**דיני קניין –**

**סוגי הנכסים –**

דיני הקניין הם, למעשה, דיני הנכסים. נדון בדינים שונים החלים על נכסים. דיני הקניין עוסקים בעיקר במצבם הסטטי של הנכסים אצל אנשים.

למילה נכס אין הגדרה מסוימת, למרות שהמחוקק הישראלי מרבה להשתמש במונח זה רבות. **דיני הקניין עוסקים בנכסים שניתן לעשות בהם עסקאות.** כלומר, בעל הנכס יכול לעשות בנכס עסקאות. רק נכסים שניתן לעשות בהם עסקאות הם נכסים לעניין דיני הקניין.

**דוג' לנכסים** – איברים (סחר באיברים). אם אנו לא מאפשרים סחר באיברים מבחינה תרבותית, אזי שאין מדובר בנכס שדיני הקניין מתעניינים בו. אנו דנים בנכסים שניתן לערוך בהם עסקאות. **דוג' לעסקאות** – מכירה, משכון, השכרה.

**מקובל לחלק את הנכסים ל-3 סוגים – מקרקעין, מיטלטלין וזכויות.**

1. מקרקעין – ההגדרה הינה לפי **חוק המקרקעין** (עוסק אך ורק במקרקעין), זהו החוק המרכזי - "קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה". אנו דנים בטיב הזכויות האפשריות במקרקעין, על כן עלינו לקבוע את גבולות המקרקעין.
2. מיטלטלין – ההגדרה הניה לפי **חוק המיטלטלין** – "**נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין**".
3. זכויות – ההגדרה נגזרת **מחוק המיטלטלין** – **נכסים שאינם מוחשיים**, ההיפך ממיטלטלין. אנו לא יכולים לחוש בנכסים אלה, הם לא נמצאים בטבע, נכס זה הוא יציר המשפט. על אף שמדובר בנכסים לא מוחשיים, ניתן לעשות בהם עסקאות. **מה נכלל תחת המינוח הרחב של "נכסים לא מוחשיים", או זכויות?** בעידן המודרני, חלק גדול מהאושר של אדם מצוי בזכויות. זכויות מהוות חלק הולך וגדל מסך העושר של האדם

**זכויות קנייניות (קניין רוחני)** – פטנטים, זכויות יוצרים, סימני מסחר.

**זכויות חיוביות** – נמצאות בניגוד לזכויות קנייניות. במסגרת הזכות, אדם חייב לבצע פעולה מסוימת כלפי אדם אחר, מוטלת על החייב חובה לבצע משהו לטובת הנושה. החובה המוטלת על א' כלפי ב' יכולה לנבוע ממקורות משפטיים שונים - **זכות חוזית, זכות נזיקית, זכות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, זכויות מכוח הדין.** כל סוגי הזכויות לעיל הינן זכויות חיוביות.

* **סעיף 1א' לחוק המחאת חיובים** – "זכותו של נושה ניתנת להמחאה, ללא הסכמת החייב". שיטת המשפט מכירה בעשיית עסקאות בזכויות חוזיות. הזכות החוזית הינה נכס שמעניין את דיני הקניין משום שזהו נכס שניתן לעשות בו עסקאות. **החוק מאפשר לנו לבצע עסקאות בזכויות חוזיות. זכות חוזית הינה נכס לכל דבר.** דוג' – במסגרת המשכנתא יש שיעבוד של זכות חוזית. לא ניתן להעביר חיובים ללא הסכמת הנושה (ס' 6 לחוק המחאת חיובים).
* **היכן קו הגבול בין דיני החוזים לדיני הקניין?** דיני החוזים עוסקים בעיקר במערכת היחסים הפנימית בין א' וב'. מנגד, בדיני הקניין אנו מתמקדים בעסקה של ב' וג'. במעגל החיצוני, ב' יכול לבצע עסקאות בנכס, בזכות החוזית, עם צד ג'.

**פיקדון בנק** - הוא סוג של משכנתא. כאשר אדם מפקיד כסף בבנק, הוא כמו "**מלווה**" כסף לבנק. בין המפקיד לבנק יש מעין חוזה, כאשר המפקיד הוא הנושה והבנק הינו החייב, הבנק מחויב להחזיר את הכסף. כאשר אנו מפקידים סכום כסף בבנק, **הלקוח והבנק נמצאים ביחסי נושה וחייב** (זהות הנושה והחייב תלוי בסוג היתרה. אם החשבון ביתרת חובה, הבנק נושה בלקוח. מנגד, אם החשבון ביתרת זכות, הלקוח נושה בבנק).

**פוליסת ביטוח** - חוזה בין מבוטח לחברת ביטוח, כאשר המבוטח הוא נושה וחברת הביטוח חייב.

**נק' המוצא הינה שהחוק חל על כלל סוגי הנכסים, הביטוי נכס מתייחס לשלושת הביטויים לעיל.**

* לעיתים, גם אם מופיע המונח נכס (כמו בחוק המשכון), אין הוא מתייחס לכל שלושת הנכסים. לדוג, **חוק השומרים** – לפי סעיף 1א', שמירת נכס הינה "החזקתו כדין שלא מכוח בעלות". חשיבותה של ההחזקה הפיזית בנכסים אינה כבעבר, היא פוחתת. **זכויות הינן נכסים מוחשיים, לא ניתן להחזיק בהן.** להחזקה אין השפעה על זכויות, משום שלא תתכן החזקה בזכויות. אחד התנאים להיחשב כשומר הינו "החזקה", שאינו יכול להתקיים בכל הנוגע לזכויות על כן, **בחוק זה, המונח נכס אינו מתייחס לזכויות.** הדבר עולה מתכלית החוק – זכויות לא יכולות להיפגע פיזית, לא ניתנות לשמירה.

חוק המשכון – ניתן למשכן את כל סוגי הנכסים **ללא תלות במשכון פיזי**. בחוק מסדיר גם במפורש משכון זכויות ולכן אנו יכולים להסיק שחוק זה חל גם על סוג הנכסים "זכויות".

* ישנם חוקים בהם ישנה הגדרה למונח נכס. לדוג', **סעיף 4א' לחוק המכר** – "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מיטלטלין, ובשינויים המחויבים - גם על מכר של מקרקעין וזכויות". חוק המכר קובע במפורש שהוא חל על מיטלטלין וגם על מקרקעין וזכויות. "בשינויים המחייבים" – החוק חל בעיקר על מיטלטלין, אך מחילים אותו, בשינויים המחייבים, גם על מקרקעין וזכויות. יש להתאים את ההוראות השונות של חוק המכר לצורך החלת החוק על זכויות ומקרקעין.
* **ס' 13א' לחוק המיטלטלין** – "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות". כלומר, חוק זה עוסק גם בזכויות. אין זה קל ליישם ולקבוע מהם השינויים המחייבים (סוגיה של עסקאות נוגדות – סעיף 12 לחוק).

**נכסי מקרקעין - חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 -**

בהינתן חוק מיוחד למקרקעין, אזי שיש הוראות חוק מיוחדות החלות רק על מקרקעין, ולא על נכסים אחרים. מה המיוחד במקרקעין? מהן הסיבות לשוני בין נכסי מיטלטלין לנכסי מקרקעין שהובילו ליצירת דינים נפרדים?

1. החשיבות הפוליטית – במקרקעין יש מעמד וחשיבות פוליטית. הרוב המכריע (90%) של המקרקעין במ"י הם בבעלות המדינה (קק"ל, מקרקעי ישראל).
2. היצע מוגבל – כמות נכסי המקרקעין מוגבלת. למיטלטלין, לעומת המקרקעין, אין היצע מוגבל, אלא ניתן ליצרו באופן אינסופי. ההיצע המוגבל של המקרקעין הוביל את המדינה להסדיר את אופן השימוש בהם. דיני התכנון והבנייה מגבילים את סוגי המקרקעין בארץ (סוגי בניה וכו').
3. נכס שלא מתכלה – עסקאות מקרקעין הם בד"כ לפרק זמן רב. המקרקעין הוא נכס נצחי, לעומת המיטלטלין, להם אורך חיים קצר, נכסי מיטלטלין מתכלים (ערך השוק, לאחר שנים ספורות, שואף ל-0).
4. קשר פסיכולוגי – מרבית האנשים קשורים ליחידת המקרקעין שלהם יותר מנכסים אחרים שבבעלותם.
5. ייחודיות – כל יחידת מקרקעים היא ספציפית ושונה מאחרת. המקרקעין הינו נכס ייחודי.
6. המקרקעין הינו נכס רב ערך – השווי הכספי של המקרקעין גבוה יחסית. ישנה הוראת חוק אחת הנובעת מהשווי הכספי הגבוה של עסקאות המקרקעין – סעיף 8 לחוק המקרקעין (דרישת הכתב).

תחומו של נכס מקרקעין פחות מוגדר מיתר הנכסים. ישנו קושי לתחום מקרקעין**. סעיפים 11-13 מסדירים את הגבולות של המקרקעין.**

סעיף 11 (עומק וגובה) – "הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת **בכל העומק** שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום". לפי חוק המקרקעין, בעל המגרש הוא גם הבעלים של עתיקות שנמצאו מתחת לביתו, אך הדברים כפופים לדינים אחרים (חוק העתיקות, למשל).

סעיף 12 (המחובר לקרקע) – "הבעלות בקרקע חלה **גם על הבנוי והנטוע עליה** ועל כל דבר אחר המחובר אליה **חיבור של קבע** (פיזי, או רק כוונה לחבר?), זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר". **הבעלות במקרקעין לא חלה רק על פני הקרקע, אלא גם על כל הבנוי ונטוע עליה**, לא תיתכן הפרדה בין בעלות במקרקעין, בשטח, לבין הבנוי על המקרקעין. לפי החוק, מי שהוא הבעלים של המקרקעין, הוא גם הבעלים של המבנה הבנוי על המקרקעין. עצם הבעלות במבנה שייכת לבעל המקרקעין (ס' 21-23 לחוק המקרקעין). הסיפא של הסעיף - גם אם אדם אחר חיבר מבנה למקרקעין של הזולת בחיבור של קבע, המבנה הופך לבעלות בעל המקרקעין. כשמדובר בבית משותף – לכל דייר יש חלק במקרקעין. בבית מסוים, בני הזוג הם הבעלים הבלעדיים של הדירה, הדירה היא נשוא נפרד לבעלויות.

סעיף 13 (היקף עסקה במקרקעין) – "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, **ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין**, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת". לא ניתן לבצע עסקה רק על חלק מהמקרקעין, לא ניתן להפריד ולמכור רק את המקרקעין, את פני הקרקע, ללא המבנה (ולהיפך). "אין תוקף לעסקה בחלק **מסוים** במקרקעין" - יש להבדיל בין חלק מסוים לחלק לא מסום. **חלק בלתי מסוים** – יש מצב בו לזוג או יותר חלק לא מסוים ביחידת המקרקעין, לכל אחד יש 50%, איפה? בכל יחידת הרישום. מקובל כאשר מדובר בבני זוג החיים יחד, מספר יורשים של יחידת מקרקעין. הסעיף קובע, כי **לאדם לא יכולה להיות בעלות בחלק מסוים**. לא ניתן למכור את "הצד הצפוני בחלקה" (חלק מסוים ביחידת המקרקעין), אלא רק את אחוז חלקו ביחידת המקרקעין – חלק בלתי מסוים. ניתן להשכיר חלק מסוים מיחידת מקרקעין.

לדוג' - דרישת הרשות הינה מינימום של 300 מ"ר ליחידת רישום. לפיכך, אם בעל מקרקעין מחזיק במקרקעין בגודל 300 מ"ר בלבד, הוא אינו יכול לחלק את יחידת הרישום לשתי יחידות ולהעביר בעלות על חלק מהמקרקעין. זאת, בעוד חלוקה של מקרקעין בגודל 600 מ"ר לשתי יחידות מקרקעין בגודל 300 מ"ר הינה אפשרית.

דוג' נוספת – בהינתן קרקע גדולה, לא ניתן למכור חלק מימנה, אלא באחוזים בלבד. למשפט שני סייגים –

1. בית משותף (חריג לסעיף 12) – במקרה של בית משותף, ישנה בעלות משותפת של כל הדיירים על המקרקעין. לדוג' - בעל דירה בקומה 10 אינו הבעלים של כל מה שבנוי על הקרקע, אלא כל הדיירים בבניין הינם בעלים במשותף של המקרין.
2. בעלות המדינה (חריג לסעיף 12) – המדינה הינה הבעלים של מרבית המקרקעין בישראל (93% מהמקרקעין במדינה הינם בבעלות המדינה ורק 7% בבעלות פרטית). כיוון והמדינה רק מחכירה מקרקעין לדורות, הדבר הופך מבחינה משפטית את מרבית בעלי הדירות בישראל לשוכרי דירות, לטווח ארוך. אם כן, כאשר מנהל מקרקעי ישראל מחכיר מקרקעין לאדם, המדינה ממשיכה להיות הבעלים של המקרקעין (כולל של המבנה שבנוי עליו). מדובר בחוק שאינו רווח במדינות דמוקרטיות.
* לפי **פ"ד הווארד נ' ארז** – מקרה זה דן בחוזה שנכרת בין שני צדדים להעברת בעלות על ילק מסוים במקרקעים, דבר האסור על פי סעיף 13 לחוק המקרקעין. לפי דעת הרוב (**השופט ברק**), ישנם שני שלבי בכל עסקה – ישנה הבחנה בין השלב החוזי לקנייני. **בשלב החוזי** נוצר בין שני הצדדים חוזה תקף לפי דיני החוזים. **השלב הקנייני** – רק בחוזים המעבירים זכויות בנכס. מתי, בפועל, עוברת הזכות בנכס בין המוכר לקונה. מדובר על חוזה בין שנים, להעברת חלק מיחידית מקרקעין (חלק מסוים). לפי דעת הרוב, **לא ניתן לבצע את העסקה מבחינה קניינית, אך במישור החוזי יש תוקף לעסקה, נוצר חוזה מחייב, ועל כן ניתן להעניק סעדים בגין הפרת חוזה** (לא ביצוע בעין, משום שלא ניתן להעביר חלק מסוים) – פיצויים.

סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע, כי עסקה במקרקעין טעונה כתב. **דרישת הכתב חלה על השלב החיובי ולא על השלב הקנייני**. לפיכך, עסקה במקרקעין שלא מילאה אחר דרישות סעיף 8, כלל איננה מהווה חוזה מחייב ותקף. **מדוע בית המשפט לא מחיל את סעיף 30 לחוק החוזים (חוזה פסול) בפסק הדין הנ"ל?** מטרתו של סעיף 13 היא למנוע מצב בו ירשמו בטאבו יחידות מקרקעין קטנות וזאת על מנת למנוע צפיפות אוכלוסין. לכן, יש למנוע את קיומו של השלב הקנייני. עם זאת, **מבחינת מדיניות משפטית, אין אינטרס לפגוע במישור החוזי.**

**השופט לוין** (דעת המיעוט) נותן פרשנות יצירתית לחוזה, לפיה דובר בו על העברת בעלות על חלק לא מסוים במקרקעין, כך שהמוכר והקונה הופכים לשותפים בקרקע, דבר האפשרי כיוון ולכל זכות קניינית יכולים להיות יותר מבעלים אחד. אם כן, ע"י פרשנות של חוזה, כך שהעברת הבעלות נעשתה על חלק לא מסוים בקרקע, ניתן לעקוף את סעיף 13 לחוק המקרקעין.

* ישנה דרך לבצע את העסקה. **יחידת רישום** – הקרקע נרשמת בטאבו, כיצד? בעולם המודרני השיטה הרצויה היא לחלק את האזורים לגושים, כשכל גוש מחולק לחלקה. חלקה = יחידת מקרקעין. הרשות דורשת מינימום מסוים של מטרים מרובעים, לצורך רישום במקרקעין. הכוונה של הסעיף הינה לחלק מסוים בחלקת מקרקעין, לא ניתן למכור בעלות בחלק מהחלקה. אולם, **ניתן לחלק את החלקה ל-2 חלקות נפרדות ולבצע את העסקה. החלוקה ליחידות רישום נקראת פרצלציה .** המגמה הינה לא לאפשר חלוקה ליחידות קטנות מידי (למשל, חלוקת אזור המיועד לבנייה לחלקים קטנים מידי), מניעת צפיפות.

דיני קניין – מ' דויטש (עמודים 98-99) -

ס' 13 לחוק המקרקעין הינו סעיף **האחדות**. הוא חל רק על השלב הקנייני (דבר שנלמד מהמילה עסקה שבסעיף) ולא על שלב ההתחייבות (הלכה פסוקה **מפ"ד הווארד נ' ארז**). **כלל האחדות קובע, שעסקת מקרקעין קניינית לא תיתכן על חלק מסוים** (לדוג' - 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).

דיני קניין – חלק כללי – י' ויסמן (עמודים 106-116, 120-122, 131-144, 348-351) -

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

**היבט פיסי** – אחד המאפיינים של המקרקעין הוא היותם מוגבלים מבחינה כמותית. יש פחות היצע לצד ביקוש גדל, דבר המצריך פיקוח על גודל החלוקה המינימאלי. בנוסף, לצד קביעות בכמות, ישנה קביעות במיקום - לא ניתן להסתיר / להבריח מקרקעין. ניתן לחייב אדם במקרקעין מבלי להוציא אותו מתוכם, כי ברור שלא יעלימם. בנוסף, המקרקעין הוא נכס מתכלה.

**היבט כלכלי** – המקרקעין הם, לרוב, הנכס היקר ביותר שיש לאדם. לכן, נידרש שיקול דעת ורצינות דבר המתבטאת, למשל, בדרישת הכתב.

**היבט פסיכולוגי** – הקשר למקרקעין חזק יותר מאשר במיטלטלין. לכן, בפירעון חוב, למשל, קודם ייטלו מאדם מיטלטלין ורק אז מקרקעין.

וייסמן ממליץ לא לקרוא את הסעיף 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.

המחאת חיובים – ש' לרנר (עמודים 45-48) -

**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, ביהמ"ש 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.

**זכויות קניין וזכויות חיוביות (אובליגטוריות) -**

"יש לי מכונית" (יש לי בעלות במכונית מסוימת) – זכות קניינית, מול "אתה חייב לי כסף" – זכות חיובית. **מהי זכות חוזית ומהי זכות משפטית?** פעם, לזכות קניינית קראו זכות בנכס, ולזכות חיוביות קראו זכות כלפי אדם מסוים. אין זה מדויק, שכן אין יחסים משפטים בין בני אדם לנכסים.

* **זכות חיובית** – זכות חיובית היא זכות כלפי בני אדם, אחד או יותר, אך מוגדרים, ז**כות כלפי מספר מוגדר של אנשים**. מספר החייבים הוא מוגדר.
* **זכות קניינית** – זוהי זכות בנכס באופן ישיר, **זכות כלפי כל העולם**, לא כלפי אדם מסוים.

זכות העצמאות -

**אחת התכונות של זכות קניינית היא, שבעל הזכות הוא עצמאי, הוא יכול להפיק את ההנאה מהזכות באופן עצמאי, ללא כל עזרה של גורם אחר.** מנגד, כאשר מדובר בזכות חיובית, בעל הזכות אינו עצמאי, שכן על מנת ליהנות מהזכות, הוא תלוי באחר. בזכות קניינית, כשבעל הזכות ניצב מול כל העולם, כל העולם מצווה לא להפריש לשימוש של בעל הזכות בזכות. **לא מוטלת חובה אקטיבית על כל העולם, חובת עשה, אלא יש על כל העולם חובת אל-תעשה, חובה להימנע מלהפריע לבעל הזכות. מנגד, ככל שמדובר בזכות חיובית, על אחרים מוטלת חובת עשה.**

**בפ"ד טנא נוגה נ' בן חמו**, ביהמ"ש לא קיבל את הסיווג של הזכות לפי הצדדים, אלא קבע שמדובר בזכות חיובית. מדובר היה בהסכם הפצה בין יצרן למפיץ – ליצרן ניתנה בלעדיות הפצה באזור מסוים. מסיבה מסוימת, עורך הדין כינה את זכות ההפצה של המפיץ כזכות קניינית. ביהמ"ש קבע, כי הזכות של המפיץ אינה קניינית, כפי שהצדדים הגדירו, **משום שהזכות הזו נעדרת את תכונות העצמאות, בן חמו יכול לממש את זכותו, רק אם טנא נוגה תספק לו את מוצריה.**

עדיפות ועקיבה -

**זכות העדיפות** – תכונה נוספת המאפיינת את הזכות הקניינית. **בעל הזכות הקניינית עדיף על נושים אחרים של חדל הפירעון. במצב של חדלות פירעון, יש עדיפות לבעל הקניין על בעל החיוב.**

דוג' - נניח ויש משכיר ושוכר (שכירות רגילה הינה זכות קניינית). המשכיר פושט רגל, מגיע למצב של חדלות פירעון (לאדם יש יותר חובות מאשר נכסים). למשכיר נותר נכס אחד בלבד – רכב אותו הוא השכיר לשוכר. נניח והשווי של המכונית היא 1000 ויש מס' נושים (באופן רגיל, כל אחד מהם היה מקבל אחוז מסוים במכונית) – לשוכר יש עדיפות על פני הנושים.

דוג' נוספת – זוג עיר רוכש בעלות בדירה, הוא עושה משכנתא, לווה כסף מהבנק. הזוג מסתבך מבחינה כלכלית. הוא חייב לבנק 1000, לכל הנושים יחד 1000, הדירה שווה 1000. בהיעדר עדיפות – כל אחד היה מקבל את חלקו (500 לנושה, 500 לבנק), אך לבנק יש עדיפות, הוא זה שנפרע ראשון – זכות קניינית, משכון. לאחר שהבנק נפרע, בהינתן סכום נוסף, הנושים הנוספים יפרעו.

**עקיבה** – הזכות הקניינית מקנה זכות לעקוב אחר הנכס. **חילופי בעלים לא פוגעים בבעל הזכות הקניינית, שיכול להמשיך ולעקוב אחר הנכס ולממש את זכותו.**

דוג' – המשכון / משכנתא הינה זכות קניינית. נניח ויש בעל מכונית, שלווה כסף ונתן לבנק משכון על המכונית. בעל הזכות הקניינית יכול לעקוב אחרי הנכס. כלומר, נניח ובעל המכונית מוכר את המכונית לסטודנט, ששילם לבעל המכונית את מלוא השווי של המכונית, אך הוא לא הבין שהמכונית ממושכנת לאחר. אם הבעלים הראשון לא פורע לבנק את המשכנתא, לבנק נותרת הזכות לעקוב אחר הנכס. הבנק יכול לעקוב אחר הנכס ולממש את זכותו, הגם שהמכונית נרכשה ע"י הסטודנט.

**אותה הזכות הקניינית לא יכולה להיות לשניים שונים (אלא אם כן מדובר בשותפים). אולם, יכול להיות שבנכס אחד יהיו מס' זכויות קנייניות – בעלות, משכנתא וכו'.**

עבירות –

זכות חיובית ניתנת להעברה (סעיף 1א' לחוק המחאת חיובים). בעבר היה מקובל שעבירות מייחדת זכות קניינית, אך אין זה כך. עם זאת, זכות קניינית עבירה יותר.

**הגבלות על עבירות** – אם מגבילים בחוזה את העברתה של זכות חוזית, יש לכך יותר תוקף מאשר היה מדובר זכות קניינית. **בזכויות חוזיות יש יותר תוקף להגבלה על עבירות מאשר בזכויות קנייניות.** סעיף 1א' לחוק המחאת חיובית – "זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, **זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין**, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה". אם יהיה בחוזה סעיף האוסר על ב' להמחאות את הזכות, להגבלה הזו יש תוקף.

מדוע האבחנה בין זכות קניינית לזכות חיובית כה חשובה?

הביטוי קניין כולל בתוכו גם חיובים חוזיים, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – **פ"ד מזרחי**. סעיף 3 לחוק יסוד זה קובע הגנה חוקתית על הרכוש. פ"ד זה קובע **שקניין כולל גם זכויות חוזיות.** מה מקומה של ההגנה על הקניין? ההגנה על קניין היא חלק מהחירות, כך האדם מבטא את חירותו, ועל כן יש להעניק פרשנות רחבה. המילה קניין / זכות קנייניות – לא נפרש באופן אוטומטי כביטויים המתייחסים לזכויות קניינית, אלא המילה קניין פורשת כנפיה גם על זכויות חוזיות.

**בפסיקה נמצא את האבחנה בין הזכויות. מדוע ההבחנה בין זכות קניינית לזכות חיובית כה חשובה?**

על מנת להבין טוב יותר את החומר המשפטי הנלמד. ההקבצה לקבוצות מסייעת לנו להבין טוב יותר את המוסדות המשפטיים.

**פ"ד מנדלבאום** – מדובר על זכות קניינית זכויותיו של דייר מוגן. המחוקק לא השתמש בביטוי זכות קניינית, אלא "זכות במקרקעין" (ס' 197 לחוק התכנון והבנייה – פגיעה במקרקעין שלא עקב הפקעה, אלא עקב שינוי בתכנון). **ביהמ"ש פרש את הביטוי כזכות קניינית ביחס למקרקעין.** לפי הסעיף, לאחר פרשנות ביהמ"ש, הפיצוי מגיע למי שיש לו זכות קניינית במקרקעין. למי שיש זכות חיובית ביחס למקרקעין (מי שבעל המקרקעין התחייב לתת לו משהו מהמקרקעין), לא זכאי לפיצוי.

הזכות שסווגה בפ"ד זה נקראת **דירות מוגנת**, **זכויותיו של דייר מוגן**.

בעבר חוקקו חוקים להגנת הדייר (בעולם ובישראל), בעיקר עקב מלחמת העולם השנייה, עת היה מחסור בדירות ובעלי דירות יכולים היו לנצל את הביקוש הגדול וההיצע הנמוך. לפיכך, התערב המחוקק וקבע את הדיירות המוגנת, אשר **שני מאפיינים** מרכזיים לה -

1. עילות פינוי הקבועות בחוק הגנת הדייר בלבד.
2. דמי שכירות מקסימאליים - בעוד בחוזה שכירות רגיל, כאשר תמה תקופת השכירות נדרש השוכר להחזיר את המושכר לבעליו, בכל הנוגע לדייר מוגן, גם אם תמה תקופת השכירות, רשאי השוכר להמשיך לשכור את הדירה, תמורת דמי השכירות המקסימאליים הקבועים בחוק.

כיום, ישנן **שני סוגי שכירויות** –

1. שכירות חוזית (נקבעה בחוזה).
2. שכירות מוגנת/סטאטוטורית (מכוח החוק) – גם אם החוזה כבר תם, **החוק מגן על השוכר מפני פינוי**.

ישנו פ"ד הסותר, לכאורה, את פ"ד מנדלבאום – **פ"ד רומנו נ' שוחט** – בפ"ד זה נקבע, שזכותו של דייר מוגן הינה **זכות חיובית**. מנגד, **בפ"ד מנדלבאום** נקבע שמדובר **בזכות קניינית**. לכאורה, יש סתירה בין שני פסקי הדין. אולם, בפועל, אין סתירה, משום **שהסיווג של הזכות לא קובע את התוצאה המשפטית.**

כאשר החוק מונה זכויות קניין, הוא מונה גם את השכירות, ולפיכך זכותו של השוכר היא זכות קניינית. לפי **שמגר**, שכירות חוזית (לא סטטוטורית) הינה זכות קניינית. בשני פסקי הדין לעיל דנו במיקומה של הזכות דיירות סטטוטורית. בפסקי הדין הללו השופטים מתבקשים לקבוע האם גם זכותו של דייר סטטוטורי היא זכות קניינית או שמא מדובר בזכות חוזית בלבד. שני פסקי הדין הגיעו לתוצאות שונות.

**פ"ד רומנו נ' שוחט** דן בסעיף 8 לחוק המקרקעין, דרישת הכתב. ישנה מגמה לצמצום ס' 8, הבאה לידי ביטוי בפ"ד זה. הפרשנות המקובלת של סעיף 8 לחוק המקרקעין - **דרישת הכתב חלה רק כאשר מדובר בעסקת מקרקעין העוסקת בהתחייבות להקנות זכות במקרקעין ולא במקרים של מתן זכות חיובית ביחס למקרקעין.** דרישת הכתב מעלה קשיים פרקטיים, כיוון והיא מאפשרת לאדם שהתחייב לעסקה להתחמק ממנה, בטענה שהתחייבותו לא הועלתה על הכתב או שחסרים בכתב פרטים מהותיים. לפיכך, בית המשפט הוריד ברבות השנים את רף דרישת הכתב, באמצעים שונים: **א**. הפחתת דרישות המסוימות. **ב**. שימוש במושג תום הלב. **ג**. קביעה כי הזכות המועברת הינה זכות חיובית ולא זכות קניינית (כפי שנקבע בפ"ד זה), גם כאשר היא נוגעת במקרקעין ולפיכך דרישת הכתב אינה חלה עליה. אם כן, כאשר השופטים מיינו את זכותו של הדייר המוגן כזכות חיובית, הם הורידו את הצורך בדרישת הכתב לצורך ביצוע העסקה, כדי שהחוזה ייחשב כתקף. **אם מבצעים עסקה בזכויות חיוביות, ס' 8 לא חל, שכן סעיף זה חל אך ורק על זכויות קנייניות**. בדרך זו הצליח ביהמ"ש הגיע לתוצאה שזכות סטטוטורית היא זכות חיובית, שכן זו הייתה התוצאה הרצויה – קודם בוחרים בתוצאה הראויה, ולאחר מיכן מסווגים את הזכות.

**פ"ד מנדלבאום**, מנגד, היה לביהמ"ש נוח להגיע לתוצאה הפוכה. השאלה המשפטית שנידונה בפסק הדין הינה האם דייר סטטוטורי נכנס למסגרת הסעיף, ונחשב כבעל זכות במקרקעין הזכאי לפיצוי? ביהמ"ש קבע, כי לא ייתכן ששוכר (אשר הינו בעל זכות במקרקעין) שיכול לשהות זמן קצר בנכס יזכה לפיצוי ודייר סטטוטורי שיכול לשהות שנים ארוכות בנכס לא יזכה לפיצוי. **על מנת להגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, ביהמ"ש סיווג את הדיירות המוגנת כזכות קניינית לצרכי הפיצוי, כך שתיכנס להגדרת "זכות במקרקעין" לפי סעיף 197.**

**לאור הכתוב לעיל, שני פסקי הדין לעיל אינם דוגמאות לכך שסיווגה של הזכות כקניינית או חיובית משפיעות על התוצאה הסופית, אלא להיפך.**

* ישנה עוד קונסטרוקציה משפטית, בעזרתה שמגר יכול היה להגיע **בפ"ד מנדלבאום** לתוצאה הרצויה (שדייר סטטוטורי יקבל פיצוי) – פירוש הביטוי "זכות במקרקעין" ככוללת זכות חיובית במקרקעין, ולא רק זכות קניינית במקרקעין. שמגר לא רצה לעשות זאת, על מנת למנוע קשת רחבה של זכאים לפיצוי. ביהמ"ש מעדיף, שרק בעל זכות קניין יקבל פיצויים, כדי לא להרחיב את מעגל הזכאים לפיצוי יתר על המידה. אך המילה קניין יכולה להתייחס גם לזכויות חיוביות.

הרושם המתקבל הוא שהזכות הקניינית חזקה מהזכות החיובית. עורך הדין **בפ"ד טנא נוגה נ' בן חמו** הכניס בחוזה שזכות ההפצה של בן חמו הינה זכות קניינית, בשל רושם זה. **זהו רושם מוטעה, הוא לא כללי.**

**לעיתים, נעדיף להיות בעלים של זכות חיובית מאשר של זכות קניינית – לעיתים הזכות החיובית תהא חזקה מהקניינית, מבחינה פרקטית. בהקשר של הפקדת כסף בבנק, זכות חיובית חזקה מזכות קניינית.** האדם הממוצע יפקיד כסף שקיבל בבנק, הוא המיר זכות קניינית בזכות חיובית. כאשר הכסף מצוי בחזקתו של אדם, הוא עשוי לאבדו. בדומה לכך, בהינתן זכות קניינית בנכס מסוים, אם הוא נעלם, לא ניתן לעשות דבר בנדון. מנגד, כאשר הכסף מופקד בבנק, אין כל דאגה – הבנק הוא החייב, ובעל הכסף הוא הנושה. הבנק קיבל כבר את הקניין, יש לו חובה חוזית להחזיר את הכסף.

**פ"ד רייזמן** – עוסק בזכות קדימה. זכות קדימה מנויה בחוק המקרקעין, אך בגלל מבנה מוטעה של חוק המקרקעין, לא ניתן לומר בקלות שמדובר בזכות קניינית כמו יתר הזכויות המוזכרות. את זכות הקדימה המחוקק לא מנה בסעיפי הפתיח, שם הסדיר את יתר הזכויות הקנייניות. זכות קדימה היא זכות קניינית. **יש סיטואציות המנויות בחוק המקרקעין אותם, אשר רק בהן יש זכות קדימה – בין יורשים של משק חקלאי, בין בני זוג (פ"ד רייזמן).** פ"ד זה לאישה הייתה זכות קדימה כלפי החלק של הבעל בדירה. משמע, אם הבעל רוצה למכור את חלקו יש לה זכות סירוב ראשונה. עם פטירתו, התעוררה השאלה האם זכות הקדימה שלה פגה עם מותו של בן הזוג ולפיכך האם ניתן או לא לרשום את בנותיו כבעלות זכות בדירה.

חוק המקרקעין מקדיש מס' סעיפים לזכות הקדימה (99-106). זכות הקדימה שפ"ד זה עוסק בה, היא זכות קדימה בין בני זוג – **ס' 101**. זכות קדימה, כשמה כן היא, מתן קדימה לרוכש מסוים. לפי הסעיף, אם שני בני הזוג חיים – קיימת זכות קדימה לבן הזוג, אם בן זוגו מעוניין במכירת חלקו בנכס. בפ"ד זה, אחד מבני הזוג נפטר, ויש לו יורשים שמעוניינים למכור את החלק בנכס לצד שלישי. בן הזוג שחי מעוניין במקרקעין וטוען שיש לו זכות קדימה. **האם זכות הקדימה עדין תקפה, כאשר אחד מבני הזוג כבר לא בחיים?**

**הייחוד בפ"ד זה לעומת פסקי הדין הקודמים** – עד כה, לאור שני פסקי הדין הקודמים, ראינו שלא קובעים קביעה אבסולוטית. הקביעה, אם זכות היא קניינית או חיובית, הינה תלוית הקשר, לפי התוצאה הראויה בעיני השופט. **בפ"ד רייזמן, מנגד, ביהמ"ש החליט שזכות הקדימה קניינית, ולאור כך גזר תוצאה משפטית.**

**כיצד ניתן להכריע לפי קנייניות?** אם מוצאים בזכות מסוימת שתים מתכונות הזכות הקניינית, האם נכריע כי מדובר בזכות קניינית, או נסווגה כזכות חיובית, שכן חסרה התכונה השלישית? **השופטת בן פורת** **החליטה שזכות הקדימה היא קניינית.** **היא החליטה כך מעצם היותה של הזכות מוסדרת בחוק המקרקעין, המסדיר זכויות קנייניות בלבד** (לא בחנה את שלל האפיונים של זכות קניינית, אלא מעצם הסדרתה בחוק המקרקעין נקבע שהיא קניינית. זכויות חיוביות ביחס למקרקעין מוסדרות מחוץ לחוק המקרקעין).

תכונת הזכות הקניינית שהכריעה את הכף – **עקיבה**, זוהי הזכות המכריעה. תכונת העקיבה היא הפותרת את השאלה המשפטית (האם זכות הקדימה ממשיכה כלפי יורשיו של בן הזוג?). בנכס, 50 אחוז מהמקרקעין, עבר בעלות מכוח ירושה (מבן הזוג שנפטר, ליורשיו) – **נקבע כי זכותה של האישה, בת הזוגה שחיה, יפה גם כלפי היורשים של בן הזוג שנפטר, זוהי תכונת העקיבה.**

לכאורה, זוהי פסיקה פורמלית של השופטת בן פורת, נראה כאילו מלאכתו של השופט פורמלית, הוא גוזר באופן אוטומטי את פסק הדין. הפסיקה נראית פורמלית רק במבט ראשון. מפ"ד עולה כי המוסד של זכות הקדימה הוא מוסד רצוי. **השופט שלמה לוין** יוצא נגד זכות הקדימה, שכן הדבר עלול לפגוע בבעל הנכס הכפוף לזכות הקדימה (פחות אנשים יגישו הצעה). עצם קיומה של זכות הקדימה מצמצמת הצעות של אנשים זרים המעוניינים בנכס. לפי **השופטת בן פורת**, זכות הקדימה כן רצויה, היא נוטה להרחיבו – יש להכיר בזכות הקדימה, לשם מניעת סכסוכים. השופטת בן פורת חותרת לתוצאה זו (שזכות הקדימה יפה גם כלפי היורשים). השופטת מחילה את זכות הקדימה על נסיבות המקרה (מגיעה לתוצאה הראויה מבחינתה), מכוח הגדרת הזכות בחוק המקרקעין – זכות קניינית.

* **ס' 99** – ניתן ליצור זכות קדימה מכוח חוזה.

**רשימת זכויות הקניין –**

ההנחה היא, שהזכויות הכתובות ומוסדרות בחוק המקרקעין הן זכויות קנייניות. המבנה של חוק המקרקעין - מיד לאחד הסעיף הראשון, סעיף ההגדרות, מופיעים סעיפים 2-5 לחוק, המגדירים בקצרה זכות מסוימת במקרקעין, שהיא זכות קניין – **בעלות, שכירות, משכנתה (קיימות גם במיטלטלין ובזכויות), זיקת הנאה (רק לעניין מקרקעין).** פרק ז' בחוק המקרקעין מקדיש כ-6-7 סעיפים לכל זכות. **זכות הקדימה** מאוזכרת רק בהמשך, ולא בתחילת החוק, בדומה ליתר הזכויות.

הבעלות היא הזכות המקיפה ביותר מבין זכויות הקניין וכל השאר הן **זכויות בנכסי הזולת** והינן פחותות יותר.

ס' 161 – "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". זכות במקרקעין צומחת לפי חוק, ולא לפי הסכם/חוזה. לא ניתן ליצור זכות קניינית במקרקעין מכוח חוזה. כלומר, זכות תהא קניינית, רק אם היא מוכרת ע"י החוק – היא משתבצת באחת הזכויות שהחוק קבע.

* אם זכות מסוימת מוכרת ע"י חוק אחר, לא חוק המקרקעין, אין כל בעיה. המקור לזכות קניינית במקרקעין יכול להיות גם חוק אחר.
* כותרת הסעיף אינה מובנת – "**שלילת זכויות שביושר**". זהו היבט אחר של תוכנו של הסעיף. עד לקבלת חוק המקרקעין, גם בדיני הקניין היה הדין העות'ומני, עם השלמה של דין אנגלי, שנקלט בארץ באמצעות סימן 46. כך ייבאנו דינים **מדיני היושר האנגליים**, שראו את מה שעומד להיעשות, כאילו הוא עשוי, גם בהקשר של חוזים במקרקעין.

דינים אלה קבעו, שאם יש מוכר של מקרקעין ויש קונה, למרות שהצדדים לא השלימו את השלב הקנייני – מסתיים ברישום מקרקעין (אלא מצויים בשלב החוזי בלבד), היינו לא התקדמו להעברת הקניין, **יש לקונה זכות שביושר (במיוחד עבור קונה ששילם את מלוא סכום התמורה).** זכות שביושר – עד 1969, שנת חקיקת חוק המקרקעין, ההלכה בארץ הייתה, שהדבר נחשב כזכות שבין זכות קניינית לחיובית. הפירוש הפשוט של סעיף 161, לאור המידע, הוא (מעבר למשמעות התוכן) – **ביטול זכויות שביושר, אין זכות ביניים, או קניינית או חיובית**.

**רשימת זכויות הקניין ביחס למקרקעין היא רשימה סגורה, נומרוס קלאזוס. הרשימה כוללת את הזכויות המנויות בחוק המקרקעין, ועוד כמה זכויות בחוקים אחרים.**

מנגד, **זכויות חוזיות ביחס למקרקעין הן ללא הגבלה**. לפי סעיף 24 לחוה"ח, תוכן החוזה יהא כשם שהסכימו עליו הצדדים (חופש החוזים). אם החוזה תקף, כל מה שהוסכם עליו תקף.

* **מדוע רשימת זכויות הקניין היא רשימה סגורה?**

זכות הקניין מחייבת את כולם, כולל צדדים שלישיים. אי לכך, יצירת זכות קניינית תפגע בצד שלישי. טיעון זה נחלש במשך השנים. **זכות קניינית תהא תקפה כלפי צדדים שלישיים, אך ורק בהינתן פומביות.** בד"כ, לזכות קניין ניתנת פומביות באמצעות רישום. אם כן, מה הבעיה? ניתן לזכות קניינית ולרשום אותה, ובכך להשיג את הפומביות?

**המרשם לא יעזור מספיק**. הזכויות הקנייניות הרשומות בחוק הן שבלוניות, מנוסחות בקצרה ובברור. מנגד, את שלל הזכויות הקנייניות שייוצרו, בהיעדר רשימה סגורה, לא ניתן יהא להגדירם בקצרה ובברור. אין מובן מוסכם, **הרישום לא יהא מדויק ולא יעניק מספיק אינפורמציה לצד שלישי.**

* אם רשימת זכויות הקניין היא רשימה סגורה, הדבר יוצר **בעיה בפרקטיקה**. חלק מזכויות הקניין הן רחבות למדי, אך עדין יש משמעות לכך שרשימת הזכויות סגורה.

**פ"ד מורדוב נ' שכטמן** - מדובר צדדים לחוזה על שכירת דירה כתבו שתקופת השכירות הינה ללא הגבלת זמן (לצמיתות), על אף שהדבר מנוגד לכלל הרשימה הסגורה הקבוע בסעיף 161 והרי שכירות הינה לתקופה מוגדרת ופה מדובר על שכירות לתמיד. ביהמ"ש מחד לא להכיר בזכות קניינית חדשה ומאידך ניסה לתת משמעות לחוזה. **ביהמ"ש קבע כי השכירות הינה לתקופה קצובה, אך היא מתחדשת לפרק זמן מסוים וכל צד יכול להפסיק אותה, בהודעה.**

לפי סעיף 19 לחוק השכירות והשאילה, במידה ולא מוסכם על תקופת שכירות, או כאשר נקבעת תקופת שכירות שתמה והשוכר ממשיך לשבת במושכר, כל צד רשאי לבטל את השכירות במנגנון של הודעה מראש. בית המשפט בעצם קבע כי החוזה אומנם אינו לזמן בלתי מוגבל, אך כל אחד מהצדדים יכול לסיים את החוזה.

ביקורת כלפי ההחלטה - ניתן היה לתת תוקף לחוזה בדרך אחרת. בית המשפט היה יכול לתת לזכות תוקף כזכות חוזית-אישית שמגיעה לסיומה עם מותו של אחד הצדדים ואינה ניתנת להעברה (דבר דומה נעשה בפ"ד הווארד נ' ארז, שם ניתן תוקף לשכירות במישור החוזי ולא במישור הקנייני, כך שהיא לא מחייבת צדדים אחרים לחוזה).

**בעלות ושכירות –**

סעיף 2 לחוק המקרקעין – "הבעלות במקרקעין היא הזכות **להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם** ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

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".

"**הזכות להחזיק ולהשתמש**" – תכונות המאפיינות גם את השכירות. לבעלים מותר להשתמש, כל דבר שלא נאסר עליו. לשוכר, מנגד, מותר להשתמש, כל דבר שהותר לו ע"י בעלי הנכס. בנוסף, לשוכר יש מגבלת זמן, "שלא לצמיתות". בבעלות אין מרכיב שכזה, אין בעלות לפרק זמן מסוים.

"**כל דבר וכל עסקה בכפוף...**" – ישנם **דינים** (דיני התכנון והבנייה, דיני הנזיקין) המגבילים את השימוש של כל אדם במקרקעין, את הבעלות – עוולת המטרד מגבילה את הבעלות ומטילה חבות נזקית על בעלים שתוך שימוש במקרקעין שברשותו יוצר מטרד. הגבלה לפי **הסכם** - לעיתים, בעל מקרקעין הסכים עם אדם להימנע משימוש מסוים במקרקעין. **בשכירות מקובלת נק' מוצא נוגדת, שכן מותר לשוכר לעשות רק את אשר הותר לו בחוזה השכירות ע"י בעל הנכס. בבעלות, מנגד, לבעלים מותר הכל, פרט לנאסר מכוח דין או הסכם.**

* דוג' לשוני בין בעלות לשכירות - בעלות לא ניתנת להעברה בחלק מסוים במקרקעין (ס' 13). מנגד, לפי סעיף 78, ניתן להשכיר חלק מסוים במקרקעין.
* דוג' נוספת - בעל מקרקעין רשאי לעשות פעולה לא-רציונלית ולהשמיד את המקרקעין שבבעלותו, דבר ששוכר לא רשאי לעשות.

במקרה של שכירות ל-999 שנה יש קושי להבחין בינה לבין בעלות. המיון בתחום המשפט אינו מופשט ונעשה בהתאם לצורך שלשמו נעשה המיון. כך השכרה לתקופת זמן ארוכה יכולה להיחשב לצורך אחד כבעלות ולצורך אחר כשכירות. המיון הוא תלוי הקשר ולכן אינו אחיד בכל התחומים.

מכיוון שבעלות ושכירות אינן בלעדיות למקרקעין, ניתן למצוא הגדרות לבעלות גם בחוק המיטלטלין, למשל. מתעוררת בעיה, כאשר הצדדים קובעים זכות שאינה הולמת את ההגדרות. לדוג' - שכירות לצמיתות ("חיה שאינה מוכרת בחוק"), או בעלות לפרק זמן מוגדר.

**משכנתא –**

סעיף 4 לחוק המקרקעין – " משכנתה היא מישכון של מקרקעין". זוהי ההגדרה לקונית ולא ברורה. על כל משכנתא חלות הוראות חוק המקרקעין והוראות חוק המשכון (חוק כללי). יש לפנות **לסעיף 1א' לחוק המשכון** – "משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב". הסכם משכון הוא הסכם, בו א' ייחד נכס מנכסיו וקבע שזה יהא משכון לטובת ב' (יש צורך בפומביות).

המשכון הינו נכס מסוים, המזכה את הנושה להיפרע מימנו, אם לא סולק החיוב. המשכון מבטיח את החיוב. החייב מייחד נכס מסוים כמשכון (כל נכס שהוא, במקרקעין הדבר נקרע משכנתא). **המשכון מזכה את הנושה להיפרע מהתמורה, אם לא סולק החיוב.** הנושה רשאי למכור את המשכון, באם החייב לא יפרע את חובו.

* משכנתא מהבנק – לוקחים הלוואה מהבנק, ונותנים לבנק משכנתא (דירת המגורים שלשמה נלקחה ההלוואה).

**לזכות המשכון יש את כל האפיונים העיקריים והתכונות של זכות קניינית -**

תכונת העדיפות - **במצב כלכלי קשה של החייב, לבעל המשכון קדימה על פני נושים אחרים.** זוהי תכונת העדיפות, למעשה. ב' יקבל אך ורק את גובה חובו. אם יש יתרה, היא תלך ליתר הנושים.

תכונת העקיבה – אם א' מוכר את הנכס הממושכן לד', אין הדבר פוגע במשכון. אם א' לא פורע את החוב כלפי ב', **ב' רשאי לממש את המשכון, ולהיפרע מהתמורה.**

תכונת העצמאות – ב', בעל זכות המשכון, **רשאי לפעול בעצמו ולממש את המשכון** (באמצעות ההוצאה לפועל), הוא אינו צריך שיתוף פעולה של החייב.

* ב' "חכם" ינסה לקבל משכון על נכס היקר יותר מגובה הסכום, שכן הנכס עשוי להימכר בערך נמוך יותר. ערך המקרקעין עשוי לרדת.

**זיקת הנאה –**

סעיף 5 לחוק המקרקעין – "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם". נניח ויש חלקת מקרקעין, כשא' הוא הבעלים. לב' יש זכות הנאה, ללא החזקה. **זכות הנאה, שאין בצידה זכות להחזיק, נקראות זיקת הנאה**. לדוג' – זכות מעבר/חניה. זכות המעבר אינה אך ורק כלפי א', אלא גם צד ג', שוכר, כפוף לזכות המעבר של ב'. ישנם מקרקעין הכפופים לזיקת הנאה.

ישנו מגוון של זיקות הנאה, שמנויות בסעיף 93 -

**זיקת הנאה יכול שתקבע** –

* כי בעל המקרקעין הזכאים, או מי שהזיקה ניתנה לטובתו, זכאי לשימוש מסוים במקרקעין הכפופים.
* כי בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין.
* כי בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת או שלא יהיה זכאי למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים.

על אף האמור בסעיף 13, יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין.

בניגוד לשכירות, המזכה גם בזכות להחזיק, **זיקת הנאה מאפשרת רק שימוש**. כמו כן, בעוד בשכירות השימוש הוא אינטנסיבי, השימוש בזיקת הנאה איננו כזה. אולם, זיקת הנאה היא זכות קניינית ולפיכך חלות עליה תכונות כמו עקיבה ועדיפות כלפי צדדים שלישיים. לדוג' - גם אם הנכס נמכר, זיקת ההנאה נשמרת.

כאשר קבלן רוצה להבטיח שדירות יימכרו רק לדתיים, הוא יכול לקבוע זיקת הנאה, לפיה בעלות בדירה בבניין מחייבת הימנעות מפעולה מסוימת במקרקעין. סעיפים 92-96 לחוק המקרקעין מגבילים את זיקות ההנאה.

**מוסד הנאמנות -**

מוסד הנאמנות נוצר בארץ רק בשנת 1979, מכוח חוק הנאמנות. **סעיף 1** לחוק – "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". מדובר על יחסים בין שני צדדים – **נאמן ונהנה**. אנו למדים מסעיף 1, שהנאמן מחזיק בנכס או פועל בו, הוא פועל לטובת נהנה. **כל הפעולות בנכס הם בידיים של הנאמן, שפועל אך ורק לטובת אדם/גוף – נהנה.**

נאמנות היא זיקה לנכס. לנהנה יש זכויות קניין בנכס. לפי הפשט, **הנהנה מחזיק בזכויות הקניין בנכס והנאמן פועל בנכס של אחר, לטובת אחר**. אין הדבר ממצה את מוסד הנאמנות.

* דוג' למצב בו נכס מסוים הינו בבעלות א', אך ב' פועל בנכס – **מנהל בחברה** (למנהל אין זכות קניין, אך הוא אחראי על כל הפעילות המשפטית), **אופוטרופוס** (כשילד יורש נכס מסוים, הוא בעל הקניין, אך האופוטרופוס מבצע את הפעולות המשפטיות).

לפי הדין **האנגלי**, הנאמן חייב להחזיק ולפעול בנכס לטובת הנהנה או למטרה אחרת. לנכס שמוחזק בנאמנות יש **שני בעלים, אשר לאחד מהם בעלות שבדין (בעלות פורמאלית) ולשני בעלות שביושר. הנאמן מחזיק בבעלות שבדין** והוא זה שרשום בטאבו, אך הוא מחזיק בנכס כנאמן עבור הנהנה, הוא הבעלים ע"פ הדין. **לנהנה, מנגד, יש בעלות שביושר** (הזכות הקניינית מצויה בידי אחר).

לפי פרשנות אחרת, אין זה מקובל. אין לראות בזכות הנהנה כמשהו קנייני, אלא אך כזיקה כלשהי לנכס. נאמנות היא זיקה לנכס. מנגד, ישנה השקפה, לפיה **הנאמנות היא יחס קנייני.**

בהצעת חוק דיני ממונות נקבעה הגדרה, לפיה הנאמן הוא הבעלים של הנכס ולא רק שלוח. אם כן, ניתן לראות כי **התגברה התפיסה הקניינית**. נאמנות אינה מוזכרת בחוק המקרקעין, אך מהווה זכות קניינית. דוג' לנאמנות - בעל מקרקעין מעוניין שהמקרקעין ישמשו כבית כנסת, ומפעיל נאמנות כלפי מישהו, על מנת שיעשה שימוש בקרקע כבית כנסת.

* עד לחקיקתו של חוק המקרקעין היו הרבה זכויות שביושר, ולכן התקבל ע"י המחוקק סעיף 161, שמבטל את זכויות היושר. נקבע כי זכות במקרקעין שלא מוכרת ע"י חקיקה איננה זכות קניין במקרקעין. **לאחר ביטול הזכות שביושר, עוגנה זכות הנאמנות כזכות קניינית בחוק הנאמנות.**

**מינהל מקרקעי ישראל -**

סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל (הגדרת 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". **ישנם שלושה מקורות של מקרקעין, שדי באחד מהם על מנת שהדבר יחשב כמקרקעי ישראל.** הרוב המכריע של המקרקעין בישראל הם מקרקעי ישראל – ישנה בעלות ציבורית במרבית המקרקעין בארץ, בבעלות אחד משלושת המקורות לעיל.

**קרקע פרטית** – קרקע שאדם יכול לרכוש באופן פרטי, ובעלות תירשם על שמו. זוהי קרקע בבעלות פרטית. מנגד, יש **קרקע מנהל** – מקרקעי ישראל, קרקע בבעלות המדינה. חוק יסוד מקרקעי ישראל הורה על הקמת מנהל ציבורי, לשם טיפול בקרקעות ישראל וכל הקרקעות שברשותו נקראו קרקע מינהל. מנהל מקרקעי ישראל הוא הגוף אשר מנהל את מקרקעי ישראל. המנהל הינה רשות מרשויות המדינה, אישיות משפטית אחת – הזרוע הביצועית המנהלת את במקרקעי ישראל.

הבעלים של מקרקעי ישראל מבחינה קניינית הם - מדינת ישראל, רשות הפיתוח או קק"ל.

1. מקרקעין בבעלות המדינה – מקרקעין שונים נמצאים בבעלות המדינה. סעיף 3 לחוק נכסי המדינה קבוע, כי מה שהיה בידי השלטון הבריטי עובר לרשות מדינת ישראל. בנוסף, נקבע שמקרקעין ללא בעלים הם גם נכסים של המדינה. לפי סעיף 4 לחוק, המדינה רשאית לרכוש מקרקעין שיהיו נכסיה 0 הפקעת שטחים. כל אלה הם מקרקעין שהן במישרין ברשות המדינה.
2. מקרקעין בבעלות רשות הפיתוח – זהו תאגיד ממשלתי שהוקם מכוח חוק, על כן מדובר באישיות משפטית נפרדת. לרשות הפיתוח סמכות הפקעה מסוימת, במסגרתה המקרקעין עוברים לבעלותו. רשמית הבעלות הינה של רשות הפיתוח, ולא של המדינה, אך המדינה היא זו ששולטת בפועל ברשות הפיתוח. לרשות הפיתוח מקרקעין שבבעלותה, **בעיקר מקרקעין של מפקדים** – בעל מקרקעין בישראל שנעדר במשך זמן רב מהארץ, מאז מלחמת השחרור ונמצא במדינה עוינת (הכוונה הינה בעיקר לערבים), נחשב כנפקד. המדינה מינתה אפוטרופוס על אותם קרקעות עזובות, ואות נכסים עוברים לאפוטרופוס, שהוא רשות הפיתוח.
3. מקרקעין של קק"ל – זהו תאגיד (לא ממשלתי) שהוקם ע"י העם היהודי בגולה, שתפקידו המוצהר הוא לרכוש מקרקעין בא"י להתיישבות יהודית. על אף שנוצרה במשפט הפרטי, תפקידיה של קק"ל הם תפקידם לאומיים, לטובת העם היהודי. אחת ממטרותיה העיקריות היא גאולת קרקעות (גיוס תרומות לטובת רכש קרקעות מידיים ערביות). מדובר בכסף שנאסף מתורמים, לשם אותה מטרה. המדינה מכרה כמיליון דונם לקק"ל, משום שקופת המדינה הייתה ריקה עקב מלחמת השחרור. **פ"ד קעדאן** – עסק במקרקעי ישראל, מקרקעין שבבעלות המדינה.

**מינהל מקרקעי ישראל מנהל את המקרקעין של כל שלושת המקורות לעיל, כולל המקרקעין של קק"ל** (מכוח האמנה – חוזה שנחתם בין קק"ל למדינת ישראל, לפיו מדינת ישראל, בעזרת המינהל, תנהל את כל המקרקעין שבבעלות הקק"ל, ובתמורה הפירות שנושאות קרקעות קק"ל מועברות לקק"ל ע"י המדינה).

הסעיף הראשון לחוק היסוד מורה על איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל. סעיף 2 – "סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק". הסעיף קובע כי **ישנם חריגים לסעיף 1 המנויים בחוק מקרקעי ישראל**, סעיף 2 (היתר העברת הבעלות).

**פ"ד דרור** – פ"ד בא בעקבות תיקונים שנעשו לחוק ב-2009, שהרחיבו מאוד את האפשרות להעביר בעלות במקרקעי ישראל לאנשים פרטיים, בעיקר סעיף 2(7). **ניתן להעביר כמות גדולה יותר של מקרקעין עירוניים.** העותרים – גופים סוציאליסטים. העתירה כנגד החוק נדחתה. ביהמ"ש קבע – הכמות וההוצאה של מקרקעין מבעלות המדינה מוגבלת למקרקעין עירוניים בלבד, הכמות עדין נמוכה (ביחס לכמות של מקרקעי ישראל). מדובר בחריג, אין פגיעה בכלל המופיע בסעיף 1 לחוק היסוד. קיומו של החריג לא פוגע בכלל, ועל כן אין מקום להתערב. למרות שלמעלה מ-90 אחוז משטח המדינה הם מקרקעין שבבעלות המדינה, ישנו תהליך, במסגרתו דירות עירוניות עוברות לבעלות ידיים פרטיות.

המשמעות המעשית של הכלל הקבוע בסעיף 1 לחוק היסוד –

**דירות מגורים** – המדינה ממשיכה להיות הבעלים. הקונה את הדירה חש כאילו הוא קונה דירה. אך מבחינה משפטית, אין הוא קונה דירה, אלא יש לו, לכל היותר, זכות שכירות. קונה הדירה ירשם **כחוכר** **– שכירות ארוכה (חכירה לדורות – מעל ל-20 שנה).** אם הקונה הוא שוכר, הרי שתקופת השכירות מוגבלת בזמן. בכמה זמן? **החוקים הסטנדרטים של מינהל מקרקעי ישראל קובעים שהשכירות מוגבלת ל-49 שנים, עם אופציה ל-49 שנים נוספות.**

עם תום תקופת השכירות (98 שנים), **הבעלים (מדינת ישראל או קק"ל) רשאי, מבחינה משפטית, לבקש את החזר המקרקעין.** מדינת ישראל וקק"ל הם הבעלים של כל המקרקעין, עם כל הבנוי עליהן. הכל מקווים שהזכות המשפטית לא תופעל בתום תקופת השכירות. המחוקק והגופים הביצועיים יצטרכו לפעול.

כשבונים מבנים חדשים על קרקע מינהל, מלכתחילה **מהוונים את דמי השכירות, כחלק ממחיר הדירה שהם רוכשים**. כשאדם קונה דירה מאזור פיתוח, הוא משלם דמי חכירה מהיונים (את כל דמי השכירות בתשלום אחד) וכך לא צריך לשלם דמי חכירה חודשיים. **כיום, מחיר הדירה כבר כולל את מחיר החכירה ולכן המחיר בין קרקע פרטית לבין קרקע מנהל אינו משמעותי.** אותו הדבר חל גם על דמי ההסכמה. **הדבר מעניק לרוכשים את הרושם, שההחזקה בדירות על קרקע מינהל לא תיפגע, הגם כשתסתיים תקופת החכירה, בתום 98 שנים.**

מה קורה בפרקטיקה?

בד"כ, מינהל מקרקעי ישראל מוציא שטחים לבנייה, מפרסמים מכרז, שקבלן מסוים או קבוצת רכישה זוכים בו. החברה הקבלנית או קבוצת הרכישה שזכו במכרז חותמת על חוזה על המינהל, **חוזה פיתוח**, במסגרתו היא מתחייבת לפתח את האזור ולבנות דירות מגורים. המינהל מחייב קבלנים לסיים את הבנייה תוך פרק זמן מסוים (כולל תמריצים על סיום מוקדם, או קנסות על סיום בניה מאוחר). החברה הקבלנית מוכרת את הזכויות בדירות, והקונה הראשון של הדירה עושה חוזה עם המינהל – **חוזה חכירה**, חוזה שכירות (המינהל משכיר ל-49 שנים).

יש דירות במקרקעין של המינהל שנרשמו בטאבו, וזכות החכירה של הדייר שגר שם גם כן רשומה כבר בטאבו. זכות זו ניתנת להעברה, אין צורך בשיתוף פעולה עם המינהל לשם מכירה זו. רוב המקרקעין שניבנו עליהן דירות מינהל, עדין לא רשומות בטאבו. על כן, מתנהל במקביל מרשם זכויות במינהל מקרקעי ישראל – דירה שטרם רשומה בטאבו, יש רישם המתנהל אצל מינהל מקרקעי ישראל. בספרי המינהל מוחקים את שמו של החוכר הראשון, ורושמים במקומו את החוכר השני.

מחד, המינהל הוא זרוע של הממשלה, הפועלת להוזלת מחירי הדירות. מאידך, מרכיב משמעותי מעלות הדירות היא עלות הקרקע, אותה המינהל יכול לרסן. זהו קונפליקט מובנה של הממשלה.

* **ספרי החברות המשכנות** – צמחו חלופות פרקטיות לרישם בטאבו (בשל הפרוצדורות). חברות גדולות, שזוכות מספר פעמים במכרזים של המינהל, מנהלות ספרי מרשם של זכויות מקרקעין.

הסיבות לתמיכה במקרקעין בבעלות ציבורית -

מנהל מקרקעי ישראל היא תופעה מיוחדת למדינת ישראל ביחס למדינות דמוקרטיות ומערביות אחרות, שם המדינה הינה הבעלים של מעט קרקעות. 93% מהמקרקעין בישראל מצויים בבעלות המדינה, בבעלות ציבורית. אומנם חלק גדול מהשטחים נמצא בנגב, באזורים לא מיושבים, אך גם במרכז הארץ יש מקרקעין השייכים למנהל מקרקעי ישראל. לפי סעיף 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל חל איסור על העברת קרקעות שבבעלות המדינה, בכל דרך שהיא, וכל שמותר להעביר הוא רק זכות קניינית הפחותה מבעלות (שכירות). מדובר בשכירות לדורות (שכירות מעל 5 שנים), או חכירה לדורות (שכירות מעל 25 שנים). **החוק מבוסס על השקפה, לפיה הרוב המכריע של המקרקעין בישראל צריך להיות בבעלות ציבורית, בעוד בעלות פרטית במקרקעין תהיה מועטה, תפיסה שמתאימה לגישה הקומוניסטית. כלומר, המטרה המקורית והעיקרית – גישה סוציאליסטית. לפי השיקולים הסוציאלים, בעלות פרטית במקרקעין תגרום לספסרות במקרקעין, להיווצרות קבוצה של בעלים הון שתחזיק במקרקעין.** על כן, הקרקע צריכה להיות בבעלות המדינה, ואז היא תחולק בשכירויות**. האתוס, ערב הקמת המדינה – אין רצון בקפיטליזם.**

**סיבות נוספות -**

1. מקרקעין כנכס בעל השלכות פוליטיות – **הגבלת מכירת שטחים לזרים**. מדינות רבות מתחבטות בשאלה, האם למכור קרקעות לזרים. קל יותר להגביל מכירת מקרקעין לזרים, כשהקרקעות הן בבעלות המדינה. גם במדינות דמוקרטיות נאורות יש הגבלת מכירת קרקעות לזרים. בחוזי החכירה של המינהל ישנו סעיף, לפיו החוכר מנוע מהעברת הקרקע למי שהוא איננו אזרח ישראל, בלא הסכמת המינהל)
2. מניעת ספסרות בקרקעות ופערי מעמדות.
3. נימוק דתי – דברי ההסבר לחוק היסוד נשענו על ציטוט מספר ויקרא, פרק כ"ה – "כלי כל הארץ", לפיו הארץ לא שייכת לבני אדם, אלא לאלוהים. על כן, אין להעניק לאנשים בעלות על הקרקעות במדינה.
4. מימוש פרויקטים יהודיים – הבעלות הציבורית מסייעת להגשמת פרויקטים של העם היהודי כמו קליטת עלייה. כשהבעלות היא ציבורית, ניתן לקלוט עלייה באופן מסיבי, ואפילו ניתן להפקיע קרקעות בשביל לקלוט עלייה.

על מנת להפקיע שטחים ולבנות במקומות מסוימים, לצרכים ציבוריים, אין צורך שהמדינה תחזיק בבעלות במקרקעין מסוימים, אלא **גם קרקע פרטית ניתנת להפקעה ע"י המדינה לצרכים ציבוריים**.

**פ"ד קעדאן** - בעשרות השנים שלאחר הקמת המדינה, ניצלו את הבעלות של המדינה במקרקעין לגבי יחסי ערבים-יהודים. המדינה היא בעלת מקרקעין, היא מקצה מקרקעין להתיישבות עירונית וחקלאית. עד פ"ד קעדאן המדינה הקצתה, כרצונה, שטחים המיועדים ליהודים בלבד (לרוב, כמו בפ"ד קעדאן, בעזרת הסוכנות היהודית). זהו הרקע לפ"ד קעדאן. הבעיה – מדובר במקרקעין שבבעלות המדינה, הכיצד המדינה רשאית לנהוג במקרקעין שבבעלותה? המדינה, או קק"ל הם גופים ציבוריים, אך מדובר בפעילות פרטית, לא ממשלתית – הקצאת שטחים. פעולת ההקצאה הינה פעולה של השוק הפרטי, המדינה מקצה מקרקעין שבבעלותה, באמצעות הסוכנות היהודית, ליהודים בלבד.

* **פ"ד המועצה המקומית כפר שמריהו** - המועצה האזורית כפר שמריהו לא הסכימה, משיקולים דתיים, להשכיר אולם שהיה בבעלותה לקהילה רפורמית. **נקבע שכשרשות ציבורית מבצעת פעילויות בתחום המשפט הפרטי, חלים עליה כללים שונים של המשפט הציבורי – היא מחויבת לנהוג בשוויון.**

פ"ד זה בחן את החוקתיות של פעילות המדינה, בכך שהקצתה, באמצעות הסוכנות היהודית, מקרקעין ליהודים בלבד. **עקרון השוויון, שעמד במרכזו של פ"ד קעדאן, מנוגד לעקרונות הקניין הקלאסיים.** הקניין הקלאסי פירושו, שניתן לעשות במקרקעין שבבעלותי כל שאני רוצה. הפעילות במשפט הפרטי לא כפופות לעקרונות השוויון והסבירות. בעל קניין קלאסי יכול למכור מקרקעין לכל אדם שירצה, וגם להחליט שלא למכור לאדם מסוים. **פעילות פרטית של גופים ציבוריים** – **על גופים ציבוריים, כמו במקרה קעדאן והמועצה המקומות כפר שמריהו, יחולו עליהם עקרונות המשפט הציבורי, כמו סבירות ושוויון.כאשר מדינת ישראל מעבירה מקרקעין לשימוש דירות מגורים שהן בתחום המשפט הפרטי, עדיין חל עליה עיקרון השוויון ולכן היא צריכה לבצע את הקצאת הקרקעות באופן שווה**

* **פ"ד און נ' הבורסה ליהלומים** משקף את המצב ההפוך – פעילות ציבורית של גוף פרטי. דוג' נוספת – פ"ד חברת קדישא. הפסיקה מחילה גם על גופים אלה עקרונות של המשפט הציבורי.

**פ"ד קעדאן החיל על הקצאת מקרקעין ע"י המדינה עקרונות של המשפט הציבורי, את ערך השוויון.** כיצד ניתן היה להימנע מהתוצאה של השופט ברק (ללא החלת עקרונות של המשפט הציבורי)? לפי דעת המיעוט, יש שיקולים ביטחוניים ביישוב ספר, המאפשר ייחוד מקרקעין ליהודים בלבד. בנוסף, ניתן היה להתחמק מתוצאות פסק הדין לפי הכלל של "נפרד אבל שווה" – ייחוד מקרקעין מסוימים לאוכ' ערבית. המקור – **פ"ד בראון**. ביהמ"ש האמריקאי הגיע למסקנה, לפיה הנפרד פוגע בשוויון, הוא מפלה, למרות שלנפרד מקצים משאבים מקבילים. בפ"ד קעדאן אין מדובר בסיטואציה דומה, אלא ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת – יכול להיות, שהפגיעה בערך השוויון נובעת מהקצאה אי-שוויונית של מקרקעין (השופט חשין).

כיום, הגישה המקובלת היא, שמגזרים של מיעוט שרוצים לגור יחד כקהילה סגורה, על מנת לשמר את קווי האופי המיוחד של המיעוט, ביהמ"ש מאפשר ויאפשר להקצות קרקע שבבעלות המדינה, שלא על בסיס שוויוני, גם לאחר פ"ד קעדאן. לדוג' – **הציבור החרדי**. הקצאה כזו תעבור בג"ץ, שכן מדובר במיעוט עם קווי אפיון מיוחדים. אולם, התיישבות שהיא אינה ביטחונית, התיישבות של רוב חילוני, למשל, שאין לו קווי אפיון ייחודיים, יהיה קשה להקים יישוב קהילתי, על בסיס חילוני, ולא לאפשר לאחרים לגור בו, שכן לא מדובר במיעוט ייחודי.

* ההקצאה האי-שוויונית **בפ"ד קעדאן** נעשתה ע"י הסוכנות היהודית, ולא במישרין ע"י המדינה. **ברק קבע שהמדינה לא יכולה לעשות זאת גם בעקיפין.**
* **מה עושים במקרקעי ישראל, שבבעלות קק"ל?** האם הייתה מתרחשת תוצאה דומה? יש טיעונים כבדי משקל לצד השני – קק"ל הינה חברה פרטית, פעילותה הינה לשם הקמת יישובים יהודיים. לפי השופט זמיר, הלכה דומה למקרה קעדאן תיפול גם בנוגע למקרקעין של קק"ל. על כן, קק"ל נמנעת מלהעמיד את מקרקעיה בפני מבחן משפטי לאור הלכת קעדאן. אי לכך, קק"ל מחליפה עם המדינה בעלות במקרקעין. הבעלות מועברת אל המדינה, ואילו קק"ל מקבלת קרקע אחרת, באזור אחר.
* **פ"ד קעדאן הכיר בדבר לא שוויוני בין הציבור היהודי לערבי** – **חוק השבות**. בחוק זה, ישנה הפליה בין הציבור היהודי לערבי. שאלה זו יורדת לשורש הזהות היהודית של מדינת ישראל. ההסבר – אף על פי שהחוק איננו שוויוני, אך מרגע שהאדם נכנס למדינה, השוויון חל כלפי כולם. יש חוקים מפלים, אך מכירים בהם, כחוקים הבסיסיים ביותר, השומרים על הזהות היהודית של מדינת ישראל. ניתן היה להגיע למסקנה, שהתכלית של חוק מקרקעי ישראל היא שנותנת מקום להתיישבות יהודית, זהו אופייה המרכזי של המדינה – יישום האתוס הציוני של בניית מולדת לעם היהודי בארץ ישראל.
* נראה כי הגישה הסוציאליסטית בנוגע לקרקעות המדינה איננה כה חזקה בימנו. הסיבה לייחודיות המצב בישראל, בהשוואה למדינות המערב, אינה טמונה כיום בשיקולים סוציאליסטים. אם כן, נראה כי התכלית המודרנית יותר של חוק מקרקעי ישראל בה לשימור הזהות היהודית של מדינת ישראלית. **גם אם נקבל את ערך השוויון, הרי שישנו רכיב יהודי** - ניתן היה שלא לאפשר לזוג הערבי שלא לגור במקום המדובר, ובלבד שיקצו שטחים לאוכ' הערבית – שימור האתוס הציוני.
* גם לאחר מתן פסק הדין, **עדיין ניתן לקבוע קריטריונים לכניסה ליישוב קהילתי. כך, ניתן להקצות קרקע לקבוצה הומוגנית שיש לה מכנה משותף מיוחד.** פסק הדין היטיב עם מגזרי המיעוט במדינה (ערבים וחרדים), שכן אם אנשי תת-הקבוצה מבקשים ישוב שיהיה פתוח רק להם, ביהמ"ש יתיר זאת. אך בישוב קציר, אליו ביקש קעאדן להצטרף, לא היה מאפיין ייחודי לחברי הקבוצה, הם פשוט לא רצו חברים ערביים ביישוב וביהמ"ש קבע כי **ככל שתופסים את הציבור ככזה שיכול לשמור על תרבותו / דתו, עת הוא מעורבב עם ציבורים אחרים והוא איננו מיעוט, לא תוקצה לו קרקע נפרדת**.

**הקניין כזכות חוקתית –**

בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצויה הגנה על הקניין. מדוע הגנה על זכות הקניין מצויה בחוקה? הגנה על הקניין נקשרת להגנה על הכבוד והחירות של האדם. כשאדם יודע שקניינו מוגן הוא מרגיש חופשי יותר להתבטא.

**פ"ד בנק המזרחי נ' מגדל** עסק בזכויות חוזיות טהורות, לא זכות קניין. הוא עסק בזכותם של נושים לקבל את כספם בחזרה. מדובר היה בהלוואות לא מובטחות – אם הבנקים היו מקבלים שיעבודים, הם היו נושים מובטחים (שיש להם משכון - זכות קניין בנכס המשועבד), איך זה לא היה המקרה בפסק הדין. במגזר החקלאי ההלוואה השכיחה הייתה הלוואה ללא בטחונות, ללא שיעבודים – אין זכות קניין לנושה. על כן, הלוואות אלו לא נכנסות להגדרה של "קניין" בחוקים קנייניים רגילים. זוהי זכות חיובית, ולא זכות קניינית. השאלה – האם יש להעניק למונח "קניין" בחוק היסוד פרשנות רחבה יותר מאשר המילה "קניין" בהקשרה במשפט הפרטי. **האם יש לכלול בתוך ההגנה על הקניין, במסגרת סעיף 3 לחוק היסוד, הגנה על זכויות חוזיות?** מה המשמעות של המילה "קניין" בהקשרה בחוק היסוד.

חוק גל, שנידון בפרשה, מחק חלק מהחובות של אנשי המגזר החקלאי למוסדות הפיננסים. היה מדובר בפגיעה בזכויות חוזיות של הבנקים. לפי המשפט הפרטי (דיני הקניין), בהלוואה רגילה טיב הזכות של המלווה כלפי הלווה היא זכות חוזית, אלא אם כן יש משכון ואז מדובר בזכות קניינית במשכון. **האם יש לפרש את המילה קניין בחוק היסוד כמכילה גם זכויות חוזיות?**

**הדעה המקובלת – "קניין" כולל גם זכויות חוזיות.** אולם, ניתן לראות נימוקים לכאן ולכאן בפסק הדין.

הנימוקים בעד מתן פרשנות רחבה (כולל זכויות חוזיות) –

* בעולם המודרני יותר ויותר נכסים הם מסוג הזכויות. כלומר, חלק גדל והולך של העושר של בני האדם מקורו בזכויות חוזיות (פוליסות ביטוח ופיקדונות בנק). על כן, **אם לא נפרש את ההגנה על הקניין המופיעה בסעיף 3 לחוק היסוד, כחלה גם על זכויות חוזיות, אנו עלולים להשאיר חלק נכבד מרכושו של האדם מחוץ להגנה החוקתית הזו.**
* מדוע יש לכלול את ההגנה על הקניין במסגרת החוקה? רבים סבורים, שהחוקה צריכה לכלול הגנה על זכויות יסוד, כמו חופש הביטוי והתנועה, אך לא על זכות הקניין. **דעת הרוב של ביהמ"ש קבעה כי ההגנה על הקניין בחוקה היא הגנה על חירותו של האדם.** רק אדם שיש לו הגנה חוקתית על נכסיו, הוא אדם בין חורין. זוהי הצדקה להכללת הקניין בחוקה – הגנה על הקניין בחוקה נועדה להגן על החירות של האדם. על כן, מתבקשת פרשנות רחבה, שתכלול גם זכויות חוזיות כחלק מההגנה על הקניין, משום שרק כך נשיג את מטרה ההגנה על הקניין – הגנה על חירותו של האדם.

נימוקים בעד צמצום ההגנה החוקתית על הקניין –

* **הנימוק העיקרי נגד הכללת זכויות חוזיות במסגרת הקניין** – יש חקיקה פיסקאלית רבה (חקיקה בענייני כספים). **אם ההגנה על הקניין בחוקה כוללת גם זכויות חוזיות, אזי שהדבר יקשה על המחוקק בבואו לשנות חוקים פיסקאליים שונים, שכן כל שינוי יהווה פגיעה בזכויות חוזיות** (יהא עליו לעמוד בתנאים של סעיף 8 לחוק היסוד). על כן, אין להרחיב את סעיף 3, שכן לא יהא צורך להעמיד במבחן כל וחוק לפי פסקת ההגבלה.
* **נימוק נגד הכללת הגנה על הקניין בחוקה** - ההגנה על הקניין הינה, למעשה, הגנה על בעלי ההון. רבים, בעיקר מהשמאל הסוציאליסטי, מתנגדים להכנסת הקניין לתוך חוק יסוד, כיוון וזה מגן על בעלי ההון (מי שיש להם) ולדידם יש להעביר מקורות ומשאבים לחלשים ולהגן עליהם, ולא על העשירים. הם סבורים, כי במסגרת ההגנה על הקניין, יש לכלול בחוקה רק קניין מינימאלי, כמו קורת גג. מדובר בעניין של השקפות עולם כלכליות-חברתיות. הכללת ההגנה על הקניין בחוקה פוגעת בחלוקה צודקת, צדק חלוקתי, מונע חלוקת רכוש הוגנת בחברה. לגישת המתנגדים, ההגנה תנציח את הפערים החברתיים.

ביהמ"ש החליט שהפגיעה בנושים מצד רשות ציבורית פוגעת בקניין. במקרה פסק הדין (שמיטת כספים חלקית של המגזר החקלאי), ביהמ"ש קבע שמדובר בפגיעה בקניין, אך הפגיעה עומדת במבחן סעיף 8.

**האם יש לפרש את המילה קניין בחוק היסוד כמכילה גם זכויות חוזיות?** מרבית השופטים סברו שכן, אבל רק בהקשר לקונטקסט של חוק היסוד – כלומר רק בחוק היסוד המילה קניין כוללת בתוכה גם זכויות חוזיות, לא בכל הקשר אחר. **בית המשפט החיל בעצם את החוק על נושים לא מובטחים (נושים ללא משכון).** המשמעות הינה כי בית המשפט העניק הלכה, שהרחיבה את הביטוי "קניין" רק לצורך סעיף 3 לחוק היסוד. כלומר, לא תהיה פרשנות דומה אם המילה קניין תופיע בחוקים של המשפט הפרטי. **בפסק דין זה, התקבלה ההשקפה, כי נוכח מרכזיות הזכויות החוזיות בעולם המודרני, יש לכלול זכות חוזית במילה "קניין" המצויה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.**

**מניעת שימוש מאחרים –**

ישנן מוסדות, שלמרות שהם מואגדים לפי המשפט הפרטי, הם פתוחים לציבור, ועל כן ישנה **דואליות נורמטיבית** – עשויים לחול עקרונות מהמשפט הפרטי והציבורי גם יחד. יש חדירה של עקרונות מהמשפט הציבור, ובראשם עקרון השוויון. בכל מקרי הביניים, של דואליות נורמטיבית, עקרון השוויון חודר. עקרון השוויון טרם חדר לחלוטין בהקשרים של משפט פרטי לגמרי.

הן דיני החוזים הקלאסיים (בשם חופש החוזים) והן דיני הקניין הקלאסיים (קניין אבסולוטי - לאדם יש שליטה בנכסים שבבעלותו, הוא רשאי לעשות בהם כרצונו) אפשרו הפלייה, פגיעה בעקרון השוויון.

**אחריות חברתית** – ביטוי המייצג נסיגה מהקניין הקלאסי, מתן אפשרות לביהמ"ש להגיע לתוצאות גמישות יותר. האחריות החברתית מטרתה לצמצם את הקניין - לבעל הקניין יש אחריות חברתית. האחריות החברתית מצמצמת את כוחו של בעל הקניין הקלאסי. זהו מעין תאום ל"תום הלב" החוזי.

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים –

הרכיב של מניעת כניסה מהזולת הינו רכיב מרכזי. **חוק איסור אפליה במוצרים בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים הוא חוק האוסר אפליה בנסיבות מסוימות.** התפיסה העומדת בבסיס החוק סוטה מתפיסת הקניין הקלאסי, ובאה לידי ביטוי **בפ"ד און נ' מפעלי בורסת היהלומים.**  ישנה התערבות בקניין, רק כלפי מי שמספק מוצר או שירות ציבורי. אולם, ישנם חריגים, אם יש הצדקה מסוימת, אין מדובר בהפליה לצורך החוק, לדוג' – סעיף 3ד' לחוק (חופי רצחה נפרדים לנשים ולגברים- לא הפליה, אם יש אלטרנטיבות).

**החוק מתערב בזכויות הקניין ומצמצם אותם.** בדיני החוזים - חוקים צרכניים שונים קובעים הוראות קוגנטיות, שלא ניתן להתנות עליהם – למשל, גם אם הצרכן הסכים לפגוע בזכות מסוימת שהחוק הקנה לו, ההסכמה נעדרת תוקף. ישנה שחיקה גדלה והולכת בעקרון החוזים. **העיקרון של אבסולוטיות הקניין (חופש מוחלטת של הבעלים בקניין) הוא המקבילה של חופש החוזים. הוא סובל גם כן משחיקה, דוגמת החוק לעיל.**

**בפ"ד און נ' מפעלי בורסת היהלומים** - משיקולים עסקיים, החליטה בורסת היהלומים למנוע כניסה של יהלומן שסירב לפסק בוררות בבורסה בבלגיה. לבקשת הבורסה הבלגית, כאמצעי לחץ, שללה הבורסה המקומית כניסה מאותו יהלומן לבניין הבורסה, דבר שפגע משמעותית באפשרות פרנסתו. בתביעתו לבית המשפט המחוזי, קבע בית המשפט כי מדובר בשטח פרטי ולכן אין בסמכותו להורות לבורסה להכניסו למקום. **האם רשאית בורסת היהלומים למנוע כניסה לשטחה?**

ביהמ"ש העליון קבע כי בורסת היהלומים היא גוף שמאוגד לפי עקרונות המשפט הפרטי, אבל היא גוף בעל היבטים ציבוריים (גוף דואלי). על גוף כזה יש להטיל, מלבד חובות מן המשפט הפרטי, גם חלק מכללי המשפט הציבורי. יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לקביעת מהותה של הבורסה. אם יקבע כי אופיו הציבורי של בניין הבורסה מתמצה בכך שהציבור הרחב נכנס ויוצא בו בחופשיות, די בכך כדי להחיל על המשיבה את החובה לנהוג עם המערער בשוויון. המשמעות הינה כי **כאשר גוף פרטי נותן שירות ציבורי-מהותי, הוא אינו רשאי למנוע כניסה של אדם, באופן שרירותי.**

**פ"ד אדם נ' עריית רעננה** – מדובר בעתירה נוכח החלטת עיריית רעננה לגבות תשלום בכניסה לפארק בשטחה ממי שאינו תושב העיר, שכן הפופולאריות שלו פגעה בהנאת התושבים והביאה לעלייה בעלויות ההחזקה. ישנו ניסיון לקרוא תיגר על כסף שנגבה לשם צמצום הכנסה, על בסיס הפליה. גובים כסף רק מכאלה שאינם תושבי אותה עיר. האם יש הצדקה להפליה? ביהמ"ש הכיר בעניין זה. נקבע כי אין מדובר בפגיעה בחופש התנועה. נקבע כי אין כאן מניעת כניסה, אלא רק חיוב בתשלום. **החיוב השונה (למי שאינם תושבי העיר) מוצדק ,שכן הפארק נבנה מכספי משלמי המיסים של העירייה**, ולכן נכון שמתושבי עיריית רעננה לא תיגבה עלות כניסה.

יש לציין, כי סעיף 3 לחוק קובע, שמי שמספק או נותן שירותי ציבורי אינו מורשה להפלות בין אנשים, אך הוא גם מפרט מספר מקרים שלא ייחשבו להפליה. לדוג' - כאשר הדבר מתחייב מאופי המוצר / השירות / המקום, כאשר הדבר נעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של קבוצה ספציפית, כאשר אי-הפרדה מגדרית תמנע מחלק מהציבור את הספקת המוצר / השירות / הכניסה למקום ועוד.

* **טענת קניין הציבור** – העותרים טענו כי לא ניתן לפגוע בקניין הציבור. האם קיים מושג שכזה? לא. מבחינת דיני הקניין, **הפארק, איננו קניין הציבור, אלא מדובר בקניין לטובת הציבור.** כל מקום ציבורי רשום על שם אישיות משפטית מסוימת (לא רק בני אדם פרטיים, אלא גם תאגידים - מועצה מקומית, קק"ל). העירייה/מדינה מהווים אישיות משפטית. המקרקעין אינם קניין הציבור, הציבור איננו אישיות משפטית. **לציבור אין אישיות משפטית, ועל כן אין לו קניין.**

**הפקעות לצורכי ציבור –**

בכל מדינה דמוקרטית ישנם חוקים שעוסקים בהפקעות. גם המדינה הדמוקרטית ביותר מבינה ומכירה בפגיעה מסוימת בקניין הפרט. לעיתים ניתן למלא אחר צורכי הציבור רק באזור מסוים, ועל כן יש להפקיע קרקע פרטי – להעביר את הבעלות לגורם הציבורי (עקרונית, תמורת פיצוי. לפי החוקה האמריקאית, למשל, לא ניתן להפקיע קרקע פרטית ללא פיצוי פרטי).

ההפקעה מושתת על חוק. **החוקים המרכזיים** – פקודת ההפקעות (רכישה לצורכי ציבור), סעיפים מחוק התכנון והבנייה וחוקים ספציפיים לצרכים חיוניים שונים. החקיקה והפסיקה מגדירים מהם מטרות ציבוריות. מטרות ציבוריות קלאסיות – חינוך (בתי ספר, גנים), הקמת דירות מגורים בהקשרים שונים – עלייה מאסיבית, למשל. המדינה יכולה לרכוש קרקע פרטית בעזרת מו"מ. **זכות ההפקעה של המדינה צריכה למלא אחר כלל המבחנים המהותיים של החוק הנוגע בדבר, לבד מהתנאים הפרוצדורליים.**

מדוע אנו נזקקים להפקעה, שהיא התערבות לא רצונית ולא קניה מרצון?

* שמירה על כספי ציבור - יש סיכון שבעלי המגרש יעלו את המחיר ויש אינטרס לשמור על כספי הציבור. לכן, נתנו בידי רשויות השלטון כוח של הפקעה.
* מניעת עיכוב – פעמים רבות קיימת בעיה להגיע להסכמה בדבר המחיר עבור הנכס שכן קיימים מספר רב של בעלים. על מנת למנוע עיכוב מיותר של זמן, ניתנת למדינה היכולת להפקיע קרקעות.
* קידום מטרות שונות ע"י המדינה – כאשר מדובר בפרויקטים אזרחיים (בניגוד לצבאיים), בעלי קרקע יכולים להגיד שהם רוצים להיות היזמים של הפרויקטים. מקרה כזה נידון בפס"ד קרסיק, עת מטרת ההפקעה הייתה הקמת דירות מגורים.

בפסקי הדין נבחן את ההשלכה של חוק היסוד (סעיף 3 – הגנה על הקניין) על דיני ההפקעות. בנוסף, נבחן את מושג האחריות החברתית, שמקורו בדיני הפקעות. בכל פסקי הדין מדובר בסכסוכים בין הפרט לרשות שלטוניות – מקום בו ניתן לבחון את ההשפעה של חוק היסוד (עוסק ביחסי הפרט והרשות). **להגנה על הקניין יש השלכה ביחסים שבין הפרט לרשות שלטונית.**

**בנושא ההפקעות מתעוררת השאלה – מה ההשפעה של סעיף 3 לחוק היסוד על דיני ההפקעות? האם ההגנה החוקתית על הקניין משנה את איזון האינטרסים מהפסיקה הקודמת? האם יש נטייה להגן יותר על רכושו של הפרט (לאשר פחות הפקעות, או דרישת פיצוי יותר אפקטיבי/קרוב לשווי השוק)?**

ההגנה המקסימלית על קניין הפרט תהיה כאשר יינתן פיצוי מלא, בשווי השוק, על כל הפקעה. אולם, הסדר זה לא קיים בישראל. **ישנה חקיקה ישנה, מלפני חוק היסוד, המתירה הפקעה של עד 40 אחוז מחלקת מקרקעין, ללא מתן פיצוי.** זהו סעיף חוק שהתקבל בטרם קבלת חוק היסוד (הכולל סעיף של שמירת דינים), ועל כן הוא בתוקף גם בימנו.

**מהי ההצדקה לקביעה שעד לשיעור של 40 אחוז מחלקת המקרקעין ניתן להפקיע ללא פיצוי?** בתחילה, ההצדקה הייתה, שאם מפקיעים למישהו 40 אחוז, יש עליית ערך ב-60 אחוז הנותרים (מפקיעים למטרה ציבורית, מקימים משהו שמשביח את המקרקעין). זהו נימוק שלרוב אין לו רגליים, זהו הסבר קלוש, חסר כל ביסוס עובדתי, שכן לעיתים הפקעה של 40 אחוז לא משביחה את יתר החלקה.

**בפ"ד קרן תורה**, השופט דנצינגר (דעת מיעוט), איגד חלק מהנימוקים העומדים מאחורי ההלכה האמורה – מס רכוש בשיעור קבוע, מס שמטילים על בעל מקרקעין בשל ההנאה שהוא יפיק מהמקרקעין, עקב המטרה הציבורית, עקב ההשבחה והפיתוח. מדוע מטילים מס לשם התועלת הציבורית על אדם מסוים? השופט מגיע ל-"**אחריות חברתית**". ההסבר המודרני לסעיף החקיקה הדרקוני שלעיל - יש אחריות חברתית של בעל הקניין במקרקעין שלו, שישמשו לא רק אותו, אלא את כלל הציבור, עליו לתרום לציבור. ישנה גישה מעין סוציאליסטית, גישה שהולכת לכוון "ודל תעדר בליבו" – פסיקה לכוון החלש, גם במחיר של סטייה מעקרונות קלאסיים. לאור האחריות החברתית, הפרט מחויב להבין, כי ניתן להפקיע את הקרקע שלו לצורכי החברה.

**פ"ד הולצמן** – הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בחיפה הפקיעה שתי חלקות. מאחת הופקעו רק שליש מהשטח ולא ניתן פיצוי שכן בסמכות המדינה להפקיע עד 40% מנכס ללא פיצוי ואחרת הופקעה בשלמותה וניתן פיצוי בשווי 60% מהחלקה.

לפי פקודת הקרקעות, למדינה יש סמכות להפקיע עד 40% מנכס ללא פיצוי. ההסבר שניתן לכך היה שפיתוח האזור יגרום לכך ש-60% הנותרים יעלו בערכם, כך ששווי החלקה יעלה בחזרה למה שהיה שווי החלקה בכללותה. **ההלכה הקודמת, לפני הולצמן, עם עובדות כמו פ"ד זה הייתה שמעניקים פיצוי של 60 אחוז בלבד, כאשר ישנה הפקעה מלאה של השטח**. זוהי הלכה שפגעה בפרט לטובת הציבור. הלכה זו שונתה בדיני הפקעות, בעקבות חוק היסוד. **לאור חוק היסוד וההגנה החוקתית על הקניין, נקבע כי יש לגרום לקביעת נקודת איזון שונה בין שני האינטרסים** - ההגנה על קניין הפרט והאינטרס הציבורי.

אמנם ישנה שמירת דינים, אך חוק היסוד בהחלט מאפשר לפרש חוקים בצורה חדשה, בהתאם לחוק היסוד. כלומר, גם חוקים ישנים, שלא משנים אותם, יפורשו באופן שונה, לאור חוק היסוד. נקבעה נקודת איזון שונה, בוטלה ההלכה הקודמת. **הלכת הולצמן -** **נקבע כי אם מפקיעים 100 אחוז ממקרקעין, יש לפצות בשיעור של 100 אחוז, ולא 60 אחוז.** השופט ברק עשה שימוש לראשונה ביטוי אחריות חברתית. אולם, ההשלכה של הביטוי מאוד מצומצמת – **האחריות החברתית שיש לכל אחד גורמת לכך שניתן להפקיע קרקע פרטית לצורכי ציבור, אך לא ניתן להפקיע ללא פיצוי הולם.**

נקבע כי אם הופקעה במלואה, אין לפצות רק על 60% מהנכס, שכן לא נותרה לבעלים קרקע שתוכל להשתבח ולפצותו. **הסמכות להפחית פיצויים בגין הפקעת קרקע לצורכי ציבור אינה חלה כשמגרש מופקע בשלמותו.** לפיכך, **אם מפקיעים את כל החלקה, יש להעניק פיצוי בגובה הערך של כל הקרקע.** י

בנוסף, נקבע כי פיצויים בשיעור הנופל מערך המקרקעין שהופקעו, מוצדק רק אם עקב ההפקעה עולה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים או שהם זוכים בהנאת שוות ערך אחרת. **הנוהג שהשתרש של הפחתת הפיצויים מבלי לבחון את השפעת ההפקעה על ערך השטח הנותר או על הנאת הבעלים פוגע בשוויון ובזכות הקניין במידה העולה על הנדרש. אם כן, הפחתת הפיצוי על הפקעה צריכה להיעשות רק כאשר אכן צפויה עלייה בשיעור זהה בערך הקרקע.**

**פ"ד קרסיק** - ביהמ"ש הוביל להגבלות שונות על אפשרות ההפקעה. הפקיעו קרקע בשנות ה-50, לצרכים צבאיים. כשהצבא העביר את שטח המטווחים לאזור אחר, המטרה המקורית כבר לא מתקיימת. המדינה רצתה לשמר את ההפקעה למטרה ציבורית שונה – לבנייה מסיבית של דירות, בשל גלי העלייה. קרסיק, מנגד, טען שהמדינה יכולה לפגוע בזכות קניין של יחיד רק למטרה ציבורית שלשמה הופקעה הקרקע ודרש את הקרקע בחזרה, או לכל הפחות פיצוי. **האם רשות המפקיעה קרקע למטרה ציבורית מסוימת רשאית, עם חלוף המטרה המקורית, לעשות שימוש בקרקע למטרה אחרת, בין ציבורית ובין שאינה ציבורית?**

ביהמ"ש מעניק משקל לקניין הפרט, וקובע כי **ההפקעה תאושר רק כאשר היא נדרשת, כשיש צורך להפקיע לקיומה של המטרה**. ההישענות על ההגנה החוקתית על הקניין מוליכה לפירוש דווקני של צורכי המטרה. יש לצמצם את כלל אפשרויות ההפקעה. **ההפקעה תאושר, רק כאשר הרשות מוכרחה להפקיע את הבעלות לצורך מימוש המטרה (לא ניתן לממש את המטרה ע"י בעלות פרטית / זכות נמוכה יותר).**

סמכות מנהלית להפקעה היא **תלוית מטרה,** ואם חדלה המטרה, יש להשיב את המקרקעין לבעלות הפרט או לפצותו. הקביעה בדבר צמידות המטרה להפקעה, לא באה מדיני ההפקעה אלא מחיזוק שקיבלה זכות הקניין בחוקי היסוד. גם בפסק דין זה יש כדי להגן בצורה נחרצת יותר על זכויות הפרט.

**השופט חשין** רצה לנסח את אותה התוצאה בצורה אחרת. חשין רצה ליצור מוסד אחר, על מנת להגיע לאותה התוצאה (ההפקעה אינה צודקת). המושג החדש שיצר השופט חשין בדעת מיעוט (מושג עמום) – **זיקה**. לגישת חשין, יש עדין זיקה מסוימת של בעלי הקרקע לקרקע שהופקעה מימנו. ישנה דעה, שהזיקה הינה היבט קנייני. לפי חשין, גם כשמפקיעים ממישהו מקרקעי, יש לו זיקה נמשכת אל המקרקעין, אשר גורמת לכך שאם בטלה המטרה המקורית של ההפקעה, הזיקה מתחזקת והופכת לבעלות רגילה במקרקעין. יתר השופטים טענו כי מושג זה מתחום המשפט הפרטי מיותר. **המשפט הציבורי קובע, שרשות ציבורית רשאית להפקיע קרקע פרטית, אך מטרת ההפקעה משתנה, ישנה חובה על הרשות הציבורית להחזיר בחזרה את המקרקעין לבעלים המקורי.**

**פ"ד הורביץ'** – סעיף 200 הינו חריג לסעיף 197 (לפיו, יש להעניק פיצויים על ירידת ערך, ללא הפקעה – שינוי תוכנית מתאר, למשל, המשפיעה על מקרקעין סומכים וגובלים, כמו העברת כביש ראשי ליד דירה פרטית). ישנה רשימה ארוכה של חריגים בסעיף 200 (מתי אין חובת פיצוי, על אף האמור בסעיף 197). בענייננו, החריג הרלוונטי הוא סעיף 2 – הפגיעה במקרקעין "אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין" וכאשר "אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". **השאלה המרכזית בפ"ד – מהי פגיעה סבירה?**

בפ"ד זה ניתן לראות אבחנה בין שופטים שמרניים ,שנוטים לכוון הקניין הקלאסי, לשופטים הנוטים לכוון האחריות החברתית. **השופטים שתומכים בגישת הקניין הקלאסי**, לפי יש להעניק הגנה רחבה על הקניין הקלאסי (שליטה מלאה של אדם במקרקעין שבבעלותו) מפרשים שפגיעה סבירה צריכה להיות מינימלית. השופט טירקל, המייצג זרם זה, היה מוכן לירידה של 2-3 אחוזים מערך הקרקע. לגישתו, פגיעה כדי 10 אחוז מערך הקרקע אינה סבירה. כל פגיעה, מעבר לאחוזים בודדים, מהווה פגיעה לא סבירה.

**השופט אור, מאידך, מרחיב יותר לעניין האחריות החברתית**. המיוחד באחריות החברתית – אין מדובר בדבר חיצוני. מדובר אמנם באינטרס הציבור, אך לא משהו חיצוני המולבש על דיני הקניין. האחריות החברתית היא משהו שבתוך הגדרת הקניין. פסק דינו של השופט אור קובע חידוש בדיני הקניין - אחריות חברתית. גם אם הרכוש אינו פתוח לציבור, **יש לבעל הקניין אחריות חברתית.** עבור אינטרסים חברתיים חשובים, אפשר לפגוע גם בזכות קניין ואין זה הגיוני שכל פגיעה העולה על זוטי דברים תיחשב כבלתי סבירה**. במסגרת עריכת האיזון בין זכות הקניין לאינטרס הכלל יש להתחשב בגודל הירידה בערך המקרקעין הנפגעים, במידת פיזור הנזק ובחיוניות האינטרס הציבורי הגלום בתוכנית.**

ההבדל בין שופטי הרוב למיעוט הסתכם בפער ביחס לאחוז מגודל הנכס שניתן לפגוע בו ללא מתן פיצוי. **השופטים שהיו מעוניינים לשמור על הקניין במובנו הקלאסי**, הסכימו לפגיעה נמוכה בלבד בקניין, **בעוד שופטים שמעדיפים את ערך הקניין כאחריות חברתית**, התירו גם פגיעה באחוזים גבוהים יותר, לצרכים חברתיים. השופט אור העמיד רף של 11% (כפי שהיה בתיק) כפגיעה סבירה, בעוד השופט חשין, בדעת יחיד טען כי מדובר בפגיעה לא סבירה. על אף הוויכוח התיאורטי, קבע השופט אור כי מן הצדק לשלם למשיבה פיצויים, משום שעקב התנהגות שלא כדין של רשויות התכנון, נפגעו זכויותיה של המשיבה ע"י התוכנית.

אחריות חברתית קיימת במקרקעין בלבד ולא בסוגי נכסים אחרים שכן היא יוצרת השלכה על פרטים אחרים והחברה כולה. היא מצמצמת את מרחב התנועה של פרטים ומטילה עליהם צורך להישמר מפני פגיעה במקרקעין של אחר. כמו כן, מקרקעין הוא משאב מוגבל. לפיכך, פרט נדרש לעיתים להקצות משטחו למען החברה – בין אם לצורכי מעבר, שינוי ייעוד קרקע או הפקעה. ישנן **שתי גישות כלפי אחריות חברתית** –

1. האחריות החברתית חיצונית לזכות הקניין – **גישת הקניין הקלאסי / האבסולוטי** (השקפת עולם קפיטליסטית) – לאדם יש זכות לעשות כל דבר בקניין שבבעלותו. אולם, ישנם צרכים חברתיים, שבגינם מותרת הפקעה של מקרקעין פרטיים. לפי גישה זו, האחריות החברתית היא חיצונית לזכות לקניין (השופט דנציגר) – זכות הקניין היא זכות שמעמדה עלה בין היתר נוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד. היא אומנם מובילה לצורך באחריות חברתית, כמו לא לגרום למטרדים, או אף הפקעת חלק מקרקע, אך אלו איזונים שיש לערוך מול הזכות לקניין, ולא שיקולים בתוכה.
2. האחריות החברתית כלולה בזכות לקניין - (ארבל, אור, ברק) נטען כי **האחריות החברתית** (השקפת עולם סוציאליסטית) הינה חלק מהגדרת הקניין. **הקניין איננו רק שליטה של אדם במקרקעין שלו, אלא הקניין מתקשר גם לאחריות חברתי** – הנכס הפרטי נדרש לעיתים לצורכי החברה. יחד עם הזכויות בהן מחזיק בעל קניין במקרקעין, כלולה גם חובה של אחריות חברתית שיכולה להביא לשינוי הייעוד של הקרקע או אף להפקעתה בשל צרכי הכלל. הפרט צריך לדעת, שהבעלות אינה מקנה רק זכויות, אלא יש לו גם חובות כלפי החברה. הצדק החלוקתי מוכנס פנימה אל דיני הקניין. יש יותר הצדקה לצמצום קניין הפרט, שכן האחריות החברתית הינה מתוך דיני הקניין.

**האחריות החברתית נכנסת לדיני הקניין, גם דיני הקניין עצמם צריכים להתחשב בצורכי החברה. האחריות החברתית הינה חלק מדיני הקניין, חלק פנימי (ולא חיצוני), ועל כן יש יותר הצדקה לנק' איזון, ההולכת יותר ויותר לצורכי החברה. הפרט אחראי, כבעל מקרקעין, כלפי הציבור. ההגנה החוקתית על השוויון בחוק היסוד הביאה לשינוי נקודת האיזון ובפסקי הדין שנכתבו לאחריו, נטען כי שווי המשקל צריך לנטות יותר כלפי הגנה על הקניין.**

**פ"ד קרן תורה** – השופט דנצינגר ייצג את הדעה, לפיה האחריות החברתית הינה חיצונית לזכות הקניין. שופטי הרוב, מנגד, ייצגו את העמדה, לפיה האחריות החברתית כחלק מדיני הקניין. המערערת החליטה להפקיע שטח של 1,000 מ"ר מחלקה של המשיבה בשטח של כ-2,500 מ"ר, ללא פיצוי. בשל ההפקעה נוצר שטח של כ-320 מ"ר שלא ניתן לנצלו באופן אפקטיבי. שמאי שהוסכם ע"י הצדדים קבע כי בשל הפגיעה בצורת המגרש, יש לפצות את המשיבה בסכום של 66,591$ וכי ניתן להשתמש ביתרת החלקה באופן סביר. בית המשפט קבע כי לא הוכח שההפקעה מונעת ניצול סביר של יתרת החלקה, אך כי היא גרמה לפגיעה משמעותית ביתרת החלקה, המצטרפת להפקעה בשיעור של 40% מהשטח ללא תשלום פיצוי, מה שיוצר **פגיעה בלתי מידתית בבעל הקרקע ומצדיקה ביטול ההפקעה או הפקעת החלקה בשלמותה תמורת תשלום מלא למשיבה**. **מה כוונת הביטוי "יפחת שוויה" בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבנייה, הקובע כי לא יופקע חלק ממגרש, כאשר הפקעה זו גורמת להפחתת שוויה של יתרת המגרש?**

דעת הרוב קבעה, כי רק כאשר הפקעה מביאה למצב בו לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע, תחויב הרשות להפקיע את מלוא הקרקע או לא להפקיעה כלל. לפי דעת המיעוט (דנציגר), בכל מצב בו הפקעה חלקית מביאה לירידה ביתרת חלקו של המגרש, על הרשות להפקיע את מלוא השטח או לא להפקיעו כלל.

**פומביות הקניין –**

משמעות הרישום בפנקסי המקרקעין **-**

**סעיף 6 – עסקה במקרקעין** - "עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה" – **עסקה במקרקעין היא הקניה רצונית של זכות במקרקעין ממעביר לנעבר. סעיף זה הוא בגדר הוראה נורמטיבית בלבד**. הסעיף עוסק בהקניית זכויות קנייניות בלבד!

בדיני הירושה ישנם שני מושגים ראשיים - **ירושה ע"פ דין** (אדם נפטר ולא הותיר צוואה) **וירושה ע"פ צוואה**. **ירושה ע"פ דין**, מתקיימת כאשר אדם נפטר ולא הותיר צוואה - במקרה שכזה, חוק הירושה עוסק בשאלה כיצד נכסי המת מתחלקים לאחר מותו. הדין עוסק בחלוקת נכסיו אחרי מותו. מנגד, **ירושה ע"פ צוואה** (במקרה שיש) - הנכסים מתחלקים ע"פ הצוואה, ולא ע"פ הדן המקובל. ירושה ע"פ צוואה משקפת את רצון המקנה, אך היא אינה נחשבת כעסקת מקרקעין ולכן לא חל עליה ס' 7. ס' 7 קובע שעסקה במקרקעין טעונה רישום, אזי שהורשה, בין אם ע"פ דין או צוואה, אינה טעונה רישום. ההשלכה לכך היא **שליורש יש זכות קניינית במקרקעין, גם אם לא נרשם.**

**סעיף 7 – גמר העסקה** (הסעיף המרכזי): (א) "עסקה במקרקעין טעונה רישום". רישום מוגדר בסעיף 1 לחוק המקרקעין כרישום בפנקסי המקרקעין. (ב) "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" – אם העסקה לא הסתיימה ברישום, לא הושלם השלב הקנייני שלה, אך רואים בה חוזה (לנעבר יש זכות חוזית לקבל את הבעלות במקרקעין, אך לא זכות קניינית).

דוג' – עסקת מכר בה עוברת הבעלות. נניח יש עסקה בין א' (מוכר) לב' (קונה) - כל עוד לא מתקיים רישום לפי ס' 7, הזכות של ב' היא זכות חוזית/חיובית, אך לא קניינית. "רישום" - ע"פ סעיף 1, מדובר ברישום בפנקסי המקרקעין, המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו.

**סעיף 8 – צורתה של התחייבות** - "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב" – התחייבות להעביר בעלות, להשכיר, לתת משכנתא, להקנות זיקת הנאה או להעביר זכות קדימה היא עסקה במקרקעין, ולפיכך דרוש לשם ההתחייבות מסמך כתוב. כלל זה חל גם על זכויות קניין אחרות במקרקעין. לדוג' - נאמנות.

* ס' 33 לחוק המכר - הבעלות במיטלטלין עוברת כאשר נמסר הממכר לקונה או בכל דרך אחרת שסוכמה. כלומר, הצדדים רשאים להסכים מתי מתרחש השלב הקנייני. במקרקעין המחוקק מכתיב הוראה קוגנטית וקובע שההעברה הקניינית חלה רק לאחר המרשם.
* ס' 5 לחוק המתנה - המתחייב יכול לחזור בו כל עוד לא רשם נותן המתנה את המקרקעין בטאבו.
בעסקת מתנה, המתנה לא נשלמת עד שלא נרשמה בטאבו והיא נחשבת עד אז להתחייבות חוזית.

**הס' העיקרי המבחין בין חיוב לקניין הוא ס' 7 -** כל עסקה שבה א' מעביר לב' בעלות, משכנתה שכירות וכו' טעונה רישום. בעסקה שלא נרשמה - לא מועבר קניין. כלומר, כאשר יש עסקה בין א' (מוכר) לב' (קונה), כל עוד לא מתקיים רישום ע"פ ס' 7, **הזכות של ב' היא חוזית או חיובית, אך לא קניינית.** – רישום הוא רישום בפנקסי המקרקעין ע"פ ס' 1 לחוק המקרקעין, קרי טאבו. אם א' הוא בעלים רשום, כל עוד הוא אינו מעביר את המקרקעין בפנקסי הרישום לב', למעשה הקניין עדיין אצל א'. לב' יש זכות חוזית. אם א' בעצמו לא רשום כבעלי המקרקעין בפנקסי הרישום, הוא לא יכול להעביר זכויות קנייניות לב'.

אם א' מפר את החוזה ולא מוסר חזקה במקרקעין ל-ב', עומדות בפני ב' כל **התרופות החוזיות (ובהן אכיפה**). אולם, רק כאשר יחידת המקרקעין תירשם בטאבו על שמו של ב', תהיה לו זכות קניינית במקרקעין. בין השלב החוזי לשלב הקנייני יש, כאמור, פער זמן שעשוי להימשך לעיתים אף מספר חודשים או שנים. **עד להעברה בטאבו, לקונה אין זכות קניינית בנכס, אלא רק זכות חוזית.** אם כן, **בעוד במיטלטלין וזכויות, השלב הקנייני יכול לקרות בו-זמנית עם השלב החוזי, במקרקעין, השלב הקנייני בא לאחר השלב החוזי והוא מתקיים רק עם הרישום בפנקסי המקרקעין.**

בכל עסקת מקרקעין יש **שני שלבים - השלב החוזי והשלב הקנייני**.

1. **השלב החוזי** – כאשר יש חוזה מחייב בין א' לב', שתקף ע"פ דיני החוזים.
2. **השלב הקנייני** - אם מוכרים **מיטלטל או זכות חוזית**, יש לבדוק האם עבר הקניין בין א' לב'. בנכסים אחרים, מועד העברת הבעלות, ע"פ ס' 33 לחוק המכר, הינו במועד שהצדדים מסכימים עליו, ואם לא הוסכם, בברירת מחדל היא ההסדר הקבוע בחוק. כלומר, מדובר ב**פרשנות** - בחוזה להעברת מיטלטלין או זכויות – יודעים אם התקיים השלב הקנייני, בהתאם למה שמופיע בפרטי החוזה – בוחנים מה הייתה כוונת הצדדים, מה החוזה קובע לגבי מועד העברת הקניין. אם הצדדים לא קבעו בחוזה מועד להעברת הקניין, **ס' 33 קובע חזקה כי הצדדים העבירו במועד חתימת החוזה**. ביחס למיטלטלין וזכויות, ייתכן כי יעבור זמן בין השלב החוזי לקנייני, אך אין זה מחייב, והם יכולים להתרחש בו זמנית.

**במקרקעין**, השלבים לא יכולים להתרחש בו זמנית, גם אם זוהי כוונת הצדדים. במקרקעין יש סעיף קוגנטי, בלתי ניתן לשינוי, לפיו **השלב החוזי והקנייני לא יכולים להתקיים בו זמנית - סעיף 7ב - עסקה במקרקעין מחייבת רישום.** אין חופש חוזים לגבי מועד העברת הבעלות במקרקעין. הבעלות עוברת רק כאשר היא רשומה על שם הקונה. כלומר, גם אם הצדדים מנסחים את החוזה, בצורה שברור שכוונתם להעביר מידית, עם כריתת החוזה, את הבעלות במקרקעין, השלב הקנייני מסתיים רק עם הרישום. מתקיים פער של זמן (הכי מהר זה חודש-חודשיים), עד שאפשר לרשום את העסקה על שם הקונה. עסקאות במקרקעין משלמים בשלבים. אף מוכר לא יסכים להעביר את הנכס על שם הקונה, לפני שיקבל את מלוא המחיר. מה קורה בשלב הקנייני? הולכים לטאבו עם מסמכים מפורטים ע"פ תקנות המקרקעין. מועד ההעברה בטאבו הוא ההזדמנות של רשויות המס לגבות מיסים על המקרקעין. גם את התשלום מסדירים עד הרישום. עד להעברה, לקונה זכות חוזית ולא קניינית.

לעומת זאת **בפ"ד ליפקין** - המוכר העביר על שם הקונה את המקרקעין, לפני שקיבל את 100% המחיר. לרוב, מוכר יזהר ולא יעביר את הנכס במקרה שכזה. את כל התהליך של אישורי המס השונים, קבלת הכסף וכו' לא ניתן להשלים, ולא ניתן להעביר את הקרקע במידית לקונה ולרשום אותה על שמו. לכן, ע"פ סעיף 7ב' לחוק המקרקעין - כל אותה תקופה, לקונה יש זכות חיובית בלבד, כי המרשם טרם עבר על שמו.

בין אישה פרטית לחברת דור הזהב נכרת חוזה למכירת נכס מקרקעין. לאחר שהנכס כבר הועבר ונרשם בלשכת רישום המקרקעין על שם החברה ומשכנתא נרשמה לטובת האישה, החברה הפרה את החוזה. האישה תבעה את השבת הנכס. **האם קיימת זכאות להשבת נכס, נוכח הפרת חוזה, לאחר שהתבצע רישום במקרקעין?** האם ניתן להשיב בעין נכס שנמכר ונרשם בעקבות הפרת חוזה של הקונה? ביהמ"ש קבע כי זכות ההשבה עקב ביטול חוזה מצריכה שינוי המרשם, על אף תקינותו, והינה אפשרית אף שהרישום התבצע. השופטת נתניהו קבעה כי **השבה בעין אפשרית ואינה פוגעת בעקרון סופיות המרשם**. לדעתה, לא נכון לומר שס' 125 אינו מאפשר השבה בעין, וזאת מכיוון שזכות ההשבה נובעת מדברים שאירעו לאחר הרישום, שבעת שנעשה היה נכון ותקין. ישנו צורך בשינוי המרשם, לא משום שהוא אינו נכון ואינו משקף את המציאות, אלא משום שקרה משהו מאוחר יותר, המצריך את השינוי. לסיכום, קובעת הש' נתניהו, כי **זכות ההשבה שבחוק החוזים (תרופות) יכולה להתקיים גם לגבי עסקה במקרקעין שנסתיימה ברישום.**

**זוהי התערבות בחופש החוזים.** ס' 7(ב) סוטה מעקרון חופש החוזים – כיוון שגם אם צדדים נקטו בחוזה לשון קניינית – עד שהם לא יירשמו – תהיה להם רק זכות חוזית. **מהו, אם כן, הנימוק לכך?** ההשקפה בדיני חוזים היא, שתוכנו של חוזה הוא ככל שהסכימו הצדדים - אם הצדדים הסכימו ביניהם להעביר במידית את הבעלות, למה לא לאפשר זאת? **יש סטייה מחופש החוזים בחוקים צרכניים** - זאת משום שגם אם החוזה מדבר בלשון קניינית (ריאלית), מתערב המחוקק וקובע כי הבעלות במקרקעין אינה עוברת לפני שינוי במרשם לשמו של הקונה. לדוג' - אם הצדדים קובעים בחוזה כי הזכות הקניינית במקרקעין תעבור במועד מוקדם מן הרישום, הדבר חסר משמעות מבחינה מעשית. **חוזים צרכניים נחתמים לרוב בין "צד חזק" ל"צד חלש", וההתערבות נועדה להגן על "הצד החלש", שהסכמתו החוזית עשויה להינתן שלא מתוך רצון מודע, או שלא "בלב שלם".**

הסיבות לקביעה הקוגנטית שזכות קניינית לא עוברת עד שבוצע רישום -

1. דיוק המרשם - **המחוקק רוצה לדאוג לדיוק ומהימנות המרשם**. מרשם אמין מאוד חשוב בכלכלה המודרנית. בכל קניית מקרקעין יש לבדוק מי רשום כבעל הזכויות, האם מי שעומד בפנינו הוא אכן הבעלים של אותה זכות, וכן כי אין על זכות זו שכירות, משכנתא וכו'. על מנת להקל על עריכת עסקאות במקרקעין, אנחנו חייבים רישום מדויק. לכן, **מטרת ההוראה היא להכריח את מקבל הזכות לרשום אותה לטובתו, היא נותנת לו תמריץ, שכן אם לא יעשה כן, תהא לו רק זכות חיובית ולא זכות קניינית**. **המטרה של ההתערבות בחופש החוזים וקביעת מועד קוגנטי להעברת הבעלות כנגד הרישום, באה לדאוג לכך שהרישום יהיה אמין ומדויק.**

למדינה יש אינטרס שספרי המרשם יהיו מהימנים ומדויקים, כך שאם מישהו רוצה לעשות עסקה במקרקעין הוא ידע מי בעל הזכות ואיזו זכות יש לו. ס' 7(ב) יוצר תמריץ למרשם, בכך שהוא אומר לקונה, שעד שלא ירשום בטאבו, תהיה בידיו רק התחייבות חוזית, והוא לא יהיה מוגן לחלוטין ע"י זכות קניינית.

1. מתן הגנה משפטית – **בכל פרק הזמן שבין כריתת החוזה לרישום, יש לנעבר רק זכות חיובית והוא פגיע.** דברים רבים יכולים לפגוע בקניינו של הנעבר - היקלעות המוכר לחדלות פירעון, נושה של המוכר אשר יבצע עיקול על מקרקעי המוכר, חתימת המוכר על חוזה עם קונה נוסף וכדומה. כל אלו עשויים לפגוע בזכויותיו של הקונה בנכס. ככל שיצטמצם פער הזמנים בין כריתת החוזה לרישום, כך הנעבר יהיה מוגן יותר.

**ב' מוגן יותר מפני כל מיני בעיות משפטיות, כאשר יש לו זכות קניינית ולא רק זכות חוזית.** **כל עוד יש לו זכות חיובית בלבד, הוא חשוף לבעיות שונות**. למשל, יש אנשים נוספים שעלולים לטעון שיש להם זכות מסוג זו במקרקעין. **מנגד, כאשר לב' יש זכות קניין, מעמדו יותר חזק כנגד מתחרים פוטנציאליים**. אם הוא נשאר בלא מרשם, ההגנה שלו כנגד מתחרים שונים היא חלשה יותר. כמו כן, יותר פשוט לב' למכור הלאה את הנכס, כאשר הוא רשום כבעל הנכס.

מתחרה פוטנציאלי ב'1 יכול לרכוש זכות קניינית במקרקעין - ייתכן ואפילו לא את אותה זכות, אך זו פועלת בניגוד לזכותו של ב' (פרק עסקאות נוגדות). יש בפרקטיקה מתחרה נוסף - מתחרה ג'- נושה של א'. זה אינו נושה שיש לו משכנתא, כי אז אנחנו שוב בתחום העסקאות נוגדות. מדובר על נושה רגיל, שאין לו ערובה או משכון. במקרה שכזה, עומדת לו זכות העיקול. הוא רשאי לפנות להוצל"פ ולדרוש לעקל נכסים של חייב, שאינו מחזיר את החוב. במידה וב' אינו מחזיר את התשלום, או אינו מעביר את הנכס לצד ג', רשאי הנושה למכור נכסים שעיקל. גם רשות מנהלית יכולה, כסעד עצמי, לעקל נכסים ללא צורך בהוצל"פ.

בשלב הראשון, כשמתירים עיקול, וצו העיקול הגיע לחייב, הדבר מונע ממנו למכור את הנכס. אם החייב מכר את הנכס, למרות העיקול, אז המעקל יכול להוציא אותו מהקונה ולפתוח בתהליכי מכירה. כלומר, מניעת עסקאות בנכס. לאחר מכן, המעקל רשאי, בהתאם לחוק הוצל"פ, לפתוח בהליכי מכירה של הנכס. בד"כ, יש סוגי נכסים שקל יותר לאתר אותם מאחרים - יהיה קשה לעקל טבעת יהלום וכסף בכספת של החייב, כי לא ניתן לראות אותם בקלות. הנכסים הקלים לאיתור - מקרקעין, כלי רכב וחשבון בנק.

**עיקול מקרקעין הוא מאוד שכיח**. במידה ויש לא' נושה וא' עשה עם ב' הסכם למכירת המקרקעין - הבעיה המשפטית החריפה ביותר היא, כשהם נמצאים בין השלב החוזי לשלב הקנייני. העימות בין ג' – נושה - מעקל לבין ב' - קונה של מקרקעין, מאוד נפוץ בפרקטיקה. במקרה שכזה, העיקול תופס ומונע עסקאות מאוחרות יותר. **עד שזכותו של הקונה נרשמת בטאבו, אין לו זכות קניינית אלא חוזית בלבד- כלומר נושיו של א' רשאים להטיל עיקול.**

פתרון שעשוי להקטין את סיכויי הפגיעה בנעבר, הוא **רישום הערת אזהרה לטובת הקונה, כבר לאחר חתימת החוזה.** אי-רישום הערת אזהרה ע"י עו"ד, יכול להיחשב כרשלנות מצדו כלפי לקוחו. עם זאת, הערת אזהרה אינה מהווה הגנה כמו זכות קניינית, ולכן עדיין יש תמריץ להקדים ולרשום את הזכות הקניינית בפנקסי הרישום, כדי להיות מוגן בצורה טובה יותר.

לא רק למחוקק חשוב כי ספרי המרשם יהיו מדויקים. גם לכל מתעניין במקרקעין הדבר חשוב. ללא ספרי מרשם מדויקים, לא ניתן יהיה לעשות שימוש בנסח (דף רישום מהטאבו), כדי לוודא שמי שמציג עצמו כמוכר, אכן רשום כבעל הזכויות בנכס. יש לשים לב כי **דרישת הרישום בטאבו היא רק דרישה צורנית, לשם קיומה של הזכות הקניינית. זאת, ממש כשם שדרישת הכתב היא דרישה צורנית לשם קיומה של הזכות החוזית**.

**בפס"ד מורדוב נ' שכטמן** – בפ"ד זה עלתה השאלה לגבי רישום של שכירות. בשכירות יש חריג לסעיף 7ב'. **סעיף 79א' לחוק המקרקעין קובע כי שכירות לתקופה שאינה עולה על 5 שנים אינה טעונה רישום.** סעיף 152 לחוק הגנת הדייר הופך את זה ל-10 שנים. זוהי שכירות קצרה. כלומר, אם שוכרים דירה וחוזה השכירות הינו לטווח קצר, לא רשומים בטאבו כשוכרים. שכירות קצרה אינו טעונה רישום. **שוכר לזמן קצר - עד 10 שנים - הוא בעצם בעל זכות קניינית, על כל השלכותיה, גם ללא רישום.** הזכות הקניינית של השוכר מגינה עליו מפני סילוק מהדירה ע"י בעלים חדשים של הדירה.

פ"ד זה עסק בחובת הרישום, טרם קבלת חוק המקרקעין (שנת 1969). לפני חוק המקרקעין הייתה חובת רישום, אך הסנקציה הייתה חריפה יותר. בעבר, היה אפשר לקבוע, שאם לא התבצע רישום, זכותו של ב' כלל לא תקפה – כלומר, לפגוע גם במישור החוזי ולא רק בקנייני. לכאורה, ביהמ"ש היה מנוע מלתת תוקף לעסקאות במקרקעין שלא נרשמו. הרבה פעמים התוצאה הזו לא צודקת - זוהי סנקציה חריפה מידי. בעבר, לפני חוק המקרקעין, כדי להימנע מהתוצאה החריפה, הפסיקה קבעה כי אין חובת רישום, משום שמה שא' מתכוון להעביר לב' אינה זכות קניינית, אלא זכות חוזית בלבד.

עד לשנת 1969 נהוג היה לראות בעסקה הטעונה רישום, שלא נרשמה – חוזה לא תקף. סנקציה זו הייתה חריפה יותר והיוותה פגיעה קשה יותר בעקרון חופש החוזים. **הגישה כיום של חוק המקרקעין אינה מרחיקה לכת כל כך, ורואה בחוזה המתייחס לעסקה הטעונה רישום שלא נרשמה, כחוזה תקף.** קביעה זו נובעת מהגישה, שאין צורך בביטול החוזה, רק משום שהעסקה לא נרשמה במרשם. סנקציה זו באה לידי ביטוי **בפ"ד מורדוב נ' שכטמן.**

**פ"ד בנק אמריקאי - מה נקרא רישום?** בפ"ד זה ניתנה משכנתא לטובת בנק אמריקאי. העסקה אושרה לרישום, אך בשל טעות לא נרשמה בפועל. לימים ניתנה משכנתא נוספת על הנכס ע"י הבנק למסחר שהוציא נסח ולא מצא שיש משכנתא אחרת על הנכס. האם ייחשב הרישום לטובת בנק אמריקאי שעשה כל שצריך לעשות ועסקת המשכנתא שלו אושרה לרישום?

התקנות שהזכרנו לא מצריכות מוכר וקונה להגיע לטאבו. יש שטר מכר, שניתן לחתום עליו בפני עו"ד (נוטריון). ניתן להעביר בטאבו ללא נוכחות הצדדים. פקיד הטאבו בודק, שישנם כל המסמכים הנדרשים ע"פ החוק, ואז מקבלים חותמת "אושר" לרישום. בטאבו צריכים הפקידים להכניס את הקונה לרישום, לעדכן המרשם. במקרה מסוים לא עדכנו את המרשם, אע"פ שעו"ד העביר את כל המסמכים והם אושרו. היו שתי משכנתאות, של הנכס והמחסן, והפקיד חשב כי מדובר בנכס אחד, וכך נולדה הטעות. בנק מס' 2 רצה לקחת משכנתא לטובתו, והיה זהיר, ע"פ כל הכללים הנדרשים ממנו מהחוק. הנושה שאכן עשה את הבדיקות הנדרשות, ראה כי אין משכנתא קודמת ועל כן רשם משכנתא לטובתו.

כשקם הצורך להפעיל משכנתא, מתעוררת הבעיה של **עסקאות נוגדות**. השאלה המשפטית הינה, האם זה נחשב רשום, או לא? ביהמ"ש פסק כי זה לא נחשב רשום. מי שמסר את המסמכים עומדת לו טענה חזקה כי הוא פעל כפי שהיה צריך. אם כן, מדוע זה לא נחשב רישום?! **בוחנים את התכלית של המרשם - לספק מידע לצד שלישי.** אם מדובר במידע שצד שלישי לא יכול לחשוף אותו, אזי שלא מדובר ברשום תקף. **רישום, קובע ביהמ"ש, זה רק מה שצד שלישי יכול לגלות.** ההשלכות של הפ"ד הם, שעו"ד, הרוצה להיות זהיר מאוד בעסקה של הקליינט שלו שאושרה לרישום, יבדוק לאחר מספר ימים כי אכן הועברה הבעלות.

**בית המשפט קבע כי מדובר בזכות לא רשומה וזאת משום שהתכלית הינה קיומה של אינפורמציה מדויקת ברישום המקרקעין וזהו האינטרס הראשון במעלה עליו יש להגן. זכות נקראת רשומה, רק אם היא נגישה למעיין** ואם היא איננה נגישה למעיין, ולא משנה מה הסיבה לכך, היא איננה נחשבת נגישה. מי שרוצה להיות זהיר ולמסור דברים לרישום בטאבו, רצוי שיוציא בהמשך נסח, ויבדוק שהזכות שביקש שתירשם בפנקסי המקרקעין אכן נרשמה. **אם בשל רשלנות של הגוף הציבורי, הזכות לא נרשמה, היא לא תיחשב כזכות רשומה.** אומנם ניתן יהיה להגיש תביעה בגין רשלנות כנגד המדינה, אך מדובר בהליך לא פשוט.

מה שאושר לרישום ולא נרשם בפועל איננו מידע נגיש לציבור, ולכן לא ייחשב רשום. ביהמ"ש פעל לפי מטרת המרשם - הנגשת מידע לכל המבקש לעשות עסקה בחלקת מקרקעין. העסקה של בנק אמריקאי לא הסתיימה ברישום, ומכאן שאין לו זכות קניינית בנכס. לא מספיק להגיש את כל המסכים לטאבו - יש לעשות בדיקה שלאחר מעשה - להוציא נסח ולוודא שיש רישום בפועל.

עסקאות שאינן טעונות רישום -

1. שכירות לתקופות קצרות - ס' 79 לחוק המקרקעין מדבר על שכירות קצרה מתחת ל-5 שנים שאינה טעונה רישום. כלומר, מי ששוכר דירה יש לו זכות קניינית ולא חוזית, כי זה לא טעון מרשם.
2. ירושה ע"פ צוואה - היורש יהיה בעל זכויות קנייניות, גם אם הנכס רשום עדיין ע"ש המוריש.
3. זיקת הנאה מכוח השנים - ס' 94 לחוק המקרקעין קובע, כי אם אדם השתמש במשך 30 שנה בזיקת הנאה, אזי שהוא רכש את הזכות ויש לו זכות קניינית.

**פומביות הקניין - פנקסי המקרקעין**

**פ"ד בנק אמריקאי** העלה את השאלה - מה נקרא רישום?- **נקבע כי זכות נקראת רשומה בפנקסי המקרקעין, רק אם צדדים שלישיים, שלמענם הרישום נועד, יכולים לראות את הרישום.** המטרה העיקרית של המרשם הינה להביא לידיעת צד ג' ששוקל לרכוש אילו שהן זכויות - את ידיעת הזכויות בנכסים המדוברים.

**סעיף 124 לחוק המקרקעין** - "הפנקסים המתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם". אולם, ישנם מרשמים שלא פתוחים לציבור. למשל, אם נרצה לבדוק מי הבעלים של רכב מסוים, לא ניתן, אלא אם כן באים עם ייפוי כוח מהבעלים, או בהצגת ת.ז כבעלים רשום.

**סעיף 125א' לחוק המקרקעין** (הוזכר **בפ"ד ליפקין**)- "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתכנו, אולם אין בכך כדי לגרוע מהוראות סעיפים 93 עד 97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969".

הסעיף קובע כי רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים מהווה ראיה חותכת לתוכנו.  כיוון שהרישום במקרקעין מוסדרים (שעברו הליכי הסדר ע"פ הפקודה המנדטורית - הסדר זכויות במקרקעין, הרוב המכריע עברו הסדר כזה), הוא נחשב בדרגה גבוהה יותר. הפקודה הסדירה את הרישום מנתונים אחרים, לנתונים כגון גוש וחלקה, ובמקביל בוצעה בדיקה מקיפה של בעלי הזכויות, ולכן זה מצוי בדרגת אמינות גבוהה. **מקרקעין רשומים** - רשומים בטאבו אבל לא עברו תהליך הסדרה, רשומים ברישום ישן.

**ראיה חותכת** -  לכאורה, ניתן היה להבין שזאת ראיה סופית לכך שהרישום נכון ומי שמסתמך על המרשם מקבל זכות נקיה. אם היה רק את הס' הזה, זה היה נכון, אך זה לא מדויק מבחינה משפטית. בשל הוראות ס' 10 לחוק המקרקעין, לא תמיד כשמסתמכים על רישום מקבלים זכות נקייה. "**לכאורה**" – נטל הראיה לסתור את מה שכתוב עובר לצד השני. **לא מדובר על ראיה חלוטה (לא ניתן לסתור אותה), לא תמיד הרישום גם במקרקעין מעיד על זכויות קנייניות.** נקבע פה משהו מהותי – זה לאו דווקא עניין של דיני ראיות. לפעמים, גם שנוקטים את כל אמצעי הזהירות האפשריים והנסח נקי, ייתכן והזכות לא תהיה נקיה והרישום לא מדויק. האדם יכול להיפגע בסופו של דברים.

**סעיף 125ב' לחוק המקרקעין** - "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתכנו". נטל הראיות לסתור את מה שכתוב מוטל על הצד השני. בקרקעות שטרם הוסדרו ע"י המדינה, לא בטוח כי הזכויות הרשומות בפנקס הן האמיתיות - לא מי שכתוב כבעל הזכויות ואף לא שטח הזכויות ותכונותיו.

**ישנם מצבים נוספים של רישומים מלבד עסקאות - שני הדברים הספציפיים הם ירושה ועדכונים**. כל אלו כדאי לרשום בטאבו, אך למעשה הסעיף הקובע את הרישום הוא ס' 123 לחוק המקרקעין – תוכנם של פנקסי המקרקעין.

**סעיף 123 לחוק המקרקעין** - "(**א**) בכל לשכה יתנהלו הפנקסים שנקבעו בחוק זה או בתקנות על פיו, ויירשמו בהם המקרקעין הנמצאים באזור פעולתה של הלשכה. (**ב**) בפנקסים יירשמו, לגבי המקרקעין הנוגעים בדבר –

1. העסקאות שהרשם אישרן לרישום (לדוג' - העברת בעלות, השכרה, משכנתא וכו') – זאת, לאחר שקיבל את שטר המכר הדרוש להוכחת קיומה של העסקה. **בפ"ד מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי ישראלי בע"מ** העסקה אושרה לרישום, אך לא נרשמה בפועל, עקב טעות בתום לב. מדובר בטעות נדירה, אך עם זאת מי שזכותו לא נרשמה על נכס, מאבד את ההגנה הניתנת בחוק לבעל זכות קניינית.
2. פסקי-דין, החלטות וצווים שניתנו על ידי בית משפט או על ידי רשות אחרת המוסמכת לכך על פי דין, והוגשו לרשם – דוגמאות –
3. **קבלת ירושה במקרקעין** – כאשר היורש רוצה לעדכן את הרשם, הוא זקוק לצו ירושה מרשות מוסמכת וזה מוגש לרשם המקרקעין, כדי שימחק את שמו של המוריש וירשום את שמו של היורש כבעל זכות קניינית על הנכס. מדוע יש פחות תמריץ לכתוב בטאבו ירושה? משום שזכותו של היורש קניינית, גם בלא שנרשמה בטאבו. זאת בהסתמך על סעיפים 6 ו-7(ב). רק התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שלא נרשמה היא בגדר התחייבות לעשות עסקה ולא זכות קניינית. מנגד, ירושה איננה עסקה במקרקעין (היא איננה הקנייה מרצון). כך, לדוגמא, גם שכירות לתקופה קצרה אינה טעונה רישום בטאבו. אם כן, יש זכות קנייניות שאינן רשומות בטאבו.
4. **עיקול** – כאשר יש נושה רגיל (ולא מובטח, שיש לו משכון אותו הוא יכול לממש) ואדם החייב לו כסף, הנושה יכול לגבות את החוב ע"י בקשה להטלת עיקול על נכס מסוים בבעלות החייב (בד"כ העיקול מוטל על נכס מקרקעין / רכב / חשבון בנק). במידה והוטל עיקול על חשבון בנק, על הבנק להעביר את סכום הכסף בחשבון לנושה. **עיקול מונע העברת בעלות על הנכס לאדם אחר וחוסם את תקפותן של עסקאות מאוחרות הנוגעות לנכס.** אם נושה מטיל עיקול על מקרקעין, הוא יכול לרשום את העיקול בטאבו, וזה מהווה לחץ על החייב לשלם חובו, אם ברצונו לעשות עסקה בנכס. צווי רשויות ועיקולים הם צווים קלאסיים, הנרשמים במרשם מכוח סעיף זה. גם במנהל ניתן לרשום צווי עיקול.
5. כל דבר אחר הטעון רישום, או ניתן לרישום, לפי חיקוק – לפי חוק הנאמנות, סעיף 5 - "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם". לפי סעיף 4 - "היה בנכסי הנאמנות נכס שפעולות בו טעונות רישום בפנקס המתנהל ע"פ חוק, רשאי הנאמן להודיע על קיום הנאמנות לממונה על הפנקס, והממונה ירשום בו הערה מתאימה". בנאמנות יש נאמן ונהנה. לנהנה יש אינטרס שנכס הנאמנות, המקרקעין, לא רק שירשם על שמו, אלא שגם יירשם שהוא נאמן. אפשר לרשום בטאבו נאמנות שמתייחסת למקרקעין.

כלומר, הלשכה אזורית ויש לה גבולות בהן היא חלה. בטאבו ניתן לרשום עסקאות של חילופי מקרקעין, פ"ד והחלטות ביהמ"ש. כמו כן, כדאי לרשום **צווי ירושה**. אם מישהו נפטר, יש צורך להוציא צו ירושה - מסמך של עמוד אחד, הקובע מי הם יורשיו של אותו אדם שנפטר ואז את המקרקעין הרשומים יש להעביר בטאבו. חשוב גם לכתוב **עיקולים** - רישום עיקולים הוא אינטרס של הנושה שהשיג את הרישום לטובתו.

בחוזה מכר יש שלבים ובתום פרק הזמן יש מועד מסירת החזקה במקרקעין. לרוב, בהגעה לשלב זה כבר נגמרים התשלומים. **בפ"ד ליפקין נ' דור הזהב** הייתה עסקה לא סטנדרטית, בה המוכר הסכים להעביר את הנכס על שם הקונה. בטרם קיבל את כל התשלומים. זהו דבר מאוד לא שכיח. התברר כי המוכר לא קיבל חלק מן התשלום. **דיני החוזים** נותנים כאן תשובה פשוטה על הפרת חוזה והסעדים הנהוגים. **ההיבט הקנייני היה עצם העברת הרישום -** **האם העברת הרישום היא סופית ולא ניתן לביטול?** לכאורה, הרישום הוא סופי כי אם נחזור לסעיף 125, הסיפא שלו מדבר על סעיף בפקודת הסדר זכויות. באותו סעיף כתוב כי, במקרה של זיוף, מבטלים את הרישום ופותחים אותו מחדש. **סעיף 125א' קובע כי הרישום הוא אמנם ראיה חותכת, אך אין בכך כדי לגרוע את האפשרות לבטל את הרישום בהתאם לסעיף הנ"ל - כלומר אם נכנסים לאותם מקרי זיוף.** במקרה פ"ד לא היה זיוף, אלא הפרת חוזה - נאמר למוכר כי הרישום הוא סופי, ולא ניתן לבטל את החוזה בעקבות ההפרה ולהחליף את הרישום מחדש. כלומר, אם מוכר העביר רישום על שם קונה והקונה הפר את החוזה, המוכר יכול להפעיל את תרופת ההשבה החוזית שבחוק החוזים (תרופות), ובעצם זו חזקה דיה כדי לגרום לביטול המרשם ורישום הקניין על שם המוכר בחזרה. זאת, בניגוד לתשובת ביהמ"ש המחוזי בפ"ד ליפקין - **ביהמ"ש העליון קבע כי ניתן לשנות את הרישום שוב.**

ישנן פסיקות הקובעות כי זכות קניינית מקבלת תוקף, רק לאחר שתינתן לה פומביות. זאת, משום שיש כאן מעורבות של צדדים שלישיים. הפומביות מתבטאת במרשם. **כדי שתיווצר זכות קניינית יש צורך בפומביות.**

דיני קניין – חלק כללי – י' ויסמן (עמודים 289-310, 320-327)

במרשם המקרקעין יש הבחנה בין שני סוגי מקרקעין –

1. "**מוסדרים**" – כאלה שהרישומים לגביהם נבדקו ומהווים ראיה חותכת.
2. "**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 לבין התחייבות 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 עסקה נוגדת ומאיימת מניעה מהגנת "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 בבחינת משימה בלתי-מעשית. מגבלה נוספת של המרשם היא, שאין בו בהכרח תיעוד לזכויות במקרקעין שאינן פרי עסקה (לדוג' - 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). משמעות 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.

**פומביות הקניין - ספרי מנהל מקרקעי ישראל**

לעיתים, זכותו של המוכר במקרקעין אינה רשומה בטאבו. הדבר שכיח בעיקר בקרקע מנהל (מקרקעי מנהל). מסיבות בירוקרטיות, הרישום לוקח זמן רב. מנהל מקרקעי ישראל מנהל ספרי מרשם ובספרים אלו רשומים בעלי זכויות, כמו בטאבו. לא רשומים שם רק קונים, אלא גם בנקים שנתנו הלוואה וקיבלו משכון.

כאשר יזם כורת עם המנהל חוזה פיתוח ומסיים את הפרויקט, הוא מפנה את הקונה לחתום חוזה עם המנהל. החוזה בין הקונה לבין המנהל הינו חוזה חכירה. עם זאת, עד שהמנהל יכתוב זכויות חכירה על שמו בטאבו, עשויות לעבור שנים. השאלה הנשאלת היא, כמובן, מה טיב זכותו של הקונה כאשר הוא רשום רק בספרי המנהל ולא בטאבו? האם הזכות הינה חוזית או קניינית? תשובה לשאלה זו המתייחסת למאות אלפי דירות תוכל להורות אותנו כיצד יש להתייחס לזכויותיהם של בעלי מקרקעין רבים במדינת ישראל.

מנהל מקרקעי ישראל מנהל ספרי מרשם של זכויות, כל עוד המקרקעין הללו לא נרשמו בטאבו על שם הרוכש - כלומר, קרקע של מנהל, שנבנו עליה דירות מגורים. המצב האופטימאלי יהא כי הדירות ירשמו כבית משותף, ולאחר מכן הקרקע תחולת לתת-חלקות, שירשמו על שם הרוכשים - חוכרים. **בדירות שטרם נרשמו בטאבו מתנהל מרשם אצל מנהל מקרקעי ישראל, אבל הפסיקה קובעת כי הרישום הנ"ל לא ייחשב לצורך רישום חוק המקרקעין.**

**"רישום" הוא רישום בפנקסי המקרקעין בלבד לפי ס'1 לחוק המקרקעין** - אם אין רישום בטאבו והמרשם רק אצל המנהל - מקרקעין לא רשומים. הצדקה לכך ששני המרשמים לא יכולים להיות שווי משקל היא –

1. **רואים בכך זכות חוזית ולא זכות קניינית** - זכות קניינית היא כזו הרשומה במרשם בלבד, ואילו זו מול המנהל היא חוזית.
2. **מידת אמינות ואי-נגישות לציבור** - אין את אותה אמינות במרשם של המנהל וכן הוא אינו פתוח לצפיית הציבור הרחב. על מנת ששני הרישומים יהיו שווי משקל, יש צורך שמרשם המנהל יהא מאגר המתנהל מכוח חוק, משום שמאגר המתנהל ע"י רשות מכוח החוק, הוא הרבה יותר מדויק, היות והוא חשוף לתביעות. המרשם של המנהל הוא וולנטרי - ולכן קשה להסתמך עליו. מדובר אך ברשות ציבורית שהחליטה לשם הנוחיות לנהל מרשם זכויות כדי להסדיר את זכויותיה. המנהל נוהג כך כדי להקל על תהליכיו והביקורת הפנימית שלו. הפסיקה מטילה ספק במרשם שלא מוטל על רשות מטעם חוק, שכן עלולים להימסר למישהו נתונים לא מדויקים, ואז עילת התביעה תהא חלשה יותר. כמו כן הפסקיה מדגישה שאין זכות עיון חופשית ברישומי המנהל, כפי שיש בטאבו.

**אם מישהו רשום במנהל כבעלים או כחוכר של זכות מסוימת, אין לו זכות קניינית, למעשה, אלא יש לו רק זכות חוזית, על כל המשתמע מכך.**

**חוק רשות מקרקעי ישראל, סעיף 4טו(א)** - "הרשות תנהל מאגר מידע, שיהיה פתוח לעיון הציבור ושבו ייכללו פרטים על התקשרויות חוזיות של הרשות לגבי מקרקעין שבניהולה, אשר אינם רשומים בפנקסי המקרקעין". עם זאת, קובע החוק **בסעיף 4טו(ב1)** - "אין במידע שבמאגר כדי להוות אישור מוסמך המעיד על מצב הזכויות לגבי מקרקעי ישראל". סעיף אחרון זה מהווה מעין "כיסוי תחת" מפני תביעות כנגד המנהל. כלומר, היום זה כבר לא מאגר וולנטרי והוא פתוח לגמרי לעיון הציבור, אך מצד שני **המאגר לא מהווה אישור מוסמך**. לכן, תיקון החוק לא שינה את המצב המשפטי.

אם כן, **רישום בספרי המנהל לא נחשב כזכות קניינית ואין לו תוקף כמו בטאבו**. עד שהמנהל ירשום את הקונה בטאבו, **הקונה ימשיך להחזיק בזכות חוזית בלבד**. הלכה זאת נקבעה גם **בפ"ד טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח'** (**זכות חוזית בנכס שאינו רשום במרשם אינה "זכות במקרקעין", אלא זכות חוזית גרידא**). לכן, לא מדובר אפילו בעסקת מקרקעין, משום שאין מעבירים כאן זכות קניינית, ולכן גם אין דרישת כתב (ע"פ סעיף 8 לחוק המקרקעין).

* בעוד שזכות קניין תקפה כלפי כל עלמא, זכות חוזית תקפה רק כלפי הצדדים לחוזה. עם זאת, נראה בהמשך כי כוחו של חוזה יכול להיות תקף גם כלפי צדדים שלישיים.
* **מה פרוש הזכות החוזית?** לזכות חוזית יש שני צדדים. זכות קניינית, מנגד, היא כלפי כל העולם. בזכות חוזית יש נושה וחייב והחייב צריך לעשות משהו לטובת הנושה. **הזכות החוזית היא התחייבות להעביר את הזכות הקניינית**. המנהל חייב לרשום בטאבו זכות לטובת ב', ואז ב' נושה במנהל.

נניח שיש את א'– מינהל מקרקעי ישראל (חייב), ב'- רוכש (נושה). האזרח שרשום בספרי המנהל הוא נושה משהו במנהל. האזרח הוא נושה, שהמנהל התחייב בבוא העת לרשום את המקרקעין על שמו בטאבו. זוהי המשמעות של הזכות החוזית בהקשר הזה.

**פומביות הקניין - שעבודים**

בחוק המשכון מוצאים את שני השלבים ליצירת זכות קניינית -

1. **השלב החוזי - סעיף 3 לחוק המשכון** - משכון נוצר בהסכם בין הנושה לחייב - חוזה. כל משכון מתחיל בחוזה. תוכן החוזה ההופך אותו להסכם משכון הוא כי **החייב מנכס נכס מסוים מנכסיו וקובע את החוזה כמשמש את הנושה לפירעון חובות.** אם כך עושה החוזה, אזי שמדובר בהסכם משכון.
2. **השלב הקנייני (רישום המשכון – פומביות) - סעיף 4** הוא הסעיף המרכזי בחוק המשכון – **כוחו של המשכון יפה כלפי נושים אחרים**. "כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה – בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה – בהתאם לאותן הוראות. בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב – עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים. בנכסים נדים (מיטלטלין) ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המשכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום".

**לפי סעיף 4(3), המסלול העיקרי לתת כוח למשכון הוא משכון רשום**. מכוח תקנות, הוקמו לשכות של **רשם המשכונות**. עד לפני 10 שנים, קיומן של מספר לשכות מאוד הקשה על היכולת לשלוף נתונים, אך כיום ניתן לשלוף את כל הנתונים הדרושים דרך מאגר ממוחשב אחד. משכון רושמים במקום הנקבע בתקנות - **תקנות המשכון סדרי רישום ועיון**. אם הרישום נכתב שם, אזי שחל פתיח ס'4 – כלומר, כוחו של המשכון יפה כלפי נושים אחרים. פרוש הדבר הוא, שאם לא' שני נושים ובין א' לב' יש הסכם משכון, לב' יש העדפה לקבלת המשכון. אם א' וב' ערכו רק הסכם משכון, אז אין לו תוקף כלפי נושים אחרים, והוא תקף רק ביניהם. אם א' חדל פירעון, והמרשם נרשם בהתאם לתקנות - ב' יקבל את הנכס הממושכן וג' לא יקבל את התמורה לחוב, כי ברגע שה\שכון מופיע במרשם, הוא מגן על נושה ב'.

נניח שיש את א'- חייב ב'-נושה ג'- נושה נוסף. נניח שבין א' לבין ב' יש חוזה משכון על מכונית. אם הצדדים קבעו זאת רק בחוזה, במצב של חדלות פרעון זה לא משיג את האפקט כי זה לא רשום ברשם המשכונות, והזכות הזו לא קניינית. אם הזכות הזו היא קניינית, אז ב' יקבל את המכונית וג' לא יקבל שום דבר, אבל אם אין זכות קניינית, תהיה חלוקה בין ב' וג'. כל נושה שעשו עמו הסכם משכון, האינטרס של הנושה הוא להגיע לשלב השני (פומביות) ורק אז המשכון יהיה תקף כלפי אחרים. נושה מובטח, שלא השלים את הפומביות, לא עשה דבר מבחינתו!

**כל עסקת שעבוד נרשמת בלשכות המשכונות**. לדוג' - בנק נותן הלוואה לבעל עסק, תמורת משכון של מיטלטלין כלשהו. את המשכון הזה רושמים אצל רשם המשכונות. כאשר מבקשים לערוך חיפוש, החיפוש הינו לפי תעודת הזהות של החייב. רק לרכבים יש חתך חיפוש נפרד והחיפוש נעשה לפי מספר הרישוי של הרכב.

**המשכון יכול להיות כל נכס שהוא**. הנושה צריך לקחת נכס שניתן למכור בשוק, משהו שגם אם בעליו של הנכס פושט רגל, עדיין הנושה יוכל לפרוע מהנכס את החוב. **אם מדובר במקרקעין, זו משכנתא.**

* **שעבוד שיצר יחיד נרשם ברשם המשכונות. שעבוד מקרקעין, מנגד, נרשם בטאבו.**
* **סעיף 4(1)** לחוק המשכון קובע כי משכון נכסים שיש לגביהם הוראות בדין אחר, יהיה יפה לפי הוראות אותו דין. ואכן, **בסעיף 7(ב)** לחוק המקרקעין נקבע שמשכנתא של נכס מסוג מקרקעין צריכה להירשם בטאבו. **אולם, אם אדם קיבל משכון על מיטלטל / זכות חוזית, ואף זכות חוזית ביחס למקרקעין – עליו לרשום זאת ברשם המשכונות.** כך, לדוגמא, רוב הזוגות הצעירים שרוכשים דירה ע"י מתן משכנתא, אינם באמת ממשכנים את דירתם, אלא ממשכנים את זכותם בדירה. מדוע? כיוון והזוג הצעיר אינו יכול לתת לבנק משכנתא על נכס שאיננו שלו. רק כאשר יירשם כבעלים או כחוכר, יוכל לתת לבנק משכנתא. אך הזוג לא יוכל להירשם כבעלים, עד שישלם את כל הכסף לבנק (סיפור "הביצה והתרנגולת"). אם כן, הזוג לא ממשכן את דירתו, אלא ממשכן את זכותו בדירה. **משכון מיטלטלין וזכויות לגבי מקרקעין רושמים אצל רשם המשכונות**. מנגד, משכנתא על מקרקעין רושמים בטאבו.

מה ההבדל בין רישום מקרקעין (רישום בטאבו) לבין רישום של מיטלטלין (רישום ברשם המשכונות)?

מדוע הרישום אצל רשם המשכונות מכונה מרשם עסקאות, בעוד הרישום בטאבו של משכנתא נקרא רישום זכויות? למה, בעצם, אי אפשר לעשות רישום זכויות על מיטלטלין?

**בעוד שגם בעלות על מקרקעין וגם שעבוד של מקרקעין נרשמים, הרי שרק שעבודים של מיטלטלין נרשמים ובעלות עליהם כלל אינה נרשמת.** לדוג' - אם ראובן קנה טבעת יהלום בחנות תכשיטים, הבעלות שלו עליה כלל לא תופיע ברישום פומבי. לפיכך, יכול להיווצר מצב שבו א' קונה מ-ב' מיטלטלין, מבלי לדעת ש-ב' איננו הבעלים האמיתי של המיטלטלין. זאת משום שלא קיים מרשם בעלות על מיטלטלין (בניגוד לבעלות על מקרקעין שחשופה לעיני כל מעיין בפנקסי הרישום).

**לגבי מיטלטלין, אין מרשם בעלויות, אלא מרשם של שיעבודים.** לא ניתן לדעת מי הבעלים של טבעת יהלום, למשל, אך ניתן לראות ברישום שיעבודים, שיעבוד של אדם X לטבעת יהלום. כל זאת, בניגוד לנכס, שאותו ניתן למצוא את בעליו ע"פ הנכס עצמו - כאן המיטלטלין מופיעים רק בחיפוש של שיעבוד מסוים. עלולה להיווצר בעיה, אם אדם ממשכן נכס שלא שלו. לדוג' - א' ממשכן טבעת יהלום, אבל הטבעת היא לא של א', אלא של ד'. הרישום לא משפיע על כוחו של ב' כלפי ד'. לכן מדובר ברישום עסקאות ולא זכויות. כל מה שנרשם אצל הרשם הוא שא' מישכן לב' נכס מסוים, וההשקפה בהקשר לכך היא שכוחו של ב' יפה כלפי ג'. הרישום מעניק פומביות. ג' צריך לדעת כי הוא חשוף לסיכון, כי ככל שא' משעבד יותר נכסים שבבעלותו, כך הסיכוי של ג', שהוא נושה בלי משכון, יורד. זו אחריותו של ג' להיות ער לסיכונים האלה.

אם לאחר שג' הלווה כסף, א' משכן כמה נכסים- אז ג' שהוא הנושה המובטח עדיין יהיה קודם לנושה הרגיל. הסדר הכרונולוגי לא משנה. במצב הרגיל אם ד' טוען שהטבעת שלו והוא יוכיח את זה, הוא יהיה עדיף.

**במקרקעין,** לעומת זאת, לא ניתן למשכן נכס שלא בבעלותך ע"פ המרשם. יש רמת מהימנות הרבה יותר גבוהה במקרקעין. במיטלטלין עלול לצוץ בעלים של נכס. ההשקפה היא, שאם א' משכן לב' ורשם את הזכות שלו אצל רשם המשכונות, אז כוחו של ב' יפה לג' - **הרישום מעניק פומביות וג' היה צריך לדעת כי הוא מסתכן כי לא יחזיר את חובו.** ככל שא' משעבד יותר נכסים שבבעלותו, כך הסיכוי של ג' לפרוע את החיוב שמגיע לו יורד, כי **בעלי השעבודים קודמים לנושים רגילים**. על ג' להיות ער לסיכונים הנ"ל - או שייקח שיעבוד, או שיבדוק ברשם השעבודים אם נכסים מסוימים של א' הם בעלי מס משכון.

עלול להיווצר מצב שבו ג' בודק ברשם המשכונות ולא' אין שיעבודים, והוא נותן לו הלוואה ללא משכון, אך לאחר מכן עלול להגיע נושה ב' שכן ייקח משכון - **זכויותיו של ב', שלקח משכון קודמים לאלו של ג', למרות שזה הגיע קודם.** למעשה, מבחינה פרקטית, בדיקה במרשם עשויה לא לעזור כלל במצב כזה.

 **לשם הסכם משכון, יש צורך בפומביות, היכולה להתקיים בשתי דרכים** (2 דרכים למתן פומביות) –

1. רישום ברשם המשכונות - אופציה אחת היא ברישום, כפי שראינו לעיל.
2. הפקדה - אופציה נוספת לפי **סעיף 4(2) היא הפקדה** - המשכון קלאסי. כלומר, העברת המשכון לידי **שליטה פיזית והחזקה של הנושה**. בהפקדת המשכון הנושה הרבה יותר בטוח היות והנכס בידיו. ברישום, הנכס הממושכן ממשיך להיות מוחזק בידי החייב. אולם, במקביל מכירים גם בהפקדה. הפקדה פירושה העברת המשכון לידי שליטה/החזקה פיזית של הנושה. בהפקדה יש יסוד של פומביות - עצם העובדה שנכס מסוים נמצא בבעלות א', קובעת שלנושה X יש ממה לגבות את החוב אח"כ. מנגד, ברגע שהנכס לא נמצא בידיו של א', נושה X לא רואה את הנכס בידיו, ולכן לא יכול להניח כי יש לו מאין לגבות את החוב. המידע אומנם פחות אמין ממידע שניתן ברישום, אך גם הפקדה יש עיקרון הפומביות.

היחס בין משכון רשום ומשכון מופקד –

בעבר, המשכון המופקד היה בלעדי, אך כיום הוא שולי יותר ובפרקטיקה כיום המשכון הרשום הוא העיקר. ההבדל כאמור הוא, שהוא מוחזק אצל החייב. מה היתרון הפרקטי של המשכון הרשום לעומת המופקד? המשכון הרישום מספק מידע אמין יותר. וכן, כל עוד א' אינו חדל פירעון, הוא ממשיך ליהנות מהנכס, מה שמעניק אפשרויות רבות יותר של משכון נכסים. אכן, היתרון הבולט של המשכון הרשום, הוא שהוא פותח הרבה יותר אופציות של משכון נכסים. למשל, מפעל שממשכן מכונות- הוא ממשיך להשתמש בהם גם אם הוא מקבל אשראי מהבנק, כל זאת בלי להוציא את הנכסים מרשות החייב. זהו משכון מודרני, מבלי להוציא את הנכסים מרשות החייב, הוא יכול להמשיך לעבוד איתם ולהפיק תוצרת באמצעותם ובמידת הצורך לקחת את חובו באמצעות ההוצל"פ. זהו אינטרס גם של הנושה, כי הוא יכול במקביל להרוויח כסף. **למרות שמשכון הרשום הוא המודרני (עם אימוצו של חוק המשכו), הוא השכיח בפרקטיקה. המשכון הקלאסי, המופקד, הפך למשכון שולי, יחסית, בפרקטיקה.**

שעבוד נכסי יחיד ושעבוד נכסי תאגיד/חברה -

**עד כה, עסקנו בממשכן יחיד. מבחינה היסטורית, מכוח המורשת האנגלית, ישנה מערכת דינים שונה לממשכן שהוא תאגיד (על פני ממשכן יחיד).** על אף חוסר ההיגיון בכך, המורשת האנגלית מבחינה בין יחיד לבין תאגיד והדין הישראלי, שינק רבות מהדין המנדטורי, אימץ הבחנות אלו.

**לצד חוק המשכון, ישנה פקודת החברות – חוק מנדטורית, שקיבל נוסח חדש בשנת 1983.** חוק החברות משנת 1969 לא עסק בשעבוד נכסי חברה. על כן, גם כיום, בדיני שעבודים של חברה, ההוראות מצויות בפקודת החברות. כאשר אנו עוסקים בשעבוד נכסי חברה (החברה משעבדת את נכסיה – החברה כממשכנת), יש לנו הוראות נוספות, לצדו של חוק המשכון – סעיפים מפקודת החברות. **היחס בין החוקים הוא היחס המקובל בין חוק כללי לספציפי** – חוק המשכון חל גם על תאגידים, אלא אם יש הוראות שונות בפקודת החברות. אם נושא מסוים מצוי במחלוקת – פקודת החברות גוברת.

ההבדל בין יחיד לבין חברה בדיני השעבודים בא לידי ביטוי בשני נושאים מרכזיים –

1. **שיעבוד צף** – מדובר בשעבוד שרק חברה יכולה ליצור, בעוד יחיד אינו יכול.
2. **מרשם** – במקום רשם משכונות, יש **רשם חברות**. אצל רשם החברות נרשמים גם פרטים על החברה (שמות המנהלים, ההון שלה וכו') וגם שעבודים של נכסי החברה. ע"פ סעיפים 178 - 179 לפקודת החברות, **יש לרשום משכנתא של חברה שנרשמה בטאבו גם אצל רשם החברות**. לפיכך, בעוד **במקרה של יחיד אין דרישה לרישום כפול** בכל הנוגע למשכנתא, במקרה של חברה – משכנתא על מקרקעין יש לרשום גם בטאבו וגם אצל רשם החברות (אבל משכון זכויות או מיטלטלין רק אצל רשם החברות).

דיני הרישום לגבי חברות שונים, בכמה נושאים, לעומת דיני הרישום לגבי יחיד.

**פ"ד בנק המזרחי נ' בנק הפועלים** – לשני בנקים היה שעבוד על אותו נכס, אך השעבוד הראשון לא נרשם אצל רשם החברות, עקב טעות פקיד. בנק המזרחי המאוחד ערער על החלטת בית המשפט לבטל את מעמדו של השעבוד שלא הוחל עקב הטעות ברישום. 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, קבע ביהמ"ש כי **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.**

השופט אנגלרד קבע כי **יש לתת משקל מיוחד לתכלית ה"פומביות" של הרישום במרשם החברות.** מנקודת ראות זו, אין זה מובן מאליו כי הצדדים השלישיים יצטרכו לשאת בתוצאות של רישום מוטעה. מבחינת היעילות, נראה כי לנושה הרושם את השעבוד במרשם החברות יש מעמד עדיף לבירור הנכונות של הרישומים. על-פי מבחן עלות-תועלת, מן הראוי להטיל את תפקיד הבדיקה דווקא על הנושה ולא על הצדדים השלישיים. אנגלרד פסק כי השיעבוד לטובת הבנק השני בזמן תקף, וכי חובת הבדיקה חלה על המשעבד הראשון.

פ"ד זה עסק באבחנות מסוימות בין דיני הרישום של רשם יחיד (ברשם המשכונות), לבין דיני הרישום של חברות (ברשם החברות). **מה ההבדל בין שני המרשמים?**

1. **התפקיד הקלאסי** **של כלל המרשמים** – לתת מידע לצדדים שלישיים, המעוניינים לרכוש זכות מסוימת בנכס (זהירות משעבוד קודמת) – פומביות. תכלית הרישום – להקנות מידע לצד ג' פוטנציאלי (**פ"ד בנק אמריקאי**). **אולם, ביחס לחברות אנו מוצאים דינים שלא עולים בקנה אחד עם התפקיד הקלאסי של מרשם. בפ"ד בנק המזרחי נ' בנק הפועלים,** הפלט לא שיקף את כלל השעבוד, יש טעות במרשם. **אם מדובר בתפקיד הקלאסי של המרשמים, אזי שלפי פ"ד הבנק האמריקאי - אם הזכות לא נרשמה, היא לא תיחשב כזכות רשומה** (היא לא נגישה לצד ג') – רק מה שמופיע בפלט הוא הקובע. **אולם, התפקיד של מרשם השעבודים של חברות הוא שונה – להעניק הוכחה בידי הנושה המובטח, שהשעבוד איננו פיקטיבי**, אלא הוא שעבוד שנעשה בפועל. רישום השעבודים אצל רשם החברות נועד להעניק אישור לנושה המובטח על האותנטיות של העסקה. התפקידשל מרשם השעבודים בחברה - **להוכיח את אמיתות ונכונות העסקה.** **בהינתן כי הרישום נועד להצהיר על אמיתותו של המשכון, אין הכרח להטיל את ההפסד על הנושה המובטח שמסר את המידע, אפילו נגרמה הטעות ברשלנותו**. הטעות במרשם לא גורעת בהכרח מעוצמתה של הראיה בדבר אמתותה של עסקת המשכון.

מאידך, אם תפקיד המרשם הוא להעמיד אחרים המגלים עניין ברכישת זכויות בנכס על קיומן של זכויות קודמות, המעיין אינו צריך להיפגע מהמידע הלא מדויק שבפנקסי הרישום. על כן, טעות רישומית מסכלת כליל את המטרה המוצהרת של המרשם.

1. **דין נוסף בו שונה רשם החברות מרשם המשכונות –** לאור סעיף 178 לפקודת החברות, בחברות, לא תכול ההלכה של **פ"ד בנק האמריקאי**, אלא עצם זה שמסרת לרשם החברות את הטפסים וקיבלת חותמת, זה מעיד על מקוריות המשכון.על כן, **גם אם יש טעויות מסוימות במרשם שעבוד של חברה, אין זה בא על חשבון הנושה המובטח**, למרות שהטעויות גורמות לכך שמוציא הפלט יקבל פלט לא מדויק. למרות זה, **מדובר במשכון רשום**. אם נמסרו כל המסמכים, המשכון נחשב כרשום אף אם הוא לא רשום בפועל.

**סיכום ההבדלים בין שעבוד נכסי חברה לבין שעבוד נכסי יחיד** - שעבוד נכסי חברה שהועבר למרשם אצל רשם החברות ולא נרשם בשל טעות טכנית-פרוצדוראלית, תקף. בנוסף, גם אם יש טעויות מסוימות במרשם שעבוד של חברה, אין זה בא על חשבון הנושה המובטח, לעומת זאת, שעבוד נכסי יחיד – יהיה חסר תוקף במקרה כזה (פ"ד בנק אמריקאי). מטרת המרשם ותנאיו - מרשם אצל רשם החברות מטרתו להגן על הנושה המובטח ומחייב רישומו תוך 21 יום (ס' 179 לפקודה). מרשם נכסי יחיד אצל רשם המשכונות מטרתו שהמעיין יוכל לגלות על השעבודים, אין מועד מוגבל לרישומו.

* **בדומה לקבוע בסעיף 4 לחוק המשכון לעניין ממשכן יחיד, כך קובע סעיף 178 לפקודת החברות הסדר זהה לעניין חברות (בנוסף, נקבע כי גם לעניין חברות יש משכון מופקד).**

משכון של מקרקעין, משכנתא, טעון רישום אך ורק בטאבו. מאידך, משכנתא שיוצרת חברה, טעונה רישום כפול – אצל רשם המקרקעין (בטאבו) ורשם החברות.

השלבים למשכון ע"פ חוק המשכון –

1. **השלב החוזי** (ס' 3(א)).
2. **השלב הקנייני - פומביות** (ס' 4) - רק כאשר מתבצע אחד השלבים קיימת זכות קניינית -
3. ס' 4(3) - **רישום משכון מיטלטלין ברשם המשכונות**.
4. ס' 4(2) - כאשר הופקד המשכון בידי הנושה או אחר מטעמו (במיטלטלין).
5. ס' 4(1) - בנכסים שיש בהם הוראות מיוחדות בחוק אחר, יחולו ההוראות המיוחדות –

**רישום מקרקעין – בטאבו. משכון שיצרה חברה - יירשם ברשם החברות. משכנתא במקרקעין שיצרה חברה - רישום כפול - בטאבו וברשם החברות.**

**פומביות – שעבוד כלי רכב**

בתחילת שנות ה-60 נקבע מרשם לכלי רכב. מדוע לכלי רכב, יותר מאשר מיטלטלין אחרים? מטעמים חברתיים. ראשית, מדובר בכלי מסוכן (לדעת מי הבעלים של כל רכב). שנית, כלי רכב, בהיסטוריה של מדינת ישראל הוא גם "פרה חולבת" של מיסים. **מרשם הבעלויות לגבי מכוניות החל מסיבות ציבוריות – כלליות, פליליות ופיסקאליות.**

זהו כלי שממשכנים אותו רבות. כאשר נעשה הסכם משכון וחייב משכן מכונית שבבעלותו לנושה שלו, הנושה נהג לשלוח זאת למשרד הרישוי (עוד בטרם היה כיסוי בחוק), בכדי שירשמו אותם (כדי שהחייב לא ימכור לאחר). מרשם שעבודים במשרד הרישוי החל, בעצם, ללא כיסוי חקיקתי, כצעד וולנטרי מצד משרד התחבורה. החל מרשם שעבודים, ונמשך במרשם עיקולים.

בתחילת שנות ה-70, המנהג קיבל גיבוי חקיקתי **בתקנות התעבורה, הקובעות כי אם רשום על כלי רכב שעבוד או עיקול**, אזי שמשרד הרישוי לא יעביר את הבעלות משמו של המוכר לשמו של הקונה.

**עימות בין קונה לנושה** – **לפני עידן המחשוב, שני הצדדים היו שולחים הודעה למשרד הרישוי על העסקה.** כלומר, בעבר, לגבי מכוניות, התקיים פער בין השלב החוזי לשלב הרישומי (לא חודשים, כמו במקרקעין, אלא של 10-20 יום). התעוררה הבעיה כאשר נושה של א' הטיל עיקול בנק' זמן זו – מה תוקפו של העיקול? במועד זה, באותם 10-20 יום, המכונית במשרד הרישוי טרם נרשמה על שמו של ב'. לכאורה, מבחינה קניינית, הנכס שייך לא', ונושה של א' יכול לעקל את הנכס. **מה מהות הרישום של כלי רכב במשרד הרישוי?** האם מדובר ברישום קונסטיטוטיבי, כמו במקרקעין (בלי העברת הרישום, הבעלות לא עוברת לקונה), היינו העברת הקניין צמודה לרישום – נושה של א' יכול להטיל עיקול, או שמא מדובר ברישום דקלרטיבי?

**הפסיקה המקובלת – רישם כלי רכב במשרד הרישוי הינו רישוי דקלרטיבי בלבד**. כלומר, זהו רישום הצהרתי, הוא מצהיר על קניין שעבר עוד קודם לכן, אין הוא מעביר את הקניין. על אף שמתקיים רישום במשרד הרישוי, **הבעלות בכלי רכב עוברת כמו בכל מיטלטל אחר – כנגד מסירת החזקה לקונה** (ס' 33 לחוק המכר). אין פער בין השלב החוזי לשלב הקנייני - אם בזמן החוזה הקונה משלם את כל הסכום ולוקח את כלי הרכב, אין זה רק השלב החוזי, אלא מתקיים אפוא גם השלב הקנייני. הרישום הוא רק דקלרטיבי.

כיום, בעת רכישת כלי רכב, הולכים לסניף הדואר, ומעבירים את הבעלות מהמוכר לקונה, אונליין. דהיינו, גם אם לא נסבור כפי הנטייה בפסיקה, אלא נסבור שהרישום הוא קונסטיטוטיבי, אין זו בעיה בימנו, שכן מבחינה פרקטית, הפער הצטמצם (אין פער זמן, השלב החוזי והרישומי נעשים כמעט מידית, הודות למחשוב הישיר).

**פ"ד אליהו חברה לביטוח** – חב' ביטוח שילמה למבוטח שרכבו נגנב ובכך קנתה ממנו את הבעלות ברכב, לכשיימצא. משנמצא הרכב, רצתה חב' הביטוח למכור אותו ואז גילתה כי בין תשלום תגמולי הביטוח למבוטח לבין מציאת הרכב הוטל על הרכב עיקול. חברת הביטוח גרסה כי אי-העברת הבעלות ברכב על שמה אינה גורעת מזכויותיה מאחר והרישום במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי בלבד. **ביהמ"ש המחוזי** דחה את טענותיה, באומרו שעקב מחדלה של המערערת, היו רשאים המשיבים להטיל עיקול על הרכב שהיה רשום עדיין על שם המבוטח. מכאן הערעור. **ביהמ"ש העליון** קבע כי מכירת רכב היא מכר של מיטלטלין, ועל כן, לאור הוראת **סעיף 33 לחוק המכר** (הבעלות ברכב עוברת במסירתו לקונה ואינה טעונה רישום כלשהו - השלב הקנייני במכירת מיטלטל מתרחש בעת מסירת המיטלטל, אלא אם הצדדים קבעו ביניהם אחרת), לרישום במשרד הרישוי חשיבות רבה, אך **אין בכוחו ליצור או לשלול זכויות קנייניות**. הפרת חובת הרישום יכולה, לכל היותר, להעמיד עילת תביעה נזיקית למי שהסתמך על הרישום המוטעה (ובלבד שיוכח כי ההימנעות מהרישום היוותה התרשלות שהסבה נזקים).

**הכלל שהשתרש בפסיקה הוא כי רישום הרכב במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי בלבד, להבדיל מרישום מקרקעין בלשכת רישום המקרקעין שהוא קונסטיטוטיבי**. לפיכך, אין בכוחו של הרישום כדי ליצור זכויות בעלות ברכב, וכך, אין בהעדרו של הרישום, כדי לשלול זכויות אלה. **הפרת חובת הרישום על פי תקנה 284 יכולה, לכל היותר, להעמיד עילת תביעה נזיקית** למי שהסתמך על הרישום המטעה, ובלבד שיוכח כי ההימנעות מהרישום היוותה התרשלות, וכי התרשלות זו הסבה נזקים. הערעור התקבל.

**פ"ד לוי נ' רייס** – מעקל מול קונה. בטווח שבין עריכת החוזה, העברת התשלום והרכב, לבין הרישום במשרד הרישוי הוטל עיקול על הרכב. ביהמ"ש - העברת הבעלות ברכב היא כמו בכל מטלטל. פ"ד זה קבע לראשונה, כי **הרישום במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי**, **ולא קונסטיטוטיבי.** **העיקול לא יחול, כיוון שהבעלות עברה לקונה כאשר שילם את הכסף ולקח את המכונית.** כלומר, אדם יכול להיות בעלים של כלי רכב, גם אם הרישום אינו על שמו. **הרישום במשרד הרישוי לא רלוונטי לצורכי המשפט הפרטי – ניתן להעביר בעלות, גם ללא שינוי המרשם.** הרישום הינו לצורכי המשפט הפלילי והפיסקאלי.

* זוהי רק נטייה. אולם, יש שופטים שמעלים את העמדה, לפיה מרגע שתקנות התעבורה שונו (לא ניתן להעביר בעלות, אם אצל הרשם רשום עיקול או משכון), הרי שמרשם כלי הרכב התקרב למרשם מקרקעין. אולם, אין זה הזרם המרכזי בפסיקה.

דוג' - א' חייב כסף לב', הוא מציע לו כלי רכב כמשכון. אנו מייצגים את ב', שקיבל משכון. א' וב' ביצעו את **השלב הראשון** – כריתת הסכם משכון. **השלב השני** – רישום המשכון, פומביות (כדי שכוחו של המשכון יהא יפה כנגד ג'). **מדוע לא להסתפק ברישום במשרד הרישוי?**

לפי סעיף 4(3) לחוק המשכון – **המשכון יהא תקף כלפי נושים אחרים, רק אם התבצע רישום לפי חוק. רישום לפי חוק זה – רק אצל רשם המשכונות.** משכון על מכונית תקף כלפי אחרים, לא עם רישומו במשרד הרישוי, אלא רק עם רישומו ברשם המשכונות.

בדוג' לעיל, אם א' נכנס לחדלות פירעון, וב' רשם את משכונו רק במשרד הרישוי, המשכון לטובת ב' עלול להיחשב כמשכון לא-רשום, והוא לא יזכה לעדיפות על פני ג'. על ב' לרשום את המשכון גם אצל רשם המשכונות (או החברות, אם א' הוא חברה).

* רישום כלי הרכב הינו לפי מספר הרישוי, ועל כן קל יותר לבדוק אם נרשם שיעבוד על כלי הרכב – בדומה למצב הקיים לגבי מקרקעין (רישום לפי גוש וחלקה), בניגוד ליתר המיטלטלין.
* מקרה נדיר - שיעבוד של רכב, הרשום רק אצל רשם המשכונות, ולא במשרד הרישוי – השעבוד תקף!
* מדוע הרוב הגדול של הב'תים טורחים ורושמים את השעבוד אצל משרד הרישוי (לאר רישום ברשם המשכונות/חברות)? ראשית, משום שהקונה בודק שם. שנית, גם משרד הרישוי מצווה שלא להעביר בעלות, אם מצוי שעבוד – כלי הרכב לא יוכל לעבור ידיים. על כן, מומלץ לרשום את השעבוד גם במשרד הרישום (כדי שלא יהיה קונה פוטנציאלי שיוכל להתגבר על שעבוד).

**פ"ד מדינת ישראל נ' בנק הפועלים** - בנק פנה למשרד הרישוי וביקש לקבל מידע אודות רכבים ששועבדו לטובת הבנק. שמגר - **יש לחייב את רשות הרישוי במסירת המידע המבוקש. יש להסיק, מעצם ההסכמה לעריכת משכון ורישומו, כי מתלווה לכך גם הסכמה מכללא להעניק רשות למסירת מידע**. ההסכמה למסירת מידע על המשכון טמונה אפוא בעצם ההסכמה ליצירתו. שמגרקרא למחוקק לשנות את המצב האבסורדי הקיים, ולהכיר ברישום המשכונות במשרד הרישוי, שהינו אמין ובטוח. אולם, המחוקק לא עשה זאת ולכן עדיין אם ממשכנים לטובתנו כלי רכב, יש לבצע את הרישום גם (וראשית לכל) אצל רשם המשכונות.

* כיום המרשם במרד הרישוי אינו פתוח לעיון הציבור, אך במידה ורוצים לבצע עסקה ניתן לעיין בפריט הרלוונטי בעזרת מידע אודות הפריט והבעלים.

**עסקה במקרקעין ובזכויות במקרקעין –**

נניח וא' הוא בעלים רשום. ב' הוא קונה. הקונה כבר קיבל ושילם הכל, הוא יושב בדירה, יש לו את ההחזקה בדירה, אך משום מה הרישום מתעכב. כעת בא אליו ג' – קונה 2, ומציע לו מחיר טוב על הדירה. ב' רוצה לעשות עסקה במקרקעין. **לב' אין זכות קניינית בדירה הזו, אלא אך ורק זכות חוזית.** איזה עסקה ב' עושה?

בעיה זו שכיחה יותר, כשא' הוא מנהל מקרקעי ישראל. כלומר, מדובר במקרקעי ישראל, הבעלות רשומה על מדינת ישראל/קק"ל. ב' הוא הקונה, **החוכר**. אולם, ב' טרם נרשם בטאבו, אלא הוא רשם רק בספרי מנהל מקרקעי ישראל. גם **לב' זה יש רק זכות חוזית**, ולא קניינית (לפי סעיף 7 ב', עד שהחוכר לא נרשם בטאבו, אין לו זכות קניינית). לב' יש הזדמנות לבצע עסקה עם ג'. איך קוראים לעסקה שבין ב' ל-ג'? כיצד מבצעים אותה?

א' הינו בעלים רשום על נכס בטאבו והוא מעביר את הזכות במקרקעין שלו ל-ב', אך הרישום טרם עבר בטאבו ונרשם רק במנהל. כלומר, ל-ב' עדיין אין זכות במקרקעין בטאבו, לפי הוראת סעיף 6 לחוק, גם אם הוא נכנס פיזית לדירה. אם ב', שעדיין לא מחזיק בזכות קניינית בנכס, מבקש כעת להעביר את זכותו בנכס ל-ג', כל שהוא יכול להעביר ל-ג' הוא זכות חוזית במקרקעין, שתוכנה לקבל את הבעלות (או החכירה). זאת, משום שזכות במקרקעין חייבת להיות רשומה בפנקסי המקרקעין. אם אין רישום – אין זכות במקרקעין.

**הצורך להכריע ולסווג את טיב העסקה בין ב' ל-ג' מתעורר בעיקר כשמעורבים צדדים שלישיים** (ד') (אם מדובר במערכת יחסים בין ב' ל-ג' בלבד, הרי שזכות קניין או חוזית, אין זה משנה). באותם המקרים, עשויה להיות חשיבות לשאלה – מה ב' העביר לג'?

**פ"ד טקסטיל נ' ריינס** – עסקה בין ב' ל-ג'. ג' כבר שילם וקיבל החזקה. כשג' כבר יושב בדירה, מגיע ד' – נושה, נושה של ב' (ב' חייב לו כסף), המעוניין להטיל עיקול על הדרה, הוא מחפש נכסים של בד. ישנו **מעקל מול רוכש.** פ"ד זה עסק במתח שבין מעקל לרוכש, כשב' היה רשום כבעלים בספרי המנהל, ולא ג'. **העימות הינו בין ד' ל-ג, בין המעקל לרוכש** (כשג' יושב כבר בדירה, אך הוא איננו רשום כבעלים).

**מדוע, כשנכנס ד' המעוניין להטיל עיקול על נכסי ב', מעניין אותנו אם לג' יש זכות קניין או זכות חוזית?**

נק' המוצא של פ"ד – **אם ביחסים בין ב' לג' כבר עבר הקניין במקרקעין לג', אזי שד' לא יכול לעקל את הנכס** (כי ד' נושה ב-ב', יכול להטיל עיקול על נכסים השייכים לב' בלבד). לעומת זאת, **אם היחסים בין ב' ל-ג' עדין מצויים בשלב החוזי (ג' נושה ב-ב'), היינו טרם התבצע הרישום, העיקול יתפוס.** הנחת המוצא – הצלחתו של העיקול תלויה בשאלה אם כבר עבר קניין בין ב' ל-ג, או שמא הם עדין מצויים בשלב החוזי.

הלכה זו אינה משקפת את התפיסה בימנו, אלא אך את זו במועד מתן בפסק הדין. **פ"ד אוצר החייל נ' אהרונוב** ביטל את הנחת היסוד הזו. החל משנת 1999, ההלכה הינה כי **העיקול של ד' לא יתפוס, גם אם העסקה של ב' וג' עדין נתונה בשלב החוזי.**

* לפי נק' המוצא של **פ"ד ריינס**, אם ד' היה נושה של א', העיקול בשלב בו הוטל היה תופס.

**עסקת מקרקעין –** תחילה – כריתת חוזה ותשלומים ראשוניים. לאחר מיכן – תשלומים שונים. לבסוף – תשלום אחרון + מסירת החזקה. בפ"ד זה, ד', שהוא נושה ב-ב', הטיל עיקול לאחר שג' שלם על הדירה ומחזיק בה, אך דבר לא רשום על שמו. האם הקניין עבר לג' (העיקול לא תופס), או לא (העיקול תופס)?

בפ"ד זה עולות שתי אפשרויות לאילו סוגי עסקאות נכרתות בין ב' לבין ג' -

1. **המחאת זכויות חוזיות (העברת בעלות בזכות חוזית) –** לב' הנושה מגיע לקבל את הרישום בטאבו מ-א' החייב. הממכר, **נשוא העסקה, בין ב' ל-ג' הינה זכות חוזית**, כאשר ב' מעביר ל-ג' את **הזכות החוזית להירשם בטאבו**, **היינו זכות חוזית לקבל קניין במקרקעין**. ב' בעצם ממחה את זכותו ל-ג' הנמחה. כל העסקה הזאת היא בעצם מחוץ לחוק המקרקעין, כי חוק המקרקעין עוסק בהעברת זכויות קנייניות ולא בזכויות חוזיות, גם אם הן ביחס למקרקעין. לפי תפיסה זו, אם כן, **עסקה כזאת אינה מחויבת בכתב מכוח סעיף 8** (וכול סעיפים 7-10), אך בית המשפט יכול להחיל את דרישת הכתב, מכוח אנלוגיה לס' 8.

מועד העברת הבעלות בממכר עומד במרכז פסק הדין. בעוד הרישום בטאבו הוא הוראה קוגנטית והעברת קניין מתקיימת רק עם הרישום בטאבו, **בעסקה של המחאת זכות, הממכר הוא זכות חוזית** (ולא מקרקעין) **ולכן מועד התרחשות השלב הקנייני תלוי בהסכמת הצדדים או נקבע לפי פרשנות ההסכם** (ואינו תלוי ברישום כזה או אחר). כלומר, אין צורך ברישום, **השלב הקנייני יכול שיסתיים גם ללא רישום.**

ב**סעיף 33 לחוק המכר** נקבע לגבי מיטלטלין, כי אם צדדים לא התייחסו למועד העברת הקניין, הדבר ייחשב כי **הצדדים התכוונו שהממכר יעבור במועד מסירת הנכס**. כמו כן, כאשר לא מדובר במקרקעין, השלב החוזי והשלב הקנייני יכולים להתרחש בו-זמנית. העסקה בין ב' ל-ג' אינה טעונה בהסכמה מצד א' (סעיף 1 לחוק המחאת חיובים: "זכותו של נושה...ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב").

לפי ביהמ"ש, **בהמחאת זכות במקרקעין ניתן להניח, כל עוד אין הוכחה סותרת, שהשלב הקנייני מתבצע בנקודת זמן אחרת מהשלב החוזי. הקניין עובר בשלב אחר – בשלב המסירה**, בהינתן כי הכל שולם, אלא אם כן הצדדים קבעו בחוזה מועד אחר. **השלב הקנייני והחוזי מתבצעים במועדים שונים. בהינתן כי מדובר בהמחאת זכות, ניתן להניח שבסוף התשלומים והעברת החזקה, מתקיים השלב הקנייני (השלב החוזי מתקיים בעת כריתת החוזה)**

**לעיקול אין על מה לחול, לב' אין שום קשר לנכס, הוא המחה כבר לג' הזכות הקניינית בנכס. העיקול לטובת ד' לא תופס.**

א – בעלים רשום, חייב.

ב – מוכר, נושה, ממחה.

ג' – קונה, נמחה.

* הערה - גם כאשר מדובר בהמחאת זכויות חוזיות מדובר בעסקה קניינית. זאת, משום שהנכס נשוא העסקה הוא זכות וזכות היא נכס קנייני. אומנם אין העברה של קניין מוחשי, אך זכות היא קניין לכל דבר.
1. **התחייבות להעברת בעלות במקרקעין –** ביהמ"ש קובע, שישנה אפשרות נוספת לבאר את העסקה בין ב' ל-ג' – ב' מתחייב כלפי ג' לעשות עסקה במקרקעין, מתחייב להקנות לו קניין במקרקעין. **למרות שלב' אין זכות במקרקעין, הוא איננו רשום, גם עסקה בין ב' ל-ג', ניתן לראותה כהתחייבות של ב' להעביר את הזכות במקרקעין לג'** (כשהוא עצמו יקבל את הרישום).

ב' מתחייב להעביר ל-ג' את **הבעלות בטאבו**, למרות שהוא עצמו עדיין לא רשום בטאבו. עם זאת, עד ש-א' לא יקיים את התחייבותו להעביר את הבעלות ל-ב', ב' לא יוכל למלא את התחייבותו כלפי ג'. עסקה כזאת, לפי **פ"ד ריינס** היא **התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, החוסה תחת כנפי חוק המקרקעין**. זאת, משום שהממכר הוא זכות במקרקעין ולא זכות חוזית ביחס למקרקעין. לפיכך, **השלב הקנייני יתרחש רק כאשר יהיה רישום בפנקסי המקרקעין והעסקה גם טעונה כתב.** בין א' לבין ג' לא נוצר קשר ישיר, ועניין לנו בשני חוזים נפרדים – בין א' ל-ב' ובין ב' ל-ג'. לפיכך, בעוד שבהמחאת זכות חוזית, ג' יכול לתבוע את א', כאן אין יריבות חוזית בין ג' ל-א' ולפיכך **ב' ממשיך להיות הנושה של א'**.

אם זו הפרשנות, אזי שחלים על העסקה סעיפי חוק המקרקעין, העסקה הינה בתוך חוק המקרקעין – לג' אין קניין (לפי סעיף 7ב' לחוק, אם העסקה לא הסתיימה ברישום, לא מועברת זכות קניינית). **בהינתן כי לג' אין זכות קניינית במקרקעין, העיקול יחול לתפוס.**

לסיכום - כאשר המתחייב אינו רשום בטאבו, יש שתי אפשרויות לפירוש העסקה -

1. **המחאת זכות** – הממכר הינו זכות חוזית ביחס למקרקעין. חל על זה חוק המחאת חיובים, הזכות הקניינית מועברת גם ללא רישום. העיקול של ד' לא תקף.

1. **עסקה במקרקעין** – הממכר הינו זכות קניין במקרקעין. חל על זה חוק המקרקעין. אין רישום – לא מועברת זכות קניינית. העיקול של ד' תקף.

האפשרות הראשונה מקלה על ב' כיוון והיא נוגעת לנכס הנמצא בידיו. באפשרות השנייה, ב' מתחייב להעביר דבר שעדיין איננו ברשותו, ולכן זה מסובך יותר.

* בהיעדר ד' כלשהו, מהי החשיבות של הסיווג של הזכות שהועבר לג' (קניינית או חוזית)? **אם עברה הזכות הקניינית בין ב' ל-ג', ב' חדל להיות נושה של א' ו-ג' הופך להיות נושה של א'. כעת ג' יכול לדרוש מ-א' את רישום הזכות על שמו בטאבו. בעסקת המחאת זכות – ב' מפסיק להיות נושה של א', ג' הוא הנושה של א'. ג' יכול לתבוע את א'.** **מנגד, בעסקה במקרקעין - אין יריבות משפטית בין ג' לא'. ג' לא יכול לתבוע מא' את רישות הזכות על שמו.**

במקרים רבים מתעורר בעיית פרשנות. השאלה הינה – למה התכוונו הצדדים? אנו צריכים להסיק, מלשון החוזה ומנסיבותיו, אם הצדדים התכוונו לבצע עסקה במקרקעין, או עסקה להמחאת זכות? ביהמ"ש **בפ"ד ריינס** קבע כי **הצדדים התכוונו להמחות זכות.** ביהמ"ש הפעיל **חזקה פרשנית** – כשלא ברור מהנסיבות או מהלשון היכן אנו מצויים, ישנה חזקה פרשנית, הניתנת לסתירה – **הגיוני שהצדדים התכוונו לבצע את עסקה מס' 1, היינו המחאת זכות במקרקעין**. מדוע זה יותר הגיוני?

בעסקה המחאת זכות במקרקעין, הנכס מצוי בידו של ב', **הכל תלוי בו**. מנגד, אם ב' מתחייב להעביר את הקניין במקרקעין, הוא אפילו לא יכול להתחייב על מועד (אולי א' יאחר). הדבר לא נתון בשליטתו. על כן, **סביר יותר לפרש את המצב, ככזה שבו ב' נטל על עצמו התחייבות, שהקיום והביצוע שלה תלוי אך בעצמו.**

השופטים קובעים כי לכל המאוחר, העברת הקניין הושלמה כאשר המוכר קיבל את כל הכסף ומסר את ההחזקה בנכס ודברים אלו אירעו, לפי העובדות המתוארות בפסק הדין, לפני הטלת העיקול. אם כך, הקניין הועבר ל-ג' עוד לפני הטלת העיקול והמעקל אינו יכול לשים יד על הזכות החוזית בנכס, כי היא כבר עברה מידי ב' ל-ג'. לפיכך, זכותו של ג' גוברת על זכותו של המעקל והעיקול איננו "תופס".

* **כיום, הלכת ריינס אינה שרירה - גם אם לג' יש רק זכות חוזית (ולא קניינית), הוא גובר על מעקל. אולם, יתר ההלכות עדיין תקפות – האבחנה בין האפשרויות והחזקה הפרשנית.**
* האם גם כשא', בעלים רשום, הולך לעשות עסקה עם ב', עומדות שתי האפשרויות? ניתן להמחות אך ורק זכות חוזית. **ל-א' אין זכות חוזית כלפי אף אחד, ועל כן האפשרות הראשונה, היינו המחאת זכות במקרקעין, אינה אפשרית – אין זכות חוזית שניתנת להמחאה. אי לכך, האופציה היחידה הינה עסקה במקרקעין.**

**פ"ד כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים בע"מ** – זוג צעיר (ב') רוכש דירה שרשומה בטאבו על שם המוכר (א'). הזוג הצעיר נזקק להלוואה בגובה חצי מיליון ₪ מהבנק למשכנתאות (יכול להשיג בעצמו 50% ממחיר הדירה). **הבנק בד"כ לא נותן הלוואה בלי לקבל כמשכון נכס ששוויו עולה על גובה ההלוואה**. הבנק רוצה נכס כמשכון ששוויו מיליון שקלים – הדירה שאליה עוברים בני הזוג. כיוון והדירה עודנה רשומה על שמו של א', ו-א' לא יעביר את הרישום בדירה על שמם של ב', עד שיקבל את מלוא התמורה הכספית, **כל שבני הזוג יכולים להציע לבנק כמשכון הוא הזכות החוזית לקבל מהמוכר את הרישום על הדירה**. לפיכך, **הזוג משעבד לבנק את הזכות החוזית שלו בדירה**. "**הביצה והתרנגולת**" - הזוג לא יכול לתת משכנתא (זכות במקרקעין), כל עוד הדירה לא רשומה על שמם, ואילו ב' לא יעביר לו את הדירה, בטרם יקבל את הסכום. מי יכול להעניק לאחר זכות במקרקעין? רק בעלים רשום של המקרקעין (או חוכר רשום) יכול להעניק לבנק משכנתא. הזוג כן יכול לפעול ע"פ שתי האפשרויות לעלי – **התחייבות לעשות משכנתא, או משכון זכות.**

1. **משכון זכות** - למשכן לבנק את מה שיש לו כבר – למשכן את הזכות החוזית, היינו למשכן את הזכות לקבל בעלות במקרקעין, לאחר שהזוג הצעיר ישלם את כל הסכום. **לבנק אין משכנתא (משכון מקרקעין), אלא הזוג ממשכן לבנק זכות חוזית בלבד.**
2. **התחייבות לעשות משכנתא** – התחייבות, בבוא העת, לרשום לבנק משכנתא. מתי? אחרי שהזוג הצעיר יהא בעלים רשום בטאבו (רק בעלים/חוכר רשום בטאבו יכול להעניק משכנתא). בעבר, הבנקים הסתפקו בהתחייבות של הזוג לעשות משכנתא. בפרקטיקה, כיום, הבנקים לא מסתפקים באפשרות זו – **כל עוד המשכנתא לטובת הבנק לא נרשמה בטאבו, אזי (לפי סעיף 7ב') שמדובר בזכות חיובית בלבד.** כשב' נקלע לחדלות פירעון, ויש לו נושים אחרים, **לבנק אין עדיפות על פני נושים אחרים**, יש לו אך התחייבות לקבל משכנתא, ולא משכנתא (המשכנתא הינה אך בשלב החוזי ולא הקנייני. הבנק לא מוגן. תפקידה העיקרי של המשכנתא לא מתמלא – הבנק לא יכול לגבות, בעדיפות, כאשר החייב מצוי בחדלות פירעון. בפרקטיקה, הבנקים לוקחים גם וגם – **הבנק לוקח גם משכון זכות וגם התחייבות לעשות משכנתא.**

כאשר עניין לנו בהמחאת זכויות (בין אם בעלות או משכון), מדובר בעסקה הנמצאת **מחוץ לחוק המקרקעין**. הנכס נשוא העסקה הינו זכות חוזית בנוגע למקרקעין, ולא מקרקעין. לכן, **משכון הזכות נרשם אצל רשם המשכונות**. **השלב הקנייני של עסקת משכון מגיע רק עם הרישום אצל רשם המשכונות**. בעוד **שבפ"ד ריינס** הייתה העברת של בעלות בזכות חוזית - בעלות שאינה תלוית מרשם, **הרי שמשכונים תלויים בהפקדה או ברישום**. המשכון יוצא לפועל, רק כאשר הוא נרשם. אם כן, בשלב הראשון בני הזוג מתחייבים למשכן את הזכות החוזית ורק כאשר המשכון נרשם אצל רשם המשכונות, מתרחש השלב הקנייני של המשכון. **משכון זכויות הוא נכס עכשווי, וברגע שהוא נרשם אצל רשם המשכונות, הבנק הופך להיות נושה מובטח.** הבנקים, כיום, נוהגים לקחת משכון זכויות מכל זוג צעיר (הדבר מעניק להם תוקף כלפי אחרים, עד לרישום).

במשכון זכויות, מתקיימים שני הדגמים –

* הדגם הראשון – ביצוע **משכון הזכות החוזית**, עד לרישום בטאבו.
* לאחר מיכן, הדגם השני – עם הרישום בטאבו, מתרחשת **העברת המשכנתא על הנכס**.

**החיסרון במשכון זכויות חוזיות** – נניח ומחיר הדירה הוא מיליון, כשחצי מגיע ממקורות עצמאיים והחצי השני מהלוואה מהבנק. נניח והקונים מסתבכים מבחינה פיננסית, וכתוצאה מכך הם לא משלמים למוכר את החצי השני ולא פורעים את ההלוואה. המוכר, מצידו, יבטל את החוזה, שכן מדובר בהפרת חוזה. המוכר רשאי לבטל את הזכות החוזית. להבדיל מנכס מוחשיה - מקרקעין או מטלטלין, הזכות החוזית הינה נכס לא מוחשי, שיכולה להתבטל. **בהיעדר זכות חוזית, אין למשכון על מה לחול.** בהינתן כי הבנק לא פרע את ההלוואה, הבנקים הלכו ומימשו את הדירה. אולם, רק הזכות החוזית מושכנה לבנק, ולא הדירה. נטען כי **הבנקים לא יכולים לממש. על הבנק למכור את הזכות החוזית ולא את המקרקעין**. על כן, את ההלוואה לצורך רכישת הדירה הבנק מעביר ישירות לא', תוך **שהוא** **דורש מהמוכר, כי בעת ביטול החוזה, הסכום יוחזר אליו.**

**פ"ד מג'יד נ' סעיד** - המערער הגיש תביעה נגד אחיו ביחס לחלוקת שטח שהותיר להם אביהם. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בקובעו כי צוואת האב המנוח גוברת על תצהירי מתנה שניתנו בטרם מותו מאחר והמנוח היה רשאי לחזור בו מהתחייבויותיו הקודמות בהתאם לסעיף 5 לחוק המתנה. מכאן הערעור לבית המשפט העליון.

ביהמ"ש קבע, כי **הקניית בעלות במקרקעין בדרך של מתנה מסתיימת עם רישום הבעלות במרשם המקרקעין על שמו של מקבל המתנה, כאשר עד לביצוע הרישום מדובר בהתחייבות לעשות עסקת מתנה**. עם זאת, הפסיקה הבחינה בין שני מושגים -

**"דבר מתנה" שהוא זכות במקרקעין** (**התחייבות לעשיית עסקת מתנה במקרקעין**) – מדובר בהתחייבות לעשות עסקה מתנה, עד לרישום הזכות במרשם המקרקעין. כל עוד לא נרשמה הזכות על שמו של מקבל המתנה במרשם המקרקעין, נותן המתנה יכול לחזור בו ממנה, בהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיף 5(ב) לחוק המתנה.

"**דבר מתנה" שהוא זכות אובליגטורית ביחס למקרקעין** (המחאת זכות חוזית) – מדובר בנכס שאינו מקרקעין, לגביו יחולו דרכי ההקניה הקבועות בסעיף 6 לחוק המתנה, ועסקת מתנה בו ניתנת להשלמה, גם בלא רישום במרשם המקרקעין. נותן המתנה לא יכול לחזור בו מן המתנה שהושלמה.

המנוח, וכמוהו המערער, לא ראו את התחייבות המנוח כהמחאת זכויות שהושלמה, אלא כהתחייבות לתת מתנה, אשר ממנה יכול המנוח לחזור. לפיכך, בנסיבות המקרה דנן **הצוואה אכן גוברת על ההתחייבות לתת מתנה ויש לדחות את הערעור.**

**הערת אזהרה -**

בעסקת מקרקעין יש פער זמן בין השלב החוזי לשלב הקנייני, הנובע מהצורך להביא אישורים שונים לרשויות מס שונים (הזמן המינימלי – כחודש-חודשיים). הערת אזהרה הינה מוסד שבא לענות על בעיות שעלולות להיווצר בפער ההכרחי מבחינת הזמן בין השלב החוזי והשלב הקנייני בעסקאות מקרקעין. ישנו פרק זמן לא קצר בין השלב החוזי והקנייני, בו יכולים לקרות אירועים שונים שיפגעו בזכותו של הרוכש. **ישנם שלושה סוגים קלאסיים של אירועים –**

1. **עיקול –** נושה של המוכר, אדם לו המוכר חייב, עלול להטיל עיקול על המקרקעין, שהם בבעלות המוכר (בבעלותו עד שינוי המרשם).
2. **חדלות פירעון –** מצב בו המוכר נקלע לקשיים פיננסיים, ואחד מנושיו, שהוא אינו פורע לו את החוב, נוקט בהליכים של חדלות פירעון, והמוכר מגיע למצב של פשיטת רגל (ביחס לתאגידים – פירוק). במקרה כזה, יש חשש לקונה, שהקניין טרם עבר אליו, שהוא יחשב כאחד הנושים האחרים, לא תהא לו עדיפות, ועל כן הוא יהיה חייב להתחלק עם יתר הנושים בסכום שיתקבל ממכירת הקניין.

חדלות פירעון / עיקול – יכולים לקרות בפרק הזמן שבין השלב החוזי לקנייני ולהוות בעיה לקונה.

1. **עסקה נוגדת - מכירת הקניין ליותר מאדם אחד** – עסקה זו נוגדת את הזכויות של הקונה הראשון, ועל כן הוא מסתבך בתביעות עם המוכר והקונה השני.

**הערת אזהרה היא מוסד שמגן על הקונה בפער הזמן שבין החיוב לקניין**. מדובר בדבר זמני (נבלע, בשלב מסוים, בזכות אחרת), הערת אזהרה היא **זמנית באופייה** – ישנה הגנה, עד לסיומו של השלב הרישומי, בו הקונה כבר רשום כבעלים. **הערת האזהרה נבלעת במרשם של הבעלות, זוהי הגנה זמנית, עד לרישום בפועל של הנעבר.**

את הערת האזהרה מבצעים באמצעות רישום ביניים, המגן על הקונה בשלב הביניים. הרישום הינו בטאבו – כל מי שמעיין במרשם יכול בנקל לראות שעל חלקת מקרקעין מסוימת רשומה הערת אזהרה בטאבו. **בהינתן הערת אזהרה, המוכר לא יכול למכור את הקניין לאחר, הערת האזהרה שוללת מהמוכר את זכויותיו על הקניין. בנוסף, לא נושיו ולא מעקליו של המוכר יכולים לשים ידם על הנכס.**

**סעיף 126א' לחוק המקרקעין** (מי זכאי לרשום הערת אזהרה) – כל צד יכול לבקש רישום של הערת אזהרה. כלומר, על פי בקשה של הקונה ניתן לרשום הערת אזהרה, אין צורך בשיתוף פעולה עם המעביר / מוכר.

**מפני מה מגנה הערת האזהרה על ב', הקונה?**

סעיף 127א' – "נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט". כלומר, אם א' כרת חוזה עם ב', ומיד נרשמת הערת אזהרה לטובת ב', **לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן הערת האזהרה**. רשם המקרקעין, מרגע רישם הערת האזהרה לטובת ב', לא רשאי לרשום עסקה, הסותרת את תוכן ההערה. רישום ההערה בטאבו לא מאפשר לרשם המקרקעין לרשום כל עסקה סותרת – לא רק בעלות, אלא גם משכנתא, זיקת הנאה ושכירות – **כל עסקה הגורעת מזכויותיו של ב', סותרת את תוכן ההערה, ועל כן היא אינה ניתנת לרישום.** זוהי **הגנה פרוצדורלית** בלבד.

הערת אזהרה מונעת את כניסת המוכר לעסקאות נוגדות שיכרתו לאחר רישום ההערה, אך **הערת האזהרה לטובת ב' לא מסייעת לו להתגבר על עסקאות נוגדות שהתקבלו לפני מועד כריתת החוזה.** מה יהא הדין בעימות זה, בין רוכש של זכות נוגדת (שלא רשם הערת אזהרה לטובתו) לבין ב'? סעיף 9 לחוק המקרקעין מסדיר עניין זה.

**פ"ד דניאלי** – הערת אזהרה נוגדת כן יכולה להירשם, בעוד שעסקה נוגדת לא. **הרשם רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת ג', אך לא עסקה נוגדת.** הרציונל הינו כי הרשם הוא לא זה שיכריע במצב של עסקאות נוגדות, רשם המקרקעין איננו הכתובת להכרעה. אם הרשם ירשום בעלות לטובת ג', הוא מכריע לטובתו – אסור לפי סעיף 127א'. מנגד, הרשם רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת ג' (הוא אף מחויב לכך). **במצב שכזה, בו ישנן שתי הערות אזהרה נוגדות, ביהמ"ש הוא זה שיכריע במצב של עסקאות נוגדות, לפי סעיף 9.**

* **ההשלכה המשפטית של העיקול** – גם אם נושה מסוים הטיל עיקול על מקרקעין של חייבו, העיקול מונע מרשם המקרקעין לרשום עסקה הנוגדת את העיקול. אם החוב לא נפרע, הנושה יכול ללכת להוצאה לפועל, לממש את המקרקעין המעוקלים ולהיפרע מהתמורה. **המשמעות הינה כי הכוח שסעיף 127א' מעניק להערת האזהרה דומה לכוחו של העיקול.**

עד לשנת 1969, כל ההגנה של הערת האזהרה הסתכמה בסעיף זה. נטען כי מדובר אך בהגנה פרוצדורלית. **על כן, המחוקק הוסיף את סעיף 127ב', המגן על המוטב, מהרגע שרשם הערת אזהרה, מפני עיקולים ופשיטת רגל.**

סעיף 127ב' –"נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה".

**לעניין העיקול - לב' עדיפות על המעקל**. **לעניין פשיטת הרגל** - אם א' פשט רגל, ומתמנה נאמן או מפרק, הפורע את החוב ממכירת הנכסים של א', הסעיף מגן על ב' – הדירה **לא תעמוד לחלוקה בפני כלל הנושים.**

* דוג' - חוזה בין א' לב', ב' רשם הערת אזהרה. לאחר חצי שנה א' נכנס לחדלות פירעון, והתמנה לו בעל תפקיד, נאמן/מפרק, שאוסף את כל נכסיו של החייב ומחלק לנושים. אם נשאר משהו – חוזר לחייב. מה קורה, בפועל, במצב זה, לאור סעיף 127ב'? סעיף 127ב' קובע **הגנה מהותית** לב' – בעל התפקיד לא יוכל לקחת את הדירה ולחלק אותה לכל הנושים האחרים. ב' לא צריך לחשוש מפשיטת הרגל של א'. בפועל, המוטב לא יכול לפעול לבד, בלי שיתוף פעולה של המפרק/נאמן. **לטובת ב' יש הערת אזהרה, שכוחה הוא בכך שבעל התפקיד לא יכול למכור את הנכס, אך אין זה מספיק. מה ב' יכול לעשות?** ב' יצטרך לבוא בדברים עם בעל התפקיד, לשלם לו את יתרת התשלומים, אם יש, ואז יקבל את הדירה על שמו. המקרים הסבוכים – כשהדירה לא גמורה.

"ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהייתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה" **–** הערת האזהרה היא שלב מקדים לשלב הקנייני. **ישנם מצבים, לפי דיני חדלות פירעון, בהם בעל התפקיד רשאי לעתור לביהמ"ש ולהביא לביטול עסקאות שנגמרו ברישום.**

* לדוג' – תהליך פשיטת הרגל, בד"כ, הוא תהליך הדרגתי. אדם רואה שהוא הולך ליפול, יש לו הרבה נושים, הוא נותן מתנות לבני משפחתו. לנושים לא נותר ממה לגבות. בעל התפקיד רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש את ביטולן של עסקאות שכאלה, של הרגע האחרון.

**לפי סעיף 127ב' סיפא, אם יש, לפי דיני חדלות פירעון, טיעון של בעל התפקיד, בשמו הוא רשאי לעתור לביהמ"ש ולבטל את העסקה, ברור הוא שהוא יכול לעתור לביהמ"ש ולבטל את רישם הערת האזהרה.**

**פ"ד שגיב נ' וולבסקי –** קבלן רצה לבנות מגדל דירות של 20 קומות, ומכר דירה אחת בלבד. הקבל הסתבך. הקונה רשם הערת אזהרה לטובתו. הקונה דורש את הדירה. הבנייה הינה בשלב מאוד התחלתי. ביהמ"ש קבע, שאם ההתחייבות של פושט הרגל הינה עדין בשלב החוזי – הנאמן רשאי לבטל התחייבויות חוזיות של פושט הרגל (הצד השני יכול לתבוע בגין הפרת חוזה). זהו **ויתור על נכס מכביד.** סעיף 127ב' לא חל על סיטואציות אלו, אך ישנה פסיקה של ביהמ"ש המקבלת זאת.

לפי הפסיקה והספרות, **127א' מעניק הגנה פרוצדורלית** – מחסום מפני רישום עסקה סותרת של הרשם, ואילו **סעיף 127ב' מעניק הגנה מהותית** – המוטב על פי ההערה עדיף על מעקלים ועל נושים אחרים של המוכר במצב של חדלות פירעון.

האם הערת האזהרה, כשלעצמה, היא זכות קניינית?

לכאורה, ניתן להגדיר גם את הערת האזהרה כזכות קניינית, שכן יש לה את התכונות של זכות קניינית – עדיפות ועקיבה. **סעיף 127ב' קובע במפורש את תכונת העדיפות של הערת האזהרה.** עקיבה – הזכות עומדת כלפי כל אדם אחר הרוכש זכות בנכס – **תכונת העקיבה של הערת האזהרה נובעת מסעיף 127א'**.

הערת האזהרה נוסדה כגישור בין השלב החוזי לקנייני. ההלכה הבסיסית, לפיה אדם יהא מוגן רק כאשר יהיה רישום מלא על שמו, בעייתית בשל פערי הזמן. האם הערת האזהרה, המעניקה הגנה לטובתו של ב', מעניקה בעצמה זכות קניינית? האם ההגנה המהותית והפרוצדורלית גורמות לכך שהמוטב מקבל זכות קניינית?

**פ"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי** – האם הערת האזהרה, כשלעצמה, היא סוג של שיעבוד, המחייב את רישום ההערה גם במשרדי רשם החברות? עד לפסק דין זה, היה מוסכם שמשכנתא טעונה רישום כפול. אף אחד לא חשב שהערת אזהרה טעונה רישום כפול. **ביהמ"ש קבע, כי הערת האזהרה היא סוג של שיעבוד (היא לא משכנתא), ולכן אין להסתפק במרשם אצל רשם המקרקעין, אלא יש לרשום אותה גם אצל רשם החברות, על מנת שהנושה שלטובתו נרשמה האזהרה ייהנה מעדיפות**.

**ביהמ"ש לא התבטא בצורה חד-משמעית, אך קביעתו העניקה להערת האזהרה גוון קנייני, כי הערת האזהרה קיבלה תוקף של מעין שיעבוד**, **ושעבוד היא זכות קניינית**. ביהמ"ש קבע, שהערת אזהרה היא סוג של שעבוד, כי המוטב ע"פ ההערה מקבל מה שמקבל בעל שעבוד, בעל הערת אזהרה זכאי לעדיפות על פני נושים אחרים של חדל הפירעון. **כל הערת אזהרה נותנת לב' עדיפות על נושיו של א', ומבחינה זו היא שיעבוד.** על כן, אם א', המתחייב, הוא תאגיד, יש צורך ברישום כפול.

על מנת למנוע פגיעה ברוכשי דירות מחברות שהתרסקו, הזדרז המחוקק ועקף הלכה זו ע"י **תיקון מס' 16** (1994) לחוק המקרקעין, שתיקן את ס' 127, כך שיורה **שאין דרישת כפילות על הערות אזהרה (סעיף 127ב' –** "הערת אזהרה שנרשמה (בטאבו), אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר שמתנהל על פי דין"). **זוהי הוראה מיוחדת ששינתה את פ"ד רוזובסקי, וקבעה שהערת האזהרה אינה טעונה מרשם בכל רישום אחר, מלבד הטאבו.** סעיף ספציפי זה גובר על הסעיף הכללי בפקודת החברות, ומכאן שמספיק לרשום הערת אזהרה בטאבו ואין צורך לרשום אותה גם אצל רשם החברות. המחוקק לא ביטל את הקביעה, לפיה הערת אזהרה יכולה להיחשב לשעבוד, אך לצורך הרישום פועלים לפי סעיף 127ב'1, הקובע שהערת אזהרה מספיק לרשום בטאבו. **לאחר תיקון החוק, לצורך הרישום, אין רלוונטיות לשאלה אם הערת אזהרה היא זכות קניינית, או לא.**

**היחס בין הערת אזהרה למשכנתא** - הערת אזהרה חלשה יותר ממשכנתא. בעל משכנתא, שהחייב לא שילם לו רשאי למכור את המקרקעין המשועבדים לו ולהיפרע מהתמורה. אומנם במצב של חדלות פירעון, עד שהמפרק לא משלם לבעל הערת אזהרה, הוא אינו רשאי למכור את הנכס, אך הערת אזהרה אינה מונעת עסקאות והסדרים עתידיים עד לפריעת החוב ואינה נותנת למחזיק בה לממש את המקרקעין. מכאן שברור לאדם יש תמריץ לסיים את הרישום.

**מדוע יש צורך ברישום כפול של משכנתא לפי פ"ד רוזובסקי?** הרישום בפנקסי המקרקעין הוא לפי הנתונים של חלקת מקרקעין ספציפית – גוש חלקה. רישום זה יעניין את מי שרוצה לרכוש זכות באותו מקרקעין מסוימים (את אותה חלקה). מי שמעיין ברשם החברות רוצה לדעת על המצב הכללי של החברה והנכסים שלה, כדי לראות אם תוכל לעמוד בהתחייבות כספיות. לגבי מיטלטלין, זה נרשם אצל רשם החברות, מפני שרשם החברות בא במקום רשם המשכונות, אך מי שרוצה לרכוש זכות במקרקעין מסוימים לא יעניין אותו מצב החברה אצל רשם החברות, והוא מסתפק בעיון אצל רשם המקרקעין. הערת אזהרה אינה טעונה רישום כפול ומשכנתא כן. לכן, מי שרוצה לדעת על מצב החברה, לא יהיה לו מידע על הערת אזהרה. יש פה חוסר הגיון בנושא, מה שהעלה את השאלה - למה ביטלו את המרשם הכפול לגבי הערת אזהרה? הרי מי שרוצה מידע כללי על החברה רוצה לדעת גם אם יש עליה הערות אזהרה.

כתוצאה מהתיקון, 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.

* **גם אם הערת האזהרה מגנה מפני עיקולים ומצבים של חדלות פירעון, עדין יש לב' תמריץ להשלים לטובתו את הרישום – לצורך דיני העסקאות הנוגדות וצורך תקנת השוק (לצורך סעיפים 9-10 לחוק המקרקעין), מצבו של ב' יהא טוב יותר, אם בהינתן רישום מלא, ולא רק הערת אזהרה.** הערת האזהרה לא מגנה על כל המקרים, יש תמריץ לרישום מלא.

הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה -

**פ"ד רוזובסקי** - המתחייב לעשות משהו, בעצמו איננו רשום כבעלים. ב' – מתחייב, ג' – זכאי, א' – בעלים רשום. ב' מתחייב כלפי ג', אך הוא אינו בעלים רשום והוא לא שוכר רשום, הוא לא אחד מבעלי זכות קניין רשומים. כל שיש לו הוא חוזה עם הבעלים הרשום – א', לפיו ב' אמור לקבל בעלות. הבעיה של הערת אזהרה על הערת אזהרה שכיחה במיוחד בעסקת קומבינציה – א' ביצע עסקה עם ב' להעברת הבעלות לב', הבעלות טרם נרשמה על ב'. לב' יש אך ורק הערת אזהרה. ב' עושה חוזה ג' להעברת המקרקעין. ישנן שתי אפשרויות – המחאת זכות, או עסקה במקרקעין. **נניח ומדובר בעסקה במקרקעין, וג' מעוניין בהערת אזהרה לטובתו. האם על פי התחייבות של ב' כלפי ג', יכול ג' ללכת לטאבו ולרשום הערת אזהרה נוספת, לטובתו?**

**האם ניתן לרשום הערת אזהרה על הערת אזהרה, כשלמתחייב בעצמו אין לו זכות קניין רשומה במקרקעין (אלא רק הערת אזהרה) והעסקה בין ב' וג' היא עסקה במקרקעין?** התשובה מופיעה **בסעיף 126א'** – רק אם ב' היה בעל זכות בעלות, משכנתא, זיקת הנאה או זכות קדימה, מכוח ההתחייבות שלו ניתן יהא לרשום הערת אזהרה. **אם לב' יש רק הערת אזהרה, מכוח ההתחייבות שלו לא ניתן יהא לרשום הערת אזהרה**.

הניסוח של 126א' שונה בעקבות **פ"ד רוזובסקי**. עד לאמצע שנות ה-90, הניסוח המקורי היה – "הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל זכות במקרקעין התחייב בכתב לעשות בהם עסקה". לא היה פרוט של כלל הזכויות הקניינות. האם ב', בעל הערת אזהרה במקרקעין, נחשב כבעל זכות קניין במקרקעין (ובמקרה זה, התחייבותו מאפשרת רישום הערת אזהרה)? **המחוקק שינה את הניסוח וקבע שהתחייבות מאדם שיש לו אך ורק הערת אזהרה, לא ניתן לרשום הערת אזהרה מכוחה.** אם המתחייב אינו בעל זכות קניינית מהרשימה הסגורה הנ"ל, לא יוכל לכתוב הערת אזהרה. **על כן, גם לעניין רישום הערת אזהרה על הערת אזהרה, אין חשיבות לסווגה של הערת האזהרה כקניינית, או לא.**

מה קורה בפרקטיקה? ג' לא יכול לרשום הערת אזהרה. א' מסכים שתירשם הערת אזהרה לטובתו של ג'. ניתן לרשום הערת אזהרה לטובת ג', אך ורק בהסכמתו של א'. לכן, **בפרקטיקה, כבר בחוזה הקומבינציה בין א' לב', צד בד מכניס סעיף, לפיו א' מסכים לרשום הערת אזהרה לטובת כל ה-ג'מלים שירכשו דירה מסוימת מ-ב'.** אם ב' לא יצליח למכור לג'ימלים, ב' לא יצליח להרים את הבניין, והוא לא יקיים את החובה המשפטית כלפי א'. לכן, בשטח, א' מתחייב ומסכים שירשמו הערת אזהרה לטובת ג' – הסכמה מפי הבעלים הרשום.

**תקנת השוק – מקרקעין**

אנו עוסקים במקרה בו מעורבים שלושה צדדים (לא כולם מעורבים באופן אקטיבי) –

1. בעל זכות הקניין – בעלים מקורי (א').
2. ב' – מוכר.
3. ג' – קונה.

הייחוד של מקרים אלה – **בין א' לב' לא נערך שום הסכם**. למעשה, ב' משתלט, שלא כדין, על משהו שלא' יש את זכות הקניין עליו. ב' משתלט, שלא כדין, ומוכר את הנכס מידית, לג'. את ב' ניתן לתבוע אזרחית (ולעיתים גם פלילית). ב' מכר לג' נכס שהוא לא שלו. במקרה זה, ישנה הפרת חוזה, אי ההתאמה משפטית מעוגנת בסעיף 18 לחוק המכר. אנו לא עוסקים בתביעות החוזיות או הפליליות. ב' משאיר את א' וג' בשטח. כל שיטת משפט מתקשה להכריע בין א' ל-ג' (שניהם, בעצם, צודקים ולא אשמים – מאחד הנכס נגנב, השני קנה נכס שהמוכר שלו לא היה זכאי למכור אותו).

דיני הנזיקין יותר גמישים, ניתן לפסוק 50-50 (רשלנות תורמת, לחלוקת הנזק). דיני חוזים אינם גמישים, אך יש חדירה מסוימת של מעין רשלנות תורמת. בדיני הקניין, הדין הולך לאחד מהם – יש להכריע, על מי מטילים את הפסד (למרות שההתנהגות של שניהם היא ללא דופי). לפי עקרונות דיני הקניין, לכאורה, א' הוא זה שאמור לצאת כשידו על העליונה - זכות קניינית לא צריכה להיפגע, הקניין יפה כלפי כולם. אולם, אין זה מדויק, שכן ישנם נסיבות, בהם אנו סוטים מההגנה על הקניין, לטובת עקרונות אחרים. המשפט, תפקידו, לאזן בין העקרונות השונים.

באופן כללי, **העיקרון שנוגד את ההגנה על הקניין, הינו תקנת השוק – עידוד חיי המסחר, האפשרות שבני אדם יוכלו לרכוש נכסים, ולא לעמוד בסיכון גבוה מידי, שמא הנכס גנוב, או הגיע למוכר כשהמוכר לא זכאי למכור אותו.** נקודת המוצא – ההגנה על זכות הקניין, אך יש עקרון נוגד – תקנת השוק (יש לאזן בין העקרונות). תקנת השוק יותר מתאימה **למיטלטלין**, שכן בהם יש לעודד עסקאות מהירות (על מנת לא לפגוע במסחר השותף). **במקרקעין**, מנגד, אין זה כך – עסקת מקרקעין נעשית בקצב איטי יותר, לאחר בדיקות שונות. **סעיף 34 לחוק המכר עוסק בתקנת השוק לעניין מיטלטלין. סעיף נוסף העוסק בתקנת השוק – סעיף 5 לחוק המשכון.**

**סעיף 10 לחוק המקרקעין** - הסעיף עוסק במקרקעין רשומים בלבד (מה שרשום במנהל לא ייכנס לסעיף זה). הרציונל – ההסתמכות על הרישום. **סעיף זה, מלבד ההגנה על השוק, נותן מהמנות לזכויות הרשומות במרשם המקרקעין.** סעיף 10, מזווית זו, שייך לקבוצה אחת עם סעיף 7ב' לחוק. שני הסעיפים מעלים את מהמנותו של המרשם בטאבו, ומחזקים את חשיבות המרשם. סעיף 10 נותן משקל חשוב להסתמכות על המרשם. כאשר הסעיף פוסק לטובת ג', כנגד א', אחד התנאים עבור ג', שהוא סמך על המרשם בטאבו. כלומר, ג' קנה את המקרקעין מ-ב', אחרי שהוציא נסח ובדק (ראה שב' בעל הזכויות וראה שאין דבר אחר הרשום לטובת א'). **תוצאה זו של ס' 10, מעוגנת גם במדיניות להעניק כוח רב יותר למרשם בטאבו.**

ב' הנחזה הוא בעלים רשום בטאבו, ואילו הבעלים האמתי של המקרקעין זה א'. כיצד?

* **השתלטות ברמייה על מקרקעין** – א' יושב בארה"ב ולא יודע מה קורה עם המקרקעין. ב', בדרכי רמייה, טוען שהוא קנה את הקרקע מ-א' ומבקש לשנות את המרשם בטאבו. לפי תקנות סדר הדין, נשלח כתב תביעה לארה"ב, וכאשר הבעלים האמתי לא מגיב, התובע מקבל פ"ד הצהרתי, לפיו המקרקעין שלו. כך מצליח ב' להעביר מקרקעין משמו של א' לשמו.
* **שימוש בייפוי כוח מזויף** – ב' בא עם ייפוי כוח מזויף של א', ומעביר את הקרקע על שמו. ג' בודק במרשם ורואה ש-ב' באמת הבעלים של הקרקע.

הוראות תקנת השוק (סעיף 10 ו-34) – אם התמלאו תנאים מסוימים, תחול תקנת השוק – נפסוק לטובת ג', על חשבון א'. אנו נסטה מעקרונות דיני הקניין, לשם עידוד המסחר. אין מדובר בהכרעה טוטאלית, אלא סעיפי החוק מחפשים אחר איזון ראוי בין א' לג' – התנאים שבסעיף. ג' יזכה להגנת תקנת השוק, רק אם נתמלאו התנאים הכתובים בסעיפים. בהינתן כי לא התמלאו התנאים, א' יזכה לעדיפות.

לפי **פ"ד סונדרס**, הנטייה במקרקעין הינה לפרש את סעיף 10 באופן צר יותר, משום **שבמקרקעין** צריכה להיות **הטיה לטובת א'** (בעלים רשום של מקרקעין), על פני ג'. ההגנה על זכות הקניין, על האינטרסים של א' גדולה יותר. **יש להעניק לתנאי סעיף 10 פרשנות דווקנית יותר, עמידה דווקנית על תנאי הסעיף. ומכאן שכל פרשנות צרה של תנאי הסעיף מטה את הכף לטובתו של א'.** **בנכסי מיטלטלין, מנגד, תהיה הנטייה להסיט את נקודת האיזון לטובת הקונה.** **מידת החומרה שיש לנהוג בה כאשר עוסקים ב"תקנת שוק" במקרקעין קלה יותר כאשר עוסקים ב"תקנת שוק" במיטלטלין.** **כאן, מוסטת נקודת האיזון לטובת הקונה, כדי להקל על חופש המסחר בשוק הפתוח**.

סעיף 10 – "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון". **התנאים (המצטברים) -**

1. קרקע מוסדרת + הסתמכות על מרשם זכויות במקרקעין מוסדרים - **תקנת השוק חלה רק על מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים** (מקרקעין שכבר נערכה בדיקה לגבי דיוק מרשם הזכויות). הכוונה הינה לכל זכות במקרקעין. ג' יקבל את זכותו, אך ורק אם הסתמך על המרשם. **ההסתמכות על מרשם הזכויות במקרקעין מוסדרים הינה תנאי הכרחי לתחולת תקנת השוק, אך אין זה התנאי היחידי.**
* **ס' 125א'** – " רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו". רישום בפנקס מקרקעין מוסדרים מהווה ראיה חותכת. **ס' 125ב'** – "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתוכנו", אין מדובר בראיה חותכת, אלא רק ראיה לכאורה.
1. רק מי שכרש "בתמורה", יכול להתגבר על א' - אם העסקה בין ב' לג' הייתה ללא תמורה (מתנה, ולא מוכר וקונה), הרי שגם אם נפסוק לטובת א', ג' לא הפסיד כלום, שכן קיבל זאת ללא תמורה. נקודת האיזון הנכונה הינה ללכת לטובת א'. **בכל תקנות השוק יש דרישה של תמורה** – שהעסקה בין ב' לג' לא תהא עסקת מתנה, אלא **עסקת מכר.**
* **באילו עסקאות מכר אנו, בכל זאת, מחייבים לפסוק לטובת א', ולא לטובת ג', בהתקיים התנאים שלעיל? באיזה מקרה ג' לא יפסיד, למרות שמדובר בעסקת מכר?**

מדובר במקרה, בו ג' עוד לא נתן את התמורה. יש תמורה בחוזה, אך ג' טרם העבירה (או מדובר בצ'ק, הניתן לביטול). כול עוד ג' חושף את הבעיה (ב' מכר לו נכס שלא שלו), כאשר הוא טרם שילם את התמורה, אנו נטען כי ג' לא ראוי להתגבר על א' בנסיבות המקרה. **ג' לא יפסיד כלום, שכן טרם נתן את התמורה.**

**התנאי לא יתקיים, כאשר מדובר בעסקאות מתנה, או כאשר ג' טרם העביר את התמורה לב'** – כלומר, במקרים בהם ג' לא יפסיד. נפסוק לפי תקנת השוק, במקרים בהם אחד הצדדים יפסיד כתוצאה מכך. הבעיה האקוטית תהא כאשר אחד הצדדים נפגע.

1. תום לב הקונה - דרישת תום הלב הינה **דרישה סובייקטיבית**, אין מדובר בתום לב אובייקטיבי (ס' 39 לחוה"ח). יכול להיות, שאדם אחר, במקום ג', היה מרגיש שמשהו איננו כשורה, אולם ג' הספציפי לא הרגיש. במקרה שכזה, ג' הספציפי יהא תם לב. גם רשלן עשוי להיחשב כתם לב. הדרישה הינה סובייקטיבית גם לעניין המיטלטלין (ס' 34 לחוק המכר). "**ידיעה**" שוללת טיעון של תום לב. גם **פזיזות** שוללת תום לב – ג' מריח בעיה, אך מעדיף שלא לברר אודותיה ("עוצם עיניו") – אין הוא ייחשב כתם לב.
2. הסתמכות בתום לב – תקנת השוק לא מגנה על אדם שלא הסתמך בתום לב על הרישום. בהינתן כי ג' לא הסתמך על הרישום, לא בד, לא נלך לטובתו. זאת, **בין היתר, לשם מתן חשיבות למרשם**.
* התמורה ותום הלב הם הגורמים המשותפים לכל תקנות השוק.

**הסיפא של הסעיף** – "יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון". מדובר במקרים כאשר הרישום איננו נכון, לא מדויק. נניח וב' רשום כבעל הזכויות (לרוב במקרי רמאות – זיוף של עסקה בין א' לב'). בשני פסקי הדין, ב' השיג את הרישום של המקרקעין על שמו, שלא כדין (ללא עסקה בין א' לב'). **בפ"ד סונדרס**, לב' היה מידע שא' שוהה בחו"ל. **פ"ד הרטפלד** – הרטפלד שמע שמישהו נפטר (בעל אותו שם משפחה), הוא החליט שהוא אחד מהיורשים והצליח להירשם כבעלים, בעזרת צו קיום צוואה. **בשני המקרים נקבע, כי ניתן ליהנות מתקנת השוק, למרות שהרישום איננו נכון.** האדם יכול להעביר לאחר, יותר ממה שיש לו בעצמו (לא רשאי, אלא יכול), שכן התוצאה המשפטית – ג' מקבל בעלות.

**במקרים שסעיף 10 אינו מכסה, בכל עימות, נפסוק לטובת א'.** לדוג' – הרישום בטאבו מדויק, על שמו של א', אך ב' התחזה לא'. ג' הסתמך על הרישום וקנה בתום לב. **סעיף 10 לא עוסק במקרה מסוג זה, למרות שהתנאים של הסעיף מתקיימים – הסעיף עוסק רק במקרים שהרישום לא היה נכון. על כן, במקרה שכזה, נכריע לטובת א'.**

**סעיף 10 מגן רק על רישום לא מדויק.** אולם, **ישנם זכויות קניין שלא דרושות רישום – ירושה ושכירות**. לדוג' – שכירות קצרה. שכירות קצרה הינה זכות קניין, למרות שאין היא רשומה בטאבו. נניח וב' הוא בעלים, וא' הוא שוכר. ג' רוכש את המקרקעין מב'. אם מדובר בשכירות ארוכה, היא טעונה מרשם – הרישום לא מדויק. אם הרישום לא מדויק, תחול תקנה השוק, וג' שרכש, בהסתמך המרשם, יזכה לעדיפות. אולם, **כאשר מדובר בשכירות קצרה, תקנת השוק לא תגן על ג', היא תגן רק על מקרים בהם הרישום לא מדויק (אין הגנה מכוח סעיף 10, ללא רישום).** שכירות קצרה אינה טעונה רישום, ועל כן ג' לא יכול לטעון כי הסתמך על המרשם – אין הסתמכות על המרשם.

שני פסקי הדין לעיל פירשו את סעיף 10 בצורה צרה, בצורה הגורמת לכך שגם ג' הזהיר ביותר, שעושה את כל מה שצריך, עלול ליפול. **מיהו ג' שמפסיד, על אף שעשה כל שהיה עליו לעשות?** לדוג' - ג' רושם הערת אזהרה לטובתו, אבל חולפים שבועות וחודשים (עד לרישום בטאבו), בהם א' עשוי להופיע ולגלות שב' גנב את המקרקעין. במקרה שכזה, ג' לא הספיק לרשום את הנכס על עצמו. **הפסיקה קובעת כי מי שרכש זכות במקרקעין (השלים את הליכי הרישום), תהא ידו על העליונה. דהיינו, הערת אזהרה לא מספיקה.** **לצורך סעיף 10, הערת אזהרה לא נחשבת כרישום.** גם אם נרשמה הערת אזהרה, לא תחול ההגנה של תקנת השוק (התנאי של השלמת הקניין לא מקיים). על כן, גם ג' הזהיר ביותר עשוי להסתבך.

**פ"ד הרטפלד** - מר הרטפלד הוכרז בצו ירושה כיורשו היחיד של המנוח אשר נספח בשואה. על יסוד הצו האמור, הרטפלד נרשם כבעלים של הקרקע אשר הייתה רשומה על שם המנוח ובהמשך כרת חוזה למכירת הקרקע. בעקבות חקירה במשרד המשפטים התגלה כי הוא אומנם עונה לאותו השם, אך היורש האמיתי הינו אחר. לפיכך הוגש צו מניעה זמני כנגד העברת הידיים בקרקע. הרטפלד ורוכשי החלקה הגישו בקשה לביטול צו המניעה הזמני בהסתמך על תקנת השוק בסעיף 10 לחוק המקרקעין ובית המשפט נעתר לבקשת הביטול. מכאן הערעור. **השאלה המשפטית - האם סעיף 10 לחוק המקרקעין חל על רכישת הזכויות במקרקעין שלא הסתיימה ברישום?**

ביהמ"ש קבע כי הוראת סעיף 10 מגינה על "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים". המונח "זכות במקרקעין" בסעיף 10 משמעו זכויות קנייניות בלבד, ולא זכויות חוזיות. **הגנת הסעיף מותנית ברישום הזכות במרשם המקרקעין ובהיעדר רישום, אין לייחס עדיפות מכוח הסעיף לזכותם של הרוכשים בתום לב**. החלת הגנת סעיף 10 אף ביחס לזכויות חוזיות בלתי רשומות, תערער את מהימנות המרשם. גורם השלמת הקניין מצוי בכלל תקנות השוק – בכל תקנות השוק קיימת דרישה שג' יהא כבר בשלב הקנייני.

פרשנות זו מצמצמת את היקף המקרים שמזכים בתחולת הגנת תקנת השוק, שכן אם ג' לא הספיק להירשם כבעל זכות בטאבו, הוא לא יהיה זכאי להגנה. בעצם, אם א' מגלה את התרמית לפני ש-ג' נרשם, זכותו של א' בקרקע עדיפה. אפילו אם ג' רשם הערת אזהרה זה לא מספיק ו-א' ינצח.

בפסק הדין, השופט חשין מדבר על השלמת קניין. בכל תקנות השוק ואפילו בתקנת השוק שבפסיקה, במקרה של עסקאות נוגדות, תגבר זכותו של אחרון בזמן, רק אם השלים את הקניין, קרי שבעסקה בין ב' ל-ג', הקניין עבר ל-ג'. במקרקעין, הדבר בעייתי, שכן השלמת קניין לוקחת זמן. זאת בניגוד למיטלטלין שם הדרישה היא הגיונית שכן השלמת הקניין נעשית תוך זמן קצר.

**סעיף 10 קובע, כי מי שרכש מקרקעין מוסדרים, והתמלאו תנאי הסעיף, זכאי להגנה תחת "תקנת השוק".** תם הלב, ג', שביצע עסקה עם ב', הוא הקונה (ב' מוכר). ג' הסתמך על המרשם (ה' היה רשום כבעל הזכויות), העביר תמורה – הוא לא ייהנה מהגנת התקנה, אם לא השלים את העברת הקניין אליו. האם, במסגרת העסקה בין ב' לג', כבר עבר הקניין מב' ל-ג'? **רק אם עבר הקניין, ג' ייהנה מתקנת השוק, ויתגבר על א'.** אם יש לג' זכות לא קניינית, הוא נסוג מפני א', לו יש זכות קניין (תרופתו של ב' הינה כנגד ב', ולא כנגד א').

**פ"ד סונדרס** – פסק הדין הלך צעד נוסף, מעבר לפ"ד הרטפלד, וקבע כי **תום לב נדרש עד להשלמת הקניין.** כיוון והרישום במקרקעין לוקח זמן, יכול א' להתעורר לפתע, לגלות את התרמית ולהתחיל בהליכים משפטיים. בכל פער הזמן הזה, ג' צריך להיות תם לב. בתיק הנידון, כאשר ג' (בעלי מקצוע נכסים) גילו שיש עוררין על הנכס מצד א' (סונדרס), הם מיהרו להשלים את הרישום – התנאי של **פ"ד הרטפלד** התקיים. השופט אנגלרד קבע, כי **מאחר שהרישום הוא תנאי הכרחי להגנה על הרוכש, מן הראוי כי יסוד תום הלב ימשיך וילך עד למועד הרישום**. – **ג' לא השלים את השלב הקנייני, בעודו תם לב.** לפיכך, גם אם ג' ישלים את הרישום, כיוון וידע על הבעיה כבר לא היה תם לב ולכן לא ייהנה מההגנה של סעיף 10. ניתן לראות כי **הרישום ותום הלב, שהינם יצירי הפסיקה (ואינם נלמדים מלשון החוק) מצמצמים מאוד את ההגנה על עסקאות במקרקעין והולכים לטובת בעל הקניין.** גישה זו מטה את הכף לטובת א' – במקרקעין יש לצמצם את תקנת השוק, להטות את הכף לטובת א'.

**תקנת השוק – מכר מיטלטלין**

למרות שחוק המכר חל על כלל הנכסים, תקנת השוק (ס' 34) חלה אך ורק על מכר מיטלטלין. על זכויות חוזיות תקנת השוק לא חלה (גם על העברת זכויות חוזיות במקרקעין). סעיף 10 לחוק המקרקעין – תקנת שוק במקרקעין רשומים. סעיף 34 לחוק המכר – תקנת שוק במיטלטלין.

סעיף 34 לחוק המכר – "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב". מטרת תקנת השוק היא לאזן בין א' ל-ג', בין עידוד המסחר להגנה על הקניין. אנו מעוניינים לפשט את העסקאות בין ב' ל-ג'. אם תקנת השוק מצומצמת, אין זה הגיוני לצפות מכל ג' לבדוק אודות המיטלטלין שהוא מעוניין לקנות. **בהתקיימן של דרישות סעיף 34, ג' זוכה לבעלות, למרות שב' איננו הבעלים (ולא רשאי להעביר בעלות). התנאים הראשיים – תמורה ותום לב (מצויים בכל תקנת שוק).** **התנאים –**

1. **תמורה** – "נמכר נכס נד". מכר, לפי סעיף 1 לחוק – "  מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר".
2. **תום לב** הקונה – על הקונה לקבל את הנכס בתום לב, הכוונה הינה לתום לב סובייקטיבי.
3. **השלמת הקניין** – יש דרישה שהנכס יעבור לחזקתו של ג' – "קנה וקיבל אותו לחזקתו". אם בין ב' לג' הוסכם במפורש שהבעלות בממכר תעבור לג' במועד אחר - מועד עתידי, ג' לא ייהנה מתקנת השוק. אם לא, לאור סעיף 33, השלב הקנייני יהא בעת מסירה הממכר.

בנוסף לתנאים לעיל, המשותפים לכלל תקנות השוק, ישנם תנאים מיוחדים לסעיף 34 –

1. אדם העוסק במכירת נכסים מסוג זה של הממכר.
2. המכירה הייתה במהלך הרגיל של העסקים.
* **סעיף 53 לפק' הנזיקין** – רכישה בתנאי תקנת השוק מונעת עבירת גזל. לפי דיני הנזיקין, ג' שרכש נכס בתמורה מב', עשוי להיות גזלן. על כן, סעיף 53 הוסף, וקבע כי כאשר ג' קנה את הנכס בתום לב ומתמלאים תנאיה של תקנת השוק, אין עילת תביעה מכוח סעיף 52 (גזל).
* **חוק דיני ממונות** מציע גישה שונה לאיזון בין א' ל-ג' (מקורה בתלמוד) – יש להחזיר את הכסף לג', ואת הבעלות בנכס לא'. א' יכול להחזיר לעצמו את הבעלות בנכס, כל עוד יחזיר לג' את אשר השקיע.

**השיקול המרכזי הוא שיקול תום הלב**. היחידי שיכול לא להיות תם לב הוא ג', כיוון ומ-א' גנבו את החפץ. תום הלב הוא לא תום לב של סעיף 39 לחוק החוזים. הכוונה של תום לב במקרה זה, היא של ידיעה על בעיות בחוליה קודמת, או במילים אחרות - ידיעה או עצימת עיניים שהנכס גנוב, מצד ג'. **אם ג' לא תם לב, ההכרעה היא קלה. אם ג' ידע או חשד שמדובר בסחורה גנובה, שורת הדין תיטה להעדיף את א' על ג'.**

**פ"ד כנען** – זהבה כנען קנתה ציורים ב-250 שח בשוק הפשפשים, ולאחר ימים ספורים הבחינה בשם ראובן ובמדבקת המוזיאון היהודי שעליהם ופנתה למשטרה ולמוזיאון, שם נתגלתה לה הזהות האמתית של הציורים (ששייכים לצייר ראובן רובין ושווים 100,000 דולר) והם הושארו שם למשמרת. תביעתה להצהיר על בעלותה בציורים נדחתה וכך גם ערעורה ומכאן הבקשה לדיון נוסף.

פ"ד זה הינו מקרה קלאסי בו מתקיימים כלל התנאים של תקנת השוק במיטלטלין - יש תמורה, יש תום לב, מוכר נכסים מסוג של הממכר, העסקה הינה במהלך הרגיל של העסקים, השלב הקנייני הושלם. תקנת השוק באה להגן על אינטרס של קונה שרכש נכס בתום לב ומבקשת להגן על הציפיות שלו. במקרה דנן, אנו נתקלים בקונה שרכש נכס ששווה הרבה מעבר לציפיות שלו. חלק מהשופטים לא הרגישו עם זה בנוח. לכן דעת הרוב חיפשה קונסטרוקציות משפטיות שונות כדי למנוע את החלת תקנת השוק. לפי שופטי הרוב – תקנת השוק לא נועדה למקרים כאלה, אלא **אך ורק למקרים בהם לבעלים המקורי נעשה דבר שאינו כדין**. מדובר במקרה של טעות משותפת – ניתן לחזור (סעיף 14 לחוה"ח). ביהמ"ש מגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, על אף שתנאי תקנת השוק מתקיימים.

חלק מהשופטים מצאו מוצא דווקא ע"י דיני החוזים ולא ע"י דיני הקניין. **השופט ברק** הפעיל את תום הלב. כדי לפתור את הבעיה ע"פ דיני החוזים, כשיש בעיה של תקנת השוק, אנו מניחים שהחוזה בין ב' ל-ג' עובר את מבחן דיני החוזים, רק כאשר ב' מכר משהו שהוא לא שלו. במקרה פסק הדין, ע"פ דיני החוזים, ב' היה יכול לבטל את החוזה בשל הטעות. בית המשפט קורא לזה "**טעות משותפת**" של ב' ו-ג'. הבעיה היא, ש-ב' לא הודיע על ביטול החוזה. השופט ברק אומר שסעיף 39 לחוק החוזים הוא סעיף מיוחד. הסעיף בולט בניסוחו, כי אין עליו סנקציה, והשופט ברק קובע **שיש לקיים את כל החיובים החוזיים בתום לב**. **העובדה שאין סנקציה, אין משמעותה שחובת תום לב היא רק מוסרית.** ברק קבע, שאין סנקציה, כי מגוון הסנקציות הוא עצום.

**השופט אור** מדבר על **זכות העקיבה**. עקיבה הינה תכונה של נכסים. בעל נכס יכול לעקוב אחרי הנכס שלו. ברור שארה"ב יכולה לעקוב אחר נכס, אבל אם יש תקנת שוק לטובת ג', היא "חותכת" את זכות העקיבה. החידוש הוא, שזכות העקיבה חלה גם על זכות הביטול, ולא רק על הנכס או תחליף שלו. **השופט אור קובע, כי העקיבה שיש ל-א' על הנכס משתרעת גם על זכות הביטול, ולכן א' יכול להפעיל את זכות הביטול. העקיבה הינה חלק מעשיית עושר ולא במשפט.**

המכנה המשותף לשתי הדעות לעיל, הוא הרצון לפסוק שתקנת השוק לא תחול במקרה דנן לטובת ג', למרות שהתנאים הפורמאליים של התקנה כן חלים. התוצאה הושגה מכוח דיני החוזים ומכוח דיני עשיית עושר.

השאלה – האם, כשניקח מ-ג' את מה שנפל לו כמתת שמיים, יפגע שוק העסקאות? האם מישהו יימנע מלעשות עסקאות מהירות, אם נקבע שבמידה ויקנה משהו בזול ויתברר שמדובר במשהו מאוד יקר, הדבר יילקח ממנו? השופטים לא ראו פגיעה בתכלית המוצהרת של תקנת השוק, ולכן סברו שאין צורך להפעילה במקרה דנן.

גם זכות קניינית לא מוגנת באופן אבסולוטית, לא מוגנת כלפי כולי עלמא (אין הגבלה כלפי מספר בלתי מוגבל של אנשים, שכן תקנת השוק גוברת גם על זכות קניין). **באילו עוד סיטואציות יחול סעיף 34?**

**פ"ד רוזנשטייך** – **האם תום הלב יעמוד לרוכש אם לא ידע על זכות קודמת אף שאותה זכות הייתה רשומה במרשם שפתוח לעיני הציבור**. העסקה הראשונה בזמן היא עסקת משכון, בין הבעלים (ממשכן), למקבל המשכון (נושה מובטח). ב' – בעלים. א' – בעל זכות משכון. המשכון נעשה באמצעות מרשם – כדי שכוחו של המשכון יהיה יפה כלפי אחרים, כלומר א' עשה כל מה שמקבל משכון זהיר היה עושה. מדובר במשכון רשום, שכדרכו הוא ממשיך להיות בהחזקתו של ב' – יכולים להתקיים כל תנאי תקנת השוק, כשב' מוכר אותו לג'. השאלה – לטובת מי הולכים? א' או ג'. אם הולכים לטובת א', א' רשאי לממש את המשכון, להיפרע מהתמורה המתקבלת. אם הולכים לטובת ג', הוא זוכה לזכות נקייה (תנאי תקנת השוק משחררים משעבוד קודם).

**השאלה המשפטית** – האם ניתן להחשיב את ג' כתם לב, כשיש משכון רשום וג' לא בדק? ביהמ"ש קבע, **כי עצם קיום של רישום נוגד, לא שולל את תום הלב. תום הלב הוא סובייקטיבי**, ג' לא ידע, למרות שאדם סביר יכול היה לבדוק. זוהי **מדיניות המכתיבה תוצאה** – **עידוד מסחר חופשי ומהיר** (כולל ויתור על עיון במרשים שונים). ביהמ"ש מעוניין להשיג את התוצאה, במסגרתה רכישת מיטלטלין תוכל להתבצע במהירות רבה, אפילו במחיר של ויתור על הצורך בעיון במרשמים. במיטלטלין, שואף בית המשפט לא רק לעודד מסחר אלא גם לעודד מסחר מהיר. על כן, כשאדם קונה נכס נד, הוא לא צריך לבצע חקירות ממושכות בכל עסקה כדי לבדוק אם יש שעבוד על הנכס או לא. ביהמ"ש החליט, כעניין של מדיניות, כי בעסקה הבסיסית ביותר, רכישת מטלטל, אין צורך לעשות אפילו בדיקה שהמרשם פתוח לציבור, ולכן גם אם קיים רישום נוגד, שבדיקתו הייתה מאפשרת לעלות על הבעיה, ייחשב הרוכש כתם לב.

* סעיף 34 לחוק המכר נידון בפסיקה בעיקר לגבי **כלי רכב גנובים**. אם נקנה רכב ממגרש של מכוניות משומשות, הרוכש מוגן בתקנת השוק. תקנת השוק תחול רק כאשר הממכר הוא מסוג הממכר שמוכר המוכר (סוחר מכוניות שמוכר רכב). כך, למשל, אם קונים מכונית יד שנייה ממישהו שאינו סוחר מכוניות ומתברר שהמכונית גנובה, תקנת השוק לא תחול בהכרח. סעיף זה נידון רבות בפסיקה.

* **מה קורה כאשר ג' נותן מתנה לד'?** העימות כאן הוא בין א' ל-ד'. אצל ג' התמלאו התנאים של תמורה ותום לב, והוא ממלא אחר תנאי תקנת השוק. תקנת השוק משמעותה, לא הגנה אישית ל-ג' מפני א'. תקנת השוק פועלת במישור הקנייני. לפיכך, **אם ג' קיבל זכות קניין והוא עומד בתנאי תקנת השוק, כבעל קניין הוא רשאי להעביר את הנכס ל-ד', וזכותו של ד' בנכס נקייה.**

במקרים של תקנת שוק, בעימות בין א' ל-ג' מתרחש פלא קנייני. עד עכשיו למדנו, שאדם שיש לו זכויות יכול להעביר לאחר את הזכות עצמה, או זכות פחותה מכך. במקרה של תקנת שוק, ל-ב' אין זכויות קניין בנכס כלל ולמרות זאת הוא מצליח להעביר ל-ג' בעלות נקייה. ב' לא רשאי לעשות כך, אבל הוא יכול לעשות כך. **במקרים של תקנת שוק – אדם כמו מעביר לאחר יותר ממה שיש לו עצמו.**

**במקרה המתנה, כאשר ג' מעביר בעלות טובה לד', לא צריך שום חריג קנייני או תקנת שוק. אין קושי קנייני.** לכן, ד' לא צריך להסתמך על שום תקנת שוק, אלא רק על בעלותו של ג'. זה שונה מהמקרה של תקנת שוק, שהוא חריג לדיני הקניין, כי אז אדם העביר יותר ממה שיש לו.

**תקנת השוק במשכון -**

סעיף 5 לחוק המשכון – "נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן והם הופקדו כאמור בסעיף 4(2) או שמישכונם נרשם כאמור בסעיף 4(3), יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום-לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם". בהצעת חוק דיני ממונות הוצא סעיף 5. **ההגנה הינה על מקבלי המשכון, ולא על רוכשים.**

**הסיטואציה של סעיף 5** – **א'** – בעלים מקורי. **ב'** – מחזיק על דעת הבעלים. **ג'** - מקבל המשכון. העסקה בין ב' לג' הינה עסקת משכון (בניגוד **לפ"ד רוזנשטייך**, בה עסקת המשכון הייתה בין ב' ל-א'). אנו רוצים לעודד עסקאות משכון, מדוע?ההשקפה המודרנית הינה, כי הצמיחה במשק מבוססת על אשראי – הרוב המכריע של העסקים מבוסס על מתן אשראי. **לאור תקנת השוק במשכון, אנו בעד שיינתן אשראי – יש עידוד של מתן אשראי.** יש חשיבות לקביעת תקנת שוק גם במשכון, ולא רק במכר. כלומר, אם אדם מקבל משכון בתום לב (ג' העניק אשראי לב', ודרש מימנו שישעבד לו נכס כבטוחה), יש להעניק לו הגנה מכוח תקנת השוק.

בסעיף 34 יש יותר הצדקה להחלת תקנת השוק, כי מי שנהנה ממנה הוא קונה פשוט. מנגד, כאשר מדובר במשכון, בדרך כלל נהנים גופים גדולים וחזקים, אך למרות זאת המחוקק קבע תקנת שוק, בשל חשיבות האשראי. כשמדובר במשכון, א' הוא מונע הנזק הטוב יותר (ב' מחזיק על דעת הבעלים), ולכן כפות המאזניים ייטו לטובת ג'.

* לעיתים, אדם ממשכן נכס להבטחת חובו של אדם אחר. השלב הקנייני הינו בין הממשכן לנושה, בעוד שהשלב החוזי הינו בין החייב לנושה. מקרה זה שכיח מאוד בפרקטיקה. אין זה עניין לתקנת השוק.

המשך הסיטואציה - ב' ממשכן נכס של אחר. ב', הממשכן, לא זכאי למשכן. ב' ממשכן את הנכס, ללא רשות של א' וללא כל זכות. תקנת השוק עוסק במקרה בו ב' ממשכן נכס של אחר, להבטחת חובו, ללא הסכמת הבעלים. **א'** יטען כי משכנו נכס שבבעלותו, ללא רשות. **ג'**, מנגד, יטען כי קיבל משכון, ואם ב' לא מחזיר את החוב, הוא מעוניין לממש את המשכון, לפדות את הנכס ולהיפרע מהתמורה. **לפי סעיף 5, בהתמלא תנאים מסוימים, יש תקנת שוק – למרות שב' לא היה מורשה למשכן את הנכס, המשכון תקף לכל דבר ועניין** – יהיה כוחו של המשכון יפה לכל דבר. על כן, כאשר ב' לא פורע את חובו במועד, ג' רשאי לממש את המשכון.

התנאים של סעיף 5 –

1. "מחזיק על דעת הבעלים" / " והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם" – **הנכסים הגיעו לב', על דעת א', יש צורך במסירה רצונית של הנכס בין א' לב' (א' מסר מרצונו להחזקת ב').** זהו ההבדל הבולט בין תקנת השוק במכר לתקנת השוק במשכון. אם ב' גנב (או מצא אבדה) נכס מא' ומשכן אותו, תקנת השוק לא תחול, המשכון לא תופס. מהי הנפקות של הבחנה הזו בין חוק המכר לחוק המשכון? מהי המדיניות? ההבדל נובע מהחקיקה בשלבים של הקודיפיקציה – ועדת מומחים עמדה ביסודו של כל חוק, ללא תיאום. אם א' מכיר את ב' והעביר לו את הנכס במסירה רצוני, וב' מעל בא' ומשכן, הרי שא' "יותר אשם", שכן מסר את הנכס לב'. לא' יש אשמה גדולה מג' (בניגוד למצב בו הנכס נגנב מא'). יש צורך בתיאום בין סעיף 5 לחוק המשכון לסעיף 34 מחוק המכר.
2. תמורה - גורם **התמורה** לא מוזכר, אך עד כה, הפסיקה לא עסקה במקרה, בו לא הייתה תמורה. לדעת המרצה – בעת הצורך, הפסיקה תייבא תנאי זה.
3. השלמת הקניין – "והם הופקדו כאמור בסעיף 4(2) או שמישכונם נרשם כאמור בסעיף 4(3)". על העסקה בין ב' לג' להסתיים, השלב הקנייני צריך להסתיים (במשכון מופקד או רשום). ג' קיבל את המשכון לרשותו, או הלך לרשום אותו.
4. תום הלב – ג' רואה שב' מחזיק בנכסים, הוא **סומך על כך של-ב' יש זכות למשכן אותם**. **החזקה במיטלטל מעידה על קיומן של זכויות.** ג' מסתמך על כך שב' מחזיק בנכס, ועל סמך כך מעניק אשראי. בעולם המודרני, לא ניתן עוד להסתמך על כך שלמחזיק בנכס יש זכות בעלים עליו. כיום, במציאות הכלכלית המודרנית, יש ירידה בעקרון עתיק זה, לפיו למחזיק בנכס יש זכות בעלים. **זוהי הסיבה, שבגינה בהצעת חוק דיני ממנות יש רצון לבטל את סעיף 5 לחוק המשכון.**

השיקולים המוזכרים בפסיקה להעדפת צד אחד על השני -

1. חוסר תום לב – אם ג' לא תם לב, תכריע הפסיקה לטובת א'.
2. תמורה – מי מבין השניים (א ו-ג') יסבול נזק גדול יותר, אם נלך לטובת השני? אם נלך לטובת ג', היקף הנזק של א' יהיה כל שוויו של הנכס, בעוד אם נפסוק לטובת ג' הוא יפסיד את גורם התמורה. אולם, אם ג' עדיין לא נתן תמורה עבור מה שרכש – כפות המאזניים יטו לטובת א'. יש לציין, כי קיים משקל משמעותי לגורם התמורה ולשאלה מי יינזק יותר מההכרעה. תמורה ותום לב משותפים לכל תקנות השוק ומה שעומד מאחוריהם הוא שיקולי צדק.
3. תאונה משפטית – **בסעיף 5 לחוק המשכון** יש דרישה שהנכס יגיע מ-א' ל-ב' ע"פ **העברה רצונית**. אם אדם גנב טבעת יהלום, הלך עימה לבנק וביקש הלוואה תמורת הטבעת כמשכון, הבנק לא ייהנה מתקנת השוק, שכן לא התמלאו תנאי סעיף 5. הסעיף דורש בעצם שהנכס יגיע לממשכן ע"י בעליו. לפיכך, גם אם ב' לא גנב את הטבעת אלא מצא אותה ומשכן אותה לבנק, תקנת השוק לא תחול שכן לא מדובר בהעברה רצונית.

מנגד, תקנת שוק שבסעיף 34 לחוק המכר, מעניקה זכות נקייה ל-ג' ומראה ל-ב' שהוא יכול למכור בקלות, מה שעלול לעודד גניבות. לכן, סעיף 5 מגיע כנגדו, ודורש שיהיה רצון ל-א' למכור, וזאת כדי למנוע גניבות. כשבית המשפט מבקש להכריע, הוא שואל את עצמו - מי יכול היה למנוע את התאונה המשפטית (ההפגשה בין א' ל-ג' שהינם זרים זה לזה נוכח מעשה העוולה של ב') ועקב רשלנותו לא עשה זאת. אם א' מסר את הנכס באופן רצוני ל-ב', החלק שלו בתאונה המשפטית גדול יותר, ולכן ניטה לפסוק נגדו. זאת, לעומת מקרים שבהם הנכס נגנב מ-א', שכלל לא אשם בתאונה המשפטית – ניטה לטובת א'. לפיכך, נשאלת השאלה, מדוע הכלל הזה נמצא רק בחוק המשכון? התשובה - מדובר בחקיקה לא מושלמת, שנעשתה בשלבים.

* איזה טיעון יש כדי לא להכיר כלל בתקנת שוק? ניתן לומר שתקנת השוק מעודדת סחר ברכוש גנוב. מתן תוקף של בית משפט שהקונה (ג'), עדיף על א' (הבעלים המקורי), מעודדת גניבות.

**עסקאות נוגדות –**

עסקאות נוגדות קיימות לא רק במקרקעין, אך הסעיף המרכזי עוסק במקרקעין – ס' 9 לחוק המקרקעין. נושא זה קרוב מאוד לנושא "תקנת השוק". יש המכנים עסקאות נוגדות כמעין תקנת שוק. **המאפיין המבחין בין הנושאים** – **תקנת השוק** עוסקת במקרים בהם הוציאו מבעל קניין מלא (רשום בטאבו – בעלי המקרקעין) את המקרקעין בדרך לא חוקית, והוא עלול להפסיד את הקניין, בהתקיימם של תנאי תקנת השוק. תקנת שוק דנה במקרים, בהם א' ערך עסקה עם ב' וב' ערך עסקה עם ג'. מנגד, מצב של **עסקאות נוגדות** שכיח יותר בפרקטיקה – מצב בו א' ערך עסקאות סותרות הנוגעות לאותו הנכס עם שני אנשי שונים. **במצב של עסקאות נוגדות, להבדיל מתקנת השוק, יש מאבק קנייני בין שנים, כאשר לראשון בזמן אין קניין ולא היה קניין, אלא יש לו אך זכות חיובית בקשר למקרקעין.**

תקנת שוק נדרשת כדי להתגבר על זכות קניין מושלמת (בעלות או משכון), בעוד עסקאות נוגדות אלו, בעצם, התחייבויות נוגדות. **א'**, הבעלים הרשום, התחייב להעביר ל**-ב'** זכות במקרקעין (לא רק מכר, אלא גם התחייבות לשכירות, לזיקת הנאה, למשכנתא וכו') – עסקה ראשונה בזמן. הבעלים הרשום מתחייב בעסקה נוגדת, כלפי צד אחר – **ג'** – עסקה שניה בזמן. **בין ב' ל-ג' יש עימות קנייני, בו דן סעיף 9 לחוק המקרקעין.** לכל אחד מהם יש עילה חוזית כנגד א' - אם לא ניתן להוציא כסף מא', הרי שנותר לנו העימות הקנייני בלבד. יש להבין, **כי בניגוד לתקנת שוק, ג' אינו מבקש להתגבר על זכות קניין אלא על זכות חיובית**.

* דוג' לעסקאות נוגדות – מכר מול מכר, שכירות מול משכנתא (משכנתא לטובת ג' גורעת מזכויותיו של ב'), זיקת הנאה המוענקת לג' – מגבילה את השימושים שב' יכול לעשות במקרקעין. קיומה של כל זכות קניינית גורעת מהזכות השנייה.

**ס' 9 קובע עדיפות לטובת הראשון בזמן** – **ב' עדיף על ג', זוהי נקודת המוצא.** העימותים מתרחשים כאשר לא נרשמה הערת אזהרה לטובת ב', ולב' אין זכות קניינית בנכס. ג' לא יכול היה לעמוד על קיומו של ב', ועל כן נכנס לחוזה עם א', כשרק בשלב מאוחר יותר התוודע לקיומו של ב'. **ס' 9 קובע, שזכות הראשון בזמן עדיפה.**

כלל זה משנה את ההבנה שלנו לגבי כוחו של החיוב – לב' יש אך ורק זכות חוזית, תוך שהוא כלל לא רשם הערת אזהרה. לכן, לכאורה, זכותו של ב' היא חיובית בלבד, וככזו היא תקפה רק כנגד א', ולא כנגד ג'. על אף זאת, **סעיף 9 קובע כי ב' עדיף על ג' – כוחו של בעל הזכות החיובית יפה לא רק כנגד הצד השני לחוזה, אלא גם כלפי ג', מלבד ג' העומד בתנאי הסעיף. הסעיף מצמצם את הפער בין זכות קניינית לחיובית – זכות חיובית יפה כלפי כולם, למעט מספר חריגים (בדומה לזכות הקניין, בהיבט של תקנת השוק).** הן הזכות החיובית והן הזכות הקניינית יפות כלפי כולי עלמא, פרט למספר חריגים (תקנת השוק לעניין הזכות הקניינית, סעיף 9 לעניין הזכות החיובית). למרות שהיחסים בין ב' ל-א' מצויים בשלב החיוב, כוחו של ב' יהא יפה כלפי אחרים.

* בניגוד לסעיפים 7ב' ו-10, ההולכים אחר חיזוק כוחו של המרשם, סעיף 9 מחליש את חוזקו של המרשם

**ב' יהיה עדיף על ג', למעט ג' שהתמלאו לגביו שלושת התנאים המצטברים המנויים בסעיף -**

1. **תמורה** - ג' רכש בתמורה.
2. **תום לב** - ג' היה תם-לב, שכן לא ידע על קיומו של ב'. דרישת תום הלב הינה **דרישה סובייקטיבית**, בדומה לתקנת השוק. **פ"ד ארוך נ' פרייאנטי** – ידיעה של ג' על קיומו של ב' שוללת תום לב. בנוסף, גם עצימת עיניים אינה בגדר תום לב. מנגד, אי-ידיעה רשלנית, אינה עולה כדי חוסר תום לב.
3. **השלמת הקניין** - ג' השלים את הקניין, בעודו תם לב.

כאשר מדובר **בעסקת מתנה** **בין ב' ל-ג'** – נקבע, כי באיזון בין ב' ל-ג' (לג' לא ייגרם הפסד), ראוי ש-ב' יתגבר על ג'. **פ"ד אהרונוב** – לב' יש תביעה ישירה כנגד ג' לקבל חזרה את רישום המקרקעין על שמו. **לא רק שב' גובר על ג', אלא יש לו תביעה במישרין כנגד ג' להשבת הבעלות במקרקעין. זאת, על אף שאין בין ב' ל-ג' יריבות משפטית, אין יריבות חוזית – מדובר בתאונה משפטית, שניהם התנגשו ב-א'.** ג' לא נתן תמורה (קיבל את הרישום במתנה – לא עומד בתנאי מתנאי סעיף 9), ולכן ב' גובר על ג', ויכול לתבוע אותו במישרין. **יש בין ב' ל-ג' קשר קנייני, לב' עילת תביעה קניינית כלפי ג'.**

* מצב בו מדובר בעסקת תמורה בין א' ל-ב', כאשר ב' טרם העביר את כלל התמורה ל-א' - באחד מפסקי הדין נקבע, כי תמורה שטרם ניתנה במלואה לא תחשב כתמורה.

עימות של מעקל מול קונה –

**א'** – בעלים רשום, שעשה עסקת מכר עם **ב'**, אך העסקה עדין בשלב ההתחייבות**, טרם נרשם דבר לטובת ב'.** **ג'** נושה ב-א' (א' חייב סכום כסף לג'), ל-ג' אין אינטרס מיוחד בחלקת המקרקעין, הוא מחפש נכס של א', מימנו הוא יוכל לגבות. נכס שקל, יחסית, לאתרו הוא מקרקעין. **ג' מעוניין להטיל עיקול על המקרקעין**. לפי סעיף 23, עיקולים ניתנים לרישום. **עד לפ"ד אהרונוב, סברו כי עימות זה בין ב' ו-ג' לא קשור לסעיף 9 - אין מדובר בעימות בין עסקאות נוגדות** (ג' לא ערך עסקה עם א' בעניין המקרקעין, אין לו אינטרס מיוחד במקרקעין).

**הלכת בוקר** – פ"ד זה עסק בעימות זה, בין מעקל לקונה, בעל זכות התחייבות (**כשההתחייבות ראשונה בזמן – תחילה, נכרת חוזה בין א' ל-ב', והעיקול שני, ולא להיפך**). הלכת בוקר הפעילה את **סעיף 7ב'** בלבד. נקבע כי על עימות זה חל סעיף 7ב'. באותה עת, פסק דין זה חידד מאוד את האבחנה בין חיוב לקניין – **היות ול-ב' אין שום קניין, אלא אך חיוב לטובתו, ובעל הקניין המלא הוא עדין א', הרי שנושה של א' יכול להטיל עיקול על המקרקעין, העיקול תופס. עימות זה, בין מעקל לרוכש בשלב החיוב, הוכרע לטובת המעקל.**

**בנוסף, נקבע כי גם הערת אזהרה לא הייתה עוזרת לב' במקרה זה. מדוע?** ס' 127ב' קובע, כי הערת אזהרה גוברת על עיקול, אך סעיף זה הוסף בשלב מאוחר יותר – בעת פסק הדין, כל שהיה קבוע בחוק הוא, שלא ניתן לרשום זכות קניין הנוגדת הערת אזהרה. באותה עת לא נקבע דבר לעניין עיקול. אי-לכך, המחוקק הוסיף את **ס' 127ב', לפי אם לטובת ב' יש הערת אזהרה, העיקול נדחה מפניה.** **מנגד, אם ל-ב' אין הערת אזהרה, זכותו היא חיובית בלבד, ולכן העיקול גובר, המעקל יכול לעקת את המקרקעין.** זוהי הלכת בוקר, הנשענת על סעיף 7ב' לחוק המקרקעין.

**פ"ד אהרונוב** – פ"ד זה הציע פרשנות חדשה לסעיף 9, לפיה הסעיף פותר לא רק את העימות שבין שני רוכשים, אלא גם בין רוכש לבין מעקל. מדובר במקרה, בו ב' מצוי בשלב החיובי, כשנושה של א', ג', רצה להטיל עיקול על המקרקעין. לטובת ב' לא הייתה רשומה הערת אזהרה. **לכאורה, לפי הדין הקודם, לפי הלכת בוקר, העיקול של ג' אמור לתפוס**, למרות של-ב' הייתה התחייבות. למרות שהיה זה הסדר רכוש בין בני זוג לשעבר, לא הייתה התייחסות לדיני המשפחה, ולהלכה, לפיה לא ניתן לעקל דירת משפחה של בני זוג. **ביהמ"ש התייחס למקרה כאל עסקה חוזית רגילה, כשב' שילם ל-א' את כל התמורה, למרות שדובר היה בבני זוג לשעבר.**

**זכויות שביושר** – אלו הן זכויות על פי דיני היושר האנגלים, שחלו בארץ עד לשנת 1969. עד לשנת 1969 הפסיקה בישראל החילה את הזכויות שביושר. זכות שבדין במקרקעין – נתונה אך למי שהמקרקעין רשום על שמו. זכות שביושר במקרקעין – נתונה לאותו "ב'", לו יש חוזה עם א', אך טרם הועבר הרישום. לב' ניתנה זכות שביושר. הכלל, עד לשנת 1969 - **זכות שביושר עמידה כלפי הכל, למעט אדם שרכש זכות נוגדת, בתמורה, בתום לב, כשיש לו כבר זכות שבדין. זכות שביושר נסוגה מפני זכות שבדין שנרכשה בתמורה ובתום לב**. **חוק המקרקעין התיימר לבטל את הזכויות שביושר –**

סעיף 161 (שלילית זכויות שביושר) – "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק", יש רק זכויות שבדין, אין עוד זכויות שביושר. ברק פוסק, כי הסעיף שולל קיומן של זכויות שביושר אנגליות, אך לא זכויות שביושר תוצרת ישראלית.

סעיף 7ב' – כל מה שלא נגמר ברישם, הוא התחייבות. אין זכות "אמצעית", זכות שביושר, אלא רק שתי אפשרויות – זכות קניינית (בהינתן רישום), או זכות חיובית (בהיעדר רישום).

**פ"ד אהרונוב** **החייה מחדש את הזכויות שביושר**. התירוץ המשפטי – קמו **זכויות שביושר ישראליות.** המקור של זכויות שביושר הינו סעיף 9 לחוק המקרקעין. סעיף זה קובע דבר דומה לחלוטין להלכה שהייתה בעבר על פי דיני היושר האנגליים - הסעיף קובע כי זכותו לש ב' יפה כלפי כולי עלמא, למעט זכות שבדין (השלמת התמורה) שנרכשה בתום לב. מכאן, **שסעיף 9 לחוק המקרקעין מחזיר את דיני היושר ומחזק את זכותו של ב' – הוא לא רק בעל זכות חוזית רגילה, זכות חוזית גרידא, אלא הוא בעל זכות שביושר – זכות שבין קניין חיוב.** אם סעיף 9, לפי הפסיקה, יצר זכויות שביושר, אזי שלסעיף 9 יש גם השלכה על העימות שבין רוכש למעקל. **סעיף 9 קובע של-ב', לו חוזה תקף עם א', יש זכות שביושר. וככזה, הוא גובר על מעקל. עיקולים נדחים מפני זכויות שביושר ישראליות.**

מכוח סעיף 9, ב' רשאי לתבוע את ג'. לפיכך, זכותו של ב' אינה רק זכות חיובית מול א' (איתו יש לו חוזה), אלא זכות מעין קניינית, המספקת עילת תביעה כנגד צדדים שלישיים בלתי-מוגבלים שלא מילאו אחר התנאים של - רישום, תמורה ותום לב. אלו הן זכויות שביושר "תוצרת הארץ". **אם יש עימות בין בעל זכות שביושר ראשון בזמן, לבין מעקל שני בזמן, בעל הזכות שביושר גובר על המעקל, ממש כמו לפני חוק המקרקעין.**

כל הקניין המלא עדין אצל א', לב' אין שום פיסת קניין. במקרה זה, נושה של א' יכול להטיל עיקול על נכסים שהם קניינו של א'. אולם, כעת, **ל-ב' יש כבר קניין שביושר במקרקעין, ולא רק זכות חיובית. על כן, הנכס הוא לא רק של א', אלא גם של ב', ולכן ג' לא יכול להטיל עיקול.** **התוצאה – גם ב', שלא רשם הערת אזהרה, גובר על מעקל.** ב' כבר לא נושה, אלא יש לו כבר פיסת קניין.

**יש כאן התעלמות מהוראה נוספת של חוק המקרקעין (מעבר לס' 7ב' ו-161) – מסעיף 127ב'.** הלכת אהרונוב נוגדת את סעיף 127ב', לפי אם יש לטובת ב' הערת אזהרה, ב' גובר על ג'. משתמע מכך, כי אם אין לב' הערת אזהרה, כוחו של ג' גובר. מנגד, **פ"ד אהרונוב ביטל את הלכת בוקר, בקובעו כי ב' גובר על ג', גם בהיעדר הערת אזהרה, ובכך הוא סותר גם את סעיף 127ב'. פ"ד אהרונוב** שינה הלכה ששררה כ-30 שנה, ונקבע כי אין הבדל בין שני המקרים - **גם אם ג' הוא רוכש רגיל נוסף, וגם אם הוא מעקל, ההלכה זהה ו-ב' בעל זכות עדיפה.**

* בהצעת חוק דיני ממונות, המחוקק מציע לאמץ את הלכת אהרונוב, דהיינו ליצור זכות שביושר ישראלית.
* אחד הנימוקים לביטול הלכת בוקר, המופיע **בפ"ד אהרונוב** – אם ג' נדחה מפני ב', אז קל וחומר שג', כשהוא מעקל (אין לו אינטרס מיוחד במקרקעין), ידחה מפני ב'.
* **העובדה כי לב' זכות שביושר, ולא רק זכות חוזית גרידא, יפה גם במקרים נוספים, ללא קשר ל-ג'.** למשל, כאשר א' מצוי בחדלות פירעון – במצב זה, כל הנושים מתחלקים בנכסי חדל הפירעון באופן שווה ופרופורציונלי לחוב. למעקל עדיפות על פני הנושים האחרים. מה קורה במצב בו א' חדל פירעון, כש-ב' שילם כבר את התמורה, והוא בעל זכות שביושר? יכול להיות שב' יקבל עדיפות, מכוח הזכות שביושר.

א', הבעלים הרשום, נכנס לחדלות פירעון - אם יש לטובת ב' הערת אזהרה, סעיף 127(ב) קובע שב' מוגן בחדלות פירעון. הוא יושב ולא עושה כלום ובעל התפקיד בחדלות פירעון יצטרך לשלם לו את שמגיע לו, ורק אז ב' יסכים למחוק את הערת האזהרה לטובתו. אולם, מה קורה כאשר א' עושה חוזה עם ב', לו אין הערת אזהרה רשומה לטובתו, ו-א' נכנס לחדלות פירעון?

המשמעות של **פ"ד אהרונוב** היא, ש-ב' כבר לא נושה רגיל, אלא יש לו פיסת קניין. במצב של חדלות פירעון, ב' לא יעמוד יחד עם כל הנושים ויתחלק בשווה בתמורה שמתקבלת ממכירת המקרקעין, משום שיש לו זכות קניינית והיא אמידה בחדלות פירעון. יש לו עדיפות בחדלות פירעון. עם זאת, שאלה זו נשארה פתוחה בפ"ד אהרונוב.

**הלכת אהרונוב יוצרת מספר נקודות, הטעונות הסבר –**

* **ניתן תוקף למועד כריתת החוזה. הזכות של ב' היא זכות טובה כבר במועד כריתת החוזה, טרם הרישום (וטרם רישום הערת האזהרה).** הרישום היא פעולה פומבית המלמדת על קיום זכויות, זהו אקט חיצוני שלא ניתן לזיוף. לפי הלכת אהרונוב, ישנה בעיה – **כל א', שיקבל עיקול, יבצע חוזה וירשום תאריך לפני העיקול – במקרה כזה, יוכל הוא להתגבר על המעקל**. לכאורה, מכוח הפסיקה, נפתחה דרך להברחת נכסים מפני עיקול.

יש עורכי דין שחשבו, **שהלכת אהרונוב תנטרל עיקולים**. למשל - א', בעלים רשום, חייב כסף ל-ג', ו-ג' מטיל עיקול על מקרקעין. העיקול התקבל היום ב-4.12, ג' עיקל מקרקעין שרשומים בטאבו על שם א' חייבו. מה א' יעשה כדי לנטרל זאת? ילך ל-ב', יעשה איתו חוזה וירשום את תאריך החוזה חודשיים למפרע, ורושמים את התאריך 4.10.11. לפי הלכת אהרונוב, ב' גובר על ג', וכך מנטרלים תרופה כל כך משמעותית שקוראים לה עיקול.

כיצד נוטרל חשש זה? כאשר מקרה כזה בא לפני שופט, הוא **ירצה הוכחות בשטח**. לא רק חוזה שניתן להדפיס בתוך שנייה, אלא דיווחים למס, תמורה, הוכחות נוקבות לכך שהחוזה בוצע לפני חודשיים ולא היום. כלומר, גם אם 20% מהתשלום נותן זכות ביושר או לא, עניין הוכחת תשלום מסייע גם מבחינה עובדתית ואז, למעשה, מנוטרלת האפשרות לעשות חוזים פיקטיביים.

* נניח וג' מטיל עיקול על מקרקעין הרשמים על א'. לאחר מיכן, מגיע ב', וטוען שלו חוזה, ועל כן הוא גובר על ג'. ביהמ"ש ידרוש הוכחות לכך שהעביר תמורה, לכך שנערכה עסקת תמורה במקרקעין בינו לא'.
* האם הלכת אהרונוב חלה גם כאשר מתקיימת עסקת מתנה בין א' ל-ב'? הכיוון של הפסיקה – לא תחול הלכת אהרונוב על עסקת מתנה.
* גם בעסקאות מכר, עם תמורה, מתעוררת שאלה – **בפ"ד אהרונוב, מספר שופטים ביטאו ספק, אם הלכת אהרונוב תחול גם כאשר ניתנה רק חלק מהתמורה.** ממתי ב' רוכש זכויות שביושר? כאשר החוזה תקף, מבחינת דיני החוזים, ללא כל קשר לשיעור התמורה שהועברה? עניין זה טרם הוכרע בפסיקה. **לא ברור אם הזכויות שביושר נרכשות במלואן, באופן מידי עם כריתת החוזה, כשטרם שולמה כל התמורה (50 אחוז, למשל).** גם בפ"ד זה כבר שולמה התמורה במלואה, ועל כן הנושא הושאר בצריך עיון. במקרה פסק הדין, כש-ב' כבר שילם את כל התמורה – בוודאי שנוצרת זכות שביושר.

**כאשר הקונה שילם אחוז אפסי מהתמורה – אין עימות אמתי בין ג' ל-ב'.** מדוע? נניח ו-ב' לא שילם כלום. ל-א' יש זכות חוזית כלפי ב' – זכות המוכר לקבל כסף מהקונה, א' נושה ב-ב', ב' חייב ל-א' סכום כסף. **ל-א' יש נכס – זכות חוזית לקבל כסף מ-ב'.** ג' יכול לעקל את הזכות החוזית לקבל את הכסף, ולא את המקרקעין. **העימותים בין ב' ל-ג' מתעוררים כאשר אין נכסים אחרים – כש-ב' שילם את התמורה, ואין נכסים אחרים. מנגד, במקרה בו ב' טרם שילם את התמורה, יש נכס גלוי של א' - ג' יכול לעקל את הזכות החוזית של א' לקבל כסף מ-ב', ומימנה לפרוע את חובו.**

שיקולי צדק –

**בפ"ד ורטהיימר נ' הררי** עלתה השאלה – האם ניתן לפתור את העימות בין ב' ל-ג' באמצעות סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות), לפי הנפגע לא יהא זכאי לאכיפת החוזה, כאשר היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. **לעיתים, ביהמ"ש יכול לקבוע כי אכיפה לטובת ב' היא בלתי צודקת בנסיבות העניין, ולאור זאת להעדיף את ג' על פני ב'.**

**מהן הגבולות של סעיף 3(4) לחוק התרופות?** **בפ"ד וורטהיימר** נקבע, כי **את סעיף 3(4) לחוק התרופות יש למקד במישור היחסים שבין א' ל-ב', ללא התחשבות במצבו של ג'.** במישור דיני החוזים, יש לשקול שיקולים הנוגעים אך ורק למערכת היחסים שבין א' ל-ב'. השיקול המכריע צריך להיות במסגרת היחסים שבין א' ל-ב', אחרת נחתור תחת סעיף 9 ונבטלו.

**פ"ד ארוך נ' פאריינטי** - טרבזניק ערך עסקת מכר מקרקעין עם פאריינטי, נחתם חוזה ונרשמה הערת אזהרה לזכותו של פאריינטי. מספר שנים לאחר מכן, פנה טרבזניק לבית המשפט בבקשה לבטל למחוק את הערת האזהרה כיוון ופאריינטי לא שילם את כל התמורה שהוסכמה ובית המשפט נעתר לבקשתו. הוא גם התקשר עם משפחת ארוך, מכר להם החלקה ועם מחיקת ההערה נרשמה החלקה על שמם. לאחר שנים, כשגילה פאריינטי כי חלקתו רשומה על שמם של בני משפחת ארוך, פנה לבית המשפט בבקשה לביטול החלטת בית המשפט שביטלה את הערת האזהרה שלזכותו ובית המשפט נעתר לבקשה. בשל החלטת בית המשפט נוצר מצב של עסקאות נוגדות בין זכותו של פאריינטי בשל הערת האזהרה וזכותם של בני משפחת ארוך בשל רישום החלקה על שמם. **השאלה המשפטית - מהו תום הלב הנדרש לשם עדיפות זכותו של קונה שני במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין?**

ביהמ"ש קבע, כי **המבחן לקיומו של תום הלב במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין הוא סובייקטיבי ולא אובייקטיבי**. כלומר, תום הלב נשלל, כאשר הקונה המאוחר ידע ידיעה בפועל, או "ידיעה קונסטרוקטיבית", בשל עצימת עיניים מצדו, על זכותו של הקונה הקודם לו בזמן. אולם, אי-ידיעה רשלנית אינה עולה כדי חוסר תום לב. הערעור התקבל, נקבע כי בני משפחת ארוך יירשמו מחדש כבעלי החלקה.

**פ"ד גנז** – לאור פ"ד זה, בהרבה מקרים הלכת אהרונוב לא תיושם. מדובר בא', בעלים רשום בטאבו. ישנו חוזה מכר, העברת בעלות, בין א' (מוכר) לב' (קונה). עסקה זו לא הסתיימה ברישום, המקרקעין עדין רשומים על שם א'. לאחר מיכן, נעשתה עסקה בין ב' ל-ג' (רוכש ראשון), ובין ב' ל-ד' (רוכש שני בזמן). יש עימות קנייני בין ג' ל-ד'. **תיאור העסקה בין ב' ל-ג'** – ביהמ"ש קובע כי אין מדובר בהמחאת זכות, אלא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. עסקה בין ב' ל-ג' עשויה להיות התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, למרות שב' אינו רשום כבעלים בטאבו. הגדרת העסקה בין ב' ל-ג' לא תלויה בטיב הזכויות של ב' בטאבו (רשום, או לא בטאבו).

**המחאת זכות** – במסגרת העסקה בין ב' ל-ג' כבר עבר הקניין בזכות החוזית. **התחייבות להמחאות** – העסקה בין ב' ל-ג' הינה בשלב ההתחייבות, ההעברה טרם בוצעה. האבחנה היא שאלה של פרשנות ההסכם.

ב' הוא קונה לא רשום. לאור **פ"ד טקסטיל ריינס**, העסקה בין ב' ל-ג יכולה להיות המחאת זכות (התחייבות להמחאות והמחאה – שני שלבים מבחינה אנליטית, למרות שהם יכולים להתרחש באותו המועד), או התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. **ביהמ"ש, במקרה דנן, קבע כי העסקה בין ב' ל-ג' היא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.** ביהמ"ש לא הסביר דעתו.

**אם העסקאות בין ב' ל-ג' ובין ב' ל-ד' הם התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, הרי שסעיף 9 לחוק המקרקעין, המסדיר את דינם של עסקאות סותרות במקרקעין, רלוונטי למקרה דנן.** ביהמ"ש מחיל את סעיף 9 – ג', הקונה הראשון בזמן, עשוי להתגבר על ד', הקונה השני, למעט אם התקיימו התנאים – תמורה, תום לב והשלמת הרישום. במקרה פ"ד, שני התנאים הראשונים התקיימו, אך אין השלמת רישום. נניח ולטובת ד' רשומה הערת אזהרה - אין מדובר ברישום מלא (הערת אזהרה אינה מספיק ל-ד'). לכן, לאור סעיף 9 – ג' עדיף על ד'.

* **דעת יחיד של השופטת פרוקצ'ה** – כאשר אדם שביצע את העסקאות הנוגדות לא רשום בטאבו, יש לראות בהערת האזהרה כרישום לכל דבר.

**החידוש של פסק הדין** – אדם רושם הערת אזהרה על מנת להגן טוב יותר על זכויותיו. בפ"ד זה נקבע, כי **ג' חייב היה לרשום הערת אזהרה לטובתו, על מנת למנוע את "התאונה המשפטית"** – בין ג' ו-ד' אין חוזה, אלא תאונה משפטית הפגישה ביניהם. **על ג' מוטל החובה למנוע תאונה משפטית, הוא יקיימה, אם יספיק מידע לכל העולם על החוזה שלו עם ב' – ע"י רישום הערת אזהרה.** ישנה דרך נוספת – אחזקה, אחזקה מעניקה מידע על הזכויות. אולם, הדרך הרגילה הינה ע"י רישום הערת אזהרה. על ג' לרשום הערת אזהרה, על מנת **להגן על זכויותיו, ועל ד', הקונה בפוטנציאלי.**

**סעיף 39 לחוה"ח** – חלק מהשופטים לא התלהבו לאמץ את עקרון תום הלב הכללי במסגרת סעיף 9. מדוע? השופטים שטרסברג-כהן וריבלין - המחוקק בחר להחיל את חובת תום הלב על הקונה השני בזמן, ולא התכוון להשית חובת תום לב על הקונה הראשון. השופט לא ייחס חובת תום לב על הקונה הראשון. נימוק זה לאי-ייבוא עקרון תום הלב הוא בעייתי – **אין מדובר במונחים דומים של תום לב (אובייקטיבי וסובייקטיבי). יש תום לב לגבי האחרון בזמן (בתקנת השוק ובעסקאות נוגדות) – אי-ידיעה על זכות קודמת, אין מדובר בסעיף 39 לחוה"ח. תום הלב הוא סובייקטיבי, לעומת סעיף 39, בו תום הלב הוא אובייקטיבי.** תום הלב בהקשרם של סעיף 9 ו-10 פירושו אי ידיעה על קיומה של זכות קודמת, אין הוא קשור לסעיף 39.

**פ"ד רוקר נ' סלומון** (מאוזכר בנושא 15) – ביהמ"ש החיל, לראשונה, את סעיף 39 גם על דיני הקניין. יש הרבה יותר היגיון להחיל את תום הלב על דיני החוזים – א' בוחר להתקשר בחוזה עם ב', על כן הוא יהא חייב כלפיו ברמת התנהגות מסוימת. מנגד, לג' ו-ד' במקרה **פ"ד גנז,** אין שום התקשרות חוזית. מדוע להטיל על ג' חובת תום לב, כלפי אדם שהוא אינו מכיר?!

**תום הלב נוגד את דיני הקניין הקלאסיים, שלא התחשבו בגורם הסבירות**. עקרון תום הלב משנה לחלוטין את תחום דיני הקניין.

**ההלכה כיום – סעיף 39 חל גם על דיני קניין, חלה חובת תום הלב**. מעל כל סעיף וסעיף בחוק המקרקעין, רובץ סעיף 39 לחוה"ח, היינו נדרשת תום הלב אובייקטיבית.

* בהצעת חוק דיני ממונות, **בס' 511ב'** יש אימוץ של ס' 9 לחוק המקרקעין ושל הלכת גנז, בשינוי קל. **בפ"ד גנז** הייתה הערת אזהרה לטובת צד ד', בהצעת החוק כתוב במפורשות, כי **ד' יהא עדיף רק אם רשם הערת אזהרה בעודו תם לב**. **בס' 512א'** יש פיתוח של הלכת ארונוב - אם יש התחייבות להקנות נכס, ולאחר מכן מגיע עיקול, זכותו של ב' עדיפה. המחוקק מגיב לפסקי הדין, ומציע לאמץ אותם. במבנה של ס' אלו, מאומצת גם הלכת בנק מזרחי.

**עימות בין עיקול להתחייבות למתנה –**

יש מתח בין העניין התיאורטי לעניין הפרקטי. יש עסקה בין א' ל-ב'. **א'** הוא בעלים רשום בטאבו ו**ב'** הוא קונה, שטרם נרשמו זכויותיו בטאבו. **ג'** הוא נושה שמטיל עיקול. בדרך לפסיקת ההלכה לטובת הקונה, פותחה תיאוריה שלמה של זכויות שביושר. **לב' יש זכות מעין קניינית - זכות שביושר**. מקור הזכויות שביושר הוא ס' 9 לחוק המקרקעין - מי שהתחייבו לטובתו בעסקה גובר על כל מי שמאוחר לו, למעט אדם שפעל בתו"ל לב ובתמורה ורשם את זכויותיו. לב' יש זכות - לא רק זכות חוזית צרה כלפי א', אלא גם כח כלפי מס' בלתי מוגדר של אנשים (מס' ג'מלים). זהו סממן של זכות קניינית, זוהי התיאוריה בבסיס הלכת אהרונוב. **אם כך, תיאורטית, ההסדר צריך לחול גם אם ב' מקבל מתנה, ולא קונה.** ס' 9 עוסק בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, הכוונה הינה להעברת בעלות, לא משנה אם בתמורה, או לא. **ס' 9 צריך לחול גם אם העסקה הראשונה היא התחייבות לתת מתנה.**

* התחייבות לתת מתנה במקרקעין, מכוח סעיף 7(ב) במקרקעין, הינה רק כאשר קניין עובר בעלות. גם מתנה שניתנה בלשון ריאלית: "אני הנותן מתכבד להעביר לך את הבעלות" (נתינת מתנה) ולא התחייבות לתת מתנה, נשארת עדיין התחייבות, כל עוד זה לא נרשם.

התוצאה, על כן, צריכה להיות, שמי שהתחייבו להעניק לו מתנה יהא עדיף על פני מעקל. זו תוצאה שהפסיקה לא חיה עימה בשלום. אם המתנה בין א' ל-ב' הושלמה מבחינה קנייני, אין כל בעיה, משום שהנכס כבר של ב'. גם אם ב' כבר רשם הערת אזהרה לטובתו, המעקל לא יכול להיכנס פנימה ולהטיל עיקול, ע"פ ס' 127ב'.

* רישום הערת אזהרה לא מנע את ס' 5 לחוק המתנה, ואם מדובר בהתחייבות להעביר מקרקעין במתנה, ייתכן והנותן יוכל לחזור בו.

**מה קורה, כאשר לטובת ב' אין אפילו הערת אזהרה?** ישנה התחייבות להעביר לו מתנה, ומצד שני יש מעקל. **יש נטייה בפסיקה ללכת לטובת המעקל, כי ברוב המקרים המתנה בין א' לב' היא ניסיון להברחת נכסים**. המתנה נעשית בצורה כזו, שנותן המתנה מתנה, שכל ימי חייו יוכל להמשיך לשבת באותה דירה. כלומר, זוהי לא מתנה שהתכוונו כרגע לתת אותה. החלת הקביעה **התיאורטית של פ"ד אהרונוב נראית לא צודקת בהקשר של התחייבות לייתן מתנה, ולכן הפסיקה חותרת לתוצאה, במסגרתה המעקל יתגבר על מקבל המתנה.**

ברוב המקרים, ניתן לעשות זאת על בסיס עובדתי (א' ממשיך לגור בנכס, למשל). כלומר, לומר כי העסקה היא **חוזה למראה עין**, לומר כי **המתנה לא אמיתית אלא לשם הברחת נכסים**, אין התחייבות אמיתית לתת מתנה. זו דרך מאוד נוחה, מבחינה עיונית, להגיע לתוצאה הרצויה, שהעיקול יהא עדיף על נותן המתנה.

הפסיקה מסתבכת, וקובעת כי יש מקרים, כמו **בפ"ד לניאדו**, בהם נראה כי העסקה אמיתית, ואז ישנה דרך אחרת להעדפת את המעקל על פני מקבל המתנה.

* ס' 512א' להצעת חוק דיני ממונות מחיל את הלכת אהרונוב ובנק המזרחי - ב' גובר על המעקל.
* ס' 512ב' להצעת חוק דיני ממונות – הוראות ס' קטן א' לא יחולו על התחייבות ללא תמורה, בהתקיים תנאי מהתנאים האמורים בס' 182 (5 לחוק המתנה).

האם ס' הלכת 512ב' מיישם את הלכת לניאדו? התשובה שלילית. הלכת לניאדו יותר רחב מהצעת החוק - הצעת החוק קובעת, שבעימות בין מעקל למקבל מתנה, בכל המקרים בהם נותן המתנה רשאי לחזור בו - יש התחייבות לתת מתנה, אך זו חלשה, כי הוא רשאי לחזור בו. **בפ"ד לניאדו** נקבע במפורש כי המעקל יכול להתגבר, אפילו במקרים שנותן המתנה לא יכול לחזור בו. הוא פתר את הקושי התיאורטי בכיוון אחר. ביהמ"ש קובע כי הזכות הקניינית מאוד חלשה, וס' 9 לא חל עליה - **התחייבות להעניק מתנה היא התחייבות חלשה, גם במקרים שנותן המתנה לא יכול לחזור בו.**

בפועל, כמעט בכל המקרים ניתן לומר שמדובר בחוזה למראית עין.

**פ"ד לאניאדו** – **מתנה מול עיקול מאוחר** - א' נתן ל-ב' מתנה, ו-ב' לא ביצע רישום ולא הערת אזהרה. ברור, שאם מישהו רשם הערת אזהרה על ההתחייבות למתנה שקיבל, דהיינו ב' במקרה זה, אזי שהמעקל לא יכול לעקל את המתנה, לפי סעיף 127ב'. הערת אזהרה מביעה אי אמון בנותן, ולכן לא נוהגים לעשות אותה במתנה. בפ"ד זה, הזכאי מכוח ההתחייבות לא רשם הערת אזהרה, ונוצר עימות.

בפ"ד זה לא רשמו הערת אזהרה, ולכן עולה העימות שבין מי שקיבל התחייבות למתן מתנה לבין המעקל. פ"ד זה ממחיש שהפסיקה גמישה, ולא פורמאלית. ברור לנו, שהתחייבות לייתן למתנה נכללת בסעיף 9 בסיטואציה של זכויות סותרות (לא עיקול). בסיטואציה כזו, של עימות בין התחייבות למתנה לרוכש אחר, סעיף 9 כן חל (כולל הלכת בגנזריטיש) - ב' לא יפסיד כלום בגלל שהוא לא נתן תמורה. דרישת התמורה היא מ-ג'.

מנגד, **כאשר מדובר בעימות בין התחייבות לייתן מתנה (ב) לעיקול (ג), סעיף 9 אינו חל, לפי פ"ד לאניאדו.** זאת, למרות שאם היינו אומרים שלמי שמקבל מתנה יש זכויות מעין קנייניות, הוא היה אמור לגבור גם על מעקל. ביהמ"ש מעניק פסיקה גמישה. **ברוב המקרים, העימות בין התחייבות למתנה לעיקול, ייפתר על פי בסיס עובדתי.** בית המשפט לא ייכנס לעימות מבחינה תיאורטית, אלא יפתור את זה על בסיס עובדתי – **יבחן אם המתנה ניתנה למראית עין או לא (עניין חוזי).**

כשלא ניתן לפתור את המקרה לפי העובדות, בא בית המשפט וקובע, **שבדרך כלל עיקול מתגבר על מתנה (שלא הושלמה מבחינה קניינית).** **בית המשפט לא מחזק את העיקול, אלא מחליש את המתנה**. סעיף 5 לחוק המתנה מונה מספר מקרים, שבהתקיימם ניתן לחזור מהתחייבות למתן מתנה. גם במשפט האנגלי, מעמדה של התחייבות למתנה הוא חלש יותר. בדיני חוזים, התחייבות לתת מתנה לא אכיפה בכלל. זאת, משום שהצד השני כלל לא נתן תמורה. במשפט האנגלו אמריקאי, תמורה היא תנאי להפיכתו של ההסכם לאכיף. דין החוזים הישראלי ביטל את הצורך בתמורה. גם אצל האנגלים, אף על פי שהתחייבות לתת מתנה לא תקפה בכלל, כמעט כל דבר יכול להיות מוגדר תמורה.

**אצלנו, תיאורטית, התחייבות לתת מתנה תקפה, אך נותן המתנה יכול לחזור בו ממתן המתנה במספר מקרים, לפי סעיף 5** (לדוגמא: התנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או אם חלה הרעה במצבו של הנותן). לכן**, התחייבות לתת מתנה חלשה יותר מהתחייבות למכור**. גם במקרים של התחייבות למכור, אפשר לחזור מההתחייבות במקרים מסוימים, ואז יש לצד השני את התרופה של אכיפה. לכן, בית המשפט קובע, **שייתכן והתחייבות לתת מתנה אפילו לא נכנסת לגדרי סעיף 9.** כיוון ובדרך כלל לא רצים לרשום הערת אזהרה או רישום בטאבו במקרה של מתנה, נוצרות בפרקטיקה הרבה בעיות של מתנה מול מעקל.

יש לנו את הבעיה של מקבל מתנה בשלב החוזי, בלי הערת אזהרה. המעקל נכנס בטווח שבין השלב החוזי לבין השלב הקנייני. **לפי הלכת אהרונוב והלכת גדי, אם היינו הולכים מבחינה פורמאלית, היה צריך לפסוק לטובת ב', אשר לו זכויות שביושר.** **אם זכויות שביושר תוצרת הארץ הן תוצרת סעיף 9 לחוק המקרקעין, גם מקבל מתנה נכנס לסעיף 9.**

אם לא היה מדובר במעקל, והיה לנו את א' בעלים רשום שנותן מתנה לב', ואחרי זה א' מוכר ל-ג', בסעיף 9 כתוב במפורש ש-ג', הקונה המאוחר, מתגבר על ב', רק אם התמלאו שלושת התנאים שבסעיף 9 סיפא. כלומר, במקרה הרגיל, יש צורך בתום לב, תמורה והשלמת רישום. אם רק ג', שיש לו את התנאים הללו מתגבר, אזי שלטובת ב' יש זכות שביושר ואם כך, נחזור להלכת אהרונוב - זו לא סתם מתנה זו עסקה במקרקעין, ולמעשה ב' צריך להתגבר על מעקל.

אולם, יש פה קצת בעיה. ישנם מקרים בהם המתנה קצת "מסריחה". כלומר לפי הסיטואציה, המתנה היא אולי גם **הברחת נכסים מנושים**. אך בפ"ד לניאדו זה לא נחשב כהברחת נכסים - בלניאדו א' נתן את המתנה רק לב', שלא נתן ערבות אישית. תאגיד זו אישיות משפטית נפרדת, ולכן בהרבה מאוד מקרים נושים, כשהם נותנים אשראי לחברה, דורשים ממנה גם ערבות מבעל השליטה. בעובדות לניאדו, ל-א' יש עסקים, חברה שבשליטתו וחלק מבני המשפחה שקשורים לחברה נתנו ערבות אישית לחובות החברה. א' מקפיד לתת את המתנה למי שלא נתנו ערבות אישית ואז ג' לא יכול לתבוע אותם. מקרה כזה הוא שכיח בפרקטיקה – לעיתים, המתנה היא חשודה. **למרות שצריך להחיל את הלכת אהרונוב, בד"כ עיקול גובר על מתנה.**

היה אפשר לפתור זאת בדרך אחרת. יש, לפעמים, שבנסיבות כאלה **אנו יכולים לטרפד את ב' באמצעות דיני החוזים – חוזה למראית עין – ולא להגיע בכלל לדיני הקניין, אך זה לא מה שעשתה הלכת לניאדו**. הלכת לניאדו קובעת, שהתחייבות לתת מתנה חלשה יותר ואולי לא עליה דיבר סעיף 9. כלומר, היא לא פסלה את העסקה בין א' לב' ע"י דיני החוזים, אבל קבעה שיכול להיות שסעיף 9 לא חל בדיוק. אולי התחייבות למתנה היא חלשה ובסעיף 9 מדברים על התחייבות חזקה. למרות, שאם מול ב' היה עומד רוכש, כן היינו מפעילים את הכללים הרגילים. זה לא לגמרי ברור.

**הלכת לאניאדו** - גם אצל מקבל מתנה, מכוח התחייבות לתת מתנה, נוצרות "מעין זכויות מעין קנייניות" אולם אלו שבריריות ובלתי מגובשות לאין ערוך, מאלו שבידי הקונה בעסקת מכר. **הסתמכותו של הנושה להיפרע מנותן המתנה יוצרות גם אצלו הסתמכות, וזו גוברת שעה שמקבל המתנה נמנע מרישום הערת אזהרה בגין אותה מתנה**. **לפיכך, נקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה**. עם זאת, פתוחה תהיה הדרך בפני מקבל ההתחייבות למתנה לנסות ולהוכיח כי עניינו הקונקרטי נמנה על אותם חריגים, שבהם במאזן הציפיות המוגנות שלו ושל הנושה – תיטה הכף להעדפת עניינו. **על אותו ה-ב' יהא להוכיח תום לב של נותן המתנה ונסיבות נתינתה, ולהפריך כל ספק סביר שמא נועדה אותה מתנה להברחת הנכס מנושיו או למטרה בלתי ראויה אחרת.**

לפי **סעיף 13 לחוק מיטלטלין**, גם בעסקאות סותרות בזכויות, חל דין דומה. המשמעות של עסקאות סותרות בזכויות בהקשר של מקרקעין תהיה דומה לעובדות של בריטיש, אבל מאוד לא זהה בנקודות מסוימות. אם נחיל עסקאות נוגדות באמצעות סעיף 13 למיטלטלין על זכויות, המשמעות תהיה כזו - יש א', בעלים רשום של מקרקעין, שעשה עסקה עם ב', וב' לא רשום בטאבו. ב' עשה עסקאות סותרות, עם ג' ו-ד', עסקאות סותרות שונות מעובדות בריטיש. מה צריך לשנות בקביעה של בימ"ש בעובדות בריטיש? העסקה בין ב ו-ג' היא התחייבות להמחאות.

בגנז, ביהמ"ש קבע שהעסקה בין ב' ו-ג' היא התחייבות לעשות עסקה במיטלטלין ולכן החיל את סעיף 9. אם זו התחייבות להמחאות, כדי ש-ד' יגבר על ג', הוא צריך תמורה, תום לב והמחאה. התחייבות להמחאות פירושה, שהיחסים בין הממחה לנמחה עדין בשלב בחיוב. המחאה, מנגד, הינה כאשר היחסים ביניהם מצויים כבר בשלב הקנייני. **היות ועסקאות נוגדות, בנוסף לתמורה ותום לב, דורשות השלמת קניין, שמצויה בכל הסעיפים של עסקאות נוגדות, במקרה זה, דורשים המחאה, להבדיל מהתחייבות להמחאות.**

**סעיף 4 לחוק המשכון** - במה שונה הסדר זה מהסדרים אחרים באותה סוגיה? למה סעיף זה מסדיר קטע מעסקאות נוגדות, כשהוא אמור להיות חלק מזה? דוגמא - א' הוא בעלים של נכס. ב' מקבל משכון מ-א'. ג' הוא נושה מובטח. **אם שניהם נושים מובטחים, ברור שיש תחרות של עסקאות נוגדות כמו בסעיף 9.** זה מתאים גם לעסקאות נוגדות, כי הראשון בזמן, ב', הוא בשלב החיובי ולא הקנייני, כי לא ביצע רישום. מדובר **בעימות בין שני משכונים.** הכלל בעסקאות נוגדות - אם המאוחר יותר ג' נתן תמורה והיה תם לב והשלים את הקניין, דהיינו רשם את המשכון לטובתו (רק אם מילא את שלושת התנאים), הוא יהא עדיף על הראשון בזמן.

**ההסדר לא דומה לסעיפי עסקאות נוגדות – דורשים ממנו תמורה ותום לב אובייקטיבי – ידע או היה עליו לדעת.** זה סוטה מהסדרים. **סעיף 4(3) סוטה מכללי העסקאות הנוגדות האחרות.** עד כה, פורש תום הלב כסובייקטיבי. ואילו בסעיף זה, **ג' יפסיד, לא רק אם ידע על המשכון הקודם, אלא גם אם היה עליו לדעת**. הצעת חוק זו מנסה לבטל הוראות שונות שעוסקות באותו נושא. אנו **דורשים תום לב אובייקטיבי מ-ג'**.

**בפ"ד לב נ' טובי** קשה לדעת מה ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט. התפיסות של השופט ריבלין והשופט מלצר שונות. השופטת השלישית הסכימו עם התוצאה, אך לא ברור עם אילו מן השתיים הייתה דעת רוב ודעת מיעוט. **השופט ריבלין** - מי שלא רשם הערת אזהרה תוך שנתיים עד 4 שנים, אין זה חריג. הוא מסכים לתוצאה, כי היו נסיבות מיוחדות - גב' וולטר התכחשה להסכם עם לב, ולכן היה עליו לחוש כי זו תעשה עסקה נוגדת. לעומתו, **השופט מלצר** - טען כי 4 שנים לא מהווים זמן סביר, ולכן לב נהגו שלא בתו"ל. גם בקודיפיקציה נקבע הסדר לעניין התרשלותו של בעל העסקה הראשונה ברישום הערת אזהרה לטובתו - כמה זמן זה התרשל?

**בעיית תום הלב האובייקטיבי** – לפי **פ"ד ארוך**, תום הלב שנדרש מהקונה השני הוא סובייקטיבי. אולם, החלו להגיע פסקי דין שקבעו, שאם תום הלב חל מכוח ס' 39 לחוה"ח, וס' 39 חל על ס' 9, אזי שהוא יכול גם על הראשון בזמן. במקרה כזה, **תום הלב של השני בזמן קודם מסובייקטיבי לאובייקטיבי**. לכן, אם כתוב משהו בלוח המודעות, והדיירים לא קוראים וזו התנהגות לא סבירה, אזי שיש להטיל על השני דרישה לתום לב אובייקטיבית, היה עליו לדעת מה כתוב בלוח המודעות, ועל כן הוא לא ייחשב כתם לב מבחינה אובייקטיבית. אי לכך, הלכת גנז לא תחול לטובתו.

**ביסוס הזכות שביושר -**

ההשפעה של הלכת אהרונוב יצאה מעבר לעובדות פסק הדין. ישנה הרחבה וביסוס הרעיון של זכויות שביושר. בעובדות **פ"ד אהרונוב** היה מדובר בעימות שכיח בין מעקל לרוכש שלא רשם לטובתו דבר. ביהמ"ש העדיף את הרוכש. ההנמקה של השופט ברק – **חוזה מכר במקרקעין, כשלעצמו, יוצר זכויות שביושר.**

**פ"ד צימבלר נ' תורג'מן** – אימוץ **הנאמנות הקונסטרוקטיבית**. יש בעלים שבדין ובעלים שביושר (נהנה ונאמן). מקור הדין הוא בדיני היושר באנגליה. **החל משנת 1979 החוק הכיר במוסד הנאמנות בארץ.**

**מהי נאמנות?** ס' 1 לחוק הנאמנות – "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת.". ביחסי נאמנות יש נאמן ונהנה. בד"כ, הנאמנות נוצרת במפורש, או באופן חד צדדי (אדם מקדיש נכס למטרה מסוימת), או ע"י הסכם מפורש בין נאמן לנהנה.

הרעיון של **פ"ד אהרונוב וצימבלר** – **ייתכן, שיחסי מוכר וקונה יוצרים נאמנות קונסטרוקטיבית** – נאמנות לא מפורשת (הצדדים לא הסכימו במפורש על קיומם של יחסי נאמנות). הכוונה הינה ליחסים מסוימים, שהצדדים לא קבעו אותם כנאמנות, אך **החוק והפסיקה יראו אותם כיחסי נאמנות** – יחסי קונה ומוכר, כאשר שום דבר לא נרשם על שם הקונה. **המוכר יהא הנאמן** (הבעלים שבדין – הכל רשום על שמו), **והקונה יהיה הנהנה.**

במקום לקרוא לקונה בעל זכות שביושר, נקרא לו נהנה. הנהנה, ב', מתעמת עם ג', נושה בא' – אין זה משנה אם נקרא לב' בעל זכות שביושר, או נהנה. בכל מקרה, ישנה פיסת קניין לב', ולכן עיקול לטובת ג' לא יכול לחול. לעימות מעקל-רוכש, הכינוי נאמנות קונסטרוקטיבית לא מוסיף דבר.

למרות זאת, הכינוי נאמנות קונסטרוקטיבית יכול לחזק את מעמדו של ב' בהקשרים אחריף לא בעימות מול מעקל. מהם אותם הקשרים? **התיישנות – פ"ד צימבלר**. הרוכש, ב', שילם כבר את כל התמורה – אין קושי לראות בו כנהנה קונסטרוקטיבי (ללא חוזה מפורש) וכבעל זכות שביושר. **הכלל – תביעת נהנה נגד נאמן לא מתיישנת, אלא אם כן הנאמן טוען שהוא אינו הנאמן (טוען להיעדר יחסי נאמנות).** במקרה דנן, יש יחסי נאמנות קונסטרוקטיבית, מכוח הדין. ביהמ"ש מחיל על העימות בין ב' ל-א' את מינוח הנאמנות והכלל, לפיו תביעתו של נהנה כלפי נאמן לא נופלת בשל התיישנות.

* ס' 159ב' לחוק המקרקעין – הסעיף עוסק בהתיישנות במקרקעין מוסדרים (מקרקעין שכבר עברו בדיקת בעלות רצינית). הסעיף לא חל במקרה דנן. התיישנות לא מונעת מבעלים רשום לסלק אדם מהמקרקעין, גם אם עבר זמן ההתיישנות. לפי סעיף 159ב לחוק המקרקעין, **חוק ההתיישנות לא חל במקרקעין מוסדרים.** כך, אם אדם שוהה 40 שנה בחו"ל ומישהו פולש למקרקעין שלו ושוהה בהם תקופה ארוכה, בעל המקרקעין המוסדרים יכול להגיש תביעה למרות שחלפו שנים רבות. אין התיישנות לגבי זה.

חוק הנאמנות, **סעיף 3ב'** – "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות". הסעיף עוסק בעימות עם ג'. נראה כי יש קושי להעדיף את ב' על פני ג' על סמך יחסי הנאמנות. **יחסי נאמנות ניתנים לרישום בטאבו.** דהיינו, X יהיה הבעלים בקרקע, כנאמן. אם אין רישום, יש כלל **בסעיף 5** – "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם". **אם אין רישום בטאבו של יחסי הנאמנות, כוחה של הנאמנות יהא יפה רק כלפי מי שידע, או היה עליו לדעת עליה.** נראה, כי סעיף 5 סותר את סעיף 3ב', הפועל לטובתו של הקונה, ולפיו נושה לא יכול לרדת לנכסים שאדם מחזיק בו כנאמן, אלא אם החוב נוצר בקשר ליחסי הנאמנות, כתוצאה מהנאמנות (מדובר בחובות אישיים). לפי סעיף 3ב', ג' לא יכול לעקל נכסים שא' מחזיק כנאמן. במקרים רבים, ג' טען, לפי סעיף 5, שהוא לא אמור לדעת על יחסי הנאמנות, ועל כן אין הם מחייבים אותו, והוא רשאי להטיל עיקול על הנכס.

לפי הספרות, **סעיף 5 לא מסתדר עם הלכת אהרונוב**. האם כך הדבר? סעיף 5 מבטא מדיניות שונה מהלכת אהרונוב – הלכת אהרונוב רצתה להעניק כוח גם לזכויות לא-רשומות. סעיף 9 לחוק המקרקעין מחליש את המרשם ומחזק את כוחן של זכויות לא-רושמות, בניגוד לסעיפים 7ב' ו-10, המחזקים את המרשם. סעיף 5 לחוק הנאמנות מחליש את כוח הנאמנות (בכלל, גם מפורשת) – נאמנות לא תתקיים כלפי מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת עליה. זוהי מדיניות שונה מזו שהנחתה את הלכת אהרונוב.

**סיכום הלכת פ"ד צימבלר** - התחייבות להעביר בעלות בדירה יוצרת "זכות שביושר", זכות "מעין קניינית". כאשר עסקתם של הצדדים "כמעט מושלמת" רק נימוקים כבדי משקל במיוחד עשויים להצדיק שלילת הזכות להשלמת העסקה ברישום לטובת הקונה. קיומן של זכויות שביושר מקים יחס של נאמנות קונסטרוקטיבית בין המוכר לקונה. ביהמ"ש נוטה להגדיר את היחסים כיחסי נאמנות רק כאשר ב' שילם את מלוא התמורה. בצימבלר לא הייתה בעיה, כי התמורה שולמה לפני עשרות שנים. הכינוי החדש מסייע לייבא דינים שמקובלים בדיני הנאמנות. אחת ההלכות בדיני הנאמנות - אין התיישנות לתביעה של נהנה כנגד נאמן. אם אין בין הצדדים מחלוקת על קיומה של הנאמנות, אזי שהתביעה של נהנה נגד נאמן לא חשופה להתיישנות. המוכר הוא נאמן והקונה הוא נהנה. תביעה של נהנה נגד נאמן לא מתיישנת אם עצם הנאמנות לא שנויה במחלוקת.

נקבע, כי קיימת התיישנות, רק כשאין רישום בטאבו והזכויות שביושר אינן רשומות. עם זאת, כשנכס רשום על שמו של אדם ומישהו יושב לו בנכס, הוא יכול לחזור ולדרוש את הנכס ואין התיישנות, כיוון והנכס רשום על שמו במקרקעין מוסדרים.

**פ"ד אמסטר נ' טאובר** – לראשונה, ביהמ"ש העליון **ביטל את סעיף 5 לחוק הנאמנות**, הלכה למעשה. ביהמ"ש הכיר בסתירה של סעיף 5 לסעיף 3ב', וקבע כי הוא לא עומד במדיניות של חיזוק הזכויות שביושר. כיום, ניתן לראות את סעיף 5 לחוק הנאמנות כאות מתה. זוהי אחת ההשפעות החשובות של הלכת אהרונוב.

* הנאמנות היא, למעשה, דרך להתחמק מנושים, לאור סעיף 3ב'.

**פ"ד כספי נ' נס** – **משכון מוסווה** – הצדדים עשו עסקת משכון, אך הם הסוו אותה, הם כינו אותה בכינויים אחרים, רצו להימנע מתחולת דיני המשכון, העדיפו לקרוא לעסקה זאת מכר, או שכירות. לעיתים, בפרקטיקה, מלאכת הסיווג קשה, בעיקר בין מכר למשכון – העברת בעלות מול משכון. אם נעשתה עסקה בין א' ל-ב' (עסקת משכון בין חייב ונושה). א' הקצה ל-ב' מקרקעין מסוימים (נראים כמשכון לפירעון החוב). אולם, **אם ב' לא רשם את המשכון לטובתו, הרי שלפי דיני המשכון הוא נושה רגיל, ועל כן יהא כדאי לו להציג עצמו כקונה, ולא כנושה. כקונה, הנכס לא משמש כמשכון, אלא ממכר של א' ל-ב'.**

צדדים שרוצים להיפטר מהוראות מכבידות של חוק המשכון מסווים את מהותה של העסקה, לא קוראים לעסקה בשם משכון, אלא בשם אחר. לפעמים עסקאות שנקראות מכר או שכירות הן בעצם עסקאות משכון. ס' 2(ב) בא למנוע עסקאות כאלו של משכון מוסווה. אם העסקה, לפי מהותה, היא משכון, יחולו עליה הוראות חוק המשכון. סיווג עסקה כמשכון יעשה לפי המהות ולא לפי הצורה, וזה קשור לעובדה שחוק המשכון הוא קוגנטי.

**עובדות פסק הדין -** בין א' ל-ב' נערכו פעמיים הסכמי מכר לגבי נכס מסוים.התברר ש-א' נקלע לחדלות פירעון. ב' לא רשם זכויות על הנכס. **ב' מעדיף להופיע בחדלות פירעונו של א' כקונה, ולא כנושה**.בין א' ל-ב'נערכו שני הסכמים בפרקי זמן שונים, שעל סמך כל אחד מהם ב' הציג עצמו כקונה (טען כי מדובר בהסכמי מכר). ההסכמים נערכו בהפרש זמן של למעלה משנה – החוזה המפורט נעשה, ימים ספורים לפני ש-א' נכנס לחדלות פירעון. שלב א' – ההסכם שנחתם פרק זמן משמעותי לפי חדלות הפירעון. השלב השני – הסכם שנחתם, ערב חדלות הפירעון.

**בפ"ד כספי** מדובר על העדפת נושים תקופה קצרה לפני חדלות הפירעון. העדפת נושים היא כאשר יש לנושה מספר חייבים ומעט לפני שהוא נכנס לחדלות פירעון הוא פורע את חובו לנושה א' ו"מעדיף" אותו. בדרך כלל אדם / חברה יודע/ת תקופה מסוימת לפני כניסה לחדלות פירעון. אז הוא עשוי להעדיף מאיזושהי סיבה לשלם לנושה ספציפי. הוא יודע שאם לא יעשה דבר, הכסף שלו יתחלק שווה בשווה בין הנושים ולכן פורע את חובו לנושה המועדף. פעולה זו של פירעון החוב לנושה א' שהיא בדרך כלל רצויה, אינה רצויה רגע לפני חדלות הפירעון, שכן היא תפגע בעקרון השוויון ותעדיף נושה מסוים על פני אחרים. לפיכך, דיני חדלות הפירעון קובעים, שהנושה השני יכול לפנות לביהמ"ש ולבטל את פירעון החוב לנושה א'. העדפת נושים ברגע האחרון משמעה לתת משהו לנושה שהוא לא היה מקבל לפי הדין ובכך להעדיף אותו.

בפרשת כספי היו שני שלבים. **בשלב הראשון** היה הסכם הלוואה בין א' לב', זו לא הייתה הלוואה מובטחת. **השלב השני** היה ביצוע זיכרון דברים שהוא בעצם הסכם מכר. אם עשו הסכם מכר אז המלווה הוא בעצם הקונה והלווה הוא המוכר. כשרואים שני חוזים כאלו, בין שני צדדים, כשיש ביניהם גם הלוואה, ובמקביל יש ביניהם חוזה מכר ש-ב' מוכר לא' משהו, צריכה להידלק נורה שאולי יש פה משכון מוסווה, כי אולי ל-א' אין אינטרס בנכס הזה אלא הוא משמש ביטחון להחזרת החוב.

ביהמ"ש קבע, כי **ההסכם הישן יותר לא יחלץ את ב', ולא יעניק לו את הסטאטוס של קונה, כי נראה כי מדובר בהסכם משכון, ולא בהסכם מכר** (נראה כי מדובר במשכון מוסווה). על כן, ב' לא יהא עדיף על נושים אחרים של חדל הפירעון, בהיעדר רשום. האופציה לרכישת הדירה שימשה בטוחה להסכם ההלוואה והסכם האופציה הוא עסקת משכון מוסווה, שנתנה למערערים ערובה להתחייבות החברה הלווה בהסכם ההלוואה. שעבוד נכס מקרקעין שיצרה חברה, שלא נרשם אצל רשם החברות, בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה.

**להסכם השני** ביהמ"ש לא העניק תוקף, מסיבה אחרת – **העדפת נושים.** ככלל, פירעון חובות הוא פעולה משפטית רצויה. **שלושה חודשים – זמן סביר** (עסק מתחיל "לזייף" בהדרגתיות, בשלבים, עד לקריסתו – קריסה כלכלית היא הדרגתית). השולט בעסק מודע לכך, שתוך חודש-חודשיים-שלושה, יכול להיות שהחברה תקרוס, והנושים יתחלקו באופן שווה בכסף. לעיתים, **יהא לו אינטרס להעדיף נושה מסוים, ערב הקריסה הכלכלית.** **אם ההעדפה בוצעה ברגע האחרונה, אין מדובר בפעולה רצויה**.

**ביהמ"ש קבע, כי עסקת המכר, שנעשתה ברגע האחרון, הטיבה את מצבו של ב', אך הריעה את מצב של הגימלים האחרים – מדובר בהעדפת נושים, ועל כן אין תוקף לעסקה השנייה בין א' ל-ב'.** ע"י הסכם המכר, עברו המערערים ממעמד של נושים בלתי מובטחים למעמד של בעלי זכות לקבל בעלות בדירה של החברה. לפיכך, **יש לראות בהסכם המכר "העדפה" של המערערים כנושים על פני יתר נושי החברה.** ביהמ"ש פסל ולא נתן עדיפות ל-ב', משום שהעסקה נעשתה ברגע האחרון – העדפה בתרמית. אולם, אם העסקה לא הייתה נעשית ברגע האחרון, ולא ניתן לפסול את העסקה, בשל העדפת נושה, הדבר היה מביא להעדפת ב'.

אם א' חדל פירעון ויש לו מספר נושים, כאשר העוגה לא מספיקה, בעל הזכות שביושר (קונה – לא מדובר במשכון מוסווה, והעסקה לא נעשתה ברגע האחרון), יהא עדיף על נושים אחרים. זוהי **הרחבה של פ"ד אהרונוב** – זכות שביושר עמידה כלפי מעקל וגם כלפי ד', נושה אחר של א' – **ב', בעל זכות שביושר, יהא עדיף על נושים אחרים של א', חדל הפירעון.** **זוהי הרחבה וביסוס של הזכות שביושר.** בדומה לפ"ד צימבלר, **פ"ד כספי** לוקח את הזכות שביושר, את הלכת אהרונוב, צעד אחד קדימה. **ביטול העסקה שנעשתה ברגע האחרון לפני חדלות פירעון היא הרחבה של הלכת אהרונוב, שכן אם בית המשפט לא היה מבטל את ההסכם בגין העדפה בתרמית, הלכת אהרונוב הייתה חלה גם על חדלות פירעון.**

לפי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, מי שרשומה לטובתו הערת אזהרה עדיף בחדלות פירעון. בפס"ד כספי, לטובת א' לא הייתה רשומה הערת אזהרה. **בית המשפט קבע שמדובר בהעדפה במרמה והבין כי אם לא תיפסל העסקה, א' יהיה עדיף על נושים אחרים למרות שאין לו הערת אזהרה, אלא רק זכות שביושר**. חוזה המכר היה עשוי לתת לו מה שלא היה מקבל לפי דיני חדלות פירעון. פירוש הדבר, **שזכות שביושר עדיפה בחדלות פירעון. מדובר בהרחבה שבית המשפט מבצע, ללא כל הסבר**. **בית המשפט בעצם קובע שהלכת אהרונוב חלה במצב של חדלות פירעון וזכות שביושר ממש שווה להערת אזהרה.**

אחרי שבית המשפט התייחס לחוזה המכר בתור משכון ולפי סעיף 2(ב) קבע שמדובר במשכון מסווה, הוא הסביר כי אם נושה שקיבל משכון רוצה להיות עדיף על אחרים יש לו רק מסלול אחד לפי סעיף 4 לחוק המשכון – הפקדה או במרשם. במקרה דנן, לא היה מרשם ולכן לנושה המובטח אין עדיפות על נושים אחרים, כיוון שנושים אחרים לא ידעו ולא היה עליהם לדעת על המשכון. כשבית המשפט הזכיר זאת הוא אפילו לא דיבר על הלכת אהרונוב.

* אם ב' רשם את המשכון, אין כל בעיה – ב' יהא עדיף (אלא אם הרישום בוצע "ברגע האחרון").

הלכת אהרונוב מבוססת על סעיפי העסקאות הנוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין). סעיפים אלה לא חלים רק על עסקאות מכר אלא גם על עסקאות משכון ואם הן יוצרות זכויות שביושר בעסקאות מכר, אז למה לא במשכון? עדיין אין תשובה לשאלה הזו. עדיין שולטת הגישה, לפיה משכון לא רשום כוחו לא יפה כלפי נושים אחרים. בפרקטיקה, לא מקבלים את הלכת אהרונוב כלפי משכון לא רשום. בעוד שברכישת מקרקעין, גם אם לא רשמת הערת אזהרה יש לך זכות שביושר, במשכון מקרקעין, אם לא רשמת את המשכון לא נוצרה לך זכות שביושר. הפסיקה עדיין נצמדת לסעיף 4 פשוטו כמשמעו וקובעת, שמשכון לא רשום אינו עדיף בחדלות פירעון.

**עסקאות קומבינציה –**

מדובר בהסכם קומבינציה בין הבעלים הרשום לבין קבלן/יזם/חברה קבלנית, לפיו אם לפי היתר הבנייה רשאים לבנות 20 דירות, 10 דירות יקבל הבעלים הרשום ו-10 דירות ימכרו בשוק החופשי ע"י ב'. בדרך זו, הקבלן צריך מימון נמוך בהרבה להרמת הפרויקט (לעומת מצב בו היה עליו לרכוש את הקרקע). מצב משפטי זה מעורר בעיות משפטיות שונות.

נניח ויש הסכם קומבינציה בין א' ל-ב', ב' מוכר לג'ימלים מס דירות. הקבלנים מנסים למכור דירות בשלב מקדמי ביותר. לעיתים, הדירות נמכרות אף לפני קבלת היתר בנייה. אם קונה משלם עבור מוצר, והוא יקבל אותו רק בעוד כמה חודשים, הוא מעניק אשראי זול למוכר (המוכר לא נותן את המוצר ומקבל כסף ללא ריבית).

לפי ס' 126(א) לחוק המקרקעין, הקונה יכול לרשום הערת אזהרה, רק כשהבעלים הרשום מסכים לרישומה ("הוכח כי...בעל מקרקעין...התחייב"). לכן, בפרקטיקה התגבש נוהג שבהסכם קומבינציה יש סעיף בו הבעלים הרשום מתחייב לאפשר לרשום הערת אזהרה לטובת הקונים. בלי שהבעלים הרשום ייתן את הסכמתו לרשום הערת אזהרה אף אחד לא יקנה את הדירות. לא מעט פעמים קורה, שהקבלן לא מצליח להביא את הפרויקט לידי גמר ונעצר בשלבים שונים (לעיתים בעת הבנייה ולפעמים עוד לפני שניתן היתר בנייה). אם קבלן נקלע להליכי חדלות פירעון כוחן של תביעות חוזיות נגדו אינו גדול שכן יש לו נושים נוספים.

כשפרויקט הבניה נעצר, הבעלים הרשום יטען להפרת חוזה מצד הקבלן וידרוש את ביטולו, אך הוא ימצא עצמו בעימות מול הקונים. הוא אומנם יוכל לטעון כי אם החוזה שלו עם הקבלן בטל, הרי שגם זכויות הקונים מכוח החוזה עם הקבלן בטלות. תחילה, המצב המשפטי בארץ, נטה לכיוון הזה והשאלה המשפטית שנשאלה במקרה כזה הייתה האם זכותם של הקונים בטלה ואפשר למחוק את הערת האזהרה לטובתם, שכן הערת אזהרה היא הבטחה לזכות עתידית ואם הזכות העתידית בטלה, כך גם הערת האזהרה. הבעיה היא שאם הבעלים הרשום יצליח למחוק את הערות האזהרה, הוא לא יצטרך להשקיע עוד כסף. לפיכך, נוצר צורך למצוא פתרון משפטי שילך לקראת הקונים.

**פ"ד נחשון** – דובר היה במקרה, בו הקבלן לא מתחיל, או נתקע באמצע הבנייה. החוזה בין א' ל-ב' מופר (ב' מפר את החוזה כלפי א'), שכן היה על ב' למסור ל-א' מספר דירות. ב' לא עומד למסור את הדירות, ובכך מפר את החוזה. א', הבעלים של המקרקעין, אפשר כבר למכור לגימלים שונים, בשלבים מוקדמים, לפני ההפרה. זהו אינטרס גם של א' ש-ב' ימכור בתקופה מוקדמת ככל שניתן, שכן אם יתקע עם דירות, ב' לא יוכל לגמור את הבניין ולמסור את הדירות ל-א'. במקרה דנן, ב' מכר מסר דירות, לפני שקרס והפר את ההסכם. לטובת הגימלים, שרכשו דירות מ-ב', לטובת ב' יש גם הערת אזהרה, מכוח הסכם הקומבינציה, אך המקרקעין עדין רשומים על א'. א מעביר קניין ל-ב', רק לאחר תום הבנייה והעברת הדירות אליו מידי ב'. הערות האזהרה לטובת הקונים יכולות להירשם, רק בהסכמת א', הבעלים (אין הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה, אלא ניתן לרשום הערת אזהרה רק עם מי שיש לו זכות קניין במקרקעין מתחייב כלפי משהו). במקרה דנן, א' הסכים שירשמו הערות אזהרה לטובת הגימלים השונים, שכן הם לא יקנו ללא הערות אזהרה, וא' מעוניין שיקנו מ-ב' את הדירות. זהו המצב הרגיל. במקרה דנן, היו הערות אזהרה לטובת הבנקים.

כש-ב' קורס, הוא מותיר את א' ו-ג' לא מרוצים – א' ו-ג' לא מקבלים דירות (ג' לא מקבל גם קניין). ל-א' יש בעיה על הערות האזהרה – מבחינתו, יהא עדיף להכניס קבלן אחר לשטח, אך זה לא יוכל לקבל מימון, שכן הדירות כבר נרכשו לגימלים שונים. **טענתו של א'** – הגימלים רכשו את הדירה מ-ב'. אם זכותו של ב' בטלה, מכוח דיני החוזים ומכוח ההפרה היסודית שהביאה את א' הכריז על ביטול החוזה – ל-ב' אין שום זכות בהקשר למקרקעין, ועל כן גם לגימלים אין שום זכות, שכן הם רכשו מב'. אם זכותו של ב' מתמוטטת, גם זכויותיהם של הגימלים השונים בטלים. **א' פונה בבקשה לביהמ"ש להצהיר על ביטולן של הערת האזהרה.**

גם א' וגם ג' לא הפר חוזה. לכאורה, שניהם צודקים, אך יש ביניהם מאבק קנייני על המקרקעין (ובנוסף, לכל אחד מהם יש עילת תביעה כלפי ב'), כשתאוריה משפטית פשוטה נוטה לטובתו של א', המכריז על הפרה וביטול החוזה – סעד של השבה. תאוריות חוזיות לא מסייעות לגימלים - **סעיף 37 לחוה"ח** – כל טענה שיש לחייב כנגד הנושה עומדת גם כנגד הצד השלישי – אם א' זכאי לביטול החוזה מול ב' ולהשבה, הוא יתגבר על הגימלים, שזכותם כפופה לטענות שיש לא' כלפי ב'. נניח **וההסכם בין ב' ל-ג' הוא המחאת זכות**– לג' יש גישה ישירה בתביעה כלפי ג'. לפי סעיף 2א' לחוק המחאת חיובים – כל טענות הגנה שיש לחייב כלפי הממחה, עומד לצידו גם כלפי הנמחה. כל הטענות שיש לא' כלפי ב', עומדות לו גם כלפי ג'. לכן, עד **לפ"ד נחשון**, ההלכה לא הייתה ברורה – היה מצב של קיפאון. א' הוא החזק במצב זה, שכן הוא פחות נחוץ לדירות – **הפרקטיקה מכריחה את א' ו-ג' להגיע לחוזה מוסכם, שמטרתו להביא את הבנייה לידי גמר**.

אם יש פסיקה, שמתקשה לחזק את כוחו של ג', אך רוצה להגיע לתוצאה כזו, היה צורך ליצור טכניקה של קשר ישיר בין ג' ל-א', שלא עובר דרך ב' (במסגרת כל קשר בין ג' ל-א שעובר דרך ב', כל טענת הגנה שיש ל-א' כלפי ב' תהא יפה גם כלפי ג')**. הקונסטרוקציה המשפטית הרצויה - התחייבות ישירה** **של א' כלפי ג', שלא עוברת דרך ב'.** כאשר הפסיקה ניסתה לגייס לטובת העניין את מוסדות המחאת הזכות והחוזה, לטובתם של הקונים, נכשלה שכן לא ניתן לבסס את תביעתם על מוסדות אלו. אם ל-א' יש טענות כנגד ב', עליו לתבוע את ב', אין הדבר יעמוד לו כלפי ג'. אולם, אין חוזה בין א' ל-ג'.

ביהמ"ש קבע, כי **התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות**. **תוכנו של אותו יחס מתמצה בהסכמתו של בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין (מסכים לקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת ג'), ובכך שלא תירשמנה עסקאות הסותרות את זכותו של הקונה לקבל דירה מאת הקבלן.** **מכוח הערת האזהרה, ניתן לראות ב-ג' כנושה ישיר של א', חייב.** הנשייה היא מכללא הטמונה בעצם ההסכמה של א' לרשום הערת אזהרה, אין התחייבות מפורשת.

**על כן, אין בביטול הסכם הקומבינציה, כשלעצמו, כדי לבטל את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים, כי אין בביטול העיסקה בין בעל המקרקעין לבין הקבלן כדי לבטל על אתר את הזכויות שנתגבשו בידי רוכשי הדירות, שרכשו את אשר רכשו, כזכור, על יסוד ההסכם בין בעל המקרקעין לבין הקבלן.**

**מהי היקפה של ההתחייבות של א' כלפי ג'?** ההתחייבות הינה בתחום הקנייני בלבד, המאבק הוא קנייני, שכן הקניין עדין על שם א', וג' מעוניין בפיסת קניין. הפסיקה קובעת, כי ההתחייבות של א' כלפי ג' היא כך – **כל עוד ג' לא מפר את החוזה עם ב' (תשלום), א' מתחייב לא למחוק את הערות האזהרה שנרשמו כלפי הגימלים.** ההתחייבויות של א' הן בתחום השלילה – לא לגרום למחיקת האזהרה. אם זו הקונסטרוקציה, **א' יודע, שכאשר ב' מתמוטט, הוא לא יכול לגרום למחיקתן של הערות האזהרה שנרשמו לטובת ג'.**

הערת האזהרה לא יוצרת זכויות אקטיביות, אלא כוחה הוא פאסיבי. ההלכה של **פ"ד נחשון** (לא ניתן למחוק את הערת האזהרה) גורמת לכך שאנו מושיבים את א' ו-ג' יחד, על מנת שיגיעו להסדר, מכריחה אותם לשתף פעולה, מתוך כוונה לפגוע פגיעה חמורה בקונים.

**סיכום הלכת פ"ד נחשון** – התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה **קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות**. **אין בביטול הסכם הקומבינציה כשלעצמו כדי לבטל את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים, כי אין בביטול העסקה בין בעל המקרקעין לבין הקבלן כדי לבטל את הזכויות שנתגבשו בידי רוכשי הדירות**. פ"ד פיתח התחייבות ישירה של הבעלים מול הקונים.

**פ"ד ברקוביץ'** – לעיתים א' לא מאפשר לרשום הערת אזהרה, עד לשלב מתקדם יותר של הבנייה. במקרה כזה, ההלכה משתנה, אין הערות אזהרה. בפסק הדין נידון מקרה בו הקבלן הסתבך וברח לפני סיום הבנייה ו-א' ביקש למחוק את הערות האזהרה של הקונים ולעשות עסק עם קבלן אחר. הוא היה מוכן אפילו, לחילופין, לפדות את השקעת הקונים תמורת ביטול האזהרה, אך הקונה לא הסכים שכן רצה יותר כסף.

בית המשפט קבע, מבלי לקבוע מסמרות בנושא, כי במקרים קיצוניים יש מקום לסעד כזה. הדבר נגזר מתום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים**. אם** **התנהגות הקונה נוגדת את תום הלב, יש מקום לאפשר פדיון של הערת האזהרה.**

שני מקרים אפשריים להתנהגות, הנוגדת את תום לב, ותאפשר סעד של פדיון הערת אזהרה –

1. ג' מבקש תשלום לא סביר, מעבר למחיר הריאלי של הדירה.
2. ד' מחבל בהתקדמות הצעדים לסיום הבניה.

**הערת האזהרה נועדה להגן על הקונים וביהמ"ש לא ימהר למחוק אותה. אולם, במקרה קיצוני, בו הקונה הפר את תום הלב, ניתן יהיה למחוק את הערת האזהרה שרשומה לטובתו.**

העובדות של **פ"ד ברקוביץ'** מהוות תגובה פרקטית של בעלי מגרשים, בעלים של מקרקעין, להלכות של **פ"ד נחשון נ' שי** ודומיהם, שיצרו יריבות ישירה (אמנם מוגבלת בהיקפה) בין הבעלים לבין הרוכש מהקבלן. בפ"ד זה אנו רואים תגובה פרקטית של בעלי המגרש למצבים כאלה.

**הסיטואציה** – **א'** הוא בעלים רשום, **ב'** הוא הקבלן, ו**ג'** הוא הרוכש. הערת אזהרה שא' מסכים שתרשם לזכות הגימלים יוצרת יריבות ישירה בין א' לג'. חשיבותה – **גם אם החוזה בין א' לב' מתבטל, עדין יש יריבות ישירה בין א' לג'. התכלית – הגנה על רוכשי דירות.** **התגובה** – **לא לאפשר רישום של הערת אזהרה באופן מיידי, אלא לדחות את המועד בו הקבלן יוכל לרשום הערת אזהרה לטובת הגימלים למועד מאוחר, ככל האפשר**. במקרה פ"ד – א' דחה את האפשרות של הקבלן לרשום הערת אזהרה עד למילוי תנאים שונים, להוכחת רצינות הקבלן (כך, יש סיכוי גבוה יותר שהקבלן יסיים את הבנייה, ויעביר ל-א' את הדירות להם הוא זכאי). התנאים – שהקבלן ישלם מיסים מסוימים, יקבל היתר בניה וכו'. תנאים אלה מקטינים את הסיכוי של הקבלן להיכנס לחדלות פירעון, והסיכון שא' לא יקבל את הדירות. **כל עוד א' לא הסכים לרשום הערת אזהרה, אין יריבות ישירה בינו לבין הגימלים.**

ביהמ"ש העליון הלך צעד נוסף לטובת הגנת רוכשי הדירות – כשהקבלן לא מורשה לרשום הערות אזהרה, לא תמיד יפגעו רוכשי הדירות, אלא לעיתים הבעלים. **ההגנה על רוכשי הדירות הורחבה** – אם נאסר על הקבלן לרשום הערות אזהרה לפי מס' תנאים, **והקונים לא יודעים** זאת, אך הקבלן מפר את החוזה ורושם הערת אזהרה, אותם גימלים יהיו מוגנים. **גימלים שלא מכירים את ההגבלות על רישום הערות האזהרה, ומקבלים הערת אזהרה, על אף הרשום בחוזה (הקבלן מפר את החוזה) יהיו מוגנים ע"פ הלכות נחשון נ' שי.** החוזה בין א' לב' יהא בטל, אך לג' עדין יהיו זכויות כלפי א'.

* אם לטובת הקונים הערות אזהרה (ואין הגבלות על רישום הערות ההגבלה – בניגוד לעובדות פ"ד ברקוביץ'), הבעלים יכול לבטל את זכותם של הקונים.

**פ"ד בורשטיין** – נוסף ד', רוכש שני. ג' מוכר לד', כשהמצב טרם השתנה ,עדין לא נשלמו הליכי רישום, והמגרש עודנו בבעלות א'. לטובת ב' והגימלים (והבנקים שהלוו כספים) רשומות הערות אזהרה. ד' מעוניין בהערת אזהרה, שכן ליתר יש רק הערת אזהרה. לעיתים, א' לא מסכים לרישום הערת אזהרה לטובת ד', למרות שהסכים לרישום הערת אזהרה לטובת ג'. **השאלה המשפטית - האם רוכש מרוכש, במסגרת עסקת קומבינציה, רשאי לרשום הערת אזהרה, ללא הסכמת הבעלים הרשום?**

**ביהמ"ש קובע, שאם מדובר בהמחאת זכות, הערת האזהרה לטובת ד' ניתנת לביצוע, גם ללא הסכמתו של א' (רק כשהעסקה בין ג' לד' היא המחאת זכות).** יש לבחון אם העסקה בין ג' לד' היא עסקת במקרקעין, או המחאת זכות. **כאשר מדובר בהמחאת זכות, מחילים את דיני המחאת חיובית** – אם פלוני ממחאה לאלמוני זכות, והיא מבוטחת בכל מיני דברים, **כמו שהמחאת הזכות כשלעצמה לא טעונה את הסכמת החייב, אזי שגם הדבר הטפל, הנלווה לזכות, עובר לנמחה ללא צורך בהסכמת החייב.** כאשר הזכות במקרקעין עוברת מאדם לאחר, גם הערת האזהרה עוברת שכן היא טפלה לזכות במקרקעין. מדובר בהמחאת זכות טפלה מכוח החוק ולא בהעברה מכוח החוזה.

לפי סעיף 5 לחוק המחאת חיובים, אם נושה שיש לו משכון מעביר את זכותו לאחר, עוברות איתה כל הזכויות הטפלות והמשניות לזכות זו. המשכון מבטיח את החיוב ולכן אין היגיון לפצל בין החיוב למשכון. נקבע, כי הערת אזהרה כמו משכון טפלה לחיוב מסוים. אם הזכות הראשית (הזכות לבעלות במקרקעין) עוברת מ-ג' ל-ד', עוברות איתה גם זכויות המשנה (רישום הערת אזהרה). המעבר של הזכות הטפלה מהממחה לנמחה לא מתרחש מכוח ההסכם ביניהם, אלא מכוח החוק. לכן, אם ג' מוכר את זכותו בקרקע ל-ד', הוא מעביר לו גם את הערת האזהרה.

**הלכה זו לא מיושמת בפועל, ובפרקטיקה, ד' לא יהא זכאי לרישום הערת אזהרה, ללא הסכמתו של א'. הלכה זו תחול, רק כשהעסקה היא המחאת זכות, ולא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. אם העסקה היא לא המחאת זכות, אלא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין – מכוח ההתחייבות הזו לא ניתן לרשום הערת אזהרה לטובת ד', שכן רק מכוח התחייבות של בעלים רשום, או בעל זכות קניינית אחרת רשומה, ניתן לרשום הערת אזהרה (לג' אין זכות קניינית רשומה בטאבו).**

* **א' –** חייב, **ב'** – נושה. א' נתן לב' משכון/משכנתא. ב' ממחאה את זכותו ל**-ג'** (נמחה). ג' הופך להיות נושה בא', המשכון עובר לרשות ג' – **עם הזכות שהומחתה, עוברים גם כל הדברים הטפלים לזכות** (סעיף 5 לחוק המשכון).

**מתעוררת בעיה - לפי סעיף 5, ג' הופך להיות בעל המשכון/המשכנתא, האם יש לתקן את המרשם ולרשום את ג'?**

**חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) –**

**המקרה הפשוט** – הקבלן הוא גם בעלים רשום של המקרקעין. לכאורה, יש פחות בעיות משפטיות – א' הוא קבלן, בעלים רשום, המוכר לקונים. יש בעיה אחת, חברתית – הבניה של דירה בישראל עורכת כשנה וחצי-שנתיים. מדובר בתהליך שנמשך זמן רב. כשקונים מיטלטל רגיל – מקבלים אותו במקום, או לאחר פרק זמן קצר. קונים של דירה, מנגד, משלמים כספים משמעותיים, בטרם הם מקבלים את הנכס. על כן, המחוקק קיבל את חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) - **יש הגבלה על אחוזים שא' ייקח מ-ב' (כסף ביחס למחיר הדירה) – ב' ישלם לא' בשלבים, לפי התקדמות הבנייה. יש לשלם, לפי התקדמות הבנייה.**

קבלנים מעוניינים לקבל נתח גדול, כמה שאפשר, בשלבים מוקדמים יותר – האשראי הזול ביותר שהם יכולים לקבל – מדובר במעין הלוואה מהקונה, ללא עלות (בניגוד להלוואה מהבנק). המחוקק רצה להגן על הקונים – נקבע, כי **הקבלן רשאי לסטות מהסכום, אם הוא נותן בטחונות מסוימים לקונה, הקבועים בסעיף 2 לחוק**.

סעיף 2 דן בחמש אפשרויות להבטיח את כספו של הקונה. שתי האפשרויות הראשונות (ערבות בנקאית, ביטוח) הן בטוחות כספיות, שאינן נותנות לקונה זכויות בקרקע. שלוש האפשרויות האחרונות (שעבוד, הערת אזהרה, העברת הבעלות על שם הקונה) הן בטוחות קנייניות, שנותנות לקונה זכויות בקרקע.

בשתי הבטוחות הכספיות, אם יש בעיה עם מסירת הזכות המשפטית או הבעלות, הקונה יקבל את שווי השקעתו. שלוש הדרכים האחרונות פחות מעשיות ויכולות לשמש כבטחונות רק אם הן ראשונות על הדף ואין שום זכות של צד שלישי שקודמת לזכות של הקונה. דרישה זו הופכת בטחונות אלו לפחות מעשיים, משום שבדרך כלל לפני שהקונים נכנסים ל"תמונה", יש כבר בטחונות קודמים, בעיקר לטובת הבנק שמלווה את העסקה. לכן, הקבלן מתקשה לתת לקונה שעבוד ראשוני או הערת אזהרה, ללא שרשום לפניהם שעבוד או עיקול. כך שמבחינה מעשית אין שימוש לביטחונות הקנייניים האלו.

ביטחונות לא כספיים –

1. רישום הקונה כבעלים של מס' אחוזים מהמקרקעין – סעיף 2(4).
2. להעניק לקונה שיעבוד – סעיף 2(3).
3. רשם הערת אזהרה לטובת הקונה – סעיף 2(5).

ביטחונות כספיים – הלקוח מקבל התחייבות מגופים פיננסיים להחזיר לו את מה ששילם לקבלן, במקרה שהקבלן מתמוטט כלכלית.

1. **ערבות בנקאית** (סעיף 2(1)) – הבנק מתחייב להחזיר לקונה את הסכומים ששילם, אם הקבלן יקלע לקשיים כלכליים ולא ימסור את הדירה. מדובר **בערבות חוק מכר**. אין מדובר בדבר קנייני, אלא זוהי אך התחייבות חוזית מצד הבנק להחזיר את הכסף. בשטח, ערבות בנקאית הינה התחייבות חזקה, התחייבות של גוף המכבד את התחייבויותיו. זוהי הבטוחה הטובה ביותר עבור הקונה. השאלה הינה, **כיצד מנוסחת הערבות הבנקאית?** מה קורה אם הקונה מקבל דירה, שלא ניתן לבצע בה את השימוש המיועד, למשל?

**ערבות בנקאית / חוק מכר** **– הבנק מתחייב לשלם כסף לקונה, אם יקרה משום מסוים לקבלן.** אם בנק הוציא התחייבות חוזית לטובת הקונים, על סמך בקשה של א', הקבלן, מה המשמעות? פרקטית, לא' יש חוסן פיננסי, שכן אחרת הבנק לו היה מוציא התחייבויות לפי בקשתו.

כבר כשני עשורים בונים בשיטה של **ליווי פיננסי**. כל קבלן זקוק למממן חיצוני בכדי להקים פרויקט מגורים, וגם קבלנים שאינם זקוקים לאותו מימון יפנו אליו בשל עניין המיסוי. בעבר, לפני שיטת הליווי הפיננסי, קבלנים לוו כסף מבנקים שהלוו כסף לנדל"ן. הבנק בדרך כלל קיבל זכות משכנתא ראשונה על המקרקעין שהקבלן התעתד לבנות עליהם את הפרויקט או על מקרקעין אחרים. בעצם, בעבר הבנק נתן הלוואה ישירה ולקח תמורתה משכנתא על מקרקעין ששווים גבוה משווי ההלוואה. היו לא מעט מקרים שהקבלנים נכנסו למצב של חדלות פירעון והבנק היה מפסיד את כספו.

לכן, לפני כשני עשורים, הבנקים עברו **לשיטה** **שמפעילה פיקוח על הקבלנים**. הבנק מעוניין להלוות כסף לקבלן ולהשגיח, **שכל הכסף שהקבלן מקבל הולך לפרויקט בניה מסוים**. לא רק הקבלן ירוויח כסף אם הפרויקט ילך במישרין, אלא גם הסיכוי של הבנק לקבל בחזרה את הלוואה שהעניק לקבלן, רק אם הקבלן יעמוד בהתחייבויות שלו, יהיה טוב. לכן, יש אינטרס ברור לא רק לקבלן אלא גם לבנק שהפרויקט יתממש לפי התחזיות הראשונות.

**בכדי שהקבלן לא יוכל להפנות את כספי הפרויקט למטרות אחרות, ממנה הבנק מפקח על הפרויקט שדואג שלא יוצאו כספים מהחשבון ללא אישורו**. המפקח צריך לאשר כל סכום שיוצא מהחשבון הנפרד. הבטחת הכספים כך שלא יזלגו החוצה וכן שכל ההכנסות ייכנסו לחשבון הסגור, אמורה להקטין משמעותית את מקרי חדלות הפירעון של קבלנים. מה כן יכול לגרום לחדלות פירעון? אם המציאות הכלכלית משתנה והחישובים הראשוניים כבר לא ריאליים.

**אם לקבלן יש מס' רב של פרויקטים, את שיטת המימון עושים לכל פרויקט בנפרד**. נניח וחברה קבלנית רוצה לבנות פרויקט מסוים. הקבלן ישיג כסף מ-3 מקורות – הון עצמי, הבנק והקונים. לקבלן יש אינטרס שכל הכספים יהיו במקום אחד – לפרויקט מסוים פותחים חשבון בנק סגור, המטרה – **שהכספים מכלל המקורות יהיו מנותבים לאותו החשבון**. יש לפקח גם על היציאה של הכספים, שיצאו רק לטובת הפרויקט. למעשה, ממנים **מפקח**, גוף נפרד מהקבלן (מהנדס בניה, שמאי), המקובל על הבנק, ו**רק חתימה שלו מאפשרת שיחורר של הכספים מהחשבון – כך מבטיחים, שכל הכסף שיכנס ויצא מהחשבון יהא לטובת הפרויקט.**

אם יש ניהול מושכל, ההיתכנות לקריסה של הקבלן יורדת משמעותית. בנוסף, קל יותר לקונים לקבל מהבנק, המלווה את הפרויקט (חותם על חוזה ליווי עם הקבלן), לתת ערבויות בנקאיות לרוכשים, אין לו תנאים מיוחדים. **מדוע הבנק לא חושש להוציא מכתבי ערבות בנקאית לטובת רוכשי הדירות? תמיד יהיה כסף להשלים את הפרויקט מחברה קבלנית אחרת. הבנק לא פוחד מהמימוש של הערבויות – הבנק יגרום להשלמת הבנייה ע"י קבלן אחר, הבנק לא יצטרך לשלם את הערבויות הבנקאיות, שכן הרוכשים יקבלו את הדירות.**

לפני שהבנק נכנס להסכם ליווי, יש להוציא דוח על הכדאיות הכלכלית של הפרויקט – דוח 0, הקובע מהן עלויות הפרויקט, מה הצפי למחירי הדירות ומה הצפי של ההכנסות – אם יש הכנסות העולות על ההוצאות והפרויקט יהיה רווחי עבור הקבלן, הבנק יכנס לפרויקט – ירצה לתת את האשראי, על מנת לקבל את הריבית. **מבנה זה, של פרויקט סגור, מגדיל את הסיכויים של הפרויקט להסתיים בהצלחה, ומכאן שגם הרוכשים מרוויחים.**

* כיום, יש גל של תביעות, במסגרתן הרוכשים תובעים את הבנק, בטענה כי סמכו על בנק. מדובר בתביעה נזיקית, על רשלנותו של הבנק.
* ההלוואה של הבנק לא ניתנת לחשבון בבת אחת, אלא הוא נותן אותה באופן יחסי להתקדמות הבנייה, בהדרגה.
* **פרשת חפציבה** – **מצב בו המבנה של פרויקט סגור לא מספיק**. חפציבה באה בהצעה – למכור את הדירה, לא דרך הבנק – הרוכשים יוותרו על ערבות בנקאית (בתמורה לאנחה ברכישת הדירה), אין מעבר של כסף, הוא לא הגיע לפרויקטים. היו קונים לא רשמיים, הדיווח לבנק לא היה נכון. **החברה הסיטה את הכספים לפרויקטים אחרים**. כל הבנקים היו מעורבים, שכן לכל פרויקט היה בנק מלווה אחר. **נוצר מצב, בו הכסף בחשבון הפרויקט לא מספיק להכנסת קבלן אחר לשם השלמת הפרויקט, שכן הכסף של הרוכשים הגיע למקומות אחרים.**

בעקבות פרשת חפציבה, נקבע **סעיף 3(ב) לחוק המוכר, הקובע כי התשלום על הדירות הנרכשות מהקבלן יעשה ע"י פנקס שוברים** שיועבר ישירות לבנק, מבלי שהקבלן "יראה" את הכסף. לאור תיקון החוק – **הקבלן, אם הוא בליווי פיננסי, מחויב לתת לרוכשים פנקס שוברים. הקונה מחויב לשלם לקבלן רק באמצעות השובר**. כל קונה מקבל דיווח. על מנת להתגבר על בעיית פרשת חפציבה, כל קבלן מחויב לתת לקונה פנקס שוברים, והקונה חייב להפקיד את הכסף רק בבנק שרשום על השובר. הקבלן לא רואה כסף, עד לסיום הפרויקט בהצלחה. **הדבר מבטיח לנו בדרגה נוספת, שכסף לא יגיע למקוות אחרים מהחשבון הסגור.** יכולות להתעורר בעיות, אם המפקח לא עושה עבודתו נאמנה. יש לבצע פיקוח הדוק על ההוצאות, שילכו לטובת הפרויקט.

בטכניקת השוברים, המגמה היא שכספי הקונים לא יצאו מחוץ לפרויקט הבניה אלא יגיעו לחשבון הליווי. **לאחר כל תשלום, הקונה מקבל ערבות בנקאית חדשה בגובה התשלום ששילם עד כה.** הקונה מקבל את הערבות הבנקאית מהבנק המלווה וכך נפתרה גם הבעיה של החוסן הכלכלי. לבנק מלווה אין בעיה לתת לקונה ערבויות בנקאיות, מאחר והוא שולט על הכספים ויכול בכל עת באמצעות קבלן חלופי לסיים את הבניה. הבנק לא דואג שהפרויקט לא יסתיים ואז הקונה יתבע את מימוש הערבות הבנקאית והבנק יהיה בסיכון כי הוא צריך בטחונות.

**חשבון הבנק, הקרקע עליה בונים וגם הכספים שמגיעים על פי חוזה המכר מהקונים לקבלן, משועבדים לבנק המלווה**. אם יש משכנתא ראשונה על המקרקעין לטובת הבנק, הקונה לא מקבל זכות נקייה. לכן, הבנק נותן לקונה מכתב החרגה, בו כתוב שאם הקונה יעמוד בכל התשלומים והם ייכנסו כנדרש לחשבון הליווי, הדירה של אותו קונה תוחרג מהשעבוד ותועבר על שמו של הקונה. משמע, השעבוד יחול על המקרקעין אבל לא על הדירה של הקונה. הוא יקבל רישום נקי על הנכס מבלי לפחד שהבנק ייקח את הדירה, אם הקבלן לא ימלא את התחייבויותיו.

**זהו למעשה הליווי הפיננסי והחיזוק שהוא קיבל בחוק – יידוע הקונים, חובת הבנק המלווה להנפיק ערבויות בנקאיות לקונים תוך זמן מסוים, ותשלום באמצעות השוברים.**

* **איך תכתב ערבות חוק מכר?** הרבה תלוי בניסוח הערבות. הסיפא של סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות רוכשי דירות) קובעת: "השר, בהסכמת המפקח, רשאי לקבוע בעניין זה את נוסח הערבות הבנקאית". **המחוקק יכול להתערב בניסוח ערבות בנקאית על מנת שלא יהיה קיפוח של רוכש הדירה**, משמע, על מנת שלא יידרש להוכיח דברים רבים מידי על מנת לממש את הערבות הבנקאית. **הערבות הבנקאית שמקבלים רוכשי הדירות אינה אוטונומית.**
1. **ערבות של חברת ביטוח** (סעיף 2(2))– כיום, אין חברת ביטוח שעושה זאת. מבטחים ע"פ פרמיה ואם קורה משהו, המבטחת משלמת למבוטח את שווי העסקה. למעשה, חברת הביטוח מעניקה פיצוי למבוטח אם הקבלן נכנס לחדלות פירעון ולא מקדם את בניית הבניין.

התחייבות של חברת ביטוח הזהה לביטוח רגיל – משלמים למבטח פרמיות ואם יש אירוע ביטוחי, המבטח משלם למבוטח את שהתחייב. יש צורך שחברת ביטוח תסכים לבטח את מסירת ההחזקה / בעלות / חכירה לקונה תמורת תשלום פרמיות, ואם הקונה לא מקבל את הדירה כתוצאה מעיקול או חדלות פירעון, הביטוח מחזיר לו את הכסף שהשקיע. סעיף 2(2) קיים מעט מאוד בפרקטיקה אם בכלל. הדרך המרכזית כיום להבטיח השקעה של רוכשי דירות נעשית באמצעות ערבות בנקאית.

**בעלות והחזקה -**

**קו הגבול בין בעלות לחכירה (חכירה ארוכה) –**

לא תמיד קל להגדיר את הבעלות לפי מרכיביה. זאת, משום **שהמרכיבים העיקרים של החזקה ושימוש, אינם מצויים רק בקרב בעל מקרקעין, אלא גם בקרב שוכר מקרקעין**. יותר קל להגדיר בעלות בצורה שיורית – מה שלא נמצא אצל אחרים נמצא אצל הבעלים. הסכם מכר מתקיים, כאשר הבעלים מעביר לאחר את כל הזכויות שיש לו ביחס למקרקעין. אם הוא משאיר לעצמו זכות כלשהי – אין מדובר בהעברת בעלות. גם כאשר מדובר בשכירות ואדם מעביר את כל הזכויות שיש לו, הרי שזהו הסכם מכר, שעניינו שכירות. אם כן, **עסקת מכר אינה רק העברת בעלות, אלא עסקה בה אדם מעביר לאחר את כל הזכויות שיש לו בנכס (בין אם המכר הוא בעלות ובין אם הוא שכירות או כל דבר אחר).**

**בעלות** – זכות להחזיק ולהשתמש לצמיתות בנכס, ליהנות מכל המרכיבים שלא הועברו לידי אחר. לעיתים, הבעלות הפורמלית נשארת אצל צד אחד, וכל המרכיבים מצויים אצל אחר. **פ"ד פילובסקי** – במקרים של הפרדה בין הבעלות הפורמלית לרכיביה, יש לבחון לאיזו מטרה עשו זאת הצדדים? בפ"ד זה נבנתה עסקה ייחודית – העסקה בין הסבתא לבני משפחתה מהדורות הבאים נעשתה לשם **עקיפת מס העיזבון**. אחת הדרכים לביצוע עסקה שכזו – העברת הבעלות ליורשים העתידיים. אם האדם המבוגר הולך לעולמו, אין עיזבון (העביר הכל בעודו בחיים), ולא יחול מס העיזבון.

בפסק דין זה עולה **מתח בין מהות לצורה**. **מבחינה צורנית**, אדם רשום כבעלים בדין של מקרקעין. אך על אף שהוא רשום כבעלים, **מבחינה כלכלית ומהותית** הוא אינו הבעלים, כי כל השווי הכלכלי של הבעלות לא מצוי בידיו, אלא בידיים של אדם אחר. אם הולכים מבחינה פורמאלית – יש לראות באדם כבעלים. אולם, אם הולכים מבחינה מהותית – אין לראות בו כבעלים. כך, למשל, קשה לראות באדם שמשכיר לאחר את המקרקעין ל-999 שנה, כמי שעדיין מחזיק בבעלות בנכס. **בפ"ד פילובסקי** מתעוררת השאלה, את מי יש להגדיר כבעלים (הנכדים או המנוחה), נוכח ההבדל בין הצורה למהות?

**השאלה המשפטית** - אדם שהעביר את זכויות הרישום במקרקעין לאחר, אך ממשיך להחזיק בדירה, להשתמש בה ורשאי לעשות בה עסקה, נחשב כבעלים במקרקעין, או לא? אם הבעלות העיקרית היא הכלכלית, הסבתא היא הבעלים, היא לא נתנה מתנה בחיים – לא התכוונה לתת מתנת בעלות לנכדיה, כל עוד היא חייה. מאידך, אם בעלות עוברת רק לאחר מותה של הסבתא, הדבר מתאים לדיני הצוואה – מתנה לאחר המוות, חלק מדיני הירושה. **מחד**, **אם ניתנה המתנה מחיים** (מושלמת בחיי הסבתא) – חלים דיני הקניין והחוזים. **מאידך, אם הכוונה הייתה כי המתנה תתפוס רק לאחר מותה** – המתנה צריכה להיעשות על דרך של צוואה, ולא כל מסמך מתאים לדרישות הפורמליות של צוואה.

**מתקיים פיצול בין הבעלות ליתר הרכיבים של הבעלות** – **הבעלות הפורמלית** **הינה של בני המשפחה הצעירים,** **היא רשומה בטאבו על שם מקבלי המתנה**, **אך** **נותני המתנה** (החוששים ממס עיזבון), מותירים לעצמם את כל הרכיבים הפרקטיים של הבעלות – הזכות לגור בדירה במשך כל ימי חיו, לעשות עסקאות בדירה וכו'. **אחר מה נלך? אחר הבעלות הפורמלית, או הרכיבים הכלכליים?** בחלוקה בין בעלים פורמליים לבעלים כלכליים, **ביהמ"ש שם את דגש על הבעלות הכלכלית – מי שלו הבעלות הכלכלית, ייחשב כבעלים.**

לעיתים, יש מתנות, שלגביהן מתעוררת שאלה, בעת ריב במשפחה. צוואה ניתן לשנות בכל עת. צוואה נתקפת, לא פעם, ע"י חלק מבני המשפחה. כללי הירושה מכוח הדין, כאילו אין ירושה, יחולו כאשר יוכרז כי הצוואה מבוטלת. בצוואה יש דרישות יותר פורמליות, בניגוד לדיני החוזים (שם הדגש הוא על כוונת הצדדים). אם מקבל המתנה נרשם בטאבו, אך כל הבעלות הכלכלית נותרה אצל מקבל המתנה והכוונה של הנותן הייתה, שכל הרכיבים הכלכליים של הבעלות יועברו לנותן רק עם מותו, יחול עליו סעיף 8(ב) לחוק הירושה. חוק הירושה קובע מספר דרכים משפטיות לתת תוקף לצוואה. **אם צורת חוזה המתנה לא ממלאת אחר הדרישות הפורמאליות של צוואה – איך לכך תוקף, אפילו אם זה נרשם בטאבו.** הדרישות יותר פורמאליות בצוואות מאשר בחוזים, כיוון והצד השני אינו בחיים ואינו יכול לנמק את כוונותיו. בצוואה יש דרישות צורניות, פורמליות, שכן קשה לאמוד על גמירות הדעת, **יש הקפדה יותר פורמלית מאשר בחוזים רגילים.**

ס' 19 לחוק הירושה קובע שלושה כללים, על מנת שצוואה שנכתבה בכתב יד תהא ברת תוקף - תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך, תיחתם בידו של המצווה. ס' 8 לחוק המקרקעין, לדוג', כלל אינו דורש חתימה אבל בצוואה כתב יש צורך בחתימה. הצוואה של האישה בפ"ד הנידון לא נשאה חתימה.

עם זאת, כאשר יש מקרה קיצוני של התנגשות בין צורה למהות, כמו שעלה **בפ"ד כהן נ' קנינג**, יש להתחשב בכך. בעקבות פסק הדין, תוקן ס' 25 לחוק הירושה, וכיום הוא קובע כי **יש לביהמ"ש סמכות לתת תוקף לצוואה, גם אם נפל בה פגם צורני וזאת כאשר התקיימו כל מרכיבי היסוד בצוואה.**

**מתח נוסף בין מהות לצורה בא לידי ביטוי במקרים רבים, בהם מדובר** **בחכירה לתקופה ארוכה**. החוק מגדיר מהי **חכירה לדורות** (סעיף 3 לחוק המקרקעין) – "שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות". חכירה לדורות היא, למעשה, שכירות. החכרה של מקרקעין ל-30/40 שנים, מבחינה פורמלית, היא שכירות. אין כמעט הוראות לחבירה/לשכירות ארוכה. אם אין כמעט הוראות מיוחדות, ההוראות החלות על שכירות חלות, פורמלית, בשווה, בין אם השכירות היא קצרת זמן, או ארוכה.

בפרקטיקה, הפסיקה לא נשארה אדישה למתח זה. בחלק מהדוגמאות, ביהמ"ש נתקל במקרים של חכירה ארוכת טווח, ויש הוראות שונות על בעלות ועל שכירות, **ביהמ"ש צריך לסווג את החכירה הארוכה, ולקבוע למה היא קרובה יותר – לבעלות, או לשכירות.** בעיה נוספת שמצריכה הכרעה וסיווג - בנוגע למקרקעין, ביהמ"ש השלום מוסמך לדון בכל העימותים של חזקה במקרקעין. סכסוך בקשר לבעלות, מנגד, הינו בסמכותו של ביהמ"ש המחוזי.

**בפ"ד פילובסקי** ביהמ"ש קבע, כי כל שקיבלו המערערים בחיי המנוחה היה רישום הבעלות בדירה, אך **הבעלות עצמה נותרה בידי המנוחה**, שכן בעלות הוגדרה כ"זכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה" וע"פ המסמך הנוסף, נותרה זכות זו בידיה של המנוחה והוענקה לכן למערערים רק עם מותה. אין תוקף למתנה, אף ללא כל הודעת ביטול והדירה מהווה חלק מעיזבונה של המנוחה.

אם המתנה נעשית בימי חייו של אדם וצוואה במותו, כאשר אדם ממשיך להחזיק בדירה, להשתמש בה ורשאי לעשות בה עסקה, הוא עונה להגדרת הבעלות במקרקעין וגם אם העביר את זכויות הרישום במקרקעין לאחר – הוא עדיין מחזיק בבעלות.

**פ"ד בסו –** עסק בסעיף 115 לחוק הירושה, הקובע מה קורה עם דירת המגורים שהמוריש מותיר. **מה קורה, במקרה שלמוריש הייתה זכות חכירה ארוכה בדירה מסוימת?** המוריש הוא בבחינת שוכר, או בעלים? **ביהמ"ש הולך אחר ההיבטים הכלכליים, ומקרב את החכירה הארוכה לבעלות**, אך הסיווג תמיד תלוי הקשר. במרבית המקרים, חכירה ארוכה קרובה יותר לבעלות, ויש להחיל את ההוראות הנוגעות לבעלות.

**בסעיף 115ג', המחוקק קבע כי ההוראות החלות על בעלות יחולו גם על דירה ששכר המוריש לתקופה העולה על 25 שנים.**

**פ"ד לוסטינג –** מדובר **בחכירה ארוכה לתקופה יוצאת דופן**, ל-999 שנים. במקרים מעין אלו, כשמדובר בחכירה כל כך ארוכה, ביהמ"ש יסווג את החכירה הארוכה בהעברת בעלות, אין קושי להחליט מיהו הבעלים. כשנתקלים בשכירות של 999 שנים, יש להבין מדוע הצדדים עשו את העסקה בצורה כזו? התשובה תהא, באופן כללי – **אם הצדדים בצעו שכירות לתקופה כל כך ארוכה (שברור שמדובר בבעלות), הרי שהם רצו להימנע מהחלת הוראת חוק החלה על בעלות, ולא על שכירות**.

**המניע טמון בסעיף 13** – אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין. מבחינה קניינית, לא ניתן לבצע מכירה של חצי חלקה, חצי מסוימת. **דין זה לא חל על שכירות, אלא רק על בעלות**. **לפי סעיף 78 לחוק המקרקעין, ניתן להשכיר חלק מסוים במקרקעין.**

* **הצעת חוק דיני ממונות** – המחוקק קובע במפורש בסעיף 598א' (המקביל של סעיף 13) – אין תוקף לעסקה בחלק מיחידת רישום במקרקעין. **בסעיף ב' נקבע גבול מוגדר לעניין זה – 200 שנים**. הצדדים יעשו שכירות ל-199 שנים, על מנת להימנע מהחלת הוראת החוק. אם השכירות היא עד 200 שנים, ניתן להשכיר רק חלק מסוים מהמקרקעין ואם זה מעל מ-200 שנים אסור. הצעת חוק דיני ממונות התייחסה לחכירה ארוכה, אך לא רצתה לקצר מידי את משך החכירה הארוכה, שכן מנהל מקרקעי ישראל מחכירים נכסים לקרוב ל-100 שנים וקיצור התק' עשוי לטרפד את עסקאות המנהל.

**השאלה המשפטית של פסק הדין** – בכל חלקת מקרקעין יש זכויות בנייה. אם אדם משכיר לאחר מקרקעין, וניתנו אחוזי בנייה, **אם מדובר בשכירות קצרה** – לשוכר יש זכות רק למה שקיבל במפורש (רק לפי מה שהחוזה מתיר לו). הבעיה עם זכויות בנייה – אם השוכר הוא ל-999 שנים ויש זכויות בניה. **ביהמ"ש קבע, כי זכויות הבנייה שייכות לחוכר ל-999 שנים, משום שכל הרכיבים הכלכליים מועברים אליו כאשר הוא משכיר מקרקעין לתקופה כה ארוכה. למי שמשכיר את הקרקע ל-999 שנים, נותר אך רישום בקרקע כבעלים.** הרישום בטאבו ריק מכל תוכן כלכלי, ועל כן השוכר ל-999 שנים הוא הבעלים. **אם יש הטבה למקרקעין (כמו תוספת זכויות בנייה), אזי שזכות הבנייה תהא שייכת לשוכר לתקופה כה ארוכה.** ביהמ"ש קבע, כי קונה הרוכש בעלות במקרקעין רוכש גם את אחוזי הבנייה מוקצים בתוכנית המתאר. נוכח הקשר ההדוק בין זכות הבעלות לבין אחוזי הבנייה לא ניתן לסחור באחרונים במנותק מן הבעלות בקרקע.

במקרה הנידון, שימש הסכם החכירה לדורות אמצעי לעקיפת המגבלה הקיימת בחוק והאוסרת העברת בעלות בחלק מן היחידה הקניינית. **תקופת החכירה הממושכת מצביעה על כוונת הצדדים להגיע ככל הניתן לתוצאה הקרובה ביותר לבעלות, בכל הנוגע לשימוש במקרקעין ולניצולם**. לפיכך, **יש לפרש את העברת החכירה ככוללת את האפשרות לנצל את אחוזי הבנייה שהוקצו באופן יחסי לגודל החלק המוחכר מתוך כלל החלקה.**

* **היכן עובר קו הגבול?** המחוקק בחר ב-200 בהצעת חוק דיני ממונות. כיום, אין הסדר שכזה. בהקשר מקרקעי ישראל, מקובל, שגם השכרה ל-98 שנים היא שכירות, ולא העברת בעלות. היא לא נוגדת את סעיף 1 לחוק מקרקעי ישראל.
* לפעמים, המחוקק קובע הוראות מסוימות לבעלות, והוראות שונות לשכירות. כאשר אנו נתקלים בשכירות ל-999 שנים, יש לבחון מדוע עשו זאת הצדדים. לרוב, מדובר בניסיון להתגבר על סעיף 13 לחוק המקרקעין השולל את האפשרות של מכירת חלק מסוים במקרקעין, והסתמכות על סעיף 78, הקובע כי סעיף 13 אינו חל על עסקת שכירות.

**עסקאות ליסינג –**

איך מתייחסים לעסקאות שכירות שיש בהן סעיף שמאפשר לשוכר אופציית רכישה? כיום, עסקאות רבות מציעות לשוכר לקנות את המושכר בסוף תקופת השכירות. מדובר בדבר שכיח בשוק העסקי. אם מדובר באופציה אמתית והשוכר מחליט לרכוש, לא צריך לסווג את זה כסוג אחד – מכר או שכירות. יש פה בעצם שתי תקופות - על התקופה הראשונה של השכירות יחולו דיני השכירות, ואם השוכר יממש את האופציה לרכישה, יחולו דיני המכר. יכול להיות שעל האופציה הזו יחולו מהתחלה חלק מדיני העברת בעלות במקרקעין, כמו דרישת הכתב.

ליסינג היא עסקה מודרנית. המייחד אותה מהשכירויות הקלאסיות – מעורבים בה שלושה צדדים (ולא שנים – משכיר ושוכר). **בעסקאות ליסינג מעורבים שלושה צדדים, ומתעורר המתח בין ההשלכות הכלכליות להגדרות הפורמליות.** **שלושת הצדדים** – משכיר (חברת הליסינג), שוכר וספק/יצרן/יבואן.

**דוג' רופאי השיניים** – לעיתים, רופאי שיניים רוכשים את הציוד שהמרפאה משתמשת בו ע"י הסכמי ליסינג. יש חברת ליסינג, שהיא בעלת האפשרויות הכלכליות, יש לה מימון. השוכר, רופא השיניים, מעוניין במוצר מסוים, שהוא מכיר אותו לפרטי פרטים (בניגוד לחברת הליסינג, לה אין מומחיות בשום נכס מסוג מסוים), אך היא משכירה את הנכסים, על אף היעדר ההיכרות. אם רופא שיניים מעוניין בציוד המיוחד, הוא ניגש ומברר מיהו היבואן/הספק מימנו הוא יכול לרכוש את הציוד (לשני צדדים אלה יש מומחיות בנכס הספצפי). **השוכר לא עושה את העסקה הטבעית המתבקשת – רכישת הנכס מהספק, הוא לא כורת עם הספק שום חוזה פורמלי, אלא החוזים הפורמליים נכרתים בין החוליות האחרות – נכרת חוזה מכר בין הספק למשכיר, ובין המשכיר לשוכר – חוזה שכירות.** בין הספק לשוכר לא נכרת כל חוזה.

החוזה בין חברת הליסינג (המשכיר) לשוכר הוא חוזה שכירות. הצורה והמנוחים של החוזה הם של חוזה שכירות. בין חברת הליסינג לספק נכרת חוזה מכר רגיל, של מיטלטל. **חברת הליסינג רוכשת נכס ומשכירה את הנכס לשוכר – שוני נוסף ממשכיר רגיל. חברת הליסינג רוכשת נכס למשכיר ספציפי, רק כשבא שוכר ומעוניין בנכס ספציפי.** חוזה השכירות הוא, בממוצע, ל-3 עד 5 שנים. חוזה המכר הוא מידי, האספקה היא מידית, מועד התשלום הוא כמקובל בשוק – אשראי ספקים, התשלום מתקבל תוך 30-120 יום. **השוכר מקבל מחברת הליסינג מימון, אשראי.** אצל הספק, הוא מחפש את הנכס.

**חברת הליסינג פועלים ליסינג שונה ממשכיר קלאסי.** משכיר קלאסי, בין במקרקעין ובין במיטלטלין, קונה מלאי ומשכיר אותו. בחברת פועלים ליסינג קנו **נכס מסוים בשביל שוכר ספציפי**. כדי שהנכס לא יירכש סתם והשוכר ייעלם, הוא הפקיד פיקדון. דבר נוסף שמייחד את העניין, הוא שחברת פועלים ליסינג לא צריכה להבין בנכס המושכר. היא משכירה מגוון עצום של נכסים, שאין לה מומחיות בהם. הפועלים ליסינג פועלת לפי הוראות השוכר. **בנוסף, חברת הליסינג מספקת מימון, ולא נכס.** **הפונקציה הכלכלית של חברת הליסינג – אספקת מימון, ולא אספקת נכס.**

**בהינתן כי אלו העובדות, היינו מצפים שייכרת חוזה מכר / חוזה רכישה בין השוכר לספק, וחוזה הלוואה/מימון בין השוכר לחברת הליסינג**. בפרקטיקה שיטה זו לא נעשית. מערכת חוזים שכן מתרחשת היא איננה הטבעית והמתבקשת. **מדוע הצדדים בנו זאת כך?** משתלם, כלכלית, לצדדים לבנות את העסקה בצורה הראשונה, על פני השנייה. חברת הליסינג נשארת הבעלים של הנכס. מה קורה אם השוכר פושט את הרגל? מבחינה פרקטית, בשכירות רגילה אין בעיה משפטית. **העובדה שחברת הליסינג שומרת בידה את הבעלות (לא עושה חוזר מכר המעביר את הבעלות לשוכר, אלא היא משכירה לו), מובילה לכך שהיא תהא בטוחה בחדלות פירעונו האפשרי של השוכר – היא תיקח את הנכס בחזרה.** חברת הליסינג דורשת מהשוכר פחות בטחונות מאשר בהסכם הלוואה רגיל, שכן היא רואה בנכס כחלק מהביטחונות שלה.

מעבר לשיקול הבטוחה, **ישנם שיקולי מס**. אם הנכס נשאר בבעלות חברת הליסינג, היא רשאית לנכות פחת.

**בעלות בנכס מקנה זכות, אך יש גם אחריות בגינה.** ישנן חובות שונות על משכיר. כך, למשל, חוק השכירות קובע שמשכיר אחראי על תיקונים במושכר. אולם חברת פועלים ליסינג התנתה על ההוראות הללו בחוזה הליסינג והכניסה בחוזה סעיף, לפיו היא לא אחראית על הפגמים, והשוכר צריך להמשיך ולשלם את מחיר השכירות, כסדרו ובמלואו גם אם הנכס פגום.

**יש מתח לעניין ההחלטה, מיהו הבעלים של הנכס**. **בפ"ד הפועלים** בעיה זו עלתה בהקשר לא מיסויי ולא בטוחתי, אלאהייתה חשיבות לסיווג העסקה לשם החלת חוק הריבית. הייתה הפרה מסוימת בחוזה הליסינג, באמצע התקופה השוכר לא משלם. המשכיר טוען להפרת חוזה ומעוניין ליישם תרופות בגין הפרת חוזה. **השוכר טוען** – העסקה איננה עסקת שכירות, משום שהוא לא קיבל מחברת הליסינג נכס, כדרכו של משכיר רגיל, אלא קיבלתי רק מימון מחברת הליסינג. אם החברה היא ספקית של מימון ולא של נכס, אזי שהעסקה היא, בעיקרה, עסקת הלוואה, וככזו יש תחום אחד בארץ שהחוק מחייב, קוגנטית, ריבית מקסימלית – בהלוואות צמודות מדד יש ריבית מקסימלית קוגנטית.

השוכר טען שהעסקה היא לא כפי שהיא נראית מבחינה צורנית. מבחינה צורנית, העסקה נראית עסקת שכירות, אך למעשה, מדובר במתן הלוואה, וכל תשלום מעל הקרן + הצמדה הוא ריבית. במקרה דנן מדובר בהלוואה צמודה למדד, ובמקרה כזה המחוקק מתערב בחופש החוזים וקובע ריבית מקסימאלית בהלוואות צמודות מדד. במקרה הנ"ל, פועלים ליסינג לקחו ריבית גבוה, ולפיכך יצא שטיפול שוכר שילמו את כל הסכום ולכן לא הפר את החוזה. מבחינה כלכלית ומהותית (ועל כן יש להכיר בכך גם מבחינה משפטית), לווה הפורע הלוואה בתשלומים. לגישתו, דמי השכירות הם, מבחינה מהותית, פירעון הלוואה, ואם נביא בחשבון את הריבית המקסימלית שיש לשלם, הרי שהוא איננו בפיגור. השוכר מבקש מביהמ"ש לסווג את העסקה כהלוואה, ולהחיל עליה את דיני ההלוואות.

**אם מדובר בשכירות אמיתית**, המחוקק לא קובע דמי שכירות מקסימליים, יש שוק חופשי. **אם דמי השכירות מהווים הסוואה להחזרת קרן + ריבית**, המחוקק מתערב (מעין הרמת מסך). מסתכלים לא רק על ההגדרות המשפטיות, אלא גם על הכלכליות, והשוכר הוא הבעלים. מדובר בעסקת מכר, חברת הליסינג העבירה בעלות והעניקה מימון – זוהי הלוואה, ולא שכירות רגילה.

ביהמ"ש קובע, שאם מדובר בריבית, לא משנה איך נקרא לה, היא עדיין ריבית, ולא ייתכן שהפסיקה תכיר בכך שקוראים לריבית בשם אחר, ואז יתאפשר למלווים לעקוף את הריבית המקסימאלית הקבועה בחוק. **ביהמ"ש, למעשה, הרים את המסך וראה פה הלוואה, שהריבית בה גבוהה מהמותר בחוק**. **לפיכך, קבע כי המשכיר שילם יותר משהיה צריך ולפיכך לא הפר את החוזה.** יש להבין, כי אם מדובר בהלוואה, הנכס המושכר הוא בעצם משכון.

חברת הליסינג היא מלווה. היא ספק של מימון ולכן נקראת גם נושה. היא רק העדיפה להצטייר כספקית נכס, שכן ספק נכס נקרא משכיר, וחוק הריבית לא חל עליה. אם אדם / חברה מספק/ת מימון, אך מבחינה חזותית מעדיף להופיע כספק נכס, יהא זה כי יש לו יתרונות בתור ספק נכס.

* **כשהפונקציה הכלכלית של חברת הליסינג היא אספקת מימון, מדובר בליסינג מימוני.**
* אם הסך הכולל של דמי השכירות מגיעים ומשתווים לערך של הנכס, זוהי אינדיקציה לכך שאין מדובר בשכירות אמתית.
* אינדיקציה נוספת – **אורך החיים של הנכס**. שכירות רגילה איננה לצמיתות, ובתום התקופה הנכס חוזר למשכיר. ישנם נכסים, שבתום תקופת השכירות, הערך הכלכלי של המושכר שואף ל-0. בנסיבות שכאלה, עולה השאלה, האם העסקה של השכרת מחשב ל-10 שנים, למשל, היא עסקת מכר? האם הצדדים מסווים את עסקת המכר הזו וקוראים לה שכירות?

**למה ספק מימון "מתחפש" לספק נכס?** התחזקות לספק נכס עוזרת לספק להרוויח יותר, מכמה סיבות -

1. את ההלוואה והריבית החברה מחביאה תחת שכירות, וכך יכולה לגבות יותר מריבית שמלווה רגיל יכול לקחת.
2. בחוזה שכירות, המשכיר נותר בעלים של הנכס, ולפיכך במקרה של חדלות פירעון של השוכר, המשכיר אינו צריך להתמודד עם נושים אחרים של השוכר כדי לקבל בחזרה את המושכר. כך, כשחברת פועלים ליסינג מופיעה כספקית נכס, הנכס המושכר משמש לה בתור משכון לא פורמאלי, והיא לא חוששת מחדלות הפירעון של טיפול שורש.

חברת ליסינג כמו פועלים ליסינג אינן בנויות להשכרות חוזרות ונשנות של נכס, כמו החברות Avis ו-Hertz שמשכירות רכבים לתקופות קצרות. כאן, אם השוכר מילא אחר כל תנאי החוזה, חברת הליסינג עשתה "קופה", היא עשתה את הרווח הכלכלי לו היא ציפתה, ואין לה עניין בנכס, אין לה צורך לקחת את הנכס בחזרה שכן אין לה מה לעשות איתו. משמע, אם חברת הליסינג רכשה את הנכס ב-1000 ₪ אחרי חמש שנים היא מחזירה לעצמה את הקרן + ריבית והצמדה + רווח, מכאן ששוכר שעמד בכל תנאי החוזה, מבחינת חברת הליסינג, יותר זול להיפטר מהנכס. על כן, **החברה מעניקה אופציה לשוכר לרכוש את הנכס בסוף התקופה תמורת סכום מינימלי, סכום נמוך ששואף ל-0.** השוכר, לרוב, יממש את האופציה, ויקבל את הנכס. לחברת הליסינג אין עניין בנכס, ולכן היא מעניקה לשוכר אופציית רכישה בסכום סמלי. לעיתים, חברות הליסינג מסתירות את האופציה, כדי לשחק את תדמית המשכיר עד הסוף. לכאורה יש פה משכון מסווה.

**מגבלות הבעלות - תום לב ושימוש לרעה בזכות –**

הנושא מתמקד בסעיף 14 לחוק המקרקעין, שכותרתו היא "הגבלת זכויות", אך מכנים אותו "**שימוש לרעה בזכות**". בעשורים הראשונים לאחר חוק המקרקעין, היה קושי להסביר את הסעיף, כי הוא לא הלם את מושגי היסוד בדיני הקניין. על כן, הפרשנות שניתנה לו הייתה מצומצמת.

**ס' 14 לחוק המקרקעין** – "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". זכות הבעלות אינה מאפשרת שרירות ואינה מצדיקה עשיית דבר הגורם נזק לאחר. בעבר, כאשר הייתה תביעה להשגת גבול, לא היה שיקול דעת לביהמ"ש – אם התובע הוכיח שהוא בעל הזכות במקרקעין, והנתבע נכנס ללא רשותו (מסיג גבול), ביהמ"ש היה צריך לתת, כדבר שבשגרה, צו סילוק מהמקום, צו פינוי. כשהוכח מקרה של השגת גבול, אין שיקול דעת לביהמ"ש – יינתן צו פינוי.

האם ס' 14 הכניס שינוי בפיסה הקלאסית לעיל? ניתן לפרש את הסעיף על דרך הצמצום, כך שלא יפגע בגישה הקלאסית, דהיינו **סעיף 14 כסעיף הצהרתי בלבד**. **בעלות, כשלעצמה, לא מאפשרת פגיעה בזולת – סעיף הצהרתי שלא מוסיף דבר קונקרטי על דיני הנזיקין**, הקובעים שלעיתים, גם אם אדם מתנהג בהתנהגות מסוימת בד' אמותיו, וההתנהגות מהווה מטרד לשכניו, הוא עשוי להיתבע בגין עוולה נזיקית.

בפסיקה יחסית מוקדמת, כמו **פ"ד רדומילסקי**, ביהמ"ש הלך צעד נוסף – ב**פ"ד זה נפסק לטובת מסיג גבול, כנגד בעלים.** בנסיבות פסק הדין היה ברור מיהו הבעלים של החלקה ומיהו מסיג הגבול, אך מתקבלת תוצאה בלתי שגרתית – פסיקה לטובת מסיג הגבול. **ביהמ"ש לא פסק כי למסיג הגבול יש זכויות קניין בשטח, אלא אך כי לא ניתן להוציא צו פינוי כנגד מסיג הגבול (דה פקטו, מדובר באותו דבר – מבחינה מעשית, מדובר בדבר שקול לזכות קניינית).**

**גם הקנייניסטים השמרנים הסתדרו עם פסק דין זה. כיצד?** מדובר במקרה של **מניע פסול** – זהו חידוש נוסף מבחינת דיני הקניין. מבחינת דיני הקניין, אנו לא בוחנים מהו המניע, אלא בוחנים את טיב הזכויות של הצדדים. בדיני הקניין המניע, לכאורה, איננו רלוונטי. במקרה דנן, היה מדובר במניע פסול – נקמנות. התעקשות להחיל את מלוא הזכויות אינה, כשלעצמה, מניע פסול – עצם העמידה על הזכויות אינה בגדר נקמנות. מנגד, **במקרה דנן, העמידה הדווקנית על הזכויות נבעה ממערכת אחרת לגמרי, מוויכוח בין הצדדים, אם יש עילת פינוי – זהו מניע פסול. בזמנו, פ"ד זה נראה כחריג, ולא כסטייה מהכלל הרגיל, לפיו בעל זכות הקניין רשאי לסלק כל מסיג גבול, ושיקול הדעת של ביהמ"ש מוגבל למקרים קיצוניים.**

רדומילסקי הגישה תביעה לסילוק ידו של פרידמן, דייר מוגן, מאחת הדירות בבניין מגורים בבעלותה, וזאת מחמת הסגת גבול, המתבטאת במתיחת כבל טלוויזיה מדירתו אל האנטנה המצויה בגג הבניין הסמוך. בתביעתה, ביקשה להביא להסתלקות ביתו של פרידמן, שעברה להתגורר בדירה עם אביה הישיש, כדי שלא תהפוך עם מות אביה לדיירת מוגנת במושכר.

ביהמ"ש קבע, כי רדומילסקי כעסה על פרידמן, לא משום שגרם לפגיעה ממשית או אסתטית בנכס, אלא על שום שהוא וביתו סירבו לחתום על אישור המבטיח למערערת שלא יקום בעתיד דייר מוגן אחר, חליף למשיב, אף שלא היו חייבים בכך. המערערת לא תבעה פיצויים, ולא טענה כי נגרם לה נזק ממון. **מדובר בתביעה הנובעת ממניעי נקמנות גרידא ויש בה משום התעמרות בדייר, המצדיקה את הימנעותו של ביהמ"ש ממתן סעד בדרך עשה (פינוי המשיב).**

**בפ"ד רדומילסקי**, ביהמ"ש מחיל את סעיף 14 במקרה קיצוני, בו שני גורמים לא שגרתיים חברו יחד, אף שדי היה בכל אחד מהם להביא להחלת הסעיף -

**דבר של מה בכך** – התביעה עסקה בהשגת גבול זניחה, בדמות העברת כבל טלוויזיה שלא הפריעה לאף שימוש. כיום, תביעה כזאת הייתה עשויה להידחות רק מהטעם של זוטי דברים.

**מניע פסול** – בפסק הדין עלה, כי לא מתיחת החוט, לכשעצמה, היא שהביאה לתביעה לפינוי הדייר, אלא ניסיון להביא לסילוק דייר מוגן, כך שלא תהיה המשכיות לדיירות המוגנת ע"י ביתו. התובעת עשתה שימוש באחת מעילות הפינוי שמצויות בחוק הגנת הדייר – הסגת גבול – ועשתה בה שימוש פסול רק כדי להביא לתוצאה לה ייחלה בלי קשר.

**פ"ד בצלאל נ' סימנטוב / פ"ד רוקר**– כשמדובר בבית משותף, אם בונים מעבר למותר, ללא הסכמה – זוהי הסגת גבול. ביהמ"ש קבע, כי הבעלים בדירה אינה רשאים להפריע לבעלים אחרים ליהנות מחלל הרום שמעל הבניין וכי מדובר בהסגת גבול שתהווה פגיעה בזכויותיהם. **תפיסת קבע ברכוש המשותף, או באוויר הרכוש המשותף, מהווה הסגת גבול.** בהסגת גבול, אין שיקול דעת – פוסקים לטובת הבעלים, כנגד מסיג הגבול.

הפסיקה מעוגנת **בס' 21א' לחוק המקרקעין** – "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, זהו שיקול דעת אבסולוטי** –להשאיר, או לפרק את הפלישה. גם בדיני עשיית עושר יש נטייה ברור לטובת הבעלים.

**פ"ד בצלאל** משקף את העמדה הרגילה, **ופ"ד רדומילסקי** משקף עובדות חריגות ביותר (הכנסת גורם המניע לדיני הקניין).

**פ"ד בצלאל** – בצלאל וסימנטוב הם שכנים, ודירת סימנטוב מצויה מעל דירת בצלאל. בין השכנים נתגלע סכסוך, שמקורו ברצון סימנטוב להרחיב דירתם, כדי להוסיף לילדיהם שטח מחיה. הרצון עורר את התנגדות בצלאל לבניה, העלולה לשלול מדירתם שלמטה אור ושמש. ביהמ"ש קבע, כי **כשם שמחזיק במקרקעין רשאי לדרוש הימנעות מכל פעולה שיש בה משום הפרעה לשימוש, כן הוא רשאי לדרוש הימנעות מכל מעשה שיש בו משום הפרעה להנאת חלל הרום שמעליהם.** הבית והחלקה שעליה הוא עומד שייכים לארבעה בעלים ודבר החורג מניהול / שימוש הרגיל, **טעון הסכמת כל השותפים.** ביהמ"ש מקבל הערעור, ואוסר על סימנטוב להרחיב את דירתם, כפי שביקשו לעשות.

**פ"ד רוקר נ' סלומון** – **פ"ד גנז** קבע, שסעיף 39 לחוה"ח חל על כל ההוראות של חוק המקרקעין, ובכללן על ס' 9 לחוק, ולכן בעסקאות נוגדות, על מקבל ההתחייבות הראשון בזמן נוצרת חובת תום לב כלפי המקבל השני בזמן (תום לב קנייני, שכן אין חוזה בין השניים). הראשון בזמן עלול להפסיד את זכותו לטובת הקונה השני, מכוח עקרון תום הלב. **בפ"ד רוקר, לראשונה, הוחל עקרון תום הלב על דיני הקניין. עקרון תום הלב הוחל בנסיבות בהן פלש שכן מסוים בבית משותף לחלקו של אחר, ללא הסכמת האחרים.**

ברבות השנים, עיקרון תום הלב התרחב והפך למעין "עיקרון מלכותי", עיקרון על שחל על כל שטחי המשפט. הדבר הוביל למתן פרשנות רחבה יותר לסעיף 14. יתרה מכך, אם מחילים את תום הלב על דיני הקניין, למעשה, כלל אין צורך עוד בסעיף 14 ולא בכדי הגישה הרווחת היום בפסיקה היא שסעיף 14 פשוט מיותר. סעיף 14 לא ייחקק בהצעת החוק דיני ממונות, שכן תום הלב תופס את מקומו.

עקרונית, בסעיף 21 יש שיקול דעת לבעלים לבקש מסיג הגבול להסתלק, להרוס את המקרקעין, או להשאיר ושיעמוד לרשותו תוך תשלום מסוים למסיג הגבול. במקרה דנן, נתבע לאפשר לבעלים להפעיל את ס' 21 – **נבחרה האופציה של סילוק המחוברים. ביהמ"ש קבע, כי תום הלב חל גם בדיני קניין.** **הקריטריון של תום הלב הוא אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי.** אם סעיף 14 משקף את עיקרון תום הלב, אזי שאין מה לדבר על מניע פסול, משום שמניע פסול מייצג מבחן סובייקטיבי, ותום הלב בסעיף 39 לחוה"ח הוא אובייקטיבי. זו הייתה **דעת הרוב בפ"ד רוקר**.

**פ"ד רוקר** – בפסק הדין נידון מקרה של הסגת גבול. חלק מהדיירים בבית משותף בנו מבנה של קבע ששלל מדיירים אחרים להשתמש בקניין. הקמת מבנה של קבע היא בהחלט הסגת גבול. **השאלה המשפטית** – האם לבית המשפט שיקול דעת להגביל בעל קניין מלממש זכותו ומה היקפו של שיקול הדעת במידה שקיים?

**השופט שנקט את העמדה הקיצונית ביותר בפ"ד, לעניין החלת ס' 39 לחוה"ח על דיני הקניין, היה השופט אנגלרד.** השופט אנגלרד הסכים, שמדובר בהסגת גבול, אך **הפעיל מבחן אובייקטיבי**, מכוח סעיף תום הלב. מה הפירוש? הוא ביצע **שקילה אובייקטיבית של מאזן האינטרסים של שני הצדדים** – מה הנזק שיישאר לבעלי הקניין מהשארת הסגת הגבול הזו ומה התועלת שמשיגים מסיגי הגבול. לא מסתכלים בנסיבות של אותה הסגת גבול. המבחן העיקרי הוא, מה יקרה אם נצווה על צו סילוק, מה התועלת שתהא למסלקים, לבעלי זכות הקניין, ומה הנזק שיגרם בעת הפעלת צו סילוק למסיג הגבול? איזה נזק יגרם לבעלי הקניין, ללא צו הסילוק, ואיזו תועלת תצמח במצב זה למסיג הגבול? **השופט קובע, כי ס' 39 חלק על חוק המקרקעין, ומייתר, למעשה, את ס' 14,**

**ס' 39 עוסק במבחן אובייקטיבי** – משקל המניעים של הצדדים המעורבים שולי, אנו מסתכלים איזה נזק יגרם ואיזו תועלת תצמח לכל אחד מהצדדים בבחינת שני המצבים – השארת המבנה הפולשני, או הריסתו. **עמדת אנגלרד קיצונית – החלה מלאה של ס' 39.** השופט אנגלרד לא מותיר הבדל בין דיני קניין לדיני החוזים. למעשה, לוקחים את המבחן של תום הלב – מבחן של הוגנות וסבירות אובייקטיבים, ומלבישים אותו על הסגת הגבול. כך מגיעים למצב, במסגרתו לא ניתן להשיג צו מניעה ולסלק את מסיג הגבול. **זוהי הצורה הקיצונית ביותר של החלת תום הלב על דיני הקניין**.

**שופטים אחרים, כמו** **השופט טירקל**, לא סוטים מדיני הקניין הקלאסיים, אלא במקרה דומה לזה של **פ"ד רדומילסיק**, בעת מניע פסול. אותם שופטים רצו לשמור על הקניין הקלאסי ולפרוץ אותו רק במקרים חריגים. **לפי גישה זו אין מקום להשארת הפלישה וצריך להחזיר את המצב לקדמותו.** השופטים מתייחסים לס' 14 כאל "שימוש לרעה בזכויות", בכדי לא לצמצם את אפשרויות הבעלים לתבוע סילוק מוחלט של מסיג הגבול.

לאור ס' 21 לחוק המקרקעין, יש זכות ברירה אבסולוטית לטובת בעל הקניין – לקיים את המבנה הפולשני, או להרוס אותו. **סעיף 21(א) לחוק המקרקעין** **(ברירת בעל המקרקעין)** - "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 שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם". סעיף 21(א) ממחיש את דיני הקניין הקלאסיים, ובמצב בו משיג גבול מקים מבנה במקרקעי זולתו, הברירה מה יעלה בגורל המבנה נתונה לחלוטין להחלטת בעל המקרקעין. אולם, **מעל לאפשרויות חג עקרון תום הלב, החל גם על דיני הקניין, ועל כן הוא מותיר בידי ביהמ"ש את האפשרות לבחון שיקולים של תועלת ונזק, אין ברירה אבסולוטית לבעל הקניין – ששיקול הדעת המוענק לבעל המקרקעין צריך להיות מופעל בתום לב, תוך שקילה של גורמים אובייקטיבים.**

כפי **שבפ"ד גנז** נקבע, כי על כל סעיף בחוק המקרקעין רובץ תום הלב הכללי, כך נקבע **בפ"ד רוקר** ולפיכך, לא בכל מקרה שבו משיג גבול הקים מבנה על שטחו של בעל מקרקעין, תהיה שמורה לבעל המקרקעין היכולת להביא להריסת המבנה. על בעל המקרקעין להפעיל שיקול דעת בכפוף לעיקרון תום הלב.

דרך שלישית הוצגה ע"י **השופט ברק**, והפכה עם השנים ל"דרך המלך" – זוהי עמדת בינים. מחד, ס' 39 חל גם בדיני הקניין (עמדה זהה לזו של השופט אנגלרד). זוהי הקביעה העקרונית, לה אין תוצאות מעשיות. מאידך, **השופט מוסיף כי התחולה של ס' 39 על דיני הקניין צרה יוצר מהתחולה בדיני החוזים.** השופט לא קובע גבולות נוקשים, "כמה צרה?"**. השופט ברק מבחין בין מקרים שונים, שיש לשים אליהם לב בדיני הקניין, לעניין יישומו של עקרון תום הלב** – "לא הרי הקניין במיטלטלין כהרי הקניין במקרקעין; לא הרי הגנה על הבית המשפחתי ("מקרקעין אישיים") כהגנה על העסק; לא הרי ההגנה על הקניין של בעל דירה בדירתו בבית משותף כהרי הגנה על הקניין המשותף של בעל הדירה ברכוש המשותף".

עקרון תום הלב מכתיב, **שברכוש משותף** (דוג' **פ"ד סימנטוב ורוקר**) יש מקום ליותר גמישות, להכיר יותר בפלישות, אין פגיעה בקניינות יחידאית. הסגת גבול לרכוש משותף, או לדירה ריקה תהא פחות חמורה מהסגת גבול של דירת מגורים. יש הבנייה לכל ההבחנות האלו אך ללא קריטריונים ברורים, פסק הדין מותיר גמישות לעתיד לבוא, בקביעת היקפה של חובת תום הלב בדיני קניין. **דוג' נוספת – לא הרי מבנה קבע כהרי פלישה זמנית** – אם מדובר בפלישה של קבע, שיקול הדעת של השופטים יהיה מצומצם, תחולת עקרון תום הלב יהיה צר יותר.

**החלת תום הלב בדיני הקניין צריכה להביא לאיזון מתאים, תוך לקיחה בחשבון של מספר גורמים –**

* **מידת הפגיעה שנגרמה בשל הסגת הגבול** – **בפ"ד רוקר** מדובר במבנה של קבע – זוהי פגיעה חמורה ומתמשכת.
* **עוצמת זכות הקניין** – בבעלות העוצמה גבוהה ובשכירות, או זיקת הנאה העוצמה פחותה. **בפ"ד רוקר** הייתה בעלות.
* **תום הלב – שיקולי תועלת מול נזק.**

**בפ"ד רוקר**, **השופט ברק** מכיר עקרונית ובצורה מצומצמת בהחלת עקרון תום הלב על דיני הקניין, אך תוצאת פסק הדין תואמת את עמדת השמרנים. **ברק מצווה על סילוק המבנה שנבנה – מדובר במבנה של קבע, זוהי פגיעה חמורה, הבעלים יוכל לבחור במקרה של סילוק**. מדובר בפגיעה יותר מדי משמעותית, מאחר שמדובר במבנה של קבע, ולכן יש לקבל את קביעת ביהמ"ש קמא להרוס את המבנה שנבנה על שטחו של בעל המקרקעין. הפלישה לדירת מגורים של הבעלים היא הרבה יותר משמעותית, וההגנה על דירת כזו תהיה הרבה יותר משמעותית.

למרות כל המילים הרחבות של החלת עקרון תום הלב, **אם מדובר בפלישה קבועה, אין הפסיקה תהא רחוקה מהגישה הקלאסית** – **בפלישה קבועה, בעת בניית מבנה של קבע, שומרים על שיקול דעת רחב לבעלים לדרוש את סילוק המחוברים, החלת עיקרון תום הלב תהא צרה יותר**. השופט ברק קבע את העיקרון, אך לא יישמו על עובדות המקרה הקונקרטי.

* החלת תום הלב בדיני הקניין הינה בין שניים, שלא ניהלו ביניהם מו"מ – זהו החידוש. אין ביניהם גם מערכת של נושה וחייב.
* **ס' 61 לחוה"ח** – חוק החוזים כולו יחול גם על חיובים שלא נובעים מחוזה – יש הרחבה מסוימת של עקרון תום הלב.

**לסיכום** – זכות הבעלים לדרוש סילוק ממבנה אשר נבנה על המקרקעין שלו שלא כדין אינה מוחלטת, ויכולת המימוש של זכויות הקניין אינה בלתי מוגבלת. לביהמ"ש שיקול דעת לקבוע, האם להעניק לבעלים את הסעד של סילוק המבנה והשבת המקרקעין לקדמותם. **ככל שעוצמת הזכות ומידת הפגיעה גבוהים יותר, כך ייטה שיקול דעתו של ביהמ"ש בהגבלת מימוש זכות הקניין ויצטמצם.**

**פ"ד נעמה נ' טורקיה** – מדובר במקרה שהלך צעד אחד מעבר. לאחר קביעת זהות הבעלים ומסיג הגבול (הוכח כי מדובר בפלישה) – הוענקה לפולש אפשרות להשאיר את החלק שהוא פלש, ולא מצווים עליו בהריסה, למרות שמדובר בפלישה ללא הגבלת זמן. **ביהמ"ש מחיל מבחנים אובייקטיבים של תום לב** – משך זמן רב מאוד עד לבקשת סילוק הפלישה, והפגיעה הקשה בהריסת המטבח.

אם מסיג הגבול לא יהא עוד דייר, ויעזוב את השטח, תתחדש הזכות לבקש סילוק יד של הפלישה. אם יבוא אחר במקום מסיג הגבול, ניתן יהא לומר לדייר האחר כי עליו להתפנות משטח הפלישה – זוהי בעיה רצינית. **לפי פסק הדין, ההגנה מפני סילוק היד היא אישית, ולא תעמוד לזכות רוכש חדש**. על כן, ביהמ"ש מפנה את הבעלים, שחתכו לו חלק מהמקרקעין, לרושם הערה על נקודה זו בלשכת רשם המקרקעין. **ס' 130 לחוק המקרקעין**, סימן ב' לחוק בפרק ט' (הערות), קובע כי **ביהמ"ש רשאי בכל הליך שבפניו, להורות על רישום הערה כפי שיקבע.** ניתן להורות על רישום הערות שונות מכוח צו של ביהמ"ש.

* **לפי ס' 126 ניתן לרשום הערת אזהרה גם על התחייבות להימנע מעסקה**, ולא רק על התחייבות לעשות עסקה.

**ס' 15-20 לחוק המקרקעין, הגנת הבעלות וההחזקה –**

סעיפים אלה חלים גם על מיטלטלין, לפי **סעיף 8 לחוק המיטלטלין** – "סעיפים 15 עד 20 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, יחולו גם על הגנת הבעלות וההחזקה במיטלטלין".

**עד שנת 1969**, מועד קליטתו של חוק המקרקעין הייתה הגנה על ההחזקה במשפט הישראלי, אלא שכדרכו של המשפט האנגלי, **ההגנה על ההחזקה הייתה במסגרת דיני הנזיקין ולא דרך דיני הקניין**. כלומר, עד לחקיקת חוק המקרקעין, ההגנה על המקרקעין הייתה באמצעות עוולות נזיקיות, כמו במשפט האנגלי. לפי דיני הנזיקין, ניתן לתת סעדים בדמות פיצויים וצו עשה שימנע הסגת גבול. כמו כן קיימת עוולת המטרד, שבאה להבטיח שימוש סביר במקרקעין ויש גם עילות שונות לגבי מיטלטלין כמו עוולת הגזל. **דיני הנזיקין העניקו הגנה על ההחזקה ולא על הבעלות. כל ההגנה על ההחזקה, בין במיטלטל ובין במקרקעין, הייתה באמצעות דיני הנזיקין**.

חוק המקרקעין אימץ דגם אירופאי והוסיף בדיני הקניין עילות קנייניות להגנה על ההחזקה וגם על הבעלות. סעיפים 15-20 לחוק המקרקעין הם סעיפים שמצויים בקונטיננט (אירופה) ומגנים על ההחזקה באמצעות דיני הקניין. **הסעיפים הוכנסו בארץ לחוק המקרקעין, אך הסעיפים המקבילים מפקודת הנזיקין לא הוצאו, ולפיכך קיימת כפילות בחקיקה שגורמת לאי בהירות מסוימת**, שנידונה **בפ"ד רוקר**. מטבע הדברים, העניין מתקשר לנושא של שרירות מול תום לב בקניין, עליו עמדנו בנושא הקודם, מאחר וקנייניסטים קלאסיים, המעוניינים לשמר את התיאוריות הקנייניות קרוב ככל האפשר לתפיסה הקלאסית, ישתדלו גם להפריד בין העילות הקנייניות לעילות הנזיקיות, כך שלא תהא השפעה הדדית ונפרש העילות הקנייניות בהתאם לקניין.

שיקול הדעת שמוענק לבתי המשפט בפקודת הנזיקין הוא, שהם יכולים להעניק פיצויים ולא צו עשה. על כן, שופטי המיעוט, הרוצים לשמור יותר על הקניין הקלאסי (כמו **השופט טירקל**), צריכים לומר שהאיזונים השונים שנמצאים בדיני הנזיקין ושיקול הדעת הרחב שיש לבתי המשפט בדיני הנזיקין יחולו רק כאשר עוסקים בעוולה הנזיקית ולא בעילה הקניינית – את העילה הקניינית צריך לשמר ולצמצם את שיקול דעת. בדיני הנזיקין יש יותר איזונים ובלמים, ואילו הסעיפים בחוק המקרקעין מנוסחים בצורה קצרה וקטגורית.

התפיסה הזו היא קצת בעייתית, שכן בדיני קניין נלך יותר לטובת בעל הקניין הקלאסי – ניטה לפרש שהעילות הקנייניות הן חלופיות, הן נותנות פחות שיקול דעת לביהמ"ש (אין שימוש במילים כמו שימוש סביר, שלא כדין וכו'), וכך נגיע לתוצאות שונות, אם התובע יתבע בעוולה נזיקית, או קניינית ואין זה רצוי לייצר פער גדול כל כך בין שני הדינים. לא בכדי, גישתו של השופט טירקל אינה הדומיננטית. **הגישה הדומיננטית בפסיקה רוצה יותר תיאום בין העוולות הקנייניות לעוולות הנזיקיות**. **כדי להגשים זאת, ניתן לומר שהעילות הנזיקיות יחולו רק על עניין פיצויים, ובעוולות הקנייניות יעשה שימוש רק להפסקת השימוש הפוגע (ע"י צו עשה).**

**נוצרה, כאמור, כפילות** – **ישנן סיטואציות שיש לגביהן עילה קניינית וגם עילה נזיקית**. לדוג' – הסגת גבול שמוסדרת **בס' 16 לחוק המקרקעין**, אך לא רק, מדובר גם בעוולה נזיקית, לפי **ס' 29 לפקנ"ז**. אם **ס' 17 לחוק המקרקעין** מדבר על אפשרות לסלק כל דבר שיש לו הפרעה לשימוש במקרקעין, הרי שההסדר מזכיר את עוולת המטרד שבדיני הנזיקין, **ס' 44 לפקנ"ז** – הפרעה לשימוש סביר במקרקעין. עם אימוץ העליות הקנייניות, נוצר כפל עילות, שלעיתים מעלה שאלות בפסיקה. גם אם יש שתי עילות חלופיות, נרצה להגיע להרמוניה חקיקתית.

**פ"ד נעמה** – "**ניתן לראות בס' 74 קונקרטיזציה של עקרון תום הלב הכללי במתחם הנזיקי**. לכן, ככל שחלים במקרה נתון שני ההסדרים כאחד ראוי להשיג תכלית זו על דרך של השוואת הקריטריונים והיקף שיקול הדעת המיושמים לגבי אותו מקרה. **ככל שיש בענייננו תחולה להוראת ס' 74 לפקנ"ז לצד תחולתם של דיני הקניין, יש לקרוא את המבחנים הקבועים בה באופן העולה בקנה אחד עם השיקולים המנחים אותנו בהפעלת שיקול-הדעת בבואנו להגביל בעל זכות קניינית מכוח עקרון תום הלב הכללי"**. כשיש לנו שתי עילות, מתעוררת בעיה. מחד, השאיפה להרמוניה חקיקתית. מאידך, אם יש שתי עילות, יש למצוא את ההבדל ביניהן.

סעיף 15 לחוק המקרקעין – "מחזיק – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו". הסעיף מגדיר מהי החזקה. מההגדרה עולה, **שלצורך הסעיפים הבאים, גם מי שהשכיר מקרקעין ייחשב כבעלים.** יתרה מכך, יתכן שבסעיף מסוים נעדיף, משיקולי מדיניות, שלא לכלול את הבעלים בהגדרה של מחזיק.

סעיף 16 לחוק המקרקעין (תביעה למסירת מקרקעין) – "בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין**". זוהי עילה קניינית למסירת מקרקעין העומדת לטובת הבעלים (מי שזכאי להחזיק) כנגד מי שמחזיק בהם שלא כדין.** מדובר בסעיף שמקביל להסגת הגבול בנזיקין (ס' 29 לפקנ"ז). **בעל במקרקעין או מי שמחזיק כדין, זכאי לדרוש את מסירת המקרקעין, ממי שמחזיק בהן שלא כדין.** סעיף זה קובע מי יכול לתבוע בעילה קניינית – בעל מקרקעין, ומי שזכאי להחזיק. גם לבעל מקרקעין, שלא מחזיק כרגע (משכיר), גם לו מקנה חוק המקרקעין עילה קניינית כנגד מסיג הגבול. מחזיק שלא כדין יכול להיות גם שוכר שנשאר במקרקעין לאחר תום תקופת השכירות.

כנגד שוכר שלא מפנה את המושכר במועד יש למשכיר עילות תביעה כמעט מכל שטחי המשפט האזרחי - עילה קניינית לפי סעיף 16 לחוק המקרקעין, עילה נזיקית – הסגת גבול, עילה חוזית – כל חוזה מחייב להשיב את המושכר בתום התקופה, עילה עשיית עושר ולא במשפט. התופעה הזו של ריבוי עילות קיימת בעולם המשפט, שכן קיימים שטחי חפיפה בין הדינים.

* מסיג גבול שתפס את השטח, ללא בניית מבנה (יש מבנה קיים) – אין זה עניין לסעיף 21 (מסיג הגבול הקים מבנה), אלא לס' 16.

ס' 17 לחוק המקרקעין (תבעה למניעת הפרעה) – "המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזו".

**דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה בפ"ד עוקשי** טוענת, שהיקפו של הסעיף יותר רחב ממה שנראה, וכי הוא חל גם במקרים של הסגת גבול ולא רק בהפרעה לשימוש, אך דעה זו לא מקובלת על דעת הרוב. הדעה של **השופטת פרוקצ'ה בפ"ד עוקשי,** כי מדובר גם על הסגת גבול אינה מקובלת, כי לעניין הסגת גבול יש סעיפים אחרים. המחזיק זכאי לדרוש כי לא יפריעו לשימוש שלו (הפרעה מקרקעין שכנים, לא ממסיג גבול) – זוהי הפרשנות המקובלת של הסעיף, הפרעה לשימוש, ללא הסגת גבול, דהיינו – מטרד. הסעיף, לפי הפרשנות המקובלת, מקביל לעוולת המטרד, ס' 44 לפקנ"ז. אולם, בס' 44 לפקנ"ז יש שימוש רב יותר באיזונים ובלמים – "הפרעה של ממש לשימוש סביר". ס' 17, מנגד, יותר חד, הסעיף מנוסח בצורה הצהרתית יותר. הנטייה הינה ללכת לכוון הנזיקי, אחר ס' 44 לפקנ"ז, לעוולת המטרד, המשתמש באיזונים ובלמים.

המיוחד בסעיף 17, הוא שהמילה "כדין" הושמטה, ולפיכך גם מי שלא מחזיק במקרקעין כדין זכאי לדרוש שלא יפריעו לו. אפילו פולש למקרקעין זכאי להגיש תביעה כנגד אדם שהפריע לו בשימוש במקרקעין והנתבע לא יהיה רשאי להעלות טענה שהבעלות היא של צד שלישי. משמע, הויכוח עשוי להיות בכלל בין צדדים ששניהם אינם זכאים למקרקעין הנידונים. עד עכשיו אף פעם לא מנינו ברשימת הזכויות במקרקעין החזקה. לראשונה אנו פוגשים בהחזקה שאינה נלווית לשום זכות קניינית כמעט עולה למעמד של זכות.

**בפ"ד עוקשי** דובר היה על מקרים שנטען כנגד פלישה של ממש – הסגת גבול ולא הפרעה לשימוש מבחוץ. מדוע היה אינטרס לשופטת פרוקצ'ה להחיל את ס' 17 גם על הסגת גבול, שכן יש את ס' 16 העוסקת בהשגת גבול? ס' 17 לא מדבר על מחזיק כדין. כלומר, המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך, שימנע ממעשה שיש בו הפרעה. לפי עמדה זו, בעובדות פסק הדין, שני הצדדים הם בגדר פולשים, אף צד לא קיבל רשות, או בצע עסקה המאפשרת לו להשתמש במקרקעין. **על מנת שאדם לא יעשה דין לעצמו – מי שמחזיק רשאי לתבוע מהנתבע להסתלק מהמקרקעין.** **הנתבע לא רשאי להגנתו טענה כי לתובע אין זכות במקרקעין – זו אינה הגנה לגיטימית לעניין ס' 17.** **בלשון של הפסיקה, הנתבע לא זכאי להעלות טענה בדבר זכותו של צד שלישי – "טענת יוסטרטי".**

**"הזכות של צד שלישי" / טענת יוסטרטי** – לא נכיר בטענת הגנה זו של הנתבע, הנתבע לא יכול לומר "זה לא שלי, אבל זה גם לא שלך". על כן, המילה "כדין" הושמטה בסעיף 17. התובע תובע מישהו והנתבע לא רשאי לומר לו שהוא לא הבעלים, אלא צד ג'. כך יוצא, **שפ"ד עוקשי** מדבר על סכסוך של שני פולשים. אחד טוען שהשני הוציא אותו, וגם זה שטוען שהוא הוציא אותו, לא היה בעל זכות. לכן, השופטת פרוקצ'יה חיפשה הוראה של פולש נגד פולש גם במקרים של הסגת גבול.

**ס' 17 מעמיד, לראשונה, עילת תביעה אפילו למחזיק, שאינו מחזיק כדין**. הכוונה הינה להחזקה פיזית. יש השלכות משפטיות שונות למונח ההחזקה – משכון מוקפד, למשל. **לפי ס' 17, ההחזקה עצמה יוצר זכות משפטית – עצם זה שאדם מחזיק במקרקעין מקנה לו אפשרות לתבוע את מי שמפריע לשימוש שלו, אם המפריע הוא גם צד שאין לו זכות להחזיק**. ס' 17 מרומם את ההחזקה הפיזית.

סעיף 16 מול סעיף 17 –

**סעיף 16 מקביל להסגת גבול ואילו סעיף 17 מקביל למטרד**. הבדל נוסף – **סעיף 16 מדבר על מי שזכאי להחזיק כדין, ואילו בסעיף 17 יש השמטה של המילה כדין**. כלומר, גם מי שמחזיק שלא כדין זכאי לתבוע שלא יפריעו לשימוש שלו. פולש למקרקעין זכאי להגיש תביעה כנגד אחר שמפריע לשימוש שלו.

|  |  |
| --- | --- |
| **סעיף 16** | **סעיף 17** |
| מקביל להסגת גבול | מקביל למטרד  |
| מתייחס למי שזכאי להחזיק כדין | נוגע גם למי שלא מחזיק כדיןלא תעמוד טענה לנתבע בדבר היעדר זכות החזקה של התובע |

**פ"ד עוקשי** – המערער טוען כי הינו בעל זכות חזקה, שימוש ודיירות מוגנת במבנה, אליו פלש המשיב תוך גרימת נזק למבנה ולרכוש המערער שאוחסן בו. הוא דורש קבלת סעד של צו מניעה קבוע, סילוק יד ופיצוי כספי. המשיב מצידו מתגונן בטענה כי למערער אין כל זכות קניינית בנכס או רשות להחזיק במבנה ולכן אין בידיו כל עילת תביעה כנגדו ואין לסלק אותו ומשפחתו, היושבים שם שנים. **השאלה המשפטית - בעימות בין מסיג גבול המחזיק בפועל במקרקעין לבין בעל זכות באותם מקרקעין זכותו של מי גוברת?**

ביהמ"ש קבע, כי **החזקה משמשת נושא להגנה, גם כאשר אין מקורה בזכות אלא במצב עובדתי בשטח.** בהתמודדות שבין מחזיק בפועל לבין מסיג גבול, **זכאי המחזיק להגנה כלפי מי שמנסה לנשלו מחזקתו וזאת גם כאשר אין בידו זכות לחזקה.**

סעיף 18 לחוק המקרקעין (שימוש בכוח כנגד מסיג גבול) –

1. "המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.
2. תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם".

**הסעיף מתיר עשיית דין עצמית בכוח, במידה סבירה, ותוך פרק זמן מסוים, במקרה של הסגת גבול**. אדם רשאי שלא לפנות לבתי המשפט. אם פלוני פולש לשטח בו אלמוני מחזיק במקרקעין, או שאלמוני נטש את המקום לפחות מ-30 ימים, אלמוני רשאי להשתמש בכוח סביר על מנת לסלק הפולש. עשיית דין עצמי היא חריגה, המטרה הינה כי הצדדים יהפכו לבעלי דין, ולא לבעלי ריב. אולם, החוק מכיר, בנסיבות מסוימות, בעשיית דין עצמי. אם יש פלישה – בהתקיימם של תנאיי ס' 18, ניתן לסלק בכוח סביר. אם זה מעבר ל-30, יש לפעול לפי סעיף 16, ללכת לביהמ"ש ולתבוע.

מחד, יש התנגדות לעשיית דין עצמית, מאחר והיא פוגעת בסדר הציבורי. מאידך, שמירה על הסדר הציבורי לא צריכה להיות מטרה של דיני הקניין, אלא של הדין הפלילי, ולפיכך יש להכיר באופן עקרוני בעשיית דין עצמי בדיני הקניין.

**השופט אילון בפ"ד רוזנשטיין** העניק שני נימוקים לתמיכה בעשיית דין עצמי -

1. עשיית דין עצמי תמנע הפרות ותמנע פלישות (שמירה על הסדר הציבורי) – אדם יידע כי ניתן לסלקו בכוח סביר.
2. החוק מהווה כניעה לאינסטינקט הטבעי, הסביר והרגיל של בני אדם לפעול – אדם מעוניין להגן על רכשו. אדם שבאים לנשל אותו מרכושו, האינסטינקט הטבעי שלו הוא להתגונן, אפילו בכוח (במידה סבירה).

אולם, ההסבר הזה שמצוי בפסיקה אינו מסתדר מספיק עם סעיף 18. לפני שנת 1969, החוק התיר לאדם להשתמש בכוח כנגד הסגת גבול, תוך זמן סביר. בשנת 1969, שינו את הדרישה ל-30 יום. בהצעת דיני ממונות פרק הזמן ירד ל-15 ימים. **סעיף 18 מתיר עשיית דין עצמית תוך 30 יום מיום התפיסה**. כלומר, גם אם אדם נוסע לחו"ל, חוזר ורואה שמישהו יושב בנכס שלו, הוא צריך לוודא עם הפולש שהוא לא נמצא במקרקעין יותר מ-30 יום. **מי שיוכל לעשות שימוש בסעיף זה הוא מי שעזב את המקרקעין שבבעלותו לפרק זמן הקצר מ-30 ימים**. מי שנעדר יותר מ-30 ימים ולא יודע מתי ארעה הפלישה, מנגד, לא בטוח שהוא ממלא אחרי תנאי הסעיף, ואז אם המגמה היא לפרש את הסעיף בצורה מצומצמת - הוא לא יכול לעשות עשיית דין עצמית.

30 ימים הם תקופה ארוכה לעשיית דין עצמית והדבר לא מסתדר עם טעם הספונטניות עליו **בפ"ד רוזנשטיין**. ככל הנראה, מרגישים אי נוחות מסוימת עם התקופה, ולכן בהצעת חוק דיני ממונות הורידו את התקופה ל-15 ימים. כמו כן, אין קריטריון ברור לדעת ממתי נספרים 30 הימים – מרגע הסגת הגבול, או מרגע שהמחזיק ידע.

ישנם דברים אחרים שמצמצמים את סעיף 18. **הפרשנות המקובלת היא, שלעניין סעיף 18, המחזיק במקרקעין הוא רק מי שמחזיק בפועל.** זוהי פרשות מצומצמת, לפיה בעלים שהשכיר את הנכס אינו מחזיק בו ולפיכך, על אף שהוא נכנס להגדרת מחזיק מכוח סעיף 15, לא תהיה לו תגובה אמוציונאלית והוא לא ייכנס לגדרי סעיף 18.

* **האם משכיר יכול לנקוט בעשיית דין עצמי כנגד שוכר שנשאר לשבת במקרקעין לאחר תום תקופת השכירות?** לכאורה, השוכר נחשב כמסיג גבול ועילות קנייניות, כמו גם נזיקיות, עומדות לטובת הבעלים. עם זאת, **הדעה המקובלת בספרות המשפטית היא כי כיוון ועד שהסכם השכירות נגמר, השוכר החזיק במושכר כדין, מדובר בסכסוך משפטי שצריך להיפתר בכותלי ביהמ"ש ואין להכיר בעשיית דין עצמי.** אם נתת בעבר זכות לאדם להיכנס ולהחזיק במקרקעין שלך, יש לך איתו סכסוך משפטי שצריך להיחרץ בבית המשפט.
* **האם מותר להזמין משטרה לטובת עשיית דין עצמי?** בסכסוך על אזור בכנסיית הקבר בין נוצרים קופטיים לנוצרים אתיופים, אחד הצדדים פרץ את הדלת, החליף את המנעול והזמין משטרה. ביהמ"ש קבע, כי **מי שזכאי לעשיית דין עצמי זכאי גם לסיוע המשטרה**. השוטר, מטבע הדברים, לא ייכנס לשאלת זכויות הבעלות, אלא רק יידרש לשאלה, אם מישהו החזיק במקום ואחר בא ותפס את מקומו.

סעיף 19 לחוק המקרקעין (החזרת גזלה) – "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק. אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את החזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם". ס' 19 לחוק המקרקעין הינו סעיף קצת בעייתי, שכן החלק הראשון והשני שלו אינם הולכים לאותם כיווני מדיניות, ואכן בהצעת חוק דיני ממונות, הופיע רק החלק הראשון של הסעיף.

אם אדם חוזר לאחר 40 יום, והוא זורק את הפולש בכוח סביר, הוא חורג מגבולות ס' 18. במקרה שכזה, לפי הרישא של ס' 19, **הפולש רשאי ללכת לביהמ"ש ולתבוע את הסילוק של הבעלים, המחזיק כדין**. זוהי שמירה קיצונית על הסדר הציבורי. **הרציונל של הרישא – שמירה קיצונית כנגד אלימות, שמירה על הסדר הציבורי**. החלק הראשון של הסעיף עוסק **תביעה פוססורית** (תביעת חזקה) – אנו לא דנים על זכות הבעלות, כל הקייס מתמקד בהחזקה. זוהי תביעה להחזרת החזרה, מבלי כניסה לשאלת זהות הבעלים. **הפולש, שהוצא מהמקרקעין לאחר יותר מ-30 יום, או שלא בכוח סביר רשאי להגיש תביעה כנגד המוציא, גם אם הוא הבעלים**. סעיף 17 מעניק גם למי שמחזיק במקרקעין שלא כדין זכאות לעמידה על זכות החזקתו מול מחזיק אחר שלא כדין. אך סעיף 19 הולך רחוק יותר **ומתיר למסיג גבול לדרוש חזקה ממי שהוציאו מהקרקע שלא לפי סעיף 18(ב)** – קרי, לאחר 30 יום מהסגת הגבול או שלא בכוח סביר – גם אם מי שהוציאו הוא הבעלים.

**ס' 19 סיפא** – ברור, שכל התביעה הפוססורית בסעיף 19 רישא, היא בסך הכל בגדר הליכי ביניים, כי ברור שהבעלים יגיש תביעה נוספת. נניח והבעלים בא לאחר שבוע, אך משתמש בכוח לא סביר. האם הפולש ילך לביהמ"ש ויבקש לסלק את הבעלים? הבעלים האמתי יגיש תביעה מנגד לפי סעיף 16, לסילוק הפולש. **גם אם הפולש יגיש תביעה פוססורית ויוכיח שישב בנכס 40 ימים, תבוא אחר כך תביעה של הבעלים לבעלות, לפי סעיף 16.** במקרה שכזה, **לפי הסיפא של הסעיף, ביהמ"ש רשאי לאחד את התביעות – יש שיקול דעת לא מוגבל לביהמ"ש.** ככל שזכות של מישהו ברורה שהוא הבעלים והשני פולש, ביהמ"ש ייטה לאחד את התביעות, ולא תהא משמעות רבה לס' 19 רישא.

* ראובן הוציא פסק דין כנגד שמעון, שעל שמעון לפנות את הקרקע ומלסור אותה לראובן. ראובן הולך ומוציא את שמעון בכוח (יודע שייקח לשמעון זמן רב). יש כאן דילמה, לביהמ"ש שיקול דעת.

**פ"ד רוזנשטיין** – המערערים והמשיבים הם בעלי משקים שכנים במושב. המערערים גילו כי משקם משתרע בשטח מסוים בתוך חלקה המעובדת מזה שנים רבות ע"י המשיבים, עלו בכוח על חלקת המריבה, פגעו בגידולים אשר גידלו שם המשיבים ואף הציבו אבנים על החלקה כדי למנוע מהמשיבים את השימוש בה. המשיבים עתרו לבית המשפט בבקשה לפיצוי עבור נזקי הפלישה וקבלת צו המורה על סילוק יד המערערים מן החלקה והאוסר על כניסתם אליה. בית המשפט פסק למשיבים פיצוי בגין נזקי הפלישה אך קבע כי החלקה שייכת למערערים. בערעור נהפכה החלטת בית המשפט קמא ונקבע כי על המערערים להגיש תביעה נפרדת לעניין חלקת המריבה.

ביהמ"ש קבע, כי **סעיף 19 לחוק המקרקעין מורה כי המוציא מקרקעין מידי מחזיק שלא בתנאי הסעד העצמי המוקנה בסעיף 18 לחוק, חייב להחזירם למחזיק**. **אולם, אין באמור לעיל כדי לגרוע מסמכות ביהמ"ש לדון בזכויות שני הצדדים – המחזיק והפולש, בעת ובעונה אחת.**

**למה לא לדון בשתי התביעות יחד?** איחוד שני התיקים המשפטיים מנטרל את סעיף 19 רישא, משום שלא תהיה תביעה פוססורית. פסק הדין עוסק בשאלה, **מתי ביהמ"ש יסכים לאיחוד התיקים ומתי לא**. הדבר מתקשר להשקפת השופטים בנוגע לחשיבות שמירת הסדר הציבורי ואי-עידוד עשיית דין עצמי, מעבר למותר.

במקרה דנן, לא רצה ביהמ"ש לקבוע קריטריון נוקשה לעניין השאלה מתי יש לאחד את התיקים ומתי לא. "השיקול שאין לעודד עשיית דין עצמית חייב להשפיע אומנם על הכרעת בית המשפט, אך אל לבית המשפט להימנע תמיד, וללא יוצא מן הכלל, מבירור זכויות בעלי הדין, כאשר נעשה שימוש גס באלימות ע"י הנתבע". **ההלכה כיום היא, שהדבר יקבע בדרך אינדוקטיבית. גם לאחר פסק הדין הנ"ל, הפסיקה לא גיבשה קריטריונים קבועים. הדבר מתמרץ אנשים לעשות עשיית דין עצמית, בלי שימוש בכוח ואלימות גופנית גם אם לא עומדים בתנאי סעיף 18(ב), שכן ייתכן ואם יהיה מדובר רק בפינוי מספר ימים מועט לאחר 30 ימים, בית המשפט יתיר את איחוד התיקים.**

**פ"ד בן שמחון** – המדינה הוציאה לבן שמחון צו סילוק יד ממקרקעין ע"פ חוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים). עררו של בן שמחון לבית משפט השלום נדחה, וצו הסילוק נותר בעינו, אך בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורו. ביהמ"ש קבע, כי **חוק סילוק פולשים הרחיב באופן ניכר את זכותה של המדינה לפעול להגנת קרקעותיה מפני פולשים על דרך של פעולה עצמית בלא היזקקות לערכאות משפט**.

קיים חשש כי שימוש בלתי מבוקר באמצעי זה עשוי להופכו למעשה של שגרה במקום לפעולה שהיא בבחינת חריג לכלל. לפיכך, **מתבקשת פרשנות צרה להיקף השימוש בסמכות הממונה להוציא צווי סילוק לפולשים לקרקעות הציבור**. על הממונה להצביע על עילה מספקת לנקיטת צעד שמשמעותו היא עשיית דין עצמית של הרשות המוסמכת בקרקע ציבור בלא עירוב ערכות המשפט קודם להוצאת הצו. במקרה דנן, כך נקבע, צו סילוק היד הוצא בלי שהיו ברשת הממונה עובדות ראשוניות הצריכות לעניין.

**זכויות בנכסי הזול – המשכון**

מדובר בזכויות קנייניות פחותות מבעלות, בנכסי הזולת, כדוגמת משכון, שכירות, נאמנות וזיקה הנאה.

ישנם דינים שונים החלים על שעבוד נכסי יחיד ודינים אחרים החלים על שעבוד נכסי חברה. **בחוק הקיים, יש שני הבדלים בין שעבוד נכסי יחיד לשעבוד נכסי חברה –**

1. המרשם, דוגמת **מועד המרשם**. הבדל נוסף לעניין הרישום – שעבוד שיצרה חברה נרשם אצל רשם החברות בעוד שעבוד שיצר יחיד נרשם אצל רשם המשכונות.
2. ההבדל העיקרי – **שעבוד צף/שוטף.**

**מועד המרשם –**

ס' 178 לפקודת החברות – סעיף מקביל לסעיף 4 לחוק המשכון, החל לגבי שעבוד נכסי יחיד. ס' 178 קובע את השעבודים של נכסי חברה הטעונים רישום.

ס' 179 לפקודת החברות – בכל הנוגע לשעבוד נכסי חברה, חוק החברות לא רלוונטי, ועל כן סעיפים רבים מפקודת החברות נותרו בעינם. הסעיף קובע את **מועד המרשם** (אין מועד רישום לעניין שיעובד נכסי יחיד) – רישום אצל רשם החברות **תוך 21 יום ממועד כריתתו של הסכם המשכון** (מלבד משכנתא שיצרה חברה). לגבי חברות, המחוקק מטיל חובת רישום תוך זמן קצר – **יש אינטרס שהמידע יהיה רשום בתוך זמן קצר יחסית, כשמדובר בשעבוד של נכסי חברה.** **הסכם שעבוד שיצרה חברה נקרא אגרת חוב (אג"ח) ותוך 21 יום מהרישום בטאבו חל חובה לרשום את השעבוד אצל רשם החברות**. חברה שלא מגישה את המסמכים לרישום במועד המוזכר, צריכה להגיש בקשה לרשם החברות לקבלת ארכה לרישום, לפי ס' 195 לפקודה.

הגישה של חוק המשכון יותר הגיונית ואינה מגבילה את הרישום ל-21 יום. גם אם רוצים שהמרשם יהיה אמין, יש תמריץ משמעותי לנושה המובטח למהר ככל האפשר ולבצע רישום של השעבוד לזכותו. הרי כל רישום נועד להגן על האינטרסים של הנושה המובטח, משום שכל עוד לא הגיש את המסמכים לרישום, הוא אינו נחשב נושה מובטח, אלא נושה רגיל, שאינו עדיף על אחרים. הדין הזה של משכון, כשלעצמו, מהווה תמריץ לנושה המובטח להגיש את הרישום.

אולם, על פי דיני החברות, יש דברים שונים שצריך לדווח לרשם החברות – מיהם בעלי המניות, המנהלים וכו', על כן, מבחינה היסטורית, חובת הדיווח בפרק זמן קצוב באה כחלק ממסירת הדיווחים שחברה חייבת.

**פ"ד ביאלוסטוצקי** – המערערים הם נושים של המשיבה, שהינה חברה המצויה בהליכי פירוק. בידי המערערים שעבוד קבוע וספציפי לטובתם על גלילי נייר השייכים לחברה המשיבה, לפי אגרות חוב שנרשמו אצל רשם החברות. המערערים ביקשו מהמפרק להרשות להם לממש את השעבוד שבידם ואילו המפרק טען, כי אין לשעבוד תוקף כלפיו. לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, ניתן לבטל עסקאות ובכללן שעבודים שעשתה חברה בפירוק, אם העסקה נעשתה בתוך תקופת 3 החודשים שקדמו להגשת בקשת הפירוק. **השאלה המשפטית – מהו המועד המאפשר ביטול שעבוד – תאריך יצירת השעבוד, או שמא תאריך רישומו של השעבוד, הוא שצריך ליפול בתקופת שלושת החודשים הקודמים להגשת בגשת הפירוק?**

בנסיבות פסק הדין, יש נפקות למועד המדויק של רישום השעבוד. הדבר מעלה תהייה מסוימת – ככלל, אם העימות הוא בין נושה מובטח ונושים רגילים, אין זה משנה שהנושה המובטח הלוואה כסף לחברה וקיבל משכון הרבה זמן אחרי הנושים הרגילים. **הכלל הוא, שנושה מובטח, נושה בעל משכון, עדיף בעניין גביית הנכס על פני נושים רגילים, בין אם הנושים הרגילים נוצרו אחריו ובין אם קודם לכן.** בהתאם לסעיף 4 לחוק המשכון וסעיף 178 לפקודת החברות, נושה מובטח שרשם את זכותו בלשכת המרשם עדיף על נושה רגיל, גם אם הנושה המובטח נכנס ל"תמונה" מאוחר יותר. בהינתן עימות בין נושים רגילים לנושים מובטחים (בניגוד לעימות בין שני נושים רגילים), אין חשיבות למועד רישומו של השעבוד, משום שבכל סיטואציה – לנושה המובטח עדיפות על פני הנושים הרגילים.

**מדוע יש חשיבות למועד רישומו של השעבוד לטובת הנושה המובטח, אל מול הנושה הרגיל? בדיני חדלות פירעון יש מושג הנקרא העדפת נושים**. הכוונה, בד"כ, לשלושת החודשים האחרונים שלפני תחילת הפירוק –עסקאות שהחברה ביצעה, שלושה חודשים לפני תחילת הפירוק, חשופות לביטול במצב שלאחר מיכן ארע פירוק. המפרק צריך לבחון אם נעשו העדפות לטובת נושים, סמוך לפירוק (בתוך שלושת החודשים), **האם התבצעה העדפת נושים, בסמוך לתחילת הפירוק** – **אסור למפרק לאפשר פגיעה בחלוקה השוויונית.**

**יצירת משכון היא פעולה המביאה להעדפת נושים. אם יש משכון לטובת אחד הנושים בעת חדלות פירעון, הרי שאותו משכון יהא עדיף. כל פעולה שמפרה את עקרון השוויון (כמו יצירת משכון), בהתמלאה תנאים מסוימים, ניתנת לביטול.** במקרה של פ"ד, המשכון נעשה סביב שלושת החודשים הסמוכים לפירוק, אך היה **פער של זמן** – נחתם הסכם משכון, ולאחר מיכן נרשם המשכון – הרישום, בניגוד לחתימה על ההסכם, היה בתוך שלושת החודשים שקדמו לתחילת הפירוק.

על כן, מתעוררת חשיבות לשאלה – **מתי נוצר המשכון? ביהמ"ש מניח, שלצורך סעיף 98, המשכון נוצר מרגע שכוחו יפה כלפי צדדים אחרים –** אם כבר לפני 3 חודשים כוחו של השעבוד היה יפה כלפי צדדים שלישים, הוא לא ניתן לתקיפה. **אם הרישום נעשה בתוך שלושת החודשים, המשכון ניתן לביטול.** יוצא כי שיש הבדל בין שעבוד שיצר יחיד לשעבוד שיצרה חברה, לעניין תקיפת עסקאות "**העדפה במרמה**" –

* **שעבוד שיצר יחיד** – אם רישום השעבוד נעשה לפני פחות מ-3 חודשים לפני חדלות הפירעון – השעבוד ניתן לביטול.
* **שעבוד שיצרה חברה** – אם רישום השעבוד נעשה לפני פחות מ-3 חודשים, אבל כריתת הסכם השעבוד נעשתה לפני יותר מ-3 חודשים ממועד חדלות הפירעון – השעבוד לא יהיה ניתן לביטול, ובתנאי שהמשכון נרשם תוך 21 יום ממועד הסכם השעבוד.

**משכון לטובת יחיד לא הולך רטרואקטיבית. משכון שיצרה חברה, מנגד, בהינתן כי נרשם תוך 21 יום, מיוחס לאחור, היינו למועד החתימה על אגרת החוב(ולא למועד הרישום).** שעבוד שיצרה חברה ונרשם תוך 21 יום, הרישום תקף רטרואקטיבית והמשכון נחשב כרשום כבר במועד ההסכם, שהינו לפני שלושת החודשים. מסיבה זו הערעור התקבל.

**מי אחראי לרשום את השעבוד שחברה ממשכנת?** מהוראות שונות בפקודת החברות עולה הרושם כי **האחריות לרישום השעבוד מוטלת על החברה**. עם זאת, בפועל מי שרושם את השעבוד הוא בעל האינטרס – הנושה המובטח. לפי ס' 186 לפקודת החברות, רישומו של שעבוד יכול שיעשה ע"פ בקשתו של אדם שמעוניין בכך.

* **רלוונטיות סוגיית ההחלה הרטרואקטיבית** – הרטרוקאקטיביות תהא רלוונטית, כאשר יש עימות בין נושה מובטח לנושים רגילים, רק בנסיבות לא שגרתיות כמו בפסק הדין. במקרה אחר, לא משנה אם התחולה רטרואקטיבית או לא, כי נושה מובטח עדיף גם על נושים רגילים שקדמו לו. רק כאשר מתקרבים למועד חדלות פירעון, יש רלוונטיות לרטרואקטיביות.

בתחרות בין **שני נושים מובטחים על אותו נכס**, נוכח שעבודים סותרים, יש רלוונטיות לרטרואקטיביות, שכן ההכרעה היא לפי מועד המרשם. נושה מובטח שרשם את המשכון לזכותו ראשון יהיה עדיף על הנושה המובטח השני.

**לגבי חברות, הרטרואקטיביות עשויה להוביל לתוצאה לא הגיונית**. חברה עשויה ליצור הסכם שעבוד עם נושה מסוים ובטווח הזמן שבין כריתת ההסכם למועד הראשון (21 יום), עשוי להגיע נושה נוסף שגם אם יבצע בדיקה אצל רשם המשכונות ואצל רשם החברות יגלה כי אין שעבוד על הנכס לטובת אחר. לפיכך, הוא עשוי לחתום על הסכם שעבוד בעצמו ואז לגלות תוך ימים ספורים כי קיים כבר שעבוד על הנכס לטובת חברה. כעת יווצר **עימות בין שני נושים מובטחים ששניהם יטענו לעדיפות בקשר לאותו הנכס**. **החלת הלכת הרטרואקטיביות תביא להעדפתו של הנושה הראשון (החברה) על פני הנושה השני, אף שהנושה השני עשתה כל שביכולתו כדי לברר שאין שעבוד על הנכס.** עם זאת, מדובר בנושא שלא נידון **בפ"ד ביאלוסטוצקי** שדן בעימות בין נושה מובטח לנושה רגיל.

**האם יש להחיל את הלכת הרטרואקטיביות גם בעימות בין שני נושים מובטחים?** עדיין אין פסיקה בנושא. אולם, באנגליה מיישמים את הרטרואקטיביות גם בעימות בין שני נושים מובטחים.

**בפ"ד ביאלוסטוצקי** ביהמ"ש קבע, כי **משנמסרו פרטי השעבוד בתקופת 21 הימים ונרשם השעבוד – תוקפו כלפי המפרק ונושים אחרים של החברה, מתחיל מיום יצירתו ולא מיום רישומו, כלומר ניתן למשכון תוקף רטרואקטיבי מיום רישומו ליום יצירתו**. לצורך סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל, המועד הרלוונטי הינו **מועד יצירת השעבוד**. כשמדובר בשעבוד קבוע של נכסי חברה (להבדיל משעבוד צף), רק מועד אחד קובע והוא מועד יצירת השעבוד, לצורך תחולת סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל.

**שעבוד צף –**

שעבוד צף נוצר בדיני היושר האנגליים. דיני היושר באנגליה המציאו, כמענה לדרישות השוק, שעבוד לו קראו שעבוד צף. יש לו יתרונות של השעבוד, אך מעט מגרעות. שעבוד זה תואר ע"י השופט זוסמן **בפ"ד בנק לאומי** – "השעבוד הצף, בלשונו של נע לו כענן על נכסי החברה בהרכבם המשתנה בלא לגרוע מכוחה לסחור, למכור ולמשכן רכושה כאוות נפשה. רק כאשר המלווה נוקט אמצעים לשם גביית החוב המובטח, בדרך כלל על-ידי מינוי של כונס נכסים, "מתגבש" השעבוד והענן יורד ומתפשט על אותם נכסים המצויים אותה שעה, שעת הגיבוש, בידי החברה".**השעבוד הצף מאפשר לחברה החייבת, לאחר שהשעבוד נכנס לתוקפו (לאחר רישומו), לסחור בנכסים, כאילו אין שיעבוד (זאת, למרות שהחברה שיעבדה את נכסיה לנושה מסוימת).**

**השעבוד הצף לא חל על נכס ספציפי, אלא על קבוצה של נכסים, או על כל הנכסים, אך לא מפריע לסחור באותם נכסים.** זאת, עד למועד מסוים, בו הנושה מבחין שהחברה מצויה בקשיים כלכליים, היא מתקשה לפרוע את חובותיה. במועד זה, הנושה המובטח נוקט בצעד מסוים (מינוי כונס נכסים, או פנייה לביהמ"ש), ופועל **לגיבוש השיעבוד**.במצב זה, אותו ענן שריחף מעל לנכסי החברה, יורד ונוחת על הנכסים המצויה בבעלות החברה במועד הגיבוש, **ובמועד הגיבוש הופך השעבוד הצף לשעבוד רגיל לכל דבר ועניין – הוא מונע עשיית עסקאות בנכסים. אין טעם, מבחינת הנושה המובטח, להתיר לחברה לבצע עסקאות בנכסים, כשהיא במצב של טרום חדלות פירעון. השעבוד הצף הופך לשעבוד קבוע.**

**השעבוד הצף יכול לחול על המלאי העסקי או על חוב הלקוחות**, מבלי הגדרה ברורה ומדויקת. מאות אלפים של שעבודים צפים רשומים בארץ. בשעבוד הצף הקלאסי שנוצר באנגליה, הרעיון היה שמצד אחד יש נכס שניתן לשעבד אותו ואז המפעל יכול להשיג אשראי, ומצד שני השעבוד לא מפריע למהלך העסקים הרגיל של החברה.

* אין שעבוד צף על נכסי יחיד, אלא אך על נכסי חברה.

**היסודות העיקריים של השעבוד הצף –**

**יסוד מס' 1 – החברה רשאית להמשיך ולסחור בנכסים המשועבדים במהלך עסקיה הרגיל –**

החברה רשאית למכור, לעשות משכונות וכו'. החברה יכולה לבצע מכר, או משכון. החברה יכולה לבצע עסקאות, אך ורק במהלך עסקיה הרגיל. **מכירה** במהלך העסקים הרגיל – מוכרים מלאי, בד"כ, ומתקבל סכום כסף (השעבוד שחל על המלאי, יחול על הכסף).

**הבעיה מתעוררת, כאשר החברה רשאית לבצע משכונים.** לפי הכלל, השעבוד הספציפי, המאוחר, גובר. בשעבוד הצף הקלאסי – אם **שעבוד צף** נוצר לטובת נושה מס' 1 בנק' מסוימת, על כל הנכסים, ולאחר מיכן היא הייתה זקוקה לאשראי נוסף ופנתה לנושה מס' 2, רוצה במקורות מימון מגוונים, ושעבדה לו נכס מסוים, **בשעבוד ספציפי**. שני השעבודים רשומים. **בד"כ, כשיש עימות בין שני נושים מובטחים רגילים, יש עדיפות למי שרשם ראשון את השעבוד לטובתו. נק' המוצא – כשיש עימות בין שני נושים מובטחים על אותו הנכס, הראשון בזמן גובר.** אולם, לכאורה, אין זה כך, וכך גם לא היה בשעבוד הצף הקלאסי – השעבוד הצף הקלאסי, חלק מתנאיו שהוא מרשה לחברה, כל עוד לא היה גיבוש, לסחור בנכסיה, כולל למשכן אותם. **ההלכה באנגליה, וגם אצלנו, הייתה ששעבוד שני, ספציפי, למרות היותו שני בזמן, גובר על שעבוד צף מוקדם לו – זוהי ההלכה שאפיינה את השעבוד הצף הקלאסי.**

קל להיווכח **בחולשתו של השעבוד הצף.** הנושה, ששעבדו לטובתו שעבוד צף, יכול לגלות שכל הנכסים שועבדו בשעבודים ספציפיים. על כן, נוצרו קשיים רבים – **לא נשאר כלום לנושה בעל השעבוד הצף.**

**פ"ד בנק לאומי נ' בנק בריטניה** **– התגובה הפרקטית של בעלי השעבוד הצף לקושי –** מכניסים באגרת החוב, בהסכם השעבוד, סעיף שנקרא **סעיף מגביל**. **הסעיף שולל אפיון מרכזי של השעבוד הצף** – הסעיף קובע, כי **לחברה החייבת אסור לשעבד כל נכס, אלא אם בעל השעבוד הצף מעניק לה הסכמה מראש, בכתב**. הבנקים, כנושים, מכניסים סעיף, שלא רק אוסר על החברה למשכן נכסים, אלא **גם אוסר מכירת נכסים, למעט מלאי עסקי**. הבנקים מנסחים הסכמים מראש, בהם יש סעיף מגביל – השעבוד הצף הקלאסי, ללא הסעיף המגביל, כמעט ונכחד מהפרקטיקה.

**מהי חשיבותו, אם כן, של שעבוד צף?**

**ישנם נכסים, שלא ניתן לשעבד אותם בשעבוד קבוע, הם ממלא משועבדים בפרקטיקה רק בשעבוד צף.** באילו נכסים מדובר? **מלאי עסקי** - לא ניתן לשעבד בשעבוד קבוע, **מסיבה פרקטית**. ישנה **סיבה נוספת** לחוסר האפשרות לשעבד בשעבוד קבוע – יש סוגי נכסים, שלא ניתן לרשום עליהם שיעבוד קבוע, שכן על מנת לרשום שעבוד קבוע, יש לתאר את הנכס המשועבד, על נתוניו הספציפיים – **מיטלטלין שמיוצרים בייצור המוני / סדרתי, לא ניתן לשעבד בשעבוד קבוע, משום שלא נתן לתארם.**

**בשעבוד צף, מנגד, אין צורך בתיאור הנכס – השעבוד חל על כל הנכסים, או על קבוצה של נכסים. עצם זה, שהדין הישראלי מכיר בשעבוד צף, מהווה הכרה באפשרות לשעבד לטובת נושים גם מלאי עסקי - לא ניתן לשעבד בשעבוד קבוע, אלא בשעבוד צף בלבד.**

**פ"ד בנק לאומי נ' בנק בריטניה** הוא הפ"ד הראשון, בו ביהמ"ש בחן את הפרקטיקה החדשה של הסעיף המגביל ואת תוקפה המשפטי. הייתה בעיה קלאסית – מתח בין שעבוד צף מוקדם בזמן, עם הגבלה, לבין שעבוד ספציפי, משני בזמן. בפסק הדין דובר על חברה שעסקה ביהלומים וביצעה שעבוד צף על כלל נכסיה לטובת בנק א"י בריטניה. לאחר מכן אותה חברה שעסקה בייצור יהלומים מישכנה מגרש מסוים במשכנתא לטובת בנק לאומי. החברה נקלעה לחדלות פרעון והנכס היחידי שנותר לה הוא אותו מגרש, עליו התחרו בנק לאומי (עם השעבוד הקבוע) ובנק א"י בריטניה (עם השעבוד הצף). בנק לאומי טען כי סעיף ההגבלה לא רלוונטי לדיני קניין אלא לדיני החוזים. החברה המשעבדת הפרה את החוזה עם בעל השעבוד הצף ולכך יש תרופות חוזיות. **השאלה המשפטית – מי עדיף בעימות בין שעבוד צף מוקדם בזמן, לבין עסקה מאוחרת (לרוב שעבוד)?**

במקרה פסק הדין היה עימות בין שעבוד צף, לנושה המאוחר, לו הייתה משכנתא על המקרקעין. **לנושה מס'** 1, לבנק ארץ ישראל, היה שעבוד על כלל נכסיה החברה, שעבוד צף. **נושה מס' 2** היה בנק לאומי, ולטובתו הייתה משכנתא על מגרש ספציפי שבבעלות החברה. **למי עדיפות להיפרע ממכירת המגרש? ללא הסעיף המגביל, לפי השעבוד הצף הקלאסי, שעבוד מס' 2, הספציפי-מאוחר, היה גובר על בעל השעבוד הצף.**

אולם, **באגרת החוב של נושה מס' 1 הופיע הסעיף המגביל**, לפיו כל משכון מאוחר טעון הסכמה של הנושה הראשון. הנושה הראשון לא התבקש ולא נתן הסכמה, ועלן כן נוצר העימות בחדלות הפירעון. **ביהמ"ש בוחן, מה השפעת הסעיף המגביל על תוצאת העימות בין הנושים.**

**השופט זוסמן** קובע הלכה שהסתמכה על כך שמקור השעבוד הצף בדיני היושר. **השופט מעניק לשעבוד הצף וגם להגבלה הכתובה בשעבוד כוח של זכות מן היושר, גם כלפי צדדים שלישיים, למעט קונה בתמורה ובתום לב.** לפיכך, שונה הדין הקלאסי ושעבוד צף עם הגבלה גובר על שעבוד קבוע מאוחר יותר, כיוון ולהגבלה יש כוח של דיני היושר.

**ביהמ"ש קובע, כי מקורו של השעבוד הצף הוא בדיני היושר האנגליים, ואנו נותנים לו, כולל סעיף ההגבלה שבו, כוח של זכות שביושר**. **על כן, רק זכות שבדין של תם לב יכולה לגבור על זכות שביושר**. לטובת בנק לאומי הייתה משכנתא רשומה, היינו זכות שבדין, אך היא לא הייתה תמת לב – הנושה מס' 2 ידע על קיומו של ההגבלה באיגרת החוב**. אם הנושה השני יודע על ההגבלה, היינו הוא לא תם לב, אין הוא יכול להתגבר על בעל השעבוד הצף.**

**בפ"ד אלקטרו**, בניגוד לעובדות **פ"ד בנק לאומי**, הנושה המאוחר לא היה מודע להגבלה, ועל כן גבר על הראשון. נושה מאוחר יותר יכול להתגבר על בעל שעבוד צף מוקדם יותר, אך ורק אם היה תם לב, היינו אם לא ידע על קיומה של ההגבלה.

**בעקבות פ"ד אלקטרו, בשנת 1980 נוסף סעיף 169ב' סיפא לפקודת החברות –** "ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, יהיה השעבוד הצף עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם" **אם הייתה בשעבוד פסקת הגבלה (פרקטית, יש תמיד) והשעבוד וההגבלה נרשמו, השעבוד הצף גובר על כל מתחרה מאוחר שנוגד את ההגבלה.** זוהי ההלכה קיום – חיזוק משמעות של השעבוד הצף. על כן, כעת, **אין חשיבות לעניין הידיעה של הנושה המאוחר בדבר קיומה של ההגבלה**. **מנק' הזמן הראשונה, היינו החל מהיווצרות השעבוד הצף, הוא גובר על שעבודים מאוחרים יותר בזמן.** שעבוד צף עם סעיף הגבלה (השכיח בפרקטיקה) שנרשם (יחד עם סעיף ההגבלה), גובר על שעבוד קבוע מאוחר יותר שנוצר בניגוד לאותה הגבלה.

* מקרה חריג (**פ"ד כונס נכסים**) – ההגבלה נמסרה לרישום, אך לא נרשמה בפועל – ביהמ"ש קבע, כי הנושה מס' 2 לא יכול היה לדעת עליה בפועל. לכן, מס' 2 יהא עדיף. **במקרה הסטנדרטי, בו נרשם השעבוד הצף וההגבלה שבו, בעל השעבוד הצף זוכה לעדיפות על פני שעבודים מאוחרים.**

שעבוד לטובת מממן רכישה –

התיקון שנעשה בחוק בשנת 1980 חיזק מאוד את השעבוד הצף. התפיסה הייתה, שהשעבוד הצף הוא חזק מדי, כיוון שהוא יוצר מונופול מימוני לטובת החברה המשעבדת. עכשיו, לחברה יהיה קשה לגייס כסף ממקורות אחרים. אם היא תצטרך כסף היא תאלץ לפנות שוב לבעל השעבוד הצף, ואם בעל השעבוד יודע שיש לו שיעבוד צף עם הגבלה שמונעת מממנים אחרים להיכנס לתמונה, המחירים עולים לעוד הלוואה.

לפיכך, **המחוקק הוסיף בשנת 1989 את סעיף 169(ד)** **שקובע כי בתנאים מסוימים, גם אם שעבוד סותר את ההגבלה הוא יהיה עדיף על השעבוד הצף עם ההגבלה**. סעיף 169(ד) הוא חריג לסעיף 169(ב) סיפא ומתחיל במילים "על אף האמור בס"ק ב". למתחרה שעשוי לגבור על בעל השעבוד הצף עם ההגבלה קוראים מממן רכישה, **בשסל"ן - שעבוד ספציפי לרכישת נכס. לפיכך, שסל"ן גובר על שעבוד צף קודם.**

**פ"ד בנק לאומי** **נ' בנק בריטניה** – החברה קיבלה אשראי מבנק בריטניה, הבנק קיבל שעבוד צף על כלל נכסיה של החברה. מאוחר יותר, לאומי העניק הלוואה לחברה, וקיבל שעבוד על מגרש שנרשם בטאבו וברשם החברות – משכנתא. ההלוואה שלאומי נתן לחברה שמשה את החברה לרכישת אותו המגרש שהמשכנתא רובצת עליו. **בנק לאומי הלווה כסף לחברה (הוא בבחינת מממן רכישה, מימן את רכישת המגרש), כשמטרת ההלוואה והשימוש בפעול היה לרכישת המגרש, עליו רובצת המשכנתא לטובת לאומי. במקרה כזה, לפי ס' 169ד', יש עדיפות לנושה מס' 2, על פני נושה מס' 1 – למשכנתא על השעבוד הצף הקודם.**

**בעל השעבוד הצף לא ניזוק, עדין נשמרת לו עדיפות לעניין הנכסים האחרים. העדיפות של נושה מס' 2 הינה אך ורק לעניין הנכס הנוסף, שאת רכישתו הוא מימן**. כניסתו של נושה מס' 2 לא הרע את מצבו של בעל השעבוד הצף, העדיפות של זה האחרון ממשיכה, למעט לגבי הנכס הנוסף שנרכש באמצעות המימון של נושה מס' 2. **לעדיפות זו קוראים שסל"ן – אם לנושה מס' 2 יש שעבוד ספציפי לרכישת נכס (טעון רישום ברשם החברות), הוא יהא עדיף על נושה מס' 1, על בעל שעבוד צף.**

**למשעבד השני (עם השסל"ן) תהיה עדיפות רק לגבי אותו נכס אשר לטובתו הוא נתן את ההלוואה.** כך, אם ההלוואה נועדה לרכש מקרקעין ספציפי, תהיה לבעל השסל"ן עדיפות רק לגבי אותו מקרקעין, בעוד לגבי כל שאר הנכסים תהיה עדיפות לבעל השעבוד הצף.

שעבוד נכס להבטחת אשראי, שאפשר את רכישתו, יהיה עדיף על שעבוד צף קודם אם האשראי שימש בפועל לרכישת הנכס המשועבד, **בהתקיים התנאים הבאים**:

1. המימון שנתן בעל השעבוד (הספציפי) השני שימש בפועל לרכישת הנכס שרבים עליו.
2. השעבוד נעשה להבטחת אשראי שניתן לרכישת הנכס.

אם כן, יש צורך שבהסכם ההלוואה בין החברה המשעבדת לחברה המלווה יהיה סעיף הקובע כי הכסף נועד למטרת רכישה של חלקה מסוימת וכן שהכסף ישמש בפועל לאותה מטרה. מדובר בדבר שקל יחסית להוכיח ולבצע, שכן המלווה יכול לכתוב את הצ'קים ישירות למוכר המגרש.

על אף שהדבר לא רשום, כמובן **שעל בעל השסל"ן למלא אחר הוראות שעבוד נכסי חברה הכלליות – רישום תוך 21 יום מכריתת הסכם השעבוד.**

**השסל"ן יכול להיות או מממן חיצוני או מי שרוכש נכס, כמו חברת ליסינג.** בעזרת הסעיף הזה חברת ליסינג לא חוששת משעבודים צפים קודמים. חברת ליסינג, גם אם נסווג את זה כמשכון מסווה, ממלאת אחר תנאי השסל"ן. זאת, משום שהיא עוזרת לשוכר לרכוש את הבעלות בנכס. חברת הליסינג תקבל עדיפות, רק אם היא רשמה את המשכון, אחרת לבעל השעבוד הצף תהיה עדיפות.

* השעבוד הצף חוזק, אך מתעוררת בעיה. השעבוד הצף הוא אוזכר בסעיפים רבים של פקודת החברות, שעדיין בתוקף, אך רק בסעיף 169 קיימת ההבחנה בין שעבוד צף עם הגבלה, וללא הגבלה. בפקודת החברות לא קיימת הבחנה כזו.

**חובות בני קדימה** – יש חובות הזוכות לקדימה מסוימת - חובות לרשויות מס וחובות לשכר העובדים (עד לתקרה מסוימת). **ס' 354ג' לפקודת החברות - חובות בני קדימה עדיפות על שעבוד צף.** מטעם השעבוד הצף מתמנה כונס נכסים, למימוש הנכסים, עם התגבשות השעבוד הצף. תפקידו של כונס הנכסים –לאסוף את נכסי החברה ולהעניק עדיפות לבעל השעבוד הצף. ס' 354ג' קובע, כי חובות בני קדימה עדיפים על שעבוד צף. תחילה, יש לפרוע את חובות בני הקדימה, ורק לאחר מיכן את השעבוד הצף.

**הפסיקה קובעת, ששעבוד קבוע עדיף על חובות בני קדימה.** כלומר, אם נכס מסוים ממושכן במשכנתא לטובת בנק, ומוכרים את המגרש, בעל השעבוד הקבוע גובה לפני חובות בני קדימה.

**מפת קדימויות בשעבודים – שעבוד קבוע גובר על חובות בני קדימה. חובות בני קדימה גוברות על שעבוד צף. ישנו מעגל שוטה – יש בעיה. שעבוד קבוע עדיף על חובות בני קדימה, חובות בני קדימה עדיפות על שעבוד צף ושעבוד צף עם הגבלה רשומה עדיף על שעבוד קבוע.** השעבוד הצף אומנם חוזק בתחילת סעיף 169, אך לא התאימו במקביל הוראות נוספות החלות על שעבוד צף.

**יסוד מס' 2 – השעבוד חל גם על נכסים עתידיים –**

**נכסים שנרכשו, או ייוצרו ע"י החברה לאחר יצירת השעבוד**. הנושה המובטח מאפשר לחברה להמשיך ולסחור בנכסיה, השעבוד מפסיק לחול על נכסים שנמכור, אך יחול על נכסים אחרים שהחברה רכשה, על נכסים עתידיים. רק כשהעסק לא פורע את חובותיו, הנושה המובטח פותח בהליך של גיבוש, והשעבוד מפסיק להיות צף, אלא הוא נוחת על נכסי החברה, והשעבוד הופך להיות שעבוד קבוע לכל דבר ועניין.

**פ"ד אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ –** אלקטרוג'ניקס ביצעה המחאת חוב לזכות אי.אס.אל בע"מ, על אף שיצרה שעבוד צף עם תניה מגבילה על נכסיה לבנק. התניה אסרה העברה או שעבוד, שלא במהלך העסקים הרגיל, של הרכוש המשועבד, ללא קבלת הסכמה מראש מהבנק. **השאלה המשפטית – מה תוקפו של שעבוד הבנק במקרה דנן על זכויות אלקטרוג'ניקס?**

ביהמ"ש קבע, כי אם ידע הקונה על עצם קיום השעבוד הצף, ולא ידע על התנייה בעניין האיסור שהוטל על החברה להעביר את נכסיה, אין כוחו של האיסור יפה כלפי הקונה. ע"י רישום השעבוד מקבל כל מי שבא במגע עם החברה ידיעה קונסטרוקטיבית על הפרטים שנרשמו. אולם אין ההלכה הזאת חלה על זכות החברה להעביר את הנכס המשועבד, מאחר וזכות זו אינה בין הפרטים הטעונים רישום ברשם החברות.

עוד לאחר **פ"ד בנק לאומי נ' בנק בריטניה**, הגיע **פ"ד אלקטרוג'ניקס** בו נידון מקרה של בעל שעבוד הקבוע שני **שלא ידע על קיומה של ההגבלה בשעבוד הצף** שבוצעה קודם לכן, וזאת כיון ולא הייתה חובה לרשום את ההגבלה בין פרטי הרישום שמוסרים לרשם. כיום, בטופס ששולחים לרשם החברות נדרשים למלא האם מדובר בשעבוד צף או קבוע והאם יש הגבלה או אין ובכך נפתרה בעיית הידיעה הקונסטרוקטיבית של צדדים שלישיים. יש לציין כי **סעיף 169(ב) סיפא תוקן בעקבות פס"ד אלקטרוג'ניקס.**

**משכון מוסווה –**

נושא זה 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". לפי הסעיף, **הוראות החוק יחולו על עסקה שכוונתה שעבוד, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.** לעיתים, הצדדים משתמשים במנוחים של מוכר וקונה (הסכם מכר, להלן המוכר, להלן הקונה, העברת בעלות – הכל נראה, מבחינה חיצונית, כהסכם מכר). גם **אם ההסכם נראה לפי צורתו כהסכם אחר, אם לפי מהותו הוא הסכם משכון, אזי שיחול עליו חוק המשכון, ולא חוק המכר.**

**מדובר במתח בין צורה למהות** – ההחלטה אם עסקה מסוימת תסווג כמשכון, וממלא תהא כפופה לחוק המשכון, תתקבל לפי מהות העסקה, כוונת הצדדים – **בחינה מהותית, ולא צורנית.** הסעיף מבטא מציאות פרקטית, במסגרתה **לצדדים יש אינטרס לעקוף את הוראות חוק המשכון**, להימנע מתחולת הוראות שונות של חוק המשכון על העסקה שלהם. לשם כך, הצדדים מנסים להסתיר את המהות של העסקה.

**הוראות חוק המשכון הן קוגנטיות**. לא ניתן להתנות על הוראות חוק המשכון, בניגוד להוראות שבחוק המכר והשכירות (הוראות דיספוזיטיביות – ניתן להתנות עליהם במפורש בחוזה). גם אם הצדדים יתנו שחוק המשכון, או הוראה מסוימת בו, לא יחולו, החוק קובע שסעיפיו כן יחולו. זאת, על אף שהצדדים ביטאו את רצונם להימנע מתחולת הוראות החוק.

לכן, מי שרוצה להימנע מהחלת הוראה זו או אחרת בחוק המשכון על הסכם המשכון שהוא מבצע, לא יכול להתנות על תחולת החוק, ועל כן הוא נוקט טכניקה אחרת –מסתיר את העובדה שהוא כורת עם זולתו הסכם משכון. אם הוא עושה כן, ומנסח את הסכם המשכון במינוחם של מכר, הרי שהוא קיווה כי ע"י הסתרת מהותה של העסקה הוא יביא לתחולת חוק המכר, ולאי-תחולת חוק המשכון. המחוקק קובע בסעיף 2ב', כי המעשה לא יעזור לו. **לא נבחן את ההסכם לפי המנוחים, אלא לפי המהות. אם, לפי הבחינה המהותית, יהא מדובר בהסכם משכון, יחולו על ההסכם הוראות חוק המשכון.**

למה יש לצדדים, בעיקר למלווה-החזק, אינטרס להסוות עסקת משכון?

**ס' 16ב'** לחוק המשכון – אין הצדדים רשאים להתנות על מימוש המשכון לפי חוק זה. **ס' 17** קובע מספר דרכים של למימוש משכון, לדוג' - אם ערך המשכון עולה על ערך החוב, היתרה שמתקבלת בעת המימוש חוזרת לחייב, או לנושיו האחרים. דרכים אלה הן קוגנטיות.

יש נושים הרוצים להרוויח יותר, והיו מעוניינים להכניס לחוזה סעיף, לפיו אם החייב לא פורע את החוב במועד, ולא תוך 30 יום לאחר מועד הפירעון, הדריה הממושכנת תעבור לבעלות הנושה. אם יהא תוקף לסעיף זה, הנושה המובטח מקבל דירה ששוויה למעלה משווי החוב – סעיף זה לא תקף, הוא מהווה התנאה על דרכי המימוש. נושה זה, יכול לבנות את העסקה במנוחים של מכר, ולהשיג תוצאה דומה. חוק המשכון קובע כי יש לבצע בחינה מהותית, יש לבחון את כוונת הצדדים. אם יהא מדובר בהסכם משכון, יחולו הוראות חוק המשכון.

כיצד נדע, מבחינה מהותית, מתי מדובר בהסכם משכון?

אם אנו רואים עסקה, שהצדדים מייחדים נכס מסוים, מבחינה מהותית, לפירעון חוב, וייחוד זה מעניק עדיפות לנושה מסוים, זהו הקריטריון הקובע כי מדובר במשכון – ייחוד נכס מסוים לטובת נושה מסוים, על מנת שיהא עדיף על פני נושים אחרים.

יישום סעיף 2ב' על **שימור בעלות / מכר מותנה** –

מדובר במצב של מכר באשראי – אשראי ספקים. זוהי העסקה הסטנדרטית בשוק – הרוכש איננו צרכן, איננו התחנה הסופית של המוצר, אלא הוא מתעד למכור את המוצר לאחרים. הרוכש הוא קמעונאי, המייעד למכור את הנכס שרכש לצרכנים. לפעמים הוא רוכש נכס מוגמר ולפעמים הוא רוכש חומר גלם, מעבד אותו ומוכר רק לאחר מכן. מדובר בסיטואציה, בה יש לנו ספק שמוכר סחורה לקמעונאי אשר מוכר אותה לצרכנים.

**א'** – ספק, **ב'** – רוכש, קמעונאי (רוכש את הסחורה במטרה למכור אותה לצדדים שלישיים), **ג'** – צרכנים. הפרקטיקה מכתיבה שהעסקה בין א' ל-ב' תהא באשראי ספקים. כלומר, א' יעביר לב' את הסחורה מיידית (צורך פרקטי, לשם מכירה לגימלים), אך התשלום של ב' ל-א' נעשה לאחר מספר חודשים.

הפונקציות העיקריות של הסכם המכר בין א' ל-ב' – א' מעביר החזקה ל-ב' וגם בעלות, ו-ב' צריך לשלם ל-א' תשלום (את מחיר הסחורה). הפרקטיקה מחייבת הפרדה בין מסירת ההחזקה לתשלום. רק כש-ב' ימכור את הסחורה לגימלים שונים, הוא יקבל כסף ויוכל לפרוע ל-א' את חובו. תנאי השוק מכתיבים ש-ב' יוכל לשלם ל-א' רק לאחר מספר חודשים. ל-א' יש עניין ש-ב' ימכור הסחורה לגימלים, שכן בדרך זו ל-ב' יהיה סכום כסף לפרוע את החוב ל-א'.

א' מעביר ל-ב' סחורה, והוא מקבל תשלום עבורה רק לאחר מס' חודשים. בתוך זמן זה, מצבו של ב' יכול להשתנות. ב' יכול להיקלע להסתבכות כלכלית ולהיות בדרך לחדלות פירעון – יש לו נושים אחרים. במקרה כזה, א' חושש שהדלתים, הנושים האחרים, ירצו לשים ידם על הסחורה ש-א' מכר ל-ב'. כאשר ב' נקלע לקשיים, הסחורה ש-א' סיפק לו, עדיין מצויה אצל ב'. ל-א' יש בעיה, הוא חושש שבחדלות פירעונו של ב', הוא ייחשב כנושה רגיל, והמפרק ימכור את סחורה שהוא מכר לב', ובתמורה יתחלקו כולם – א' ולד'.

**דיני החוזים לבדם לא יעזרו** – א' רשאי לבטל את החוזה. מקובל, כי אם ב' הוא לא רמאי, אך נקלע להפרת חוזה בשל הסתבכות עסקית שארעה לו, גם אם א' מבטל את החוזה, אין הדבר יכול לחרוץ את ההלכה, שכן הדלתים יטענו כי **אין ביטול למפרע** – **הנכס הוא כן בבעלות ב', ועל כן גם הם יכולים לשים ידיהם עליו.** מבחינת דיני החוזים לא ברור של-א' יש תרופה. לכאורה, ב' הפר חוזה ו-א' הוא הנפגע. תרופת הפיצויים אינה מתאימה, שכן ב' נקלע לחדלות פירעון, אך התרופה האפקטיבית מבחינת א' היא ביטול והשבה. עם זאת, לא רק א' ו-ב' ב"תמונה" וכעת יש גם נושים. **דיני החוזים אינם נותנים תשובה לשאלה, האם כאשר א' זכאי להשבה, הוא צריך ליהנות ממנה גם כאשר זכויות של ד' נכנסות ל"תמונה".**

יכול להיות שצריך להבחין בין ביטול בשל הפרה לבין ביטול בשל פגם בכריתה. לכל ברור, שכאשר יש ביטול בשל פגם בכריתה (טעות, הטעיה, עושק או כפיה), זכות ההשבה חזקה יותר, היא פועלת למפרע, א' יקבל בחזרה את הסחורה והנושים לא יוכלו ליהנות מהסחורה.

עם זאת, עובדתית, המקרים של ביטול בשל פגם בכריתה מעטים יחסית למקרים של ביטול בשל הפרה. לרוב, קורה שעסקים לא צולחים והם מתקשים לשלם בשל חדלות פירעון. אם אדם ידע מראש שהוא לא יוכל לשלם, ברור שמדובר **בפגם בכריתה**, אך אם אדם חשב שיוכל לשלם ולפתע נקלע לקשיים כלכליים ואינו יכול לשלם, מדובר **בהפרה** ואלו רוב המקרים בפועל. **במקרים של ביטול בשל הפרה, זכות ההשבה אינה פועלת למפרע והבעלות כמו עברה.**

**מדובר בבעלות** – עסקת מכר (מיטלטלין) מכילה 3 רכיבים עיקריים: העברת החזקה (ע"י המוכר), העברת הבעלות (ע"י המוכר), ביצוע תשלום (ע"י הקונה). חוק המכר קובע, כי חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד. העסקאות האלה שוליות בפרקטיקה, במיוחד כאשר אנו עוסקים בספקים וקמעונאים, בהן משלמים באשראי. לפיכך, אין בעצם חוק שחל על עסקאות באשראי.

בעסקה רגילה באשראי, העברת החזקה נעשית באופן מיידי. **לפי סעיף 33 לחוק המכר, העברת החזקה גוררת גם העברת בעלות. כלומר, אם הצדדים לא מתנים שום דבר חריג בעסקאות מכר, עם העברת החזקה – עוברת הבעלות.** במיטלטלין, אם הצדדים לא קובעים אחרת, הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על דרך אחרת, או מועד אחר. על כן, אם הצדדים לא הסכימו, יוצא שהבעלות עובר מיד עם העברת ההחזקה. בשלב הראשון עובר לקונה החזקה + בעלות, ורק בשלב השני מתבצע התשלום. אם זהו המצב המשפטי, פירושו של דבר – **אם במועד הבינים ב' נקלע לחדלות פירעון, היא מתרחשת כאשר הסחורה היא כבר בבעלות ב', והרי שהיא חשופה לגבייה מצד כלל נושיו – מצד הדלתים. זוהי בעייתו של א'**, לא תהא לו עדיפות על הדלתים, הוא יהיה נושה רגיל.

א' ירצה להימנע מהתוצאה לעיל, ועל כן ספקים מכניסים **סעיף "שימור בעלות".** **ספקים מוסיפים תנאי להסכם המכר, לפיה הסחורה תישאר בבעלותם עד לתשלום המלא עבורה –** הספק מעוניין להפריד בין מועד העברת ההחזקה למועד העברת הבעלות, הוא חותר למצב בו הבעלות תעבור אך כנגד התשלום. **הספק מתנה את העברת הבעלות ל-ב' בגמר תשלום עבור הסחורה.** אם יינתן תוקף לסעיף זה, הרי שהנכס נותר בבעלותו של הספק, **והנושים של ב', במצב שזה נכנס לחדלות פירעון, לא יכולים לשים ידם על הנכס.** הנכס לא בבעלותו של הקונה, של ב', ועל כן הנושים לא יכולים לרדת לנכס זה. **א' יכול לתבוע השבה, הוא תובע השבה של נכס המצוי בבעלותו, שכן ב' הוא רק בבחינת שומר על הנכס, ולא בעלים.**

ס'33 לחוק המכר קובע, כי הבעלות עוברת עם המסירה, אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר להעברת הבעלות. לכן, בשיטות משפט אירופאיות רבות התנאי הזה עוזר ואם הוא נמצא בהסכם, אז ידו של הספק על העליונה וא' גובר על הדלתים. כך פסקו בארץ עד שנת 1990. עד **פ"ד קולומבו**, כאשר ביהמ"ש ראה תנאי של סעיף שימור בעלות, הוא נתן לו תוקף. איש לא ערער על כך. עד שהגיעה השאלה – האם יש פה אלמנט של משכון מוסווה?

**בפ"ד קולומבו** עלתה טענה והתקבלה – התנאי של סעיף שימור בעלות, יכול להיות שמדובר במשכון מוסווה, ואז חל על העסקה גם חוק המשכון. **הגישה בפ"ד זה הייתה זהה למשפט האמריקאי / קנדי ולפיה כל טכניקה שמטרתה לגרום לעדיפות של א' על ד' בהבטחת תשלום היא למעשה משכון ויש להחיל עליה את דיני השעבודים**. א' הוא ספק של סחורה, הוא מוכר אותה, אך הוא מוכר בעל תפקיד נוסף – מלווה, הוא מעניק אשראי. **א' הוא ספק נכס וגם ספק של מימון – מעניק לב' אשראי לטווח קצר.** בתור ספק נכס – אין לו אינטרס להשאיר את הנכס בבעלותו. אולם, **הבעלות מעניינת אותו בכובעו כספק מימון – חושש מחדלות פירעון של מקבל האשראי ומעוניין להתגבר עליה.** ספק הממון לא לוקח שיעבוד, ובמקרה כזה הוא עלול להיות אך נושה רגיל, ולא מובטח. הפתרון – הוא משתמש בבעלות ושומר אותה אצלו, עד למועד התשלום, על עף שאין לו אינטרס בבעלות.

העובדה ש-א' לא נותר הבעלים של הסחורה אלא הופך לנושה מובטח, לא אומרת שלא מדובר פה בעסקת מכר. א' הינו ספק של נכס והוא מכר אותו ל-ב'. א' הוא גם ספק נכס וגם ספק מימון. את סעיף שימור הבעלות הוא הוסיף בכובעו כספק מימון. אם הוא ספק מימון, אז הנכס בו הוא משתמש מהווה רק משכון עבורו, ולכן עליו לרשום אותו אצל רשם המשכונות. **א' שומר על הבעלות, בכובעו כספק מימון, על מנת להתגבר על הדלתים** – יש תחרות בין א' כספק מימון מול הדלתיתם, ספקי מימון. זהו שיעבוד – טכניקה משפטית, שבסיועה נושה אחד מבודד עצמו משאר הנושים, להיות עדיף עליהם בחדלות פירעון.

* **פ"ד קוזולבסקי** – הערת אזרה היא סוג של שעבוד – מעניקה לעדיפות של נושה אחד על אחרים. כל מכשיר שמקנה עדיפות לאחד על אחרים הוא שעבוד, אם כך גם סעיף שימור הבעלות הוא משכון.

לפי **השיטה האירופאית** – ניתן להבטיח תשלום במסלול של חוק המשכון, וניתן להבטיח עדיפות במסלול של חוק המכר. סעיף שימור הבעלות נועד להעניק עדיפות על הדלתים, אך הדבר נעשה במסלול של דיני המכר.

פ"ד קולומבו קבע כי מדובר במשכון מסווה, ובהתאם להוראות ס' 2ב', חל חוק המשכון. אם עסקה היא במהותה משכון, לא משנה איך כינו אותה הצדדים, יחולו עליה דיני המשכון ולכן יש לבצע רישום של המשכון. אם המשכון לטובת א' לא נרשם, א' לא עדיף על ד' (וזאת בהתאם לסעיף 4, שקובע כי נושה מובטח יהיה רק מי שזכותו נרשמה). כיוון וקולמבו לא ביצעה רישום של המשכון, היא הפסידה את הקייס ל-ד'. **מה שעומד מאחורי הגישה הזאת היא פרשנות רחבה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון ובבסיסה – עיקרון הפומביות.** רוצים לתת דגש לפומביות – אם נגיד שהספק נותר בעלים של הרכוש, הוא יקבל עדיפות בלי שזכותו נרשמה והנושים לא יוכלו לדעת שאין הם יכולים להסתמך על המלאי העסקה של החברה לה הם מלווים. לכן, המגמה היא לקבוע שמדובר בשעבוד ולפיכך שהוא טעון רישום.

**פ"ד קולמבו** ראה את א' וב' כמקבל ונותן משכון – ממשכן ונושה מובטח, והחיל עליהם את חוק המשכון. א', הספק, יהא הנושה המובטח, והקונה הוא הממשכן. א' קיבל משכון מ-ב', אם ב' נקלע לחדלות פירעון – במקרה זה, נושה מובטח יהא עדיך על נושים אחרים רק אם רשם את הזכות לזכותו והביאה לידיעת נושים אחרים. ביהמ"ש קבע – **מדובר במשכון. לכן, על הספקים לעמוד בכללי דיני המשכון – לרשום את השעבוד לזכותם, על מנת לזכות בעדיפות על פני הדלתים.** אם הספקים ירשמו את השעבוד לטובתם, יהא מדובר בשעבוד צף ולא קבוע, היות ולא ניתן לרשום שעבוד קבוע על מלאי עסקי.

הביקורת הראשית על ההחלטה – **מדובר בפגיעה בחופש החוזים**. זוהי הסיבה העיקרית לכך **שפ"ד קידוחי הצפון** ביטל את הלכת קולמבו – בשם החופש החוזים. יש בעיה – בתחום המשכון אין חופש חוזים, היות ואנו מעניקים הגנה לצדדים שלישיים ע"י הוראות קוגנטיות. לפי פ"ד זה, אין צורך לרשום את המשכון – **א', הספק, הוא הבעלים ולא נושה מובטח.** סעיף חוזי בין א' לב' גורם לכך שהדלתים מפסידים, כשכלל אין להם מידע על זה. העומד מאחורי סעיף 2ב' הוא להעניק מידע לאחרים – שהעדיפות לא תבוא לידי ביטוי אך בחוזה בין שניים, שאף אחד לא אמור לדעת עליו.

**לפי הגישה הצפון אמריקאית / פ"ד קולומבו**, א' ו-ב' הם ביחסים של נושה מובטח וממשכן. בעלי הנכס יכול למשכן נכס. ב' נחשב כבעלים של הנכס, שמשכן אותו לא', וא' צריך לרשום את השעבוד על מנת לקבל עדיפות. למרות שהצדדים קבעו שהבעלות לא עוברת, פ"ד קובע, לצורך דיני המשכון, כי הבעלות עברה. אין תשובה אחת – יכול להיות, שבהקשר לחוק המכר א' יהא הבעלים, אך לצורך דיני המשכון – ב' הוא הבעלים.

ב-UCC, נקבע כי אין צורך להיזקק לשאלת הבעלות, יש לבחון מהותית – ספק שהעביר חזקה והותיר את הבעלות אצלו, יחולו עליו דיני המשכון. סעיף דומה מצוי בהצעת חוק המשכון, יכול להיות שהמחוקק הולך אחר הלכת קולמבו, ולא אחר הלכת קידוחי הצפון. פסק הדין האחרון הוא קידוחי הצפון, זוהי ההלכה כיום.

הספקים, לאחר הלכת קולמבו, לא שינו את ההתנהגות שלהם – לא רשמו את השעבוד שלהם. מדובר בספקי מימון שלא מודעים מספיק לסיכונים. עד לשנת 2003, הסתמכו על הלכת קולומבו – הספקים הפסידו, במיוחד כשהדלתים היום הבנקים (ספק מימוני חזק). בשטח, פסק דין קולומבו לא יושם בכלל, הספקים לא רשמו את השעבודים והפסידו – הסחורה, למרות שא' זיהה אותה – ברור, מבחינה עובדתית, שא' מכר אותה לב'. המפרק מכר את הסחורה וחילק אותה, שווה-בשווה, בין כלל הנושים.

הסכם קונסיגנציה –

"לא מכרת, לא שילמת". **אם ב' נתקע עם הסחורה, הוא רשאי להחזירה לא'.** א' טען טענה זו גם **בפ"ד קולומבו** – מדובר בעסקת קומבינציה, ועל כן הבעלות נותרת אצלו. ביהמ"ש קבע, כי לא מדובר בהסכם קונסיגנציה. מבחינה עובדתית, נקבע כי "מאמא יוקרו" הייתה כבר בקשיים, ומישהו העניק לא' עצה משפטית – להכניס סעיף שימור בעלות. עובדתית, היה ברור שסעיף שימור הבעלות בא בשל מצבו הפיננסי של ב' – להבטיח את התשלום.

עסקת קונסיגנציה הינה רק כאשר מסכימים על האפשרות של ב' להחזיר את הסחורה. אין מדובר בבמקרה דנן בהסכם קונסיגנציה אמתית (אין זכות להחזיר סחורה), גם אם הצדדים יכנו זאת כהסכם קוסיגנציה, הרי שלפי סעיף 2ב' נבצע בחינה מהותית.

**פ"ד קולמבו** – א' (קולומבו), ו-ב' (מאמא יוקרו), תיארו את העסקה ביניהם כקונסיגנציה, אך לא כך היו פני הדברים. מדובר היה **באשראי ספקים רגיל**. **הצדדדים לא התכוונו שסחורה שלא נמכרה תחזור חזרה לקולומבו.** **המטרה הייתה להבטיח את התשלום לקולומבו ואם כל המהות היא הבטחת משכון, חלים על העסקה דיני המשכון.** פסק הדין קולומבו יצר תקדים – אם הספקים מכניסים להסכם סעיף של "שימור בעלות", היינו שהנכס בבעלותם עד לגמר התשלום, עליהם לבצע רישום של זה, שכן ללא פומביות יפסידו.

לפי האמריקאים והקנדים – כל טכניקה שנועדה להבטיח תשלום היא משכון. הלכת קולמבו זהה לזו האמריקאית והקנדית. זוהי הגישה שהתקבלה בפ"ד קולומבו. אולם, במהלך השנים, ספקים לא מילאו אחר מצוות קולמבו ולא רשמו את סעיף שימור הבעלות ולפיכך נחשבו נושים רגילים.

לכאורה, בשנת 2003 בא פסק דין שהיטיב עם הספקים - ביהמ"ש דן בסוגיה בשנית והפך את הקערה על פיה, בנימוק של חופש החוזים. **מכוח עקרון חופש החוזים, פ"ד קידוחי הצפון נותן תוקף לסעיף הבעלות (ביטול הלכת קולמבו)**. **פסק הדין הגדיר את הספק המותיר בידיו את הבעלות כבעלים, ולא כנושה מובטח.** הוא שוב מחזיר את א' הספק למעמד של בעלים, מכוח החוזה. אם א' בעלים, ב' נקלע לחדלות פירעון והסחורה מזוהה – א' רשאי לקבל את הסחורה בחזרה מ-ב'. נקבע, כי הספקים הם בעלים, ולא נושים מבטחים, וככאלה אין עליהם כל חובת רישום – כבעלים, הם מתגברים על הדלתים.

**נקבע, כי יש לבטל את הלכת קולומבו ככל היא נוגעת לעסקת אשראי שנכללת בה תניה בדבר "שימור בעלות". זאת, מכמה טעמים** –

1. הלכת קולומבו היא בגדר הלכה שאין הציבור יכול לעמוד בה – חיי המסחר דינמיים ולא מתקבל על הדעת שסיטונאי המספק סחורות לקמעונאי "ירוץ" בכל מועד אספקה לרשם המשכונות כדי לרשום משכון.
2. הלכת קולומבו נתנה משקל רב מדי לאפשרות של פגיעה בצדדים שלישיים ע"י אי-מתן הודעה על קיום המשכון או על סעיף שימור הבעלות – אך ממילא אין צדדים שלישיים יכולים להסתמך על החזקת נכסים בידי החייב כאות לכך שהזכויות בהן שייכות לו והרי הנכסים יכולים להיות מוחזקים בשכירות, בהשאלה או לפי הסכם פרטיקולארי.

בנסיבות בהן חלק מהסחורה כבר נמכר ע"י הקמעונאי, יש לחברה הספקית זכויות עדיפות גם ביחס לתמורת חלק מהסחורה שכבר נמכר וזאת משום שהבעלות בסחורה נשארה בידי החברה הספקית.

**פ"ד קידוחי הצפון** מחייב – זוהי ההלכה המחייבת כיום. זוהי הגישה המקובלת גם בארצות אירופה. **בפועל מאז הלכת קידוחי הצפון (שנת 2003), הספקים ממשיכים להפסיד את רוב המקרים**. הדבר נובע מ"תרגיל" שהשופטת אלשיך עשתה **בפ"ד מעגלים**, ואימוצו ע"י בתי המשפט השלום והמחוזיים (הערכאות הנמוכות).

לפי הלכת קידוחי הצפון, הספק (בעלים) מתגבר על נושים אחרים של ב', על הדלתים, בלא לעשות כלום, ע"י הכנסת סעיף אחד בלבד להסכם עם ב'. בתעודות המשלוח הספקים מוסיפים – "הבעלות תעבור לב', רק כנגד קבלת מלוא התשלום" (סעיף שימור בעלות). בשם **פ"ד מעגלים**, הספקים ממשיכים להפסיד בתביעות.

**פ"ד מעגלים –** המבקשת הינה חברה העוסקת בייצור ומכירה של פיקודים אלקטרונים למזגנים, שסיפקה סחורה למשיבות ולטענתה לא קיבלה בעדה כל תמורה. המבקשת ציינה במפורש על גבי החשבוניות, כי הסחורה מצויה בבעלותה המלאה, עד לתשלום מלוא המחיר ואילו המשיבות אישרו קבלת הסחורה, על גבי החשבוניות. המשיבות נקלעו לקשיים ומונה להן כונס נכסים, המסרב להשיב למבקשת את הסחורה, או את תמורתה אם נמכרה. **השאלה המשפטית** – האם יש לתת תוקף לתניית שימור הבעלות בהתאם להלכת קידוחי הצפון, או שמא מדובר בעסקת משכון מוסווה?

**פ"ד מעגלים** מבטא את מה שקורה בשטח בעשור האחרון, מאז **פ"ד קידוחי הצפון**. בעקבות פסק הדין שנתנה השופטת אלשיך, למעשה, לא חל שום שינוי והספקים ממשיכים להפסיד. השופטת אלשיך מעמידה **בעיה מרכזית שיוצרת הלכת קידוחי הצפון** – אם עד לפני 20 שנה מיהרו לפרק חברות בקשיים, כיום, לפני הפירוק מבצעים הליכי הבראה. כל הדין של נושים מובטחים, לכאורה, מפריע להליכי שיקום של חברה.

**למה הלכת קידוחי הצפון, אם ניישמה כפשוטה, פוגעת בכל הליכי הבראת חברות?** אם תתקבל הגישה של קידוחי הצפון, א' הוא בעלים, יש לכך חשיבות בהליכי הבראה. אם החוב לא נפרע במועדו, רשאי הנושה להתחיל בהליכי מימוש המשכון. אולם, אם הולכים לתהליך של הבראה – סעיף 350 לחוק החברות מאפשר **לביהמ"ש סמכות להקפיא הליכים, ובכלל זה את יכולת המימוש של נושה מובטח.** אם א' נושה מובטח, אזי שבתהליכי הבראה בה מבצעים הקפאה של הליכים, **ביהמ"ש רשאי להקפיא גם מימושם של שעבודים ע"י נושים מובטחים – נושה מובטח יהא חלש מבעלים.** הנושה המובטח עשוי להיות כפוף לצו הקפאת הליכים.

לפי הדין הקלאסי, נושה מובטח יכול לגשת במועד הפירעון להוצאה לפועל ולבקש מינוי כונס נכסים שימכור את הנכס. **הדין, לפיו נושה מובטח יכול לפעול באופן "עצמאי" ע"י ההוצאה לפועל ולמכור את הנכסים המשועבדים פוגעת מאוד בהליכי הבראה של חברות, שכן החברה זקוקה לנכסים האלו בהליכי הבראה**. סעיפים שימור בעלות פוגע בהליכי ההבראה. על מנת להבריא את החברה, יש צורך שהמלאי יהא ברשות החברה וישמש אותה בהליכי השיקום. יש פגיעה בהליכי הבראה אפשריים, ועל כן במחוזי לא אהבו את סעיף שימור הבעלות, כפי שהוא פורש **בפ"ד קידוחי הצפון.** לדעת השופטת אלשיך, לא הגיוני שיהיה כלל גורף, לפיו ספק עשה סעיף שימור בעלות, הוא יקבל עדיפות בעת חדלות פירעון של הקמעונאי, שכן יהיה בכך כדי לשנות את דיני חדלות הפירעון.

מבחינת הליכי השיקום, מאוד חשוב אם הספק שעשה תנאי שימור בעלות נחשב כנושה (כפי שנפסק **בפ"ד קולומבו**) או כבעלים (כפי שנפסק **בפ"ד קידוחי הצפון**). אם **הספק נחשב כנושה מובטח**, אפשר לעכב את מימוש השעבוד, בניגוד לכתוב בחוק המשכון, והנכס ממשיך לעמוד לרשות החברה ומשמש אותה בהליך השיקום. לעומת זאת, אם נראה **בספק כבעלים**, לא יהיה סעיף חוק שיעכב את לקיחת הנכס וייתן אפשרות לחברה להשתקם. השופטת אלשיך, למעשה, די נטרלה את הלכת קידוחי הצפון.

**החוק, כיום, קובע במפורש, כי הנכסים תחת סעיף שימור הבעלות עומדים לשרות הליכי ההבראה – המחוקק הולך אחר הכוון של הלכת קולומבו, ולא הלכת קידוחי הצפון.** הצעת חוק דיני ממונות – אם יש סעיף שימור בעלות, יחולו עליו דיני המשכון. משרד המשפטים מקבל את המגמה של השופטת אלשיך, שסעיפי שימור בעלות יפגעו בהליכי הבראה כי הם ייקחו בחזרה את הנכס.

**כאשר עולה הטענה של שימור בעלות, הדיון המשפטי בעניינה הינו במבנה דו-שלבי –**

1. שלב ראשון – נקבע, כי **כדי לקבוע אם הסעיף נכנס להגדרת שעבוד או לא, יש להשתכנע קודם שסעיף שימור הבעלות הוא אמיתי ולא רק חוזה למראית עין.** לשם כך, **נבחן אם א' נהג בסחורה מנהג בעלים** – התעניין בה, קיבל דיווחים תקופתיים לגבי מכירתה וכדומה. האם בין הצדדים נכרתה הסכמה חוזית אמתית שעניינה שימור בעלות, או שהכוונה האמתית הייתה להתנות על סדרי הנשייה הקבועים בדין. יש לברר את העובדות, **האם א' באמת התכוון להשאיר את הבעלות אצלו** – יש לבדוק בשטח, אם הבעלים מתייחס לסחורה כאל סחורה שבבעלותו.

בפועל, הספקים לא עוברים את המבחנים האלה שהציבה השופטת אלשיך (לא מתייחסים אל הסחורה כאל סחורה שבבעלותם). פסיקה זו של ביהמ"ש מטשטשת את ההבדלים בין קולומבו לקידוחי הצפון (גם לפי הלכת קידוחי הצפון הספקים לא עוברים את השלב הראשון). אם אלו המבחנים של קידוחי הצפון, לכאורה, לא היה צריך לבטל את הלכת קולמבו. למעשה, כמעט לא מוצאים שימור בעלות אמתי, חוץ מבעסקת קונסיגנציה. **הגישה של פ"ד היא מלאכותית, אך מסייעת לבית המשפט להשיג את מבוקשו – שמירה והגנה על הליכי הבראה.**

1. שלב שני – רק כאשר מוכחת פעולה מהותית ואמתית בתחום הקנייני, היא לא תיפסל מטעמי פומביות, כאמור בהלכת קולומבו שבוטלה, וזאת לאור עיקרון חופש החוזים.

**לסיכום** – אם הקונה יוזם את סעיף שימור הבעלות, וחותר לכך שיוכל להחזיר את הסחורה – לא משכון. מנגד, אם המוכר יוזם את הסעיף כך שהוא נועד להגן עליו מפני חדלות פירעון הקמעונאי – משכון.

זרם הפסיקה של המחוזי מעוניין לטעון שא' צריך להוכיח ברצינות כי רצה לשמור על הבעלות. טענה דומה כבר הועלתה בפ"ד מאמצע שנות ה-80. עד לפ"ד קולומבו, בהינתן סעיף שימור בעלות, התביעה הייתה מתקבלת. בפ"ד המדובר מאמצע שנות ה-80, הועלתה טענה כי ה-**א' לא מתכוון ברצינות לסעיף שימור בעלות – הוא מאפשר לב' למכור את הסחורה לגימלים, הוא אף מעוניין בכך**. על כן, א' לא התכוון לשמור את הבעלות – אפשר לב' למכור את הסחורה.

**מכר חוזר –**

מדובר בצדדים המעוניינים להסוות את העסקה שהם עושים, לא להציגה כהלוואה ומשכון, על מנת להימנע מתחולת הוראות שונות מחוק המשכון. מדובר בסוג של משכון מוסווה. **הסיטואציה** –

**השלב הראשון** – **יצרת ההלוואה**. עסקה בין א' ל-ב', עסקת הלוואה לאמיתו של דבר – **א'** לווה, **ב'** מלווה, המלווה דורש נכס מסוים כבטוחה, א' מעביר ל-ב' נכס כמשכון. א' מעביר ל-ב' נכס המשמש כמשכון. **השלב השני – פירעון ההלוואה**. הכסף והנכס עושים תנועות הפוכות – א' מחזיר לב' כסף, ואילו הנכס עושה דרכו חזרה, נקי מזכויות. **זוהי הלוואה גלויה, עליה חלים דיני המשכון.**

לעיתים, ב' מעוניין, ו-א' נאלץ להסכים, להסתיר את טיב העסקה. ב' מוכן לבנות את העסקה **בצורת מכר** – **א'** יהא המוכר, **ב'** הוא הקונה. **השלב הראשון** - המוכר מעביר נכנס לקונה, הקונה מעביר סכום כסף (הזרימה דומה). אולם, בזה תמו היחסים בין הצדדים. **לשם ההסתרה, מוסיפים סעיף של מכר חוזר – יש אופציה למוכר להחזיר את הנכס / לרכוש חזרה את הנכס עד למועד מסוים (עד למועד פירעון ההלוואה), תמורת החזר המחיר.** **הרכיבים זהים לחלוטין לעסקת הלוואה גלויה.**

כאשר מדובר בעסקה שמסווה משכון, יינתן ל-א' פרק זמן לא קצר בו יוכל לרכוש בחזרה את הנכס והדבר דומה לזמן עד לפירעון הלוואה. במהלך התקופה הזו, ה"מוכר" יכול להחזיר ל"קונה" את הכסף ולקבל בחזרה את הנכס. יוצא אפוא, שמדובר בהליך דומה להלוואה + משכון המסווה באמצעות מונחים המאפיינים מכר ולא משכון.

איזה יתרון רצה הצד החזק להשיג מעצם ההסוואה של העסקה? מהו הרווח של ב' מההסוואה?

אם מדובר במשכון גלוי, בעת מימוש המשכון, ב' ממש את המשכון – אם המחיר עולה על גובה החוב, היתרה חוזרה ללווה. אולם, אם ב' ייחשב כבעלים, דהיינו מדובר בעסקת מכר, הוא יוכל לשמור על היתרה. לפי דיני המשכון, כל עוד הנכס לא מומש, יכול החייב לפדות אותו. אם מחילים את דיני המשכון, האופציה נמשכת, כל עוד המשכון לא מומש. ב' כורת הסכם מכר חוזר, משום שהוא מעוניין להתחמק מדיני המשכון , המחייבים אותו למכור את המשכון. הוא רוצה להשאיר אצלו את הנכס.

**מכר** – אין הליכי מימוש, כל הנכס נותר בבעלות ב'. אפילו אם הנכס שווה יותר מהחוב, הנכס נותר עם הריבית שנוצרה – סחורה השווה יותר מהחוב עוברת לבעלותו של ב'. **אם המועד בו ל-א' יש אופציית רכישה בחזרה עבר, הבעלות של ב' תהא מוחלטת וסופית, הנכס נותר אצלו, גם אם הוא שווה יותר מהחוב.**

**משכון** – לא ניתן להרוויח יותר מערך החוב, היתרה חוזרת ללווה. אם מדובר במשכון מסווה, היתרה תלך ללווה. **אם, מהותית, מדובר במשכון, יחולו הוראות חוק המשכון, הדורשות הליכי מימוש והחזרת היתרה.**

* **אם יש עסקה של מכר חוזר, הדבר צריך להדליק נורה אדומה – לבחון מבחינה מהותית, האם מדובר במשכון מוסווה. לא כל מכר חוזר יהא משכון,** לדוג' – מישהי מחזיקה בטבעות אירוסין שהשווי הרגשי שלהן עולה על השווי הרגיל של הנכס. עם זאת, היא זקוקה לכסף ולפיכך מוכרת את הנכס, אבל מציבה תנאי שאם יהיה לה מספיק כסף עד מועד מסוים, המוכר ימכור לה אותו חזרה.

הקריטריונים לקביעה האם המכר החוזר אמתי, או הוא משכון מוסווה, לפי **פ"ד הורוביץ'** –

1. מחיר לא-ראלי – **האם המחיר נמוך ממחיר השוק?** אם א' רואה עצמו כלווה (מתכנן לפרוע את ההלוואה), מה אכפת לו שהמחיר יהא נמוך יותר? הוא לא יקפיד לבדוק ולקבוע את מחיר השוק של הנכס באופן מדויק, שכן בכל מצב יוכל לרכוש את הנכס בחזרה במחירו. **העובדה כי יש לפנינו מכר חוזר, והמכר החוזר נעשה בחיר שלא משקף את ערך השוק, מחזק את הנורית האדומה**.

**במכר חוזר המחיר נמוך בצורה משמעותית במחיר השוק**. אומנם הוא ייאלץ לשלם ריבית, אבל הוא רוצה שהמחיר יהיה נמוך, כדי שתהיה לו אפשרות לרכוש את הנכס חזרה עד למועד הפירעון.

1. הרקע שקדם לעסקה –זהו קריטריון מיוחד לעבודות המקרהבפ"ד **– בחינת המשא ומתן בין הצדדים / הרקע שקדם לעסקה**. בפ"ד Realit, המו"מ מגלה שמדובר במשכון מוסווה, כי המוכר רצה להיות לווה גלוי ואילו הקונה רצה להעניק תנאים של מכר חוזר שהיו טובים יותר עבורו. **מהנסיבות שקדמו למו"מ ניתן לראות, כי הצדדים שקלו ביצוע הלוואה ורק כשלא הסכימו הגיעו לחלופה של מכר חוזר.**
2. רישום ודווח – **בעסקת מכר**, הרוכש נוקט בצעדים של דיווח לרשויות. בעסקת מכר במקרקעין יש לדווח לרשויות המס ובמכירת מניות בחברה יש לרשום את בעל המניות בספרי החברה. **אם הצדדים לא עושים צעדים לקידום עסקת המכר, מדובר באינדיקציה לכך שלא מדובר בעסקת מכר אמתית אלא במשכון מוסווה.**

1. אורך התקופה – ככל שהאופציה לרכישה בחזרה ארוכה יותר, כך הדבר מצביע יותר לכוון של משכון. **הלוואות** הן לטווח ארוך יותר, **בעוד מכר** חוזר הוא לרוב לתקופה קצרה. **בפ"ד Realit**, פרק הזמן היה שנתיים וזו אינדיקציה לכך שמדובר בהלוואה. עם זאת, לא מדובר בקריטריון חזק.
2. מנהג בעלים – **במכר חוזר אמתי**, עד לתאריך בו המוכר יכול לקנות את הנכס חזרה, הוא אינו יכול לנהוג בממכר מנהג בעלים. עם זאת, גם במשכון מוסווה הוא אינו יכול לנהוג בנכס כמנהג בעלים עד למועד הפירעון. לפיכך, הקריטריון לא ברור לדעת לרנר.

**הקריטריונים המשמעותיים הם הפרשי המחיר והנסיבות המיוחדות.**

למרות **שבפ"ד קידוח הצפון** נדון מכר מותנה, ולא מכר חוזר, מס' שופטים התייחסו גם למכר חוזר וקבעו כי התוצאה של פסק הדין לא מחויבת שתחול גם על מכר חוזר. עולה, שגם מי שנוטה לכוון, שמכר מותנה הוא מכר ולא משכון מוסה, יסכים להודות שמכר חוזר יכול להיחשב כמשכון מוסווה. **למה במכר חוזר קל יותר להחיל את חוק המשכון באמצעות סעיף 2ב', מאשר במכר מותנה?** **מדוע קל יותר להרים את המסך על עסקאות מכר חוזר ולקבוע שהם משכון מוסווה?**

**במכר מותנ**ה – מבחינה חוזית, א' השאיר את הבעלות אצלו. לפי הלכת קולמובו, א' הוא נושה מובטח, ולא בעלים. מה המשמעות? א' קיבל משכון מ-ב', ב' משכן ל-א', והרי שרק הבעלים יכול למשכן – ב' הוא הבעלים לצורך דיני המשכון, בניגוד למה שקבעו הצדדים.

**במכר חוזר** – ברור שא' הוא הבעלים, ערב העסקה, הוא יכול לבצע שתי עסקאות – למכור את הבעלות, או לקחת הלוואה ולמשכן. הרבה יותר קל לומר שא' מופיע כמוכר, אך מבחינה כלכלית מהותית, הוא בסך הכל לקח הלוואה ומשכן נכס.

**פ"ד Realit Consulting Ltd. נ' הורביץ –**ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, במסגרתו נדחתה בקשת המערערת (Realit Consulting Limited) לפס"ד הצהרתי שלפיו היא בעלת הזכויות ב-6% מסך כל מניות חברת אינסייטיקס בע"מ (המשיבה 3). לטענת המערערת, בעלותה במניות נובעת מהסכם מכר שנחתם בינה לבין המשיבה, במסגרתו מכרה לה המשיבה 2 (ג'ירוטק השקעות בע"מ) את המניות. המערערת טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי בסווגו את העסקה כעסקת משכון מוסווית. **השאלה המשפטית** – האם העסקה דנן היא עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, במובן סעיף 2(ב) לחוק המשכון?

ביהמ"ש פסק, כי **בפרשת קידוחי הצפון נסתרה הלכת קולומבו רק ככל שהיא נוגעת לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות.** **ב"מכר חוזר",** שלא כמו בעסקאות אשראי הכוללות תניית "שימור בעלות", לא מדובר בעסקה המתבצעת באופן ים-יומי בחיי המסחר הרגילים, ולכן **אין בהטלת הדרישה לרישום השעבוד, כדי להכביד יתר על המידה, על הצדדים לה**. בנוסף, ב"מכר חוזר" מדובר בנכס אחד וספציפי ולא בסחורה מתחלפת, על כן **אין כל קושי להטיל שעבוד על הנכס המשמש כבטוחה לעסקה**. **מכאן, שבפרשת קידוחי הצפון לא בוטלה האפשרות למתן פרשנות מרחיבה לסעיף 2(ב) לחוק המשכון ובוודאי שלא האפשרות לכלול תחתיו עסקאות מסוג "מכר חוזר".**

לצורך בירור מהותה וכוונתה של עסקה "חשודה" כעסקת משכון מוסווית, הותווה בפרשת קידוחי הצפון מבחן דו-שלבי הכולל בתוכו יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים –

1. בירור פרטי ההסכמה שבין הצדדים לעסקה.
2. בחינה, האם הסכמת הצדדים היא, על פי מהותה, עסקת משכון (ללא קשר בהכרח לכינויה ע"י הצדדים). בשלב זה, יש לבחון אם יש לעסקה, בדרך בה נעשתה, היגיון כלכלי או מסחרי.

**עיכבון –**

יש הסדר כפול של סעיפים ספציפיים וסעיף כללי. מסעיפים אלו אנו למדים מהו העכבון. על עכבון חלים שני סעיפי חוק – **סעיף חוק המיוחד לאותו עכבון ספציפי, וסעיף הכללי החל על עכבונות** – **ס' 11א' לחוק המיטלטלין** – "עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב".

הדוג' הפשוטה ביותר – באים למוסך ולא משלמים. למוסך, הנושה, יש זכות לעכב את הנכס, עד לתשלום השכר. עיכבון – **זכות לעיכוב הנכס, עד לפירעון החוב הקשור לנכס**. בחוקים שונים לאורך החקיקה האזרחית, מפוזרים סעיפים ספציפיים העוסקים בעיכבון. ס' 11 לא קובע האם ומתי עומדת זכות עיכבון – הדבר נקבע בסעיפים הספציפיים, הקובעים את התנאים לפיהם נוצרת זכות עיכבון ספציפית.

העיכבון השכיח ביותר בפרקטיקה הוא **עיכבון לטובת קבלן** (דוג' המוסך) **– ס' 5 לחוק חוזה קבלנות** – "לקבלן תהא זכות עכבון על נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המזמין עקב עסקת הקבלנות". זהו חוק קצר, החל על מקרים רבים.

זכות העיכבון נראית רחבה וחלה על הרבה מאוד שטחים, כי אחד מסעיפי העיכבון מצוי **בס' 19 לחוה"ח (תרופות)** – "קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות עיכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב ההפרה". **אם הנפגע קיבל, כתוצאה מהחוזה, נכס מסוים, וכעת לנפגע מגיעים פיצויים בשל הפרת חוזה, יש לו אפשרות לעכב את הנכס עד שיקבל את הפיצויים.** גם לסעיף זה שמנוסח בצורה רחבה, יש גבולות והוא רשאי לעכב רק נכס שקשור לחוזה.

* תחילה, יש לבחון, **האם יש לנושה זכות לעכב את הנכס?** אם אין, כנגד הנושה תהא עילה נזיקית (עיכוב שלא כדין נכס של אחר).
* אם החייב צריך את הנכס ומבקש להחליף אותו בנכס אחר – **ניתן לבצע חילופי נכסים, בתנאי שהערובה מספקת**.
* כאשר מדובר בעיכבון לפי דין, הוא מגן על המעכב מפני ס2 49 לפקנ"ז שעוסק בעירבון שלא כדין.
* זכות העיכבון, על פי דינים שונים, חלה על קשת רחבה של מקרים. אולם, **הזכות נוצרת רק לפי התנאים שנקבעים באותו הסעיף.**

**השאלה הפרקטית, שהתעוררה גם בפ"ד המשביר** בהקשר לסעיף 5 (בהקשר לבחינה אם הנושה זכאי להפעיל את זכות העיכבון, לעניין היקפו של ס' 5) – "**עקב עסקת הקבלנות**", היינו מאותה העסקה. אם אדם מסר לקבלן המתקן גם סירות וגם מכוניות, סירה ומכונית – שילם על המכונית ולא על הסירה. האם הקבלן רשאי לעכב את המכונית? לא, **רק כאשר זכות העיכוב לטובת הקבלן מבטיחה תשלומים המגיעים עקב אותה העסקה**. במקרה האמור, קל להבחין כי מדובר בשתי עסקאות שונות.

**מתי ההבחנה בין העסקות תהא קשה?** לדוג' – שנים מבצעים עסקאות כל הזמן במשך תקופה מסוימת – משלוחים שונים ותשלומים שונים. היכן קו הגובל בין עסקה אחת לעסקאות שונות. לפי ביהמ"ש, **כל מקרה יידון לפי נסיבותיו** – השופטים מתקשים לנסח את קו הגבול. קו הגבול איננו ברור.

על מנת שזכות העיכבון תיווצר, צריך לעמוד בכל דרישות הסעיף היוצר את הזכות, כפי שהם פורשו בפסיקה – **ניתן לעכב עד כדי הסכומים המגיעים מעסקת הקבלנות.** אם נתמלאו התנאים, נוצרת זכות העיכבון, אנו עוזבים את הסעיף הספציפי, ועוברים לסעיף הכללי שבחוק המיטלטלין, הקובע מס' דינים החלים על כל זכויות העיכבון –

1. **העיכבון הוא תלוי החזקה פיזית של הנושה**, ולכן קובע סעיף 11ד' – "הוציא הנושה מרצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו, יפקע העיכבון". **העיכבון תלוי בהחזקת הנושה בנכס המעוכב.** לא רק היצירה, אלא גם המשך תוקפו של העיכבון מותנה בהמשך החזקתו של הנושה בנכס המעוכב.
2. **אם עלה שווי המיטלטלין המעוכבים במידה בלתי סבירה** – העיכבון הוא צעד חד-צדדי של הנושה, יכול להיות שהוא פוגע בחייב ייתר על המידה. אם אין זה סביר, לפי סעיף 11, זכאי החייב לשחרר מקצת המיטלטלין. אם הנכס ניתן להפרדה לחלקים – החייב רשאי לפנות לביהמ"ש בבקשה לקבל חלק מהנכס המעוכב.

ניתן לראות את **הדמיון בין עיכבון למשכון** – בשניהם לנושה יש נכס מסוים שבבעלות החייב, משכון או עיכבון. נכס זה של החייב משמש כהבטחה/בטוחה לתשלום החוב שהחייב חב לנושה. **מה ההבדל ביניהם, בהינתן כי שניהם מבטיחים חיוב באמצעות נכס?**

**העיכבון** הינו סעד חד-צדדי שעושה הנושה בעצמו, ואילו **המשכון** נוצר אך בהסכם בין החייב לנושה (ס' 3א' לחוק המשכון). אולם, עיכבון יחול שיהיה מכוח הסכם – לפי ס' 11ה' לחוק המיטלטלין. לפי ס' 11ה', **יש גם עיכבון הסכמי**. הלשון של סעיף 11א' אינה מדויקת, היה מקום למחוק את המילים – "על פי דין" (או להוסיף "או על פי הסכם"). **המשכון** – רק הסכמי. **העיכבון** – הסכמי, או ע"פ דין.

**הצעת חוק דיני ממונות לא מכירה בעיכבון הסכמי**. מהי ההצדקה שלא לקיים את המוסד של עיכבון הסכמי, ולהכיר אך בעיכבון מכוח הדין, בניגוד לס' 11ה'? הגבול בין עכבון הסכמי למשכון אינו ברור – שני מוסדות קרובים מאוד עם מערכת דינים שונה. הדבר מתקשר לסעיף 2ב' – **אם אנו רושמים הסכם עיכבון, יכול להיות שיהא מדובר במשכון, ולא עיכבון.** השם לא מחייב, הסיווג של ההסכם כמשכון לא יהא אך על פי המונחים, אלא על פי משקל מהותי. זהו הרציונל לביטול העיקרון של עיכבון הסכמי.

**כיום, יש משכון הסכמי וגם עיכבון הסכמי** – בשניהם הנושה מחזיק בנכס. מה ההבדל ביניהם, לאור הדין הקיים? מהו ההבדל הנוסף בין עיכבון למשכון? **מתי נדע אם מדובר במשכון, או בעיכבון הסכמי?**

**במשכון**, אם החוב לא נפרע, זכאי הנושה לממש את המשכון. כיצד? ס' 17 לחוק המשכון מפרט דרכי מימוש קוגנטיות. **בעיכבון**, מנגד, אין זכות מימוש (הנושה יכול רק להחזיק בו) – העיכבון מהווה לחץ על זה שעיכבו לו את הנכס לפרוע את החוב – מדובר בסף הכל בלחץ. **העיכבון זו זכות לעכב, להבדיל ממשכון שהוא זכות לממש.** כלומר, בעיכבון למעכב אין זכות לפנות להוצאה לפועל על מנת לממש את הנכס ולהיפרע מהתמורה המתקבלת. **מה שיש לבעל זכות העיכבון הוא זכות לעכב את הנכס אצלו. הזכות לעכב אפקטיבית, רק אם שווי הנכס המעוכב עולה על גובה החוב, אחרת לא יהיה אינטרס לחייב לשלם ולא ייווצר לחץ על החייב**. אולם, אם מדובר בפער לא סביר וניתן להפרעה, החייב זכאי לשחרר מקצת המיטלטלין, שניתנים להפרדה.

כיום, בעיכבון אין זכות מימוש. הדבר מתקשר שוב לעמדה המוצעת **בהצעת חוק דיני ממונות – גם זכות עיכבון ניתנת למימוש.** הנושה זכאי ללכת ולנקוט צעדים למימוש העיכבון. כלומר, לפי הקודיפיקציה, יישאר רק ההבדל לפיו העיכבון הוא מכוח הדין, ומשכון הוא פרי הסכם. שני השינויים לעיל קשורים זה בזה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משכון** | **עיכבון** |
| **מימוש** | ניתן לממש את הנכס הממושכן | לא ניתן לממש את הנכס המעוכב, אלא רק להחזיק בו עד לקבלת התשלום |
| **יצירה** | לא ניתן ליצור באופן חד צדדי, אלא רק בהסכם בין הצדדים | ניתן ליצור באופן חד-צדדי |

* **סעיף 11ה'** – יש עיכבון גם על מקרקעין. עיכבון במקרקעין, בניגוד למשכון, לא טעון רישום. אולם, מנגד, מפסידים את יכולת המימוש.

**האם זכות העיכבון היא זכות קניינית?**

**ס' 557 להצעת חוק דיני ממונות** – "עיכבון כוחו יפה כלפי כל אדם". לפי ההצעה, **העיכבון הוא זכות קניינית וכוחו יהא יפה לא רק כלפי החייב, אלא גם כלפי כל אדם** – הענקת ממד קנייני לעיכבון.

האם העיכבון הינה זכות קניית כבר כיום?

העיכבון היא זכות קניינית, אך אין זה רשום במפורש. ניתן להסיק זאת מפסיקה ומחקיקה קיימת. את קנייניות העיכבון כיום ניתן להסיק **מפקודת פשיטת הרגל**. רק מדיני חדלות פירעון אנו מסיקים על הקנייניות של העיכבון, אין זה דבר טבעי.

**ס' 1 לפקודת פשיטת הרגל** – ""נושה מובטח" – מי שבידו שעבוד או **עיכבון** על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". **נושה מובטח, בהגדרתו, כולל גם בעל שיעבוד, וגם בעל עיכבון**.

**ס' 20א'** – משניתן צו כינוס יהיה הכונס הרשמי שליד בית המשפט הכונס של נכסי החייב, ומכאן ואילך, ובאין הוראה אחרת בפקודה זו, לא תהיה תרופה לנושה נגד החייב לו חוב בר-תביעה, ולא יפתח שום נושה בתובענה או הליכים משפטיים אחרים, אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיראה לקבוע". **לא ניתן להגיש תביעה, כנגד אדם שהוא פושט רגל**. יש להגיש הוכחת חוב לנאמן הממונה על פשיטת הרגל. הרעיון – פשוט רגל הוא אחד שהיקף התחייבויותיו עולה על היקף נכסים, הוא אינו מסוגל לפרוע חובותיו. במצב כזה, הדין לא מכיר בתביעות פרטניות של נושה זה או אחר, משום שרוצים לבצע חלוקה שווה של הנכסים בין הנושים. בעת חדלות פירעון מוכרת אך **תביעה קולקטיבית**.

**ס' 20ב'** – " הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מכוחו של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת.". **נושה שיש לו משכון רשאי לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחר, כפי שמאפשר לו הדין האזרחי – חוק המשכון, ולא להצטרף לקולקטיב.** חדלות פירעון לא מונעת מנושה מבוטח ממימוש הנכס, כפי שמתיר לו הדין האזרחי. ההליכים הקולקטיביים לא מעניינים את הנושה המובטח, הוא רשאי לצעוד לבד ולממש את המשכון שלו. נושה מובטח, כהגדרתו, כולל גם בעל עיכבון. כלומר, **גם בעל זכות עיכבון זכאי לממש או לעשות בה בדרך אחרת – להמשיך ולעכב את הנכס שברשותו, למרות שהחייב הוא בהליכי חדלות פירעון**.

**אם החייב הוא חברה**, ומישהו מעכב נכס של החברה (מתבסס על זכות העיכבון שלו), החברה נקלעת להליכים פירוק, בעל זכות העיכבון רשאי להמשיך ולהחזיק בנכס המעוכב (לא רשאי לממש). כעת יש מפרק לחברה. אם החוב הוא 1000, והנכס המעוכב שווה 2000, המפרק ישלם לנושה 1000 ויקבל בחזרה את הנכס השווה 2000. זהו תפקידו של המפרק – לאסוף את כל נכסי החייב. כלומר, **לבעל זכות העיכבון יש בעדיפות על אחרים בעת חדלות פירעון – זכות בולטת של זכות קניינית**. כשהחייב חדל פירעון, בנכס המעוכב הוא לא עומד לרשות של כלל הנושים של החייב חל הפירעון, אלא הוא עומד לפירעונו של הנושה המעכב. רק אם קיים עודף (כמו במקרה לעיל), הוא ילך לכלל הנושים. פרקטית, **הנושה בעל זכות העיכבון ישיג תוצאה זהה לנושה בעל זכות משכון.** **הפסיקה הבינה, כי נושה בעל זכות עיכבון הינו בעל עדיפות בחדלות פירעון על נושים אחרים, ומעדיפות זו ניתן להסיק כי כבר כיום העיכבון היא זכות קניינית.** העיכבון היא זכות קניינית, כי למעכב יש עדיפות בחדלות פירעון, ועדיפות בחדלות פירעון היא אבן בוחן לקיומה של זכות קניינית.

* **מה הרציונל מאחורי זכות העיכבון?** זוהי תגובה לאינסטינקט מסוים, בדומה להצדקת סעיף 18 (עשיית דין עצמית). רגש הצדק לא מסתדר עם זה שראובן חייב כסף לשמעון, ושמעון יצווה להחזיר את הנכס נשוא החוב לראובן. זהו נימוק מספק במערכת היחסים בין הנושה לחייב. בעל זכות עיכבון עומד לא רק כלפי החייב, אלא גם כלפי נושים אחרים של החייב. מדוע שהנימוק לעיל יקנה עדיפות לנושה בעל העיכבון כלפי נושים אחרים?
* **לזכות עיכבון יש פן פרוצדורלי** – הזכות לעכב את הנכס עד שהנושה נפרע. **הפן הבטוחתי** – בעל זכות העיכבון עדיף על פני נושים אחרים בעת חדלות פירעון.

**מתי מתקיים קיים אך ההיבט הפרוצדורלי?** כהחלטת מדיניות (ללא עיגון לשוני אחר בחקיקה), במקום בו יש **עיכבון לטובת רשות ציבורית**, אין להם עדיפות בחדלות פירעון – הפן הבטוחתי לא מתקיים. **עיכבון של רשות ציבורית חל רק בפן הפרוצדוראלי (עמדת הלחץ) ולא נותן יתרון בחדלות פירעון (כלומר לא חל בפן הבטוחתי).**

**פ"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס** – בחוקים שונים יש לטובת רשות ציבורית זכות לעיכבון, כאשר לא שולם לה חובה. פסק הדין מזכיר את חוק רשות שדות התעופה, הקובע כי **לרשות שדות התעופה יש זכות עיכבון – כל מטוס מחויב לשלם אגרה**. עוד קובע פסק הדין, כי **עיכבון של רשות ציבורית חל רק בפן הפרוצדוראלי (עמדת הלחץ) ולא נותן יתרון בחדלות פירעון (כלומר לא חל בפן הבטוחתי).** למשל, אם מטוס שחונה בשטח של רשות שדות התעופה חייב לשלם אגרה לרשות שלה זכות עיכבון, הזכות לא עדיפה בחדלות פירעון, אם החייב חדל פירעון. **זכות העיכבון של הרשות לא תקדם אותה בסולם הנושים, אלא העיכבון יהיה יעיל בעבורה רק אם החייב הוא סולבנטי (בעל פירעון)**. **לעכבונות ציבוריים (ערבונות של רשויות מס) אין פן בטוחתי אלא רק פרוצדוראלי.** המדיניות בפסיקה היא, לתת יותר אופציות לרשות ציבורית, אבל אם רשות עובדת כעסק פרטי ויש לה זכות עיכבון מכוח זה שהיא קבלן, אזי שזכות העיכבון תהיה תקפה גם בחדלות פירעון.

* מנגד, **בעכבונות רגילים במשפט הפרטי, יש גם את הפן הבטוחתי** – עדיפות בעת חדלות פירעון.

**חידוש נוסף של פסק הדין –** יש משכון שנוצר ראשון בזמן, כוחו יפה כלפי אחרים – הוא נרשם כדין. המטוס ממשיך להיות בהחזקת החייב, הוא זקוק לטיפולים תקופתיים. יש כאן עיכבון כנגד משכון קודם. החידוש – **העיכבון בגין הטיפול במטוס עדיך על משכון קודם! עיכבון שני בזמן גובר על משכון קודם, יש כאן פגיעה בזכות קניית משוכללת וגמורה – זכות העיכבון גוברת על זכות משכון קודמת.** לא בטוח שביהמ"ש היה מגיע לתוצאה זו, אם היה נידון לאחר שנת 1992 (חוק יסוד: כבוד האדם וחירות).

* ישנה פסיקה, הקובעת כי עדיפות זו של בעל זכות העיכבון על זכות משכון קודמת, היא **רק בעיכבון לטובת קבלן.**

**ס' 561א' להצעת חוק דיני ממונות** – "היו לאדם שאינו החייב זכויות בנכס הנוגות לעיכבון וקודמות לו, יהיו זכויות אלה עדיפות על פני זכויות בעל העיכבון". **משכון קודם בזמן עדיף על זכות העיכבון.**

**ס' 561ב' להצעת חוק דיני ממונות** – "הוראות סעיף קטן יחול על קבלן. כלומר, **רק העיכבון לטובת הקבלן / נותן שירות גובר על זכות משכון קודמת.** אנו מעניקים עדיפות לזכות קניינית שנייה בזמן להתגבר על זכות קניינית ראשונה - הדבר דומה **לתקנת השוק**. **לפי הפסיקה, אותה מאמץ ס' 560, יש מקרים של תקנת שוק.** הסדר זה דומה להדר בעניין השסל"ן.זה בעצם סוג של תקנת שוק, כיוון שהיא מהווה פגיעה בקניין שלם ומושלם. הסיבה לכך היא שאחרת נותני שירות לא ירצו לתת שירות, אם המשכון יגבר על זכותם לקבל הכסף.

**את ההלכה, הקובעת שעיכבון יכול לגבור גם על משכון קודם ניתן להחיל רק על עיכבון של קבלן**. הסיבה לכך, לפי **פ"ד המשביר**, היא מכיוון **שקבלן משביח את הנכס בכך שהוא מתקן אותו**. עיכבון שאינו אצל קבלן לא יגבר על משכון קודם.

**פ"ד המשביר הישן נ' לוגיסטיקר** –ביהמ"ש קבע, כי **במישור הדיוני**, העיכבון מקנה לנושה את הזכות להותיר ברשותו כסעד עצמי נכס שמסר לו החייב, כדי לקדם את פירעון החוב המגיע לו, וזאת בעודו מוגן מפני תביעות החייב או צד שלישי בגין אחריות נזיקית בעוולת עיכוב נכס שלא כדין. העיכבון מכוח **הפן הדיוני** אינו משפיע על זכותו המהותית של הנושה בנכס, אלא רק מקל עליו להשיג את פירעון החוב. **המאפיין השני של זכות העיכבון הוא הפן הקנייני שלה, ובכללו היות בעל העיכבון נושה מובטח בפירוק או בפשיטת רגל**.

**שכירות נכסים –**

גם שכירות היא זכות קניינית, עליה חל חוק המקרקעין. מדובר על זכות שכירות וזכות שאילה שאדם רוכש. זכות שכירות נרכשת בתמורה ואילו זכות שאילה היא ללא כל תמורה.

חוק השכירות והשאילה הוא חוק כללי שחל על שכירות של כלל סוגי הנכסים, כולל על שכירות מקרקעין. עם זאת, ישנן גם הוראות מיוחדות לעניין זה בחוק המקרקעין בסעיפים 78-74. כלומר, יש חוק ספציפי לגבי שכירות מקרקעין, וכן גם חוק כללי – חוק השכירות והשאילה. אם יש הוראה שונה בחוק המקרקעין, נלך אחר ההוראה בחוק הספציפי.

זכויות נוספות, הקרובות לשכירות –

1. **זכות לשאילה –** החוק הכללי הוא חוק השכירות והשאילה, כלומר יש גם **זכות לשאילה** – ההגדרה שלה זהה לגמרי לשכירות, מלבד עניין התמורה – זוהי זכות להחזיק ולהשתמש בנכס, שלא לצמיתות, אלא שלהבדיל משכירות, אין מדובר בעסקה בתמורה. בחוק יש מס' הוראות הדנות בשאילה בלבד –

**ס' 27 לחוק השכירות והשאילה** – "הוראות סעיפים 2 עד 5, 11, 12, 17, 18, 20, 21 ו-25 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על שאילה", הס' קובע איזה הוראות מחוק השכירות חלות על שאילה, ואילו לא.

**ס' 21 לחוק השכירות** **והשאילה** – "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", **הסעיף העוסק בהעברת המושכר חל גם על שאילה**.

**ס' 22 לחוק השכירות והשאילה** – הסעיף עוסק בהעברת זכות השכירות, הסעיף מאפשר לשוכר להעביר את זכותו, בעוד **שהשואל אינו יכול להעביר את זכותו**.

**זכות השאילה היא גם זכות קניינית. מהיכן אנו רואים את קניינותו של זכות השואל?** ס' 21 חל גם על שאילה. המשמעות – אם יש בעלים, שהשאיל את הנכס לאחר, זוהי עסקה ראשונה בזמן. לאחר מיכן, הבעלים מוכר את הנכס לקונה - עסקה שנייה בזמן. אם ס' 21 חל גם על שאילה, אזי **שהקונה כפוף להסכם השאילה**, כפוף לשואל (יוכל לסיים זאת בסיטואציות שונות, יותר מחוזה רגיל).

**ס' 29 (סיום השאילה)** – **ניתן לסיים שאילה, אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו**. המשאיל זכאי לסיים את השאילה לשימוש עצמי. אין כך הדבר לעניין שכירות. אנו למדים, **שזכות השואל חלשה יותר מזכות קניינית אחר, אך היא עדין זכות קניינית.** קל יותר לחזור מעסקאות שאילה ומתנה. **אולם, כאמור, השאילה מחייבת את הקונה, היא זכות קניינית – היא מחייבת גם צדדים שלישיים. תחולת ס' 21 על זכות השאילה מלמדת אותנו כי מדובר בזכות קניינית.**

* **ס' 26 – ס' 30.**
1. **שימוש בלי החזקה –** זוהי זכות קניינית נוספת המוזכרת בחוק השכירות, **בס' 31 לחוק השכירות –** "הוראות פרק א' יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו, והוראות פרק ב' יחולו, בשינויים המחוייבים, על זכות כאמור שהוקנתה שלא בתמורה".

סעיף זה לא שמיש בפרקטיקה, כמעט ולא היו מקרים בהם נקבע כי מדובר בזכות השימוש בלי החזקה. הסיבה – ניתן לשייך את המקרים לזכות **לזיקת הנאה**. **הדוג' הקלאסית בפסיקה לזיקת הנאה הינה זכות מעבר**. דוג' נוספת – כשאדם חונה במגרש שלא שלו, למשך זמן לא מועט – הוא משתמש (יכול להיות גם ללא הסכם – ס' 94 – זיקת הנאה ללא הסכם, זיקת הנאה מכוח הדין, מכוח הזמן הרב שעבר), אך לא מחזיק.

**ס' 5 לחוק המקרקעין** – זיקת הנאה הינה שעבוד, בלי הזכות להחזיק. הגדרה זו דומה להגדרת הזכות שבס' 31 לחוק השכירות. **מקובל להבחין בין זיקת ההנאה לזכות מס' 31** – **אם יש שימוש אינטנסיבי, יהא מדובר בזכות לשימוש בלי החזקה** (זכות מעבר, למשל, הינה חד פעמים – שימוש פחות אינטנסיבי). **זיקת הנאה הינה שימוש פחות אינטנסיבי.** הזכות מס' 31 מגלמת שימוש יותר אינטנסיבי, ללא הזכות להחזיק. קיומה של זיקת הנאה גורע, פרקטית, מהמקרים של ס' 31.

לפי מבנה חוק השכירות, **גם ס' 31 יוצר זכות קניינית** – "הוראות פרק א' (כולל ס' 21 – המלמד על קנייניות) יחולו בשינויים המחוייבים...". כלומר, **ס' 21 חל על זכות השימוש בלי ההחזקה. הקונה של המקרקעין, שנכנס לתמונה מאוחר יותר, כפוף הן לשואל והן לבעל זכות שימוש – מדבור בזכויות קנייניות.**

1. **זכות הרישיון** – בעבר, שם זה היה נפוץ מאוד, למרות שלאחר הסיווג שנעשה בחקיקה האזרחית החדשה, הייתה צפייה שבתי המשפט לא ישתמשו במינוח זה, כי הזכות לרישיון לא מוכרת בחקיקה, החל מהחמצית השנייה של שנות ה-60. **מילה זו הייתה נפוצה בפסיקה, אך היא לא מצויה בחקיקה.** אולם, בתי המשפט ממשיכים להשתמש, וקוראים למצבים שונים – כשמישהו מחזיק ומשתמש בנכס – רישיון.

איך ייתכן, כי יש רשימה סגורה לש זכויות קניית, אך הפסיקה משתמשת במינוח של זכות נוספת, שכלל לא מוזכרת בחקיקה? **יש רישיון, אך בשונה משכירות ושאילה, אין הוא זכות קניינית**. יש שימוש בפסיקה למינוח הרישיון – **מישהו קיבל מהבעלים זכות להשתמש ולהחזיק, אך מדובר בזכות אישית, ולא קניינית.**

המשמעות – **ניתן להתנות על ס' 21**. יש לנו את כל האלמנטים של זכות השכירות, אך הזכות אינה קניינית. אם העסקה בין א' ל-ב' היא רישיון, מדובר בדבר אישי, **וצד ג' לא כפוף לרישיון**. **כלומר, למרות ס' 21, ניתן ליצור חייה המקבילה לזכות השכירות, אך שזו תהיה בזכות אישית – לא מכפיפה צדדים שלישיים**. אם הצדדים התנו, במפורש או לפי הנסיבות, כי ב' יקבל אך רישיון מא', יהיה זה רק אם א' יהיה הבעלים. מינוח זה ויצירה של זכות חדשה ששמה רישיון, הינה תופעה לא רצויה. בהתחלה, המינוח שימש למקרים בהם ביהמ"ש לא היה מרוצה מדין החל על שכירות (חשב שהוא נוקשה מידי), מדובר היה בסוג של "פטנט" – לסווג את המקרה כרישיון, ולהימלט מהחלת הדין. דוגמאות –

* **אם השכירות לא נרשמה בטאבו, כפי שהייתה טעונה** – לפני 1969, לפני חוק המקרקעין, התוצאה של היעדר רישום כשהחוק דרש זאת, הייתה דראסטית – כלל לא מדובר בהתחייבות, אלא החוזה בטל. בנסיבות מסוימות, הדין אפשר למתחייבים להתחמק מהתחייבות חוזית שלהם. כאשר ביהמ"ש סבר כי בנסיבות המקרה לא ראוי לאפשר למתחייב להתחמק מההתחייבות שלו, הוא סווג את המקרה כרישיון.
* **כלל בדיירות המוגנת** – אם משכירים למישהו אחר, מאבדים את הדיירות המוגנת. ביהמ"ש קבע, כי אין עילת פינוי, משום שהוענקה אך רשות, ולא שכירות.

**המגמה הרצויה – לא להכיר בסוג עסקה כזו, למחוק את הרישיון מהפסיקה ומהמינוח המשפטי**. אולם, לא עושים כך, במיוחד בפסקי דין דוג' **פ"ד אלוני נ' ארד** – היה שימוש ברישיון. הורים נותנים לדור הבא, באישור הסוכנות, לשבת בחלקה. **השופט ברק** רצה לקבוע, כי מדובר בשאילת משנה. אך לעיתים מגדירים זאת כרישיון (גרים ברשות ההורים).

**פ"ד אלוני נ' ארד –** פסק הדין עוסק **במעמד זכות הרישיון הבלתי הדיר מול צד ג'**. רשיון יהיה בלתי הדיר, אם נתקבל בתמורה, או כאשר נותן הרישיון ידע על השקעה שעשה בעל הרשיון בנכס והיקף ההשקעות מצריך רשיון בלתי הדיר. בנסיבות המקרה, מדובר בזכותו של מעקל מול הזכות בחלק מנחלה שהקצה החייב לבנו. משמע מעקל מול בעל רשיון.

**השופט ברק** - מסעיף 21 לחוק השכירות והשאילה עולה בבירור ששכירות היא זכות קניינית, אך ברק קובע **שאפשר להתנות על סעיף זה ולפיכך קובע שרישיון זוהי שכירות שאינה קניינית**. **העיקול אינו גובר על מקבל הרישיון.** המעקל מקבל רק את זכויות החייב, ולכן אם החייב בעצמו לא יכול לסלק את בעל הרישיון, אז בוודאי שהמעקל לא יכול לעשות זאת.

**השופטת דורנר** – יש השתק קנייני למעקל (לכאורה כמו תו"ל) והוא לא יכול לסלק את ב' שהשקיע בנכס במשך תקופה ממושכת.

* **רישיון בלתי הדיר** – לא ניתן לבטל רישיון בתמורה בקלות. יש רישיון, במסגרתו מעניקים רשות שימוש, והמשתמש משקיע. במקרים אלה, הרישיון עשוי להיות בלתי הדיר – עיקול לא עומד כלפי מי שיש לו רישיון.
* **השתק** – יש רישיון, ניתן לבטל אותו, לכאורה, אך מי שנתן את הרשות יהיה מנוע (השתק קנייני), בשל הנסיבות המיוחדות והצדק. במינוח המודרני משתמשים בעקרון תום הלב, ופחות בהשתק.

**כתב, רישום ותקופת שכירות –**

שכירות הינה עסקה הכלולה בהגדרה הכוללת שבסעיף 6 לחוק המקרקעין. **ס' 7-10, העוסקים בעסקה במקרקעין, חלים גם על שכירות. אולם, יש חריגים**, לפי ס' 7ב', עסקת שכירות שלא נרשמה, רואים אותה אך כהתחייבות לעשות עסקה – היא טעונה רישום. שכירות היא עסקה במקרקעין, ולכן, על פי ס' 8, היא טעונה רישום.

**ס' 79א'** – "על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב". יש כאן חריג – **שכירויות קצרות לא טעונות רישום וכתב.** המשמעות – **מדובר בזכות קניינית גמורה, גם בלי רישום**. **שכירות עשויה להגיע לשלבה הקנייני ללא רישום**.

* יש שלוש זכויות קנייניות במקרקעין, שאינן תלויות רישום – שכירות קצרה, זיקת הנאה מכוח שנים וזכותו של יורש.

**ס' 152 לחוק הגנה הדייר** – "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; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות". ל**עניין של רישום, לא חל סעיף 79 לחוק המקרקעין, אלא חל ס' 152 לחוק הגנת הדייר.** **שכירות של פחות מ-10, אינה טעונה רישום, והיא תהא זכות קניינית גם ללא רישום**. סעיף זה עוסק אך ברישום, ולא בכתב.

**ההלכה – חוזה שכירות מעל 5 שנים טעון מסמך בכתב, עד 10 שנים – יש פטור מרישום.**

**מדוע שכירות קצרה לא טעונה רישום?** שכירויות לטווח מאוד קצר, אם יצריכו רישום, הדבר יסבך את העניינים. מחד, אנו רוצים שספרי המרשם יהיו מדויקים, אולם דרישת הרישום על תקופה קצרה מאוד הינה דרישה מכבידה מאוד.

**מה דינה של אופציה להארכה?** מה קורה אם התקופה המקורית אינה טעונה רישום, אך אם מצרפים לה את אופציית ההארכה, אנו מצויים בתוך התקופה הטעונה רישום. לעניין זה מתייחס ס' 79ב' – "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". כלומר, **אנו מביאים בחשבון גם את תקופת האופציה על מנת לקבוע את אורך תקופת השכירות לעניין הרישום והכתב.**

מדובר אך באופציה לטובת השוכר – לשוכר יש אופציה להאריך את השכירות. אם האופציה תלויה בשוכר בלבד, והמשכיר כלל לא יכול להתנגד (האופציה כלל לא תלויה בבעלים, המשכיר), רק במצב כזה אנו מצריפם את תקופת האופציה לתקופה המקורית – הגנה על צד ג'. מנגד, **אם הבעלים רשאי למנוע את הארכת האופציה, לא מביאים בחשבון את תקופת האופציה** (צד ג' יבוא בנעלי הבעלים וימנע את הארכת התקופה).

ס' 79ב' עוסק במצב נוסף – "שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות". **יש עוד תקופת זמן שיש להביאה בחשבון**. **אם, לפי ההסכם תקופת השכירות המתחילה משלב מאוחר יותר מהחתימה, יש להביא בחשבון בשאלת אורך השכירות לא רק את תקופת ההחזקה (התקופה בה השוכר רשאי להחזיק), אלא גם את פער הזמן מהחתימה על החוזה המחייב ועד לתחילת תקופת ההחזקה**. אם המשכיר מעביר את הבעלות באותה התקופה, הקונה חשוף לכך שלא יוכל להשתמש במושכר.

**מכירת המושכר: יחסי הקונה והשוכר – תחילת השכירות וס' 21 –**

מה ההבדל בין ס' 21 לבין סעיפי העסקאות הנוגדות? לכאורה, גם סעיף 21 עוסק בעסקאות נוגדות – עסקה ראשונה בין הבעלים לשוכר, ועסקה שנייה בזמן בין הבעלים לקונה (צד ג'). אם העסקה בין א' לב' טרם עברה לשלב הקנייני, זוהי התחייבות להשכיר – יחולו כללי העסקאות הנוגדות, ג' יתגבר על ב', רק אם ימולאו תנאי העסקאות הנוגדות (ס' 9) – רק שהעסקה בין א' לב' אינה בשלב הקנייני. אם העסקה בין א' לב' הינה בשלב הקנייני, ניתן להחיל את ס' 21, ב' יהא עדיף על ג'.

* אם העסקה בין א' לב' היא שכירות ארוכה – זכותו של ב' תהא קניינית אך בעת הרישום.

האם ניתן להעביר קניין בשכירות קצרה, עוד לפני מועד העברת ההחזקה? לא, בשל עיקרון הפומביות.

יש ראיה לגישה זו בסעיף בחוק המקרקעין, ס' 80 (קניין בשכירות קצרה לא עובר לפני קבלת ההחזקה) – " ". הכותרת של הסעיף – שכירות קצרה נוגדת, לגבי שכירויות קצרות לא ניתן להסתפק בסעיף 9, שכן רישום לא קיים בשכירויות קצרות. לכן, המחוקק הוסיף סעיף מיוחד הדן בעסקאות נוגדות בשכירויות נוגדות – הגישה זהה לסעיף 9. הכוונה – ככלל, הראשון עדיף, אלא אם השני מילא שני תנאים – תמורה (שכר), תום לב והשלמת הקניין (קיבל החזקה – קיבל את המקרקעין, מקביל להשלמת הקניין בסעיף 9 ). בשכירות קצרה, ההלכה היא כי בעת קבלת ההחזקה היא תחילת השלב הקנייני. **כל עוד לא נקבע אחרת, הכוונה היא להשלים את השלב הקנייני בשכירות קצרה בעת העברת החזקה לשוכר.**

* **אם העסקה בין המשכיר לשוכר נמצאת בשלב החיובי נפעיל את דיני העסקאות הנוגדות, בעוד אם העסקה ביניהם בשלב הקנייני, נפעיל את סעיף 21.**

**ס' 21 עוסק בהיבט הקנייני, כאשר הסכם השכירות בין א' לב' הגיע כבר לשלב הקנייני** (השוכר מחזיק בנכס) והמשכיר מוכר את הבעלות לאחר. ישנן שכירויות מודרניות, בהן המשכיר לא רק נותן לשוכר זכות להשתמש ולהחזיק בנכס, אלא המשכירים המודרניים מספקים לשוכר שירותים שונים, כגון שירותי בקרה, שומר, חניה וכו'. במקרה כזה, **בשכירות יש גם חיובי עשה על המשכיר ולא רק חיובו אל-תעשה**. הזכות הקניינית לא מתאפיינת אך במשהו פסיבי, אלא יש שכירויות מודרניות המטילות חיובי עשה על המשכיר. חיובי העשה נלווים ושוליים יותר.

**לפי ס' 21, כאשר המשכיר מעביר לאחר את זכויותיו במושכר, רוכש הזכויות יבוא במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות.** קונה המקרקעין כפוף לא רק לזכות השוכר להחזיק ולהשתמש בנכס, אלא הוא עומד במקום הבעלים המקוריים בכל הנוגע לחוזה השכירות. כל מיני חיובים שחוזה השכירות מטיל על א' עובר לג', לקונה. **ג' מתחייב גם בכל ההתחייבויות החוזיות של א' כלפי השוכר. יש כאן המחאת חבות, או חוזה לרעת צד ג'.** **גם אם יש חיובים שהוא לא מודע להם, הקונה מחויב.**

**העברת השכירות ושכירות משנה –**

ס' 22 לחוק השכירות והשאילה (עסקאות הנעשות ע"י השוכר)– "השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה -

(1)   בשכירות מקרקעין - רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר;

(2)   בכל שכירות - רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות".

**הסעיף עוסק בשני סוגים של עסקאות –**

1. השכרת משנה.
2. העברת שכירות.

מדובר בהסכם שכירות – א' הוא בעלים, ב' הוא שוכר. השוכר מעוניין לבצע אחת משתי העסקאות – העברת שכירות, או שכירות משנה. האם ובאילו תנאים הוא רשאי לבצע אותה? מהי ההבחנה בין שתי העסקאות?

**העברת שכירות** **היא הסכם מכר, ב' מוכר את מה שיש לו – אין לו בעלות, אלא שכירות, אך ניתן למכור את השכירות. העסקה בין ב' לג'1 היא עסקת מכר. מנגד, העסקה בין ב' לג'2 היא עסקת שכירות – שכירות משנה.**

עד כה, ייחדנו את המונח מכר להעברת בעלות – מי שיש לו בעלות, כשהוא עושה עסקה ומעביר את הבעלות לאחר, זוהי עסקת מכר. במקרה לעיל, לב' אין בעלות, אלא הוא בסך הכל שוכר שוכר. יש להגדיר את עסקת המכר מחדש – אין מדובר אך בהעברת זכות הבעלות. ב' לא יכול למכור מעבר למה שיש לו. **אם ב' עושה עסקה ומעביר לג' את כל מה שיש לו (לכל אורך התקופה ואת כל הנכס) – עסקת מכר. ב' יתרוקן מכל זכויותיו. מנגד, אם ב' מעביר לג' חלק ממה שיש לו – עסקת שכירות (חלק מתקופת הזמן, או חלק מהנכס).** **אם ב' מותיר לידיו חלק מהזכויות, הרי שמדבור בשכירות משנה.**

* **אם בוצעה העברת שכירות** – ב' יוצא מהתמונה. לאחר ביצוע העסקה בין ב' לג'1, נותרה **שכירות אחת** – א' משכיר וג'1 שוכר. יש יריבות ישירה בין א' לג'1.
* **אם מדובר בעסקת שכירות** – עומדים, זה לצד זה, **שתי שכירויות** – שכירות בין א' לב' (שכירות ראשית), ושכירות משנה. בשכירות משנה קיימים זה לצד זה שני הסכמי שכירות. במקרה כזה, אין יריבות משפטית בין א' לג2, א' מכיר רק את ב'.

באילו תנאים ניתן לעשות העברת שכירות ושכירות משנה?

המחוקק מתייחס לשתי העסקאות בצורה דומה, למרות שההשלכות של העסקאות על א' שונות, יש קריטריונים דומים. התשובה של המחוקק אחידה. **ככלל, נקודת המוצא היא שיש צורך בהסכמה של המשכיר.** ס' 22 הוא הוראה קוגנטית, למרות שרוב סעיפי חוק השכירות הם הוראות פוזיטיביות. לפי סעיף 22, **השוכר לא רשאי לעשות שכירות משנה אלא בהסכמת המשכיר, מלבד אם המשכיר מתנגד מטעמים לא סבירים.** אם המשכיר מתנגד מטמעים לא סבירים, יש להפריד בין שכירות למקרקעין להשכרת נכס אחר –

* **שכירות במקרקעין** – לפי **ס' 22(1)** אם המשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים, השוכר רשאי לעשות את העסקה בלי הסכמה של המשכיר. ב' לוקח את הסיכון של הפרת חוזה. כל זאת, כשהסכם השכירות שותק לעניין זה. סעיף קטן (1) קובע, שבשכירות מקרקעין, השוכר רשאי לעשות את העסקה בלי אישור המשכיר. בהינתן כי השוכר חושב שהטעמים של המשכיר לא סבירים, הוא רשאי לעשות את העסקה.
* **שכירות בנכסים אחרים** – לפי **ס' 22 (2) סיפא** – "ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות", אם חוזה השכירות אוסר על השוכר להעביר לאחר או להשכיר לו, בלא הסכמת המשכיר (זה המצב בפרקטיקה), והמשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים, **השוכר לא רשאי לבצע את העסקה לבד, אלא רשאי ביהמ"ש לעשות כן.** **למרות שחוזה השכירות במקרקעין אוסר על השוכר לעשות עסקאות, ביהמ"ש רשאי להתערב ולא לתת תוקף לעסקה.**

סעיף קטן (2) קובע, שבכל שכירות אחרת בה המשכיר מתנגד מטעמים לא סבירים, השוכר אינו רשאי לבצע שכירות משנה על דעת עצמו ונדרש קודם לאישור בית המשפט. בשכירות מקרקעין, בית המשפט אף רשאי להתיר שכירות משנה, גם אם הדבר נאסר בחוזה השכירות. במיטלטלין, אם המשכיר מסרב לשכירות משנה זה סופי, אבל במקרקעין בשל המגמה לאפשר יותר עסקאות, בית המשפט רשאי לאשר את שכירות המשנה למרות שחוזה השכירות אוסר.

דוג' - ישיבה יוניברסיטי בניו-יורק היו בעלים של מקרקעין. הם השכירו את המקרקעין והשוכר השכיר בשכירות משנה את המקרקעין לגוף שעוסק בתכנון המשפחה. ישיבה יוניברסיטי התנגדו בשל העיסוק של שוכר המשנה והגישה תביעה. בית המשפט לא קיבל את טענת הישיבה וקבע כי לא ניתן להתנגד לשכירות משנה מסיבות אידיאולוגיות. סיבות סבירות הן: אם קשה להוציא משוכר המשנה כסף או אם הוא פוגע בנכס.

לפיכך, יוצא מצב אבסורדי אשר במסגרתו, ב"חוליה" הראשונה, משכיר יכול להתנגד להשכיר דירה לאדם ללא שהוא נדרש לדין וחשבון, בעוד במסגרת ה"חוליה" השנייה, אם השוכר שלו מעוניין להשכיר את הדירה לדייר משנה, הוא אינו יכול להתנגד מסיבות אידיאולוגיות. עם הקושי הזה טרם התמודד בספרות או בפסיקה. אולם **מקובל שהתנגדות לשוכר משנה מטעמי דת / אידיאולוגיה / גזע אינה נחשבת לטעם סביר**. קו הגבול בין סביר ללא סביר הוא דק.

בסעיף 81 לחוק המקרקעין נאמר כי אם המשכיר הכניס בהסכם השכירות סעיף הקובע כי אסור לשוכר לשעבד את זכות השכירות, מדובר בקביעה סופית, גם אם התנגדות המשכיר היא מנימוקים לא סבירים. לעומת זאת, בסעיף 22, גם אם הסכם השכירות אוסר הכנסת דייר משנה והמשכיר מתנגד מטעמים לא סבירים, אפשר לפתוח את החוזה בבית המשפט. **זה חסר היגיון שלא ניתן להתערב בשעבוד, אבל כן ניתן להתערב בשכירות משנה, במסגרת הסכם השכירות.**