

**2. ההגנה החוקתית לקניין**

**סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בקניינו של האדם. היקף ההגנה קבוע בסעיף 8 בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו** (פסקת ההגבלה) :

**פגיעה בזכויות**

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- שמירת דינים**, רק מה שנחקק אחרי שנת 1992 ניתן לשנות.

**בסעיף 12 לחוק נאמר** שניתן לפגוע בקניין באמצעות תקנות לשעת חירום.

**יציבות החוק**

12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלייה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

זכות הקניין היא זכות יחסית שניתן לפגוע בה רק בתנאים מסוימים. כשמדברים על ההגנה החוקתית לקניין, יש להבדיל בין המשפט הציבורי לפרטי. במשפט הציבורי הנושא הזה עולה כשיש חוק/צו/החלטה ציבורית, שממנה עולה איזשהו חשש שתהיה פגיעה בקניין. גם במשפט הפרטי, שהוא פחות פופולרי, כאשר יש סכסוך בין שני אנשים שאחד מהם טוען שהשני פגע לו בקניין. **אנחנו נתמקד במשפט הציבורי.**

**כאשר מתעורר איזשהו חשש לפגיעה בקניין עלינו לעבור שלושה שלבים :**

1. **בשלב הראשון** עלינו לבדוק האם בכלל מדובר בקניין. אם לא- הדיון הסתיים. אם כן- עוברים לשלב הבא.
2. **בשלב השני** עלינו לבדוק האם יש פגיעה בקניין. אם לא- הסתיים הדיון, אם כן- עוברים לשלב הבא.
3. **בשלב השלישי** והאחרון עלינו לבדוק האם מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה. **אם מתקיימים התנאים, הפגיעה נשארת בתוקף, אם לא- ההחלטה/הצו יבוטלו.**

**בפס"ד בנק המזרחי נ' מגדל** נקבע "חוק טל" שקבע הסדר לשיקום מושבים, שבמסגרת ההסדר הזה חלק מהחובות נמחקו- דבר שהיה על חשבון הנושים (הבנקים), מאחר והם יקבלו פחות כסף. לאחר שנחקקו חוקי היסוד, נחקק תיקון לחוק טל. התיקון הרחיב את מסגרת ההחזר, דבר שפגע יותר בנושים. הנושים הגיעו לביהמ"ש ואחת מטענותיו הייתה כי ישנה פגיעה בלתי חוקתית בקניין- **וביהמ"ש בדק את שלושת השלבים :**

1. **השלב הראשון-** האם בכלל מדובר בקניין? במילים אחרות, נשאלת השאלה מהו קניין לצורך חוקי היסוד? מה ההבדל בין זכות אישית לזכות קניינית? זכות אישית היא כלפי אדם אחד, וזכות קניינית היא כלפי כל העולם. האם די בזכות אישית במילים אחרות? ביהמ"ש בפסה"ד הנ"ל קבע שקניין לצורך חוקי היסוד זה כל אינטרס בעל ערך כלכלי. ז"א שיש כאן הגדרה רחבה מאוד שכוללת כמעט כל זכות- **גם זכות אישית וגם קניינית.** הנושא היחיד שאין בו הבדל הוא קניין לצורך חוקי היסוד שבו אין הבדל בין זכות אישית לקניינית. בפסה"ד אכן נקבע כי מדובר בקניין.
2. **השלב השני-** מדובר בקניין, אבל יש לבדוק האם מדובר על פגיעה בקניין? **ביהמ"ש בפסה"ד זה קבע שפגיעה בקניין זה כל ירידה בערך הרכושי של האינטרס. בפס"ד זה מפחיתים לנושים את הזכות לגבות את הכסף, ולכן יש לעבור לשלב השלישי.**

3. **השלב השלישי- תנאי פסקת ההגבלה :**

- הפגיעה צריכה להיות בחוק או מתוכו.
- החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית.
- הפגיעה היא לתכלית ראויה.
- במידה שאינה עולה על הנדרש.
- מבחן המידתיות- מתחלק לשלושה מבחני משנה מצטברים :
  1. האם האמצעי מתאים להשגת המטרה?
  2. האם ניתן להשיג את המטרה ע"י אמצעי שפחות פוגע?
  3. נדרש יחס ראוי בין התועלת לבין הנזק.

פס"ד מזרחי קבע ששיקום מושבים זה אכן מטרה שהולמת את ערכיה של מדינת ישראל. המטרה הינה ראויה, ונפסק שההיסטוריה מראה שכשנעשו חלוקות פחות קיצוניות, דבר זה לא סייע לשיקום המושבים, ולכן מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה.

**פס"ד זנדבנק נ' רשות השידור**: בין השנים 1985-1991 רשות השידור העלתה את אגרות הטלוויזיה שלא כדין. בשנת 1992 נחקק חוק שמאשר בדיעבד את כל העלאת האגרות שהיו שלא כדין. מחזיקי הטלוויזיות טענו שנפגע קניינם, מאחר וחוקקו חוק שמה שלא היה כדין, הוא בעצם הפך להיות כדין. יש כאן פגיעה בקניין. ביהמ"ש השאיר בצריך עיון את השאלה האם מדובר בקניין, והאם יש פגיעה בקניין-מנגד גם אם מדובר בקניין ובפגיעה בו, ממילא הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה וקבע שהחוק יהיה תקף. בתי המשפט לא מתערבים בחקיקה, ומאוד נמנעים מלבטל דבר חקיקה. רק לגבי דבק אחד ביהמ"ש מתערב, וגם זה לא בדרך של ביטול, אלא חוק בדרך של פרשנות. התערבות ביהמ"ש הייתה בריבית פיגורים- הסבר: מי שלא שילם אגרות בשנים האלה היה צריך לשלם את האגרות יחד עם הריבית. כאשר היה בזמנו מדובר על חוק שלא נחקק כדין. ביהמ"ש בדרך של פרשנות קבע שמי שלא שילם את האגרה בשנים האלה, לא יצטרך לשלם את ריבית הפיגורים. את האגרה הם בכל זאת יצטרכו לשלם.

**בג"ץ ד.ש.א איכות הסביבה נ' שר האוצר**: העותרת במקרה זה הייתה חברה שנותנת שירותים לפינוי פסולת. בשנת 1991 נחקק חוק לעידוד המגזר העסקי. החוק קבע שמעסיק שיעסיק יותר עובדים מהמוצע, יקבל בונוס מהממשלה (תמריץ). לאחר שנחקקו חוקי היסוד בשנת 1992 הוציא שר האוצר צו שקבע: אם יש מעסיק שנותן מעל 30% שירותים לרשויות מקומיות, הוא לא יקבל את התמריץ. הארגונים שביטלו לגביהם את התמריץ טענו שפגעו להם בקניין. **ביהמ"ש עבר של שלושת השלבים**: **בשלב הראשון נשאלת השאלה- האם בכלל מדובר בקניין?** ביהמ"ש אמר שלא בטוח שמדובר כאן בקניין. נכון שקניין לצורך חוקי היסוד זו הגדרה רחבה, יחד עם זאת אומר ביהמ"ש יש לשים להגדרה הזו גבול. ביהמ"ש אמר שתמריץ זה סובסידיה (תמריץ) שמעניקה הממשלה, היא תלויה במדיניות הממשלה, אין לאדם זכות קנויה לקבל את התמריץ הזה לעד, וכמו שהמדינה נתנה- היא יכולה גם לקחת. ביהמ"ש טען שגם אם נניח שמדובר בקניין, לא בטוח שמדובר כאן בפגיעה בקניין. גם אם מדובר בפגיעה בקניין, הפגיעה הזו בוודאי עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

**בג"ץ קיבוץ החותרים נ' מנהל מקרקעי ישראל**: עוד מהתקופה המנדטורית היו גופים במדינת ישראל שהיה להם זיכיון אוטומטי לכריית זיף-זיף. זוהי עבודה שבה חופרים באבנים ובחולות של הים והיו עושים מזה בוץ לבנייה. כל יתר האנשים שרצו לעסוק בעבודה זו, היו חייבים להשתתף במכרז פומבי שמתחדש מעת לעת. בשנת 2000 בעקבות חו"ד של היועץ המשפטי לממשלה, קיבל מנהל מקרקעי ישראל החלטה- **"החלטה 833"** שקובעת שמעתה והלאה, הרשאות לכריית חול יינתנו לכולם, רק על סמך מכרזים. ז"א שמעתה והלאה יהיה שוויון. אין הרשאות אוטומטיות, כולם צריכים להשתתף במכרז שוויוני. הכורים הוותיקים טענו שהחלטה 833 פוגעת להם בזכות הקניין. **הש' שטרסברג כהן מתחילה בשלב הראשון. בשלב הראשון נשאלת השאלה- האם בכלל מדובר בקניין?** הכורים הוותיקים טענו בשלב זה שיש להם זכות שנקראת **"זכות נטילה"**. זו זכות מהמשפט האנגלי שטרם התקבלה בארץ. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה הזו, כיוון שהיא אינה קיימת עדיין במשפט הישראלי, ואין להם שום זכות נטילה. הכורים הוותיקים טענו שיש להם זכות מסוג של **"זיקת הנאה"**. זוהי זכות מעבר. ביהמ"ש קבע שלא מדובר פה בזיקת הנאה. ביהמ"ש אמר שלא בטוח שיש להם פה קניין במקרה הזה, אבל יחד עם זאת, גם אם נניח שמדובר בקניין, **עוברים לשלב השני ובדקים- האם יש פגיעה בקניין? ביהמ"ש מדגיש את בג"ץ ד.ש.א. – אין לאדם זכות קנויה לתבוע שמדיניות של ממשלה תישאר לנצח. הש' שטרסברג כהן אומרת שגם אם מדובר בפגיעה בקניין, ממילא הפגיעה הזו עומדת בתנאים של פסקת ההגבלה.**

תרגיל בנושא ההגנה החוקתית לקניין:

התרגיל הזה מבוסס על בג"צ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל** (מאגר נבו, 2012). כאשר עולה חשש פגיעה בזכויות הקניין, יש לבדוק שלושה שלבים:

1. בשלב הראשון – עלינו לבדוק האם מדובר בקניין. בפס"ד מזרחי נקבע שקניין לצורך חוקי היסוד, וכל אינטרס בעל ערך כלכלי, היינו שמדובר בהגדרה מאוד רחבה, כוללת כמעט כל דבר, ואז נשאלת השאלה האם בתרגיל שלנו מדובר בקניין? ביהמ"ש אומר שככל שמדובר בקניין, הרי שאצלנו מדובר ב"קניין חדש", שכן העותרים הם בעלי זכויות והיתרים מאת מדינת ישראל להפקת רווחים. היא משאב טבע שבבעלות מדינת ישראל. ביהמ"ש אומר שככל שמדובר בקניין, זה בכלל קניין חדש שאנו לא מכירים אותו, ולצורך המשך הדיון ביהמ"ש מניח שמדובר בקניין.
2. בשלב השני- האם מדובר בפגיעה בקניין? נקבע בפס"ד מזרחי שפגיעה בקניין זה כל ירידה בערך הרכושי של האינטרס. נשאלת השאלה האם מיסוי של רווחים עתידיים מהווה פגיעה בקניין? בפסיקה יש שלוש גישות לגבי השאלה הזו: בבג"ץ דודיאן ביהמ"ש מעלה את שלושת הגישות ומסביר אותן:
  - א. "אין חולק שהטלת מס פוגעת בקניין, לכן כל פעם שמטילים מס, יש לערוך בחינה חוקתית".
  - ב. " מס אכן פוגע בקניין, אבל זו פגיעה שמוותרת מעצם טיבה". לפי הגישה הזו, הטלת מס זו סמכות ייחודית שנתונה למנהל הציבורי, והסמכות הזו מתירה מראש פגיעה בקניין. זוהי גישה מתונה יותר.
  - ג. " מס זה בכלל לא פגיעה בקניין, המדינה בעצם לוקחת את חלקה כשותף לגיטימי של האזרח".

בבג"ץ דודיאן ביהמ"ש סוקר את שלושת הגישות, אבל הוא לא מכריע ביניהן. הוא קובע שלצורך המשך הדיון, נניח שמדובר בפגיעה בקניין.

3. בשלב השלישי- בודקים את תנאי פסקת ההגבלה. יש ליישם את התנאים.

במקרה שלנו בפס"ד דודיאן קבע ביהמ"ש שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, התכלית היא תכלית ראויה, מגשימים כאן צדק חלוקתי, הכסף שמתקבל מהמיסים הולך למטרות חברתיות וראויות, לא מדובר סתם בנטילה של כספים. ביהמ"ש קובע שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

טענה נוספת הייתה על ביטול "ניקוי האזילה" - אזילה זוהי הטבת מס – הם היו מקבלים הטבה של מס, בגלל שלקחו בחשבון שמוצר הנפט הוא לא יציב- הוא הולך ומתכלה. לכן הם קיבלו מהממשלה הטבה, הם שילמו פחות מיסים וזה נקרא "ניקוי אזילה". הם טענו שעצם זה שביטלו להם את ההטבה הזו, פגעו להם בזכות הקניין. ביהמ"ש דחה את הטענה, כמו בג"ץ ד.ש.א וקיבוץ החותרים וטען שכמו שהמדינה נתנה, היא יכולה גם לקחת.

טענה אחרונה הייתה לעניין הרטרואקטיביות של החוק. ביהמ"ש דחה את הטענה שלהם על השקעת המשאבים וטען ששיעור המס עלה רק לגבי רווחים עתידיים, ולא על רווחים שכבר היו בעבר. לכן הוא דחה את טענת הרטרואקטיביות.

**3. הפקעות**

המדינה מחליטה על דעת עצמה שהיא זקוקה לקרקע מסוימת לצורך ציבורי, כמו סלילת כביש, בייס, ואז היא מודיעה על כך לבעלים, נותנת לו פורמלית פרק זמן להתנגד. המדינה תופסת חזקה בשטח ובסופו של התהליך, המדינה נרשמת כבעלים בטאבו. הליך ההפקעה הוא הליך מאוד סבוך. יש הרבה חוקים שאומרים מכוח מה ניתן לעשות הפקעה. הליך ההפקעה חל גם כלפי קרקע פרטית, שאז נשללת זכות הבעלות, והיא חלה גם כלפי חכירה, שאז נשללת זכות החכירה. המדינה אמורה לשלם פיצויים, אבל במקרים רבים היא לא תמיד משלמת הכל. אנו נתעסק בשני חוקים עיקריים בנושא ההפקעות:

1. **חוק התכנון והבנייה** – מכוח חוק זה ההפקעה נעשית ע"י ועדה מקומית, כשהיא מתכננת איזשהו אזור או שכונה. הפקעה מכוח חוק זה אפשרית רק אם זה לצורכי ציבור. צורכי ציבור מוגדרים **בסעיף 188(ב)** לחוק הנ"ל – כולל דרכים, גנים, שטחי נופש, שטחי ספורט, עתיקות, שמורות טבע, שדות תעופה, נמלים וכו'. עמוד 373 בספר.

**2014-101 (תיקון מס' 101) תשע"ד-2014**

(ב) "צרכי ציבור", בסעיף זה – כל אחד מאלה: דרכים, גנים, שטחי נופש או ספורט, שמורות טבע, עתיקות, שטחי חניה, שדות תעופה, נמלים, מזחלים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוסים, שוקים, בתי מטבחיים, בתי קברות, מבנים לצרכי חינוך, דת ותרבות, מוסדות קהילתיים, בתי חולים, מרפאות, מקלטים ומחסים ציבוריים, תחנות משטרה ותחנות שירות לכיבוי אש, מתקני ביוב, מזבלות, מיתקנים להספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר האוצר לעניין סעיף זה<sup>101</sup>.

2. **פקודת הקרקעות** - רכישה לצורכי ציבור - כאן סמכות ההפקעה היא של שר האוצר, ואם מדובר בדרכים וכבישים אז הסמכות היא של שר התחבורה. בפקודה זו לא משתמשים במונח "הפקעה", אלא במונח "רכישה". כאילו המדינה רוכשת מהאדם הפרטי את השטח. גם מכוח פקודת הקרקעות יש להפקיע רק אם יש צורך ציבורי. גם בפקודה זו המונח צורך ציבורי מוגדר בצורה רחבה הכולל: מחנה צבאי, מוסדות ציבוריים, דרכים, כבישים וכו'. פקודת הקרקעות עברה תיקון בשנת 2010.

עד שנחקקו חוקי היסוד בשנות ה-50 וה-60, במדינת ישראל נעשו המון הפקעות שלא לפי הפרוצדורה הנדרשת, והייתה פגיעה עצומה בזכות הקניין. עם חקיקת חוקי היסוד, הייתה ציפייה שיהיה שיפור - כאשר זכות הקניין נהפכה לחוקתית, שההפקעות ייעשו בזהירות וישמרו על זכות הקניין, אך זה לא קרה. גם לאחר שנחקקו חוקי היסוד - נעשתה פגיעה עצומה בזכות הקניין. רק בתחילת שנות ה-2000 רואים איזושהי מגמת שיפור בפסיקה, אבל בשנים שלאחר מכן שוב עוד פעם אנו רואים פגיעה גדולה בזכות הקניין. בשנת 2010 תיקנו את פקודת הקרקעות, ובשנים האחרונות יש שיפור בפסיקה.

**ד"ר בג"צ נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68. פסק הדין של השופטת דורנר.**

בשנת 1968 הפקיעו לנוסייבה חלקת קרקע עפ"י פקודת הקרקעות למטרה ציבורית. רק בשנת 1986 גובשה תכנית מתאר והחלקה נועדה לשמש כמרכז מסחרי. בשנת 1989 נכנסה התכנית לתוקף, ואז נוסייבה התעורר ועתר לבג"ץ אחרי חקיקת חוקי היסוד (לאחר שנת 1992). **לנוסייבה היו שלוש טענות עיקריות**:

1. הוא אמר שכאשר הפקיעו לו את הקרקע - לא הייתה מטרה מסוימת, ולחלופין חל שינוי במטרות כל פעם.
2. חל שיהוי במימוש ההפקעה. הפקיעו לו ב-68 והתכנית אושרה רק ב-89.
3. הטענה החזקה ביותר - ליד החלקה שהפקיעו לו הייתה לו תחנת דלק. הוא ביקש שיחזירו לו את החלקה שהפקיעו לו, והוא יקים שם את המרכז המסחרי במקום המדינה.

**ביהמ"ש העליון דחה את העתירה.** הפריע לביהמ"ש שנוסייבה שתק כ"כ הרבה שנים. פסקו שלא היה כאן שיהוי כי דברים כאלה לוקחים זמן. דחו את הטענה של נוסייבה לבנייה עצמית ואמרו שהוא לא שכנע שהוא יוכל לעמוד בפיתוח מרכז מסחרי. ביהמ"ש אומר שאכן יש פגיעה בזכות הקניין אבל היא הכרחית. **וזה דעת הרוב.**

**דעת המיעוט של הש' דורנר**: היא נוקטת בגישה חריגה ולא מקובלת. למרות שפקודת הקרקעות היא מלפני חוקי היסוד, ולמרות שיש שמירת דינים, היא בודקת את פסקת ההגבלה, למרות שאינה צריכה לעשות זאת. היא בודקת את פסקת ההגבלה בפס"ד זה וקובעת שלא התקיימה תכלית ראויה ואומרת שמכירת קרקע ע"מ להפיק רווח – היא לא תכלית ראויה שמצדיקה הפקעה. היא אומרת שלא התקיים מבחן המידתיות. גם אם ישלמו לו פיצויים, הם לא יבטלו את הפגיעה. **הש' דורנר קובעת בדעת מיעוט שיש לבטל את ההפקעה ולתת לנוסייבה לבנות בעצמו את המרכז המסחרי.**

**בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מ.י., פ"ד נה (2) 625:**

בשנות ה-50 הפקיעו לקרסיק חלקת קרקע בחדרה על מנת לבנות שם בסיס אימונים בחולות אולגה. ההפקעה נעשתה מכוח פקודת הקרקעות, והקרקע נרשמה על שם המדינה. לאחר הרבה שנים המדינה החליטה לפנות משם את הצבא, היא לא הייתה צריכה את זה לבסיס אימונים ורצתה להקים שם מגדלי מגורים. ההפקעה נעשתה פה למטרה ציבורית, המדינה אכן השתמשה בקרקע לצורך אותה מטרה, ולאחר הרבה שנים חלפה המטרה. **נשאלת השאלה: האם יכולה המדינה כעת להשתמש בקרקע למטרה אחרת ציבורית/לא ציבורית לכל מטרה שהיא רוצה?**

**ביהמ"ש העליון קבע פה אחד שיש להחזיר את הקרקע למשפחת קרסיק.**  
**הש' חשין:** משתמש בתיאוריה שנקראת **"תיאורית הזיקה ההולכת ונמשכת"**. זיקת הבעלים המקורית נשמרת, ולפיכך הרשות צריכה להצדיק מדי יום ויומו את מעשה ההפקעה. הש' חשין לא מייחס חשיבות לחוקי היסוד. גם בלי חוקי היסוד הוא היה מגיע לאותה מסקנה.  
**הש' זמיר:** משתמש בתיאוריה שנקראת **"סמכות צמודת מטרה"**. הוא אומר שקיים קשר הדוק בין הסמכות לבין המטרה. אם המטרה כבר לא קיימת - אין סמכות להפקיע את השטח. הש' זמיר כן מייחס חשיבות לחוקי היסוד ואומר שעם חקיקת חוקי היסוד חל שינוי מהותי בזכות הקניין. יש לפרש את הפקודה באופן אחר.  
**הש' ברק:** הוא מתייחס רק **"לחוקי היסוד"** ואומר שהם יצרו לנו איזון חדש, יש מהפיכה חוקתית, ועקרונית צריכים להחזיר את הקרקע לקרסיק.

עד לפה אנו רואים שיפור מגמה בהחלטות ביהמ"ש. **אבל פתאום נולדה בעיה לשופטים - הם נתקלו בבעיית הרטרואקטיביות.** הלכה זו היא אכן מהפך והיא תחול על הפקעות שיופקעו מהיום ואילך. אבל מה קורה לגבי הפקעות שנעשו לפני זה? ביהמ"ש אומר שיש כאן פגיעה באינטרס ההסתמכות של המדינה. זה אומר שעכשיו אם אכן יחזירו את הקרקע לקרסיק, יהיו עוד הרבה מקרים דומים שיגיעו לביהמ"ש, ואז המדינה תצטרך להחזיר המון קרקעות. אם היא הסתמכה על מספר מסוים של קרקעות, עכשיו יהיו לה הרבה פחות קרקעות וזה בעייתית מבחינת המדינה. ביהמ"ש אמר שנדרשת התערבות מהמחוקק. כל השופטים קוראים למחוקק להסדיר את העניין והורו לצדדים לחשוב על הסוגיה הזו וקבעו דיון נוסף להחליט בעניין.  
דיון נוסף בסופו של דבר התקיים בשנת 2009. עד שנה זו המון אנשים הגישו עתירות כמו קרסיק והציפו את בתי המשפט. ביהמ"ש נבהל וקבע שהנושא הזה מאוד סבוך, מן הראוי שיוסדר בחקיקה של הכנסת. שורה תחתונה הם קובעים שהקרקע לא תוחזר לקרסיק, אבל שמורה לו הזכות לשוב ולעתור לביהמ"ש אחרי שיעשה תיקון לפקודת הקרקעות.

**לסיכום: הלכת קרסיק היא אכן מהפיכה ויש שיפור במגמת בתי המשפט. עקרונית נקבע שיש להחזיר לו את הקרקע, יחד עם זאת, הלכה למעשה, לא הוחזרה לו הקרקע ואמרו לו להמתין לתיקון החוק.** בשנת 2010 תוקנה פקודת הקרקעות ונשאלת השאלה: האם התיקון עזר לקרסיק? נגיע לזה בהמשך.

**בג"צ 2735/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309:**

בשנת 1976 נעשתה הפקעה למטרה ציבורית בעיר עכו. רצו להקים שם מתחם מגורים לאוכלוסייה הערבית. בתחילת שנות ה-90 המדינה שינתה את המטרה ורצתה להקים שם שיכונים לעולים חדשים בגלל גל העלייה הגדול שהיה בארץ. בסוף שנות ה-90 חזרו למטרה המקורית. **כאן היו שתי טענות:**

1. **שינוי מטרות** - מפקיעים קרקעות ולא סגורים על המטרה.
2. **שיהוי** - ישנה פגיעה גדולה מאוד בזכות הקניין ומשתהים כל כך הרבה שנים בלי לעשות דבר.

**ביהמ"ש דחה את העתירה.** הוא כמעט ולא התייחס לטענה של שינוי מטרות כי שורה תחתונה - חזרו בסופו של דבר למטרה המקורית. לגבי השיהוי - ביהמ"ש קובע קריטריונים מאוד מפורטים מתי השיהוי סביר/לא סביר. יחד עם זאת, ביהמ"ש אומר שגם אם השיהוי הוא בלתי סביר, גם אז לא בטוח שתבוטל ההפקעה. במקרה הנ"ל - 30 שנה זה אכן הרבה זמן, אבל מנגד ניצב אינטרס ציבורי חשוב - מדובר בפרויקט ייחודי ואלה דברים שלוקחים זמן. **שוב אנו רואים חזרה למגמה שמרנית.**

**ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ובניה קריית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה (4) 629:**

לפי חוק התכנון והבנייה וגם לפי פקודת הקרקעות- הפקעה עד 40% יכולה להיעשות בלי פיצוי. ההיגיון מאחורי זה הוא שבעצם ההפקעה תייקר לאזרח את ערך הקרקע שנותרה לו. המדינה תקים שם משהו וזה ישיב את החלק שנותר. זו הייתה ההנחה מאחורי החקיקה הזו. **הגיע פס"ד פייצר משנת 1980 שבו הש' ברק העלה שאלה:** מה קורה במקרה שבו הפקיעו את כל השטח- 100%? האם גם אז אפשר להפחית לאותו אדם 40%? כי אז בעצם אותו אדם לא נהנה מכלום. הש' ברק דחה את העתירה בפס"ד פייצר ואמר שגם אם מפקיעים 100%- אפשר להפחית 40%.

**לאחר חקיקת חוקי היסוד הגיע פס"ד הולצמן ועלתה אותה השאלה: האם כשמפקיעים 100% משטח של אדם, ולא נותר לו כלום מהשטח- האם גם אז אפשר להפחית לו 40% מהפיצויים?**

**הש' הראשונה שנותנת את פסה"ד היא השופטת דורנר:** היא בודקת את פסקת ההגבלה וקובעת שמאז הלכת פייצר נחקקו חוקי היסוד. היא בודקת את פסקת ההגבלה ופועלת בגישה לא מקובלת. היא קובעת שיש בעיה עם מבחן המידתיות- הפגיעה עולה על הנדרש וקובעת ששיעור פיצויים מופחת מוצדק רק אם יש השבחה לבעלים, אבל ברגע שאין השבחה- אין שום היגיון להפחית. הש' דורנר קובעת שכאשר מדובר בהפקעה מלאה, לבעלים לא נותרה כל תועלת, ולכן הפגיעה בקניין לא מקיימת את מבחן המידתיות. **לסיכום: הש' דורנר מבטלת את הלכת פייצר.**

**הש' השני שיושב בפסה"ד הוא הש' ברק שנתן את הלכת פייצר.** הוא מצטרף לדעתה של הש' דורנר וקובע שמאז הלכת פייצר השתנה מעמדה של זכות הקניין. כיום הלכת פייצר לא יכולה להישאר. צורת החשיבה השתנתה, ולכן **קבע שכאשר מדובר בהפקעה מלאה- אין להפחית מהפיצויים.**

**פס"ד אסלן:**

שר האוצר הפקיע קרקע מכוח פקודת הקרקעות- הפקעה מלאה. לא הביאו לאדם פיצוי מלא, הפחיתו לו מהפיצוי, ובגלל הלכת הולצמן הוא הגיש עתירה וטען שבהפקעה מלאה לא מפחיתים מהפיצויים. **יחד עם זאת, ביהמ"ש דחה את העתירה שלו.**

**דעת הרוב של הש' ברק ושל הש' בייניש:** הם מבהירים **שיש לפרש את הלכת הולצמן בצמצום כך שהיא תחול רק על הפקעה מלאה.** אמר אסלן שגם במקרה שלו מדובר בהפקעה מלאה. אף על פי זאת, ביהמ"ש אמר שבמקרה הזה כן יש להפחית מהפיצוי והוא מצא פתרון יצירתי ( כנראה ביהמ"ש נבהל קצת כי הוגשו המון עתירות בקשר להחזר פיצויים ולכן הוא ניסה לפרש את הלכת הולצמן בצמצום). **ביהמ"ש אומר שהלכת הולצמן לא חלה במקרה זה כי ההורדה של ה-40% לא נעשתה ישירות מכוח פקודת הקרקעות, אלא במסגרת חישוב שמאות של שווי הקרקע המופקעת. לפי הערכת שמאי- אם לא היו מפקיעים את השטח, ממילא היה יורד ערכה. לכן אם ממילא היה יורד ערכה, כן ניתן להפחית לו מהפיצויים. אנו רואים שביהמ"ש חוזר למגמה שמרנית, על אף הלכת הולצמן.**

**ע"מ 4955/07 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה (מאגר נב), 2010:**

כאן נעשתה הפקעה חלקית של עד 40% ללא פיצוי. אבל בגלל צורת המגרש, לאחר שהפקיעו לו 40%, נותרה לו חלקת קרקע בצורת זנב. הוא אמר שהפקיעו לו את הקרקע והשאירו לו חלקה שלא ניתנת לניצול סביר, אז או שייקחו הכל, או שיביאו לו פיצוי מלא. **הוא התבסס על סעיף 190 (א)(1) לחוק התכנון והבנייה שאומר: מותר להפקיע עד 40% ללא פיצוי, אולם לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש.**

ביהמ"ש דחה את הטענה שלו. דעת הרוב קובעת שיש לפרש את הסעיף בצמצום, כך שרק אם יתרת המגרש שלא הופקעה איננה ניתנת לניצול סביר, ולא ניתן לפצות את בעל הקרקע, רק אז תבוטל ההפקעה. במקרה הזה אומר ביהמ"ש- במרבית הקרקע ניתן להשתמש, ויש לתת לו פיצוי על חלקת הזנב שנשארה. זה לא מה שאומר החוק. ביהמ"ש מפרש בצמצום את הסעיף. שוב אנו רואים גישה לא ראויה לזכות הקניין.

**דעת המיעוט של הש' דנציגר קובעת שבמקרה כזה הרשות צריכה לבחור – או לוותר על ההפקעה, או הפקעה מלאה ופיצוי מלא.**



**ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (מאגר נבו, 2012):**

דובר על הפקעה מכוח פקודת הדרכים. לפי פקודת הדרכים ניתן להפקיע רבע מהשטח מבלי לתת פיצוי. באותו מקרה נשאלה השאלה: מה קורה כאשר מפקיעים לאדם עד רבע מהשטח, אבל זה לא משביח את הקרקע שנותרה, גם כאשר לא מדובר בהפקעה מלאה?

ביהמ"ש העליון קובע שבהיעדר השבחה של הנוטר, הפקעה לשימוש שהוא לא קהילתי (משהו שאני לא צורך באופן אישי) כביש זה משהו כלל ארצי ולא קהילתי, בלי לשלם פיצוי מלא, פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות הקניין של הפרט, בזכות השוויון וכו'. עוד נקבע שהנטל להוכיח שלא הושבחה הקרקע זה על הבעלים של הקרקע. ביהמ"ש קבע כי ככלל, נטילת חלק מקרקע, מקום שהיא גורמת "סבל" לבעלים, מחייבת את שר התחבורה לשלם פיצוי מלא. גישה ראויה לזכות הקניין ושיפור מגמה בדעת ביהמ"ש.

**ע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל נ' סבח בית עדה (מאגר נבו, 2013):**

**פס"ד זה ממשיך את הלכת רוטמן.** ביהמ"ש אומר שיש להבחין בין הפקעה שנעשית לטובת צרכים קהילתיים, לבין הפקעה שנעשית למטרות כלל ארציות. כאשר מדובר על צרכים קהילתיים - גם בעל הקרקע נהנה מזה - כמו למשל ביי"ס, גן שעשועים וכו'. כאשר מדובר על מטרה כלל ארצית - זו הפקעה לא מידתית, ובמקרה של הפקעה כזו יש לשלם פיצוי מלא. שוב גישה טובה לזכות הקניין ושיפור עקבי בהחלטת ביהמ"ש.

**ע"א 5161/12 כרמלי נ' מנהל מקרקעי ישראל (מאגר נבו, 2016):**

ביהמ"ש העליון נותן סקירה ואומר שבחלוף השנים התרחבה ההכרה באפשרות של ביהמ"ש לבטל הפקעות כאשר הן לא נעשות בצורה הראויה ע"י הרשות. באותו מקרה פסק ביהמ"ש שהרשות לא מילאה אחר החובות המוטלות עליה, נוכח שיהוי ניכר במימוש מטרת התכנית. יחד עם זאת, בשל הצורך הציבורי שהיה מאוד חשוב, ביהמ"ש לא ביטל את ההפקעה, אבל בכל זאת יש כאן חידוש מאוד גדול והוא: בפס"ד זה אומר ביהמ"ש שיש להעניק לבעלים פיצויים מכוח חובת ההגינות והצדק. פעם ראשונה שביהמ"ש קובע דבר כזה. (באותו מקרה התיישנה הזכות לקבל פיצויים), לכן ביהמ"ש מעניק לו פיצויים מכוח חובת ההגינות והצדק מוכח **סעי' 197 לחוק התכנון והבנייה עמוד 375.** זה החידוש בפסה"ד.

**תיקון לפקודת הקרקעות משנת 2010:**

**מטרת התיקון:** לעשות סדר בכל הנושא של הפקעות לאור כל הבעיות שהוצגו לעיל, אך עדיין נשאר בעיות והתיקון אינו פתר את כלל הבעיות. בנוסף, יש על תיקון זה ביקורות רבות. כעת, נחלק את התיקון לתיקונים המטיבים על בעל הקרקע, לעומת תיקונים המרעים עם בעל הקרקע.

**תיקונים המטיבים על בעל הקרקע:**

1. בתיקון נקבעה רשימת מטרות מוגדרת שבגינה יכולה הרשות לבצע את ההפקעה. כלומר, לבעל הקרקע יש וודאות והוא יודע מתי ואיך אפשר להפקיע.
2. נקבע בתיקון שיש לנפקע **זכות שימוש** לפני שתופסים את החזקה בקרקע, בפני שר האוצר או מי מטעמו. זה בעצם עיגון של פרקטיקה שהייתה קיימת, לאחר מכן החליטו לעשות אותה פורמלית ובתוך החוק.
3. בתיקון הוגדרו **מועדים ספציפיים שעל המדינה לפעול לפיהם** וזאת כדי למנוע מצב שהמדינה משתהה עם ההפקעה, להבטיח שההפקעה תעשה בשיקול דעת. המדינה יודעת שיש לה זמנים קצובים. אך בפועל, הזמנים הם מאוד ארוכים, לא ברור למה המדינה צריכה כ"כ הרבה זמן. (סעיפים 5+7 לפקודת הקרקעות).
4. בתיקון החדש נקבעה **זכות "השבת הקרקע" לנפקע**, במקרים שבהם תם הצורך הציבורי או במקרים שבהם פקעו המועדים למימוש מטרת ההפקעה וטרם הוחל בביצוע מטרת ההפקעה. במילים אחרות, אם המדינה עוד לא התחילה לעשות דבר, או תם הצורך הציבורי או שהמדינה איחרה במועדים הנפקע יכול לבקש את זכותו בהשבת הקרקע. **לתיקון הנ"ל יש תחולה רטרואקטיבית של 25 שנים**. מכאן, שהתיקון לא עוזר להרבה אנשים, שכן מרבית ההפקעות במדינת ישראל נעשו בשנות ה-50 וה-60. **אם המדינה לא החלה לפעול לטובת הקרקע, זו זכות השבה**.
5. נקבע לנפקע **זכות רכישה מחדש** במקרים שבהם לאחר שהוחל במימוש מטרת ההפקעה, תם הצורך הציבורי בה. המחיר של הרכישה ייקבע ע"י שמאי ממשלתי. דוג' לכך: בעקבות פס"ד קרסיק, המחוקק החליט לחוקק תיקון זה. **הבעיה הינה: גם לתיקון הזה יש תחולה רטרואקטיבית של 25 שנה** וזה אינו עוזר לקרסיק, כי ההפקעה אצל קרסיק נעשתה לפני 50 שנה. **אם החלה המדינה במטרתה בקרקע - זו זכות רכישה**.
6. תוקן ס' 22 לפקודה שנתן אפשרות לכל אדם לפנות לשר האוצר בבקשה שיפקיעו בשמו קרקע, כעת- התיקון מגביל את סמכות שר האוצר, להאציל מתפקידו לגורמים אחרים (שר האוצר לא יכול להאציל לסגן שלו, או לזוטרו לבצע הפקעות, אלא הוא בעצמו) להאציל את סמכויותיו בנוגע להפקעות. מכאן, שיהיה יותר פיקוח.
7. **חשובה: נקבע שהחל ממועד תחילת החוק, יתווספו לפיצויי ההפקעה הפרשי ריבית והצמדה כחוק. במידה והמדינה תעכב, היא תצטרך לשלם ריבית והצמדה**.
8. **ס' 13 החל ממועד תחילת החוק, שר האוצר לא יהיה רשאי להפקיע קרקע או חלק ממנה ללא מתן פיצוי מלא**.
9. בתיקון החדש, נוסף ס' 7b כאשר שר האוצר מפקיע קרקע, הוא חייב לקבוע את התקופה למימוש מטרת ההפקעה, התקופה הינה 8 שנים ובהחלטה מנומקת הוא יכול להאריך זאת ל-17 שנים. לכאורה, מטיב משום שיש תקופה מוגדרת.

**הודעות פק' 34 לש' 1946**

5. (1) מקום שמתכוון שר האוצר לרכוש כל קרקע לצורך ציבורי כל-שהוא, יגרום כי תתפרסם ברשומות הודעה על כוונתו זאת, והודעה זאת תהיה בטופס א' או בטופס ב' הרשומים בתוספת, הכל לפי הטופס הנאות. כמו כן, יגרום כי יוצגו טפסים של אותה הודעה במקומות נוחים על הקרקע, או סמוך לקרקע, שעומדים לרכשה, ונוסף על כך יגרום, כי יימסר העתק של אותה הודעה, לכל אדם, ששמו נרשם בספרי האחוזה כבעליה של הקרקע, או כאדם שיש לו טובת הנאה בה, ומסירה זאת תבוצע בין מתוך מסירה לידי ממש של האדם, שלו יש למסרה, או מתוך השארת העתק של אותה הודעה במקום מגוריו הידוע לאחרונה, או מתוך שליחתה בדואר במכתב רשום, שעליו נכתבה כתבתו של אותו אדם לפי כתובת הדואר שלו הידועה לאחרונה, אם יש כזאת.

**(תיקון מס' 3) תש"ע-2010**

(2) פרסום ברשומות של הודעה לפי סעיף קטן (1) רואים אותו כראיה מכרעת ששר האוצר אישר את מטרת הרכישה.

(3) לאחר שתתפרסם הודעה לפי סעיף קטן (1) יגרום מנהל אגף רישום והסדר הקרקעות - כל אימת שהדבר מעשי - כי תירשם אזהרה בספרי האחוזה בדבר פרסומה של אותה הודעה; אותה אזהרה תבוטל לאחר שתתפרסם הודעה - לפי סעיף קטן (1) לסעיף 14 - על חזרה מרכישה בגין כל קרקע שבה נוגעת האזהרה, או לאחר שתירשם הממשלה - לפי סעיף קטן (2) לסעיף 19 - כבעליה של כל קרקע, שבה נוגעת האזהרה.

**טענות נגד הרכישה (תיקון מס' 3) תש"ע-2010**



5א. (א) פורסמה הודעה לפי סעיף 5, ייתן שר האוצר הזדמנות לבעל הקרקע ולמי שיש לו טובת הנאה בקרקע, לטעון את טענותיהם נגד רכישת הקרקע בפניו או בפני מי שהוא הסמיך לכך, באופן ובמועד שקבע בתקנות באישור ועדת הכספים של הכנסת, ובלבד שהמועד לא יהיה מאוחר ממועד פרסום ההודעה לפי סעיף 7; ואולם מצא שר האוצר כי הקרקע דרושה באופן דחוף למימוש מטרת הרכישה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת בכתב, לדחות את המועד למועד מאוחר ממועד פרסום ההודעה כאמור, כפי שייקבע בתקנות האמורות.

(ב) בהודעה לפי סעיף 5 תצוין זכותם של בעל הקרקע ושל מי שיש לו טובת הנאה בקרקע לטעון את טענותיהם לפי סעיף זה.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי קרקע שחלה עליה תכנית כמשמעותה בחוק התכנון והבניה שהתקבלה החלטה על אישורה, המייעצת את הקרקע למטרת רכישה שהיא צורך לתשתית ציבורית בלבד, ולגבי קרקע כאמור המיועדת לפרויקט בטיחותי.

### סמכות לקנות החזקה פק' 34 לש' 1946 (תיקון מס' 3) תש"ע-2010

7. (1) שר האוצר רשאי להורות - בהודעה שתפורסם ברשומות לאחר פרסום ההודעה לפי סעיף 5, או אם הקרקע דרושה באופן דחוף למימוש מטרת הרכישה, מטעמים שיישרמו, או שהיא קרקע שסעיף 5 אינו חל לגביה - אף יחד עם ההודעה לפי סעיף 5 - לכל אדם שיש לו החזקה בקרקע שעומדים לרכשה, למסור את החזקה בקרקע עם תום מועד התקופה הנקובה לכך בהודעה או לפניו, ואותה תקופה לא תפחת מכדי חודשיים מתאריך פרסום אותה הודעה ברשומות, אלא אם דרושה הקרקע באופן דחוף למימוש מטרת הרכישה, והוצאת דברים בהודעה כזאת כי הקרקע דרושה באופן דחוף למימוש מטרת הרכישה, תהיה ראייה מכרעת לאותה עובדה; הודעה כאמור בסעיף קטן זה תהיה בהתאם לטופס ב', ג' או ד' שבתוספת, לפי העניין, והיא תימסר למי שהיה זכאי לקבל את ההודעה לפי סעיף 5, וכן תוצג, הכל באופן הקבוע בסעיף האמור.

### (תיקון מס' 3) תש"ע-2010

(א1) לא תפורסם הודעה לפי סעיף קטן (1) אם חלפו למעלה משנתיים ממועד פרסום ההודעה לפי סעיף 5, ואולם רשאי שר האוצר, במהלך התקופה האמורה, להאריכה בתקופה נוספת, בהחלטה מנומקת בכתב, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על ארבע שנים; הודעה על הארכת התקופה לפי סעיף קטן זה תפורסם ברשומות. (2) כתום מועד התקופה הנקובה בהודעה, שתימסר לפי סעיף קטן (1), יהיה שר האוצר זכאי להיכנס אל הקרקע, או לעלות עליה ולקנות החזקה בה בהתאם לכך.

### התקופה להתחלת ביצועה של מטרת הרכישה (תיקון מס' 3) תש"ע-2010

7ב. (א) בהודעה לפי סעיף 7 יקבע שר האוצר את התקופה שבמהלכה יש להתחיל בביצוע של מטרת הרכישה בקרקע, שלא תעלה על שמונה שנים ממועד פרסום ההודעה, ואולם רשאי הוא בהחלטה מנומקת בכתב, לקבוע בהודעה כאמור תקופה ארוכה יותר, ובלבד שלא תעלה על 15 שנים ממועד פרסום ההודעה (להלן - תקופת התחלת ביצוע).

(ב) במהלך תקופת התחלת הביצוע שקבע שר האוצר לפי סעיף קטן (א), רשאי הוא להאריכה הנחלטה מנומקת בכתב, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על 17 שנים ממועד פרסום ההודעה לפי סעיף 7; הודעה על הארכה כאמור תפורסם ברשומות, תימסר למי שהיה זכאי לקבל את ההודעה לפי סעיף 5, ותוצג, הכל באופן הקבוע בסעיף האמור.

### למה רלוונטית כל הפסיקה בעניין פיצויים:

**סיבה אחת**, התיקון אומר החל ממועד תחילת החוק - ז"א מ-2010, אם הפקיעו למישהו קרקע משנת 1998, או משנת 2009 - נצטרך ליישם את הפסיקה, כי התיקון לא יחול בעניין זה. **סיבה שנייה**, **תיקון הינו לפקודת הקרקעות**. אם יהיה כתוב, בוצעה הפקעה של קרקע מכוח תיקון חוק התכנון והבניה, ולא יהיה ניתן להשתמש בתיקון, אלא בפסקי הדין שהוצגו לעיל. ההפקעות יכולות להיעשות לא רק מכוח פקודת הקרקעות, אלא גם מחוקים אחרים.

### תיקונים שמרעים על בעל הקרקע:

1. הורחבה רשימת המטרות שבגינה ניתן לבצע הפקעה.
2. הובהר בתיקון שסכסוך על שיעור הפיצויים לא יעכב את המדינה מלתפוס חזקה בקרקע.
3. ניתנת לרשות המפקיעה אפשרות להחליף מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת- ס'14א.א), במקרים שבהם הקרקע אינה דרושה יותר למטרה הציבורית שלשמה היא הופקעה, אך היא דרושה למטרה ציבורית אחרת. התקופה הינה 8 שנים, ובהחלטה מנומקת 17 שנים. האבסורד שכל פעם המדינה תחליף מטרה, מתאפס לה הזמן, ובינתיים לנפקע חולפות ה- 25 שנים. נניח המדינה החליטה להקים גן שעשועים יש לה זמן של 8 שנים ובהחלטה מנומקת יש לה 17- לאחר 16 שנים, היא רוצה בית קברות אז יש לה 8 ואז 17, כך עד שחולפות 30 שנה, ואז לנפקע אין שום זכות על הקרקע. למדינה הזמן מתאפס ולנפקע ה- 25 שנה חולפות.

4. נקבע שאם לנפקע הביאו פיצויים בדרך של קרקע חלופית, במקרה כזה קובע התיקון שתנותק הזיקה בין בעל הקרקע לבין הקרקע שהופקעה (הקודמת), לכן הוא לא יכול לרכוש מחדש או להשיב מחדש.
5. נקבעה תקופת התיישנות של 25 שנים מיום ההודעה על ביצוע ההפקעה, חוקק בעקבות פס"ד קרסיק, ששם ביהמ"ש הייתה לו בעיה- הוא לא רצה לפגוע באינטרס ההסתמכות של המדינה. האם התיקון עוזר לקרסיק? לא, היות ומזמן חלפו 25 שנים.

**לסיכום**, עדיין נותרו בעיות, התיקון לא סידר אותם. ישנם 2 תיקונים שהם החשובים, עניין הפיצויים ועניין ריבית וההצמדה- וגם אלו, החל ממועד תחילת החוק.

### תרגיל בנושא הפקעות:

לצורך בניית מערך צינורות תת קרקעי להובלת גז טבעי מנמל חיפה לבתי הזיקוק שבמפרץ בחיפה, הפקיע שר האוצר בשנת 1970 את התוואי התת קרקעי בו מתוכננים הצינורות לעבור (רק אותו חלק מהמקרקעין המצוי מתחת לפני הקרקע). ההפקעה בוצעה מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943. בעלי המקרקעין המופקעים לא ביקשו ולא קיבלו כל פיצוי בגין ההפקעה. בפועל, לא נעשה דבר לקידום הפרויקט ולמימוש מטרת הפקעה. בשנת 2000, בשל עומס התחבורה באיזור חיפה, החליטה מדינת ישראל להקים מנהרה תת קרקעית לכלי רכב, שתוליך מנמל חיפה אל מפרץ חיפה, בדיוק בתוואי בו אמורה הייתה לקום מערכת הצינורות להובלת הגז הטבעי. לשם כך, התקשרה המדינה עם יזמים פרטיים והחכירה להם ל-99 שנים את תוואי הקרקע אותו הפקיעה בעבר לצורך הקמת הצינורות. תפקידם של היזמים היה להקים את המנהרה ומערך הכבישים המובילים אליה והם הוסמכו לגבות תשלום מהציבור בגין שימוש במנהרה (להלן-"תכנית המנהרה התת קרקעית"). בעלי המקרקעין המופקעים מתנגדים לתוכנית המנהרה התת קרקעית, בטענה שהוא פוגע בזכות הקניין שלהם ועומדת בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם בעלי המקרקעין צודקים בטענתם?

### הערות בנוגע לתרגיל:

- פגיעה בזכות הקניין, אין צורך להתייחס לטענות אחרות כמו מטרד לתושבים וכו'.
- לפי ס' 11 לחוק המקרקעין: הבעלות בקרקע חלה גם על עומק פני הקרקע וגם על חלל הרום ולכן, במקרה שלנו יש צורך להפקיע את עומק פני הקרקע. ישנה הצעת חוק "חוק התלת ממד", שאמורה להפריד את הבעלות בין עומק הקרקע לבין חלל הרום. ההצעה עדיין לא עברה.
- לא צריך לבדוק את פסקת ההגבלה, משום שיש שמירת דינים, רק השו' דורנו בדעה חריגה עושה זאת. הפקודה היא מלפני 92, ולכן אין צורך לבדוק את פסקת ההגבלה.
- השאלה מתייחסת לבעלי הקרקע- קרקע שנמצאת בבעלות פרטית, ולכן מפקיעים את זכות הבעלות. ההפקעה כאן היא מכוח "פקודת הקרקעות".

**בעיה 1- שיהוי**, במשך שנים לא נעשה מימוש של מטרת ההפקעה. פס"ד הרלוונטיים בעניין: **פס"ד נוסניבה** במשך שנים רבות לא עשו דבר בנוגע לקרקע, אך יחד עם זאת דעת הרוב אישרה את ההפקעה ולא ביטלה אותה, לא קיבלו את טענת השיהוי רק דורנר בדעת מיעוט רואה בכך סיבה צודקת לביטול ההפקעה.

**פס"ד מחול**: גם שם היה שיהוי ניכר בפס"ד זה ביהמ"ש קובע קריטריונים מתי שיהוי סביר, ומתי השיהוי אינו סביר. לאחר מכן הוא קובע, גם אם השיהוי לא סביר זה עדיין לא יוביל לביטול ההפקעה כי הצורך הציבורי הינו מאוד משמעותי. גם בפס"ד זה העתירה נדחתה, ולא בוטלה ההפקעה.

**בתיקון יש את ס' 7** שכביכול מסדיר את בעיית השיהוי. במקביל, בתיקון החדש נקבעה זכות השבה (סעיף 14 (א1)) שאומרת שאם המדינה לא התחילה לעשות, והסתיימו המועדים, יש זכות השבה. זה חל כל עוד המדינה לא תפסה חזקה. אם היא תפסה חזקה, אז יש זכות רכישה מחדש (סעיף 14ב). יש לזה תחולה רטרואקטיבית של 25 שנים, אך אצלנו זה כלל לא עוזר כי חלפו יותר מ-25 שנים.

**בפס"ד כרמלי** הייתה גם בעיה של שיהוי. ביהמ"ש מציין שבחלוף השנים, התרחבה ההכרה שבתי המשפט יכולים לבטל הפקעה, מקום שיש שיהוי. באותו מקרה פסק ביהמ"ש שאכן הרשויות המקומיות פעלו בשיהוי, אבל הוא לא ביטל את ההפקעה. מה שכן הוא עשה, וזה החידוש, הוא פסק פיצויים מכוח חובת הצדק וההגיונות. דבר שבחיים לא קרה בהפקעות.

**בעיה 2: החלפת מטרות**, שינוי ייעוד- בעיה דומה הייתה **בפס"ד קרסיק**- שם זה שונה כי בפס"ד זה כן מימשו את מטרת ההפקעה, ורק אח"כ פגה המטרה. אצלנו עוד לא מימשו את המטרה. בנוסף, **בפס"ד מחול** שרצו להקים מגורים לאוכלוסייה הערבית ולאחר מכן החליפו את המטרה לעולים חדשים, ולאחר מכן שוב לאוכלוסייה הערבית. אחת מהטענות הייתה שכל פעם מחליפים מטרות, **בפס"ד מחול** ביהמ"ש כמעט ולא מתייחס לטענה של שינוי מטרות, כי שם באותו מקרה חזרו למטרה המקורית. לכן, הפסיקה איננה עוזרת, וכך נפנה לתיקון. בתיקון התווסף ס' 14 **האומר כי המדינה יכולה להחליף מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת** ( אבל יש לה 8 שנים, ובהחלטה מנומקת 17), כי חלפו 25 שנים מההפקעה הראשונה. יחד עם זאת, בעיה דומה בעניין שיהוי והחלפת מטרות בפס"ד **דוד כרמלי**, הייתה בעיה של

שיהוי והחלפת מטרות, ביהמ"ש לא מבטל את ההפקעה ויחד עם זאת הוא מתגבר על בעיית ההתיישנות וקובע פיצויים מכוח חובת הצדק וההגינות.

**בעיה 3:** הפקעה ללא פיצוי- בעניין פיצויים פס"ד ראשון – **פס"ד הולצמן** ( פס"ד מהפכני), ביהמ"ש קבע שיש הפקעה מלאה יש לתת פיצוי מלא ואין להפחית ממנו את ה-40%. יחד עם זאת, אחריו הגיע פס"ד **אסלן** (מאוד שמרני), למרות שהייתה הפקעה מלאה, ביהמ"ש הפחית מהפיצויים מכוח הערכת שמאי. אחר"כ הגיע פס"ד **קרן תורה ועבודה** ( זנב, מגמה שמרנית), עד שבשנים האחרונות הגיעו 3 פס"דים חדשים, פס"ד **רוטמן, רכבת ישראל ופס"ד דוד כרמלי**. בגדול, אומרת הפסיקה, אם אין השבחה אין להפחית מהפיצויים. **בפס"ד דוד כרמלי** ביהמ"ש פוסק פיצוי למרות ההתיישנות מכוח חובת הצדק וההגינות. ניתן לבצע היקש במקרה דנן, למרות ההתיישנות ביהמ"ש יפסוק פיצוי. **לעניין פיצויים, התיקון החדש קובע שהחל ממועד תחילת החוק יש לתת פיצוי מלא**. אך, התיקון לא עוזר לקיים שלנו שכן זה החל ממועד תחילת החוק !

כלומר, פיצוי מלא יינתן רק אחרי מועד החוק, כלומר אחרי , 2010, ואילו המקרה הינו משנת 1970.

**בעיה 4:** המדינה מחכירה את השטח ליזמים פרטיים, כלומר המדינה עושה רווח על ההפקעה. היא מפקיעה בלי לשלם פיצוי, ואז מחכירה את זה ליזמים פרטיים ומקבלת דמי חכירה, וכך עושה רווח. בעיה דומה התעוררה **בפס"ד נוסייבה** : **השו' דורנר בדעת מיעוט** – רואה בכך סיבה המצדיקה את ביטול ההפקעה, אותו דבר קרה **בפס"ד קרסיק**, אך גם שם השאלה נשארה בצריך עיון.

זכות השבה מחדש, זכות רכישה מחדש- חל  
רטרואקטיבי גם בשנים שלפני החוק, כלומר  
גם לפני שנת 2010.

עניין הפיצויים- לא חל אחורנית, אלא רק  
במקרים שהם החל ממועד תחילת החוק.

**4. דרישת הכתב**

**בעס' 8 לחוק המקרקעין** קובע כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב, כל עסקה במקרקעין טעונה בהתחייבות שזה חוזה, וכדי להפוך את ההתחייבות לזכות צריכה לרשום אותה בטאבו. לא להתבלבל בין דרישת הכתב לבין הטאבו.

דרישת הכתב- זה החוזה הראשון.

טאבו- זה הרישום עצמו.

הגישה הפורמליסטית בעבר ראתה בדרישת הכתב דרישה מאוד מהותית ולא רק ראייתית שזה פן חשוב, שכן אם יש התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ללא כתב אז אין עסקה.

למה דרישת הכתב חשובה במקרקעין ?

כי נדרש וודאות, יציבות כדי שלא יהיו מחלוקות.

בעבר דרישת הכתב הייתה מאוד נוקשה זה בא ע"י **ביטוי בפס"ד גרוסמן**, עם הזמן דרישת הכתב החלה להתרכך יש גמישות, בתי המשפט אמרו שיש להיזהר מדרישה דווקנית אשר יוביל לביטול עסקאות בשל חוסר תו"ל.

**נעבור על ההקלות בדרישת הכתב:**

(1) נקבע בפסיקה די בהתחייבות המוכר תהיה בכתב ולא הכתב זה **נקבע בפס"ד חורי נגד כנעאן**.

(2) די בפרטים מהותיים מסוימים שהיו בכתב, פרטים חסרים ניתן להשלים ע"י הוראות חוק משלימות **למשל סע' 23 לחוק המכר** שדן במועד התשלום, אם לא נקבע מועד התשלום אז מועד התשלום יהיה עם קבלת הממכר, **או סע' 9 לחוק המכר** אשר קובע כי העברת הנכס תעשה זמן סביר לאחר ההסכם, **או סע' 26 לחוק החוזים** אשר קובע כי ניתן להשלים פרטים על פי הנוהג בין הצדדים ואם אין נוהג אז עפ"י הנוהג מחוזים מאותו סוג. איזה פרטים לא ניתן להשלים בחוזים ? המחיר לא ניתן להשלים.

(3) האם ניתן להשלים פרטים בעל פה ?

**בפס"ד זוננשטיין** או **פס"ד ברון** נקבע שלא ניתן להשלים הסכמות אשר נעשו בעל פה על ההלכה הזו הייתה ביקורת רבה, היא שונתה **בפס"ד זייטון נ' זעורה נקבע כי:** ניתן לכבד הסכמה בל פה שאין חולק לגביה או שהיא לא סותרת מה שכתוב כחלק מדרישת הכתב.

(4) נקבע בפסיקה שניתן להשלים את דרישת הכתב ע"י צירוף מסמכים חיצוניים או ראיות חיצוניות נקבע **בפס"ד שוויגר נ' לוי**. **פס"ד חדש שעוסק בזה שמשון דנוך** בימה"ש מדגיש כי עם השנים נעשה ריכוך בדרישת הכתב וניתן להשלים פרטים עם ראיות חיצוניות או עדים אשר יעדו, פס"ד נוספים **פס"ד שייגר** קובע שניתן להיעזר בראיות חיצוניות כאשר רוצים להתחכות אחרי כוונת הצדדים. **גם בפס"ד עובדיה הביאו ראיות חיצוניות.**

(5) חתימות, האם חייב חתימות ?

השאלה נותרה בצריך עיון עד **פס"ד בוטוקבסקי נגד גת**. לבוטוקבסקי היה מגרש והוא ניהל משא ומתן עם קונים רשמו הכל בכתב יד נתנו עותקים לקונים כולל לחיצת ידיים וסיכמו כי יום למחרת יפגשו לערוך חוזה רשמי, באותו היום נפגש עם אנשים אחרים וחתם איתם על חוזה. **ביהמ"ש קבע להבדיל** מעצם הצורך במסמך, אשר מהווה תנאי מהותי להתחייבות לביצוע חוזה, הרי החתימה על החוזה הוא לא אחד מהתנאים לצורך **סע' 8 לחוק המקרקעין**, בימה"ש אומר הייתה ג.ד גם בלי החתימה יש לבחון את העניין אובייקטיבית. **אותו דבר בפס"ד דירות מקסים בע"מ** בימה"ש קבע כי העדר חתימות לא מעידה על העדר ג.ד.

(6) תום הלב- יכול להתגבר על דרישת הכתב, **דעת מיעוט - פס"ד זוננשטיין** וזה הפך להיות **דעת רוב - בפס"ד קלמר נ' גיא** אם צד מתכחש בחוסר תום לב ומנצל את העובדה שאין מסמך בכתב ביהמ"ש יפעיל שיקול דעת יתגבר עליו הפגם ויכשיר את העסקה, אבל זה רק במקרים שהם עולה **"זעקת ההגינות" יש לבדוק שני רכיבים:**

- (א) האם יש שינוי לרע בעקבות החוזה.  
(ב) מידת אשמתו של הצד שמתנער.

**בקיצור אם עולה "זעקת ההגיונות" ניתן להתגבר על דרישת הכתב.**

**פס"ד יותר מאוחר היה לילי שם טוב נ' כדורי -** בימה"ש קבע העדר מסמך בכתב לעיתים ניתן להתגבר על כך אם עולה זעקת ההגיונות.

פס"ד נוסף משנת 2013 **פס"ד סאלח חג'אזי -** מדובר על שני בני דודים היה להם שמות דומים וגם הת.ז דומות, לכל בן דוד הייתה חלקת אדמה שאותה הוא עיבד, אבל היה טעות במרשם, החלקה של א' רשומה על שם ב', כלומר קרקעות הפוכים בטאבו. ואז אחד מבני הדודים אמר אני אעשה את הרישום כמו שצריך, מה שעשה הוא העביר רק קרקע אחת על שמו ואז יצא כי שתי הקרקעות על שמו. אותו בן דוד ניצל את העובדה שאין מסמך בכתב, **ביהמ"ש קבע -** זה בדיוק המקרה שהוא מיוחד ויוצא דופן שממנו עולה **"זעקת ההגיונות"** אשר מצדיקה כי עקרון תו"ל יגבר על דרישת הכתב.

**שתי נקודות בכוכבית:**

**• יש להבדיל בין מצב לעשות עסקה במקרקעין לבין המחאת זכויות ?**

**(א) התחייבות לעשות עסקה במקרקעין -** דוג' צד א' חותם על חוזה מול ב' על חוזה לעסקה במקרקעין.

**(ב) המחאת זכויות -** א' חותם מול ב' למכור את הקרקע (עסקה במקרקעין) ב' בעל הזכות האישית מתחייבת להעביר לצד ג' את הזכות האישית שלו.

נניח כי צד ב' יש לו רק זכות אישית והוא התחייב לג' להעביר את הזכות שלו, מה יש בין צד א' לבין צד ג' יש בניהם המחאת זכויות, כי לב' אין זכות, בד"כ מדובר ב 3 צדדים, למה חשוב ההבדל הזה?

**זה חשוב למה כי בהסכם מול א' ומול ב' חייב כתב, כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין חייבת כתב, לעומת זאת העסקה מול ב' לג' זה לא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין זה רק המחאת זכויות ואז לא חייב לעשות אותה בכתב.**

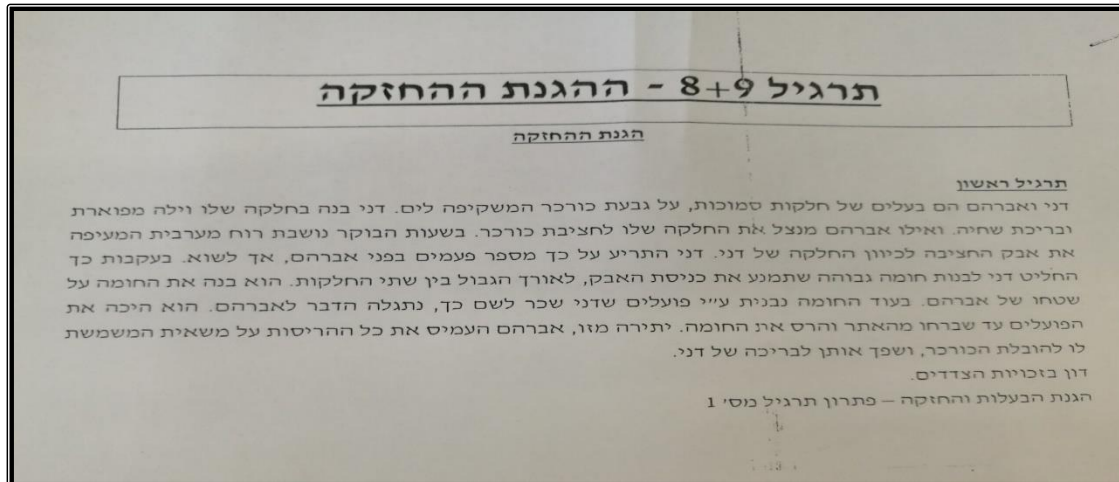
**• גם צד ג' שהוא לא קשור לחוזה הוא יכול להעלות טענה של העדר מסמך בכתב, מה יהיה אינטרס כזה להעלות טענה ?**

כאשר יש עסקאות נוגדות אשר האינטרס שלו זה לבטל את העסקה בין צד א' לבין צד' ב'.

כי לסכם את הפרק זה **פס"ד עלריג נכסים נ' ברנדר -** אדון ברנדר היה בעלים של חלקה אשר גבל עם עוד 3 חלקות אשר היו בבעלות עיריית רמת גן. עפ"י התכנית של העיריה כל 4 החלקות היו אמורות להתאחד והיו אמורים להקים מגדלי מגורים. ברנדר יצר קשר מול אדם בשם ריגר וסיכם איתו כי ריגר ישקיע כספים במיזם ובסופו של התהליך החלקות יעבור על שמו. ואכן ריגר נתן ביטחונות ואשראי ולמרות זאת ברבר העביר את החלקה על שם מישהו אחר, ריגר הגישה תביעה לאכיפת החוזה וטען כי לא נדרש כתב שכן מה שיש בניהם זה לא התחייבות לעשות עסקה המקרקעין אלא זאת המחאת זכויות, **בימה"ש קבע כי** ריגר טועה כאן לא מדובר בהמחאת זכויות שכן ההתחייבות הייתה רק לאחר כי ברנדר יהיה הבעלים של החלקות הוא יעבור את זה עם שם ריגר, במצב כזה זה כן התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. **טענה שנייה,** של ריגר הייתה כמו בפס"ד **קלמר נ' גיא** בגין תום לב הוא השקיע ולא קיבל, ביהמ"ש לא קיבל את הטענה. **בימה"ש אומר כי מדובר במצב נפוץ שבהם צדדים מתקרשים ולא טורחים לעשות בניהם הסכם בכתב,** לכן אומר ביהמ"ש המקרה הזה לא מקרה חריג ויוצא דופן. בנוסף מה שנודע לביהמ"ש כי ריגר הוא איש עסקים גדול ומצופה ממנו שעסקה כזרת לעשות בכתב.

**כעת נפתור תרגיל בנושא הגנה על הבעלות והחזקה :**

דני ואברהם הם בעלים של חלקות סמוכות, דני בנה בוילה שלו בריכת שחייה, ואילו אברהם מנצל את החלקה שלו לחציבת כורכר, בשעות הבוקר בשל הרוח האבק עף לדני, ובשל כך דני בנה חומה בשטחו של אברהם. מה שעשה אברהם הרביץ לפועלים ושפך את הסולר וזרק את הפסולת בבריכה של דני.

**דונו בסוגיות:**

א) **סוגיית ראשונה**, האבק – אשר עף לצד השני- סוג של הפרעה עולה השאלה, מה יהיה ניתן לעשות עם ההפרעה הזאת, הסעי' אשר דן בהפרעה **זה סעי' 17** לחוק המקרקעין יש לבדוק את **התקיימות 3 יסודות סעי' 17:**

**תנאי ראשון:** המחזיק במקרקעין סעי' 17 חל לטובת מחזיק במקרקעין. דני הוא מחזיק התנאי מתקיים.



**תנאי שני:** זכאי לדרוש ממי שאין לו זכות לעשות את המעשה המפריע. לאברהם יש לו זכות לבנות מפעל של כורכר אבל אין לו זכות לגרום לכך כי האבק יעוף לצד השני.



**תנאי שלישי:** סעי' 17 דורש הפרעה, יש לבדוק מה זה הפרעה **עפ"י פרופ' קרצ'מר** ההפרעה צריכה להיות הפרעה של ממש, לעומת זאת לפי **בפס"ד קוטר נ' המועצה המקומית** כי השגת גבול מהווה הפרעה, אצלנו לא מדובר בהשגת גבול אבל אכן מדובר בהפרעה של ממש כי נכנס אבק.



**עולה השאלה**, אם ההפרעה צריכה להיבחן אובייקטיבית או סובייקטיבית השאלה הזו היא פתוחה, אצלנו בקיס גם מבחינה אובייקטיבית וסובייקטיבית מודבר בהפרעה. בשנים הקודמות עלתה שאלה אם הפרעה זה יכלול כיבוש מלא של השטח ונישול של המחזיק ? כלומר אם מישוהו בא משתלט על השטח זה כיבוש **האם מדובר בסעי' 17 ? עפ"י הש' פרוקצ'יה בדעת יחיד בפס"ד עוקשי** – היא אמרה כי הפרעה זה כן כולל מצב של כיבוש מלא ונישול המחזיק.





וכעת לאחר מס' חודשים הגיע פס"ד חדש **אלדבעת נ' אלג'ברי** – הוא קובע כמה חידושים אומר **כי סעי' 17** חל על מצב של הפרעה או התקפה ולא על מצבים של כיבוש ונישול המחזיק.

נקי נוספת לגבי **הפרעה סעי' 11** לחוק המקרקעין שקובע כי בעלות משתרעת גם בחלל הרום (ה"ח חוק התלת מימד שטרם התקבל) למה **רלוונטי סעי' 11 כי בפס"ד בצלאל** נקבע שגם מעשה אשר מפריע בחלל הרום נחשב הפרעה.

לגבי סוגית האבק מדובר בהפרעה, ואז דני היה יכול לפעול לפי סעי' 17, **הסעד לפי סעי' 17 זה צו עשה** או צו מניעה כדי להפסיק את ההפרעה, אם רוצים פיצויים העולה אשר מקבילה לסעי' 17 **זה סעי' 44 לפק' הנזיקין-שזה "מטרד ליחיד"**. אם אנו מעוניינים רק בצו אז עדיף ללכת לפי סעי' 17 ואז שק"ל של ביהמ"ש הוא מצומם הפס"ד אשר קובע כי **שק"ל מצומצם זה פס"ד רוקר נ' סולמון. לעומת זאת, לפי סעי' 74 לפק' הנזיקין** לביהמ"ש יש שק"ל רחב והוא ייתן פיצויים במקום שהוא רואה לנכון. ולכן אם מה שחשוב זה רק הצו אז ללכת לחוק המקרקעין, אבל אם אנו רוצים גם צו וגם פיצויי אפשר שניהם ביחד.

**האם דני היה יכול לנקוט סעד עצמי בהתאם לסעי' 18 ?**

התשובה היא לא, כי כאן לא מדובר במצב שאברהם מנסה להשתלט עם המקרקעין של דני.

(ב) **סוגיה שנייה**, דני בונה חומה במקרקעין של אברהם – דני לא פעל בהתאם לסעי' 17, הוא הלך ובנה חומה עולה השאלה מה אברהם יכול לעשות ? מדובר **בהשגת גבול סעי' 29 לפק' הנזיקין**, אם נראה החומה כי סוג של הפרעה אז זה סעי' 17, אבל אם זה לא הפרעה אלא השתלטות אז **זה סעי' 16 או 19** לחוק המקרקעין. למה יש התלבטות? משום שרשום בקיים כי הוא טרם השלים לבנות את החומה ולא השלים את הבנייה ולכן יכול להיות שמדובר בהפרעה ולא השתלטות.

#### **כעת נבדוק את סעי' 17:**

**תנאי ראשון**, אברהם מחזיק

**תנאי שני דני**, עושה מעשה שאין לו זכות לכך

**תנאי שלישי**, מדובר בהפרעה ממשית **עפ"י פרופ' קרצ'מר** וגם השגת גבול לפי **פס"ד קוטר** מדובר בהפרעה אובייקטיבית וסובייקטיבית. אם נראה כי בניית החומה סוג של כיבוש ונישול המחזיק של אותה רצועה אז אמרנו **יש פס"ד חדש אלג'ברי אשר קובע כי סעי' 17 לא יחול**, איזה סעי' יכול להתאים למשל **סעי' 16 או 19**, אבל אם נראה בכך רק סוג של 17 כי טרם הושלמה ההפרעה של בניית החומה אז זה סעי' 17.

סעי' הכי טוב שאברהם היה יכול להשתמש בו **זה סעי' 21 (פרק בנייה ונטיעה בזולת)** כאשר **מקרקעין מוסדר זה סעי' 21 ואם המקרקעין לא מוסדר זה סעי' 23**.

**סעי' 21 אומר**, כי בעל המקרקעין רשאי לדרוש מהקים את סילוק המחוברים ואם הוא לא סילק אותם הוא רשאי לסלק בעצמו על חשבנו של המקים וזה מה שאברהם היה צריך לעשות לפעול לפי סעי' 21. אברהם לא פעל בהתאם לסעי' 21.

(ג) **סוגית שלישית**, אברהם מכה את הפועלים והורס את החומה – הוא מפעיל את סעד עצמי כאן **נכנס סעי' 18. סעי' 18(א) חל כל עוד ההתקפה נמשכת. סעי' 18(ב) חל כאשר ההתקפה הסתיימה ואז תוך 30 ניתן לנשל את הפולש.**

פס"ד אשר מבחין בין 18(א) לסעי' 18(ב) וזה זה בפס"ד **אליהו נ' גרודה** אשר בהתחלה היה סעי' 18(א) כי אחד הצדדים החל בהעברת הגרוטאות לחלקה הסמוכה, ולאחר מכן זה הפך להיות סעי' 18(ב). בנוסף נקבע **בפס"ד רחמני מס' תנאים מצטברים לפי שמפעילים את סעי' 18:**

- 1) תנאי ראשון יש לתת אזהרה בהזדמנות סביר למלא אותה.
- 2) תנאי שני הכוח צריך להיות סביר ובפרופורציה להשגת הגבול, אצלנו אולי הריסת החומה זה כוח סביר אבל בשלב מסוים, הוא התחיל להשתגע והלכות את הפועלים ולשפוך את הסולר, בקיצור לא פעל לפי סעי' 18, **הכי טוב שאברהם היה צריך לעשות זה סעי' 21.**

**6. רכישת בעלות ע"י תפיסת החזקה**

ישנם כל מיני זכויות זכות הבעלות היא הזכות החזקה ביותר, השאלה איך אני הופך להיות בעלים של משהו, אם אני לוקח מחשב של מישהו אז אני הופך להיות בעלים? לא. כי במקרקעין צריך רישום, עולה השאלה אם יש דרך נוספת להיות בעלים של משהו?

נניח כי אני הולך ברחוב ומוצא שרשרת יהלומים? האם אני הופך להיות בעלים של השרשרת? או כאשר אני זורק את הזבל מצאתי שפה האם אני הופך להיות בעלים של השפה? או אם אני מוצא עט פיילוט באולם האם אני הופך להיות בעל השל העת? או עיתון?

**השאלות רלוונטיות של 3 סוגים נכסים:**

- (1) נכס מופקר - זה נכס שאין לו בעלים, כמו העיתון, השפה.
- (2) נכס שאבד לבעליו "אבדה" - כמו שרשרת יהלומים.
- (3) נכס עזוב - זה נכס שיודעים מי הבעלים שלו אבל הבעלים נעלמו. כמו עתיקות.

**בעת נפרט על כל סוגי הנכסים:****(1) רכישת בעלות ע"י זכייה מן ההפקר (נכסים מופקרים):**

יש להבחין בין מקרקעין לבין מיטלטלין, לגבי מקרקעין יש את **סעיף 3 לחוק נכסי המדינה** - קובע נכס מקרקעין המצוי בישראלי ואין לו בעל הוא נכס של מדינת ישראל, מזהו אנו למדים שאין דבר כזה נכס מקרקעין מופקר, לכן כל הדיון שלנו יתמקד במיטלטלין.

אין אנו הופך להיות בעלים של נכס מופקר במיטלטלין?

**אנחנו צריכים לפנות סעיף 7 הוא סעיף 3 לחוק המיטלטלין** - קובע מיטלטלין שאין להם בעל יכול כל אדם בכפוף לכל דין לרכוש בהם בעלות ע"י תפיסתם תוך כוונה לזכות בהם, במילים אחרות כדי שאני אהפוך להיות בעל של נכס מופקר, לכן נדרשים **לפי הסעיף 5**

**תנאים מצטברים:**

(1) **שיהיה מדובר מיטלטלין** - יש הגדרה בסעיף 1 לחוק המיטלטלין אלו הם נכסים מוחשיים שאין מקרקעין.

(2) שאין להם בעל - הפסיקה קבעה בקשר לתנאי השני למשל:

**בפס"ד ע"א 591/76 דלרחיים נ' מ.י.** ישנם שני סוגי נכסים ללא בעלים למשל:

(א) **מיום בריאותו היו ללא בעלים כמו-** דגים ביום הפתוח, ציפורים.

(ב) **אלו הם מיטלטלין שהיו פעם בבעלות של אדם אך הופקר על ידו-** כאן אנו פונים

**לסעיף 7 לחוק המיטלטלין** והסעיף מסביר מתי מיטלטלין יחשב מופקר - הבעלות

פוקעת משהוציאם הבעל משליטתו תוך כוונה להפקרם, זאת כדי שנכס יהיה

מופקר על פי **סעיף 7 גם בפס"ד ע"א 591/76 דלרחיים נ' מ.י.** **נקבע שצריך שני**

**תנאים מצטברים:**

(1) מעשה פיזי של הוצאה. לקחו לו מהידיים שלי.

(2) כוונה להפקיר את המיטלטלין.

יחד עם זאת הפסיקה קבעה שלא תמיד צריך להוכיח את שני היסודות האלו של סעיף 7 מתי לא צריך להוכיח?

**כאשר קמה חזקה לפי מהותו מצבו של הנכס שהוא הופקר ע"י בעליו, ואז אין צורך להוכיח את שני התנאים.**

**למשל בשפה ליד הזבל יש כוונה להפקיר, לגבי השרשרת אין כוונה להפקיר.**

(3) **נדרשת שליטה פיזית בנכס, מצד התופס - הכוונה לקחת את החפץ את השפה את העיתון.**

(4) **כוונת שליטה של התופס**

(5) **בכפוף לכל דין** - יש כל מיני הוראות דין אשר דוחות את הזכייה מן ההפקר למשל חוק העתיקות: אי אפשר להיות בעלים של עתיקה, או חוק חיות בר.

**יישום של סעי' 3 :****ת"א (הרצליה) 75/90 זגורסקי נ' נויפלד, פ"מ תשנ"א (א) 336.**

**עובדות המקרה:** הבעלים של בניין נפטר הוא הוריש דירה לאוגדה למען החייל, והאגודה מכרה את הדירה לאדם בשם זגורסקי והוא כרגע הבעלים. זגורסקי שכר פועלים כדי שהם ישפצו את הדירה ותוך כדי שהם משפצים, מצאו מתוך הבלטות מטמון (זהב, כסף, תכשיטים). הפועלים טענו כי מדובר בנכס מופקר והם כעת הבעלים של הנכס. **ביהמ"ש בודק את התנאים של סעי' 3 לחוק המיטלטלין**, אומר כי כל התנאים מתקיימים, אבל יש בעיה עם התנאי השני שהוא **"שאינו להם בעלים"** כעת נדבר על התנאי הזה **הפסיקה קבעה בקשר שני סוגים שאינם להם בעלים:**

- (1) **מיום בריאותו היו ללא בעלים** – לא מתקיים.
  - (2) **שהיום פעם בבעלות של אדם אך הופקרו על ידו, כעת כדי לבדוק מה הופקר צריך לפנות לסעי' 7 לחוק המיטלטלין:**
    - (א) מעשה פיזי של הוצאה – מתקיים.
    - (ב) כוונה להפקיר – האם אפשר להוכיח כוונה כזו, קשה להוכיח את התנאי, ולא נראה שיש כוונה לפקיר את המטמון. התנאי לא מתקיים.
- יחד עם זאת הפסיקה קבעה שלא תמיד צריך להוכיח את שני התנאים של סעי' 7, וזאת כאשר לפי מהותו ומצבו של הנכס כמה חזקה שהנכס מופקר.
- כאן לא קמה חזקה, זה מטמון שהוא לא מופקר ולכן הפועלים לא יכולים להיות הבעלים, מכוח ההפקר. נמשיך את הפסי"ד הזה בהמשך.

**(2) רכישת בעלות ע"י מציאת אבדה -**

- יש לבדוק מה זה אבדה, **סעי' 1 לחוק השבת אבדה קובע - "אבידה" - מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם;** כלומר על מנת שזה יהיה אבידה ישנם מס' תנאים מצטברים כדי לקבוע אם חפץ מסוים זו אבדה :
- (1) צריך שיהיה "מדובר במיטלטלין" אנו יודעים לפי סעי' 1 לחוק במטלטלים שהם נכסים מוחשיים שאינם מקרקעין.
  - (2) **שאבדו לבעליהם, סעי' 1 מבהיר** שהיסוד הזה כולל גם מיטלטלין שאבדו לא רק לבעלים אלא למי שזכאי להחזיק, למשל קיבלת משחב ממישהו למשך יומיים והמחשב נעלם זו אבדה.
  - (3) **יציאה משליטה, בפס"ד זגורסקי** נקבע בקשר לתנאי השלישי המבחן הוא האם לבעלים יש יכולת פיזי לשלוט בנכס או לא – כאשר מדובר באבידה לבעלים אין יכולת לשלוט בנכס, בנוסף נקבע שמספיק שלא יודעים כיצד נותק הקשר בין המטלטלין לבין הבעלים המקוריים כדי שתקום הנחה מדבר יציאה משליטה. לדוג – מזגורסקי המטמון יחשב אבדה ? התנאי הזה מתקיים. לכן בזגורסקי כן יחשב אבדה.

**מה לגבי רכוש גנוב האם יכול להיחשב אבדה ?****שאלה זו עלתה פס"ד רוטגר:**

**עובדות:** אדם מצא מצבור של מכשירים אלקטרוניים כנראה נגבנו והוחבאו ע"י הגנב, אותו אדם מצא את המכשירים באופן אקראי, האם רכוש גנוב יכול להיות אבדה?

**ביהמ"ש קבע:** שגם רכוש גנוב יכול להיחשב כאבדה אם הבעלים המקוריים לא התגלה.

**מה הן החובות אשר חלות על מוצא האבדה:**

אם ראיתי שרשרת יהלומים ולא הרמתי אותה אין שום חובה, אני יכול לראות כסף ולא לעשות כלום.

**אבל, ברגע שהרמנו את שרשרת היהלומים חלות על המוצא חובות:**

- (1) **שלב ראשון** – זה בא ע"י ביטוי **סעי' 2 (א) לחוק השבת אבידה**, קובע כי "ברגע שלקחת אבדה צריך לפעול באחת משתי דרכים":  
 (א) להשיב לבעלים.  
 (ב) להודיע למשטרה בהקדם.

**מתי לא צריך לפעול לפי שתי החלופות, אם בנסיבות העניין יש להניח כי בעל האבידה התייאש ממנה בשל מיעוט שוויה, כמו עט פיילוט.**  
**פרופ' זלצמן אומרת** שעל מנת לא להיכנס למצב בעייתי על האדם תמיד לפנות למשטרה. אין הכרעה על המבחן הקובע את השווי האם אובייקטיבי או סובייקטיבי.

- (2) **שלב שני** – **סעי' 2 (ב) לחוק השבת אבידה** – קובע "הודיע הומצא למשטרה רשאי הוא למסור לה את האבידה, והוא חייב למסור לה את האבדה אם היא דרשה זאת ממנו".

- (3) **שלב שלישי** – **סעי' 4 (א) לחוק השבת אבידה** – קובע אם קיים המוצא את הוראות סעי' 2 ולא נתגלה הבעלים תוך 4 חודשים יראו כאלו הבעלים התייאש ממנו המוצא יהפוך להיות הבעלים שלה, התקופה תחיל מין ההודעה למשטרה ועל המוצא לבוא ולדרוש את האבדה תוך חודשיים מיום שהפך להיות בעלים אם הוא לא יבוא תוך חודשים המדינה היא זה שתהפוך להיות בעלים, אם מלכתחילה לא הייתה חובה להודיע למשטרה בשל מיעוט שוויה התקופה הזו של 4 חודשים תתחיל מיום הנטילה.

**הסבר:** מצא שרשת פניתי למשטרה, והם חייבו אותנו למסור את השרשרת, עברו 4 חודשים, ולאחר מכן תוך חודשים אני צריך לדרוש את השרשרת. אם לא אדרוש המדינה תהפוך להיות בעלים.

- (4) **שלב רביעי** – **סעי' 4 (ב) קובע** אם המוצא לא קיים את הוראות סעי' 2 (לא השיב לבעלים ולא פנה למשטרה), אז תוך 4 חודשים לאחר שנודע למשטרה על האבידה יראו כאילו הבעלים התייאש ממנה והמדינה תהפוך להיות בעלים, בנוסף לפי 9 לחוק השבת אבדה מוטלת על מוצא האבדה סנקציה פלילית.

**ישנם סעיפים אשר אנו רוצים להכיר:**

- (1) **סעי' 4 (ג) לחוק השבת אבידה** – אשר מכוחו נחקקו תקנות לשבת אבדה **אשר קובעות חריגים לתקופה של 4 חודשים:**

**למשל: תקנה 10 להשבת אבידה** – אשר קובעת אם זו אבדה יקרת ערך מעל 1000 ₪ התקופה תהיה 6 חודשים ולא 4 חודשים אז הפרוצדורה תהיה 8 חודשים. בנוסף המשטרה גם צריכה לפרסם על כך בעיתון.

**או למשל: תקנה להשבת אבדה 10 א.** – אם מדובר בכסף מזומן אזה תקופה היא לא 4 חודשים אלא חודשים. בנוסף ישנה גם תקנה הקובעת כי לא ניתן להפוך להיות בעלים של סמים.

**יש תקנה 6 להשבת אבידה** – קובעת הבעלים אשר מקבל לידו נכס אשר אבד לו הוא יצטרך לשלם הוצאות אשר הוצאו כדי לשמור לו ולטפל לו באבידה.

- (2) **סעי' 5 לחוק השבת אבידה** – זכה המוצא או המדינה באבדה, זכאי הבעלים הקודמים תוך שנה לאחר הזכייה לפדות אותה מהזוכה או ממי שרכש אותה... כנגד תשלום שוויה במועד הפדיון זולת אם חל בה שינוי של ממש.

**הסבר:** מצא שרשרת עברו 4 חודשים וכעת אני הבעלים, הסעי' אומר כי תוך שנה הבעלים יכול לקנות ממני את השרשרת, החריג זולת אם חלה בה שינוי של ממש למשל הפכתי אותה לעגיל.

- (3) **סעי' 6 לחוק השבת אבידה** – אשר מאפשר בתנאים מסוימים למשטרה או למוצא האבדה למכור את האבדה, אם מדובר בנכס שעלול להתקלקל או בבעלים חיים אז הפדיון הופך להיות אבדה ואז צריך להתייחס לפדיון ככסף מזומן שאבד (חודשיים).

**פס"ד בזק נגד מדינת ישראל:**

מדובר על כלב בשם רינגו אשר נאבד לבעלים, המשפחה עשתה הכל כדי למוצא אותו לרבות פניה למשטרה, ולצער בעלי חיים, פרסום מודעות, ואז התברר אחרי שנתיים כי הכלב נמצא אצל מישהו שטען כי הכלב נמצא במצב רעוע עם פצעים מלוכלך, ואז הוא טען כי מדובר בנכס מופקר ולא אבידה והוא הבעלים של הכלב. המשפחה טענה שזה לא נכון, מדובר בכלב עם קולר. עולה השאלה אם זה נכס מופקר או אבדה ?

**בימה"ש קבע: שברור לכל אדם בר דעת שכלב שיש על צווארו קולר ומספר ומסתובב באזור מיושב ועירוני הוא אינו כלב מופקר וככל הנראה הלך לאיבוד לבעליו.** כאן המוצא לא פעל לפי **סעי' 2 לחוק השבת אבידה**, להשיב לבעלים או לפנות למשטרה, זולת אם מדובר על מיעוט שווים אבל זה לא המקרה ומשלא פעל המוצא לפי החוק הוא אינו הבעלים והוא חשוף לסנקציה פלילית. לכן לא הפך להיות בעלים, והוא חשוף לסנקציה **לפי סעי' 9 ועליו** להשיב את הכלב לבעלים.

**אבדה אשר נמצאה ברשות הזולת:**

עד עכשיו דיברו אם אבדות שנמצאו ברחוב, מה קורה כאשר נמצאה אבדה בתוך בית הזולת.

למשל : עומר עשה מסיבה ומצאתי שרשרת.

**סעי' 3 לחוק השבת אבדה –** המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו; קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא.

ז"א אני חייב למסור לעומר את השרשרת ואם הוא לקחת את השרשרת הוא הופך להיות הבעל של השרשרת ועליו חלות החובות.

נניח כי אני סירבתי לתת את השרשרת לעומר והלכתי למשטרה ? כלומר, במידה והמוצא מסרב למסור לבעל הרשות והולך בעצמו למשטרה ישנן שתי גישות אפשריות – **הגישה הראשונה והיא ההלכה היום** זה שבעל הרשות ייחשב בכל זאת למוצא כי זו מטרת ס' 3 ונקבע בדעת רוב בפס"ד:

**פס"ד ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס:**

דעות הרוב- בעל הרשות "עומר" עדיין יחשב כבעל האבדה, נימוק מוצא שלא קיים **את סעי' 3** לא יזכה באבדה אחרת חוטא יצא נשכר ותוצאה זו אינה צודקת וראויה **זה נקבע גם בפס"ד פלוניס**. על ההלכה הזו יש ביקורת **הגישה השנייה**, של **פרופ' זלצמן –** היא אומרת שההלכה הזו סותרת את סעיף 3, היא אומרת שבמצב כזה, דניאלה כן יכולה להפוך להיות הבעלים למרות שהיא לא נתנה את זה לעומר, ואחר כך עומר יתבע אותה בתביעה חוזית, נזיקית. גם השופט אילון בדעת מיעוט- תומך בגישה הזו.

אך זו גישה לא יישומית, לא נכונה, היא מסרבלת.

נניח, שהמוצא דניאלה גם סירבה לתת לעומר לבעל הרשות וגם לא הלכה למשטרה, כלומר היא לא פעלה לפי סעיף 3, ולא לפי סעיף 2, ואתה חשוף לסנקציה לפי סעיף 9.

**האם בעל הרשות יכול לסרב לקבל את האבדה?**

כלומר, האם בעל הרשות עומר, יכול לסרב לקבל לידי את האבדה? התשובה היא כן, אם בעל הרשות סרב לקבל את האבדה לידי, המוצא הופך להיות המוצא ועליו יחולו החובות של מוצא האבדה.

כן, אם בעל הרשות סירב לקבל את האבדה, המוצא הופך להיות המוצא ועליו יחולו חובות מוצא האבדה.

**כעת נחזור לפס"ד ת"א (הרצליה) 75/90 זגורסקי נ' נויפלד, פ"מ תשנ"א (א) 336:**

פועלים היו צריכים להחזיר את המטמון לזגורסקי לפי ס' 3 כי זה היה בביתו ואז הוא יחשב למוצא האבדה. ואם זגורסקי הוא היה מסרב לקבל את האבדה, רק אז הפועלים היו הופכים למוצאי האבדה, וזה לא קרה כאן, לכן נפסק כי: שהפועלים היו צריכים לתת את זה לזגורסקי כי הוא מוצא האבדה. זגורסקי הוא פועל על פי חוק השבת אבדה ולבסוף הוא הופך להיות הבעלים.

**מה היא רשותו של האחר?**

כשמדובר על בית של אדם מסוים ניתן להבין כי זהו רשותו של אחר אך מה קורה במצבים שבהם מצד אחד הרשות היא רשות של יחיד אבל אנשים רבים מסתובבים שם? לדוג': בנק, נניח ומוצאים בבנק שרשרת זהב- האם צריך לתת אותה לבנק? כשמדובר על בית של אדם מסוים ניתן להבין כי זהו רשותו של אחר אך מה קורה במצבים שבהם מצד אחד הרשות היא רשות של יחיד אבל אנשים רבים מסתובבים שם?

**פס"ד ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס:**

שאלה השאלה הזו: באותו מקרה אדם מצא בחדר כספות חבילה עם כסף והוא טען שבנק זהו לא רשותו של אחר ולכן הוא לא צריך להביא את הכסף לבנק (הוא מוצא האבדה, יפנה למשטרה וכו'...).

**הש' ברק קובע בפס"ד "מבחן כפול" על מנת לדעת מהי רשותו של אחר:**

- 1) רשותו של אחר זהו מקום אשר זיקתו של בעל הרשות אליו היא כזו שהוא מהווה כתובת טבעית וסבירה אליה ישוב המאבד. לדוג': אם אדם איבד שרשרת בבית של אדם אחר, סביר להניח שהחיפוש יעשב באותו הבית.
- 2) ההסתברות לכך שהאבדה תישמר למען בעליה גבוהה יותר אם בעל הרשות מטבע זיקתו למקום ולא המוצא המזדמן הוא שיחזיק לה עד בוא בעליה. כלומר: מי ישמור לי טוב יותר על האבדה? האם האדם שבביתו נעלמה השרשרת ירגיש מחויב יותר או המוצא המזדמן?

לאחר הפעלת שני המבחנים נקבע כי בנק מהווה רשותו של אחר ולכן המוצא אבדה לפי ס' 3 לחוק השבת האבדה צריך להחזיר את האבדה לבנק. הש' ברק טוען כי לא תמיד זהו הפתרון הצודק אך זה מה שנקבע בחוק.

**הש' איילון בדעת מיעוט:**

- 1) בדעת מיעוט טוען כי רשותו של אחר משמעותה שיש לאותו אדם שליטה ופיקוח על המקום. לפיכך, בבית מגורים לבעל הבית ישנה שליטה ופיקוח אך במקרה של בנק לא תמיד יש שליטה ופיקוח ומכאן שבנק לא נחשב לרשותו של אחר. בנוסף, גם לפי דעת הרוב וגם לפי דעת המיעוט בעל הרשות לא חייב להיות בעלי המקום.

**הש' חיים כהן בדעת יחיד:**

- 1) טוען כי רשותו של אחר זהו מקום שאינו רשותו של המוצא וגם אינו רשותו של הרבים. כלומר, הבניין של הבנק הוא ברשות הבנק גם אם הוא פתוח לקהל הרחב ולכן לפי המבחן שהוא מציע בנק הוא אכן רשותו של אחר.



**ס' 7 לחוק השבת אבידה - לדוג': בית חולים, בית מלון, מכללה - נכס עזוב הוא נכס שיש לו בעלים אבל הבעלים נעלם. במילים של המרצה:**

**סע' 7 לחוק השבת אבדה - נכס שאבד במוסד שבו מבקרים או מתאחסנים או מתאשפזים**

**ס' 7 לחוק השבת אבידה - נכס שהוזנח**

(א) נכס שהופקד או הושאר במוסד שבו מתאכסנים, מאושפזים או מבקרים בני אדם, או במקום כיוצא באלה, ולא נדרש תוך חדשיים מהיום שהושאר או מתום תקופת ההפקדה, יראוהו כאבידה ואת בעל המוסד או המקום - כמוצא.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) אינן בהן כדי לגרוע מתנאי הפקדה.

אנשים ולא נדרש תוך חודשים מיון שהוא נשאר יראו אותו כאבדה ובעל המוסג כמוצא.

למשל בית מלון בית חולים.

השוני בסע' שכן לפי שמתחלים לפעול לפי חוק השבת אבדה יש להמתין חודשים מה שלא היה לנו במקרים אחרים.

**3) נכס עזוב- זה נכס שיודעים מי הבעלים שלו אבל הבעלים נעלמו. כמו עתיקות.**

סע' 8 לחוק השבת אבדה- מטלטלים של אדם אשר עקבותיו נעלמו והאפוטרופוס הכללי לא קיבל לידיו, יחולו סעיפים 2 + 6 בשינויים המחייבים.

הסע' שלא חל הוא סע' 4 לחוק השבת אבדה, לכן לא ניתן לרכוש בעלות בנכס אבוד.

**ס' 8 לחוק השבת אבדה-**

**יש לשים שס' 4 לחוק** השבת אבדה לא חל אז לא ניתן להפוך להיות בעלים של נכס עזוב ולכן המסקנה **שמכוח ס' 8 לחוק** לא ניתן להפוך להיות הבעלים של נכס עזוב. במקרה של נכס עזוב מתקיים חוק האפוטרופוס הכללי שקובע מהם הכללים במקרה של נכס עזוב **והגורם היחיד שיכול להיות בעלים של נכס עזוב היא המדינה.**

**ס' 8 לחוק השבת אבידה - נכס של נעדר**

מיטלטלין של אדם שעקבותיו נעלמו, או שנפטר ויורשיו אינם ידועים, והאפוטרופוס הכללי או אדם אחר המוסמך לכך לא קיבלם לידו, יחולו עליהם סעיפים 2 ו-6 בשינויים המחוייבים.

**תרגיל הגנה על ההחזקה:****תרגיל שני**

אברהם ומשפחתו מחוסרי דיור. בחודש יוני 2003 הם הגיעו לפארק הירקון והתמקמו מתחת לגשר הירקון. עם מטלטליהם המועטים הם תפסו את כל השטח שמתחת לגשר. העירייה, לה שייך הפארק, דרשה מהם מספר פעמים לפנות את השטח. בחודש ינואר 2004, עם תחילת הגשמים, הגיע למקום יצחק, אף הוא מחוסר דיור. באותה שעה אברהם ומשפחתו לא היו במקום. יצחק סילק את חפציהם של אברהם ומשפחתו, תפס מחסה מתחת לגשר, פרק את חפציו, והתכוון לבלות שם את החורף. משהזר אברהם למקום וגילה את יצחק, דרש ממנו להסתלק מהמקום בטענה כי הוא, אברהם, תפס את המקום ראשון. האם אברהם רשאי לדרוש מיצחק להסתלק מהשטח?

אברהם ומשפחתו מחוסרי דיור, בחודש יוני 2007 הגיעו לפרק הירקון וישבו מתחת לגשר ותפסו את השטח.

בחודש ינואר 2007 עם תחילת הגשמים הגיע יצחק שהוא מחוסר דיור, והעיף את החפצים של אברהם.

אברהם הגיע למקום וביקש מיצחק להתפנות

האם אברהם יכול לדרוש מיצחק להסתלק ?

**רע"א 1798/16 אלדבעאת נ' אלג'עברי (מאגר נבו, 2017).**

**המשיב** שכר חנות בשכירות בלתי הוגנת, מאדם שנפטר נקרא לו המנוח. המנוח לא היה הבעלים של החנות, אלא הוא שכר את החנות מאדם בשם סעידה. השכירות של המנוח הייתה שכירות מוגנת

**במשך השנים המשיב הפסיק לשלם דמי שכירות, המנוח הגיש תביעה.**

**לימים המנוח נפטר, והיורשים המשיכו את התביעה.**

**המשיב העלה טענת הגנה בשם "יוס טירסי" בעברית נקראת זכות אדם שלישית מה זה אומר ?**

**בעצם המנוח בגלל שלא הייתה לו זכות בנכס הוא לא יכול לתבוע זכות אחרת בנכס, בימה"ש דחה את טענת ההגנה וטענה זו לא התקבלה לא בארץ ולא במשפט האנגלי.**

**המנוח כן יכול לתבוע זכויות.**

**כעת נשוב לתרגיל:**

**אברהם יכול לתבוע בטענה של "יוס טירסי".**

**השאלה איזה סע' רלוונטי:**

- (1) **הסע' הראשון הוא סע' 16** הוא סעיף שבו יש מצב של השתלטות, מי שרשאי להשתמש בסעיף זה הוא הזכאי להחזיק- אברהם לא יכול להשתמש בסעיף זה כיוון שהוא לא הבעלים ולא הרשאי להחזיק.
- (2) **סע' 17 מדבר על הפרעה**, הוא פעול לטובת כל מחזיק, גם מחזיק שלא כדון, האם אברהם יכול להיעזר בסעיף ? לא, כי הוא נושל. סעיף 17 מדבר על הפרעה להבדיל ממצא של כיבוש ונישול המחזיק, **בפס"ד אלדבעאת נ' אלג'עברי נקבע כי סע' 17 לא יחול על מצב של כיבוש ונישול מלא.** לכן סעיף 17 לא חל- סעיף זה פועל לגבי כל מחזיק גם לגבי מחזיק שלא כדון, אך במקרה זה אברהם כבר לא מחזיק הוא נושל ולכן אינו יכול להשתמש בסעיף 17.
- (3) **סע' 18- סע' של סעד עצמי.** יש להבחין בין סע' 18 (א) חל כאשר ההתקפה נמשכת לבין סע' 18 (ב) כאשר ההתקפה הסתיימה.

**אצלנו יחול 18 (ב) הוא חל למחזיק כדין אשר נושל**, כיוון שההתקפה הסתיימה הוא נושל, אך סעיף זה חל לטובת מחזיק כדין שנושל ואברהם אינו היה מחזיק כדין, **לכן אברהם הוא מחזיק שלא כדין אשר נושל, פס"ד גרודה**.

(4) **סעי' 19 חל לטובת כל מחזיק**, גם מחזיק שלא כדין- יצחק הוציא את המקרקעין מידי אברהם שלא כאמור בסעיף 18(ב) ולכן לפי סעיף 19 הוא צריך להחזיר לו אותם. הפסיקה קבעה שהמחזיק המנושל צריך לפעול מהר ככל הניתן לפי סעי' 19 כל עוד הפלישה טרייה כל עוד הוא לא איבד את הזיקה הקניינית (אי אפשר לחכות הרבה זמן). הדבר יקבע לפי הנסיבות, **בפס"ד גרודה** בגלל הנסיבות הספציפיות נקבע כי חצי שנה היא תקופה סבירה. יחד עם זאת יש לשים לב שברוב בין שני גזלנים סעיף 19 לא רלוונטי כי אין מחזיק כדין שם.

### **נניח כי העירה רוצה לפנות את אברהם ואת יצחק לפי איזה סעי' היא תפנה אותו ?**

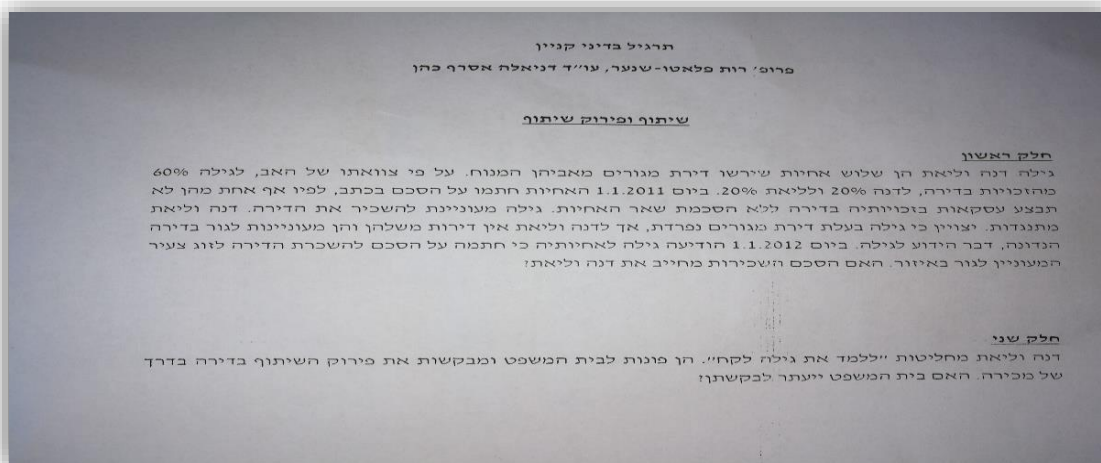
- (1) **סעי' 16** – העירייה היא גם הבעלים וגם הזכאי להחזיק ולכן היא יכולה לפנות אותם.
- (2) **היא יכול לפי סעי' 17 ? לא מאותם שתי סיבות בחלק א' כי זה לא הפרעה והיא לא מחזיק.**  
כלומר, חל לטובת כל מחזיק אבל כאן העירייה היא לא מחזיקה היא הבעלים או הזכאי להחזקה ובגדול לא יכולה לפעול לפי סעיף 17. בנוסף מדובר כאן על כיבוש ולכן סעיף 17 לא חל על כיבוש
- (3) **סעי' 18 (ב)** – כיוון שההתקפה הסתיימה. הסעיף חל לטובת מחזיק כדין שנושל, אכן העירייה הייתה מחזיקה ונושלה. ניתן לפעול לפי סעיף 18(ב) כל עוד לא חלפו 30 יום מיום התפיסה- לגבי אברהם המועד הזה כבר חלף הוא שם כבר הרבה זמן, לגבי יצחק אין נתונים לגבי כמה זמן אחורה. לכן אם חלף המועד העירייה לא תוכל להפעיל בעצמה כוח סביר
- (4) **סעי' 19** – פועל לטובת כל מחזיק שנושל בתנאי שהפלישה טרייה, לגבי אברהם חלפו 7 חודשים, לגבי יצחק הפלישה עדיין טרייה אז העירייה תוכל לפנות לבימ"ש לגבי סעיף 19 ולבקש את הסילוק.

**יחד עם זאת כאשר מדובר על עירייה היא יכול לפעול לפי חוק מקרקעי ציבור סילוק פולשים. זה המכשיר הטוב ביותר של העירייה –**

**לפי סעיף 4(א)** לחוק העירייה בכלל לא צריכה לפנות לבימ"ש היא יכולה להוציא צו סילוק בעצמה, יש לה פרק זמן די משמעותי גם. לפי חוק זה יש לה 6 חודשים מהיום שהתברר על התפיסה ומקסימום תוך 36 חודשים. בעצם אם הפולשים לא מציינים לצו העירייה יכולה לבצע את הצו בעצמה ולסלק אותם בעצמה **לפי סעיף 5 לאותו חוק**, היא יכולה לשלוח פקחים, לקרוא למשטרה בעצמה.

**סיכום הסעיפים:**

- ❖ **סעיף 16 - תביעה למסירת מקרקעין** - אדם אחר נישל אותי, הוא הפך להיות התופס ואני מבקשת שהוא יחזיר לי את החזקה. הסעיף מדבר על נישול והשתלטות, מי שזכאי לתבוע לפי הסעיף הזה הוא הבעלים, הזכאי להחזיק, מחזיק כדן. ומחזיק שלא כדן רק אם תתקבל שיטת הדן היחסית.
- ❖ **סעיף 17 - עוסק במצב של הפרעה** - יש לבדוק שלושה תנאים מצטברים, סעיף זה חל לטובת מחזיק ממי שאין לו זכות לעשות את המעשה המפריע. ובדיון בסעיף זה יש לבחון מהי הפרעה? לפי פרופסור קרצ'מר נדרשת הפרעה של ממש, **לפי פס"ד קוטר** די בהסגת גבול. יש לבחון זאת הן מבחינה אובייקטיבית והן מבחינה סובייקטיבית. הדעה המקובלת היא שסעיף 17 לא חל במצב של השתלטות אלא אם תתקבל **דעת היחיד של פורקצ'ה**. סעיף 17 חל לטובת כל מחזיק, אם מדובר על מחזיק שלא כדן יהיה ניתן להשתמש בסעיף 17 רק אם תתקבל שיטת הדן היחסי.
- ❖ **סעיף 18 - סעיף של סעד עצמי** - יש להבחין בין סעיף 18(א) ל-18(ב) - ההתקפה עדיין נמשכת, סעיף 18(ב) - ההתקפה הסתיימה.  
פס"ד החשוב לצורך ההבחנה הוא פס"ד גרודה. מי שיכול להשתמש בסעיף זה הוא הבעלים של הקרקע אם הוא היה מחזיק והמחזיק כדן שנושל. זכאי להחזיק לא יכול להשתמש בסעיף הזה, לדוגמא שוכר ומשכיר - נניח שכרתי בית ועדיין המשכיר נמצא עדיין בבית, המשכיר הינו זכאי להחזיק ולכן אינו יכול להשתמש בסעיף. מי שרשאי להשתמש בסעיף הוא זכאי להחזיק שנושל, גם מחזיק שלא כדן לא יכול להשתמש בסעיף 18 אלא אם כן תתקבל שיטת הדן היחסי.
- ❖ **סעיף 19 - עוסק במצב של כיבוש ונישול** - יכול לחול ב-3 סיטואציות:
  - 1) אדם א' החזיק כדן ובי' בא ומנשל אותו - ברור שא' יכול לפעול לבימ"ש לפי סעיף 19 (סעיף חינוכי).
  - 2) הסעיף מגן על כל מחזיק גם כזה שלא כדן שפלש מאוחר יותר.
  - 3) נניח יש מחזיק שלא כדן ומי שנושל מהשטח הוא מחזיק כדן, כרגע מי שמחזיק בשטח הוא המחזיר שלא כדן. המחזיק כדן רוצה להשתמש בסעיף 18(ב) אך הוא הפעיל כוח לא סביר, במצב כזה המחזיק שלא כדן יכול לפנות כנגד המחזיק כדן עם סעיף 19. סיטואציה אבסורדית שיוצר סעיף 19.

**תרגיל שיתוף ופירוק השיתוף:**

גילה דנה וליאה הן 3 אחריות אשר ירשו דירה מאביהם המנוח, על פי הצוואה לגילה יש 60%  
ודנה 20% ליאה 20%

ביום 1.1.17 הם חתמו על חוזה שאף אחד לא תעשה עסקה ללא אישור של האחרות.

גילה רוצה להשכיר את חלקה, אולם ליאה ודנה מתנגדות,

גילה בעלת דירה נפרדת, ולדנה וליאה אין דירה.

ביום 1.1.18 גילה חתמה על חוזה שכירות

האם חוזה מחייב את דנה וליאה ?

גילה מחליטה על דעת עצמה להזכיר את הדירה ?

גילה היא הרוב **שכן לפי ס' 30(א) לחוק מה שקובע** הוא רוב החלקים המתמטיים ולא רוב השותפים, גילה מעצם היותה בעלת 60% היא רוב והחלטתה מהווה החלטת רוב ← על מנת שהחלטת רוב תהיה תקפה ישנה דרישה למספר תנאים מצטברים:

- 1) **סע 30 (א) החלטת רוב יכולה להתייחס רק לשימוש וניהול רגילים של הנכס. בפס"ד זולבו נ' זיידה** נקבע כי הכוונה היא לכל הפעולות אשר לפי מהות הנכס טיבו וייעודו הן טבעיות לגביו. הדבר יקבע לפי כלל הנסיבות, לפי טיב הנכס, מיקום הנכס, שימוש הנכס וכו'. לפי כל אלה ניתן לקובע האם מדובר בניהול ושימוש רגילים. נשאלת השאלה, האם השכרת הדירה כשם שגילה רוצה לבצע הם בגדר ניהול ושימוש רגילים? התשובה חיובית, הדירה בעבר שימשה למגורים, כעת היא ריקה ולכן משומש בשימוש רגיל.
- 2) **אסור לקפח את המיעוט**, אסור שהחלטת הרוב תקפח את המיעוט, אם מתקיים קיפוח, ברשותו של המיעוט לפנות לביהמ"ש **בהתבסס לס' 30(ב) לחוק המקרקעין**. מחד ניתן להגיד כי מתקיים קיפוח מאחר ולאחיות אין איפה לגור אך מצד שני היא תקבל את חלקה בשכירות ואז הקיפוח אינו מתקיים.
- 3) חשובה דרך קבלת החלטה יש להתייעץ עם המיעוט, לשתפו, לגלות לו את העניין מראש, להעניק לו שהות לפנות לביהמ"ש במקרה של קיפוח **בפס"ד זולבו נ' זיידה**. אם ההחלטה

לא תתקבל בדרך האמורה היא תהיה חסרת תוקף (פס"ד וילנר נ' גולני). הפסיקה קבעה את הדרישה הזו בהסתמך על חובת תו"ל המעוגנת בס' 14 לחוק המקרקעין. במקרה דנן, התנאי השלישי לא התקיים, לא שיתפו אותן, לא הודיעו מראש ולא נתנו להן שהות לפנות לביהמ"ש. לכאורה, היה ניתן לעצור כאן את הניתוח.

4) אין לקבל החלטה שסותרת הסכם שיתוף קיים. נשאלת השאלה, האם ההסכם שעשו האחיות מונע את השכרת הדירה? אמנם תנאי בהסכם בכתב היה כי אף אחת מן האחיות תבצע עסקאות בזכויות בדירה ללא הסכמת האחיות אך בהסכם שביצעו האחיות קיימת מגבלה על עסקאות בחלקה המתמטי של כל אחות ואחות אך בעניינו מדובר על השכרת הנכס כולו ולכן ניתן לומר כי ההסכם שביצעו האחיות לא מונע את השכרת הדירה. מאחר והתנאי השלישי לא מתקיים ← החלטת הרוב לא תקפה. לכאורה אין צורך להמשיך לבחון, די בכך שהתנאי השלישי לא מתקיים אך במבחן יש לבחון תמיד את כל השלבים:

**יש לבדוק מהו אותו ההסכם שעשו ביניהן האחיות? ישנן שתי אפשרויות, כלומר כעת עלינו לבדוק מה ההסכם של האחיות, האם מדובר בהסכם שיתוף או בהחלטה של כל השותפים?**

1) **אפשרות ראשונה, הסכם שיתוף- לפי ס' 29 לחוק** יכול הסכם שיתוף לעסוק בזכויות וחובות השותפים בנוגע לנכס. בהסכם שיתוף ניתן לכלול מגבלה על זכותו של שותף לעשות עסקאות בחלקו אך למגבלה זו יהיה תוקף 5 שנים **בלבד לפי ס' 34 א לחוק**. במקרה דנן, אם היה מדובר בהסכם שיתוף, היה ניתן להכניס את המגבלה אך לא בטוח שהמגבלה הזו מונעת את השכרת הדירה.

**צריך לדבר על דרישת הכתב.**

2) **אפשרות שנייה, החלטה פה אחד**(החלטה של כל השותפים)-**לפי ס' 30(ג) לחוק**. החלטה של כל השותפים יכולה להתייחס לכל דבר החורג מניהול ושימוש רגילים של הנכס אבל אם מדובר בהחלטה של כל השותפים אין כלל תוקף להגבלה שעשו האחיות שכן הגבלה שכזו ניתנת לעשות רק במסגרת הסכם שיתוף ולכן אם אכן מדובר בהחלטה של כל השותפים המגבלה שעשו האחיות חסרת תוקף.

לסיכום, בכל מקרה לפי כל האופציות החלטת הרוב לא תקפה ← התנאי השלישי לא מתקיים ולכן כהחלטת רוב היא לא יכולה להחליט על השכרת הנכס.

ההחלטה של גילה חסרת תוקף כי לא מתקיים התנאי השלישי.

**האם גילה כשותף יחיד יכולה להתבסס על ס' 31 לחוק הדן בזכותו של שותף יחיד ולהשכיר את הנכס?**

אין צורך לדבר על **על וילנר נ' גולני** כי יש לפי **פס"ד אשורי נ' לוי** מכוח ס' 31 לחוק שותף לא יכול להחליט לבדו על השכרת הנכס.



**חלק שני של השאלה,**

הכלל הקבוע בס' 37(א) לחוק הוא כי כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף. הרציונאל מאחורי כלל זה הוא שיחסי שותפות הם מקור לסכסוכים ולכן כששותף אחד אינו מרוצה ביהמ"ש יורה על פירוק השיתוף. כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף.

**נשאלה השאלה, מה קורה כאשר הפירוק מתבקש בחוסר תו"ל על מנת להתעמר ביתר השותפים כלשון ס' 14 לחוק?**

**בפס"ד רובינשטיין נ' פיין** נקבע כי מתי שמתבקש פירוק השיתוף לביהמ"ש אין שיקול דעת הוא חייב להורות על פירוק השיתוף וס' 14 לא רלוונטי.

הפסיקה החדשה ביותר ניתן למצוא כל מיני הערות אגב והתבטאויות של שופטים **בפס"ד רדילביץ' נ' מודעי** נקבע כי ככל הנראה עיקרון תו"ל יילקח בחשבון כאשר מתבקש פירוק השיתוף(אמרת אגב בפס"ד).

אז שוב בשנת 2010 חזר בימה"ש **בפס"ד וייסמן** חוזר בימ"ש על הלכת רובינשטיין וקובע כי לביהמ"ש אין שיקול דעת כשמתבקש פירוק השיתוף הוא מחויב לתת. אבל, יכול להיות שאם יגיע מקרה לביהמ"ש שבו מתקיים חוסר תו"ל קיצוני, יכול להתקיים שינוי מגמה. במקרה דנן, סביר כי יתקיים פירוש בשיתוף בהתאם להלכה אלא אם כן יתקיים חוסר תו"ל קיצוני.

לכן, לפי המרצה אם יגיע מקרה של חוסר תו"ל יתכן ובימה"ש יחליט אחרת.

**אופן הפירוק:**

- 1) בהנחה שחלוקה בעין בלתי אפשרית והיא בלתי אפשרית כי אי אפשר למכור חדר אחד בעין(הסיבה לכך היא כלל האחדות המעוגן בס' 13 לחוק המקרקעין.
- 2) הדרך שנותרת לפירוק היא מכירה וחלוקת הפדיון לפי ס' 40(א) לחוק.

**הצמדות ע"י קבלן****כאשר מבצעים בצמדה יש שתי אפשרויות :**

- 1) הצמדה ע"י הדיירים אחרי שהבית נרשם כבית משותף ואז **סעי' 554(ג)** קובעי דין ההצמדה כדין הדירה, ואז זה כבר לא נחשב רכוש משותף, השטח שלו מוצמד לשטח הדירה, **וזה ס' 57(ג)**. מתי ניתן לבצע הצמדה שכזו? לאחר שהבית נרשם כבית משותף, בהסכמה של כל הדיירים ניתן להצמיד.
- 2) הצמדה אשר נעשתה ע"י הקבלן לפני שהבית נרשם כבית משותף, כאן אנו פונים **לס' 6 לחוק המכר דירות** ואומר קבלן אשר מוכר בית אשר מיועד להיות בית משותף והוא מתכוון להכיל תקנון השונה מהתקנון המצוי לעניין החלקים של הרכוש המשותף חייב לציין זאת במפרט ולצרף זאת לחוזה המכר וזה צריך להיות באופן ברור ומפורש ז"א קבלן אשר רוצה להצמיד חלקים הוא חייב לפעול **לפי ס' 6**.

**ס' 6(א) לחוק המכר דירות – תקנון בבית משותף**

(א) המוכר דירה בבית משותף או בבית המיועד להירשם כבית משותף והתקנון שחל על הבית או שבדעתו להחיל על הבית מבטל או משנה הוראה של התקנון המצוי המתייחסת לעניין מן העניינים המנויים להלן, חייב לכלול במפרט או לצרף לחוזה המכר פרטים על אותו ענין; ואלה העניינים:

- (1) הוצאת חלק מהרכוש המשותף;
- (2) שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירה;
- (3) שיעור השתתפות בהוצאות הבית המשותף ובשירותים המחויבים בקשר אליו;
- (4) סדרי קבלת החלטות בדבר ניהול הבית המשותף;
- (5) כל ענין אחר שקבע שר השיכון בצו בדרך האמורה בסעיף 3(א).

**מה המטרה של ס' 6?**

המטרה היא שרוכש דירה ידע בדיוק מה כולל הרכוש המשותף. זה נקבע בפסקי דין שונים למשל – **פס"ד שמענוב, פס"ד רובינשטיין, פס"ד מרקוס**. למעשה רוכש דירה חשוב לו לדעת איזה חלקים נחשבים רכוש משותף או לא. למשל אם החלטנו להצמיד את הגג לדירה חשוב לי לדעת אם אני בדירה אחת לדעת זאת.

**ס' 7(א) לחוק מכר דירות – קובע שאין להתנות על החוק אלא לטובת הקונה.**

מה הכוונה? לא ניתן להחתיים את הקונה לחוזה שאומר שהקבלן יכול לעשות מה שהוא רוצה מתי שהוא רוצה ניתן להתנות את החוק אבל רק לטובת הקונה. יתרה מכך, הפסיקה **פירשה את ס' 6** בחומרה יתרה ונקבע:

- 1) "אמירות כלליות אסורות" – חובה על הקבלן לפרט את החלקים אשר יוצאים מהרכוש המשותף, **למשל פס"ד גוב ארי חברה לבניין נגד כהן**: בחוזה היה סעיף שאומר שבידי הקבלן להצמיד חלקים מהרכוש המשותף לכל יחידה כרצונו. בית המשפט אומר שזה סעיף כללי מידי הוא חייב לפרט על איזה רכוש מדובר.
- 2) הקבלן צריך לציין זאת במפרט או במסמך אחר לחוזה איזה חלקים יוצאים מהרכוש המשותף.
- 3) זה נקבע **בפס"ד שמעוני** אשר מושך תשומת לב, יחד עם זאת החלה להתפתח מגמה חדשה בעניין הזה **בפס"ד קטן נ' רובשטיין או בפס"ד פליישמן** שם באמירת אגב אמרו כי המגמה החדשה סוברת שיתכן ויהיה ניתן להכיר בקביעה כזו בתוך החוזה במידה ומדובר על קביעה מאוד ברורה ובולטת. כלומר, הפסיקה קבעה שיש צורך במסמך נפרד אבל ישנם מס' פסקי דין בצריך עיון אשר מסמנים על מגמה חדשה שניתן שזה יהיה בחוזה במידה וזה ברור.
- 4) נקבע גם המסמך אשר קובע הוצאות החלקים של הרכוש המשותף חייב להיות מצורף בעת כריתת חוזה המכר או בסמוך לאחריו, וודאי שלא בעת שנכנס הקונה לדירה. זה נקבע **בפס"ד שמענוב, פס"ד רובינשטיין, פס"ד שטרן**.
- 4) **נקבע בפס"ד מרקוס** וגם הוא עולה מהחוק לקבלן אסור לו להצמיד חלק הכרחיפ אשר מנויים **בס' 55** לחוק המקרקעין כמו מעלית, מדרגות. במילים אחרות **ס' 55** גובר על **ס' 6 לחוק המכר**.

**מה קורה כאשר הקבלן לא פועל לפי ס' 6 ?**

למשל קבלן סיכם עם בעל הפנטהאוז שהגג יוצמד לו אבל צד שני הוא לא פירט ליתר הדיירים שהגג מוצמד .

הסי' הרלבנטי לסיטואציה שכזו הוא ס' 6 לחוק המכר דירות – "מוכר שלא מסר פרטים על ענין מהענינים המנויים בסעיף קטן (א) יראוהו, על אף האמור בחוזה המכר, כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו ענין יחולו על הבית המשותף".

כלומר, אם הקבלן לא עמד בדרישות החוק ההצמדה לא תתפוס כלפי אותו רוכש ויחול לגביו התקנון המצוי, כלומר – אין הצמדה. זו גם ההלכה בפסיקה שם נקבע שמספיק שנקבע כלפי רוכש אחד שחלק מסוים הוא רכוש משותף חלה קביעה זו בצורה אוטומטית כלפי שאר הרוכשים **(פס"ד שמענוב ופס"ד סטור)**. כלומר מספיק שלא עודכן רוכש אחד ההצמדה לא תחול. כלומר בימ"ש רוצה לדרוש יחסיות ולתת אבסולוטיות לזכות הקניין.

על אף ההלכה הזו בשנים האחרונות החלה להתפתח מגמה חדשה שנמצאת בינתיים בצריך עיון. למשל **בפס"ד אליהו נ' שמרובסקי ופס"ד פליישמן משנת 2015** שם בימ"ש אומר שהתוצאה הזו היא לא תמיד צודקת, המטרה היא להגן על הרוכש שנפגע אבל בפועל זה גורם להתעשרות שלא כדין של יתר הדיירים כי ייתכן והדיירים כן ידעו שהגג מוצמד לפנטהאוז אבל בכל זאת הדייר מבקש לבטל את ההצמדה כיוון ולא עשו לו מסמך נפרד בעת כריתת החוזה ואז הוא בעצם מבקש שהגג יהיה רכוש משותף ויש כאן התעשרות והתנהגות שלא כדין. גישה נוספת שהחלה להתפתח בפסיקה בעניין הזה באה לידי ביטוי **בפס"ד פומרנץ נגד קדש** שם בימ"ש החיל את ס' 9 לחוק המקרקעין (עסקאות נוגדות) שכן, יש כאן התחייבויות נוגדות לשני דיירים שונים, לכל אחד הובטח דבר אחר ונשאלת השאלה זכותו של איזה דייר גוברת. בימ"ש **החיל את ס' 9** שאומר שבעל ההתחייבות הראשונה בזמן מנצח אלא אם כן בעל ההתחייבות השנייה בזמן עומד בשלושה תנאים מצטברים (תו"ל+תמורה+רישום).

**בנייה על שטח שהוצמד ע"י הקבלן**

יש להבחין בין הצמדה לבין בנייה על חלק שהוצמד. בעל דירה גם אם הצמידו לו חלק הוא לא יכול לבנות מה שהוא רוצה כי הוא מנצל אחוזי בנייה של כל הדיירים ונדרשת הסכמה נוספת של כל הדיירים לגבי ניצול אחוזי הבנייה. יש גם חריג **בס' 71ב** שם ניתן להשיג הסכמה ללא כל הדיירים. לדוגמא לאחד מן הדיירים הוצמד חלק מהדשא של הבית הוא לא יכול לבנות על הדשא מה שהוא רוצה הוא צריך הסכמה של כלל הדיירים או בהתקיים החריג של **ס' 71ב**.

## תרגיל הצמדות:

המכללה האקדמית נתניה  
תרגיל בדיני קניין

פרופ' רות פלטו שנער

ד"ר דניאלה אסרף כהן

אורה, קבלנית בניין, בנתה בית מגורים בן 8 דירות זהות בגודלן על מגרש בבעלותה. כבר במהלך הבנייה מכרה אורה את הדירות בבניין, תוך שהתחייבה לקונים כי עם סיום הבנייה תרשום את הבית כבית משותף ואת הדירות בבעלות הקונים.

מאחר ואורה סברה כי בקרוב תאושר תכנית מיתאר שתקצה למגרש אחוזי בניה נוספים, החליטה אורה להשאיר בבעלותה את הדירה בקומה האחרונה, להצמיד לדירה את גג הבניין, ולשייך לדירה את כל אחוזי הבנייה העתידיים שיוקצו למגרש בתכנית האמורה. בהתאם, אחד מהסעיפים בחוזה האחד שערך לצורך מכירת הדירות לקונים השונים קובע מפורשות, באופן ברור ובאותיות מודגשות, כי הגג יוצמד לדירה בבעלותה של אורה, וכך גם כל אחוזי הבנייה העתידיים שיאושרו בתכנית המיתאר הקרובה, וכי הקונים מודעים לכך ומסכימים מראש לבנייה עתידית על ידי אורה בהתאם לאחוזי הבנייה שיוקצו, אם יוקצו, לבניין. יצוין כי את החלטתה זו קיבלה אורה לאחר שדירה אחת כבר נמכרה לדוד, לכן בחוזה שערך עם דוד לא נכלל הסעיף האמור.

עם סיום הבניה, רישום הבית המשותף ורישום הדירות על שם הקונים, נרשם בלשכת רישום המקרקעין תקנון הבית המשותף, בו צוינו ההצמדה של הגג ושיוך אחוזי הבנייה לדירתה של אורה.

לאחר כשנתיים אושרה תכנית המיתאר החדשה, במסגרתה הוקצו לבניין אחוזי בנייה נוספים המאפשרים בנייתן של ארבע דירות נוספות. אורה החלה בהליכים לקראת בניית ארבע הדירות על הגג, אולם משה, אחד מבעלי הדירות בבניין הודיע לה על התנגדותו. לטענתו, אחוזי הבנייה החדשים שייכים לכלל הדיירים שווה בשווה, הגג מהווה רכוש משותף, ולכן אורה אינה רשאית לבנות ללא הסכמת כל הדיירים. יצוין כי כל הדיירים האחרים, כולל דוד, אינם מתנגדים לבנייה על ידי אורה.

1. האם אורה רשאית לבצע את הבנייה האמורה? נמקו תשובתכם.

2. הניחו כי לבסוף בנתה אורה את הדירות, דיירים חדשים הצטרפו לבניין וכיום מונה הבניין 12 דירות זהות בגודלן. אחד הדיירים המתגורר בדירת הקרקע הוא ירדן. ירדן מעוניין להרחיב את דירתו, קיבל את אישור הרשויות להוספת אחוזי בנייה נוספים לבניין לצורך הרחבת הדירה, וכעת מבקש מהדיירים להצמיד לדירתו חלק משמעותי מחצר הבניין כדי לבצע בה את ההרחבה. שלוש מהמשפחות בבניין שלהן ילדים קטנים מתנגדות להצמדה, מאחר והן מעוניינות שלבניין תישאר חצר גדולה כמקום משחק לילדים. גם אורה מתנגדת לבקשה. שאר הדיירים הסכימו לבקשה.

האם לאור הנתונים שתוארו רשאי ירדן להמשיך בהליכי הבנייה?

האם להתנגדותה של אורה יש להתייחס באופן שונה מאשר להתנגדות שלוש המשפחות האחרות לאור בניית ארבע הדירות על ידה? הסבירו תשובתכם.

**אמרנו לפי ס' 6 (א)** לחוק המכר דירות קבלן אשר רוצה להחיל על הבית המשותף תקנון שכולל הוצאות חלקים של הרכוש המשותף והצמדתם בדירה, חייב לעשות זאת בצורה מפורשת בנספחי או ממסך נפרד נזה נקבע בפס"ד **שמעונוב, גוב ארי**.

### שאלה ראשונה:

(1) הדברים צוינו בחוזה עצמו ולא במפרט או נספח לחוזה. **הפסיקה פירשה בחומרה רבה את סעיף 6(א)**, אחת מהפרשניות שקבעה הפסיקה שלא ניתן לציין את ההצמדות בחוזה עצמו, חייב נספח נפרד (**פס"ד סטולר, פס"ד שמעונוב וכו'**). יחד עם זאת, יש פסיקה חדשה אומנם זאת לא ההלכה אך הפסיקה אומרת זאת בהערת אגב למשל **בפס"ד קטן, פס"ד פליישמן** שם פס"ד בהערת אגב אומר שאולי לפעמים נוכל להסתפק בכך שהדברים יהיו כתובים רק בחוזה אבל זה בתנאי שזה בצורה בולטת, מודגשת ומובנת – אך זאת לא ההלכה אלא נשאר בצריך עיון. אם בימ"ש יקבל את הגישה החדשה אז אולי יהיה ניתן להסתפק במה שכתוב בחוזה.

(2) הדברים בכלל לא צוינו בחוזה עם דוד. עכשיו נשאלת השאלה מה קורה אם הקבלן לא עמד בחובתו **לפי ס' 6(א)** כמו המקרה אצלנו? במקרה כזה חל סעיף **6(ב)** לחוק המכר דירות שקובע שאין תוקף להצמדה, הגג ייחשב רכוש משותף, ההלכה אומרת שדי שכלפי דייר אחד הקבלן לא עמד בחובתו על מנת **שסעיף 6(ב)** יחול אוטומטית על כלל הדיירים. כלומר, די שכלפי רוכש אחד לא צוינה ההצמדה כמו שצריך על מנת שההצמדה תתבטל (**שמעונוב, מרכוס**). לפי ההלכה הגג הוא רכוש משותף ולכן אורה לא יכולה לעשות שימוש כלשהו בגג. עם זאת, לאחרונה החלה להימתח ביקורת על ההלכה הזו, למשל **פס"ד שימרובסקי ופליישמן** נקבע שההלכה הזו עלולה להוביל לתוצאות לא צודקות והכל בגלל חוזה אחד שלא צוינו בו הדברים. אצלנו דוד שמהחוזה שלו הושמט העניין בכלל לא התנגד ולכן ייתכן שאם יקרה מקרה כזה בעתיד והוא יגיע לבימ"ש אז ההלכה תשתנה. כל מה שאמרנו הוא רלבנטי להצמדה אבל מכוח ההיקש יחולו דברים דומים לגבי ניצול אחוזי בנייה ברכוש משותף. דרך נוספת לפתור את הסוגיה **ע"י ס' 9 לחוק המקרקעין והיא ע"י פס"ד פומרנץ נגד קדש**, זה פס"ד ישן אבל יש לקחת אותו בחשבון.

### שאלה שנייה:

(1) יש להפריד בין הצמדה לבין בנייה אלו הם שני דברים שונים לגמרי (זה שהצמידו והכל בסדר עם ההצמדה זה לא אומר שאפשר לבנות על זה). לצורך ניצול אחוזי בנייה נדרשת הסכמה של כל הדיירים, הכלל אומר "הן לצורך הצמדה והן לצורך בנייה נדרשת הסכמת כלל הדיירים" **ס' 62(א)** לחוק המקרקעין וזה גם הודגש בהרבה פסקי דין למשל, **פס"ד גלבורד, ביבי, שטרייכר**. במקרה שלנו אין הסכמה של כלל הדיירים. אבל, יש לנו את החריג שקבוע בסעיף 71 שקובע שהצמדת חלק מהרכוש המשותף לשם בנייה שמטרתה הרחבת הדירה די בקבלת הסכמה של 3/4 מהדיירים, אשר 2/3 מהחלקים המתמטיים של הרכוש המשותף צמודים לדירתם. במקרה שלנו, ללא ההתנגדות של אורה קיים הרוב הדרוש אבל לאור התנגדותה הרוב לא מתקיים. יש לשים לב שסעיף **71ב** קובע שבעל דירה שהורחבה יראו אותו כמי שמסכים להרחבה דומה שבעלי דירות אחרים בבניין (הסכמה מכללא), אומנם אצלנו אורה הצמידה אבל לא הרחיבה את הדירה שלה ולכן התנגדותה תיחשב כהתנגדות תקינה ואין לירדן את הרוב הדרוש.

**שימושים ברכוש המשותף****זכויות וחובות בעל דירה בנוגע לרכוש המשותף-**

שינויים שמבצע בעל דירה בדירתו ופוגעים ברכוש המשותף, **ס' 2(א) לתקנון המצוי** שקובע "בעל דירה לא רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים שפוגעים ברכוש המשותף, או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו אלא אם קיבל תחילה את אישור האסיפה הכללית".

**מה זה פגיעה ברכוש המשותף ?**

ממשיך הסעי' ואומר "בעניין פגיעה ברכוש המשותף לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהייתה בעת גמר הבנייה". **פס"ד אליאס נ' שיפר** המונח פגיעה יפורש בהרחבה הכוונה היא לא רק לפגיעה פיזית אלא כל קלקול בשלמות המבנה כולל שינוי המשנה את דמותו הארכיטקטונית של הבניין.

**דוג-**

**מה הדין אם איזה שכן רוצה להחליף את צבע התריסים?** יש פגיעה בחזות החיצונית, לכן נדרשת הסכמת האסיפה הכללית. אותו דבר לגבי התקנת מזגן בקיר החיצוני זה משנה את החזות החיצונית.

**מה הדין אם אני רוצה לשבור את הקיר על מנת להתקין חלון?** במצב זה לא מדובר רק בפגיעה בחזות החיצונית, אלא יש גם פגיעה קניינית ברכוש המשותף. לכן כאן נדרשת הסכמת כל הדיירים לא רק האסיפה הכללית- זה נקבע למשל **בפס"ד גרפינקל נ' ארליך**.

במצב בו רוצים לפרוץ קיר על מנת לתלות מזגן- נקבע **בפס"ד קדמי נ' קווין**. כיום לגבי המזגנים המודרניים לא כמו פעם שוברים קירות היום עושים רק חור קטן לכן כל ההלכות האלה הן די ישנות, יותר מזה היום אין בית שאין בו מזגן בתי המשפט בערכאות נמוכות מתירים זאת ומקלים ראש עם זה.

**פס"ד שמע נ' סדובסקי-** באותו מקרה שינו את הייעוד של דירת מגורים לעסק. בית משפט קבע ששינוי ייעוד לא נכלל בגדר **סעי' 2(א)** לתקנון המצוי, לכן לכאורה לא נדרש אישור האסיפה הכללית. בימ"ש אומר זה עניין פרטי של בעל הדירה, אך שינוי ייעוד עלול לפגוע בכל זאת ברכוש המשותף או בערך שלו. ולכן נכון ששינוי הייעוד מוריד את הערך אך הפתרון בצורה הזו הוא לא **סעי' 2(א)** אלא תביעה נזיקית, **סעי' 2(א)** מדבר על שינויים פיזיים בבניין בדירה ושינוי ייעוד לא נכנס בגדר סעי' זה.

**לצורך סעי' 2(א) נדרש אישור האסיפה הכללית, השאלה באיזה רוב? כמה כללים:**

- 1) במקרה הרגיל (בעניין התריסים) די ברוב רגיל באסיפה הכללית- **נקבע בפס"ד קדמי נ' קדמי**. אך כאשר מדובר על ממש גזל מהרכוש המשותף או פגיעה פיזית חמורה כמו (שבירת קיר לצורך הרחבת חלון), במצב זה לא די ברוב רגיל אלא נדרשת הסכמת כל הדיירים גם מי שלא נכח באסיפה הכללית.
- 2) לפי הנוסח של **סעי' 2(א)** ההסכמה של האסיפה הכללית צריכה להינתן מראש, אך בתי המשפט קבעו שניתן לקבל הסכמה גם בדיעבד. בימ"ש אומר כך- "משהוסמכה להתיר מראש מוסמכת כמפרע" (**פס"ד קדמי נ' קדמי**).
- 3) מכיוון שס' 2 (א) דורש את ההסכמה הכללית צריך לקבל את ההחלטה במסגרת כינוס האסיפה הכללית. הרעיון הוא שכדי שיתכנסו וישקלו את כלל הדברים נקבע **בפס"ד אליאס נ' שיפר**.



**שימוש ברכוש המשותף -****נשאלת השאלה מה מותר ומה אסור לדייר לעשות ברכוש המשותף? באיזה רוב צריכה להתקבל****כל החלטה?**

1) ברור שיש שימושים ברכוש המשותף שאין צורך ללכת ולבקש אישור (לדוגמה לשוחח עם חברה בלובי, לעלות במעלית עם חברים וכו'). אך קיימים מקרים מורכבים יותר שבהם עולות דילמות, **בהקשר זה קיים סעי' 56 לחוק המקרקעין** שקובע שעל הרכוש המשותף לא יחול פרק ה' - שיתוף בנכסים. אבל בפסיקה ובפרקטיקה לעניין השימוש ברכוש המשותף התחילו לעשות היקש **מסעי' 31 לחוק המקרקעין** העוסק בשימוש בנכס משותף ע"י שותף יחיד ואז על דרך ההיקש הפסיקה התחילה להחיל את הסעיף הזה גם על בתים משותפים. לדוגמה **פס"ד פרשקר נ' רוזנברג, פס"ד ויטרס נ' זמורה** - שבהם נפסק שבכפוף לתקנות וההגבלות ובכפוף לאיסורים שנקבעו בחוק, כל דייר רשאי לעשות שימוש נאות וסביר ברכוש המשותף ובלבד שלא ימנע שימוש דומה ליתר הדיירים.

**איך ניתן לדעת מה הוא שימוש סביר או לא שימוש סביר ?**

**בפס"ד וילנר נ' גולני** השופטת בן פורת עם הדעות של יתר השופטים - **מבצעים היקש מפס"ד זה.**

נניח יש לי תינוק מצב בו אני רוצה להשאיר את העגלה בחדר המדרגות / הלובי? אם נלך לפי השופטת בן פורת מדובר בשימוש סביר כל עוד בעלי העגלה לא מונעים שימוש דומה משכנים אחרים. מצב דומה משחקים בחצר, מסיבה בחצר, הנחת אופניים וכו'. אך אם יקרה מצב בו כל הדיירים ישמו את העגלות שלהם? יתכן וכבר לא לא יהיה מדובר בשימוש סביר, השימוש הבו זמני הזה לא יהיה תקין וימנע כניסה לבניין. ניתן לקבוע כל דבר כל עוד אין החלטה אחרת של האסיפה הכללית הקבועה בתקנון.

2) **סעיף 12(א) לתקנון המצוי** - "החלטות בנוגע לשימוש ברכוש המשותף צריכות להתקבל ברוב רגיל, לכן שמדובר על החלטה הנוגעת לשימוש רגיל ברכוש המשותף די ברוב רגיל".

**מהו שימוש רגיל?**

ניתן לעשות היקש **מפס"ד זולבו נ' זיידה** -הכוונה היא לכל פעולה שעל ידי טיבו, מהותו וייעודו של הנכס היא טבעית לגביו. הכל תלוי בנסיבות, בשימוש וכו'. כך לגבי משחקים בחצר, הנחת עגלות בלובי. לדוגמה יש מקלט המשמש להנחת אופניים ונניח יש דיירים מסוימים רוצים להפוך זאת לחדר משחקים במצב כזה מדובר על שימוש רגיל ואז די ברוב רגיל, אך אם אותו חדרון מוגדר בתקנון כמחסן ועכשיו רוצים להפוך אותו לחדר משחקים אז במצב כזה צריך לשנות את התקנון. לגבי שינוי התקנון מדובר על רוב אחר **שקבוע בסעיף**

**62(א) לחוק המקרקעין.**

**לכאורה בשימוש רגיל די ברוב רגיל אך יש מקרים שבהם שלא מספיק רוב רגיל :**

1) אם מדובר על פעולות או החלטות, או שימושים העולים כדי שינוי זכויות לגבי הרכוש המשותף או המהווים הטלת תשלומים או חובות שלא הורשו בחוק. במצבים כאלה יש צורך לקבל הסכמה של כל מי שנפגע - **סעיף 12(ב) לתקנון המצוי.**

**לדוגמא** - השכן מקומה 4 יש כלב שכל היום מלכלך את הדשא, בכינוס האסיפה הכללית הוחלט שאותו שכן ישלם במקום 400 ולעד אלא 700 - לא ניתן לעשות דבר כזה כי לפי סעיף

- 12(ב) הטלת תשלום חריג דורש הסכמה של מי שנפגע ועל כן צריך לקבל הסכמה מאותו דייר מקומה 4 כדי לקבוע עניין כזה.
- (2) כאשר מדובר על תפיסת חזקה ייחודית בחלק מהרכוש המשותף, במצב הזה כבר נדרשת הסכמת כל הדיירים. דוגמא- מחסן פלסטיק אשר אחד הדיירים מיקם אותו בחצר, אותו דייר תפס חזקה ייחודית בחלק מהחצר ובמצב כזה נדרשת הסכמת כל הדיירים.
- (3) כאשר כבר יש פגיעה קניינית הדורשת הסכמת כל הדיירים- שבירת חלון, הרחבת קיר וכו'.

**דוגמאות:**

**ע"א 537/08 טניה קדן נ' יצחק-** מדובר על שכנים ברכוש משותף, טניה הייתה גרה בקומת הכניסה ויצחק היה גר מעליה. טניה הייתה נוהגת להאכיל חתולי רחוב ואז כל החתולים היו מתמקמים בחצר המשותפת, יצחק טען כי מדובר בפגיעה ברכוש המשותף (יש לכלוך, יללות, רעש וכו'). יצחק פנה לבימ"ש השלום וביקש צו מניעה שימנעו ממנה להאכיל את החתולים, בימ"ש השלום קבע- "אין לומר שהאכלת עשרות חתולי רחוב בחצר משותפת זה שימוש סביר במקרקעין, מצב זה עולה כדי מטריד ליחיד". היא יכולה להאכיל את החתולים אך לא בחצר המשותפת. טניה הגישה ערעור למחוזי- דחה את הערעור. טניה הגישה רע"א לעליון אשר גם הוא דחה את הערעור.

**פס"ד מ.ע.ג.ן ייעוץ וניהול נכסים נ' מרסה-** באותו מקרה כמה מהשכנים התנגדו לבניית סוכה בסוכות בטענה כי זהו לא שימוש רגיל. מקרה זה הגיע עד העליון- דנצינגר קבע כי בניית סוכה לשבוע ימים על הגג או בחצר זה אכן שימוש סביר.

**דוגמא נוספות של המרצה-** כמה דיירים בבניין רוצים לקבל החלטה לא להתיר משחקי כדור בין 1400-1600 לא בחצר ולא בבתים. יש להבחין בין שטח הרכוש המשותף לשטח הדירות, לגבי הרכוש המשותף אין בעיה לקבוע כלל כזה זה בסדר ברוב באסיפה הכללית. אך לגבי פנים הדירות **קיים סעיף 54 לחוק המקרקעין-** "כל דירה היא נשוא לבעלות נפרדת" ולכן אדם בבית שלו יכול לעשות מבחינה קניינית כרצונו, אם יש רעש חריג או פגיעה זה כבר מטריד ליחיד.

**דוגמא נוספת-** השכן מקומה 5 מפצח גרעינים ומלכלך את הדשא, האם ניתן לחייב אותו לרדת ולנקות את החצר כל יום? **בפס"ד אינהורן** במצב כזה מטילים חובה על אותו דייר ולכן חייב לקבל הסכמתו. לכן התשובה היא לא, כיוון שמטילים חוב של תשלום חריג **זוה 58 לחוק** ואז צריכה הסכמה של מי שנפגע. הדיירים יכולים להגיש תביעה נזיקין, אותו דבר אי אפשר להגיד לו תרד לנקוט את הדשא, כן ניתן להגיש תביעה נזיקין.

**לגבי שיפוץ בניין-** אם זה שיפוץ שנדרש לשמור על החזקה תקינה ועל תיקונים דיי ברוב רגיל, לדוגמא נשברו מרצפות או מעלית שלא עובדת. אולם אם זה שיפוץ שנועד בשדרוג, כמו להפוך את כל הריצוף לשיש, להחליף את המעלית, להחליף את הצמחייה למשהו אקסקלוסיבי אז במצב כזה מדובר על תשלומים חריגים שמטילים על בעלי הדירות וצריך אישור של כולם, **ס' 58 לחוק המקרקעין** מדבר על תשלומים שנועדו לתחזוקה שותפת ולא שדרוגים. ייתכן שבכלל לא נחוצה החלטה של האסיפה הכללית והנושא הזה הוא בסמכות הנציגות וגם האסיפה **הכללית לפי ס' 5 לתקנון** המצוי וגם הנציגות **לפי ס' 69 לחוק המקרקעין** הוסמכו לטפל בענייני הרכוש המשותף. אם מדובר על אינטרקום מקולקל או מדרגה שנשברה אז הנציגות יכולה לטפל בזה בעצמה אבל אם מדובר בעניין עקרוני או הוצאה גדולה יותר אז רצוי שזה יהיה במסגרת האסיפה הכללית.

**ע"א 9645/16 איסק פארי עלית נ' נחמיאס - (10.1.2017)** שכנים בבית משותף רצו להקים חניות בחצר המשותפת, רצו לבצע שינוי ברכוש המשותף. הליך זה התחיל אצל המפקחת על הבתים המשותפים שקבעה שהקמת חניות בחצר משותפת מהווה שינוי ברכוש המשותף, בד"כ שינוי ברכוש המשותף נדרשת הסכמת רוב הדיירים אבל אז אומרת המפקחת בגלל שהקמת חניות זה לא בגדר שימוש רגיל וסביר ברכוש המשותף ובגלל שזה אמור להיות שימוש ייחודי רק של חלק מהדיירים אז במצב כזה כבר נדרשת הסכמה של כל הדיירים ולא רק רוב. העניין הגיע לעליון והוא דוחה בקשת רשות ערעור וקובע שהקמת חניות ברכוש המשותף זה לא שימוש סביר, בימ"ש העליון אומר ההקמה הזו דורשת ביצוע עבודות משמעותיות הכוללות עקירת עצים, נטיעת עצים חדשים במיקום אחר, סלילת כביש, שינוי מיקום פח אשפה, כולל לשנות מיקומים וזה ממש מסובך.

**הדבר החשוב** – בימ"ש עושה היקש משיתוף ובנכסים **וסעיף 31 וקובע** שאין מדובר בשימוש רגיל וסביר אשר אינו מונע שימוש דומה מאחרים ולכן במצב כזה נדרשת הסכמת כל הדיירים, אם אין הסכמה של כל הדיירים לא ניתן לבצע את ההקמה של החניות.

#### **חשוב להדגיש, בבית משותף יש איזושהי היררכיה נורמות:**

- ההיררכיה של הנורמה בבית משותף הם כאלה, קודם כל למעלה למעלה יש ס' קוגנטים של חוק המקרקעין סעיפים שלא ניתן להתנות עליהם.
- ומתחת יש ס' דיספוזיטיביים אשר בד"כ נקבע בהם, אלא אם נקבע אחרת בתקנון **כמו ס' 58**
- ואז תקנון הבית המשותף אסור שיהיה נוגד את הוראות חוק הקוגנטיות.
- ולמטה, לאחר התקנון יש החלטות של האסיפה הכללית ואסור שינגדו את הוראות הקוגנטיות והתקנון.

#### **יש שתי דרכים לתת תוקף קנייני לתת הסדרים בבית משותף:**

1. להכניס את ההסדר לתקנון ולרשום אותו בטאבו.
  2. קבלת החלטה באסיפה הכללית ורישומה בספר החלטות של הבית המשפט.
- המרצה בכיתה העבירה ביקורת על ספר החלטות זה רוב הולך לאבדו, אבל כן יש לו תוקף קנייני.
- לפעמים החוק עצמו מחייב לפעול בדרך מסוימת מבין השתיים. **למשל ס' 58** לחלוקה שונה של ההוצאות הוא אומר שאת זה יש לקבוע בתקנון.

**תרגול עסקאות נוגדות****המכללה האקדמית נתניה****תרגיל בדיני קניין – עסקאות נוגדות****פרופ' רות פלאטון-שנער, ד"ר דניאלה אסרף כהן****שאלה ראשונה**

בתאריך 10.1.18 התחייב שמואל להעביר ליצחק את זכות הבעלות בדירתו שברחוב רבין 10 ברמת גן (להלן: "הדירה"). ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. במעמד חתימת החוזה שולמה 50% מהתמורה. נקבע כי ב- 1.4.2018 תשולם יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום בטאבו. בתאריך 1.2.2018 התחייב שמואל להעביר לדפנה את זכות הבעלות בדירתו המוזכרת לעיל, לאחר שדפנה ביקרה בדירה ומצאה אותה מתאימה לצרכיה. ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. יש לציין כי דפנה בדקה את המרשם בטאבו וראתה כי הדירה רשומה אכן על שם שמואל. דפנה שילמה 80% מהתמורה במעמד חתימת החוזה, ובהסכמתו של שמואל החלה מיידית בשיפוץ הדירה. סוכם כי ביום 1.3.2018 תשלם דפנה את יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום. דפנה לא רשמה לטובתה הערת אזהרה לאור לוח הזמנים המהיר לביצוע העסקה. ביום 2.2.2018 רשם יצחק הערת אזהרה. ביום 1.3.2018 הגיעה דפנה ללשכת רישום המקרקעין, ונדהמה לגלות כי קיימת מניעה מלרשום את העסקה לאור הערת האזהרה הרשומה לטובת יצחק. מי יזכה לאכיפת החוזה עימו – יצחק או דפנה?

**שאלה שנייה**

דני מנסה מזה חודשים רבים להשכיר את הווילה שבבעלותו, אך לא מצליח למצוא שוכר מתאים. ביום 1.6.18 נפגש דני עם אחותו שרה, אשר גרה בדירה שכורה. שרה סיפרה לדני כי חוזה השכירות שלה הסתיים וכי אינה מוצאת דירה אחרת שניתן לשכור במחיר סביר. בטוב ליבו הציע דני לאחותו כי תעבור לגור בוילה, למשך שנה, תמורת דמי שכירות סמליים של 50 דולר לחודש, החל מ- 1.7.18. דני ואחותו חתמו על הסכם שכירות מתאים. ביום 5.6.18 פנה אל דני שמעון, אשר רצה לשכור ממנו את הווילה לאחר שראה אותה ומצא אותה מתאימה לצרכיו. שמעון אף הסכים לשלם לדני את כל דמי השכירות במזומן מראש. דני הניח כי אחותו תבין שבנסיבות כאלה לא יוכל לעמוד בהסכם עימה, ועל כן חתם על הסכם שכירות עם שמעון, בו התחייב להשכיר לשמעון את הדירה למשך שנה, החל מ- 1.7.18. שמעון שילם את דמי השכירות לכל השנה, מראש. שמעון לא ידע על ההבטחה של דני לאחותו. למחרת חתימת ההסכם עם שמעון (ביום 6.6.18), סיפר דני לאחותו כי הצליח להשכיר את הווילה ועל כן לא יוכל לאפשר לה להתגורר בה כפי שסיכמו, אולם אחותו של דני עומדת על כך שדני ימלא אחר ההסכם עימה.

1. הכרע בין זכויותיהם הנוגדות של האחות ושל שמעון ביחס לוילה, נכון ליום 6.6.18.
2. האם תשובתך היתה משתנה, לו במקום הסכם שכירות לשנה, היה דני חותם עם שמעון על הסכם שכירה ל- 11 שנים, ושמעון היה נכנס לגור בוילה כבר ביום חתימת ההסכם (5.6.18)?

**שאלה ראשונה:**

**שלב ראשון** – כשפותרים עסקאות נוגדות זה שלב טכני אבל חשוב, לסדר את העסקאות לפי סדר כרונולוגי (זה מאוד חשוב כי אם טעינו יכולה ללכת כל השאלה). ולאחר מכן לראות איזה זכויות יש לכל אחד. (זה שלב של המרצה, לא של הפסיקה !!).

- קודם כל הבעלים הוא שמואל.
- עסקה ראשונה נעשתה ב-10.1 – התחייבות למכר ליצחק. (יש פה עסקה בכתב, הכול בסדר, שולמה 50% מהתמורה). הזכות שיש ליצחק היא זכות אישית.
- עסקה שנייה נעשתה ב-1.2 – התחייבות למכר לדפנה. (יש פה עסקה בכתב, הכול בסדר, דפנה בודקת במרשם, שילמה 80%, תפסה חזקה, מתחילה לעשות שיפוץ). לדפנה יש זכות אישית.

**שלב שני** – צריכים לראות לפי מה פותרים את העימות, מה הסעיף הרלוונטי, מה ההלכה הרלוונטית, מי גובר על מי. לכל סיטואציה יש או פסק דין או הלכה.

כשאנחנו מקבלים קיים בעסקאות נוגדות צריך לסדר את כל הנתונים. אח"כ צריך לראות איזה סעיף רלוונטי או איזו הלכה רלוונטית.

**שאלה ראשונה:** כאן מדובר בסיטואציה קלאסית של עסקאות נוגדות **לפי ס' 9 לחוק המקרקעין** הראשון בזמן שהוא יצחק גובר אלא אם כן השני בזמן שהיא דפנה עומדת **בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה, רישום זכות קניינית**. עכשיו בודקים האם דפנה עומדת בשלושת התנאים:

(1) **תום לב** – היום נדרשת רמה גבוהה של תום לב, היום דורשים תום לב ברמה האובייקטיבית (**פס"ד ג'ריס, נאסר**). לפי הרמה האובייקטיבית יש צורך לבדוק במרשם. דפנה אכן בדקה במרשם. בנוסף יש לבקר בנכס כי הביקור בנכס עשוי למנוע ולגלות בעיות אם ישנן. לכן דפנה עומדת בדרישת תום הלב.

(2) **תמורה** – דפנה שילמה 80% וזה ככל הנראה תמורה ריאלית. מה עוד שכאן דפנה השקיעה בנכס, התחילה לשפץ אותו, השביחה את הנכס. **לפי פס"ד חוות מקורה** השקעה בנכס והשבחתו יכול להיות תחליף לתמורה. לסיכום, דרישת התמורה מתקיימת.

(3) **רישום זכות קניינית** – לא מתקיים, דפנה לא רשמה את זכותה בטאבו. לא מתקיימים שלושת התנאים במצטבר ולכן, נכון לעכשיו דפנה הפסידה ומי שגובר הוא יצחק.

**בשלב השלישי** – כשהראשון בזמן מנצח אוטומטית צריכה לצוף לנו בראש **הלכת גנז**. הלכת גנז אומרת שאם הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה אז הוא עלול להיחשב חסר תום לב ולהפסיד בכל זאת בתחרות. **במילים אחרות, בנסיבות מסוימות אי רישום הערת אזהרה ע"י הראשון בזמן עלול לגרום לו להפסיד בתחרות**. אז זה לא אוטומטית אלא יש לבדוק את **הסייגים שנקבעו בהלכת גנז:**

(א) **סייג ראשון** – יש לבדוק האם הייתה **מניעה משפטית** לאי רישום הערת האזהרה. אם הייתה מניעה, אין להאשים את יצחק שלא רשם הערת אזהרה. לפי הקיים שלנו לא ידועה מניעה מיוחדת לאי רישום, הוא לא עבר תאונה או משהו כזה.

(ב) **סייג שני** – יש לבדוק האם אי רישום הערת אזהרה זה מה שגרם לתאונה המשפטית. התשובה היא שכן כי דפנה הלכה ובדקה את המרשם. אילו הייתה רשומה הערת אזהרה בזמן, היא הייתה מגלה את הערה ולא מתקשרת בעסקה נוגדת. אי הרישום הערת האזהרה של יצחק זאת התאונה המשפטית.

(ג) **סייג שלישי** – יש לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר. אם טרם חלף הזמן הסביר, המחדל של אי הרישום לא יגרום ליצחק להפסיד בתחרות. אצלנו חלפו 22 ימים ונשאלת השאלה האם זה זמן סביר? בהלכת גנו חלפו 17 שנים וכמובן זה לא זמן סביר. לא צריך לקבוע מסמרות אלא זה בנסיבות העניין. כך למשל, בפס"ד חמוד נ' חרב נפסק שבשל נסיבות המקרה שלוש שנים זה עדיין זמן סביר, יש מלומדים שאומרים שחודש זה זמן סביר, יש כאלה שאומרים שבגלל שכל כך קל לרשום הערת אזהרה (כיום באינטרנט) אז אפילו שבוע זה זמן סביר. למקרה שאנחנו לא יודעים להכריע ממש אז התשובה הסופית תלויה בשאלה "האם חלף הזמן הסביר או לא חלף?". צריך להגיד שאם חלף הזמן הסביר אז ליצחק יש בעיה אבל אם לא חלף הזמן הסביר אז יש לבחון את שלל הסייגים.

### שאלה שנייה:

#### חלק ראשון של השאלה:

**שלב ראשון:** קודם מסדרים את הנתונים. קודם כל הבעלים הוא דני, עסקה ראשונה עם שרה אחותו שנעשית ב-1/6, יש כאן התחייבות לשכירות והתחייבות לשכירות 50 דולר בחודש. לשרה יש זכות אישית. שוכר קצר יכול להפוך את זכותו לקניינית ללא רישום אלא אם יש קבלת החזקה. הוא יכול גם לרשום אם הוא רוצה אבל לא חייב הזכות הופך לקניינית כאשר היא עוברת לדירה, שני הדברים לא נעשו ולכן לשרה יש זכות אישית. עסקה שנייה נעשית עם שמעון אשר לא ידע על ההתחייבות לשרה האחות. שמעון שילם תמורה מראש, לשמעון יש עדיין זכות אישית, הוא לא רשם בטאבו ולא קיבל חזקה.

**שלב שני:** צריך לזהות איזה סעיף רלוונטי. בשלב הפתיח שמדברים על זכות השכירות אז יש לדבר על ס' 3 וס' 79(א) לחוק המקרקעין.

הסעיף הכי רלוונטי כאן זה ס' 80 לחוק המקרקעין אשר עוסק בתחרות בין שתי שכירויות קצרות וזה בדיוק המקרה שלנו. **הסעיף דיי דומה לס' 9. עפ"י ס' 80 לחוק,** הראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון עומד **בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה, רישום/החזקה:**

(1) **תום לב** – ראינו שנדרשת רמה גבוהה של תום לב, תום לב אובייקטיבי. אבל כשמדובר בשוכר קצר אז לא דורשים ממנו לבדוק את המרשם. המחוקק מבקש להקל על שוכרים קצרים כדי לעודד עסקאות כאלה ולפשט אותם כמו שלא דורשים משוכר קצר לרשום את השכירות ברור שלא נדרוש ממנו להתחיל לבדוק את המרשם. אבל במסגרת תום הלב האובייקטיבי על השוכר לבקר במושכר לפני החתימה על החוזה. האם שמעון ביקר? הוא ביקר ולכן הוא תם לב.

(2) **תמורה** – שמעון שילם את מלוא התמורה.



3) **זכות קניינית** – כאן זה לא בהכרח רישום אלא קבלת החזקה. התנאי הזה מתייחס לשאלה האם יש לשמעון זכות קניינית. אצלנו שמעון לא עומד בתנאי הזה **ולכן לפי ס' 80 שרה גוברת על שמעון.**

כשהראשון בזמן מנצח אז הדבר הראשון שצריך לעלות לנו **זה הלכת גנז.** עכשיו נשאלת השאלה **האם בכלל יש צורך לפנות להלכת גנז?** כי אם אין צורך ברישום אז למה לבדוק בטאבו. נשאלת השאלה האם על שרה היה לרשום הערת אזהרה? או במילים אחרות האם אי רישום הערת אזהרה ע"י שרה יגרום לה להפסיד בתחרות? **הש' ברק בפס"ד גנז** קובע שהתשובה לשאלה הזו צריכה לקחת בחשבון **שיקולי מדיניות משפטית.** מכוח שיקולי מדיניות משפטית ברור שלא נדרוש משוכר קצר לרשום הערת אזהרה ראינו שהמחוקק מנסה לפשט עסקאות כאלה, לשחרר אותם מכל הנטל שקשור לטאבו ואכן אם לא דורשים ממנו לרשום את הזכות בטאבו למה שנדרוש ממנו לרשום הערת אזהרה. ולכן, במקרה הזה אי רישום הערת אזהרה לא יגרום לשרה להפסיד בתחרות.

**תמיד כדאי להוסיף את החלק הזה-** בשלב הזה אנחנו בודקים במסגרת עסקאות נוגדות יש לקחת בחשבון שיקולי צדק או שיש לנתח בצורה יבשה. **האם צריך לקחת את מצבה של האחות?** את זה שהיא במצוקה? שיקולי צדק בעצם המקור שלהם **זה מכוח ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות** אבל במסגרת עסקאות נוגדות נקבע שאין לקחת בחשבון שיקולי צדק זה נלקחת בהרבה פסקי דין ואחת מהם זה **פס"ד ורטהיימר נ' הררי.** יתרה מזו גם אם היינו לוקחים בחשבון שיקולי צדק פה אז לא בטוח שהם היו פועלים לטובת האחות להיפך, היא בקושי שילמה שכירות. בכל מקרה זה לא נושא שאמור להכריע על ההכרעה שלנו.

#### חלק שני של השאלה:

**שלב ראשון,** הבעלים נשאר אותו דבר (דני). עסקה ראשונה לא השתנה שום דבר. עסקה שנייה דובר על עסקת התחייבות לחכירה ל-11 שנים זו כבר שכירות ארוכה, שילם לשנה, לא ידע על ההתחייבות לשרה. וכאן על אף שהוא קיבל את ההחזקה בדירה הזכות שלו היא עדיין זכות אישית כי בשכירות מעל 10 שנים יש צורך לרשום בטאבו. ולכן, הזכות שלו היא זכות אישית.

**שלב שני, ס' 80 עוסקת כשיש שתי שכירויות** קצרות אלא פה יש אחת קצרה ואחת ארוכה. ולכן כשיש רק שכירות אחת קצרה ואחת ארוכה **אנחנו עושים שילוב בין ס' 80 לבין ס' 9 לחוק המקרקעין.** אנחנו מפעילים את שני הסעיפים במשולב. ז"א בגלל שיש שכירות קצרה ושכירות ארוכה **נדרש לשלב בין ס' 9 + 80.**

מנתחים לפי ס' 9 אבל כשבודקים האם לשוכר הקצר זכות אישית או קניינית אז כאן כבר הולכים לפי סוג של ס' 80 האם הוא קיבל החזקה. **אם ניישם את שני הסעיפים אנחנו נאמר שהראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון יעמוד בשלושה תנאים מצטברים:**

1) **תום לב** – האם מתקיים פה? כאן יש שינוי כי כאן כן היה עליו לבדוק במרשם (אם כי שממילא הוא היה בודק הוא לא היה מגלה כלום. לכן, כאן הוא לא תם לב.

2) **תמורה** – האם השתנה משהו? הוא שילם לשנה מראש. **בפרשת חוות מקורה** ביהמ"ש דן בדרישת התמורה בעסקאות חכירה לפי כל התקופה. נפסק שיש להסתכל על התקופה



בכללותה ולא על כול שנה בנפרד. אצלנו תשלום של שנה מתוך 11 שנים זו לא תמורה מספקת. זה סכום מאוד קטן, לא התקיימה דרישת התמורה.

(3) **רישום זכות קניינית** – האם זה מתקיים? לשכירות מעל 10 שנים הדרך היחידה להפוך את הזכות לזכות קניינית זה רישום בטאבו. אצלנו זה לא בוצע. לשמעון אין זכות קניינית אפילו שהוא קיבל את ההחזקה בנכס מיד עם החתימה על החוזה.

**לסיכום, לפי השילוב של ס' 9 וס' 80 שרה היא עדיין המנצחת.**

**שלב שלישי**, ברגע שהראשון מנצח אז צריכה לעולות לנו **לראש הלכת גנז**. האם כאן היא תחול? שרה עלולה להיחשב חסרת תום לב כי לא רשמה הערת אזהרה. **הלכת גנז לא חלה בדיוק** כמו השאלה הקודמת, שרה לא תיחשב לחסרת תום לב מכיוון שלא רשמה הערת אזהרה שהכן היא שוכרת קצרה ולא דורשים ממנו להתחיל לרשום הערת אזהרה, בדיוק כמו בחלק א'.

**תמיד כדאי להוסיף את החלק הזה** – האם יש לקחת שיקולי צדק? **זה מכוח ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות** אבל במסגרת עסקאות נוגדות נקבע שאין לקחת בחשבון שיקולי צדק זה נלקחת בהרבה פסקי דין ואחת מהם זה **פס"ד ורטהיימר נ' הררי**.

**תרגיל עסקאות נוגדות :**

**המכללה האקדמית נתניה**  
**תרגיל בדיני קניין – עסקאות נוגדות**  
**פרופ' רות פלאטו-שנער, עו"ד דניאלה אסרף כהן**

יעקב רכש דירה מקבלן בניה, בטרם הסתיימה בניית הדירה. לצורך התשלום נטל יעקב הלוואה מהבנק. להבטחת ההלוואה התחייב יעקב בכתב לרשום לטובת הבנק משכנתא על הדירה, במועד בו תועבר הבעלות בדירה על שמו. בגין התחייבות זו נרשמה הערת אזהרה לטובת הבנק, בהסכמת הקבלן בעל הקרקע. לימים הושלמה הבניה והבית נרשם כבית משותף. הדירה שיעקב רכש נרשמה בלשכת רישום המקרקעין בבעלותו. יעקב לא רשם משכנתא לטובת הבנק כפי שהתחייב לעשות. במקום זאת נרשמה שוב לטובת הבנק הערת אזהרה בגין ההתחייבות למשכנתא. לאחר חודש השכיר יעקב את הדירה לרחל לתקופה של 10 שנים, בהסכם בכתב. רחל לא ידעה על ההתחייבות כלפי הבנק. היא ביקרה בדירה ומצאה אותה מתאימה לצרכיה. רחל שילמה דמי שכירות עבור חצי שנה מראש. היא השקיעה בשיפוץ הדירה 20,000 ש"ח. רחל לא רשמה את זכותה בלשכת רישום המקרקעין. חודשיים אחר כך הפסיק יעקב לשלם את תשלומי ההלוואה שנטל מהבנק, והבנק מעוניין במכירת הדירה לצורך החזר ההלוואה.

1. האם הבנק יכול לדרוש את הפסקת השכירות וסילוקה של רחל מהדירה ?
2. האם תשובתך תשתנה אם במקום הערת האזהרה, היתה נרשמת לטובת הבנק המשכנתא עצמה?

**שאלה 1 :**

**שלב ראשון :** מסדרים את העובדות הסדר הכרונולוגי (מי בא אחרי מי), איזה זכות יש לכל אחד.

הבעלים – יעקב.

**עסקה 1** – הבנק (התחייבות למשכנתא), נרשמה הערת אזהרה לטובת הבנק, לבנק יש זכות אישית (רישום הערת אזהרה לא הופך את הזכות לקניינית).

**עסקה 2** – רחל – שכירות ל10 שנים זה שכירות עדיין קצרה (מעל 10 שנים היא שכירות ארוכה). רחל קיבלה את החזקה בדירה ולכן יש לה זכות קניינית. רחל ביקרה בנכס, שילמה שכירות לחצי שנה מראש, השקיעה 20,000 ₪ בשיפוץ, היא לא ידעה על ההתחייבות כלפי הבנק, משמע שהיא לא בדקה בטאבו.

שלב שני :

**רוצים לראות איך לפתור את העימות הזה – איזה סעיף חל ?**

הסעיפים הרלוונטיים כאן זה **סעיף 9 וסעיף 80** – אחד של שכירות קצרה, ואחד של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.

אם נתרגם למילים את הסעיפים – הראשון בזמן (הבנק) הוא גובר אלא אם כן השני בזמן (רחל)

עומדת ב 3 תנאים מצטברים :

**1) תום הלב** – דרישת תום הלב היא דרישה אובייקטיבית שצריך לבדוק במרשם, צריך לבקר בנכס. מצד אחד מדובר בשכירות קצרה, ראינו שיש הקלה עם שוכרים קצרים, כמו שלא נדרוש מהם לרשום בוודאי שלא נדרוש מהם ללכת ולבדוק במרשם. לכן לכאורה היא תמת לב.

מאידך המרצה אמרה לנו שכמות של 10 שנים של שכירות בפועל זה תקופה מאוד ארוכה, יתכן שבתקופה כל כך ארוכה כן ראוי לדרוש משוכר לבדוק את המרשם (במיוחד לאור קלות הבדיקה).

זוהי שאלה שנשארה פתוחה, אין על זה הכרעה.

**2) תמורה** – לגבי התמורה אנחנו רואים שרחל שילמה חצי שנה מראש ועוד 20,000 ₪ על השיפוץ.

**לפי פס"ד חוות מקורה** – שם נפסק שהתקיימה דרישת התמורה ויש להסתכל על כל התקופה, בוצעו גם השקעות משמעותיות בנכס, אצלנו לא בטוח שזה כל כך מתקיים, היא שילמה רק לחצי שנה, ברור שדרישת התמורה לא מתקיימת, אפילו שהיא עשתה שיפוץ של 20,000 ₪.

בעסקת שכירות לעניין התמורה נפסק שיש לבחון את התקופה בכללותה, לשלם חצי שנה מתוך 10 שנים זו לא תמורה מספיקה.

**3) זכות קניינית** – כאן זה שכירות קצרה אז זה תפיסת חזקה – לא צריך רישום (אפשר רישום לא חייב).

**אבל רחל לא עומדת ב 3 התנאים המצטברים – היא לא עומדת בדרישת התמורה ולכן הראשון בזמן (הבנק) מנצח.**

שלב שלישי :

כשהראשון בזמן מנצח – **הלכת גנז** – אתה הראשון בזמן אפילו שניצחת אם לא רשמת הערת אזהרה אתה עלול להיחשב חסר תום לב ולהפסיד בתחרות. זה בכפוף לנסיבות שנקבעו בפס"ד גנז.

**כאן הלכת גנז לא רלוונטית, אין צורך לבדוק אותה מהסיבה הפשוטה שהבנק רשם הערת אזהרה ולכן הבנק הוא המנצח.**

שאלה 2:

אם הבנק היה רושם את המשכנתא עצמה אז כבר הייתה לו זכות קניינית. הסיווג של הזכויות יכול לשנות את כל התמונה. במצב כזה **ברור שסעיף 9 לא חל מכיוון שסעיף 9 מדבר על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין** (על זכות אישית) וכאן כבר לבנק יש זכות קניינית, במצב כזה חל **סעיף 85 לחוק המקרקעין**, לבנק יש זכות קניינית והבנק מנצח בתחרות.

הרעיון בסעיף 85 שזכות קניינית ראשונה בזמן גוברת על כל עסקה אחרת. לבנק יש זכות קניינית שקדמה לשכירות קניינית ולכן היא גוברת. אלא אם כן מדובר בתקנת שוק.

### זכות הממשכן במקרקעין הממושכנים

85. (א) משכנתה אינה פוגעת בזכותו של בעל המקרקעין להחזיק בהם, להשתמש בהם ולעשות בהם כל עסקה, והכל בכפוף למוסכם בתנאי המשכנתה.

(ב) עסקה שבעל המקרקעין עשה בהם לאחר שמושכנו, אין בה כדי לגרוע מזכותו של בעל המשכנתה לממש אותה, ואין לעסקה כזאת תוקף כלפי מי שרכש את המקרקעין בהוצאה לפועל של המשכנתה.

**אם צריך לקחת שיקולי צדק?** שיקולי צדק בעצם המקור שלהם **זה מכוח ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות** אבל במסגרת עסקאות נוגדות נקבע שאין לקחת בחשבון שיקולי צדק זה נלקחת בהרבה פסקי דין ואחת מהם זה **פס"ד ורטהיימר נ' הררי**.

דלית הינה החוכרת לדורות של דירה הנמצאת בבעלות מנהל מקרקעי ישראל. דלית הסתבכה בעסקיה והיתה חייבת כספים רבים, לכן החליטה למכור את זכויותיה בדירה. היא פרסמה מודעה מתאימה.

בעקבות המודעה פנה אליה אברהם ואמר כי ברצונו לרכוש את זכויותיה בדירה. לאחר שבוע ולאחר שאברהם בדק את רישום הזכויות בלשכת רישום המקרקעין, נחתם ביניהם תוזה ואברהם שילם 20% מהסכום שנקבע כתמורה. סוכם כי תוך 3 חודשים ישלים את התשלום והעסקה תושלם.

חודש אחר כך, עקב לחץ חזק מצד נושיה של דלית, חתמה דלית על חוזה למכירת זכויותיה בדירה לגדעון, שהבטיח לה תשלום של 75% מהמחיר כבר במועד החתימה על החוזה. יש לציין כי גדעון בדק את המרשם בטאבו ומצא כי אין מניעה לעריכת העסקה. גדעון אכן שילם את הסכום ושבוע אחר כך אף רשם לטובתו הערת אזהרה בהתאם לחוזה.

יומיים לאחר חתימת החוזה עם גדעון, חתמה דלית על חוזה נוסף למכירת הזכויות בדירה, הפעם עם שמחה. שמחה שילמה לדלית 50% מהמחיר לאחר שבדקה את המרשם ומצאה אף היא כי אין מניעה לעריכת העסקה.

יש לציין כי אברהם, גדעון ושמחה – ביקרו כולם בנכס טרם חתמו על החוזים. שבועיים לאחר חתימת החוזה עם שמחה ברח דלית מהארץ והתבררה התרמית. הכריעו מי מבין השלושה יזכה לאכיפת החוזה עימו.

### שלב ראשון :

לסדר את העובדות, סדר כרונולוגי, רואים מה יש לכל אחד. **תחילה מי הבעלים פה?**

**בעלים** – מנהל מקרקעי ישראל.

**דלית** – היא החוכרת לדורות, אם כתוב לנו בשאלה חוכרת לדורות אנחנו צריכים להבין שזכותה היא זכות קניינית אחרת היו כותבים לנו שהובטחה לה חכירה לדירות או שהיא קיבלה התחייבות לחכירה לדורות.

### שלב שני : מדלית יוצא כל החצים:

**עסקה 1 – אברהם** – העסקה הזו היא התחייבות למכירת החכירה לדורות לאברהם שהלך ובדק בטאבו ושילם 20%, כלומר שאברהם הוא בעל זכות אישית.

**עסקה 2 – גדעון** – התחייבות למכירת החכירה, בדק בטאבו, שילם 75% והוא רשם הערת אזהרה אחרי שבוע. **רישום הערת אזהרה בשום מקרה לא הופך את הזכות לזכות קניינית ולכן לגדעון יש אך ורק זכות אישית.**

**עסקה 3 – שמחה** – התחייבות לחכירה, ביצע בדיקה בטאבו(כשגדעון עוד לא רשם הערת אזהרה אז לא ראתה הערת אזהרה), ושילם 50%. לשמחה יש זכות אישית.

**כולם ביקרו בנכס.**

### כשיש יותר משתי עסקאות נוגדות מה עושים ?

הכלל בעסקאות נוגדות כאשר יש יותר משתי עסקאות נוגדות הוא שהראשון מול השני והמנצח מול זה שאחריו בתור. אם אנחנו לא בטוחים על המנצח אנחנו בודקים את כל האפשרויות. לאחר שסידרנו את הפרטים אנחנו מתחילים לעמת את העסקאות הנוגדות.

במילים אחרות בודקים את אברהם (הראשון בזמן) מול גדעון (השני בזמן) ומי שינצח נבדוק אותו מול שמחה (השלישית בזמן).

אם אין מנצח (למשל יש שתי גישות) נבדוק את שניהם (למשל א, ב, ג - א נגד ב - אין הכרעה . אז נבדוק את א מול ג , ב מול ג).

### עימות מס' 1 : אברהם מול גדעון -

זכות אישית מול זכות אישית - **הסעיף שיחול זה סעיף 9** - הראשון בזמן (אברהם) גובר אלא אם כן השני בזמן (גדעון) מקיים 3 תנאים מצטברים : תום לב, תמורה וזכות קניינית.

(1) **תום לב** - מתקיים, בדק בטאבו, ביקר. גדעון ביקר בנכס ובדק בטאבו ולכן הוא תם לב גם מבחינה אובייקטיבית וגם סובייקטיבית.

(2) **תמורה** - מתקיים. כיוון שהוא שילם 75%.

(3) **זכות קניינית** - לא מתקיים. (רישום הערת אזהרה לא הופך את הזכות לקניינית). ולכן לא מתקיים התנאי השלישי.

לכן לפי ס' 9 אברהם מנצח.

**הלכת גנז** - כשהראשון בזמן מנצח פונים להלכת גנז - אברהם לא רשם הערת אזהרה, זה יכול לפעול לרעתו, **יש לבדוק את הסייגים שנקבעו בפס"ד גנז:**

**סייג ראשון** - הוא שיש לבחון האם חלף זמן סביר לרישום הערת אזהרה ? כאן עבר חודש לאי הרישום ולכן זה מאוד גבולי, יש מלומדים שאומרים שהזמן הסביר זה שבוע. יש מלומדים שאומרים שהזמן הסביר זה חודש. זה תלוי בנסיבות. בנוסף אין סיבה מיוחדת לאי הרישום.

**סייג שני** - האם הייתה מניעה מיוחדת לאי הרישום ? לא מתקיים, אין מניעה מיוחדת לא קרה לה משהו מיוחד שמנע ממנו רישום.

**סייג שלישי** - האם אי הרישום של הערת זה מה שגרם לתאונה המשפטית ? והתשובה היא כן כיוון וגדעון בדק את נסח הטאבו. לכן, לאור הלכת גנז אנחנו רואים שאברהם מפסיד בכל זאת בתחרות. המנצח שלנו הוא גדעון.

**לכן בגלל הלכת גנז אברהם יפסיד בתחרות בהנחה שחלף הזמן הסביר וגדעון הוא המנצח.**

הערה חשובה - האם יש לקחת בחשבון שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות ? התשובה היא לא. אבל במקרה שלנו זה לא רלבנטי, כאשר זה עולה בשאלה מסוימת יש לציין ששיקולי צדק לא מהווים עניין.

### עימות מס' 2 : בין המנצח (גדעון) ושמחה -

זכות אישית מול זכות אישית - **סעיף 9** - הראשון בזמן (גדעון) גובר אלא אם כן השני בזמן (שמחה) עומדת ב-3 תנאים מצטברים : **תום לב, תמורה וזכות קניינית.**

(1) **תום לב** - מתקיים. בדקה וביקרה. שמחה בדקה את הטאבו וביקרה בנכס אז היא עמדה.

(2) **תמורה** - זה מעט מדי, היא עמדה אבל באופן גבולי כי היא שילמה 50%.

(3) **זכות קניינית** - לא מתקיים. שמחה לא עומדת בו כיוון והיא לא השלימה את העסקה בטאבו ולא רשמה הערת אזהרה, לכן לא קיימה רישום קנייני.

לכן לפי סעיף 9 מי שגובר זה גדעון שהוא כביכול הראשון בזמן בתחרות השנייה.

**הלכת גנז** - כשהראשון בזמן מנצח הולכים לבדוק את הלכת גנז - כאן נרשמה הערת אזהרה לאחר שבוע. לא חלף הזמן הסביר, התוצאה היא שגדעון גובר והוא זה שמנצח.



**המכללה האקדמית נתניה**  
**תרגיל בדיני קניין – עסקאות נוגדות**  
**פרופ' רות פלאטו-שנער, ד"ר דניאלה אסרף כהן**

אורנה חייבת לבנק סכום כולל של מיליון ש"ח. עקב כך הגיש הבנק תביעה נגד אורנה לתשלום החוב, ובמקביל ביקש כי יינתן צו לעיקול הדירה שבבעלותה, הרשומה כמקרקעין מוסדרים בעיר נתניה. צו העיקול ניתן ביום 20.7.18, אולם עורך הדין של הבנק שכח לרשום את העיקול בלשכת רישום המקרקעין.

אחותה של אורנה, זיוה, שידעה על כך שלאורנה קשיים כספיים והכירה את הדירה לאור ביקוריה התכופים אצל אורנה, הציעה לאורנה לרכוש ממנה את דירתה תמורת מיליון ש"ח. זאת לאחר שבדקה ומצאה כי זהו מחיר השוק של הדירה, ולאחר שבדקה את רישום הנכס בלשכת רישום המקרקעין ולא גילתה בעיה כלשהי. האחיות סיכמו כי הדירה תירשם מיידית על שם זיוה, אולם זיוה תשלם לאורנה את הסכום המסוכסם בחמישה תשלומים שנתיים שווים שיתמשכו על פני חמש שנים. האחיות שכרו את שירותיו של עורך דין כהן על מנת שינסח עבורן את החוזה ויבצע את הפעולות הנדרשות ברשויות השונות, והחוזה נחתם ביום 1.8.18. מספר ימים לאחר מכן בוצע התשלום הראשון, הדירה נרשמה בלשכת רישום המקרקעין על שם זיוה, וזיוה עברה להתגורר בדירה.

מקס הוא תושב חוץ המנהל את עסקיו בארץ באמצעות עו"ד כהן, והוא ביקש מעו"ד כהן למצוא עבורו דירה לרכישה בארץ. ביום 1.1.19 נסע עו"ד כהן להיפגש עם מקס בארץ מגוריו וסיפר לו כי מצא עבורו דירה מתאימה, לאחר שביקר אישית בדירה ומצא אותה מתאימה לצרכיו של מקס. עורך הדין הציג למקס את נסח הטאבו לפיו הדירה רשומה על שמה של זיוה, וכן חוזה מזויף שלכאורה נערך עם זיוה ונחתם על ידיה, ובו כביכול זיוה מוכרת את דירתה למקס. ביום 1.1.19 מקס חתם על חוזה רכישת הדירה, ומסר לעורך הדין את מלוא התשלום עבור הדירה - מיליון ש"ח כנקוב בחוזה. עורך הדין, באמצעות יפוי הכוח שהפקידה אצלו זיוה בעת שטיפל בחוזה שערך לה ולאורנה, דאג להעברת הדירה בלשכת רישום המקרקעין על שמו של מקס. חודשיים לאחר מכן, במהלך חודש מרץ 2019, הגיע מקס לביקור בישראל ונסע לבקר בדירה. כאשר זיוה פתחה לו את הדלת, המירמה התגלתה. כן התברר כי עו"ד כהן נעלם עם הכסף שקיבל ממקס. באותו שבוע נזכר גם עורך הדין של בנק העובדים כי לא רשם את העיקול על הדירה, וגילה כי הדירה כבר אינה רשומה על שמה של אורנה. הכריעו בין זכויותיהם של הבנק, זיוה ומקס ביחס לדירה.

### שלב ראשון :

**בעלים** – אורנה היא בעלים.

### שלב שני : מאורנה יוצא כל החצים :

**עסקה ראשונה – בנק** – העיקול לטובת הבנק והעיקול לא נרשם.

**עסקה שנייה – זיוה** – ביקרה, בדקה, ורשמה את העסקה בטאבו יש לה זכות קניינית.



**עסקה שלישית – עו"ד נוכל** הוא מכר את הדירה למקס שהוא קונה חדש.



**שלב שלישי:**

**עימות מס' 1 – בין הבנק שלטובתו יש עיקול לא רשום לבין זיוה שנייה בזמן יש לה זכות קניינית.**

כאשר העיקול הראשון בזמן לא רשום, עפ"י פס"ד **ברוקס נ' דרורת בית מסחר** קיימות שתי גישות כדי להכריע בעימות הזה, וזאת כאשר יש עיקול ראשון בזמן שאינו רשום. **גישה ראשונה, פרופ' מיגל דויטש – יש לבצע היקש מס' 9**, לפי גישה זו, הראשון בזמן שהוא העיקול גובר אלא אם כן זיוה עומדת **ב 3 תנאים מצטברים:**

- (1) **תום לב** – בדקה, ביקרה, ורשמה.
  - (2) **תמורה** – היא שלמה רק 1/5 משווי הדירה זה מעט מידי, נדרשת תמורה ממשית- לא מתקיימת דרישת התמורה.
  - (3) **זכות קניינית** – מתקיים. מי שגובר זה הבנק.
- כאשר הראשון מנצח יש לבדוק את **הלכת גנז**, כאן אנו מחילים את הלכת גנז על דרך היקש כי לא רושמים הערת אזהרה על עיקול, לכן נדרש לעשות היקש מפס"ד גנז, ואומרים עצם העובדה שהבנק לא רשם את העיקול יחשב חסר תום לב ויגרום לא להפסיד בתחרות. כעת נבדוק את הנסיבות של הכלת גנז.

- (1) **זמן סביר** – בין מועד מתן צו העיקול לבין מועד חתימת החוזה עם זיוה חלפו **10 ימים** שזו תקופה קצרה, יחד עם זאת לאור המערך המקצועי של הבנק שרשום באותו היום עיקול יכול להיות שזה כן יהווה רשלנות. לכן זו שאלה פתוחה.
- (2) **האם הייתה מניעה לאי הרישום ?** לא.
- (3) **האם אי הרישום גרם לתאונה המשפטית ?** כן כי זיוה בדקה את המרשם וכאשר היא גילתה שאין בעיה היא חתמה על החוזה.

**לסיכום**, לאור השאלה אם חלף או לא חלף הזמן הסביר אין לו תשובה ברורה אם העיקול גובר. **בעימות מס' 1 לפי הגישה של דויטש אין תשובה ברורה מי מנצח.**

**גישה שנייה, פרופ' וייסמן** – עיקול זה דבר נורא חלש מבחינת דיני הקניין, כי הוא לא נותן שום זכות מהותית בנכס אפילו לא זכות אישית זה בסך הכל צו של בימה"ש, אין צורך בשימוש בס' 9. לפי וייסמן כל מה שנדרש כי לנצח את העיקול זה "תום לב". כלומר במצב כזה די בכך שהשני בזמן פעל בתום לב הוא גובר על העיקול. לפי גישה זו, זיוה גוברת על הבנק.

אין תשובה ברורה, בהנחה כי זיוה מנצחת עלינו לעמת את זיוה הראשונה בזמן מול מקס השני בזמן.

**עימות מס' 2 –**

לזיוה יש זכות קניינית ויש נוכל אשר מוכר את הדירה למקס. במצב כזה יש תקנת השוק, שני רמזים אשר יכולים לסמן לנו כי מדובר בתקנת השוק:

- (1) כאשר הראשון בזמן יש זכות קניינית.
- (2) כאשר יש נוכל.

**ס' 10 לחוק** אומר זיוה היא הבעלים, הבעלות של זיוה תופקע רק אם מקס יעמוד בתנאי תקנת השוק במקרקעין.

**מקס צריך לעמוד ב 5 תנאים מצטברים:**

- (1) מקרקעין מוסדרים - כן
- (2) זכות קניין - כן
- (3) תמורה- כן, **חוות מקורה בע"מ נ' חסן** מקס שילם את מלוא התמורה.
- (4) תום לב – לא ברור אם מתקיים תום לב, נדרש לפרט איזה תום לב חל לפי כל הפסקי דין. ממלא אם היה מבקר לא היה רואה כלום.

**תום לב סובייקטיבית – חוות מקורה בע"מ נ' חסן + בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונדרס +**

**דנציגר נ' רביב**, צריך להתקיים לאורך כל שלבי העסקה עד וכולל הרישום בטאבו **פס"ד אלג'אבר נ' חליל**.

**תום לב אובייקטיבית – זה נקבע פס"ד מורדכיוב נ' מינץ + להיגי נ' עזורי + פרופ' מיגל**

**דויטש: והוא הוסיף דרישה שחובה לערוך ביקור בנכס.**

- (5) הסתמכות כל המרשם – הפסיקה פרשה את התנאי הזה כך שנדרשת הסתמכות על רישום אשר מתגלה בדיעבד שאינו נכון, זה לא המקרה שלנו, כי הרישום הוא נכון הנכס רשום על זיוה, התנאי זה לא בגלל רישום לא נכון **פס"ד מורדכיוב נ' מינץ**. התנאי הזה לא מתקיים.

לסיכום בעימות הזה זיוה מנצחת, מקס לא עומדת בתנאי תקנת השוק.

זיוה נשארה הבעלים.

**עימות מס' 3 –**

בהנחה ובעימות הראשון ניצח העיקול ולא זיוה כעת יש לעמת את העיקול מול מקס.

עיקול לא רשום מול זכות קניינית של מקס.

**פס"ד ברוקס נ' דורות בית מסחר** – במצב כזה יש להכריע על פי שתי הגישות:

**גישה ראשונה גישתו של פרופ' דויטש – יש לעשות היקש מס' 9** ז"א העיקול גובר אלא כן מקס

עומדת ב 3 תנאים מצטברים:

- (1) תום לב – לא בטוח הוא לא ביקר בנכס.
- (2) תמורה – כן.
- (3) רישום – כן.

**גישה שנייה, לפי גישתו של פרופ' וייסמן** – די כי מקס יהיה תם לב.

בהנחה ומקס מקיים את תום הלב ינצח ובהנחה ולא הוא לא ינצח.

לכן, זה נשאר בסימן שלאה- לכן אין הכרעה.

**תרגיל עסקאות נוגדות :**

**המכללה האקדמית נתניה**  
**תרגיל בדיני קניין – עסקאות נוגדות**  
**פרופ' רות פלאטו-שנער, ד"ר דניאלה אסרף כהן**

**שאלה ראשונה**

דני הינו הבעלים של דירה בתל אביב (להלן: "הדירה"). ליום הולדתה ה – 25 נתן דני לביתו מיכל מסמך ובו הבטיח לתת לה את דירתו במתנה כאשר ימלאו לה 30. כשמלאו למיכל 29 מכר דני את הדירה לרפי באמצעות חוזה בכתב. העסקה הסתיימה ברישום מלא (הדירה נרשמה על שם רפי בלשכת רישום המקרקעין) והוא עבר להתגורר בה לאחר ששילם לדני את שווי השוק של הדירה. חצי שנה לאחר מכן, עורך הדין שטיפל בעסקה זייף מסמכים באמצעותם העביר את הדירה על שמו בלשכת רישום המקרקעין. לאחר שהרישום הושלם הוא חתם על הסכם למכירת הדירה עם גל. גל הספיק לרשום לטובתו הערת אזהרה וכן לשלם 80% מהתמורה כאשר התבררה התסבוכת. הכריעו בין זכויות הצדדים השונים (מיכל, רפי, גל) ביחס לדירה.

**שלב ראשון :**

קודם כל, מסדרים את העובדות.

**עסקה ראשונה** – זאת התחייבות למתנה בין דני לבתו מיכל. מדובר על התחייבות למתנה של דני למיכל, יש כתב והיא תקפה.

**עסקה שנייה** – בין דני לרפי וזו עסקת מכר לרפי יש זכות קניינית מאחר והוא רשם את הדירה וגם שילם.

**עסקה שלישית** – התחייבות למכר ע"י עו"ד הנוכל לגל הוא רשם הערת אזהרה ושילם 80%. לגל כעת יש זכות אישית.

**שלב שני :**

**עימות ראשון מיכל מול רפי** – התחייבות למיכל בין המכר לרפי. לכאורה היינו יכולים להחיל את **ס' 9 לחוק** כי לראשון בזמן יש התחייבות אובליגטורית.

אבל כשלא ראשון בזמן יש התחייבות למתנה אז כאן יש פסקי דין אחרים שרלוונטיים **(פס"ד לניאדו, פס"ד דיאב, פס"ד צרפתי)**. בגדול פסקי הדין האלה אומרים שכלראשון בזמן התחייבות למתנה, נקודת המוצא משתנה והיא זה להעדיף את רפי הקונה מאחר שלראשון בזמן רק התחייבות למתנה זו זכות חלשה ומאוד שברירית בלתי מגובשת, ולכן נקודת המוצא היא שרפי גובר אלא אם כן קיימות נסיבות אשר בגינן נעדיף את מקבל המתנה למשל אם מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה או להסתמך על המתנה אצלנו לא מתקיימות הנסיבות לכן מי שגובר זה רפי יש לציין ולנתח את **ס' 5 לחוק המתנה**. המרצה לימדה אותנו שנעדיף את נותן המתנה אם התקיימו נסיבות שביגין יהיה להעדיף את מקבל המתנה ולא את רפי. למשל, אם מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה אצלנו זה לא רלוונטי כי לא מתקיימת אף נסיבה חריגה. ולכן, ע"פ פס"ד נקודת המוצא היא שרפי גובר מאחר והוא שילם הכל, הוא תם לב וביצע רישום מלא.

**עימות שני בין רפי לגל –** לרפי יש זכות קניינית ואז הגיע הרמאי שביצע את העסקה עם גל אשר יש לו התחייבות לעסקה. יש כאן סימן של נוכל וסימן שני יש כאן זכות קניינית, אדם לא יכול להעביר זכויות כאשר אין לו זכויות בעצמו, כלומר העו"ד לא יכול להעביר זכויות לגל. **החריג זו תקנות השוק**, הזכות היא זכות של רפי שהוא בעלים, זכות הבעלות תופקר מרפי ותעבור לגל רק אם גל יעמוד בתנאי תקנות השוק במקרקעין, כלומר זו סיטואציה קלאסית של תקנת השוק במקרקעין **ס' 10 לחוק המקרקעין**. בד"כ כשיש עסקה נוגדת ולראשון בזמן יש זכות קניינית וגם מתערב רמאי בדרך לרוב זו סיטואציה של תקנת השוק. הבעלות תופקע מהבעלים **שהוא רפי רק אם גל יעמוד** בכל המצטברים של **סעיף 10 לחוק המקרקעין –**

1. **זכות קניינית –** רישום הערת אזהרה זה לא רישום קנייני, גל לא עומד בתנאי הרישום.
2. **מקרקעין מוסדרים –** מתקיים.
3. **תמורה –** מתקיים, שילם 80%.
4. **תום לב –** מתקיים, בדק וביקר.

**תום לב סובייקטיבית – חוות מקורה בע"מ נ' חסון + בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונדרס + דנציגר נ' רביב.** צריך להתקיים לאורך כל שלבי העסקה עד וכולל הרישום בטאבו **פס"ד אלג'אבר נ' חליל.**

**תום לב אובייקטיבית –** זה נקבע פס"ד **מורדכיוב נ' מינץ + להיגי נ' עזורי + פרופ' מיגל דויטש: והוא הוסיף דרישה שחובה לערוך ביקור בנכס.**

5. **הסתמכות על רישום שגוי –** הסתמכות על מרשם שגוי, הפסיקה פירשה את התנאי הזה בחומרה וקבעה שהתנאי הזה מתקיים רק אם ההסתמכות על המרשם היא זו שיצרה לתאונה המשפטית וזאת משום שהרישום בטאבו שעליו הסתמכות היה שגוי מתקיים, כי כאן עוה"ד זייף מסמכים **פס"ד ס.מ. יצירה בע"מ נ' מוזאפאר, להיגי נ' עזורי.**
- כאן גל לא עומד בתנאי הרישום ולא עומדת בתנאי ס' 10 ולכן מי שגובר הוא רפי ונשאר הבעלים של הנכס.

שאלה שנייה

לאבי מגרש ברמת גן הרשום כמקרקעין מוסדרים. על המגרש רשום עיקול לטובת בנק לאומי, בגין חוב שאבי חייב לבנק.

אבי חתם על הסכם קומבינציה טיפוסי עם קבלן, בו נקבע כי עם השלמת הבנייה ע"י הקבלן ורישום הבית כבית משותף, מחצית מהדירות תרשמה על שם אבי, ומחציתן על שם הקבלן, תוך פירוט מדויק אילו דירות מקבל כל צד. הקבלן הצליח למחוק את העיקול באמצעות מסמכים מזוייפים, רשם לטובתו הערת אזהרה על הנכס והחל בבנייה. תוך זמן קצר הוקם הבית ונרשם בלשכת רישום המקרקעין כבית משותף. הקבלן מכר את כל הדירות השייכות לו, זאת לאחר שהקונים בדקו את מרשם המקרקעין ולא גילו כל בעיה. חלק מהקונים שילמו לקבלן את מלוא מחיר הדירה ולכן הבעלות בדירה נרשמה על שמם. לעומת זאת, קונים אחרים שילמו רק חלק מהמחיר ולכן בינתיים רשומה לטובתם רק הערת אזהרה, בהסכמתו של אבי. בשלב זה נודע לקונים השונים על העיקול. דונו בתחרות בין הבנק לבין הקונים השונים ביחס לדירות.

שלב ראשון :הבעלים – אבי.

עסקה ראשונה – בין אבי לבנק – עיקול רשום.

עסקה שנייה – בין אבי לקבלן (בעלי הדירות).

שלב שני :

עימות ראשון זה בין העיקול הרשום לקונים. מצד אחד יש תקנת שוק, העיקול רשום זה לא זכות קניינית אלא רק סעד פרוצדורלי, אז אולי נעשה היקש מס' 10. מצד שני, עיקול רשום זאת לא זכות קניינית אולי זה יותר מתקרב לזכות אישית ואז אולי נעשה היקש מס' 9 (פס"ד ברוקס נ' דרורת לא רלוונטי), שתי הגישות לא רלוונטיות מאחר וכאן העיקול רשום, שמה היה מדובר על עיקול לא רשום).

מאחר ולא ברור איזה סעיף יחול, לכן כאן ננסה פעם אחת לפי ס' 10 ופעם שניה לפי ס' 9.

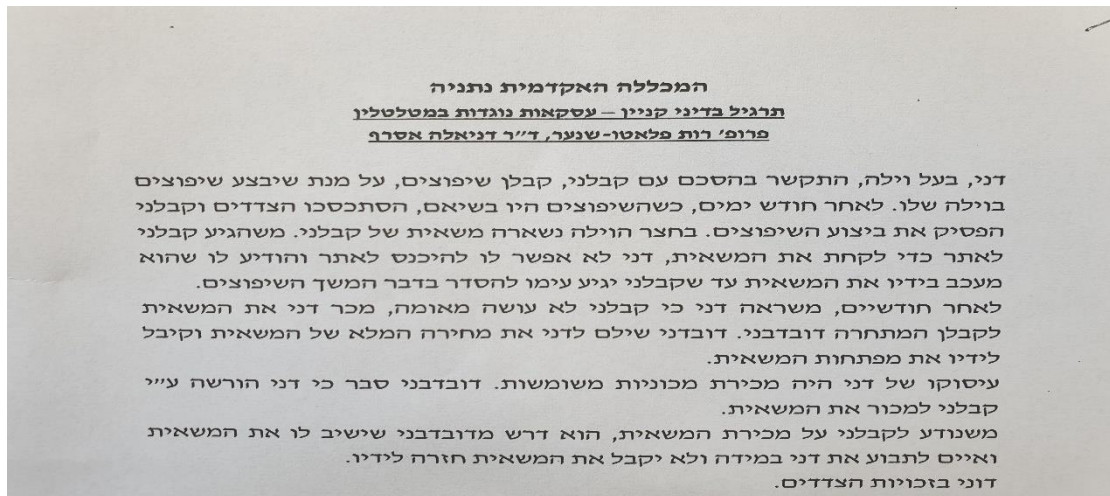
אפשרות ראשונה נחיל את ס' 10. לפי האפשרות הזו יש לבחון האם הקונים עומדים בתקנת השוק לפי ס' 10:

1. זכות קניינית – מתקיים רק לגבי חלק מהקונים שהדירות נרשמו על שמם.
2. מקרקעין מוסדרים – מתקיים.
3. תום הלב – מתקיים, הקונים בדקו לפני שהתקשרו בעסקה.  
תום לב סובייקטיבית – חוות מקורה בע"מ נ' חסן + בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונדרס + דנציגר נ' רביב, צריך להתקיים לאורך כל שלבי העסקה עד וכולל הרישום בטאבו פס"ד אלג'אבר נ' חליל.  
תום לב אובייקטיבית – זה נקבע פס"ד מורדכיוב נ' מינץ + להיגי נ' עזורי + פרופ' מיגל דויטש: והוא הוסיף דרישה שחובה לערוך ביקור בנכס.
4. תמורה – מתקיים רק לגבי אלה ששילמו את מלוא התמורה.
5. הסתמכות על מרשם שגוי – התנאי הזה פורש בחומרה, צריך הסתמכות על רישום מוטעה אפשר ללכת לשני כיוונים אבל בכל מקרה התנאי לא מתקיים. הרישום צריך להיות לגבי הבעלים הנכון. לסיכום, רק קונים שממלאים את כל התנאים גוברים.

**גישה אחרת זה לבדוק את ס' 9.** הקונים יגברו רק אם יעמדו בשלושה תנאים מצטברים:

1. תום לב.
2. תמורה ורישום – שוב רק הקונים שנתנו תמורה.
3. רישום – רק הקונים אשר ביצעו רישום יגברו על העיקול.

במסגרת עסקאות נוגדות לא לוקחים בחשבון שיקולי צדק (**פס"ד ורטהיימר נ' הררי**). אין צורך ליישם את הלכת גנז מאחר ויש כאן עיקול ומאחר והראשון לא ניצח, כלומר, מיישמים את הכלת גנז כאשר הראשון בזמן גובר.

**תרגיל עסקאות נוגדות במטלטלין****שלב ראשון:**

התחרות היא בין דני לבין קבלני שהוא קבלן שיפוצים. נדרש לבדוק את מערכת היחסים בין דני לבין קבלני, אנו רואים כי הם התקשרו בחוזה שיפוצים, קבלני הפר את החוזה, וכעת דני מעכב את המשאית אשר חנתה במגרש. לאחר חודשים דני מוכר את המשאית בגלל שקבלני לא המשיך את הבניה.

**שלב שני:****יש כאן עכבון –**

המקור לזכות העכבון היא מכוח **ס' 5 לחוק חוזה קבלנות או מכוח ס' 19 לחוק החוזים תרופות** – חשוב תמיד לציין את מקור העכבון.

**דבר שני כאשר אנו נתקלים בזכות עכבון נדרש לבדוק אם הזכות הופעלה כדין, התנאים לעכבון 11(א) לחוק המטלטלין מפרט את התנאים:**

ראשית עכבון זה סעד עצמי, לא טעון רישום, וקל למימוש.

- (1) **ס' 11 (ד) לחוק המטלטלין: החזקה** – העכבון מתקיים מחזיק בידיו את הנכס המעוכב, מתקיים.
- (2) אחזקה ושליטה פיזית בנכס המעוכב
- (3) אסור להשתמש או לממש את הנכס המעוכב אלא בפירוק או בפש"ר – אצלנו קבלני לא פשט את הרגל לכן דני לא היה יכול למכור את המשאית.
- (4) אין צורך להגיש תביעה נגד החייב כתנאי להחלת העכבון
- (5) **יש לפרט את גובה החוב אשר בגינו מופעל העכבון. כאן העכבון בכלל לא מתבצע להבטחת חוב אלא כאמצעי לחץ כדי להמשיך את הבניין אין דבר כזה כי עכבון הוא רק נגד חוב. **רשות שדות התעופה ואח' נ' גרוס, ליבוביץ נ' אוברזון.****



6) האם מותר לעכב נכס אשר השווי שלו גבוה יותר, **11(ב) לחוק המטלטלין, פס"ד השחף**

**נתניה נ' סולניר, שלדות מפעלי מתכת בע"מ נ' שחיבר.**

7) עכבון לא דורש רישום.

**מסקנה** – אנו רואים כי העכבון נעשה שלא כדין לכן פקעה זכות העכבון, אם פקעה זכות העכבון ברור שלא הייתה לו זכות למכור את המשאית לדובדבני, מכאן בעצם דובדבני קנה את המשאית ממי שלא הייתה לו שום זכות למכור אותה.

לכן העימות אשר אנו נדרשים לבחון הוא בין קבלני לבין דובדבני.

למעשה דובדבני רכש ממי שאין לו כל זכות, הרי אדם אינו יכול להעביר זכויות ממה שיש לו.

הזכות של דובדבני תהיה תקפה רק אם דובדבני יעמוד בתנאי **תקנת השוק במטלטלין, ס' 34 לחוק המכר.** יש כאן מכר לדובדבני לכן נדרש ליישם את תקנת השוק במטלטלין, נדרש גם לזהות איזה תקנת שוק חלה. בענייננו תקנת שוק מטלטלין.

**לכן דובדבני יגבר על הקבלן קבלני רק אם יעמוד בתקנת שוק במטלטלין, ס' 34 לחוק המכר:**

- 1) נכס נד – מתקיים.
- 2) עסקת מכר – מתקיים
- 3) תמורה – דודבדני שילם מחיר מלא. **הידקו תעשיות בע"מ נ' עמי את יגאל קבלני חשמל, דנ"א כנען נ' ממשלת ארה"ב.**
- 4) המוכר – המוכר צריך להיות מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר – מתקיים דני מוכר מכוניות משומשות. **קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל.**
- 5) המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר – מתקיים. **אוטו בלה נ' לאקי דרייב.**
- 6) קבלת ההחזקה בנכס – מתקיים, דובדני קיבל את ההחזקה
- 7) **תום לב** – דודבדני היה סבור כי דני הורשה ע"י קבלני למכור את המשאית, ז"א תו"ל סובקייטיבי מתקיים, לא בטוח שיש תו"ל אובייקטיבי קרי עצימת עיניים **רוזנשטרייך נ' חברה ארץ ישראל לאוטומובילים בע"מ**

המרצה לימדה שכאשר מדובר במכר מכוניות אז תום הלב מחייב בדיקה במשרד הרישוי האם יש חובה לבדוק במשרד הרישוי כחלק מחובת תו"ל ?

בעבר לא היה נדרש, אולם כיום לאור קלות הבדיקה יש דרישה כזאת:

**קון נ' חסון, מדינת ישראל נ' בנק הפועלים, גישות המלומדים: פרופ' וייסמן, פרופ' מיגל דויטש.**

מאחר ומתקיים כל תנאי תקנת השוק במטלטלין הרי דובדבני גובר על קבלני והבעלות תופקע מידי של קבלני ותעבור לדובדבני.

**כמה הערות:**

(1) חשוב לשים לב, מדוע פנינו לעכבון – זאת כדי לבדוק שהוא הופעל לדין, במקרה שלנו הופעל לא כדין לכן פונים לתקנת השוק.

עוד דבר חשוב אם זהינו תקנת שוק חשוב לדעת איזה תקנת שוק חלה בקיס.

(2) **דוג לטעות** – דני התקשר בעל-פה מול יוסי לעסקת מכר – הבעיה שאין דרישת כתב לכן מאחר ואין דרישת כתב אין צורך לעמת ביניהם כי לדני אין זכות. אדם אינו יכול לתת זכויות שאין.

(3) **האם ניתן לעכב מקרקעין ?**

התנאים של עכבון נמצאים **בס' 11 לחוק המטלטלין**, ואז עולה המשחבה בגלל שזה נמצא במטלטלין לא ניתן לעכב מקרקעין וזו טעות, **הרי לפי ס' 11 (ד) לחוק המטלטלין** ניתן לעכב מקרקעין.