כאן הוא מקבל את המימון מהחברה ואת הנכס מהספק.

היינו מצפים שהמבנה יהיה אחר: שבין הספק לשוכר יהיה חוזה מכר ושבין השוכר לחברת הליסינג יהיה חוזה מימון+ משכון. הליסינג המודרני הוא מערכת חוזים שאינה הטבעית המתבקשת ובכל זאת זהו הנוהג בארצות מערביות רבות כי משתלם יותר מבחינה כלכלית לצדדים לערוך את העסקה הזאת. חברת הליסינג נשארת הבעלים של הנכס וכך אם השוכר פושט את הנכס לא נוצרת בעיה גדולה ובעל הנכס יכול להשכיר את הנכס לשוכר אחר. חברת הליסינג שומרת בידיה את הבעלות וכך היא בטוחה מפני חדלות הפירעון של השוכר.

אנו נתקלים כאן בסוג עסקאות חדש שיבלבל אותנו כי לא תמיד נדע האם מדובר בנכס או במשכון.

בגרסת הליסינג, החברה משלמת לספק את מלוא שווי הנכס תוך כמה חודשים ואילו השוכר משלם זאת תוך 3-5 שנים. יש לדבר הזה מחיר בשם ריבית שהשוכר משלם על כך שפריסת התשלום שלו הוא כזאת רחבה.

ישנם נימוקים פרקטיים ובעיקר מיסויים להעדפת עסקאות הליסינג. גם שיקולי בטוחה כיוון שחברת הליסינג דורשת מהשוכר פחות ביטחונות מאשר במתן הלוואה.

עוד עניין הוא שמשכיר כזה משכיר את הנכס מספר פעמים. החישובים של הליסינג שבין החברה לרופא השיניים הם כאלה שבתנאי שהוא עמד בכל התנאים ושילם הכל במשך ה3 עד 5 שנים היא עשתה את הרווח שלה. החברה אינה ערוכה להחזיק באותו הכיסא המסויים ולכן היא תיתן לו אופציה לרכוש את הכיסא בסוף התקופה בעבור תשלום אפסי. בדרך כלל השוכר יממש את זכותו זאת ואכן ירכוש את המוצר. אז יסתיימו ביניהם היחסים. התנאים הללו מעלים את השאלה מי פה הבעלים? כיוון שהנכס שייך מבחינה פורמאלית לחברה אך כל ההנאות הכלכליות מצויות בידי השוכר. במקרה של נזק/ פגם במוצר השוכר אינו יכול לתבוע את הספק כיוון שאין לו עימו חוזה כלל. חברת הליסינג תרצה להכניס סעיף הקובע כי במקרה של פגם החברה תסכים להמחות את זכות התביעה נגד הספק בתנאי שהשוכר ימשיך בתשלומים שלו.

אולי צריך לראות את החוזה לא כפי שהוא נראה פורמאלית כשכירות אלא להתייחס לכך כמו למכר, כאשר חברת הליסינג היא מספקת המימון בלבד? השאלה הזאת עלתה **בפסד הפועלים ליסינג**. מדובר על מקרה שבו באמצע התקופה השוכר לא משלם מסיבה זו או אחרת והמשכיר טוען להפרת חוזה ומעוניין להפעיל תרופות בגין הפרת חוזה. השוכר יטען שזוהי אינה עסקת מכר כיוון שלא קיבל מהחברה נכס כי אם מימון. אם מדובר בהלוואה אז יש תחום אחד שהחוק מחייב ריבית מקסימלית, בהלוואות צמודות מדד. יבוא ויגיד השוכר שהוא פורע הלוואה בתשלומים, שדמי השכירות הם למעשה פירעון הלוואה בתשלומים- ואז אם נביא בחשבון את הריבית המקסימלית נראה שהשוכר אינו בפיגור אחר התשלום. לכן מבקשת טיפול שורש להחיל את דיני ההלוואות כדי לגלות שאולי יש כאן ריבית העולה על הסכום המותר.

עלינו להגדיר ריבית בהגדרה מהותית ולא שמית- כל תוספת שמוסיפים לסכום התשלום תהיה ריבית. המחוקק לא מתערב בדמי השכירות המקסימאליים אבל אם דמי השכירות הם מסווה להחזרת קרן+ ריבית אז המחוקק כן יתערב. מדובר במעין הרמת מסך. מסתכלים פה לא רק על ההגדרות המשפטיות אלא גם המהותיות והשוכר הוא גם הבעלים הכלכליים ואז יחולו הדינים המתאימים כיוון שמדובר בהלוואה ולא בשכירות. הקריטריונים המקובלים הם המצויים בפסק הדין והם מאפשרים לנו להגדיר את הליסינג המימוני- אם הסך הכולל של דמי השכירות מגיע למלוא שוויו של הנכס+ התוספת עבור השימוש, זוהי אינדיקציה לכך שמדובר בליסינג מימוני. צד השני של אותו המטבע הוא שהסך הכולל של דמי השכירות משתווה לערך הנכס, יש לנו אינדיקציה שזו לא שכירות אמיתית. עוד אופציה היא אורך החיים של הנכס. מה שמאפיין שכירות קלאסית זה שזה לא לצמיתות ושבסוף התקופה הנכס חוזר לידיו של הבעלים. בליסינג, בסוף תקופת השכירות ערך הנכס כבר ירד ולא משתלם לחברת הליסינג לקחתו בחזרה ולכן הוא ימכור את הנכס לשוכר.

העסקה שלפנינו מעלה בעיות בתחום השיעבודים: מה יקרה אם השוכר נכנס לחדלות פירעון- לאן הולך הכסף? לנושים או לליסינג? אם זו הלוואה אז מה הפונקציה הכללית של המושכר- בטוחה/ משכון. אם הזכות לא תירשם ברשם המשכונות יכול להיות שהליסינג יפסידו והנכס יתחלק בשווה בין הנושים.

**ע"א 355/76 בסו נ' מלאך** סעיף 115 לחוק הירושה. ביהמ"ש קובע כי יש לפרש לפי תכלית החוק ולכן רואים שכירות ארוכה כבעלות. (ברור ששכירות ל999 שנים היא כבעלות. הבעייתיות היא במקרי הביניים)

**ע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס** יש לראות את החכירה הארוכה כבעלות וע"כ יש לפרש את העברת החכירה ככוללת את האפשרות לנצל את אחוזי הבנייה.

**ע"א 2462/97 הפועלים ליסינג בע"מ נ' טיפול שורש ניהול ושירותים למרפאות שיניים** כאשר מדובר בעסקת ליסינג עם אופציה לרכש הציוד במחיר מינימאלי- זוהי עסקת מכר

**מגבלות הבעלות תום לב ושימוש לרעה בזכות**

זהו נושא הממוקד **בסעיף 14** שכותרתו הגבלת זכויות- בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. על סעיף זה לא הייתה פסיקה רבה והפירוש שלו צומצם בשנים שבהם שמו דגש על הגדרת בעלות רחבה.

בעבר, אם התובע הוכיח שהוא בעל הזכות במקרקעין והנתבע נכנס ללא רשותו, כלומר הוא מסיג גבול, אז בית המשפט היה חייב לתת צו פינוי בלא שתהיה לו אפשרות לערב שיקול דעת. בכל מקרה של הסגת גבול- היה ניתן צו פינוי מיידי.

לכאורה ישנה סתירה בין הסעיף לבין הגדרת הבעלות המצויה בחוק ("הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם"). ניתן לפרש את סעיף 14 בצורה מצמצמת, כסעיף הצהרתי בלבד. בעלות כשלעצמה לא מאפשרת לך לפגוע בזולת. דיני הנזיקין אומרים שלעיתים אם אדם מתנהג בצורה המטרידה את שכנו הוא עשוי להיתבע בעוולה נזיקית.

בית המשפט לקח צעד נוסף ואמר שלא רק שהבעלות לא מאפשרת לך לעשות את מה שאתה רוצה אלא **שפסד רדומלסקי** אף קבע לטובת מסיג גבול אשר היה בעימות עם הבעלים. מבחינה עובדתית היה ברור לחלוטין מי הבעלים ומי מסיג הגבול ובכל זאת התקבלה התוצאה הבלתי שגרתית הזאת. כשבית המשפט קובע לטובת מסיג גבול אין משמעות הדבר שהוא מקבל זכויות קנייניות בשטח אלא שלא מוצא נגדו צו פינוי והוא למעשה מקבל בעלות דה פקטו (במעשה). זה משהו אשר כמעט שווה ערך לבעלות מבחינה מעשית.

גם אנשי הקניין הקלאסיים השמרניים הצליחו להסתדר עם עובדות הפסד אשר פגעו לכאורה בזכויות הקנייניות, זאת מפני שהפגיעה הייתה מינורית והתביעה נבעה ממניע פסול. בחינת כשרות המניע היא חידוש שכן בדיני הקניין הוא אינו רלוונטי. העובדות במקרה הזה מוכיחות בבירור כי היה פה מניע פסול. עמידה על זכויות כשלעצמה אינה מהווה מניע פסול אך העמידה הדווקנית על הזכויות נבעה ממקום אחר לחלוטין, מהדיון בין הצדדים האם יש כאן עילת פינוי או לא ואז מניע פסול משמעותו שהעילה המסויימת מובאת מוויכוח אחר לחלוטין ומשמשת ככלי נשק לאותו ויכוח אחר. בזמנו לא ראו את הפסד כסטייה מהכלל כי אם כחריג עובדתי.

בפסד **בצלאל נ' סימן טוב** יש הפרעה מסויימת כיוון שאם הבנייה בקומה העליונה יותר פוגעת בדירה שלמטה. גם **ברוקר נ' סלומון** אנחנו רואים שאם אחד הדיירים בונה משהו ברכוש המשותף בלא הסכמה יש בכך הסגת גבול. הרחבת הקומה השנייה שבה אתה גר מהווה הסגת גבול והיא פוגענית ולכן נפסוק לטובת הבעלים נגד מסיג הגבול. דבר זה מעוגן **בסעיף 21(א)** "הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן - הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן - המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם." שיקול הדעת במקרה של הסגת גבול מסור בידי הבעלים. לבעלים שק"ד אבסולוטי אך אם הוא משאיר את הבנייה יהיה עליו לשלם עבורה שאם לא כן זה ייחשב כעשיית עושר ולא במשפט. אם נסתכל על פירוט המשך הסעיף נראה שגם התשלום על הסגת הגבול תהיה נוחה כמה שיותר לבעלים.

הפסיקה אינה סותרת. **פסד בצלאל** משקף את הפסיקה הרגילה ואילו **פסד רדומלסקי** הוא יוצא דופן עובדתי.

**רוקר נ' סלומון**- הזכרנו אותו ב**בריטיש נ' גנז** אשר החיל את תום הלב הכללי במסגרת **סעיף 9** (הקביעה הייתה **שסעיף 39 לחוק החוזים** חל על חוק המקרקעין ולכן בעסקאות נוגדות על מקבל ההתחייבות הראשון בזמן חלה חובת תום לב לטובת השני בזמן) אמרנו שפסד זה הוא לא הראשון שהחיל את עקרון תום הלב על דיני הקניין כי **פסד סלומון** הוא הראשון שעושה זאת. את עקרון תום הלב על דיני הקניין החילו בנסיבות של פלישת שכן לרכוש המשותף שלא על דעת האחרים. השכן בנה משהו על דעת עצמו. עקרונית, **סעיף 21** נותן שק"ד לבעלים לתבוע את מסיג הגבול או לתת לו להשאיר את הרכוש הבנוי ולשלם על השימוש בו. במקרה שלנו בחרו השכנים להפעיל את האופציה ולסלק את המחוברים. תום הלב המוחל בדיני הקניין הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. אין לנו עניין במקרים שוליים של מניע פסול.

השופט זינגר החיל את המבחן האובייקטיבי של תום הלב על נסיבות של הסגת גבול. הדבר יכול להוביל לקיצוניות. המבחן העיקרי הוא מה יקרה אם נצווה על צו סילוק? מה התועלת למסלקים אל מול מה הנזק למסולק. זהו מבחן כלכלי אובייקטיבי לחלוטין- עלות מול תועלת.

השופט אנגלרד קובע ש**סעיף 39** חל על דיני המקרקעין ומשמעות הדבר היא ש**סעיף 14** מתייתר לחלוטין. **סעיף 39** מדבר על תום לב בדרך מקובלת שזה מבחן אובייקטיבי. מבחינה אובייקטיבית אנחנו מסתכלים איזה נזק יגרם לכל אחד מהצדדים בהשארת המבנה הפולשני או בהריסתו. הפסד אומר כי עקרון תום הלב הוא רוכב ממעל ומשפיע על כל הוראה והוראה של חוק המקרקעין- לפי תפיסה זאת, **בסעיף 21** גם אם יש שיקול דעת אבסולוטי בידי בעל הקניין הרי שתום הלב נמצא מעל הכל ומשאיר את שיקול הדעת בידי בית המשפט. זהו מהפך שכן אין יותר כללים חד משמעיים וברורים אלא הדברים תלויים בידי בית המשפט. זהו חלק ממסע ההתרחבות של עקרון תום הלב שהחל לחדור לתחומים שונים במשפט והוא הופך קשה יותר לחיזוי שכן השיקול דעת מצוי בידי בית המשפט.

ישנן דעות קוטביות של שופטים אשר אינם מסכימים עם הגישה הזאת בכלל ונשארים בדיני הקניין הקלאסי. לדעת השופטים טירקל ומצא, **סעיף 39** לא חל על דיני הקניין ואילו **סעיף 14** הוא סניף מקומי של תום הלב בדיני המקרקעין.

הדרך השלישית של ברק היא עמדת ביניים. ברק הוא זה שהרחיב את עקרון תום הלב בדיני החוזים ואף קרא לו עקרון מלכותי. הוא מחיל את העקרון הזה גם בדיני הקניין בצורה עקרונית שאין לה נפקויות מעשיות באותו מקרה. הוא גם מוסיף שהתחולה של העקרון הזה בדיני הקניין היא צרה יותר מאשר בדיני החוזים. בכוונה אין אמירה מדוייקת של גבולות לתום הלב כך שזה יאפשר לפסיקה להיות גמישה יותר. ברק מביא קטע שיצוטט אחר כך בפסדים אחרים ובו הוא מבחין בין מקרים שונים שיש לשים אליהם לב בדיני הקניין לעניין עקרון תום הלב:

1. יש להבדיל בין פלישה לדירת מגורים לבין קרקע שלא משתמשים בה- כשהפלישה תהיה לדירת המגורים אנו ניטה יותר לכיוון הקניין הקלאסי ונסלק מיידית את הפולש, לעומת פלישה למקרקעין אחרים שבהם נחיל בהרחבה יותר את תום הלב.
2. יש להבחין בין בעלות יחידאית לבעלות משותפת- בבעלות משותפת יהיה מקום לתחולה רחבה יותר של תום הלב שכן מסיג הגבול הוא עצמו חלק מהבעלים...
3. הבחנה נוספת היא בין פלישה של קבע לבין פלישה זמנית- בפלישת קבע שיקול הדעת של השופטים יהיה מצומצם יותר והנטייה תהיה לכיוון דיני הקניין הקלאסיים. (סביר להניח שלא יוחל עקרון תום הלב)

כבר אמרנו ב**בריטיש** שהמקום הטבעי של תום הלב הוא בדיני החוזים שכן כאשר אנשים כורתים ביניהם חוזה אנו מצפים מהם להתנהל כיאות אך בקניין לא היה בין השניים שום אינטראקציה. ההחלה הזאת נראית פחות דרמטית כאשר מסתכלים עליה מקרוב. ההחלה הזאת היא על שני זרים, מסיג גבול ובעלים- ובכל זאת נפעיל לטובת מסיג הגבול את עקרון תום הלב, בהתחשב בנסיבות מסויימות.

ברק רק קובע את הקביעה הזאת אך לא משתמש בה בפסק הדין הזה כיוון שבהתחשב בנסיבות זוהי פגיעה חמורה והבעלים יכול לבחור בסילוק.

**בנעמה נ' טורקיה** ניתן לראות מקרה ש"לקח עוד צעד קדימה". פלישה אשר עולה לחלוטין מתוך העובדות ובכל זאת נותנים לפולש להשאיר את החלק שהוא פלש אליו אף על פי שהייתה זאת פלישת קבע (נוטים להתייחס יותר בסלחנות לפלישה זמנית מאשר לפלישה ללא הגבלת זמן). הפרמטרים שהשפיעו היו (1) העובדה שהריסת חלק קטן מהמטבח יגרום לכך שיהיה צורך לבנות הכל מחדש (2) שלקח זמן רב עד שביקשו לפנות את הפלישה.

נקודה מעניינת וחשובה נוספת היא שהמערער יהיה זכאי לדרוש מהדייר הבא כי השטח האמור יוחזר לנכס שלו. כלומר אם/ כאשר מסיג הגבול יעזוב את השטח הרי שתתחדש הזכות לבקש את הסילוק. זה מעט מוזר כיוון שאנו אומרים שהתביעה נדחית עד לעזיבת מסיג הגבול- זה נותן לו מעין זכויות דה פקטו, בפועל. בנוסף הזכויות הללו הן אישיות ותקפות רק כל עוד זה הדייר המסויים הזה שמתגורר בנכס.

זוהי פסיקה זמנית שהיא בעייתית כי הרי כיצד יבוא אדם לקנות את הדירה כשיש תביעה כזאת שיכולה ליפול לו על הראש?! לכן בית המשפט מפנה את בעלים לרישום הערת אזהרה על הנקודה הזאת בלשכת רשם המקרקעין. זה נוגע **לסעיף 130 לחוק המקרקעין** הקובע כי ביהמ"ש רשאי להורות על רישום הערה כפי שיקבע. ניתן לרשום עפ"י צו של בית המשפט הערות שונות *(ניתן לרשום הערת אזהרה לא רק על התחייבות לעשות עסקה אלא גם על התחייבות להמנע מעסקה)* במקרה והערה כזאת לא נרשמה, בית המשפט יצטרך להפעיל שיקולי תום לב ע"מ להחליט.

**ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן** תביעה הנובעת ממניעי נקמנות גרידא ויש בה משום התעמרות בדייר, מצדיקה הימנעות של ביהמ"ש ממתן סעד בדרך של עשה. נעשה שימוש בסעיף 14 לחוק המקרקעין.

**ע"א 403/73 בצלאל נ' סימנטוב** כשם שמחזיק במקרקעין רשאי לדרוש הימנעות מפעולה המפריעה לשימושו בנכס, כך הוא יכול לדרוש הימנעות ממעשה שיש בו הפרעה להנאת החלל הרום שמעליו.

**רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון** לא בכל מקרה של הסגת גבול תהיה שמורה לבעלים הזכות להביא להריסת המבנה, עליו להפעיל שיקול דעת בכפוף לעקרון תום הלב.

**ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה** כאשר מסיג גבול מקבל אישור להסיג את הגבול זוהי זכות אישית אשר תקפה רק כל עוד הוא יושב בנכס. לאחר לכתו תתחדש הזכות לבקש את הסילוק. יש לרשום על כך הערת אזהרה ברשם המקרקעין.

**הגנת הבעלות וההחזקה**

**סעיפים 15-20-** סעיפים אלו חלים גם על מיטלטלין בשינויים מסויימים אך לא בטוח שזה אכן מעשי. **סעיף 8 לחוק המיטלטלין** מחיל את הסעיפים הללו מחוק המקרקעין על מיטלטלין. הנפקות המעשית היא בעיקר במקרקעין.

עד לשנת 69 כל ההגנה על הסגת גבול הייתה דרך פקודת הנזיקין. כך גם עילת הגזל. עד 69 לא הייתה בעיית כפילות ודיני הנזיקין הגנו על ההחזקה. כפל העילות אינה תופעה בעייתית או יוצאת דופן כשלעצמה (דוגמה פרקטית: שוכר שלא פינה את המושכר במועד ונתבע בגין אי פינוי במועד הוא בעל כמה וכמה עילות- הוא נחשב כמסיג גבול בעצם הישארותו, מבחינה קניינית. זו עילה נזיקית וגם חוזית שכן הוא הפר חוזה וגם עילה של ע"ע.)

**רוקר נ' סלומון** עוסק בכפל הלא שגרתי הזה בין דיני הנזיקין לדיני הקניין. פרק הגנת הבעלות וההחזקה אומר שהתרופה הקניינית להשגת גבול היא תרופה של סילוק יד. בנזיקין ניתן לתת פיצויים במקום או לצד צו סילוק. אם התובע מבקש פיצויים אז העילות הקנייניות לא יתנו לו זאת ולכן הוא לא יתבע דרך דיני הקניין. הבעיה של בתי המשפט היא איך צריך לפרש את הסעיפים הללו? בצורה אחידה או שלא אחידה? יש התרוצצות בפסיקה בין דעותיהם של השופטים השמרניים בדיני הקניין אשר ירצו לתת **לסעיפים 15-20** דגש קנייני יותר ובעל פחות שק"ד של בית המשפט. זאת בניגוד לדיני הנזיקין המאפשרים גמישות רבה הרבה יותר. ככל שהרצון יהיה לשמור על הקניין הקלאסי כך נרצה לפרש שהעילות הקנייניות הן חלופיות ונותנות פחות שק"ד לבית המשפט.

**סעיף 17** מקביל לסעיף המטרד **בפקודת הנזיקין**. **סעיף 44 לפקודת הנזיקין** הוא יותר מפורט והגיוני. **סעיף 17** מנוסח בצורה יותר חותכת וע"כ גם הצהרתית אשר באה יותר לכיוונו של בעל הזכות הקניינית. לכן בעילה שכזאת תהיה נטייה ללכת לכיוון של **סעיף 44.**

**סעיף 17** קובע כי המחזיק בנכס זכאי לדרוש ממישהו אחר שימנע מכל מעשה המפריע לשימוש במקרקעין. מחזיק כדין הכוונה היא גם שוכר. **ביוסף נ עקאשי** מדובר בהסגת גבול של ממש ולא בהפרעה מתוך מקרקעין סמוכים.

השופטת פרוקצ'ה רצתה לפרש את **סעיף 17** בדרך לא מקובלת לפיה שני הצדדים הם פולשים שכן איש מהם לא קיבל רשות להשתמש במקרקעין "כדין". הסעיף אומר שהמחזיק רשאי לדרוש מהנתבע להסתלק מהמקרקעין והנתבע לא רשאי לטעון שגם התובע פולש. השופטת אומרת שלא ניתן להכיר בטענת הגנה של הנתבע "יוס סטריצ'י" כלומר שהזכות שייכת לאדם שלישי- שכן אז נפתח פתח להמשך הליך משפטי ארוך. אז **סעיף 17** מעמיד לראשונה עילת תביעה למחזיק הפיזי של המקרקעין גם כאשר הוא אינו מחזיק בהם כדין.

כבר ראינו שיש משמעות והשלכות להחזקה בנכס. אך כאן אנו רואים שההחזקה עצמה יוצרת השלכות כי אף אם הוא לא מחזיק כדין הוא יכול לתבוע פולש אחר. **סעיף 17** מרומם את ההחזקה הפיזית עצמה ומאפשר להסתמך עליה לצורך יצירת עילה לתביעה.

 **סעיף 16** הוא המקביל **לסעיף 29** **לפקודת הנזיקין** ועניינו הוא הסגת גבול. מחזיק לא רק שהוא בעל שליטה ישירה במקרקעין, כפי שכתוב **בסעיף 15**, אלא יכול להיות שיש לו שליטה עקיפה או שהוא הבעלים. **סעיף 16** קובע במפורש מי זכאי לתבוע בעילה קניינית. בעל מקרקעין שמחזיק בהם יש לו עילה קניינית כנגד מסיג הגבול.

סוגיית תו"ל: **ס' 21** מדבר על מקרה בו מסיג הגבול בנה מבנה כלשהו ועולה השאלה מה לעשות עם המבנה. אך אם מדברים על מסיג גבול שתפס שטח למשל- בלי לבנות מבנה כלשהו, ובוא לתפוס את כל או חלק המקרקעין זה לא קשור ל**ס' 21** אלא **לס' 16** והוא הסעיף הראשי שעוסק בהסגת גבול.

שימוש בכוח- עשיית דין עצמית: **ס' 18:** סעיף מיוחד בו לעיתים מתירים עשיית דין עצמית- בכוח, במידה סבירה. אדם רשאי שלא לפנות לבמ"ש, ואם אדם פולש כאשר אדם מחזיק במקרקעין, או אפילו אם הוא עזב אותם לפני פחות מ-30 יום **(18(ב))** מותר להשתמש בכוח סביר. אבל 30 יום היא תקופה יחסית קצרה... זה קצת הזוי. לפי הספר אי אפשר לעשות עשיית דין עצמית. במקור היה כתוב על **ס' 18** שמותר לעשות עשיית דין תוך זמן סביר, אך תמיד קיימת התלבטות בסעיף הזה. מחד, לא רוצים לעודד עשיית דין עצמית- זה מתבטא **בפס"ד סלומון**- לא רוצים לעודד להפוך צדדים יריבים לבעלי הדין. למרות זאת החוק מכיר בנסיבות מסוימות בעשיית דין עצמית.

היו התנגדויות רבות לסעיף, ע"י שופטים ותיקים בעיקר. אז למה מתירים עשיית דין עצמית?

**1**. **מניעת פלישות-** משום שפולש יודע שאפשר לסלקו גם בלי להגיש תביעה. גם זמן הגשת התביעה הוא ממושך ולכן כוח סביר לסילוק הוא מתקבל.

**2. מצדיק את האינסטינקט הבסיסי במצב כזה**- נותנים אישור לפעול בהתאם למצב המתבקש כשפולשים למקרקעין שלך.

מי שלא עומד בתנאי **סעיף 18** צריך לפנות לביהמ"ש ולתבוע בהתאם ל**ס' 16**. כאן מדובר כאמור על מחזיק כדין- והוא יכול לבקש את סילוק הפולש. כאמור, כל מחזיק כדין- בעלים או שוכר שפלשו למקרקעין הוא בעל 2 אפשרויות: 1. עשיית דין עצמי בכפוף לתנאי **ס' 18** בלבד. 2. פעילות לפי **ס' 16** (אם לא עומד בתנאי ס' 18).

עוד סעיף המציב לנו קונפליקט מעניין הוא **סעיף 19.** הסיפא שלו היא המבלבלת. הרישא אומרת ש"מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק"- בצורה גורפת נאמר שאם אתה חוזר אחרי 40 יום מחו"ל ומישהו יושב בדירה שלך אסור לך להוציא את הפולש בכוח. ואם אפילו תעשה את זה הפולש יהיה רשאי ללכת ולתבוע את המחזיק כדין על הסילוק הזה!! זוהי צורה קיצונית של השמירה על הסדר הציבורי שכן אנחנו עד כדי כך רוצים לשמור על הסדר הציבורי שאנחנו נמנע מאלימות. זוהי תביעה וססורית וכל הקייס הוא תביעה להחזרת החזקה בלי להכנס לשאלה מיהו בעל המקרקעין. ואז מגיעה הסיפא של הסעיף ואומרת " אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית-המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם" בית המשפט יהיה רשאי לאחד את התביעות. שיקול הדעת של בית המשפט לא יהיה מוגבל. ככל שברור יותר שלמישהו יש זכות בעלות כך בית המשפט יטה לאחד את העילות ולהתעלם **מ19 רישא**.

ניקח מקרה שבו כבר יש פסק דין של ראובן נגד שמעון שעל שמעון לפנות את המקרקעין וראובן יודע שלשמעון יקח הרבה זמן לעשות זאת אז הוא מחליט לפנות אותו בעצמו. כאן מגיעה הדילמה הגדולה של המשפט כיוון שאנחנו לא רוצים שאדם יהיה ההוצאה לפועל של עצמו.

**רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון** בעל קניין זכאי לפעול בנכסיו באופן שרירותי. ככל שעוצמת הזכות ומידת הפגיעה גבוהים יותר, ילך שיקול דעתו של בית המשפט בהגבלת מימוש זכות הקניין ויצטמצם.

**ע"א 756/80 רוזנשטיין ואח' נ' סלומון ואח'** סעיף 19 (אשר מורה למי שהוציא מקרקעין מהמחזיק בהם שלא לפי סעיף 18, להשיב לו אותם) אינו גורע מסמכותו של ביהמ"ש לדון בזכויות המחזיק והפולש בעת ובעונה אחת.

**רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי ואח'** בהתמודדות שבין מחזיק בפועל לבין מסיג גבול, זכאי המחזיק להגנה בפני מי שמנסה לנשלו מחזקתו וזאת גם כאשר אין לו זכות לחזקה.

**רע"א 4311/00 מדינת ישראל נ' שמחון** מתבקשת פרשנות מצרה להיקף השימוש בסמכות הוצאת צווי הסילוק לפולשים לקרקעות הציבור. על הממונה להצביע על עילה מספקת לנקיטת צעד זה שמשמעותו היא עשיית דין עצמית בידי רשות מוסמכת.

**משכון- מועד המרשם**

נוגע להלכה המצויה ב**סעיף 179 לפקודת החברות**. בכל הנוגע לשעבוד נכסי חברה נותרו סעיפים רבים על כנם **בפקודת החברות**. **סעיף 178** מונה את השעבודים הטעונים מרשם**. סעיף 179** קובע את מועד המרשם. מדוע צריך לקבוע מועד מיוחד לרישום? הלא יש לנושה המובטח תמריץ להקדים את מועד הרישום. אז מדוע נקבע מספר מסויים של ימים שעליו לרשום? זה ההיגיון של **חוק המשכון**. אך לא כך **בפקודת החברות**- שם נקבע כי יש לרשום שעבודים ברשם החברות תוך 21 יום ממועד כריתת הסכם המשכון.

לגבי חברות המחוקק מטיל חובת רישום תוך זמן קצר כיוון שבנושאים רבים הנוגעים לחברות אנו רוצים שיהיה רישום בהקדם. **פסד ביאלוטוצקי** עוסק בתוקף של משכון בנסיבות מסויימות שבהן יש חשיבות למועד רישום השעבוד- הפסד עוסק בעימות בין נושה מובטח לנושים רגילים ובדרך כלל אין חשיבות למועד רישום המשכון כיוון שהנושה המובטח עדיף על שאר הנושים האחרים בלי קשר למועד הרישום. זוהי נקודת הפתיחה שלנו, זהו החוק כפי שהיה במשך שנים רבות. למה, אם כן, יש בפסד זה חשיבות רבה כל כך למועד הרישום?

בדיני חדלות פירעון ישנה סוגיית העדפת הנושים הצצה בשלושת החודשים האחרונים שלפני תחילת הפירוק. מדובר על מצב של פירוק חברה ועסקאות שנעשו שלושה חודשים לפני כן חשופות לביטול בידי המפרק שממונה לצורך הפירוק. הוא נוקט גישת חלוקה שוויונית של הנכסים בין הנושים ומחשש שהעסקאות הללו נעשו לצורך הברחת נכסים או שהן פוגעות בשיוויון, הוא יהיה מוסמך לבטל אותן לפי ראות עיניו. עסקאות כאלה יכולות להיות מתן מתנה, פירעון חוב, יצירת משכון או שיעבוד. כל פעולה שתפגע בעקרון השיוויון בין הנושים ובהצטרף קריטריונים אחרים יכולה להתבטל.

בפסד שלנו, הסכם המשכון *נוצר* לפני שלושת החודשים האחרונים אך *רישומו* כבר התרחש בטווח של אותם שלושה חודשים. בית המשפט מניח שהרישום הוא זה שקובע את התחלתו של המשכון. כלומר אם הרישום נעשה בתוך שלושת החודשים אז הוא ניתן לביטול והנושה המובטח כבר לא יהיה מובטח.

אם רישום המשכון נעשה תוך 21 יום ממועד כריתת החוזה, הוא ייחשב רטרואקטיבית ויום הכריתה יירשם כיום הרישום. יש לציין כי במשכון שיוצר יחיד אין הליכה רטרואקטיבית, זהו מצב הייחודי למשכון של חברה. רק בסיטואציה כמו זו העולה מן הפסד יש חשיבות למועד הרישום, למרות שהעימות הוא בין נושה מובטח לנושים רגילים. ההבחנה הזו בין משכון היחיד למשכון של חברה בנוגע להליכה רטרואקטיבית היא ארכאית וקשה לנמקה.

**ע"א 315/89 ביאלוסטוצקי בע"מ נ' נייר גרף (תעשיות) בע"מ (בפירוק) ואח'** דיני החברות קובעים כי חברה צריכה לרשום שעבוד תוך 21 יום מיום יצירתו, משנעשה כן, ניתן למשכון תוקף רטרואקטיבי מיום רישומו ליום יצירתו. כלומר, אם חברה רושמת את המשכון תוך 21 יום, הוא ייחשב, לצורך הליכי פירוק, כתקף מיום יצירתו.

**שעבוד קבוע ושעבוד צף**

יש שני הבדלים עיקריים כיום בחוק הקיים בין שיעבוד נכסי יחיד לשיעבוד נכסי חברה:

1. כל מה שקשור ל**מרשם**
2. ההבדל העיקרי- **שיעבוד צף/ שוטף**

דיני היושר באנגליה המציאו כמענה לדרישות השוק את השעבוד הצף שיש לו, לכאורה, את היתרונות של השעבוד אבל אין לו את רוב המגרעות. הדבר הזה תואר בידי השופט זוסמן **בפסד בנק בריטניה** "כענן הצף ומרחף מעל נכסי החברה". השעבוד ניתן לנושה אשר אינו מתעניין בנכס המשועבד כל עוד החברה מתפקדת כרגיל אך כשהיא תקלע לקשיים או לחדלות פירעון הוא יקבל עדיפות על פני שאר הנושים. האנגלים היו מעוניינים ביצירת שעבוד שיאפשר לחברה לתפקד כאילו שאין שעבוד. כלומר, למרות שהחברה שיעבדה את נכסיה לנושה מסויים היא עדיין רשאית לסחור בהם. משמע, למוכרם או למשכנם לצורך הלוואה אחרת. השעבוד לא מתייחס לנכס מסויים אלא לכלל נכסיה של החברה או לסוג נכסים מסויים. השעבוד הזה, בפרקטיקה, קרוי **שש"כ** (שעבוד שוטף כללי) וחל על כל הנכסים אבל לא מפריע לסחור בהם.

כשהנושה רואה שהחברה נכנסת לקשיים הוא נוקט צעדים לגיבוש השעבוד ואז אותו ענן ציורי המרחף על החברה מלמעלה, נוחת על הנכסים הנמצאים בידי החברה במועד הגיבוש והשעבוד הופך לרגיל לכל דבר ועניין. הנושה כבר לא מעניין לאפשר לחברה להמשיך להשתמש בנכסים אלא מעוניין לממש את השעבוד שלו.

היסודות העיקריים של השעבוד הצף:

1. **החברה רשאית להמשיך לסחור בנכסים המשועבדים-** עשויה להווצר בעיה במקרה שבו החברה תחליט לעשות משכון מאוחר יותר. ייווצר מצב של כפל שעבוד על אותו הנכס**,** גם שעבוד צף וגם ספציפי. בעימות רגיל בין שני נושים מובטחים גובר בעל הרישום הראשון בזמן אך במקרה שלנו, למרות שהשיעבוד הצף נרשם קודם הוא מאפשר המשך מסחר רגיל ולכן השיעבוד הספציפי גובר עליו, כל עוד לא היה גיבוש. זאת הייתה ההלכה שאפיינה את השיעבוד הצף הקלאסי. המצב הזה היה בעייתי שכן פעמים רבות בעל השיעבוד הצף היה נשאר בלא כלום.

הפתרון הפרקטי של הנושים בעלי השעבוד הצף באנגליה ובישראל היה להכניס סעיף הגבלה השולל את האפיון המרכזי של השעבוד הצף. הסעיף הזה אומר שלחברה החייבת אסור לשעבד כל נכס אלא אם בעל השעבוד הצף, נותן לה הסכמה מראש ובכתב, למעט מלאי עסקי.

1. **השעבוד חל על נכסים עתידיים**- נכסים שנרכשו ע"י החברה לאחר יצירת השעבוד

הנושה המובטח מאפשר לחברה להמשיך ולסחור בנכסיה, השעבוד מפסיק לחול על נכסים מסויימים של החברה שנמכרו ומנגד הוא יחול על נכסים חדשים שנרכשו או נוצרו בינתיים. כלומר, החברה מתנהלת כרגיל עד ליום הגיבוש שאז השעבוד הופך להיות קבוע.

אצל רשם החברות רשומים מאות אלפי שעבודים צפים שוטפים. בדרך כלל הבנק העיקרי שעובד עם החברה הוא בעל השעבוד הצף החל על כלל נכסיה. זה השעבוד הצף הקלאסי.

השיעבוד הצף הקלאסי מאפשר לחברה להמשיך בעסקים כרגיל ואף למשכן את נכסיה. הדבר יוצר כפל שיעבוד כאשר השעבוד השני בזמן והספציפי יותר גובר על השעבוד הצף. לאחר כמה שנים נוכחו לראות שיש כאן חיסרון גדול מפני שבעל שעבוד צף עשוי לגלות במועד הגיבוש שכמעט כל הנכסים שועבדו ואין לו ממה להפרע. התגובה הפרקטית לכך הייתה הכנסת סעיף הגבלה (**פסד בנק לאומי נ' בנק בריטניה**) ביהמ"ש קבע שמכניסים בהסכם השעבוד סעיף מגביל האוסר על החברה לשעבד/ למכור נכסים בלי אישור מבעל השעבוד הצף. משמעות הדבר היא שהשעבוד הצף הקלאסי כמעט נכחד מהפרקטיקה.

* מלאי עסקי לא ניתן לשעבד בשעבוד קבוע אך כן ניתן יהיה לשעבדו בשעבוד צף.

**פסד בנק לאומי נ' בריטיש-** עימות בין שעבוד צף קלאסי לבין עסקה מאוחרת בזמן. למי עדיפות בחדלות פרעון?

* לנושה 1 בנק בריטניה אשר לטובתו שש"כ (שעבוד שוטף כללי)
* לנושה 2 בנק לאומי אשר לטובתו משכנתא על מגרש ספציפי שבבעלות החברה

לפי השעבוד הקלאסי ברור שנושה 2 גובר. אך במקרה זה היה מדובר בשעבוד בעל תניית הגבלה אך החברה לא פנתה לנושה 1 לצורך קבלת אישור. ביהמ"ש בוחן מה השפעת הסעיף המגביל על תוצאת העימות בין הנושים?

נושה 2 טען כי מדובר בהפרת חוזה- דיני חוזים- ואילו העימות כאן הוא קנייני.

ביהמ"ש- השעבוד הצף מקנה זכות שביושר, שהיא סוג של זכות קניינית, אותה תביס זכות שבדין שנרכשה בתום לב. אז אומנם זכותו של נושה 2 היא בדין אך היא נרכשה בחוסר תו"ל כיוון שבנק לאומי ידעו על קיומה של ההגבלה. הפסיקה לטובת נושה 1.

**פס"ד אלקטרוג'ניקס**- ההבדל בינו לבין הפס"ד לעיל מתמצה בנק' אחת- הנושה המאוחר בפס"ד זה לא היה מודע להגבלה ולכן גבר על הראשון.

ההלכה משני פסדי"ם אלה ברורה- נושה 2 יכול להתגבר על שעבוד צף קודם רק אם לא ידע על ההגבלה. הלכה זו החלישה את השעבודים הצפים, שכן כל מתחרה מאוחר שלא ידע על ההגבלה גובר על השעבוד הצף.

לאחר פס"ד אלקטרוג'ניקס הבנקים הצליחו לשנות את החוק באמצעות תיקון **פק' החברות** **סעיף 169**(ב) הקובע כי אם היתה בשעבוד הצף פסקת הגבלה, והשעבוד הצף וההגבלה נרשמו, השעבוד הצף גובר על כל מתחרה מאוחר שנוגד את ההגבלה**.** זהו חיזוק משמעותי של השעבוד הצף שכן כבר לא רלוונטי אם המתחרה המאוחר בפועל ידע או לא על ההגבלה.

**פס"ד תשתיות ציוד**- עסק במקרה בו ההגבלה נמסרה לרישום אולם לא נרשמה בפועל. נושה מס' 2 לא יכל לדעת עליה. בהמ"ש פסק שמספר 2 יהיה עדיף כי לא היה יכול לדעת על ההגבלה- אולם זה מקרה חריג. ברגע שכן נרשם השעבוד וההגבלה הוא גובר על מתחריו המאוחרים.

אם נמצאו נכסים בזמן חדלות הפרעון ויש שעבוד צף- לאור התיקון של **169(ב)** השעבוד יקבל עדיפות על כל עסקה מאוחרת.

השעבוד הצף היום הוא חזק מאוד, ואולי יותר מדי לדעת המרצה. על החברה יש שעבוד כזה רחב על כלל נכסיה, וזה גורם לכך שהפגיעה בנושים הרגילים חמורה מדי. כדי לתקן את המצב קבעו חריג לכלל של **סעיף 169(ב)** הקובע כי שעבוד ספציפי מאוחר יהיה עדיף על שעבוד צף קודם, אף על פי שנרשמה בו הגבלה, כאשר השעבוד המדובר הוא לרכישת נכס (**שסל"ן**) **סעיף 169(ד)**

**פסד** **בנק לאומי נגד בנק בריטניה**- מדובר היה בחברה שעסקה ביהלומים, החברה קיבלה אשראי מבנק בריטניה וקיבל שעבוד צף על כלל נכסיה, מאוחר יותר לאומי נתן הלוואה לחברה הזאת וקיבל שעבוד על מגרש מסוים (משכנתא). מטרת ההלוואה והשימוש בפועל בכספי ההלוואה היה רכישת המגרש שעליו רובצת המשכנתא לטובת לאומי- במקרה כזה יש עדיפות למשכנתא של מס' 2 לטובת 1

נושה מס' 2 מימן את הרכישה של הנכס הנוסף ולפי **סעיף 169(ד)** במקרה של תחרות תהיה עדיפות לנושה מס' 2 ולגבי שאר הנכסים עדיין נשארת העדיפות של נושה 1. אילו כניסתו של נושה מס' 2 לתמונה לא היתה לרעתו של נושה 1 שכן השעבוד הצף שלו עומד בתוקף למעט הנכס שנושה 2 הלווה את הכסף כדי לממנו. לעדיפות קוראים שסל"ן.

**הסיבה לחריג** היא שאנחנו לא רוצים שתמיד נושה מס' 1 יהיה עדיף כדי לאפשר כניסה של נושים נוספים, אולם במגבלות. אם ההלוואה השנייה היא למלאי עסקי אזי נושה 1 יגבור, אם היא לתמורת רכישת נכס ספציפי והוא משועבד- נושה 2 עדיף.

קיימת בעיה בחקיקה והיא שהשעבוד הצף מוזכר בסעיפים רבים **בפקודת החברות** ורק ב**סעיף 169** קיימת ההבחנה בין שעבוד צף עם ובלי תניית הגבלה.

במקרה של חובות בני קדימה- יש חובות שנותנים להם קדימות מסוימת, חובות לרשויות מס, חובות לשכר עובדים עד לתקרה מסוימת, ולפעמים למשכיר שהשכיר לחברה. **סעיף 354 לפקודת החברות** אומר במפורש שחובות אלה עדיפים על שעבוד צף.

בנוסף, הפסיקה קובעת כי שעבוד קבוע- גובר על חובות בדיני קדימה.

**יש כאן מעגל שוטה-**

שעבוד קבוע עדיף על חובות בני קדימה.

חובות בני קדימה גוברים על שעבוד צף.

שעבוד צף עם סעיף הגבלה גובר על שעבוד קבוע.

**אז מה גובר על מה בעצם?** הש' ממשיכים כשיש שעבוד צף עם חובות בני קדימה כאילו החובות בני קדימה גוברים על השעבוד. הם לא מבחינים בין השעבוד הצף הקלאסי בלי הס' הגבלה לשעבוד צף מודרני עם ס' הגבלה שאמור לגבור על שעבוד קבוע שגובר על חובות בני קדימה.

**ע"א 471/73 מקבלי נכסים של אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ** אם ידע הקונה על עצם קיומו של השעבוד הצף אך לא ידע על תניית ההגבלה האוסרת על החברה להעביר את נכסיה, אין כוחו של השעבוד יפה כלפיו.

**ע"א 10907/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות** שעבוד צף עם סעיף הגבלה שנרשם (עם הסעיף), גובר על שעבוד קבוע מאוחר יותר שנוצר בניגוד לאותה הגבלה.

**ע"א 2070/06 תשתית ציוד ובינוי בע"מ נ' עו"ד יעקב גרינוולד, כונס נכסים** נקודת הכובד של השעבוד הצף אינה במועד הגיבוש (כמו שעבוד קבוע) כי אם במועד הרישום. לפי סעיף 169(ב) לחוק החברות, השעבוד הצף ותניית ההגבלה שבו קונים תוקף ברישומם. אם אין רישום, חוזר הדין הקלאסי והשעבוד הקבוע גובר על השעבוד הצף.

**משכון מוסווה**

פסד שעוסק בנושא הזה הוא **כספי נ' נס**. נעסוק בנושא השכיח ביותר- מכר מותנה או "שימור הבעלות".

משכון מוסווה סובב סביב **סעיף 2(ב)** לחוק המשכון "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא" הסעיף הזה אומר שהוראות החוק יחולו על עסקה שמהותה שיעבוד ואין זה משנה באיזה שם הוא קרוי. אם מהותו של ההסכם היא הסכם משכון- נחיל עליו את חוק המשכון.

ההחלטה בדבר סיווג העסקה כמשכון תתקבל לפי מהות העסקה ולא לפי הבחינה הצורנית של ההסכם. זהו מאבק בין צורה ובין מהות שהחוק הכריע לטובת המהות.

הסעיף מבטא מציאות פרקטית שלצדדים יש אינטרס להמנע מתחולת הוראות שונות של חוק המשכון על העסקה שלפניהם. כדי למנוע את תחולת החוק הצדדים ינסו להסתיר את מהות העסקה ולא ידברו בשפה של "נושה" ו"חייב" כי אם כ"מוכר" ו"קונה". חוק המשכון הוא קוגנטי ומשמעות הדבר היא שאין הצדדים יכולים להתנות עליו. זאת מפני שבניגוד לחוקי המכר והשכירות הנוגעים לצדדים עצמם וע"כ הם דיספוזיטיביים- הסכם משכון יש לו השפעה גם על צדדים שלישיים. ככל שיש יותר נושים מובטחים כך נפגעים הנושים הרגילים. המחוקק מעוניין להגן על אותם צדדים שלישיים והוא יחול גם אם הצדדים אינם מעוניינים מכך. לכן, מי שרוצה להמנע מהחלת הוראות חוק המשכון ינקוט בטכניקת ההסוואה וינסה להסתיר את העובדה שההסכם שבפנינו הוא הסכם משכון.

הנחת היסוד היא שהצד המלווה הוא החזק יותר ולכן יש סעיפים קוגנטיים כמו **סעיף 16** לפיו אין הצדדים רשאים להתנות על מימוש לפי חוק זה. **סעיף 17** קובע תנאים של מימוש. אם ערך המשכון עולה על ערך החוב אז היתרה המתקבלת בעת המימוש חוזרת לחייב או לנושה שלו.

יהיו נושים שירצו להרוויח יותר והם יכולים להכניס סעיף הקובע שבמקרה שהחייב לא משלם את חובו, תעבור כל הדירה לידי הנושה. אין זה הוגן וסעיף זה אינו בר תוקף שכן הוא מתנה על הוראות החוק של **סעיף 17**.

**סעיף 2(ב)** **לחוק המשכון** אומר שההוראות יחולו על כל עסקה שכוונתה ליצור שעבוד ואין זה משנה איך מכנים אותה- הבנו שהבחינה היא מהותית ולא צורנית. אז איך נדע מתי יש בפנינו הסכם משכון? נחזור ל**סעיף 1(א)** המגדיר ש"מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב " כלומר אם אנחנו רואים עסקה שבה מייחדים נכס לצורך פירעון חוב והדבר נותן עדיפות לנושה אחד על פני אחרים אז אנחנו מבינים שמדובר פה במשכון. היישום של הדבר אינו פשוט כלל.

המקרה השכיח ביותר בפרקטיקה של יישום סעיף **2(ב)** הוא **מכר מותנה** או **שימור בעלות**. מדובר על מכר באשראי (=**אשראי ספקים**). זאת העסקה הסטנדרטית בשוק כשהרוכש מתעתד למכור את המוצר לצרכנים. השחקנים שלנו הם:

1. ספק
2. רוכש/ קמעונאי
3. צרכנים

הפרקטיקה מכתיבה שהעסקה בין א' לב' תהיה באשראי ספקים. א' יעביר את ההחזקה במוצר בצורה מיידית לאחר כריתת ההסכם. אך התשלום של ב' לא' יגיע רק אחר כך בין 30-ל90 ואפילו עד 120 יום אחר כך. זהו אשראי לתווך קצר. ההחזקה והבעלות צריכות לעבור בין א' לב' וב' צריך להעביר לא' תשלום. הפקרטיקה מחייבת הפרדה בין שני השלבים כיוון שב' צריך זמן למכור את הסחורה כדי שיהיה לו כסף לשלם לא'. לא' יש עניין שב' ימכור את הסחורה לג' כיוון שרק כך יהיה לו כסף להמשיך בכל העסק.

בעסקה הזאת א' מעביר לב' סחורה והוא מקבל כסף רק אחרי שלושה חודשים- שזה מספיק זמן בשביל שב' יגיע לחדלות פירעון. במצב כזה א' חושש שהנושים האחרים ירצו לשים ידם על הסחורה שא' סיפק לב'. (נניח שהסחורה עדיין בידי ב') א' נמצא בבעיה שכן הוא חושש שבחדלות פירעונו של ב' הוא ייחשב כנושה רגיל ואז המפרק ימכור את הסחורה וכל הנושים יתחלקו בה. דיני החוזים לא יעזרו לנו במצב כזה שכן לפיהם כשב' הוא לא רמאי ונקלע להפרת חוזה בשל הסתבכות עסקית אז הוא לא יכול לשלוט על מהלך עסקיו וד' הנושים האחרים ייקחו את נכסיו. וכאן אנו מגיעים לעניין הבעלות. חוק המכר קובע כי הבעלות עוברת עם ההחזקה אלא אם כן החליטו הצדדים אחרת. כלומר, בעיקרון אמורים להיות כאן שני שלבים:

1. העברת ההחזקה+ הבעלות
2. העברת התשלום

אם בין שני השלבים הללו ב' נכנס לחדלות פירעון, אז הסחורה היא כבר בבעלותו והנושים של ב' יתחלקו בה ומעמדו של א' יהיה כמו של שאר הנושים לא תהיה לו עדיפות על הד'לתים.

כדי להתגבר על כך בפרקטיקה נפוץ מאוד שספקים מוסיפים תנאי להסכם המכר הקובע שהסחורה נשארת בבעלותם עד לתשלום המלא עבורה. הספק מעוניין להפריד בין העברת ההחזקה לבין העברת הבעלות. הספק רוצה ליצור שני שלבים:

1. העברת ההחזקה
2. קבלת התשלום+ העברת הבעלות

כל הד' יכולים לשים ידם על הנכסים של ב' במצב של חדלות פירעונו. כל עוד הנכסים הם של א', איש אינו יכול לגעת לו בסחורה וא' יוכל לתבוע השבה. ב' מבחינה משפטית הוא רק שומר על הנכס. לכן א' רוצים להכניס סעיף של שמירת הבעלות. סעיף שימור הבעלות קובע שהבעלות על הנכסים תעבור לב' רק בעת מועד סיום התשלום.

זה הדין בכל ארצות אירופה, במשפט הקונטיננטלי. באנגליה זה סעיף חוק מפורש בחוק המכר. גם אצלנו זה משתמע **מסעיף 33 לחוק המכר**- שניתן לקבוע מועד אחר להעברת הבעלות. כך גם פסקו בארץ עד לשנות ה90. פסקו זאת לא תוך בחינת הסוגיה אלא מתוך היעדר דיון בסוגיה. כך עד **לפסד קולומבו** שם עלתה הטענה שהסעיף הזה טומן בחובו משכון מוסווה ואז חל בו **חוק המכר**.

**פסד קולומבו** הלך עם המשפט האמריקאי. הייתה על הלכה זו ביקורת רבה. מדובר על ספק של סחורה א' אשר מוכר סחורה. יש לו עוד תפקיד: מלווה. א' מספק נכס אבל גם מימון כיוון שהוא נותן לב' אשראי לתווך קצר (בשונה מחברת הליסינג המספקת מימון בלבד והנכס הוא זר לה). בתור ספק נכס אין לא' אינטרס להחזיק את הבעלות אצלו. הבעלות בנכס מעניינת אותו כשהוא בכובע של ספק המימון, כיוון שאז הוא מעוניין לכסות את עצמו מפני מצב של חדלות פירעון. ספק הממון א' אינו לוקח שיעבוד ובמקרה כזה הוא עלול להיות נושה רגיל ולא נושה מובטח וכדי להתגבר על הקושי הזה הוא ישמור את הבעלות אצלו עד לגמר התשלום. יש לנו תחרות בין א' כספק מימון לבין הד', הנושים האחרים של ב'. וזה בעצם שיעבוד= טכניקה משפטית שבסיועה יבודד עצמו נושה אחד כך שיהיה עדיף על פני נושים אחרים במקרה של חדלות פירעון של החייב. יש שיטות משפט הרואות בכך משכון.

הפסד ראה את הצדדים כנותן ומקבל משכון ולא כספק ורוכש. המינוחים משתנים והם הופכים ל"נושה מובטח" ו"ממשכן". אם זה כך, הרי שנושה מובטח יהיה עדיף על נושים אחרים רק אם הוא רשם את המשכון ברשם המשכונות. מבחינה פרקטית הספקים פתאום צריכים לרשום לטובתם כל שיעבוד שהם עושים- גם אם הוא תחת סעיף שימור הבעלות.

בית המשפט ב**קולומבו** אומר לספקים שכדי להתגבר על הבעיה הפרקטית שנוצרה, עליהם לרשום שיעבוד ברשם המשכונות. בפסד אחר בית המשפט אומר שגם אם הם ירשמו שיעבוד, זה יהיה שיעבוד צף כיוון שמדובר במלאי עסקי. הביקורת העיקרית על הפסד הייתה על הפגיעה בחופש החוזים. בא **פסד קידוחי הצפון** ומחזיר אותנו אחורה לכיוון חופש החוזים. אלא שבענייני משכון אנו לא נותנים חשיבות לחופש החוזים כיוון שיש פגיעה בצדדים שלישיים.

**פסד קידוחי הצפון** מחזיר אותנו לחופש החוזים אלא שאז צדדים שלישיים נפגעים, וזה מה שרוצה **סעיף 2(ב)** למנוע. לפי הסעיף: רוצה עדיפות? תן פומביות! לכן ביהמ"ש העליון קבע שאנחנו בתוך דיני המשכון. משמעות הדבר היא שא' יהיה נושה מובטח. א' הוא גם מוכר וספק נכס וכאן אין ספק שיחולו עליו הוראות חוק המכר. במישור המימוני, גם אז א' יהיה כפוף לדיני המשכון וא' לא יתגבר על צדדים שלישיים אלא אם נערך רישום.

החידוש מרחיק הלכת של **פסד קולומבו,** לפי הגישה הצפון אמריקאית, אומר שא' וב' הם ביחסים של ממשכן ונושה. אף על פי שהצדדים קבעו שהבעלות לא עוברת, בא הפסד אומר שהבעלות עברה ועכשיו ב' ממשכן את הנכס לא'. יכול להיות שלצורך דינים אחרים בתחום הקנייני, א' עדיין ייחשב כבעל הנכס. אך לצורך התחרות שבין א' לד', הנכס נחשב כאילו הוא בבעלותו של ב' וממושכן לא'. בUCC האמריקאי אין חשיבות לשאלת הבעלות אלא הם אומרים שספק שהעביר חזקה והשאיר את הבעלות אצלו, יחולו עליו דיני המשכון- דבר זה גם נכתב בהצעת חוק המשכון החדשה שעברה כבר בקריאה ראשונה.

מאז **פסד קולומבו** לא השתנתה התנהגותם של הספקים והם לא רשמו שעבודים, מסיבות פרקטיות. זאת מפני שהם אינם יודעים על כל המתרחש בעולם המשפטי. לכן עד 2003 מה שקרה זה שהספקים הפסידו בגלל הלכת קולומבו לבנקים (שידעו על ההלכה..). האם זה הוגן שמבחינה חברתית יפסידו ככה ספקים קטנים לבנקים? זאת כבר שאלה אחרת.

**קונסיגנציה-** במקרה שב' נתקע עם הסחורה של א' ולא מצליח למכור אותה ישנו הסכם שפירושו לא מכרת? לא שילמת! כלומר, ישנם תחומים כמו עיתונים או תכשיטים שבהם א' מעביר סחורה בקונסיגנציה ואז ב' יהיה רשאי להחזיר את הסחורה לא'.

זאת הטענה שטענו **בקולומבו** אלא שבהסכם קונסיגנציה צריך להגיד במפורש שלא מכרת לא שילמת. מי שעושה הסכם מעין זה הוא כזה שלא בטוח שהוא יצליח למכור או בסחורה שאינה נמכרת בקלות. מבחינה עובדתית, מאמא יוקארו לא שילמה כראוי ולכן המליצו לקולומבו להכניס את שימור הבעלות כדי להבטיח את התשלום.

קונסיגנציה היא רק כשמסכימים על כך. אם מסכימים על אשראי ספקים הרי שהרוכש צריך לשלם והוא לא יכול לטעון לקונסיגנציה ולהחזיר את הסחורה. **סעיף 2(ב)** לא מאפשר לנו לקרוא להסכם הזה קונסיגנציה.

בשנת 2003 יצא **פס"ד קידוחי הצפון** היה לטובת הספקים שלא למדו מקולומבו ולא התחילו לרשום. הפס"ד אמר כי הספקים הם בעלים ולכן הם יתגברו על הנושים האחרים. אולם, בהמ"ש המחוזיים והשלום לא מיישמים את פס"ד זה! והם מוצאים טענות להתחמק מזה ואומרים שבהמ"ש לא התכוון לכך.

**פ"ד מעגלים-** הספקים ממשיכים להפסיד. השופטת אלשיך כתבה אותו וחלק מזה שהיא לא מיישמת את הלכת קידוחי הצפון כפשוטה קשור לנושא הבראת החברות. אם תתקבל גישת **קידוחי הצפון**, א' ייחשב כבעלים או כנושה מובטח. בהליכי הבראת חברות יש לכך חשיבות רבה. אם א' הוא נושה מובטח אז כשעושים "הקפאת הליכים" (לא מאפשרים לנושי החברה לתבוע אותה, נותנים לה זמן להתארגן) גם השיעבודים מוקפאים. אם א' הוא בעלים אין להקפאת ההליכים השפעה עליו כיוון שהוא רק ייקח את רכושו וזהו. כדי שניתן יהיה להבריא את החברה צריך לדאוג שכל המלאי העסקי שלה יהיה ברשותה. אם נלך לפי הלכת קולומבו, אז כל הספקים יקחו את הסחורה שלהם כי הם עדיין הבעלים וזה יפגע קשות בתהליך ההבראה של החברה.

זוהי מגמתו של המחוקק= לפני חצי שנה התקבל תיקון 19 לחוק החברות והוא מתייחס במישרין לשימור בעלות. החוק אומר שגם נכסים שיש עליהם סעיפי שימור בעלות, עומדים לרשות החברה לצורך תהליכי הבראה. זוהי גישתה של השופטת אלשייך. קובעים סטטוטורית שהנכסים עומדים לצורך שירותי ההבראה. זה מראה לנו שהמחוקק הולך במגמה של קולומבו ולא של קידוחי הצפון.

עוד דבר שמוכיח לנו זאת הוא שבהצעת חוק המשכון יש סעיף מפורש האומר שאם יש סעיף שימור בעלות, יחולו עליו דיני המשכון. (**סעיף 350)**

מה שרוצה זרם הפסיקה המחוזית לטעון זה שא' צריך להוכיח שהוא תכנן לשמור על הבעלות. בפסיקה של שנות ה80 עלה טיעון אחר- איך יכול להיות שא' מתכוון לשמר את הבעלות אצלו? הרי הוא נותן לב' את האפשרות למכור את הסחורה לג'. סעיפי שימור הבעלות מוסיפים פעמים רבות שהבעלות של א' בנכס תעבור לתמורה המתקבלת בעדו (זו תכונת העקיבה שעליה למדנו). יש ל אינטרס לשמור על הבעלות.

**מכר חוזר**

לא פרקטי כמו מכר מותנה. נתקלים בו אחת לכמה שנים. מדובר על צדדים המעוניינים להציג את העסקה בצורה שאיננה שיעבוד וזאת ע"מ להמנע מהוראות חוק המשכון.

מדובר על עסקה בין א' לב' והיא הלוואה. המלווה, ב', דורש נכס מסויים כבטוחה לשיעבוד. א' מעביר לב' נכס המשמש כמשכון. ב' מעביר לא' את ההלוואה. זה השלב הראשון בכל הלוואה. השלב השני הוא פירעון ההלוואה ובו הכסף והנכס עושים תנועות הפוכות. אם א' מחזיר לב' את הכסף, ב' יחזיר לו את הנכס כשהוא נקי מזכויות, משעבוד. אם הדבר נעשה כך, זוהי הלוואה גלויה וחלים עליה דיני המשכון.

אם ב', הצד החזק, מעוניין להסתיר את מהות העסקה, א' נאלץ להסכים והם יוצרים עסקת מכר מדומה. א' הוא מוכר וב' הוא קונה. א' מעביר נכס לקונה וב' משלם כסף. הזרימה מאוד דומה. מה שמייחד מכר רגיל הוא שבזה מסתיימת העסקה. אך במכר חוזר, יש אופציה למוכר לקנות חזרה את הנכס תמורת סכום הכסף.

שתי העסקאות בנויות באותן רכיבים כלכליים. בעסקה השנייה הכנסנו סעיף לפיו יש למוכר אפשרות לקנות את הנכס במועד, שהוא הרי מועד פירעון ההלוואה. היתרון הבולט של ב' בבניית עסקה נסתרת כזאת היא שאם המשכון הוא גלוי, ב' היה צריך לממש את המשכון והשווי היה גבוה מערך ההלוואה, הרי שהוא הי צריך להחזיר לא' את העודף.

אם זה מכר אמיתי וחלים עליו דיני המכר, הנכס עובר לקונה במועד שעליו הוחלט. אם הרמנו את המסך והעסקה נחשבת כעסקת משכון, האופציה של מימש הנכס מצויה בידיו של הלווה עד שהמלווה לא מימש את המשכון.

לא אמרנו פה שהיחס לכל מכר חוזר יהיה כשל משכון. אך אם אנו נתקלים בעסקה של מכר חוזר זה צריך להדליק לנו נורה אדומה וצריך יהיה לבחון האם זה משכון מוסווה. יכולות להיות סיבות למכר חוזר אמיתי, אך יש לבחון את העסקה מבחינה מהותית.

בפסד הורביץ- מישהו קנה מניות במחיר נמוך מערכן ורק למוכר הייתה אפשרות לקנות אותן בחזרה עד לתאריך מסויים. אם זה מכר אין בכך בעיה, לקנות במחיר הזדמנותי, אך אם זה משכון אז לא- אתה צריך לממש את המשכון ולהחזיר ללווה את השאר.

הקריטריונים למכר הזדמנותי שמהותו עסקת משכון:

1. מחיר הנכס נמוך ממחיר השוק- לא מחייב אך צריך לעורר נורה אדומה. אם הלווה/מוכר מתכנן לחזור ולקנות את נכסו, לא יהיה לו אכפת שהמחיר לא ישקף את ערך הנכס האמיתי.
2. בהתחלה, שני הצדדים עשו מו"מ להלוואה ובסוף סיכמו על מכר חוזר.
3. אורך התקופה- ככל שהאופציה לרכישה חזרה היא יותר ארוכה כך יותר סביר שזאת הלוואה, משכון מוסווה. שכן בעסקת מכר חוזר רגילה נותנים פרק זמן קצר יחסית לרכישה החוזרת.

**בפסד קידוחי הצפון** מספר שופטים התייחסו למכר חוזר והם אמרו שתוצאת **קידוחי הצפון** לא חייבת לחול על מכר חוזר. למה במכר חוזר יותר קל עיונית להחיל את **חוק המשכון** באמצעות **2(ב)** מאשר במכר מותנה? למה יותר קל לקבוע שמכר חוזר זה משכון מוסווה מאשר שכר מותנה הוא משכון מוסווה?

התשובה היא שבמכר מותנה, ראינו **שפסד קולומבו** מגדיר את הספק כנושה מובטח ולא כבעלים. כלומר, הממשכן הוא הבעלים וזוהי תפיסה מרחיקת לכת. במכר מותנה ברור לנו שא' הוא הבעלים והוא יכול לעשות שתי עסקאות- או מכר או משכון. במכר מותנה זה כלל לא בטוח שב' יכול למשכן את הנכס.

**ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשתה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ** אם משתכנע ביהמ"ש בנסיבות העניין כי מטרת העסקה הינה שעבוד נכס כערובה לחיוב, אזי ניתן לראות את הבעלות בנכסים כאילו עברה מהמוכר לחייב.

המשמעות המעשית- רואים את הסחורה כמשכון וע"מ להבטיח את מעמדם כנושים צריכים הספקים לרשום את הסחורה ברשם המשכונות

**רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גוילי מפרקת זמנית ואח'** יש לבטל את הלכת קולומבו. בנסיבות בהן חלק מהסחורה כבר נמכר ע"י הקמעונאי, יש לחברה הספקית זכויות עדיפות גם ביחס לתמורה הכספית שהתקבלה מהסחורה.

**פש"ר 1331/03, בש"א 13878/03 מעגלים לפיקוח ובקרה מיטב בע"מ נ' און (1973) הנדסת מיזוג אויר בע"מ** ביטול הלכת קולומבו אין משמעות הדבר כי כל תניית שימור בעלות תתקבל. ביהמ"ש צריך לראות כי תניית שימור הבעלות אינה רק כותרת ריקה מתוכן המסווה מאחוריה את רצונו של הספק להבטיח את התמורה:

1. בירור פרטי ההסכמה שבין הצדדים
2. בחינת העסקה- האם במהותה היא משכון. לבדוק האם יש לעסקה היגיון כלכלי/ מסחרי

**ע"א 10780/08 Realit Consulting Ltd. נ' הורביץ** קידוחי הצפון לא ביטלה את האפשרות למתן פרשנות מרחיבה לסעיף 2(ב) לחוק המשכון. בהחלט ניתן לומר כי עסקת "מכר חוזר" נכנסת בגדר הסעיף והיא משכון מוסווה

**עיכבון**

בעיכבון ישנו הסדר כפול של סעיפים ספציפיים וסעיפים כלליים. הסעיף הכללי הוא **סעיף 11 לחוק המיטלטלין** והסעיפים הספציפיים מפוזרים בחוק. **11(א)** אומר לנו שזוהי זכות עפ"י דין לעכב את המיטלטלין עד לקבלת התשלום. **סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין** מאפשר לעו"ד לעכב את המסמכים עד לקבלת תשלום, לדוגמה. הסעיפים הספציפיים מפוזרים לאורך כל החקיקה האזרחית.

**סעיף 11** לא קובע מתי והאם עומדת זכות עיכבון, את זה קובעים הסעיפים הספציפיים. העיכבון השכיח ביותר בפרקטיקה הוא "עיכבון לטובת קבלן"- כל הנותן שירות בנכס שאתה מביא לו (כמו מוסכניק למשל) יש לו עיכבון המוסדר **בסעיף 5 לחוק הקבלנות** זהו הסעיף הפרקטי ביותר.

השאלה הראשונה היא האם יש לקבלן זכות לעכב? אם אדם מעכב נכס של הזולת הוא חשף לתביעה נזיקית בגין עיכוב נכס של הזולת. בפסד ישן, חקלאי עיכב שתי עיזים שאכלו לו בשדה, עד לתשלום. צריך לבדוק האם מוצאים סעיף ספציפי ע"מ לענות על השאלה הזאת.

זכות העיכבון נראית רחבה וחלה בהרבה מאוד שטחים כיוון שזכות זו מצויה גם בחוק החוזים- תרפות. הדבר מחיל את הזכות על קשת רחבה של מקרים, כיוון שבעת הפרת חוזה תהיה רשות לנפגע להחזיק בנכס ולעכב אותו.

**סעיף 5 לחוק הקבלנות** "לקבלן תהא זכות עכבון על נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המזמין עקב עסקת הקבלנות."

זכות העיכבון נתונה לקבלן רק כאשר מדובר בעיכוב של נכס מאותה העסקה "עכב עסקת הקבלנות". רק כאשר זכות העיכוב לטובת הקבלן מבטיחה תשלומים המגיעים לקבלן עקב אותה עסקה. מקרה מאוד שכיח בפרקטיקה הוא כאשר בין קמעונאי לספק ישנם יחסי עבודה ממושכים, איך יודעים לשים את קו הגבול בין עסקה אחת לעסקאות שונות?

גם בפסיקה מתקשים לנסח את קו הגבול ולכן השופטים קובעים כי כל מקרה ידון לפי נסיבותיו הוא. קו הגבול אינו פשוט וישנן לעיתים סתירות.

במילים אחרות- כדי שזכות העיכבון תווצר יש לעמוד בדרישות כל הסעיף כפי שהן מפורשות בפסיקה.

אם התמלאו התנאים הללו, נוצרה זכות העיכבון ומרגע שכך קרה אנו עוברים לסעיף הכללי החל על כל זכויות העיכבון השונות. **סעיף 5** קבע שמדובר בעיכוב מטלטלין פיזיים. **סעיף 11** אומר שתוקפו והמשך תוקפו של העיכבון מותנה בהחזקת הנכס אצל הקבלן.

עוד שאלה שעולה היא מה עושים כאשר עלה שווי הנכס בצורה משמעותית? אין זה משכון. העיכבון הוא צעד חד צדדי שנעשה בידי זה שחייבים לו וייתכן שהוא פוגע שלא במידתיות בחייב. הפתרון שנותן לכך הסעיף הוא שהנושה ישחרר חלק מהנכסים, אם הם ניתנים לחלוקה.

ניתן לראות את הדמיון בין עיכבון לבין משכון- לנושה יש נכס מסויים שבבעלות החייב והנכס הזה משמש בטוחה לתשלום החוב שהחייב חב לנושה. **בסעיף 11(ה)** "כן יחולו הוראות סעיף זה על עיכבון על פי הסכם, כשאין בהסכם הוראות אחרות לענין הנדון." כלומר בדרך כלל עיכבון נוצר מכוח הדין וזהו צעד חד צדדי אבל יש גם עיכבון הסכמי (שאז הוא מתקרב מאוד למשכון). משכון הוא רק הסכמי אך עיכבון יכול להיות גם הסכמי וגם על פי הדין.

**בהצעת חוק דיני ממונות** ישנה נטייה לא להסכים לעיכבון הסכמי וזאת מפני שהגבול בין העיכבון ההסכמי למשכון הוא מאוד לא ברור. לא כדאי ליצור שני מוסדות משפטיים כל כך קרובים כשעל כל אחד מהם חלה מערכת דינים שונה. בעיכבון הסכמי ומשכון מופקד שניהם נוצרו בהסכם ובשניהם בעל החוב מחזיק בנכס עד לקבלת החוב. לגבי **סעיף 2(ב)**, אפילו אם נמצא בחוזה ששניים יצרו עיכבון הסכמי זה לא מונע אותנו מלהחליט שבעצם מדובר במשכון מוסווה וזה רק מצמצם עוד יותר את הקושי להבדיל בין שני המוסדות.

נכון לכרגע יש לנו עיכבון הסכמי ומשכון הסכמי אז מה ההבדל כרגע ביניהם?

ההבדל הוא שבמשכון אם החוב לא נפרע, רשאי הנושה לממשו. **סעיף 17 לחוק המשכון** מפרט דרכי מימוש קוגנטיות, אך הוא זכאי לממשו. בעיכבון אין זכות מימוש והוא מהווה לחץ על בעל הנכס לפרוע את החוב. האלמנט של העיכבון הוא הלחץ שמופעל על הבעלים. בנושה צריך לשחרר חלק מהנכס כאשר ערכו הרבה יותר גבוה מהחוב מפני שאז המטרה של העיכבון לא מושגת- זה כבר לא לחץ. זה הרבה יותר מזה.

**בהצעת חוק דיני ממונות** משנים גם את ההבדל הזה כיוון שהולכים לאפשר מימוש של העיכבון. לפי ההצעה, יישאר רק ההבדל שעיכבון הוא מכוח הדין ומשכון הוא פרי הסכם.

**בסעיף 2(ב)** אמרנו שהמשכון מסווג לפי המהות ולא הצורה. נניח צדדים קבעו עכבון זה לא מונע כאמור את האפשרות של ביהמ"ש לומר שזה משכון. מ י שטוען שמדובר בעיכבון ולא משכון עליו תהיה חובת ההוכחה. זה אפשרי. יהיה צורך להוכיח שמכוח הנסיבות הנ"ל- כשא' העניק לב' זכות עכבון אך התכוון שא' יכול למכור את הנכס הרי שמדובר במשכון. כאן אין תמריץ לצדדים לקרוא להסכם משכון הסכם עיכבון. מבחינת הנושה- הצד החזק יעדיף משכון על פני עכבון

**סעיף 11(ה)** אומר שיש גם עכבון במקרקעין. אם מזמינים קבלן לבנות על המקרקעין ולא משלמים למקרקעין הקבלן יכול להחזיק את המקרקעין במעוכב. לא דרוש רישום

**בהצעת חוק דיני ממונות** ישנו עיסוק נרחב בנושא העיכבון המצוי **בסעיפים 553 עד 562**. שני שינויים שהקודיפיקציה מנסה להביא למצב המשפטי של היום:

1. שהעיכבון העתידי יהיה בר מימוש
2. שלא יוכר יותר עיכבון הסכמי, מכוח הסכם

שני השינויים הללו קשורים זה בזה

**סעיף 556 לקודיפיקציה** "עיכבון כוחו יפה כלפי כל אדם"- העיכבון עפ"י הצעת החוק הוא זכות קניינית וכוחו יפה יהיה לא רק כלפי החייב אלא גם כלפי כל אדם. כך ניתן לראות שיש מימד קנייני. בעל זכות העיכבון רשאי להחזיק בנכס, למדנו שמי שזכאי להחזיק בנכס, אם שללו ממנו את ההחזקה זכאי ע"פ **סעיף 16** לדרוש את השבת הנכס אליו.

מה ההבדל בין הס' לבין המצב המשפטי היום?מה קורה כאשר יש לעוד אחד זכות קניינית? בזה מטפל **סעיף 560** למטה. הכוונה של הסעיף היא שהעיכבון הוא זכות קניינית- אבל זה לא אומר שהוא גובר על בעלי זכויות קנייניות אחרות. נשאלת השאלה האם זכות העיכבון היא קניינית גם כיום? ומהחקיקה ניתן להסיק שכן, אם כי אין זה מפורש.

מסיקים את קנייניות העיכבון **מפקודת פשיטת הרגל**-

* **סעיף 1-** הגדרות- מגדיר את המונח נושה מובטח- כולל גם בעל שעבוד ובעל עכבון.
* **בסעיף 20-** כשניתן צו כינוס נכסים של אדם- יהיה הכונס נכסים הרשמי- ומכאן לא ניתן להגיש תביעה נגד אדם שהוא פשוט רגל. כלומר מי שבאמצע הליכי פשיטת רגל- יתעכבו הליכים פרטניים נגדו ואלה יוכרו רק בתור תביעה קולקטיבית ולא אישית של הנושה.

**20סעיף (ב)-** אינו גורע מכוחו של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת. הנושה המובטח מסעיף ההגדרות הוא בעל עכבון או בעל משכון. כלומר, נושה שיש לטובתו משכון לא חייב להתאחד עם הקולקטיב אלא רשאי לממש את ערבותו, כפי שמאפשר חוק המשכון. הוא יכול לממש את המשכון/עכבון כפי שניתן לראות מס' ההגדרות.

חדלות פירעון לא מונעת מנושה מובטח לעשות את מה שהדין האזרחי מרשה לו בחוק המשכון. אם מדובר במחזיק עיכבון- מותר לו להמשיך להחזיק את העיכבון, אבל לא לממשו.

אלמנט חדש בתמונה הוא המפרק שרוצה לאסוף את נכסי החייב ואז לחלק אותם לשאר הנושים- כיוון שהעיכבון מעוכב עבור חוב של פחות משוויו אפשר להיות בטוחים שהמפרק יפרע את החוב.

פרקטית, הנושה בעל זכות עיכבון ישיג תוצאה זהה לנושה בעל זכות משכון- הוא ייפרע במלואו ורק אם יישאר עודף הוא ילך לשאר הנושים. ההבדל הוא שהוא אינו רשאי לממש זאת בעצמו וזה ייקח יותר זמן. הפסיקה הבינה שלבעל עיכבון יש עדיפות על נושים שזו תכונה של זכות קניינית. אם כן, הצעת החוק אינה משנה דבר אלא רק מצהירה על כך.

יש בעיה בעדיפות שניתנת לבעל העיכבון כיוון שבעשיית דין עצמית רגש הצדק לא מסתדר לנו. למה שזה יקנה עדיפות לנושה כלפי נושים אחרים? למה העובדה שמישהו במקרה מחזיק בנכס תיתן לו עדיפות על פני האחרים? זהו דין מקובל לא רק בישראל. נסייג- זכות עיכבון כוחה יפה ויש לה פן פרוצדוראלי ופן בטוחתי והסיוג הוא שאיפה שיש עיכבון לטובת רשות ציבורית, כהחלטה של מדיניות, בא **פסד רשות שדות התעופה** ואומר שהעיכבון לא נותן עדיפות בחדלות פירעון.

דוגמה: אחד המסמכים הדרושים להעברת דירה בטאבו הוא אישור על תשלום ארנונה. לא ניתן למכור דירה בלי ליישב את החובות בעירייה. היו מקרים שמי שלא שילם ארנונה גם הפך לחדל פירעון. יבוא המפרק וירצה למכור את הדירה אך הוא לא יוכל לעשות זאת עד שלא ישלם ארנונה. העירייה עדיפה כאן רק מפני שיש לה כוח מנהלי לעכב את מתן האישור. אם אותו החייב הוא חדל פירעון מי שיקבע את העדיפות יהיה חוק חדלות פירעון והעובדה שהעירייה יכולה לעכב את האישור לא תתן לה עדיפות.

כך גם לגבי **רשות שדות התעופה**- כל מטוס שנוחת משלם אגרה ומטוס שלא משלם לא מתרומם בחזרה לאוויר. בפסד הייתה חברת מעוף שנכנסה לחדלות פירעון ושם אמרו לרשות שדות התעופה שהיכולת שלה לא תתן לה עדיפות. הפסיקה החליטה כהחלטה של מדיניות, לא לתת עדיפות לרשויות המס. מפני שיש להן כבר עדיפות במקומות אחרים. בא הפסד ואומר **שלעכבונות הציבוריים יש רק את הפן הפרוצדוראלי ולא את הפן הבטוחתי**. בעיכבונות רגילים יש את הפן הפרוצדוראלי וגם הבטוחתי.

אחת השאלות **בפסד רשות שדות התעופה** היא מה היחס בין עיכבון למשכון קודם?

המנוע של המטוס היה ממושכן. בא פסד ואומר חידוש מרחיק לכת שלא בטוח שהיה יכול להגיד לאחר חיקוק חוי כבוה"א כיוון שהוא מהווה פגיעה בקניין. העיכבון בגין הטיפולים השוטפים במטוס עדיף על משכון קודם. עיכבון שהוא לכאורה יותר חלש ממשכון כי אין לו זכות מימוש עדיף על משכון. יש פה פגיעה בזכות קניין משוכללת וגמורה! כיום, ניתן לפגוע בקניין רק על פי דין ורק אם הדין עובר את מבחן פסקת ההגבלה. בכל אופן כאן פסק הדין מעדיף את זכות קניינית מספר 2 בזמן על פני זכות קניינית מספר 1 בזמן.

יש כבר שרשרת של פסקי דין שבהם העיכבון עדיף על משכון והעיכבון הזה הוא לטובת קבלן

**סעיף 560(א) לקודיפיקציה-** "היו אדם זכויות הקודמות..." המשכון הקודם בזמן עדיף על זכות העיכבון ואז בא סעיף (ב) ואומר שיש רק עיכבון אחד שעדיף על משכון קודם- עיכבון לטובת קבלן.

השיקולים למתן עדיפות לקניין שני על פני קניין ראשון- זוהי בעצם תקנת שוק-:

לצורך השבחת הנכס- אנחנו לא רוצים שהטיפול התקופתי ימנע ולא פרקטי שמוסכניק לפני טיפול ירוץ לרשום שיעבוד

הנימוקים אינם שונים מתקנת השוק ומשס"לן (שיעבוד ספציפי לטובת נושה)

**ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס ואח'** לעיכבון השייך לרשות ציבורית אין פן בטוחתי כי אם פרוצדוראלי בלבד. משמע, בחדלות פירעון, העיכבון לא יקדם את הרשות בסולם הנושים אלא הוא יהיה יעיל עבורה רק במקרה והחייב וא סולבנטי (בעל פירעון)

**ע"א 5789/04 המשביר הישן, גאלרי רשת בתי אופנה בע"מ נ' לוגיסטיקר בע"מ** לעיכבון פן דיוני (המאפשר עיכוב הנכס בלא חשש מתביעה) ופן קנייני. העיכבון מכוח הפן הדיוני אינו משפיע על זכותו המהותית של הנושה בנכס. מבחינת הפן הקנייני, בעל העיכבון הוא כנושה מובטח בפירוק או בפשיטת רגל.

**שכירות והשאלה**

**השאלה**

יש חוק ספציפי עבור שכירות מקרקעין ויש חוק כללי **חוק השכירות והשאילה**, החל על שכירות במקרקעין ובמיטלטלין. אם יש **בחוק המקרקעין** הוראה אחרת אנחנו נלך לפיו. ישנן הוראות לא רבות בחוק המקרקעין בנוגע לשכירות והן מצויות בפרק "זכויות בנכסי הזולת".

יש עוד זכויות הקרובות לשכירות שאותן כמעט ולא הזכרנו. החוק הכללי הוא **חוק השכירות והשאילה**. הגדרת השאלה זהה לחלוטין להגדרת השכירות וההבדל היחיד הוא התמורה- השאלה היא עסקה שלא בתמורה. סעיפים **26**-**30 לחוק השכירות והשאילה** הם הדנים בשאילה.

**סעיף 21**- "העברת מושכר" חל גם על שאילה. **סעיף 22-** "העברת השכירות" לא חל על שאילה כיוון שזכותו של שואל להעביר את זכותו לאחר מצומצמת יותר מזכותו של השוכר. שני הסעיפים הללו הם הסעיפים הקנייניים של חוק השכירות.

ממה שאמרנו ראינו שהשאילה היא זכות קניינית מפני ש**סעיף 21** חל גם על שאילה וז"א שהקונה כפוף להסכם השאילה, כפוף לשואל. **בסעיף 29** העוסק בסיום השאילה ניתן לסיים שאילה אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו- משאיל זכאי לסיום השאילה לשימוש עצמי. בהשכרת דירה או נכס המשכיר לא רשאי לבטל את הסכם השכירות (זאת כן תהיה עילת פינוי במקרה של דייר מוגן) אנחנו רואים שזכות השואל חלשה יותר מזכות השוכר.

עסקאות חסד- שאילה ומתנה- הן כאלה הניתן לחזור מהן ביתר קלות מאשר התחייבות חוזית בתמורה. השאילה היא זכות קניינית, אומנם חלשה, אך היא מחייבת צדדים שלישיים, קרי את הקונה מן המשאיל **(ללמוד את הסעיפים 26-30 למבחן)**

פרק השאילה בחוק:

**מהות השאילה**

26. שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.

**תחולת סעיפים**

27. הוראות סעיפים 2 עד 5, 11, 12, 17, 18, 20, 21 ו-25 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שאילה.

**שלילת תרופות**

28. (א) על אי-התאמת המושאל יחולו הוראות סעיף 6, אולם היא לא תשמש עילה לפיצויים, אלא אם ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע עליה.

 (ב) הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה.

**סיום השאילה**

29. (א) המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש.

 (ב) לא הוסכם על תקופת השאילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש.

**העברת השאילה**

30. השואל אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל או להשאילו בהשאלת משנה, אלא בהסכמת המשאיל.

עוד זכות היא זכות של שימוש בלי החזקה- זיקת הנאה. הדוגמה הקלאסית בפסיקה היא זכות המעבר שהיא חשובה מאוד בהקשרים שונים. למשל כשבונים בניין פנימי וצריך לאפשר מעבר לרחוב דרך גינה של בניין אחר. רושמים זאת כזיקת הנאה כדי שלדיירי הבניין תהיה אפשרות לעבור. עוד דוגמה היא אדם שחונה במשך שנים באותו מקום, נוצרת זיקת הנאה מכוח שימוש ארוך גם אם אין הסכם או רישום. נוצרת זיקת הנאה מכוח הדין(!) ההגדרה של זיקת הנאה מאוד קרובה לשימוש בלי החזקה המצוי בחוש השכירות. אולי זאת הסיבה לכך שאין שימוש לסעיף זה.

**סעיף 5** מגדיר את זיקת ההנאה כ"שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם." תיאורטית מקובל להסביר שזיקת הנאה היא עם שימוש פחות אינטנסיבי ואילו הזכות חסרת השם של **סעיף 31 בחוק השכירות** "שימוש בלי החזקה" היא בשימוש יותר אינטנסיבי. אולי הקרבה בין השניים גרעה מהשימוש הפרקטי של הסעיף.

**סעיף 21** חל על זכות השימוש וגם אם לצד שואל נוסיף בעל זכות שימוש אז הקונה של המקרקעין, יהיה כפוף גם לשואל וגם לזכות שימוש.

**ע"א 405/69 פתחיה נ' אללי** היות והמשכיר היה רשאי לסיים את השכירות כעבור שלוש שנים, לא חלה חובת רישום. אם האופציה תלויה בשוכר בלבד- חלה חובת רישום.

**שכירות**

שכירות היא עסקה הכלולה בהגדרת **סעיף 6 לחוק המקרקעין** אשר כזכור, אומר שזוהי הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין. יש חריגים כיוון שלפי **7(ב)** רואים את זה כהתחייבות לעשות עסקה. או **סעיף 8** האומר שהעסקה טעונה רישום בכתב. אם אנחנו מסתכלים על שני הסעיפים הללו אנו מבינים שחייבים רישום וכתב.

בא **סעיף 79** וקובע ששכירות קצרה אינה טעונה מרשם או כתב. פירושו של דבר שהיא זכות קניינית גמורה גם בלי רישום. במהלך הקורס בהקשרים שונים פגשנו זכויות שונות שאינן דרושות רישום: שכירות קצרה, זיקת הנאה מכוח שימוש של שנים, ירושה.

**סעיף 152 לחוק הגנת הדייר** אומר ש" על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין" ההלכה היום היא שחוזה שכירות מעל 5 שנים טעון מסמך בכתב ועד 10 שנים הוא פטור מרישום. **ברור שלפי שיקולי עלות- תועלת לא רצוי להטיל חובה כתב ורישום על שכירות קצרה.**

מה יקרה אם מישהו קונה נכס בגלל שאין רישום של שכירות קצרה? ג'- הקונה, יהיה כפוף לזכותו של השוכר! (אם מדובר בשואל הוא יכול לסיים את ההסכם ולכן אין בעיה). אולם- בשכירות קצרה זה לא באמת מכביד, כי הרי בפרקטיקה ג' יבדוק את הנכס ואז יראה אם קיים שם שוכר. מקרים בו הוא לא יראה שוכר הם מאוד שוליים.

מה דינה של אופציה להארכה? גם **סעיף 79** עוסק בשאלה זו. מה אם התקופה המקורית אינה טעונה רישום אך אם נצרף לה את אופציית ההארכה אז אנחנו כבר בתוך התקופה הטעונה רישום- האם נתייחס לכך כטעון רישום או לא? לכך מתייחס **79(ב)** " הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות." כתוב 5 אבל אנחנו יודעים שזה 10. כלומר, אנחנו מביאים בחשבון את תקופת האופציה לצורך הרישום. נוהגים להסביר שזה רק אופציה לטובת השוכר, זאת האופציה השכיחה. אם האופציה תלויה בשוכר בלבד והמשכיר אינו רשאי להתנגד להארכה רק אז נכניס את תקופת האופציה לחישוב התקופה. אם זאת אופציה שהבעלים רשאי למנוע את מימושה, אז לא צריך להביא את זה לחשבון כי זה לא יפגע בצד ג' שיקנה את הנכס כיוון שתהיה בידו האפשרות שלא להאריך את האופציה.

יש להביא בחשבון לצורך חישוב תקופת השכירות גם את פער הזמן שבין הסכם השכירות לתחילת ההחזקה. הדבר נועד לשמור על צד ג' אשר אם הוא יקנה את הנכס מא' הוא עדיין יהיה כפוף לזכות השכירות של ב'.

היחס בין **סעיף 21 לחוק השכירות** לסעיפי העסקאות הנוגדות

יש לנו עסקה בין הבעלים א' לשוכר ב' ובין הבעלים א' לקונה ג'. העסקה הראשונה היא עסקת שכירות והשנייה היא עסקת מכר אלה עסקאות נוגדות כיוון שהזכויות גורעות אחת מהשנייה. יש לנו שתי אפשרויות:

* אם העסקה בין א' וב' עוד לא עברה לשלב הקנייני אז זוהי התחייבות להשכיר, העסקה עוד בשלב האובליגטורי, אז יחול **סעיף 9**. כלומר, ג' גובר על ב' רק בהתמלא תמורה תו"ל ורישום.
* אם העסקה כבר עברה לשלב הקנייני אז יחול **סעיף 21**, העוסק במצב שבו שתי העסקאות הן קנייניות
* כשמדובר בשכירות ארוכה- הזכות הופכת לקניינית בעת הרישום
* בשכירות קצרה זה בעייתי יותר מפני שאין רישום- התפיסה המקובלת גורסת כי ההחזקה משכללת את הזכות לקניינית.

בשכירות קצרה ויתרנו על פומביות המרשם כיוון שסמכנו על פומביות ההחזקה. ראיה לכך שקניין בשכירות קצרה לא עובר לפני מתן ההחזקה היא **סעיף 80** הדן בעסקאות נוגדות בשכירויות קצרות. הגישה היא זהה **לסעיף 9** כלומר הראשון עדיף אלא אם כן השני מילא אחר שלושה תנאים (תמורה, תו"ל והשלמת קניין- החזקה). בשכירות ההנחה היא שההחזקה היא השלב הקנייני.

בד"כ הצדדים לא מתייחסים להיבטים הקנייניים בעסקה. קשה למרצה לחשוב על דוגמה ללמה הצדדים ידחו את העברת הקניין בעת שכירות קצרה.

**סעיף 21** עוסק בהיבט הקנייני כאשר הסכם השכירות בין א' לב' כבר הגיע לשלבו הקנייני (החזקה) ואז הולך המשכיר ומוכר את הבעלות לאחר. אין בכך בעיה, לא צריך לבקש את הסכמת השוכר. כי לאור מה שעולה מסעיף 21 הוא לא יפגע מכך. " המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות, אולם כל עוד לא נתן המשכיר לשוכר הודעה על ההעברה או לא נודע לשוכר עליה ממקור אחר - מופטר השוכר בתשלום דמי השכירות וקיום שאר חיוביו למשכיר."

אלא שבשכירויות מודרניות המשכיר לא רק נותן לשוכר את הזכות הקניינית הרגילה של שימוש בנכס אלא יש לנכס עלויות החזקה נוספות (כמו תשלומי אבטחה, וועד בית, תשלום על חדר הכושר שלמטה וכו') חוזי השכירות המודרניים יש בהם לעיתים חיובי עשה שונים. הזכות הפאסיבית שלפי כל העולם היא המרכזית וחיובי העשה הם שוליים יותר. קונה המקרקעין לא רק שהוא כפוף לקניין של השוכר אלא הוא עומד במקום א' ומחויב בכל החיובים שלו. כשא' מוכר את הדירה, ג' מתחייב פה בכל החבויות של א' גם אם ב' לא נתן את הסכמתו לכך.

**סעיף 22 לחוק השכירות** עוסק בעסקאות הנעשות ע"י שוכר. הסעיף עוסק בשתי עסקאות או השכרה או העברה. העברת שכירות היא הסכם מכר, אפשר למכור שכירות. העסקה בין ב' לג'1 היא מכר. העסקה בין ב' לג'2 היא שכירות. עד עכשיו ייחדנו את מושג המכר לבעלות בלבד, אבל מכר הוא לא רק העברת זכות הבעלות כי אם העברה של כל מה שיש לך מבחינה קניינית.

אם ב' השוכר מעביר את כל הזכות הקניינית שלו ויוצא לחלוטין מהתמונה, אז מדובר בעסקת מכר של שכירות. אם ב' מותיר בידיו חלק מהזכויות, זאת שכירות משנה. ההבדל בין העסקאות:

1. **מכר השכירות**-ב' יוצא מהתמונה ואנו נשארים עם שכירות אחת בין ג'1 לא'
2. **שכירות של השכירות**- ב' נשאר בתמונה ויש לנו שתי שכירויות: השכירות הראשית שבין א' לב' ושכירות המשנה שבין ב' לג'2. יש לנו שני חוזי שכירות שונים ומשמעות הדבר היא שאין יריבות משפטית בין א' לג'2.

הסעיף מדבר על התנאים בהם ניתן להעביר או להשכיר בשכירות משנה. אף על פי שההשלכות של שתי העסקאות על א' הן שונות והיינו מצפים לתשובה שונה, תשובת המחוקק היא אחידה.

לגבי מקרקעין, ככל, יש צורך בהסכמה של המשכיר אבל אם הוא מתנגד מ"טעמים בלתי סבירים" השיכר רשאי לעשות את העסקה בלא הסכמתו. אנחנו רוצים לעודד עשיית עסקאות, בשם היעילות הכלכלית. לכן אם המשכיר מתנגד ניתן לעשות את העסקה בלי הסכמתו.

**סעיף 22(2) סיפא** אומר " ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות" אם חוזה השכירות אוסר על האחר או להעביר לו בלי הסכמת המשכיר, והמשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים אז השוכר לא יהיה רשאי לעשות זאת לבד אלא ילך לקבל את אישור בית המשפט. ההוראה היא קוגנטית- למרות שהחוזה אוסר על עשיית העסקה, רשאי בית המשפט להתערב ולאשר את עשייתה.

**מ' דויטש, קניין (כרך ב, תשנ"ט) 347 – 359**

**כפיפותם של צדדים שלישיים לזכויות השוכר**

שכירות היא זכות קניינית ואין על כך עוררין. ניתן להסיק זאת משני דברים:

* רואים זאת בכך שחלה בה **תכונת העקיבה**, כך שגם רוכש נכס כפוף לה. כל אדם כפוף לזכות הבעלות, אך הבעלים יותר מפני שהוא כפוף גם להתחייבויות חוזיות בינו לבין השוכר.
* סעיף **21 לחוק השכירות והשאילה** אינו מתנה את עדיפות השוכר בכך שהצד השני יודע זכותו. מבנה זה אינו מתאים לזכויות אובליגטוריות, אשר מוגנות כלפי מי שידע עליהן. הדבר מוביל אותנו למסקנה ששכירות היא זכות קניינית.

לפני שכלול הזכות והפיכתה לקניינית ע"י רישום, זכותו של השוכר מוגנת באמצעות דיני העסקאות הנוגדות.

**מתי משתכללת זכות השכירות כך שהיא הופכת לקניינית**, על כל היתרונות שבכך?

במקרקעין- עלינו לעשות את ההבחנה שבין שכירות קצרה (שאינה דורשת רישום) לבין שכירות ארוכה (הדורשת רישום). [לפי הבנתי- בשכירות ארוכה אין לנו בעיה כיוון שמועד הרישום הוא מועד שכלול הזכות]. בשכירות קצרה- השכלול נעשה בדר"כ באמצעות מסירת ההחזקה, אך יש גם אפשרות לרישום. מסירת ההחזקה היא אקט של פומביות אך במקרקעין זהו אקט מוחלש מעט, שלא כמו במיטלטלין שם זהו אקט הפומביות המקובל. במקרקעין, רישום הוא האקט הפומבי העילאי והוא משכלל את הזכות לקניינית אף לפני מסירת ההחזקה. (יש לציין כי כל עוד לא חלה "תקופת השכירות" לא יחולו ההסדרים האובליגטוריים, אך הזכות הקניינית כבר תכפיף צדדים שלישיים). לשוכר לעתיד אשר כבר רשם את זכותו ישנה עילת "זכאי להחזיק" כנגד פולשים. לפי הפסיקה, זכות זו כוללת גם את הזכאי אובליגטורית. עולות מכך שתי שאלות:

* שוכר שרשם את זכותו היא קניינית מרגע רישומה, אך מהו המועד בו תחול התביעה של הזכאי אובליגטורית?
* האם עילת התביעה של השוכר כנגד הפולש תדרוש השבה אליו או אל המשכיר? התשובה לכך היא שאין הוא זכאי להקדמת מועד ההחזקה וע"כ זכותו היא שהנכס יוחזר למשכיר.

במיטלטלין- הזכות הקניינית משתכללת בעת העברת ההחזקה, בשעת תחילת תקופת השכירות.

**נשאלת השאלה אם בשכירות קצרה שאינה טעונה רישום יכולים הצדדים להחליט על מועד העברת בעלות שאינו העברת ההחזקה לצורך שכלול הזכות הקניינית?**

בעסקאות מכר יכולים הצדדים להחליט על מועד העברת הבעלות מתוקף **סעיף 33 לחוק המכר** הקובע "אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר". הפסיקה הגבילה את קשת האפשרויות של הצדדים כדי למנוע פגיעה בנושים. במקרים בהם אין חשש להסוואת משכון, נותרת עדיין השאלה האם לתת משקל כזה להחלטת הצדדים, לאור עקרונות כלליים יותר?

בטרם נכנס לעובי הקורה נציין כי אין הוראת חוק קונקרטית לפיה השכירות משתכללת בעת מסירת ההחזקה. זוהי זכות הכפופה עקרונית ל"כלל הרשימה הסגורה" של הזכויות הקנייניות וע"כ בהיעדר תשובה ברורה, נגזור אותה מהכללים העקרוניים.

השאלה בדבר מועד שכלול הזכות הקניינית במועד אחר ממועד מסירת ההחזקה יכולה להתעורר באחד משני מקרים:

* **חיזוק קניינו של השוכר-** שזכותו תיחשב לקניינית לפני קבלת ההחזקה- לא ניתן להכיר בקנייניות מחמת פגיעה בפומביות ובהסתמכות צדדים שלישיים. כשההחזקה היא בידיו של המשכיר, ההנחה היא שהזכויות הן שלו, ולא של השוכר. המצב ההפוך, לעומת זאת, אינו מתקיים (?)
* **חיזוק קניינו של המשכיר-** עיכוב הזכות הקניינית למרות שהשוכר מחזיק בנכס בפועל- בד"כ החזקה מבטאת קיום זכות ולכן עיכוב עשוי לפגוע בהסתמכות נושים ורוכשים, לכן ייתכן ולא צריך לאפשר לשוכר לוותר על שכלול הזכות לאחר קבלת ההחזקה.עיכוב שכלול הזכות עשוי להראותכהסוואת משכון. אך בניגוד לעסקת מכר שבה צדדים שלישיים יניחו כי בהעברת ההחזקה, התמורה עברה והזכות השתכללה- בעסקת שכירות אין להם אינטרס כלכלי מהותי להסתמך עליו שכן בד"כ התשלום הוא בחיובים עתידיים נמשכים (לכן גם העסקה לא נראית כמשכון מוסווה כמו בפסד **קולומבו**).

אינטרס ההסתמכות מוחלש גם מכיוון שבשכירות קצרה שאינה דורשת רישום, עבירות הנכס (היכולת לממשו בהליכי גביה/ למשכנו) כפופה לכוח סירובו של המשכיר. וע"כ מוטל על הצדדים השלישיים סיכון גבוה יותר המחליש את ההסתמכות.

מסקנתו של דויטש היא ששכלול הזכות לפני מועד מסירת ההחזקה אינה אפשרית, בעוד שכלולה לאחר מועד זה היא אפשרית.

**הבחנה בין קניין להתחייבויות נלוות**

העובדה שזכות השכירות היא קניינית מובילה לכך שכולם כפופים לזכות השכירות של השוכר. לזכות זו "גרעין קנייני" שאליו נלוות התחייבויות אובליגטוריות שונות מכוח חוזה השכירות. ההשלכה הקניינית של "גרעין" זה שונה מההשלכות של הזכויות האובליגטוריות מבחינת צדדים שלישיים.

זכות השכירות היא הזכות להחזיק ולהשתמש בנכס. הזכות להחזיק היא, לרוב, בעלת אופי אחיד, בעוד זכות השימוש מעוצבת עפ"י המוסכם בין הצדדים בחוזה. הצדדים הם הממלאים בתוכן את זכות השימוש עפ"י הסכמתם, ולכן ראוי לראות בחלק מהחיובים "חיובים נלווים".

יש לעשות את ההבחנה בין הוראות בחוזה שתוחמות ומגדירות את מסגרת הקניין, כמו מסגרת זמן השימוש בנכס, שראויות להגנה מלאה של הקניין כלפי כולי עלמא, ובין הוראות חיצוניות להגדרת הקניין, למשל נשיאה בנטל ההוצאות של הנכס שהן זכויות נלוות של השוכר, המקיפות את הזכות.

"חיובי הלוואי אגב קניין" של השוכר אינם בגדר הזכות הקניינית אך יש להם מעמד מיוחד והחוק מגן עליהם בצורה העולה על עוצמת ההשפעה של חיובים כלפי צד שלישי בד"כ. ההגנה היא רק בפני רוכש הבעלות והיא נעשית בכך שהחוק ממחה אליו באופן כפוי את חבויות המשכיר עפ"י החוזה. בכל הנוגע לצדדים שלישיים הזכויות הנלוות של השוכר הן בעלות אופי חוזי בלבד והן משפיעות עליהן כהשפעתו של חוזה- כלומר, צדדים שלישיים יפגעו רק אם ידעו על הזכות ולפי דיני הפרת חוזה.

**היקף המחאת החובות**

סעיף 21 אינו מסייג עצמו ועל פיו, כל הזכויות והחובות בחוזה השכירות עוברות אל הרוכש. בכך יש גם לכלול את הוראות ההשלמה המצויות בחוק השכירות ובחוק החוזים (סעיף 26 לחוק החוזים). אם הוראה בחוזה סותרת הוראת חוק דיספוזיטיבית- לא יהיה המשכיר החדש זכאי להוראה שבחוק.

סעיף 21 כופה את המחאת החיובים הנלווים אגב הקניין ואין דרישת ידיעה/ הסכמה של הרוכש עליהם. העברת הזכויות איננה בעייתית, אך העברת החבויות היא יוצאת דופן שכן הרוכש לא נתן הסכמתו לספיגתם.

סעיף 21 הוא כפוי גם על השוכר. בדר"כ המחאת חבויות דורשת את הסכמת הנושה (השוכר). השוכר עשוי להיפגע מהבעלים החדש, שאולי לא יעמוד בהתחייבויותיו כמו הקודם. החשש מפני פגיעה זו הוביל להצעה שהבעלים המקורי יהיה ערב לקיום התחייבות חליפו. ההצעה לא התקבלה והיא לא נראית ראויה במצבים בהם הרוכש לא ידע על השכירות. (נסביר: בדר"כ לערב יש זכות שיפוי כנגד החייב ואילו כאן דווקא הרוכש זכאי לשיפוי מהבעלים המקורי כיון שהזכות הקניינית שהועברה לו אינה נקייה)

פגיעה נוספת בשוכר היא בכך שניתן לראות את זכויות המשכיר כלפיו השוכר כזכויות אישיות אשר מומחות תוך התעלמות מהתנגדות השוכר.

**האם דין "חיובי לוואי אגב קניין" הוא דין ראוי?**

מבחינת המשכיר המקורי זהו צעד מתחייב (העסקה תטיל חובות על החליף ולכן הגיוני שגם הזכויות תעבורנה אליו). תכלית החוק ראויה.

סעיף 21 מכפיף את הבעלים גם לזכות הקניינית של השוכר וגם לחיובים הנלווים. כשהשכירות נרשמה ישנו אקט של פומביות שיוביל לכך שהמשכיר החדש יהיה מודע לקיום החוזה ויברר את סעיפיו- ואז הגיוני להטיל עליו את האחריות עליהם. במקרה בו אין רישום והפומביות מתבטאת בהחזקה- ניתן לערער על הסעיף ועל הוגנותו.

המחאת החיובים הכפויה נעשית לצורך פישוט הדין ודויטש מבקר זאת ואומר שספק אם התכלית מצדיקה את הצעד הקיצוני והבעייתי הזה.

**היקף הכפיפות של צד ג' לזכות השכירות הקניינית**

בעיקרון, צדדים שלישיים כפופים רק ל"גרעין הקנייני" של הזכות. (אלא אם כן מדובר בבעלים ואז השפעת הזכות רחבה יותר). מתעוררת השאלה האם אין מקום להבחין בין סוגים שונים של חיובים אשר תצמצם את הסיכון החל על רוכש הבעלות.

החיובים שיכפיפו צדדים שלישיים הם לא כאלה שהוגדרו כך ע"י הצדדים כי אם כאלה המתייחסים מבחינה עניינית לשימוש ולהחזקה בתוך תקופת השכירות. אז מהי ההבחנה?

* המחברים לא מסכימים עם הבחנתו של לרנר לפיה ההוראות שיחולו על רוכש תהיינה ההוראות "הרגילות" לחוזי השכירות. המשמעות תהיה שעל הצדדים השלישיים חלה הוראת הנוהג הכללי של סעיף 26 לחוק החוזים וקשה לחשוב שלכך התכוון סעיף 21 (המכפיף את הרוכש לחוזה השכירות עצמו ולא להוראות החוק בלבד)
* חלוקה בין חיובים פוזיטיביים לנגטיביים: קל לנו לקבל את הכפפתו של הבעלים החדש לחיובים נגטיביים פני שדיני הקניין מטילים חובות הימנעות כפלי כולי עלמא. חיובים פוזיטיביים כלפי צד ג' נוגדים את האפיון הקנייני- במיוחד כאשר הבעלים החדש לא דע עליהם מראש. בחיובי עשה אלה נכללים גם חיובים כספיים של המשכיר כלפי השוכר.

גם אם החלוקה האחרונה המוצעת היא סבירה, ספק אם היא תואמת את מדיניות המחוקק- קשה להסיק זאת מנוסחו של הסעיף ונראה שהוא כן מעביר חיובים פוזיטיביים לרוכש (כל זה לא מונע שלרוכש נשמרת זכות שיפוי מול הבעלים על הפגיעה בזכותו, במקרה ולא ידע על שכירות).

**מימד הזמן בשכירות-מתי עוברות חובותיו וזכויותיו של המשכיר המקורי אל החליף עפ"י סעיף 21?**

בכל עת הוא יהיה חייב לכבד את זכותו של השוכר בנכס (כמו כולי עלמא), השאלה היא מתי יחולו הזכויות והחובות האובליגטוריות מתוקף החוזה? הנחת המחברים היא שהחוזה שותק בנקודה זו. ישנן שתי אפשרויות:

1. הרוכש מחליף את הבעלים המקורי ביחסים עם השוכר מיד עם ההתקשרות בחוזה.
2. הדבר קורה במועד העברת הבעלות, או בשלב מתקדם של ביצוע העסקה.

יש לראות את מועד העברת הבעלות אל הרוכש כ"מועד הרכישה" ולא את מועד ההתקשרות ביניהם. הסיבה לכך היא שמאחר ואנו כופים על הרוכש את המחאת החובות, יש לקחת בחשבון שלפני העברת הבעלות איש כולל הוא עצמו, אינו רואה בו בעל זיקה מספקת לנכס. רק כאשר תתחזק הזיקה נוכל לראותו כמחליף ויחולו עליו הזכויות והחובות של המשכיר.

נשאלת עוד שאלה והיא האם ניתן יהיה הכניס את החליף ליחסים החוזיים מול השוכר במועד מוקדם יותר ממועד העברת הבעלות? השאלה רלוונטית במקרה שבו החליף יודע על השכירות והבעלות במקרקעין מתעכבת (הרישום הזה...) למרות שהבעלות הכלכלית כבר עברה. במקרה כזה אנו לא נמצאים בגדר סעיף 21 אלא בחוק המחאת חיובים ויש לעשות חלוקה:

* זכויות הבעלים המקורי כלפי השוכר יכולות לעבור בלי צורך בהסכמת השוכר, כך בחוק המחאת חיובים.
* החבות מול השוכר אינה יכולה לעבור מוקדם יותר בלא הסכמתו של השוכר- הדבר נובע מהפרשנות לסעיף 21 הקובעת כי מועד העברת הבעלות הוא הקובע וכל חלופה אחרת היא בגדר המחאת חיובים שעליה חל חוק המחאת חיובים המחייב את הסכמת הנושים לשם ביצוע המחאה.

**היחס בין המחאת חיובים לסעיף 21**

מאחר והכלל שקובע סעיף 21 לעניין המחאת חיובים הוא כלל מן הדין (למרות שהוא סוטה מדיני ההמחאות הרגילים) יחולו עליו תוצאות מסויימות הקבועות בדינים הכלליים של המחאת החיובים.

מכך יוצא שלמרות שעפ"י סעיף 21 לא מתקיימת המחאת חובות על פעולות שקדמו לעסקת המכר, כלומר, המשכיר החדש אינו חייב עבור פעולות שנעשו כלפי המוכר לפני עסקת המכר, בכל זאת קיימת לשוכר אפשרות לטעון טענות כלפי המשכיר החדש על הפרת התחייבויות של המשכיר הקודם, מכוח דיני המחאת חיובים. למשל, במקרה בו הפר המשכיר הקודם את התחייבותו לשוכר, לפני המכירה למשכיר החדש, ולאחר המכירה השוכר מבטל את חוזה השכירות כדין בשל ההפרה- למרות הפגיעה במשכיר החדש, שהסתמך על קבלת דמי השכירות- עדיין קיימת לשוכר האפשרות לבטל את חוזה השכירות.

המסקנה היא שאמנם לא מתקיימת המחאת חיובים על פעולות עבר אך זכויותיו של השוכר כן נשמרות ועוברות לעמוד כלפי המשכיר החדש.

יישום נוסף של דיני המחאת חיובים יתבטא בכך שאם השוכר פרע למשכיר הקודם במקום למשכיר החדש והוא עשה זאת בתום לב ומשום שלא ידע על העברת הבעלות- הוא ייחשב כמי שפרע כשורה.

**ע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' תבל טוביה ואח'**

**ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וויס ואח'**

**ש' לרנר, שכירות נכסים (תש"ן) 163 – 172**

המבחן יהיה עם קייס אחד. יש הרבה זמן 3 שעות. מותר להיעזר בחומר כתוב. היקף תשובה מקסימאלי 4 עמודים. חשוב לשים לב לתאריכים ולסכומים המוזכרים (רמז) יכול להיות שלפעמים נראה גורמים מסויימים בעלי השלכה משפטית וגורמים שאין להם נפקות משפטית.