***שער ראשון: כללי***

**סוגי הנכסים**

**מקרקעין**(קרקע ודברים שמחוברים לקרקע), **מיטלטלין**(נכסים נדים) ו**זכויות**(נכסים לא מוחשיים)- ניתן לעשות עסקאות.

**\*אפשר לעשות עסקאות בזכויות**-  **ס' 1 לחוק המחאת חיובים-** "זכותו של נושה ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב".לא ניתן להעביר חיובים ללא הסכמת הנושה **(ס' 6 לחוק המחאת חיובים).**

**נקודות המייחדות את חוק המקרקעין והבדלים מול מיטלטלין**

1. **החשיבות הפוליטית**- הרוב המכריע (90%) של המקרקעין במ"י הם בבעלות של מ"י (קק"ל, מקרקעי ישראל).
2. **היצע מוגבל-** למיטלטלין, לעומת מקרקעין, אין בד"כ היצע מוגבל. 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 כלה**- עסקאות מקרקעין הם בד"כ לפרק זמן רב מאוד.
4. **קשר פסיכולוגי**- מרבית האנשים קשורים ליחידת המקרקעין שלהם יותר מנכסים אחרים שבבעלותם.
5. **ייחודיות**- כל יחידת מקרקעין היא ספציפית ושונה מאחרת.
6. **נכס רב ערך**- לכן יש הוראות מסוימות שחלות רק על מקרקעין ולא על נכסים אחרים (דרישת כתב לדוגמא).

**חוק המקרקעין**

ס' **1** לחוק המקרקעין מגדיר מהו מקרקעין: "קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה;” מכאן שבעלות בקרקע חלה גם על מחוברים. כיצד יודעים מהו מחובר?

* 1. **המבחן הפיזי**- כל מה שמחובר לקרקע חיבור של קבע
  2. **מבחן הכוונה-** המבחן שמציע **פרופ' ויסמן-** למה התכוון המחבר? האם התכוון להותירו שם?

**ס' 11** אומר ש**בעלות במקרקעין הינה בעלות על כל העומק והגובה של הקרקע שבה האדם מחזיק.**

**ס' 12** אומר ש**בעל המקרקעין הוא גם בעלם של כל מה שבנוי ונטוע עליו.**

**ס' 13** הוא **ס' קוגנטי שהרישא שלו אומרת כי היקף עסקה במקרקעין חל על הקרקע וכל מה שכלול בס' 11-12.** **הסיפא של הסעיף אומר כי לא ניתן למכור חלק מסוים מהחלקה.** זאת על מנת שלא תבנה בנייה מינימאלית ושיהיה שימוש יעיל בחלקה. עם זאת, ניתן למכור חלק לא מסוים מהקרקע ובכך בעצם מתקיימת שותפות.

**דרך לעקיפת הסעיף: ס' 78** אומר כי על אף האמור **בס' 13**, **ניתן להשכיר חלק מסוים מהחלקה, ואז משכירים ל999 שנים.**

***בפס"ד הווארד נ' ארז (חוזה לעסקה בחלק מסוים בקרקע)***   
מתוארות 2 גישות למתן תוקף לחוזה שלכאורה החוק קובע שהוא לא תקף (סותר את ס' 13)-   
**שופטי הרוב**: **יש להבדיל בין המישור החוזי למישור הקנייני.** במישור הקנייני אין למכור 50% מסוימים בחלקה, אך במישור החוזי ניתן להתחייב לכך. לכן, **במישור החוזי זהו הסכם בר תוקף ויינתנו הסעדים הרגילים, למעט אכיפה, מפני שהיא לא תקפה במישור הקנייני.**   
**מיעוט (השופט לווין):** מפרש את החוזה כמכירה של 50% לא מסוימים ולכן החוזה והעסקה הקניינית תקפה. זוהי פרשנות מאולצת לדעת המרצה, מפני שלשון החוזה ברורה.

**זכות חיובית וזכות קניינית**

זכות קניינית=זכות כלפי כל העולם.

זכות חיובית=זכות כלפי חייב מסוים.

המאפיינים את הזכות הקניינית מהזכות החוזית (קניינית- כלפי כולי עלמא, חוזית- כלפי חייב מסוים)

1. **עצמאות-** **חוסר תלות באדם אחר לעשות בנכס כרצוני.**   
   עם זאת, גם בזכות הקניינית זקוק האדם לעזרה (ביהמ"ש למשל) ושת"פ (שת"פ פסיבי- הימנעות מלהפריע). זאת בניגוד לזכות חיובית אשר שת"פ הוא אקטיבי- חיובי עשה. כמו כן, זכות הקניין היא זכות כלפי כל העולם לעומת זכות חיובית שהיא כלפי אחר ספציפי. – **תכונה חזקה מאוד של זכות קניינית.   
   *פס"ד טנא נגה*עובדות:** זכותו של בן חמו להפצה, תלויה בשיתוף פעולה אקטיבי של אחרים – **ולכן למרות שהגדיר את זכותו בחוזה כקניינית,** , **ביהמ"ש סיווג את זכותו** כזכות חוזית וזאת משום שנהג המשאית היה זקוק לשת"פ מצד טנא נגה.  **עצם התלות גרמה לסיווג הזכות כחוזית.**
2. **עקיבה-** קיימת זכות בחפץ ולכן **גם אם החפץ עובר ידיים, הזכות הקניינית לא נגמרת.**   
   **למשל**, זכות מעבר- החיוב לאפשר את המעבר לא מוטל רק על הדיירים הנוכחים אלא גם על דיירי העתיד. לזכות הקניינית יש עקיבה והיא לא נפגעת עקב חילוף בעלויות, היא עוקבת אחר הנכס באשר הינו. זכות חיובית מנגד היא אך ורק נגד חייב מוגדר ואינה עוברת בעלות.
3. **עדיפות-** **הזכות הקניינית עדיפה על זכויות חיוביות אחרות.**   
   **לדוגמא**, מצב של חדלות פירעון- לבעל המשכנתא יש עדיפות קניינית על שאר הנושים ולכן הוא יקבל את הכסף קודם.
4. **עבירות- העברת הזכות.** בעבר היה מקובל שעבירות מאפיינת זכות קניינית שכן לא היה ניתן להעביר זכות חיובית. **כיום, הבחנה זו כבר לא קיימת** שכן ע"פ ס' 1(א) לחוק המחאת חיובים ניתן להעביר גם זכות חיובית. **עם זאת, יש לזכור כי זכות חיובית ניתן להגביל את העברתה** **(ס' 1(א) סיפא).**

**לכאורה ניתן לראות כי זכות קניינית היא חזקה יותר מזכות חיובית –** אך לא תמיד כך -   
**למשל:** אם נפל עליי סכום כסף במזומן – **יש לי זכות קניין בכסף.** ואני מעדיף ללכת לבנק ולהפקיד את הכסף כדי שלא ישדדו אותי – **מה שעשיתי הוא להמיר זכות קנינית בזכות חוזית (**הלוותי לבנק כסף ואני נושה שלו).

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות קניינית** | **זכות חיובית (אובליגטורית)** |
| כלפי כולי עלמא (in rem) | כנגד חייב מוגדר (in personam) |
| בעל הזכות עצמאי במימושה | בעל הזכות תלויה בחייב כדי לממש את הזכות |
| זכות במובן השלילי- מחייבת את כולי עלמא ב"לא תעשה" (לא להפריע לי לממש את זכותי) | זכות במובן החיובי- מטיל חובת "עשה" על החייב. |
| **זכות עדיפות** |  |
| **זכות עקיבה** |  |
|  | **גרם הפרת חוזה** (לעיתים צד לחוזה יכול לתבוע מישהו אחר שאין לו קשר חוזי איתו על כך שגרם להפרת החוזה עימו- ראובן יכול לתבוע את לוי בעילה שגרם להפרת החוזה בינו לבין שמעון). |

**הטשטוש בין שתי הזכויות**

1. **גם לזכות קניין לעיתים נלוות חובות עשה-** למשל אדם שמשכיר דירה לשוכר.
2. **פסיקה**- ניתן לראות שאותה זכות נראית בהקשר מסוים (דיירות מכוח חוק) בתור זכות חיובית (**פס"ד רומנו**) ובהקשר אחר בתור זכות קניינית (**פס"ד מנדלבאום**).  **מיון הזכות נעשה כתלוי הקשר ומטרה אותה רוצים להשיג.   
   פס"ד רייזמן, לדעת לרנר, ממשיך קו זה וקובע את סיווג הזכות בהתאם לתוצאה הרצויה.**
3. **הגנה על הזכויות**- זכות הקניין מוגנת כלפי כל העולם וזכות חיובית רק כלפי מי שצריך למלא אותה. אמרה זו אינה מדויקת. דוגמא לכך ניתן למצוא בעסקאות נוגדות אשר מגינות על הקונה גם בפני צדדים שלישיים.

***פס"ד רומאנו:***   
עלתה השאלה האם דיירות מוגנת הינה זכות חיובית או קניינית וזאת על מנת לקבוע אם נדרש חוזה בכתב.

**לנדוי: קובע כי דיירות מוגנת אינה זכות קניינית, אלא זכות שלילית (לא לפנות) ולכן לא טעונה עסקה בכתב.**

***בפס"ד מנדלבאום***   
עלתה שוב שאלת סיווגה של הדיירות המוגנת רק בהקשר של פיצויים. **ס' 197 לחוק תכנון ובנייה** מאפשר לקבל פיצויים למי ששינו לו את ייעוד הקרקע. לשון הסעיף מציינת "זכות במקרקעין" ולא משתמשת במונח זכות קניינית.  **ביהמ"ש: מניח שזכות במקרקעין מהווה זכות קניינית ולא זכות חוזית או חיובית, והוא מגיע לתוצאה שלדייר מוגן יש זכות קניין,** ולכן יש לו את הזכות לקבל פיצויים ע"פ הסעיף בדיוק כמו לשוכר רגיל שיש לו זכות קניין.

***פס"ד רייזמן*** ***(עוסק בזכות קדימה והאם היא קניינית)-***   
**עובדות:** אישה שבעלה נפטר, הייתה לה זכות קדימה בבית. השאלה היא האם זכות הקדימה חלה גם על יורשיו? (**אם נסווג אותה כקניינית – יש עקיבה ואז היא חלה על יורשיו, ואם נסווגה כחוזית – אין עקיבה ובגלל שהבעל מת אין לה יותר זכות קדימה).**  
**בן פורת** **:מסווגת את הזכות כזכות קניין,** מתוך שיקולים פורמאליים (מיקום הזכות בפרק של נכסי הזולת).   
**לוין:** **שזכות הקדימה אינה רצויה בעיניו,** מפרש אותה בצמצום**- הזכות חלה רק בין בני זוג חיים ולא כאשר אחד מהם מת.**   
**נתניהו** :מגיעה לאותה תוצאה של בן פורת, אך עושה זאת בדרך אחרת- היא אומרת ש**לא צריך להרחיב את החוק ולפרש מפני שזה מצוי במילות החוק עצמו בס' 104 שאומר שזכות הקדימה הינה קניינית.**

**רשימת זכויות הקניין**

1. **בעלות**- **(סעיף 2)** זוהי הזכות המקיפה ביותר מבחינת דיני הקניין **(כל שאר הזכויות הן זכויות בנכסי הזולת).**   
    אחד ממאפייני הבעלות הוא יסוד הצמיתות (הזכות אינה מוגבלת בזמן). לעיתים עומדת הזכות לבדה מבלי   
    שלאיש תהיינה זכויות נוספות בנכס.   
    בנוסף, **לדעת לרנר** **(גישה קלאסית),** בעל הקניין יכול לעשות בו כל שיחפוץ (בניגוד לדעת חלק משופטי   
    ביהמ"ש העליון הדוגלים **בגישה חברתית** לפיה הקניין נושא בחובו גם אחריות חברתית (מעין צדק חלוקתי   
    לטובת החלשים בחברה).
2. **שכירות**- **(סעיף 3)** זכות שהוקנתה בתמורה (ללא תמורה=שאילה) **להחזיק** במקרקעין **ולהשתמש** בהם שלא לצמיתות. שכירות למעלה מ-5 שנים: חכירה. שכירות למעלה מ-25 שנה: חכירה לדורות.

ההבדל בין בעלות לשכירות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **בעלות** | **שכירות** |
| **היקף השימוש** | מה שלא נאסר על הבעלים מכוח **דין**(למשל דיני תכנון ובנייה, עוולת מטרד) או **הסכם** (התחייבתי לא לבנות לגובה) – מותר | השוכר יכול לעשות רק מה שקבע עם המשכיר בחוזה. |
| **זמן** | זכות לצמיתות | מוגבלת בזמן- החזקה ושימוש שלא לצמיתות |

1. **משכנתא**- **(סעיף 4)** **משכון מקרקעין**. נושה בעל משכון הוא נושה מובטח (עדיפות). כ"כ ישנה זכות עקיבה- המשכון הולך אחר הנכס.
2. **זיקת הנאה**- **(סעיף 5) שעבוד מקרקעין להנאה מבלי הזכות להחזיק בהם** (בניגוד לשכירות בה יש החזקה+שימוש, בזיקת הנאה יש שימוש ללא החזקה).  
   למקרקעין שיש עליהם זיקת הנאה קוראים **מקרקעין כפופים (**קיומה של זיקת הנאה מוריד מערך הנכס.)
3. **נאמנות**- **(ס' 1 לחוק הנאמנות)** **הנאמן נוהג בנכס מנהג בעלים אך למעשה הוא עושה זאת למען הנהנה.** בהבדל מיחסי שליחות המוסדרים ע"פ חוק השליחות, ביחסי נאמנות הקניין עצמו מתחלק (עולה מהביטוי שבחוק **"זיקה לנכס"). גם לנאמן וגם לנהנה יש זכויות קניין בנכס. לאחד יש בעלות מין הדין (נאמן) – והוא רשום בטאבו, ולאחר יש בעלות מין היושר (נהנה)**. נאמנות היא זכות קניינית שלא מוזכרת בחוק המקרקעין. הנאמן הוא בעל זיקה קניינית לנכס (אינו רק "מנהל"), זכותו של הנאמן חזקה מזכותו של "שלוח רגיל"- גם אם הנאמן אינו רשאי לבצע פעולה מסוימת, הוא יכול לבצעה. כ"כ ישנה **"נאמנות קונסטרוקטיבית"** – נאמנות הקמה מכוח אופיים של היחסים בין הצדדים גם אם הנאמנות לא עוגנה בחוזה.   
   **בהצע"ח דיני ממונות –** רואים הגדרה של נאמן שהוא בעלים של נכס, ולא רק כמו שלוח – **כלומר הגישה הקניינית גברה (**היו כאלה שחשבו כי נאמנות היא לא זכות קניינית).

**אם לא מצליחים לשבץ זכות במסגרת התכונות הנ"ל- אין זו זכות קניינית!**

**רשימה סגורה**

**ס' 161 לחוק המקרקעין:** “מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק”-   
**שני מובנים לס' 161:**  
1. **מוכרות רק זכויות קניין שהחוק מונה אותם** – **כלומר אין יותר זכויות שביושר מהדין האנגלי.**עם זאת, החוק לא דורש שזכויות הקניין יהיו מוזכרות בחוק המקרקעין, אלא יש זכויות קניין שנקבעו בחוקים אחרים והן תקפות כזכויות קנייניות. לכן זכות הנאמנות הינה זכות קניינית.

**2. לא ניתן ליצור זכויות קניין חדשות בחוזה -   
מדוע ניתן ליצור זכויות חוזיות כיד הדימיון ואילו זכויות קנייניות רק ע"פ חוק?**

זכות בקניין מחייבת גם צדדים שלישיים שאינם צדדים לעסקה ולכן יש להשתמש רק בזכויות מוכרות ולא לתת תוקף ליצירת דברים שלא חשבנו עליהם. **הדעה המקובלת היא שזכויות הקניין מהוות רשימה סגורה.**

***פס"ד מורדוב נ' שכטמן***-  **עובדות:** מורדוב שכר דירה משכטמן ובחוזה ביניהם היה כתוב **לתקופה לא מוגבלת.** לאחר מכן שכטמן רצה לפנות את מורדוב, ומורדוב טען כי הוא לא יכול לפנותו, ושכטמן טען כי לא ניתן לרשום שכירות לתקופה בלתי מוגבלת.  **ביהמ"ש: רשימת הזכויות היא רשימה סגורה.** שכירות שאינה מוגבלת בזמן (שכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן) היא דבר שאין לו קיום מבחינה משפטית.  
**אבל:** לא רוצים לפנות את השוכר – אז ביהמ"ש פירש את המילים **בלתי מוגבלת –** בכך שאחרי 3 שנים שזו תקופה ראשונה – השוכר יגור לתקופה בלתי מוגבלת – **כל עוד חוק הגנת הדייר מתיר לו.  
לרנר:** ניתן היה להציל את החוזה בצורה נוספת – לומר כי השכירות היא שכירות חוזית בלבד – אין עקיבה, או עדיפות, ואז היא יכולה להיות לצמיתות.

**הקניין: בין פרטי וציבורי**

כאשר מתקיימת השקה בין דיני הקניין למשפט הציבורי מתעוררת השאלה איזה עקרונות יסוד יש להחיל. במשפט הציבורי ישנו עקרון השוויון בעוד במשפט הפרטי, וגם בדיני הקניין, ישנו עקרון חופש החוזים כך שניתן להפלות. בעבר היה פער חד בין המשפט הפרטי והציבורי, אך עם הזמן חדרו בהדרגה עקרונות המשפט הציבורי למשפט הפרטי בעזרת תקנת הציבור ותום הלב. חדירה זו החלה דרך גופים דו-מהותיים **או כאשר גוף ציבורי פועל בתחום המשפט הפרטי.**

**מנהל מקרקעי ישראל**

**חו"י מקרקעי ישראל מגדיר בסעיף 1 מהם מקרקעי ישראל (הנקראים בפרקטיקה "קרקע מינהל"):**

* 1. **קרקעות בבעלות המדינה**
  2. **קרקעות בבעלות רשות הפיתוח** רשות סטטוטורית המחזיקה קרקעות מכוח חוק "נכסי נפקדים"- אלו קרקעות שערבים נטשו עם קום המדינה, הבעלות עברה לרשות שמנהלת אותן.
  3. **קרקעות בבעלות קק"ל**

**מנהל מקרקעי ישראל-** הרשות הביצועית שמנהלת את כל המקרקעין שברשותה או ברשות קק"ל (מעבירה לו את הרווחים). **הסיפא של ס' 1 לחו"י קובע שנקודת המוצא (חוץ מחריגים), היא שלא ניתן להעביר בעלות במקרקעי ישראל.** הנימוקים לקביעה זו כיום הם בעיקר נושא הביטחון המדיני, אך בקום המדינה (ואף לפניה)

הנימוקים היו סוציאליסטים.  **ס'2 לחו"י מקרקעי ישראל (2009):** קבע כחריג שמותר להעביר קרקע עירונית מבעלות המדינה לבעלות פרטית.

**כ93% ממקרקעי ישראל, מצויים בבעלות המדינה. כאמור, לא ניתן להעביר בעלות במקרקעי ישראל, ועל כן ניתנת זכות חכירה (ס'3 לחוק המקרקעין)-** בטאבו ירשם כי הבעלים היא המדינה וכי זכות החכירה מוענקת לפלוני.   
לעיתים, הרישום בטאבו אורך זמן רב, **מה שיוצא הוא שהאדם שחכר את הקרקע רשום כ"בעלים" רק בספרי המנהל ולא בטאבו – שם גם כותבים העברת חכירות (אם מכרתי את הדירה למישהו).**   
נזכור כי הבעלות במקרקעין חלה גם על המבנה שעל המקרקעין ומכאן שהמדינה היא גם הבעלים של הבניין, למרות שהיא לא בנתה אותו.

***פס"ד קעדן*:   
עסק בקרקע מנהל- קרקעות ישירות בבעלות המדינה.**במשך שנים המדינה הקצתה קרקעות ליהודים ע"י **הסוכנות היהודית** **ו**סרבו לאפשר לערבים לקנות קרקע בישוב יהודי-   
**ברק מציין 3 קביעות**:

1. **שוויון הוא ערך על והוא מחלחל לכל דבר חקיקה.** ערך השוויון הוא תכלית של כל דבר חקיקה. לכל חוק יש תכלית פרטית ותכלית כללית- קידום ערך השוויון, ויש לאזן ביניהן.
2. בישראל אין כמעט הקצאות מקרקעין לטובת ערבים.
3. גם אם הייתה מתקיימת הקצאת מקרקעין נפרדת לאוכלוסיה הערבית, **המדיניות של "נפרד אבל שווה" פוגעת בערך השוויון.**

**ברק אומר ש"נפרד אך שווה" לא נוגד את עקרון השוויון כאשר מדובר במיעוט- לדוגמא אוכלוסיה שרוצה לשמור על זהותה ואפיונה. ככל שהקבוצה נבדלת יותר מכלל האוכלוסייה, כך יכירו בזכותה ליישוב בנפרד.** **דעת המיעוט** אמרה כי קיים חריג של סיבה ביטחונית.

במה באה לידי ביטוי יהדותה של מדינת ישראל אם ערך השוויון מכתיב אי הפליה בכל הנוגע להקצאת מקרקעין? חוק השבות- המפתח לכניסה הוא ליהודים בלבד, אך ברגע שנכנסת אין הפליה.

**מתי בכל זאת ניתן להקצות מקרקעין של המדינה עפ"י שיקול אתני?**

1. **שיקולים בטחוניים –** ניתן משיקולים כאלה להקצות קרקע ליהודים.

2. **תת קבוצה הומוגנית, שיש בה מאפיין מסויים שאותה תת קבוצה רוצה לשמר –** אם אני תת הקבוצה רוצים להקים ישוב שיהיה פתוח רק לאנשים עם אותו מאפיין כדי שיוכלו לשמר אותו – ביהמ"ש ייטה להסכים.

**ואם אותה קרקע הייתה בבעלות קק"ל ולא המדינה?**היה מקרה שרצו לפתח מקום מסויים באזור כרמיאל ולהקצותו רק ליהודים – האזור היה בבעלות קק"ל. הנושא הגיע לבג"ץ – **אחת הטענות הייתה כי התרומות שמגיעות לקק"ל הן מיהודים שיש להם מטרה מסויימת.  
ביהמ"ש:** פשוט החליף את הבעלות בקרקע מקק"ל למדינה (נתן לקק"ל משהו אחר בתמורה) וכך פתרו את הבעייה.

**הקניין כזכות חוקתית**

**ס' 3 לחו"י כבו"ה: "אין פוגעים בקניינו של אדם"**

**ס' 8 לחו"י כבו"ה:** פסקת הגבלה- פגיעה תיעשה בחוק/לפי חוק, התואם את ערכי מד"י, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

***בפס"ד מזרחי***   
**עובדות:** חוק מגדל מחק חלק מהחובות של אנשי המגזר החקלאי לבנקים – **זו פגיעה בזכויות חוזיות של הבנק (כי לא היה להם שום משכון). ואז פס"ד היה צריך לבודק האם נפגעה זכות הקניין של הבנק? ולצורך כך צריך לבדוק האם המושג קניין בחו"י כב"ה – מדבר גם על זכויות חוזיות.   
עסקו בפרשנות המילה "קניין" בחו"י כבה"א וחירותו.** האם צריך להעניק למונח זה פרשנות רחבה (זכויות קנייניות וזכויות אובליגטוריות) או צרה (רק זכויות קנייניות)?

אם גם זכויות חוזיות יהיו מוגנות, תהיה בעיה למדינה לחוקק חוקי מיסים שונים שכן כל הטלת מיסוי תפגע בקניין (בזכות האדם לכספו).   
מצד שני, הגנה רק על זכויות קניין היא הגנה לא שלמה מפני שבתקופתנו, חלק גדול מעושרו של אדם דווקא מצוי בזכויות חוזיות (פיקדונות, פוליסות ביטוח וכד' ).   
**שמגר: הציע פרשנות רחבה למונח "קניין" שבס' 3 בחו"י כבו"ה- שאם לא כן, לא יקבלו זכויות אלו הגנה חוקתית מספקת.** בחוקה מקובלת פרשנות רחבה, ועל הפרשנות להשתנות בהתאם להקשר. בחוק המקרקעין למשל מקובלת פרשנות צרה- מקובל להניח שמדובר בזכויות קנייניות בלבד ולא זכויות חיוביות. **מכאן שהפרשנות לקניין שונה בדין הפרטי מאשר בדין הציבורי.** ההלכה היא, **שהמונח קניין הוא מונח רחב שכולל גם זכויות חוזיות – זו פרשנות רק לצורך חו"י כב"ה!!**  
במקרה זה, ביהמ"ש ראה בחקיקה פגיעה בזכויות החוזיות של הבנקים, אבל קבע שזה עומד בתנאים של פסקת ההגבלה.

**מניעת השימוש מאחרים**

הפעלת זכות הבעלות והשכירות כוללת גם את הזכות לאסור על כניסה של מי שאינך מעוניין בו.

**ככל שמדובר בגוף ציבורי, אז ברור שלא תתאפשר לו אפליה-** **זה חידוש כיוון שכשאנו מדברים על גוף ציבורי, אנו מדברים על פעולות שהוא עושה בכובעו במשפט הפרטי ולא במשפט הציבורי.**

***פס"ד מועצה מקומית כפר שמריהו נ' פרץ-***   
'המועצה המקומית מסרבת להשכיר אולם שבבעלותה לרפורמים-אפליה על בסיס דתית.  
**ביהמ"ש:** **גוף ציבורי, גם כשהוא עוסק בפעולות בתחום המש' הפרטי, כגון השכרת מקרקעין לצרכי רווח, לא רשאי להפלות ועל עיקרון השוויון להיות נר לרגליו.**

**הפסיקה החילה את העקרונות הללו גם על גופים דואליים שהם בין המש' הפרטי לציבורי-** **גופים שפועלים מכוח המש' הפרטי, אך מספקים שירות רחב לציבור כגון קניונים, בתי חולים, חברת חשמל.**

***פס"ד און נ' מפעלי בורסת היהלומים*עובדות:** שללו מיהלומן את זכות הכניסה לבניין בורסת היהלומים בגלל סירובו להדיין בבוררות.   
**ביהמ"ש :קבע שאם גוף נותן שירות ציבורי, אי אפשר למנוע כניסה שרירותית של אדם.** הבורסה היא גוף דואלי- למרות שהתאגדה כחברה פרטית והמקרקעין בבעלותה הם מקרקעין פרטיים, היות והיא נותנת שירות לציבור עליה לאפשר לכל אחד להיכנס והיא איננה רשאית למנוע זאת.   
**לרנר:** לא מסכים עם קביעת ביהמ"ש, כי הבורסה היא יותר גוף פרטי.

***פס"ד אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה*** **עובדות:** עוסק בפארק ברעננה שבשבתות וחגים, מי שלא תושב רעננה, צריך לשלם כניסה   
**ביהמ"ש :אמר שאין כאן הפליה- אין מניעת כניסה, אלא רק חיוב.** החיוב השונה מוצדק שכן הפארק נבנה מכספי משלמי המיסים של העירייה ולכן מתושבי רעננה לא ניגבת כניסה.

**היום, ע"פ חוק איסור הפליה בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, לא ניתן עוד להפלות בכניסה למקומות ציבוריים אפילו כשהם פועלים בכובעם הפרטי. גם גופים פרטיים שפועלים במרחב הציבורי ומעניקים שירות לציבור** (גופים דואליים כמו חברת חשמל, בתי חולים)**- יחולו עליהם כללי השוויון – זה פוגע מאוד בקניין הקלאסי.**

**הפקעות**

**למדינה קיימת זכות להפקעת מקרקעין לצרכים ציבוריים שונים. הבעיה שמתעוררת היא שאלת הפיצויים.**

***בפס"ד הולצמן וקרסיק*** ההגנה החוקתית על הקניין נותנת הגנה מפני הפקעות. אומנם דיני ההפקעות שניתנו בימי המנדט נהנים מס' שמירת דינים, אך הפסיקה נוטה לפרש דינים אלו בהתאם לח"י.

***פס"ד קרסיק***   
**עובדות:** המדינה הפקיעה לצורך שטח אש, ולאחר מס' שנים היא רוצה למסור את הקרקע ליזמים פרטיים- האם כעת הקרקע חוזרת לבעליה?  
**ביהמ"ש: בפה אחד קבע שאם נגמר הצורך הציבורי ויש מטרה חדשה שניתן להגשימה באמצעות הבעלים המקוריים, יש להחזיר את הקרקע לבעליה.** המחלוקת בפס"ד הייתה בנוגע לדרך בה הגיע כל שופט לתוצאה שכן המדינה רשומה כעת בטאבו כבעלים ולכן איזו זכות יש לבעלים המקורי על הקרקע?

**חשין**- יוצר מושג קנייני לא ברור של **"זיקה מתמשכת"** שיש לבעלים המקורי למקרקעין- זכות קניין שאינה מוגדרת. **מציין כי גם לפני חוק היסוד ניתן היה להגיע לאותה מסקנה.**  
**זמיר:** מדבר על **סמכות הפקעה צמודת מטרה –** דומה למה שחשין אמר אבל בשם אחר. **מסכים כי חוק היסוד השפיע על הקביעה שאם המטרה חדלה להתקיים יש להשיב את הקרקע.**

**יתר השופטים-** הפקעה היא פעולה חד פעמית ולא מתמשכת. **הסמכות המנהלית להפקעה היא תלוית מטרה,** ואם חדלה המטרה, יש להשיב את המקרקעין לבעלות הפרט.   
**קביעה זו הושפעה מהחיזוק שקיבלה זכות הקניין בחוה"י – יש להגן נחרצות על זכויות הפרט.**

***פס"ד הולצמן***   
**עובדות:** ניתן להפקיע עד 40% ללא פיצוי. פעם היו מפקיעים הכל ומשלמים פיצוי רק על 60% כי ה40% הנותרים היו כמו מס שבח.  
הפקעה של 100% ופיצוי רק על 60% בהתבסס על חוק שמתיר להפקיע עד 40% ללא פיצוי- ההסבר המקורי לחוק היה ש60% שנותרו בידי הבעלים יעלו בערכם כתוצאה מהשבחת הקרקע, כך ששווי החלקה יעלה בחזרה ל100%. לכן, מעבר לפגיעה בקניין, **ישנו כאן גם חוסר שוויון בין מי שלא נותרה לו קרקע מסביב לבין מי שהופקע לו רק 40%.** כי לא נשארה קרקע שיכולה לעלות בערכה. וכמו כן לגבי המס – לא הגיוני שחלק (שהפקיעו להם את כל הקרקע) ישלמו מס וחלק (שלא הפקיעו להם) לא ישלמו.   
**ביהמ"ש: ההלכה שונתה ונקבע שמי שהופקעה לו כל הקרקע יקבל פיצוי של 100%.**

**בנוסף, ביהמ"ש קבע כי אסור לגבות 40% אוטומטית, הנוהל צריך להיות שהמדינה בודקת האם ערכה של 60% הקרקע שנותרה בידי הבעלים עולה משמעותית.** **חו"י כבו"ה מעניק כעת הגנה חוקתית לקניין. על אף שמדובר בחוקים ישנים לגביהם חל שימור דינים, יש לפרשם לאור חוק היסוד.**

***בפס"ד הורביץ:***   
**סעיף 197 לחוק תכנון ובנייה-** פיצוי בגין ירידת ערך מקרקעין בגין שינוי תוכנית.  **ס' 200**- מונה 11 מקרים, שאם נבוא בתחומם לא צריכה הרשות לפצות, גם אם חל ס' 197- **זאת בלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין ולא מן הצדק לפצות את בעל המקרקעין.  
בפסק הדין ניתן לראות מתח בין עוצמת ההגנה על זכות הקניין (הגישה הקלאסית, כפי שראינו בפס"ד הולצמן) לבין האחריות החברתית החלה על בעל קניין (הגישה החברתית) -ניתן לראות מגמה הפוכה לפס"ד הולצמן שבאה לידי ביטוי במילים "אחריות חברתית".** **לבעל זכות הקניין יש אחריות חברתית כאשר המקרקעין שלו נחוצים למטרה ציבורית.**   
**חשין+טירקל(מיעוט):** ישנם שופטים שמדגישים יותר את ההגנה על זכות הקניין ותופסים אותו בצורתו הקלאסית (שלטון אבסולוטי של אדם על המקרקעין שלו)- בעלי גישה זו ייטו לאפשר פחות פגיעה בקניין ואם תהיה פגיעה- יהיה פיצוי שווה ערך. **"התחום הסביר" הנקבע בסעיף 200 ע"פ גישה זו יפורש כ"פגיעה מזערית" – קבעו כי זה לא סביר לקחת 11%.**  
**אור וברק(+מצא):** מגנים על הזכות פחות ונותנים הגנה גדולה יותר לערכים של **תו"ל ואחריות חברתית**- אם יש פגיעה סבירה בזכות אז לעיתים גם לא נפצה – **קבעו כי זה סביר לקחת 11% אבל מן הצדק לפצות.**

***פס"ד קרן תורה ועבודה(הפקעה חלקית):***

**עובדות**: הוועדה המקומית לתו"ב רעננה החליטה להפקיע חלק משטח שהיה בבעלות המשיבה.

שמאי קבע כי ההפקעה אינה מגיעה ל40%, וכי הפגיעה ביתר השטח מגיעה ל7.57% והיא בגבולות הסביר.

המשיבה טוענת כי ההגנה של ס'190(א)(1) לחוק התכנון והבנייה, עומדת לה- "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש".

* **ארבל+ריבלין:** ההגנה של סעיף 190(א)(1) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/044_001.htm) אינה חלה על מקרה זה, שכן יתרת החלקה ניתנת לניצול באופן סביר, וניתן לפצות את בעלי המקרקעין על הפגיעה בשווי היתרה. **רק במצב שלא ניתן לנצל את יתרת הקרקע באופן סביר - נפקיע את כל החלקה ונפצה על הכל.  
  ריבלין:** הפרשנות המרחיבה של דנציגר תרוקן מתוכן את הסמכות של הרשות להפקיע עד 40% ללא פיצוי (ואז תאלץ הרשות להפקיע הכל תוך מתן פיצוי- כאשר יש מצב שהפגיעה בגדר הסביר! או לא להפקיע כלל). לא הגיוני שהמחוקק התכוון בס'190(א)(1) לבטל את מוסד ההפקעה ללא פיצוי

**דנציגר(מיעוט):** **תומך במתן פרשנות דווקנית להוראת הסיפא של סעיף 190(א)(1)-** **כל פגיעה** ביתרת שווי המגרש שנגרמה כתוצאה מההפקעה חלקית של מגרש צריך שתימנע מן הרשות לבצע את ההפקעה אלא אם זו תפקיע את המגרש כולו.  
**דנציגר מאוד דוגל בזכות הקניין של הפרט -** *בעצם מנסה לצמצם את האפשרות של המדינה להפקיע פחות מ40% ולא לשלם- כיוון שאם יפקיעו פחות מ40% אך תהיה פגיעה ביתרת השטח יצטרכו לשלם פיצוי על כולו. כלומר המדינה תצטרך לכלכל את צעדיה בחכמה. איזון בין זכות לקניין ושוויון לבין "אחריות חברתית"****.***

***שער שני: פומביות הקניין***

**מרשם זכויות**

**פנקסי מקרקעין**

**"מקרקעין מוסדרים"** - מקרקעין שנרשמו לאחר הסדר לפי פקודת הסדר זכויות

במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969;

**"רישום" -** רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו;

פרק ב': עסקאות ורישומן

**6.** עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה.

עסקה במקרקעין

**7. (א)** עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

גמר העסקה

**(ב)** עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

**10.** מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

רכישה בתום לב

**125. (א)** 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.

כוח ההוכחה של רישום

**(ב)** רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתכנו.

**ס' 6 לחוק המקרקעין** קובע ש**עסקה במקרקעין היא כל הקניה של בעלות או של אחת הזכויות המנויות בס' 2-5** (או זכויות מקרקעין מחוקים אחרים), למעט הורשה ע"פ צוואה (לכן ס' 7 לא חל על ירושה).

**ס' 7(א)**- **כל עסקה במקרקעין טעונה רישום (בטאבו).**

**ס'** **7(ב)** [קוגנטי]- **עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה** (זכות חוזית ולא קניינית).

**ס'8 – התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.**

**כלומר, עסקת מקרקעין כוללת שני שלבים:**

* 1. **שלב חוזי**
  2. **שלב קנייני- שלב הרישום**

**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.

**מה האינטרס שס' 7(ב) מעוניין להשיג?**

**ס' 7(ב) סוטה מחופש החוזים –** כיוון שגם אם צדדים נקטו בחוזה לשון קניינית – עד שהם לא יירשמו – תהיה להם רק זכות חוזית.

**למדינה יש אינטרס שספרי המרשם יהיו מהימנים ומדויקים כך שאם מישהו רוצה לעשות עסקה במקרקעין הוא ידע מי זה 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.**זו בעיה חריפה שכן מבחינה אובייקטיבית במקרקעין, בשונה ממיטלטלין, יש פער זמן בין השלב החוזי לשלב הקנייני, עקב השגת אישורים שהמדינה דורשת לצורך קניית מקרקעין, ולכן המציאו את "הערת האזהרה"- הקונה יכול לרשום לאחר כריתת החוזה הערת אזהרה בטאבו **ואז הקונה מוגן מעיקולים ופשיטת רגל של המוכר.** על אף הרחבת ההגנה על החיוב, ההגנה הטובה ביותר היא רישום הזכויות במירשם.   
לפני 1969, הסנקציה הייתה הרבה יותר חריפה- עסקה שהייתה טעונה רישום והצדדים לא רשמו אותה, הייתה בטלה לחלוטין גם במישור החוזי **(פס"ד מורדוב).   
ס' 7(ב) הוא מרוכך יותר מפני שהוא נותן לה תוקף חוזי אם כי לא קנייני.**

**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, אז הוא רכש את הזכות ויש לו זכות קניינית.

**ס' 124** **לחוק מאפשר לכל המעוניין לעיין בפנקסי הרישום.** גם עיקולים וצווים שיפוטיים נרשמים בטאבו **(ס' 123)** וכך לא ניתן למכור. **למעשה ס' 123 קובע מה יירשם בפנקסי המקרקעין – ישנם פרטים הטעונים רישום ויש שניתנים לרישום.**   
עוד נרשמים בטאבו:   
**דברים הנרשמים ללא עסקה**- צו ירושה, עיקולים (עיקול זו לא זכות קניינית גם אם הוא נרשם, הוא רק מונע מהבעלים הרשום לעשות עסקאות).  **כל דבר אחר הטעון רישום** או ניתן לרישום לפי חיקוק כגון נאמנות וכו'.

**מקרקעין לא רשומים**- כאשר אין חלוקה סופית בטאבו לחלקות אלא רק לגושים (קורה בבתים משותפים חדשים). רק כשכל בית יקבל חלקה וירשם, אז תהיה זכות קניינית.

**ס'1 לחוק המקרקעין:** **מקרקעין מוסדרים ולא מוסדרים -**    
במקרקעין מוסדרים נערכה בדיקה מחודשת של הזכויות ולכן הרישום הוא מדויק ומהימן יותר.  **ע"פ ס'125** אם המקרקעין מוסדרים אז זו ראיה חותכת שמי שרשום כבעלים יש לו זכות בעלות.   
במקרקעין לא מוסדרים קיים הרישום הישן כאשר אין חלוקה לגוש ולחלקה.

***פס"ד מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי***

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.   
**השאלה המשפטית**: האם ייחשב הרישום לטובת בנק אמריקאי שעשה כל שצריך לעשות ועסקת המשכנתא שלו אושרה לרישום?  **ביהמ"ש: קבע שלא. מה שאושר לרישום ולא נרשם בפועל איננו מידע נגיש לציבור, ולכן לא ייחשב רשום. ביהמ"ש הלך לפי מטרת המרשם- הנגשת מידע לכל המבקש לעשות עיסקה בחלקת מקרקעין.**  **על כן, מידע שאינו נגיש לצד שלישי לא ייחשב ולכן 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. אם לא נעשה כן ולא היה רישום- יישא הצד שלא וידא באחריות להשלכות.

***פס"ד ליפקין נ' דור הזהב-***עסקת מקרקעין שנרשמה בטאבו בטעות לפני שהקונה שילם את כל הסכום (זה לא מקובל בד"כ – כי העבירו בעלות לפני ששילם הכל, ואז הקונה התחמק מתשלומים).  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן להשיב בעין נכס שנמכר ונרשם בעקבות הפרת חוזה של הקונה?   
 **נתניהו**: **השבה בעין היא אפשרית ואיננה 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.**

**ספרי מנהל מקרקעי ישראל**

**ישנן דירות שרישומן מתנהל רק במינהל מקרקעי ישראל ואין רישום בפנקס המקרקעין.**   
כשנמכר נכס כזה- על מנת שהרישום במינהל יעבור לשם הקונה נדרש להביא את כל האישורים הדרושים לרישום בטאבו. כל זאת מפני שבבוא היום- בסיום ההליכים התכנוניים (כיוון שהרישום במינהל הוא זמני ועתיד לעבור לטאבו)- יירשם בעל הזכויות האחרון בנכס בפנקס המקרקעין. **הרישום במינהל הינו מקביל לרישום בטאבו,אך הפסיקה התלבטה לא פעם מהו תוקפו. עד שנת 2000 לא נוהל רישום זה מכוח חוק כלל. בשנת 2000 הטיל החוק על מינהל מקרקעי ישראל לנהל מרשם (ס' 4 טו). עם זאת, רישום זה אינו באותה רמת מהימנות/נגישות של המרשם שבפנקס המקרקעין.**

***פס"ד ריינס:*** נכס שרשום בספרי המינהל ואינו רשום בפנקסי המקרקעין**-** אין לסטות מן הכלל לפיו זכות קניינית במקרקעין נרכשת רק עם רישומה במרשם המקרקעין. **אם הרישום אינו אפשרי, לא יכולה להירכש זכות קניינית. כל שנרכש הוא זכות חוזית לקבל את הזכות הקניינית בעתיד, לכשיתאפשר רישום הנכס והזכויות בו במרשם המקרקעין.**

**רישום שעבודים=משכון**

**חוק המשכון ס' 4-** כוחו של משכון יפה כלפי נושים אחרים עם רישום המשכון (אלא אם כן המשכון הופקד/קיים חוק ספציפי). כלפי נושה שידע/היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום.

**שעבוד שיצר יחיד נרשם ברשם המשכונות.**

**שעבוד מקרקעין נרשם בטאבו.**

**פקודת החברות ס' 178-179- כל שעבוד שחברה יוצרת חייב להירשם ברשם החברות, גם כאשר מדובר על משכנתא במקרקעין- נדרש רישום כפול.** **ס' 179** מסדיר את דרכי הרישום ומועדיו.

**ע"פ חוק המשכון, השלב החוזי איננו מספיק על מנת לתת למשכון כוח כלפי אחרים. נדרש רישום ובכך יושלם השלב הקנייני.** כל עוד אין רישום תיחשב העסקה להתחייבות לעשות עסקה. המשותף לרישום ולהפקת המשכון ביד הנושה הינו כי שניהם משקפים את מימד הפומביות.

**דוג':** זוג צעיר שרוצה לקנות דירה – אין לו בעלות בדירה. הוא נותן לבנק **משכון בזכות חוזית במקרקעין ולא משכנתא. ואת המשכון הזה לא רושמים בטאבו אלא ברשם המשכונות.**

**רישום משכונות נעשה בדרך רישום עסקאות-** בניגוד לרישום לפי חוק המקרקעין בטאבו- שם הרישום הינו רישום זכויות. רישום שעבודים נעשה ע"פ שם הממשכן כיוון שישנם סוגי נכסים לגביהם לא מתנהל מירשם זכויות (מיטלטלין שאין רישום לגביי בעליהם למשל – **מה שיוצר מצב מאוד בעייתי שמישהו יכול למשכן דבר כלשהו, בלי שהוא הבעלים שלו ואף אחד לא יידע על זה**).

**השלבים למשכון ע"פ חוק המשכון**

* 1. **חוזה** (**ס' 3(א)**).
  2. **פומביות** (**ס' 4**)- רק כאשר מתבצע אחד השלבים קיימת זכות קניינית:

1. ס' 4(3)- **רישום** **משכון מיטלטלין ברשם המשכונות.**
2. ס' 4(2)- כאשר **הופקד** המשכון בידי הנושה או אחר מטעמו (במיטלטלין).
3. ס' 4(1)- בנכסים שיש בהם **הוראות מיוחדות** בחוק אחר, יחולו ההוראות המיוחדות:   
    רישום מקרקעין **יעשה בטאבו,**   
   משכון שיצרה חברה- יירשם **ברשם החברות,**   
    משכנתא במקרקעין שיצרה חברה-**רישום כפול: בטאבו וברשם החברות.**

**ויסמן / מהימנות הרישום (עמ' 118)-**  **את שיטות הרישום של נכסים ניתן לחלק לשתי קטגוריות עיקריות:**

1. **"רישום זכויות"-** מאפשר למתעניין לדעת אילו זכויות קיימות לגביי נכס פלוני, ומי הם אותם בעלי זכויות. כאשר נרשמת עיסקת מכר בשיטת רישום זכויות, משמעות הרישום הינה כי הקונה הוא מעתה בעל הנכס ולא ניתן לערער על נכונות הרישום.
2. **"רישום עסקאות"-** שיטה זו מגלה אילו עסקאות בוצעו בנכס פלוני, בלא לקבוע במישרין כי אכן תקפות הזכויות פרי אותם עסקאות בהתאם לפרטי הרישום. בדוגמא שנתנו לעיסקת מכר- בשיטת רישום עסקאות יירשם כי בוצעה עיסקת מכר בלא לקבוע בצורה נחרצת כי אכן הקונה הוא הבעל האמיתי- אדם שלישי יוכל להביא את הוכחותיו ולערער על תקפות העיסקה.

**לאיזו משתי השיטות יש לסווג את שיטת המשכון הרשום?** אין הוראה מפורשת בחוק לעניין זה. בתקנות המשכון נאמר כי משציין הרשם על הודעת מישכון שהתקבלה מספר סידורי, יום ושעת הקבלה, יהא בכך **"ראיה חותכת לרישום המשכון בלשכה".** דהיינו, תוקפו של המשכון לא ייחשב כמוכח אלא רק עובדת רישומו בלשכת רישום המשכונות. **מהימנות המרשם בכל הנוגע לתקפו של המשכון-** אין בכוחו של הרישום לתקן פגמים שנפלו במשכון עצמו- על אף הרישום יכול לבוא אדם שלישי ולהוכיח כי המשכון אינו תקף, למשל משום שהממשכן לא היה בעל הנכס הממושכן, או משום שלא הייתה לו הכשרות המשפטית להתקשר בהסכם משכון.  **במילים אחרות, רישום המשכון פועל בשיטת רישום עסקאות ולא במסגרת שיטת רישום זכויות.**רישום המשכון אינו יכול להבטיח כי הממשכן הוא הבעלים האמיתי **ולכן דין הוא כי הרישום יעיד רק על כך שבוצעה עסקת משכון בלא לערוב לתוקפו של המשכון שנוצר בעקבותיה** (יש בכך היגיון כי שיטת רישום משכונות חלה על כל סוגי הנכסים לרבות נכסים שביחס לבעלות בהם לא מתנהלים כל רישומים ולכן לא ניתן לדעת מי הוא בעל הנכס האמיתי וכפועל יוצא מכך האם רשאי היה למשכן את הנכס). **לשם יצירת משכון נדרש הסכם בין החייב לבין הנושה ורק אז יירשם המשכון, ע"פ ס' 4 לחוק המשכון,** שגם ממנו ניתן להסיק כי אין הרישום לכשעצמו מעניק ערובה לתוקפו של המשכון. **על ההסכם חל הדין הכללי בדבר הסכמים (כללי כשרות משפטית וכו'). עובדת רישומו של משכון אם כן, אינה משמשת מחסום בדרכו של המבקש לערער על תוקף המשכון. אין להסיק ממשכון רשום כי הוא ממשיך להיות בר תוקף.**

**שיעבוד נכסי חברה- רישום משכנתא על נכס של חברה מצריך** רישום כפול- **הן בלשכת רשם החברות** **והן בפנקסי המקרקעין.**  **לרנר** מתנגד למרשם הכפול וטוען כי ניתן לרשום משכנתא על נכסי חברה בלשכת רשם המקרקעין בלבד.

2 דינים שחלים על רישום ברשם **החברות** ואשר לא מתיישבים עם תכלית הרישום להוות מידע מהימן לצד ג':

* 1. **ס' 179א'1 לפק' החברות**- **החובה למסור את המסמכים תוך 21 יום** (בחוק המשכון אין לכך זמן מוגדר- אם לא רשמת את המשכון, אז הוא לא תקף וזו בעיה שלך).
  2. **אם נמסרו כל המסמכים, המשכון נחשב כרשום אף אם הוא לא רשום בפועל.**

***פס"ד בנק המזרחי המאוחד נ' בנק הפועלים***   
(לשניהם היה שעבוד על אותו נכס, אך השעבוד הראשון לא נרשם אצל רשם החברות עקב טעות הפקיד)- כיום תפקידו העיקרי של המרשם הוא **מתן מידע לצדדים זרים על טיב הזכויות בנכסי החברה.**  **בפס"ד מובאת דעתו של לרנר בדבר שתי תכליות מנוגדות למרשם-**

מחד, 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. טעות רישומית מסכלת כליל את המטרה המוצהרת של המרשם.

מנגד, אם נועד הרישום 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 אמיתותה של עסקת המשכון".

**אנגלרד: 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 לוושא שלא היו טעויות.**

**זכויות בכלי רכב**

**לגבי כלי רכב יש מרשם נוסף והוא המרשם אצל משרד הרישוי.**   
מה נרשם במשרד הרישוי? **עיקולים, בעלויות, שעבודים (השכרות לא). העניין מוסדר בחוק התעבורה ותקנות התעבורה.**

**הפסיקה התלבטה בשאלה מה מהות המרשם אצל משרד הרישוי**- **קונסטיטוטיבי (מחייב) או דקלרטיבי** (הצהרתי).   
האם דין כלי רכב כדין מטלטל רגיל שלפי **ס' 33 לחוק המכר** הבעלות בו עוברת לקונה במסירתו אם הצדדים לא הסכימו אחרת?

***פס"ד לוי נ' רייס***   
בטווח שבין עריכת החוזה, העברת התשלום והרכב, לבין הרישום במשרד הרישוי הוטל עיקול על הרכב-   
**ביהמ"ש**- העברת הבעלות ברכב היא כמו בכל מטלטל. **פס"ד זה קבע לראשונה כי הרישום במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי. העיקול לא יחול כיוון שהבעלות עברה לקונה כאשר שילם את הכסף ולקח את המכונית.**

**ס' 4 לחוק המשכון** קובע כי **משכון משתכלל עם רישומו ברשם המשכונות** (ולא במשרד הרישוי). **לכן, משכון כלי רכב חייב להירשם אצל רשם המשכונות בשלב הראשון. ללא רישום זה לא ייחשב הרכב משועבד.** יוצא מכך שלפני רכישת רכב יש לבדוק ברשם המשכונות לפי מס' הרכב אם הרכב ממושכן כיוון שהרישום במשרד הרישוי אינו מחייב.

***פס"ד אליהו נ' רבינוביץ' (מחוזי חיפה)-***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: כלל הוא כי רישום הרכב במשרד הרישוי הנו דקלרטיבי בלבד ואין בכוחו כדי ליצור זכויות בעלות ברכב**, **ואין בהעדרו של רישום,** **כדי לשלול זכויות אלה,** **שכן זכויות הבעלות ברכב נקבעות לפי דיני הקניין.**  **ע"פ חוק המכר הבעלות במיטלטלין עוברת לקונה במסירתו אם הצדדים לא הסכימו על מועד אחר. כלומר, הקניין בכלי רכב עובר בשלב מסירת המכונית.** המערערת הוכיחה כי לפי דיני הקניין, הרכב בבעלותה המלאה לאחר ששילמה למבוטח את מלוא תגמולי הביטוח. הפרת חובת הרישום יכולה לכל היותר להעמיד עילת תביעה נזיקית למי שהסתמך על הרישום המטעה, ובלבד שיוכח כי ההימנעות מהרישום היוותה התרשלות, וכי התרשלות זו הסבה נזקים אך אין בהתנהגות עוולתית כלשהי, כדי לשלול זכויות מהותיות.

***פס"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, שכן המשכון משקף התקשרות חוזית שביטויה ברישום הבא להעמיד כולי עלמא על החבות הרובצת על הנכס.** ההסכמה למסירת מידע על המשכון טמונה אפוא בעצם ההסכמה ליצירתו. **שמגר ממליץ שהלשכה המחייבת תהיה רק משרד הרישוי, וזאת על מנת למנוע סחבת ובלבול. בפועל, המלצה זו טרם יושמה.** כמו כן, על מנת שהמשרד יהיה נגיש לציבור ויקיים את עקרון הפומביות יש צורך שיינתן מידע לבעל עניין ברכב. הוא קובע כי מי שהסכים לשעבד רכב, נותן את הסכמתו מכללא לחשיפת המידע.

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

כשלוקחים כלי רכב כמשכון **חייבים לרשום אצל רשם המשכונות** כי ללא זה לא תהא עדיפות על נושים אחרים. **רצוי מאוד גם לרשום במשרד הרישוי** כדי למנוע מכירה של הרכב לאחר.

***שער שלישי- עסקאות***

**עסקה במקרקעין ובזכויות במקרקעין**

***הלכת בוקר:***    
זכות העיקול של נושה ביחס לנכס הרשום ע"ש חייב, גוברת על זכותו של בעל התחייבות חוזית לרכישת נכס. **"הזכויות שביושר" מן המשפט האנגלי- בוטלו!**  **מעקל גובר על קונה לא רשום (בין אם יש/אין הערת אזהרה).**

**לאחר הלכת בוקר הוסף לחוק המקרקעין ס' 127 (ב)🡨** נרשמה הערת אזהרה שאחריה הוטל עיקול- כל עוד לא נמחקה הערת האזהרה לא יגבר העיקול על הזכאי לפי ההערה (כנ"ל לגביי כונס נכסים, נאמן בפירוק).   
**בעל זכות חוזית שיש הערת אזהרה לטובתו גובר על מעקל/מפרק/כונס נכסים.**

**בנכסים שאינם רשומים בטאבו, ניתן לפרש את חוזה המכירה בשתי אפשרויות פרשניות:**

***פס"ד טקסטיל ריינס***   
**נכס שרשום בספרי המינהל ואינו רשום בפנקסי המקרקעין-** חוכרי הנכס העבירו זכויותיהם בנכס לקונים תמורת תשלום ("מכרו בית"). **לאחר המכירה הוטל עיקול של אחד הנושים (טקסטיל ריינס) של המוכרים על הבית והעיקול לא אפשר לימים רישום הנכס ע"ש הקונים.** הקונים פנו לביהמ"ש בבקשה שיצהיר שזכויותיהם בנכס נקיות מכל זכות/תביעה כלשהי של טקסטיל ריינס וכי העיקול חסר תוקף ויש לבטלו.   
**המחוזי:** **מאחר והנכס אינו רשום בפנקסי המקרקעין, לא תיתכן עסקה קניינית מושלמת, וזכויות החוכרים הן אפוא זכויות חוזיות גרידא, ומשכך העברת הזכויות מהחוכרים לקונים נשלמה עוד קודם להטלת העיקול ע"י טקסטיל ריינס, ולכן אין הערעור תופס** (טקסטיל ריינס טוענת כי כל עוד לא נרשם הנכס בפנקס, לא הומחתה הזכות הקניינית והיא עדיין שייכת לבעלי החוב שלה).  
**מניתוח פסק הדין עולה כי ישנן שתי דרכים פרשניות לעסקה שבוצעה:**

**אפשרות א':   
העסקה שנעשתה בין הקונים למוכרים הינה המחאת זכות חוזית ולא "עסקה במקרקעין". ככזו, איננה טעונה רישום והשלב הקנייני מתגבש גם בלעדיו-** למוכרים הייתה זכות חוזית אל מול המינהל כי בבוא היום כשיירשם הנכס בפנקס המקרקעין יירשמו המוכרים כבעלי הנכס. זכות זו העבירו המוכרים לקונים וכעת הקונים הם הנושים של המינהל שצריך בבוא היום לרשום אותם כבעלים.

**ההשפעה על העימות עם הנושה:**  אם היה מדובר ב"עסקה במקרקעין" הרי שהזכות הקניינית איננה עוברת עד לרישום **(ס' 7(ב)).** מכיוון שכך, היה ניתן להטיל עיקול, כיוון שהזכות הקניינית הייתה ונותרה של בעלי החוב, והשלב הקנייני בעסקה טרם נתגבש. משבחרנו לראות בעסקת מכר של נכס שאינו רשום כהעברת זכות חוזית, הרי שהעסקה נשלמת גם אם לא היה רישום.  **מתי נשלמת העסקה?** **הקונה עבר להתגורר בנכס, השלים את התשלומים וניתן לומר כי הצדדים התכוונו להעברת בעלות לכל היותר במועד התשלום האחרון.** העיקול הוטל לאחר מכן ולכן ע"פ אפשרות זו אינו תופס. דווקא חולשת העסקה, שאין רישום בטאבו, סייעה ל-ג' כי הקניין היה עובר רק בעת הרישום בטאבו והוא היה חשוף לעיקולים של נושי ב'. כאן הקניין עבר ללא קשר למרשם ולכן המעקל הפסיד.

**מדוע המחאת זכות איננה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין?**

נשוא העסקה בהמחאת זכות הינה הזכות החוזית ולא הזכות הקניינית בנכס מקרקעין.

המחאת זכות היא עסקה ריאלית ולא התחייבות לעשות עסקה.

**אפשרות א'(סיכום): העסקה בין א' ל-ב' הינה המחאת זכות חוזית(העברת בעלות בזכות חוזית).**

**נשוא הממכר הינו הזכות החוזית ולא זכות קניינית במקרקעין. ע"כ, אנו מחוץ לחוק המקרקעין!** כיוון שכך, הוראות החוק הכופות בדבר העברת הקניין עם רישומו **(ס' 7(ב)) אינן חלות**. במקרה כזה, כיצד נדע מתי עבר הקניין? לפי פרשנות החוזה בין הצדדים.

**אפשרות ב':**   **העסקה הינה "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין", וככזו לא התגבש בה עדיין השלב הקנייני אשר יתגבש בעתיד- עם רישום הזכויות במרשם המקרקעין-** דהיינו, **המוכר מתחייב לרשום בעתיד את הנכס ע"ש הקונה. עד לרישום זה, יש לקונה זכות חוזית אל מול המוכר ולא זכות קניינית ולכן ניתן לעקל.**   
**עליון:** לא ייתכן שהצדדים התכוונו לעסקה כזו. זאת משום שההנחה היא שהמוכר לא התכוון לשאת בסיכון – שמי שעל שמו רשומה הבעלות בנכס לא יעביר, בבוא היום, את הזכויות בנכס – ולהיות אחראי לכך כלפי הקונה. כ"כ מנסיבות המקרה קשה להניח כי הצדדים להסכם המכר התכוונו לנסח התקשרות חוזית שלא ידוע מתי ניתן יהיה לבצעה. גם הפעולות שביצעו – תשלום מלוא התמורה ומסירת החזקה בנכס – מעידות על כוונתם להשלים את ביצוע ההתקשרות החוזית ביניהם בהווה, עם כריתת הסכם המכר או בסמוך לאחר מכן, ולא במועד בלתי ידוע בעתיד.

**אפשרות ב'(סיכום): העסקה הינה "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין".** ככזו לא התגבש בה עדיין השלב הקנייני והוא יתגבש בעתיד- **עם רישום הזכויות במרשם המקרקעין.**

**הלכת פס"ד ריינס: כשמדובר בנכסים שאינם רשומים במרשם המקרקעין, ישנה חזקה פרשנית כי מדובר בהעברת זכות (אפשרות א') ולא בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין.**

**מתי מועבר "הקניין" בזכויות חוזיות?**

**לפי סעיף 33 לחוק המכר, תשכ"ח- 1968,** "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, **אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות".** כאשר מדובר בעסקת מכר של זכויות חוזיות – שבמהותה היא המחאת זכויות כלפי צד שלישי – חלים על העסקה הן חוק המכר, המסדיר את יחסי המוכר-הממחה והקונה-הנמחה, והן חוק המחאת חיובים, המסדיר את יחסי הנמחה והחייב (שהוא, בענייננו, המינהל). בעסקה כזאת לא קיים שלב של מסירה פיזית של הממכר, אלא הסכם ההמחאה גופו הוא המעביר את הזכות מהמוכר-הממחה לקונה-הנמחהאולם המתקשרים רשאים להסכים על "מועד אחר... להעברת הבעלות" בזכות. **קביעת המועד שבו התכוונו המוכרים והקונים להשלים את המחאת הזכות החוזית כלפי המינהל תלויה בפרשנותו של הסכם המכר.**

ביהמ"ש קובע חזקה משפטית- כל עוד לא הוכח אחרת, הצדדים התכוונו לעסקה של המחאת זכויות ולא לעסקה במקרקעין, משום שלא סביר שהמוכר ייטול אחריות לגבי התחייבות שביצועה לא תלויה בו. המסקנה היא שהקניין עבר לקונה במועד העברת החזקה וקבלת התמורה ולכן העיקול שנעשה אח"כ איננו תקף.

\*\* אם זו המחאת זכויות **נוצר קשר משפטי ישיר בין ג' לא'.** אם זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין **אז למעשה אין קשר משפטי, אין יריבות בין ג' לבין א'. כלומר ג' לא נושה כלום בא'. ג' נושה בב' וב' נושה בא' ולכן ג' לא יכול להגיש תביעה נגד א'.** (\*\*\*השלכות של חדל"פ של ב' לגבי ג' בע"מ 32 במחברת הגדולה.)

***פס"ד סעיד(בוחן על מתנה):***

**עובדות:** המנוח העניק במתנה שטחים בחלקות שהיו ברשותו לשלושת בניו, טרם מותו. עם זאת, במסגרת צוואתו הורה כי זכויותיו בחלקות האדמה יחולקו בין בניו באופן שווה.

לטענת המערער, מג'יד, הצוואה של המנוח לא יכולה לבטל את תצהירי המתנה שנתן, מאחר ועסקאות המתנה השונות הושלמו (**הוא טוען להמחאת הזכות החוזית)** בכל מקרה, נטען כי המנוח כלל לא התכוון לבטל את המתנות באמצעות צוואתו.   
לטענת המשיב 10, סעיד, המתנות שהמנוח נתן לילדיו לא הסתיימו ברישום, כאשר הוא לא מסר יפויי כח בלתי חוזרים לגבי המתנות, ועל כן הותיר בידו את האפשרות לחזור בו מן המתנות(**טוען להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין).**

**ביהמ"ש:** 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, הבחינה הפסיקה בין "דבר מתנה" שהוא זכות במקרקעין לבין "דבר מתנה" שהוא זכות אובליגטורית ביחס למקרקעין.** כך, מקום שבו "דבר המתנה" הוא זכות במקרקעין, מדובר בהתחייבות לעשות עסקת מתנה עד לרישום הזכות במרשם המקרקעין. לעומת זאת, מקום שבו "דבר המתנה" הוא זכות אובליגטורית ביחס למקרקעין, מדובר בנכס שאינו מקרקעין לגביו יחולו דרכי ההקניה הקבועות בסעיף 6 לחוק המתנה, ועסקת מתנה בו ניתנת להשלמה גם בלא רישום במרשם המקרקעין. **כאשר מדובר בהמחאת זכות אובליגטורית, מקבל המתנה (הנמחה) הופך להיות בעל הזכות האובליגטורית, בהתקיים התנאים שנקבעו בסעיף 6 לחוק המתנה. במקרה כזה, נותן המתנה לא יכול לחזור בו מן המתנה שהושלמה והזכות האובליגטורית שהייתה לו במקרקעין עוברת למקבל המתנה. לעומת זאת, מקום שבו מדובר בהתחייבות של נותן המתנה כלפי מקבל המתנה להעביר את זכויותיו במקרקעין בעתיד, הרי ש"דבר המתנה" הינו זכות במקרקעין וכל עוד לא נרשמה הזכות על שמו של מקבל המתנה במרשם המקרקעין, הרי שמדובר בהתחייבות לעשות עסקת מתנה במקרקעין שנותנה יכול לחזור בו ממנה, בהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיף 5(ב) לחוק המתנה.**

**תוצאה –** העסקה לא הייתה המחאת זכות אלא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולכן האבא יכל לחזור בו והירושה תקפה כי ההתחייבות עוד לא נרשמה בטאבו.

***פס"ד כונס נכסים נ' בנק הפועלים***  
**עובדות:** המנוח נתן לבנק שיעבוד על הזכות החוזית שלו לעסקת המקרקעין. השעבוד נרשם ברשם המשכונות. לאחר שנפטר עזבונו פשט את הרגל- האם הוא נושה מובטח?-   
העסקה בין הקונה לבנק היא המחאת זכויות(שעבוד) ולכן אנחנו מחוץ לחוק המקרקעין.   
**משנרשם המשכון ברשם המשכונות זוהי זכות קניינית והנושה הוא מובטח.**  **פס"ד זה קובע כי ניתן לשעבד גם זכות חוזית במקרקעין. שיעבוד כזה יירשם אצל רשם המשכונות (ס' 4 לחוק המשכון).**

**דוג' נוספת:**

זוג צעיר רוצה לקנות דירה. אין להם כסף לשלם לא' (בעלים רשום), הם צריכים הלוואה מהבנק – שלא מוכן לתת הלוואה עד שלא יהיה להם נכס לשעבד לו. **מה עושים?  
שלב 1 – המחאת זכות (שעבוד) -** הזוג משעבד לבנק את **הזכות החוזית שלו להרשם בטאבו (ממחה לבנק את זכותו על דרך שעבוד) – נרשם ברשם המשכונות.**

**שלב 2 –** הזוג **מתחייב לעשות עסקה במקרקעין – כלומר הוא מתחייב כי ברגע שהוא יירשם ע"י א' בטאבו בתור בעלים – הוא מעביר זכות קניינית לבנק (רושם על שם הבנק משכתנא על הבית – בטאבו).**

**ניתן לראות כי יש פה ביחד את דגם א' ואת דגם ב'.**מה שקורה בפועל –  **כל עוד א' הוא בעלים רשום** – אם הזוג לא משלם לבנק את ההלואה – **הבנק נושה מובטח כי יש לו זכות קניינית בזכות חוזית להרשם (לפי פס"ד כונס נכסים).**

**כשא' מעביר לזוג את הבעלות והם נרשמים בטאבו –** מתבטלת המחאת הזכות (כי אין יותר זכות להרשם) והבנק נרשם בטאבו בתור מקבל משכנתא על הבית (**זה השלב הקנייני של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין)** – ואם הזוג עכשיו לא ישלם לבנק – **הבנק נושה מובטח והוא ייקח להם את הבית עצמו.**

**הערת אזהרה**

סימן ב': הערות

126. (א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן - הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

הערת אזהרה

(תיקון מס' 2)

תשל"ג-1972

(תיקון מס' 16)

תשנ"ד-1994

(ב) נרשמה ההערה על-פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור.

מיום 22.12.1972

**תיקון מס' 2**

[ס"ח תשל"ג מס' 673](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-0673.pdf) מיום 22.12.1972 עמ' 18 ([ה"ח 977](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-0977.pdf))

126. (א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות במקרקעין, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן – הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

(ב) נרשמה ההערה על-פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור.

מיום 5.9.1994

**תיקון מס' 16**

[ס"ח תשנ"ד מס' 1482](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1482.pdf) מיום 5.9.1994 עמ' 364 ([ה"ח 2295](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2295.pdf))

(א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או ~~בעל זכות במקרקעין~~ בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן – הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

127. (א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.

תוצאות של הערת אזהרה

(תיקון מס' 2)

תשל"ג-1972

(ב) 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.

(ב1) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

(תיקון מס' 16)

תשנ"ד-1994

(ג) עסקה המקנה חלק ממקרקעין, בבעלות או בחכירה לדורות, לרשות מקומית למטרת דרכים או מדרכות או הרחבתם, המתחייבת מתכנית שאושרה לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, לא יראו כעסקה הסותרת הערת אזהרה, ובלבד ששלושים יום לפני רישום העסקה נשלחה הודעה על כך לזכאי על פי הערת האזהרה.

(תיקון מס' 6)

תשל"ח-1978

**הערת אזהרה היא טכניקה שהומצאה ע"י המחוקק בכדי להגן על רוכש הזכות בין השלב החוזי לשלב הקנייני. כל אחד מהצדדים יכול לרשום הערת אזהרה. הקונה יכול לעשות זאת לבדו באמצעות הצגת החוזה בטאבו.**

ב-1969, כאשר התקבל חוק המקרקעין, היה הסדר דומה לזה שבסעיף **127(א)** של היום שאמר שאם נרשמה הערת אזהרה, לא תירשם עסקה הסותרתאת תוכן ההערה אלא בהסכמת הזכאי (כמו עיקול).

***פס"ד בוקר***

**עובדות:** הוטל עיקול על הנכס למרות הערת האזהרה. אז היה קיים רק ס' 127(א) – שקובע שאם יש הערת אזהרה – לא תירשם **עסקה** סותרת.  
**ביהמ"ש** :קובע **שהעיקול תופס**. הוא קובע כי **עיקול אינה עסקה במקרקעין (**כי עסקה היא פעולה דו צדדית בין שני אנשים בעוד שעיקול הוא פעולה שרק צד אחד מבצע) **ולכן הערת אזהרה לא מונעת עיקולים אלא רק עסקות סותרות.**   
כמו כן, הוא מבסס את דבריו על ההבחנה בין חיוב לקניין: **עד שהבעלות לא נרשמת על שם הקונה, הדירה היא קניינו של המוכר ולכן היא חשופה לעיקול של הנושה.**

כתגובה לפס"ד זה, המחוקק הוסיף את ס' **127(ב)** **כך שקונה שיש לו הערת אזהרה יהיה מוגן כנגד עיקולים וחדלות פירעון של א'.**  לכאורה, אין לקונה תמריץ עכשיו לרשום בטאבו כי הערת האזהרה מגינה על כל המקרים. אך זה לא נכון לגמרי בשל סוגיות הנוגעות לתקנת השוק. כמו כן, הערת אזהרה אינה מקנה לזכאי אפשרות לנקוט פעולות אקטיביות, אלא רק מונעת רישום עסקאות סותרות. כאשר הרישום בטאבו מסתיים, נמחקת הערת האזהרה.   
בשנת 1999 קבעה ***הלכת אהרונוב*** **כי קונה בעל זכות חוזית (בין אם יש לו הערת אזהרה ובין אם לא), הוא בעל זכויות מן היושר תוצרת הארץ, ולכן גובר על מעקל.**

**השוני והדמיון בין הערת אזהרה לעיקול**

* **לבעל ההערה יש לרוב אינטרס בקרקע המסוימת בעוד שלמעקל אין אינטרס ספציפי בקרקע המסוימת.**
* אם מישהו הטיל עיקול על המקרקעין, לא ניתן לרשום עסקה נוגדת. זהו גם הכוח של הערת אזהרה, אך **ס' 127(ב)** **נותן להערה כוח נוסף שאין לעיקול:** **אם המעקל לא סיים את הליכי העיקול ובינתיים הפך החייב לחדל פירעון, אין למעקל עדיפות על פני נושים אחרים וזאת בניגוד להערת אזהרה אשר מגינה על הקונה גם במצב של חדלות פירעון.**
* כדי להטיל עיקול, צריך אישור של הוצל"פ, בעוד שהערת אזהרה, ניתן פשוט לרשום.

**מה ההבדל בין הערת אזהרה למשכנתא?**

**מי שרשומה לטובתו משכנתא יכול לפתוח בהליכים למימושה.** מהכסף שיתקבל בתמורה הוא יקבל את החוב המגיע לו.  **לעומת זאת, בהערת אזהרה, לא יכול המוטב לממש את הערת האזהרה ולקבל שוויה בכסף. יש לו רק כוח מניעתי- מקבל הגנה מפני נושים. את הערת האזהרה לא ניתן למחוק ללא הסכמת המוטב.** על כן כאשר המוכר נכנס לחדלות פירעון, המפרק פרקטית חייב להתחשב בזכויותיו של המוטב כשהוא מוכר את המקרקעין, אחרת הוא לא יסכים למחוק את ההערה. כך מתבטאת עדיפותו של המוטב על פני הנושים האחרים. (**ניתן לראות כי להערת אזהרה יש שתי תכונות קנייניות – עדיפות** (לדבי חדל"פ), **ועקיבה** (חוסמת עסקאות נוגדות עתידיות).

**האם הערת אזהרה היא זכות קניינית?**

***פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי***   
**עובדות: בקשה לרישום הערת אזהרה על הערת אזהרה (**מתעורר בד"כ במקרים של **עסקת קומבינציה** –כי הקונים של הדירות רוצים לרשום לטובתם הערת אזהרה על העסקה עם הקבלן – כשלקבלן עצמו אין בעלות במקרקעין אלא רק הערת אזהרה מכוח החוזה שלו עם הבעלים) **-**   
בעבר, היה כתוב **בס' 126(א)-** התחייב בעל זכות קניין במקרקעין לעשות בהם עסקה, אז הזכאי יכול לרשום הערת אזהרה.  **לכן, עלתה השאלה האם הערת אזהרה נחשבת לזכות קניין במקרקעין ויכולה לשמש לרישום הערת אזהרה(**כי אם נאמר שלקבלן יש זכות קניין – הקונים יכולים לרשום הערת אזהרה, ואם אין לו זכות קניין הם לא יכולים).  
**ביהמ"ש: קבע כי זה יצור כלאיים – זכות מעיין קניינית.**  
שאלה זו אינה רלוונטית עוד שכן כיום, **ס' 126(א)** מונה בפירוט 6 זכויות במקרקעין שרק אם המתחייב הוא בעל אחת מזכויות אלה, הזכאי יכול לרשום הערת אזהרה.  **כלומר, מי שיש לו רק הערת אזהרה, לא ניתן לרשום הערת אזהרה נוספת מכוח ההתחייבות שלו.**  **בנוסף, עלתה השאלה לגבי הצורך לרשום הערת אזהרה של משכנתא גם ברשם החברות**.   
כיוון שלפי ס' 178 לפק' החברות – יש רשימה של **שיעבודים** שצריכים להרשם אצל רשם החברות.  
ס'1 לפק' החברות – שעבוד – משכנתא או כל צורה אחרת של ערובה.  
**ביהמ"ש קבע כי הערת אזהרה היא צורה של ערובה** ולכן היא שעבוד שכן כוחה יפה במקרה של פשיטת רגל, **ולכן הערת אזהרה על מקרקעי חברה טעונה רישום הן ברשם המקרקעין והן אצל רשם החברות.   
המחוקק:** **הגיב בפעולה מהירה כנגד פסק דין זה וקבע את ס' 127 (ב1) לחוק המקרקעין לפיו הערת אזהרה שנרשמה במרשם המקרקעין אינה דרושה רישום בפנקס נוסף. כלומר, אין צורך ברישום כפול של הערת אזהרה על נכסי חברה.**

\*המחוקק לא ביטל את ההלכה שסיווגה את הערת האזהרה כשיעבוד.

**\*כתוצאה מהחקיקה החדשה יוצא דבר מוזר**: לצורך משכנתא, נדרש רישום בטאבו וברשם החברות. כתוצאה מס' 127 (ב1), הערת האזהרה שהיא שלב מקדמי למשכנתא לא טעונה רישום כפול, בעוד שמשכנתא כן!   
למה? כי המרשמים השונים מיועדים לקהל יעד שונה.   
רשם החברות- מבט כללי על החברה לצורך עריכת עסקאות.   
טאבו- מי שמתעניין באינטרסים השונים בחלקה מסוימת.   
כך יוצא שמי שמסתכל רק על רשם החברות לא יקבל תמונה מלאה שכן אין התייחסות למשכנתאות. על כן אפשרו מעבר רטרואקטיבית.

**הערת אזהרה אנכית:** **אסורה!** **(ס' 126 (א)).** הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה) – **במצב כזה נרשמת ההערה המאוחרת מכוח זכותו של בעל ההערה הראשונה בזמן.**כלומר, בעוד ההערה הראשונה נרשמת על הקרקע ועל זכויותיו של הבעלים הרשום, נרשמת השנייה על זכויותיו של הזכאי על-פי ההערה הראשונה. **שתי ההערות נמצאו אפוא על ציר זכויות אנכי, כשהאחת רשומה על גב רעותה.**

**הערת אזהרה אופקית: מותרת!** במצב כזה נרשמות ההערות השונות **מכוח זכותו והתחייבותו של בעל הנכס.** כך, למשל, כאשר מתחייב בעל הקרקע להשכיר לפלוני חלק מסוים מן המקרקעין ואחר כך מתחייב להשכיר לאלמוני חלק אחר של הקרקע – הערות האזהרה לטובת פלוני ואלמוני תירשמנה שתיהן על הקרקע ועל זכויות הבעלות של הבעלים הרשום. ניתן אפוא לומר כי שתי ההערות מצויות, זו לצד זו, על ציר זכויות אופקי.

**אם ג' רוצה לקבל הערת אזהרה מב' (שהוא רק בעל ה"א) הוא צריך לקבל את הסכמתו של א' הבעלים שב' ימחק ותכתב הערת אזהרה לטובת ג'(בד"כ מקרים של עסקאות קומבינציה.**

***פס"ד נסים נ' דניאלי***

**רישום הערות אזהרה סותרות-** **שוב עלתה השאלה האם הערת אזהרה היא זכות קניינית.   
אם מדובר בזכות קניינית או מעין קניינית**, אזי זה נחשב עסקה במקרקעין ועל כן על פי סעיפי החוק לא ניתן יהיה לרשום הערה נוספת שכן מדובר על עסקה סותרת. **אולם, אם מדובר בזכות שאינה קניינית** אזי לא מדובר בעסקה וניתן יהיה לרשום הערות נוספות.   
**שטרסברג-כהן**: **אומרת שמדובר בזכות שאינה קניינית**, ולכן גם לא ב"עסקה במקרקעין" **ולכן ניתן לרשום הערת אזהרה.** הרשם לא יוכל לקבוע למי מבעלי הערות האזהרה יש עדיפות, אלא הנושא יגיע לביהמ"ש להכרעה, **ומשום כך אין בעיה לרשום הערות נוספות ואפילו יסתרו את ההערה הקיימת.**

***פס"ד יפתח בנאי:***

**לפעמים ביהמ"ש מצווה על רישום הערת אזהרה כדי להקפיא את המצב הקיים –** אם שניים רבים על מקרקעין, יכולות בינתיים להווצר זכויות של צדדים שלישיים, אז בימ"ש מורה על רישום ה"א כדי להקפיא את המצב.

**תקנת השוק**

**מקרקעין:**

10. מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא   
 כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

רכישה   
בתום לב

125.(א) 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.

כוח ההוכחה  
 של רישום

(ב) רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא-מוסדרים יהווה ראיה לכאורה לתכנו

**א' הוא בעלים מקורי, ב' הוא גנב המוכר את הנכס לג' שהוא קונה בתום לב. כאשר קיימת בעיה חוזית בין ב' ל-ג', קיים ס' אי התאמה (הפרת חוזה), אך לבעיה בין א' ל-ג' אין פיתרון במסגרת החוזית.**

**לס' 10 לחוק המקרקעין יש 2 תכליות עיקריות:**

* + 1. הבטחת ההסתמכות על המרשם (הגנה על רוכשי זכויות במקרקעין)
    2. חיזוק אמינותו של המרשם

***פס"ד הרטפלד*:**

**עובדות:** היה צו ירושה ע"ש אדמונד הרטפלד, הגיע אדמונד הרטפלד אחר וקיבל את הקרקע שנרשמה על שמו והוא עשה עסקה עם ג', **שלא נרשם בטאבו.**  **גולדברג (רוב):** תקנת השוק מגנה על **זכויות קנייניות.** זכות קניינית **מצריכה רישום.** בהיעדר רישום הרי שמדובר בזכות אובליגטורית וזו אינה מוגנת ע"י תקנת השוק.  **חשין:** מסביר בעצם כי צריך שתהיה **השלמת קניין וזה נעשה ברישום. (במקרקעין).  
קדמי (מיעוט):** לעיתים יש לסטות מתקנת השוק ולקבוע לה חריגים. למשל, במקרה דנן בו היה פס"ד, הערת אזהרה, תום לב ותמורה- כל שחסר הוא האקט הפורמאלי של רישום.   
**ההלכה: נדרש רישום על מנת שתתקיים תקנת השוק והערת אזהרבה לא מספיקה!!**  
ב**פס"ד סונדרס** מנסים להסביר מדוע נדרשת השלמת הקניין- רק עם שלב השלמת הקניין, ג' משלם את כל הסכום. **לדעת המרצה**, הסבר זה לא נשמע כל כך משכנע מפני שלמרשם לא משאירים בד"כ יותר מ-10% מהתשלום.

***פס"ד סונדרס-***   
השאלה המשפטית- מהו המועד הקובע לקיומו של תו"ל לפי ס' 10?   
**נקבע כי נקודת הזמן הקובעת ראוי שתימשך עד למועד הרישום כיוון שרק הרישום הופך את הזכות לקניינית.** יש כאן החמרה בדרישת תום הלב- החל מהשלב החוזי ועד לשלב הקנייני (רישום). (**מחמירים עם ג').**  
כ"כ יש כאן חיזוק להלכת הרטפלד בה הייתה דעת מיעוט- השופטים כאן מסכימים פה אחד כי נדרש רישום. **החידוש של פס"ד סונדרס (ג' כבר השלים את הקניין) הוא שתו"ל צריך לחול עד לשלב השלמת הקניין.**

**התנאים לתקנת השוק במקרקעין (ס' 10):**

* + - 1. **רישום** (הערת אזהרה לא מספיקה! נדרש רישום ממש)
      2. **תמורה** (ממשית ולא סמלית, בוודאי שלא מתנה)
      3. **הסתמכות על המרשם** (אם מדובר בנסיבות חיצונית למרשם- לא תחול תקנת השוק. לדוגמא, אם הרישום נכון ואדם התחזה לבעל הנכס הרשום).
      4. **מקרקעין מוסדרים**
      5. **תום לב סובייקטיבי עד השלמת הקניין** (אדם יכול להיות רשלן ועדיין תם לב).

**תקנת השוק חלה בזכויות קנייניות בלבד!**

**דגש: מי שרכש זכות- רק עם רישום הקניין בטאבו! לא זכות חוזית..**

**ס'10 לא חל רק על בעלות, אלא גם על מי שרוכש זיקת הנאה או מקבל משכנתא**

**\*\*\*תקנת השוק לא מתגברת על זכויות שלא טעונות רישום.**

**מיטלטלין**

34. 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.

תקנת השוק

ס' **34 לחוק המכר** הולך לטובת ג' (הקונה) אם התמלאו התנאים בסעיף וזאת לשם עידוד המסחר.

**התנאים לתקנת השוק ע"פ ס' 34**

1. **תמורה**- הועברה. בעסקת מתנה לא מתקיימת תקנת השוק שכן אין העברת תמורה ולכן אינטרס המסחר לא   
    נפגע.
2. **תום לב**- סובייקטיבי. גם רשלנות רבתי מתיישבת עם תום לב.
3. **נדרש כי המכירה תיעשה במהלך העסקים הרגיל של המוכר**
4. **נדרש כי הממכר יהיה מסוג הנכסים שמוכר המוכר**
5. **קבלת חזקה** בנכס ע"י ג'- העברת הנכס לקונה. פס"ד קון נ' חסון דורש העברה מיידית (ולא במועד בעתיד)
6. **השלמת הקניין**- הסתיים השלב הקנייני. בד"כ במיטלטלין, תנאים 5 ו-6 מתקיימים יחדיו. ב**פס"ד קון נ' חסון** השאיר ביהמ"ש בצריך עיון האם בעלות ברכב עוברת עם רישומו במשרד הרישוי, אך לצורך המקרה הספציפי הוא קבע שמכיוון שהצדדים דחו את העברת הבעלות למועד הרישום, תקנת השוק לא חלה.

תכלית תקנת השוק במיטלטלין: **עידוד מסחר מהיר על כן אין צורך לעיין במרשמים.**

**הס' המקביל לס'34 בתזכיר חוק דיני ממונות מציע כי הבעלות בנכס לא תעבור נקייה, אלא הבעלים המקורי יוכל לקנות את המיטלטלין מהקונה שרכש לפי תנאי תקנת השוק. נכון שהבעלים מפסיד, אך יש חפצים בעלי ערך רגשי.**

***פס"ד רוזנשטרייך-***   
קנתה אוטו מעוקל מסוחר מכוניות ולא בדקה רישום ברשם החברות.   
**ביהמ"ש :קבע שידיעה קונסטרוקטיבית לא חלה על עסקאות במיטלטלין, וקיומו של רישום נוגד ברשם המשכונות שלא נבדק, לא שולל את תום הלב**. (אנו מעודדים מסחר מהיר ללא בדיקות מיותרות). **אם אצל ג' מתקיימים תנאי תקנת השוק (תו"ל סובייקטיבי, גם אם התרשל ולא בדק)- יגבר ג' על המעקל!**

***פס"ד כנען*** –  
כנען קנתה בשוק הפשפשים תמונה ב250 ₪ ששווה כ-100 אלף דולר. לכאורה התמלאו תנאי תקנת השוק- תום לב ותמורה- התמורה היתה מופחתת אך הצדדים חשבו שזה ערכה האמיתי.

**חשין:** מבחינה "אובייקטיבית" תשלום של 250 ש"ח עבור נכס ששוויו 115,000 דולרים לא היה תמורה ראויה אף לא תמורה "ממשית". **במסגרת תנאיו של סעיף 34 לחוק נדרשת תמורה ממשית עבור הנכס הנמכר, הנמדדת בדיעבד**. בהיעדר תמורה ממשית תקנת השוק אינה חלה, והקונה אינו רוכש קניין בו. מאחר שבנסיבות העניין לא שולמה תמורה ממשית, יש להשיב את התמונות למשיבה.

**שטרסברג-כהן:** בהיעדר תמורה ממשית תגרום שלילת הנכס מן הבעלים נזק לבעלים כשיעור שוויו הריאלי של הנכס ואילו שלילת הנכס מן הקונה תגרום לו נזק נמוך בהרבה משוויו של הנכס.

**(דעת מיעוט –לוין +טירקל, +אנגלרד):** יש למדוד את התמורה לפי אומד-דעתם של הצדדים בעת עריכת עסקת המכר. ספק אם נדרש שתהא תמורה ממשית. לפיכך, התקיימו תנאי תקנת השוק ויש להותיר את התמונות בידי הקונה

**אור + ברק:** מדובר בטעות משותפת בעריכת חוזה המכר. אם לא היה חוזה מכר או אם יבוטל חוזה זה כדין מחמת פגם שנפל בכריתתו, לא תתקיים עסקת מכר, וממילא לא תהיה תחולה לתקנת השוק. טעות זו נכנסת מבחינת חומרתה לסעיף 14(ב) לחוק החוזים. המוכרת זכאית אפוא לבקש מבית-המשפט את הסעד של ביטול החוזה. **אם המוכרת נעדרת רצון להפעיל את זכותה לבטל את עסקת המכר מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים, רשאית המשיבה (א') לבוא במקום המוכרת בכל הנוגע לזכותה לבקש את ביטול העסקה. זכות זאת מוקנית למשיבה מכוח דיני העקיבה.** במקרה דנן חומרת הטעות והפער בין שווי התמונות לבין המחיר ששולם עבורן הם שיקולים המצדיקים את ביטול החוזה.

**ברק:** דרך נוספת לפתרון הבעיה היא באמצעות עקרון תום-הלב. בנסיבות העניין אי-ביטול החוזה על-ידי המוכרת עשוי להוות התנהגות שלא בתום-לב, והתרופה הראויה היא לראות בזכות הביטול כאילו הופעלה.

**ההלכה:   
התמורה תיבחן בדיעבד. נדרש כי תהא ממשית. ניתן גם לבטל את החוזה מכוח טעות משותפת. המשיבה יכולה לאור זכות העקיבה העומדת לה, לבטל את החוזה עקב הטעות במקום המוכרת אם זו לא מעוניינת לעשות כן.**

**מה קורה במקרה שג' זוכה בנכס עקב תקנת שוק ונותן מתנה לד'?**

במקרה כזה ד' זוכה בנכס נגד א'. כיוון שג' כבר קיבל קניין מלא בזכות תקנת השוק והוא יכול לעשות איתו מה שהוא רוצה.

**תקנת השוק במשכון**

5. 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.

תקנת השוק

ס' **5 לחוק המשכון** אומר שיש תקנת שוק גם במשכון בהתמלא התנאים הנקובים בסעיף.  **אם המטלטל מושכן ע"י ב' לטובת ג', ללא ידיעתו של א', המשכון לטובת ג' תקף והוא יוכל לממשו כאילו ב' הוא הבעלים.**

התכלית: **הגנה על שוק ההלוואות. ראוי להגן על מקבלי המשכון כדי לעודד את שוק האשראי.**   
**ס'34** מוצדק יותר שכן הקונה הוא לרוב אדם פשוט. **בס'5** הנהנים הם בד"כ גופים גדולים וחזקים כמו בנקים. בד"כ הסיטואציה היא שא' הפקיד בידי ב' את החפץ, אותו הוא משכן לג'. א' בהקשר זה הוא מונע הנזק הטוב יותר ולכן כפות המאזניים נוטות לא' .

***פס"ד רוזנשטרייך:***

**עובדות: קנתה** רכב ממושכן – זה היה רשום ברשם החברות – אבל ביהמ"ש קבע **כי תום לב הוא סובייקטיבי, ואין ידיעה קונסטרוקטיבית.**

גם במקרה שבו **א' – נושה מובטח, ב' בעלים, ג' מקבל משכון –**א' קיבל משכון על הנכס, וגם ג' קיבל משכון על אותו נכס – **כנראה לא נחיל פה את הלכת רוזנשטרייך כי לא הגיוני שג' יקבל את המשכון מכוח תקנת שוק אם לא בדק ברשם החברות/משכונות אם יש משכון לטובת מישהו אחר.**נראה כי הלכת רוזנשטרייך תחול רק כאשר יש רוכש בתום לב ולא מקבל משכון בתום לב.

**התנאים לתקנת השוק ע"פ ס' 5**

1. **נכסים נדים**
2. **היו בחזקתו של הממשכן**
3. **השלמת קניין-** הופקדו כאמור **בס' 4 (2)** או נרשמו כאמור **בס' 4 (3)**
4. **תום לב של הנושה המבקש להיפרע מהמשכון**
5. **הנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם/מי שהיה זכאי להחזיקם** (על הנכס להגיע מ-א' ל-ב' ע"י העברה רצונית). כלומר גנב/מוצא אבידה לא יכול ליצור משכון תקף.

**תזכיר חוק דיני ממונות** שמוצע מנסה לבטל את **ס' 5.** הסעיף מניח כי היות וב' מחזיק בנכס, אזי יש לו כנראה רשות למשכן אותו. בפועל, ישנם מקרים רבים שבהם המחזיק בנכס אינו בעליו או בעל זכויות בו. במקרה בו א' הוא נושה מובטח וב' חוזר וממשכן לג', **פרופסור וייסמן** מציע כי כאן לא תחול תקנת השוק שכן אם מבצעים משכון יש לפעול ע"פ **חוק המשכון** ולבדוק שעבודים קודמים. בפסיקה אין לכך הכרעה.

**כיצד מבחינים בין תקנת השוק לעסקאות נוגדות???**

* תקנת השוק עוסקת בעסקאות שנסתיימו!!   
  עסקאות נוגדות- העסקה הראשונה בזמן טרם נסתיימה (היא בשלב החוזי)
* תקנת השוק מצריכה הסתמכות על המרשם, עסקאות נוגדות לא מצריכה זאת (אם במקרקעין-ברישום, אם לא במקרקעין- השלמת קניין בדרך אחרת) .

**עסקאות נוגדות:**

**במקרקעין:**

9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום- לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום- לב - זכותו עדיפה.

עסקאות נוגדות

**במיטלטלין:**

12. התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה.

עסקאות נוגדות

**בזכויות:**

13. (א) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות.

תחולה

(ב) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

**ס' 9 לחוק המקרקעין מגדיר עסקאות נוגדות**. הס' עוסק במקרה בו **העסקה הראשונה בזמן היא בשלב החוזי ולא הקנייני.** **זה מצב שקורה כל אימת שאתה לא יכול להעניק לשניהם את מה שהתחייבת.   
כלומר, יש עימות בין 2 בעלי זכויות:** מכר מול מכר, מכר מול שכירות, מכר מול משכנתא, מכר מול זיקת הנאה, שכירות מול שכירות כאשר מדובר על השכרה בתנאים חופפים.

**הכלל ע"פ הסעיף הוא, שב' גובר על ג', אלא אם התמלאו לגבי ג' 3 תנאים:**

1. **תמורה**
2. **תום לב מתמשך (העסקה נרשמה לטובתו בעודו תם לב).**
3. **השלמת רישום-** השלמת רישום הבעלות ולא הערת אזהרה בלבד.

במקרה של עסקת מתנה ב' תמיד יגבר על ג' כיוון שאין תמורה (אלא אם יוכיח מקבל המתנה שהוא נכנס למקרים החריגים- **פס"ד לאניאדו).**

ההסדר שבס' 9 דומה מאוד לדין באנגליה שנהג פה עד 1969.

**זכות מן היושר= זכות שטרם נרשמה.** **זכות מן הדין= זכות שנרשמה.** הכלל באנגליה הוא שזכות מן היושר היא לא זכות חיובית רגילה וכוחה יפה כנגד זכויות מאוחרות למעט זכות מן הדין שנרכשה בתמורה ובתום לב.

**ס' 9, בניגוד לס' 10 שדורש הסתמכות על המרשם, לא מצריך זאת ולכן הוא מחליש את המרשם, שלא כמו ס' 10 ו-7(ב).**

ס' **80** לחוק המקרקעין עוסק בשכירויות קצרות נוגדות. בשכירויות אלו אין חובת רישום בטאבו ולכן, ככל הנראה, השלב הקנייני מסתיים עם הכניסה לדירה ומסירת ההחזקה. אין בנושא זה פס"ד רבים.

**הס' המקבילים של עסקאות נוגדות בחוקים השונים**

* **ס' 12 לחוק המיטלטלין-** **הסדר זהה להסדר במקרקעין חוץ מהעובדה שאין מרשם בעלויות במיטלטלין ולכן  
   התנאי השלישי הוא לא השלמת הרישום אלא השלמת הקניין. כלומר, קבלת ההחזקה בנכס.**
* **ס' 13 לחוק המיטלטלין** **אומר שהוראות חוק זה יחולו גם על זכויות.** כנזכר לעיל, יש גם עסקאות בזכויות   
   (המחאת זכות) ולכן על עסקה זו יחול ס' 12.   
   עם זאת, יש לזכור כי **אם עושים עסקה המחאת זכויות במקרקעין –** כאשר הומחתה כבר הזכות אנו נמצאים   
   בשלב הקנייני ולכן ס' 12-13 עוסקים בהתחייבות להמחות ולפני ההמחאה בפועל. **התנאי השלישי של שלב   
   הקניין הינו המחאת הזכות.**

**אם העסקה היא עדיין בתחום החיוב אז אנו במסגרת סעיפים 12+13 ; אם העסקה כבר בשלב ההמחאה,   
 אנו במסגרת ס' 4 לחוק המחאת חיובים.  
 דוג' לעסקה נוגדת בזכויות:** **א' בעלים רשום, עשה עסקה עם ב' שלא רשום בטאבו, ב' עשה עסקאות נוגדות   
 עם ג' וד'.** בגלל שב' עוד לא רשום בטאבו ניתן בכלל לדבר על המחאת זכויות. העסקה שב' עשה עם ג' נקראת **התחייבות   
 להמחות זכות (**זה עדיין השלב החוזי בין ב' לג' – כי אם היה כבר שלב קניני לא היה ניתן לעשות עסקה נוגדת   
 עם ד'). **כדי שד' יוכל לדבור על ג' צריכים להתקיים אצלו 3 תנאים:**

1. תום לב.

2 . תמורה.

**3. השלמת הקניין – זו בעצם המחאה!** (כלומר עם ג' הייתה רק התחייבות להמחות זכות, ועם ד' ב' כבר עשה   
 המחאה, ולכן ד' יגבר, כי כבר היה השלב הקנייני).

* **ס' 4 לחוק המחאת חיובים:** “המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם   
   אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.”

**ס' 4 לחוק המחאת חיובים מזכיר את ס' 10 לחוק המקרקעין כיוון שהוא מדבר על עסקה שהיא כבר בשלב**    
 **הקנייני.**

מה שמוזר בניסוח של ס' 4 הוא שהתחייבות להמחות (ס' 12-13) מוגנת באופן רחב יותר מאשר ההגנה על   
 המחאה שכן בס' 4 לא מוזכרים התנאים של תמורה ותום לב.

* **ס' 4(3) לחוק המשכון:** א' התחייב בהסכם למשכן נכס מסוים לב' והוא לא נרשם. במקביל א' התחייב לג'   
   במשכון רשום. הס' אומר שכוחו של המשכון הלא רשום יפה כלפי מי שידע או היה עליו לדעת על המשכון.  **כלומר, אם ג' ידע על המשכון של ב' או היה עליו לדעת, ב' יהיה עדיף על ג' למרות שהמשכון של ב' לא   
   רשום.**

בשאר הסעיפים תום הלב הוא **סובייקטיבי** (מי שידע בפועל) בעוד בס' 4(3) תום הלב הוא **אובייקטיבי** (לא   
 היה עליו לדעת).

***פס"ד ורטהיימר נ' הררי***   
עסקאות נוגדות במקרקעין.  
 ס' 4(3) לחוה"ח (תרופות) קובע שניתן לסרב לאכיפה משיקולי צדק. **שיקולי צדק בדיני החוזים הם בין א' לב'.** **אם לא אוכפים את החוזה בגלל חוסר צדק פנימי בין א' לב', אז החוזה בין א' לג' יהיה תקף למרות שטרם בוצע הרישום.**כלומר: **כאבו של ג' לא צריך להיות חלק משיקולי הצדק האם לאכוף חוזה בין א' לב'.**

***פס"ד ארוך נ' פאריינטי*   
נרשמה הערת אזהרה מכוח פס"ד של ביהמ"ש, הערת האזהרה נמחקה ונעשתה עסקת מכר, ואז בוטל פסק הדין מכוחו נמחקה האזהרה והאזהרה חזרה-**    
(המאוחר בזמן ידע על הראשון בזמן). נאמר כי יש וידיעה מסוימת לא תשלול את תום הלב.   
**העליון** קבע שאם הקונה השני ידע על הקונה הראשון כיוון שידע שהערת האזהרה שלו נמחקה מכוח צו של ביהמ"ש, הוא לא צריך לבדוק לעומק את הנושא ולקרוא את פס"ד שביטל את הערת האזהרה- אם מישהו הסתמך על מחיקת הערה בעקבות פס"ד, זה מספיק וזה לא מהווה חוסר ת"ל.   
היה פס"ד, הקונה השני בזמן ידע עליו ועל מחיקת הערת האזהרה. לא מצפים מהקונה לחקור את היסטוריית פסק הדין.  **ההלכה: תום הלב הוא סובייקטיבי-מוחשי ולא אובייקטיבי מופשט. רשלנות אינה פוגמת בתום לב, אך עצימת עיניים כן. במקרה דנן- היה תום לב, הקונה השני גובר על הקונה הראשון.**

**\*\*ס'9 מדבר רק על מקרים בהם ב' לא רשם ה"א לטובתו.**

**מעקל מול רוכש**

עיקול לא נחשב לעסקה – **עד לפס"ד – ס' 9 דיבר רק על עסקאות נוגדות (**ולא על עיקול).   
לכן, עולה השאלה מה קורה אם ג' רוצה להטיל עיקול אחרי שנחתם חוזה בין א' לב'.

***עד פס"ד אהרונוב, ההלכה (בוקר)*** הייתה שכל עוד הקונה לא רשום בטאבו כבעלים, אין לו זכות בנכס ולכן המעקל גובר עליו. **הזכויות מן היושר בוטלו, המעקל גובר על קונה לא רשום**.   
בעקבות זאת, המחוקק הוסיף את **ס' 127(ב) וקבע שאם יש הערת אזהרה, הוא לא חשוף לעיקול – ולפי הס' ניתן להבין כי אם לך הערת אזהרה – המעקל יגבר עליך.**

**נוצר מצב אבסורד: ב' שהוא קונה ראשון(בלי הערת אזהרה), בד"כ יתגבר על ג' שהוא קונה מאוחר, כי לג' כמעט אין סיכוי לקיים את כל התנאים של עסקאות נוגדות (לפי ס' 9), אבל ב' שהוא קונה ראשון(בלי הערת אזהרה) לא יוכל להתגבר על משהו חלש יותר כמו עיקול, כשג' הוא מעקל (בגלל ס' 127(ב)+הלכת בוקר).**

**פס"ד אהרונוב החליט להחיל את ס' 9 גם על מעקל מול רוכש.**

***בפס"ד אהרונוב***   
**עובדות:** קיבלה דירה בהתאם להסכם ממון, אך לא רשמה בטאבו הערת אזהרה, ואח"כ הוטל עיקול. **ביהמ"ש קבע פה אחד שרוכש גובר על המעקל**, **בין אם נרשמה הערת אזהרה ובין אם לא.**  **שטרסברג-כהן:**

1. למעקל, לעומת הקונה, אין אינטרס ספציפי בנכס, אלא הוא רק אמצעי לגביית חובו.
2. כאשר משווים מצב זה למצב של שני רוכשים רואים כי המחוקק מעדיף את הראשון בזמן **(ס' 9).**
3. **הלכת בוקר יצרה מעגל שוטים:** נניח שהרוכש הוא מקבל מתנה שנרשמה בטאבו- הוא יגבר על הנושה, אך לא יגבר על רוכש ראשון (לא מתקיימת דרישת התמורה). אם הנושה גובר על הרוכש הראשון שלא נרשמה בעלותו בטאבו, נוצר מצב בו מקבל מתנה גובר על נושה, שגובר על רוכש, שגובר על מקבל מתנה.
4. לא תמיד קל לרשום הערת אזהרה.
5. המשפט התפתח ליותר מהותי (תו"ל) ופחות פורמאלי והלכת בוקר לא משתלבת בהתפתחות זו (אין מרשם-אין זכות). **ס' 9** מחליש את המרשם והולך בכיוון הפוך מזה של סעיף **7(ב) ו-10** (פרו מרשם): הוא מתחשב יותר בעקרונות צדק ומוסר (תו"ל) מאשר במרשם.

**ברק:** מדבר בשפה **של זכויות מן היושר** (מונחים קניינים)- זכותו **של הרוכש הראשון היא זכות מן היושר**, שהיא **זכות קניינית או מעין קניינית** **ומשכך עדיפה היא על זה של המעקל.**  **ברק לומד מס' 9 שלקונה יש זכות מעין קניינית- יש לו סעד כלפי כולי עלמא (**ב' יכול לתבוע את ג' ולכן יש לו יותר מזכות חוזית אלא מעיין קניינית - בזכות קניינית ניתן לתבוע כמה צדדים ולא רק את הצד לחוזה).**.**   
אם יש לו זכות שביושר אז יש לו זכות תביעה נגד ג', והוא גובר על מעקל.

ברק למעשה מתעלם **מס' 161** שקובע שלאחר חוק המקרקעין אין זכות במקרקעין אלא ע"פ חוק, והוא מאמץ את גישתו של **ויסמן** לפיה **ס' 9** **מהווה מקור להכרה של זכויות שביושר תוצרת הארץ.**

**פס"ד עורר פחדים בפרקטיקה – כי הרבה עו"ד טענו כי פס"ד מבטל את כל המוסד של עיקול: מה קורה אם ג' הטיל עיקול על מקרקעין של א', ואחרי כן א' וב' עושים חוזה פיקטיבי לתאריך מוקדם יותר, במטרה להתגבר על העיקול?**   
**פחד זה התבדה בגלל אלמנט התמורה**. **לטובת ב' ניתנת זכות שביושר רק אם שילם את עיקר התמורה.**

**פס"ד השאיר בצריך עיון** האם יש לקחת בחשבון שניתנה רק חלק או כל התמורה בהכרעה אם לקונה יש זכות שביושר ולכן קודם למעקל.   
**כמו כן השאיר בצ"ע:** את הנושא של מה קורה אם ג' הוא לא מעקל אלא **נאמן פשיטת רגל/מפרק של חברה?** פס"ד לא עונה על השאלה – **האם זכותו המעיין קניינית של ב' גוברת גם על חדל"פ של א'.**  
**הביקורת על פסה"ד:** זהו אקטיביזם שיפוטי שמוציא את האוויר מתוכנו של **ס' 127(ב).**

***הלכת אהרונוב: קונה בעל זכות חיובית, אף אם טרם נרשמה לגביה הערת אזהרה, גובר על מעקל שני בזמן.***

***פס"ד גנז נ' בריטיש***   
קונה מוקדם אל מול קונה מאוחר

**לחב' בריטיש מקרקעין הרשומים בבעלותה 🡨 מכרה לנוטריקון (ללא רישום):**

**🡨נוטוריקון מכרה לגנז (ללא רישום/ה"א לטובתו)**

**🡨 מכרה לאפק כעבור 17 שנה, שקנתה בתו"ל ורק עם הערת אזהרה.**

**\*המיוחד: מי שביצע את העסקאות, לא היה רשום כבעל הזכות (כמו בטקסטיל ריינס).**

**ברק**: **מחיל את ס' 9 גם אם ב' אינו בעלים רשום (**למרות שלכאורה היה ניתן להחיל גם את ס' 13 שעוסק בזכויות, אבל ברק רצה להשיג תוצאה מסויימת ואם היה מחיל את ס' 13 – אין כל קשר לרישום בטאבו ואז לא היה יכול להשיג את התוצאה – לפי **טקסטיל ריינס** ראינו כי אם נתונים בחוזה – נחיל החמאת זכויות, אבל פה ברק אמר שמלשון החוזה עולה כי זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין למרות שזה נראה מאולץ.)**רק אם זוהי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולא המחאת זכויות.**   
**את ס' 9 נחיל רק אם ב' אינו בעלים רשום ויש התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולא עסקה במקרקעין.**   
קובע שבמקרה זה מדובר על התחייבות לעסקה במקרקעין ולא על המחאת זכויות (אין יחס ישיר בין הקונים לבעלים).   
**החידוש בפס"ד הוא שברק קובע כי נדרש תו"ל בין שני צדדים (הקונים) אשר אינם מחויבים ביניהם חוזית**- זהו למעשה ההבדל בין תו"ל בחוזים לתו"ל בקניין.  **ברק קובע כי אי רישום הערת אזהרה ע"י הקונה הראשון בתוך זמן סביר מהווה חוסר תו"ל ולכן השני גובר(**למרות שאם היינו הולכים לפי ס' 9 רגיל, היינו נותנים עדיפות לב' ולא לג' כי ג' לא נרשם בטאבו ויש לו רק הערת אזהרה לטובתו).   
**בפס"ד זה ביהמ"ש מחייב רישום הערת אזהרה לא בכדי להגן על זכויות הזכאי, אלא בכדי להגן על מישהו אחר.** כלומר, ישנה חובה (ולא זכות) מתוקף עקרון תו"ל.   
**מצא**: מסייג ואומר כי גם יידוע הקונה השני, כמו תפיסת הנכס, מקיימת את דרישת תו"ל בקניין.   
**לא עלה בפסק הדין- מהו זמן סביר? כאן מדובר על 17 שנה....חובת תום הלב חלה על הקונה הראשון מכוח עקרון תום הלב- ס' 39 לחוק החוזים.**

**ס'9 לא קובע סנקציות ועל כן ניתן לקבוע כל סנקציה שהיא.**   
העמדה בפס"ד: **אם ב' התנהג שלא בת"ל, הוא יאבד את הזכות שביושר שהוכרה לו באהרונוב.** כשם שהפסיקה יצרה זכות זו והגדירה אותה כמעין קניינית, כך ניתן לאבד אותה אם מתנהגים שלא בתום לב.

**האם פס"ד גנז מבטל את הלכת אהרונוב?? לא, אחריו בא פס"ד גדי:**

***פס"ד בנק המזרחי נ' גדי***   
מעקל מול רוכש – עובדות דומות לפס"ד אהרונוב.

**ביהמ"ש: החובה לרשום הערת אזהרה מכוח חובת תום הלב שנוצרה בהלכת גנז, חלה רק כלפי רוכשי עסקה מאוחרת ולא כלפי מעקלים.**   
למה? למעקל אין אינטרס אישי במקרקעין, מעקל לא מסתמך על הרישום כמו רוכש מאוחר, העיקול היא לא זכות קניינית.   
על המעקל חלה חובת תו"ל לבצע בדיקה מינימאלית- הקונה המוקדם מחזיק בנכס ויושב בו- זהו חוסר תו"ל מצד הבנק, כנושה מקצועי, לטעון לשלילת זכויותיו של הקונה הראשון בזמן בשל אי רישום הערת אזהרה.

**ניתן לראות כי למרות שאהרונוב ניסה להשוות בין שני המקרים של התנשות בין עסקאות לבין רוכש ומעקל – פס"ד גדי מבחין ביניהם.**

מסיכום ההלכות: **אם לג' יש בעיה עם תמורה ות"ל (אובייקטיבי או סובייקטיבי) הכף נוטה לטובת ב' אפילו אם ב' לא רשם ה"א.** **אין ללכת רק אחר הלכת גנז, ביהמ"ש מדגיש שזה יותר מורכב ומביאים בחשבון גם את ג'. ת"ל זה רק מרכיב אחד ויש להתחשב במרכיבים נוספים.**

כלומר: **תום לב אובייקטיבי חל גם על ג' ולא רק על ב' –** למשל אם ג' לא הסתכל במרשם הוא נכשל בחובת תום הלב האובייקטיבי ולכן ב' יזכה בנכס.

**עסקאות מתנה:**

**חוזה מתנה: ס'1 לחוק המתנה-** מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה.

**ס' 2 לחוק המתנה** אומר כי מתנה נגמרת בהקניית דבר המתנה למקבל.  **ס' 6 לחוק** מונה את דרכי הקניית המתנה ומציין שזה תקף כל עוד אין הוראות בחוק אחר.   
לכן, ע"פ **ס' 7(ב)** **לחוק המקרקעין, כאשר המתנה היא מקרקעין, נראה בה כהתחייבות לתת מתנה כל עוד לא נרשמה.   
התחייבות שהמקנה יכול לחזור בו בתנאים שמנויים** **בס' 5 לחוק.**

***פס"ד לאניאדו***   
**עובדות:** מקבל מתנה במקרקעין שלא רשום, ואין לו הערת אזהרה, מול מעקל.   
**ביהמ"ש** :קובע כי משוואת הזכויות והאינטרסים שבין הנושה למקבל ההתחייבות למתנה, **שונה באיזונה המתבקש ממשוואת האינטרסים המתנגשים במקרה של הקונה לעומת הנושה.**

הראייה לכך- שברירותן של "הזכויות המעין קניניות" של מקבל ההתחייבות למתנה וזכותו הרחבה של הנותן לאיין זכויות אלה בכל עת בטרם השלמת המתנה על דרך רישומה (ס' 5 לחוק המתנה).   
**נקודת המוצא בתחרות שבין מקבל המתנה לבין הנושה תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה.   
אולם, פתוחה תהיה הדרך בפני מקבל ההתחייבות למתנה, לנסות ולהוכיח כי עניינו הקונקרטי נמנה על אותם החריגים שבהם במאזן הציפיות המוגנות שלו ושל הנושה – תיטה הכף להעדפת עניינו (למשל אם יוכיח שלנותן המתנה אין אפשרות לחזור בו ממנה).   
ההלכה: מעקל גובר על מקבל מתנה, אלא אם מקבל המתנה נכנס לחריגים.**

**מה שביהמ"ש עושה בפס"ד לניאדו הוא לא לחזק את העיקול אלא להחליש את המתנה –** ביהמ"ש מציין בפס"ד כי התחייבות לתת מתנה **אולי בכלל לא נכנסת להגדרת "התחייב לעשות עסקה במקרקעין" –** וכך הוא מחליש אותה מול מעקל – למרות שברור לנו כי אם הייתה התנגשות בין ב' שהוא מקבל מתנה לבין ג' – בוודאי שהיינו מכניסים את ההתחייבות לתת מתנה בתור התחייבות לעשות עסקה במקרקעין וכמו כן, ב' לא היה מפסיד כלום אם קיבל מתנה – **רק ג' יכול להפסיד לב' את הנכס אם הוא לא שילם תמורה וקיבל מתנה.**

***פס"ד סולימאן נ' מד"י:***    
בעובדות הפס"ד לא ברור האם השני בזמן-ג'- מחמד סלימאן, הוא יורש או מקבל מתנה. ביהמ"ש היה מוכן להניח לטובתו שהוא מקבל מתנה.ההבדל הוא **שאם ג' הוא יורש אז ירושה זה לא עסקה במקרקעין ולא חל ס' 9. אם ג' הוא מקבל מתנה, אז הענקת מתנה במקרקעין זו עסקה במקרקעין. למרות זאת ג' מפסיד גם אם נניח שהוא מקבל מתנה וגם אם ב' לא רשם ה"א.**   
**הלכת גנז אינה יוצרת זיקה אוטומטית בין אי רישום הערת אזהרה לבין העדפת זכותו של הקונה השני בזמן. הכל תלוי נסיבות.**  **בהתקיים תנאי ס' 9 יש עדיפות לעסקה שנעשתה עם השני בזמן**.   
במקרה דנן- אין תמורה כי מדובר במתנה, ואין תו"ל- מקבל המתנה ידע על ההסכם של אימו עם קק"ל.  **כאשר השני בזמן יודע על העסקה הראשונה בזמן (היעדר תו"ל) שוב אין חשיבות לשאלה האם הראשון בזמן התרשל ולא רשם הערת אזהרה.**

***פס"ד איגוד נ' צרפתי-***   
משאיר את הנושא של מתנה פתוח. **בד"כ בעיקול מול הברחת נכסים (ע"י מתנה) המעקל גובר,אך לא תמיד המעקל יגבר על מתנה ויש לבחון את העובדות ולבדוק אם המתנה היא אמיתית.**

**\*\*\*\*** **נקבע כי אין תחולה להלכת לניאדו (מעקל מאוחר גובר על מקבל מתנה) כאשר נרשמה הערת אזהרה לטובת מקבל המתנה, ועל כן במצב כזה עדיף מקבל המתנה על פני המעקל המאוחר.**

**הקודיפיקציה החדשה:**

**פס"ד אהרונוב ופס"ד בריטיש באים בה לידי ביטוי.**

**512 א' – הכניס את פס"ד בריטיש לחקיקה (בעניין עסקאות נוגדות)-** "היה הנכס נושא ההתחייבות מקרקעין והזכאי הראשון התרשל לרשום ה"א לטובתו, תהא זכותו של השני עדיפה אם נתן תמורה בעד ההתחייבות בתום לב".

**ס' 512 (מכניס את אהרונוב):** "התחייב אדם להקנות זכות בנכס לאדם אחר, ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי הוטל עיקול על הנכס הנוגד את זכותו של הזכאי, זכותו של הזכאי עדיפה".

**512 (ב)- מכניס את פס"ד לאניאדו** הוראת ס' קטן א' לא יחול על התחייבות ללא תמורה. (העיקול גובר על התחייבות למתנה בהתקיים תנאי מהתנאים האמורים בסעיף המקביל בקודיפיקציה החדשה לס' 5 לחוק המתנה- המדבר על מקרים ספציפיים בהם ניתן לחזור מהמתנה). מכאן, שלפי ס' 513, אם אנו מצויים במקרים בהם לא ניתן לחזור ממתנה, לא יגבור העיקול על מתנה. העיקול גובר על מתנה רק כאשר המוכר עדיין רשאי לחזור בו.

**בתזכיר הממונות נקבע כי הלכת אהרונוב לא תחול בעסקת מתנה כל אימת שנותן המתנה יכול לחזור בו לפי ס' 5 לחוק המתנה. פס"ד לאניאדו הולך יותר רחוק וקובע שגם בנסיבות שנותן המתנה לא יכול לחזור בו ומקבל המתנה אכן יכול לאכוף את החוזה עם נותן המתנה, המעקל עדיין יגבר.**

**סיכום עסקאות נוגדות:**

**בוקר:** רק קניין גובר- יש צורך ברישום. המעקל גובר על בעל זכות חוזית.

**ס' 127 (ב) –** בעל הערת אזהרה גובר על מעקל.

**אהרונוב:** **מבטל את בוקר.** בעל זכות חוזית גובר על מעקל. (אין צורך בהערת אזהרה, מאיין את ס' 127 (ב)).

**בריטיש נ' גנז:** חובה על הקונה הראשון בזמן לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר מכוח עקרון תום הלב (ס' 39).

**בנק מזרחי נ' גדי:** **מחזיר אותנו לאהרונוב.** החובה לרשום הערת אזהרה מכוח עקרון תו"ל חלה רק כלפי רוכש שני בזמן ולא כלפי מעקל. **אין הערת אזהרה🡨קונה שני גובר** (לא אוטומטית- **סולימאן נ' מד"י**) , **מעקל לא גובר**

**לאניאדו:** באיזון האינטרסים בין נושה למקבל מתנה- הנושה גובר.

**עימות בין רוכש לרוכש:** הראשון בזמן גובר אלא אם התקיימו התנאים לגביי השני. השני גובר אם הראשון נהג שלא בתום לב, ולא רשם הערת אזהרה (אך לא אוטומטית **פס"ד סולימאן).**

**עימות בין רוכש למעקל:** רוכש גובר **(אהרונוב, גדי).**

**עימות בין מקבל מתנה למעקל-** מעקל גובר, אלא בחריגים **(לאניאדו).**

**שאלה ממבחן- מעגל שוטה שנוצר עקב פס"ד אהרונוב + בריטיש**

1. א' מוכר לב' קרקע וב' לא רושם ה. אזהרה.
2. ג' מטיל עיקול על הקרקע של א'.
3. א' מוכר את הקרקע לד' שרושם ה. אזהרה על שמו.

**יוצא מהסיפור ש:**

1. ב' גובר על ג' בגלל הלכת אהרונוב (זכות שביושר).
2. ד' גובר על ב' בגלל הלכת בריטיש (חוסר תו"ל שבאי רישום)
3. ג' גובר על ד' כי הוא הטיל את העיקול לפני המכירה.

**זכויות שביושר- ביסוס הזכות**

הפס"דים כאן הם 2 דוגמאות לנפקות של **פס"ד אהרונוב** להכרה בזכויות שביושר בתחומים שלא ראינו עד כה. כלומר ההשלכה של זכויות שביושר שלא במסגרת עסקאות נוגדות, וגם לא בסיטואציה של עיקול אלא בסיטואציות אחרות. **בפס"ד אהרונוב** היו הנמקות שונות אצל השופטים, אך להנמקתו של ברק שיש הכרה בזכויות שביושר תוצרת הארץ ומקורן בס' 9, יש השלכות בשני הקשרים.

***פס"ד כספי נ' נס:***  
הסכם הלוואה בין א' (מלווה), לב' (לווה) **במסווה של מכר – יש פה משכון מוסווה.**  
המוכר(לווה) נהיה חדל פירעון ולקונה (מלווה) אין הערת אזהרה על שמו-  **ביהמ"ש מעלה 2 דרכים שבאמצעותם ניתן להפוך לנושה מובטח:**

* 1. קבלת משכון
  2. קנייה.

**הלכת אהרונוב חלה גם על חדלות פירעון (אלא אם כן נעשתה העסקה בדקה ה-90 ואז יראו בכך העדפת נושים).** עם זאת, במקרה זה, התבצעה כאן העדפה בתרמית (ס' 98 לחוק פשיטת הרגל)- ברגע האחרון לפני חדלות הפירעון התאגיד הופך אחד מנושיו לנושה מובטח.   
**ביהמ"ש מוסיף שבמקרה הנוכחי, לפי ס' 2 לחוק המשכון, ניתן לראות כי ההסכם בין הצדדים הוא של נתינת** **משכון מסווה, ומשהוראות חוק המשכון שחלים עליו, נדרש רישום (ס' 178 לחוק החברות וס' 4 לחוק המשכון) וזה לא התקיים. ז"א, הוא אינו נושה מובטח, אלא רגיל.**

**זכות שביושר-** עומדת לטובת קונה במצב של חדל"פ. – **כלומר זכות שלא רשומה מתגברת על מפרק.**

**משכון שביושר-** **אינו עומד בחדל"פ!! הלכת אהרונוב אינה חלה על "משכנתא שביושר" –** כלומר משכון לא רשום לא יגבר על מפרק.ביהמ"ש אפילו לא מפרט כלום על הלכת אהרונוב אלא מניח כי לפי הלכת אהרונוב **בעל זכות שביושר (ב') בלי הערת אזהרה, גובר על מפרק של א' כי א' הוא חדל"פ.** רואים את זה כי ביהמ"ש ביטל את הסכם המשכון המוסווה ולא החיל אותו כי נדרש רישום. **אם לא היה מבטל את הסכם המשכון המוסווה כי הוא מוסווה – הייתה לקונה (מלווה) עדיפות על המפרק כי המוכר (לווה) היה חדל"פ.**

**לדעת לרנר, זאת משום שביהמ"ש מייחס חשיבות רבה לרישום משכון (ס' 4 לחוק המשכון, ס' 178 לחוק החברות) והן בשל העסקאות הרבות כל כך שנעשות עם שיעבודים. מתן תוקף למשכון לא רשום פותח פתח לתביעות רבות.**

**לסיכום: בפסד כספי הורחבה הלכת אהרונוב רק בנוגע לבעלות בחדל"פ ולא לגבי שיעבודים בחדל"פ.   
ההלכה: לבעל הזכות שביושר יש עדיפות גם בחדל"פ.**

**נאמנות קונסטרוקטיבית**

נאמנות היא פטנט של דיני היושר באנגליה לפיה הבעלות בנכס מתחלקת בין הנאמן לנהנה. **הנאמן הוא הבעלים ע"פ דין והנהנה הוא הבעלים ע"פ זכות שביושר.**  **ס' 2 לחוק הנאמנות** קובע שנאמנות נוצרת ע"פ חוק, חוזה או כתב הקדש (חד צדדי).   
לעומת זאת, נאמנות קונסטרוקטיבית **היא נאמנות כפויה מכוח החוק**- **אין נאמנות בפועל, אך בעיני החוק אתה נחשב כנאמן.**   
**במקרה של קונה ומוכר רואים את המוכר כנאמן ואת הקונה כנהנה.**  **מכאן, שהמעקל לא יכול להטיל עיקול שכן הנכס הוא חלק מקניינו של הקונה.** זהו אחד ההסברים להלכת אהרונוב.

***פס"ד צימבלר נ' תורג'מן***   
**עובדות:** חוזה מכר ישן, שהקונה לא התקדם ברישום הנכס על שמו במשך הרבה שנים (היה לו בעבר ייפוי כוח) וכעת כשהוא בא לתבוע מהמוכר את הרישום על שמו הוא נתקל בבעיית ההתיישנות.  
**ההלכה בארץ היא שנאמנות אינה מתיישנת.** משהמוכר הוא נאמן של הקונה על הנכס, גם לאחר 25 שנה הוא מחויב להעביר את הרישום על שמו.  **נקבע כי "זכות שביושר" מקימה יחס של נאמנות בין המוכר לקונה (נאמנות קונסטרוקטיבית). לפיכך לא תהיה התיישנות על הזכות לרשום את הנכס כיוון שנאמנות אינה מתיישנת**.  **לדעת לרנר** ניתן היה להגיע לאותה תוצאה בדרך אחרת- ס' **166א** לחוק המקרקעין אומר כי עסקאות שנעשו טרם חוק המקרקעין, ממשיך לחול עליהן הדין הישן. מכאן שעל העסקה הזו (ישנה מאוד) חלים דיני היושר של אנגליה, שבתקופתה, טרם בוטלו.

**תהייה בעקבות פסק הדין:** האם קמה נאמנות גם כשלא שולמה כל התמורה? בצימבלר כן שולמה כל התמורה....

**עסקאות קומבינציה**

2 דרכים שקבלן יכול להרים פרויקט:

* הקבלן קונה מגרש ומעביר את הבעלות על שמו (דרך פשוטה מבחינה משפטית אך בעייתית כלכלית).
* **לעשות עסקת קומבינציה-** סבוך משפטית, טוב כלכלית. למה זה טוב כלכלית?
  + - * מבחינת הקבלן:לא נזקק להלוואה לצורך רכישת הקרקע, רק לבניה.
      * מבחינת הבעלים: יכול לשפר את התמורה שהיה מקבל ממכירה רגילה של המגרש

איך נעשית קומבינציה? **הבעלים מאפשר לקבלן לבנות על המגרש שלו X דירות שאחוז מסוים מתוכן, יעבור לבעל המגרש. את יתר הדירות ימכור הקבלן בשוק הפרטי.** בין א' לג' פורמאלית אין חוזה!

**עם הסכם הקומבינציה נרשת הערת אזהרה מיידית לטובת הקבלן, כאשר בעלות תהיה רק בסוף הפרויקט.** אולם הקבלן לא יצליח למכור את הדירות מבלי שירשום לטובת הקונים הערת אזהרה. **על כן בחוזה הקומבינציה יש סעיף לפיו א' מתחייב לאפשר לקונים לרשום הערת אזהרה לטובתם.**

בפס"ד ריינס ראינו שהעסקה יכולה ללבוש 2 צורות משפטיות שונות. לכן, האם הקביעה ש**בס' 126,** שאי אפשר לרשום הערת אזהרה על הערת אזהרה, חלה על שני המקרים שראינו בריינס? הסעיף מדבר על עסקה במקרקעין לפיה אם אין לקונה הראשון את אחת מ-6 הזכויות שמנויות בסעיף, לקונה השני אין זכות לרשום הערת אזהרה. **כאשר מדברים על המחאת זכויות, פירושה שכאשר מעבירים זכויות, עוברים עימה כל הדברים הנלווים לה כולל הערת האזהרה.** הוראה זו עולה בנושא עסקאות קומבינציה.

***פס"ד נחשון נ' שי***

**עובדות:** הקבלן פשט את הרגל והמוכר מעוניין למחוק את הערות האזהרה לטובת הקונים.   
**ביהמ"ש בעצם רוצה למצוא איזו קונסטרוקציה שמקשרת איכשהו בין א' לבין ג'.  
יש שתיים כאלה:**

**1. המחאת זכות:** אם ב' היה נושה של א' לגבי מספר מסויים של דירות וב' העביר את זכותו לג'.

**2.** **חוזה לטובת צד ג' –** לפעמים צד חיצוני לחוזה רשאי לתבוע את אחד הצדדים לחוזה אם החוזה העניק לו זכות תביעה או הטבה מסויימת.   
**אבל שתי הקונסטרוקציות האלה לא עוזרות לג' כי:**

לפי **ס' 37 לחוק החוזים** כל טענות ההגנה שיש למוכר כלפי הקבלן עומדות לו גם כלפי הקונה. לכן, מאחר והקבלן הפר את החוזה, אין לו יותר זכויות כלפי המוכר ולכן גם לקונה אין זכויות כלפי המוכר.   
עם זאת, **הלכת נחשון קבעה אחרת(הם המציאו חוזה בין א' לבין ג'):** **המוכר הסכים לרשום הערת אזהרה לטובת הקונה ואין לו פרט לכך שום קשר חוזי עם הקונה. לכן, להשלמת הפער, ביהמ"ש מכניס תוכן בהסכמה לרשום הערת אזהרה.   
הוא אומר כי יש בה הסכמה מכללא, בצורה של התחייבות שלילית, לפיה מתחייב המוכר שאם הקונה יעמוד בכל התחייבויותיו לקבלן, אז המוכר לא ידרוש את מחיקת הערת האזהרה.**   
**ההלכה: ההתחייבות החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות, מקימה קשר משפטי ישיר בין בעלי המקרקעין לבין רוכשי הדירות.**   
בעל המקרקעין חופשי לסייג את היקפה של הערת האזהרה ולהתנות שאם יפר הקבלן את ההסכם תימחקנה הערות האזהרה. משלא עשה זאת, לא יוכל למחוק ההערות.   
**המשמעות הפרקטית של פס"ד:** אף בעלים לא יוכל להכניס תניה שכזו, כיוון שלא ימצא כך קונים.  **הלכת נחשון מחייבת למעשה את א'- הבעלים ו-ג' הקונה, להגיע יחד להסכם פשרה ולמצוא קבלן אחר להשלמת הבניה.**  **לדעת לרנר,** הצדק המשפטי הוא עם בעלי המקרקעין שרוצים לסלק את הקונים. עם זאת, ביהמ"ש לוקח בחשבון שדירה היא ההשקעה הגדולה ביותר של אדם ממוצע, וביהמ"ש אינו מעוניין להותירו חסר כל.

***ברקוביץ' נ' בן הארוש-***החוזה בין הקבלן לקונה בוטל.  
ביהמ"ש: **אע"פ שהחוזה בוטל, אין עילה למחיקת הערת האזהרה כי ההערה מבטיחה גם את ההתחייבות של א' כלפי ג'. כל עוד ההתחייבות לא קוימה לא ניתן למחוק את ההערה.**איך הפסיקה מגדירה את ההתחייבות של א' כלפי ג'? **א' מתחייב שאם ג' יקיים את כל חיוביו כלפי ב', אז א' לא ימחוק את הערת האזהרה לזכות ג' ויעביר בשלב האחרון גם את הקניין.** זו לא התחייבות אקטיבית לסיים את הבניין. זה נובע ממדיניות הפסיקה להגן על הקונים ולשם כך הם יוצרים את ההתחייבות מכללא. אם א' לא יכול למחוק את ההערה, אז א' לא יוכל לאלץ את ג' לסיים את הבניין לבדו. הבעלים והקונים יהיו מוכרחים להגיע לפשרה ביניהם.   
ההלכה: **החיוב של א' כלפי ג' עומד בעינו לא רק אם החוזה בין א' לב' בוטל, אלא גם אם החוזה בין ב' לג' בוטל.**

**המיוחד בפס"ד:** הבעלים ביקשו סעד ראשוני- ביטול ההערה. אם זה לא יצליח **ביקשו סעד חלופי- פדיון ההערה- א' ישלם סכום מסוים לג' כדי למחוק את ההערה.**   
**ביהמ"ש: לא מעוניין לקבוע מסמרות בנושא הזה, אך הוא אומר שבמקרים קיצוניים יש מקום לסעד כזה. אין לזה עיגון בחוק, זה בא מס' 39 לחוק החוזים.**

2 מקרים אפשריים להתנהגות שנוגדת את תום הלב ושתאפשר סעד של פדיון ההערה:

* ג' מבקש תשלום לא סביר מעבר למחיר הריאלי
* ג' מחבל בהתקדמות הצעדים לסיום הבניה.

\*ביהמ"ש אומר שהערת אזהרה היא בעלת מאפיינים קנייניים: מגנה מחדל"פ, ולכן לא ימהר לפגוע בה אלא במקרים קיצוניים בהם בעל ההערה מתנהג שלא בתום לב.

**המחאת הערות אזהרה:**

***פס"ד בורשטיין נ' חודאד***   
בורשטיין וקבלן ערכו הסכם קומבינציה, בורשטיין התחייב לרשום ה"א לטובת הרוכשים החדשים. הקבלן הפר את התחייבויותיו כלפי בורשטיין. בורשטיין לא יכול היה למחוק את הערות האזהרה שכבר נרשמו. (בגלל **נחשון נ' שי).**  
הרוכשים בעלי ההערות, רצו למכור את הנכס והם ביקשו מבורשטיין לרשום ה"א לטובת הרוכשים החדשים יותר (ד'). בורשטיין סירב.   
**עסקה של המחאת זכויות**- **קונים שיש להם הערת אזהרה יכולים להמחות אותה לקונים אחרים (מכוח המחאת זכות, דיני חוזים). דרושה לכך הסכמת בעל הקרקע כיוון שרק הוא יכול לרשום את הערת האזהרה (הערות אזהרה אנכיות הן אסורות!!)- ביהמ"ש יכול לחייב את בעל המקרקעין לעשות זאת**.   
נקבע כי במקרה דנן לא מדובר בהערות אזהרה אנכיות כיוון שהערת האזהרה של הקונים השניים באה להחליף את זו של הקונים הראשונים. מדובר בהערות אזהרה אופקיות ולא אנכיות. **ס' 5 לחוק המחאת חיובים אומר שאם מעבירים זכות חוזית אז עוברות באופן אוטומאטי גם הזכויות הנלוות לאותה זכות.** **אם יש לרשות ג' ה"א היא מבטיחה את זכותו לקבל רישום. כאשר ג' ממחה את זכותו לד', למעשה הוא ממחה את הזכות לקבל רישום והוא ממחה איתה גם את הה"א שבאה להבטיח את זכותו לקבל רישום.** **זו זכות טפלה לזכות העיקרית**.  **יוצא שאם ד' מבקש ה"א יש לרשום לו בטאבו ה"א גם בלי שהוא מביא הסכמה מא'. ההלכה הזו לא מופנמת בשטח, האחראים בטאבו כן דורשים הסכמה מצד א'.**

***פס"ד פורד נ' שכטר***   
עסקת קומבינציה בה הקבלן נקלע לפירוק – כלומר יש את א' הבעלים, ב' הקבלן שבחדל"פ, ג' קונים, ד' מפרק.   
פס"ד זה ניתן לפני אהרונוב, כאשר ההבנה הייתה שקונה שיש לו זכות חיובית בלבד, יהיה חלק מקופת הפירוק. **לכן, עו"ד הקונה טען להמחאת זכות, ולא לעסקה במקרקעין, כך שכעת הקונה הוא נושהו של הבעלים(א') ולא של הקבלן (ב') ולכן אין זה משנה מה מצב הקבלן.**   
**ביהמ"ש** :לא הגיע למסקנה דומה, כנראה מתוך בלבול בדיני הזכויות, הוא טען כי לג' **יש רק זכות אובליגטורית והיא לא גוברת על מפרק** – אמנם לג' יש באמת רק זכות אובליגטורית אבל **כלפיי א'! (א' חייב לג' וא' הוא לא חדל פרעון ולכן ג' לא קשור לכל הנושים של ב' ולא מתחלק איתם).**  
**כיום, ע"פ הלכת אהרונוב, הקונה גובר על המפרק גם כאשר קיימת רק התחייבות להמחאת זכות.** כלומר, כאשר הקונה טרם הפך לנושהו הישיר של הבעלים. **ביהמ"ש היה מוכן לראות בעסקה עסקה של המחאת זכות ובכל זאת פסק שהנושה מתגבר על הקונה,   
לדעת לרנר, הייתה זו טעות- הזכות כבר איננה של הקבלן ולכן המפרק לא יכול לקחת את הזכות.**

**מתי המחאת זכות עוזרת ומתי לא?**

**רוכש מול בעל המקרקעין🡨** בסיטואציה של פס"ד נחשון נ' שי, לא עוזר מוסד המחאת הזכות. מדוע?   
הזכות איננה עוברת נקייה. היא תלויה בחיוביו של הקבלן, ומשזה לא ביצע התחייבויותיו, לא קמה לקונים הזכות לקבל הערת אזהרה/רישום. כלומר, בסיטואציה של קונה מול בעלים, לא עוזר מוסד המחאת הזכות**.**

**רוכש מול מעקל🡨** בסיטואציה של פס"ד פורד נ' שכטר, כן יעזור מוסד המחאת הזכות כיוון שהזכות כבר איננה של הקבלן והנושים אינם יכולים לעקל אותה. הזכות שייכת כבר לרוכש.

**הבטחת השקעות של רוכשי דירות**

החוק בא להגן על רוכשי דירות שתשלום דירה מהווה עבורם את מרבית, או כל, כספם.

**ס' 2 לחוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), מונה 5 תנאים שבהתקיימם המוכר יכול לקבל מהקונה מעל 7% מערך הדירה:**

**ס"ק (3)-(5):** משכנתא **ראשונה**, הערת אזהרה **ראשונה**, העברת חלק בבעלות על שם הקונה [בטוחות קנייניות שנותנות לקונה זכויות בקרקע]. בפועל, ס' אלו קשים ליישום שכן בד"כ כבר קיימת משכנתא ראשונה לטובת ממנים אחרים(כמו בנק)

לכן, **2 האופציות הראשונות הן הרלוונטיות:**

1. **ביטוח**- עושים ביטוח אצל חברת ביטוח, האירוע הביטוחי הוא אי מסירת הדירה לקונה.
2. **ערבות בנקאית.**

**ערבות בנקאית אוטונומית:** מזמין עבודה מבקש מהקבלן למסור לו ערבות בנקאית שלפיה מתחייב הבנק שעם דרישת המזמין הוא יעביר לו תוך זמן מסוים סכום מסוים. ערבות זו בלתי תלויה בקבלן ומימושה לא מחייב כי תהיה הפרת חוזה בין הקבלן למזמין. הבנק מחייב את חשבונו של הקבלן והקבלן יכול לתבוע את החזרת הכסף מהמזמין.

**ערבות חוק המכר:** הבנק רושם ערבות בנקאית לטובת הקונה, אך זוהי אינה ערבות אוטונומית, אלא ערבות שמנוסחת בהתאם **לס' 2(1) לחוק,** **לפיה אם בשל עיקול או חדלות פירעון של הקבלן הוא לא יכול למסור את הדירה, ישלם הבנק לקונה את הכסף שהוא השקיע עד כה.**   
הבנק לא מפצה את הקונה על הפרת חוזה, אלא רק על הכספים שבפועל הושקעו.  
 **אם הקבלן לא מבצע את אחד מחמשת התנאים לעיל, תקנות החוק מכתיבות כמה אחוזים ניתן לקבל מהקונה בכל שלב בבנייה- זוהי הוראה קוגנטית.**

**פנקס שוברים:** מ-2009 מי שכורת חוזה עם קבלן ויש ליווי פיננסי, הקבלן נותן לקונה שוברים שמזכים את חשבון הליווי כך שהקבלן לא רואה את הכסף. לא עוד שיקים לקבלנים. זה מקטין את החשש לרמאות. קבלנים העוברים על החוק צפויים לסנקציות מנהליות ופליליות. זה בעקבות פרשת חפציבה .

ליווי פיננסי:

**טכניקה בה קבלנים מגייסים מימון לפרויקטי בנייה. הקבלן נדרש למימון מגורמים ממנים, בעיקר בנקים, על מנת להרים את הפרויקט כיוון שבתוכניתו העסקית חלק משמעותי מן ההכנסות יגיעו רק בשלב מאוחר ואילו לקבלן יש הוצאות רבות כבר בשלב הראשוני (היטל השבחה וכו').**

**בעבר, ע"פ הטכניקה הקלאסית, היה קבלן ניגש לבנק, מבקש מימון ונותן בעדם ביטחונות. הקבלן היה נותן את הקרקע שרכש/עמד לרכוש כבטוחה לחוב. גם לבנק יש במצב כזה סיכונים- לדוגמא, המיתון קופץ וקשה למכור דירות, קבלן מסיט את הכספים לפרויקטים אחרים (או מהמר בהם בקזינו). במקרה של חדלות פירעון עמד הבנק בפני שוקת שבורה.**

**על כן נעשה שינוי- הבנקים מצאו טכניקה לפיה מגבירים את סיכויי הקבלן לעמוד בהצלחה במשימת סיום הפרויקט.** טכניקה זו נקראת "ליווי פיננסי"- הבנק מעורב יותר בהליכי הבנייה**.**

**לפני שהבנק מזרים כסף וחותם על הסכם ליווי עם חברה קבלנית, מבקשים מהחברה להגיש תוכנית עסקית- לציין מהם מקורותיה הכספיים בעזרתם יורם הפרויקט, מהן ההוצאות הצפויות (ואז גם רואים את שולי הרווח שיש לקבלן)- אם החישוב נראה לבנק, הוא אכן מלווה את הכסף.**

**הבנק מבקש עם זאת לוודא שההלוואות ילכו לייעודן- על כן הוא מבקש מהקבלן להביא הון עצמי,** הקבלן נדרש לפתוח חשבון פרויקט בבנק ולהכניס לו גם את ההון העצמי, את כספי הלקוחות המשולמים בעבור הדירות ואת סכום ההלוואה מהבנק. **הקבלן נדרש לעיתים להוכיח שתוכניתו העסקית ריאלית- הבנק מוכן לתת לו מימון רק לאחר שמכר מס' דירות. האשראי שנותן הבנק כיום, בניגוד לעבר, מוזרם בשלבים לחשבון הפרויקט, בהתאם לקצב התקדמות הבנייה.**הבנק ממנה מפקח לפרויקט (מהנדס בניין למשל) שנועד להבטיח לבנק את האינטרסים. המפקח מאפשר לקבלן להוציא כסף מהחשבון רק בהתאם לקצב ההתקדמות. **כך לא יכול הקבלן להסיט כספים מפרויקט מבוקש בלב תל אביב לפרויקט פחות מוצלח מבחינת רווחיו העתידיים (באזור בו אין ביקוש לדירות למשל).** בכל רגע נתון, אם ייקלע הקבלן לקשיים, מצוי בחשבון הפרויקט סכום הכסף שיספיק לכך שקבלן אחר יוכל להיכנס במקום הקבלן המקורי ולסיים את הבנייה.

*פס"ד ירדנה וליאון עובדיה נ' סיבל נהריה:*  
 עובדות: **רצו דירות נופש עם מתקנים, קיבלו בית משותף בלי מתקנים**

השאלה המשפטית: האם חוסר התאמה עולה כדי עילה למימוש ערבות בנקאית?

טירקל(מיעוט) :**קובע כי מטרת החוק היא למנוע מצב בו אין לקונה כל ערובה להשקעתו, אם הופך הקבלן לחדל"פ. אחד האמצעים לכך בחוק הוא הערבות הבנקאית.   
ההגנה על רוכש דירה איננה שיקול יחיד.** מצטרפת לו השאיפה למנוע ניצול לרעה מצד רוכש הדירה ע"י ביטול בלתי מוצדק/ גביית פיצויים עבור נזקים שאינם קשורים במישרין לאי-קבלת הדירה.   
מבחין בין אי התאמה קלה, שעליה לא מבקשים ערבות בנקאית, לבין אי התאמה גדולה ששקולה לאי מסירה, ששם כן ניתן לבקש ערבות בנקאית.  
מציין כי לדעתו קבלת דירת מגורים במקום דירת נופש זה אי מסירה – כי לא מסרו את מה שהתחייבו למסור.  
ריבלין: **משאיר את הדברים פתוחים-** ישנם מצבים של אי התאמה קיצונית שיכולה לעלות כדי אי-מסירה, אך הדבר אינו מתקיים כאן**.**קבלת הדירה במצב שונה משהתכוונו הרוכשים אינה עילה לקבלת הערבות.

**שער רביעי : בעלות והחזקה**

**כללי**

**בעלות במקרקעין:**

הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.

**בעלות במיטלטלין:**

2. הבעלות במיטלטלין היא הזכות להחזיק ולהשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.

**בסעיף המגדיר בעלות יש:**

* 1. **הגדרה משפטית של הבעלות**
  2. **מרכיביה הכלכליים, הזכות להשתמש והזכות להחזיק.**

הבעלות מיוחדת לעומת האחרים בהיותה לצמיתות. זכויות אחרות כגון שכירות או משכנתא פוקעות, המרכיבים חוזרים לבעל הזכות לאחר תקופה. הבעלות אינה מאופיינת בפירוט אלא זו זכות שיורית. **בעלים רשאי לעשות כל מה שהוא לא העביר לאחרים וכל מה שהדין לא אוסר עליו לעשות -** כוחו לא בפירוט אלא בחוסר הפירוט. שוכר רשאי לעשות רק מה שמתיר לו חוזה השכירות. **בחיים יש מתח בין הבעלות הכלכלית לפורמאלית.**

בעלות פורמאלית מול בעלות כלכלית

**ישנם מקרים קיצוניים בהם הבעלים מעביר לאחר את כל הרכיבים הכלכליים הנוגעים לנכס לתקופה ממושכת ביותר. כעת הבעלות בנכס הינה פורמאלית בלבד.**

דוג':

* + 1. **א' (בעלים) משכיר לב' (שוכר) מחשב למשך 15 שנה. בתום התקופה למחשב אין ערך כלכלי. במצב זה קשה לקבוע מיהו בעליו של הנכס – הבעלים הפורמאליים או בעלים המהותיים, השוכרים?**
    2. חכירה לטווח ארוך **- מי ייחשב בעליו של נכס שהושכר ל-999 שנה תוך מיצוי מלא של האפשרויות הכלכליות מהנכס? כאן די קל להכריע אולם מי ייחשב לבעליו של נכס שהושכר "רק" ל-99 שנה?**

הפסיקה מתלבטת האם קובעים בעלות בצורה פורמאלית או מהותית/כלכלית. הדבר תלוי פרשנות ונסיבות.

***פס"ד פילובסקי***   
**עובדות:** זקנה רצתה להבריח נכסים מהנושים ונתנה את הדירה במתנה לנכדים באופן פורמאלי (נרשם גם בטאבו), **אך נהנתה מכל הזכויות הכלכליות- גרה בנכס, נקבע שתגור בו עד יום מותה וכי אם תרצה לעשות בו כל דבר יהיו הנכדים חייבים לחתום**.   
**ביהמ"ש** :**מבחין בין מתנה לצוואה.**   
מתנה נעשית בימי חייו של האדם וצוואה במותו, ובלבד שנעשתה בהתאם לחוק הירושה.  **ביהמ"ש אמר שבמקרה זה מדובר בצוואה ולא במתנה שכן אף על פי שפורמאלית, הנכס היה רשום על שם היורשים, הבעלים בפועל של הדירה הייתה המנוחה- היא קנתה מכספה את הדירה והייתה רשאית לעשות בנכס כרצונה- כל הרכיבים הכלכליים נמצאים אצלה והיא עונה על הגדרת הבעלות שבס' 2 לחוק המקרקעין.** רואים בפס"ד דנן את המתח בין בעלות כלכלית לבעלות פורמאלית. נקבע כי המנוחה הייתה הבעלים (אף שלא פורמאלית).   
**יש בחוק הירושה דרכים לעשות צוואה – ואם חוזה המתנה/צוואה לא מילאו אחר אחת הדרכים, גם אם המתנה נרשמה בטאבו – היא בטלה!**

**בין בעלות לבין חכירה ושכירות**

**לפי ההגדרות בחוק המקרקעין נראה כי ההבחנה בניהם היא בעיקר במשך ההחזקה והשימוש- לצמיתות ולא לצמיתות.** כמו כן, זכות השימוש של השוכר מוגבלת למה שהוסכם בין הצדדים, בעוד זכות השימוש בבעלות אינה מוגבלת, אלא ע"פ דין. ס' 3 לחוק המקרקעין מסביר מהי חכירה ומהי חכירה לדורות.

**שכירות של למעלה מ-5 שנים=חכירה**

**למעלה מ-25 שנים= חכירה לדורות.**

**הפסיקה התלבטה כיצד להתייחס לחכירה ארוכה –** כשכירות, שזו התייחסות פורמאלית (החזקה שלא לצמיתות). או מבחינה מהותית, כמו הבעלות הכלכלית **בפס"ד פילובסקי,** שכן חכירה ארוכה דומה יותר לבעלות. **ולכן גישת הפסיקה בד"כ היא שצריך להכיל על שכירויות אלו את הדינים שנוגעים לבעלות ולא את אלו שנוגעים לשכירות.**

**ישנה חקיקה שמתייחסת במפורש לבעיה:**

* + - 1. **חוק המכר של הבטחת השקעות של רכושי דירות** -המחוקק אומר שבעלות כוללת שכירות מעל מס' שנים מסוים. בעלות בחוק זה היא גם השכרה. בעסקה כה ארוכה -מעל 25 - שנה כנראה שהשוכר משלם כסף רב מראש והמחוקק מעוניין להבטיח את השקעתו.
      2. **חוק מס שבח**- כולל שכירות לתקופה ארוכה על מנת שלא תהיינה התחמקויות ממס שבח ע"י הגדרת העסקה כחכירה ולא בעלות.

ישנם מקרים רבים בהם החקיקה לא מחילה על חכירה ארוכה את הוראות הבעלות ואז הפסיקה צריכה להחליט האם ההוראות המתייחסות לשכירות יהיו רלוונטיות או ההוראות המתייחסות לבעלות.

חוק דיני ממונות: **מתקן את המעוות וקובע בהרבה מקרים שעל חכירה ארוכה יחולו דיני הבעלות, כן קובע אימתי חכירה ארוכה דיה תיחשב לבעלות.**

**למה לחכור ל-999 שנה ולא להעביר בעלות?**

* + - * 1. התחמקות ממיסים
        2. מותר להשכיר חלק מסוים במקרקעין (ס' 78) , אסור למכור חלק מסוים (ס' 13)

***פס"ד בסו נ' מלאך:***

אחת היורשות התגוררה עם הוריה בדירה המדוברת.   
**ביהמ"ש** :מתלבט האם יש להתייחס לשכירות של ההורים כבעלות או שכירות ליישום הוראות **ס' 115 לחוק הירושה,** שלפיהן (לפני התיקון) אם המנוח היה **בעלים** של דירה- העיזבון יקבלו שכר דירה ממי שגר שם עם המוריש, ואם היה **שוכר** של דירה- אלא שגרו איתו יוכלו להמשיך לגור בלי לשלם כסף לאף אחד.  **ביהמ"ש קבע שלעניין חוק הירושה, יש לראות בשכירות זו כבעלות.**   
בעקבות פס"ד זה תוקן ס' 115 והמחוקק קבע כי יש להתייחס לשכירות ארוכה כמו אל בעלות **(ס' 115(ג)).**

***פס"ד לוסטיג נ' מייזלס:*   
עובדות:** הסכם חכירה ל-999 שנים על מנת לעקוף את **ס' 13 לחוק המקרקעין** שאוסר על עסקה בחלק מסוים שבקרקע.   
**ביהמ"ש** לא מתייחס לשאלה, האם הסכם כזה הוא עקיפה של ס' 13 דרך ס' 78 (שמתיר להשכיר חלק מסוים של קרקע על אף האמור בס'13) ולכן לא נתיר אותה, כיוון שהוא עסק בזכויות בנייה.   
עם זאת, הוא אומר כי **השאלה האם חוזה חכירה לדורות כמוהו כהעברת בעלות נעוצה בתוכנו של כל חוזה וחוזה בנפרד.** בפס"ד עלתה בעיה של מי נהנה מאחוזי בניה- כמה קילומטראז' ניתן לבנות על המגרש. **ניצול אחוזי הבניה יכול להפוך את האדם לבעלים.** **מי ששכר ל999 שנה שילם בעצם מחיר של בעלות ואם כך אז ברור שמגיע לו ליהנות מכל הרכיבים הכלכליים ובכלל זה זכויות הבניה.**  
במקרה דנן, לצורך קבלת אחוזי הבנייה הנלווים לזכות הבעלות, הוכרע כי החכירה לדורות כמוה כבעלות (מדובר בבעלות מהותית מבחינה כלכלית).

**מנהל מקרקעי ישראל-** ע"פ חו"י מנהל מקרקעי ישראל לא ניתן להעביר בעלות במקרקעי ישראל למעט חריגים. מה קורה כאשר המדינה מחכירה קרקע לתקופה של 99-199 שנה? יש לבדוק פרשנות תכליתית- האם ההשכרה מסכנת את מטרת החוק. שכירות לתקופה כזו נחשבת למקרה גבול כי יש מחיר שוק עבור מקרקעין לעוד 99 שנה, שכן מקרקעין זה לא נכס כלה.

**מיטלטלין**

**מקרים בהם מתבצעת שכירות למשך תקופת תוחלת הנכס ולהחזרת הנכס לבעלים אין שום ערך כספי.**

**האם עסקה כזו היא שכירות או בעלות?**

**עסקאות ליסינג**

**א' (ספק)🡨 מכירה לב' (ליסינג)🡨השכרה לג' (שוכר).**העסקה נעשית בצורה זו כיוון שמחפשים מימון אצל ב'. הסיבות לכך שג' אינו קונה באופן ישיר מהספק ומלווה מב' הן בעיקר שיקולים של מס של חברת הליסינג (אם היא הבעלים היא זכאית להפחתה בשל הפחת בנכס) ושל המשכיר (דמי שכירות הם הוצאה מוכרת לצורכי ניכוי מס) וכן שיקולים של בטוחה (כאשר השוכר נקלע לחדלות פירעון, חברת הליסינג מעדיפה להיות בעלים ולא נושה).   
החיסרון שקיים במקרים אלו הוא שהליסינג חייבת לספק נכס שעובד ולכן גם אחראית לתפעולו ותיקונו.  **חברת הליסינג אינה ספק נכס אלא ספקית של מימון פיננסי.** **למעשה, במקום שאדם יקנה בעצמו את הדרוש לו, חברת הליסינג קונה אותו ומשכירה אותו לאותו אדם.**   
מדוע לא עושים הלוואה בעצם? **שיקולי מס. מבחינה מהותית, בהסתכלות כלכלית, החברה היא למעשה בעלת הנכס.**

***פס"ד הפועלים ליסינג נ' טיפול שורש*** עסקת ליסינג מימוני בין הפועלים, לשוכרת הציוד טיפול שורש. (טיפול שורש ההם ג' וליסינג הם ב').  
**חוק הריבית קובע ריבית מקסימאלית להלוואות צמודות מדד,** במטרה למנוע ניצול לרעה של מצוקתם הכלכלית של הלווים על-ידי מלווים. **תכלית זו מצדיקה החלת חוק הריבית על עסקה שמהותה האמיתית היא מהות של עסקת אשראי, גם אם לא כונתה בשם "הלוואה" ומחייב כי לא הצורה החיצונית היא שתקבע, אלא המהות האמיתית.**   
הפועלים ליסינג חשב שהגבלה זו לא חלה עליו כי מה שהוא מקבל כל חודש זה דמי שכירות ולא פירעון ההלוואה. **יש לבחון כל עסקת ליסינג מימוני לגופה ולהכריע על-פי מאפייניה לאור תכליתו של חוק הריבית.  
בבחינה זו יש לבחון את כלל הנסיבות ולשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, לרבות:**

1. היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס;
2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים על-פי הסכם הליסינג;
3. קיומה של אופציית הרכישה וערכו של התשלום הנדרש למימושה של אופציה זו;
4. מספר הצדדים לעיסקה;
5. השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג ונסיבות כריתת העסקה.
6. **אינדיקציות נוספות הן אופציית הרכישה שהוענקה למשיבות בסוף תקופת ההסכם, בסכום מינימאלי;**

**מכל אלה עולה כי מאפייניהם של ההסכמים הם מאפיינים של הסכמי מימון/הלוואה ולא של הסכמי שכירות, והם נכללים ב"עיסקת אשראי" במובן סעיף 1 לחוק הריבית.** אין בפסק-דין זה לפגוע במוסד הליסינג ככל שאינו מהווה כלי להערמה על חוק הריבית. **רק באותם המקרים שייקבע שהעסקה הינה עסקת אשראי, וכי העסקה כוללת חיוב בריבית העולה על הריבית המותרת לפי חוק הריבית, ייקבע שאת חלק זה של הריבית אין חובה לשלם. בכל מובן אחר העסקה תהיה תקפה.**

**ההבחנה בין ליסינג מימוני לליסינג תפעולי**

|  |  |
| --- | --- |
| **ליסינג תפעולי** | **ליסינג מימוני** |
| סך התשלומים נמוך מערך הנכס | הסכום הכולל של דמי השכירות משתווה לשווי הנכס |
| ניתן להפסיק את החוזה באמצע | תקופת ההשכרה קרובה/עולה על אורך החיים הכלכליים של הנכס (בסופה הוא חסר ערך) |
| המשכיר מתמחה בסוג מסוים של נכסים (למשל כלי רכב) ונותן שירותים נוספים (טסט, תחזוקה) | גוף פיננסי המחזיק מגוון נכסים שאיננו בקיא/מיומן בהם |
|  | יש אופציה לרכישה בסוף החוזה במחיר מינימאלי |

**נפקות הבעלות המהותית לעניין משכון**

**ס' 2(ב) לחוק המשכון** – **קובע כי המהות עדיפה על הצורה: "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא".**

**חוק המשכון הינו קוגנטי**. הוא בא להגן על הנושים הרגילים ולכן לא ניתן "לברוח" ממנו בתחפושות כיוון שע"פ לשונו, לא חשוב איך קוראים לעסקה פורמאלית, חשוב מהי מבחינה מהותית.

**בעצם היה פה מקרה של משכון מוסווה –**   
**במציאות:**חברת הליסינג **הייתה מלווה שהלוותה כסף לטיפול שורש, וטיפול שורש משכנו לה רכב.  
בפיקציה:** חברת הליסינג **הייתה בעלים שמשכירה את הרכב תמורת תשלום חודשי.**

**אם נחיל את דיני המשכון מכח ס' 2(ב) מה יקרה אם השוכר נקלע לחדל"פ ולא עומד בתשלומים?**   
חברת הליסינג **כבעלים** הייתה יכולה לקחת את הנכס חזרה וגם לקבל ריבית גבוהה על כל תשלום של השוכר.   
אך **אם נחיל את ס' 2(ב) ונסתכל על העסקה מבחינה מהותית כעל משכון מוסווה (הלוואה), לא תהיה עדיפות לחברת הליסינג על פני נושים אחרים אם היא לא רשמה את הנכס כמשועבד לה ברשם המשכונות עפ"י ס' 4 לחוק המשכון, ובהתאם ברשם החברות אם נדרש.** וכמו כן הריבית שהיא יכולה לקחת על הלוואה היא מוגבלת.

**מגבלות הבעלות: תום לב ושימוש לרעה בזכות**

14. בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם   
 נזק או אי נוחות לאחר.

**ס' 14 לחוק המקרקעין מסייג את הבעלות וקובע כי אין בבעלות כשלעצמה בכדי להצדיק עשיית נזק לאחר.** הסדר דומה ניתן למצוא גם **בס' 44 לפקנ"ז (עוולת המטרד)-** אדם בבעלותו לא רשאי לפגוע בזולת. הפסיקה התלבטה בשאלה מה מוסיף ס' 14 מעבר לרשום בפקודה.

בפסיקה הקלאסית, לביהמ"ש לא היה שק"ד. **אם אדם תבע בגין זכות קניינית, ביהמ"ש היה מעניק אוטומאטית צו מניעה ללא צורך להוכיח פגיעה או נזק**. זאת בניגוד לדיני הנזיקין (ס' 74, למשל) אשר מעניקים לביהמ"ש שק"ד אם לתת צו או סעד. **גם אם הפגיעה הייתה זוטי דברים –** העברת כבל ולמרות שהוא לא מפריע לי – זה פוגע לי בקניין ואני אקבל צו מניעה.

***פס"ד רדומילסקי נ' פרידמן***

הסגת גבול ע"י מתיחת אנטנה. זהו אחד המקרים המעטים בהם הפעילו בתקופה זו את ס' 14.   
**ביהמ"ש** אמר שהיות ומניעי התובעת הם פסולים (השגת פינוי השוכר ולא הפרעה מהסגת הגבול) טענותיה לא מתקבלות.  **החידוש בפס"ד זה הוא שביהמ"ש מפעיל שק"ד ומתחשב במקרים של מניע פסול.** **כאשר יש נזק שולי+מניע פסול, בעל הקניין לא יקבל סעד של סילוק הכבל.**   
התוצאה: **מכשיר להסגת גבול.**  
**כלומר ביהמ"ש פותח פתח צר מאוד בדיני הקניין הקלאסיים –אם יש פגיעה שולית מאוד (כבל) עדיין נותנים צו מניעה לטובת הבעלים – אבל אם מתווסף לזה גם מניע פסול של הבעלים אז נבטל את צו המניעה ונתיר פגיעה בקניינו.**

***בצלאל נ' סימנטוב***- המערערים ביקשו לבנות מעל המשיבים מרפסת שתסתיר למשיבים את אור השמש. (בית משותף). המשיבים טוענים כי בכך יחסמו עבורם את אור השמש וכי מדובר בהסגת גבול בחלל הרום של המקרקעין. **מבקשים להפעיל את ס' 14.   
ביהמ"ש :מפעיל את הסעיף וקובע כי מדובר בהסגת גבול- הפגיעה היא מהותית והמניעים כשרים (אין סתירה לפס"ד רדומילסקי)** – ולכן אנו נותנים צו מניעה כדי לשמור על קניינו של אדם. (זו הגישה הקלאסית).

**עם הזמן התרחבה תחולתו של ס' תום הלב גם לדיני הקניין וכך בעצם מתייתר הצורך בס' 14.   
זאת גם משום שלא ניתן להחיל אם ס' 14- "דוקטרינת השימוש לרעה בזכות" מקום שיש מניע נסתר/פסול** כי זה מושג מהדין הפלילי ולא קשור לדין האזרחי. כמו כן מניע הוא **משהו סובייקטיבי כשתו"ל הוא הרי אובייקטיבי ולכן הס' בכלל מתייתר.**

**עצם תחולתו של תו"ל בקניין היא בפס"ד רוקר נ' סלומון:**

***פס"ד רוקר נ' סלמון***

**עובדות:** תפיסת קבע של אחד הדיירים בשטח המשותף לכולם המהווה הסגת גבול כיוון שלא ניתנה הסכמת האחרים.   
על אף תמימות דעים שעקרון תו"ל חל גם בדיני קניין, הדעות חלוקות באשר לשאלת היקפו של שיקול הדעת שמקנה העיקרון לביהמ"ש במצב של התנגשות בין זכות קניינית לבין דרישת תום הלב.

**חשין, טירקל, לוין ומצא (הרוב)-**  **לזכות הקניין מעמד מיוחד ולכן יש להגן עליה-** שיקול הדעת של ביהמ"ש להימנע מהושטת סעד למי שזכותו הקניינית נפגעה הינו מוגבל ומצומצם ויופעל במקרים נדירים בלבד.   
אסור לבעלים לעשות שימוש במקרקעין שפוגע באחר אבל לא לתת לביהמ"ש שק"ד מעבר לכך.

**אנגלרד (גישה מרחיבה)-** שיקול דעתו של ביהמ"ש מכוח עקרון תום הלב רחב "כרוחבו של אולם" ועל כן אין הוא כבול בהגנה על זכות הקניין העשויה לסגת בפני עקרון תום הלב.   
הוא מכניס גם מבחן **אובייקטיבי** לפי ס' 39 לחוה"ח ומודד את הנזק של בעל המקרקעין מול התועלת שירוויח מסיג הגבול. זה סוטה מהתפיסה הקניינית הקלאסית שהביע הש' טירקל – **ומגיע לתוצאה כי בעל הקניין לא יכול לסלק את מסיג הגבול כי סילוקו היא לא סבירה לפי ס' 39.**

**ברק (גישת ביניים- ההלכה):   
החלת תום הלב בקניין צריכה להיות מצומצמת מאשר ההחלה בדיני החוזים.   
יש להביא בחשבון מס' גורמים:  
 1.** חומרת הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהסגת הגבול, **2. זכות הקניין  
 3.תום הלב.   
עוצמת ההגנה על מקרקעין תהיה רחבה יותר ממיטלטלין בהקשר של תום הלב.   
הס' שעומד במרכז פס"ד הוא ס' 21 לחוק המקרקעין –** שאומר שבעל מקרקעין שמסיגים את גבולו, יש לו זכות מלאה לבחור מה לעשות – לסלק את מסיג הגבול או להשאירו.  
**ברק:** מציין כי לאור תחולתו של ס' 39 לחוק החוזים, הוא **חל גם על ס' 21, וכשמפעילים את ס' 21 יש להפעילו בתו"ל.**

התוצאה: **לא אפשרו למסיג הגבול להמשיך להחזיק במקרקעין בגלל שזו פגיעה משמעותית במקרקעין לטווח ארוך.**

**היחס בין עקרון תום הלב לאיסור על שימוש לרעה:**

**ברק ולוין:**  ס' 14 קדם לס' 39 לחוק החוזים, וכעת התייתר הצורך בו. על פי המצדדים בגישה זו עקרון תום הלב מכוח חוק החוזים הוא ההוראה המרכזית בעוד שעקרון "השימוש לרעה בזכות" הינו אך מקרה קונקרטי שלו.

**טירקל ואנגלרד:** העקרונות חלים במקביל זה לצד זה ואין תוקפי של האחד גורע ממשנהו.

**הגנה על הבעלות וההחזקה**

**במקרקעין**

סימן ב': הגנת הבעלות וההחזקה

15. בסימן זה, "מחזיק" - בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה   
 הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.

החזקה

16. בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק   
 בהם שלא כדין.

תביעה למסירת מקרקעין

17. 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

תביעה למניעת הפרעה

כזאת.

18. (א) המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע   
 הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

שימוש בכוח נגד הסגת גבול

(ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים   
 ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

(תיקון מס' 8) תשמ"א-1981

מיום 12.2.1981

**תיקון מס' 8**

[ס"ח תשמ"א מס' 1005](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1005.pdf) מיום 12.2.1981 עמ' 106 ([ה"ח 1484](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-1484.pdf))

**החלפת סעיף קטן (ב)**

הנוסח הקודם:

~~(ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק בהם כדין להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאם מיד התופס, ובלבד שעשה כן, בנסיבות הענין, תוך זמן סביר.~~

19. 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 ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

החזרת גזלה

20. אין בהוראות סעיפים 16 עד 19 כדי לגרוע מזכות לפיצויים או מכל תרופה אחרת או סעד אחר על פי דין.

שמירת תרופות

**במיטלטלין**

8. סעיפים 15 עד 20 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, יחולו גם על הגנת הבעלות וההחזקה   
 במיטלטלין.

הגנת הבעלות וההחזקה

ס' **15-20** מבטאים את ההגנה שנותן החוק לבעל הקניין. עד חקיקתו של חוק המקרקעין הייתה ההגנה על הקניין מוסדרת באמצעות דיני הנזיקין (עוולת הסגת גבול שבס' 29-31, עוולת הגזל שבס' 5, עוולת המטרד שבס' 40). **סעיפים 15-20 מגנים לא רק על הבעלים, אלא גם על מי שמחזיק בפועל בנכס** ומכאן שההחזקה מקבלת מימד של זכות.

ס' **8** לחוק המיטלטלין מפנה ומכיל את ס' 15-20 גם על מיטלטלין.

**השאלה שעולה היא מה היחס בין העילות הקנייניות לבין העילות הנזיקיות?**

ניתן לומר שדיני הקניין מדברים על השבת הנכס בעוד דיני הנזיקין מדברים על פיצויים.

*פס"ד רוקר נ' סלומון-*   
**טירקל:** מבצע הפרדה חדה בין העילות הקנייניות לעילות הנזיקיות: כאשר התובע מעוניין בסעד קנייני, משתלם לו לתבוע ע"פ העילות הקנייניות שם אין גמישות ואיזונים כמו שבפקודה. דוגמא: ס' **17** הוא מקבילו של ס' 44 לפקנ"ז (עילת המטרד), אך בס' 17 לא נדרשת הפרעה של ממש ולא מבחן של שימוש סביר. **זוהי דעה פחות מקובלת בגלל ההרחבה של תום הלב.** ניתן לייבא את האיזונים שבפקנ"ז לדיני הקניין דרך תום הלב. תרופת פיצויים חייבת להסתמך על דיני הנזיקין, ואילו דרישה להריסה, על דיני הקניין.  **השופט טירקל מצביע על שתי מערכות דינים העומדות לרשות המשיבים בכדי להשיג את מבוקשם:**

**דיני הנזיקין- ס' 29- עוולת הסגת גבול**

**דיני הקניין- ס' 16-17 לחוק המקרקעין.**

**הסעדים שבחוק המקרקעין**

1. **סעד עצמי (ס' 18)-** עומד למי שמחזיק בנכס כדין.

**האופציות:** (א) **מניעת הסגת הגבול תוך שימוש בכוח סביר.**

(ב) **תפיסה מחדש של הקרקע תוך 30 יום מחדירת הפולש תוך שימוש בכוח סביר.**

**פס"ד רוזנשטיין**- ביהמ"ש מקבל את האינסטינקט המיידי של בני האדם להגן על רכושם.

לדעת **ויסמן**- הגנה עצמית יש להעמיד רק לטובת המחזיק בפועל ולא למחזיק כדין.

**ס' 24 לפקנ"ז** שעוסק בסייגים **לתקיפה (ס' 23)** מעניק הגנה על תקיפה לשם מניעת הסגת גבול.

**פס"ד המוטראן הקופטי-** מחייב את המשטרה לבוא לעזרת המחזיק כדין.

1. **פנייה לביהמ"ש באמצעות ס' 16-** בעל מקרקעין או מחזיק כדין שנזרק מהם רשאי לפנות לביהמ"ש ולדרוש   
    השבתם.
2. **פנייה לביהמ"ש באמצעות ס' 19-תביעה פוססורית-** מי שזרקו אותו ממקרקעין, יכול להגיש תביעה   
    להשבתם גם ללא הוכחת בעלותו או זכאותו. החידוש בס' הוא בכך שזה שזרקו אותו יכול אפילו לתבוע את   
    הבעלים אם הוא פעל שלא כדין **(לא לפי ס' 18).**   
    ז"א, יש כאן איזון לס' 18 על מנת למנוע שימוש חורג בסמכות שהוענקה בס' 18.
3. **ס' 19 סיפא** מעניק לביהמ"ש שק"ד לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר   
    את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

**תביעה פוססורית (ס' 19 רישא):** המוציא מקרקעין מידי המחזיק בהם בפועל , שלא בגדרו של הסעד העצמי (שימוש בכוח בלתי סביר, מחוץ לתקופה של 30 יום) חייב להחזירם למחזיק. **התביעה הפוססורית מחזירה את המצב לקדמותו ללא קשר לתביעה המהותית שתכריע בזכויות הצדדים במקרקעין ותידון בשלב מאוחר יותר.** ביהמ"ש רשאי לאחד את הדיון הפוססורי עם הדיון המהותי, כאשר הדבר יעיל ומתאים בנסיבות העניין.

**ס'15- מחזיק= בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.**

**ס'16- המקביל הקנייני של הסגת גבול-** בעל מקרקעין רשאי לדרוש אותם ממחזיק שלא כדין.

**ס'17- המקביל הקנייני של עילת המטרד. ס' זה מתייחס למחזיק, ולא למחזיק כדין. יוצא שמחזיק יכול להיות גם מחזיק שלא כדין.** מי שתובע לפי ס'17 לא צריך להוכיח את זכותו בנכס אלא רק שהוא מחזיק בפועל במקרקעין.   
יוס טרטי- הזכות של אדם שלישי [הנתבע, מסיג הגבול, יכול לטעון נגד התובע מסיג הגבול טענה של יוס טרטי- הזכות היא לא שלך אלא היא של צד שלישי].  **טענת היוס טרטי לא מתקבלת במסגרת ס' 17 וגם מי שמחזיק אפילו שלא כדין רשאי לתבוע ע"פ ס' 17.** המטרה: למנוע עשיית דין עצמית ולמנוע מצב שכל דאלים גבר.

**ס'18-** מי שמחזיק במקרקעין כדין יכול להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול. ניתן לעשות כן עד תוך 30 ימים מיום התפיסה.

**ס'19-** מי שהוציא את המקרקעין מידי המחזיק שלא לפי ס'18- חייב להחזירם למחזיק.

**סיכום זכויות מחזיק שלא כדין/מחזיק כדין/בעל מקרקעין**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | זכות לתבוע מסירת המקרקעין –ס' 16 | זכות למנוע הפרעה לשימוש ס' 17 | זכות להפעלת כוח (סעד עצמי) ס' 18 | חובת השבת הגזילה ס' 19 |
| מחזיק שלא כדין | **לא!!** | **כן** | **לא!!** | **כן** |
| מחזיק כדין | **כן** | **כן** | **כן** | **כן** |
| בעל מקרקעין | **כן** | **כן** | **לא!!** | **כן** |

**מתי ייעשה ביהמ"ש שימוש בס' 19 סיפא- איחוד התביעה הפוססורית והדיון המהותי?**

***רוזנשטיין ואחרים נ' סולומון-***   **שופטי הרוב: בכל מקרה בו נראה לביהמ"ש שדרך זו היא יעילה ומתאימה בנסיבות העניין.** ע"כ ישפיע השיקול שאין לעודד עשיית דין עצמית, אך גם אין לקבוע כי על ביהמ"ש להימנע תמיד מבירור זכויות בעלי הדין, גם כאשר נעשה שימוש באלימות מצד התובע. למעשה יש כאן הרחבת עשיית דין עצמית.   
**שופטי המיעוט (אלון):** הכל תלוי בנסיבות העניין, בראש ובראשונה בטיבה וחומרתה של עשיית הדין העצמית.

***יוסף נ' עוקשי:*   
עובדות:** עימות בין שני צדדים שאין להם זכות במקרקעין, אחד מחזיק בפועל, השני מסיג גבול.   
**ביהמ"ש:** המחזיק זכאי להגנה כלפי מי שמנסה לנשלו מחזקתו וזאת גם כאשר אין בידו זכות חזקה. **ההגנה ניתנת למחזיק אף שהחזקתו אינה כדין ,** כל עוד חזקתו בפועל נמשכת. לביהמ"ש סמכות להשיב המצב לקדמותו בטרם יברר זכויות הצדדים, גם אם הטוען טוען לכך שבידו זכות העדיפה על זכות המחזיק, וזאת כאשר עשיית הדין העצמית לא הייתה בהתאם לס' 18 (ב).   
הטעמים להגנה על החזקה: חלק מהרצון לשמור על סדר ציבורי, למנוע פתרון מחלוקות בכוח הזרוע, שמירה על רצף והמשכיות שימוש בקרקע.  **ההחלטה: למרות שהמחזיק בפועל הוא מסיג גבול בעצמו הוא זכאי להשבת הגזלה לידיו תוך סילוק הפולש.**

**פלישה למקרקעי ציבור**

**חוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים)🡨**  מרחיב באופן ניכר את זכות המדינה לסילוק פולשים ולהגנה על קרקעותיה בדרך פעולה עצמית ללא הזדקקות לערכאות משפט, ע"י הוצאת צווי סילוק.  
**התפיסה הינה כי הוראות חוק המקרקעין אינן מספיקות בכל הנוגע לקרקעות מדינה:**

* 1. המדינה אינה מחזיקה בהן בפועל
  2. עשוי לחלוף זמן רב עד שיוודע למדינה דבר הפלישה (הרבה יותר מ-30 יום).

**כיוון שמדובר בעשיית דין עצמית ע"י המדינה, נתנה הפסיקה לחוק פרשנות מצמצמת:**

***פס"ד מדינת ישראל נ' שמחון:***

**על מנת לתת צו סילוק פולש נדרש כי יתמלאו 4 תנאים:**

* + 1. **אדם תפס מקרקעי ציבור**
    2. **לדעת הממונה התפיסה אינה כדין-** לביסוס תנאי זה יש להצביע על עילה מספקת לנקיטת צעד שמשמעותו עשיית דין עצמית בלא עירוב ערכאות משפט.
    3. **הצו ניתן תוך 3 חודשים מיום שנתברר לממונה דבר התפיסה שלא כדין**
    4. **הצו ניתן לא יאוחר מ- 12 חודשים מיום התפיסה**

**ההחלטה:** במקרה דנן לא הוכח כי מדובר בפלישה ברמת ודאות גבוהה מספיק. לכן הצו אינו מקיים את תנאי החוק ואין להכיר בתוקפו.

***שער חמישי – שיתוף ובתים משותפים***

**שיתוף בנכסים: כללי**

שיתוף קנייני הוא בעלות חלקית בנכס כלשהו, אשר כל עוד לא נקבע אחרת, מתייחסת לחלק בלתי מסוים מן הנכס.

**השיתוף ייתכן בשלושה תחומים:**

* 1. **מקרקעין** (ס' 27-51 לחוק המקרקעין)
  2. **מיטלטלין** (ס' 9,10 לחוק המיטלטלין)
  3. **זכויות** (ס' 13 לחוק המיטלטלין)

**ישנם שני סוגים עיקריים של שותפות: (מדובר בשותפות שאיננה עסקית!)**

* + 1. **בין בני זוג**
    2. **בין יורשים**

השיתוף יכול לגרום להקפאה או היעדר שימוש בנכס. מטרת הדין הינה לעודד שימוש.

**העיקרון השולט הינו עיקרון שלטון הרוב (ס' 30) אם כי ישנן הגבלות לכך:**

***פס"ד זול-בו נ' זיידה:***

**הערעור נסב על השאלה, אם רשאים בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים להשכיר את הנכס המשותף חרף התנגדות בעלי מיעוט החלקים, ואם כן - באילו תנאים.**

בבסיס ההסדר בחוק- עקרון שלטון הרוב. **בכל הנוגע לשימוש רגיל מתנהלים נכסי השותפות ע"פ החלטת הרוב.** **מהו שימוש רגיל?** עשיית פעולות שלפי מהותו, טיבו וייעודו של הנכס הן טבעיות לגביו (במקרה דנן נקבע כי השכרה היא שימוש רגיל- הנכס אינו מיועד למגורים, עומד בשיממונו ובמצב זה טבעי לבקש להפיק ממנו הכנסה).

**סייגים לעקרון שלטון הרוב (ס' 30):**

* + - 1. **חל רק בנוגע לניהול ושימוש רגילים (חריגה מכך תחייב הסכמת כל השותפים)**
      2. **איסור קיפוח מיעוט-** שותף הרואה עצמו מקופח רשאי לפנות לביהמ"ש.
      3. **איסור שימוש לרעה בזכות-** ס' 14
      4. **חובת תו"ל-** מכוח ס' 39 לחוק החוזים. מעקרון זה מתבקשת התייעצות עם המיעוט, גילוי עובדות רלוונטיות, מתן הזדמנות למיעוט לפנות לביהמ"ש בטענת קיפוח, הרוב אינו רשאי לפעול במחשכים. כמו כן מחייבת חובת התו"ל את הרוב לשמוע את דברי המיעוט מבלי להחליט תחילה שלא להיענות להם.

***ביאלר נ' ביאלר:***

בנם הבגיר של בני-הזוג התגורר כל ימיו בדירה השייכת להוריו בחלקים שווים. עתה מתנגד האב להמשך מגוריו בדירה, בעוד האם מצדדת בהישארותו בה. **ביהמ"ש: שותף אינו רשאי להתיר לאחר להשתמש בחלק כלשהו של הנכס המשותף, בניגוד לרצון השותפים האחרים.**

***וילנר נ' גולני:***

**ס' 31 (א) מתיר לשותף ללא צורך בהסכמת יתר השותפים להשתמש במקרקעין ובלבד:**

* + - * 1. **שמדובר בשימוש סביר**
        2. **שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר**

**סבירות השימוש:**

**בן פורת(רוב):** **מבחן סובייקטיבי-** לפי תנאי המקום, הזמן, טיבו וטבעו של הנכס.

**נתניהו:** **מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי משולב-** שקלול תנאיו האובייקטיבים של הנכס כמו גם תנאים סובייקטיביים כגון השימוש לו נועד, אישיות השותפים, האפשרות לשימוש משותף בנכס ע"י השותפים. למעשה נתניהו מאחדת בין שימוש סביר לבין שימוש שאינו מונע שימוש דומה- לדידה, אם נמנע שימוש דומה, אזי השימוש אינו סביר. במקרה דנן- שימוש משותף בדירה קטנה איננו סביר.

**מניעת שימוש דומה משאר השותפים:**

**בן פורת:** די בכך שהשותף המשתמש אינו מונע מן השותפים האחרים להשתמש באופן חופשי בנכס המשותף כשהם חפצים בכך.

**נתניהו:** שימוש סביר צריך להיות כזה שיאפשר שימוש דומה מקביל אף ליתר השותפים.

מקום בו נתקבלה החלטת רוב המקפחת את המיעוט- על הרוב להשהות יישום ההחלטה כדי לתת למיעוט שהות לפנות לביהמ"ש בטענת קיפוח.

**ההחלטה:** לא יינתן צו לסילוק יד- האחות עושה בדירה שימוש סביר.

***זידאני נ' אבו אחמד –***

המערער קיבל החזקה בחלקות קרקע מידי שוכריהן, ועשה בהן שימוש בלעדי למרות התנגדות המשיבים 4-1

(להלן – המשיבים) – בעלי החלקות. כמה שנים לאחר מכן רכש המערער חלקים מהחלקות נושא הסכסוך, והפך

לבעלים משותפים בהם, יחד עם המשיבים, אך המשיך לעשות בהן שימוש בלעדי. המשיבים תבעו את המערער על

השימוש שעשה בחלקות – חלק מן הזמן, ללא זכות החזקה וללא רשות הבעלים, וחלק מן הזמן כבעלים

משותפים אך ללא הסכמת יתר הבעלים המשותפים.

כל אחד מהשותפים משתמש גם בחלק של זולתו ואז עולה השאלה של **"שכר ראוי"**. כלומר, מישהו נהנה מרכוש

של זולתו ואז הוא צריך לשלם. זה בעצם ***לפי סעיף 33:*** *"שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר*

*השותפים לפי חלקיהם במקרקעין שכר ראוי בעד השימוש".* משתמשים בביטוי "שכר ראוי" כשהצדדים לא קבעו

דמי שכירות.

**אנגלרד:** מציין כי יש שתי עילות לבקש כסף ממישהו כזה: **עשיית עושר (כי הוא השתמש להם בנכס), והסגת גבול בנזיקין. – ס' 333 אינה עילה לבקש כסף – היא מקרה פרטי של עשיית עושר שעוגן אחר כך בחוק עשיית עושר.**

**בפסה"ד זידאני מסבירים כי** יש 2 אפשרויות לפרש את הסעיף:

**1. גישה מחמירה:** רק אם השימוש של אחד השותפים הוא שלא כדין והוא מנע משאר השותפים את השימוש.

**2. גישה יותר מקלה:** בכל מקרה משלמים שכר ראוי.

**אנגלרד מציין כי הוא חושב שהגישה המחמירה צריכה להבחן מחדש אבל זה לא נושא הערעור-** כיוון שבמקרה שלנו הוכח כי המערער הסיג גבולם של שותפיו ומנע מהם שימוש ולכן גם לפי הגישה המחמירה הוא חייב לשלם .

**ולכן עדיין ההלכה היא כי קיימת הגישה המחמירה – אתה צריך לשלם דמי שימוש אם לא עמדת בס' 31 (ב) – מנעת שימוש סביר ושללת שימוש ממישהו.**

**פירוק השותפות-** **ס' 37** מתיר לכל שותף, בכל עת לדרוש את פירוק השותפות. השותפים רשאים לסייג הוראה זו ולהגביל האפשרות לדרוש פירוק אך כעבור שלוש שנים רשאי ביהמ"ש לפי שיקול דעתו לבטל מגבלות חוזיות שקבעו השותפים ביחס לזכות זו.

**במיטלטלין-** רשאי ביהמ"ש לבטל מגבלות חוזיות בכל עת.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **שיתוף במקרקעין** | | |
| **ס' 27-** **בעלות משותפת במקרקעין**  בעלות משותפת במקרקעין  השיתוף הוא בעלות חלקית בנכס כלשהו , כל עוד לא נקבע אחרת, מתייחסת לחלק בלתי מסוים מן הנכס | **27.** מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם. | |
| **ס' 28-** **שיעור חלקו של שותף**  חזקה הניתנת לסתירה- החלקים שווים אם לא הוכח אחרת | **28.** חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים. | |
| **ס' 29–** **הסכם שיתוף**  הסכם שיתוף טעון הסכמת כל השותפים (ס' 30 (ג). אם נעשה הסכם "פה אחד", ניתן לרשום אותו בטאבו והוא יחייב גם שותפים שיבואו אחרי כן. הסכם השיתוף יכול לכלול כל דבר בהקשר של אופן השימוש, כמו גידול בע"ח, ואפילו עניינים דתיים הנוגעים לאופן השימוש במקרקעין. אם לא נעשה הסכם- יחולו הוראות החוק. | **29.(א)** הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן - הסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.  **(ב)** באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 36. | |
| **ס' 30 – ניהול ושימוש**  **30 (א)-** מה רשאי הרוב לעשות במקרקעין, גם ללא הסכמת המיעוט (שימוש רגיל בלבד, לשימוש יוצא דופן נדרשת הסכמה של 100%)  **30(ב)-** מיעוט מקופח רשאי לפנות לביהמ"ש- מהפסיקה עולה שהרוב צריך לדווח למיעוט ולתת לו להשמיע את דברו, זה חלק מעיקרון ת"ל, אם הרוב לא עשו זאת והחליטו את החלטתם בלי ליידע את המיעוט: וילנר נ' גולני ביהמ"ש מתייחס לרוב כאילו אין רוב וזורק אותם מס' 30 לס' 31.  **30(ג)-** חריגות- טעונות הסכמה פה אחד. | **30.(א)** בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם.  **(ב)** שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות הענין.  **(ג)** דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים. | |
| **ס' 31- זכותו של שותף יחיד**  בעלים משותף יחיד, רשאי להשתמש בנכס נשוא השיתוף בלא להיזקק להסכמת שותפיו, לביצוע הפעולות הבאות:   1. שימוש סביר שאין בו כדי לשלול שימוש דומה מבעלים משותף אחר (וילנר נ' גולני, זול-בו נ' זיידה) 2. פעולה דחופה ובלתי צפויה לצורך החזקתם וניהולם התקין של המקרקעין 3. פעולה הדרושה למניעת נזק למקרקעין   כל זאת בתנאי שהודיע לשותפיו עליהן בהקדם האפשרי- **31(ב)** | **31.** **(א)** באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל  שותף, בלי הסכמת יתר השותפים –  **(1)** להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר;  **(2)** לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם;  **(3)** לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.  **(ב)** עשה שותף כאמור בסעיף קטן (א), יודיע  על כך לשותפים האחרים ככל האפשר   בהקדם. | |
| **ס' 32- נשיאת הוצאות**  בהוצאות הכרוכות בניהולו ותחזוקתו התקינה של הנכס המשותף יישא כל שותף באופן יחסי לחלקו בבעלות. שותף שנשא בהוצאות מעבר לחלקו היחסי- זכאי להיפרע ההפרש משאר השותפים. | **32. (א)** כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים   בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם.  **(ב)**שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה   מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים   האחרים לפי חלקיהם במקרקעין. | |
| **ס' 33- תשלום בעד שימוש**  החובה לשלם קמה כאשר שותף אחד משתמש במקרקעין באופן בלעדי תוך מניעה מיתר השותפים לעשות שימוש מקביל בנכס. | **33.** שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש. | |
| **ס' 34- זכות השותף לעשות בחלקו**  בשותפות עסקית יש יותר אמון בין הצדדים ולכן אתה לא רשאי למכור את חלקך ללא הסכמת הצד השני. כאן רמת האמון בין הצדדים היא נמוכה יותר וצד שרוצה למכור את חלקו יכול לעשות זאת ללא הסכמה של יתר הצדדים. | **34. (א)** כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין   המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת,  בלי הסכמת יתר השותפים.  **(ב)** תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה   זכות כאמור בסעיף קטן (א) **אין כוחה יפה   לתקופה העולה על חמש שנים.** | |
| **ס' 35- הזכות לפירות** | **35.** כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין. | |
| **ס' 36- קיזוז חובות** | **36.** חובות שהשותפים חבים זה לזה עקב השיתוף ניתנים לקיזוז. | |
| **ס' 37 – הזכות לתבוע פירוק השיתוף**  המחוקק מאפשר לכל אחד מהשותפים או לפרק את חבילת השיתוף או למכור את חלקו.  ס' 37 (ב)- המחוקק תומך במתן אפשרות לכל שותף לפרק את השיתוף בשל המריבות שעלולות לצוף בין בעלים נוספים. ס' זה אומר שאם בהסכם השיתוף הסכימו הצדדים שלא לפרק את השותפות לתק' העולה על 3 שנים, ביהמ"ש רשאי להורות על פירוק השיתוף על אף ההתניה אם הדבר נראה לו בנסיבות העניין. | **37. (א)** כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת   לדרוש פירוק השיתוף.  **(ב)** הייתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או   מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף   לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית   המשפט, **כעבור שלוש שנים,** לצוות על פירוק   השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר   צודק בנסיבות הענין. | |
| **ס'39- פירוק דרך חלוקה**  אם ניתן, הפירוק האופטימאלי יעשה ע"י חלוקה- כל אחד יקבל חלקת קרקע ולא תמורה כספית. לשם כך צריכה להיות הסכמה של רשויות התכנון והבניה. | 39. (א) במקרקעין הניתנים לחלוקה יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.  (ב) היתה החלוקה בעין אפשרית רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין; על תשלומי האיזון יחולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחוייבים. | |
| **ס' 40 – פירוק דרך מכירה**  דרך שנייה לפירוק היא מכירה- מוכרים את בחלקה המשותפת ומתחלקים בכספים לפי האחוזים שיש לכל אחד בבעלות המשותפת | 40. (א) במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון.  (ב) המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין. | |
| **פירוק דרך הפיכה לבית משותף**  אפשר לפרק שיתוף באמצעות הפיכתו לבית משותף. למשל שני זוגות רכשו מקרקעין יחד כדי לבנות עליו בית דו משפחתי. בשלב הראשון רשומים 4 אנשים כבעלים משותפים על המקרקעין כאשר לכל אחד מהם יש רבע. אם רוצים לעשות הפרדה, אפשר לרשום את הבית כבית משותף, כלומר לרשום תתי חלוקות ואז בעצם הופכים את הבעלות המשותפת לבית משותף. | 42. (א) היה עיקר המקרקעין המשותפים בית הראוי להירשם כבית משותף, רשאי בית המשפט, לאחר שקיבל חוות דעת של המפקח, לצוות על פירוק השיתוף בדרך של רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים והקצבת דירות לשותפים לפי חלקיהם.  (ב) היה פירוק השיתוף כאמור בסעיף קטן (א) אפשרי רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין; על תשלומי האיזון יחולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחוייבים. | |
| **שיתוף במיטלטלין** | | |
| **ס' 9 – שיתוף** | **9. (א)** מיטלטלין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתפשטת על מלוא המיטלטלין ואין לשום שותף חלק מסויים בהם.  **(ב)** חלקיהם של כל אחד מהשותפים במיטלטלין, חזקה שהם שווים.  **(ג)** הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין (להלן – הסכם שיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר, ובלבד שהשותף או האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו.  **(ד)** הקנה אחד השותפים לאדם אחר זכות בחלקו במיטלטלין המשותפים, עליו להודיע על כך לשאר השותפים, ואם נעשה הסכם שיתוף, עליו להודיע לאדם האחר על קיום ההסכם ותנאיו.  **(ה)** באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 33, 34(א), 35 ו-36 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, גם על השיתוף במיטלטלין. | |
| **ס' 10 – פירוק השיתוף** | **10. (א)** כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף; היתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשאי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין.  **(ב)** פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים, ובאין הסכם – על פי צו בית המשפט, ורשאי בית המשפט לצוות על חלוקת המיטלטלין בעין, או על מכירתם וחלוקת הפדיון, או על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.  **(ג)** מכירת המיטלטלין על-פי צו בית המשפט תהיה בדרך שנמכרים מיטלטלין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין. | |
| **שיתוף בזכויות** | | |
| **ס' 13 לחוק המיטלטלין** | **13. (א)** הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות.  **(ב)** הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון. | |
| סעיף | | | החוק  **בתים משותפים** | |
| סעיף 52- הגדרות  **הבית המשותף הינו יצור כלאיים המתחלק ל-2:**   1. **הבית עצמו (בבעלות פרטית, תת חלקה)** 2. **הרכוש המשותף (בבעלות כולם- מעליות, מדרגות, חצר). ההגדרה היא שיורית- כל מה שלא פרטי- משותף** | | | 52. בפרק זה, וכן בסימן ד' לפרק ט' –  "בית" - מבנה של קבע, ובכלל זה הקרקע שעליה נבנה;  "דירה" - חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר;  "בית משותף" - בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים;  "בעל דירה" - לגבי דירה שהוחכרה לדורות - החוכר לדורות או חוכר המשנה לדורות, לפי הענין, זולת אם נקבע בחוזה החכירה שלענין פרק זה לא יראו אותם כבעלי דירה;  "רכוש משותף" - כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסויימת. | |
| סעיף 53- תחולת דיני המקרקעין | | | 53. כל הוראה בחוק זה, וכל דין החל על מקרקעין, יחולו גם על דירות בבית משותף, בשינויים המחוייבים; ומקום שמדובר ברישום בפנקסי המקרקעין, רואים אותו כאילו מדובר ברישום בפנקס הבתים המשותפים. | |
| סעיף 54- **מסייג את הבתים המשותפים מס' 13- עקרון אחדות היחידה הקניינית- כל דירה עומדת בפני עצמה וניתן לעשות עסקאות לגביה ללא הסכמת אחרים. לכל מי שרכש את הדירה יש בעלות גמורה בדירה. יש מנה בלתי מסוימת ברכוש המשותף.** | | | 54. על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות. | |
| סעיף 55- חלקי הרכוש המשותף הצמודים לדירות   1. **לכל דירה יש אחוז מסוים מהרכוש המשותף כמו היחס בין שטח הדירה לכלל הדירות. זה לא תמיד טוב כי זה גם אומר שיש לכם יותר חובות ביחס לרכוש המשותף.** 2. **עיסקה בדירה חלה גם על הרכוש המשותף הצמוד לה (קונגטי)** 3. **הצמדה- ייחוד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת בבית המשותף באופן שדין אחד יהא לדירה ולרכוש המשותף המוצמד אליה. עסקה בדירה תחול גם על אותו חלק ברכוש המשותף המוצמד אליה ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מהדירה.למשל הצמדת חניות. בגלל שזה מקטין את הרכוש המשותף נדרש לקבוע זאת בתקנון. בנוסף ס'6 לחוק המכר (דירות) קובע כי על הקבלן להדגיש בכל חוזה מכר שהוא מוציא חלקים מסוימים מהרכוש המשותף ומצמיד אותם לדירה מסוימת- אחרת זה לא יהיה תקף.** החריג: אין להצמיד מתקנים המיועדים לשימוש כל בעלי הדירות (חדרי מדרגות, מקלטים וכו'). | | | 55. (א) לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסויים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.  (ב) עיסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה; אין בהוראה זו כדי למנוע פעולה הבאה להקטין או להגדיל את שטח הקרקע שברכוש המשותף.  (ג) בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון, כמשמעותו בסימן ג' לפרק זה (להלן - התקנון), שחלק מסויים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית, ובלבד שלא יקבעו זאת ביחס לחדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומיתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות; הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד. | |
| סעיף 56- אי תחולת פרק ה'  **פרק שיתוף המקרקעין לא יחול על הרכוש המשותף. הכוונה היא בעיקר לפירוק השיתוף.** | | | 56. (א) הוראות פרק ה' לא יחולו על הרכוש המשותף.  (ב) האמור בסעיף קטן (א) אין בו כדי למנוע בעלות משותפת בדירה או פירוק השיתוף בדירה כזאת. | |
| סעיף 57 – היחס בין החלק הפרטי לחלק ברכוש המשותף | | | 57. (א) שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לכל דירה יהיה לפי יחס שטח רצפתה אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור אחר; בחישוב שיעורו של חלק כאמור לא יעברו את תחום חלקי המאה.  (ב) בחישוב שטח הרצפה לענין סעיף קטן (א) לא יובאו בחשבון שטחם של גזוזטראות ושל קירות חיצוניים, אלא אם נקבעה בתקנון הוראה אחרת.  (ג) הוצמד חלק מסויים של הרכוש המשותף לדירה פלונית, יובא שטחו בחשבון לענין סעיף קטן (א) בשיעור שנקבע לכך בתקנון, ובאין קביעה כזאת - בשיעור שקבע המפקח לפי הנסיבות. | |
| סעיף 58- השתתפות בהוצאות | | | 58. (א) בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף ולהבטחת השירותים המחוייבים על פי דין או המקובלים על פי הנוהג, לפי יחס שטח רצפת דירתו אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור השתתפות אחר. לענין זה, "החזקה תקינה" – שמירה על מצבו של הרכוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבניה, לרבות שיפורים שבוצעו בו לאחר מכן בהסכמת בעלי הדירות.  (ב) (בוטל). | |
| סעיף 59 | | | בית משותף המורכב ממבנים או מאגפים | |
| סעיף 59א | | | התקנת דוד שמש | |
| סעיף 59ב | | | הינתקות ממערכת חימום מרכזית | |
| סעיף 59ג | | | התאמות לאדם עם מוגבלות | |
| סעיף 59ד | | | החלפת ספק גז | |
| סעיף 59ה | | | מיתקני גז | |
| סעיף 59ו | | | התקנת מעלית | |
| סעיף 59ז | | | הפעלת מעלית כמעלית שבת | |
| סעיף 59ח | | | תאורה בשבת ובמועד | |
| סעיף 60 | | | בית משותף שנהרס | |
| סימן ג'- תקנון הבית המשותף  ס' 61- 71  **הדיירים רשאים לקבוע תקנון ע"י האסיפה הכללית של בעלי הדירות. כל זמן שאין תקנון חל תקנון סטטוטורי- "התקנון המצוי" בתוספת לחוק המקרקעין.**  **התקנון מהווה חוזה בין בעלי הדירות בבית המשותף.**  **רישום התקנון במרשם המקרקעין יהווה תנאי לתוקפו כלפי בעל דירה מאוחר (ס' 63).**  **ס' 62 (א)-** בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמוד לדירותיהם. הדעה **הרווחת היא שהסכמה של שני שליש מספיקה רק לשימוש ולניהול העניינים הרגילים של הרכוש המשותף. אולם אין ביכולתם לשנות זכויות של בעלי דירות/ להטיל עליהם תשלומים שלא בהתאם לחוק המקרקעין/ לקבוע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית- אלא בהסכמת כל בעלי הדירות!**  **ס' 62 (א1)-** הוצמד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, ניתן להעבירו לדירה אחרת בבית ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים  **ס' 62 (ג)-** תקנון ניתן לרישום בטאבו ומרגע שנרשם כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן.  התקנון המצוי  **ס'2-** שינויים ותיקונים בדירה שפוגעים ברכוש המשותף או שפוגעים בדירה אחרת. זאת בנוסף לעוולת המטרד בס'44 לפקנ"ז. | | | | |
| סעיף 71 | | | החלטות בעלי הדירות | |
| סעיף 71א | | | הגדרות | |
| סעיף 71ב | | | שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבניה | |
| סעיף 71ג | | | הגשת תביעה למפקח | |
| סעיף 71ד | | | תחולה | |
| סעיף 72 | | | סמכות להכריע בסכסוכים | |
| סעיף 73 | | | הזכות לתבוע בסכסוך | |
| סעיף 74 | | | סמכויות המפקח | |
| סעיף 75 | | | דיון בסכסוך | |
| סעיף 76 | | | אכיפתם של החלטות וצווים | |
| סעיף 77 | | | ערעור | |
| פרק ו':1 בתים שאינם רשומים כבתים משותפים | | | | |
| סעיף 77א | | | הגדרות | |
| סעיף 77ב | | | תחולת הוראות של פרק ו' | |
| סעיף 77ג | | | תקנון | |
| סעיף 77ד | | | הנציגות הראשונה | |
| סעיף 77ה | | | הנוהל באין נציגות | |
| סעיף 77ו | | | דין בית שנרשם | |
| סימן ד': רישום בתים משותפים וביטולו | | | | |
| סעיף 141 | | | פנקס בתים משותפים | |
| סעיף 142 | | | בית הראוי להירשם בפנקס | |
| סעיף 143 | | | צו רישום | |
| סעיף 144 | | | רישום שכירות וזכויות אחרות | |
| סעיף 145 | | | תיקון צו רישום | |
| סעיף 146 | | | ביטול רישומו של בית משותף | |
| סעיף 147 | | | הרישום החדש בפנקסים | |
| סעיף 148 | | | רישום שכירות וזכויות אחרות | |

**עריכת שינויים ותיקונים בדירה**

ככלל, בעל דירה רשאי לבצע בקניינו שינויים ותיקונים כרצונו. ואולם, שינויים ותיקונים הפוגעים בדירה אחרת או ברכוש המשותף יבוצעו בהסכמת הנפגע (מראש או בדיעבד). **המונחים "שינוי" ו"תיקון" פורשו בפסיקה בצמצום ואילו המונח "פגיעה" פורש בהרחבה ככולל פגיעה אפילו אפסית.**

***פס"ד שמע נ' סדובסקי:***   
בעל דירה שהתחיל לנהל חנות מכולת.   
שינוי ייעוד שאינו כרוך בשינוי פיסי איננו "שינוי" בנכס הטעון הסכמה.   
**דעת הרוב:** שינוי ייעוד של דירה ממגורים לעסק **אשר אינו כרוך בשינויים פיסיים מבניים** אינו "שינוי" כהגדרתו בתקנון המצוי.   
**דעת המיעוט:** אין להתעלם משינוי השימוש כאשר הדבר פוגע בערך הדירות. כאשר זה כך- יש לבקש את הסכמת בעלי הדירות.

60. (א) נהרס בית משותף, כולו או מקצתו, מכל סיבה שהיא, ובעלי הדירות ששלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם (להלן - המשקמים) החליטו להקים את הבית מחדש או לתקנו, ישא כל בעל דירה בהוצאות הכרוכות בכך לגבי דירתו, ובעלי כל הדירות ישתתפו בהוצאות הכרוכות בכך לגבי הרכוש המשותף, כל אחד לפי החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירתו.

**ס' 60 – בית משותף שנהרס + זכויות בבית משותף- האם מדובר בזכות קניין קלאסית? בבתים משותפים שם חשין פחות דגש על הקניין הפרטי ויותר על השיתוף. זכות הקניין האבסולוטית נסוגה ומתאזנת עם סבירות ושלטון הרוב.**

***פס"ד צודלר:***    
בית משותף בר"ג נפגע מטיל במלחמת המפרץ. העירייה מבקשת לשקם ולהעניק לדיירים דירות רחבות יותר באמצעות הפיצויים ממס רכוש + עסקת קומבינציה עם קבלן, על דרך הגדלת אחוזי הבנייה. חלק מהדיירים מתנגדים.

**חשין:** הבית המשותף הינו המצאה של המשפט המודרני, ומקורו בתנאים פיסיים וחברתיים של החברה המודרנית. מנקודת ראותו של משפט הקניין הקלאסי, הבית המשותף הינו מעין יצור כלאיים: ה"דירות" בבית המשותף מצויות בבעלות נפרדת, ובצדן ה"רכוש המשותף" מצוי בבעלות משותפת של כל הבעלים.

זכותם של בעלי הדירות כזכות קניין מודרנית

הגנת המיעוט בגדרו של הסדר שיקומו של בית משותף מהווה ביטוי לעיקרון הסבירות. הגם שזכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה את עיקרון הסבירות בהיותה דוגלת בשרירות הבעלים, הרי שזכות הקניין של בעלי הדירות בבית משותף הינה זכות קניין "מודרנית", שמשולבים בה גם יסודות של שיתוף, יסודות אישיים, ומעיקרה היא בנויה שלא ע"פ מתכונתו המדויקת של המודל הקלאסי. **הנחת היסוד בפרשנות הסדר השיקום שבסעיף 60 לחוק המקרקעין הינה כי הבית המשותף נהרס שלא ביוזמת בעלי הדירות, ועם הריסתו, עומדים בעלי הדירות, כל אחד לעצמו, מבלי שיכולים הם להנות מרכושם – משכן אין להם והם הפכו שותפים בעל כורחם וע"פ חלקם ברכוש המשותף בפיסת קרקע שלא ביקשו לעצמם. מבחינת החלופות האפשריות – הסדר השיקום מחד והסדר המחיקה והביטול מאידך, מסיק ביהמ"ש כי ראוי להעדיף את הסדר השיקום.**

**פירוש הביטוי "להקים את הבית מחדש" - כהוראתו בסעיף 60לחוק המקרקעין-** פורש בהרחבה ע"י חשין על מנת לאפשר שיקום הבית, זו כוונת המחוקק ולכן יש להגשימה. הסדר סעיף 60הוא הסדר כפוי, וכשם שכפוי הוא מעיקרו לעניין הקמתו מחדש של בית, כן יהיה הוא כפוי לעניין הדרך שבה ייבנה הבית.

***פס"ד קליין נ' שרון-***   
בחדר המדרגות בבית המשותף הייתה נישה קטנה מתחת למדרגות שנרשמה כתת חלקה בטאבו **על שם הקבלן.** בפרקטיקה זה נקרא קולב משפטי. הדבר נבע מהדין שאי אפשר להצמיד חלקים ברכוש המשותף אלא לדירה שקיימת במבנה.  **כלומר אם הקבלן רוצה להצמיד לעצמו חלקים מהרכוש המשותף הוא חייב שתהא לו דירה בבניין.**   
הקבלן השאיר לעצמו כ50% מהרכוש המשותף. זו חלוקה קיצונית, אך אם הקבלן מציין את זה ומביא את זה לידיעת כל רוכשי הדירות אין עם זה בעיה. הקבלן עשה זאת, כולם ידעו על כך.  **נשארת פה בעיה שאכן הקולב היה קטן מדי ולמעשה לפי ההגדרות המקובלות לא יכול לשמש כדירה.** **זו האסמכתא לכך שדירה בבית משותף תיקרא דירה במובן ס' 52 לחוק המקרקעין רק אם היא יחידה סבירה בפני עצמה.** היא צריכה להיות ראויה לשימוש ולא רק קולב, צריכה להיות כניסה נפרדת, מים וחשבון חשמל נפרדים. **ביהמ"ש**: **היה מוסכם שבכוך הזה אי אפשר לעשות שום שימוש והוא נשאר רק כפיקציה כדי להצמיד רכוש**.

מה אנו עושים? **ביצוע בקירוב**.   
דעת הרוב- **השתמשה בתיאוריה החוזית של ביצוע בקירוב.** **הם אומרים שמה שמעניין אותם זו מטרת החוזה, הם אמרו שאם אי אפשר ללכת בדרך איקס כדי להשיג את התוצאה שרצו הצדדים אז נלך בדרך וואי ונשיג את התוצאה- ביצוע בקירוב**.   
ש' המיעוט- יוצא שזה לא שייך לקבלן **אך זה גם לא יכול להיות שייך לאחרים כי הם הסכימו בחוזה לוותר על זכותם ברכוש המשותף לטובת הקבלן. זו תוצאה לא הגיונית בעליל**. זו תוצאה של הקפאה- אף אחד לא יכול להשתמש בזה. כל הדינים שמסתפקים ברוב נועדו למנוע מצב של הקפאה. כשש' גוזר כזאת הקפאה הוא חושב שהוא זורק את הצדדים מחוץ לביהמ"ש וזה ייאלץ אותם להסתדר. אבל בפועל לרוב זה לא קורה.

***פס"ד קאופמן***   
מדובר בזכויות בנייה למישהו שאין לו דירה בבית המשותף. איך ביהמ"ש קובע כאן שיש לו זכויות בניה? הש' **אומרת שאין בעיה, מותר למכור זכויות בנייה לא מנוצלות לצד שלישי שכן זכויות בנייה לא מוגדרות כרכוש משותף.**   
אולם **ההגדרה של רכוש משותף בס' 52 היא שיורית: כל מה שהוא לא דירה זה רכוש משותף.**אבל אפשר לצאת מזה. **בס' זה הכוונה היא לדברים פיזיים. כשמדברים על משהו לא מוחשי כזכויות בניה לא מנוצלות, הן שוות כסף וניתן למכור אותן לצד שלישי.** **אין כאן בעיה קניינית.** אם מכרו את זכויות הבניה לקומה נוספת לטובת צד שלישי אין כאן בעיה. זה לא היה מקובל לפני עשרות שנים כך שבפס"ד קליין ביהמ"ש אומר שזו לא יכולה להיות כוונת הצדדים, אבל כיום זה מקובל.

**נציין- אם למישהו יש זכויות בניה לבנות קומה חדשה, הגג החדש היה רכוש משותף**.

***פס"ד דנציגר:***

**עובדות:** המערערים עשו מזמן הסכם עם בעל דירות בבניין וקבעו בהסכם כי **הם מצמידים את החניות לדירות שלהם ולכן החניות אינן רכוש משותף.  
משיבים –** הם קנו דירות בבנין והם מציינים כי החניות הן כן רכוש משותף כיוון ש**אין פומביות בהסכם של המערערים עם בעל הדירות(הוא לא נרשם בפנקס הבתים המשותפים וגם לא הייתה הערת אזהרה בטאבו לגבי החניות). והם לא ידעו כי החניות לא רכוש משותף.**המערערים – טוענים בערעור כי אין פה תקנת שוק כי המשיבים לא הסתמכו בתום לב על המרשם כי הם ידעו על ההסכמים של החניות לפני שקנו את הדיקה.  
המשיבים – מציינים כי לא היה להם מושג, וחוץ מזה כי החוזים שבהם הוחלט על החניות לא אמינים, וכמו כן זה היה צריך להרשם בפנקס הבתים המשותפים כדי לקבל תוקף ולא סתם בספר החלטות של הבניין(כי הצמדת רכוש זה משהו קריטי).  
**ביהמ"ש: דוחה את הערעור בגלל בעייה ראייתית – החוזים לא היו אמינים.  
גם אם החוזים היו אמינים-** יש להצמדת דירות השלכות קנייניות ולא ניתן לרשום את זה רק בספר ההחלטות כי הוא פתוח רק לעיני הדיירים בבניין ולא לרוכש חדש.  
לעניין תקנת השוק המערערים טוענים כי המשיבים לא מילאו אחר יסוד תו"ל כי הם ידעו על סכסוכים בבניין וזה היה אמור להדליק להם נורה אדומה. **השופטת לא מקבל את הטענה.**

***פס"ד אליהו נ' שימבורסקי:***

**עובדות:** ההמערערים טוענים כי הגג שמעל דירתם מוצמד לדירה שלהם והמשיבים טוענים כי זה רכוש משותף.

**בחוזים עם המערערים רשום כי הגג שייך להם.**

**בימש:** מטרתו של [חוק המכר (דירות)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/240_004.htm) היא להביא לידיעת הקונה, בצורה ברורה ומובנת - מה הן כוונותיו האמיתיות של המוכר, ומה הן הזכויות אשר הוא, הקונה, רוכש הימנו [...] כדי להבטיח שאכן הובאו הדברים לידיעת הקונה והובנו על-ידיו, **חובה היא על המוכר לצרף לחוזה מיפרט, ובו תיאור הדירה וכל הכלול בה**, **ואם מבקש המוכר לשנות מן התקנון המצוי בקשר לזכויות שבבית המשותף, חייב שינוי זה להופיע במפורש במיפרט הנ"ל או במסמך המצורף לחוזה ובו פרטים בקשר לשינוי זה.** אם לא רשם כלום – יחול התקנון המצוי – **שקובע למשל במקרה שלנו שהגג הוא רכוש משותף.(אלו הוראות ס' 6).  
הלכת מרכוס –** קבעה כי אם באחת הדירות לא נרשם שרכוש משותף שיך לדירה מסויימת – הוא לא יהיה שייך ויחזור להיות רכוש משותף – **השופת מסבירה כי בגלל זה יש ביקורת על הלכת מרכוס כי זו עשיית עושר (דיירים מקבלים רכוש שלא היה אמור להיות שלהם).  
והדעות אומרות כי במקרים של יחסים בין השכנים לבין עצמם צריך להכריע לפי דיני העסקאות הנוגדות –אבל זה אוביטר!!  
מציינת כי במקרה שלנו היא דוחה את הערעור על נסיבות ראייתיות! היא מציינת כי המערערים שטוענים שרשום להם במפרט שהגג שייך להם – לא הסכימו להציג את המפרט בביהמ"ש ולכן היא מניחה כי אצלם רשום כמו אצל כולם שהגג הוא רכוש משותף והם משקרים.**

***פס"ד לביא נ' שטרייכר:*** (דיון בעניין זכויות בנייה בבית משותף)

זכויות בניה בבית משותף אינן בגדר "רכוש משותף" כהגדרתו בחוק המקרקעין. אולם אחוזי בניה בלתי מנוצלים הם ללא ספק זכות בעלת ערך השייכת לכל בעלי הדירות יחד. כל זכות בעלת ערך הנלווית לנכס שאינה נופלת בתחום הרכוש המשותף, שייכת לכל בעלי-הדירות יחד, ואחוזי בניה בלתי מנוצלים הם בלי ספק זכות כזאת. **עם רישום הבניין כבית משותף, אין זכויות הבניה 'נמוגות' אלא הן מוסיפות להתקיים בבעלותם המשותפת של כל בעלי הדירות בבית**. הצמדתו של הגג לדירה מסוימת בבית משותף מכוח הסכם בין בעלי דירות אינה גוררת עמה

מיניה וביה גם הענקה של זכויות הבניה על הגג שהוצמד, אלא אם כן הוכח שזו הייתה כוונת הצדדים. בענייננו נראה כי כוונת הצדדים הייתה לחלק ביניהם את זכויות הבניה הבלתי מנוצלות בחלקה.   
**לפיכך, לגישת השופט טירקל**, יש להצמיד את מחצית זכויות הבנייה לכל אחת מיחידות הדיור.   
**לעומתו סבורים שופטי הרוב** כי יש להצהיר כי מחצית מכלל זכויות הבניה מוקנית למערערים ודבר זה ירשם בתקנון הבית המשותף, אולם אין להורות על הצמדת מחצית מזכויות הבניה לכל אחת מיחידות הדיור. **אחוזי בניה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי ולא ניתן לראות בהן "רכוש משותף" הניתן להצמדה ליחידות דיור**. **השקפה זו איננה שוללת מבעלי הדירות את האפשרות להגיע להסכמות חוזיות בדבר ניצול הזכויות.** כך, מקרה זה עשוי לבוא על פתרונו ברישום הסדרים חוזיים בדבר ניצול זכויות הבניה בתקנון הבית המשותף.

**אחוזי בנייה נחשבים כל זכויות הבנייה שנותרות בבנין (**לפעמים בונים ולא מנצלים את כל הבניין). זה בד"כ חצר או גג. **אחוזי בנייה נחשבים בעלות משותפת ולא רכוש משותף!! (**חל על זה פרק שיתוף – שניתן גם לפרק שיתוף).  
**איך מישהו זר מבחוץ יכול להיות בעלים של זויות בנייה ושל הרכוש המשותף?** אם מצויין בפירוש שכדי להיות בעלים של רכוש משותף אתה חייב שתהיה לך דירה?  
**מבחינים פה בין השלב החוזי לבין השלב הקנייני-** אם הוא רכש זכויות בנייה זו התחייבות – **אחרי שכבר בנה מה שהוא רוצה – הבנייה תחשב דירה ולדירה מגיע לו גם רכוש משותף.**

**זכויות בנייה לא באות לך סתם ככה אלא צריך להתנות על זה בהסכם מפורש –** למשל אם למישהו יש דירת גג **אין לו תנאי מכללא שיש לו זכויות בנייה לבנות על הגג הזה.  
לעומת זאת אם יש רוכש זר שקונה גג –** הרי מבינים כי אין לו מה לעשות עם הגג בלי לבנות – **אז יש לו זכויות בנייה מכללא.**

***שער שישי- זכויות בנכסי הזולת***

**משכון**

**ישנה הבחנה בין ממשכן יחיד לבין ממשכן שהינו תאגיד:**

**מועד המרשם**

**סעיף 179 לפקודת החברות**

179. (א) המועד למסירת הפרטים והמסמך או קבלתם לפי סעיף 178 הוא —

(1) באין הוראה אחרת — תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו נוצר   
 השעבוד;

(2) בשעבוד מקרקעין שבישראל — תוך עשרים ואחד ימים מהיום   
 שבו אישר רשם המקרקעין את העסקה לרישום, בין שנערכה

בפניו ובין שנערכה בפני עורך דין;

(3) בשעבוד שנוצר מחוץ לישראל על נכסים שמחוץ לישראל בלבד   
 — תוך עשרים ואחד ימים מהיום שבו יכול היה המסמך להתקבל   
 בישראל בדרך הדואר הרגילה אילו נשלח בזריזות מספקת; לענין   
 פסקה זו מותר שיימסר העתק של המסמך, מאומת כפי שנקבע.

(ב) בשעבוד שנוצר בישראל הכולל נכסים שמחוץ לישראל, מותר לשלוח   
 את המסמך לפי סעיף 178 לרישום אף אם יש צורך בהליכים נוספים   
 כדי להקנות לשעבוד תוקף לפי דיני הארץ שבה נמצאים הנכסים.

**ההבדל במשכון לגביי חברה ויחיד בא לידי ביטוי ב- 3 דברים:**

**משכנתא של יחיד תירשם רק במרשם המקרקעין, של חברה יירשם רישום כפול- גם במרשם המקרקעין וגם במרשם החברות** (הדבר אינו אמור לגביי זכויות במקרקעין (וגם במיטלטלין)- שניהם יירשמו פעם אחת, אצל יחיד- יירשם במרשם המשכונות, אצל חברה- במרשם החברות).

**מועד המרשם-** יחיד- אין התייחסות, חברה- תוך 21 יום מיצירת הסכם השעבוד.

**שיעבוד קבוע ושיעבוד צף-** רק חברה יכולה לשעבד שיעבוד צף.

**ס' 179** לפקודת החברות קובע כי השעבוד תקף כבר משלבו החוזי, אך **חובה לרשום אותו תוך 21 יום מיום** **היווצרותו ברשם החברות**.**ס' 179(א)(2)** קובע ששעבוד מקרקעין בארץ **ירשם תוך 21 יום מהיום שבו אושר ע"י רשם המקרקעין- רישום כפול.**

**ס' 91 לחוק המקרקעין-** לגביי מקרקעין ושכירות רשומה, אין למשכנם אלא על ידי משכנתא.

**תחולה רטרואקטיבית של שיעבוד נכסי חברה**

שיעבוד נכסי חברה שנרשם תוך 21 יום, יחול רטרואקטיבית מיום רישומו ליום יצירתו **(פס"ד ביאלוסטוצקי). דהיינו, המועד הקובע לתחולה כלפי נושה / מפרק הינו מועד היווצרות המשכון.**

**בחדל"פ🡨 ס' 98** **לפקודת פשיטת הרגל** מאפשר ביטול עסקאות ופעולות שונות שיש בהן משום העדפת נושים, 3 חודשים לאחור, בהתקיים 3 תנאים:

במועד העסקה החברה חסרת יכולת פירעון בהגיע מועד הפירעון.

הפעולה נעשתה כדי לתת עדיפות לנושה פלוני/לערב לחובו/מתוך אילוץ לשידול שלא כדין מצד אותו נושה/מטעמו.

הפעולה נעשתה בתוך 3 חודשים שקדמו להגשת בקשת הפירוק.

***פס"ד ביאליסטוצקי***   
**עובדות:** ההסכם היה לפני תקופת שלושת החודשים אבל הרישום היה בתוך התקופה.   
**ביהמ"ש** **קובע שמועד יצירת המשכון אצל היחיד הוא משעה שיש לו כוח כלפי צד ג' (מועד הרישום).**  **לעומת זאת, בחברה יש תחולה רטרואקטיבית למועד הסכם, בתנאי שלא עברו 21 יום בין ההסכם לרישום, כנדרש בחוק.**

***בנק המזרחי נ' רוזובסקי-***   
ביהמ"ש קבע כי הערת אזהרה טעונה רישום גם אצל רשם החברות, וזאת כיוון שמי שרוצה לרכוש אינטרס מסוים בחברה מסתכל בעיקר ברשם החברות ולכן נדרש הרישום גם שם. בעקבות פסה"ד המחוקק הוסיף את ס 127(ב1) שקובע כי הערת אזהרה (כולל על משכנתא) לא טעונה רישום אצל רשם החברות.   
**עם זאת, מרגע שהערת אזהרה הופכת למשכנתא ממש נדרש לרשום אותה גם אצל רשם החברות.**

**חוק המשכון, לעומת פקודת החברות, לא קובע כל מועד לרישום המשכון.** אם יחיד ממשכן נכס, הרישום יתבצע מתי שירצה, אך יש לו תמריץ לרשום על מנת להפוך לנושה מובטח.   
דיני החברות בקביעת מועד הרישום, יוצרים למעשה סנקציה למי שלא רשם בכך שהשעבוד יהיה בטל כלפי הנושים האחרים.

**שיעבוד קבוע ושיעבוד צף**

**"שעבוד צף" —** שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם;

**169. (א)** מקום שאיגרת חוב או סדרת איגרות חוב מובטחת בשעבוד צף על נכסי החברה ולא   
 הוצאו ממנו מקרקעין שלה, יחול השעבוד גם על מקרקעין שלה אף אם איננו רשום   
 בפנקסי המקרקעין.

תחולת שעבוד צף

[123(2), (3)]

(תיקון מס' 3)

תשמ"ט-1989

**(ב)** אין שעבוד צף מקנה לבעל איגרת החוב דין קדימה או בכורה על פני בעל משכנתה   
 רשום או קונה בתמורה של מקרקעי החברה, ואפילו היה קיומו של השעבוד הצף   
 ידוע להם בשעת המשכון או המכר; 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.

**(ג)** שעבוד צף הכולל הגבלה כאמור בסעיף קטן (ב) אשר פרטיו נמסרו לרישום לפני ה'   
 באדר תשל"ה (16 בפברואר 1975), והודעה על קיום ההגבלה הוגשה לרשם לפני   
 י' בתמוז תשמ"א (24 ביוני 1981) ונרשמה בפנקס השעבודים שלו — יהיה עדיף   
 על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום ההודעה בידי הרשם.

[תשמ"א 30]

**(ד)** על אף האמור בסעיף קטן (ב), שעבוד נכס שנעשה להבטחת אשראי שאיפשר   
 רכישת נכס, יהיה עדיף על שעבוד צף קודם, אם האשראי שימש בפועל לרכישת   
 הנכס המשועבד, והוא בין שהאשראי ניתן בידי המוכר ובין שניתן בידי אדם אחר;   
 לענין זה, "אשראי" — לרבות מתן התחייבות כספית.

(תיקון מס' 3)

תשמ"ט-1989

**שעבוד קבוע-** שיעבוד רגיל של נכס ספציפי מוגדר כערובה לחיוב.

**שעבוד צף**- מקורו של השעבוד הצף הוא מדיני היושר האנגליים- נותנים לחברה לערוך שיעבוד בלי להגדיר נכס מסוים עליו חל השעבוד (שעבוד חלק או כל נכסי החברה).

**לשעבוד הצף שני שלבים:**

**שלב היצירה-**  עריכת הסכם שיעבוד צף המהווה כענן המרחף מעל נכסי החברה. השעבוד נוצר באמצעות אג"ח ויש לרשום אותו ברשם החברות (**ס' 178(1)**).

**שלב הגיבוש-** בשלב זה יורד הענן והשעבוד מתהווה והופך לקבוע- מתגבש מימוש על נכסים מסוימים שבבעלות החברה באותו יום.

**בתקופה שבין ההסכם הרשום לגיבוש, החברה יכולה לעשות כרצונה ברכוש- מכירה וקנייה של נכסים, שעבוד חלק מהנכסים.**

***פס"ד בר לבב-* יחיד לא יכול ליצור שעבוד צף על נכסיו,** אף אם הצדדים הסכימו על כך בחוזה. זאת משום שרשימת הזכויות הקנייניות היא סגורה.

**ההלכה קבעה כי שעבוד קבוע גובר על שעבוד צף ולכן עולה השאלה של מהו האינטרס בשעבוד הצף?**

**על מלאי עסקי לא ניתן ליצור שעבוד קבוע אלא רק צף** כי שיעבוד קבוע לא יאפשר מכירה היות והוא ממשיך לחול על הנכס גם אם הוא נמכר לצד שלישי. מה ההיגיון בשיעבוד קבוע על במבה??

אפשר לשעבד משהו בשעבוד קבוע רק אם יש לו מאפיינים מסוימים. **אי אפשר לשעבד מלאי עסקי כי אין לו מאפיינים** וניתן להחליף כל הזמן את הנכס המשועבד.

**מבחינה מסחרית- אם החברה ממשיכה לפעול יש יותר סיכוי שתחזיר את חובה.** יש בכך היגיון כלכלי.

**כיצד פתרו בעיה זו בעבר?**

החברה המשעבדת בשעבוד צף יכולה הייתה למכור רק את המלאי העסקי.

**ניתן להוסיף סעיף הגבלה בחוזה-** כדי למכור/לשעבד נכסים אחרים, על החברה לקבל אישור של בעל השעבוד הצף**.**

**ואולם זהו פתרון חוזי בלבד! מה אם החברה מפרה את החובה? מבחינה קניינית עדיין גובר בעל השעבוד הקבוע!**

***פס"ד בנק בריטניה***

**הסכם 1:** חברה עשתה הסכם שיעבוד צף עם מממן על **כלל** נכסי החברה תוך הוספת סעיף הגבלה.

**הסכם 2:** החברה מפרה את סעיף ההגבלה ועורכת הסכם אשראי עם מממן אחר לפיו היא משעבדת לו בשעבוד קבוע נכס ספציפי: מקרקעין.   
**זהו שעבוד ספציפי שנעשה למרות ההגבלה שבשעבוד הצף**. החברה נקלעת לחדל"פ וכעת יש עימות בין מממן 1 (שיעבוד צף) לבין מממן 2 (שיעבוד קבוע).   
טענת המממן ה-2(בנק לאומי): **סעיף ההגבלה הוא רק בעל השלכות חוזיות ולא קנייניות ועל כן הוא לא משדרג את השעבוד הצף.**   
**זוסמן**: **השעבוד הצף וההגבלה הכלולה בו מהווים זכות שביושר העומדת כלפי כולם למעט רוכשי זכויות בתמורה ובתו"ל.**  **לבנק לאומי הייתה ידיעה על ההגבלה, לא בגלל הרישום, אלא בגלל שהיו עסקים קודמים בהם לאומי ביקש רשות מבריטניה, ולכן אין לייחס לו תו"ל –** ולכן לכאורה היה אמור להפסיד אבל ניצח בגלל שסל"ן שביושר..   
עם זאת, כאשר מדובר על שעבוד קבוע לטובת מימון הנכס עליו העימות, אין לראות ע"פ דיני היושר את החברה הממשכנת כבעלים עד אשר תחזיר את מלוא ההלוואה **ולכן השעבוד הצף לא חל על הנכס הספציפי הנ"ל והשעבוד הקבוע גובר.**

***פס"ד אלקטרוג'ניקס***   
**עובדות:** שעבוד צף עם סעיף הגבלה שקדם לשעבוד הספציפי**. השעבוד הצף ציין אצל רשם החברות את סעיף ההגבלה למרות שלא היה כיסוי חקיקתי שדרש זאת**.   
טענת המשעבד הצף: בעל שעבוד ספציפי ידע על ס' ההגבלה ובכך הפר את חובת תום הלב.   
**ביהמ"ש**: **אם רשמת דברים שהחוק לא מחייב אותך זה לא נחשב כדבר שידוע לאחרים, זה לא נחשב בידיעתו של כל מעיין פוטנציאלי ממשי או קונסטרוקטיבי.** לכן לג' יש תום לב כי אין לו ידיעה קוסטרוקטיבית.  
ביהמ"ש אומר שמספר 2 עדיף על הקודם בזמן בגלל דיני היושר- יש תמורה ותום לב הגוברת על זכות שביושר קודמת.  **הלכה זו בוטלה עם הכנסת ס' 169 (ב)!!!!**

ס' 169 (ב)- פס"ד אלקטרוג'ניקס יצר בעיה רצינית כיוון שאין יותר כוח לשעבוד צף כי גם אם יש לך הגבלה ורשמת אותה – **אין ידיעה קונסטרוקטיבית ולכן אתה לא תגבר על משעבד ספציפי מאוחר.**   
לכן, הוסף ס' 169(ב) לפקודת החברות שאומר כי בעל שעבוד צף **שרשם** את ס' ההגבלה ברשם החברות יהיה עדיף על שיעבוד שנוצר בניגוד להגבלה.

**התנאים להתגבשות ס' 169 (ב):**

תניית הגבלה הכלולה בשיעבוד הצף

שנמסרה לרשם

השעבוד הצף עדיף על שעבוד המנוגד להגבלה, אחרי רישום הפרטים בידי הרשם

***פס"ד יונית-* הרחיב את ס' 169 (ב) והחיל אותו גם על רוכש מאוחר.   
בעל שיעבוד צף שרשם תנית הגבלה גובר גם על רוכש מאוחר** (למעט רוכש של מלאי עסקי).

***פס"ד בנק לאומי נ' משרד הבריאות*(יונית):   
עובדות:** עימות בין שיעבוד צף (ראשון בזמן) לבין עסקה נוגדת (מאוחרת בזמן).   
**ביהמ"ש** קובע כי גם ללא ס' הגבלה, השעבוד הצף גובר על העסקה המאוחרת הנוגדת. השעבוד הצף אפשר לחברה למכור ולשעבד נכסים, אך במקרה זה לא הייתה מכירה רגילה אלא חיסול כליל של העסקים.   
שעבוד צף ללא סעיף הגבלה גובר על פעולה כזו שלא נחשבת לפעולה במהלך העסקים הרגיל.  **ביהמ"ש מוסיף שס' 169(ב) יחול גם על עימות בין שעבוד צף לבין רוכש נכס מאוחר.   
אם קיים ס' הגבלה שנרשם, יחול ס' 169(ב) והשעבוד הצף יגבור על העסקה הנוגדת.   
למעשה נקבע כי שיעבוד צף + תנית הגבלה גובר על כל עסקה מאוחרת.   
במקרה של חיסול כליל של עסקי החברה המרוקן את השעבוד הצף מתוכן, יגבר שעבוד צף אף ללא תנית הגבלה!**

**טעות ברישום**

***פס"ד תשתית ציוד:***   
**עובדות:** ס' ההגבלה נמסר לרשם, אך הוא בטעות שכח לרשום אותו.

**לא מספיקה המסירה, אלא נדרש רישום בפועל על מנת שיחול ס' 169(ב). אם הייתה תקלה ברישום אז השעבוד הספציפי גובר.**   
**ביקורת של לרנר:** ס' 178 אומר שלמרשם החברות מספיק להגיש את המסמכים- הגשתם הופכת את הנושה למובטח אך על מנת שיתגבש ס' 169 (ב) ההופך בעל שיעבוד צף לנושה מובטח אל מול משעבד מאוחר שבדק את המרשם, נדרש כי יהיה רישום בפועל! יש כאן חיזוק של המרשם, וסתירה מסוימת בין ס' 178 (הדורש מסירה בלבד) לסעיף 169 (ב) (הדורש רישום). פסק הדין מחזק את המרשם ונותן עדיפות למעיין על פני הנושה המובטח.

**1989- השעבוד הצף חזק מדי ויוצר מונופול מימוני- ללא היכולת לשעבד נכסים נוספים, מהיכן תגייס החברה אשראי? הפתרון: שסל"ן: שעבוד ספציפי לרכישת נכס (ס' 169 (ד)**

***פס"ד בנק בריטניה***   
שעבוד ספציפי שנעשה למרות ההגבלה שבשעבוד הצף – **בנק לאומי הביאו כסף לחברה כדי לקנות קרקע ספציפית.**  
השעבוד הצף וההגבלה הכלולה בו מהווים זכות שביושר העומדת כלפי כולם למעט רוכשי זכויות בתמורה ובתו"ל. לבנק לאומי הייתה ידיעה על ההגבלה, לא בגלל הרישום, אלא בגלל שהיו עסקים קודמים בהם לאומי ביקש רשות מבריטניה, ולכן אין לייחס לו תו"ל. עם זאת, **כאשר מדובר על שעבוד קבוע לטובת מימון הנכס עליו העימות, אין לראות ע"פ דיני היושר את החברה הממשכנת כבעלים עד אשר תחזיר את מלוא ההלוואה. לכן השעבוד הצף לא חל על הנכס הספציפי הנ"ל והשעבוד הקבוע גובר.**

**ס' 169(ד)** לפקודת החברות הוא חריג **לס' 169(ב)-** **אם הנכס שיש עימות לגביו** (בין שעבוד קבוע לשעבוד צף (הגבלה+ רישום)) **מומן באמצעות הלוואה שנתן השעבוד הקבוע, השעבוד הקבוע גובר על השעבוד הצף.**

**התנאים לקיום הסעיף:**

1. האשראי היה מיועד לרכישת הנכס הספציפי.
2. בפועל (מבחינה עובדתית) הוא אכן שימש לרכישת הנכס.

**זהו למעשה שסל"ן= שעבוד ספציפי לרכישת נכס.**

**סיכום שיעבוד צף!!**

**בעבר:  
השעבוד הצף היה נסוג מפני נעברים בעסקאות מאוחרות יותר: גם רוכשים וגם מקבלי משכון.**

שיעבוד ספציפי שאינו טעון רישום ונעשה בתו"ל ובתמורה **גובר** על שיעבוד צף + תנית הגבלה רשומה.   
הלכה זו כאמור, בוטלה. **(פס"ד אלקטרוג'ניקס)**

**כיום:**

* 1. שיעבוד צף + תנית הגבלה רשומה **גובר** על שעבוד ספציפי **(ס' 169 (ב))**
  2. שעבוד צף + תנית הגבלה רשומה **גובר** על רוכש מאוחר **(הרחבת ס' 169 (ב)- פס"ד יונית).**
  3. שיעבוד צף + תנית הגבלה **גובר** על כל עסקה מאוחרת **(פס"ד בנק לאומי נ' מדינת ישראל)**
  4. שיעבוד צף ללא תנית הגבלה רשומה **גובר על** רוכש ברכישה שהיא חיסול כליל של נכסי החברה באופן המרוקן את השעבוד הצף מתוכן  **(פס"ד בנק לאומי נ' מדינת ישראל)**
  5. רוכש **גובר** עלבעל שעבוד צף+תנית הגבלה שעקב טעות לא נרשמה במרשם החברות **(פס"ד תשתית)**
  6. שסל"ן **גובר** על שעבוד צף **(ס' 169(ד), פס"ד בריטניה)**

**משכון מוסווה**

**סעיף 2 (ב) לחוק המשכון**

**"הוראות חוק זה יחולו על עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא"**

**חוק המשכון מורה כי זיהוי עסקאות משכון ייעשה באמצעות בחינה מהותית , ללא קשר לצורה פורמאלית. כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב תיחשב כעסקת משכון וככזו תהא כפופה להוראות חוק המשכון שהינו חוק קוגנטי** (בדבר רישום למשל). **מבחן הזיהוי המהותי נועד להגן על נושים אחרים של החייב ולהבטיח כי לא יווצר מצב בו תיכרתנה עסקאות משכון סותרות הפוגעות בזכויותיהם (פס"ד קולומבו).**

איך מזהים עסקת משכון- 2 טכניקות?

**1.בין שני הצדדים חוזה מכר וחוזה הלוואה** [א- לווה ב-מלווה ; א- מוכר ב- קונה], **כאשר יש קשר בין החוזים.** **הקשר יכול להתבטא בתנאי מתלה או מפסיק.** למשל: בחוזה המכר יש תנאי מתלה לפיו חוזה המכר יכנס לתוקף רק אם ההלוואה בהסכם הראשון לא תיפרע עד למועד שנקבע. מכאן מזהים שהדירה היא סוג מסוים של משכון לצורך פירעון ההלוואה. זה מצביע על כך שלקונה אין אינטרס בדירה, אלא הוא מעוניין רק לקבל את כספו בחזרה.

בסיטואציות של משכון מסווה, למה לב' משתלם להופיע כקונה? זה תמיד מצב טוב יותר בשבילו. אם הוא מופיע כמשכון גלוי וההלוואה לא נפרעה במועד, יש לנו כלל שצריך לממש את הנכס באמצעות ההוצאה לפועל, אבל היתרה חוזרת למלווה. אם זה חוזה מכר הוא מממש את הנכס ולוקח את כל הסכום לעצמו גם אם שווי הנכס עולה על סכום ההלוואה.

**2.מכר חוזר- חוזה מכר שלמעשה הוא הלוואה+משכון מוסווה.**

זהו הסכם הלוואה שמשתמש במונחים של מכר, אך הוא מנוסח כך שיש בו את כל הפונקציות של הלוואה+ משכון.

שלב 1: "חוזה מכר"- **א- מוכר, ב-קונה. א' מוכר נכס מסוים לב' וב' נותן לו כסף.** (בהמשך נראה שזה בעצם משכון)

שלב 2: מכר חוזר- **הוספת תנאי שאם למוכר יהיה את הכסף שהוא קיבל מהקונה+סכום מסוים** **(ריבית), אז א' יהיה זכאי לקבל את כספו בחזרה.** שלב זה הוא בעצם פירעון ההלוואה ופדיון המשכון. כל הרכיבים הכלכליים של הלוואה ומשכון קיימים בחוזה ולכן זה מעורר חשד של משכון מוסווה.

המטרה של שתי הטכניקות: **לא להחיל את דיני המשכון שהם קוגנטיים!**

***פס"ד ריאלית נ' הורביץ*עובדות:** א' וב' עשו בעצם **משכון מוסווה במסווה של מכר חוזר. המשכון לא היה מופקד ולא היה רשום.  
הנושים של א' הגישו תביעה לביהמ"ש וביקשו לומר כי זה משכון מוסווה ולא מכר חוזר כי אז הבעלים הוא א' והם יכולים להפרע מהנכס, כי זה לא היה מכר חוזר אמיתי והמשכון לא היה רשום/מופקד.**

**ביהמ"ש:** נותן מספר קריטריונים להבחין שזה משכון מוסווה במקרה של מכר חוזר:

1. **מחיר העסקה הוא לא מחיר ריאלי –** נכס שנמכר משמעותית יותר נמוך משווי השוק – זה מעיד על מכר חוזר שהוא משכון מוסווה כי המוכר בטוח שהוא רוצה לקנות את הנכס.

**2.** **בעסקת מכר מקרקעין –** יש צעדים בעסקת מכר מקרקעין אמיתית שעושים שבמשכון מוסווה לא עושים – למשל לשלם מיסים כדי לקדם את המכר – אם לא עושים שלבים כאלה זה מעיד על משכון מוסווה.

**3. מנהג בעלים – לפי ביהמ"ש – אם זה מכר חוזר אמיתי –** המוכר צריך לנהוג מנהג בעלים בנכס ואם הוא לא עושה ככה זה מעיד על משכון מוסווה.  
**לרנר –** מציין כי הוא לא מסכים עם ביהמ"ש כי גם במכר חוזר אמיתי – עד שהמוכר קונה את הנכס בחזרה, הוא לא יכול לנהוג מנהג בעלים בנכס כי הוא לא שלו.

4. **הרקע שקדם להסכם –** בפס"ד ריאלית ביהמ"ש הכריע לפי הקריטריון הזה – לפני ההסכם נראה כי המוכר רצה הלוואה, והשני הסכים לתת לו אותה רק בתנאים של מכר חוזר ולכן זה גילה את המשכון המוסווה ביניהם.

**5. אורך התקופה – הלוואות הן בד"כ לטווח ארוך יותר ממכר חוזר –** הלוואות הן למשל לטווח של שנתיים שלוש (ואם זה מקרקעין אז יש משכנתא אפילו ל30 שנה) ומכר חוזר יהיה לתקופה קצרה יותר.

**במכר חוזר אמיתי –** אם המוכר עבר את תאריך הקנייה מחדש של הנכס הוא לא יכול לפי דיני המכר לקנות אותו ואז הנכס יהיה שייך לב'.  
**במשכון מוסווה – חלים דיני המשכון –** וגם אם עבר תאריך פרעון ההלוואה, אם ב' לא מימש את המשכון – א' יכול לבוא, לשלם את ההלואה ולקחת את הנכס חזרה.

***פס"ד כספי נ' נס:***   
הלוואה תמורת אופציה לרכישת דירה**.  
האופציה לרכישת הדירה שימשה בטוחה להסכם ההלוואה,** והסכם האופציה הוא עסקת משכון מוסווה בשל הוראות ס' 2 (ב) לחוק המשכון, המחיל את הוראות אותו חוק על כל עסקה שכוונתה שעבוד יהא כינויה אשר יהא. **על המשכון היה להירשם לפי הוראות ס' 178 לפקודת החברות**. ע"פ הפקודה, שעבוד נכס שלא נרשם כאמור בה, בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה. **זיכרון הדברים, שהוא שעבוד נכס מקרקעין שיצרה החברה, לא נרשם אצל רשם החברות, ולפיכך הוא בטל כלפי הנאמן וכל נושי החברה.**

**מאפיינים של עסקת מכר- הלוואה כמשכון מוסווה**

* + - 1. סעיף הקושר בין חוזה מכר לחוזה הלוואה
      2. מחיר לא ריאלי המתכוון להחזירר את גובה ההלוואה + ריבית (אין מיקוח- הוא לא קונה אמיתי, רק לווה)
      3. הקונה לא משלים את הליכי המכר הרגילים- אינו תופס חזקה, אינו פונה לרשויות המס

**מכר מותנה(שימור בעלות)- מיטלטלין:**

עוסק במכר אשראי- הקונה ובייחוד הקמעונאי, משלם למוכר רק בעתיד.

**הסיטואציה:** א'-ספק, ב' קמעונאי שמייעד את הנכסים שקיבל מהספק למכירה לג'- הצרכנים, ד' – מפרק.   
בשוק כל העסקאות בין א' לב' נעשות באשראי משום שלב' יהיה כסף רק כשהוא ימכור את המוצרים. האינטרס של א' הוא שב' ימכור את המוצרים לג' השונים ולא יתקע עם המלאי כי הוא יתקשה להחזיר לא' את הכסף.

**לעסקת מכר יש 3 רכיבים:** 1. החזקה- מוכר צריך להעביר החזקה לקמעונאי, 2. העברת בעלות 3.תשלום.

**לפי מה שאנו מסבירים תנאי השטח מכתיבים את התוצאות הבאות:** ההחזקה תעבור ב1.1.11, מועד התשלום הוא עוד מס' חודשים ב1.4.11.   
**כל א' ספק נכנס לסיכון שכן הכלל הבסיסי במכר מיטלטלין הוא שבמועד העברת ההחזקה עוברת גם הבעלות אם לא נקבע אחרת.**   
יוצא שהספק העביר ב1.1 גם החזקה וגם בעלות וכסף הוא יראה רק בעוד 3 חודשים. יתכן כי בתקופה ארוכה זו ב' יכנס לחדל"פ. **אם ב1.3 נכנס ב' לחדל"פ, אז אוספים את כל נכסיו ומחלקים אותם ע"פ עיקרון השוויון בין כלל נושיו.**   
באם הנכס היחיד של ב' זה הסחורה שהוא קיבל מא', **יוצא שא' וד' הם נושים רגילים,** ושלא' אין עדיפות על ד'. **הסחורה שסיפק א' ולא קיבל עבורה תשלום, תימכר וא' וד' יתחלקו בה באופן שווה.**   
הספקים לא מרגישים נוח עם התוצאה הזו, שכן זה נכס שא' העביר על מנת לקבל עבורו תשלום.

**הפיתרון: סעיף שימור בעלות-** **הוספת סעיף שאומר שהבעלות בממכר תעבור לב' רק עם גמר התשלום עבורו.** בקשר לתשלום ולהחזקה אין מה לעשות, אבל בקשר למועד העברת הבעלות הספק יכול להכניס תנאי שהבעלות תעבור לב' רק עם גמר התשלומים עבור הסחורה**. לכאורה התנאי תקף בהתבסס על ס' 33 לחוק המכר לפיו הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר, ופה הצדדים הסכימו על מועד אחר- מועד התשלום.**

**אם אכן לס' שימור הבעלות יהיה תוקף כמשתמע מס' 33, אז זה פותר את הבעיה שהספק א' חושש מחדל"פ של ב', כי אם ב' יקלע לחדל"פ הסחורה עדיין תישאר בבעלותו של א' כך שד'- הנושים השונים, לא יוכלו לשים עליה יד, כי נושים לא יכולים לשים יד על נכסים שלא בבעלות של מי שחדל הפירעון.**   
אם יהיה תוקף לתנאי הזה, א' פתר את הבעיה של חשיפתו של א' לחדלות פירעון של ב'.

**עד תחילת שנות ה90 כך נהגו בפרקטיקה- מכרו סחורה באשראי, הספקים התנו את תנאי שימור הבעלות וזה היה תקף. כשב' נקלע לחדל"פ א' הצליח לקבל את הנכסים בחזרה.**

***פס"ד קולומבו:***   
**עובדות:** קולומבו היא ספק צעצועים שעשתה עם חברת מאמא-יוקרו הסכם עם ס' שימור בעלות- הבעלות בצעצועים תעבור למאמא-יוקרו רק עם גמר התשלומים עבור הסחורה.   
**הטענה: סעיף שימור הבעלות שבין הספק לקמעונאית הוא בגדר משכון מוסווה (מכר+הלוואה): הספק לא רק מספק סחורה אלא גם מלווה לקמעונאית שתחזיר לו את הכסף בהמשך.**   
**ביהמ"ש: ס' שימור הבעלות הוא למעשה הסכם משכון מסווה שמטרתו להעניק לספק עדיפות על פני נושים אחרים [ס'2(ב)]**.   
הספק משמש בעיקר כמוכר, אך הוא משמש גם כמלווה, בעוד הקמעונאי משמש כקונה אך גם כלווה.  **מבחינה מעשית- אם מדובר בשעבוד- הרי משלא נרשם- המפרק גובר. מאידך, אם מדובר בקונסיגנציה אמיתית, הבעלות העומדת לסוחר היא זו שתגבר.**

**עסקת קונסיגנציה**- "לא מכרת לא שילמת". **אם המוכר לא מכר את הסחורה הוא מחזיר אותם לספק.** המטרה היא להגן על הקמעונאים. בפס"ד קולומבו הספק טען שזוהי עסקת קונסיגנציה. **פס"ד אומר שיש לבחון כל מקרה לגופו.**   
אם הקמעונאי במקרה זה לא היה מוכר את כל הסחורה, הוא לא היה יכול להחזיר את הסחורה לספק, מפני שזה לא הוסכם ביניהם מראש, ולכן זו לא קונסיגנציה אמיתית וחוק המשכון יחול עדיין. **ככה"נ, אם זה קונסיגנציה אמיתית, חוק המשכון לא יחול.**

**בקולומבו נפסק כי לא מדובר בעסקת קונסיגנציה אמיתית אלא בהסכם משכון מוסווה** (המניע לעסקה בדרך זו לא היה חששו של הקמעונאי כי לא יצליח למכור את הסחורה, אלא רצונו של הסיטונאי להגן על עצמו עקב קשיים כלכליים של הקמעונאי). **זוהי למעשה עסקת משכון שבה הסחורה שנותרה בבעלות הסיטונאי שימשה ערובה לחיוב של הקמעונאי. לפיכך, בעימות בין זכות הנושה לזכות המפרק, ידו של המפרק על העליונה בשל אי-רישום השעבוד.**

**בפס"ד נתנו עדיפות לפומביות מאשר לחופש החוזים – למרות שהצדדים הסכימו ביניהם כי הבעלות עוברת עם מתן התשלומים, ביהמ"ש לא מקבל זאת ואומר כי הבעלות עוברת עם הנכס, כיוון שב' הוא נותן משכון ורק בעלים אמיתי יכול לתת משכון.**

**ביטול הלכת קולומבו** (תניית שימור בעלות = משכון מוסווה)

***פס"ד קידוחי צפון***   
ביטל את הלכת קולומבו בנימוק של חופש החוזים- אם הצדדים קבעו בניהם כי הבעלות תעבור רק בגמר התשלומים כך יהיה.   
**תנית שימור בעלות תקפה, וזכותו הקניינית של הספק תגבר, גם אם השעבוד לא נרשם אצל רשם החברות.** **זכותו הקניינית של הספק תחול גם על תמורת הסחורה לגביה חלה תנית שימור הבעלות (הכסף שהתקבל).** מכאן שתנית שימור הבעלות אינה מצריכה מרשם כיוון שלא תיחשב משכון.

**הלכת קידוחי הצפון איננה מכשירה באופן אוטומאטי כל עסקת קונסיגנציה!**

***פס"ד מעגלים(מחוזי)***   
הספק טען להעברת בעלות לפי פס"ד קידוחי צפון.   
**ביהמ"ש**:השופטת אלשיך לא מרוצה מהלכת קידוחי הצפון כי היא אומרת שכך לא ניתן להבריא חברות.  
**לפי ס' 350 לחוק החברות –** אם חברה בפירוק מנסה להבריא אותה, יש לנו בעייה עם נושה מובטח, כי הוא מגיע לוקח את הנכסים שלו והולך ולא נותן לחברה הזדמנות להבריא. לכן ס' 350 אומר כי לפעמים יש מקרים בהם ניתן להקפיא את זכותו של נושה מובטח לקחת את הנכס, כדי לתת לחברה להבריא.  
**לכן זה מאוד חשוב איך מסווגים את העסקה:  
אם זה נושה מובטח (משכון מוסווה) – ניתן להחיל את סעיף 350 ולהגביל את הנושה.  
אם זה בעלים – לא ניתן להגבילו, הוא לוקח את הנכס והחברה לא יכולה להבריא.**לכן השופטת החליטה כי היא רוצה את הלכת קולומבו חזרה אבל היא רק במחוזי ולא יכולה לשנות הלכות – היא החליטה על שיטת שני שלבים שבעצם ברוב המקרים מייתרת את הלכת קידוחי הצפון ומחזירה אותנו לקולומבו:  
**1. על ביהמ"ש להשתכנע שכוונת הצדדים הייתה לעכב את הבעלות-** יש להוכיח אינדיקציות בשטח שאכן הספק התכוון להשאיר אצלו את הבעלות: הוא צריך לגלות סימני פיקוח או שליטה או לפחות לקבל דיווח על הסחורה שבבעלותו. בענייננו, זה לא נראה בשטח.  
**אם לא הצליח להוכיח כי החוזה אמיתי ולא למראית עין בלבד –** השופטת תפסול את החוזה על סמך דיני החוזים (בעצם תגיע לאותה תוצאה של הלכת קולומבו).  
 **2. פס"ד אומר שרק אם עיכוב העברת הבעלות הוא אמיתי, אז חלה הלכת קידוחי הצפון והספק יגבר גם ללא רישום.** הם טוענים שזה מה שהתכוונה הלכת הצפון. **ההלכה היא כי אין זה צודק או אפשרי כי ייקבע כלל גורף לפיו המילים "שימור בעלות" תיתנה הכשר לכל דבר, במיוחד כשאין מאחוריהן ולא כלום.**   
מה שיוצא – שברוב המקרים הספקים לא מצליחים לשכנע את ביהמ"ש כי זה שימור בעלות אמיתי ואנו חוזרים לקולומבו.

**לדעת לרנר,** **התנאים שהציבה השופטת אלשייך להראות שהעסקה אמיתית הם בלתי אפשריים ואינם פרקטיים כיוון שאינם מתאימים לחיי המסחר,** לכן בעצם לא השתנה דבר אחרי הלכת קולומבו. גם בעקבות קולומבו, אם היה הספק מראה אינדיקציות לכך שמדובר בקונסיגנציה אמיתית הוא היה נחשב לבעלים האמיתי. לדעתו בתי המשפט בערכאות נמוכות ממשיכים להחיל את הלכת קולומבו תוך התחמקות מקידוחי הצפון בטענות פרשניות כאלה ואחרות. אין דין קבוע לגביי סעיף שימור בעלות- יש לברר מהי כוונת הצדדים האמיתית. **הלכת קידוחי צפון היא הלכה מחייבת ובכל זאת בתי המשפט לא מקבלים אותה והם עושים זאת בדרך של פרשנות. כלומר, יש התנגדות בשטח לתת תוקף לס' שימור בעלות.** המטרה: עידוד הבראת חברות.

**משכון מוסווה בליסינג**

**ליסינג הוא דוג' לספקים לא אמיתיים, כיוון שהם מספקים מימון. כיום כאשר מעניקים ליסינג מימוני, רושמים שעבודים לפי תקנות חוק המשכון סע' 5ד. חב' ליסינג יכולה לרשום ליסינג כמשכון לטובתה כדי להיות מובטחת, אך היא גם יכולה לטעון שהיא בעלים.**   
בעובדות בשטח נבדוק האם הליסינג אמיתי או לא לפי הקריטריונים:

* + 1. **התשלום התקופתי אינו משקף את דמי השכירות.**
    2. **היוון זרם התשלומים קרוב לשווי השוק הנוכחי של הנכס.**
    3. **אופציית רכישה בערך מינימלי למימוש האופציה.**
    4. **מס' הצדדים לעסקה (ספק הנכס, ליסינג וה"שוכרות").**
    5. **שיקולים שהביאו למקבל הנכס לכרות את ההסכם (לעיל).**
    6. **נסיבות כריתת ההסכם (הסכם "שכירות" ליותר מאורך חיי הנכס-** אבסורד כשמדובר בשכירות, חובת תשלום ללא קשר להנאת ה"שוכר").

רישום לא יהווה אינדיקציה אם עסקה היא משכון או לא. המהות גוברת על הפורמאליות.

הלכת קולומבו מצווה לרשום משכון לטובתך, אך אם חב' ליסינג תרשום ליסינג כמשכון, משמע היא מודה שהעסקה היא משכון ולא ליסינג ואז כן תהיה חייבת במס!

**עיכבון**

11. (א) עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב.

(ב) עלה שווי המיטלטלין המעוכבים על שווי החיוב במידה בלתי סבירה, זכאי החייב לשחרור מקצת המיטלטלין אם הם ניתנים להפרדה לחלקים.

(ג) החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב.

(ד) הוציא הנושה ברצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו, יפקע העיכבון.

(ה) מקום שיש עיכבון במקרקעין, יחולו הוראות סעיף זה גם עליו; כן יחולו הוראות סעיף זה על עיכבון על פי הסכם, כשאין בהסכם הוראות אחרות לענין הנדון.

מוסד העיכבון נותן למעשה ביד הנושה סעד עצמי המאפשר לו לפעול לגביית חובו מידי החייב ללא היזקקות לערכאות שיפוטיות וללא חשש מחבות משפטית בגין הפעולה. **זוהי הקלה פרוצדוראלית על הנושה לגבות את חובו, אך היא איננה משנה מזכויותיו המהותיות.**

**צורך בחיקוק ספציפי**

**זכויות העיכבון נוצרות מכוח סעיפים ספציפיים בחוקים שונים ורק לאחר שקמה זכות לפי חיקוק, נכנס ס' 11. דוגמא לזכות עיכבון מכוח חוק: ס' 5 לחוק חוזה קבלנות-** "לקבלן תהא זכות עיכבון על נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המזמין עקב עסקת הקבלנות"

**הטוען לזכות עיכבון צריך להצביע על חוק ספציפי שמקנה לו זכות עיכבון וצריך גם לשכנע את ביהמ"ש כי המקרה שלו אכן נופל לגדר הס'. (**יש גם עכבון בס' 19 לחוק החוזים תרופות).

**ההבדל בין משכון לעכבון**

1. משכון בניגוד לעיכבון מזכה את הנושה להיפרע מן הנכס הממושכן במקרה שלא סולק החיוב, עיכבון מאפשר לנושה המובטח רק לעכב את הנכס עד שיסולק החיוב.
2. פרקטית עיכבון שונה ממשכון משום שעיכבון הוא מכוח הדין לרוב, ומשכון הוא מכוח הסכם (לפי החוק).   
   עיכבון בצורתו הקלאסית הוא מכוח הדין, ונעשה כסעד חד צדדי. עיכבון מכוח הסכם שונה ממשכון בדבר אחד – יכולת המימוש (עיכבון לא ניתן לממש).  
   הגישה של תזכיר חוק דיני ממונות היא שלא יוכר יותר עיכבון הסכמי – ישנה רשימה של כל מי שיכול להפעיל זכות עיכבון אך לא מכוח הסכם. **הבעיה ביצירת עיכבון הסכמי היא שלעיתים הדבר יפורש כמשכון. לכן, לעיכבון הסכמי אין כמעט שימוש בפרקטיקה ולכן הקודקס החליט לוותר על מוסד זה.**

**פרשנות – עיכבון או משכון מוסווה:** אם עולה מן העיכבון המוסכם כי לנושה יש זכות להיפרע מן העיכבון- יהיה זה משכון, גם תחת כותרת של עיכבון. אם הזכות היא רק להחזיק- זוהי זכות עיכבון.

**זכות עיכבון- מכוח דין או הסכם**

**ס' 11(א)** מגדיר את זכות העיכבון כזכות לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק. יתכן שפרשנית יש למחוק את המילים **"ע"פ דין"** משום שזכות עיכבון עשויה להתקבל גם לפי הסכם.

**ס' 11(ה) – "כן יחולו הוראות סעיף זה על עכבון ע"פ הסכם, כשאין בהסכם הוראות אחרות לעניין הנדון".**

**התנאים לקיום זכות העיכבון**

* + - * 1. **קיים חוב מהעסקה הספציפית שהגיע מועד פרעונו** (בפס"ד ליבוביץ למשל היה קושי להוכיח כיוון שסחורה נמסרה וכל חודש התבצע חיוב- היכן עובר הגבול בין עסקה אחת לאחרת?) ב**פס"ד שלדות** (מסר את הנגרר שטרם סיים לשלם עליו לתיקון) נאמר שניתן לעכב את הנכס רק על תשלום החוב הספציפי שלשמו נמסר הנכס ולא בעבור חוב על עסקה קודמת, שכן ע"פ ס' **11(ד)** ברגע שהנושה משחרר מרצונו את הנכס, פוקעת זכות העיכבון. כמו כן, לא ניתן לעכב נכס שהגיע באקראי אלא רק נכס שנמסר לביצוע המלאכה או השירות.
        2. **הנושה מחזיק בנכס שבבעלות החייב** (לא ניתן לעכב נכס אקראי. ס' 15-20 יחולו על הנכס המעוכב)**.  
            המשך תוקפו של העיכבון מותנה בהחזקה פיסית בו (ס' 11 (ד)-** העיכבון לא יחול אם בעל הזכות הוציא אותו מחזקתו.

**מעמדו של בעל העיכבון ביחס לנושים אחרים:**

1. **בעל העיכבון הינו נושה מובטח בפירוק/פשיטת רגל (ס' 1 לפק' פשיטת רגל).** כיצד זה עובד? לבעל העיכבון אין זכות לממש את הנכס בעצמו, אולם כאשר ידרוש המפרק את בנכס במסגרת איסוף נכסי החברה, רשאי המעכב להתנות העברת הנכס בפירעון החוב – כלומר **בעל עיכבון יפרע לפני כל הנושים – אם יש לו נכס בשווי 120 ש"ח, והחוב הוא בסך 100 שח – המפרק ישחרר את הנכס – ייתן לבעל עכבון 100 שח, ואת ה20 יחלק בין הנושים.**
2. **בעל עיכבון גובר על בעל משכון ראשון בזמן רק במקרה של קבלן ולא ציבורי!!!(פס"ד רשות שדות התעופה)-ההסבר שסיפק ביהמ"ש להחלטה זו:**
   1. העדיפות נדרשת לקיום חיי מסחר תקינים
   2. **השבחת ערכו של הנכס**- הנושה משקיע ממשאביו הפיסיים או הרוחניים בנכסו של החייב ומשביח אותו. השבחה זו מעלה את ערכו של הנכס ויוצרת זיקה מיוחדת בינו לבין הנושה היוצרת הצדקה מוסרית/כלכלית לתת לו להיפרע ממנו ראשון.

**ניתן אם כן לומר כי עיכבון היא זכות קניינית!! מאוד דומה להערת אזהרה – ושונה מעיקול.**

**מכאן שלעיכבון במשפט הפרטי שני היבטים:**

1. **היבט פרוצדוראלי-** ליצור לחץ על מנת שיפרע החייב את החוב
2. **היבט בטוחתי -** במקרה של חדל"פ יש עדיפות לבעל העיכבון (אם כי הוא אינו רשאי להיפרע מהעיכבון בעצמו!!)

**הבחנה בין מעכב פרטי למעכב ציבורי**

**למעכב הציבורי אין את ההיבט הבטוחתי.** מדיניות ביהמ"ש לא לקבוע שעיכבון של רשות ממשלתית אינו בטוחתי נובעת מדין הקדימה של המדינה, ולכן הגיוני לא לתת לה עוד עדיפות – כלומר המדינה מעכבת נכס של מישהו – **היא יכולה ליצור לחץ עליו כל עוד הוא סולבנטי –** אבל אם הוא נכנס לחדל"פ – אין לה עדיפות על נושים אחרים.

***פס"ד רשות שדות התעופה***   
2 זכויות עיכבון מול שעבודים- לרשות שדות התעופה היה עיכבון על מטוסים שהיו משועבדים.  **הוצגו 2 היבטים לזכות העיכבון:**

**ההיבט הפרוצדוראלי-** העובדה שלנושה מותר להחזיק את הנכס והחייב לא יכול לתבוע אותו בעוולה נזיקית.

**ההיבט הבטוחתי-** העיכבון כזכות קניינית, ובו עדיפות בחדלות פירעון.

**ביהמ"ש בפס"ד זה קובע כי משיקולי מדיניות ההיבט הבטוחתי של זכות העיכבון תחול רק על עיכבון פרטי ולא על ממשלתי.**   
לרשויות המס ישנה זכות עיכבון פרוצדוראלית ולא מהותית. ההסבר של ביהמ"ש לכך הוא ניתן לראות כי מגמת המחוקק היא למתן את זכויות רשויות המס, ולפגוע כמה שפחות בזכויותיהם של נושים מובטחים. כמו כן, יש להם עדיפות מובנית בתוך דיני חדלות פירעון ולכן לא רוצים להעניק להם עדיפות נוספת כנושים בעלי זכות עיכבון.

**אם כן, מדוע במשפט הפרטי כן נותנים עדיפות בחדלות פירעון על פני נושים מובטחים**? הסיבה לכך היא כנראה השענות על שיקולי צדק. אין זה צודק שאדם יצטרך להוציא נכס מרשותו ששווה 100, למשל, ואז להיפרע רק 20% מחובו. זהו נימוק חלש.ההלכה שיצאה מפסה"ד היא **שזכות עיכבון גוברת על זכות משכון שקדמה לה בזמן (במקרים של קבלנות).** הנימוק לכך הוא הרצון שאנשים ימסרו נכסים לתחזוקה שוטפת כאשר אין זה מעשי לדרוש מהמתקנים לעיין אם ישנו שיעבוד רשום- סוג של תקנת השוק.   
עם זאת, הפגיעה בקניין נעשית כאן ע"י הפסיקה ולא המחוקק- **נוגד את הוראות ח"י כבוד האדם וחירותו.** וכנראה היום, אחרי חוק היסוד לא יתקבל עוד פסק דין כזה.(**פס"ד היה לפני חוק היסוד).**  
הנימוק השני הוא שמי שמתקן את הנכס משפר את ערכו ולכן הוא מקבל עדיפות- מזכיר את ס' 169 לפקודת החברות (שסל"ן מול שיעבוד צף).

***פס"ד המשביר גאלרי נ' לוגיסטיקר–***

**הש' אלשיך** מרגישה לא בנוח עם תחולת ההלכה לפיה בעל זכות עיכבון הוא נושה מובטח בחדל"פ.   
לא אחת היא פסקה בפס"ד שונים בצורה מצמצמת לגבי זכותו של מעכב בחדל"פ. **במחוזי נקבע שיש להחיל את העדיפות בחדל"פ רק אם להחזקת הנושה יש סיבה מיוחדת, ולא במקרים שההחזקה היא מקרית ולא ספציפית (עיכבון כללי ועיכבון מיוחד).  
עיכבון כללי-** עיכבון רגיל, **עיכבון מיוחד**- עיכבון בו השביח המעכב את הנכס המעוכב.

עמדה זו נדחתה ע"י העליון ב**פס"ד המשביר** **– אין להבחנה עיגון אצל המחוקק, נקבע שנושה מובטח כולל כל בעל זכות עיכבון ואין אינדיקציה להבחין בין בעלי זכות עיכבון שונים.** זכות העיכבון מקדמת את חיי המסחר וטעמים רבים וטובים לה.

**חוק דיני הממונות מרחיב את זכות העיכבון כך שקבלן יוכל לעכב גם נכס שאינו בבעלות החייב, אך הוא זה שמסרו.**

**שכירות ושאילה**

**ס' 1 לחוק השכירות והשאילה:** "שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה, להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות".

**ביחס לשכירות יש שני חוקים רלוונטיים:**

**חוק המקרקעין** (ההוראות המיוחדות שבסעיפים **78-84)**

**חוק השכירות והשאילה.**

לצד שני אלו, **יש לזכור ששכירות היא זכות קניינית וכל עסקה בה היא עסקה במקרקעין עליה חלים ס' 7-8.**

31. 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.

שימוש בלי

החזקה

**ס' 31 לחוק השכירות והשאילה מעלה זכות נוספת לזו שאנו מכירים- שימוש ללא החזקה. זכות שבין שכירות לזיקת הנאה. זוהי גם זכות קניינית. היא תחול גם במקרקעין.**

מה ההבדל בין ס'31 לחוק השכירות לבין זיקת הנאה? **אינטנסיביות השימוש. שימוש ספורדי- זיקת הנאה. שימוש אינטנסיבי שלא מלווה בהחזקה - שכירות.**

**רישיון:** רישיון הינו מונח יציר הפסיקה, בתקופה שקדמה לחוקים הנ"ל, ואשר לא מוזכר באף אחד מהם. המונח רישיון הומצא בכדי להתחמק מתוצאות קשות שסעיפי חוק שונים הטילו. עד 1969, עסקה הטעונה רישום שלא נרשמה, לא היה לה תוקף כלל גם לא במישור החוזי.   
כלומר, יותר מידי עסקאות עמדו בפני ביטול, בעיקר שכירויות ארוכות [היום לע"ז יש את ס' 7(ב) לחוק המקרקעין שאומר שזכות שטעונה רישום שלא נרשמה, תהא תקפה רק בין הצדדים**- פס"ד אהרונוב** אף העלה את זה לדרגת זכות שביושר שעמידה בפני ג' שונים].   
בזמנו, נושא הדיירות המוגנת היה מאוד נפוץ, אך **אם הדייר המוגן הרשה למישהו להשתמש בנכס היה ניתן לבטל את הדיירות המוגנת. היו מקרים רבים כאלו ולכן הפסיקה קבעה שניתן רישיון לאחר להחזיק ולהשתמש ולא מדובר בשכירות משנה.**   
**הדבר שמייחד את ה"רישיון" הוא שמדובר בזכות אישית ולא קניינית**, שפוקעת עם מות מחזיקה או עם סיום היחסים בין נותן הרישיון לבעלו.   
הפסיקה מכירה גם במונח **רישיון בלתי הדיר-** כאשר בעל הרישיון השקיע מהותית בנכס, מושתק נותן הרישיון מלבטל את הרישיון. **היום כבר לא משתמשים במונח השתק, אלא במונח תום הלב.**

**\*לסיכום: רישיון הוא זכות להחזיק ולהשתמש, אך זוהי זכות אישית(**היא תקפה רק בין שני הצדדים לחוזה ולא כלפיי צדדים שלישיים) **ולא קניינית (להבדיל משכירות שהיא זכות קניינית). כלומר, כוחו של הרישיון יפה רק בין מעניק הרישיון לבין המקבל.   
כך שאם לכאורה מעניק הרישיון ימכור את זכותו לאחר, אז למעשה אותו אחר יכול להוציא את בר הרשות מהמקרקעין.   
עם זאת, יש רישיון בלתי הדיר- לא ניתן לבטל את הרישיון ככל שבר הרשות בהסכמת המרשה השקיע במקרקעין והשביח אותם. כאן נכנס המונח של השתק, של תום הלב.**

***אלוני נ' ארד:***   
זוג שהחזיק נחלה במושב ע"פ הסכם משולש בין האגודה השיתופית, ממק"י והסוכנות, הורשה להקים בה יח' דיור נוספת לשימוש משפחת בנם בלבד.   
**בהמשך שועבדו זכויות הזוג לבל"ל והוטל עליהן עיקול,** אשר אושר במסגרת הסכם פשרה (שקיבל תוקף של פס"ד) בין הזוג ובין הנושה- המערער, מבלי שהאחרון ידע על כי בין הזוג ובין משפחת הבן נכרת חוזה מתנה בו התחייב הזוג להעביר את כל זכויותיו.   
**כשניגש המערער לממש את העיקול, הוציא הבן צמ"ז בטענה כי הינו בר-רשות בנחלה.   
השאלה המשפטית: מי גובר? בעל רשיון מוקדם או מעקל מאוחר?**

**דורנר:** הרישיון הוא בלתי-הדיר.   
לכאורה התשובה צריכה להיות כי המעקל גובר בשל הפגיעה בעקרון הפומביות, אך בפועל הכירו בהמ"ש בעדיפותו של בר רשות מול רוכש זכות מאוחר, והלכת *אהרונוב* אף קבעה את קיומה של "זכות שביושר" (זכות קניינית!) הגוברת על זו של מעקל מאוחר.   
**דורנר טענה שיש השתק קנייני למעקל (לכאורה כמו תום לב) והוא לא יכול לסלק את ב' שהשקיע בנכס במשך תקופה ממושכת.** **כשם שזכותו של בעלים בנכס כפופה לזו של הרוכש לאחר כריתת חוזה ביניהם, כך גם זכותו של מעניק הרישיון לזו של בעל-רשות, ולפיכך אין למערער זכות כלפי המשיבים.**

**ברק** מנסה להכניס את המונח רישיון לאחת הזכויות הקיימות. לדעתו, זוהי שכירות שאינה קניינית**. מס' 21 לחוק השכירות והשאילה עולה בבירור ששכירות היא זכות קניינית, אך ברק קובע שאפשר להתנות על ס' זה.**   
**בפס"ד הוחלט כי 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.   
ההלכה: בעל רשיון (בר-רשות) גובר על מעקל!**

**שאילה** **(ס' 26 לחוק השכירות והשאילה)**

הגדרת השאילה זהה לחלוטין להגדרת השכירות חוץ מהיחס של תמורה "הוקנתה שלא בתמורה" מול "שהוקנתה בתמורה" ולכן **שאילה היא גם זכות קניינית.** ס' **27** קובע שהוראות הס' של שכירות יחולו גם על שאילה למעט **ס'** **22-** זכות העבירות. **ס' השכירות שבחוק המקרקעין חלים גם על שאילה, אע"פ שהיא לא מוזכרת בס' 1-5 לחוק המקרקעין.**

**לעניין החקיקה הרלוונטית לשאילה יש להבחין בין שאילת מקרקעין ושאילת מיטלטלין**

**1.על שאילת מקרקעין-** יחולו הוראות חוק השכירות והשאילה לצד הוראות חוק המקרקעין הנוגעות לשכירות.

2**.על שאילת מיטלטלין-** יחולו הוראות חוק השכירות והשאילה בלבד העוסקות בנושא שאילה ומרבית ההוראות הנוגעות לשכירות בחוק זה.

**מגבלות המוטלות על זכויות השואל:** **כיוון שזכות השאילה עוברת לשואל ללא תמורה והיא למעשה מחווה חד צדדית של המשאיל, עיקר הסיכון מוטל על כתפי המשאיל,** ועל כן נקבעו בחוק מגבלות על השואל:

1**.הגבלת העבירות בנכס (ס' 30 לחוק השכירות והשאילה):** שואל אינו רשאי להעביר את זכות השימוש והחזקה במושאל או להשאילו בהשאלת משנה אלא בהסכמת המשאיל.

**2.סיום תקופת ההשאלה (ס' 29 (א) לחוק השכירות והשאילה): המשאיל רשאי ליטול חזרה את זכות השאילה לצורך עצמו, תוך מתן הודעה מראש על כך לשואל.** כיוון שהשאילה היא טובת הנאה (זכות חזקה ושימוש) המוענקת לשואל שלא בתמורה, נקבע בפסיקה כי ראוי לייחס למונח "לצורך עצמו" **פרשנות רחבה הכוללת כל אינטרס שקיים למשאיל ולאו דווקא אינטרס לשימוש עצמי בנכס.**

**כתב, רישום ותקופת השכירות**

|  |  |
| --- | --- |
| **סעיף** | **החוק** |
| **78 –** מחריג את השכירות מכלל אחדות היחידה הקניינית | "על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין" |
| **ס' 79- (א)**- דינה של שכירות קצרה (אינה מצריכה רישום מתחת ל- 5 שנים**) ס' 152 לחוק הגנת הדייר** **קובע שלעניין דרישת רישום, שכירות קצרה תחשב 10 שנים ולא 5.** שכירות מעל 5 שנים **יש דרישת כתב.**  **(ב)** כשיש אופציה לביטול השכירות מדי תקופות קצובות- משך השכירות כמשך תקופה קצובה בודדת (פתחיה נ' אללי)  **(ג)** ניתן לרשום גם שכירות שאינה טעונה רישום | 79. **(א)** 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.  **(ב)** הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות.  **(ג)** אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע רישום של שכירות שאינה טעונה רישום, אם ביקשו זאת הצדדים. |
| **ס' 80 – שכירות קצרה נוגדת**  זהו למעשה סעיף עסקאות נוגדות בשכירות קצרת מועד כיוון שלא ניתן להשתמש בס' 9 (אין רישום). הסעיף קובע כי שזכותו של הראשון בזמן עדיפה אלא אם כן השוכר השני פעל בתו"ל וקיבל את החזקה במושכר. מכאן, שמועד מסירת ההחזקה הוא השלב הקנייני. עם זאת, מכיוון שאין אינטרס ענייני, כמו חיזוק המרשם שבס' 7(ב) לחוק, לא ניתן לומר כי זהו ס' קוגנטי שהצדדים לא יכולים להתנות עליו. | 80. הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב - זכותו עדיפה. |
| **ס' 81 (תוספת למטה)–** שיעבוד שכירות במשכנתא או בזיקת הנאה.  **שכירות רשומה ניתן לשעבד לטובת משכנתא גם ללא הסכמת המשכיר.**  **שוכר לא רשום יכול לשעבד את זכותו החוזית בדרך של משכון ולא משכנתא.** **מה שהוא ממשכן זה זכות חוזית ולא זכות רשומה.** **גם משכון זכות חוזית לא טעון אישור המשכיר שכן ע"פ ס' 1 לחוק המחאת חיובים, המחאת זכויות איננה טעונה הסכמה של החייב.**  **ס' 91** מוסיף כי על שכירות רשומה ניתן לעשות רק משכנתא ולא שעבוד זכות חוזית. **מי שיכול ליצור משכנתא זה רק בעלים או שוכר רשום בטאבו. ע"כ שוכרים מבקשים לעיתים לרשום את השכירות בטאבו אפילו אם היא קצרה ולא טעונה רישום, כדי שהם יוכלו לשעבדה במשכנתא** | 81. (א) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ב' יחולו, בשינויים המחוייבים.  (ב) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה בזיקת הנאה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ג' יחולו, בשינויים המחוייבים. |
| **ס' 83-** תחולה גם על זכות שאילה | הוראות פרק זה, יחולו, בשינויים המחוייבים, על הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות, שהוקנתה שלא בתמורה. |

**ס' 81 א** אומר שלעיתים שוכר רשאי לשעבד את זכותו במשכנתא. אבל הכל בכפוף למוסכם בהסכם השכירות. **אם חוזה השכירות אוסר טוטלית על השוכר לעשות כל עסקה שהיא, אז לגבי משכנתא זה סופי.** זאת בעוד שלגבי העברת שכירות (ס'22) או שכירות משנה זה לא סופי, שכן ביהמ"ש רשאי להתיר לו על אף האמור בחוזה השכירות.

**איך זה מתבצע?** א-משכיר, ב-שוכר, לא מדובר בשכירות קצרה **אלא בשכירות לתקופה משמעותית**.   
שכירות לתקופה משמעותית היא נכס שאפשר גם לשעבד ולתת אותו כמשכון. אם לשוכר נותרו עוד 8 שנים להשתמש במושכר, זה שווה כסף, הוא ייקח הלוואה מג' וייתן כמשכון נכס ששכר מא', זה לא נכס שבבעלותו. כמו כל משכון אם ב' לא יפרע את חובו במועד, ג' יהא זכאי לממש את זכותו במשכון, כלומר למכור את זכותו של ב'.

**ס' 78-** על אף האמור בס' 13, ניתן לעשות עסקת שכירות בחלק מיחידת רישום

**ס'79-** על אף האמור בס' 7 ובס'8- שכירות קצרה שאינה עולה על חמש שנים, אינה טעונה רישום או דרישת כתב.

**ס'152** לחוק הגנת הדייר- **מסייג את ס' 79 בכך שאומר ששכירות קצרה זה עד 10 שנים לגבי מרשם- שכירות שאינה עולה על 10 שנים אינה טעונה רישום.** **ההלכה כיום היא שדרישת הכתב מחייבת בשכירות מעל 5 שנים.** **דרישת רישום חלה רק על שכירות של 10 שנים ומעלה.** הנימוק: רישום שכירות קצרה היא טרחה. יש מידע לאחרים מלבד הרישום שזו ההחזקה.

***פס"ד פתחיה נ' אללי: (***פעם שכירות קצרה הייתה עד 3 שנים)

**עובדות:** חוזה עם אופציה לחידוש מדי פעם, אך ניתן להגבילו לשלוש שנים בלבד, על-ידי כך שאחד הצדדים משתמש בברירה להביא את הקשר החוזי לידי גמר, בתום שלוש השנים הראשונות, הינו בגדר "שכירות לתקופה שאינה עולה על שלוש שנים".   
**האפשרות בלבד שהשכירות המקורית תוארך בתום תקופתה, על-ידי שתיקת שני הצדדים, לתקופה נוספת (שאינה עולה גם היא על שלוש שנים), אינה הופכת אותה מלכתחילה לשכירות לתקופה העולה על שלוש שנים.** קונה נכס שעליו רובצת שכירות שתקופתה ניתנת להגבלה לשלוש שנים לפי רצון המשכיר, רוכש ממילא גם את הזכות להשתמש בברירה להביא את החוזה לידי גמר, או את היכולת לכפות על המוכר לעשות שימוש בברירת הסיום.

**דומה לס' 79(ב) – לפי הסעיף – אם יש חוזה שכירות ל8 שנים עם אופציה להארכה לעוד 3 שנים – צריך להביא בחשבון גם את ההארכה לצורך הרישום.** הסעיף לא מבחין בין סוגי אופציות שמוצגות בפס"ד:

**1. לשוכר יש כוח בלעדי להאריך את הסכם השכירות.**

**2. למשכיר יש כוח להאריך את הסכם השכירות.**

**הנפקות:**   
- **אם רק לשוכר יש אופציית הארכה –** המשכיר יכול למכור את הבית, ואז הקונה נתקע עם שוכר ל12 שנים למשל.  
-**אם למשכיר יש שליטה על ההארכה –** והמשכיר מוכר את הבית – הקונה החדש יוכל להתקע עם שוכר לא רצוי רק עד 10 שנים.

**לכן:**

**שכירות שמשכיר לא יכול למנוע את הארכתה – צריך לקחת בחשבון את כל ההארכות שהשוכר רוצה לעשות ויש לרשום אותן –** למשל השוכר רוצה להאריך את החוזה של 8 שנים בעוד 3 שנים ואין למשכיר אופציה להתנגד – **חובה לרשום זאת בטאבו בשביל קונים פוטנציאליים.**

**שכירות שמשכיר יכול למנוע הארכה –** לוקחים בחשבון רק את החוזה המקורי בלי האופציה להארכה – ובודקים לכמה זמן הוא – **אם הוא עד 10 שנים – לא רושמים, ואם הוא מעל 10 שנים (בלי הארכה) רושמים.   
כלומר:** המוכר הרי יכול לבטל את אופציית ההארכה ולכן זה לא בעייה לקונה הפוטנציאלי גם אם לא רשמו את זה..כי הוא יידפק רק עש 10 שנים.

תקנת השוק- הקונה מקבל זכות גם אם הרישום לא היה נכון. בשכירות קצרה שאינה טעונה רישום, תקנת השוק לא תפקיע אותה. לכן, גם מי שרוכש בתקנת השוק, לא יתגבר על שוכר לטווח קצר שהוא לא היה מודע לו.

**מכירת המושכר: יחסי הקונה והשוכר**

**ס' 21 לחוק השכירות והשאילה - קובע שהמשכיר יכול להעביר את זכויותיו במושכר (הבעלות) לאדם אחר.** כאשר עסקה זו מתבצעת, המשכיר החדש כפוף לחוזה עם השוכר.  
**הוראה זו מלמדת אותנו שהשכירות היא קניינית.**

הסיפא של הס' מגדירה שדמי השכירות שהיה על השוכר לשלם למשכיר, עליו לשלם עכשיו למשכיר החדש מפני שהוא עומד במקומו של המשכיר הקודם.   
אם השוכר לא מקבל הודעה על חילוף זה והוא המשיך לשלם כסף למשכיר הראשון, הס' קובע שהוא פטור לשלם למשכיר החדש את דמי השכירות על התקופה הנ"ל והמשכיר החדש יצטרך לתבוע את הכסף ישירות מהמשכיר הקודם.

**לרנר** מציין כי כל הסיפא של הסעיף מיותרת שכן דין זה חל לגבי כל המחאת חיובים שהחייב לא ידע עליה. ואכן, בחוק דיני ממונות הסיפא מושמט.

**הדבר שכן מיוחד בס' הוא שאם לשוכר ישנה זכות קניינית נטו, פירושו של דבר הוא שהשכירות מחייבת את כל העולם לא לפגוע בקניינו. לעומת זאת, ס' זה מחייב את המשכיר החדש גם בחיובי עשה שהוא חייב בהם ע"פ החוזה.   
  
אם העסקה בין א' (משכיר) לבין ב' (שוכר) הייתה עדיין בשלב החיובי – היו חלים פה דיני העסקאות הנוגדות.  
כלומר:** א' **התחייב להשכיר לב' דירה, ואז התחייב למכור את הדירה לג'.** ואז כנראה ג' היה גובר על ב' (אם קיים את כל הדברים).  
**אבל במידה ולשוכר יש כבר זכות קניינית (למשל גר שם ומשלם)-** אין דיני עסקאות נוגדות – **כי יש לו זכות קנינית שיש בה עקיבה – ואם א' מכר את הנכס לג' – חלים דיני העקיבה והשכירות של ב' תקפה גם כלפיי ג'.**

**העברת השכירות ושכירות משנה**

**ס' 22 (קוגנטי)- עוסק בעסקאות שהשוכר רשאי לעשות במושכר: העברת המושכר או שכירות משנה.**

22. 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.

**הכלל: העברת הזכות רק בהסכמת המשכיר**

**החריג: התנגדות המשכיר צריכה להיות מטעמים סבירים בלבד**

**סירוב סביר:** טעם הוגן, מוצק, ממשי.   
מתחם השיקולים הסבירים אינו מוגבל- תלוי בנסיבות העניין ובכלל זה בנימוקים הנעוצים באישיות מקבל ההעברה, השימוש המיועד לנכס, כוונת הצדדים בעת הקניית הזכויות וכו'. אמונות ודעות- הנטיה היא שזה לא סירוב סביר (ראה למטה פס"ד **האגודה לשמירת זכויות הפרט**).

**סיכום לפי ס'22 (קוגנטי)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **העברת שכירות** | **שכירות משנה** |
| **כללי** | **זוהי עסקת מכר**- **השוכר1 מעביר לשוכר2 את כל מה שיש לו (העברת בעלות של כל הזכויות שיש לו בנכס).**  **במקרה של העברת שכירות יחולו הוראות חוק המכר. זה בעצם המחאת חיובים- המחאת החוזה כולו.**  למדנו כי לא ניתן להמחות חבות (זכות ניתן להמחות) ללא הסכמה של הבעלים המקורי. **ואולם ס'22 מהווה חריג ומאפשר להמחות את החוזה כולו גם ללא הסכמת הבעלים המקורי-** השוכר2 נכנס במקום השוכר1 לחוזה המקורי על כל הזכויות והחובות. | השוכר1 מעביר לשוכר2 לא את כל מה שיש לו אלא זכויות משמעותיות לתקופה מוגבלת.  **כלומר זוהי עסקת שכירות – השוכר 1 משכיר לשוכר 2.** השוכר1 לא יצא לגמרי מהתמונה, הוא עדיין מחזיק בזכויות בנכס. דוגמאות: השוכר1 שכר ארבעה חדרים ושניים מתוכם הוא משכיר לשוכר2 ; השוכר1 משכיר לשוכר2 נכס לתקופה קצרה יותר ממה שיש לו.  **במקרה של שכירות משנה יחולו הוראות חוק השכירות** |
| **היחס בין הבעלים המשכיר לבין השוכר 2** | קיים חוזה אחד בין הבעלים המשכיר לבין השוכר2. אמנם הם לא כרתו חוזה שכירות אך מתקיים כרגע חוזה שכירות בין שניהם לפי החוזה שנכרת בין הבעלים המשכיר לבין השוכר1. | קיימים 2 חוזי שכירות:  1.החוזה המקורי בין הבעלים המשכיר לבין השוכר1- ממשיך להתקיים.  2.חוזה בין השוכר1 לשוכר2. לכאורה אין יריבות, אין מע' יחסים חוזית בין הבעלים המשכיר לשוכר2. |

**שכירות שאינה מקרקעין:** אם המשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים, רשאי ביהמ"ש להרשות לשוכר לבצע את העסקה ללא הסכמת הבעלים, בתנאים שייראו לו. השוכר לא יכול לעשות זאת לבד- זה טעון פניה לביהמ"ש

**שכירות מקרקעין**

**1.אם אין התייחסות בחוזה לעניין אפשרות של עריכת עסקה מצד השכר**- אז אם השוכר מעריך שהתנגדות הבעלים המשכיר היא בלתי סבירה, הוא רשאי לעשות את העסקה גם בלי לפנות קודם לביהמ"ש.

2.גם אם חוזה השכירות אוסר על השוכר לעשות עסקאות, ביהמ"ש רשאי להפעיל שק"ד ולהתיר לשוכר לערוך עסקאות.

דרך נוספת: **השוכר יכול לעזוב את המקרקעין כך שהמשכיר יתקשה לגבות ממנו את חובו. על המשכיר תחול החובה להקטנת הנזק- למצוא שוכר אחר.**

**הנימוק לשוני בין מקרקעין למיטלטלין:** על מקרקעין חלה תקנת ציבור, הכמות בשוק מוגבלת, להבדיל ממיטלטלין. ביהמ"ש והמחוקק שואפים שייעשה שימוש במקרקעין וניצול יעיל.

***פס"ד האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין*** (אמונות ודעות כטעם בלתי סביר)- **עסק במשכיר שהאגודה לשמירת זכויות הפרט שרצתה להיות שוכר משנה עסקה בעיקר בהגנה על שני זוג מאותו מין.** **המשכיר טוען שיש לו עוד דירות במושכר וזה יוריד את ערך הדירות בקומפלקס הזה.**   
בהקשר זה עולה השאלה האם אפשר להתנגד לשוכר משנה מסיבות של דעות ואמונות.   
למעשה זה לא מתקבל בעין יפה. **הנטייה היא שלא יראו את זה כהתנגדות מטעמים סבירים אם הבעלים מתנגד לשוכר המשנה לא מטעמים הקשורים לשימוש במושכר, אלא בגלל דברים שקשורים לדת גזע לאום השקפה וכו'.**

\*מה קורה אם הסירוב הוא בשל סירוב מסיבות של יריבות פוליטית? האם יוחל לגמרי עיקרון השוויון שמקורו במשפט הציבורי? אין תשובה חד משמעית בעניין. הנטייה היא שאדם לא יוכרח להשכיר ליריבו הפוליטי.  
**נוצר פה מצב אבסורד –** אתה בתור מישהו פרטי, יכול לבחור למי להשכיר את הנכס שלך – אבל בשכירות משנה אסור לך להתנגד מטעמים של דת או אידיאולוגיה.

***מדינת ישראל נ' וויס:***   
על העברת זכות חכירה חל ס' 22 לחוק השכירות והשאילה. **על החוכר הנטל להראות כי סירוב המחכיר אינו סביר. כדי שסירוב ייחשב לסביר נדרש כי יהיה לו טעם הוגן וממשי.** סבירות הסירוב תלויה בכל מקרה ונסיבותיו המיוחדות. **במקרה דנן, המחכיר הוא המינהל ולכן מלבד מערכת הדינים האזרחית חלות עליו גם נורמות מהמשפט הציבורי.**   
אין זה בלתי סביר מצד המינהל להגביל את העברת הקרקע למי שהקרקע נועדה לשיכונו (מורים בבי"ס חקלאי).

***קק"ל נ' תבל טוביה:*** דרישת קק"ל לתשלום דמי הסכמה מאת החוכר תמורת הסכמתה להעברת השכירות (בהתאם לס' 22 לחוק השכירות והשאילה) בגובה שליש מעליית ערך הקרקע היא דרישה סבירה.

סעיפי השכירות בפרק השכירות בחוק המקרקעין

81. (א) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ב' יחולו, בשינויים המחוייבים.

שיעבוד שכירות במשכנתה או בזיקת הנאה

(ב) שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה בזיקת הנאה בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ג' יחולו, בשינויים המחוייבים.

יש לזכור, שלא ניתן להשכיר נכס שמתכלה לאחר שימוש חד פעמי. לכן, לא ניתן להשכיר זכות לחוב כספי.

ניתן לשים לב כי הוראות ס' זה שונות מהוראות **ס' 81** (שיעבוד זכות שכירות) שם לא ניתן לפנות לביהמ"ש כאשר קיימת הגבלה בחוזה על שעבוד הזכות. **ס' 3ב** לחוק המשכון אומר כי נכס שיש הגבלה לגבי מכירתו, אותה הגבלה תהיה גם לגבי משכונו. **וייסמן** מבקר את העדר ההתאמה בין הסעיפים.

בהעברת השכירות המשכיר יכול למצוא עצמו עם שוכר אחר שלא משלם, בעוד בשכירות משנה, למעשה החייב לו לא משתנה. אע"פ כן, הפסיקה כמעט ולא מבחינה בין השניים. **לפי דיני המחאת חיובים, נושה רשאי להעביר את זכותו לאחר ללא הסכמת החייב, אך החייב אינו יכול להמחות את חבותו לאחר.** לכן, ס' 21-22 הם חריגים לדיני החיובים מפני שהם מקנים זכות להמחות גם חבויות.

**זיקת הנאה**

**ס' 5-** **"זיקת הנאה היא שיעבוד מקרקעין להנאה שאין עימה זכות להחזיק בהם".**

המונח שיעבוד איננו מצביע על משכנתא/משכון אלא העמדתם לצרכי האחר. זיקת הנאה, בהבדל מזכויות אחרות, יש רק במקרקעין. השימוש או ההנאה הם מסוימים ולא כלליים.

**מקרקעין זכאים:** המקרקעין שיהנו מהמקרקעין האחרים.

**מקרקעין כפופים:** המקרקעין שיועמדו לרשות המקרקעין הזכאים.

יסוד חיובי- מעניקים שימוש למקרקעין הזכאים

יסוד שלילי- זכות שימוש ללא החזקה

**רישום:**

זיקת הנאה היא זכות קניינית שחל עליה **ס' 7(ב)-** **כל עוד זיקת הנאה לא נרשמת, היא מחייבת רק את שני הצדדים להסכם.** מרגע שהזיקה נרשמת, גם אם יש חילופים בעלות, היות והיא רשומה, היא עדיין מחייבת (עקיבה).

**מיהם הזכאים?** **ס' 92 מפרט:** אדם, סוג בני אדם, תאגיד, ציבור, מקרקעין אחרים.

**מקום שהזיקה משמשת הזכאי באופן בלתי נפרד מזכויותיו בקרקע (למשל שביל מעבר לביתו)-** תהיה נטיה לראות בכך זיקת הנאה לטובת מקרקעין.

**כאשר הזיקה הינה אישית ומקורה בזהות המשתמש, ללא קשר לזכויות בקרקע-** מן הראוי לראות בכך זיקת הנאה לטובת אדם.

**ס' 95 לחוק המקרקעין-** "בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני-אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא באין הוראה אחרת בתנאי הזיקה."**. כאשר זיקת ההנאה היא לטובת אדם אז העברת זיקת ההנאה- רק בהסכמת בעלי המקרקעין הכפופים, זוהי זכות קניינית בלתי עבירה (ס' 95)**

**צורות הזיקה הקיימות (ס' 93):**

1. **בעל המקרקעין הזכאים, זכאי לשימוש מסוים במקרקעין הכפופים (**מעבר,חניה,הנחת צינור, **וייסמן** מזכיר זיקת הנאה מיוחדת- נטילה).
2. **למקרקעין הכפופים אסור לעשות פעולה מסוימת** (למשל לא לחפור בהם בור מעל מטר, לא לטעת עצים)**.**
3. **בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת/נדרש שלא למנוע פעולה במקרקעין הזכאים.**

המאפיינים המיוחדים של זיקת ההנאה

1. מדובר על זכות שהיא מאוד מסויימת, זכות של שימוש ללא החזקה.
2. **חל עיקרון של התיישנות**- בד"כ אין התיישנות מכוח השנים, אדם לא יכול לרכוש בעלות וזכאות מכוח השנים וכאן יש חריג.
3. **היא פוגעת בקניינו של מישהו אחר.**
4. בניגוד לזכויות קנייניות אחרות, ביהמ"ש יכול להתערב ולהגביל, לצמצם ולבטל את זיקת ההנאה.
5. היא חריג לס' 13- ס' 13 אומר שלא ניתן לעשות עסקה בחלק מסויים למעט שכירות וזיקת הנאה. למעשה אתה יכול להגביל שטח מסויים שרק הוא יהווה את השביל.
6. אין עקיבה בזיקת הנאה לעומת זכויות קניין אחרות.

**דרכים ליצירת זיקת הנאה:**

1. **מכוח הסכם זו עסקה במקרקעין, עליה להיות בכתב לפי ס' 8 לחוק המקרקעין. לבעל הזיקה יש אינטרס לרשום אותה בטאבו על מנת להעניק לה תוקף קנייני. (**זה לא כתוב בחוק – זו יצירה של הפסיקה)
2. **מכוח שנים** **(ס' 94)-** 30 שנה**, אין צורך ברישום. דרך זו היא מפתיעה:**
   * + 1. **זהו דבר חריג מבחינת זכויות הקניין**
       2. **הזיקה נוצרת למעשה מכוח התיישנות- מדובר בהתיישנות מהותית, אם השתמשתי בזכות מעבר במשך 30 שנה רכשתי לי זכות קניינית. אמנם ס' 159(ב)** קובע שאין התיישנות במקרקעין מוסדרים- יש חזקה שהרישום מדויק ולא עוזרת טענת ההתיישנות. עם זאת, ס' 94 הוא חריג והוא לא מגביל עצמו למקרקעין לא מוסדרים ולכן נראה שהוא חל גם על המוסדרים. השימוש עצמו, ולא מסמך, הוא שמביא לרכישת הזכות- ההתיישנות מהותית ולא רק ראייתית.

***ע"א 700/88 אסטרחאן נ' בן-חורין***

ערעורם של מחזיקי קרקע בנהריה על החלטת הערכאות הנמוכות, לפיה אין להכיר בזיקת הנאה שלהם כלפי חלקה שכנה (שלא הייתה מיושבת חלק מהזמן), בה נהגו לאורך שנים לחנות את רכביהם.  
כ"כ טענו המערערים כי בעלי החלקה הסמוכה ידעו או היו חייבים לדעת על השימוש, כי מרוץ שלושים השנים חל גם על חליפי הבעלים המקורי וכי זיקת ההנאה הנרכשת היא in rem ואינה מוקנית לאדם יחיד.

**שופטי הרוב:** ספק אם הוכח שימוש של 30 שנה כיוון שספק אם ניתן לצרף תקופות שימוש בחניה של הבעלים המקורי ושל יורשיו. זיקת ההנאה לא הוכרה.   
**ביהמ"ש מבטא חוסר נחת יחסי מהמוסד של זיקת הנאה כיוון שהיא עשויה לפגוע בהתפתחות העירונית (אינטרס ציבורי).** השופטים אומרים כי יש לגלות אהדה מאופקת ביחס לזיקת הנאה בכלל ולזיקת הנאה מכוח שנים בפרט, שכן לא נקנתה מכוח הסכם.

**בן-יאיר (דעת יחיד): ככלל אין להכיר בתקופה שלפני החוק לצורך רכישת זכויות אך זיקת הנאה יוצאת מגדר הכלל – זיקת הנאה מכוח שנים תקום גם אם תחילתה לפני חוק המקרקעין.**

1. **זיקה מחמת כורח –** למשל תמיכה למקרקעין סמוכים (**ס' 48 לפקנ"ז)-** אם מקרקעין א' מהווים תמיכה למקרקעין ב', ומישהו מונע תמיכה זו, הדבר נחשב לעוולה. זוהי דרישה להימנע מביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הכפופים- **ס' 93(א)(2).** באנגליה היה מקרה של בחור שמכר שטח אדמה גדול שבבעלותו והתיר בבעלותו את החלקה הפנימית, בחוזה המכר הוא לא קבע שהוא יוכל לעבור דרך החלקה החיצונית. **ביהמ"ש באנגליה קבע שנוצרה כאן זיקת הנאה מכוח כורח, מדובר על מצב שאין ברירה.**

**שלב נ' הררי מואב-** **בפס"ד הסכימו עקרונית להכיר גם בארץ בזיקת הנאה מכוח כורח הנסיבות, אם כי באותו מקרה נקבע שלא מדובר בזיקת הנאה מכוח כורח כי הייתה ברירה אחרת,** אמנם ברירה לא כל כך נוחה, אבל ברגע שיש ברירה כבר לא מדובר על זיקת הנאה מכוח כורח.

1. **מכוח הדין- ע"פ צוואה, פסק דין, החלטה מנהלית, דין אחר.** לדוג' לפעמים רשויות התכנון והבנייה מתכננות אזור מסוים וחלוקה לחלקים ואז יוצא שיש חלקה פנימית. במצב כזה תכנית המתאר יכולה לקבוע זיקת הנאה כמו לדוג' תוכנית המתאר יכולה לקבוע שלבעל החלקה הפנימית תהא זיקת הנאה והוא יכול לעבור דרך החלקה החיצונית.

***קו מוצרי דלק בע"מ נ' מנהל מס רכוש*-**   
דובר על חברה ממשלתית- קו מוצרי דלק, שהודיעה לבעלים של קרקע שהיא מתכוונת להעביר צינור נפט מתחת לפני הקרקע. המשיב- מנהל מס רכוש, שלח דרישה לאותה חב' ממשלתית לשלם מס רכוש בגין אותה רצועת קרקע שבה הניחו את צינור הדלק (**מס רכוש משלמים רק בעלים).**  
**ביהמ"ש :**העליון אמר שמה שיש לקו מוצרי דלק זה בסך הכל זיקת הנאה. יש לה זכות מאוד מצומצמת- יש לה זכות להשתמש ואין לה זכות להחזיק**.** **באותו מקרה הקרקע נשארה עדיין בידי הבעלים המקורי שהמשיך להשתמש כרגיל בקרקע, חוץ ממגבלה אחת- שהוא לא יכול היה לטעת עצים עמוקי שורש הוא המשיך לעשות את אותו שימוש, לכן ביהמ"ש קבע שלא מדובר כאן בבעלות הוא לא נכנס להגדרה של בעלים כהגדרת מס רכוש, לטובת קו מוצרי דלק הייתה בסה"כ זיקת הנאה.** מדובר על זיקת הנאה מכוח הדין משום שפק' הקרקעות המאפשרת להטיל מגבלות מסויימות על הקרקע.

**בעל שתי חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה** (ס' **98**). ס' **98(ג)** אומר כי מיזוג מקרקעין מפקיע את הזכות. אך לא כך במיזוג בעלות (ס' **98(ב)**).

**ס' 96 לחוק המקרקעין- לביהמ"ש יש סמכות לבטל או להגביל את זכות זיקת ההנאה ב-3 מצבים:**

**1**. אי הפעלת הזיקה.  
 2. שינוי שחל בנסיבות השימוש.   
3. שינוי שחל במצב המקרקעין הזכאים או במצב המקרקעין הכפופים.

***עירית אורן נ' רן כהן ואח'****-*   
המשיבים היו משתמשים בחלקה של המערערים לצורך מעבר וניהול של משק חקלאי. המערערים הגישו תביעה לביהמ"ש המחוזי שיורה על ביטולה של זיקת ההנאה, הם טענו שבאותו מקרה קיימת הצדקה לביטול זיקת ההנאה בשל שתי סיבות:  
 1. **שינוי שחל במקרקעין הכפופים** - החלקה הפסיקה לשמש לצרכים חקלאיים.   
2. **הם טענו שיש גם שינוי בנסיבות השימוש**- כעת כבר אין צורך במעבר של משאיות שהיו הכרחיות לצורך תפעול לולים. ביהמ"ש השלום והמחוזי פסקו לטובת המשיבים בטענה שלא היה כאן שינוי נסיבות.   
הוגש ערעור לביהמ"ש העליון והשאלה שנשאלה היא האם יש לנו שינוי שבגינו ניתן להפעיל את ס' 96 לחוק. **ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור ואמר שבמקרה זה אכן היה שינוי שיכול להיכנס לגדר ס' 96.   
ביהמ"ש העליון קובע כי ההיגיון מחייב שזיקת ההנאה תופקע מקום שהיא כבר לא משרתת את המטרה שלשמה היא הוענקה. מקום שכבר לא צומחת תועלת למקרקעין הזכאים ביהמ"ש אומר שבמצב כזה ראוי לבטל את זיקת ההנאה.** השימוש העיקרי בזיקת ההנאה היה לצורך ניהול משק חקלאי וברגע שהמטרה הזו כבר לא נמצאת אז אין מקום להותיר את זיקת ההנאה.   
**כן** **קובע ביהמ"ש שהתועלת הצפויה מביטולה של זיקת ההנאה והרווח שיופק אם תבוטל גדול לאין שיעור מהנזק שיגרם אם תבוטל זיקת ההנאה.**

***בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מנהל מקרקעי ישראל-***   
העותרים שהם היו הכורים הוותיקים עסקו שנים רבות בכריית חולות בקרקעות של המדינה.   
בשנת 1973 מועצת מנהל מקרקעי ישראל קיבלה את החלטה 121 שקבעה שהרשאות לכריית חולות תינתנה ע"פ מכרזים פומביים למעט לכורים הוותיקים שהם יקבלו הרשאות עיתיות מעת לעת.   
ב1993 נקבעה תקנה 25 לתקנת חובת מכרזים שקבעה פטור ממכרז לכורים הוותיקים.   
בשנת 2000 קיבלה מועצת מנהל מקרקעי ישראל החלטה נוספת בעקבות המלצה של היועמ"ש, החלטה 833, אותה החלטה ביטלה את החלטה 121 **וקבעה שבכל מקרה ולא משנה אם מדובר בכורים וותיקים או לא, הרשאות לכריית חולות תינתנה לפי מכרזים פומביים**.   
העותרים פנו לבג"ץ וטענו שיש פגיעה בחופש העיסוק, בזכות הקניין, יש הפרה של הבטחה מנהלית, פגיעה בתנאי משפט ומנהל תקין**, כאשר הטענה הרלוונטית לעניינו היא שהם טענו שמכוח החלטה 121 ניתנה להם זכות של זיקת הנאה וכעת החלטה 833 מבטלת את הזכות הזאת שלא כדין.** הם אומרים שיש פה החלטה מנהלית, קבעו להם זיקת הנאה כדין, איך אתם מבטלים אותה?   
**הש' שטרסברג כהן** **:**היא אומרת שזיקת הנאה היא זכות קניינית אם כי קיימת דעה שמדובר על זכות חוזית במהותה, היא נותנת מבוא על מהי זיקת הנאה, היא ממשיכה ואומרת שס' 93 מפרט כמה סוגים של זיקות הנאה- זיקות הנאה לטובת מקרקעין שזה לא רלוונטי לענייננו וזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם וזו הזיקה הרלוונטית לאותו מקרה.   
**היא שואלת האם נולדה כאן זיקת הנאה לעותרים?** תחילה היא בודקת **האם נולדה זיקת הנאה מכוח הסכם**. **היא מגיעה למסקנה שבמקרה זה לא נוצרה זיקת הנאה מכוח הסכם.** להיפך מהסכמי ההרשאה עולה שלא הייתה כוונה לתת זכות קניינית כי אחד מהסעיפים בהסכמי ההרשאות קבעו שהכורים אינם יכולים למשכן, לשעבד או לרשום לטובתם הערת אזהרה. עצם הקביעה הזו מראה שהכוונה לא הייתה להעניק להם זכות מסוג זיקת הנאה. יותר מכך, היא ממשיכה ואומרת שזיקת הנאה שנוצרה מכוח הסכם זו בעצם עסקה במקרקעין שחלים עליה ס' 6 וס' 7ב'. כלומר הכורים היו צריכים לרשום אותה. הם לא רשמו, דבר שמחזק את המסקנה שלא הייתה כוונה והם בעצמם לא ראו בזה אז זיקת הנאה.   
**היא ממשיכה לבדוק האם יש זיקת הנאה מכוח החלטה מנהלית** והיא מגיעה למסקנה **שלא הייתה כאן זיקת הנאה מכוח דין או החלטה.** היא אומרת שהכוונה בהחלטה לא הייתה לתת זכות קניינית. מה שהם העניקו להם זה אך ורק הרשאות עיתיות, לא משהו קבוע.  **היא עוברת לזיקת הנאה מכוח השנים**, היא מגיעה למסקנה שלא קמה להם זיקת הנאה מכוח השנים מהסיבה שזיקת הנאה מכוח השנים צריכה להיות רצופה ונמשכת, זכות שמתחדשת מידי שנה לא יכולה להיחשב זיקת הנאה. מכל מקום היא אומרת שגם טרם חלפו 30 שנה.   
**נקבע שאין להם זיקת הנאה.**

***ע"א 302/63 רייס נ' קופף (ברנזון)***

ערעורה של בעלת בית קפה על החלטת ביהמ"ש קמא כי הפעילות בעסק מהווה מטרד ליחיד (המשיבים החיים בשכנות), **בטענה כי הפעלת העסק תוך הפעילות האמורה נמשכת מזה שנים ויש לראות את המשיבים כאילו הסכימו לקיומה מכללא או לראות את שתיקתם עד כה כשיהוי.** על כך טענו המשיבים כי כדי שתעמוד למערערת ההגנה הקבועה בס' 46 לפקהנ"ז היה עליהם לתת הסכמה מפורשת, וכן כי הפעילות המטרידה גברה מאוד לאחרונה ולפיכך התגבשה מורת-רוחם לכדי תביעה.   
הש' **ברנזון** קובע כי הטענה לגבי השיהוי אינה יכולה להתקבל מאחר ובחוק הישראלי אין הוראה המעניקה זכות לגרום מטרד מכוח פעילות מתמשכת, וגם אם הייתה כזו, על המטרד להמשך ברציפות ובאותה מידת אינטנסיביות במהלך התקופה כולה. כמו כן אין נפקות לכך שבית הקפה פעל עוד לפני שהמשיבים עברו להתגורר בשכנות, או לכך שמאזן הנוחות נוטה כביכול לצדה של המערערת, מאחר ויש למצוא דרך ליישב את זכותם של כל הצדדים להפיק הנאה סבירה מנכסיהם תוך שימוש סביר, המוגדר בהתחשב בקיומם של שכנים. **הערעור נדחה**.

למה אנו מדברים על פס"ד זה בשיעור של זיקת הנאה? **עצם זה שיש רעש ועשן בקרקע שלך זו פגיעה בבעלות. זיקת הנאה היא זכות שגורעת מזכות של בעלות, זה משהו שמפריע, אף אחד לא רוצה שיהיה בנכס שלו משהו שמפריע לו. אפשר להסתכל על זה גם מהכיוון ההפוך. אחת מצורות זיקת ההנאה המניות בס' 93 היא הזכות שלא לעשות פעולה כלשהי, זה גם מתקשר לפה.**

נסכם את הסעיפים:

**ס' 92-** מפרט את הזכאים לזיקת הנאה- אדם, סוג בני אדם ותאגידים ואז חילקנו את זה לזיקת הנאה לטובת מקרקעין ולטובת בני אדם. **זיקת הנאה לטובת מקרקעין זו זיקת הנאה שאין לה קשר למי משתמש, לע"ז זיקת הנאה לטובת סוג של בני אדם זה אותו מקרה עם הכורים- בגלל שאנו כורים וותיקים יש לנו פריווילגיה, זה תלוי מי משתמש.**

**ס' 93-** צורות של זיקת הנאה- 3 צורות.

**ס' 94-** זיקת הנאה מכוח השנים. השתמשת בזיקה 30 שנה, אתה רשאי לתבוע רישום.

**ס' 95-** **אם מדובר בזיקת הנאה לטובת בני אדם הם רשאים להעביר אותה רק בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים. ע"פ הפסיקה עדיף שתהא הסכמה בכתב.**

**ס' 96-** ביטול זיקת הנאה.

**ס' 97-** אם המקרקעין חולקו, לא תבוטל זיקת ההנאה, הזיקה תוצמד לחלק הרלוונטי.

**ס' 98 א'-** בעל שתי חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה. יהיה לו צורך לעשות זאת כשזה יניב לו רווח, או שהוא רוצה למכור אחת מהן- נניח שיש קבלן שרוצה למכור וילה אחת דו משפחתית והוא יודע שאם הוא לא ישעבד חלקה אחת לטובת השנייה תהא לו בעיה.

**ס' 98 ב'-** התמזגה הבעלות במקרקעין הזכאים ובמקרקעין הכפופים לא תתבטל זיקת ההנאה.

**ס' 98 ג'-** אוחדו המקרקעין הזכאים והמקרקעין הכפופים לחלקה אחת, מתבטלת זיקת ההנאה.

**מה ההבדל בין 98ב' ל98ג'?** בג' מדובר על מצב שיש פרצלציה, שממש הלכו לטאבו ומבחינת תוכנית מדובר על חלקה אחת בלבד, ואם רוצים למכור לא ניתן למכור חלק ממנה. לע"ז כשבעל מקרקעין כפופים רוכש את המקרקעין הזכאים זה עדיין 2 חלקות ואם מחר הוא ימכור חלקה מסויימת עדיין תישאר זיקת ההנאה.

תוספות שלא אצלנו:

**פס"ד אסטרחן**

**הוודאות ברשימה הסגורה של דיני קניין- ויסמן אומר שזיקת ההנאה היא מעין "תשובה" לרשימה הסגורה. שימושים שונים שלא ניתן להכניס לתוך רשימת הזכויות הקנייניות יקבלו מענה ע"י זיקת ההנאה.**

**על שימוש אינטנסיבי יחול ס' 31 לחוק השכירות והשאילה (שימוש ללא החזקה) ועל שימוש פחות אינטנסיבי תחול זיקת ההנאה.** השופט קבע שיכול להיות שזכות החניה היא לא בדיוק זיקת הנאה, אלא אולי מתאימה יותר לס' 31 מפני שזהו שימוש אינטנסיבי. ס' 31 קובע שאם זה נעשה ללא תמורה, הוראות פרק ב' (שאילה) יחולו גם על זכות לשימוש בלי תמורה. שאילה, ע"פ ס' **29** לחוק השכירות והשאילה ניתנת לסיום ע"י השואל עם יש צורך עצמי. לכן, פס"ד מעלה את האופציה שגם בזיקת הנאה מכוח שנים ושאינה בתמורה, ניתן יהיה לסיימה לצורך עצמי.

שימוש אינטנסיבי--> ס' 31--> ללא תמורה--> שאילה--> צורך עצמי (29(א))--> ביטול זיקת הנאה.

**ס' 94 לחוק המקרקעין** **קובע כי לשם הכרה בשימוש כבזיקת הנאה עליו לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:**

* + 1. **הזכות נשוא השימוש ראויה להוות "זיקת הנאה"**
    2. **זכות כאמור הינה בעלת אופי ותכונות שימוש המאפשרים לה להיכנס בגדר ס' 94:**

(כל זאת כדי שהבעלים יוכלו להפעיל את זכויותיהם לפי ס' 94(ב)):

* + - 1. השימוש נוגד את זכות בעל המקרקעין הכפופים
      2. השימוש גלוי וחשוף לעין כל
      3. השימוש מצוי בידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים
    1. **משך שימוש בן שלושים שנה ומעלה (רצופות) ואין מקורו בזכות חוזית שהוענקה ע"י בעל המקרקעין הכפופים.**

זכות המתאימה להקנות זיקת הנאה היא כזו המכפיפה ("משעבדת") מקרקעין להנאה ללא זכות להחזיק בהם, ומשמעות הדבר היא שמדובר בזכות קניינית הפוגמת בזכותם של הבעלים (ומוסיפה לזכות הבעלות של בעלי החלקה האחרת), אך אינה מקימה זכות החזקה בשל שימוש שאינו ייחודי. **זכות המעבר והחנייה מקיימות את התנאים הללו, מאחר ואף אחת מהן אינה מקנה זכות החזקה בחלק מסוים של המקרקעין או מרוקנת מתוכן את הבעלות בו**.

**סוג הזיקה במקרה הנוכחי:** זכות המעבר וזכות החניה הן זכויות הקשורות קשר הדוק לבעלות המערערים בחלקה הסמוכה והן משרתות אותם באופן שבלתי ניתן להפרדה מזכות בעלותם בקרקע.

**צירוף תקופות שימוש:**  אין קושי לקבוע כי ניתן "לצבור" את תקופת השימוש של יורשי המנוח לתקופתו שלו, מאחר והם "חליפיו" המוחלטים מבחינת זכויות שבדין. כאשר היחס הוא יחס של חליפות והמאוחר בזמן בא בנעלי קודמו לחלוטין אין שינוי בזכותו המשפטית של המשתמש וניתן לצרף את תקופות השימוש של המשתמשים השונים לצורך חישוב תקופת התיישנות המקנה זיקת הנאה מכוח שנים.

**הש' לוין** קובע שס' 94 אמנם מפנה להגדרת זיקת הנאה בס' 93, אך אינו עונה על השאלה באיזה נסיבות היא נוצרת. לאור ההכבדה הנובעת מזיקות הנאה על פיתוח מקרקעין, סביר שיצירתן (ולא רק ביטולן) תכלול שק"ד שיפוטי באשר לשאלה אם השימוש ראוי להקנות זיקת הנאה והאם בנסיבות העניין יש להכיר בה. במקרה שלפנינו, ניתן לטעון כי היעדר כורח מהווה נסיבה שבמסגרתה אין זיקת ההנאה מתגבשת. אין כל סיבה שביהמ"ש לא יוכל להפעיל את זכותם של המשיבים ולהפסיק את שימוש המערערים בקרקע, במיוחד לאור מגמת המחוקק לצמצם את ההכרה בזיקות הנאה. **הערעור נדחה**.