

1. מבוא הזכות הקניינית:

בקורס נעסוק בשלושה סוגים של קניין:

1. **מקרקעין** - "נכסי דלא ניידי" - נכסים שלא ניתן לנייד אותם - נדל"ן.
2. **מטלטלין** - נכסים שניתן לנייד אותם ממקום למקום. בד"כ מדובר בנכסים שהם זולים.
3. **נכסים ערטילאיים (אינם מוחשיים)** - לא ניתן לראות/לגעת בהם. הם מהווים זכויות, ולמרות זאת הם יכולים להיות נכסים יקרים וחשובים, כמו: פטנט, זכויות יוצרים וכו'. תחום זה בד"כ הוא תת קבוצה בתוך דיני הקניין והוא נקרא "דיני קניין רוחני".

סוגי הזכויות בדיני הקניין:

הבסיס לדיני הקניין זו ההבחנה בין שני סוגים של זכויות:

1. **זכות אישית - זכות אובליגטורית**: מדובר על זכות שיש לאדם אחד כלפי אדם אחר בנוגע לנכס. למשל אדם קנה דירה מקבלן, והוא חתם איתו על חוזה. בשלב זה יש לקונה זכות אישית כלפי הקבלן - זכות שמקורה בחוזה. זכות זו אומרת שאם הקונה יקיים את כל תנאי החוזה, וישלם את מה שצריך, אז הקבלן ימסור לו את הדירה. בינתיים אין לקונה דירה, הדבר היחיד שיש לו זו זכות אישית כלפי הקבלן שקשורה לדירה.
2. **זכות קניינית**: מדובר על זכות שיש לאדם ישירות בנכס עצמו. היא יוצרת קשר ישיר בין אדם לבין נכס. אדם קנה דירה מקבלן, הם חתמו על חוזה, אבל הקונה בנוסף נרשם בטאבו כבעל הדירה. כעת יש לקונה זכות קניינית בדירה - קשר ישיר בין הקונה לבין הנכס.

בדיני קניין תמיד מתחילים עם זכות אישית, כאשר בד"כ מקורה בחוזה. החוזה מצמיח זכות אישית לאדם, כלפי אדם אחר, בנוגע לנכס. המצב יכול להישאר ככה - בעל הזכות נשאר עם הזכות האישית. אך הזכות הקניינית היא הרבה יותר חזקה, ולכן לבעל הזכות האישית כדאי לשדרג את הזכות שלו ולהפוך אותה מזכות אישית, לזכות קניינית.

איך הופכים זכות אישית לזכות קניינית? צריך לעשות איזשהו אקט משפטי מיוחד שקבוע בחוק. **במקרקעין האקט הזה הוא רישום בטאבו. במטלטלין האקט הזה שהופך את הזכות מאישית לקניינית הוא העברת החזקה בנכס. למשל** אדם קנה טלוויזיה משוכללת, הוא חתם על המסמכים מול בעל החנות, שילם, והובטח שישפכו לו את הטלוויזיה תוך שלושה ימים. בשלב הזה הקונה עדיין אינו הבעלים של הטלוויזיה, יש לו רק זכות אישית. לאחר שלושה ימים סיפקו לקונה את הטלוויזיה. מבחינה משפטית, הקונה קיבל את החזקה. מבחינת דיני הקניין, ברגע שהביאו לקונה את הטלוויזיה, הזכות שלו הפכה להיות זכות קניינית, וכעת הוא הבעלים של המוצר. ההחזקה היא זו שמקנה את הבעלות והופכת את הזכות מאישית לקניינית. התשלום לא רלוונטי להפיכת הזכות מאישית לקניינית. בין אם הקונה שילם, ובין אם הוא טרם שילם, זה לא רלוונטי. לא התשלום הוא שקובע אם הזכות היא אישית או קניינית. **לדוגמא**: אדם קנה פנטהאוז 15 מיליון שקל, חתם על חוזה מול המוכר ושילם במקום על הנכס. הזכות שיש לקונה בשלב הזה היא זכות אישית. רק הרישום בטאבו יעניק לקונה את הזכות הקניינית. אבל לתשלום יש בכל זאת רלוונטיות. כאשר רוצים לרשום עסקה בטאבו, צריך למסור בטאבו מסמכים שונים. בין השאר צריך חתימה של המוכר. המוכר לא יסכים לחתום ולהעביר את הבעלות עד שהוא לא מקבל את כל הכסף. לכן בד"כ העסקה נבנית בצורה כזו שהקונה יעביר על שמו את הבעלות בטאבו, רק לאחר שהוא ישלם למוכר את כל תמורת העסקה.

העברת הבעלות

33. הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.

מדוע חשוב להבחין בין הזכות הקניינית לבין הזכות האישית?

ישנם הבדלים מהותיים בין הזכויות:

1. **הזכות הקניינית הרבה יותר חזקה מהזכות האישית, ולכן היא עדיפה. בעסקאות נוגדות פונים לסעיף 9 לחוק המקרקעין.** לשני קונים בעסקאות נוגדות יש זכות אישית - התחייבות כלפיהם (חתמו איתם על חוזה). במצב כזה, הראשון בזמן גובר. אם הקונה השני בזמן, קיים שלושה **תנאים מצטברים, אזי שהוא זה שמנצח, אפילו שהוא השני בזמן. שלושת התנאים הם:**
 - א. רישום בטאבו - הקונה השני נרשם בטאבו - יש לו זכות קניינית.
 - ב. הוא פעל בתום לב - הוא אינו ידע על ההתחייבות הקודמת.
 - ג. הוא נתן תמורה - שילם עבור הנכס.

עסקאות נוגדות

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

2. על כל זכות חל דין אחר, אפילו שהן קשורות לאותה עסקה. לדוגמא: אדם מסוים הוא בעלים של דירה, והוא מחליט להעניק את הדירה במתנה לחברתו. הוא חותם איתה על הסכם מתנה. החברה עוברת לגור בדירה. בשלב מסוים הם נפרדים, והגבר מבקש את דירתו בחזרה. כאשר מתעוררת שאלה של רכוש, יש לברר איזה זכות יש לבחורה בדירה. יש לה זכות אישית, למרות שהיא קיבלה את ההחזקה בדירה. במקרה זה מופעל סעיף 5 לחוק המתנה: אם לא מתקיימים כל התנאים, לא ניתן לבטל את חוזה המתנה.

התחייבות לתת מתנה

5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.
(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם הייתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

אם הדירה כבר נרשמה בטאבו ע"י הבחורה, הדירה נשארת שלה וזה לפי חוק המקרקעין. דוגמא זו ממחישה לנו שעל כל אחת מהזכויות חל כל פעם דין אחר: פעם דיני החיובים ופעם חוק המקרקעין. זכות קניינית תמיד עדיפה על הזכות האישית.

3. היקף האנשים שכפופים לזכות: כאשר מדובר בזכות אישית, מי שכפוף לה הוא אדם אחד - זה הצד השני לחוזה. אם אדם חתם על חוזה מול קבלן, רק הוא צריך להשלים את הבנייה ולמסור לקונה את הזכות. אף אחד אחר לא יהיה מחויב לקונה במקומו. לעומת זאת, כאשר מדובר בזכות קניינית, מי שכפוף לה זה כל העולם. אם אדם הוא בעלים של דירה, כל העולם צריך לכבד את הבעלות של אותו אדם, ואף אחד לא יוכל לתפוס לו את הבעלות שלו בדירה.
4. היכולת להעביר את הזכות לאדם אחר: כאשר מדובר בזכות קניינית, ניתן להעביר אותה בקלות, ללא מגבלות. לדוגמא: לבעלים של דירה יש זכות למכור את הדירה. זכותו להעביר את הבעלות. לעומת זאת, כאשר מדובר בזכות אישית, בד"כ היא לא ניתנת להעברה. על הזכות האישית חלים דיני החיובים (דיני החוזים). "חוק המחאת חיובים" - חוק להעברת זכויות וחובות. חוק זה עוסק בהעברה של חובות וזכויות. סעיף 1 לחוק זה קובע:

המחאת זכות

1. (א) זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה.
(ב) ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד.

סעיף זה אומר שכאשר מדובר בזכות אישית, כן ניתן להעביר אותה, אבל זה נכון בתנאי שאין מניעה להעביר אותה בחוק כלשהו, בהסכם או מכוח הנסיבות. בפועל, כאשר מדובר בזכות אישית, בד"כ כן תהיה הגבלה על היכולת להעביר אותה, לכן רוב הזכויות האישיות לא ניתנות להעברה.

המסקנה היא שהזכות הקניינית עדיפה על פני הזכות האישית, ולכן מומלץ ככל האפשר להפוך את הזכות מאישית לקניינית. הבעיה היא שלא תמיד הדבר ניתן לביצוע. למשל אדם קנה דירה מקבלן, חתם על חוזה, אין לו את כל הכסף הנדרש. הוא סיכם עם הקבלן על תשלומים. עד שהבנייה עוד לא נגמרת אין בכלל אישורים לטאבו. אז אפילו אם הקונה היה משלם הכל במזומן, לא ניתן לרשום על שמו את הדירה. רק כאשר הפרויקט יסתיים, ניתן יהיה לבצע את הרישום בטאבו. לאורך התקופה הזו הקונה נשאר עם זכות אישית. אם הקונה לא ישלם הכל לקבלן, הוא לא היה מסכים להעביר לקונה את הבעלות לפני שיקבל את כל הכסף. לכן יוצא שלאורך תקופה ארוכה הקונה נשאר עם זכות אישית בלבד. הגנה מסוימת לבעל הזכות האישית ניתנת באמצעות "הערת אזהרה".

רשימת הזכויות הקנייניות במקרקעין:

עד עכשיו בכל הדוגמאות שהיו, הזכות הקניינית הייתה בעלות: בעלים של דירה, של מכונית וכו'. אבל ישנן עוד הרבה זכויות קנייניות נוספות: משכנתא, שכירות, חכירה וכו'.

1. הבעלות: מוגדרת בסעיף 2 לחוק המקרקעין:**בעלות**

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

אנו מבינים שבעלות היא הזכות הקניינית הרחבה והמקיפה ביותר, כיוון שהיא מאפשרת לעשות בנכס כל דבר, אבל עדיין יש עליה מגבלות, בכפוף לכל דין או הסכם. **לדוגמא:** אדם הוא בעלים של דירה והוא שומע מוזיקה חזקה אחרי השעה 23:00 בלילה. ישנם חוקים ותקנות שמגבילים את הרעש לאחר שעה זו, ולכן למרות שהוא הבעלים של הדירה, הבעלות שלו כפופה לדין. **לדוגמא נוספת:** נושא ההפקעות. אדם הוא בעלים של מגרש ורשום בטאבו, עד שיום אחד הוא מקבל הודעה מהמדינה שהולכים להפקיע לו 40% מהחלקה לטובת סלילת פסי רכבת. **לפי סעיף 2,** הבעלות כפופה למגבלות. הפגיעה הקשה ביותר היא הפקעה.

2. שכירות: מוגדרת בסעיף 3 לחוק המקרקעין:**שכירות (תיקון מס' 1) תשל"א-1971**

3. שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

זכות השכירות היא מצומצמת ומאפשרת להחזיק ולהשתמש בדירה. המאפיין של שכירות הוא תמורה. השוכר נותן תמורה- דמי שכירות. אלמנט נוסף הוא "שלא לצמיתות"- לא לנצח. שכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן.

קיימת שכירות מסוג מיוחד שנקראת "**שכירות מוגנת**". חל עליה דין ספציפי "**חוק הגנת הדייר**". החוק הזה חל בעיקר על בתים ישנים ונותן הגנה מרחיקת לכת לשוכר שגר בדירה. כאשר השוכר נכנס לגור בדירה, הוא נתן למזכיר/ בעל הבית סכום יחסית גבוה שנקרא "**דמי מפתח**", ובתמורה קיבל את ההחזקה- את המפתח לדירה. אבל דמי השכירות החודשיים בשוטף מאוד נמוכים, כי החוק שואף להגן על הדייר.

בנוסף, שוכר כזה לא ניתן לפנות מהדירה והוא רשאי לגור בה כל ימי חייו. החוק הזה נותן הגנה לשוכר. המטרה שלו הייתה סוציאלית בעקבות גלי העלייה שהגיעו מאירופה. לאנשים לא היה איפה לגור, וכסף לשלם עבור דירה שלמה. הם נתנו את הסכום שהיה להם לבעל הדירה, ובתמורה זכו להגנה טובה. המטרה הייתה למצוא פתרון דיור לכל העולים האלה. כיום, החוק הזה הולך ונעלם. ברגע שהשוכר נפטר, בעל הבית השתחרר ממנו, הדירה מתפנה ובעל הבית זוכה חזרה בדירה וכעת הוא ישכיר אותה בשכירות חופשית, שאינה מוגנת.

ישנם שני שלבים בנוגע לשכירות:

בתחילה, המשכיר והשוכר (הצדדים) חותמים הסכם שכירות ובשלב הזה נולדת לשוכר זכות אישית. השוכר יכול לשלל את הזכות ולהפוך אותה לקניינית- בהקשר זה קיים **חריג מיוחד** לגבי שכירות: בד"כ במקרקעין כדי להפוך את הזכות מאישית לקניינית צריכים לרשום את הנכס בטאבו. אבל, הרישום בטאבו זו פרוצדורה (מילוי טפסים, אגרה) היות ומדובר בעסקה גדולה נדרש עו"ד על מנת לבצע זאת. המחוקק רצה להקל על עסקאות שכירות (הרעיון היה לעודד שכירות) ולכן החוק קובע שבעסקאות שכירות **אין חובה לרשום את העסקה בטאבו כדי להפוך אותה לקניינית**, אלא די בקבלת ההחזקה במושכר (נכס) - **החריג הזה חל רק על שכירות לתקופה של עד וכולל 10 שנים!!!**

המשמעות היא שברגע שהשוכר נכנס לדירה ומקבל את החזקה, יתרה מכך ברגע שהשוכר מקבל את המפתח (אקט משפטי בעל חשיבות עליונה המהווה קבלת החזקה של הדירה) באופן אוטומטי השכירות שלו הופכת מזכות אישית לשכירות קניינית. (הגנה טובה לשוכרים).

החריג נובע משילוב של שני סעיפים:

ס' 79(א) לחוק המקרקעין (שכירות עד 5 שנים): דינה של שכירות קצרה

79. (א) על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.

ס' 152 לחוק הגנת הדייר: פטור מרישום בפנקסי מקרקעין

152. על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות.

זכות השכירות מתחילה תמיד בחוזה שמוליד זכות אישית ולאחר מכן אם בעל הזכות רוצה לשדרג את הזכות לקניינית ע"י ביצוע אקט מיוחד (בשכירות של עד 10 שנים יש את החריג). במידה והשכירות היא מעל 10 שנים אותו אדם יצטרך לבצע רישום בטאבו ע"י הכלל שבמקרקעין כדי להפוך את הזכות לקניינית יש לבצע רישום בטאבו.

ס' 3 לחוק המקרקעין נותן 2 הגדרות:

שכירות מעל 5 שנים - נקראת חכירה (שכירות לתקופה ארוכה). חכירה זה שכירות לכל דבר, רק שהיא לתקופה יחסית ארוכה.

שכירות מעל 25 שנים - נקראת חכירה לדורות. (מקובלת חכירה של 49 שנים).

מי יכול להחכיר לתקופה ארוכה?

1. אדם פרטי
 2. כאשר המדינה מחכירה לדורות (אפשרות נפוצה) - רוב שטח המדינה מצוי בבעלות המדינה. המדינה לא יכולה למכור את הנכסים האלה בגלל "חוק יסוד מקרקעי ישראל" שאוסר על המדינה להעביר בעלות בנכסי המקרקעין שלה. רוצים להבטיח שהנכסים לא יתגלגלו לידי ידיים עוינות. אבל למדינה יש כובע נוסף - היא צריכה לדאוג לאזרחים ולתושבים, אם היא תחזיק את כל הקרקעות אצלה, איפה יגורו התושבים? איפה יקומו מרכזים מסחריים? לכן הפתרון למצב הזה הוא שהמדינה תחכיר לדורות, החכירה היא בד"כ לתקופות של 49 שנים. אנשים לא באמת קונים את הדירות, לא באמת מקבלים בעלות בדירות, אלא הם בסה"כ חוכרים לדורות, כאשר חכירה זו היא זכות קניינית, וגם היא רשומה בטאבו. אם נרצה לבדוק פרטים על דירה מסוימת, נבדוק את הרישום בטאבו ונוציא את הדף עם כל הפרטים על הדירה. לדף הזה קוראים "נסח טאבו". הנסח כולל תיאור קצר של הנכס, הוא מפרט את הזכויות הקנייניות בנכס. כשאנשים קונים דירה הם בטוחים שהם רוכשים בעלות. עד כמה החכירה לדורות שונה מבעלות אמיתית?
- בפועל חוכר לדורות נוהג בנכס "מנהג בעלים". אחרי מותם מורישים את הדירה ולא ערים להבדל. אבל מבחינה משפטית זו עדיין חכירה לדורות ולא בעלות. בתום תקופת החכירה (49 שנים) הזכות פוקעת. אבל בפועל המדינה זה לא מחכיר רגיל - היא מחויבת לדאוג לאזרחים, ולכן הניסיון מוכיח שהמדינה מאריכה את החכירות האלה והציבור - החוכרים לדורות, יכולים להיות רגועים. כשאדם מחכיר את דירתו - הוא מוכר את זכות החכירה לדורות. כשאדם נפטר ומוריש את הדירה שלו - אם הוא חוכר לדורות - הוא מוריש את זכות החכירה לדורות. החכירה לדורות היא זכות קניינית, היא רשומה בטאבו ושווה הרבה מאוד כסף, כמעט כמו שווי של נכס בבעלות פרטית. המקובל בחכירה הוא שכל הסכום משולם מראש

עסקת השכירות יוצרת מצב של שתי זכויות קנייניות במקרקעין במקביל (על אותו נכס) - מצד אחד המשכיר הוא הבעלים, מצד שני השוכר. כל עוד הדברים נעשים בהסכמה, זה לא מצב של עסקאות נוגדות. לבעלים ידוע כי הזכות הקניינית של השוכר כפופה לזכות הקניינית של המשכיר. במסגרת היחסים בין המשכיר לשוכר אין משמעות לשאלה האם השכירות אישית או קניינית, כיוון שמערכת היחסים בין המשכיר לשוכר נשלטת ע"י חוזה השכירות נבדוק מה קובע חוזה השכירות. הזכות הקניינית תהיה חשובה לשוכר בעיקר ע"י צדדים שלישיים. (כדי שלא יפר המשכיר את החוזה עם השוכר). כאשר המשכיר ירצה לשכור לאדם שלישי את הנכס, לא יוכל לעשות זאת כיוון שלאדם השני יש זכות קניינית על הנכס.

3. משכנתא - ההגדרה מופיעה בסעיף 4 לחוק המקרקעין:

ס' 4 לחוק המקרקעין: "משכון מקרקעין".

ס' 1 לחוק המשכון: "משכון הוא שיעבוד נכס כערוכה לחיוב, המשכון מזכה את הנושה להיפרע מהנכס

אם לא סולק החיוב (אם לא נפרע החוב)".

הסבר: משכון ושיעבוד אלו מילים נרדפות, המטרה של המשכון זה להבטיח פירעון של חוב, ואם החוב לא נפרע אז הנושה (מי שלטובתו המשכון) רשאי לממש את המשכון ולהיפרע מהנכס. דוג - אדם לוקח הלוואה מבנק כדי לקנות דירה והוא חותם לבנק על הסכם משכון (במקרה הספציפי - הסכם משכנתא). במידה והחייב פורע את הלוואה כסדרה, המשכון פורע אוטומטית (המשכון הוא נלווה לחוב). אך, אם

החייב לא פורע את ההלוואה אז הבנק רשאי לממש את המשכון, המימוש נעשה בהוצאה לפועל מציעים את הדירה למכירה לציבור הרחב ומי שיציע את המחיר הגבוה ביותר הוא זה שיקנה את הנכס. ברוב המקרים, המחיר שמתקבל מהמכירה לא מספיק לכיסוי החוב ואז הבנק יצטרך להיפרע מהחייב בדרכים אחרות. למשל: עיקול נכסים אחרים, הגשת תביעות משפטיות וכו'. הנושה יתבע את החייב על שארית החוב.

לעומת זאת, אם הכסף שמתקבל מהמכירה עולה על גובה החוב אז העודף נמסר לחייב (בעל הדירה) כי אין שום מטרה שהבנק יתעשר מעבר למה שמגיע לו.

כמוכן שהבנק הוא הנושה (הוא זה שלטובתו המשכון), הבנק אינו רוצה להישאר עם זכות אישית, ולכן מיד לאחר חתימת הסכם המשכון הבנק רושם את העסקה בטאבו. כלומר, המשכנתא נרשמת בטאבו ולבנק יש משכנתא קניינית. על נכס אחד יכולות להיות כמה זכויות קנייניות לאנשים שונים.

בתחילה, זכות אישית מכוח חוזה ולאחר מכן אקט נוסף והפיכת הזכות לקניינית. בדומה לעסקת השכירות, במקרה של משכנתא ישנן 2 זכויות קנייניות על אותו נכס: מצד אחד, הבעלים (החייב) נשאר הבעלים של הדירה. אבל, במקביל (נעשה בהסכמת הצדדים) הבנק יהיה בעל משכנתא קניינית.

4. זיקת הנאה - מוגדרת בסעיף 5 לחוק המקרקעין:

לפי ס' 5 לחוק המקרקעין: "זיקת הנאה היא שיעבוד מקרקעין להנאה ללא זכות להחזיק במקרקעין".

מדובר על זכות שמעניקה לאדם כלשהו הנאה מסוימת במקרקעין של אדם אחר. ההנאה הזו היא מאוד מצומצמת, מאוד מוגדרת, דבר מאוד ספציפי ומסוים. היא לא מעניקה החזקה במקרקעין. הדוג' הנפוצה ביותר הינה: זכות מעבר, אדם מקבל זכות לעבור באופן קבוע בחלקה של אדם אחר. א' הוא בעלים של חלקה פנימית שאין לה גישה ישירה אל הכביש, הדרך היחידה הינה דרך עפר מאוד מפותלת וארוכה. אבל, החלקה השכנה ששייכת ל'ב' היא חלקה שסמוכה לכביש ובינתיים זה מגרש ריק (כלומר, ב' לא עושה בו שימוש). הצדדים א' ו'ב' יכולים להגיע להסכם שמעניק ל'א' את הזכות לעבור באופן קבוע דרך החלקה של ב' ישירות אל הכביש. בשלב הראשון הצדדים יחתמו על חוזה מסודר והחוזה יקבע את כל התנאים של הזכות (לכמה זמן הזכות? האם היא מוגבלת בזמן או לנצח? האם וכמה א' משלם עבור הזכות? פרטים לגבי אופן המעבר). בשלב זה צומחת ל'א' זכות מעבר אישית, כי בשלב זה יש ל'א' את החוזה והזכות של א' היא אישית כלפי ב' בנוגע לנכס (חלקה). בשלב הבא, כדאי ל'א' (זו לא חובה) לשכלל את הזכות האישית, להפוך אותה לקניינית וזאת ע"י רישום בטאבו. (לצורך רישום בטאבו נדרש להציג בטאבו הסכמה של שני הצדדים – טפסים מתאימים לכך ששני הצדדים חותמים, הם מצרפים ומוסרים עותק של החוזה) כתוצאה מכך, נרשמת לטובת א' זכות קניינית- נרשמת לו זיקת הנאה קניינית. זיקת הנאה נותנת- לעבור בחלקה של השכן!

בהקשר זה יש פס"ד מאוד חשוב **שלב נ' הררי מואב** – בחלקה א' הייתה מחצבה, א' היה חוצב אבנים ואז עם משאיות מלאות באבנים היה צריך להגיע אל הכביש, היה מאוד מסובך לעבור עם המשאיות את כל הדרך המפותלת, ולכן היה לו מאוד חשוב לקבל זכות מעבר ישירה וקצרה דרך החלקה השכנה.

5. זכות קדימה- אין לה הגדרה ספציפית בחוק, אבל הסעיף שמסביר אותה הוא סעיף 99 לחוק המקרקעין:

ס' 99 לחוק המקרקעין: זכות קדימה על פי הסכם

99. (א) בעל מקרקעין, או בעל חלק בלתי מסוים במקרקעין משותפים, רשאי לרשום זכות קדימה לגבי המקרקעין, או לגבי חלקו בהם, לטובת אדם פלוני, ומשעשה כן, לא יהיה זכאי להעבירם לאחר, אלא אם הציע אותם תחילה לבעל זכות הקדימה.

(ב) על זכות הקדימה לפי סעיף זה, יחולו הוראות הסעיפים 102-105, בכפוף למוסכם בתנאי הזכות.

א' בעלים של נכס, א' מתחייב כלפי אדם אחר (ב'), שאם הוא א' ירצה אי פעם למכור את הנכס, אז א' קודם כל יציע את הנכס ל'ב'. הצדדים מסכמים ביניהם את פרטי העסקה וחותרים על חוזה בכתב. בשלב הזה צומחת ל'ב' זכות אישית, זכות שמקורה בחוזה שבין הצדדים. לזכות האישית הזאת יש שמות נרדפים: זכות ראשונים, זכות סירוב ראשונה, ל'ב' יש אופציה (כלומר, ברירה להסכים/לסרב להצעה). ב' יודע שלא כדאי לו להישאר עם זכות אישית (אולי א' יפר את ההתחייבות), לכן רוצה לחזק את הזכות האישית שלו וירשום אותה בטאבו כך **שתהפוך לזכות קניינית שקוראים לה זכות קדימה**. לרוב, זכות הקדימה היא נלוות (כלומר, תוספת) לעסקה אחרת שבין הצדדים. דוג' נפוצה לזכות קדימה היא בין שותפים לנכס (שיתוף בנכסים- כמה שותפים לאותו נכס) לעיתים רבות, השותפים מסכמים ביניהם שאם מישהו ירצה למכור את החלק שלו, הוא יציע קודם כל לשותפים. במילים אחרות, זכות קדימה היא זכות נפוצה. חשוב לציין, שא' נשאר כל הזמן הבעלים, אך במקביל לבעלות מישהו מקבל זכות קניינית כלפי אותו נכס, התוכן שלה הוא שאם בעתיד הבעלים ירצה למכור, הוא יציע לבעל זכות הקדימה.

6. זכות שאילה- מוגדרת בסעיף 83 לחוק המקרקעין:

מוגדרת בס' 83 לחוק המקרקעין: " שאילה היא הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות וללא תמורה".

הגדרה של שאילה זהה לשכירות למעט אלמנט אחד- תמורה. שאילה זו שכירות אבל- חנים! מי ששואל את הנכס מקבל זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו לתקופת זמן מוגבלת (חייב להחליט על תקופת השאילה). השואל, לא נותן שום תמורה. לדוג'- אני בעלת דירה, מזמינים אותי לארה"ב ללמד באוני' יוקרתית שנתיים, מתכוננת לעזוב את הדירה שלי. חברה טובה שלי בדיוק התגרשה והיא נמצאת במצב כלכלי לא פשוט, אין לה איפה לגור. אני מציעה לה כי תיכנס לדירתי ותגור שנתיים. מכיוון שאני חברה טובה ואני יודעת באיזה מצב היא, החלטתי לא לבקש ממנה כסף. בשלב הראשון, אנחנו מסכמות את ההסדר בנינו, ואני נותנת לחברה שלי את המפתח, היא נכנסת לגור בדירה. **זו בעצם עסקת שאילה. ניתוח העסקה** במונחים של דיני הקניין: מבחינת התוכן של הזכות- זו בדיוק ההגדרה של שאילה, סוכס כי החברה תחזיק בדירה (קיבלה את המפתח- סימן לקבלת החזקה של הדירה). הוגבל הזמן לשנתיים (כלומר, שלא לצמיתות), בנוסף, החברה לא משלמת לי (כלומר, ללא תמורה). בשלב הראשון ניתן לומר כי חתמנו על חוזה, והצדדים כביכול מסכמים את הכל בחוזה, במקרקעין חלה דרישת הכתב. לכן, לכאורה כל עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. לגבי שאילה קיים חריג שקובע, שאם השאילה היא לתקופה של עד 5 שנים – שאילה עד 5 שנים אפשר לסכם בע"פ. בשלב של חתימת החוזה/ סיכום החוזה בע"פ- קיימת זכות אישית לחברה, משהו אישי בין שני אנשים ביחס לדירה. כעת, החברה יודעת שכדאי לה להפוך את הזכות לקניינית, והיא צריכה לקיים את האקט המשפטי המיוחד שהופך את הזכות מאישית לקניינית- שהוא רישום בטאבו. **אבל לגבי שאילה קיים חריג גם בעניין הזה- שאילה לתקופה של עד 5 שנים לא חייבים לרשום בטאבו כדי להפוך אותה לקניינית אלא בדומה לשכירות די בקבלת החזקה בנכס (ניתן לסגור בע"פ).** במילים אחרות: השואלת- חברתי אינה צריכה לעשות שום דבר מיוחד, **ברגע שהיא מקבלת את המפתח (כלומר החזקה) אוטומטית היא נחשבת כמקבלת של החזקה והזכות שלה היא זכות שאילה קניינית.** (אסור להתבלבל- אני נשארת הבעלים- בהסכמתי, אדם נוסף מקבל זכות קניינית בנכס שלי). החברה שלי תהיה שואלת קניינית בנכס, כאשר אני נשארת הבעלים של הנכס.

זהירות: לא להתבלבל בין שתי הדרישות הפורמליות השונות- האחת, דרישת הכתב העוסקת בשאלה האם חוזה במקרקעין חייב להיות בכתב או אולי בע"פ. השנייה- דבר נפרד לגמרי – הנושא של רישום בטאבו: הרישום בטאבו נדרש כדי להפוך את הזכות מאישית לקניינית. בהקשר זה, קיים חריג לגבי שאילה, שכירות כך שניתן להפוך את הזכות לקניינית גם ללא רישום בטאבו.

כל הזכויות שדיברנו עליהן עד עכשיו מתחילות בעסקה רצונית בין הצדדים. הצדדים חותמים על חוזה, והחוזה יוצר זכות אישית בלבד. ההמלצה היא לשכלל את הזכות האישית לקניינית. הדרך לכך היא ע"י רישום בטאבו, ולכן גם שוכר/שואל יכול לגשת ולרשום את זכותו בטאבו. אבל לכלל הזה יש שני חריגים שבהם הזכות הופכת לקניינית עם קבלת החזקה בנכס, ולכן אין צורך לגשת ולרשום את העסקה בטאבו.

1. **חריג ראשון הוא עסקת שכירות לתקופה של עד 10 שנים- החקיקה נובעת משילוב של שני סעיפים: סעיף 79(א) לחוק המקרקעין+ סעיף 152 לחוק הגנת הדייר.** השכירות הופכת לקניינית ברגע שהשוכר מקבל את החזקה בנכס.

דינה של שכירות קצרה

79. (א) על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.

פטור מרישום בפנקסי מקרקעין

152. על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות

2. **תקופת שאילה-** השואל לא צריך לכתוב את עצמו בטאבו. ברגע שהוא מקבל את החזקה- אוטומטית הזכות הופכת לקניינית והיא שואלת קניינית. **האסמכתא לכך הם סעיפים 79(א)+סעיף 83 לחוק המקרקעין.**

השאלה (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

83. הוראות פרק זה, יחולו, בשינויים המחויבים, על הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות, שהוקנתה שלא בתמורה.

7. זכות עיכבון - זכות קניינית חריגה שנכפית על אדם בניגוד לרצונו, אז אין חוזה שמוליד אותה, והיא קניינית אפילו שהיא לא נרשמת בטאבו.

מופיעה בהרבה מאוד סעיפי חוק, היא מאפשרת למי שמחזיק נכס של אדם אחר לעכב אצלו את הנכס ולא להחזיר את הנכס לבעלים וזאת עד שהבעלים יסלק את החוב שהוא חייב למחזיק הנכס. א' - בעלים, ב' - מחזיק הנכס. א' חייב כסף לב'. כעת מי שמחזיק בנכס הוא ב'. (הנכס לא בידיו של הבעלים). ב' שמחזיק בנכס מעכב אותו - לא מחזיר אותו לבעלים, עד שהבעלים ישלם לו את החוב (יסלק את החוב). לדוג' מהנושא של מטלטלין: מתייחסת למכונת. אני בעלים של מכונת. המכונת התקלקלה, אני מוסרת אותה לתיקון במוסך ואנחנו מסכמים את מחיר התיקון בסך 2000 ₪. בעל המוסך אומר לי לבוא בעוד יומיים לקחת את האוטו. אני באה לאחר יומיים, האוטו מתוקן, אך אני לא מוכנה לשלם את הסכום שהוסכם משום שהחברים בעבודה אמרו לי שהוא עבד עליי ולקח לי מחיר גבוה. אני אומרת למוסכניק כי הוא עבד עליי ואני נותנת לו אך ורק 1000 ₪, המוסכניק מסרב ואומר לי כי אם לא אשלם את מה שסיכמנו, אני לא מחזיר לך את המכונת. בדוג' הספציפית הזאת, המוסכניק צודק. משום שבסיטואציה הזאת נולדה לו זכות עיכבון. הסיכום לשלם סכום שהוסכם עליו - מהווה הפרה של חוזה במידה ואני לא משלמת. העיכבון משמש סעד למוסכניק שנפגע מהפרת החוזה. המסקנה: כי המוסכניק פעל כדין, וזכותו לעכב אצלו את המכונת שלי וזאת עד שאשלם את הסכום המלא. העיכבון הוא זכות מצוינת מבחינת המוסכניק - מהווה זכות חזקה מאוד. באופן פרקטי העיכבון נותן הגנה מצוינת.

זכות עיכבון לא פועלת כמו שאר הזכויות בדיני קניין, אין לנו חוזה שמוליד את הזכות (כלומר, שנותן למוסכניק זכות עיכבון). זכות העיכבון מקורה בחוק, ולא בחוזה. מסקנה: אין כאן את השלב של זכות חוזית שנולדת מחוזה. אלא זכות מכוח חוק. ברגע, שהמוסכניק מעכב אצלו את הנכס הוא מפעיל את הזכות, ממש אותה ומשתמש בה. לאור זאת, בתי המשפט התלבטו האם זכות העיכבון היא זכות קניינית, אבל בשנים האחרונות ישנם מספר פסי"ד חשובים של ביהמ"ש העליון שקבעו **שזכות העיכבון נחשבת זכות קניינית**. זכות העיכבון זו זכות קניינית שאדם מקבל על נכס כלפי אדם אחר. כלומר, יש בעלות קניינית ובמקביל על אותו נכס אדם אחר מקבל זכות עיכבון קניינית. דוג' מהנושא של מקרקעין: אני בעלים של דירה, החלטתי לעשות שיפוץ ענק בדירה. סיכמתי עם שיפוצניק על המחיר. כלומר, יש חוזה ובמידה ולא אשלם זו תהיה הפרה. אני מתפנה מהדירה היות ועומד להיות בלאגן מהשיפוץ, אני נותנת לשיפוצניק את העותק היחיד של מפתחות הדירה - המשמעות היא שהוא קיבל את ההחזקה בדירה. השיפוצניק סיים את עבודתו, אני רוצה לחזור לדירה שלי, אך אני מתחרטת ולא מוכנה לשלם את הסכום שסיכמנו - נראה כי המחיר יקר מידי לעומת השיפוץ. אני אומרת לשיפוצניק כי הסכום יקר, ואני אתן לו פחות מהסכום הרגיל. השיפוצניק אומר כי אם לא אשלם לו את כל הכסף, הוא לא יחזיר לי את המפתח. מכאן, השיפוצניק מעכב בידיו את הדירה שלי, הוא לא מחזיר לי את המפתח וכך בעצם לא מחזיר לי את ההחזקה. השיפוצניק צודק, ופעל כדין. הוא משתמש בזכות עיכבון קניינית שמקורה בחוק.

8. הערת אזהרה - מופיעה בסעיף 126 לחוק המקרקעין:**הערת אזהרה - ס' 126 לחוק המקרקעין:**

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

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

זכות אישית - היא זכות חלשה. לכן, מומלץ מאוד לשכלל אותה ולהפוך אותה לזכות קניינית. הבעיה הינה שלא תמיד הדבר אפשרי, לעיתים זה לוקח זמן רב. לדוג' כאשר קונים דירה מקבלן. (היום כשקונים דירה מקבלן מאוד מקובל לקנות את הדירה "על הנייר" - זה אומר שקונים את הדירה כבר בשלב המאוד מוקדם של הפרויקט, וכל מה שהקבלן יכול להראות לנו זה רק ניירות, תכנית, שרטוט של הדירה. במידה ואגיע לאתר עצמו אולי אראה רק שלד, גדר, או מגרש ריק ללא סימן בנייה). הקבלן הוא בעל תכנונים, ולוח זמנים ולכן מוכר את הבית על הנייר שמחירו נמוך יותר משום שאין עוד כלום בפועל. חתמנו על חוזה וכך נוצרה לי זכות אישית כלפי אדם אחר בנוגע לנכס. אני רוצה להפוך את הזכות לקניינית, אבל אני לא יכולה מכמה סיבות: א. הקבלן צריך לסיים את הבנייה. ב. רק אחרי שהבנייה הסתיימה, רק אז הקבלן רושם את הפרויקט/בניין בטאבו. ג. רק לאחר מכן, כל דירה מקבלת מסי מיוחד משלה כלומר, רישום עצמאי בטאבו. (הליכי הרישום לבדם יכולים לקחת שנה ויותר), רק בשלב הזה אני אוכל להירשם כבעלים של הדירה בטאבו. כלומר, רק בשלב הזה הזכות שלשי עברה לקניינית.

דוג' נוספת: אני קונה דירה קיימת בבניין קיים, האדם שמוכר לי הוא הבעלים של הדירה חתמנו על חוזה ויש לי זכות אישית - משהו אישי ביני לבין המוכר. בחוזה סיכמנו על פריסת תשלומים לחצי שנה (משום שאין ברשותי את הכסף במזומן במעמד חתימת החוזה). אני רוצה את הזכות האישית להפוך לקניינית, אני

רוצה להירשם בטאבו כבעלים של הדירה. אך אמרנו שרישום של עסקה בטאבו, דורש הסכמה של שני הצדדים וברור שהמוכר לא יסכים לוותר על הבעלות לפני שהוא מקבל את כל הכסף.

אלו דוגמאות להראות להם איך לאורך שנים אדם נשאר עם זכות אישית וחשוף לסיכון? אך אין ברשותו לעשות את הזכות לקניינית. **כדי לפתור את הבעיה הזאת ולהגן על בעל הזכות האישית נולדה הערת האזהרה. הסבר: ס' 126 בחוק המקרקעין קובע שברגע שנחתם חוזה לעסקת מקרקעין ונולדה זכות אישית, בעל הזכות האישית יכול לבדו באופן חד צדדי (אינו צריך הסכמה של הצד השני) מיד, לגשת לטאבו**

ולרשום לטובתו הערת אזהרה. שימו לב ♥ הערת אזהרה, זה לא רישום של העסקה עצמה, זה לא רישום של הזכות עצמה. מה שרושמים זה הערה קצרה שאומרת שלגבי הנכס הנדון, כבר נחתם חוזה וכבר נעשתה עסקה, מתי ואיזה עסקה. הרישומים בטאבו פתוחים לכל הציבור (הוא פומבי וגלוי) וכל אדם שהולך לעשות עסקה במקרקעין, דבר ראשון פונה לטאבו ומוציא את הפרטים לגבי אותו נכס הנקרא "נסח טאבו" ובו הפרטים, במסמך זה רואים את הערת האזהרה. ואז, כל אדם בר דעת מבין ורואה שלגבי הנכס כבר נעשתה עסקה, ז"א שנעשה חוזה (למכור, להחכיר, להשאיל, למשכן) ולכן, כל אדם בר דעת לא יכנס לעסקה נוגדת. לכן, הערה כשמה כן היא, היא נועדה להזהיר את הציבור על כך שלגבי הנכס הנדון כבר נעשתה עסקה ואנשים כעת ימנעו לעשות עסקה נוגדת.

מבחינה מהותית הערת האזהרה זה לא רישום העסקה עצמה, אלא ההערה היא משהו טכני יותר שבאה להזהיר. מכאן, שזה לא אמור להיות משהו קנייני. מצד שני, בכל זאת יש רישום שנותן הגנה מצוינת לבעל הזכות האישית. הניסיון מראה, שהערת אזהרה נותנת הגנה כמעט כמו זכות קניינית (וודאי בסיטואציה של עסקאות נוגדות). מהבחינה הזאת, אולי ראוי בכל זאת לראות בה רישום קנייני, כלומר זכות קניינית. ובכן, בתי המשפט מאוד התחבטו בעניין הערת אזהרה- האם זו זכות אישית או רישום קנייני? התקדים בנושא הזה, הוא **פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי**: ביהמ"ש קבע שהערת אזהרה היא **יצור כלאיים**, משהו מעורב בין זכות אישית לזכות קניינית. אומר ביהמ"ש העליון לפעמיים נתייחס אליה כאל זכות אישית, ולפעמיים במקרים אחרים נתייחס אליה כאל זכות קניינית. ביהמ"ש העליון אומר כי לא ניתן לקבוע מראש מתי נשתמש בכל זכות, אלא כל מקרה לגופו. פס"ד זה התקבל בתדהמה, הניתוח המשפטי הוא אכן נכון (מאוד קשה לקבוע לגבי הזכויות והסממנים של כל זכות) אך מבחינה פרקטית רוצים וודאות בדיני הקניין וכללים ברורים וביהמ"ש נותן תשובה בעייתית מהבחינה הזאת כי אין הגדרה מדויקת לכך. בפועל, בכל הסיטואציות שמתעוררות בתי המשפט כולל ביהמ"ש העליון מתייחסים אל הערת אזהרה כאל זכות אישית. זהו מנגנון שבא להגן על הזכות האישית ולא מהווה זכות קניינית. כיום נהוג להתייחס אל הערת אזהרה כאל איזשהו מכשיר חשוב, חזק שמגן על הזכות האישית, אבל הוא איננו זכות קניינית.

רשימת הזכויות הקנייניות במטלטלין-

1. זכות הבעלות- מוגדרת בס' 2 לחוק המטלטלין:

בעלות

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

בעלות במטלטלין זהה לזכות במקרקעין. בעלות שמאפשרת לעשות כל עסקה בנכס אבל בכפוף לכל דין והסכם.

2. זכות שכירות- מוגדרת בס' 1 לחוק השכירות והשאלה:

מהות השכירות

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן – דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

הגדרה זהה כמו בזכות שכירות למקרקעין. להחזיק ולהשתמש בנכס שלא לצמיתות וכנגד תמורה.

3. משכון – ניתן למשכן מכונית, תכשיט וכו'. מעוגן בס' 1 לחוק המשכון:

מהות המישכון

1. (א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. (ב) הערובה יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב.

4. שאילה - ס' 26 לחוק השכירות והשאילה:**מהות השאילה**

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

דוג' לשאילה: יש לי מכונית ואני משאילה אותה לחברתי לסוף שבוע. אני נותנת לחברה שלי להחזיק ולהשתמש בה, לסוף שבוע, ולא בתמורה.

5. זכות העכבון - מופיעה בחוקים רבים. זכות מכוח חוק. המוסכניק שמעכב את המכונית (ראה דוג' לעיל) = עכבון במטלטלין.

הערה כללית: המודל הינו אותו מודל, כל הזכויות הללו למעט עכבון מתחילות בשלב הראשוני כזכות אישית מכוח חוזה (בגלל שלא מדובר במקרקעין, החוזה יכול להיות בע"פ). בעל הזכות האישית יכול להפוך אותה לקניינית ע"י ביצוע אקט משפטי מיוחד ובמטלטלין קבלת החזקה בנכס.

גם במטלטלין, בשלב הראשון - שלב החוזה בין הצדדים - צומחת זכות אישית בלבד. כדי לשכלל אותה לזכות קניינית, נדרש אקט משפטי מיוחד. **במטלטלין האקט הוא "קבלת החזקה בנכס"**. אין מרשם קנייני מסודר, ולכן התחליף לרישום הוא קבלת החזקה.

הסעד בגין פגיעה בזכות הקניינית:

כאשר פוגעים לאדם בזכות הקניינית שלו, הוא בד"כ יגיש תביעה מורכבת שמתבססת גם על עילות בדיני הנזיקין, וגם על עילות בדיני הקניין. הוא בד"כ יבקש גם **סעד של פיצויים, וגם סעד של ציווי**.

1. סעד של ציווי:**סעד של ציווי זה אומר אחד משני צוים:**

א. צו מניעה – זה צו שימנע מהפוגע להמשיך ולעשות את המעשה הפוגע בזכות הקניינית.
ב. צו עשה - צו שמחייב את מי שפגע בזכות הקניינית לעשות מעשה אקטיבי כדי להפסיק את הפגיעה. **למשל:** אני בעלים של מגרש (הזכות הקניינית הרחבה ביותר). מישהו פלש למגרש שלי, הקים שם צריף, ומשתמש במגרש שלי כבר חצי שנה. אני מבקשת ממנו להתפנות והוא מתנגד. אני תובעת אותו בבימ"ש, ומן הסתם אני אתבסס על עילה נזיקית - הסגת גבול, אבל גם ובעיקר אני אתבסס על עילה קניינית. מה זה אומר עילה קניינית? אני אתבסס על סעיף מתאים בחוק המקרקעין. חוק המקרקעין הוא חוק קנייני. מה אני אתבע מהפולש? אני אבקש פיצוי כספי על התקופה שהוא השתמש בנכס שלי עד עכשיו. אפשר במקרה כזה להתבסס בנוסף גם על "חוק עשיית עושר ולא במשפט". הוא נהנה שלא כדין מהמקרקעין שלי. יותר חשוב מהפיצויים, אני אדרוש סעד של ציווי, וזה בעצם הסעד החשוב ביותר. בסעד של ציווי - אני אבקש צו מניעה שימנע מהפולש להמשיך ולתפוס את הנכס. בנוסף, אני אבקש גם צו עשה. היינו צו שיחייב את הפולש להרוס את מה שהוא בנה, לסלק את ההריסות ולהחזיר את המצב לקדמותו. מדוגמא זו אנו רואים שכאשר פגעו לאדם בזכות הקניינית, הוא יכול להתבסס על שורה של עילות וחוקים, והוא יכול לבקש כל מיני סעדים. אבל **הסעד החשוב ביותר הוא סעד של ציווי**.

סעד של ציווי: כאשר מבקשים סעד של ציווי בהתבסס על דיני הנזיקין, לביהמ"ש יש שיקול דעת רחב לעניין הסעד. גם אם ביהמ"ש מסכים שהתביעה צודקת, הוא לא חייב לתת דווקא סעד של ציווי, כפי שהתבקש, והוא יכול להחליט שהוא נותן במקום זה פיצויים. **זה נקבע בסעיף 74 לפקודת הנזיקין:**

מקום שאין ליתן ציווי

74. בית המשפט לא ייתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים.

הסבר לסעיף: נותן שיקול דעת רחב לביהמ"ש לעניין הסעד, הסעיף קובע שבתנאים מסוימים אפילו אם הנפגע מבקש במפורש סעד של ציווי, ביהמ"ש רשאי לתת לו במקום זה סעד של פיצויים. לנפגע בפעמים רבות חשוב לקבל דווקא סעד של ציווי משום שפיצויים לא מתאימים לו. לדוג' בסיפור של הארובה הרצון הוא להפסיק את המטרד הזה ולא פיצויים. או אם פלשו לי לחלקה, אני רוצה צו מניעה שלא יעשה זאת. לכן, אם לנפגע חשוב דווקא סעד של ציווי, אז כדאי לו להתבסס דווקא על דיני הקניין כי שם אין סעיף **כדוגמת ס' 74**, ויתרה מכך בתי המשפט משתדלים יותר לתת הגנה יפה לזכות הקניינית ולעילה הקניינית. אדם שהוא בעל זכות אישית, אינו יכול לתבוע מכוח זכות קניינית ז"א שהוא לא יכול לקבל סעד של ציווי, אלא הוא יוכל לתבוע מכוח דיני הנזיקין, חוזים, ועשיית עושר ולא במשפט.

המסקנה היא שכאשר בעל הזכות הקניינית מתבסס על עילה נזיקית, יש כאן סיכון מסוים מבחינת הסעד. אם לבעל הזכות הקניינית חשוב מאוד לקבל צו כלשהו, והוא לא מוכן להסתפק בפיצויים, כנראה שעדיף לו את הבקשה לצו לבסס על דיני הקניין.

כאשר פגעו לבעל הזכות הקניינית יש אפשרות נוספת, הוא יכול לבסס את התביעה שלו על עילה קניינית, למצוא סעיף מתאים בחוק המקרקעין או בחוק המיטלטלין. לתבוע על סמך העילה הקניינית. כדאי לנפגע להתבסס על העילה הקניינית חזקה יותר, שיקול הדעת של ביהמ"ש לעניין הסעד מצומצם יותר. במידה והוא מבקש סעד של ציווי רוב הסיכויים שהוא יקבל את הסעד המבוקש.

העילה הקניינית - נקודת המוצא היא שכאשר פוגעים לאדם בזכות הקניינית, ראוי לתת לו את הסעד המבוקש. הזכות הקניינית היא זכות חזקה, חשובה והיא ראויה להגנה מיוחדת. יחד עם זה, קיימים שני סעיפי חוק שמקנים לביהמ"ש שיקול דעת. ז"א שביהמ"ש יוכל לבדוק את כל הנסיבות, ויכול להיות שבסופו של דבר הוא יחליט שאפילו שהתביעה צודקת, הוא לא ייתן סעד של ציווי. **הסעיפים הללו הם:**

1. סעיף 14 לחוק המקרקעין:

הגבלת זכויות

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

הסבר לסעיף: אפילו אם לאדם יש בעלות בנכס או זכות אחרת במקרקעין (זכות אחרת = הכוונה לזכות אחרת קניינית במקרקעין), עם כל הכבוד לזכות הקניינית, זה עדיין לא מאפשר לבעל זכות לנצל לרעה את הזכות כדי לפגוע באדם אחר, או לגרום לו לאי נוחות. עצם הזכות הקניינית לא מאפשרת לפגוע בזולת. הסעיף נותן לביהמ"ש שיקול דעת לבדוק את ההתנהגות של בעל הזכות הקניינית עצמו. אותו אדם שפגעו לו בזכות הקניינית - הוא כרגע התובע, ביהמ"ש רוצה לבחון את ההתנהגות של אותו אדם כדי לבדוק האם הוא זכאי לסעד המבוקש. סעיף זה אוסר ניצול לרעה של הזכות הקניינית. אם בעל הזכות הקניינית נפגע ע"י אדם אחר, והוא מבקש סעד של ציווי, לפי **סעיף 14** יש לביהמ"ש שיקול דעת, והוא יכול לבדוק במקביל גם את ההתנהגות של בעל הזכות הקניינית.

2. סעיף 39 לחוק החוזים:

קיום בתום לב

39. בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

סעיף 61(ב) לחוק החוזים:

תחולה

61. (א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון.
(ב) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

עקרון תו"ל - חל בדיני הקניין מכוח שילוב של שני סעיפים בחוק החוזים חלק כללי: **ס' 39 לחוק החוזים "כל זכות שנובעת מחוזה חייבים לקיים ולממש בתו"ל"**. **ס' 61 לחוק החוזים** - מרחיב את תחולת החוק גם כשאין חוזה בין הצדדים. בדיני סכסוכים רבים מתעוררים כשאין חוזה בין הצדדים (לדוג' אדם פלש לשטח שלי, אין בנינו חוזה - אני רוצה לתבוע אותו) שני הסעיפים הללו: $39 + 61(ב) =$ גם כשאין חוזה בין הצדדים, בעל הזכות חייב להפעיל את הזכות שלו בתו"ל. הרעיון מאוד דומה לסי' 14 - גם אם אדם בעל זכות קניינית, אותו אדם יכול ליהנות מהזכות שלו, לממש אותה רק בתנאי שאותו אדם פועל בתו"ל. גם השילוב הנ"ל של הסעיפים נותן לביהמ"ש שיקול דעת, כי ביהמ"ש בוחן את ההתנהגות של בעל הזכות הקניינית. בימ"ש יבדוק את כלל הנסיבות, כמו כן את ההתנהגות של בעל הזכות עצמו.

גם כאשר בעל הזכות הקניינית מתבסס על עילה קניינית, לבימ"ש יש בכל זאת שיקול דעת. השאלה שעולה היא האם מדובר בשק"ד צר או רחב?

רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199:

דוג' טובה לשילוב של ס' 61(ב)+39 לחוה"ח.
עובדות: משפחת רוקר הייתה בעלים של דירה בבית משותף, הדירה היא בקומת הקרקע. משפחת רוקר רצתה להרחיב את הדירה, אז הם השתלטו על חלק מהחצר ובנו עוד חדרים והגדילו את הבית על חשבון החצר שהיא רכוש משותף השייך לכל שאר השכנים. בנוסף, הדירה שלהם הייתה מעל המקלט, הם חצבו מדרגות מהדירה למטה אל המקלט השתלטו על המקלט והפכו אותו לחלק מהדירה. כמובן שגם המקלט הוא רכוש משותף ששייך לכל השכנים. לאורך כל הבנייה השכנים התנגדו לכך, אך משפ' רוקר התעלמו מההתנגדות. אחרי שהכל הסתיים, השכנים התארגנו והגישו תביעה לביהמ"ש בהתבסס בין השאר על עילות קנייניות (על סעיפים מתאימים בחוק המקרקעין). משפ' רוקר פנו אל השכנים בהצעת פשרה, הכוללת סעד של פיצוי. בהצעה זו – משפ' רוקר הציעה לשלם לכל שכן שכום נכבד של פיצוי ובנוסף לבנות לכל שכן מחסן קטן בחצר. למשפ' רוקר הדבר היה כדאי משום שאם הם יצטרכו להרוס את הכל ולהחזיר את המצב לקדמותו הדבר יעלה להם הרבה יותר כסף. אך, השכנים בבניין מתנגדים ומתעקשים על צו הריסה- צו עשה. בהרכב של 7 שופטים הגיע לבימ"ש העליון וכל זה בעניין הסעד. רוקר מציעים פיצוי, השכנים מתעקשים על צו הריסה. בתגובה משפחת רוקר טענה שהשכנים פועלים בחוסר תו"ל ובניגוד לס' 14 לחוק המקרקעין וזאת כי לפי הטענה ההתעקשות דווקא על צו הריסה שתגרום נזק כספי גדול למרות שמשפ' רוקר רוצה לפצות, הם פועלים בחוסר תו"ל ומנצלים לרעה את הזכות הקניינית שלהם. **ביהמ"ש קבע:** בדעת רוב, שאמנם **סעיפים 14 לחוק המקרקעין ו-39 לחוה"ח** מעניקים לביהמ"ש שיקול דעת, אבל זה שיקול דעת מצומצם ביותר. רק במקרים קיצוניים ביותר וחריגים של חוסר תו"ל מצד התובע (בעל הזכות הקניינית), רק אז יעשה שימוש בסעיפים הללו, רק אז בימ"ש יוכל להחליט באופן חופשי לעניין הסעד. אבל, בימ"ש קובע שזה אינו המקרה. במקרה הזה, השכנים צודקים- פגעו להם בצורה קשה בזכות הקניינית, הם לא משתמשים לרעה בזכות שלהם, בימ"ש החליט כי הם צודקים בתביעה. לכן, התוצאה של פס"ד הייתה צו הריסה- צו עשה. **הערעור נדחה, על משפ' רוקר להרוס את מה שבנו.**
לפי הלכת רוקר- ניתן להבין שכאשר פוגעים לאדם בזכות קניינית, עדיף לו לבסס את התביעה על עילה קניינית, כי אז אם הוא מבקש סעד ציווי, רוב הסיכויים שזה אכן הסעד שהוא יקבל. פס"ד זה הולך בקו השמרני וממשיך בנקודת המוצא שצריך לתת הגנה לבעל הזכות הקניינית- יש לתת לו את הצו המבוקש.

ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (מאגר נבו, 2012):

עובדות: מדובר על שני בתים צמודי קרקע בשכונת יד אליהו בת"א. בית אחד הוא בבעלות אדון נעמה, והבית השני בבעלות גב' טורקיה. במשך שנים רבות השכנים חיו בשלום. עד שיום אחד, התברר לאדון נעמה שבעצם קו הגבול בין החלקות מסומן לא נכון, והגבול האמיתי צריך להיות 2 מ' פנימה לתוך החלקה של טורקיה. כתוצאה מכך, מסתבר שהקצה של הבית של טורקיה בעצם בנוי על השטח ששייך לנעמה. אדון נעמה דורש מגברת טורקיה להחזיר לו את החלק שמגיע לו. אבל, זה מחייב את גב' טורקיה להרוס את הקצה של הבניין. הבעיה היא שבדיוק שם נמצא המטבח שלה, ריכוז צנרת המים, ביוב, גז וחשמל וכו'. מבחינתה של גב' טורקיה הדבר מהווה אסון. נעמה דורש ממנה להרוס, ותבע אותה לבימ"ש וביקש צו הריסה- צו עשה! גב' טורקיה מציעה בתמורה פיצויים. אבל נעמה מתנגד ומתעקש דווקא על ציווי ולטענתה של טורקיה זה חוסר תו"ל ושימוש לרעה בבעלות הקניינית שלו.

ביהמ"ש קבע- סעיפים 14 לחוק המקרקעין + 39 לחוה"ח מעניקים לבימ"ש שיקול דעת לעניין הסעד. הסעיפים הללו מאפשרים לבימ"ש לשקול את כל נסיבות המקרה ולהחליט מהו הסעד המתאים בנסיבות. לגבי המקרה הנדון, מתברר שמי שבנה את הבית על החלקה השכנה זו לא גברת טורקיה אלא הבעלים הקודם שמכר לה את הבית. יתרה מכך, המכירה הייתה לפני עשרות שנים. במשך כל השנים הללו אדון נעמה מעולם לא התלונן על כך, יותר מזה- הבעלים הקודם שביצע את הבנייה הייתה חברה עירונית (חברת בת של עיריית ת"א) אז חזקה עליה שהיא בנתה את הבית לאחר מדידות וכפי שצריך, ובגלל שדובר בחברה עירונית אפשר להגיד שגב' טורקיה סמכה על החברה ולא הייתה צריכה לבדוק. בנוסף, ההריסה של המבנה תגרום לגברת טורקיה נזק עצום, כאשר במקביל תוספת השטח (2 מ' בסה"כ) לא יתנו ערך רב יותר לשטח של נעמה ואינם עקרוניים לו. למעשה, בימ"ש מפעיל שק"ד רחב ובודק את כל נסיבות המקרה. הוא מתמקד לא רק במי שפגע בזכות הקניינית (הגברת), אלא בוחן גם את ההתנהגות של התובע (השכן- בעל הזכות הקניינית). בימ"ש העליון מחליט על פיצויים. נקבע שגב' טורקיה תשלם פיצויים גבוהים מאוד לאדון נעמה- כי הפיצויים הם גם על השימוש בעבר וגם פיצויים מידי חודש בחודשו. הגב' איננה צריכה להרוס את המבנה. **אבל, ברע** שהגב' תרצה אי פעם למכור את הבית, מי שיקנה ממנה יהיה חייב להרוס. בפועל, רשמים על כך הערה בטאבו ואז כל מי שיקנה את הדירה (גם אם הגב' תרצה להסתיר ולא לספר), הדבר יהיה כתוב בטאבו כאזהרה ויחליט אם מתאים לו לקנות. **נשאלת השאלה האם זה שינוי של הלכת רוקר נ' סלומון-** לכאורה כן, כי בימ"ש מפעיל שק"ד רחב, ובפס"ד רוקר קבעו שצריך להיות שק"ד צר. מצד שני, הנסיבות הן אחרות לגמרי מפס"ד רוקר נ' סלומון. אולי רק בגלל אותן נסיבות ביהמ"ש נאלץ לפעול כפי שהוא פעל.

5. הבעלות, מהותה ותחומה**תחום הבעלות במקרקעין:****סעי' 11 לחוק המקרקעין****עומק וגובה**

11. הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום.

הסבר לסעיף: בעלות בנכס מקרקעין כוללת שלושה רבדים:

- 1. השטח של הקרקע**
- 2. עומק האדמה מתחת לפני השטח.** תיאורטית עד לב ליבו של כדור הארץ. לגבי עומק הקרקע כל זה **כפוף לחריגים ספציפיים**, למשל: מים. המים אמנם יוצאים מעומק הקרקע ששייכת לאדם, אך יש את חוק המים ולפיו המים במדינה שייכים אך ורק לה למרות שהם בעומק הקרקע של אדם, והמים שייכים למדינה. כנ"ל גם לגבי נפט בעומק הקרקע- לפי חוק הנפט, לא משנה היכן מגלים אותו הוא שייך למדינה. (צריך לקבל זיכיונות מהמדינה). דוג' נוספת היא עתיקות- בחפירה של יסודות בעומק האדמה, גילוי עתיקה היא חייבת בדיווח לרשות העתיקות.
- 3. חלל הרום-** כל האוויר מעל הקרקע שייך לאותו אדם שהוא בעל השטח. **בכפוף לחריגים ספציפיים-** מעבר בחלל הרום- מותר למישהו אחר לעבור בחלל הרום הפרטי שלי. חריג זה בשביל לאפשר לכלי תעופה לעבור בחלל הרום.

עברה הצעת חוק בכנסת לתקן את סעיף 11 ולאפשר בחלקות שונות "רישום תלת ממדי". הרעיון הוא שניתן יהיה להפריד את שלוש השכבות שמדבר עליהן סעיף 11, כל אחד יירשם בטאבו כנכס נפרד ויוכל להיות בבעלות נפרדת. הצעת החוק החדשה תאפשר בעיקר את ההפרדה בין הקרקע לבין עומק הקרקע, כך שבעל קרקע מלכתחילה לא יוכל לשלוט על מה שקורה בעומק הקרקע כי זה יהיה נכס נפרד שלא בבעלותו. ההפרדה הזו חשובה כי בשנים האחרונות אנו מבינים את החשיבות של עומק הקרקע ומה שניתן לעשות בה: רכבת קלה, צנרת, מנהרות וכו'. אם בעלות בעומק הקרקע תהיה דבר נפרד, יכול להיות שהמדינה תהיה הבעלים והיא תחכיר/תמכור לנו לדורות רק את הקרקע עצמה.

הבעלות הינה הזכות הרחבה יותר, **מעוגנת בס' 2 לחוק המקרקעין**. הבעלות מאפשרת לעשות בנכס כל דבר וכל עסקה בכפוף לכל דין והסכם. הבעלות נרשמת בטאבו ונחשבת לזכות קניינית.

בעלות

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

המחובר לקרקע

12. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר.

בעלות במקרקעין מורכבת מכמה דברים, היא כוללת לא רק את הקרקע אלא עוד שלושה סוגי דברים שהבעלים בקרקע יהיה הבעלים שלהם:

- 1. בנוי על הקרקע** (בתים, מבנים, מחסנים וכו')-מדובר על מבנים קבועים. מהווה חלק מנכס המקרקעין הכולל.
 - 2. נטוע על הקרקע** (אם יש על הקרקע עצים, צמחים, גידולים חקלאיים וכו') – מהווה חלק מנכס המקרקעין הכולל.
 - 3. כל מה שמחובר לקרקע** (דברים נוספים שמחוברים לקרקע).
- במילים אחרות, דבר שרק נמצא בשטח, ולא מחובר בחיבור של קבע, לא נחשב חלק מנכס המקרקעין הכולל.
- לדוגמא:** קרוואן למגורים שמביאים לחלקה, יכול להיות שגרים שם, אבל כל עוד הוא רק מונח, הוא לא נחשב חלק מנכס המקרקעין הכולל, והוא נחשב בעצם מיטלטלין.

אבל, כל זה חל בתנאי שמתקיימים שני תנאים מצטברים :

1. חיבור של קבע

2. מה שנמצא על הקרקע אינו ניתן להפרדה.

אם לא מתקיימים שני התנאים המצטברים, מה שנמצא על הקרקע יחשב מיטלטל נפרד.

חוק המקרקעין שלנו הוא מ-1969 ולכן זה בולט שסעיף 12 משקף לנו את שנות ה-60. בשנים אלו היה כמעט בלתי אפשרי לנתק דברים רבים מהקרקע. אבל היום, המציאות השתנתה, ובאמצעים טכנולוגיים למעשה אפשר היום כל דבר להפריד מהקרקע.

הסבר תנאים מצטברים :

תנאי מספר 1: מהו חיבור של קבע ?

ע"א 567/68 שפון נ' קאופר : חוק הגנת הדייר.

עובדות המקרה: דובר על חנות שהייתה בו בפנים מין קומת ביניים (גלריה). הגלריה הייתה בנויה כך : על הרצפה/ קרקע העמידו עמודים מאוד מאסיביים מעץ. על העמודים השכיבו קורות ברזל מאסיביות ועל קורות הברזל הניחו פלטות מאסיביות מעץ כשכמובן הפלטות נוגעות סביב לקירות. (דבר המונח על דבר וכן הלאה). התעוררה השאלה : **האם מדובר בחיבור של קבע?**

בימ"ש העליון בדעת רוב ענה בשלילה כי זה לא חיבור בדרך קבע, משום שמדובר על דברים שמונחים אחד על השני ועל השלישי. בימ"ש אומר כי חיבור של קבע דורש חיבור מאסיבי, יציקה או חדירה אל הרצפה או הקיר.

אבל, דעת המיעוט של השופט ברנזון הייתה : כי כן מדובר בחיבור של קבע. לגישתו, יש לבדוק את כל הנסיבות ולא רק את אופן החיבור. **מה בודקים למשל?**

- היציבות של המבנה, הינו מאוד מאסיבי.
- החומרים מהם הוא עשוי.
- הקביעות של המבנה- כמה שנים זה עומד? הרבה מאוד שנים
- אופן ההצמדה
- המראה החיצוני.

במילים אחרות, הכל תלוי בנסיבות. שופט המיעוט קבע שכן מדובר בחיבור של קבע.

בגישה זו, **תומכים פרופ' מיגל דויטש ופרופ' יהושע וייסמן** (מלומדים בדיני קניין).

בחיבור של קבע כאשר מתעוררת שאלה, נדרש לנתח לפי שתי הגישות- גם של דעת הרוב, וגם של דעת המיעוט של שני המלומדים.

בהקשר לס' 12 :

ע"א 2587/12 מלונות צרפת ירושלים בע"מ נ' מנהל מס שבח(2013) : עוסק למעשה בתחום אחר – דיני המס, ולא ספציפית על ס' 12 לחוק המקרקעין. כדי להכריע בשאלת המס היה צריך לבדוק מה בדיוק כולל נכס המקרקעין שנמכר. יש לו חשיבות רבה לעניינו, אך הוא לא בהכרח מבטל את פסה"ד הקודם.

עובדות המקרה: דובר בשלד של בניין, שאמור היה להיות מלון. בשלד הספיקו להתקין מערכות מיזוג אוויר מאוד יקרות, מערכות חשמל ומעליות רבות ומפוארות. בשלב הזה, הבעלים של הנכס מכר אותו לקונה מסוים. מכר מקרקעין מחויב במס שבח. התעורר ויכוח מול שלטונות המס על מה בדיוק צריך לחשב את מס השבח, האם רק על המבנה (השלד עצמו) או אולי צריך לחשב את המס גם על כל המערכות והמעליות הכוללות בו. החברה טענה שהמערכות והמעליות הם מיטלטלין נפרדים ולא צריך לשלם עליהם מס, ואילו רשויות המס טענו שכל המערכות הללו הן חלק מנכס המקרקעין הכולל כי הכל ביחד נמכר כפי שהוא. השאלה המתעוררת היא : מתי נגיד שהדברים שמחוברים לנכס מקרקעין (מותקנים בנכס מקרקעין) הם חלק מהנכס ומתי לא?

ביהמ"ש העליון קבע: השתמש בפס"ד זה במבחן חדש "**מבחן הכוונה**" (בהתבסס על הדין האמריקאי). מבחן זה אומר כי : יש לבחון את כוונת הצדדים ולראות איך הם ראו את העסקה, איך הם ראו את המערכות והמעליות. האם כחלק מהנכס או אם לאו.

כדי ליישם את "מבחן הכוונה" נשתמש במבחני עזר, למשל :

1. אופי החיבור, היציבות והקביעות שלו.
2. מבחן כלכלי- האם מה שמחובר יאבד באופן ניכר מהערך שלו אם ננתק אותו.
3. האם מה שמחובר יאבד את הזהות שלו בעקבות הניתוק.
4. מבחן השכל הישר וחוש המומחיות של המשפטן. (תחושה להבין על מה מדובר).

במקרה הנדון, אחרי שבימ"ש בדק את כל האלמנטים הללו הוא הגיע למסקנה שהמערכות לא נחשבות מיטלטלין נפרדים, אלא חלק מהנכס כולו ולכן צדק מנהל מס שבח כשהוא דרש מס על השווי הכולל של העסקה כולה.

מבחן הכוונה מזכיר מאוד את דעת המיעוט של ברנזון. אם כך, רואים שביהמ"ש העליון כנראה זונח את הגישה הפורמליסטית הנוקשה של דעת הרוב בפס"ד שפלן נ' קאופר ונוטה יותר לכיוון של דעת המיעוט בפס"ד זה.

תנאי מספר 2: מתי נגיד שהמחובר, אינו ניתן להפרדה? (מה שבנוי נטוע או מחובר לקרקע צריך להיות לא ניתן להפרדה מהקרקע).

כשחוק המקרקעין נחקק ב-1969 לא היו את כל האמצעים הטכנולוגיים של היום לכן התנאי הזה האם משהו ניתן להפרדה כן או לא- היה מבחן שמתאים לאותה תקופה.

כיום במאה 21 האמצעים הטכנולוגיים השתנו, וכמעט כל דבר ניתן להפרדה. כיום צריך לבדוק- האם ניתן לנתק את המחובר מהקרקע בהפרדה פשוטה, כאשר עלות הפרדה לא יקרה מדי, וכאשר הניתוק לא יגרום נזק רב מדי למחובר או לקרקע. דוג' חלקת אדמה גדולה ועליה עשרות עצי זית שכבר שנים מניבים זיתים. המשפחה מכרה את הקרקע למשפחה אחרת, סוכס מחיר. בחוזה, לא הייתה התייחסות לעצים. מצד אחד, המשפחה שמכרה תכננה לעקור את העצים, כי כיום העצים ניתנים להפרדה ולמכור מגרש ריק. הקונה ששילם על הקרקע הבין שהוא מקבל גם את העצים. התעוררה השאלה האם העסקה הזאת שהחווה לא נותן פתרון האם היא כוללת גם את העצים? לפי ס' 12 ניתן לבדוק מהו הנכס שנמכר, ואם העצים ניתנים להפרדה הם לא מהווים חלק מהנכס מקרקעין הכולל.

כיום ניתן להפריד גם בניינים ע"י מכשור. במתחם שרונה בת"א - בשלב כלשהו רצו להרחיב את הכביש ולהוסיף מדרכה בנוסף. אחד הבתים העתיקים היה מאוד צמוד לכביש ולא ניתן היה להפריד את הכביש או המדרכה. במבצע טכנולוגי מורכב ביותר וגילחו את הבית מתחת ליסודות הקרקע 4 מ' פנימה והדבר פתר את הבעיה. הדבר מראה לנו שאפילו בתים ניתנים היום להפרדה.

אם כך נשאלת השאלה מה המשמעות של תנאי מס' 2 ?

הגישה המקובלת ע"י המלומדים היא שאת תנאי מס' 2 צריך לפרש ברוח הזמן, לעשות אותו מודרני שמתאים לאותה תקופה. לכן, מה שצריך לבדוק:

- האם ניתן לנתק את המחובר מהקרקע כאשר הפרדה נעשית באמצעים שגרתיים (לא מכוונות מיוחדות מגרמניה).
- כאשר העלות של הפרדה סבירה.
- ובתנאי שהפרדה לא גורמת לנזק רב מידי לקרקע או למחובר.

היקף העסקה במקרקעין

13. עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת.

הסבר לסעיף: אם עושים עסקה במקרקעין, העסקה כוללת את נכס המקרקעין כולו. (הקרקע, עומק הקרקע, חלל הרום ומה שבנוי, נטוע ומחובר לקרקע לפי ס' 12). מוסיף הסעיף ואומר, שלא ניתן לבצע עסקה בחלק מסוים מהנכס. אם למשל יש לי מגרש גדול שרשום בטאבו כחלקה אחת (נכס אחד), אני לא יכולה למכור חלק מהמגרש. כלומר, או שמוכרים הכל, או כלום. דוג' נוספת: חדר בדירה- הדירה היא נכס אחד (רשומה בטאבו כדירה אחת), לא ניתן למכור חדר אחד מהדירה.

כלומר, לא עושים עסקה בחלק מהנכס. יחד עם זאת, לכלל הזה יש חריגים: אחד מהחריגים זו עסקת שכירות לפי ס' 78 לחוק המקרקעין, שכירות באופן חריג כן ניתן לבצע בחלק מהנכס.

שכירות של חלק מסוים של מקרקעין

78. על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין.

בחלק מהמקרים ניתן לעשות חלוקה (פרצלציה של הנכס) במקום מגרש אחד גדול, יהיו שני חלקים שכל אחד ירשם בטאבו כבעל נכס. אך לא תמיד ניתן אישור מהרשויות. בטאבו- במקום המגרש הגדול ירשמו שני המגרשים הקטנים, כל אחד כנכס נפרד, ואז יהיה ניתן למכור את אחד מהמגרשים בנפרד. אבל אם רשויות התכנון והבנייה לא מסכימות, אז אין מה לעשות ואי אפשר לבצע את החלוקה ולמכור חלק מהמגרש. החריג לכך הוא סעיף 78 שהזכרנו למעלה.

מחברים במיצר -**ס' 49 לחוק המקרקעין: ס' 49 לחוק המקרקעין – בעלות ושימוש**

(א) קירות, גדרות, עצים, ומחברים כיוצא באלה הנמצאים במיצר של מקרקעין שכנים (להלן - מחברים שבמיצר), יראום כנכסים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.
(ב) מחברים שבמיצר רשאי כל אחד מבעלי המקרקעין להשתמש בהם למטרה שלשמה הוקמו, וחייב הוא להשתתף בהוצאות הדרושות כדי להחזיקם במצב תקין לפי שיעור שהוסכם ביניהם, ובאין הסכם כזה - בחלקים שווים, זולת אם מידת השימוש בהם הייתה שונה.

מיצר הוא קו הגבול בין 2 חלקות. הרבה מאוד סכסוכים נוגעים לגבול בין שתי חלקות ולכן כבר חוק המקרקעין עוד ב-69 ייחד מס' סעיפים לטיפול בסוגיה הזו. ס' זה מתייחס לבעלות, שימוש וחלוקת הוצאות.

ס' 50 לחוק המקרקעין : עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר, פירותיהם שנשרו לתחום מקרקעין שכנים הם של השכן; נשרו למקום שיש לציבור גישה חופשית אליו, זכאי כל עובר ושב ליטול אותם לעצמו. למי שייכים המחברים, למי הבעלות על הדברים הללו: ס' 49 אומר שנכסים כאלו שנמצאים במיצר רואים אותם בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. כלומר, מה שנמצא באמצע על קו הגבול הוא נכס משותף לשני בעלי החלקות. הס' ממשיך וקובע הסדר לגבי אופן השימוש במה שנמצא על קו הגבול – אם יש חומה האם כל אחד מהשכנים יכול להשתמש? הס' מתייחס גם לחלוקת ההוצאות למשל אם צריך לתחזק את החומה איך מתחלקות ההוצאות?

פירות של עצים. עץ שחלקו העליון פולש לחלקה השכנה, כאשר לעץ יש פירות. ס' 50 : פירות שנשרו לחלקה של השכן, שייכים לשכן. הסעיף לא מתייחס לפירות שלא נשרו (ז"א לפירות שעדיין על העץ). למי שייכים הפירות שטרם נשרו? לבעל העץ.
לפי ס' 11 לחוק המקרקעין :

מי שהוא בעלים של קרקע הוא גם הבעלים של כל חלל הרום מעל הקרקע. לכן, לפי ס' זה לכאורה הפירות של העץ שפולשים לחלל הרום של השכן- שייכים לכאורה לשכן.

אבל, ס' 50 הוא דין ספציפי המתייחס באופן ספציפי לסיטואציה הזאת, הכלל הפרשני שדין ספציפי גובר על דין כללי, ולכן מה שקובע זה ס' 50 ולא ס' 11. ס' 50 הוא סוג של חריג לס' 11. לכן, הפירות שטרם נשרו שייכים לבעל העץ!

אם העץ נמצא בעומק החלקה של בעל העץ ועדיין פולש וודאי כי הפירות שפלו שייכים לבעל העץ, לכן לא משנה איפה נמצא העץ, פירות הפולשים לשכן עדיין שייכים לבעל העץ.

ס' 51 ענפים ושורשים: ס' 51 לחוק המקרקעין – צמחים הגדלים סמוך למיצר

עצים או צמחים אחרים הגדלים סמוך למיצר וענפיהם או שורשיהם מתפשטים לתוך מקרקעין שכנים, אין בעל המקרקעין השכנים או המחזיק בהם (להלן - השכן) רשאי לדרוש סילוק הענפים או השורשים, אלא אם יש בהם כדי להזיק למקרקעין או להפריע לו במידה בלתי סבירה בהנאה מן המקרקעין; דרש השכן מבעל הצמחים לסלק ענפים או שורשים כאלה ולא סולקו תוך זמן סביר, רשאי הוא לסלקם בעצמו על חשבון בעל הצמחים.

מדובר בסיטואציה אחרת, עצים או צמחים הגדלים סמוך למיצר.

הפעם הענפים שלהם או השורשים שלהם פולשים לחלקה של השכן. במצב כזה לרוב יש הפרעה קשה לשכן (הענפים מסתירים לו את האור/ בשלכת יש לכלוך/ בעיית השורשים שיכולה לעקם את כל מה שבדרך). ברור כי במצב כזה השכן ירצה לנסר את השורשים, אך עלול לגרום למותו של העץ.

מהם הזכויות והחובות השל הצדדים?

ס' 51 קובע שבשלב ראשון השכן רשאי לדרוש מבעל העץ לסלק את השורשים או הענפים בתנאי שהם באמת מפריעים לו במידה בלתי סבירה. אם בעל העץ לא סילק תוך זמן סביר רק אז, רק בשלב הזה מותר לשכן לגזום בעצמו על חשבון בעל העץ. ז"א השכן זכאי להחזר הוצאות מבעל העץ.

גם הסעיף הזה סותר לכאורה את ס' 11 לחוק המקרקעין, לפי ס' 11 מי שנחשב בעל הקרקע הוא הבעלים גם של כל עומק הקרקע (איפה שהשורשים נמצאים) והוא הבעלים גם של כל חלל הרום (החלל שמעל הקרקע). לפי ס' 11 לכאורה, השכן יכול לעשות על ההתחלה כרצונו. אבל, ס' 51 גובר על ס' 11 כי הוא ספציפי יותר ומתייחס ספציפי לסיטואציה הזו, לכן השכן לא חופשי לסלק את ההפרעה כרצונו אלא הוא צריך לפעול במדויק לפי כל השלבים בס' 51.

ההבדל בין בעלות לבין חכירה לדורות (שכירות לתקופה ארוכה):

בעלות וחכירה אלה שתי זכויות שונות לחלוטין. צריך לדעת שבישראל רוב שטח המדינה (94%) מצוי בבעלות המדינה. יתרה מכך, חוק יסוד מקרקעי ישראל קובע שכעיקרון אסור למדינה להעביר את הבעלות במקרקעין שלה (הרעיון הוא פשוט שלנצח הנכסים הרבים הללו יישארו בבעלות המדינה). אבל, למדינה יש תפקיד נוסף: היא רוצה לדאוג לאזרחיה, אינה רוצה שיישארו קרקעות ריקות בבעלות. הממשלה רוצה שהציבור ייהנה מהנכסים הללו (קרקעות, אדמות חקלאיות, בנייני מגורים). המדינה הייתה

דיני קניין
פרופ' פלאטו-שנער רות

רוצה למכור את הנכסים אך אסור לה, לכן המדינה מחכירה את הנכסים הללו לדורות (בד"כ התקופה המקובלת היא 49 שנים) בתום 49 שנים, החכירה מתחדשת שוב ושוב לתקופות דומות. התופעה של חכירה לדורות יוצרת בלבול משום שמבחינה משפטית אמיתית חכירה לדורות איננה בעלות. עם זאת, בפועל החוכרים לדורות נוהגים הרבה פעמים מנהג בעלים בנכס, העלול ליצור כל מיני תקלות.

7. בניה ונטיעה במקרקעי הזולת

אדם שבנה מבנה או נטע נטיעות, או חיבר איזשהו מחובר של קבע בקרקע של אדם אחר, ללא הסכמתו. בד"כ דבר כזה קורה בגלל טעות בתום לב (פס"ד נעמה נ' טורקיה), אך עם זאת, לעיתים הדברים נעשים באופן מכוון ומודע.

נק' הנחה ראשונה היא שמדובר בחיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה. נדרש ליישם את אותם מבחנים:

- א. מה נחשב חיבור של קבע.
- ב. מה נחשב חיבור שאינו ניתן להפרדה.

הנחה שנייה היא שבעל הקרקע לא הסכים לדבר.

עוד נק' חשובה החוק לא מייחס חשיבות לשאלה האם התקלה הזו קרתה בתו"ל (בטעות), או אולי באופן מכוון. החוק קובע פתרון מסוים שבנוי על כמה שלבים שחייבים ללכת לפעול לפי הקבוע בחוק.

ברירת בעל המקרקעין

21. (א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן - הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל המקרקעין לקיים את המחברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן - המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם.

(ב) בחר בעל המקרקעין לקיים את המחברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שווים בשעת השימוש בברירה לפי סעיף קטן (א), לפי הפחות יותר.

(ג) דרש בעל המקרקעין סילוק המחברים והמקים לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקים.

(ד) סולקו המחברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים; סילקם בעל המקרקעין, רשאי הוא להיפרע מהם על חשבון המגיע לו בעד הסילוק.

ס' 21 לחוק המקרקעין:

אם קרתה תקלה (בנה/חיבר/ הקים מחובר בקרקע של אחר ללא הסכמתו) אז הבחירה היא של בעל המקרקעין, **ויש לו שתי אפשרויות:**

1. **לדרוש מהמקים סילוק של המחברים, על חשבונם של המקים.** אם המקים לא סילק תוך זמן

סביר (זמן סביר הוא תלוי נסיבות) אז שוב יש לבעל המקרקעין שתי אפשרויות:

א. **לסלק בעצמו על חשבון המקים.** יש כאן מצב שהנפגע משיג את התוצאה הרצויה בעצמו, מבלי לפנות לערכאות.

ב. **השארת המצב כפי שהוא** - בעל הקרקע גילה את מה שקרה, דרש מהמקים לסלק, עבר זמן

סביר, והמקים לא סילק. בעל הקרקע יכול להחליט שהוא משאיר את זה, ויכול להגיד שהוא ישתמש בזה. (לפי ס' 12 לחוק המקרקעין - הדבר שייך לו משום שזה על הקרקע שלו). **במצב**

כזה בעל הקרקע לא צריך לשלם למקים עבור אותה הקמה. ההנחה של המלומדים היא שברגע שהמקים לא ציית לדרישת הסילוק, רואים אותו כמי שוויתר על המחובר לכן הוא לא

זכאי לתשלום. כעת בעל הקרקע יוכל ליהנות מהמחובר הזה, מבלי לשלם עליו.

עניין התשלום - לא מופיע בחוק, אלא זו פרשנות שמשנתמעת מהנסיבות, והגישה המקובלת **אצל פרופ' וייסמן ופרופ' דויטש**. ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט - לא ניתן לטעון כ"כ

טענה זו, היות וניתן לומר כי זו לא התעשרות שלא כדון, משום שבעל הקרקע אומר למקים שעליו לסלק את המבנה.

2. **לקיים את המחברים** - בשלב הראשון, בעל הקרקע מעוניין במה שבנו אצלו, אז הוא מודיע למקים

שהוא מעוניין במחובר (במבנה) אבל במקרה כזה, בעל הקרקע צריך לשלם.

בעניין התשלום - מחיר התשלום יהיה - עלות ההקמה של המחברים (כמה זה עלה להקים אותם?), או שווי המחברים לפי הנמוך מבניהם. גם בעניין התשלום החוק מגן על בעל הקרקע ומאפשר לו

לרכוש את המחברים, אך בסכום נמוך מאוד (עלות ההקמה/הבנייה).

סעיף 21 פותח פתח למניפולציה אפשרית מצד בעל הקרקע. אם בעל הקרקע מעוניין מראש במחברים, והוא יודע/ משער שהמקים לא יהרוס אותם, אז במקום להגיד מראש שהוא רוצה את המחברים, ואז הוא יצטרך לשלם עליהם (אפשרות מס' 2), בעל הקרקע יכול לדרוש סילוק, המקים לא יסלק, ואז בעל הקרקע משאיר את המחברים אצלו, ללא תשלום.

ע"א (י-ם) 5/84 עזריאל נ' ללצ'וק, פ"מ תשמ"ד (ג) 432:

עובדות המקרה: מושב עזריאל, מושב חקלאי שיש לו פרדסים. בשלב כלשהו, המושב נטע פרדס חדש כשחלק גדול מהעצים נשתלו בטעות בחלקה של השכן ללצ'וק. מדובר על שתי חלקות סמוכות. אחת בבעלות פרטית של ללצ'וק. הבעלות של החלקה השנייה היא בבעלותו של מושב עזריאל. ללצ'וק גילה זאת, ודרש סילוק. המושב מסרב. ללצ'וק תבע את המושב בביהמ"ש, קיבל פס"ד נגד המושב, ואף הליכי הוצאה לפועל נגד המושב. התהליך לוקח שנים והמושב עדיין מסרב לסלק את העצים. בינתיים חלפו השנים, ולעצים יש פירות ומהווים צל. ללצ'וק בשלב זה החליט להשאיר את העצים אצלו וליהנות מהם. כשהדבר

נודע למושב המושב דורש תשלום. המושב טען שיש לקיים את המחוברים בתשלום. השאלה היא: האם המושב זכאי לתשלום?
ביהמ"ש העליון פסק: שהמושב לא זכאי לתשלום. העובדה החשובה ביותר שמלכתחילה ללצ'וק דרש סילוק, לא רק שדרש סילוק אלא נלחם נגדם בביהמ"ש והיה תהליך ארוך מאוד. בעל הקרקע דרש מלכתחילה ולכן כעת רוצה להישאר עם המצב כמו שהוא. לכן, כשללצ'וק רוצה להישאר עם הפרדס זה עדיין חלק מהברירה הראשונה שהתחילה בסילוק. לכן, הוא לא צריך לשלם. פס"ד מאמץ את הגישה של וייצמן ודויטש בנוגע לאי תשלום. לא ניתן לטעון לעשיית עושר היות וזה היה כדין. **הערעור נדחה, ללצ'וק יכול להשאיר את הפרדס ללא תשלום.**

הערה חשובה: עבור הזמן שהמקום השתמש בקרקע של בעליה, נדרש אף לשלם על כך.

הערות חשובות בנוגע לס' 21:

- **סעד עצמי - ס' 21** מאפשר לבעל הקרקע לנקוט סעד עצמי. בעל הקרקע רשאי אם המקום לא ציית לסילוק תוך זמן סביר, בעל הקרקע רשאי לסלק בעצמו. או שהוא בעצמו מסלק את העצים. הכוונה היא שבעל הקרקע לא צריך לפנות לביהמ"ש, הוא יכול בעצמו להשיג את התוצאה המבוקשת ללא ביהמ"ש. מערכת המשפט בישראל לא כ"כ אוהבת סעד עצמי, משום שזה כרוך בהפעלת כוח פיזי. אך, למרות זאת במקרים מסוימים החוק כן מאפשר סעד עצמי. ישנם בעלי קרקע החוששים להפעיל סעד עצמי. לכן, **בפרשת עזריאל נ' ללצ'וק** – ללצ'וק החליט בהתחלה לא לסלק בעצמו אלא לפנות לביהמ"ש. יש חשש, אנשים רבים מעוניינים לגשת לביהמ"ש.
- **סעיף קנייני** – מדובר בסעיף שנמצא בחוק המקרקעין, ולכן הוא מהווה עילה קניינית, להבדיל מסעיף שנמצא בפקודת הניקין ונחשב לעילה נזיקית. סעיף זה נותן לבעל הקרקע עילה קניינית, אם בעל הקרקע פונה לביהמ"ש ומבקש צו לסילוק המחוברים לעקירת העצים (סוג של צו עשה), אז **לביהמ"ש יש שיקול דעת מצומצם לעניין הסעד**. אם התביעה צודקת, ביהמ"ש בד"כ ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים. להבדיל, אילו התביעה הייתה תביעה נזיקית- עוולה של הסגת גבול, אבל אז קיים סיכון – לביהמ"ש יש שיקול דעת רחב בניקין, והסיכון הוא שביהמ"ש לא ייתן צו סילוק, אלא פיצויים בלבד. יחד עם זאת, לפי פס"ד **נעמה נ' טורקיה** – ביהמ"ש לא נתן צו הריסה, והחליף אותו בפיצויים. עוררנו את השאלה האם זה שינוי גישה של ביהמ"ש או אולי רק בגלל שהנסיבות היו כ"כ מיוחדות אז ביהמ"ש בחר בפתרון הזה.
- **חכירה - ס' 21** לחוק המקרקעין נותן את הבחירה (ההחלטה) בידי בעל הקרקע. בעל הקרקע הוא הבעלים. אבל, אם השטח המדובר הוא בבעלות המדינה והוא מוחכר לאדם פרטי, אז מי שבפועל נפגע מהתקלה הזאת (של בניית דבר מה על שטח ופלישתו אל עבר השטח שלו) **הוא החוכר ולפי ס' 21 לחוכר אין שום מעמד בסכסוך הזה**, ולכן מי שיחליט בסכסוך הזה את המדינה. סעיף 21 קובע שמי שיחליט מה קורה עכשיו הוא הבעלים, היינו- המדינה. לחוכר לדורות לפי סעיף זה, אין שום אפשרות בחירה. **לחוכר לדורות אין שום מעמד. מה שכן, הוא יכול לפנות למדינה שתטפל בנושא המדובר, וזאת לפי חוזה החכירה בינו לבין המדינה.**
- סעיף זה אינו מתאים למצב שבו השכן בונה מבנה בחלקה שלו, ורק חלק קטן מהמבנה פולש לחלקה אחרת. במקרה זה האופציה של סילוק אינה מתאימה. השכן לא יכול להרוס רק את החלק הפולש (נעמה נ' טורקיה). אם זה המצב, ברור שבעל הקרקע לא ירצה לקיים את המחוברים ולשלם לו. לכן, אם זה המצב שקרה בפועל, ביהמ"ש לא יוכל להיעזר בסעיף 21, אלא ביהמ"ש יצטרך לחשוב על פתרון יצירתי. זה מה שנעשה בפס"ד נעמה נ' טורקיה.
- **ס' 22 לחוק המקרקעין: ראינו כי ס' 21** מגן על בעל הקרקע ונותן לו כוח רב. בנוסף, ס' 21 יכול לאפשר לבעל הקרקע מניפולציה. עלול להיות מצב שבעל הקרקע ינצל את זכותו לרעה. למשל הוא ירצה להרוויח זמן כדי לגשש ולראות מה תהיה התגובה של המקום. כדי להגן בכל זאת גם על המקום **נועד ס' 22** - המקום יכול למסור לבעל הקרקע דרישה בכתב ולבקש מבעל הקרקע להודיע באיזה אופציה הוא בוחר (לדרוש סילוק, או לקיים את המחוברים). אם בעל הקרקע לא הודיע מהי החלטתו תוך חצי שנה, אז בעל הקרקע ייחשב כמי שבחר לקיים את המחוברים (הברירה השנייה) ואז הוא צריך לשלם עליהם.

ביצוע הברירה

22. לא בחר בעל המקרקעין באחת הדרכים האמורות בסעיף 21(א) תוך ששה חדשים לאחר שקיבל מהמקום דרישה בכתב לבחור, יראו אותו כמי שבחר לקיים את המחוברים בידו.

זכות המקיים לרכישת המקרקעין

23. (א) הוקמו המחברים במקרקעין לא-מוסדרים, זכאי המקיים לרכוש את המקרקעין במחיר שווים בלי המחברים, בשעת תשלום המחיר, אם נתמלאו שלושה אלה:

- (1) המקיים סבר בתום לב בשעת הקמת המחברים כי הוא בעל המקרקעין;
 - (2) הסכום שהשקיע המקיים במחברים עלה, בשעת הקמתם, על שווים של המקרקעין בלי המחברים באותה שעה;
 - (3) רכישת המקרקעין על ידי המקיים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שווים כדי לפצותו עליו.
- (ב) ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין לפי סעיף זה - לרבות כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר המשתלמים אגב העברת מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחברים - יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקיים.
- (ג) זכויות המקיים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף 21.

לפי סעיף זה, בסיטואציות שבהן המקיים בנה, נטע, או חיבר מחובר של קבע בקרקע של אדם אחר, ללא הסכמת בעל הקרקע, יכולים להיות מקרים שהמקיים יוכל לחייב את בעל הקרקע למכור למקיים את הקרקע. זה נקרא "מכירה כפויה". סעיף זה מגן על המקיים. הוא סעיף ספציפי ולכן הוא גובר על סעיף 21. מדובר כאן בסיטואציה חריגה, ואכן **דבר כזה יקרה רק אם מתקיימים ארבעה תנאים מצטברים שמפורטים בסעיף:**

1. **מקרקעין לא מוסדרים** - כל החלקות בתחומי המדינה רשומות בטאבו. למעלה מ-94% מהקרקעות (מהחלקות) עברו תהליך של הסדר מכוח פקודת הסדר זכויות במקרקעין. אלה הם מקרקעין מוסדרים. לגבי כל חלקה מדדו את השטח, סימנו את הגבולות, בדקו מי הם בעלי הזכויות הקנייניות (למי יש בעלים, חוכר, זיקת הנאה וכו') כל זה נרשם בצורה מסודרת בטאבו. המטרה הייתה שכל המקרקעין בארץ יהיו מוסדרים.
- ברור כי לגבי מקרקעין מוסדרים (כאלה שעברו את ההסדר) הסיכוי לטעויות מאוד קטן.** לעומת זאת, לגבי מקרקעין לא מוסדרים (שלא עברו עדיין את ההסדר) הסיכוי לטעויות גדול. (הם כן רשומים בטאבו, אך הם רשומים שם בתור מקרקעין לא מוסדרים וכל מה שרשום לגביהם בטאבו זה בערבון מוגבל).
2. **תום לב** - המקיים פעל בתו"ל כשהוא הקים את המבנה/המחבר כי הוא חשב בתו"ל שהוא בעל הקרקע.
3. **סכום כסף שהושקע** - הסכום שהמקיים השקיע במחברים עלה על שווי הקרקע הנקייה ללא מחברים. לדוג' אדמה שלא שווה הרבה כסף, המקיים חשב שזו אדמה שלו ולכן בנה וילה מפוארת, כאשר משווים מה המקיים השקיע בסיפור (הרבה כסף) לעומת השווי של הקרקע (מאוד נמוך) - שיקול נוסף להעדיף את המקיים. הוא תרם הרבה לסיפור, מאשר בעל הקרקע.
4. **פיצוי** - רכישת המקרקעין ע"י המקיים לא תגרום לבעל הקרקע נזק חמור שלא ניתן לפיצוי כספי. הסכום הכספי מהווה פיצוי נאות לבעל הקרקע. כל עוד אפשר לפצות את בעל הקרקע בכסף, אז מתקיים תנאי זה. **מתי נאמר שתנאי 4 לא מתקיים?** לא משנה כמה כסף יתנו לבעל הקרקע זה לא יפצה אותו? כאשר לבעל הקרקע יש ערך סנטימנטלי (מאוד נדיר). דוג' חוות השקמים של אריק שרון. הייתה לו חווה חקלאית בצפון הנגב שהפכה להיות סמל מזוהה של המשפחה. הבנים לא מוכנים למכור את השטח הזה כי לקרקע הזו יש ערך עצום בשבילם. תנאי זה אומר שהתשלום הכספי עבור הקרקע מהווה פיצוי הולם.

הסיכוי שארבעת התנאים יתקיימו הוא נמוך.

לסיום, אם מתקיימים כל תנאי הסעיף, אז המקיים יכול לכפות על בעל הקרקע למכור לו את הקרקע. לעומת זאת, מספיק שלא מתקיים תנאי אחד ואז לא חל ס' 23. במצב כזה, חוזרים לס' 21 ומי שמחליט על גורל הנכס זה בעל הקרקע. יכול להיות שכל ארבעת התנאים כן מתקיימים, אבל המקיים לא רוצה לקנות. המקיים לא חייב לקנות את הקרקע. סעיף 23 נותן את זה זכות לבחור. אם המקיים לא מעוניין לקנות, אז חוזרים לסעיף 21, והבחירה היא של בעל הקרקע.

הארות והערות לגבי ס' 23:

1. **ס' 112 לחוק המקרקעין:** מתייחס למקרקעי ציבור שהם מקרקעין בבעלות המדינה או בבעלות של רשויות מקומיות (עירייה). **ס' זה קובע: שבמקרקעי ציבור לא יחול ס' 23.** מקרקעי ציבור- אלו הם מקרקעין בבעלות המדינה, או בבעלות רשות מקומית, למשל עירייה. הס' נועד להגן על המדינה ורשויות מקומיות. לא יקרה מצב שאדם בונה על הקרקע של המדינה ואח"כ המדינה צריכה למכור לו את הקרקע (להעביר לו בעלות) כמו כן, למנוע מצב שמקים יבנה משהו בקרקע של המדינה, ואם מתקיימים כל ארבעת התנאים, הוא עלול עוד לחייב את המדינה למכור לו את הקרקע. המדינה שואפת לשמר את כל נכסי המקרקעין שלה בבעלותה. במצב כזה, אם מדובר במקרקעי ציבור, יחול סעיף 21, והבחירה מה יקרה עכשיו היא בידי בעל הקרקע (המדינה או הרשות המקומית).
2. **חכימה לדורות:** תנאי מספר 2 היה שהמקים סבר בתום לב, שהוא הבעלים של הקרקע. אבל כאשר המקים הוא בסה"כ חוכר לדורות, אז מתעוררת השאלה: איך אפשר לומר שהוא חשב בתום לב שהוא הבעלים? אם נלך לפי הגישה הפורמלית, ונקרא את תנאי מספר 2 בצורה פורמלית, יוצא שתנאי זה אף פעם לא מתקיים כאשר המקים הוא חוכר לדורות. אם הוא חוכר לדורות, זה אומר שהוא לא חשב בתום לב שהוא הבעלים. אבל מצד שני, אנו יודעים שהציבור הרחב לא ער להבדל בין חכירה לדורות, לבין בעלות. להיפך, הרבה אנשים שהם חוכרים לדורות חושבים בתום לב שהם בעלים, ואינם מבינים את ההבדל. לכן, אם נפרש את תום הלב בצורה סובייקטיבית, אז יכול להיות שתנאי מספר 2 **בסעיף 23** כן מתקיים. הנושא הזה עדיין לא נדון בפסיקה וזוהי שאלה פתוחה אם ניתן לפרש את התנאי בצורה אובייקטיבית או סובייקטיבית.
3. **מצב של חריגה קטנה:** למעשה **סעיף 23** לא מתאים למצב של "חריגה קטנה/חלקית". הסעיף צופה מצב שבו המקים, את כל המבנה כולו, בנה על קרקע של אדם אחר. לכן, הוא יוכל לדרוש מבעל הקרקע מכירה של כל הקרקע. מכאן שגם תנאי מספר 3 משווה את עלות ההקמה, מול העלות של הקרקע הנקיייה בשלמותה. אבל בפועל, מקרים כאלה הם ממש נדירים, ואילו מה שיותר שכיח זה שהשכן בונה בחלקה שלו, אבל רק חלק קטן פולש לחלקה האחרת. מצד שני, אין גם אפשרות למכור למקים רק חלק מהחלקה, וזאת לאור **סעיף 13 לחוק המקרקעין** שקובע שלא ניתן למכור חלק מסוים כולו. ביהמ"ש יצטרך למצוא איזשהו פתרון יצירתי- בד"כ הסדר כספי.
4. **אין כמעט פסיקה על סעיף 23, אבל כן קיים פס"ד ישן:** **ע"א 596/76 בישור בע"מ נ' טאוובה, פ"ד לב (3) 713:** ביהמ"ש קבע שהזכות של המקים לפי סעיף 23, ניתנת להעברה לצד שלישי. אם למשל המקים מכר את החלקה שלו, אז הקונה בא בנעליו וזכאי לחייב את בעל הקרקע למכור לו את הקרקע.
טאוובה ← רמאי ← בן יהודה ← בישור בע"מ
עובדות המקרה: במקור הייתה קרקע בבעלות טאוובה (רשומה על שמו בטאבו). הוא היה תושב חוץ. רמאי כלשהו התחזה כאילו הוא טאוובה ומכר את הקרקע לבן יהודה, הרמאי לקח את הכסף ונעלם ולא ניתן למצוא אותו.
תנאי 1- המקרקעין היה מקרקעין לא מוסדרים: לכאורה רשומים על שם טאוובה, אך הכל בערבון מוגבל.
תנאי 2- בן יהודה חשב בתו"ל שהוא הבעלים, בנה מלון ענק 5 כוכבים על הקרקע.
תנאי 3- מה שהוא השקיע על הרבה יותר משווי הקרקע.
תנאי 4- גם מתקיים היות ואין ערך סנטימנטלי.
לאחר המלון היה מוכן, בן יהודה מכר את המלון (חלקה + אדמה) ברווח עצום לחברת בישור בע"מ.
בשלב הזה, הגיע טאוובה לביקור בארץ, נדהם לראות את המלון ולאחר בירור קצר מאוד התעורר הסיפור.
טאוובה דורש מהחברה סילוק, היות והקרקע שלו- בטענה שהוא לעולם לא מכר. לכן, לפי ס' 21 מבקש להרוס הכל ולפנות את ההריסות. כלומר, **טאוובה בחר סילוק.**
מנגד, חברת בישור מתבססת על ס' 23 וכל ארבעת התנאים אכן התקיימו ולכן הם מחייבים את טאוובה שימכור את הקרקע וזאת לפי ס' 23 בישור יצטרכו לשלם לטאוובה את שווי הקרקע הריקה, בנוסף בישור יכולה לתבוע את בן יהודה כי הוא מכר קרקע שלא הייתה שלו. (בן יהודה בעצמו הוא קורבן, לא עשה זאת בידיעה או בזדון, בן יהודה יצטרך לשלם ובתיאוריה הוא יכול לחזור ולהיפרע מהרמאי- אך הוא לא יודע היכן הוא, לכן בן יהודה הוא הצד שיפגע).
ביהמ"ש העליון פסק: כי במקרה הנדון מתקיימים כל 4 התנאים המצטברים של ס' 23, **אבל יש כאן בעיה אחרת ס' 23 מעניק את הזכות למקים במקרה הנדון בן יהודה הוא המקים ולכן לבישור אין בכלל זכות.** ביהמ"ש בחן לעומק את ס' 23 ואת הזכות של המקים. **הדבר הראשון שצריך לבדוק:** מי הוא המקים לפני שפונים לס'. ביהמ"ש מתלבט ולא מכריע האם זו זכות אישית או זכות קניינית מכוח החוק. בסופו של דבר קובע, שבכל מקרה מדובר בזכות שניתנת להעברה ולכן כאשר בן יהודה מכר את הנכס כולו (הקרקע + המלון) לבישור יחד עם הנכס עברה גם הזכות לפי ס' 23, **ולכן התוצאה הייתה שבישור זכתה בתביעה, היא יכולה ליהנות מהזכות של המקים משום שהיא זו שנחשבת כמקימה לצורך הסעיף. לכן, הם יכולים לחייב את טאוובה במכירת הקרקע הריקה.** בישור משלמת לטאוובה את הסכום של הקרקע הריקה. לכן את הסכום שהיא צריכה לשלם על הקרקע היא תתבע מבן יהודה, כי הוא מכר לה קרקע שלא שלו, בן יהודה יצטרך לפצות את חברת בישור.

8. ההגנה על החזקה

פרק זה נותן הגנה מאוד טובה לסוגים שונים של מחזיקים (לא בהכרח הבעלים).

סוגי המחזיקים:

- 1. מחזיק ישר- מוגדר בסעיף 15 לחוק:**
החזקה
 15. בסימן זה, "מחזיק" - בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.
 זה מי שנמצא בפועל בנכס ותופס אותו. הוא זה ששולט באופן ישר בנכס. לדוגמא: שרה בעלים של דירה וגרה בה. מבחינת דיני החזקה היא המחזיקה הישירה. היא זו שבפועל בדירה ושולטת עליה.
דוגמא נוספת: סטודנט שוכר דירה וגר בה. הוא לא הבעלים. מבחינת דיני החזקה- הוא מחזיק ישר.
דוגמא נוספת: אדם פלש למבנה נטוש וגר שם. מבחינת דיני החזקה- הוא מחזיק ישר- כי הוא נמצא במבנה ותופס אותו, הוא בעל השליטה במבנה. **במילים אחרות, מחזיק ישר הוא מי שנמצא בפועל בנכס. אבל, החזקה ישירה לא דורשת בהכרח הימצאות קבועה בנכס. למשל:** אישה גרה בדירה כבעלים, והיא נוסעת לחודש לחו"ל. למרות שבחודש הזה היא לא תהיה פיזית בדירה, היא בכל זאת נחשבת מחזיקה ישירה. למרות שהיא לא גרה בדירה, היא עדיין שולטת בה. כדי להבין טוב את מונח החזקה, **מסביר פרופ' ויסמן שהחזקה דורשת קרבה פיזית לנכס, במידה כזו שמבטאת שליטה בנכס ע"י מניעתו מאחרים. ביהמ"ש העליון אימץ את ההגדרה הזו בע"א 523/14 פלוני נ' פלוני.** אנו מבינים שמונח החזקה הוא "חמקמק" ולא תמיד לגמרי ברור. יהיו מקרים פשוטים, כאשר אדם נמצא בנכס, תופס אותו, ואז ברור שהוא המחזיק הישר. אבל יכולים גם להיות מצבים שאדם איננו בנכס, אבל עדיין יש לו שליטה עליו. שליטה שמונעת תפיסה של אחרים. לדוגמא: אדם קנה לפני עשרות שנים מגרש בגליל. הוא גידר אותו, ונעל אותו במפתח. מאז, שלושים שנה, אותו אדם לא ביקר במגרש הזה- הוא ריק. עדיין הוא ייחשב למחזיק הישר של המגרש. **למה? כי הוא עדיין שולט בו.** הוא לא נמצא שם פיזית, אבל **מבחן השליטה** מתקיים.
- 2. מחזיק עקיף- מוגדר בסעיף 15 לחוק המקרקעין.** "מי שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידי אדם אחר המחזיק מטעמו".
עסקת שכירות: בעלים משכיר נכס לשוכר. המחזיק הישר הוא השוכר- הוא נמצא בדירה וגר בה. הסטטוס של הבעלים המשכיר- מחזיק עקיף. במילים אחרות, המחזיק העקיף לא נמצא בפועל בנכס ולא שולט עליו בפועל, אלא מישחו אחר תופס את הנכס מטעמו בהסכמתו, בתיאום איתו.
עסקת שאילה: השואל הוא מחזיק ישר, והמשאיל הוא מחזיק עקיף.
 דוגמא: אדם הוא בעלים של מגרש, ואדם מסוים פלש לו למגרש ותפס אותו. הסטטוס של הפולש הוא: מחזיק ישר. מבחינת דיני החזקה הוא בעל השליטה. האם בדוגמא הזו אותו אדם שהקרקע שלו הוא מחזיק עקיף? לא, מכיוון שהיושב לא נמצא בקרקע מטעמו, ובהסכמתו.
3. מחזיק כדן- הוא מי שמחזיק בנכס מכוח זכות חוקית. הזכות יכולה להיות מכוח הסכם או מכוח דין, חוק. הזכות יכולה להיות אישית או קניינית. כל זה לא משנה, העיקר שיש לו זכות להחזיק בנכס. **דוגמא:** אם אדם הוא בעלים של נכס, הוא מחזיק בו כדן. דוגמא נוספת: שוכר של נכס מחזיק כדן בנכס. יש לו זכות להחזיק בנכס מכוח חוזה השכירות. יכול להיות שאדם ייפול לכמה סיווגים במקביל. למשל שוכר, הוא גם מחזיק ישר- נמצא בפועל בנכס, והוא גם מחזיק כדן- יש לו זכות מכוח הסכם השכירות.
4. מחזיק שלא כדן- הוא מחזיק בנכס, אך אין לו זכות לכך (עושה דבר שאסור לו). בנזיקין – זוהי עוולה של הסגת גבול, בשפת היום-יום הוא יקרא "פולש". הסיווג של מחזיק כדן/שלא כדן רלוונטי בעיקר למחזיק ישר- מי שנמצא בפועל בנכס, ותופס אותו. **עלינו לבדוק אם הוא מחזיק כדן, או שלא כדן.**
- 5. זכאי להחזקה לבין מחזיק בפועל-** מדובר על אדם שיש לו זכות להחזיק בנכס, הזכות יכולה להיות אישית או קניינית מכוח דין או מכוח הסכם. אבל, מסיבה כלשהי הוא לא מחזיק בפועל בנכס. לדוג' אדם קנה דירה ולפי החוזה הוא זכאי לקבל את המפתח ב-1/1, הגיע ה-1/1, הקונה מבחינתו קיים את כל החיובים על פי החוזה כך שללא ספק הוא זכאי למפתח. אבל, המוכר מסיבה כלשהי לא מוסר את המפתח. החל מה-1/1, הקונה הוא זכאי להחזקה- אך הוא לא יכול לממש את הזכות, כעת הוא לא מחזיק בפועל.
- 6. בר- רשות מכללא-** מדובר על אדם שמחזיק בפועל בנכס של אדם אחר, בעל הנכס יודע על כך אבל לא נוקט אמצעים לסלק את המחזיק. בעל הנכס לא נתן למחזיק רשות פורמלית להחזיק. אבל, מכוח הנסיבות (הידיעה+ הימנעות מלנקוט בסילוק), בעל הנכס נחשב כאילו הוא נתן רשות מכללא. לכן, המחזיק נקרא בר רשות מכללא. **בר רשות מכללא, נחשב למחזיק כדן (וראים אותו כאילו יש לו רשות) זאת אפילו, אם במקור הוא תפס את הנכס שלא כדן. למשל:** פולש שפלש למגרש- מחזיק שלא כדן. אבל, אם יתברר שבעל הנכס ידע על כך ולא פעל בצורה אקטיבית כדי לסלק את הפולש (לא היה לו נעים, אולי בשיחה נעימה ייתכן והפולש יסתלק), המחזיק שלא כדן הופך להיות בר רשות מכללא, והופך להיות מחזיק כדן. זהו מצב בעייתי, לכן בתי-המשפט קבעו שרשות מכללא ניתנת לבטל בכל עת ללא הודעה מוקדמת, כלומר ברגע שהבעלים ידרוש סילוק באופן אקטיבי הרשות מכללא מסתיימת ואם המחזיק לא יתפנה/ לא יסתלק הוא ייחשב כמחזיק שלא כדן. זו הייתה ההלכה במשך שנים רבות, אבל בשנים האחרונות (עשור אחרון) ניתן לראות כי בתי

המשפט מתרכזים לטובת בר הרשות. לפי הפסיקה החדשה יש לתת לבר הרשות הודעה מראש (זמן סביר מראש) ולתת לו שהות (זמן) להתארגן ולמצוא לעצמו פתרון חלופי. יתרה מכך, הפסיקה בשנים האחרונות מחייבת לפעמים את בעל הקרקע לשלם פיצויים לבר הרשות- מתי? אם בר הרשות השביח את הקרקע, במצב שמשפחה יושבת הרבה שנים בשטח עצמו ובנתה עליו וכו'.

המסקנה הינה: בר רשות הוא מצב מסוכן מבחינתו של בעל הקרקע ולכן ניתן לתת עצה לבעל הקרקע- כי ברגע שנודע לבעל הקרקע על מצב שכזה, הטוב ביותר הוא לדרוש מיד סילוק באופן אקטיבי, במידת הצורך נדרשת פנייה לביהמ"ש. אם בעל הקרקע דורש סילוק והפולש/בר הרשות לא מסתלק, אם בעל הקרקע עכשיו לא ימשיך את הקו האקטיבי שהחל לפעול איתו, ניתן לומר כי הוא נותן רשות מכללא מחדש, והפולש יחשב בר רשות מכללא.

הקושי הינו- מתי נודע לבעל הקרקע על כך שבשטחו יש אדם שהינו פולש. תופעה זו נפוצה במקרקעין של המדינה. מנהל מקרקעי ישראל- ששונה לרשות מקרקעי ישראל, מנהל למדינה את כל השטחים. קורה שאנשים פולשים לקרקעות של המדינה, תופסים את הקרקעות למשך שנים ובונים שם. לא תמיד ברור עד כמה המדינה יודעת או לא יודעת על כך. לא תמיד נוקטים בתהליכים אקטיביים לשנות. יוצא שהרבה ברי רשות תופסים מקרקעין של המדינה. נושא זה התעורר למשל **בפס"ד אליהו נ' גרודה:** דובר במגרש ששייך למדינה, המדינה השכירה את המגרש לגרודה. כאשר הסתיימה תקופת השכירות, גרודה סירב לפנות. במנהל מקרקעי ישראל ידעו על כך ובכל זאת לא נקטו שום אמצעי כדי לפנות אותו, ובמקביל הם לא חידשו לו את חוזה השכירות. התעוררה השאלה מה מעמדו של גרודה ביחס למגרש. מצד אחד, **שופטי הרוב: השופט י' כהן** קבע כי: מדובר במחזיק שלא כדין כי הזכות שלו להחזיק פקעה. לעומת זאת, **שופט המיעוט: השופט עציוני**, שבדק היטב את כל נסיבות המקרה: לא השתכנע שבמנהל מקרקעי ישראל אכן ידעו שגרודה לא פינה את הקרקע. המנהל ידע ולא עשה כלום- לכן הוא בר רשות מכללא. בסופו של דבר, הוא הגיע בכל זאת למסקנה שמנהל מקרקעי ישראל כן ידע ולא נקט אמצעים לסילוק, ולכן גרודה נחשב בר רשות מכללא. ההבדל בין הדעות נובע מכך שלא תמיד קל לדעת. האם המדינה ידעה באמת שהשוכר עדיין נמצא בשטח.

מדינת ישראל נ' היפר חלף (2015): בפס"ד זה השופטים של ביהמ"ש העליון האירו שיכול להיות שצריך בכלל לבטל את הסטטוס של בר רשות מכללא, ככל שזה נוגע במקרקעין של המדינה. בגלל שלמדינה קשה לפקח על כל הנכסים שלה, על מנהל מקרקעי ישראל מוטל עומס רב, לא מספיק עובדים ביחס לכל הנכסים שצריך לנהל. הניסיון מצביע על איטיות התגובה של המנהל. המשמעות היא שהמדינה יודעת ולא עושה עם כך כלום. אנשים יכולים לשבת עשרות שנים- במקרקעין של המדינה.

הגנות שנותן החוק לכל אחד מסוגי המחזיקים השונים:

ס' 16 לחוק המקרקעין: תביעה למסירת מקרקעין-

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

- על מי מגן הסעיף? (מי רשאי להשתמש בסעיף הזה): גם בעלים של נכס יכול להשתמש בסעיף, וגם הזכאי להחזיק (מישהו אחר שהוא לא הבעלים).
 - כנגד מי מפנים את הסעיף: כנגד מחזיק שלא כדין.
 - איזה הגנה נותן הסעיף? הסעיף מאפשר לבעלים או לזכאי להחזיק לדרוש מהמחזיק שלא כדין להתפנות מהנכס/ להסתלק מהנכס. אם המחזיק שלא כדין מסרב, ניתן להגיש נגדו תביעה בביהמ"ש בהתבסס על הסעיף. מכוח ס' 16 ניתן לבקש מביהמ"ש **סעד של ציווי:** צו מניעה/צו עשה. היתרון החשוב של הסעיף הינו שמדובר בס' קנייני משום שהוא מצוי בחוק המקרקעין (להבדיל מסעיף נזיקי שמצוי בפקודת הנזיקין) לכן עילת התביעה היא עילה קניינית. מכאן, בד"כ שיקול דעתו של ביהמ"ש לעניין הסעד יהיה שיקול דעת מצומצם, לפיכך ביהמ"ש ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים. **(בכפוף לפס"ד נעמה נ' טורקיה).**
- הסעיף נותן הגנה מצוינת מפני פולשים/מחזיקים שלא כדין.

ס' 17 לחוק המקרקעין: תביעה למניעת הפרעה-

"המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך, שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת".

- על מי מגן הסעיף? על המחזיק במקרקעין, החוק מדבר בכללי בסעיף ולכן המחזיק יכול להיות ישיר, ויכול להיות מחזיק עקיף, בנוסף יכול להיות מחזיק כדין ו/או מחזיק שלא כדין. לגבי המחזיק שלא כדין הדבר נשמע מוזר, למה המחוקק מוכן להגן על מחזיק שלא כדין? התשובה לכך, גם מחזיק שלא כדין יכול להשתמש בסעיף בכל זאת, רק כנגד פולש מאוחר יותר ומנסה להפריע לו או לשלול ממנו את ההחזקה. במילים אחרות, בסכסוך בין שני הפולשים החוק באופן יחסי מעדיף את הראשון בזמן. החוק לא נותן לו הכשר להחזיק/ הופך אותו למחזיק כדין, אלא רק בסיטואציה הספציפית הזאת-סכסוך בין שני פולשים- הפולש הראשון בזמן, עדיף. הגישה הזו נקראת **"שיטת הדין היחסי"** משום שבאופן יחסי בין שני הפולשים הראשון בזמן עדיף. **דוגמא:** אדם פלש לקרקע

של העירייה, והוא מחזיק שלא כדין. מדובר בפולש שלאט לאט בנה צריף קטן על האדמה, גידר לעצמו את השטח, נטע עצים, ויכול להיות שהוא גר במקום הזה כמה שנים. כל עוד העירייה לא יודעת- הוא מחזיק שלא כדין. יום אחד אותו אדם יצא בבוקר מהנכס, ואז צד שלישי פלש לנכס הזה ומסרב להתפנות. בסכסוך הפנימי בין שניהם- ברור ששניהם פועלים שלא כדין, אבל הראשון בזמן זכאי להגנה מפני הפולש המאוחר. **(פס"ד יוסף נ' עוקשי, פלוני נ' פלוני, אליהו נ' גרודה- יישום שיטת הדין היחסי: בסכסוך בין פולשים מעדיפים את הראשון בזמן).**

לדוג' **מפס"ד אליהו נ' גרודה-** דובר על מגרש שהבעלים הוא המדינה, גרודה היה שוכר שהחזקה שלו הסתיים, הוא לא התפנה מהנכס והפך לפי אחד השופטים למחזיק שלא כדין. לאחר זמן מסוים השכן בחלקה השנייה, אליהו, פלש לחלקה שבה נמצא גרודה. (גרודה מחזיק שלא כדין, כי הוא מסרב להתפנות). אליהו, הוא אכן פולש כי אין לו שום זכות. לכן, בסכסוך הספציפי הזה בין גרודה לבין אליהו, ביהמ"ש יישם את שיטת הדין היחסי (המשך יבוא..).

ב. **מפעילים את הסעיף כנגד מי:** שמפריע למחזיק – כשאין לו זכות לעשות את המעשה המפריע. מילת המפתח בסעיף הינה הפרעה. לכן, חייב לברר מה נחשב הפרעה לצורך הסעיף. בתי המשפט ניסו לפרש את המונח "הפרעה" – אך אין לכך תשובה חד משמעית וכל מקרה יבחן לגופו.

לגבי המונח הפרעה- שאלות שעוררו בתי המשפט:

1. האם הפרעה נבחנת אובייקטיבית או סובייקטיבית? הפסיקה נוטה לגישה האובייקטיבית, בתי המשפט מדברים על הנאה סבירה מהנכס, כלומר צריך לאפשר למחזיק "הנאה סבירה" בנכס. נראה שגישה הפסיקה מכך היא אובייקטיבית.

2. האם הפרעה צריכה להיות הפרעה של ממש או הפרעה באופן עקרוני? **בפס"ד קוטר נ' המועצה המקומית ביהמ"ש העליון פסק:** שמדובר בהפרה מכוח סעיף 17. לדעתו, כל הסגת גבול מעצם טיבה נחשבת הפרעה גם אם היא לא מפריעה בפועל. **עובדות המקרה:** קוטר היה חוכר של חנות, במרכז מסחרי שכונתי קטן. בשלב כלשהו, המועצה המקומית החליטה לבנות מקלט מתחת למרכז המסחרי והם חפרו בעומק הקרקע מתחת לחנות של קוטר, מבחינה משפטית יש כאן השגת גבול כי יש פלישה לתוך עומק הקרקע של קוטר. **לפי סעיף 11 לחוק המקרקעין-** בעלים של קרקע הוא הבעלים גם של כל העומק מתחת לקרקע. לכן, אם נכנסים לעומק הקרקע של אדם מסוים, ללא הסכמתו, יש כאן הסגת גבול. אבל, בפועל, החפירות הללו לא הפריעו לו בחנות- סה"כ לא הייתה פרעה של ממש. אך, ביהמ"ש קבע שעצם השגת הגבול באופן עקרוני, היא נחשבת אוטומטית הפרעה. **מצד שני,** ישנה גישה נוגדת של פרופ' קרצ'מר בהתייחסו לס' 17 לדעתו הפרעה הינה רק הפרעה של ממש (משהו שבאמת מפריע למחזיק בפועל).

3. האם הפרעה זה עניין נקודתי (ספציפי) שמפריע למחזיק או אולי הפרעה יכולה לכלול גם מצב דרסטי שבו הגורם המפריע משתלט על הנכס (כובש אותו) ומנשל (מסלק) את המחזיק כך שעכשיו, המפריע הוא לא רק מפריע אלא הוא הכובש "התופס", הוא זה שמחזיק בנכס בפועל. (עניין נקודתי שמפריע להחזקה או אולי כולל מצב דרסטי שהמפריע השתלט על הנכס עד כדי נישול)- **בעניין זה קיימות 2 דעות:**

בפס"ד יוסף נ' עוקשי- אדם השתלט על הנכס כולו, ובעצם נישל את מי שהחזיק בו. כאשר כתוצאה מכך, אותו אדם הוא עכשיו המחזיק בנכס, וכמובן מחזיק שלא כדין. מדובר כאן בדבר מאוד מהותי. אדם פלש, כבש, השתלט וסילק לגמרי את המחזיק. האם דבר כזה נחשב עדיין הפרעה? **השופטת פרוקצ'ה** פירשה את המונח "הפרעה" בהרחבה כך שהוא כולל גם את המצבים הקשים של השתלטות על הנכס (לדוג' השכן מגדר את השטח שלי ומשתלט לי על השטח), היא החילה את ס' 17. בגישה זו מצדד גם פרופ' ויסמן. **מצד שני, השופט אנגלרד לדעתו,** הפרעה כשמה כן היא- זה משהו שמפריע למחזיק אבל המחזיק הינו עדיין המחזיק, לא מדובר על מצב דרסטי שבו מנשלים לחלוטין את המחזיק (לדוג' השכן שם זבל בחלקה שלי), התייחס לסעיפים אחרים. בפס"ד זה רק 2 מתוך 3 שופטים התייחסו לנקודה הזאת וכל אחד מהם התייחס אחרת.

בהקשר זה פרופ' פלאטו נוטה להצדיק את דעתו של אנגלרד, למצבים הדרסטיים של השתלטות על הנכס, יש פתרון בסעיפים אחרים: ס' 16- תביעה למסירת מקרקעין, לכן היא חושבת שס' 17 צריך להשאיר למצבים של הפרעה נקודתית למצב ספציפי- אני עדיין מחזיקה, אבל מישהו מפריע לי ליהנות נקודתית מההחזקה שלי.

ג. **איזה הגנה נותן ס' 17?** הסעיף מאפשר למחזיק לפנות לביהמ"ש, ולבקש סעד של ציווי: צו עשה או צו מניעה. לדוג' ייתכן ואדם שפלש לחלקה, או שם לי משהו בחלקה- ייתכן ואני ארצה שהוא יסלק את הדברים ששם לי בחלקה, ייתכן וצו עשה הוא הדבר הנכון שיחייב אותו לסלק את הדברים ששם. מכאן, גם ס' 17 מקנה למחזיק עילה קניינית (להבדיל מנזיקית) לכן, שיקול הדעת של ביהמ"ש לעניין הסעד מצומצם. אפשר לתבוע גם בנזיקין וגם בעילה קניינית, בנוסף ניתן לדרוש פיצויים לגבי תקופת העבר, בנוסף, גם צו עשה/ מניעה.

ס' 18 לחוק המקרקעין: שימוש בכוח נ' הסגת גבול-

כעיקרון, שיטת המשפט שלנו לא אוהבת מצבים שבהם אנשים פותרים סכסוכים באמצעות שימוש בכוח (אלימות, גרימת נזק לרכוש וכמו כן גם לגוף) לכן, הדרך הרצויה היא לפתור את הסכסוך באמצעות פנייה לביהמ"ש. יחד עם זאת, המחוקק עצמו הבין שיכולים להיות מצבים שבהם הנפגע אם הוא יפעיל כוח במידה סבירה הוא יוכל לפתור את הסכסוך מידיית בלי לגרום נזק משמעותי ולהשיג את התוצאה הצודקת. כיום להגיש תביעה לביהמ"ש זה זמן רב, לכן המחוקק מוכן להכיר במקרים בודדים בסעד עצמי= אדם פותר את הסכסוך בעצמו מבלי לפנות לערכאות השיפוטיות. (סעד עצמי בס' 21 ו-51, גם ס' 18 הוא עוד חריג שמאפשר

סעד עצמי). בתי המשפט מפרשים את הסעיפים האלה בצמצום, כדי לא לאפשר פתח רחב למקרים של שימוש בכוח.

"(א) המחזיק במקרקעין כדין, רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או את שלילת שליטתו בהם שלא כדין." (ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציא (את התופס) מהם (מהמקרקעין)."

ס' 18 עוסק בשתי סיטואציות שונות- לכן, צריך לברר בזוהירות רבה מתי חל ס' 18(א), ומתי ס' 18(ב). לא יכול להיות מצב ששתי הסיטואציות יחולו במקביל. כדי להבין את ההבדל בין הסעיפים, אנו נשתמש בהסבר של פרופ' אנגלרד. הוא משתמש במונחים מתחום המלחמה. לדעתו של פרופ' אנגלרד בנוגע להבדל בין הסעיפים ניתן להבין כי- לגישתו,

ס' 18(א) חל כל עוד נמשכת ההתקפה הפולש מנסה לכבוש את הנכס שמוחזק ע"י מחזיק כדין. המחזיק כדין רוצה להגן על עצמו ועל ההחזקה שלו, הוא מתנגד להתקפה ולצורך כך הוא מפעיל כוח סביר. ס' 18(א) מזכיר יותר הפרעה נקודתית.

לעומת זאת ס' 18(ב) חל במצבים של כיבוש ונישול המחזיק המקורי- חל במצב של כיבוש, כאשר ההתקפה הסתיימה והפולש ניצח, הפולש כבש את הנכס ונישול את המחזיק כדין. מי שמחזיק עכשיו בנכס הוא הפולש והוא מחזיק שלא כדין. לכן, הסעיף מאפשר למחזיק המקורי שנושל (היה מחזיק כדין) תוך 30 יום מיום הכיבוש (כל עוד הכיבוש טרי), להפעיל כוח במידה סבירה כדי לסלק את הכובש ולהחזיר לעצמו את ההחזקה בנכס. ס' 18(ב) מדבר על מצבים של נישול, בדומה לסעיפים 19-116.

במציאות הדברים מורכבים, לא תמיד יהיה קל לקבוע מתי ההתקפה עדיין נמשכת (ס' 18(א)), או מתי כבר בוצע כיבוש (ס' 18(ב)).

דוג' למצב שכזה, מבוססת על פס"ד אליהו נ' גרודה: באותו מקרה גרודה היה המחזיק של מגרש מסוים, השכן שלו בחלקה הסמוכה היה אליהו. אליהו, היה שוכר גרוטאות. בהתחלה, אליהו התחיל להניח כל מיני גרוטאות בקצה החלקה של גרודה, הוא ניצל את העובדה שגרודה לא כ"כ השתמש בחלקה שלו. כך, הדבר נמשך שנתיים וחצי כשלאט לאט אליהו תופס עוד ועוד חלקים מהחלקה של גרודה. אחרי שנתיים וחצי, כל החלקה של גרודה הייתה תפוסה ע"י הגרוטאות של אליהו. ביהמ"ש פסק בעניין זה- כל עוד אליהו רק הניח מס' גרוטאות אצל גרודה זה היה שלב ההתקפה, אבל בנק' הזמן של השנתיים וחצי, זה היה המועד המדויק של הכיבוש- השטח נכבש ע"י אליהו. ההלכה שקבע ביהמ"ש בעניין זה: כדי להחליט אם מדובר רק בהתקפה או ממש בכיבוש יש לבדוק את כל נסיבות המקרה, כולל סוג הנכס (מגרש לא כמו דירה), התנהגות הפולש, כוונת הפולש (דבר סובייקטיבי- ככל שאפשר ללמוד עליה), מה הייתה תגובת המחזיק המקורי. ביהמ"ש קבע שבמשך שנתיים, כל עוד אליהו הניח עוד ועוד גרוטאות, זה שלב ההתקפה. לעומת זאת, בתום השנתיים, כאשר כל המגרש היה מלא בגרוטאות, זה היה מועד השלמת הכיבוש. (לא עסק בס' 18, אך מגדיר מציאות שיש בשטח בין מה יכול להיחשב התקפה לבין מה יכול להיחשב כיבוש). מאותו רגע, אנו נמצאים בשלב הכיבוש.

מהדוג' הזאת של אליהו נ' גרודה משתמע לכאורה ששלב הכיבוש הוא השלב של השתלטות על מלוא הנכס. לעומת זאת, יכול להיות מצב שבו פולש משתלט רק על חלק מהנכס וזה יחשב כיבוש ולא רק התקפה. לדוג' ניח הפולש מתחיל לשים גרוטאות בחלק מסוים מהנכס. בנוסף, הפולש מגדר את השטח בחלקה של השכן, בצורה כזאת שרק לו תהיה גישה למקום. הדבר, נחשב כיבוש. למרות שמדובר בחלק מהנכס כולו. לפעמים מבינים את פסה"ד הזה בטעות. כאילו התקפה מתייחסת לחלק מהמגרש, ואילו שלב הכיבוש הוא כיבוש של המגרש כולו. אבל זה לא מדויק, ויכול בהחלט להיות מצב של כיבוש שמתייחס רק לחלק מהמגרש. דוג': ניח אליהו היה משתלט על חלק מסוים מהחלקה של גרודה, מגדר וסוגר את השטח, באופן כזה שלגרודה אין גישה לאותו שטח, והכניסה היא מהחלקה של אליהו. מצב כזה הוא מצב של כיבוש, אפילו שהכיבוש הוא רק בחלק מהחלקה כולה. צריך לבחון בזוהירות כל מקרה עפ"י נסיבותיו, בהתאם למבחן שקבע אנגלרד. הרבה פעמים, למרות שאדם יכול להפעיל סעד עצמי, הוא מעדיף לא לעשות את זה, ובמקום זה ללכת לביהמ"ש להגיש תביעה מסודרת.

המבחן לכיבוש: הכל תלוי בנסיבות.

ס' 18- ניתוח סעיף:

ס' 18(א): "(א) המחזיק במקרקעין כדין, רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או את שלילת שליטתו בהם שלא כדין."

ניתוח של סעיף 18 (ב):

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

א. על מי מגן הסעיף? על המחזיק כדין, כי הוא זה שיכול להשתמש בסעיף הנ"ל. מדובר על מחזיק כדין שרוצים להתקיף אותו, והוא רוצה להתגונן.

ב. בס' ב אנחנו מדברים על מחזיק כדין שכבשו את השטח שלו והוא מעוניין להשיב אליו את ההחזקה. כנגד מי יופעל הסעיף? פולש.

בס' א הפולש מנסה להשתלט על הנכס, אך המחזיק בנכס הוא המחזיק כדין. הפולש רק מנסה להתקיף (הוא עדיין לא מחזיק).

בס' ב הפולש כבר כבש את הנכס, והוא זה שמחזיק בנכס והוא מחזיק שלא כדין.

ג. איזו הגנה נותן הס' הס' מאפשר שימוש בכוח סביר + מגבלת זמן.
בס' א המחזיק כדין יכול להפעיל כוח סביר כל עוד ההתקפה נמשכת.
לעומת זאת, בס' ב ההתקפה נגמרה בכיבוש, למחזיק כדין שנושל יש כעת 30 יום בלבד לנסות להחזיר לעצמו את החזקה, ולשם כך מותר לו להפעיל כוח סביר.

שים לב ♥- 30 ימים נספרים מיום התפיסה, בהרבה מאוד מקרים לא יהיה ברור לגמרי מהו יום התפיסה. נדרש להגדיר יום ספציפי. **מהו היום המדויק של הכיבוש.** מהסיבה הזאת, הרבה אנשים אינם רוצים להסתכן ובלית ברירה הם לא יפעילו סעד עצמי, אלא יפנו לביהמ"ש על סמך אחד מהסעיפים האחרים. (ס' 16 או ס' 19).

אם אדם לא ידע שכבשו לו את השטח, והוא גילה את זה רק אחרי 30 ימים מים הכיבוש הוא לא יוכל לעשות שימוש בס'. כך שמגבלת הזמן יש לקחתה בזהירות רבה מאוד.

נדבר על התנאים של סעי' 18 :

קודם כל מהו כוח סביר? לא ניתן לתת תשובה חד משמעית. הכל תלוי בנסיבות, בסופו של דבר ביהמ"ש הוא זה שיחליט מה היה סביר ומה לאו. הדבר מראה כמה מסוכן השימוש בס'. ייתכן ואדם הפעיל כוח שהוא בעיניו הנפגע לא סביר, לכן הנפגע יכול לתבוע את אותו אדם שהפעיל כלפיו כוח. ייתכן וביהמ"ש יטיל על המחזיק כדין לפצות את הפולש, כי הוא חרג מהכוח הסביר. הפסיקה קבעה שנדרשים שני תנאים מצטברים כדי שהכוח ייחשב כוח סביר.

לגבי המונח כוח סביר בתי המשפט דרשו שני תנאים מצטברים (נלקחו מפקודת הנוזיקין):

1) **פרופורציה:** הכוח צריך להיות **פרופורציה** למעשה שנעשה. במידה והניחו אצלי גרוטאה או צמיד בקצה של המגרש. כוח סביר יהיה סילוק הצמיג בחזרה לשכן. אך אם אני אכנס לחלקה של השכן ואעשה לו נזק בצמיגים שלו שנמצאים אצלו- זה חורג מהכוח הסביר. נחיצות: נדרש לראות כמה כוח באמת היה **נחוץ** באותה סיטואציה. מינימום הכוח הנחוץ.

2) **התראה:** לפני שהמחזיק כדין מפעיל כוח הוא **צריך לתת התראה**, והזדמנות סבירה למלא אחריה. ייתכן ובנסיבות קיצוניות לא יהיה כלל זמן להתראה. בפקודת הנוזיקין יש הגנה לתוקף, והיא כוללת את שני התנאים הללו. התוקף למרות תקיפתו יכול לזכות בהגנה אם התקיימו התנאים הללו.

פס"ד המהווה שימוש בס' 18: מדינת ישראל נ' רחמני-

מדובר בהליך פלילי נגד רחמני. פס"ד מתקשר לנושא זה- בתור טענת הגנה הנאשמים רחמני טענו שהם נקטו בסעד עצמי לפי הדין האזרחי, ולכן ביהמ"ש נאלץ להיכנס לנושא הזה של סעד עצמי. באותו מקרה הסכסוך היה על מיטלטלין, הגנה על החזקה קיימת גם ביחס למיטלטלין. במטלטלין ס' 8 לחוק המיטלטלין מחיל על מיטלטלין את ס' חוק המקרקעין בשינויים המחויבים. לכן, גם ס' 18 של שימוש בכוח חל לגבי מיטלטלין.

הגנת הבעלות והחזקה- ס' 8 לחוק המיטלטלין:

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

באותו מקרה דובר בסכסוך בין שכנים בבית משותף, בנוגע לפקקים בארון החשמל. הפקקים הינם מיטלטלין. יום אחד, אחד השכנים הגיע לבניין בלילה וראה שאין אור בחדר המדרגות. הוא גילה, שבארון החשמל חסר הפקק של חדר המדרגות, השכן שלף את אחד הפקקים האחרים ושם במקום המתאים של חדר המדרגות. מתברר שהפקק היה של הדירה של משפ' רחמני. ברגע שהוציאו אותו מהמקום אין חשמל בדירה. האחים רחמני פרצו החוצה, הבינו מה קרה והתפתחה תגרה (מכות) בין הצדדים, השכנים הפילו את השכן והוא נפל ונפגע. השכן, פנה למשטרה והגיש נגד האחים רחמני תלונה פלילית בגין תקיפה, המשטרה המליצה לפרקליטות לפתוח הליך פלילי. כשביהמ"ש בדק בזהירות את כל הנסיבות, ביהמ"ש הגיע למסקנה שהאחים רחמני פעלו כדין בהתאם לס' 18 לחוק המקרקעין. מתברר, שכשהאחים פרצו החוצה, הם דיברו עם השכן ודרשו שהוא יחזיר את הפקק, הם נתנו לו הזדמנות של כמה דק' והתריעו בפניו. מתברר שהיה סכסוך בין המשפחות. השכן עמד הגן על לוח החשמל, וסירב להחזיר את הפקק. האחים שרצו גישה ללוח החשמל. ביהמ"ש קבע שבנסיבות העניין הכוח היה סביר. בסופו של דבר, התיק הפלילי נסגר.

נקודה חשובה: **ס' 18(א) ו-18(ב)** מגן על המחזיק כדין, בד"כ מי שיעשה שימוש בס' הוא **המחזיק הישיר** שמחזיק כדין, הוא זה שנפגע. אבל, לפי הנוסח של הסעיף, **למעשה גם מחזיק עקיף** שהוא מחזיק כדין יוכל לעשות שימוש בס'. לדוג' בעלים של מגרש מחכיר את המגרש לחוכר ונודע לו שפולש כלשהו, פלש למגרש. אז, הבעלים שהוא מחזיק עקיף יוכל להשתמש בס' 18 נגד הפולש בתנאי שהוא יקפיד על כל תנאי הסעיף.

דוגמאות לגבי ס' 18:

1. **חווה שכירות שהסתתים:** השוכר מסרב להתפנות, האם מותר למשכיר (בעלים) להחליף את המנעול בדירה? **החלפת מנעול נחשבת שימוש בכוח.** (שימוש בכוח= כל דרך שהיא לא ביהמ"ש. כדי לבדוק אם מותר למשכיר, הס' הרלוונטי **הינו ס' 18**, כי המשכיר מבקש להפעיל סעד עצמי להבדיל מפנייה לביהמ"ש.

האם חל ס' 18(א) או 18(ב)? בסיטואציה הזאת הס' המתאים הוא **ס' 18(ב)** כי השוכר שלא מתפנה הוא כמו כובש, הוא התופס של הנכס והוא מנשל את הבעלים (המשכיר) מהחזקה. **הסטטוס של השוכר:** מחזיק שלא כדין.

הסטטוס של המשכיר: "זכאי להחזקה", בסטטוס זה איננו מחזיק כדין. הוא זכאי שתחזור אליו החזקה, הוא לא המחזיק כדין של הנכס. לכן, המשכיר אינו יכול להשתמש בס' 18(ב), הוא לא יכול להחליף את המנעול. המשכיר יצטרך לפנות לביהמ"ש.

2. **השוכר הפר את תנאי החוזה:** האם הבעלים יכול להחליף את המנעול מבלי להודיע לשוכר על ביטול החוזה? ס' 18(ב) בהנחה שלא חלפו 30 ימים וכו'. כל עוד החוזה לא בוטל, החוזה ממשיך להתקיים. בדוג' זאת אסור למשכיר להחליף את המנעול, כי כל עוד החוזה לא בוטל השוכר הוא מחזיק כדין. בשעה שאת ס' 18 ניתן להפעיל רק נגד פולש, או מחזיק שלא כדין. אם וכאשר הבעלים יבטל את החוזה כדין, אז השוכר שמסרב להתפנות יחשב מחזיק שלא כדין ואז חוזרים לדוג' הקודמת (דוג' ראשונה). **אסור להפעיל את ס' 18 בנוגע למחזיק כדין!**
שוכר: מחזיק כדין ישיר.
משכיר: מחזיק עקיף.

בחוזי שכירות, הרבה פעמים מופיע סעיף מפורש וברור שמאפשר למשכיר להחליף את המנעול בסיטואציות מסוימות. אבל, בתי המשפט קבעו שהסעיף הזה נוגד את תקנת הציבור ואין לו תוקף. למה הוא נוגד את תקנת הציבור? כי הס' מאפשר סעד עצמי בסיטואציה שאסורה על פי החוק. לכן, מה שנוותר למשכיר בליט ברירה לפנות לביהמ"ש. בעבר, התוצאה הייתה בעייתית כי עד שמשכירים היו מקבלים צו פינוי זה יכול היה לקחת שנים. אבל, לפני מס' שנים נעשה תיקון חשוב בתקנות סדר הדין האזרחי. הוסיפו פרק שנקרא: **תביעה לפינוי מושכר- הפרק הזה קובע פרוצדורה מאוד מהירה כך שצו פינוי יינתן תוך 60 ימים מיום הגשת התביעה. לכן, ישנה סגירת מעגל והתוצאה הרצויה מושגת במובן שהמשכיר לא מפעיל סעד עצמי, ופונה לביהמ"ש ודי מהר יקבל צו פינוי כנגד השוכר.**

סע' 18 עשוי לחול במגוון שלם של סיטואציות, ולא רק במקרים של פלישה:

1. חוזה שכירות או עסקת שכירות: תקופת השכירות הסתיימה, והשוכר מסרב להתפנות מהנכס, עולה השאלה האם המשכיר יכול כעת לתפוס החזקה בנכס באמצעות החלפת המנעול? נראה במדויק איזה סעיף חל אם זה סעיף 18 (א) או סעיף 18 (ב)?
חשוב להתחיל בניחוח אנליטי מדויק ואיזה סעיף רלוונטי, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 18 (ב) כי השוכר כבש את הנכס והשלטת על הנכס לכן אנו נמצאים בתוך סעיף 18 (ב) כעת נבדוק את התנאים של סעיף 18 (ב) למי מותר להפעיל כוח?
התשובה היא המחזיק כדין, כאשר הכוונה בסעיף 18 (ב) מחזיק כדין אשר נושל, עולה השאלה האם המשכיר הוא מחזיק כדין?
התשובה היא לא, כי ברגע שמסתיים חוזה השכירות, והשוכר לא מתפנה, אז הושכר נחשב מחזיק שלא כדין, הסטטוס של המשכיר הוא זכאי להחזקה והוא לא נחשב מחזיק עקיף, כי מי שנמצא בנכס היינו השוכר לא מחזיק בהסכמתו. כלומר מחזיק עקיף זה אדם אחר אשר יושב בנכס בהסכמתו. אם אנו חוזרים לסעיף 18 (ב) מכיוון כי המשכיר איננו מחזיק כדין גם לא מחזיק עקיף אז הוא לא יכול להשתמש בסעיף 18 (ב) לכן אסור לו להחליף את המנעול. סעיף 18 (ב) יש כשל לשוני כדי מי שיכול לפעול בסעיף זה, זה אדם אשר מחזיק כדין והוא זכאי להחזקה. אבל הכוונה מי שיכול להפעיל את הסעיף 18 (ב) מחזיק כדין, אבל בעצם החזיק לא מחזיק יותר כי הוא נושל, הכוונה היא למחזיק כדין שנושל והסעיף מאפשר הפעלת כוח סביר.
זה לא מתאים לשוכר כי כאשר החוזה החל לא היה מצב של נישול, כי במקור המשכיר ויותר על החזקה.

כלומר כל עוד החוזה התנהל כדין, השוכר היה מחזיק כדין ישיר, והמשכיר היה מחזיק כדין עקיף, כעת כאשר מסתיים חוזה השכירות והשוכר מסרב להתפנות. השוכר נחשב מחזיק עקיף, והמשכיר נחשב בסך הכל זכאי להחזקה, ובגלל שזה הסטטוס של המשכיר עכשיו, אז הוא לא יכול להשתמש בסעיף 18 (ב). זה נשמע מוזר? או לא צודק? השוכר מחזיק בנכס, והמשכיר תקוע.
למען היה ניתן ללכת לסעיף 18 (ב) פרשנות מרחיבה, פרשנות תכליתית אשר תאפשר למשכיר לפעול עפ"י הסעיף, אבל בתי המשפט מאוד לא אוהבים את הסעיף, הם לא אוהבים נקיטת סעד עצמי, חשוב לא לשכוח כי סעד עצמי מוביל לאלימות. לכן, הפסיקה פירשה את הסעיף בצמצום, והיא לא מאפשרת למזכיר להחליף את המנעול. יותר מכך בהרבה חוזה שכירות מופיע סעיף אשר קובע במפורש כי המשכיר בסיטואציה כזאת רשאי להחליף את המנעול, ואף פינוי המיטלטלין. לכן בתי המשפט קבעו גם אם יש סעיף כזה בחוזה, הסעיף הוא חסר תוקף כי נוגד את "תקנת הציבור", משום שהוא מאפשר לאדם להפעיל כוח בניגוד למה שקבעה הפסיקה.

מה קורה במצב שבו המשכיר מחליף את המנעול?

כעת המשכיר הוא מחזיק בנכס בפועל הוא בעל השליטה, נכון שהוא הבעלים אבל האם הוא מחזיק כדין?
לא הוא מחזיק שלא כדין, והסעיף שחל כאן זה סעיף 18 (ב).
עולה השאלה האם השוכר יכול להחליף המנעול?
הסעיף שחל זה 18 (ב).
כולנו מסכימים כי המשכיר הוא מחזיק שלא כדין.
למי מותר להפעיל את סעיף 18 (ב) – רק מחזיק כדין, ואסור לשוכר להחליף את המנעול.

הערה: ראינו כי בתי המשפט לא אוהבים להפעיל את סעיף 18 (ב), והפתרון של החלפת מנעול הוא טוב, אבל למשכיר לא יכול להפעיל את סעיף 18 (ב), וכעת המשכיר צריך לפנות לבית המשפט, והמשכיר יקבל סעד, אבל התהליך הוא ארוך אבל יש פתרון:

מכיוון כי המשכיר אינו רשאי להפעיל את המנעול, אין לו ברירה אלא לפנות לבית הנשפט הבעיה כי ההליך המשפטי יכול לקחת שנים רבות, ובינתיים השוכר אינו מתפנה מהנכס, כי לפתור את הבעיה

הזאת נעשה לפני מס' שנים, "תיקון בתקנות סדר הדין האזרחי", והוסיפו פרק שלם של" תבעיה לפינוי מושכר סעיפים 215 ז. ואילך.

עפ"י ההסדר הזה, ברגע שמשכיר מגיש תביעת פינוי ובהנחה והוא צודק, תוך 60 בימה"ש יתן צו פינוי. הניסוי בפעול מוכיח כי בתי המשפט עומדים בלוח הזמנים, הם מקפידים מאוד בנושא, ולכן בסופו של דבר הושג הפתרון הרצוי של הסכסוך ללא הפעלת כוח. ומכוח עשיית עושר ולא במשפט בימה"ש יתן את התשלום, כולל פיצוי של נזיקין.

כעת נדבר על סעי' 19 :

החזרת גזלה 19. מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק; אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית-המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את החזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

נתחיל עם הרישא של הסעי': מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק;

נדבר על הרקע של הסעי':

אמרנו כי שיטת המשפט לא אוהבת מצבים של שימוש בכוח, סעד עצמי של שימוש בכוח מותר רק כחריג, ורק אם מתקיים במלואם כל התנאים של סעי' 18(ב). לכן מי שמשלט על נכס כובש אותו, מנשל את המחזיק שהחזיק בו, וכל זה נעשה שלא לפי סעי' 18(ב), עשה מעשה פסול, לא משתלטים על נכסים. לכן במצב כזה המחזיק אשר נושל נפנה לבית המשפט על סמך סעי' 19, ובית המשפט יצווה להשיב לו את החזקה.

מי יכול להפעיל את הסעי' ?

כלומר מי נפגע, המחזיק, כאשר הסעי' מדבר באופן כללי על המחזיק, זה כולל גם מחזיק ישיר, וגם מחזיק עקיף, יותר מזה מחזיק כולל גם מחזיק כדון, וגם מחזיק שלא כדון. זה נשמע מוזר מה פתאום החוק מגן על מחזיק שלא כדון ?

זה לא מפתיע כי ראינו מצב כזה בסעי' 17, נזכיר כי שיטת המשפט מכירה במצב של סכסוך בין שני פולשים, וצריך להכריע בסכסוך הזה, אז באופן יחסי כאשר הסכסוך הוא בין שני הפולשים בינם לבין עצמם, אז שיטת המשפט מעדיפה את הראשון בזמן **"שיטת הדין היחסי"**. אז לפי סעי' 19, אפילו אם אדם הוא מחזיק שלא כדון הוא יוכל לפנות לביהמ"ש ולהגן על החזקה שלו, וזה רק כלפי פולש/כובש מאוחר יותר ולא כלפי הבעלים אשר זכאי להחזיק בנכס. אולם, סעי' 19 הולך מעבר לכך !

סעי' 19 חל גם כאשר אדם מחזיק בנכס שלא כדון, כעת הבעלים של הנכס, או הזכאי להחזיק רוצה להחזיר לעצמו את החזקה, והוא פועל לכאורה לפי סעי' 18(ב), אבל הוא לא הקפיד על כל תנאי הסעי' למשל: הוא פעל אחרי 30 ימים, למשל: הוא לא נתן התראה, ואולי הוא הפעיל כוח מעבר לסביר. במצב כזה, יכול המחזיק שלא כדון, לפנות לביהמ"ש כנגד הבעלים, וביהמ"ש יפסוק לטובת המחזיק שלא כדון.

מה הרציונל ?

סעי' 19 נחשב סעי' חינוכי הוא בא לחנך את הציבור על כך שלא מפעילים כוח ומשתלטים על נכס בכוח, אלא אם מתקיימים כל התנאים בסעי' 18(ב), ואם אדם פעל שלא לפי סעי' 18(ב) זה לא יעזור לו, אפילו אם הוא הבעלים, ביהמ"ש יצווה עליו פינוי מהנכס ולהחזיר את החזקה לנכס שלא כדון, כל זה לפי הרישא של סעי' 19.

נרחיב את הדיבור על סעי' 19 רישא:

1. סעי' 19 הוא סעי' קנייני ולא נזקי, כי הוא נמצא בחוק המקרקעין ולא נמצא בפק' הנזיקין, לכן שק"ל של ביהמ"ש הוא שק"ל צר, לכן רוב הסיכויים כי ביתי המשפט יתן למחזיק את הצו המבוקש. זה סעי' שנותן הגנה טובה למחזיק כולל למחזיק שלא כדון.
2. מצד שני בתי המשפט צמצמו את תכולת הסעי', בתי המשפט קבעו כי המחזיק אשר נושל, חייב לפנות במהירות לבית המשפט כל עוד התפיסה/כיבוש עדיין טרייה. כעת עולה השאלה מה נחשב תפיסה טרייה ? הכל תלוי בנסיבות. **זוג לכך:**

פס"ד אליהו נגד גרודה:

עבודות: דובר כאן בשני מגרשים שכנים, במגרש אחד נמצא אלינו אשר היה שוכר גרוטאות צמיגים ורהיטים, והמגרש השני של גרודה עמד ריק, אליהו התחיל לאט לאט להניח גרוטאות במגרש של גרודה, אולם גרודה לא הגיבה. ולאט לאט אליהו הוסיף גרוטאות עד שהמגרש של גרודה היה מלא עד השמיים. גרודה התעורר אחרי שנתיים וחצי, ופנה על סמך סעי' 19 כדי שיחזיר לו את החזקה, כלומר לחייב את אליהו לסלק את הגרוטאות.

עלתה שאלה: האם גרודה יכול לתבוע על פי הסעי' אחרי שעברו שנתיים וחצי ?

נקבע: ביהמ"ש בדק היטב את הנסיבות וקבע כי במשך שנתיים זה היה רק שלב "ההתקפה", או נחשב "הפרעה", גרודה עדיין היה מחזיק, ואליהו הפריע או התקיף אותו. אבל בחצי שנה האחרונה זה שלב של כיבוש מלא. כלומר בתום השנתיים כל המגרש היה מלא גרוטאות אז המשמעות המשפטית זה היה מועד הכיבוש, זה מועד ההשתלטות, זה המועד שגרודה נישל את אליהו מהנכס. אז כך עברה רק חצי שנה ממועד הנישול, וביהמ"ש קבע כי במועד כזה ניתן לתבוע עפ"י הסעי'. עוד נק' לפס"ד, גרודה לא הבעלים של המגרש אלא היה שוכר, הוא שכר את המגרש מהמדינה, כאשר הסתיימה תקופת השכירות גרודה סירב להתפנות, בימה"ש קבע בדעת רוב כי גרודה מחזיק שלא כדון, ובכל זאת בימה"ש הגן עליו על סמך סעי' 19 כי אליהו הוא פולש מאוחר יותר ובאופן יחסי בסכסוך בין שניהם שיטת המשפט מעדיפה את הראשון בזמן שזה גרודה.

פס"ד אלדבעאט נ' אלג'עברי

הפס"ד עוסק בסעי' 19 **עובדות:** דובר באדם אשר היה דייר מוגן, דיברנו על "חוק הגנה הדייר" אשר חל על נכסים ישנים ומי שגר בנכס הזה יכול לגור כל חייו. דובר באדם שהיה דייר מוגן של חנות בעירה העתיקה בירושלים, אותו דייר השכיר את הנכס בשכירות רגילה, לשוכר מסוים. בשלב מסוים השוכר הפסיק לשלם דמי שכירות, אז המשכיר הודיע על ביטול החוזה ודרש מהשוכר להתפנות. השוכר לא מתפנה, במילים אחרות השוכר הוא מחזיק שלא כדין, אבל בינתיים מתברר כי גם המשכיר מחזיק שלא כדין משום שהזכות שלו כדייר מוגן פקעה, והוא בכל זאת המשיך להחזיק בנכס עד ההשכרה שלו לשוכר. אז יש מצב של סכסוך בין שני מחזיקים שלא דיין הראשון בזמן והמאוחר בזמן. המשכיר פנה לבית המשפט לפי **סעי' 19** וביקש לפנות את השוכר. ביהמ"ש נתן צו פינוי על סמך "שיטת הדין היחסי" כלומר בסכסוך פנימי שלא כדין עדיף הראשון. המשכיר התבסס בתביעה שלו גם על סעי' 17 לחוק המקרקעין, מזכיר כי סעי' 17 עוסק במצב של הפרעה, וראינו כי קיימת גישה אשר מאפשרת שימוש בסעי' 17 גם במצב של כיבוש הנכס ונישול האדם אשר החזיק בו. **קצת בפס"ד החדש העליון קבע וזאת ההלכה: כי סעי' 17** לא יחול במצבים כאלה של כיבוש, סעי' 17 חל רק במצב של הפרעה למי שמחזיק בנכס, לעומת זאת במצב של כיבוש/השתלטות וסילוק המחזיק המקורי הסעיפים המתאים הם **16 + 19** כל אחד עם התנאים שלו.

סיפא של סעי' 19: אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית-המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שיראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

רקע: לפי הרישא של סעי' 19 בית המשפט הוא ראש קטן, בית המשפט לא בודק את הסכסוך לעומק, אלא בית המשפט מתייחס לעניין ההחזקה, ואם ביהמ"ש מתרשם כי אדם אחד נישל מהחזקה את המחזיק בנכס, ביהמ"ש מצווה מיד להחזיר את החזקה למחזיק אשר נושלו. אחר כך, בהליך נפרד מי שזכאי להחזקה יפנה לביהמ"ש יבקש להכריע בסכסוך כולו, ואז בית המשפט יבדוק לעומק את זכויות הצדדים, מי באמת זכאי להחזקה, ובסופו של דבר יורה על החזרת החזקה למי שבאמת זכאי לה. דיון כזה יכול לקחת הרבה זמן, ואך נוצר מצב של פינק-פונק של החזקות ולמה? אדם אחד מחזיק כדין, אדם אחר נישל אותו, המחזיק כדין מנסה להחזיר לעצמו את החזקה, אולם הוא לא מקפיד על סעי' 18 (ב), המחזיק שלא כדין יפנה לביהמ"ש על סמך סעי' 19 וביהמ"ש יחזיר לו את החזקה, ולאחר כך כאשר יערך הידון המכריע בסופו של דבר החזקה תחזור למחזיק כדין המקורי. ברור לנו כי מצב כזה איננו רצוי, זה מעמיס את ביהמ"ש והצדדים, ולכן בא סעיף 19 סיפא וקובע: כי לביהמ"ש יש סמכות לדון ישר בהתחלה לדיון המעמיק לגופו, לא להיות ראש קטן אשר מחזיר את החזקה למנושל, אלא לבדוק את הסכסוך עצמו על ההסטוריה והזכויות ולקובע אחד ולתמיד מי צודק ולהחזיר לא את החזקה.

עולה השאלה, באיזה מקרים ביהמ"ש יפעל לפי הרישא, ז"א יהיה ראש קטן?

ובאיזה מקרים יפעל לפי הסיפא ויפעיל את הסמכות שלו?

הכל נתון כאן בהתאם לשק"ל של ביהמ"ש וזה שק"ל רחב, והוא יחליט מיתי ללכת לפי הרישא, ומתי ראוי לפעול לפי הסיפא.

דוג לכך פס"ד רוזנשטיין נ' סולומון, איך לפעול לפי הסיפא או הרישא:

עובדות: מדובר בשני משקים חקלאים אשר נמצאים בחכירה מאת מנהל מקרקעי ישראל, 20 שנים חייו בשלום, אחרי 20 שנה התחיל החוכר באחד השנים.

החוכר החדש בדק את קו הגבול בין שתי החלקות והוא גילה, כי חלק מהשטח של השכן שלו בעצם שייך לו. אז החוכר החדש נכנס בכוח לאותו שטח, עקר באלימות רבה את כל הצמחים והעצים, הרס את כל הצנרת, ופיזר שם סלעים גדולים כדי למנוע מהשכן שלו לחזור ולעבד את השטח.

השטח המנושל, פנה לבימ"ש על **סמך סעי' 19 רישא** וזה מצב של כיבוש, והוא ביקש להחזיר את החזקה, לעומת זאת השכן האלים מבקש מביהמ"ש לפעול לפי הסיפא ולמה?

כי השכן האלים הוא צודק בקו הגובל, ואין טעם לבצע פינק-פונק.

יש כאן דילמה אם ביהמ"ש ילך לפי הסיפא או הרישא יש מחלוקת בין הש':

דעת הרוב: העדיפה את "יעילות הדיון" וללכת לפי **הסיפא**, כלומר השכן האלים צודק ולהשאיר את החזקה בידיו.

דעת מיעוט: השי' איילון, הוא לא היה יכול להתעלם מהאלימות כי השכן לא נתן התראה, הוא הרס את הכל, לכן במצב כזה צריך לחנך את הציבור ויש ללכת לפי **הרישא** להחזיר את החזקה לשכן אשר נפגע, ולאחר מכן השכן האלים יגיש תביעה נפרדת שתיקח שנים, והוא יזכה בתביעה.

לכן זה עניין של גישה בין השופטים, בהתאם לנסיבות.

דרך אגב סעי' 16, 19 יכולים לחול במקביל.

כעת נדבר על חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), תשמ"א-1981 אנחנו עדיין בפרק של**הגנות:****החוק עוסק במקרקעי ציבור.**

מה זה מקרקעי ציבור?

מקרקעין של המדינה או של רשויות מקומיות, למשל עירייה או מועצה מקומית. המדינה והרשויות כאשר רוצות להגן על ההחזקה שלהם יכולות להשתמש בסעי' 19-16, בדיוק כמו כל אדם פרטי.

אולם, בנוסף קיים חוק אשר נותן להם הגנה טובה יותר וזה החוק הנדון.

הסעיף המרכזי הוא סעי' 4 (א):

4. (א) תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה, לאחר שעיין בדין וחשבון בכתב מאת פקח שביקר במקום ועל סמך מסמכים לענין הזכויות במקרקעי הציבור ולאחר שנתן לתופס הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו, כי תפיסתם היתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך שישה חודשים מיום שהתברר לו כי התפיסה היתה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו.

הוא מאפשר למדינה ולרשויות להפעיל סעד עצמי, מה זה אומר ?

הם לא צריכות לפנות לבית משפט כדי לקבל צו פינוי, אלא יכולות להוציא צו כזה בעצמם.

לכן **סעי' 4 (א)** קובע מסי' תנאים: 1) שניתן להוציא צו כזה תוך 6 חודשים מיום שנודע על התפיסה שלא כדין, 2) ולא יאוחר מ 3 שנים מיום התפיסה, 3) ובלבד שנותנים לתופס 30 יום כדי להתפנות בנכס.

יש כאן 3 תנאים מצטברים:

1. 6 חודשים מרגע שנודע על התפיסה להוציא צו.
2. 3 שנים מיום התפיסה.
3. 30 ימים לתת לאדם להתפנות.

מדובר בסעי' מאוד חזק וטוב של הרשויות, אולם בגלל שהסעי' הוא חזק, בתי המשפט והמלומדים ניסו קצת לצמצם אותו.

כעת נראה איך מצמצמים את הסעי' :**1. נק' ראשונה עלתה בפס"ד מדינת ישראל נ' בן-שמחון:**

נקבע כי המדינה יכולה לפעול לפי הסעי' רק אם ברור, כי מדובר בתפיסה שלא כדין. לעומת זאת אם הדבר איננו ברור, אז המדינה חייבת לפנות לביהמ"ש.

2. נק' אשר עלתה ע"י המלומדים פרופ' וייסמן, ופרופ' מיגל דויטש: הם מציעים ראוי כי המדינה והרשויות ישתמשו בסעי' רק במקרים בהם הן מחזיקות ישירות בנכס, ולא במקרים בהן המדינה והרשויות היו בסך הכל מחזיק עקיף, במילים אחרות בכל אותם מקרקעין אשר המדינה מחכירה לדורות, המדינה היא מחזיק עקיף ולפי הגישה הזאת היא לא תוכל להשתמש בסעי' 4 (א).

3. ברור לנו כי המדינה והרשויות חייבות להקפיד בדיוק על המועדים אשר מופרטים בסעי' 6 חודשים מרגע הגילוי, 3 שנים מיום התפיסה, 30 ימים לתת לאדם להתפנות

אולם חריג לגישה זו יש פס"ד בראנץ' נ' עיריית בני-ברק:

דובר באדם אשר הקים קיוסק על הרחב העירונית מול בית העירייה, במשך 8 שנים העיריה אל עשתה כלום, ורק אז אחרי 8 שנים הוציאה צו פינוי נגד הקיוסק. ברור לנו כי לפי סעי' 4 (א) המועדים חלפו מזמן, לכן לעירייה אין אפשרות להוציא צו כזה. אולם, הסכסוך הגיע לבית המשפט העליון וקבע:

כי שני הצדדים לא היו בסדר, הוא פולש 8 שנים, והעירייה חרגה מהסמכות שלה, אבל מבין שתי "הרעות החולות" בסופו של דבר יש לפסוק לטובת העירייה וזה כדי לחנק את הציבור שלא ניתן לפלוש לנכסי ציבור.

עוד סעי' חשוב זה סעי' 4 א (א):

4 א. (א) לענין חוק זה, יראו תפיסה של מקרקעי ציבור שלא כדין, גם אם אותו אדם החזיק בהם לאחר מועד סיומו או פקיעתו של חוזה שהתיר את החזקתם, ובלבד שמשך תקופת ההחזקה מכוח חוזה לא עלתה על שבע שנים רצופות, ונשלחה הודעה לתופס מקרקעי הציבור, ולפיה הסתיים החוזה ואין כוונה להאריכו או שפקע החוזה, לפי הענין, וכי על התופס לפנות את מקרקעי הציבור. הסעי' הזה מתייחס לחוזה שכירות עד תקופה של 7 שנים ומה זה אומר ? אם המדינה או רשות מקומית השכירו נכס לשוכר, תקופת השכירות הסתיימה והשוכר לא מתפנה אז הוא נחשב מחזיק שלא כדין, ובלבד שנשלחה לו הודעה על סיום החוזה, ודרישה לפנות את הנכס, ובתור מחזיק שלא כדין המדינה או הרשות יכולות עכשיו להוציא לו צו פינוי בעצמן, בכפוף ללוח הזמנים אשר מפורטים להשלים **בבית את לוח הזמנים יש כאן שני תנאים מצטברים:**

1. תקופת השכירות לא עלתה על 7 שנים.
2. נשלחה הודעה לתופס המקרקעין ובו כתוב כי חוזה השכירות הסתיים.

הסעי' מאוד חשוב על רקע מה שלמדנו בשבוע שעבר, דיברנו על זה כי הרבה פעמים כי אנשים תוספים מקרקעי ציבור, המדינה יודעת ואינה פועלת באופן אקטיבי כדי לסלק אותם, ואז אנשים כאלה יכולים להיחשב "ברי רשות מכללא". אז כדי להגן על המדינה והרשויות בא הסעי' וקובע כי מדובר במחזיק שלא כדין ולא "בבר רשות מכללא".

הסעיף האחרון בחוק הוא 5:

5. (א) חלף מועד הסילוק והפינוי הקבוע בצו, ולא קוימו הוראות הצו בידי התופס, יורה הממונה לפקח, באישור מנהל אגף הפיקוח ברשות מקרקעי ישראל, לגבי מקרקעי ישראל, ובאישור היועץ המשפטי של הרשות המקומית, לגבי מקרקעי אותה רשות, לבצע את הצו, ובלבד שלא חלפו יותר משישים ימים ממועד הסילוק והפינוי, ואם עוכב ביצוע הצו על ידי בית המשפט – ממועד ביטולה או פקיעתה של החלטה בדבר עיכוב הביצוע.

אם הפולש לא מציית לצו ולא מתפנה, אז ניתן לשלוח לשטח פקחים והם רשאים להפעיל כוח במידה סביר, כדי לסלק את הפולש מהנכס, הרבה פעמים הפקחים מגיעים עם המשטרה.

בנוסף לפרק אשר עוסק בהגנה לפעמים יחול הפרק שלמדנו לפני שזה נטיעה, בניה בחלקו של הזולת, מתי זה יקרה ?

זה יקה כאשר מי שפלש לשטח לא רק פלש והסיג גבול אלא בנה, נטע, או חיבר במחובר של קבע במקרקעין שאליהם פלש, ואז במצב כזה לנפגע יש הגנה חזקה יותר, מושם שהוא יכול להיעזר לא רק בסעיפים של הפרק הנוכחי גם בסעיפים של הפרק הקודם. וכדי להמחיש את שני הפרקים נדבר על הפס"ד :

בג"צ 2887/04 אבו מדיג' נ' מינהל מקרקעי ישראל (מאגר נבו, 2007), פסק דינה של השופטת ארבל.

מדובר כאן באוכלוסייה הבדואית אשר פלש לקרקעות של המדינה בנגב, הבדואים הקימו שם מגורים, ובעיקר השתלטו על שטחים אדירים של קרקע, לצורך גידולים חקלאיים בעיקר חיטה, כלומר פשטו על שטחים אדירים בנגב. המדינה הוציאה נגדם צו פינוי מכוח "חוק מקרקעי ציבור פינוי קרקע", אבל הדואים לא התפנו, אז מכוח אותו חוק המדינה שלח פקחים במטרה לסלק אותם, אולם הבדואים פגעו בפקחים, לכן המדינה באמצעות מטוסים ריסס רע מעל השדות של הבדואים. הבדואים עתרו לבג"ץ.

העליון: החן האם המדינה פעלה כדין ? כאשר המדינה ריססה את הגידולים היא נקטה בסעד עצמי, ולכן צריך לבדוק את הסעיפים השונים מאפשרים למדינה לנקוט סעד עצמי שכזה. ובכן כאן השופטים נחלקו בדעות שלהם.

דעת יחיד השופט ג'ובראן - הוא בחן את סעי' 21 לחוק המקרקעין, ואת סעי' 18 לחוק המקרקעין (שימוש בכוח סביר), ובנוסף בחן את סעי' 5 לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) - אלו 3 הסעיפים אשר מאפשרים סעד עצמי, סעי' 21 חל כדי מדובר בנטיעות. השופטים ניתח את הסעיפים והגיע למסקנה כי הסעיפים לא מאפשרים פיזור רע כפי שהמדינה עשתה, וגם בשל הרוח הרע הגיע לכפרים והזיק לתושבים.

שופטי הרוב - השופטים נתנו פרשנות מרחיבה ביותר ל 3 הסעיפים האלו וקבעו מבחינת דיני הקניין מותר היה למדינה לעשות את מה שהיא עשתה, אבל הבעיה היא אחרת, הריסוס זה דבר אשר פוגע "בכבוד האדם" וזה משפיל את הבדואים. והפעולה היא פסולה מכיוון שהיא לא עומדת במבחנים של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

בשורה תחתונה כל השופטים קבעו כי המדינה פעלה שלא כדין, כל אחד על פי הניתוח שלו. לכן הפס"ד הזה מדיג' לנו שילוב הסעיפים מפרק הקודם ומהפרק הנוכחי.

דבר אחרון לסיכום הפרק של הגנה על החזקה: ראינו כי החזקה בפני עצמה היא דבר חשוב בדיני קניין, ולכן המחוקק מגן על החזקה בפני עצמה. יחד עם זאת צריך לזכור כי החזקה עצמה שאדם יושב בנכס איננה זכות קניינית, יותר מכך אם אדם פלש לנכס, והוא תופס אותו ונמצא שם, גר שם עשרות שנים לרבות בניית בית, כמו גבעת עמל. אז אנשים כאלה אפילו שהם תופסים את הנכס ל 10 שנים לא הופכים להיות בעלים של הנכס. החזקה לא הופכת להיות בעלות. האנשים יחשבו מחזיקים שלא כדין, או לכל היותר יחשבו ברי רשות מכללא שגם אותו ניתן לפנות בכל עת.

איך רוכשים בעלות של נכסים יש 3 דרכים:

1. ירושה מהבעלים, לא מהפולש.
2. עסקת מכר, קניית נכס מהבעלים.
3. מתנה, הבעלים נתן את הנכס במתנה.

9. שיתוף בנכסים

שיתוף בנכס זה מצב שבו לנכס אחד, יש כמה בעלים ביחד, הסיטואציה הזאת של שיתוף היא מאוד נפוצה, השיתוף יכול להיווצר בדרכים רבות,

- (א) דוג ראשונה – איך נוצר שיתוף – **מכוח ירושה**: אדם בעלים של דירה נפטר והוא הורשה את הדירה לילדים שלו, כעת הילדים הם הבעלים, והם בעלים משותפים, הם שותפים בנכס, קודם היה אבא אחד, וכעת כל הילדים בעלים.
- (ב) דוג שניה – **הלכת השיתוף בין בני זוג** – במילים אחרות זוגות אשר חלה עליהם הלכת השיתוף הם שותפים ביחד בנכס, למשל בעל ואישה הם ביחד בעלים משותפים בדירה.
- (ג) דוג' שלישית – **היא עסקה רצונית** – אנשים מראש, קונים נכס ביחד למשל 3 משקיעים קונים יחד מגרש, אנשים מתארגנים יחד כקבוצה מתוך מטרה לבנות דירות, ובסוף הם יחלקו את הדירות ביניהם, לאורך כל התהליך השותפים הם שותפים בקרקע.

אנו בשיעור נדבר על בעלות משותפת, אבל **סעיף 45 לחוק המקרקעין קובע** – הוראות החוק בנוגע לשיתוף בנכסים יחול בשינויים המחייבים גם על זכויות קנייניות אחרות.

שיתוף בזכויות אחרות

45. הוראות הסימן הקודם והסימן הזה, ככל שהן נוגעות לענין, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכויות אחרות במקרקעין כשהן של כמה בני אדם.

הדוג' הכי טובה זה חכירה לדורות: ניקח דירה בבית דירות בבית משותף שנבנה על קרקע של מדינה, לכן המשפחות אשר גרות הם לא באמת בעלים אלא רק חוכרים לדירות, לכן אם נסתכל על דירה או בית כזה היא כאלו בבעלות משותפת של בעל ואישה, למעשה אנו כעו"ד בודקים ומגלים כי מדובר בחכירה לדורות. כל הסעיפים של בעלות משותפות יחולו גם על חכירה לדורות. לכן שיתוף זה יכול להיות גם בחכירה לדורות.

העיקרון הבסיסי והחשוב ביותר בדיני השיתוף **קובע בסעיף 27 לחוק המקרקעין**: במילים של המרצה: **הסעיף קובע כאשר לנכס יש מס' שותפים אז החלק של כל שותף בנכס הוא חלק יחסי או במילה אחרת חלק מתמטי או חלק ערטילאי(אינו מוחשי). ובעיקר והוא בלתי מסוים. או כמו שאתה הפסיקה: "אין לומר זה שלי וזה שלך"**. זה העיקרון הכי חשוב בשיתוף.

בעלות משותפת במקרקעין

27. מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

אז מה אומר סעיף 27 ?

הסעיף הוא קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו. וזה עקרון בסיסי.

דוג: מגרש בבעלות שני שותפים חצי-חצי בחלקים שווים, אנשים חושבים בטעות כאילו חצי מגרש שייך לשותף א' וחצי מגרש שייך לשותף ב'.

המצב הנכון כי הנכס שייך לשני השותפים "כל גרגיר וגרגיר בנכס שייך לשני השותפים" איך אפשר להפריד. אז מצד אחד ניתן להבין את הרציונל של שיתוף הכל משותף, אבל מצד שני אנו נראה את הבעיות אשר נגרמות ואיך חוק המקרקעין מתמודד על הבעיות.

נק' נוספת, **סעיף 28 לחוק המקרקעין קובע** – חזקה שהחלקים של השותפים שווים, אלא אם נקבע אחרת. דוג: אבא נפטר והדירה שלו עוברת לבעלות היוורשים 3 ילדים, לכל אחד מהילדים יש 1/3 מהנכס, מה זה אומר לכל אחד יש 1/3 בכל גרגר וגרגר יש 1/3 באופן שלא ניתן להפריד.

עוד דוג: נניח כי אותו אבא כתב צוואה, בצוואה הוא הורשה את הדירה של 3 הילדים, אבל הוא כתב לבן הבכור 50% ושני הצעירים 25% ו-25%. אז במקרה הזה החלקים של 3 הילדים אינם שותפים כי החזקה של **סעיף 28 היא חזקה אשר ניתנת לסטירה**. בפסקי דין נראה כי החלקים אינם שווים. **בכל מקרה החלק המתמטי של כל שותף בשיתוף רשום בטאבו בצורה מסודרת. אז אם נסתכל על עמוד בטאבו נראה**:

בעלים: דני כהן 1/8, יוסי כהן 3/8, רבקה כהן 1/2.

אנו מבינים כי על שיתוף חלים דין מסוים, **וחל עליו פרק ה' בחוק המקרקעין עמוד 208**

נדברים על כל הסעיפים, כאשר מדובר בשיתוף בנכסים קיימים 3 סוגים של הסדרים בין השותפים:

- (1) הרמה הבסיסית ביותר, הם סעיפי חוק דיספוזיטיביים, והסעיפים האלו יחלו כל עוד שהשותפים לא קבעו אחרת הסעיפים הם 31-36.
- (2) החלטות השותפים סעיף 30 לחוק.
- (3) הרמה הגבוה ביותר, הסכם שיתוף הסע' הרלוונטי סעיף 29 לחוק.

קיימת היררכיה בין ההסדרים השונים .

הסבר : הרמה הבסיסית ביותר סעיפי חוק דיספוזיטיביים אשר חלים כל עוד שהשותפים לא קבעו אחרת, לכן אם השותפים קבעו אחרת אז הסעי' חלו.

הרמה השנייה החלטות של שותפים יכולות להתנות על סעיפים החוק הדיספוזיטיביים, אבל אסור להחלטות לסתור הסכם שיתוף.

הרמה הגבוה ביותר זה הסכם שיתוף.

כעת מה שנעה נעבור על כל הסעיפים:

נתחיל עם סעיף 31 לחוק המקרקעין – הוא עוסק בנושא ספציפי שמעוררת סכסוך בין שופתים הסוגיה היא : של שימוש בנכס המשותף.

סעיף 31 (א) (1) – כל שותף רשאי בלי הסכמת שאר השותפים, להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר ובלבד שלא ימנע שימוש כזה מהשותפים האחרים.

זכותו של שותף יחיד

31. (א) באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר השותפים

(1) להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר ;

הסעיף קובע כי כל שותף ולא משנה מה החלק שלו, הוא רשאי להשתמש בנכס המשותף בתנאי שמתקיים שני תנאים מצטברים :

- (1) שימוש סביר.
- (2) השותף שמשמש חייב לאפשר לשותפים האחרים במקביל.

דוג לסעיף: ע"א 458/82 וילנר נ' גולני, פ"ד מב (1) 49.

דובר בשתי אחריות חורגות, הבת הראשונה ירשה 3/8 מדירה המגורים של האבא, והבת השנייה ירשה 5/8. הבת אשר יש לה 5/8 רוצה לגור בדירה, הבת של ה- 3/8 מתנגדת. והיא מתנגדת למורת יש לה דירה משלה. היא מתנגדת כי היחסים בין האחיות חורגים. וזה בדיוק מה מצב **אשר עוסק בסעי' 31**.

בימה"ש בחן: האם מתקיים שני התנאים המצטברים בסעיף 31 אם הם מתקיים הבת יכולה לגור, אם לא הבת לא תוכל לגור.

(1) התנאי הראשון דובר **על "שימוש סביר"** – השופטים נתנו פרשנויות שונות. **השופטת בן פורת אמרה:** כדי להחליט את מדובר בשימוש סביר יש לבדוק את סוג הכנס דירה, אדמה חקלאית, המקום שבו הוא נמצא. וסוג השימוש. במילים אחרות השי' מתמקדת בתנאים האובייקטיביים של השימוש, השופטת אומר כאן מדובר בדירת מגורים, הבת רוצה לגור בדירה המגורים וזה שימוש סביר, **מה יכול להיות שימוש לא סביר כמו: לפתוח עסק בדירה מגורים.**

השופטת נתניהו אמרה: כדי לבדוק את השימוש סביר, צריך לבדוק האם שימוש משותף בוי"ז על ידי כל השותפים אכן סביר בנסיבות של המקרה הנדון והאחיות מסוכסכות זה לא סביר שיגור ביחד, לא היא חושבת שהתנאי לא מתקיים.

השופט השלישי ניתח את הסוגיה באופן אחר ולא דיבר על סעי' 31.

(2) **התנאי השני השותף לא ימנע מיתר השותפים להשתמש במקביל** – גם כאן שתי השופטות חלוקות בניהן **הש' בן פורת:** די בכך כי השותף יאפשר לאחרים להשתמש במקביל אם יהיו מעוניינים, במקרה הנדון האחיות של 5/8 שחייבת לגור בדירה ומבחינתה אין לה התנגדות שהאחות השנייה תגור. אז לפי הגישה של בן פורת התנאי הזה מתקיים. **הש' נתניהו:** היא ממשיכה אותו קו מקודם, והיא אומרת אסור לשותף שמשמש למנוע משאר המשתמשים, להשתמש במקביל ויש לבדוק האם שיתוף כזה אכן אפשרי, היא אומר כי שיתוף כזה לא אפשר לכן לדעתה גם תנאי מס' 2 לא מתקיים.

איך נגמר הפס"ד? **לפי הש' בן פורת שני התנאים מתקיים לכן הבת של ה- 5/8 רשאי לגור, ואילו לפי הש' נתניהו לא מתקיים שני התנאים, לכן לכאורה הבת של ה- 5/8 לא רשאית לגור כל עוד שהשותפה האחרת מתנגד.** אבל הש' נתניהו אומר מבחינת **"סדרי הדין והפרוצדורות"** לא נתנו לבת שרוצה לגור לטעון את כל הטענות ולהביא את כל העדים ובעצם פגעו בה מבחינה פרוצדוראלית, לכן לא אפשרו לה הליך הוגן, ורק מהסיבה הזאת נתניהו אמרה שצריך לתת לה לגור בדירה.

ואילו השופט השלישי השופט בך הוא ניתח את המצב בצורה אחרת הוא לא השתמש בסעיף 31, וגם הגיע למסקנה כי מותר לאחות לגור בדירה הוא התבססה על העובדה כי לאחות יש רוב. **נפסק כי מותר לבת לגור בדירה.**

חשוב לציין שאין הלכה ברורה לגבי סעי' 31, לכן במבחן ובעבודה צריך לנתח לפי הגישה של בן פורת ולפי הגישה של השופט נתניהו.

הקדמה לפס"ד הבא שנבר עליו:

בפס"ד וילנר נ' גולני – מי שרצה להשתמש בנכס המשותף היה אחד השותפים בעצמו. אבל כעת מתעוררת השאלה מה קורה כאשר מי שרוצה להשתמש בנכס הוא צד שלישי ובזה **עסקה פס"ד:**

ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז (1) 533.

זוג הורים אבא ואמא בעלי דירה מגורים, לזוג יש בן בגיר מעל גיל 18 במשך שנים חי מחוץ לבית וכעת רוצה לשוב לגור עם ההורים, (אם היה מתחת לגיל 18 הוא נחשב קטין ויש חובה של ההורים) האמא מסכימה ואילו האבא מתנגד כי הוא מסוכסך קשות עם האבא, גם מקרה כזה עוסק **בסעי' 31 שימוש** בנכס משותף.

העליון קבע – ששותף לא יכול לאפשר לצד שלישי להשתמש בנכס המשותף, אם אין הסכמה של כל שאר השותפים, הנימוקים:

(1) נימוק ראשון, בימה"ש פירש את סעי' 31 כך שהסעיף מאפשר שיתוף רק לשותפים עצמם, אז ממילא שימוש על ידי צד שלישי לא נכנס לגדרי הסעיף.

(2) נימוק שני, ביהמ"ש מתייחס לשני התנאים של סעי' 31: במקרה הנדון המגורים של הבן בדירה ימנעו מגורים במקביל ע"י האבא. זה בדיוק התנאי השני. לסיכום נדרשת הסכמה של כל השותפים.

בפס"ד אשורי נגד לוי (מחוזי) -

הוא פס"ד של מחוזי והתייחס לשאלה הני"ל – **מה קורה כאשר שותף אחד רוצה להזכיר את הנכס לצד שלישי אבל שותף אחד מתנגד ?**

גם כאן מדובר בסכסוך של נכס משותף. בימה"ש קבע כי השכרה של נכס משותף דורשת הסכמה של השותפים, מה הנימוקים:

- (1) נימוק ראשון- בימה"ש אימץ את ההכלה **של בילאר נ' בילאר** אם רוצה לתת שימוש לצד שלישי חייבים הסכמה של כל השותפים.
- (2) עסקות שכירות- כאשר משכירים נכס לשוכר, השוכר מקבל החזקה בלעדית בנכס, אבל כאשר מדובר בנכס משותף אין לאף שותף זכות החזקה בלעדית בנכס כל גרגר וגרגר שייך לכל אחד. ולכן ממשיד ביהמ"ש ואומר לפי דיני הקניין אדם לא יכול להקנות לאדם אחר זכות שאין לו בעצמו. ולכן שותף לבדו לא יכול להשכיר את הנכס המשותף לצד שלישי אין לו את הכוח המשפטי, לכן השכרה כזו דורשת הסכמה של כל השותפים.

פעולות להגנת הנכס, והחזקה והבעלות:**זכותו של שותף יחיד**

31. (א) באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר השותפים

- (2) לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם;
- (3) לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.

סע' 31 (א) (2) – כל שותף רשאי לעשות ללא הסכמת השותפים לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם.

סע' 31 (א) (3) – כל שותף רשאי ללא הסכמת שאר השותפים לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה במקרקעין.

הסעיפים עוסקים כאשר יש בעיה דחופה, ולא ניתן להשיג הסכמה של כל השותפים לכן החוק מאפשר לשותף לפעול לבדו ללא הסכמה של כל שאר השותפים, בתנאי שמתקיים כל תנאי הסעיף.

דוג:

שתי אחיות שותפות בדירה, צינור הביוב התפוצץ ויש שיטפון בדירה, אחות אחת נמצא בטיול בהודו, לכן האחות שנמצא כאן בארץ יכולה לבדה להזמין אינסטלטור ולטפל בבעיה. אז החוק קובע פתרון הגיוני, יחד עם זאת במציאות מתעוררים סכסוכי המשך, נתאר כי אכן הוזמן אינסטלטור והבעיה נפתרה, אולם האחות אשר חזרה, גילת כי שולם לאינסטלטור 3000 ₪, אז האחות האחרת יכולה לתבוע זאת אשר פעלה על דעת עצמה.

לכן מי שפעול לפי הסעיפים האלה חייב לפעול בזהירות רבה כדי למנוע תביעות עתידיות על ידי שאר השותפים.

כעת נעבור לסעיף הבא, סעיף 32 – אשר עוסק ב"חלוקת ההוצאות" לנכס המשותף:**נשיאת הוצאות**

32. (א) כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם.

(ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין.

הסעיף קובע כי כל השותפים מתחלקים בנכס המשותף, והם מתחלקים לפי החלקים המתמטיים שלהם בשיתוף. החלוקה לא שווה אם יש אחד עם 2/3 והשנה 1/3 אז יתחלקו בהתאם. הסעי' ממשיך ואומר כי שותף אשר שילם יותר מהחלק המתמטי שלו זכאי לקבל החזר מהשותפים האחרים.

מקודם דיברו על שתי אחיות אחת בארץ ומזמינה אינסטלטור היא לא תשלם הכל מהכיס שלה, והאחות השנייה צריכה לשאת בהוצאות. בד"כ האחות השנייה תגיד אני מוכה להחזיר חלק יותר קטן.

אז החוק נותן כלים איך אפשר לפתור סכסוכים.

הסעי' אשר עוסק גם בכסף סעיף 33 "תשלום בעד שימוש":**תשלום בעד שימוש**

33. שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש.

הסעי' קובע כי שותף אשר השתמש במקרקעין המשותפים, חייב לשלם לשאר השותפים שכר ראוי בגין השימוש, לפי חלקיהם המתמטיים בשיתוף. בכל מקרה שבו שותף משתמש בנכס המשותף חייב לשלם עבור השימוש

ע"א 891/95 זידאני נ' אבו אחמד, פ"ד נג (4) 769-

בימ"ש הסביר כי סעי' 33 משקף, רציונל של עשיית עושר ולא במשפט, מכיוון שאם שותף משתמש בנכס, ואפילו אם הוא משתמש בחלק מהנכס, בכל גרגר וגרגר שהוא משתמש הוא לא בעלים יחיד ולכן הוא צריך לשלם לאחרים באופן יחסי לפי חלקיהם המתמטיים.

ס' 33 הוא לכאורה פשוט אך בפס"ד של זידאני דובר במגרש גדול בבעלות כמה שותפים. אחד השותפים היה זידאני. זידאני השתלט על כל המגרש, יצק בטון, הקים סככה גדולה ולא אפשר לשאר השותפים להשתמש במקביל (בניגוד לס' 31). בין השותפים פרץ סכסוך גדול אשר בסופו של דבר פורק השיתוף וכעת השותפים האחרים דורשים מזידאני שכר ראוי עבור כל התקופה שהוא השתמש בנכס. הסכסוך כעת הוא על תשלום עבור השימוש ולכן עסקינן בס' 33.

בימ"ש פסק: שעיף 33 חל כאשר שותף משתמש בנכס באופן בלעדי ומונע מהאחרים להשתמש בנכס במקביל. במצב כזה השותף בעצם משתמש בנכס מעבר לחלק המתמטי שיש לו בשיתוף, הוא בעצם מתעשר על חשבון השותפים האחרים ולכן צריך לשלם להם. במילים אחרות מה שנובע מן הקביעה הזו זה שאם שותף משתמש רק בחלק מהנכס שמשקף את החלק המתמטי שלו בשיתוף אז השותף לא צריך לשלם שהרי שאר השותפים רשאים להשתמש בנכס במקביל ולכן לכאורה במצב כזה של שימוש חלקי בהתאם לפרופורציה בשיתוף לא יהיה צורך לשלם. יחד עם זאת על הגישה הזו **נמתחה ביקורת דויטש, וייסמן. אותם המלומדים סבורים שאפילו אם השותף משתמש רק בחלק יחסי מהנכס הוא עדיין צריך לשלם כי אפילו החלק היחסי מהנכס משותף לכולם.**

בסופו של דבר בפס"ד זידאני בימ"ש השאיר את השאלה בצריך עיון כיוון שבמקרה הנדון ההתנהגות של אותו שותף הייתה כזו של השתלטות על הנכס כולו – לא דובר בשימוש חלקי ולכן התוצאה הייתה שזידאני חויב בתשלום (בימ"ש היה ער לדעות המלומדים ולכן התייחס אליהן).

הסעיף אשר עוסק גם בכסף סעיף 35 "הזכות לפירות":**הזכות לפירות**

35. כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין.

הסעיף אומר כי כל שותף זכאי לחלק מפירות הנכס המשותף, לפי החלק המתמטי שיש לו בשיתוף. אנו רואים כי אלו סעי' אשר עוסקים בכסף.

מה זה פירות ?

אלה הכנסות אשר נובעות במישרין מהנכס המשותף, דוג' לכך זה דמי שכירות בנכס. דמי שכירות זו הכנסה אשר מופקת מהנכס, לכן בדמי השכירות השותפים מתחלקים לפי חלקיהם המתמטי, אבל מצב שונה לגמרי זה כאשר אחד השותפים מקים עסק פרטי בנכס המשותף (בהנחה שמותר לו) במצב כזה הרווחים מהעסק שייכים לאותו שותף בלבד, וכל מה שהוא יצטרך לשלם לשותפים האחרים, **זה תשלום בעד שימוש לפי סעי' 33. אז סעיף 35 או סעיף 33 שהם עוסקים בכסף.**

בפועל קו הגבול לא ברור זה על בפס"ד:

ע"א 274/82 יוצר נ' יוצר, פ"ד לט (1) 53.

דובר בבני זוג שהיה להם משק חקלאי משותף במושב ליד נהריה, בני הזוג התגרשו, בעל עזב את הבית ועבר לגור בנהריה, אבל הוא מגיע יום יום למשק לנהל אותו צריך לחלוב את הפרות וכו'. לעומת זאת האישה נשארה לגור בבית, הפסיקה לעבוד במשק, המשק היה מאוד מוצלח והניב רווחים אדירים, כעת האישה דורשת מהעל חצי מהרווחים **לפי סעי' 35** היא אומר כל ההכנסות הם הכנסות ישירות מהמשק המשותף. לעומת זאת הבעל טוען כי המשק הפך להיות עסק פרטי שלו הוא מנהל את הכל, לכן כל הרווחים הם שילו הוא מוכן לשלם לאישה בסך הכל חצי מהתשלום בגין השימוש בכנס **לפי סעי' 33** שזה היה סכום מאוד נמוך.

בימה"ש קבע מס' נקודות:

- (1) שותפים יכולים לקבל כסף או לפי **סעי' 35 או לפי סעי' 33** אבל לא לפי שניהם במקביל. לכן צריך להחליט איזה סעיף חל כאן, בימה"ש בחן את כל הנסיבות והגיע למסקנה כי הסעיף המתאים **הוא סעיף 35.**
- (2) אולם, בימה"ש קבע עי המונח פירות הנכס **בע' 35** זה לא ההכנסות ברוטו אלא זה הרווחים נטו בניקוי כל ההוצאות, במשק החקלאי היו המון המון הוצאות בנוסף אומר בימה"ש הבעל עבד כל כך קשר במשק כך שהוא זכאי לדמי עבודה הוא עבד כמו פועל וגם ניהל את המשק, מגיע לו דמי עבודה וניהול וגם אלה נחשבים הוצאות אשר יורדות מהברוטו, לכן בסופו של דבר האישה זכאית בסך הכל לחצי מהרווחים נטו זה סכום קטן מהברוטו, והבעל קיבל גם חצי מכל הרווחים + סכום מאוד יפה כשכר עבודה וניהול.

ס' 34 לחוק המקרקעין - זכותו של שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי שלו בשיתוף - ס' דיספוזיטיבי**זכות השותף לעשות בחלקו**

34. (א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.

(ב) תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א) אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים.

אנו עדיין ברמה דיספוזיטיבי הסעי' הוא עוסק בנושא ספציפי, כפי שנאמר בשבוע שעבר כל שותף יש לו חלק מתמטי בנכס עצמו, זה לא חלק ספציפי בנכס עצמו אלא זה חלק תיאורטי בשיתוף, לכל שותף יש חלק מתמטי. החלק הזה מהווה קניין פרטי של השותף, **לכן סעי' 34** קובע כי כל שותף רשאי לעשות עסקאות בחלקו המתמטי ללא צורך בקבלת הסכמה משאר השותפים.

ניקה את העסקה הנפוצה ביותר – שותף מוכר את החלק המתמטי שלו בשיתוף, במקרה כזה הקונה אשר קנה את החלק המתמטי נכנס כשותף במקום השותף, המקורי.

מצב אחר הוא ירושה לפי **סעי' 6 לחוק המקרקעין** הורשה של מקרקעין לא נחשבת עסקה במקרקעין, והדין שחל עליה הוא בכלל דין אחר "חוק הירושה". לפי חוק הירושה כאשר אדם נפטר הרכוש שלו עובר ליורשים ולכן כאשר שותף בנכס נפטר, החלק המתמטי שלו בשיתוף עובר ליורשים שלו, והם נכנסים כשותפים במקומו. אבל חשוב לציין שזה נעשה מכוח חוק הירושה ולא מכוח **סעי' 34 לחוק המקרקעין**.

בעקבות ההערה של סאמר: אם שותפים מבצעים עסקה בנכס עצמו זה **לא סעי' 34 כי הסעי'** רלוונטי רק עבור צד אחד.

נחזור לסעי' 34, הסעי' מאפשר לכל שותף לעשות עסקה ללא רשות של השותף הנוסף כי זה קניין שלו.

הבנו מדוע החוק מאפשר לכל שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי ללא הסכמה של שאר השותפים. **אולם מצד שני האפשרות לכל שותף לעשות כזו עסקה עלולה לפגוע בשותפים האחרים.**

דוג - ניח שני משקיעים קונים יחד מגרש לצורך השקעה, הם נכנסו יחד לעסקה הזו מתוך רצון להישאר יחד עם השני, ולכן אם שותף ימכור את חלקו לצד שלישי, זה עלול לפגוע בשותף הנותר. לכן כדי למנוע תקלות כאלה ממשיך **סעי' 34 (ב) וקובע** – ששותפים יכולים להגביל את זכותו של שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי בתנאי כי הגבלה כזאת נעשתה "בהסכם שיתוף" ובתנאי כי הגבלה כזאת תקפה למקסימום **5 שנים**. אחרי 5 שנים השותפים בודקים את המצב, ואם הם מעוניינים להמשיך עם מגבלה כזאת, הם יכולים לחתום על הסכם שיתוף חדש לעוד 5 שנים או פחות.

דוג – שותפים בנכס עשו הסכם שיתוף וקבעו כי אף אחד מהם לא יכול למכור את חלקו המתמטי בשיתוף(יתכן כי הם נכנסו לייחד להשקעה להרבה שנים, או בני משפחה). האם יש תוקף לקביעה כזאת?

הסכם כזה עקרונית ניתן לעשות, השותפים עשו את זה נכון בהסכם שיתוף, הבעיה היא כי המגבלה כזאת היא לנצח, **לכן לפי סעי' 34 (ב) המגבלה** הזאת תהיה בתוקף למשך 5 שנים, ולאחר מכן אפילו אם הסכם השיתוף יהיה בתוקף, המגבלה הספציפית הזאת חסרת תוקף אחרי 5 שנים.

הרצון של המחוקק רוצה לאזן בין האינטרסים של השותפים, מצד אחד כל שותף חופשי, ומצד שני ניתן להגביל שותפים, אבל הדרך הוא לקבוע זאת בהסכם שיתוף.

האם שותף כאשר מחליט למכור את חלקו הוא חייב להציע לשותפים ?

לא, רק אם הם קבעו את זה בהסכם שיתוף "זכות קדימה הדדית".

עד כאן זה הוראות החוק הדיספוזיטיביות.

כעת נדבר על הרמה השנייה: "החלטות השותפים" – סע' 30 לחוק המקרקעין

סע' 30 – קובע כי השותפים יכולים להחליט כל מיני החלטות בנוגע לנכס המשותף, יותר מכך במקרים רבים, ההחלטות לא חייבות להתקבל פה אחד, אלא, די בהחלטת רוב.

ניהול ושימוש

30. (א) בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם.

(ב) שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות הענין.

(ג) דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים.

מה זה החלטת רוב ?

בכנסת, וועד בית, הרבה תחומים יש החלטת רוב, מה המשמעות של החלטת רוב ?
הרוב קובע, ברגע שהתקבלה החלטת רוב כדין היא מחייב את כל השותפים בנכס כולל המיעוט.

כעת עולה השאלה מה הוא הרוב הדרוש לצורך החלטה כזו ?

סע' 30 מדברים על רוב החלקים המתמטיים בשיתוף, מזה זה אומר ?

כאשר החוק מדבר על רוב הכוונה היא למעלה מ- 50%, רוב זה לא מס' השותפים, אלא רוב החלקים המתמטיים בשיתוף.

דוג- נניח כי בנכס יש 4 שותפים:

א - 70%, ב - 10%, ג - 10%, ד - 10%

השותף א' רוצה להעביר החלטה מסוימת, 3 השותפים האחרים מתנגדים, כעת עולה השאלה האם א' לבדו יכול לקבל החלטת רוב ?

התשובה היא כן, כי מה שקובע זה רוב החלקים המתמטיים, ולא מס' השותפים. ניתן לראות מדוג' כזאת כי החלטת רוב יכולה להתקבל ע"י שותף אחד בלבד, ולחייב את כולם, לפי כך ברור שצריך לרסן את כוחו של הרוב, צריך להגביל את כוחו של הרוב, **לכן סע' 30 לחוק המקרקעין קובע 4 תנאים מצטברים כדי שלהחלטת הרוב יהיה תוקף משפטי מחייב:**

1) מותר לרוב לקבל החלטה, בתנאי שהיא עוסקת **"בשימוש וניהול רגילים"** של הנכס המשותף זה סע' 30 לחוק, במילים אחרות אם החלטה אשר חורגת משימוש וניהול רגילים, נדרשת הסכמה של כל השותפים. מה זה שימוש רגיל או ניהול רגיל.

ע"א 810/82 זולבו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לו (4) 737:

שימוש וניהול רגילים כוללים את כל הפעולות וכל העסקאות שלפי מהות הנכס טיבו ויעודו הן טבעיות לגביו. ממשיך ביהמ"ש ואומר כי דבר זה יקבע לפי המיקום של הנכס, השימוש שנעשה בו בעבר, השימוש שרוצים לעשות עכשיו, היחסים בין השותפים, וכל שאר הנסיבות הרלוונטיות. **אז המבחן הוא ברור, בודקים שימוש, מיקום, נסיבות.**

דוג לשימוש וניהול רגילים בהחלטת רוב:

א) עסקת השכרה של נכס – בעלי הרוב רוצים להזכיר את הנכס, בעלי המיעוט מתנגדים, אז אם

נגיע למסקנה כי עסקה כזאת היא שימוש וניהול רגיל, אז מתקיים התנאי הראשון, ואם גם יתר התנאים מתקיימים אז החלטה תתקבל ברוב. האם השכרה היא שימוש וניהול רגיל

הנושא עלה בפס"ד ע"א 810/82 זולבו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לו (4) 737.

דובר בשני אחרים אשר היו שותפים במבנה גדול, במשך שנים הפעילו שם נגריה, אחרי שנים השותף בעל המיעוט בעל 3/8 נפטר, כתוצאה מכך האח בעל הרוב שהיה לו 5/8 הפסיקה להפעיל את הנגרייה, לאט לאט הכל צבר אבק והתיישן, חלק מהמכונות אפילו נזרקו החוצה, והמבנה עמד ללא פעילות, אחרי כנב שנים כאלה החליט האחד בעל הרוב להשכיר את המבנה לצד שלישי כמחסן. אבל היורשים של בעל המיעוט שהם עכשיו השותפים בעלי המיעוט מתנגדים,

לכן עלתה שאלה האם בעל הרוב יכול להחליט על עסקה כזאת למרות התנגדות המיעוט ?

לשם כך צריך לקבוע: האם בנסיבות המקרה ההשכרה נחשבת שימוש רגיל או ניהול רגיל של הנכס, ביהמ"ש: **כאשר בחן את כל נסיבות המקרה הספציפי, הגיע למסקנה כי במקרה הנדון ההשכרה כן תיחשב שימוש רגיל. הנימוק העיקרי כי הנגרייה למשך שנים עמדה נטושה, כי היא משמטת כמבנה, לכן ניתן כעת להשכיר אותה על סמך החלטת רוב. חשוב לציין אילו**

הנסיבות היו אחרות והיה מדובר בנגריה פעילה אז ההשכרה שלה המחסן הייתה נחשבת שימוש וניהול חריגים. ואז היה צריך הסכמה של כל השותפים לצורך כזה.

(ב) מכירת הנכס – האם בעלי הרוב יכולים להחליט על מכירת הנכס כאשר המיעוט מתנגד? תשובה, מכירה של הנכס לא נחשבת שימוש וניהול רגילים של הנכס, ברור כי מדובר בעסקה חריגה, ולא רק עסקה חריגים, היא מפקיעה את השיתוף ואת הנכס, אז וודאי כי מכירה דורשת הסכמה של כולם, איך עושים את זה כל אחד ימכור את חלקו המתמטי.

(ג) מתן החזקה ייחודית בנכס לאחד השותפים – מדובר כאן על מצב שבו אחד השותפים יחזיק וישתמש באופן בלעדי בנכס, הרבה פעמים זה מתעורר כאשר השותף בעל הרוב רוצה לבדו להחזיק ולהשתמש בנכס באופן בלעדי, זה בדיוק מה שהיה ב**וילנר נגד גולני**, אז שתי השופטות ניתחו את המקרה בהתאם לסעי' 31, ואילו השפוט האחרון ניתח את המקרה על פי החלטת הרוב.

האם דבר כזה יכול להיות שימוש וניהול רגילים?

ביהמ"ש בפס"ד **וילנר נגד גולני**, קבע כן, כי זו עסקה נפוצה אין טעם כי הנכס יעמוד ריק, אם אחד השותפים רוצה להשתמש יש לתת לו שימוש בלעדי בנכס. אבל גם אם שותף קיבל החזקה בלעדית בנכס זה עדיין לא אומר שמותר לו לעשות כל דבר במסגרת החזקה הזאת, מותר לו לעשות רק דברים אשר נחשבים שימוש רגיל בנכס.

דוג – אם שותף קיבל החזקה בלעדית במגרש, ואפילו אם מדובר במגרש שהיעוד שלו הוא מגורים וניתן לבנות עליו מבחינת הרשויות, עדיין מבחינת היחסים בין השותפים אסור לבנות על דעת עצמו לשותף המשתמש ולמה?

פעולה נחשבת פעולה חריגה ולמה?

בנייה נתפסת כדבר בלתי הפיך, בנוסף שותף שבונה בנכס המשותף משתמש באחוזי בנייה, ששייכים לכל השותפים ולא רק לו, לכן בנייה מעצם טיבעה היא דבר חריג ודורשת הסכמה של כל השותפים.

שתי אסמכתאות לכך כי בניה הוא דבר חריג:

(א) ע"א 269/74 בוקבזה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט (1) 243.

(ב) הוועדה המקומית נגד בני אליעזר בע"מ פס"ד חדש.

נק' נוספת לגבי דוג ג', כאשר שותף מקבל החזקה ייחודית בנכס המשותף הוא נחשב מחזיק ישיר בנכס, ושאר השותפים יחשבו מחזיקים עקיפים (הפרק של הגנה על החזקה).

(ד) חלוקת החזקות – כפי שלמדנו כאשר מדובר בשיתוף בנכס, מבחינת הבעלות בנכס כל גרגר וגרגר משותף לכל השותפים בנכס, כל גרגר הוא בבעלות השותפים, אז אם יש לנו שני שותפים בנכס אין לומר "זה שלי וזה שלך". אבל השותפים יכולים להחליט על הסדר שנקרא "חלוקת החזקות" מה זה אומר?

שותף אחד יחזיק וישתמש לבדו בחלק מסוים מהנכס, ושותף אחר יחזיק וישתמש לבדו בחלק השני של הנכס, אז החלוקה מתייחסת לחזקות ולא לבעלות.

האם חלוקה כזאת נחשבת שימוש וניהול רגילים של הנכס?

ובכן, גם כאן ביהמ"ש קבע כן זה עלתה בפרשת ע"א 269/74 בוקבזה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט (1) 243. ביהמ"ש אומר זה הסדר טוב, כל אחד עושה מה שבא לו בנכס שלו. אבל גם כאן אותם שתי הערות:

(1) שותף אשר קיבל החזקה בחלק מסוים, יוכל לעשות בחלק הזה רק מה שנחשב שימוש רגיל, במילים אחרים אם הוא עושה שימוש חריג לזה צריך הסכמה לכל השותפים.

(2) שותף אשר מחזיק בחלק מסוים, נחשב מחזיק ישיר באותו חלק ובמקביל הוא נחשב מחזיק עקיף בחלק שבו מחזיק השותף האחר.

(2) איסור קיפוח מיעוט – מופיע בסעי' 30(ב) אסור לקבל החלטה אשר מקפחת את המיעוט. מה זה קיפוח?

לא כל החלטה אשר המיעוט מתנגד לה נחשבת החלטה מקפחת, אלא בקיפוח הכוונה להחלטה שהיא לא צודקת לא הוגנת, ופוגעת קשות בזכויות המיעוט, וכמובן כל מקרה יבחן על פי נסיבותיו.

(3) התנאי נקבע בשני פסקי דין **וילנר נגד גולני** ובפס"ד **זילבו נגד זיידה** – התנאי מתייחס לעקרון תום הלב ולסעי' 14 לחוק המקרקעין וקובע אסור "לנצל לרעה את הזכות הקניינית" מה אומר התנאי השלישי מה קבעה הפסיקה?

הפסיקה קבעה כי לא רק התוכן של החלטה חשוב אלא גם הדרך שבה התקבלה החלטה, למה הכוונה?

בעלי הרוב לא יכולים להנחית החלטה על המיעוט. בעלי הרוב צריכים להתייעץ עם המיעוט לתת לו הסברים, לגלות את כל המידע ואפילו "לתת למיעוט זמן לבדוק את הדברים" ובמידת הצורך לפנות לבימה"ש בטענת קיפוח. הכל צריך להיות ברוח טובה ובתום לב.

4) התנאי הרביעי נובע "מהמבנה ההיררכי של ההסדרים שבחוק" מה זה אומר ?
אסור לקבל החלטת רוב הסותר הסכם שיתוף קיים.

לסיכום 4 התנאים, אם התנאים מתקיימים החלטת הרוב תקפה ומחייבת את המיעוט, ואילו אם לא מתקיים את כל התנאים אז אין תוקף להחלטת הרוב, ואז אנחנו חוזרים לרמה הדיספוזיטיבית לגבי אותה סוגיה, כי הרמה הדיספוזיטיבית שהיא חלה אם לא נקבע משהו.

הדרישות הפרוצדורליות לגבי החלטות השותפים:

זה נכון להחלטות רוב, והחלטות פה אחד.

- 1) **דרישת הכתב – האם החלטות שותפים צריכות להיות בכתב ?**
התשובה היא לא, אין דרישת כתב, **משום שסעי' 8 לחוק המקרקעין** חל על התחייבות לעסקה במקרקעין, ואילו החלטות בין השותפים לא נחשבות עסקה זאת. מה שנאמר בעל פה תופס, אבל עדיף שיהיה בכתב כדי שנהיה בטוחים.
- 2) **רישום בטאבו – החלטות של שותפים לא נרשמות בטאבו, וזה מכוח תקנות המקרקעין.**
מה המשמעות ?
החלטות של השותפים אין תוקף קנייני, אלא הן נשארות ברמה האישית האובליגטורית, ונחשבות משהו אישי בין השותפים. לכן החלטה של השותפים מחייבת רק את מי שהיו שותפים באותה עת, ואילו שותף חדש אשר יצרף לשיתוף מאוחר יותר לא כפוף להחלטה שהתקבלה עוד קודם. מה ההמלצה ? היא לעשות אותה בהסכם שיתוף.
המצב המשפטי הזה יוצר הרבה פעמים בעיות כאשר מצרף שותף חדש לשיתוף, שהוא מתנגד לשיתוף, ולכן כדי לצמצם את הבעיה הזאת מציעים **מלומדים, פרופ' מיגל דויטש** אם השותף החדש ידע על החלטה של השותפים אשר התקבלה בעבר אז מכוח "הידיעה, ועקרון תו"ל" הוא לא יכול עכשיו להתכחש לאותה החלטה. הוא יכול להתנגד אולם טרם הכירה הפסיקה בזמן סביר להתנגדות.

כעת נעבור לרמה הגבוהה "הסכם שיתוף" הסעי' הרלוונטי זה סעי' 29**הסכם שיתוף**

29. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן - הסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.

(ב) באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 36.

מה זה הסכם שיתוף ?

זה הסכם של כל השותפים, ניתן לעשו אותו מראש כאשר נוצר השיתוף, וניתן לעשות אותה בשלבים מאוחרים יותר.

אין חובה לעשות "הסכם שיתוף" אבל במקרים רבים, זה הפתרון המומלצת כי להסכם שיתוף יש יתרונות רבים. הסכם השיתוף יכול להיות ארוך ומפורט ולהתייחס למגוון עניינים.

דוג להסכם שיתוף ארוך – הסכם שיתוף לרכישת דירות, מס' יזמים עושות פרויקט בעצמם. אז מה זה "קבוצת רכישה"? זה הסכם שיתוף.

דוג אחרת – לפי סעי' 34 (ב) הסכם שהוא שורה אחת, אף שותף לא רשאי מכור את חלקו למשך 5 שנים.

לכן, הסכם שיתוף הוא חוזה, לכן חלים עליו דיני החוזים, אבל בנוסף חלים עליו דיני הקניין. סעי' 29 לחוק מאפשר לערוך הסכמי שיתוף במגוון עצום של נושאים.

למשל- שימוש לגבי הנכס המשותף כולל שימוש חריג, הזכויות והחובות של השותפים, עניינים כספיים שונים, ובעצם כל מה שקשור לנכס המשותף.

נדון כעת בדרישות הפרוצדורליות לגבי החלטות השותפים:**(א) שאלה חשובה שעלתה "האם הסכם שיתוף חייב להיות בכתב" דרישת הכתב ?**

כן, זה משהו פורמאלי, אבל אין בנושא תקדים של העליון, אבל המלומדים חלוקים בדעות שלהם. ברור שאם רוצים לרשום את ההסכם בטאבו חייבים לערוך אותו בכתב אחרת איך הרשם ירשום. אבל במקרים רבים השופטים שאינם מומחים בדיני הקניין לא חושבים על רישום בטאבו, לפי המרצה אם נערוך בדיקה אמפירית רוב הסכמי השיתוף לא נרשמים בטאבו, כמו ביונלר נגד גולני האחריות היורשות.

האם חובה לערוך את ההסכם בכתב, או אולי גם הסכמה בעל פה מספיקה. יש 3 גישות שונות:

- 1) **פרופ' רייכמן** – דרישת הכתב חלה, מכיוון כי סעי' 29 מאפשר לרשום את ההסכם בטאבו, ולתת תוקף קנייני. אז הוא אומר אם כך אנו נמצאים במישור של דיני הקניין, לכן לפי הגישה הזאת הסכם שיתוף בעל פה חסר תוקף שתי האחיות מסמכות בעל פה אין לזה תוקף.
- 2) **פרופ' זלצמן** – היא אומרת כי דרישת הכתב לא חלה, ולמה ? סעי' 8 לחוק המקרקעין מתייחס להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין. היא אומרת הסכם שיתוף זה לא עסקה במקרקעין אלא הסכם פנימי בין השותפים.
- 3) **פרופ' וייסמן** – זה תלוי בתוכן ההסכם, אם התוכן של ההסכם הוא עסקה במקרקעין למשל מסכימים להשכיר לצד שלישי אז נדרש כתב, ואילו אם הסכם השיתוף עוסק בדברים אחרים למשל חלוקת הוצאות אז לא נדרש כתב.

במילים אחרות השאלה נשארת פתוחה.

(ב) אסור להתבלבל עם הדרישה השנייה שהיא רישום בטאבו לפי הדרישות הפרוצדורליות, האם הסכם שיתוף חייב "רישום בטאבו" ?

סעיף 29 קובע באופן מפורש כי הסכם שיתוף ניתן לרישום בטאבו, וברגע שההסכם נרשם כוחו יפה גם כלפי שותפים אשר יצטרפו לשיתוף מאוחר יותר. במילים אחרות אנו מבינים את היתרון של הסכם השיתוף הוא שניתן לעגן אותו בטאבו ולתת לו תוקף קנייני מחייב, גם כלפי צדדים שלישיים. אבל מתברר כי בפעול קיימים הרבה הסכמי שיתוף שלא נרשמו בטאבו, השאלה מה התוקף שלהם, ובכן הסכם שיתוף שלא רשום מהטאבו כפי שנובע מסעי' 29 איננו בעל תוקף קנייני ולכן הוא מחייב את השותפים שהיו צד לאותו הסכם. זאת הייתה ההלכה במשך שנים רבות. וזו היא הגישה הפורמאלית. אבל לפני כשנה הגיע מקרה מעניין לבימה"ש העליון **פס"ד דהאן נגד בן-שמחון (2017) בימה"ש קבע לפעמים תלוי בנסיבות** יכול להיות שותף אשר הצטרף לשיתוף מאוחר יותר יהיה בכל זאת כפוף להסכם שיתוף שנעשה עוד קודם למרות שהסכם השיתוף לא נרשם. אז הפס"ד הזה הוא מורכב. ונדון בו בשיעור הבא.

נזכיר כי בשבוע שעבר דיברנו על הסכם שיתוף אדר קשורים לנכס המשותף, **לפי סעי' 29 לחוק המקרקעין** הסכם שיתוף ניתן לרישום באטבו ואם אכן נרשם הוא יחייב גם שתופים חדשים שיצטרפו לשיתוף מאוחר יותר, כי ההסכם רשום בטאבו, ז"א גם אם יכנס שותף חדש הוא יהיה כפוף להסכם שיתוף אשר נרשם.

אבל, מתברר כי בפעול ישנה כמות עצומה של הסכמי שיתוף שלא רשומים בטאבו. **לכאורה מסעי' 29 נובע שאם הסכם שיתוף לא נרשם בטאבו אז הוא לא יחייב שותפים חדשים שיצטרפו מאוחר יותר, אם סעי' 29 אומר אם ההסכם נרשם אז הוא מחייב היינו, אם ההסכם לא נרשם הוא לא יחייב שותפים חדשים. אבל זה לא תמיד המצב ויהיו בכל זאת סיטואציות שבהם הסכם שיתוף שלא נרשם בכל זאת יחייב גם שותפים עתידיים, במספר מצבים:**

(1) **מצב ראשון – "מצב של ידיעה" –** אם שותף מצורף לשיתוף כשהוא ידע על הסכם שיתוף אשר נעשה עוד קודם אז אפשר לומר שמכוח הידיעה שלו הוא נתפס באותו הסכם וכפוף לו. זאת הגישה של **פרופ' מיגל דויטש**, אין הלכה לכך ואין תקדמים בעליון.

(2) **מצב שני – "מצב אשר עלה בפס"ד דהאן נגד בן-שמחון (2017) בימה"ש"**, זה פס"ד חדש משנת 2017.

עובדות המקרה: דובר במגרש של 4 בעלים, הם עשו הסכם וקבעו חלוקת החזקות, קבעו כי כל שותף יקבל להחזקתו הבלעדית חלק מסוים מהמגרש, בנוסף הם חילקו ביניהם את אחוזי הבניה שמגיעים למגרש וקבעו כי כל אחד יכול לבנות בית על החלק שנמסר להחזקתו. **אבל ההסכם לא נרשם בטאבו** (זו תופעה מאוד נפוצה יתכן מתוך בורות ואי ידיעה או רשלנות של עו"ד), **לאחר זמן מה אחד השותפים מכר את חלקו המתמטי בשיתוף לקונה מסוים, אבל בהסכם המכר, דובר על כך שההחזקה הייחודית שנמסרה לשותף המוכר וכעת עוברת לקונה החדש, היא בשטח גדול יותר מהשטח המקורי שצוין בהסכם השיתוף.**

דוג- אם בהסכם השיתוף נכתב כי השותף המוכר מקבל להחזקתו הבלעדית 420 מטר מרובע, בהסכם המכר דובר על 450 מטר מרובע. **הטעות נעשתה בתום לב מכיוון שבאותה תקופה המגרש עבר שינוי יעוד ותכנוני, והפקעה, הדבר השפיע על התכנונים ועל חלקות החזקות בפעול. הקונה טוען כי מכיוון שהסכם השיתוף לא נרשם בטאבו ההסכם לא מחייב אותו ולכן הוא מתעקש על החזקה ייחודית בשטח גדול יותר לפי הסכם המכר אשר נחתם איתו. ובכך בימה"ש העליון קבע לראשונה – יש כאן הלכה גם אם הסכם שיתוף לא נרשם בטאבו זה לא אומר בהכרח שאין לו שום תוקף כלפי שותף חדש שנכנס לשיתוף מאוחר יותר. ובמקרה הנדון התוצאה אכן הייתה שהסכם השיתוף כי מחייב את הקונה החדש / השותף החדש. **ההנמקה של ביהמ"ש –** במקרה הנדון קיימת התנגשות בין הזכויות של שאר השותפים לפי הסכם השיתוף, לבין הזכות של הקונה לפי הסכם הרכישה, במצב כזה של התנגשות זכויות **חל סעי' 9 לחוק המקרקעין, זה הסעי' שחל בעסקאות נוגדות.** לפי סעי' 9 העסקה המאוחרת בזמן מנצחת את מתקיימים 3 תנאים מצטברים:**

א) העסקה נרשמה בטאבו.

ב) הקונה נתן את התמורה.

ג) הקונה פעל בתום לב.

במקרה הנדון נקבע כי הקונה לא פעל בתום לב, כי לפני חתימת החוזה, הוא ביקר במגרש וראה את חלוקת החזקות והיה צריך להבין שיש הסכם שיתוף, אולי לפחות להתעניין ולברר האם יש הסכם שיתוף, אבל הקונה לא עשה זאת, הוא ראה שיש בניה ולא בירר שום דבר, **במילים אחרות יש כאן "עצימת עיניים".** וזה חוסר תום לב, ולכן מהסיבה הזאת הקונה מפסיד בתחרות. היינו הוא כפוף להסכם השיתוף, למרות שהסכם השיתוף לא נרשם בטאבו. **זאת בצעם התוצאה של הפס"ד זאת דעת הרוב. בנוסף יש דעת יחיד של הש' דפנה ברק ארז –** לגישתה יש כאן אשם של שני הצדדים, מצד אחד הקונה שעצם עיניים, מצד שני גם השותפים אשמים בכך שהם לא רשמו את הסכם השיתוף באטבו, אילו היו רומשים הקונה היה יודע עליו, מבין השניים האשם הגדול ביותר הוא של הקונה ולכן הקונה מפסיד בתחרות. **ניתן ללמוד מהפס"ד שגם אם ההסכם לא נרשם בטאבו הוא מחייב, דבר שני החובה לערוך את כל הבדיקות ולבדוק אם יש הסכם שיתוף. לפי גישתה של הש' ברק ארז, היא למעשה מטילה חובה וזאת המשמעות של הפס"ד על שותפים אשר עזו הסכם שיתוף לרשום אותו בטאבו.**

לסיכום, חשוב לציין אלו שני המצבים אשר יחייבו שותפים חדשים למרות שלא נרשמו בטאבו, המסקנה היא יתכנו מצבים שבהם הסכם שיתוף שלא נרשם כן יחייב שותפים חדשים, אבל יהיו גם מקרים בהם הסכם שיתוף שלא נרשם לא יחייב שותפים חדשים, הכל תלוי בנסיבות.

נושא אחרון הקשור להסכם השיתוף – הסכמה פה אחד של על השותפים":

כאשר כל השותפים מסכימים על עניין מסוים, אז מבחינה משפטית זה יכול להיחשב, "הסכם שיתוף", לפי סעי' 29, אבל זה גם יכול להיחשב "החלטה של כל השותפים לפי סעי' 30", מבחינה משפטית יש הבדל גדול בין הדברים, משום שהחלטה של השותפים חלים עליה כללים מסוימים, ואילו על הסכם שיתוף חלים כללים אחרים.

לדוג – החלטה לא ניתן לרשום בטאבו, אין פרוצדורה כזאת, אבל הסכם שיתוף כן אפשר לרשום.

דוג נוספות להבדל – החלטה לא כפופה לדרישת הכתב שותפים יכולים להחליט בל פה, לעומת זאת לגבי הסכם שיתוף הדעות חלוקות יש כאלה שדורשים כי הסכם שיתוף כן יהיה בכתב, במילים אחרות אנו המשפטנים חייבים לקבוע בזהירות כאשר יש הסכמה של כל השותפים, האם זה נחשב החלטה פה אחד? או הסכם שיתוף?

לפעמים קל מאוד לקבוע, **למשל:** אם הצדדים ערכו הסכם מסודר בכתב, והכותרת שלו הסכם שיתוף אז קל לקבוע שזה הסכם שיתוף, אבל, נניח כי השותפים כלום מסכימים על עניין כל שהוא בעל פה, אז במקרים רבים אנו נתקשה לסווג את אותה הסכמה, ואז אין ברירה אלא לנתח **את ההסכמה פעמים:**

- (א) פעם כהסכם שיתוף.
(ב) פעם כהחלטה לפי סעיף 30.

10. פירוק השיתוף

ראינו כי בפרק הקודם כי שיתוף בנכסים יוצר הרבה מאוד סכסוכים בין השותפים, מספיק כי שותף אחד לא מרוצה, וזה משבש את מערכת היחסים התקינה בין השותפים, לכן נק' המוצא היא ברגע שהשותפים מעוניינים בפירוק השיתוף יש לפרק את השיתוף, אם כל השותפים מסכימים על הפירוק זה המצב האידיאלי, ולא צריך לפנות לבימה"ש והם מסכימים בניהם על הפירוק ומומלץ שזה יהיה בחוזה מסוגר.

אבל, עולה השאלה מה קורה כאשר אין הסכמה לגבי הפירוק, היינו חלק מהשותפים רוצים לפרק, ואחרים מנגדים, וזה המצב השכיח ?

הכלל הבסיסי קבוע בסעי' 37 (א) לחוק המקרקעין הסעי' קובע – כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף.

הזכות לתבוע פירוק השיתוף

37. (א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף.

אפילו אם מדובר בשותף שיש לו חלק מינימאלי בשיתוף, ההנחה היא די בכך כי שותף אחד אינו מרוצה זה פתח לצרות ובעיות בנכס המשותף, **אם שותף לא מרוצה מהשיתוף האם הדרך היחיד זה רק פירוק ?**

לא, הוא יכול למכור את חלקו המתמטי בשיתוף, אבל לא תמיד ימצא קונה, למשל בחור עם אחרות ירשה דירה, לא תמיד ניתן למצוא קונה, ובנוסף יכול להיות כי הסכם השיתוף אוסר על שותף למכור את חלקו המתמטי אמרנו עד 5 שנים יש תוקף למגבלה כזאת, לכס אם שותף לא יכול למכור את חלקו המתמטי, לא נותר לו אלא לדרוש את פירוק השיתוף.

ההלכה לפי הסעי' היא: כל שותף יכול לדרוש פירוק, ויותר מכך ביהמ"ש צריך לאשר את הבקשה הזאת ולהורות על הפירוק, התוצאה היא כי בכל עת ניתן לפרק את השיתוף.

אבל לכלל הזה יש חריג בסעי' 37 (ב) ולמה ?

הזכות לתבוע פירוק השיתוף

37. (ב) היתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית המשפט, כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין.

הזכות שיש לכל שותף לפרק את השיתוף, עלולה לפגוע בשותפים האחרים אולי הם נכנסו מראש בשיתוף למשל כמשקיעים משותפים, מתוך הנחה כי השיתוף יתקיים לאורך זמן. לכן קובע **סעי' 37 (ב) כי השותפים יכולים להתנות על הזכות לדרוש פירוק בכל עת, אבל הגבלה כזאת אפשר לעשות רק בהסכם שיתוף, והגבלה כזאת תהיה בתוף מקסימום 3 שנים. אחרי 3 שנים ניתן לפרק את השיתוף, אלא אם השותפים יעשו הסכם שיתוף חדש, ויחדשו את ההגבלה הזאת למשך 3 שנים נוספות, אז זה האיזון של המחוקק, מצד אחד יש זכות של השותף לפירוק, מצד שני יש לשותפים אפשרות להגביל את הפירוק למשך 3 שנים.**

ראינו כי כאמור, לביהמ"ש יש שיקול דעת מצומצם, **ההלכה היא: ברגע כאשר מתבקש פירוק השיתוף בימה"ש יקבל את הבקשה ויפרק את השיתוף. הנושא הזה התעורר בפס"ד:**

ע"א 319/74 רובינשטיין נ' פיין, פ"ד ל (1) 454.

עובדות המקרה: שותף אחד ביקש פירוק, והשותפים האחרים התנגדו, השותפים המתנגדים טענו, שהשותף שמבקש פירוק לא באמת מעוניין בפירוק, אלא הוא עושה את זה בחוסר תום לב רק כדי לנקום בהם ולהתעמר בהם. ביהמ"ש פסק- כאשר מבקשים פירוק השיתוף אין שק"ל לכן הוא לא יכול להתייחס לטענה של חוסר תו"ל והוא לא יוכל להתייחס לטענה נוספת **לסע' 14 לחוק המקרקעין, אמרנו כי הסע' אוסר לנצל לרעה את הזכות הקניינית. לכן ביהמ"ש – אמר כי סע' 14 מקנה לבימה"ש שק"ל כי לבדוק אם יש שימוש לרעה, אבל כאמור כאשר מוגשת בקשת פירוק לבימה"ש אז אין לו שיקול דעת, לכן הוא לא יכנס לסוגיות האלה. הפס"ד הזה הוא מאוד ישן, וההלכה לא השתנתה על ההלכה הזו חזרו בפס"ד:**

רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן (מאגר נבו, 2010).

ויסמן רצה פירוק והשותפים התנגדו בטענה כי ויסמן פועל בחוסר תום לב, ביהמ"ש החליט לתת הנחיה לפירוק.

אבל בשנים האחרונות אנו מתחילים לשמוע כל מיני התבטאויות על כך, שאם בקשת פירוק מוגשת בכל בחוסר תום לב קיצוני אז ראינו בכל זאת שבימ"ש יפעיל שיקול דעת וידחה את בקשת הפירוק, אז מי אמר **אתה זה, זה עלה בפס"ד:**

רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב (4) 625.

בנוסף זו הגישה של פרופ' מיגל דויטש.

המרצה אומרת כי אם יגיע מקרה של חוסר תו"ל, היא מאמינה כי בימה"ש העליון יפעיל לפי הגישה הזאת וידחה את בקשת הפירוק.

בשני פסקי הדין רובינשטיין ובעלי זכויות, בימה"ש לא נדרש לזה כי לא היה תום לב, ונתן אישור פירוק.

אז, אם מפרקים את השיתוף איך עושים את הפירוק "דרך הפירוק":

בהנחה כי אכן הולכים לפירוק השיתוף כעת עולה השאלה איך מפרקים את השיתוף, חוק המקרקעין, **מאפשר 3 דרכים:**

1. חלוקה בעין, סעיף 39 לחוק המקרקעין.**פירוק דרך חלוקה**

39. (א) במקרקעין הניתנים לחלוקה יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.
 (ב) היתה החלוקה בעין אפשרית רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין; על תשלומי האיזון יחולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחוייבים.
 (ג) ראה בית המשפט צורך בכך, רשאי הוא לצוות על רישום זיקת הנאה בין החלקות.

2. מכירת הנכס, 40 לחוק המקרקעין.**פירוק דרך מכירה**

40. (א) במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון.
 (ב) המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

3. רישום בית משותף, סעיף 42 לחוק המקרקעין.**פירוק דרך הפיכה לבית משותף**

42. (א) היה עיקר המקרקעין המשותפים בית הראוי להירשם כבית משותף, רשאי בית המשפט, לאחר שקיבל חוות דעת של המפקח, לצוות על פירוק השיתוף בדרך של רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים והקצבת דירות לשותפים לפי חלקיהם.
 (ב) היה פירוק השיתוף כאמור בסעיף קטן (א) אפשרי רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין; על תשלומי האיזון יחולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחוייבים.

הערה: ה"ח בנושא זכויות המקרקעין היא רלוונטי והחוק נכנס לפועל, עברה הצעת חוק בכנסת לתקן את סעיף 11 ולאפשר בחלקות שונות "רישום תלת ממדי". הרעיון הוא שניתן יהיה להפריד את שלוש השכבות שמדבר עליהן סעיף 11.

נדבר כעת על 3 הדרכים:

1. **חלוקה בעין, סעיף 39 לחוק המקרקעין – הסע' קובע – אם המקרקעין ניתנים לחלוקה אז פירוק השיתוף יהיה בדרך של חלוקה בעין.** ז"א בהיממה"ש צריך להתחיל בדרך הפירוק הזאת של החלוקה בעין וזו הברירה הראשונה, ואם היא אפשרית אז זו תהיה דרך הפעולה, ממנה מתחילים כדרך ראשונה, הדרך של חלוקה בעין מתאימה בעיקר למגרשים, חלוקה בעין זו בעצם חלוקה פיזית של הנכס המשותף, לכמה נכסים קטנים נפרדים, כאשר כל אחד מהם ירשם בטאבו, כנכס נפרד ועצמאי בבעלות שותף אחד בלבד. **אז ניקח דוג:**
 מגרש בבעלות שני שותפים חצי-חצי, כל עוד מדובר בנכס משותף, אז מבחינת הבעלות כי "גרגר וגרגר בכנס" משותף לכל השותפים, כעת כאשר מבצעים חלוקה "בעין", מחלקים את המגרש המשותף לשני מגרשים שווים, כל אחד מהם ירשם בטאבו כנכס נפרד, ויש כאן פרוצדורה של רישום לרבות מס' מגרש מס' גוש. כאשר כל אחד מהמגרשים החדשים נרשם בבעלות שותף אחד בלבד. ז"א יש נכס אחד שייך לדני ואחד ליוסי, ובכך פירוק את השיתוף.
למה הדרך של חלוקה בעין היא הדרכה המועדפת על המחוקק ?
 הדרך הזאת מגדילה את כמות הנכסים במשק, קודם היה מגרש אחד בשיתוף, וכעת יש שני מגרשים. אז הרצון הוא שיהיו כמה יותר נכסים במשק, והניסיון מוכיח כי השוק נעשה דינאמי ויש עסקאות, במיוחד כאשר מדובר במגרש קטן יש יותר מתעניינים. במקביל השותפים לא

נפרדים מהנכס, כל שותף מקבל חלק פיזי מהנכס, לך זו הדרך הרצויה, לכן סעי' 39 אומר לבימ"ש שצריך ללכת לדרך הזו.

אבל לא תמיד חלוקה בעין אפשרית, בעניין הזה ביהמ"ש כפוף לרשויות של תכנון והבנייה וצריך את אישורם. רשויות התכנון והבנייה יש להם את השיקולים התכנוניים, יכול להיות כי בשוכנה מסוימת כל החלקות זהות בגודל דונם, ולכן הרשויות לא יסכימו לחלק מגרש לשל דונם לשני חצים של חצי דונם. אם הרשויות של מסכימות, בימה"ש לא יכול לחייב אותם ולא ניתן לעשות חלוקה בעין לכן בימה"ש יעבור לדרך מס' 2 מכירה של הנכס.

מכירת הנכס, 40 לחוק המקרקעין.
לפעמים חלוקה בעין אפשרית והרשויות מסכימות, אבל לא בהתאם לחלקים המתמטיים של השותפים, **ניקח מגרש:**

בעלות שני שתופים לאחד יש 48% והשני 52% :

כמובן שהכי פשוט היה לחלק את המגרש המשותף לפי החלקים המתמטיים, אבל רשויות התכנון והבנייה מסכימות רק לחלוקה חצי-חצי כי בשוכנה הזאת יש מגרשים של חצי דונם, ובכן במצב כזה תבוצע חלוקה בעין בכפוף **"לתשלומי איזון"** – ז"א שותף שמקבל עכשיו מגרש, בשווי יוצר גדול מהחלק המתמטי שלו בשיתוף, בעצם מתעשר על חשבון השותף האחר. לכן שותף כזה חייב לשלם לשותף האחר את ההפרש הכספי ולצורך זה נעזרים בהערכות של שמאים.

אז הרבה פעמים **"תשלומי איזון"** עוזרים, נק' חשובה כל ההחלטות בנושא חלוקה בעין נתונות לבימה"ש לפי החלטתו ומה שבימה"ש יחליט זה מחייב את כל השותפים, ברור כי ביהמ"ש ישתדל בכל האפשר להתחשב בבקשות השותפים, אבל ההחלטה הסופית היא שלו, והיא נכפת על כל השותפים.

דוג: נניח שיש שלושה שותפים כל אחד יש לו 1/3 וניתן לחלק כי הרשויות מסכימות, אבל בימה"ש ישמע את הנימוקים ואת הנסיבות ויקבע את החלוקה. לפעמים הוא יעשה גם הגרלה, הרבה פעמים שותפים יוצאים לא מרוצים מהפירוק, וזה דבר שצריך לקחת בחשבון כי לא ניתן לדעת איך זה יגמר.

ישנם מצבים אשר מזכירים חלוקה בעין אבל הם לא באמת חלוקה בעין, לכן פתרונות כאלה בימה"ש לא יכול, לכפות על השותפים והוא חייב את הסכמת כולם.

דוג לכך הפס"ד של:

ע"א 623/71 גן בועז נ' אנגלנדר, פ"ד כז (1) 334. – מצב שבו לא באמת חלוקה בעין:

עובדות: דובר בפרדס גדול 68 דונם, הבעלים היו מצד אחד חברה קבלנית, ומצד שני 52 בעלים פרטיים, (במקור היו 100 בעלים, במקור היה בעל אחד אשר לאורך הדורות היו 100 שותפים והחברה הקבלנית שמה עין על הקרקע וקנתה מחצית מהחלק המתמטי של הנכס), אילו הינו הולכים לחלוקה בעין אמיתית החברה הייתה מקבלת מחצית מהשטח וכל אחד מהבעלים היה מקבל משבץ קרקע קטנה, רשויות התכנון והבנייה לא מסכימות גם השותפים לא מסכימים לחלוקה, לכן פתרון בעין לא ישים, לכן החברה פנתה לבימה"ש וביקשה: הוציאו אותי ואת חלקי מה זה אומר?

החברה ביקשה לחלק את הנכס כך שהיא תקבל לבעלותה הנפרדת חלק גדול מהמגרש בנפרד, ואילו שאר השותפים יישארו בשיתוף בשארית הנכס המשותף. **בימה"ש קבע – לא מדובר כאן בחלוקה בעין ולמה?**

חלוקה בעין **"היא הפרדת דבר שלם לחלקיו"** ולא הפרדה בין חלק אחד לשאר החלקים. חלוקה בעין בימה"ש יכול לכפות על הצדדים אבל כל הסדר אחר דורש הסכמה של כל השותפים, מכיוון שבמקרה הנדון השותפים הפרטיים התנגדו לבקשת החברה, לא ניתן לכפות עליהם, ובקשת החברה נדחה.

איך השיתוף פורק?

בימה"ש עבר לדרך השנייה הורה על מכירת הנכס.

2. **מכירת הנכס, 40 לחוק המקרקעין.** הדרך הזאת אומרת כי בימה"ש מצווה על מכירה של הנכס כולו, והכסף אשר מתקבל מהמכירה מתחלק בין השותפים לפי החלקים המתמטיים שלהם בשיתוף, החיסון מבחינת השיתוף אם מישו רוצה להישאר עם זיקה בנכס לא בטוח כי הדבר יתאפשר אלא אם כן הוא יהיה הוקנה אשר יקנה את הנכס, לפי סעי' 40 ביהמ"ש יבחר בדרך הזו של מכירה באחד משני המקרים הבאים:

(א) אם חלוקה בעין בלתי אפשרית כי רשויות התכנון לא מסכימות, הולכים למכירה.
(ב) אם החלוקה בעין כן אפשרית אבל היא תגרום הפסד ניכר, לכל השותפים או מקצתם. מתי יכול להיות הפסד ניכר? זה תלוי בנסיבות, לדוג:

אם נבצע חלוקה בעין ונחלק את המגרש המשותף לכמה מגרשים קטנים, השווי של כל מגרש קטן בלבד הרבה יותר נמוך מגרש השווי היחסי שיש לכל שותף במגרש השלם הגדול "ערך השלם עולה על סך כל חלקיו". אם זה המצב נכון שניתן לעשות חלוקה בעין אבל בימה"ש יחליט על מכירה.

איך מבצעים את המכירה?

לפי סעי' 40 המכירה תעשה בדרך בה נמכרים מקרקעין מעוכלים בהוצאה לפעולה, הדרך הזאת היא בעצם מכירה פומפי בת פתוחה לציבור הרחב, כולם יכולים להציע העצות גם השותפים, כאשר מי שמציע את המחיר הגבוה ביותר הוא זה שיקנה את הנכס. אבל חשוב לשים לב, האם המכירה נעשה בהוצאה לפעול?

לא, ביהמ"ש הוא יעשה את המכירה, רק בימה"ש יעשה את זה בדרך הנהוגה בהוצאה לפעול, כמובן כי הש' לא יתעסק בחלק הטכני איסוף הצעות, פרסום, משא-ומתן. לכן הש' ממנה כונס נכסים שהוא יבצע את הליכי הוצאה לפעול, לאחר איסוף המידע יוצג לבימה"ש, ובימה"ש יאשר את המכירה.

אבל סעי' 40 (ב) מאפשר לבימה"ש להורות על דרך מכירה אחרת בתנאי שהיא נראית יעילה וצודקת ביותר בנסיבות העניין. אז במילים אחרות הכלל הוא: מכירה פומבית כמו בהוצאה לפעולה, אלא אם קיימת דרך אחרת שזה החריג הוא דרך אחרת בתנאי שהיא יעילה וצודקת יותר. הנושא הזה של דרך המכירה התעורר בפס"ד:

ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף, פ"ד כח (2) 44.

עובדות: דובר במגרש שהיה משותף לשני שותפים, מצד אחד קבלן בנייה, ומצד שני אדם פרטי, בימה"ש הורה על פירוק השיתוף בדרך של "מכרז פנימי" בין השותפים או מנגנון BMBY (במי ימיי, ביי יוי), כלומר מי משניהם יציע מחיר גבוה יותר הוא זה שיקנה את חלקו השני. הקבלן זכה במכרז הוא עשיר יותר ומוכן לשלם יותר כי רוצה להקים בניין, הקבלן זכה במכרז. השותף אשר הפסיד ערער לבימ"ש העליון, ובימה"ש העליון קיבל את טענתו נפסק: כי הדרך הראשונה בה בימה"ש צריך לפעול זה מכירה פומבית כמו בהוצאה לפעול, רק במקרים חריגים ניתן לבחור בדרך אחרת, אבל בתנאי שהיא יעילה וצודקת יותר, ממשיך בימה"ש ואומר כי במקרה הנדון המכרז הפנימי לא רק שהוא לא צודקת, אלא פחות צודקת לא מול הנסיבות כי ברור מי יזכה, לכן המכרז הפנימי בוטל וביהמ"ש נאלץ לקיים הליך של מכירה פומבית. חשוב לציין כאשר מדובר במכירה פומבית שהיא פתוחה לכל הציבור, והקבלן אינו מכירה את המתמודדים ואז הקבלן צריך להציע סכום יותר גדול, ואז האיש הפרטי יקבל סכום גבוה יותר.

עוד פס"ד אשר עוסק בדרך של המכירה:

רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן

עובדות: דובר במגרש בבעלות מספר שותפים, כאשר מצד אחד שותפים התארגנו יחד לקבוצה בעלת 95% בשיתוף, ומצד שני ויסמן שיש לו חלק קטן מאוד 5% בשיתוף. הצדדים הסתכסכו והחליטו על פירוק השיתוף. כעת הוויכוח איך מפרקים את השיתוף.

באותו מקרה חלוקה בעין הייתה בלתי אפשרית כי רשויות התכנון והבנייה לא הסכימו למגרש קטן עם 5%. לכן יש ללכת לדרך של מכירה, אבל בעל הרוב, פנו לבימה"ש וביקשו שבמקום למכור את הנכס כולו מה שיימכר זה החלק של ויסמן. ובדרך הזאת בעל הרוב בעצם נותרים עם זיקה לנכס, ובכן בימה"ש דחה את הבקשה והסבירה: הדרך של מכירה בסעיף 40 לחוק מתייחסת אך ורק למכירת הנכס כולו, ורק מכירה כזאת בימה"ש יכול לכפות על הצדדים. לעומת זאת כל הסדר אחר דורש הסכמה של כל השותפים ודאי הסדר שמחייב שותף למכור את חלקו בלבד. ומכיוון שויסמן

לא הסכים בימה"ש קבע שהמכירה תהיה של הנכס כולו. ועוד נקי בעלי הרוב ניסו לטעון כי במקרה הנדון בגלל הסכסוך מול ויסמן, הדרך הזו של מכירה חלקו של ויסמן בלבד, היא דרך יעילה וצודקת יותר בנסיבות. אבל בימה"ש חזר וקבע כי **בל מקרה כוונת הסעיף היא למכירת הנכס כולו ואין לאשר הסדרים מיוחדים ללא הסכמת כל השותפים.**

3. רישום בית משותף, סעיף 42 לחוק המקרקעין.

הדרך הזאת מתאימה רק לבנייני דירות. **רקע:** כאשר אנו הולכים ברחוב ורואים בניין דירות ובכל דירה גרה משפחה אחרת, אז מבחינה משפטית יכולות להיות שתי אפשרויות:

(1) הבניין רשום "בטאבו כבית משותף" - בית משותף הוא סטטוס משפטי מיוחד, וחלים עליו כללים מיוחדים. כאשר הנכס רשום כבית משותף **חל סעיף 54 לחוק המקרקעין** אשר קובע כי כל דירה נחשבת נכס נפרד ועצמאי ולכן אפשר לעשות עסקאות בכל דירה בנפרד. ולכן בבית משותף כל דירה היא בבעלות משפחה נפרדת.

בעלות נפרדת בדירות

54. על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות.

אם הבניין רשום על קרקע של מדינה ולא קרקע פרטית, אז כל דירה היא מוכרת לדירות, ובטאבו כל דירה מקבלת מס' זיהוי משלה, ויש לה נסח טאבו נפרד משלה.

(2) הנכס רשום בטאבו "מגרש ועליו מבנה" - זה בעיקר בבית דירות ישנים, מעיון בטאבו לא ניתן לדעת אם קיימות דירות או יחידות יחידות, נכס כזה יכול להיות בבעלות אדם אחד בלבד, הוא הבעלים של בניין אחד, מצב כזה לא קשור לשיתופים בנכסים, אבל יכול להיות כי נכס כזה הוא בבעלות מס' שותפים ביחד.

לפי כללי השיתוף כל "גרגר וגרגר" משותף לכל השותפים. במצב כזה אי אפשר למכור דירה אחת בלבד, אנו מזכירים **למה? כי סעיף 13 לחוק המקרקעין** קובע שלא עושים עסקה בחלק מסוים מהנכס, כי הנכס זה כל הבניין כולו לרבות המגרש ואי אפשר לעשות עסקה בדירה מסוימת, אבל לכלל הזה של סעיף 13 יש חריג, **זו סעיף 78 בחוק המקרקעין - קובע כי עסקאות שכירות ניתן לעשות בחלק מסוים מן הנכס.** למשל למכור חלק בדירה אני לא יכול, אבל להשכיר חלק בדירה אני יכול להזכיר, לכן בגלל סעיף 78 ניתן להשכיר.

שכירות של חלק מסויים של מקרקעין

78. על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסויים של המקרקעין.

בעיקר מדובר בבניינים ישנים כמו בת"א, אדם אשר רכש את הבניין לימים הוא נפטר, ועבר ליורשים, לכן אנו רואים מגרש כולל מבנה משותף למס' שותפים וזה המצב שאנו נדבר עליו. אז לגבי נסכים מהסוג הזה, היינו, בנייני דירות שרשומים בטאבו כמגרש ועליו מבנה והם בבעלות כמה שותפים.

לגבי נכס כזה אפשר לפרק את השיתוף בדרך של רישום בית משותף מה זה אומר?

צריך לבצע כאן פרוצדורה רישומית בטאבו, ולשנות את הסטטוס של הנכס ממגרש ועליו מבנה, לבית משותף, בהתאם כל דירה תירשם עכשיו בטאבו כנכס נפרד ועצמאי, מהלך כזה **דורש אישור של המפקח על בית משותפים** כי הוא צריך לאשר כי הבניין מתאים להירשם כבית משותף, לאחר ששינינו את הסטטוס של הנכס, ביהמ"ש מחלק את הדירות השונות בין השותפים ככל האפשר לפי חלקיהם המתמטיים בשיתוף, והתוצאה היא כי כל שותף מקבל לבעלותו הנפרדת דירה או כמה דירות בבניין, אז בצעם פירקנו את השיתוף.

עוד נק' אחת:

אם לא ניתן לחלק את הדירות לפי החלק המתמטי, אז ניתן לעשות **"תשלומי איזון"** שמאי אשר מעריך את שווי הדירות, ושותף אשר קיבל יותר בחלקו המתמטי הוא צריך לשלם לשותפים אשר קיבלו פחות.

כאשר מדובר בנכס כזה משותף, היינו חלקה /מגרש ועליה בניין דירות, קיימת דרך נוספת לפירוק השיתוף והיא מכירת הנכס כולו וחלוקת הכספים בין השותפים כי הדרך הזו של מכירה מתאימה לכל סוגי הנכסים. ז"א ניתן לפרק או למכור.

עולה השאלה האם ביהמ"ש אמור לעדיף דרך מסוימת בין השניים ?

השאלה הזו מתעוררת כאשר דיברנו על נכס שהוא מגרש ריק ראינו כי החוק מחייבת את בימה"ש להעדיף חלוקה בעין, ורק אם חלוקה בעין בלתי אפשרית, או שהיא תגרום הפסד ניכר רק אז יורה בימה"ש על מכירה.

למשעה הדרך של רישום בית משותף מאוד מזכירה חלוקה בעין, ואם כך יכול להיות כי בימה"ש יעדיף את הדרך הזאת על פני מכירה, ובכן השאלה הזו עלתה בפס"ד:

רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב (4) 625.

עבודות: דובר על בניין דירות שהיה רשום בטאבו כחלקה ועליה בניין, הנכס הזה היה בבעלות שתי משפחות רידלביץ ומודעי שווה בשווה, בדירה אחת גרה משפחת רידלביץ, ודירה שנייה גרה משפחה מודעי, ויתר הדירות מושכרות, כעת המשפחות החליטו על פירוק, אבל התעורר ויכוח כל הפירוק.

משפחת רידלביץ מבקשת רישום בית משותף חלוקת הדירות ואז היא תקבל חצי דירות, והיא מבקש במסגרת החלוקה לקבל את הדירה שלה כי משפחת רידלביץ גרה שם מזמן.

מצד שני משפחת מודעי מתנגדת ודורשת מכירה ולמה ?

לטענתה הבניין מאוד ישן, ישנם סכנת התמוטטות צריך להשקיע הון כדי לשקם אותו ואין להם כסף, בנוסף מתברר כי בבניין קיימות "זכויות בנייה בלתי מנוצלות", היינו ניתן להוסיף עוד קומות לכן משפחת מודעי מאמינה כי ניתן למכור את הנכס לקבלן, בשבילו לשקם את הבניין זה פחות יקר ותוך כדי הוא יבנה תוספת דירות, במילים אחרות מכירה כזאת יכולה להיות אטרקטיבית לקבלן.

ביהמ"ש קבע: כעיקרון הדרך של רישום בית משותף מאוד מזכירה חלוקה בעין ולכן, זו הדרך שביהמ"ש צריך להעדיף, אלא אם הדבר יהיה בלתי צודק (זה המבחן שקבע בימה"ש) כלפי השותפים. למשל אם נגרם הפסד כספי מרישום בית משותף זה יכול להיות בלתי צודק.

כאשר בימה"ש בחן לעומק את הנסיבות ביקש לראות הצעות מחיר של קבלנים ושמאים ומהנדס מוסמך של מצב הנכס, עלה כי מצב הנכס אינו אופטימי כפי שמשפחת מודעי הציגה התברר שלא ניתן למכור את הנכס ברווח גדול כמו שמודעי טענו, בנוסף מתברר כי בחלק מהדירות המושכרות זאת לא הייתה שכירות רגילה "אלא דירות מוגנת" הדייר כל חייו בנכס, בקיצור תקועים דיירים בנכס. במקביל עלה כי עלות השיקום היא לא כל כך נוראה והמשפחות יכולות לעמוד בזה חצי-חצי. לכן ביהמ"ש הורה על פירוק השיתוף בדרך של רישום בית משותף, ומשפחת רידלביץ נשארה בבית, (כמובן טרם צריך אישור המפקח על בית משותפים).

כאשר מדובר בבניין דירות אז הולכים לרישום לבית משותף, אז אם זה לא צודק אז הולכים למכירה.

חשוב לציין: אם המפקח על בתים משותפים לא מאשר, את רישום הנכס כבית משותף אז אי אפשר לעשות זאת, בעניין הזה בימה"ש כפוף למפקח ולא להיפך. אותו דבר בחלוקה בעין צריך אישור של הרשות המפקחת.

11. בתים משותפים

בית משותף כפי שראינו קודם הוא סטטוס מיוחד בדיני המקרקעין, ולכן חוק המקרקעין יחד לו פרק מיוחד שהוא **בפרק ו' לחוק המקרקעין**. המיוחד בבית משותף הוא שמצד אחד כל דירה נמצא בבעלות פרטית(או חכירה לדורות פרטית). אבל **במקביל חלקים גדולים מהנכס נחשבים רכוש משותף ששייך לכל בעלי הדירות**. הרכוש המשותף הזה חלים עליו כללים אשר מזכירים את דיני השיתוף שלמדנו, אבל מכיוון שמדובר בבית משותף אז על הרכוש המשותף חל דין מיוחד וספציפי שקבוע **בפרק ו' בחוק**.

אז נתחיל עם מספר הגדרות סעי' 52 שהוא סעי' הגדרות

הגדרות

52. בפרק זה, וכן בסימן ד' לפרק ט' –

”בית” - מבנה של קבע, ובכלל זה הקרקע שעליה נבנה;

”דירה” - חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר;

”בית משותף” - בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים;

”בעל דירה” - לגבי דירה שהוחכרה לדורות - החוכר לדורות או חוכר המשנה לדורות, לפי הענין, זולת אם נקבע בחוזה החכירה שלענין פרק זה לא יראו אותם כבעלי דירה;

”רכוש משותף” - כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסויימת.

מה זית ”בית משותף” – ההגדרה אומרת בית שיש בו שתי דירות או יותר, והוא רשום בטאבו כבית משותף.

בהקשר זה יש להסתכל על סעי' 142 איזה בית יכול להיות בית משותף.

בית הראוי להירשם בפנקס

142. (א) בית שיש בו שתי דירות או יותר ואפשר לזהות כל אחת מהן כיחידה נפרדת, ניתן לרישום בפנקס.

(ב) שני בתים או יותר שבכל אחד מהם יש דירה אחת או יותר והבתים הוקמו על חלקה או חלקות שאינן ניתנות לחלוקה באופן שכל בית יעמוד על חלקה נפרדת, ניתנים לרישום בפנקס כבית משותף.

”בית” – מבנה של קבע כולל הקרקע עליה נבנה.

”דירה” – חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים לעסק או לכל צורך אחר. זאת ההקדמה, דירה לא חייבת להיות דירת מגורים, אלא היא יחידה נפרדת שיכולה לשמש גם לצרכים אחרים.

זה אומר כי ”בית משותף” לא חייב להיות בית של דירות מגורים.

למשל: יכול להיות מגדל משרדים כמו בעזריאל כי רשום בטאבו כבית משותף, ואז כל משרד רשום בטאבו כדירה.

עוד דוג – מרכז מחסרי שכונתי, אם נבדוק בטאבו יתכן כי המרכז המסחרי רשום בטאבו כבית משותף, ואז כל חנות רשומה כדירה משותפת, או יכול להיות קניון מסחרי כמו עזריאלי רשום כבית משותף, ואז כל חנות רשומה כדירה נפרדת.

אז מתי יזם ירצה לרשום נכס כבית משותף? למה ירצה לרשום את הנכס כבית משותף? הדבר עולה הרבה כסף, עורכי דין אשר מתמחים בבתי משותפים? והמון הוצאות?

אם היזם מתכנן למכור יחידות בבניין הוא חייב לרשום את הנכס כבית משותף שאז כל דירה לפי **סעי' 54 נרשמת כנכס נפרד** אבל, אם היזם מעוניין רק להשכיר רק את הדירות אין צורך לרשום בית משותף. ואז מדובר בנכס מהסוג של חלקה ועליה מבנה.

בעלות נפרדת בדירות

54. על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות.

אנו עוברים להגדרה הבאה:

"בעל דירה" – הקדמה: ברור לנו כי בעל דירה הוא הבעלים של הדירה, ויש לו זכות בעלות, אבל ההגדרה בחוק מוסיפה ואורמת: לגבי דירה המוכרת לדורות- החוכר לדורות. במילים אחרות אם מודבר בבית משותף על אדמה של המדינה/מנהל/עירייה/רמ"י, הדירות מוכרות לדירות ואין בעלות פרטית. אבל, לצורך פרק ו' לבית משותפים מי שיחשב לבעל הדירה הוא החוכר לדירות.

"רכוש משותף" – כל חלקי הבית המשותף חוץ מהחלקים הרשומים כדירות. לרבות הקרקע הגג הקירות החיצוניים המסד (יסודות) חדרי המדרגות מעליות מקלטים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם, אפילו אם הם בתחומי דירה מסוימת.

למשל: אנשים רוצים לשפץ את הסלון, ובתוך הקיר יש עמוד שהוא רכוש משותף שלא ניתן להרוס אותו.

דוג נוספת – חדר השירותים בתוך הבניין, הרבה פעמים יש נישה ובפנים יש את צינור הבניין, והוא מהווה רכוש משותף. לכל אם תהיה נזילה מי שיטפל זה וועד הבית.

עוד מקרה אשר עוסק בהגדרה של "רכוש משותף" –**ע"א 238/83 נציגות הבית המשותף נ' מרכוס**

עובדות: דובר בבית משותף שהיה בנוי בצורה מיוחדת, בבניין היה חדר מדרגות מרכזי כולל מעלית, אבל לדירות בקומה הראשונה מעל העמודים הייתה כניסה נפרדת מהחצר עם מדרגות נפרדות, במילים אחרות הדירות בקומה הראשונה בכלל לא יכולות להשתמש במעלית, כי הם באגף נפרד משלהם.

קעת עלתה השאלה: האם הדירות בקומה הראשונה צריכות להשתתף בעליות המעלית? זה יכול להיות המון הוצאות.

ההגדרה של רכוש משותף אומרת כי רכוש משותף לא חייב לשמש את כל בעלי הדירות, מספק שהוא משמש את מרביתם את רובם, ואז מה שקרה כאן, ברגע שהמעלית משמשת את רוב הדירות היא נחשבת רכוש משותף. לפי סעי' 58 לחוק כל בעלי הדירות משתתפים בהוצאות של הרכוש המשותף ולכן עם כל הצער גם הדירות צריכות לשלם. אבל יש דרך מסוימת להתנות על זה ודורש רוב של כולם. בימה"ש העליון – אומר שצריך להיצמד לחוק והדיירים בקומה הראשונה צריכים לשלם.

נשיאת הוצאות (תיקון מס' 9) תשמ"ד-1983 (תיקון מס' 26) תשס"ה-2005

58. (א) בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף ולהבטחת השירותים המחוייבים על פי דין או המקובלים על פי הנהגה, לפי יחס שטח רצפת דירתו אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור השתתפות אחר. לענין זה, "החזקה תקינה" – שמירה על מצבו של הרכוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבניה, לרבות שיפורים שבוצעו בו לאחר מכן בהסכמת בעלי הדירות.

עלתי שאלה בכיתה: נניח כי המדרגה לקומה הראשונה נשברה, אמרנו כי רכוש משותף מיועד למרבית הדיירים, לכן פורמלית הם יצטרכו לתקן על חשבונם, אבל בימה"ש ככל הנראה ידרוש מוועד הבית לתקן, וייצמד לחוק.

עוד כמה מילים על "רכוש משותף" –

הרכוש המשותף שייכים לכל בעלי הדירות בבניין, **לפי סעי' 55 א –** לכל דירה יש חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף, במילים אחרות החלק של כל דירה הוא חלק מתמטי חלק תיאורטי, מזכיר את תפיסת השיתוף בפרק הקודם.

חלקי הרכוש המשותף הצמודים לדירות

55. (א) לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסויים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.

לכן בעל דירה לא יכול להגיד כי החלק המסוים **בחצר הוא שלי. לא. "אין לומר זה שלי וזה שלך"** אלא **"כל גרגר וגרגר של הרכוש המשותף שייך לכל בעלי הדירות ביחד"**.

לפי סעי' 57 א – החלק המתמטי שיש לכל דירה ברכוש המשותף, נקבע לפי היחס בין שטח הדירה לבין השטח הכולל של כל הדירות בבניין (כולל אותה דירה).

החלק ברכוש המשותף

57. (א) שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לכל דירה יהיה לפי יחס שטח רצפתה אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור אחר; בחישוב שיעורו של חלק כאמור לא יעברו את תחום חלקי המאה.

אז אם למשל הדירה שלי היא בשטח של 72 מ"ר והשטח הכולל של כל הדירות בבניין הוא 1561 מ"ר, אז החלק המתמטי שיש לי ברכוש המשותף הוא 72 מ"ר חלקי 1561 מ"ר. אגב, אין צורך לחשב כל פעם מחדש את החלק המתמטי אלא, החלק הזה רשום בטאבו בנסח של הדירה, אז לגבי הדירה הנ"ל יהיה כתוב בנסח: דירה בשטח 72 מ"ר, ואחר כך יהיה כתוב חלקים מתמטיים ברכוש המשותף: 72/1561.

התפיסה של חוק המקרקעין היא כי החלק המתמטי ברכוש המשותף צמוד מבחינה משפטית לדירה עצמה, ז"א אי אפשר לקנות דירה בלי החלק המתמטי ואי אפשר לקנות חלק מתמטי בדירה, הדירה הנכס בבית המשותף זה נכס אינטגרלי. הדירה בבית המשותף היא נכס אינטגרלי שמורכב הן מהדירה עצמה והן מהחלק המתמטי שיש לאותה דירה ברכוש המשותף.

קעת עולה השאלה מה כל כך חשוב בחלק המתמטי ?

הרי בפועל כי בעלי הדירות יכולים להשתמש באותו אופן ובאותה מידה ברכוש המשותף, בפועל אין משמעות לחלק המתמטי בחיי יום יום.

יחד עם זאת לחלק המתמטי יש חשיבות מבחינה משפטית ולמה ?

בנושאים שונים החלטות שמתקבלות בבית המשותף דורשות רוב מיוחד, לא של מספר הדירות בבניין אלא רוב של חלקים מתמטיים ברכוש המשותף.

דוג- לכל בית משותף יש תקנון, אם רוצים לשנות משהו בתקנון או לתקן את התקנון כי הצרכים משתנים אז נדרש רוב של 2/3 חלקים מתמטיים ברכוש המשותף. **זה סעי' 62 (א) לחוק**

תקנון מוסכם

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

עוד דוג- בהרבה בתים במקום שוועד הבית הוא יתעסק בתחזוקה של הבניין, אנו רואים כי הבניין מתקשר עם חברת תחזוקה, כאשר מתעורר נושא של חברת תחזוקה פורצים ויכוחים בין בעלי הדירות, חלק רוצים וחלק מתנגדים כל אחד רוצים חברה אחרת.

לכן בהקשר הזה **קובע סע' 71 ב לחוק** – החלטות שונות לגבי חברת התחזוקה צריכות להתקבל ברוב מסוים, אשר מבוסס על חלקים מתמטיים ברכוש המשותף.

החלטות בעלי הדירות (תיקון מס' 24) תשס"ב-2002

71. (ב) (1) בעלי הדירות רשאים לקבוע, בתקנון או בהחלטה שהתקבלה ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, כי הניהול וההחזקה התקינה של הרכוש המשותף, כולם או רובם, יתבצעו על ידי מי שבעלי הדירות יתקשרו עמו למטרה כאמור (בחוק זה – מתחזק).

סוגיה שלישית ואחרונה- נושא חלוקת ההוצאות בבית המשותף תחת "רכוש משותף"

סע' 58 לחוק- קובע כי ההוצאות הקשורות לרכוש המשותף, מתחלקות בין כל בעלי הדירות לפי היחס בין שטח הדירה לבין השטח של כלל הדירות בבניין, היינו לפי חלקים מתמטיים ברכוש המשותף, וזאת אלא אם נקבע אחרת בתקנון. ז"א ניתן להתנות.

אם כך מה המשמעות ככל שהדירה יותר גדול יש לה שטח מתמטי גדול יותר אז היא צריכה לשלם יותר, אז ההיגיון של המחוקק **בסע' 58 יש** להניח כי ככל שהדירה יותר גדולה אז יש יותר אנשים והיא צריכה לשלם יותר.

יחד עם זאת ניתן לקבוע אחרת, כי כל דירה תשלם באופן שווה, זה יקבע בתקנון. לכן הסע' הוא דיספוזיטיבי.

הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לטובת דירה מסויימת

אמרנו כי בבית המשותף יש חלקים רבים אשר נחשבים רכוש משותף, הם שייכים לכל בעלי דירות ביחד, וכל בעלי הדירות רשאים להשתמש בהם.

אבל, קיימת אפשרות לקחת חלק מסוים מהרכוש המשותף ולהצמיד אותו לדירה מסוימת כך שאותו חלק כבר לא יחשב רכוש משותף, אלא הוא הופך להיות חלק מאותה דירה.

דבר כזה ניתן לעשות בשני מצבים:

- 1) הקבלן אשר בונה את הבניין מחליט מראש על הצמדות כאלה. דוג- דירת פנט-הוז, המשמעות היא שהקבלן החליט מראש כי הגג לא יהיה רכוש משותף אלא חלק מהדירה בקומה הראשונה.
- 2) כאשר מדובר בבית משותף קיים, ואחד מבעלי הדירות מבקש להצמיד לדירה שלו חלק מסוים מהרכוש המשותף. דוג- בעלי דירה בקומה האחרונה מבקש להצמיד לדירה שלו את שטח הגג שמעל הדירה. עד עכשיו הגג היה רכוש של כולם אבל עכשיו הגג הוא פרטי של האדם. עוד דוג- שכן אשר גר בקומת קרקע מבקש להצמיד לדירה שלו חלק מסוים מהחצר של הבניין, עד עכשיו החצר הייתה רכוש משותף, אבל השכן רוצה כי החצר תהיה חצר פרטית שלו.

אלו שני המצבים, הסעי' הרלוונטי **הוא סעי' 55(ג) -** הוא מאפשר להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית. וברגע שנעשתה כזאת הצמדה **אומר סעי' 55 על** אותו חלק אשר הוצמד- דינו כדן הדירה אליה הוצמד.

כלומר אותו חלק כבר לא נחשב רכוש משותף והוא הופך להיות בבעלות פרטית של בעל הדירה.

חלקי הרכוש המשותף הצמודים לדירות

55. (א) לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסויים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.

(ב) עיסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה; אין בהוראה זו כדי למנוע פעולה הבאה להקטין או להגדיל את שטח הקרקע שברכוש המשותף.

(ג) בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון, כמשמעותו בסימן ג' לפרק זה (להלן - התקנון), שחלק מסויים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית, ובלבד שלא יקבעו זאת ביחס לחדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומיתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות; הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדן הדירה שאליה הוצמד.

איך ניתן לבצע הצמדה כזאת ?

אנו נתמקד במקרה השני לעיל, בעל דירה בבניין קיים מבקש לעשות הצמדה. לגבי קבלן נלמד בהמשך.

אותו סעי' 55 (ג) - קובע כדי לעשות הצמדה כזאת חייבים לתקן את התקנון של הבית המשותף, ולציין בו את דבר ההצמדה (לכל בית משותף חייב להיות תקנון). התקנון הוא החוקה הפנימית של הבניין, המסמך החשוב של הבניין, לכן אם עושים הצמדה כזאת שבה לוקחים חלק מסוים של קניין של בעלי הדירות והופך להיות פרטי, **דבר כזה דורש עדכון של התקנון.**

יותר מכן לפי סעי' 62(א) לחוק - שינוי כזה של תקנון דורש הסכמה של כל בעלי הדירות.

תקנון מוסכם

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

בתי המשפט פירשו את הדרישה בחומרה, וקבעו כי דרישה הסכמה לביצוע הצמדה, חייבת להיות מפורשת וברורה, לא ניתן ללמוד על הסכמה מכללא, או מכוח הנסיבות, אם נרצה אסמכתא יש את פס"ד: **גלבורט נ' הממונה על המרשם.**

אמרנו הדבר דורש 1) תיקון תקנון, 2) הסכמה של כולם, 3) הסכמה מפורשת וברורה 4) ההמלצה היא לרשום את התקנון המעוגן בטאבו כי אז ההצמדה הופכת להיות קניינית, והיא תחייב גם בעלי דירות אשר הצטרפו לבניין מאוחר יותר.

אז אם אני גר בדירה האחרונה והצלחתי לשכנע אתם כולם שהגג צריך להיות שלי, זה כרוך בהסכמה וקשה להשיג זאת, בדרך כלל אותו אדם מחייב לעשות שיפוץ, או מתן סכום כספי.

לכן כאשר האדם השיג הסכמה הוא רוצה שזה יהיה לנצח, ולכן מומלץ לרשום את תיקון התקנון באטבו וכך הוא מקבל תוקף קנייני.

לכן, כאשר אנו מבצעים הצמדה כזאת אני הגדלתי את שטח הדירה, זה ישפיע על כל החלקים המתמטיים ברכוש המשותף.

לכן לפי סעי' 57(ג) - השטח המוצמד אכן מצורף לשטח הדירה לפי השיעור שיקבע בתקנון או כפי שיקבע המפקח על בתיים משותפים

החלק ברכוש המשותף

57. (ג) הוצמד חלק מסויים של הרכוש המשותף לדירה פלונית, יובא שטחו בחשבון לענין סעיף קטן (א) בשיעור שנקבע לכך בתקנון, ובאין קביעה כזאת - בשיעור שקבע המפקח לפי הנסיבות.

עד עכשיו דיברנו על ביצוע הצמדה, כעת נדבר על בנייה על השטח המוצמד:

הרבה פעמים כאשר בעל דירה מבצע הצמדה, של חלק מסוים מהרכוש המשותף, הוא עושה את זה כי הוא מעוניין לבנות על אותו חלק.

דוג- שכן בקומה האחרונה מעוניין להצמיד לדירתו את הגג מעל דירה, אבל לא סתם כך כי הוא רוצה לבנות חדר או כמה חדרים על הגג, אנו רואים הרבה פעמים דירות גג..

עוד דוג- שכן בקומת הקרקע **מבקש להצמיד חלק מהחצר**, לא בשביל גינה אלא הוא רוצה לבנות תוספת לדירה שלו.

אז אם מדובר רק בצמדה נטו חלה הפרוצדורה לעיל, אבל אם השכן רוצה לבנות חלות דרישות אחרות:

כאשר שכן מבקש לבנות בחלק המוצמד, הוא למעשה מנצל "**אחוזי בנייה**" ששייכים לכל בעלי הדירות במשותף, לכן הוא חייב לקבל הסכמה של כל בעלי הדירות, לעצם הבנייה.

כעת נסביר מה זה "אחוזי בנייה":

מבחינה משפטית, זה בעצם זכות לבנות על הקרקע/מגרש ברור לנו כי הזכות הזו שווה המון כסף אומנם זו זכות ערטילאית, לכן יש לגביה סכסוכים רבים, רשויות התכנון והבנייה הן אלה אשר קובעות כמה מותר לבנות בכל חלקה, ולרשויות יש את השיקולים שלהם, הן לא רוצות שתהיה צפיפות דירות, צריך לבדוק את התשתיות באזור, והרשויות מפקחות גם על החזות: כמו בניין בצבע אדום / בצורה מסוימת, לכן לרשות יש את השיקולים לתת את האישורים.

הרשויות קובעות כמה מותר לבנות בכל חלקה, באמצעות קביעת אחוז מסוים:

למשל- בחלקה הזאת מותר לבנות 200% בחלקה אחרת הרשות לפי שק"ל מאפשרות לבנות 400% כי השטח הוא 4 דונם.

בגלל שהקביעה הזאת נעשת תוך שימוש באחוזים כמו 200 או 400 אחוז, אז נולד הביטוי אחוזי בנייה אשר קובע כמה מותר לבנות בחלקה.

בבניינים החדשים שקבלנים בונים הם מנצלים את כל אחוזי הבנייה, כי הוא ירווח יותר כסף, **אבל בעבר בבתים ישנים קבלנים לא ניצלו את כל אחוזי הבנייה**, ולכן בבניינים האלה יש אחוזי בנייה בלתי מנוצלים. ז"א אפשר להוסיף תוספות בנייה.

בנוסף, רשויות התכנון והבנייה הוסיפו, במהלך השנים אחוזי בנייה באזורים רבים, ולכן שוב, יש מצב של אחוזי בנייה בלתי מנוצלים.

כעת נמשיך את הדיון לעיל,

אם בבית משותף אכן קיימים אחוזי בנייה בלתי מנוצלים הם שייכים לכל בעלי הדירות במשותף לפי החלק המתמטי של כל אחד בפס"ד: **צדוק נ' שיכון ופיתוח בע"מ (2014)**

נקבע כי אחוזי הבנייה שייכים לבעלי הדירות בהתאם לחלק המתמטיים שיש לכל דירה בחלק המשותף, אלא אם בעלי הדירות קבעו אחרת.

כעת נחזור על בנייה על השטח המוצמד:

כאשר נעשתה הצמדה, ובעל דירה מעוניין לבנות על החלק המוצמד, הוא צריך למלא מסמך דרישות בשילוב ס' 13 לחוק:

- (1) חייבים לוודא שלבניין יש אחוזי בלתי מנוצלים.
- (2) מכיוון שאחוזי הבנייה שייכים לכל בעלי הדירות, אז בעל דירה שמבקש לבנות, בעצן משתמש באחוזי בנייה ששייכים לכולם. ולכן הוא חייב לקבל הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין. אנו מדגישים נק' זו כי הרבה פעמים אומר שכן "אני בונה על הגג שלי..." זה לא משנה עצם הבנייה מנצלת את אחוזי הבנייה של כולם, לכן נדרשת הסכמה של כל בעלי הדירות.
- (3) גם כאן הפסיקה פירשה את הדברים בחומרה, וקבעה שההסכמה של בעלי הדירות חייבת להתייחס ספציפית ובצורה מפורשת לעצם הבנייה, במילים אחרות אם שכן הסכים להצמדה זה לא אומר שאוטומטית הוא מסכים גם לבנייה, מכיוון שמדובר במהלך בלתי הפיך שבו שכן אחד מנצל את אחוזי הבנייה ששייכים לכולם, הוא חייב לקבל הסכמה מפורשת אשר תתייחס **לא רק להצמדה אלא גם לבנייה יש פס"ד: ביבי נ' הורברט**
- בימה"ש פסק כי הסכמה לבנייה יכולה להימצא במסכים שונים, למשל בתקנון של הבית או בחוזה בין השכן שרוצה לבנות לבין שאר השכנים, או בכל דרך אחרת, העיקר כי ההסכמה תהיה מפורשת וברורה.
- (4) כמובן שאם שכן הצליח להשיג הסכמה של כל בעלי הדירות, כמובן כדי לשריין אותה ולהפוך אותה לקניינית, הדרך הרצויה היא לציין את הדבר בתקנון הבית המשותף וכמובן לרשום את התקנון המעודכן בטאבו זה נאמר בפס"ד: **ישעיהו נ' שטרייכר.**

אם נפתח את חוק המקרקעין אין התייחסות לאחוזי הבנייה, אלא זה מוסדר בחוק התכנון והבנייה.

לכן אם נסכים עד כאן, שכן שרוצה לבצע הצמדה + בנייה צריך "לעמוד במשימה מאוד קשה" כי הוא צריך הסכמה מכל בעלי הדירות הן להצמדה והן לבנייה.

ולמה המשימה הזאת קשה ?

הרבה פעמים יש בבניין בעלי דירות שמתנגדים לא באמת כי הדבר מפריע להם אלא הם סחטנים, ראינו כי בשנות ה-90, שתופעה זו של סרבנות וסחטנות הלכה והתעצמה, היו הרבה משפחות ברוחות ילדים שרצו להשיג הסכמה מכולם חוץ ממספר שכנים שניסו לסחוט כסף.

אז כדי לפתור את בעיית הסחטנות, נעשה תיקון בחוק המקרקעין אשר קובע חריג לכלל:

נזכיר כי הכלל דורש הסכמה של כולם הן להצמדה והן לבנייה כי יש פגיעה בקניין, אבל החריג קובע כי בתנאים מסוימים לא צריך לקבל הסכמה של כל בעלי הדירות אלא די ברוב מיוחס, ואז אם אני לא צריך הסכמה של כולם, אז שכן או שניים סחטנים לא צריך אותם, כי יש רוב מיוחס.

אז החריג הזה נקבע בסעי' 71 ב. (א) לחוק – קובע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה, לשם בנייה שמטרתה הרחבת אותה דירה לא טעונה הסכמה של כל בעלי הדירות אלא די ברוב של 3/4 ממספר הדירות אשר שני 2/3 חלקים מתמטיים ברכוש המשותף צמודים להם.

שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבניה (תיקון מס' 18) תשנ"ה-1995 (תיקון מס' 28) תשס"ח-2008

71ב. (א) על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט בדבר חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה, ואולם, היה נושא ההחלטה כאמור הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות.

יש כאן תנאי כפול לא צריך להחתים את כולם:

- 1) הסכמה 3/4 ממספר הדירות.
- 2) הסכמה 2/3 מהרכוש המשותף בחלקים מתמטיים.

הרעיון מאחורי החקיקה הזאת היא לסייע לדייר שרוצה לעשות הצמדה אם גם ככה לא משתמשים בחלק המסוים הזה ולכן הם פותרים את הצורך להסכמה של כולם.

החריג, חל לפי לשונו, כאשר בעל דירה מעוניין לבצע הצמדה + בנייה על החלק המוצמד שהמטרה היא הרחבת הדירה. הרקע היה בשנות ה-90, כי באותם שנים היו גלי עליות, והיה ניתן לבנות עוד חלקים על הגג, או הוספת אגפים נוספים. ברור לנו כי כיום החוק חל על בנייה והצמדה.

מה קורה כאשר בעל דירה קיבל בעבר הסכמה של כל בעלי הדירות להצמדה, כעת אחרי שנים הוא מבקש לבנות על החלק המוצמד, האם במצב כזה חל החריג, או שמא הוא צריך לקבל **הסכמה של כל בעלי הדירות לעצם הבנייה ?**

ובכן לפי לשון הסעי' החריג חל רק כאשר מדובר על הצמדה + בנייה שמטרתה הרחבת הדירה. ומכיוון שכאן בעל הדירה לא מעוניין בהצמדה כי כבר נעשתה בעבר, לכאורה החריג לא חל, אבל בימה"ש העליון קבע אחרת בפס"ד:

רע"א 11017/08 פל נ' ליבוביץ (מאגר נבו, 2010).

בימה"ש נתן פרשנות רחבה לחריג וקבע שיחול בצב כזה, אחרת מצבו של מישהו שכבר הוצמד לו השטח בעבר יהיה גרוע ממצבו של מי שטרם ביצע את הצמדה, וזה לא הגיוני אבל, ממשיך בימה"ש ואומר מטרתו של החריג הייתה להקל על שכן שמבקש לבנות ולא להציב קשיים.

פס"ד נוסף שעסק בחריג הוא :

עטייה נ' שגיא:

בעל דירה בקומה 4 רצה להצמיד לדירתו חלק מסוים מהחצר כדי לבנות עליו מחסן פרטי. חלק מבעלי הדירות הסכימו וחלק התנגדו, התעוררה השאלה האם החריג חל במצב כזה, במילים אחרות למה הכוונה בהרחבת הדירה, אותו שכן אמר כי המחסן מרחיב את הדירה, אבל בימה"ש לא קיבל את הגישה וקבע כי הצמדה דורשת סמיכות פיזית לדירה. לכן אם אני גר בקומה 4 ורוצה לבנות מחסן בחצר זה לא הרחב.

נמשיך עם החריג, ברור לנו כי החריג לחוק פועל לטובתו של בעל הדירה אשר מבקש לבצע הצמדה ובנייה לשם הרחבת הדירה. כי החריג מאפשר לו להשיג רוב מיוחס במקום הסכמה של כל בעלי הדירות.

יחד עם זה המחוקק רצה גם להגן על קניינם של שאר בעלי הדירות לכן הוא הוסיף מס' תנאים ומגבלות לשם החלת החריג כך למשל:

1) **מגבלה נוספת בסעי' 71 ב (ב)** בעל דירה שעכשיו מבצע בנייה לשם הרחבת הדירה מוגבל בהיקף הבנייה שמוותר לו לבצע והוא יכול לנצל מקסימום את החלק היחסי את החלק המתמטי שיש לו בזכויות הבנייה של כלל הבניין. מה הרעיון ?

נניח כי בעל הגג והצמידו לו את הגג ובא לי לבנות 4 דירות, לא, כי מי שפועל במסגרת החריג הוא יכול לנצל רק את החלק המתמטי שיש לו בדירה.

שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבניה (תיקון מס' 18) תשנ"ה-1995
(תיקון מס' 28) תשס"ח-2008

71ב. (ב) לא תקבל החלטה כאמור בסעיף קטן (א) אם יש בה כדי לפגוע בזכויות בניה יחסיות של כל בעל דירה להרחבה לפי סימן זה.

2) **לפי סעי' 71 ב(ג)-** בעל דירה אשר הורחבה במסגרת החריג יחשב אוטומטית כמי שמסכים להרחבה דומה של בעלי דירות אחרים בבניין.

שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבניה (תיקון מס' 18) תשנ"ה-1995
(תיקון מס' 28) תשס"ח-2008

71ב (ג) בעל דירה שהורחבה יראה כמי שהסכים להרחבה דומה של כל דירה אחרת באותו בנין.

3) **מגבלה נוספת בסעיפים 71 ב. (ד+ה+ו)**

71ב.

(ד) נתקבלה החלטה כאמור בסעיף קטן (א), חייב בעל דירה, שדירתו ניתנת להרחבה בשיעור יחסי העולה על חלקו ברכוש המשותף והמבקש להרחיבה, לשלם במועד החלטת ההרחבה, תשלומי איזון לבעל דירה שדירתו אינה ניתנת להרחבה או שההרחבה פחותה מחלקו היחסי ברכוש המשותף.

(ה) לא הגיעו בעלי הדירות להסכמה באשר לגובה תשלומי האיזון, יקבעו התשלומים על ידי שמאי מקרקעין, שימונה בהסכמה.

(ו) הוצאות השמאות יחולו על בעלי הדירות בהתאם לחלקם היחסי ברכוש המשותף, לפני החלטת ההרחבה.

נקודת אחרונה בנוגע להצמדה + בנייה:

אם בעל דירה מבקש לבצע הצמדה + בנייה לשם הרחבת הדירה חל עליו אותו סעי' אשר הזכרנו **מקודם סעי' 55 (ג)** - אשר מחייב אותו לתקן את התקנון ולרשום את ההצמדה בתקנון. כמובן מומלץ לרשום את התקנון המעודכן בטאבו כי לתת להצמדה תוקף קנייני.

בנוסף לאור פס"ד ישעיהו נ' שטרייכר - מומלץ לציין את ההסכמה לבנייה ולהרחבת הבנייה בתקנון ושוב מומלץ לרשום את התקנון בטאבו.

יש כאן חובה **אחת סעי' 55 (ג)** מחייב רישום של ההצמדה בתקנון ומומלץ לרשום אותה בטאבו, חוק המקרקעין אינו מתעסק בבנייה לכן החלק הזה של הבנייה הוא פרי הפסיקה ומומלץ לרשום אותו בטאבו.

בעקבות מס' שאלות אנו מעוניינים לחדד מס' נק':

- 1) בנייה בחלק המוצמד – הן אם זה בהסכמה של כולם או עפ"י החריג, בנייה דורשת היתר של בנייה מרשויות התכנון והבנייה.
 - 2) החלק המוצמד – **אמרנו כי לפי סעי' 55 (ג)** שהוא הסעי' המרכזי לגבי הצמדות, החלק המוצמד דינו כדין הדירה אליה הוא הוצמד, הופך להיות חלק מהדירה. **עולה השאלה האם אפשר לעשות עסקאות בנפרד בחלק המוצמד בנפרד מהדירה ?** נניח כי לי יש חנייה או "צמודה בטאבו" כלומר נעשה על הפרוצדורה לרבות תיקון תקנון ורישום בטאבו, אז יש לי חנייה ואני לא משתמש בה והשכן מבקש לקנות אותה, האם זה ניתן ?
- לא, כי סעי' 13 לחוק המקרקעין** אומר שלא ניתן לעשות עסקאות בחלק מסוים מהנכס, אז כמו שלא ניתן למכור חדר בנפרד מהדירה, אז גם לא מותר למכור את החנייה שהוא צמודה מהדירה. לכן אין תוקף לעסקה כזאת.
- אבל חריג לזה הוא סעי' 78 לחוק המקרקעין** אשר קובע לעסקאות שכירות ושכירות ניתן לעשות בחלק מסוים מהנכס, אז החנייה אני יכול להשכיר בחלק נפרד מהדירה. אנשים גם מחכירים את החנייה למשך תקופה מסוימת כמו 49 שנים. לכן חכירה ניתן לבצע ולרשום אותה בטאבו.
- עוד חריג מאפשר לעשות עסקאות בחלק המוצמד בנפרד מהדירה עצמה, למשל רק בחנייה, החריג קבעו **בסעי' 62 (א1) –** הסעי' כן מאפשר לבצע כל עסקה, בחלק המוצמד בנפרד מהדירה עצמה בתנאי שהעסקה היא בין שני בעלי הדירות באותו בניין, אז לפי החריג אני יכול למכור את החנייה רק לשכן אחר בבניין.

תקנון מוסכם

62. (א1) הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, ניתן להעבירו לדירה אחרת בבית ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף 145.

תקנון הבית המשותף

לפי סעי' 61 לחוק המקרקעין לכל בית משותף חייב להיות תקנון, התקנון הוא **"החוקה הפנימית"** של הבניין, הוא מסדיר את היחסים בין בעלי הדירות, וקובע את הזכויות והחובות שלהם בנוגע לבית המשותף.

תקנון

61. בית משותף יתנהל על פי תקנון המסדיר את היחסים בין בעלי הדירות ואת זכויותיהם וחובותיהם בקשר לבית המשותף.

קיימות שתי אפשרויות לגבי התקנון:

1) **לפי סעי' 62 לחוק - בעלי הדירות מנסחים "תקנון מיוחד"** לבית שלהם.

תקנון מוסכם

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

לפי סעי' 62(ג) תקנון כזה ניתן לרשום בטאבו ואם הוא נרשם הוא מקבל תוקף קנייני והוא יחייב גם בעלי דירות חדשים שיצטרפו לבניין מאוחר יותר.

תקנון מוסכם

62. (ג) תקנון וכל שינוי בו ניתנים לרישום, ומשנרשמו, כוחם יפה גם כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן.

במקרים רבים בתים משותפים ניסחו לעצמם תקנון משלהם, **אבל לא רשמו אותו בטאבו, ואז עולה השאלה מה המשמעות של תקנון כזה זה עלה בפס"ד:**

שפר נגד בונה

נקבע כי, אם התקנון לא נרשם הוא מחייב רק את בעלי הדירות באותה עת, והוא לא יחייב בעלי דירות עתידיים. אבל בהקשר הזה מציע **פרופ' מיגל דויטש לקבוע:** שאם קונה בדירה בבניין שידע על תקנון אשר נעשה עוד קודם אז מכוח הידיעה הוא יהיה כפוף לאותו תקנון, ראינו גם הסכם שיתוף על אותו רעיון אם הוא נרשם בטאבו הוא מחייב, **ובא פרופ' מיגל שאומר** אם הוא ידע על ההסכם כשהוא נכנס לבית המשותף אז יחייב אותו.

2) אם בעלי הדירות **לא ערכו** לעצם שום תקנון **אז לפי סעי' 64 לחוק המקרקעין**, התקנון אשר יחול עליהם הוא **"התקנון המצוי / לדוגמה"** אשר נמצא בסוף חוק המקרקעין. הרעיון הוא אמרנו כי כל בית משותף חייב להיות תקנון, ובהרבה מקרים לא שמים לב שאין תקנון, לכן הפתרון הוא על עוד שאין תקנון אז באופן אוטומטי חל התקנון המצוי.

התקנון המצוי

64. מקום שלא נרשם תקנון לפי סעיף 62, ובמידה שאין בתקנון שנרשם הוראה בנדון, יראו את התקנון המצוי שבתוספת כתקנון שנרשם על ידי בעלי הדירות.

בגלל שהתקנון המצוי הוא חלק מהחוק הוא פומבי וידוע ואין צורך לרשום אותו בטאבו. אגב בבניינים החדשים הקבלנים כבר מכינים תקנון ספציפי, וכאשר הוא גומר את הבניין ורושם אותו כבית משותף בטאבו הוא רושם גם את התקנון. אבל בבניינים הישנים חלקם עם התקנון המצוי.

כעת עולה השאלה האם תקנון של הבניין נשאר קבוע לאורך זמן, או האם ניתן לעדכן ולשנות אותו במשך השנים?

התשובה היא כן ניתן לשנות, כי תקנון בין אם הוא מהסוג הראשון או השני, תקנון ניתן בהחלט לעדכן ולשנות, לא יעלה על הדעת כי בית משותף למשך שנים יישאר עם אותו תקנון כי דברים משתנים לאורך זמן.

כעת נשוב לשאלה לעיל, בנושא תיקון התקנון:

לא משנה איזה תקנון יש בבית המשותף, הין אם זה תקנון מיוחד או תקנון לדוגמא, ברור לנו כי במשך השנים משתנים הצרכים של הבית המשותף, ותנאון אשר הוכן לפני מס' שנים לא בהכרח, לכן חוק המקרקעין מאפשר לבעלי הדירות לעדכן ולשנות את התקנון לפי הצורך.

מה הפרוצדורה, ומה הרוב הדרוש לשינוי התקנון הכלליים קבועים בסעי' 62 (א) לחוק?

1. ובכן, הכללי הראשון קבוע לצורך תיקון התקנון נדרש רוב של 2/3 חלקים מתמטיים מהרכוש המשותף. לכל דירה יש אחוז מתמטי בבניין, הרבה פעמים בהחלטות של בית משותף, הרוב נמדד לא לפי מס' דירות אלא לפי כמות החלקים המתמטיים בבית המשותף. לכן צריך רוב של 2/3 חלקים מתמטיים המשותף.
 2. אם מדובר בשינוי זכויות או בהטלת חובות או תשלומים חדשים, שלא נזכרים בחוק או בתקנון הקיים, או שמדובר בשינוי חלוקת ההשתתפות בהוצאות, אז נדרשת בנוסף גם הסכמה של כל בעלי דירה שעלול להיפגע מהשינוי.
- הסבר:** הרבה פעמים שינוי תקנון עלול לפגוע זה יכול להיות בבעל דירה מסוים או בקבוצה של בעלי דירות ולפעמים אפילו בכל בעל הדירות בבניין, אז הכלל השני הוא כלל בסיסי ביותר, וזה חלק "מכלל הצדק הטבעי" אי אפשר לקבל החלטה שפוגעת במישהו ללא הסכמתו.

דוג – דיברנו בעבר על פס"ד ע"א 238/83 נציגות הבית המשותף נ' מרכוס בעלי הדירות בקומה הראשונה לא יכלו להשתמש במעלית, אבל בימה"ש העליון פסק שגם הדירות בקומה הראשונה צריכות להשתתף בהוצאות המעלית. נניח כי רוצים לתקן את התקנון של הבניין ולקבוע כי הדירות בקומה הראשונה פטורות מהוצאות המעלית..

כעת עולה השאלה, מעבר לכך שצריך רוב של 2/3 חלקים מתמטיים, ממי צריך לקבל עוד אישור?

שינוי כזה מחייב הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין (לכאורה למעט הדירות בקומה הראשונה), **שינוי כזה דורש הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין ולמה?** המשמעות כי יתר האחרים ישלמו יותר, השיעור של הוצאות המעלית תגדל.

עוד דוג – דיברנו על כך כי **לפי סעי' 58 לחוק המקרקעין** הוצאות הרכוש המשותף מתחלקות בין הדירות השונות לפי החלקים המתמטיים לכן דירה גדולה יותר תשלם יותר. נניח כעת רוצים לתקן את התקנון, וכל הדירות משתתפות בהוצאות באופן שווה. ממי צריך לקבל הסכמות?

תיקון כזה דורש הסכמה של כל בעלי הדירות.

3. אם מדובר בהצמדה של חלק מסוים לרכוש המשותף לטובת דירה של פלונית, אז דבר כזה מחייב הסכמה של פה אחד. כלומר הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין. **אולם, דיברנו על חריג של סעי' 71ב.א), לחוק לעיל.**

עוד שתי הערות לתיקון התקנון:

(1) זה בגדר המלצה ברגע שנעשה תיקון לתקנון ההמלצה היא לרשום אותו בטאבו, ולמה? כי אנו רוצים כי התקנון יהיה לו תוקף קנייני, ואז הוא יחייב בעלי דירות מאוחרים אשר יצטרפו לבניין בעתיד.

(2) **סע' 62 (ב) לחוק מגדיר** בעל דירה לרבות המחכיר, מה זה אומר? דיברנו על כך כי בהרבה בתים משותפים "בעל הדירה" הוא לא בעלים של הדירה אלא מחכיר לדורות. אז בעצם מי שחיי בבניין ומי שמסתכסך עם שנכים, מי שאכפת לו ממה שקורה בבניין זה לא המדינה המחכירה, אלא החוכר לדורות, **לכן סע' 52 לחוק המקרקעין-** קבע לצורך הכללים כאשר חלים על הבית המשותף מי שנחשב כבעל דירה כאשר הדירה מוחכרת לדורות זה לא הבעלים אלא החוכר לדורות.

אבל, כאשר מדובר בתיקון התקנון חל דין שונה, התקנון הוא החוקה הפנימית של הבניין מסמך בעל חשיבות משפטית, ומי שנתקן בתקנון זה ילווה את הבניין לנצח, לכן במקרה של תיקון תקנון וכאשר מדובר בדירה אשר מוחכרת לדורות, לא מספיק לקבל הסכמה של החוכר לדורות אלא צריך לקבל הסכמה של המדינה המחכירה בסופו של דבר היא בעלים היא בעלת הנכס. לכן גם המדינה המחכירה שהיא הבעלים היא צריכה להסכים לתיקון התקנון.

אם כך, אם מדובר בבניין אשר בנוי על קרקע של מדינה, כלומר גוף ציבור שייך למדינה, וכעת רוצים לשנות את התקנון אשר בנוסף לשלשת התנאים לעיל, יש לקבל גם הסכמה של המדינה המחכירה, ואם המדינה לא מסכימה אז אי אפשר לתקון, **וזה נובע מסע' 62(ב)** אשר קובע כי בעל דירה לרבות המחכיר. כלומר בעל דירה = לרבות המחכיר.

תקנון מוסכם

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

(תיקון מס' 14) תשנ"ב-1992

(1א) הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, ניתן להעבירו לדירה אחרת בבית ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף 145.

(ב) לענין סעיף קטן (א), "בעל דירה" - לרבות המחכיר בדירה המוחכרת בחכירה לדורות ומחכיר המשנה בדירה המוחכרת בחכירת משנה לדורות.

(ג) תקנון וכל שינוי בו ניתנים לרישום, ומשנרשמו, כוחם יפה גם כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן.

המוסדות שמנהלים את הבית המשותף:

לאחר שדיברנו עם הבתים המשותפים, צריך לדבר על הפרקטיקה בבית עצמו.

1. **נציגות הבית המשותף** – הכוונה כאן "לוועד הבית" זה הסלנג, **לפי סעי' 65 לחוק המקרקעין- לכל בית משותף חייבת להיות נציגות לצורך ניהול ענייניו. הנציגות נבחרת ע"י בעלי הדירות באסיפה כללית.** והיא אמורה לטפל בכל העניינים השוטפים בנוגע לרכוש המשותף **סעי' 69 לחוק המקרקעין – קבוע הנציגות תשמש מורשה (מיופת כח) של כל בעלי הדירות בכל הנוגע להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף.** והנציגות זכאית בעניינים אלה להתקשר בחוזים ולהיות צד בכל הליך משפטי, בשם כל בעלי הדירות. אז הסעי' הזה הוא סעי' מרכזי אשר קובע את סכמות הנציגות ומה היא יכולה לעשות ואנו מבינים שהיא מיופת כח של הבית היא מטפלת בעל האחזקה השוטפת של הבניין, והוא נותן לה כוח לרבות חתימה על חוזים.

נציגות הבית המשותף

65. לכל בית משותף תהיה נציגות לשם ניהול ענייני הבית המשותף; הנציגות תיכון ותפעל לפי הוראות התקנון.

הנציגות – מורשה של בעלי הדירות

69. הנציגות תשמש מורשה של כל בעלי הדירות בכל ענין הנוגע להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף, והיא זכאית בעניינים אלה להתקשר בחוזים ולהיות צד בכל הליך משפטי ובכל משא ומתן אחר בשם כל בעלי הדירות.

הנציגות נושאת העיריה וניתן גם לתבוע אותה אם מתרשלים בתפקיד שלהם לרבות תביעה ע"י צד שלישי.

עניין נוסף לנציגות הבית המשותף זה "**חברה מתחזקת**" אשר עושה את תפקיד הנציגות זאת כדי לחסוך ריבים בין בעלי הדירות, ויש כאן עניין של בית משותף יש חופש חוזים אם רוצים חברה מתחזקת. אולם חברה מתחזקת זה מייקר את סכום השכירות, אז תמיד יש בעלי דירות אשר מסמכים או לא מסכים סביב החברה המתחזקת, לכן חוק המקרקעין יחד סעי' מיוחד לגבי חברה מתחזקת **זה סעי' 71. (ב)1** אשר קובע מה הרוב הדרוש ומה הפרוצדורה כדי להתקשר עם חברה מתחזקת.

החלטות בעלי הדירות (תיקון מס' 24) תשס"ב-2002

71. (א) החלטה של בעלי הדירות שנתקבלה בהתאם לתקנון ונרשמה בספר ההחלטות תחייב כל בעל דירה, בין שהיה בעל דירה בשעת קבלת ההחלטה ובין שהיה לבעל דירה אחרי קבלתה; ספר ההחלטות יהיה פתוח לעיון בכל עת סבירה לכל בעל דירה.

(ב) (1) בעלי הדירות רשאים לקבוע, בתקנון או בהחלטה שהתקבלה ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, כי הניהול וההחזקה התקינה של הרכוש המשותף, כולם או רובם, יתבצעו על ידי מי שבעלי הדירות יתקשרו עמו למטרה כאמור (בחוק זה – מתחזק).

(2) החלטה לענין התקשרות עם מתחזק מסוים או לענין החלפתו תתקבל בידי בעלי הדירות שיותר ממחצית הרכוש המשותף צמוד לדירותיהם.

(ג) דינו של שכר המתחזק כדין הוצאה שבעלי דירות חייבים להשתתף בה, כאמור בסעיף 58(א).

(ד)* על המתחזק יחולו, לענין ניהול החשבונות ואישורם והמצאת מידע לבעלי הדירות, החובות המוטלות על גזבר בסעיף 16 לתקנון המצוי שבתוספת.

2. **האסיפה הכללית של בעלי הדירות** – קיימים שני סוגים של אסיפה כללית:

(א) אסיפה כללית שנתית – החוק מחייב שלפחות פעם בשנה כל בעלי הדירות מתאספים מקבלים מהנציגות דיווח על השנה שחלפה כולל גם דיווח כספי, בנוסף בוחרים את חברי הנציגות לשנה הבאה, ובנוסף אשר לדון בכל עניין אחר הקשור לבית המשותף. **זה קבוע סעי' 5 (א) לתקנון המצוי**

אסיפה כללית רגילה

5. (א) בעלי הדירות יקיימו אחת לשנה אסיפה כללית לשם קביעת דרכי ניהולו של הרכוש המשותף והשימוש בו, קביעת ההוצאות הכרוכות בכך, מינוי נציגות, אישור החשבונות והסדר העניינים האחרים הנובעים מהשכנות בבית המשותף.

(ב) הנציגות תקבע את מועד האסיפה הכללית ותועיד אותה; האסיפה הראשונה תתקיים תוך שלושה חדשים מיום רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים; לאחר זאת תתקיים האסיפה לא יאוחר מחמישה עשר חודש מיום האסיפה הקודמת.

אסיפה כללית מיוחדת או במקום המילה מיוחד משתמשים בביטוי "שלא מן המניין" (ב) לפעמים מתעורר עניין דחוף ואי אפשר לחכות עד לאסיפה השנתית הבאה לכן אפשר לכנס עכשיו אסיפה מיוחדת ולדון באותו עניין.

כעת נראה איך מתנהלות אסיפות כלליות וזה רלוונטי לשני הסוגים, שנתית + מיוחדת:

לאסיפה הכללית מוזמנים בעלי הדירות(בעלים/חוכרים), באסיפה דנים בסוגיות השונות ובסופו של דבר מקבלים החלטות מחייבות, ההחלטות מחייבות את כל בעלי הדירות בבנין, גם מי שהיא באסיפה והתנגד, וגם מי שלא היה באסיפה.

איפה נקבעים אופן ניהול האסיפה?

כמוכן בתקנון, אם נסתכל על התקנון המצוי עוסקים בפרוצדורות של האסיפה הכללית, אנו מזכירים כי התקנון לדוג פועל כברירת מחדל למעשה הוא נחשב תקנון דיספוזיטיבי, ואם בעלי הדירות מעוניינים בהסדר אחר הם יכולים לנסח תיקון לתקנון הזה, או תקנון שלם מיוחד לבית המשותף.

מה "הרוב הדרוש" כדי להעביר החלטה מחייבת באסיפה כללית? גם כאן יש מספר כללים:

1) הכלל הראשון, קבוע בסעי' 12 (א) לתקנון המצוי – הרוב הקבוע באסיפה הכללית הוא רוב רגיל מקרב הנוכחים באסיפה. מה זה רוב רגיל? מעל 50%.

החלטות

12. (א) החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב דעות.

לפי סעי' 13 (ב) לתקנון המצוי – לכל דירה יש קול אחד בהצבעה. זה עקרון השוויון. כל הסעי' בתקנון לדוג/המצוי, הם סעי' דיספוזיטיביים וניתן לקבוע בתקנון מיוחד.

הצבעות

13. (ב) בהצבעה זכאי בעלה של כל דירה לדעה אחת.

2) סעי' 12 (ב) לתקנון המצוי – בנוסף לרוב הרגיל, אם מדובר בהחלטה שמטילה על בעל דירה חובות או תשלומים חדשים שלא נזכרים בחוק או בתקנון הקיים, או החלטה שמשנה את שיעור ההשתתפות בהוצאות, או החלטה שפוגעת בזכויות, אז בנוסף לרוב הרגיל נדרשת הסכמה של כל דירה שעלולה להיפגע מהשינוי, זה היה כלל מס' 2 כאשר דיברנו על שינוי תקנון. לכן גם כאן אם מישהו נפגע הוא צריך לתת הסכמתו.

החלטות

12. (ב) החלטה המטילה על בעל דירה חובות או תשלומים מסוג או שיעור שלא פורשו בפרק ו' לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בתקנון זה, או המשנה את זכויותיו, לא יהיה לה תוקף לגבי אותו בעל דירה אלא אם הסכים לה.

דוג – נניח בבניין מסוים מחליטים לעשות שיפוץ קוסמטי ואת כל החזיתות של הבניין לצפות בפלטות של שיש, אבל זה תיקון מאוד יקר. אז דנים בנושא הזה באסיפה הכללית, מה הרוב הדרוש של דבר כזה?
החלטה כזאת דורשת הסכמה של כולם, כי בעצם מוסיפים כאן תשלום חדש, לא מדובר על התחזוקה השוטפת של הבניין, לא מדובר על תיקון משהו מקולקל אז די בכלל מס' 1 שזה רוב רגיל. אבל כאן מדובר על תיקון של השבה וזה דורש הסכמה של כולם.

3) סעיפים ספציפיים – בסוגית שונות החוק עצמו קובע בסעי' ספציפי מה הרוב הדרוש, ולכן באותו עניין הרוב הקבוע יהיה כאומר באותו סעי'.
דוג – סעי' 59 ו. סעי' חדש לחוק, הסעי' עוסק בבניית מעלית חדשה בבית קיים, כי האנשים מזדקנים ויש מקום לבנות מעלית, לכן יש כאן סעי' ספציפי **שזה סעי' 59 ו.** אשר דורש הסכמה של 2/3 ממספר הדירות. **סעי' 59 ו. בחוק המקרקעין – קובע שאם רוצים להוסיף מעלית חדש בבית קיים לדבר כזה צריך רוב של 2/3 ממספר הדירות בבניין.**

התקנת מעלית (תיקון מס' 19) תשנ"ו-1996

159. (א) בעלי דירות שבבעלותם שני שלישים מהדירות בבית המשותף, רשאים להחליט באסיפה הכללית על התקנת מעלית ברכוש המשותף, אם נתקיימו תנאים אלה:
- (1) ניתן לקבל היתר בניה להתקנת המעלית לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965;
 - (2) ניתן להתקין את המעלית באופן שלא יהיה בו כדי לגרום פגיעה מהותית בדירות האחרות או בחלקן, ברכוש המשותף או בחזות הבית.
- (ב) (1) בעלי הדירות המחליטים על התקנת המעלית ישאו בהוצאות התקנתה, ורשאים הם להסכים כי רק מקצתם ישאו בהוצאות כאמור;
- (2) בעלי הדירות בקומת הקרקע לא ישאו בהוצאות התקנת המעלית, אף אם הם נמנים עם המחליטים להתקינה;
- (3) כל בעלי הדירות יהיו חייבים להשתתף בהוצאות החזקתה והפעלתה של המעלית;
- (4) התשלומים שבהם ישאו בעלי הדירות לפי סעיף קטן זה, יהיו בהתאם ליחס שבין שטח רצפת כל דירה לבין שטח הרצפה של כל הדירות שבעליהן נושאים באותם התשלומים.
- (ג) (1) בעלי הדירות רשאים לקבוע, בתקנון מוסכם, כי הוראות סעיף זה לא יחולו עליהם;
- (2) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראה מיוחדת הקיימת בתקנון מוסכם בדבר התקנת מעלית.
- (ד) (1) ההוראות בפרק ו' סימן ד' יחולו על הדין לפי סעיף זה בפני המפקח, בשינויים המחוייבים;
- (2) המפקח רשאי להורות על ביטול החלטה שהתקבלה לפי סעיף זה, על שינויה או על התנייתה בתנאים, לרבות בפיצוי, הכל כפי שימצא לנכון.

אנחנו עדיין באסיפה הכללית וכעת נדבר על:**ספר ההחלטות של הבניין:**

לפי סעי' 71 (א) - כל החלטה אשר התקבלה באסיפה הכללית אמורה להירשם בספר ההחלטות של הבניין, **יותר מכך סעי' 71 (א)**- קובע כי החלטה אשר נרשמה בספר ההחלטות מקבל תוקף קנייני, ולכן היא מחייבת לא רק את בעלי הדירות באותה עת אלא גם בעלי דירות מאוחרים שיצטרפו לבניין מאוחר יותר.

החלטות בעלי הדירות (תיקון מס' 24) תשס"ב-2002

71. (א) החלטה של בעלי הדירות שנתקבלה בהתאם לתקנון ונרשמה בספר ההחלטות תחייב כל בעל דירה, בין שהיה בעל דירה בשעת קבלת ההחלטה ובין שהיה לבעל דירה אחרי קבלתה; ספר ההחלטות יהיה פתוח לעיון בכל עת סבירה לכל בעל דירה.

בפעול במציאות של הבתים המשותפים הוא עניין בעיתי ביותר כי ברוב הבתים אין ספר החלטות ואם יש זה הרבה פעמים זה ניילון עם כמה פרוטוקולים. לכן סעי' 71 (א) לא מתאים למציאות בשטח, נתאר כי הצלחתי להעביר החלטה בבית המשותף, ואני את הפרוטוקול מתעד בספר, מי יודע אחרי הרבה שנים אם הפרוטוקול נשמר, לכן בפעול זה לא קיים ואי אפשר להסתמך עליו, **העניין הודגש בפס"ד:**

ע"א 1880/08 דנציגר נ' רביב (מאגר נבו, 2012).

בימה"ש העליון מתח ביקורת **על סעי' 71 (א)** אבל זה מה שהחוק קובע ולכן פורמלית יש חשיבות רבה לספר ההחלטות. אם אני רוצים להיות בטוח מומלץ לשנות תקנון.

בימ"ש העליון העביר ביקורת בנושא ספר ההחלטות. היכן מתעוררת הבעיה: **ס 71 (א) לחוק המקרקעין** קובע שכל החלטה שהתקבלה כדין ונרשמה בספר ההחלטות מקבלת **תוקף קנייני** והיא מחייבת לא רק את בעלי הדירות באותה עת אלא גם בעלי דירות עתידיים שהצטרפו לבניין מאוחר יותר. ספר ההחלטות הוא **מסמך פנימי** אך יש לו **חשיבות עצומה**. בסוגיית ההיררכיה בין ספר ההחלטות לבין מסמכים אחרים, מבחינת ההסדרים החלים על הבית המשותף **בראש הפירמידה** עומד **חוק המקרקעין** ושם חלק מהסעיפים הם קוגנטיים וחלקם דיספוזיטיביים. **רמה אחת מתחת מצוי התקנון אשר** כמובן שאינו יכול לסתור את הוראות החוק הקוגנטיות. **מתחת לתקנון יש לנו את ההחלטות של האסיפה הכללית** אשר אינן יכולות לסתור את התקנון ולא את החוק והן כמובן חייבות להתקבל בדיוק לפי כל הרישות שנקבעו בחוק ואו בתקנון אחרת אין להן תוקף.



12. עסקאות נוגדות, הערת אזהרה וזכויות מהיושר

1) **עסקאות נוגדות** – אנו מדברים על מצב שבו אדם בשם א' מתחייב פעמיים כלפי שני אנשים שונים ב+ג בהתחייבויות נוגדות שלא ניתן לקיים את שתיהן במקביל.
הדוג' הטובה-

כאשר אדם א' מוכר את הדירה שלו פעמיים. ברור שלט ניתן לקיים את העסקה פעמיים במקביל.

המצב הזה של עסקאות נוגדות היא מצב קשה בגלל מי שמפסיד בתחרות, בד"כ נשאר בחוסר קול ומדוע ?

את הדירה עצמה הוא הפסיד למתחרה השני, מבחינה פורמלית המפסיד בתחרות יוכל לתבוע את א' הבעלים אשר התחייב פעמיים. העילה תהיה הפרת חוזה. חתמנו על חוזה וכעת אתה לא עומד בחוזה.

הבעיה היא בקרוב המקרים א' הבעלים הוא רמאי אשר נעלם. במקרים אחרים א' שקוע בחובות כבדים. ואם הוא שקוע בחובות ממילא אין טעם לתבוע אותו ואין טעם לקחת עו"ד שגם כך אין ל א' יכולת לשלם.

לכן המצב, של עסקאות נוגדות הוא מצב קשה מבחינת המפסיד בתחרות, בתחום הזה יש המון פסקי דין לרבות בימה"ש העליון.

אגב המונח הוא אשר אנו משתמשים בו הוא **"עסקאות נוגדות"**, אולם בספרות המודרנית המונח הוא **"תחרות זכויות"**, יש לנו מתחרים על הנכס.

מצב של עסקאות נוגדות יכול לקרות לפעמים לא כתוצאה ממרמה אלא לפעמים בתום לב או ברשלנות.

למשל- קבלן אשר מוכר דירות בפרויקט ובטעות הוא מכר פעמיים את אותה דירה לשני קונים שונים. כמובן אם אחד מוכן לוותר אז אין בעיה של עסקאות נוגדות, אולם אם אף אחד לא מהקונים מוכן לוותר, אז הנה גם כאן יש מצב של עסקאות נוגדות.

בתחילת השנה דיברנו על בית קפה אשר נמכר ל 5 אנשים, המוכר סיכם עם כל קונה להגיע יום למחרת לחוזה מסכם אולם המוכר ברח לחו"ל.

התופעה הזו הייתה נפוצה מאז חוק המקרקעין משנת 1969, לכן יש לנו חוק אשר מתייחס לבעיה הזו, הסעיף הוא ס' 9 לחוק המקרקעין.

עסקאות נוגדות

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

אז זה ס' 9, הוא קובע שני כללים משפטיים:

(א) אם שני המתחרים ב' מול ג' בעלי זכות אישית בלבד, אז הראשון מנצח, הראשון בזמן גובר.
(ב) הראשון בזמן שזה ב' יש לו זכות אישית בלבד, ואילו השני בזמן ג' קיים 3 תנאים מצטברים אז השני בזמן גובר כלומר ג' מנצח, מה הם 3 התנאים:

- 1) העסקה נרשמה בטאבו. כך של ג' זכות קניינית כתוצאה מרישום בטאבו.
- 2) תום לב.
- 3) תמורה.

ג) קיימת סיטואציה אשר הסעיף לא מתייחס אליה, מה קורה כאשר ב' הראשון בזמן יש לו זכות קניינית, אז במצב כזה לאור עקרונות כללים של דיני הקניין, ברור שהראשון בזמן ב' גובר, כי הוא ראשון בזמן והוא מנצח לכן ס' 9 לא מתייחס לזה. אולם לכלל הזה יש חריג אשר נקרא "תקנת השוק".

עוד נקודה חשובה, מצב של עסקאות נוגדות יכול להתחרש בין כל מיני סוגים של עסקאות, הדוג' הטובה ביותר זה מכר מול מכר.

עוד דוג' לעסקאות נוגדות:

- (א) צד א' מתחייב למכור נכס לצד ב', עסקת מכר של דירה, ולאחר מכר א' מתחייב להשכיר לצד ג' ל 30 שנה.
- (ב) משכנתא- א' הבעלים מתחייב למכור את הנכס לצד ב', לאחר מכר א' הבעלים מקבל הלוואה מבנק שהוא ג', ולהבטחת הלוואה הוא ממשכן את הנכס לבנק. מצב כזה הבנק אם א' הבעלים לא יחזיר את הלוואה, אז אני הבנק אממש את המשכון בהוצאה לפעול ואמכור את הדירה.

מצב של עסקאות נוגדות מצב שיכול להיות בסיטואציות רבות, וכאשר מדובר במקרקעין הסי' הבסיסי אשר מטפל במצב כזה של עסקאות נוגדות הוא ס' 9 לחוק המקרקעין. במודל של ס' 9 מתאים לעסקאות שונות במקרקעין.

מה קורה חוק המטלטלין ?

- (א) אדם אשר מוכר את הרכב שלו פעמיים.
- (ב) או אדם אשר מוכר את המכונית, ומצב שני הוא ממשכן את המוכנית לטובת מלווה בשוק השחור.
- (ג) חברת השכרה של מכוניות, משכירה לאדם אחד מכונית לחודש, ולאחר מכן את אותה מכונית מתחייב למכור לאדם אחר.

כל המקרים הם עסקאות נוגדות במטלטלין, הסעי' הרלוונטי הוא ס' 12 לחוק המטלטלין, והוא זהה לס' 9 לוק המקרקעין.

עסקאות נוגדות

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

הסעיף קובע את אותם שני כללים אשר דיברנו עליהם, אבל בהבדל אחד,

מדובר על קבלת ההחזקה בנכס, מה זה אומר?

המתחרה שהני בזמן זהו ג', ינצח בתחרות רק אם הוא קיבל את ההחזקה בנכס + תום לב + תמורה.

וגם במטלטלין קיים מצב נוסף שלישי, אשר ס' 12 לא מתייחס אליו, והוא מכרעים בו ע"י דיני הקניינים הכללים ?

כאשר המתחרה בזמן שהוא ב' יש זכות קניינית הוא קיבל את ההחזקה בנכס אז הוא המנצח בתחרות. למעט החריג של "תקנת השוק".

יש סעיף נוסף אשר עוסק בעסקאות נוגדות **שהוא ס' 80** לחוק המקרקעין, הסי' חל על סיטואציה מאוד ספציפית, הוא חל על תחרות בין "שתי שכירויות קצרות".

שכירות קצרה נוגדת

80. הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב - זכותו עדיפה.

הכוונה בשכירות קצרה עד (וכולל) 10 שנים, למה זה עד 10 שנים ?

כי שכירות עד 10 שנים לא טעונה ברישום בטאבו כי להפוך אותה לקניינית כאשר השוכר מקבל את החחקה במושכר, אז אוטומטית השכירות שלו הופכת להיות קניינית.

הכלל הזה לא קבוע בס' מפורש אלא נלמד בשילוב שני סעיפים 79 (א) לחוק המקרקעין + 152 לחוק הגנה הדייר.

פטור מרישום בפנקסי מקרקעין

152. על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות.

דינה של שכירות קצרה

79. (א) על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע רישום של שכירות שאינה טעונה רישום, אם ביקשו זאת הצדדים.

אז שכירות קצרה עד 10 שנים, היא חריג הופכת להיות קניינית כאשר השוכר מקבל החחקה בנכס.

אם השכור הקצר רוצה בכל זאת לרשום את הזכות שלו בטאבו, זה יכול להיות ואין **בעיה 79(ג)** לחוק המקרקעין לעיל.

אנו מבינים לגבי שכירות קצר יש דין מיוחד, לכן גם לגבי עסקאות נוגדות, בין שתי שכירויות קצרות נקבע ס' מיוחד **שזה ס' 80 לוק המקרקעין**.

דוג-

א' בעלים של דירה מתחייב להשכיר אותה לסטודנט ב' למשך שנה, לאחר כשבוע פונה אל א' סטודנט ג', אשר מציע דמי שכירות גבוהים יותר, צד א' מסכים חותם על חוזה מול ג', יתכן כי א' עשה את זה בתו"ל וינסה לשכנע את ב' לוותר. כלומר ללא ממרמה. אבל אף אחד מהסטנדרים לא מותר.

הנה עסקה נוגדות, הפתרון יהיה **סעיף 80 לחוק המקרקעין** -

הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום (שכירות קצרה) ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום (שכירות קצרה) והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון **ב'** עדיפה, אך אם השני **ג'** שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב - זכותו עדיפה.

אז בעצם ס' 80 קובע בדיוק את אותם שני כללים כמו ס' 9 וכמו ס' 12 לחוק המיטלטלין.
אבל, כאשר אנו בודקים אם לשוכר קצר יש זכות אישית או קניינית, נדרש לבדוק שני תנאים:

- (1) אם צד א' רשם את השכירות בטאבו.
- (2) האם השוכר קיבל את ההחזקה במושכר.

אמרנו אם המתחרה המאוחר בזמן שהוא ג' גובר אם מקיימים 3 תנאים:

תום לב + תמורה + רישום.

בסע' 3 לחוק המקרקעין כוללת את יסוד התמורה איך מוגדרת שכירות? זכות אשר מוקנית בתמורה.

המילה שכר = המשמעות ניתנה תמורה לשוכר.

שכירות (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

3. שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

ניקח מס' דוג' לניתוח, וננס לשייך אותם לס' הרלוונטי:

(1) צד א' בעלים של מגרש, הוא תחייב להחכיר את המגרש לצד ב' למשך 50 שנים. הצדדים חתמו על חוזה, צד ב' שילם משהו על החשבון. לאחר מכן א' הבעלים את אותו מגרש התחייב להשכיר לצד ג' למשך 8 שנים, זאת עסקה קצרה.

כדי לבדוק מה קורה, צריך לבדוק איזה ס' חוק יחול?
בכל אחד מהסעיפים הזכות הופכת להיות קניינית בצורה שונה, כי בס' 9 מדובר על רישום בטאבו.

ואילו בסע' 80 שתי שכירויות קצרות, מדובר על רישום בטאבו או קבלת ההחזקה.

כאשר עולה סוגיה משפטית חשובה להחליט איזה ס' חל?

חכירה של 50 שנים או שכירות קצרה?

ס' 80 לא חל כי הוא חל לשתי שכירויות קצרות, אם כך אנו פונים לס' 9 זה הסעיף הכללי בעסקאות נוגדות במקרקעין,

אבל כאשר מדובר בשוכר קצר השימוש בס' 9 פוגע בו, כי לפי ס' 9 המתחרה המאוחר ג' מנצח בתנאי שהוא רשם את העסקה בטאבו. ואילו שוכר קצר בד"כ 99% מהמקרים לא נרשם בטאבו אז יוצא שהוא תמיד מפסיד בתחרות אם פועלים לפי ס' 9. לכן מה שעושים

בפעול במקרה כזה, **זה בעצם שילוב של שני הסעיפים 9 + 80, מה זה אומר?**

לגבי השוכר הקצר בודקים, לא רק רישום בטאבו, אלא גם קבלת ההחזקה במושכר, ואם השוכר הקצר ג', קיבלת את ההחזקה במושכר אז יש לו זכות קניינית + תום לב + תמורה אז השוכר הקצר ג' מנצח בתחרות.

תמיד כאשר רואים שוכר קצר, זה לא פייר כלפיו ס' 9.

מה האסמכתא?

הרעיון של שילוב ס' 9 + 80 כרגע אין תקדים של בימה"ש העליון, אבל זו השיטה אשר נוהגים בה הערכאות הנמוכות, ומי שנוהג בה זה המלומדים פרופ' מיגל דויטש, וייסמן.

עלנה שאלה מה קורה אם ב' היה הולך לטאבו ורושם את החכירה שלו בטאבו?
ברור שהראשון מנצח, זה הכלל השלישי ולא צריך לכתוב אותו בחוק, אם הראשון שכלל את זכותו ורשם אותה בטאבו הוא מנצח אלא אם זה לא עומד בתקנות השוק.

דרישת תום הלב:

הדרישה של תום לב מופיעה בסעיפים 9 + 12 + 80 ממי אני דורשים תום לב ?

זה המתחרה השני בזמן, הוא צריך להוכיח : תום לב + תמורה + רישום.

אז המתחרה השני בזמן הוא צריך להוכיח שהוא פעל בתום לב.

איזה רמה נדרשת לתום לב?

בעבר ובמשך שנים רבות, בתי המשפט הסתפקו בתום לב סובייקטיבי מה זה אומר ?

מספיק כי ג' לא ידע בפעול על עסקה קודמת, לא ידע על בעיה.

יחד עם זה אם התעורר חשד אצל ג', משהו שהריח לא טוב, וצד ג' מנמנע מלברר עבודות זה נחשב מצב של "עצימת עיניים" וזה נחשב חוסר תום לב, לפי הגישה הסובייקטיבית אין חובה לערוך בירורים. איפה זה נאמר יש כמה פסקי דין

חוות מקורה נ' חסן**ארוך נ' פריטאני****בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סנסרס.**

אבל, בשנים האחרונות התפתחה גישה אחרת וזאת הגישה של פרופ' דויטש, כיום: תום לב אובייקטיבי.

לפי ההלכה הזאת, אדם לא יכול להיות ראש קטן, אלא לפני חתימת החוזה צריך לבדוק כל מה שאשפר לגלות בעיות אם קיימות, חייבים לנקוט בכל האמצעים בכדי למנוע "תאונה משפטית".

מה צריך לבדוק טרם החוזה?

- 1) בדיקה הטאבו.
- 2) לבקר בנכס. למה הביקור חשוב, כי יכול לגלות לנו על זכויות נוגדות ואגלה שיש כבר בניין בתוך הנכס.

מה האסמכתאות לגישה החדשה האובייקטיבית של פרופ' דויטש:

קנייני נ' נאסר**בנק המזרחי נ' גדי****זריק נ' ג'ריס****עזבון המנוח ביאד נ' לאחס (2014)**

הדרישה לתום לב אובייקטיבית רלוונטית בעיקר למקרקעין שם ניתן לבדוק אם הטאבו וקיימית חשיבות רבה לביקור בנכס, גם במטלטלין ס' 12, דורש תום לב אובייקטיבי, אבל מה בדיוק נדרש כאן ? לא ברור הכל תלוי בטיב הנכס, ובנסיבות.

האם הדרישה לבדוק את הטאבו חלה גם על שוכר קצר ?

השאלה הזו עולה משום שכושר קצר לא חייב לרשום את השכירות בטאבו, ולגבי שכירות קצרה אנחנו רואים מגמה של המחוקק להקל על השוכר הקצר. לכן הגישה המקובלת היא, שמשוכר קצר לא דורשים לבדוק אם הטאבו, לפני חתימת העסקה. אבל, בהקשר הזה עולה השאלה וזה הביקורת של פרופ' פלאטו האם זו גישה ראויה כאשר השכירות אל באמת שכירות קצר למשל לשנה ?

אמרנו כי שוכר קצר יכול להיות גם שוכר למשך 10 שנים, או 9 שנים, השאלה גם במקרים כאלה לראוי לשחרר את השוכר מבדיקת הרישום בטאבו, פרופ' פלאטו חושבת שהוא צריך לבדוק בטאבו.

עוד נק' לגבי תום לב,

עד איזה שלב נדרש תום הלב ?

זה עלה בפס"ד **בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונסרס**,

עבודות המקרים: אדם קנה דירה(צד ג), חתם על חוזה, השלים את כל התשלומים הנדרשים, לא ידע על שום עסקה נוגדת, ובמצב כזה הכל טוב, הוא הלך לטאבו כדי להעביר את הבעלות ולרשום את הדירה על שמו, בעודו בדרך לטאבו נודע לו כי הדירה נמכרה לאדם אחר. **מה הוא עשה ?**

מיהר לטאבו ורשם את העסקה, הוא היה בטוח כי **לפי ס' 9 הוא מנצח**, הוא נתן את התמורה ופעל בתום לב במועד חתימה החוזה. אבל בימה"ש פסק בהסתמך **על ס' 9 כי תום הלב "נדרש לאורך כל שלבי העסקה עד וכולל הרישום בטאבו"**.

במקרה הזה, הרישום בטאבו נעשה, כאשר הוא היה כבר לא תם לב, לכן לא התקיימו 3 התנאים המצטברים, ולכן נקבע שהוא הפסיד בתחרות. ביהמ"ש כאן רצה לחנך את הציבור. והציפה להיות בתום לב עד סיום העסקה. חשוב לציין כי הפס"ד הזה שייך לגישה הסובייקטיבית.

דרישות התמורה:

גם ס' 9 + 12 + 80 ממי הם דורשים תמורה זה בשני בזמן, אנו מתמקדים בשני בזמן ובודקים אם הוא קיים את דרישת התמורה.

הגישה המקובלת, בתי המשפט פסקו כי התמורה צריכה להיות בפרופורציה לשווי הנכס, או "תמורה מהותית", "תמורה ריאלית" הכוונה לתמורה אשר שולמה בפועל, להבדיל מלתת תמורה בעתיד.

יוצא מזה אם אדם שילם מקדמה של 10% ובשלב, הזה מתפוצץ הפרשה ומתגלה שיש עסקה נוגדת, וזה לא מקיים את דרישת התמורה.

לעומת זאת אם אדם שילם את מלוא התמורה, ובהנחה כי הסכום מהווה את שווי הנכס, אז זה מתקיים את דרישת התמורה. האם 50% עונה על התמורה ?

כדי להחליט איזה סכום מקיים את דרישת התמורה, הכל תלוי בנסיבות, לפי פרופ' פלאטו בין 60-100% זה יכול להיות תמורה.

התמורה לא חייבת להיות בתשלום אחד, התמורה יכולה להיות במגוון דרכים,

למשל חילופין של דירות, קיזוז חובות, קבלת שירותים וכיוצ"ב.

האסמכתא לדרישת התמורה זה פס"ד:

חוות מקורה נ' חסן

שיקול הדעת של בימה"ש:

שאלה שהייתה האחד המבחנים,

דובר בדירת מגורים אשר נמכרה פעמיים, פעם אחת לאישה קשת יום אמא חד הורית מובטלת אין לה כסף ויש לה ילדים, הצליח לגייס כספים והלוואות וקנתה דירה ושילמה עליה את הכל.

מנגד קנה את אותה דירה משקיע, אותו משקיע שלנו נתן גם את כל התמורה.

הנסיבות באותו מקרה: **לפי ס' 9** המשקיע זה הוא שמנצח בתחרות, המשמעות היא כי כסף של האישה יורד לטמיון.

אולם מחינת צדק חלוקתי זה לא צודק, עולה השאלה האם יש לבימה"ש שק"ד, האם הוא יכול להתחשב בנסיבות שלא מופיעות בסעי', **להפעיל שק"ד?**

לפי ס' 9 אין לבימה"ש אפשרות להפעיל שק"ד, ולהתחשב בעל נסיבות המקרה. אבל סעי' אחר שהוא יכול להיות רלוונטי **הוא ס' 3 (4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).**

הזכות לאכיפה

3. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

- (1) החוזה אינו בר-ביצוע;
- (2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
- (3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;
- (4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

למה ס' 3 (4) לחוק החוזים רלוונטי, כי הסעד של כל אחד מתוך המתחרים הוא אכיפה. בימה"ש צריך להחליט לכן **ס' 9 אין בו שק"ד**, **לכן ס' 3 (4) מקנה שק"ד**.

אבל, ההלכה היא בימה"ש העליון **קבע כי ס' 3 (4) שייך לדיני חוזים והוא חל רק ביחסים בין שני הצדדים לחוזים בין המפר לבין הנפגע**. לעומת זאת **ביחסים בין שני מתחרים בעסקאות נוגדות ס' 3 (4) לא חל**, לכן משתמשים רק בסעי' 9. האסמכתאות זה פס"ד:

ורטהיימר נ' הררי (דעת רוב)

הרבסט נ' אריאן

גנז נ' בריטיש וקולוניאל בע"מ

ראינו כי במצב של עסקאות נוגדות מי שמפסיד בתחרות בד"כ נשאר בחוסר כל, הוא גם מפסיד את הנכס וגם הוא לא יוכל לקבל את כספו בחזרה מהמוכר שהוא צד א', משום כי במצבים רבים **צד א'** הוא רמאי אשר נעלם עם הכסף, או אדם אשר שקוע עם חובות, כך שמבחינה מעשית לא ניתן להיפרע ממנו.

אבל, לא תמיד המפסיד בתחרות מאבד לגמרי את הנכס, לפעמים שתי הזכויות המתחרות, יכולות להתקיים במקביל בתנאי כי המפסיד בתחרות מוכן לממש את הזכות שלו בכפוף לזכותו של המנצח.

דבר כזה יקרה, כאשר הזכות המנצחת קטנה בהיקפה מהזכות המפסידה.

דוגי-

ניח כי צד' א' מתחייב כלפי צד' ב' להשכיר לו את הנכס למשך 5 שנים, לאחר מכן **צד' א'** את אותו נכס מתחייב למכור **לצד' ג'**.

ונניח כי הנסיבות הן כאלה שצד ב' השוכר הוא המנצח בתחרות. במצב כזה צד ג' יכול להחליט וזה תלוי ברצונו החופשי והוא לא חייב לממש את העסקה שלו בכפוף לזכותו של ב' המנצח, מה המשמעות?

המשמעות כי צד ג' קונה את הנכס אבל 5 שנים ראשונות, צד ב' השוכר נהנה מהשכירות שלו. במצב כזה הצדדים ינסו להגיע לפשרה שזה ב'+ג'. או בימה"ש יתערב ויכפה עליהם שפרה שלפיה ב' ישלם את השכירות לג', אבל זה לא בטוח כי נדרשת לכך הסכמה של הצדדים או החלטה מיוחדת של בימה"ש.

המצב הרווח הוא כי בד"כ, מי שמפסיד בתחרות הוא אכל אותה לחלוטין, אבל אולי במקרה מסוים כמו הדוג' לעיל ניתן להגיע לפתרון אשר מקטין את הנזק.

מקרה דומה היה בפס"ד הרבסט נ' אריאן:

עובדות המקרה: צד א' הוא בעלים של נכס התחייב למשכן אותו במשכנתא לטובת ב'. אחר כך את אותו נכס הוא התחייב למכור לצד ג'. הנסיבות היו כאלה שצד ב' עם הזכות למשכנתא גובר כלומר ב' מנצח. וצד ג' הקונה הוא מפסיד בתחרות. אבל צד ג' הקונה החליט כי הוא מעוניין לממש את המכר בכפוף למשכנתא, עסקה כזאת לכאורה יש כאן סיכון גדול כי במשכנתא יש סיכון גדול, אם ההלוואה לא תיפרע אז צד ב' יוכל לממש את המשכנתא, ולמכור את הנכס, אז איך ג' מוכן לקיים את העסקה בכופף למשכנתא לצד ב', למה זה שווה? יכול להיות כי המשכנתא מבטיחה סכום קטן ואילו הדירה שווה המון, אז צד ג' מוכן לקחת סיכון ולקנות בכפוף למשכנתא, במקרה הכי גרוע צד ג' ישלם בעצמו את חוב המשכנתא ואז הוא זוכה בדירה נקייה בבעלותו.

אז אלה מקרים בעירובן מוגבל מי שמפסיד בתחרות יכול לקבל את הנכס, ושוב זה בהסכמת הצדדים.

2) עסקאות נוגדות והערות אזהרה**נדבר קודם על הערות אזהרה:**

אנו יודעים כי זכות אישית היא זכות חלשה, ולכן בעל הזכות האישית, ירצה כמה שיותר מהר לשכלל אותה את הזכות האישית ולהפוך אותה לקניינית, אבל לא תמיד ניתן לעשות את זה.

דוג-

אדם קונה מקבלן "דירה על הנייר" זאת הדירה עוד לא מוכנה, אבל הקבלן מתחיל לשווק את הדירות העתידיות. אבל זה מקובל בכל העולם כי הקבלן רוצה להתחיל לאסוף כסף לעלויות הבנייה.

רק אחרי שהבנייה הסתיימה אפשר להתחיל לרשום את הליכי רישום הבית המשותף, ורק אחרי שנרשם בית משותף הדירה נרשמת בבעלות הקונה או חכירה לדורות, ואז זה רישום קנייני בטאבו.

במילים אחרות לאורך שנים ארוכות, הקונה שלנו נשאר עם זכות אישית, ברור שהוא רוצה להפוך אותה לקניינית אבל אין אפשרות, זה כמו אדם אשר קונה דירה בשני מיליון ₪ אבל עדיין יש לו זכות אישית והיא חלשה.

לכן צריך להגן על הזכות האישית, והמכשיר לשם כך הוא "**הערת אזהרה**":

א) לפי סעי' 126 לחוק המקרקעין, מי שיש לטובות זכות אישית ביחס למקרקעין יכול לרשום לטובתו הערת אזהרה בטאבו.

הערת אזהרה יכולה להירשם בגין כל זכות אישית ביחס למקרקעין, אז זה יכול להיות בגין עסקת מכר, אני הקונה חתמתי על חוזה ויש לו זכות אישית מכוח עסקת מכר, או זכות אישית מכוח עסקת חכירה, יכול להיות זכות אישית למשכנתא, זיקת הנאה, זכות קדימה או כל העסקאות במקרקעין.

כלומר כל זכות אשר מולידה זכות אישית ניתן לרשום הערת אזהרה בגין זכות אישית.

הערת אזהרה (תיקון מס' 2) תשל"ג-1972 (תיקון מס' 16) תשנ"ד-1994

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

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

כאמור.

ב) ניתן לרשום הערת אזהרה רק בתנאי כי המתחייב בעסקה בעל זכות קניינית בנכס. למשל בעלים אשר מתחייב למכור או להכיר או למשכן.

כלומר יש שני צדדים בהערת אזהרה

מתחייב בעסקה = בעל זכות קניינית ← **ומול בכל זכות אישית.**

רישום העברה אזהרה זו נוח, יש למסור ללשכת המקרקעין מסמכים הרשם בודקים ובהנחה שהכל תקין נרשמת הערת אזהרה. לצורך רישום ההערה נהוג להחתים את בעל הזכות הקניינית על הסכמה. אבל למעשה זה לא הכרחי בעל הזכות האישית יכול לרשום את ההערה באופן חד צדדי גם ללא הסכמת בעל הזכות הקניינית, בתנאי שהוא מוסר בטאבו את חוזה העסקה, הרי בחוזה מופיעה חתימה של בעל הזכות הקניינית.

היום ניתן לרשום הערות אזהרה באמצעות האינטרנט, דרך משרד המשפטים, ולהיכנס ללשכת המקרקעין.

מה המהות המשפטית?

הערת אזהרה למרות שהיא נרשמת בטאבו היא לא מהווה רישום קנייני, רישום הערת אזהרה איננו רישום העסקה עצמה, כל מה שנרשם זו הערה קצרה על כך שלגבי הנכס הנדון כבר ניתנה התחייבות, ומופיעים פרטים כללים של אותה התחייבות לרבות פרטי העסקה. המטרה של הרישום היא להזהיר את הציבור על כך כי לגבי הנכס כי כבר נעשת עסקה, ואז כל אדם בר דעת ימנע מלהתקשר בעסקה נוספת עסקה נוגדת לגבי אותו הנכס, במילים אחרות בדובר ברישום הגנתי, וזה איננו רישום קנייני.

השאלה מה זה בדיוק **הערת אזהרה** עלתה בפס"ד מרכזי וחשוב, **בפס"ד מרכזי בנק המזרחי נ' עו"ד רוזובסקי:**

בימיה"ש בחן לעומק מה זה בדיוק הערה אזהרה, והגיע למסקנה כי מדובר **"ביצור כלאיים"** ולמה?

כי מצד אחד יש להערת אזהרה היבטים של זכות אישית, מצד שני היא נותנת הגנה כל כך טובה עד שהיא פועלת עד שהיא פועלת כי זכות קניינית, בימיה"ש אמר זה משהו באמצע. הניתוח המשפטי הוא נכון, אבל קביעה כזאת בדיני קניין היא בעייתי, בתחום הנדל"ן אנו חייבים וודאות משפטית, אבל, כתוצאה מהפס"ד הזה נעשו תיקוני חקיקה בחוק המקרקעין וגם ניתנו מאז כמה וכמה תקדימים חשובים על הערות אזהרה, כך שהיום המשמעות של הערת אזהרה היא:

מדובר במכשיר הגנתי בלבד, הוא נועד לחזקת את הזכות האישית, ורישום ההערה איננו רישום קנייני.

הערת האזהרה איננה קניינית.

אך למרות כי הערת האזהרה היא איננה קניינית, היא נותנת הגנה מעולה לזכות האישית **כמעט כמו זכות קניינית זאת מ- 3 סיבות:**

1) פרקטית – ברגע שרשומה הערת אזהרה כל הציבור יכול לראות אותה, הרי מרשם המקרקעין הוא מרשם פומבי וכל אחד יכול לעיין ולהוציא נסח טאבו, לכן ברגע שיש הערת אזהרה כי מי שרוצה לרכוש נכס הוא צריך לעיין בנסח טאבו וזה חוב, ואותו אדם לא יתקשר בעסקה נוגדת, לכן הערת אזהרה מונע את הסיפור של עסקאות נוגדות.

2) תום-לב - בסיטואציה של עסקאות נוגדות המתחרה ג', ינצח רק אם הוא מקיים 3 תנאים מצטברים: זכות קניינית, תמורה, תום לב.

אבל רישום הערת אזהרה בהכרח שולל את תום הלב של המתחרה המאוחר ולמה? אם אותו מתחרה מאוחר שהוא ג', בודק את הטאבו הוא יראה את ההערה היא יבין כי בוצעה עסקה קודמת לכן כבר ברמה הסובייקטיבית הוא כבר לא תם לב, הוא הבין שיש עסקה קודמת. ובטאבו יש כבר הפרטים.

אם צד ג' לא יבדוק את הטאבו הוא עדיין חסר תום לב וזאת לפי הגישה האובייקטיבית חובה לערוך את כל הבדיקות האפשריות לפני חתימת החוזה.

במילים אחרות, יוצא כי רישום של הערת אזהרה, תמיד שולל את תום ליבו של המתחרה המאוחר ואז **לפי ס' 9 הוא יפסיד בתחרות.** ז"א רישום הערת אזהרה שזה משהו טכני, גורם לזה שבעל ההערה מי שלטובתו ההערה בזכותה מנצח בתחרות.

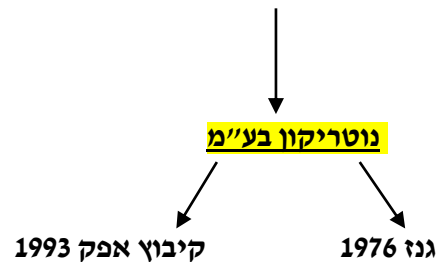
3) לפי ס' 127(א) לחוק המקרקעין – אם רשומה הערת אזהרה אסור לרשם המקרקעין לרשום עסקה קניינית נוגדת. **במילים אחרות,** זו סיבה נוספת מדוע המתחרה המאוחר בזמן שזה כג' לא ינצח את ב' הוא לא מקיים את 3 התנאים: זכות קניינית, תמורה, תו"ל.

לסיכום 3 הנק', הערת אזהרה היא מכשיר מצוין, היא נותנת הגנה מעולה, ומאוד מאוד מומלץ לבעל הזכות האישית כמה שיותר מהר לרשום לטובתו הערת אזהרה.

לפי ס' 126 לחוק, זה ס' של הערת אזהרה, כלומר הערת אזהרה היא פריווילגיה, אבל לפי החוק אין חובה כזאת, **אנו יודעים כי כל הרישומים בטאבו זו פריווילגיה ולא חובה כמו הערת אזהרה. אבל לפני כ- 15 שנים בשנת 2003 ניתן תקדים בבימה"ש העליון שהוא סופר חשוב אשר בעצם הפך את רישום הערת האזהרה לחובה זה פס"ד גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ:**

התקדים הוא נוגד את ס' 126 אשר אומר כי לא חובה לרשום הערת אזהרה, לפי התקדים זה אם אדם יכול לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונה משפטית והוא לא עושה את זה אז אי הרישום נחשב מחדל, שיגרום לו להפסיד התחרות, במילים אחרות התקדים נוגד את ס' 9 לחוק המקרקעין, **אבל זו ההכלה, ומאז ניתנו מס' פסקי דין אשר אימצו את הפס"ד וזו ההלכה המחייבת.**

בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ



אז אנו הדבר על הפס"ד של גנז **גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ:**

עבודות המקרה: חברת בריטיש הייתה בעלים של קרקע, אדמה חקלאית. בריטיש התחייבה למכור את הקרקע לחברת נוטריקון, הצדדים חתמו על חוזה, ולחברת נוטריקון יש זכות אישית בלבד, אחרי זמן מה, נוטריקון החליטה למכור את הקרקע, בשנת 1976 היא חתמה על חוזה עם גנז, וכעת לגנז יש זכות אישית, והוא לא רשם לטובתו הערת אזהרה. מאז שנת 1976 גנז לא עשה שום דבר בנוגע לעסקה נשאר פסיבי כנראה בגלל שהיא קרקע חקלאית יכול להיות שהוא חיכה כדי שהיה שינוי יעוד, כל מה שיש לו זה חוזה. בשנת 1993 חברת נוטריקון מכרה את אותה קרקע לקיבוץ אפק. כעת הקיבוץ מעוניין להשתמש באדמה לצרכים חקלאיים, לפני חתימה החוזה הקיבוץ בדק את הטאבו ולא גילה שום בעיה כי גנז לא רשם שום הערה. הקיבוץ שילם את מלוא סכום העסקה לנוטריקון, הקיבוץ קיבל החזקה לקרקע, הקיבוץ פעל בתום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי לא ידע שנחתם חוזה מול גנז, ובנוסף הקיבוץ השקיע המון כסף בקרקע בנה חממות וטפטפות, בשלב זה נודע העניין נודע לגז, וכעת גנז מתנגד ומתעקש על העסקה שלו הוא אומר כי בשנת 1976 אני קניתי את הקרקע, ומצד שני קיבוץ אפק אומר לא, אני קיבוץ אפק רשמתי הערת אזהרה. אבל, הקיבוץ לא רשם את הזכות הקניינית בטאבו, כלומר לא נרשם כבעלים. כעת בימה"ש צריך להכריע בין גנז לבין קיבוץ אפק.

השאלה הראשונה שצריך להחליט בה בימה"ש איזה ס' חוק חל ?

השאלה הזו עולה משום שנוטריקון המוכרת לא הייתה בעלים ולא הייתה לה זכות קניינית, לנוטריקון הייתה רק זכות אישית, לכן לכאורה מה שהיא יכלה למכור זה את הזכות האישית. אם זה היה המצב אז יש שתי כאן עסקאות נוגדות של מכירת זכות אישית. במילים אחרות, שתי עסקאות נוגדות לגבי זכות ולא לגבי נכס מקרקעין, ואז בכלל לא חל ס' 9 אלא יש לפנות לחוק אחר זה "חוק המחאת חיובים", אבל, בימה"ש בחן בזהירות רבה את החוזה עם גנז, ואת החוזה על הקיבוץ. בחוזים האלה העסקה תוארה לא כעסקה בזכות אלא כעסקת מקרקעין של ממש. ומה זה אומר ?

למרות שי לנוטריקון יש רק זכות אישית, נוטריקון ידעה כי ברגע שהיא עצמה תגמור לשלם לחברת בריטיש, אז הבעלות בקרקע תהיה שלה. ולכן נוטריקון למרות שיש לה רק זכות אישית, התחייבה כלפי כגנז וכלפי קיבוץ אפק להעביר להם בעלות במקרקעין. במילים אחרות דובר על עסקת מקרקעין, עסקה למכירת המקרקעין למכור כי למוכרת נוטריקון באותו שלב הייתה רק זכות אישית. עסקה כזו כמובן היא עסקה מסוכנת משום שאם נוטריקון המוכרת מסיבה כל שהיא לא תקבל את הבעלות, אז היא לא תוכל להעביר את הבעלות לגנז או לקיבוץ.

אבל, למרות הסיכון הזה זו מודל נפוץ ומקובל לעסקאות מקרקעין בשוק, ברוב המקרים הדברים מסתדרים ולא נוצרת בעיה, לכן זו עסקה חוקית לכל דבר ולכן יש לנו התחייבויות נוגדות בנוגע למקרקעין עצמם. ומכיוון שאלה עסקאות מקרקעין (ולא עסקה בזכות הנכס הוא מקרקעין עצמם)

אז חל ס' 9 לחוק המקרקעין. זה חלק חשוב בהלכת גנז. ס' 9 דורש שיהיו שתי עסקאות נוגדות במקרקעין. ס' 9 חל כאשר אדם לא משנה אם יש לו זכות אישית או קניינית מתחייב פעמיים בהתחייבויות נוגדות. וס' 9 קובע מי מנצח בתחרות.

עסקאות נוגדות

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

מה פסק בימה"ש: קבע כי הס' הרלוונטי הוא ס' 9 כי זו עסקת מקרקעין, וכעת לפי ס' 9 אומר בימה"ש מי שמנצח זה גנז, כי הקיבוץ לא קיים את 3 התנאים לא היה רישום באטבו, לכן גנז זוכה.

אבל, וזה החידוש, בימה"ש עשה שימוש בעקרון תום הלב כעיקרון אשר גובר על הכל וקבע, כי בסיטואציה של עסקאות נוגדות אם הראשון בזמן רוצה לנצח הוא צריך לפעול בתום לב, מכוח עקרון תום הלב, אדם צריך לעשות ככל יכולתו כדי למנוע תאונה משפטית, ולכן אם אדם יכול לרשום הערת אזהרה והוא לא רשם זה חוסר תום לב מצידו, זה מחדל מבחינתו מחדל, מחדל, מחדל, ובגלל העניין הזה הוא יפסיד בתחרות, אז במקרה הנדון גנז יכול היה לרשום הערת אזהרה ולא רשם וזה במאמץ קטן. לכן גנז רק בגלל אי הרישום ובגלל המחדל הזה גנז מפסיד בתחרות, וזו הייתה התוצאה של הפס"ד. כאשר הביהמ"ש נתן את הפס"ד הקהילה של הנדל"ן הייתה בהלם וכל מי שעשה עסקה רשם זאת בטאבו. מה שחשוב מאז פרשת גנז מי שיכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם הוא מפסיד, לכן התוצאה של הפס"ד רישום של הערת אזהרה הפך להיות חובה, ואם אתה לא רשם הערת אזהרה זה חסר תום לב וזה לרעתך.

הכלל: מי שיכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם זה מחדל שיפעל לרעתו ויגרום לו להפסיד בסיטואציה של עסקאות נוגדות, חד וחלק זה הכלל. לכן דבר ראשון צריך לרשום הערת אזהרה כדי שאי הרישום לא יחשב מחדל לרעתך. הפס"ד הזה יש לו אפקט חינוכי וכל משק יודע שמיד צריך לרשום הערת אזהרה כדי שלא יחשב מחדל על פי הכלל גנז.

בהלכת גנז, זה הרבה עו"ד לא ערים לזה, אבל, הלכת גנז קבעה גם 3 חריגים שבהם אי רישום ההערה לא יחשב מחדל, ולא יגרום להפסד בתחרות, מתי יכול להיות אדם שלא רשם הערת אזהרה וזה עדיין בסדר:

(א) כשלא ניתן לרשום הערת אזהרה – לפעמים באמת לא ניתן לרשום הערה, קרקעות שלא עברו פרצלציה או הסדר עומדת להיות תכנית תכנונית חדשה, ברור כי מחדל כזה לא יפעל לרעתו, בהקשר זה, לפי ס' 126 ניתן לרשום הערת אזהרה, רק בתנאי שהתחייב בעסקה בעל זכות קניינית, במילים אחרות, רישום הערת אזהרה דורשה הסכמה של בעל הזכות הקניינית. בפשרת גנז, אדון גנז ניסה לטעון כי לא היה יכול לרשום הערת אזהרה כי מי שהתחייב כלפיו זו נוטריקון אשר הייתה לה רק זכות אישית. אבל קיבוץ אפק כן רשם הערת אזהרה, ואיך הוא קיבל לכך הסכמה מחברת בריטיש, במילים אחרות אילו גנז היה רוצה לרשום הערת אזהרה, בריטיש הייתה נותנת לו הסכמה, כך שגנז כן יכול היה לרשום הערת אזהרה. עוד מצב, שלא ניתן לרשום הערת אזהרה זה כאשר החוזה בין הצדדים אוסר על כך, למשל: קבלן, שמוכר דירות, הרבה פעמים כבר רשם משכנתא על הקרקע לטובת בנק, והבנק מתנגד לכך שרוכשי הדירות ירשמו לטובתם הערות אזהרה, לכן הקבלן בחוזה המכירה כותב שאסור לרוכש הדירות לרשום לטובתם הערת אזהרה.

(ב) זמן סביר – לפי פרשת גנז יש לרשום את ההערה, תוך זמן סביר, אם עדיין לא חלף הזמן הסביר ונעשתה עסקה נוגדת אז אי הרישום לא יחשב מחדל שגורם להפסד בתחרות. מה זה זמן סביר? בפשרת גנז עברו 18 שנים, וודאי כי זה זמן לא סביר, אבל הכל תלוי בנסיבות כך למשל בפס"ד לב נ' טובי:

קבעו כי 4 שנים זה זמן לא סביר. כי זה דבר שהוא די קל לרשום הערת אזהרה.

אבל, בפס"ד עזבון חמוד נ' חרב:

אדם לא רשם הערת אזהרה למשך 3 שנים, ובימה"ש קבע בנסיבות שזה זמן סביר, מה היו הנסיבות באותו מקרה דובר במגזר הערבי בעסקאות אשר נעשו בין קרובי משפחה של אותו כפר, ובמגזר הערבי בעסקאות כאלה לא נהוג לנקוט ברישום העברת אזהרה, ויש גם מקרים העסקאות לא נרשמות בטאבו אין מודעות לרישום בטאבו, אז בימה"ש אומר בנסיבות האלה

אם אדם לא רשם הערת אזהרה תוך 3 שנים זה בסדר, אבל המלומדים ביקרו זאת לאור הלכת גנז וצריך לרשום ולחנך את הציבור, אחרת זה יגרום הפסד בתחרות.

ג) **האם אי רישום ההערה הוא זה שגרם לתאונה המשפטית ?** אם המתחרה השני בזמן שזה ג' לא בדק את הטאבו לפי חתימת העסקה אז ממילא אין משמעות לאי רישום ההערה, מצב כזה התעורר במס' פסקי דין, ובכולם בימה"ש פסק שהראשון בזמן ב' מנצח למרות שהוא לא רשם הערת אזהרה:

זריק נ' ג'ריס.

ניר שיתופי נ' עיריית הוד השרון(2014)

דוג' נוספת-

פס"ד עזבון המנוח ביאד נ' לחם:

כאן הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה שזה ב', אבל המתחרה השני הזמן שזה ג', ידע על העסקה של הראשון שוב כי היו קרובי משפחה בכפר, ולמרות הידיעה הזו צד ג' התקשר בעסקה נוגדת, גם במצב כזה אין משמעות לאי הרישום ההערה ולכן הראשון בזמן ב' ניצח למרות שלא רשם הערת אזהרה.

המשך נושא הערות אזהרה

אמרנו כי מבחינת סעיפי החוק סעי' 9 לחוק המקרקעין וס' 126 אשר עוסקת בהערות אזהרה, אז לפי הס' האלו אין חובה לרשום הערת אזהרה בטאבו, ולכן מי שלא רשם הערה זה לא רלוונטי ולא אמור להשפיע במצבים של תחרות זכויות, זה החוק היבש.

אבל, בהלכת גז' הפס"ד הכי חשוב בדיני קניין, לפי הכלת גז' התוצאה שונה מי שיכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם, אז רק בגלל המחדל הזה הוא יפסיד בתחרות כלפי עסקה מאוחרת(בכפוף לשלושה חריגים אשר דיברנו עליהם), הבסיס של הכלת גז' הוא עקרון תום הלב, החידוש בפס"ד הוא שדורשים תום לב גם מהמתחרה הראשון בזמן, ומכוח דרישת תום הלב מצפים ממנו לרשום הערת אזהרה. אז הלכת גז' מבוססת על עקרון תום הלב.

עוד הלכה חשובה:**ויינברג נ' אריאן:**

ההלכה הזו הוכלת באותו כיוון של הלכת גז', אבל במקום להתבסס על תו"ל עם מתבססת על דיני הנזיקין ועל חובת הזהירות הנזיקית(עוולת הרשלנות). מה ההלכה בפס"ד ?

אם אדם יכול היה לרשום הערת אזהרה ובכך למנוע נזק לצדדים אחרים, והוא לא עשה זאת, זה נחשב רשלנות או הפרת חובת זהירות. ולכן גם אם לפי ס' 9 הראשון בזמן זוהי, זה לא סוף הסיפור כי לפי דיני הנזיקין נחייב אותו בפיצויים והוא יצטרך לפצות את המתחרה המאוחר שמפסיד בתחרות על הנזק אשר נגרם. במילים אחרות הלכת **ויינברג נ' אריאן**, מאפשרת גמישות, במקרים רבים היא יכולה להביא לתוצאה מאוזנת יותר, כי הראשון בזמן אומנתם יזכה בנכס לפי ס' 9, אבל המתחרה המאוחר לפחות יקבל פיצוי כספי ולא יישאר בחוסר כל.

באותו מקרה דובר באדם בשם אריאן בעלים של דירה, הוא התחייב למשכן את הדירה במשכנתא לטובת אדם בשם הרבסט למה ?

כי הרבסט נתן לא הלוואה, אריאן רשם לו משכנתא, אבל הרבסט לא רשם הערת אזהרה, לאחר מכן אריאן שהיה מסובך בחובות כספיים, אריאן התחייב למכור את הדירה לאדם בשם ויינברג, אחרי זמן מה התפוצצה הפשרה, להרבסט וויינברג ידעו על העסקאות ואף אחד לא מוכן לוותר על הדירה. מה פסק בימה"ש ?

לפי ס' 9 הרבסט הוא מנצח כי הוא הראשון, אלא אם השני קיים 3 תנאים מצטברים כולל זכות קניינית אבל לויינברג אין זכות קניינית וכל אחד יש לו זכות אישית, אבל בימה"ש קבע כי הרבסט הפר את חובת הזהירות הוא פעל ברשלנות הוא לא רשם הערת אזהרה. כאן ניתחו את עוולת הרשלנות. ולכן כעיקרון יש להטיל על הרבסט לשלם פיצויים לויינברג על הנזק אשר נגרם לו, כמה פיצויים יקבעו, כמה שויינברג הפסיד. אבל, ההלכה העקרונית היא:

במקרה הנדון התברר כי ויינברג בכלל לא בדק את הטאבו לפני חתימת החוזה, אז במונחים של דיני נזיקין יש פה אשם תורם בנוסף ניתן לומר שיש כאן ניתוק של קשר סיבתי. ולכן במקרה הספציפי הזה, בגלל הנסיבות המיוחדות נקבע כי הרבסט לא צריך לפצות את ויינברג. התוצאה היא מאוד דומה לגז' וזה החריג השלישי של הלכת גז', הראשון לא רשם הערת אזהרה והשני לא בדק את הטאבו, אז כאן הראשון בזמן מנצח.

3) עסקאות נוגדות ועיקולים

מה זה עיקול? (לאחר מכן נדבר על עסקאות נוגדות בהקשר עיקולים)
עיקול מופיע בחוקים רבים, אבל אף חוק לא מגדיר מה זה עיקול?

בפס"ד ארגון מושבי הפועל מזרחי נ' וולך: בימה"ש הגדיר מה זה עיקול?

עיקול הוא **"סעד דינוני"** אשר ניתן ע"י בימה"ש או רשות מוסמכת אחרת כמו הוצאה לפועל, ומטרתו להקפיא את מצב הזכויות הקנייניות. **מה זה אומר?**

כאשר **אדם חייב כסף לנושה ולא משלם**, הנושה רוצה לתבוע את החייב, וזה יהיה בבית משפט או בהוצאה לפועל לפי המקרה. בשלב זה לחייב יש נכסים בבעלותו והנושה מעוניין להבטיח שהנכסים האלה יישארו בבעלות החייב. כי שאם החייב לא ישלם את החוב, אז הנושה יוכל להיפרע מהנכסים האלה מה המשמעות?

לכן, הנושה יגיש לבית המשפט או הוצאה לפועל בקשה לצו עיקול. ביהמ"ש או הוצאה לפועל יבדקו את הנסיבות, ואם הבקשה צודקת יוציאו צו עיקול. עותק מהצו נמסר לחייב, כי שהוא ידע על העיקול. מרגע שניתן צו העיקול, אסור לחייב לעשות שום עסקה בנכס המעוקל (צו העיקול מפרט איזה נכס בדיוק כפוף לעיקול: נכס, דירה, חשבון בנק, מקרקעין, מיטלטלין, מכונה במפעל), כל הרעיון בעיקול הוא להבטיח כי הנכס נשאר בבעלות החייב.

אם באמת החייב לא יפרע את החוב לנושה, אז מגיע השלב הבא אשר נקרא **"מימוש העיקול" מה זה אומר?**

בימה"ש או הוצאה לפועל מוצאים צו מימוש, המימוש נעשה באמצעות מכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב. מי שיציע את המחיר הגבוהה ביותר הוא זה שיקנה את הנכס. הכסף אשר מתקבל מהמכירה נמסר לנושה לכיסוי החוב. במקרים רבים הכסף אשר מתקבל לא מספיק לכיסוי החוב, ואז הנושה יצטרך למצוא דרך אחרת להיפרע מהחייב. **לעומת זאת**, אם הכסף שמתקבל מהמכירה עולה על גובה החוב, כי יכול להיות כי הנכס יותר יקר מהחוב, אז העודף נמסר לחייב שהיה בעל הנכס. אז זה המודל הבסיסי של עיקול.

נחדד את ההיבטים הקנייניים:

העיקול הוא כאמור **"סעד דינוני"** מה זה אומר?

מקבלים אותו במסגרת דיון משפטי, לעיקול יש חשיבות עצומה מבחינה פרקטית הוא נותן הגנה מעולה לנושה כלומר אפשרות להיפרע מהחייב, אבל, מבחינת דיני קניין, העיקול לא נותן לנושה המעקל שום זכות מהותית בנכס עצמו. לא זכות אישית ולא זכות קניינית. במקרקעין ניתן לרשום את העיקול בטאבו, אבל אפילו עיקול רשום בטאבו הוא לא זכות בנכס עצמו לא אישית ולא קניינית. בהקשר זה צריך לחדד את ההבדל בין עיקול לבין משכון?

סטודנטים נוטים, לבלבל בניהם, כי בשניהם יש שלב של מימוש הנכס באמצעות מכירה פומבית. אבל עיקול, ומשכון הם שני דברים שונים לחלוטין.

משכון – הוא עסקה רצונית בין הנושה לחייב, והוא נולד בחוזה בין הצדדים אם אני לוקח הלוואה אני חותם מול הבנק על משכנתא, ואני באופן רצוני נותן את המשכנתא לטובת הבנק. במשכון נולדת זכות אישית, ולאחר הרישום בטאבו זה הופך להיות עם זכות קניינית.

עיקול – הוא דבר אשר נכפה על החייב בניגוד לרצונו, וכאמור הוא לא מקנה לנושה שום זכות מהותית בנכס של החייב.

כעת נדבר על עיקולים בהקשר של עסקאות נוגדות:**(1) תחרות בין עיקול ואחריו עסקה רצונית-**

נתחיל עם דוג' - צד א' בעלים של דירה, צד א' חייב כסף לצד ב', וצד ב' השיג צו עיקול על הדירה של א'. למרות שצד א' אסור לו לעשות זאת כי יש צו עיקול, הוא הולך וחותם על חוזה למכור את הדירה לצד ג'. והוא מבקש צד ג' כסף. (ברוב המקרים צד א' בורח, או יש לו מלא חובות ולא ניתן להיפרע ממנו). כעת עולה השאלה מי מנצח בתחרות ?

מקרה ראשון, נניח כי צו העיקול הוא לטובת צד ב' כן נרשם בטאבו זה המקרה הקל מכיוון שבמצב כזה תמיד העיקול מנצח. **אסמכתא לכך: ברוקס נ' דורות בית מסחר לתרופות בע"מ.** זה המקרה הטוב, העיקול נרשם בטאבו.

מה ההסבר המשפטי למרות שזו תוצאה צודקת, איך מכריעים ? כאשר יש תחרות זכויות, דבר ראשון צריך להחליט איזה ס' חל ? לכאורה חל כאן ס' 9, אבל כאשר קוראים את ס' 9, הוא בכלל לא מתייחס לעיקול הוא עוסק בתחרות בין שתי עסקאות רצוניות.

אם כך אין לנו ס' חוק שמתאים בדיוק, והפתרון הוא היקש מס' 9. לפי ס' 9, המתחרה המאוחר בזמן ינצח בעיקול רק אם הוא יקיים **3 תנאים מצטברים**: תמורה, תום לב, זכות קניינית באמצעות רישום בטאבו.

נבדוק אם בתנאים מתקיים?

(א) **תמורה** - צריך לבדוק את הנסיבות.

(ב) **תום לב** - האם צד ג' יחשב תום לב ? צד ג' לא יחשב תום לב, ולמה ? אם צד ג' כן בדק את הטאבו אז הוא ראה את העיקול של הדירה ובכל זאת הוא עושה עסקה הוא בחוסר תום לב סובייקטיבי. ואילו אם צד ג' לא בדק את הטאבו הוא חסר תום לב לפי ההלכה האובייקטיבית. אז צד ג' בכל מקרה חסר תום לב ובגלל זה הוא מפסיד לפי ס' 9. בנוסף ברגע שרשום בטאבו עיקול על נכס מקרקעין, רשם המקרקעין לא ירשום עסקה קניינית נוגדת ולכן צד ג' הקונה גם לא יוכל להשיג זכות קניינית.

לסיכום צד ג' מפסיד בתחרות לפי ס' 9, והעיקול הוא המנצח.

(ג) זכות קניינית - לא היה רישום בטאבו.

מקרה שני, כעת נשנה את העובדות:

הפעם הנושה המעקל אשר השיג צו עיקול, לא רשם את העיקול בטאבו, למעשה אלו היו העובדות של פס"ד **ברוקס נ' דורות בית מסחר לתרופות בע"מ (2011)**:

עובדות המקרה: דובר בדירה מגורים שהייתה רשומה בטאבו על שם בני זוג בעל + אישה. לבעל היו כל מיני חובות עסקיים כלפי חברת דורות. החברה הטילה עיקול (=הנושה, מעקלת) על חלקו של הבעלים בדירה, שיש לו 50% בדירה והחברה הטילה עיקול. כאן העיקול נרשם בטאבו. אבל, הייתה שם תקלה במכשירים של המרשם וכתוצאה מהתקלה העיקול נמחק, לכן מבחינת דיני הקניין נחשב עיקול לא רשום, כמובן במצב כזה ניתן לתבוע את המדינה ולקבל פיצוי.

לאחר זמן מה, בני הזוג התגרשו וחתמו על "הסכם גירושין" (וזה חוזה לכל דבר), על פי ההסכם מחצית של הבעל בדירה תעבור לאישה, כך שכל הדירה תהיה לאישה.

אז כאן יש לנו את האישה ויש לה כאן זכות אישית במחצית של הדירה. שוב מחדד מחצית של הדירה הוא שלא האישה. כל הסכסוך כעת נוגע למחצית של הבעל. מצד אחד חצי של הבעל מעוקל לחברה, מצד שני המחצית השנייה היא לטובת האישה. ואף צד לא מוותר על החצי לא האישה ולא החברה. איך יכול להיות שמממשים עיקול כזה, בד"כ האישה יש לה קרובי משפחה אשר קונים את החצי שלה. אבל האישה מתנגדת לעיקול של החברה, היא אומרת אני מנצחת, יש כאן שתי גישות:

(1) פרופ' מיגל דויטש - יש לעשות היקש מס' 9 לחוק המקרקעין, ואם האישה תקיים את 3 התנאים המצטברים אז היא תנצח את העיקול. באותו מקרה האישה לא קיימה את התנאים האלה, קודם כל היא לא רשמה את החלק של בעלה על שמה בטאבו היא לא עשתה העברת בעלות קניינית לכן אין לה זכות קניינית ויש לה רק זכות אישית, בנוסף התברר כי האישה ידעה על העיקול היא ציפתה כי בעלה יסדר את נושא העיקול בגירושין. במילים אחרות האישה מפסידה.

(2) 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 ומבחינת דיני הקניין זה כלום לחברה אין לה זכות, לכן אין בכלל צורך להשתמש בס' 9, הדרישה היחידה הוא תום

לב כי זה עקרון כללי של שיטת המשפט שלנו. לפי וייסמן כל מה שנדרש כי לנצח את העיקול זה "תום לב". אבל במקרה הנדון כאמור האישה הייתה חסרת תום לב כי היא ידעה על העיקול, לכן גם לפי הגישה הזאת היא מפסידה.

אלו שתי הגישות של המלומדים, מה החליט בימה"ש ? לפי איזה גישה החליט ?

אבל, בימה"ש העליון בפרשת ברוקס לא הכריע בין שתי הגישות כי לפי שתייהן מגיעים לאותו תוצאה. אז באותו מקרה האישה הפסידה, אבל מבחינת ההלכה המחייבת יש לנו שתי גישות אפשריות. במבחן צריך לנתח לפי שתי הגישות של המלומדים.

הערה למחשבה:

בפרשת ברוקס, התוצאה של עיקול לא רשום, נגרמה לא באשמת החברה אלא באשמת הטאבו, אבל במצב אחר שבו נושה מעקל יכול היה לרשום את העיקול ולא רשם, יכול להיות שאפשר לעשות היקשה **מהלכת גנז** ולקבוע שבגלל המחדל הזה המעקל יפסיד בתחרות.

עיקול מטלטלין:

קודם הוטל עיקול על המטלטלין לאחר מכן בעל בנכס למרות שאסור לו לעשות משהו בנכס הוא עשה בנכס, בעל הנכס מוכר אותו כדי להשיג כסף.

במטלטלין, **יש לנו ס' 30 לחוק ההוצאה לפעול** – עסקה אשר נעשתה במיטלטלין מעוקלים בטלה.. אולם אין בהוראה זו כדי לפגוע בהגנה הניתנת על פי כל דין לרכוש המטלטלין בתום לב.

ביטול עסקאות

30. עסקה שלא לפי הוראות חוק זה שנעשתה במיטלטלין שעוקלו, בטלה כלפי מנהל לשכת ההוצאה לפועל וכלפי הנאמן האמור בסעיף 24, אך אין בהוראה זו כדי לפגוע בהגנה הניתנת על פי כל דין לרוכש מיטלטלין בתום לב.

אז בעצמם הס' אומר לנו כדי לנצח את העיקול, צריך לקיים 3 תנאים: תום לב, תמורה, זכות קניינית במטלטלין הזכות הופכת לקניינית עם קבלת החזקה הנכס. זה מזכיר את ס' 12 לחוק המטלטלין. איפה מתחבאים התנאים: עסקה רכישה היא בתמורה מהמילה "רוכש" בתוך הס' כי מי שרוכש הוא נותן תמורה.

ובנוסף כאשר הס' אומר רוכש הוא בעצם מתכוון לרכישה מוגמרת רכישה קניינית היינו הקונה קיבל את הנכס אליו.

(2) תחרות זכות אישית ואחריה עיקול:

עדיין במטלטלין

כעת נשנה את המצב, קודם נעשתה העסקה, ולאחר מכן רישום בטאבו, צד א' הוא בעלים של דירה הוא חתם על חוזה למכור את הדירה לצד ב', ובעת לצד ב' יש לו זכות אישית. לאחר מכן צד ג' הוא נושה של א', כי צד א' חייב כסף לצד ג'. כעת צד ג' הטיל עיקול בדיוק על אותו נכס שכבר הובטח לצד ב'. ז"א יש לנו זכות אישית ולאחר מכן עיקול, כעת לא רלוונטי הרישום בטאבו (תכף נראה את ההכלה).

אף צד לא מוותר לא צד ב', ולא צד ג' שהוא לא מוותר על העיקול, כעת עולה השאלה מי מנצח בתחרות ?

בעבר הרחוק עוד בשנת 1951, ניתן פס"ד אשר נקרא: **בוקר נ' חברה ארץ ישראלית בע"מ:**

וזאת ההלכה למשך שנים, לפי הלכת בוקר הזכות האישית היא מאוד מאוד חלשה, ואין לה שום כוח מעמד להתנגד לעיקול, הבלעות בנכס היא עדיין בידי א' החייב. ולכן העיקול שהוטל כנגד א' החייב אכן תופס את הנכס של א' החייב ביהמ"ש אומר זה מובן מאילו צד ב' יש לו זכות אישית. במילים אחרות העיקול תמיד מנצח(צד ג'), וזאת הייתה ההלכה למשך שנים.

אבל, ההלכה זו יצרה קשיים במשק, הרבה זוגות ומשפחות קנו דירות מגורים, הם גרים עשות שנים בדירות מזמן גמרו לשלם והאם רואים בדירות קניין שלהם (יכול להיות שהם קנו את הדירות או שהם חכרו לדורות כמה אמרנו כי רוב הדירות הם בחכירה), כך או כך הרבה משפחות בטוחות כי הדירות הם קניין שלהם, **רק דבר אחד אנשים לא עשו, לא רשמו זכות קניינית בטאבו.**

ואז יום אחד דופקים להם בדלת עם צו עיקול ודורשים מהם להתפנות מהדירה ולמה ?

כי בטאבו הדירה עדיין על שם המוכר, וכעת המוכר חייב כסף לנושים, **ולפי הלכת בוקר נושה אשר מטיל עיקול על הדירה מנצח בתחרות,** העיקול של גובר על כל זכות אישית ביחס לנכס, התוצאה היא תוצאה מאוד מאוד קשה, מאות אלפי דירות והם לא רשומות בטאבו, **ואז התוצאה היא קשה בתי המשפט פסקו לפי "הלכת בוקר".**

בתי המשפט ניסו בכל מיני פטנטים יצירתיים ולא הצליחו, כולם חיכו שיגע מקרה לבית המשפט כדי לבטל את הלכת בוקר, **ואז בשנת 1999 הגיע מקרה: בנק אוצר החייל נ' אהרונוב:**

עובדות המקרה: דובר כאן בקרקע חקלאית בבעלות אדון אהרונוב, אדון אהרונוב התגרש מאשתו, ובהסכם הגירושין נקבע עי הקרקע תעבור לאשתו. לגברת אהרונוב יש כאן זכות אישית היא לא העבירה את הבעלות שלה בטאבו, אבל האישה הסתפקה בזה שיש לה הסכם גירושין ויש לה כעת זכות אישית. בינתיים לבעל היה חובות לבנק אוצר החייל, וכעת הבנק הטיל עיקול על הקרקע לאישה, כמובן כאן עולה השאלה מי מנצח ?

לגופו של עניין בימה"ש קבע: שיש לבטל את "הלכת בוקר" בגלל הבעיות אשר יצרה, וזה חידוש מהפכני. אבל עולה השאלה איך נכריע בתחרות ?

בימה"ש קבע שיש לעשות היקש מס' 9, חלק מהשופטים אומרים שיש לעשות היקש מס' 9 או ברוחו של ס' 9, אז לפי ס' 9 המתחרה המאוחר מנצח רק אם מקיים 3 תנאים מצטברים. **ברור כי המעקל אינו מתקיים את התנאי של הזכות הקניינית כי עיקול בין אם הוא נרשם או לא נרשם לא מקנה שום זכות מהותית בנכס וודאי לא זכות קניינית בנכס.**

לכן התוצאה היא במצבים כאלה בניגוד "להלכת בוקר", תמיד תמיד העיקול מפסיד. אז הכללים החדשים בהלכת אהרונוב:

1) ביטול הלכת בוקר - היקש מס' 9 -> תמיד הזכות האישית מנצחת תמיד העיקול מפסיד.

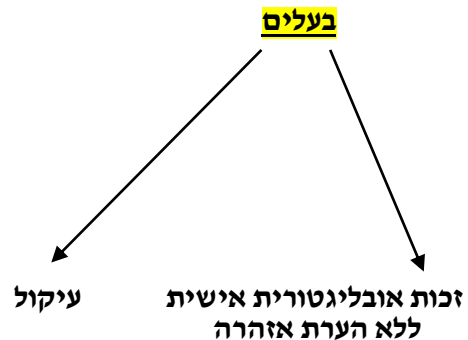
בימה"ש מנצל את הפס"ד כדי להרחיב תובנות מדיני הקניין

2) בימה"ש העליון מסביר כי כתוצאה מהקביעה האמורה, בעצם מתברר כי זכות אישית היא לא זכות חלשה, בתחרות מול עיקול מאוחר הזכות האישית תמיד מנצחת (לאישה יש רק חוזה ביד היא תמיד מנצחת), אז לזכות האישית יש כוח, בנוסף גם לפי ס' 9 עצמו בעצם ברירת המחדל שהזכות האישית מנצחת, אלא אם המתחרה המאוחר מקיים 3 תנאים מצטברים. יש כאן תובנה חדשה לגבי הזכות האישית: **"הזכות האישית לא כל-כל חלשה = די חזקה = בימה"ש נותן לה שם "זכות מעין-קניינית".**

3) בנוסף, בימה"ש נותן לזכות האישית שם נוסף **"זכות מהיושר תוצרת הארץ" מה זה אומר? לפי דיני היושר באנגליה,** הזכות האישית במקרים רבים מנצחת מתחרים אחרים. זה היה במשך שנים דבר ייחודי לדיני היושר האנגליים. אבל כעת בפרשת **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב** זו גם התוצאה לפי הדין הישראלי, לביהמ"ש העליון היה חשוב להדגיש כי זה תקדים ישראלי שלנו ולא שאבנו את הדין האנגלי, אלא יצרנו באופן מיוחד בישראל, לכן ביהמ"ש קורה לזכות האישית שהיא **"זכות מהיושר תוצרת הארץ".**

נחדד מס' נקודות:

- (1) פס"ד **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב** עסק במקרקעין, אבל אותו דבר בדיוק יכול גם לגבי מטלטלין כי במקום היקש מס' 9, נעשה היקש מס' 12 לחוק המטלטלין, והוא קובע בדיוק את אותם עקרונות כמו ס' 9.
- (2) **תחולה רחבה על כל זכות אישית** – בהלכת **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב** הזכות אשר הובטחה לאישה הייתה בעלות, אבל הלכת **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב** לא מוגבלת רק לזכות בעלות, אלא היא תחול על תחרות בין כל זכות אישית שהיא לבין עיקול מאוחר. ז"א גם אם יהיה מצב של זכות אישית למשכנתא או זכות אישית אחרת ואז **אחריה - < עיקול, עדיין נשתמש בהלכת אהרונוב.**
- (3) אחד החסרונות של **הלכת אהרונוב** הוא חשש לקנוניה, **מה זה אומר?**
צד א' שהוא הבעלים, ברגע שהוא חושד שעומדים לעקל לו את הנכס הוא יחתום על "**הסכם פיקטיבי**". בד"כ עם קרוב משפחה, ההסכם יעניק זכות אישית לקרוב המשפחה ואז אם אחר כך יוטל עיקול על הנכס אז העיקול מפסיד ומתבטל. **ההסכם הפיקטיבי הוא בד"כ הסכם מתנה. או בין בני זוג בהסכם גירושיני.** במצב כזה אם המעקל יצליח להוכיח בביתה"ש כי מדובר בקנוניה אז ההסכם הפיקטיבי בטל מעיקרו. ואז הוא נופל, חסר תוקף ואז העיקול זוכה בנכס.

המשך הלכת בנק אוצר החייל נ' אהרונוב:

באותו פס"ד בימה"ש קבע כי מי שמנצח זו הזכות אובליגטורית למרות שהיא חלשה אל מול העיקול.

הלכת אהרונוב בנושא הערת אזהרה:

נקבע בפס"ד: כי הזכות האישית (אובליגטורית) גוברת למרות שלא הייתה מגובה בהערת אזהרה, במילים אחרות למרות שבעל הזכות לא רשם הערת אזהרה הוא המנצח בתחרות.

פס"ד אהרונוב הוא משנת 1999, בשנת 2003 נקבעה **הלכת גנז** אשר קבע שאם אדם יכול היה לרשום הערת אזהרה ולא רשם אז רק בגלל המחלל הזה הוא יפסיד בתחרות (בכפוף ל 3 חריגים לעיל). **כעת עולה השאלה איך מיישבים בין שתי ההלכות של גנז בנושא הערת אזהרה ובין אהרונוב ללא הערת אזהרה?**

התשובה הייתה בפס"ד בנק המזרחי נ' גנז:

נקבע: כאשר מדובר בתחרות בין שתי עסקאות רצוניות, זה המקרה של הלכת גנז. ואז חל התקדים של גנז לפיו כן יש חשיבות לרישום הערת אזהרה, לעומת זאת כאשר מדובר בתחרות בין עסקה רצונית לבין עיקול זה מקרה שונה זה המקרה של **הלכת אהרונוב** חל התקדים של אהרונוב ואז אין משמעות לאי רישום ההערה. **מדוע נכון להבחין בין שני המקרים?**

בתחרות בין שתי עסקאות רצוניות המתחרה המאוחר בדק את הטאבו והסתמך עליו לכן רישום של הערת אזהרה ע"י הראשון וזה מונע תאונה משפטית, לכן אנו דורשים לרשום הערת אזהרה, **לעומת זאת**, כאשר מדובר בעיקול הנושה המעקל כאשר הוא ביצע את העסקה המקורית שהולידה את החוב שעכשיו הוטל בגינו העיקול, באותו שלב מקורי הוא בכלל לא בדק את הטאבו ולא הסתמך על הנכס שיש עליו המחלקות. הנושה המעקל היו לו ציפיות כלליות להיפרע מבעל הנכס והוא לא

הסתמך ספציפית על הנכס הנדון. לכן אי רישום הערת אזהרה ע"י בעל הזכות האישית, זכות שנולדה אחרי אותה עסקה **מקורית** שביצע הנושה המעקל, לא זה מה שגרם לתאונה המשפטית. ולכן בתחרות כלפי עיקול אין משמעות לאי רישום ההערה.

עצה פרקטית:

כאשר אדם מקבל זכות אישית במקרקעין, הוא לא יודע מה יקרה מאוחר יותר, האם בעל הנכס יתקשר בעסקה נוגדת, האם יוטל עיקול נגד בעל הנכס וכו'... ולכן העצה הפרקטית היא תמיד וכמה שיותר מהר לרוץ לטאבו ולרשום הערת אזהרה.

אנו עדיין בנושא הערות אזהרה:

כאשר נחקק חוק המקרקעין בשנת 1969 נכלל בו ס' 127 (ב) הס' קובע – משנרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין... לא יהיה בעיקול כדי לפגוע בזכויות המוגנות ע"י הערת האזהרה.

תוצאות של הערת אזהרה (תיקון מס' 2) תשל"ג-1972

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

במילים אחרות אם בעל הזכות הקניינית רשם הערת אזהרה וודאי הוא מוגן והא מנצח כל עיקול מאוחר יותר. **ס' 127(ב)** לא מונע את רישום העיקול המאוחר. מה זה אומר ?

אם הנושה המעקל ימציא לטאבו את צו העיקול אז הרשם שהוא לא שופט חייב לציית ולרשום את העיקול, אבל, **לפי ס' 127(ב)** אפילו שהעיקול נרשם מי שמנצח בתחרות זו הזכות האישית אשר מגובה בהערת האזהרה. **מקרה כזה קרה בדיוק בפס"ד: לוי נ' קמפל(2016):**

בימה"ש קבע: בהסתמך על ס' 127(ב) כי הזכות האישית אשר מגובה בהערת אזהרה מנצחת את העיקול. למעשה כיום בעקבות הכלת **אהרונוב ולאחר מכן פס"ד גדי** ס' 127(ב) בעצם מיותר כי בתחרות מול עיקול מאוחר זכות אישית מנצחת אפילו ללא הערת אזהרה, **אבל כאומר הס' הזה נחקק עוד לפי פסקי הדין האלה**, והוא לא סותר אותם, כך שאם בעל הזכות האישית כן רשם הערת אזהרה הוא בכל מקרה מנצח את העיקול המאוחר. גם אם לא נרשמה הערת אזהרה בעל הזכות האישית עדיין מנצח.

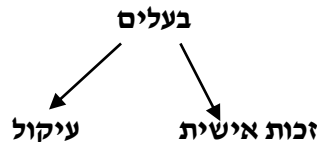
עוד הערה:

לנושא הערת האזהרה נחזור בהקשר של עסקאות מתנה ושם נראה כי כן יש חשיבות להערת אזהרה.

4) עסקאות נוגדות, עיקולים ומתנה.

אחרת הבעיות אשר יצרה **הלכת אהרונב** הוא חשש למעשה קנוניה והתחמקות מנושים, **איך ?**

אדם אשר חייב כסף וחושש שעומדים להטיל נגדו עיקול על נכס מסוים למשל מגרש או נכס אחר, ימהר לחתום על חוזה פיקטיבי עם צד שלישי, החוזה מולד לצד השלישי זכות אישית ולפי הלכת **אהרונב** הזכות האישית גוברת על העיקול, כתוצאה מכך העיקול לא תופס את הנכס. העסקה הקלאסית במצב כזה היא עסקת מתנה בד"כ היא בין קרובי משפחה. אז חוזה מתנה הוא קל, מקבל המתנה לא צריך לתת כסף, ויכול למנוע תפיסת הנכס ע"י המעקל.



אם הנושה המעקל מצליח להוכיח בבימה"ש כי אכן מדובר בקנוניה במתנה פיקטיבית, בימה"ש יבטל את חוזה המתנה ואז העיקול תופס את הנכס, אבל, ישנם גם מקרים שבהם מדובר במתנה אמיתית, ואז אנו שוב מגיעים לסיטואציה של תחרות זכויות, מצד אחד זכות אישית למתנה, וצד שני המתחרה המאוחר יותר הוא המעקל, השאלה מי מנחה בתחרות.

מקרה כזה התעורר בפס"ד שהוא תקדים: **לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ**:



עובדות המקרה: דובר בדירת מגורים אשר הייתה שייכת לסבתא, בשנת 1997 הסבתא גברת לאניאדו נתנה את הדירה לאחת הבנות שלה ולנכדים שלה הסבתא חתמה על תצהיר קצר ובו כתבה את דבר המתנה. בינתיים לסבתא הייתה כל מיני עסקים. וכתוצאה מכך הייתה חייבת כספים לחברת הולנד ישראל בע"מ. בשנת 2002 החברה הטיל עיקול נגד הסבתא על דירת המגורים, גברת לאניאדו לא רשמה הערת אזהרה לטובתה, כעת נוצר סכסוך בין הצדדים, זה ברור כי הסבתא היא בחובות, היא לא תוכל לשם את החוב ולכן החברה לא מוכנה לבטל את צו העיקול. בימה"ש צריך **להחליט והוא פסק**:

- 1) האם יש קנוניה? האם חוזה פיקטיבי? והמסקנה כי מדובר בחוזה מתנה אמיתי ולא קנוניה.
- 2) אם כך צריך להכריע בסכסוך, יש להחליט איזה ס' חל הוא ס' 9 של עסקאות נוגדות, לכן לפי ס' 9 לכאורה המתנה מנצחת לכן נעשה היקש מס' 9, ולפי היקש כזה מי שמנצח הוא המתנה. אבל כאשר מדובר במתנה יש לה מאפיינים מיוחדים.
- 3) כאשר מדובר במתנה חלים כללים מיוחדים, ס' 5 לחוק המתנה קובע- כאשר אדם התחייב לתת מתנה, וכל עוד זכותו של מקבל המתנה היא זכות אישית, יכול נותן המתנה להתחרט ולבטל את ההתחייבות של המתנה זאת אם **מתקיים אחד המצבים הבאים**:
 - א) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו לרעה בהסתך על המתנה.
 - ב) אם קיימת התנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי נותן המתנה או בני משפחתו.
 - ג) אם נוצרה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן.

ז"א מס' 5 עולה כי זכות אישית לקבל מתנה היא זכות מאוד חלשה, בימה"ש אומר היא זכות שברירית כי תמיד קיים הסיכון שהזכות הזו תבטל שנתן המתנה יתחרט, בימה"ש אפילו נותן לזכות האישית למתנה בימה"ש נותן לה שם מאוד מיוחד **זכות אישית למתנה** = "מעין זכות-מעין-קניינית". נזכיר כאשר דיברנו על פס"ד אהרונב בימה"ש קרה לזכות האישית שהיא זכות מעין קניינית, אבל כאן מדובר על זכות מתנה שהיא שברירית לא בטוח שהיא זכות, ז"א היא **מעין זכות-מעין-קניינית**, ביהמ"ש אומר: אם כך, בתחרות בין זכות אישית למתנה לבין עיקול מאוחר, מי שמנצח הוא העיקול. **ההלכה היא: הזכות למתנה היא זכות חלשה ודפקה העיקול מנצח(אבל ראה הערה 6).**

- 4) נכון שהמתנה היא מאוד מאוד שברירית ולכן נקודת המוצא היא שהעיקול הוא שמנתח, אבל **מידת השבריריות תלוי בנסיבות, ויהיו מצבים שבהם בכל זאת מי שינצח זו המתנה, מתי ?**
- א) אם לפי ס' 5 לחוק המתנה נותן המתנה כבר לא יכול להתחרט, המצב כזה הזכות למתנה כבר לא שברירית היא זכות די מגובשת.
- ב) אם המעקל פעם בחסור תום לב כי הוא ידע על המתנה, אז במצב כזה נעדיף את המתנה.
- ג) יש חשיבות לשאלה האם מקבל המתנה רשם הערת אזהרה. אם הוא רשם הערה זה מחזיק את הזכות למתנה ומהווה שיקול חשוב לכך שהמתנה מנצחת את העיקול- מצב כזה של רישום הערת אזהרה קרה **בפס"ד: בנק איגוד לישראל בע"מ נ' צרפתי:** באותו מקרה: בעל הזכות האישית למתנה רשם הערת אזהרה, בימה"ש יחס לזה חשיבות רבה ובגלל הרישום הזה קבע שהזכות למתנה מנצחת את העיקול.

שלושת המצבים האלה, הם לא נוסחה מתמטית אלא שיקולים שביהמ"ש ישקול וייקח בחשבון כשהוא צריך להכריע בתחרות, והם לא תנאים מצטברים, אלא לביהמ"ש יש שק"ד הוא יבחן את 3 הנק' ואז יחליט בסופו של דבר מי ינצח בתחרות.

- 5) **איך בימה"ש קבע ? מה נגמר, לגופו של עניין ? – בימה"ש בחן מאוד מאוד בזהירות את נסיבות המקרה והוא הגיע למסקנה כי במקרה הנדון אין סיבה מיוחדת לסטות מהכלל שנותן עדיפות לעיקול, ביהמ"ש התייחס לשלושת השיקולים שבהם המתנה יכולה בכל זאת לנצח, וקבע שבמקרה הנדון הם לא מתקיימים, בנוסף התברר שהסבתא נתנה את הדירה במתנה כאשר כבר התחילו הצרות הכלכליות שלה והיא בכוונה נתנה את הדירה דווקא לאות בת שהיא לא הייתה מעורבת לעסקים של הסבתא, בימה"ש אמר שלא מדובר כאן במרמה או בקנוניה, או בהברחת נכסים, אבל בכל זאת, אלה שיקולים אשר פועלים כנגד מקבל המתנה.**
- 6) **בימה"ש נתן חשיבות רבה לעובדה שמקבלת המתנה לא רשמה הערת אזהרה.** רישום הערת אזהרה משדר תום לב, ומבחינת מקבל המתנה זה חשוב, **אולם הבת לא רשמה הערת אזהרה – לסיכום העיקול הוא המנצח.**

עוד דבר בנושא מתנה:

הלכת לאניאדו, עסקה בתחרות בין זכות אשית למתנה לבין עיקול מאוחר, אבל להלכה זהו יש השפעה הרבה יותר רחבה והיא רלוונטית לכל מצב של תחרות זכויות כאשר לאחד המתחרים יש זכות אישית למתנה, **דוג' לכך פס"ד דיאב נ' דיאב(מחוזי):** הוא ישם את העקרונות.

עובדות המקרה: דובר באדם אשר הייתה לו חלקת מקרקעין, הוא נתן את החלקה במתנה לאח שלו הצדדים חתמו על חוזה מתנה קצר ולאח יש זכות אישית למתנה. האח לא רשם הערת אזהרה, לאחר זמן בעל הנכס התחייב למכור את הנכס לצד שלישי, הקונה פעל בתום לב, בדק את הטאבו לא גילה שום בעיה, נתן תמורה. הוא מצידו רשם הערת אזהרה לטובתו. **רק דבר אחד לא עשה ? לא רשם את הבעלות על שמו בטאבו. כלומר לא רשם את העסקה בטאבו, וכעת יש לו זכות אישית, איך בימה"ש הכריע בתחרות:**

- 1) נפסק כי המתנה היא המתנה היא מתנה אמיתית ולא קנוניה.
- 2) בימה"ש קובע כי הסי' הרלוונטי הוא ס' 9 כפי שהוא. ולפי ס' 9 מי שמנצח המתנה לכאורה מנצחת.
- 3) כאשר מדובר בעסקת מתנה חלים שיקולים מיוחדים, מדובר בזכות שברירית ולכן נקודת המוצא היא שהמתנה אמורה להפסיד בתחרות.
- 4) יש לבחון בזהירות האם במקרה הנדון, מתקיימים שיקולים מיוחדים שמחזקים את המתנה ויכולים לגרום לכך שהמתנה היא זו שתנצח בתחרות.
- 5) בימה"ש בחן בזהירות אם כל נסיבות המקרה, בחן את 3 השיקולים של הכלת **לאניאדו,** והמסקנה הייתה כי במקרה הנדון אין סיבה להעדיף באופן מיוחד את המתנה, לכן התוצאה היא שהקונה מנצח בתחרות. התוצאה מנוגדת לס' 9, כי כאשר מדובר במתנה אז חלים כללים מיוחדים.

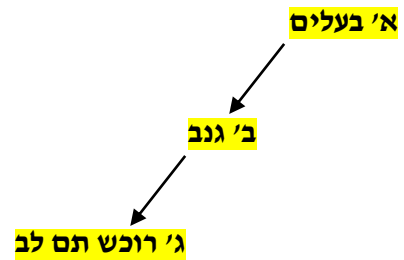
לסיכום הפרק הנוכחי נדבר על פירמידת הזכויות בדיני הקניין:

בעקבות כל התקדימים החשובים אשר למדנו בפרק הזה המסקנה היא שאת הזכויות השונות בדיני הקניין אפשר לסדר בצורה היררכית מהחלשה ביותר אל החזקה ביותר.

- 1) זכות אישית למתנה - "מעין זכות מעין קניינית".
- 2) זכות אישית (שלא למתנה) "זכות מעין קניינית".
- 3) זכות קניינית.
- 4) תקנות השוק – הכי הכי חזקה בדיני הקניין.

הסדר הזה נכון גם במקרקעין וגם במיטלטלין.

הלכת לאניאדו עסקה במקרקעין אבל היא תחול באותה מידה גם על מטלטלין זכות אישית למתנה היא חלשה.

13. תקנת השוק במטלטלין**נתחיל עם תקנות השוק של חוק המכר:****לפי הסרטוט הבא:****מה זה תקנת שוק ?**

במקרים רבים מתברר לאדם שקנה נכס בתום לב, שמי שמכר לו בעצם עבד עליו רימה אותו כי הוא בכלל לא היה הבעלים של הנכס ולא רשאי היה למכור את הנכס. דוג:

כאשר אדם גונב נכס מטלטל ומוכר אותו לצד שלישי, הגנב לוקח את הכסף ונעלם ולמעשה נוצר גם כאן מין מצב של תחרויות זכויות, מצד אחד הקונה של הנכס לא מוכן לוותר הוא שילם כסף בתום לב, מצד שני גם הבעלים של הנכס לא מוכן לוותר. אז נוצרת כאן תחרות זכויות בין הבעלים לבין הקונה, ומצב זה בעייתי כי הגנב נעלם, לכן מי שמפסיד בתחרות נשאר בחוסר כל, **איך נכריע בתחרות הזאת ? מי יקבל את הנכס ?**

במצבים כאלה חלה "תקנת השוק" מה זה אומר ?

זה ס' בחוק אשר קובע שורה של תנאים מצטברים, אם הקונה מקיים את כל התנאים המצטברים, אז הוא זוכה בנכס, והבעלים נשאר בחוסר כל. ואילו אם הקונה לא מקיים את כל התנאים הוא מפסיד את הנכס והנכס חוזר לבעלים. במילים אחרות, תקנת השוק קובעת פתרון מסוים, תוך כדי התחשבות בשיקולים שונים וצורכי מדיניות.

אחד העקרונות החשובים בדיני הקניין **"אדם אינו יכול ללת או להעביר זכויות שאין לו בעצמו"** לכן גנב של נכס לא יכול מבחינה משפטית להעביר את הבעלות בנכס לקונה כלשהו, להעברה כזאת למכר כזה לכאורה אין תוקף. אבל תקנת השוק היא חריג לכלל הזה, כי אם הקונה מקיים את כל התנאים של תקנת השוק הוא זוכה בבעלות למרות שמי שמכר לו לא היה רשאי לכך. בחקיקה הישראלית יש כמה וכמה תקנות שוק, **ואנו בקורס נכיר 3 תקנות:**

1) תקנת השוק של חוק המכר, הס' הרלוונטי הוא ס' 34 לחוק מכר קובע –**תקנת השוק**

34. נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר **אף** אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

הדבר הייחודי בתקנות שוק הוא מי שטוען לנכס כמו הקונה שלנו בעצם צריך להתגבר על זכות הבעלות של הבעלים המקוריים, הוא צריך להתגבר על זכות קניינית בזמן. ולכן תקנות השוק דורשות שורה של תנאים מצטברים כדי שבאמת תהיה הצדקה להעדיף את הקונה על פני הבעלים המקוריים.

המדיניות מאחורי ס' 34 הוא לפתח את כללי המחסר, מצד אחד יש את בעל הנכס בעל הרכב, והגנב הצליח לגנוב את הרכב, ולאחר מסי ימים הקונה כבר קנה וקיים את כל התנאים הוא ינצח, **למה זה כך ?**

הרעיון מאחורי ס' 34 הוא לעודד את חיי המסחר ולקנות נכסים ולא לחשוש, ואם הם קיימו תנאים אז הקונה הוא מוגן והנכס הוא שלו, במילים אחרות משיקולי מדיניות.

אז תקנת השוק נותנת את הזכות הקניינית החזקה ביותר, מי שמקיים את כל התנאים של תקנת השוק זוכה בזכות קניין כל כך חזקה שמנצחת אפילו זכות קניין שקדמה לה, ואפילו את זכותו של הבעלים המקוריים. לגבי המנוח תקנת השוק מקורו במשפט העברי, דובר בתקנה אשר התקינו חכמים כדי לאפשר חיי מסחר תקינים, המשפט הישראלי שלנו אימץ את אותו רעיון אם כי לא בדיוק באותם תנאים. הסיטואציה הקלסית שבה משתמשים בתקנת שוק היא כאשר יש לנו חוליה של רמאי או גנב, וכתוצאה מכך מי שקונה את הנכס בעצם אין תוקף לעסקה שלו, כי הרמאי/גנב לא היה רשאי למכור את הנכס, אבל, תקנת השוק מעוניינת לעודד אנשים לקנות נכסים, היא מעוניינת לעודד אנשים לא לחשוש, ומעוניינת לעודד חיי מסחר, לכן תקנת השוק קובעת שאם קונה קיים שורה של תנאים אשר קבועים בחוק אז הוא זוכה בבעלות מלאה ותקפה. כמובן שפגיעה כזו פוגעת בבעלים המקוריים של הנכס, אבל החוק מעוניין לעודד את חיי המסחר לכן קובע שאם הקונה קיים את התנאים הנדרשים אז הוא זוכה בנכס למרות הפגיעה בבעלים המקוריים.

מה הם התנאים המצטברים בס' 34 לחוק המכר אם הקונה מקיים את התנאים הנכס נשאר בבעלותו:

- (1) "בנכס נד" = מטלטלין. תקנת השוק חלה על מטלטלין.
- (2) עסקת מכר – מי שיטען את הסי' זה הקונה של הנכס עסקת מכר, זה לא שכירות או מתנה.
- (3) תמורה – הקונה נתן תמורה, המילה תמורה לא מופיעה בס' אבל ברגע שמדברים על קונה אז הכוונה היא תמורה. כאן יחלו כללים דומים לדרישת התמורה בעסקאות נוגדות. מה זה אומר? נדרשת תמורה ממשית, ריאלית בפרופורציה לשווי הנכס, מה זה אומר בפרופורציה? הכל תלוי בנסיבות המקרה, דוג מפס"ד של ביהמ"ש שלום: הידקו תעשיות בע"מ נ' עמי את יגאל קבלני חשמל:

עובדות המקרה: דובר במנוף גדול אשר נגנב מאתר בנייה, ונמכר לחברה מסוייית ב 70 % מהשווי שלו, בימה"ש פסק: שסכום כזה לא מקיים את דרישת התמורה, אז מצד אחד יש לנו אינדיקציה לכאורה כי 70 % לא זה מקיים את התמורה אבל זה פס"ד של שלום, ומצד שני הכל תלוי בנסיבות.

עוד לגבי דרישת התמורה, מקרה אשר הגיע לבימה"ש העליון: דנ"א כנען נ' ממשלת ארה"ב:
עובדות המקרה: דובר כאן בתמונות של הצייר ראובן, התמונות האלה היו בבעלות ממשלת ארה"ב, התמונות נגנבו ואיך שהוא התגלגלו לשוק הפשפשים ביפו, יום אחד הגיעה לשוק הגברת זהבה כנען היא קנתה את התמונות האלה ב 250 ₪ גברת כנען היא קונה, ממשלת ארה"ב היא בעלים. אחרי שהיא קנתה גילתה במה מדובר, וזה שייך לממשלת ארה"ב. מי זוכה?

האם צריך להחזיר אותם לממשלת ארה"ב או גברת זהבה היא הזוכה?
אם גברת כנען מתקיימת את כל התנאים המצטברים בס' 34, היא תזכה, כלומר זוכה בעלות נקייה בעלות מוחלטת. אחד התנאים אשר דנו בו לעמוק זה הדרישה?

בימה"ש קבע כי הדרישה לא מתקיימת כי מה שקובע זה השווי האובייקטיבי של הנכס ולא השווי הסובייקטיבי אשר הצדיים חשבו בטעות. ברור כי 250 ₪ על תמונות אשר שוות מיליונים זה לא מקיים את דרישת התמורה. המסקנה כי הגברת לא מקיימת את תקנת השוק ולכן גברת כנען הפסידה בתחרות.

- (4) המוכר – המוכר צריך להיות מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. אין צורך שזה יהיה עיסוקו היחיד או העיקרי, העיקר שהמוכר מוכר גם נכסים כאלה, התנאי הזה התעורר בפס"ד קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל:

עובדות המקרה: דובר דוור(מי שמחלק דואר) שבבוקר עסק בחלוקת דואר, אבל בנוסף הוא עסק גם במכירת מכוניות משומשות. הוא היה ידוע בשכונה גם בתיווך מכוניות, בהימ"ש קבע כי התקיים לגביו תנאי מס' 4.

לגבי הביטוי "במכירת נכסים מסוגו של הממכר" הביטוי הזה נידון בפרשת כנען נ' ממשלת ארה"ב שם המנוח סוג של הממכר פורשת בצורה מצמצמת, נקבע כי תמונה של הצייר ראובן איננה מסוג הדברים אשר נמכרים בשוק הפשפשים, לכן באותו מקרה גם לא התקיים תנאי מס' 4.

5) המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל – תנאים 4+5 הם הלב של תקנות השוק. כלומר שום דבר לא היה צריך לעורר חשד אצל הקונה. המכירה צריכה להיות במהלך העסקים הרגיל כמובן הדבר יקבע על פי הנסיבות של כל מקרה ומקרה, כך למשל בפרשת **קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל בימה** ש"ס ציין שאם אדם נוהג למכור את הנכסים בבית ולא בחנות אז מהלך העסקים הרגיל יהיה מכירה בבית.

דוג- הרבה נשים עוסקות בתכשיטים ומוכרות בבית, לכאורה הצפיה לקנות מתוך חנות, אבל בפס"ד **קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל** בימה"ש אומר כל מהלך העסקים הרגיל יכול להיות בבית. תנאי מס' 5 נידון שוב בפס"ד **כנען נ' ממשלת ארה"ב** לתנאי הזה ניתן פירוש מצמצם, נקבע כי מכירת יצירות אומנות של הצייר ראובן זה לא מהלך העסקים הרגיל למכור אותם בשוק הפשפשים.

לגבי מכירה של מכוניות משומשות –

כאשר קונים מכונית משומשת מאדם פרטי מיד 2, או ממודעות, לא תחול תקנת השוק, כי תנאים מס' 4+5 לא מתקיימים, כי אם אני מוכר את המכונית שלי אני לא עוסקת במירה או ביום עסקים רגיל, לכן כאשר קונים מכונית מאדם פרטי יש כאן סיכון, כי אם האדם גנב או רמאי אז לא מתקיים תנאים 4+5 ואז לא מתקיימת תקנת השוק והבעלים יקבל את הרכב, מתי כן תחול תקנת השוק כאשר מדובר באדם עוסקת במכירת רכבים. לפני כמה שנים הוצעה הצעת חוק אשר המטרה שלה הייתה להכיל תקנת השוק, אבל הצעת החוק לא עברה.

עוד נק' לגבי מכירת מכוניות משומשות –

כאשר קונים מכונית מסוחר זה יכול להיות ממגרש/חברת ליסינג, אז חשוב לשים לב מה המעמד המשפטי של המוכר או החברה המוכרת באותה עסקה, האם היא הבעלים הרשום של המכונית או האם היא רק מתווכת, למה זה חשוב ?

כי את תנאים 4+5 אנו בוחנים ביחס למוכר, הבעלים אשר מוכר ולא ביחס לגורם המתווך. אנו צריכים לבדוק שתנאים 4+5 מתקיימים אצל המוכר, הנק' הזאת עלתה בפס"ד:

אוטו בלה נ' לאקי דרייב:

עבודות המקרה: באותו מקרה חברת אוטו בלה קנתה מכונית מגנב, במסמכי המכונית השאירו פתוח את השם של הקונה, כדי שחברת אוטו בלה תמכור את המכונית הלאה ותרשום ישר את שמו של הקונה, במדרך הזאת חוסכים יד של העברת בעלות וזה משפיע על בעלות הרכב. עלתה השאלה האם הקונה אשר קנה מאוטו בלה קיים את כל התנאים של תקנת השוק ?

לגבי תנאים 4+5 כאמור יש לבדוק אם הם מתקיימים על ידי הבעלים המוכר היינו הגנב, אבל בימה"ש פסק שמבחינה מהותית, למרות שאוטו בלה לא רשמה את עצמה כבעלים בעצם הבעלות עברה אליה, בימה"ש בחן את העסקה והעסקה בוצעה כעסקת מכר שחברת בלה קנתה את הנכס, לא מבחינה מהותית אוטו בלה היא זו שמוכרת את הנכס לקונה לכן צריך לבדוק האם תנאים 4+5 מתקיים אצל אוטו בלה. מכיוון שהתקיימו התנאים האלה הקונה זכה במכונית.

6) **קבלת ההחזקה בנכס –** במילים אחרות לקונה שלנו יש זכות קניינית בנכס, קבלת ההחזקה בנכס הופכת את הזכות לקניינית.

לגבי מכר מכוניות –

בעלות על מכוניות נרשמת במשרד הרישוי, אבל משרד הרישוי הוקם מכוח דיני התעבורה, ולצורך דיני התעבורה, לכן הרישום במשרד הרישוי איננו קנייני, זה רישום שנועד לצרכים אחרים, למשל אם רוצים לשלוח כנס לבעל הרכב, אז בודקים מי בעל הרכב במשרד הרישוי, לעומת זאת בדיני הקניין הבעלות ברכב הופכת לקניינית עם קבלת ההחזקה ברכב. כמובן החזקה בצירוף לחוזה מתאים למשל חוזה מכר, חוזה מתנה. ע"י קבלת ההחזקה במכונית אז הזכות הופכת להיות קניינית. בד"כ הבעלים הקנייני אשר מחזיק במכונית יהיה גם רשום במשרד הרישוי בתור בעל המכונית ואז לא נוצרת שום בעיה, אבל יכולים גם להיות מקרים בהם אין התאמה ואז לצורך בעלות קניינית של דיני הקניין נדרש קבלת ההחזקה במכונית, כל זה נקבע בפסיקה של בימה"ש העליון **סחר נ' בנק דיסקונט:**

נאמר הרישום במשרד הרישוי מבחינת דיני הקניין הוא בסך הכל **"דקלרטיבי"** כלומר הצהרתי, והוא איננו **"קונסטטיטויטיבי"** איננו מהותי. על קביעה זו חזרו בתי המשפט, ולאחרונה חזרו על קביעה זו בפס"ד **עו"ד איתן ארז נ' עטרת תעשיות בע"מ בפירוק (2016)** הקביעה שוב, מי שקובע זה מי שמחזיק ברכב, ולא מה שרשום במשרד הרישוי.

7) **תום לב** – ההלכה היא נדרש תום לב סובייקטיבי בלבד, רמה נמוכה, כלומר מספיק שהקונה הוא סובייקטיבי לא ידע שמדובר בגנב, יחד עם זאת אם התעורר חשד והוא נמנע מלבדוק זה נחשבת "עצימת עיניים" וחוסר תום לב. **ההלכות אשר קבעו זאת:**
רוזנשטרייך נ' חברה ארץ ישראל לאוטומובילים בע"מ

אוטו בלה נ' לאקי דרייב

קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל

די בתום לב סובייקטיבי, זה קצת מפתיע אותנו כי במקרקעין נדרש תו"ל אובייקטיבי, אולם כאן נדרש תו"ל סובייקטיבי, כי הרציונל של תקנת השוק זה לעודד חיי המחסר. חשוב לציין כאשר אנו מדברים על תום לב, נצמד לתקנות השוק ולא לחוק החוזים. בשנים האחרונות מתחילים לשמוע גישה שונה בכל הנוגע למכר מכוניות וזה בגלל קיומו של רישום במשרד הרישוי, הציבור הרחב לא מבין כי הרישום במשרד הרישום איננו קנייני, בנוסף התפתח נוהג של הציבור שלפני שקונים מכונית בודקים את הבעלות במשרד הרישוי ובנוסף הבדיקה במשרד הרישוי מאוד קלה הולכים לסניף דואר ובודקים מי הבעלים של הרכב, צעד קל כך פשוט מאפשר למנוע תאונה משפטית, לכן יש הערות אגב של שופטים שחושבים שכאשר מדובר במכר מכוניות אז תום הלב מחייב בדיקה במשרד הרישוי, **זאת לא**

ההלכה:

קון נ' חסון

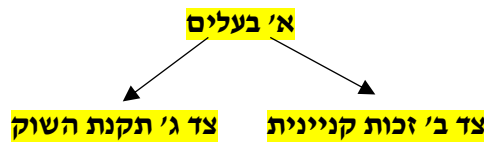
מדינת ישראל נ' בנק הפועלים

גישות המלומדים: פרופ' וייסמן, פרופ' מיגל דויטש.

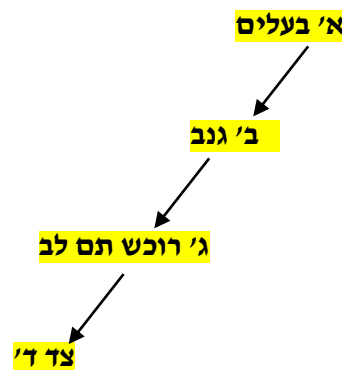
אז העצה הפרקטית לא לקחת סיכון ולבדוק במשרד הרישוי. יותר מכך פרופ' מיגל דויטש מציע להרחיב את הגישה האובייקטיבית על כל נכס המטלטלין היקרים, ולהטיל לגביהם "נטל בדיקה סביר על הקונה" אולם זאת לא ההלכה.

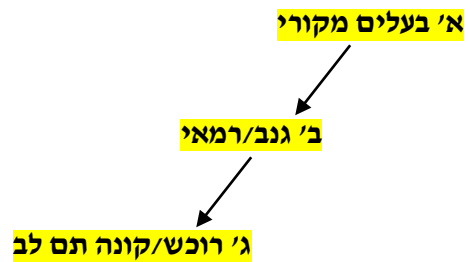
גמרנו לדבר על 7 התנאים כמה הערות קטנות על תקנות השוק, "השימוש בתקנות השוק":

- (1) המקרה הקלאסי שבו משתמשים בתקנת השוק הוא המקרה אשר דיברנו עליו כאשר הנכס נגנב והנכס מגיע לקונה תמים, ואז אמרנו אם הקונה מקיים את התנאים הוא מנצח את הבעלים.
- (2) אבל תקנת השוק חלה במצב של עסקות נוגדות, כאשר למתחרה הראשון בזמן יש זכות קניינית, במצב כזה מתחרה מאוחר יותר ינצח את הזכות הקניינית אשר קדמה לו אם הוא מקיים את כל התנאים של תקנת השוק.
- א' בעלים של נכס מטלטל עושה עסקה מול ב' הוא משכיר לו את הנכס, כאשר לצד ב' יש לו זכות קניינית. לאחר מכן א' הבעלים את אותו נכס הוא מוכר לצד ג', צד ג' ינצח בתחרות רק אם הוא מקיים את כל התנאים של תקנת השוק. אז בשכירות אם העסקה הראשונה בזמן היא שכירות לא בטוח כי צד ג' יקבל את החזקה, לכן הוא לא יקיים את תקנת השוק, אבל נלמד בהמשך על עסקאות "משכון" ואם לצד ב' יש משכון קנייני אז צד ג' המתחרה המאוחר יוכל לנצח אם הוא מקיים את כל התנאים של תקנת השוק.



- (3) ברגע שאם מקיים את כל התנאים של תקנת השוק הוא זוכה בבעלות נקייה וטובה, תקנת השוק כאילו מנקה ומטהרת את הנכס וכעת הקונה שקיים את תקנת השוק נחשב בעלים חוקי ותקין לכל דבר ועניין, כעת אותו צד ג' אשר עמד בתנאי תקנת השוק יכול בקלות באופן חוקי לגמרי לעשות איזה עסקה שהוא רוצה בנכס כי הבעלות שלו היא בעלות חוקית והבעלים המקורי כבר לא יוכל לדרוש את הנכס בחזרה, לא מצד ג' שמקיים את תקנת השוק ולא ממי שבא מכוחו, פעם אחת התקיימה תקנת השוק היא מטהרת את הסיטואציה, כל העבר נמחק. לכן גם אם צד ד' אשר קנה ממנו לא מקיים את תקנת השוק או קיבל את הנכס במתנה זה לא משנה פעם שתקנת השוק התקיימה אז היא מטהרת את כל העבר.



14. תקנת השוק במקרקעין

כפי שאנו יודעים גם בתחום המקרקעין פועלים רמאים, במקרקעין יותר קשה לרמות כי צריך לזייף מסמכים, אבל קורה הרבה פעמים כי רמאים שהם לא הבעלים של הנכס מוכרים אותו לקונה תמים והם נעלמים עם הכסף, וכעת שוב נוצרת תחרות זכויות בין צד א' שהוא בעלים מקוריים ורשום בטאבו, אבל מהצד השני יש לנו את צד ג' שקנה נכס מקרקעין, וכעת מתברר כי הנכס גנוב, איך מכריעים בין צד א'+ג', דיני חוזים לא פותרים את המחלוקת כי אין קשר בין צד א' לבין צד ג'. לכן דיני קניין פותרים את הבעיה.

לכן, הרוכש או הקונה מגיעים לביהמ"ש כי להגיע לפתרון, **סיפור של המרצה על מקרה אמיתי:**

יש למרצה חברה הוריה הם עשירים עם וילה אשר רשומה על שם ההורים, לפני מס' שנים הייתה שמועה כי היורשים הולכים לשלם מס' עיזבון, ז"א החברה של המרצה שהיא בת יחידה אשר יורשת את הווילה תצטרך לשלם מס' עיזבון. ההורים של החברה עשו עסקת מתנה לבת כי על מתנות אין מס', הצדדים חתמו על מתנה, וכאשר עושים עסקת מתנה צריך לדווח לרשויות המס, לאחר 10 ימים מתקשרת הפקידה ממס שבת, ומדווחת כי הווילה נמכרה, התברר כי היה רמאי אשר התחזה כאילו הוא ההורים של החברה, ומכר את הווילה, אם החברה הייתה מחכה עוד קצת יתכן כי המוכרים היו רושמים את הדירה בטאבו, עו"ד פנה לביהמ"ש כי לקבל צו מניעה, ואף הצליחו להוכיח כי הקונים עשו קנוניה עם הרמאי לכן הם לא קיימו את תנאי תקנת השוק, בימ"ש קבע כי העסקה בלתי חוקתית, והווילה נשארה אצל החברה.

כאשר מדובר "בתקנת השוק" במקרקעין יש סעיף ספציפי זה **ס' 10 לחוק המקרקעין:**

רכישה בתום לב

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

חשוב לציין, כאשר מדובר "בתקנת השוק" במקרקעין להבדיל במטלטלין, בתי המשפט מאוד מאוד מחמירים, כי מדובר כאן בנכס יקר הפגיעה בבעלים עלולה להיות מאוד קשה כי הנפגע יתכן ויפסיד את הבית או נכס אחר, הבעלים אין לו איך להגן על עצמו, הוא עשה כל מה שצריך בעלותו רשומה בטאבו, לכן בתי המשפט לא רק שמפרשים את יסודות הס' בחומרה אלא תכף נראה כי הוסיפו תנאים לתוך הסעיף.

הרציונל של תקנת השוק במקרקעין הוא לעודד עסקאות מקרקעין, בתנאי שלפני חתימת העסקה הקונה בדק את הטאבו, המטרה של הס' היא לחנך את הציבור שלפני עושים עסקת מקרקעין בודקים את הטאבו, ואנו נראה בהמשך שזה התנאי המרכזי בס' 10.

אז שוב מצד אחד כואב לנו על הבעלים, מצד שני הס' רוצה לעודד עסקאות מקרקעין, אז אם מקיים תנאים סבירים ובעיקר שלפני העסקה בדקת בטאבו אז החוק מעדיף אדם כזה על פני בעל הנכס.

התנאים המצטברים של תקנת השוק במקרקעין ס' 10 לחוק המקרקעין:

- (1) **זכות במקרקעין קניינית** – הסי' מתכוון לזכות קניינית במקרקעין כי חוק המקרקעין הוא חוק קנייני, יחד עם זאת הסי' מדבר על זכות במקרקעין לא רק בעלות, לכן מי שיכול להשתמש בתקנת השוק זה לא רק קונה של הנכס אלא גם חוכר, מי שלטובתו משכנתא מי שקיבל זיקת הנאה, ובקיצור כל הזכויות הקנייניות במקרקעין. לנו הכי קל לדבר על קונה אבל זה יכול להיות חוכר, בעל משכנתא, לכן במקרקעין מדובר על כל עסקה העיקר שהיא מכר.
- גם שוכר קצר עד 10 שנים שזכותו קניינית יכול להשתמש בתקנת השוק, הוא מקיים את תנאי מס' 1 יש לו זכות קניינית במקרקעין, אבל כפי שנראה בהמשך הוא לא יקיים את תנאי מס' 3 אשר דורש לבדוק את הטאבו לפני חתימת העסקה.**
- אנו מזכירים כי רישום הערת אזהרה ע"י צד ג' אינו נחשב רישום קנייני ולא מקיים את תנאי מס' 1.**
- (2) **מקרקעין מוסדרים** – הכוונה היא למקרקעין שעברו את "תהליך ההסדר" זה רוב שטחי המדינה בערך 96% הקרקעות במדינה מוסדרים, במקרקעין מוסדרים הרישום בטאבו נכון ומדויק לאחר שנבדקו כל העניינים הנדרשים.
- (3) **הסתמכות על המירשם** – למי הכוונה בהסתמכות על המרשם? יש לבדוק את המרשם לפני שחותמים על העסקה. הגישה היא לפני שעושים עסקת מקרקעין חייבים לבדוק את הטאבו, התנאי הזה הוא התנאי העיקרי בקנות השוק, כי אם אדם הלך ובדק את הטאבו לפני חתימת העסקה, הוא רוצה להגן עליו, להגן על ההסתמכות על המרשם אפילו אם אחר כך יתברר כי מה שהיה רשום בטאבו לא היה נכון.

בתי המשפט פירושו את התנאי הזה בחומרה וקראו לתוכו עוד דרישה בתי המשפט קבעו כי תקנות השוק חלה רק אם ההסתמכות על המרשם, היא זו שיצרה את "התאונה המשפטית" במילים אחרות תקנת השוק חלה כאשר הרישום בטאבו לא היה נכון, לא שיקף את המצב המשפטי האמיתי, אם בשל מרמה, טעות או כל סיבה אחרת.

מה דורש תנאי מס' 3 לפי הפסיקה?

מי שטוען לתקנת השוק צריך להוכיח טרם החתימה על החוזה הוא בדק את הרישום בטאבו **הסתמך עליו + הרישום בטאבו לא היה נכון, כי הוא לא שיקף את מצב הזכויות האמיתי בנכס.**

ניקח כמה דוג כפי להסביר את התנאי של בתי המשפט:

(א) **המצב הוא צד א' בעלים של נכס רשום בטאבו, צד ב' הוא רמאי אשר זייף מסמכים כאילו הוא קנה את הנכס מהבעלים, ובהמשך נרשם בטאבו כאילו הוא עכשיו הבעלים, אז בעצם הרמאי שלנו הוא רשום בטאבו, בשלב הבא הרמאי מוכר הנכס לצד ג'. האם במצב כזה מתקיים תנאי מס' 3 כפי שהפסיקה פירשה?**

מצב כזה מקיים את התנאי המיוחד שדרשה הפסיקה, אכן יש כאן רישום לא נכון בטאבו, כי באמת מבחינה אמיתית הרמאי איננו בעל הנכס, הרישום הזה הוא רישום מרמה, רישום לא נכון, הוא לא משקף את מצב הזכויות האמיתי בנכס, לכן מצב כזה כן מקיים את הדרישה המיוחדת של הפסיקה.

(ב) **צד א' בעלים של נכס, צד ב' הוא רמאי אשר הציג את עצמו כאילו הוא פועל מטעמו של בעל הנכס (היה לו ביד יפוי כוח שבעל הנכס נתן לו מזמן למזמן לפני שנים וכבר שכח ממנו) עו"ד כפי משתמש כעת בייפוי הכוח שאינו מוגבל בזמן, ומציג את עצמו כאילו הוא פועל מטעם הבעלים, על סמך המצב הזה עו"ד מוכר את הנכס לצד שלישי. כאן הרמאי לא רשום בטאבו, מי שרשום בטאבו זה הבעלים המקוריים. האם במצב כזה מתקיימת הדרישה של בתי המשפט? נזכיר כי הדרישה קבעה שצריך רישום שגוי בטאבו?**

לא מתקיים תנאי זה כי הרישום בטאבו נכון, התאונה המשפטית נבעה לא בגלל רישום בעייתי בטאבו אלא בגלל הסתמכות על עניין חיצוני בטאבו, הסתמכות על ייפוי כוח, המרמה כאן לא הייתה מרמה של רישום בטאבו אלא המרמה הייתה חיצונית לטאבו, לכן לא מתקיימת דרישת הפסיקה, לא מתקיים תנאי מס' 3 כפי שהפסיקה מפרשת אותו, לכן הקונה לא קיים את תקנת השוק, והנכס חוזר לבעלים. **זה היה בפס"ד:**

ס.מ. יצירה בע"מ נ' מוזאפאר

(ג) **המצב הקלאסי והפשוט שבו מתקיים תנאי מס' 3 הוא כאשר הקונה התמים רכש את הנכס מהרמאי, כאשר הרמאי היה רשום בטאבו כבעלים זהו מקרה מס' 1 אשר דיברנו עליו בשבוע שעבר, במצב כזה תנאי מס' 3 מתקיים כי יש לנו הסתמכות על רישום לא נכון בטאבו, איפה זה הרישום הלא נכון בטאבו? הוא הרישום של הרמאי כאילו הוא הבעלים.**

(ד) **פס"ד להיגי נ' עזורי (2013) –** בפס"ד הזה הקונה התמים קנה את הנכס, ממי שהייתה לו בסך הכל זכות אישית ביחס לנכס **בימ"ש קבע וזה התקדים: שגם במצב כזה יכול להתקיים תנאי מס' 3 בתנאי שהקונה בדק את כל שרשרת העסקאות עד לבעלים הרשום בטאבו.**



עובדות המקרה: להיגי היה בעלים של מגרש גדול בכפר שמריהו, להיגי עזב את הארץ לחו"ל, אלבז הוא רמאי אשר זייף חוזה בשנת 1999 כאילו להיגי מכר לו את הנכס, ועל סמך החוזה המזוייף אלבז רשם לטובתו הערת אזהרה בטאבו, בשלב הזה שבו לאלבז יש רק זכות אישית, הוא מכר את הנכס למואטי, הפרקטיקה של אדם אשר מוכר נכס כאשר יש לו זכות אישית בלבד היא פרקטיקה חוקית ומקובלת, כי בעל הזכות האישית מניח שהוא יוכל בקרוב להשלים לזכות קניינית להירשם בטאבו ואז להעביר לקונה את הבעלות הקניינית בטאבו, אומנם יש כאן סיכון מסוים שאולי בסופו של דבר המכור לא ישלל את זכותו לזכות קניינית, אבל במרבית המקרים לא מתעוררת בעיה ולכן הפרקטיקה הזאת מאוד נפוצה (פס"ד גנז), נחזור למקרה שלנו אלבז יש לו זכות אישית והתחייב למכור למואטי, אכן אחרי שנחתם החוזה בין אלבז למואטי אלבז נרשם כבעלים בטאבו הכל על סמך מסמכים מזוייפים.

מואטי, שכאמור יש לו רק זכות אישית ביחס לנכס החליט גם הוא למכור הלאה את הנכס, והוא מכר את הנכס לעזורי שוב קונה תמים, לאחר זמן מה מואטי השלים את זכותו לקניינית ונרשם כבעלים בטאבו, ובעקבות זאת גם עזורי השלים את זכותו לקניינית ונרשם כבעלים בטאבו.

בשלב זה אחרי שכבר חלפו שנים נודע בשנת 2005 ללהיגי, כעת להיגי הגיש תביעה לביהמ"ש לבטל את כל שרשרת המכירות ולתקן את הרישום בטאבו, כדי שהבעלות תירשם על שמו. מצד שני עזורי הסמך על הרישום בתום לב, פתאום אומרים לו כי העסקה ירד לטמיון, הדבר היחיד שעזורי יכול לעשות זה טעון תקנת השוק, ואז עלתה השאלה **האם מתקיים תנאי מס' 3 כפי שפירושו אותו בתי המשפט, היינו האם הייתה הסתמכות על רישום לא נכון בטאבו.**

ביהמ"ש קבע: ביהמ"ש בדק קודם כל האם מואטי עומד בתקנת השוק, כי תמיד מתחילים עם הצד אשר קנה מהרמאי ואם הוא עצמו מקיים את תקנת השוק אז הוא עצמו מקבל בעלות נקייה וחוקית, הוא עצמו כבר התגבר על הרמאות, ולכן שאר הצדדים אשר יקנו ממנו, כמו עזורי כבר לא יצטרכו לעמוד בתנאי תקנת השוק בעצמם. פעם אחת מישהו עומד בתקנת השוק הוא טיהר את הבעלות.

האם מואטי מקיים את תנאי מס' 3 ?

לא, איננו מקיים את תנאי מס' 3, כי מואטי קיבל את הנכס מאלבז כאשר באותו עת לאלבז הייתה רק זכות אישית, במצב כזה מואטי היה צריך לבדוק את כל שרשרת העסקאות עד לבעלים המקוריים להיגי, במילים אחרות מואטי היה צריך לבדוק את החוזה בין אלבז לבין להיגי אולי אפילו לנסות ליצור קשר עם להיגי, אבל מואטי לא עשה את כל זה לכן לא מתקיים תנאי מס' 3.

אם כך עוברים לשלב הבא, כעת בודקים האם עזורי קיים את תקנת השוק ?

ההתמקדות היא בתנאי מס' 3, הפעם מתברר כי עזורי כן קיים את תנאי מס' 3 כי הוא כן בדק את שרשרת העסקאות עד למי שהיה רשום בתור בעלים קנייני באותו עת וזה היה אלבז. עו"ד של עזורי בדק את החוזה בין מואטי לבין אלבז, במילים אחרות עזורי מקיים

את תנאי מס' 3 כי הוא למעשה מסתמך על רישום לא נכון בטאבו, הרישום הלא נכון היה הרישום של אלבו כבעלים והעובדה שעזורי הסתמך על הרישום הזה בא על ידי ביטוי בכך שהוא בדק את כל שרשרת העסקאות עד לאותו רישום לא נכון בטאבו.

סיכומו של דבר: נקבע כי עזורי עמד בכל תנאי תקנת השוק, ולכן התוצאה הייתה שהנכס נשאר בבעלותו של עזורי. זה מתקשר למה שאמרנו בשבוע שעבר, זה פוגע בלהיגי כבעלים מקוריים. תקנת השוק רוצה לעודד אנשים לקנות נכסים, ובעיקר שסתמכים על המרשם אז את מקבלים הגנה.

ה) פס"ד מורדכיוב נ' מינץ (2014)



עובדות המקרה: דובר במינץ הוא כנר ומנגן על עץ, מינץ ירש מאמא שלו אשר נפטרה דירה, ובגלל שהוא היה קשור לאמא שלו (רגשית) הוא נעל את הדירה והשאיר אותה באותו מצב, כאשר מינץ מסתובב בעולם ולא נמצא בארץ ולא גר בדירה, בשלב כל שהוא רמאי התחזה למינץ באמצעות רישון נהיגה מזויף "זהות גנובה" הרמאי כאשר הוא מתחזה למינץ מכר את הדירה לבוהדנה ממחיר נמוך משמעותית ממחיר השוק כדי לברוח מהר, בוהדנה ביקרו בדירה כי הראמי התקשר עם המתווך והוא הראה להם את הדירה ולא חשדו בשום דבר, המתווך מכר את הדירה לבוהדנה, כעת לבוהדנה יש זכות אישית ביחס לדירה והם רשמו לטובתו גם הערת אזהרה, תוך חודשים בוהדנה מכרו את הדירה לקוזייב, זאת יש כאן מצב שהמוכר איננו הבעלים הקנייני הרשום אלא יש לו בסך הכל זכות אישית. **מספר שבועות לאחר חתימת החוזה בוהדנה נרשמו בטאבו כבעלים, ובעקבות זאת גם קוזייב נרשמו כבעלים בטאבו, כעת קוזייב הם בעלים בטאבו, קוזייב השקיעו כסף ושיפצו את הדירה, המשפחה גרה שם בשמחה רבה. יום אחד עבר ברחוב חבר של אדון מינץ וגילה שהדירה משופצת והיה בהלם מהמקרה ועלה לדפק בדלת נדהם לגלות את משפחת קוזייב, הוא דיווח למינץ, הסכסוך הגיע לבימ"ש, מצד אחד מינץ רוצה את הדירה בחזרה, מצד שני קוזייב שגרים שנים בדירה ושיפצו אותה לא מוכנים לוותר.**

איך מכריעים בתחרות? תקנת השוק? כי הקונה רוצה לנצח את הבעלים, רק מי שמקיים את תקנת השוק יכול לנצח את הבעלים של הנכס.

בימה"ש בדק: האם בוהדנה מקיים את התנאים של תקנת השוק, תמיד מתחילים בחוליה הראשונה אחרי הרמאי.

בימה"ש קבע: כי בוהדנה לא קיימו את תקנת השוק, בגלל שהתאונה המשפטית קרתה לא בגלל רישום בטאבו, אלא בגלל הסתמכות על רישון נהיגה מזויף משהו שהוא חיצוני למרשם, אז לא מתקיים תנאי מס' 3, בנוסף נקבע שבוהדנה באמצעות עו"ד שלו היה חסר **תום לב ולמה?**

עו"ד שלו חשד ברישון הנהיגה כי היה מטושטש, וביקש תעודת זהות, אבל הרמאי נעלם והופיע עם תעודת זהות חדשה אשר הונפקה באותו יום, ז"א נדלקו מס' נורות אזהרה, לכן היה מצופה עו"ד לעצור את העסקה והתירש, לכן זה נחשב "עצימת עיניים" וזה חוסר תום לב, לכן בוהדנה אינו מקיים את תקנת השוק.

כעת בימה"ש בודק האם קוזייב מקיימים את תקנת השוק?

כאן זה החידוש של בפס"ד תנאי מס' 3 דורש הסתמכות על רישום שגוי בטאבו, בימה"ש קבע כי רישום שגוי לא חייב להיות דווקא רישום של בעלות אלא זה יכול להיות גם רישום של הערת אזהרה, שלא משקפת את מצב הזכויות האמיתיות. כאשר קוזייב קנו את נכס הייתה רשומה הערת אזהרה לטובת בוהדנה, אבל העסקה של בוהדנה, והערת האזהרה

בעצם התבססו על רמאות, לבוהדנה אין זכות אמיתית בנכס, לכן הערת האזהרה נחשבת רישום לא נכון. בנוסף בימה"ש קבע שמי שמסתמך על הערת אזהרה לא נכונה לא יכול להסתפק בזה, והוא צריך לבדוק את כל שרשרת העסקאות עד לבעלים הרשום באטבו, קוזיב לא עשה את כל זה, גם עו"ד של קוזיב התרשל והוא הסתפק בהסתמכות על הערת האזהרה והזכות האישית של בוהדנה, **לכן קוזיב לא מקיים את תנאי מס' 3.**

בנוסף נקבע, שגם קוזיב הם חסר תום לב, שוב בגלל עצימת עיניים, הם ידעו כי בוהדנה קנה את הנכס במחיר מאוד זול, ושהוא מוכר עכשיו אחרי חודשיים אלה נסיבות אשר מעוררות חשד, **אבל קוזיב באמצעות העו"ד לא בדק לעומק, לכן קוזיב חסר תום לב.**

לסיכום קוזיב גם הוא לא מקיים את תקנת השוק.

התוצאה היא: כי הנכס חוזר למינץ הבעלים זאת לפי תקנת השוק, יחד עם זאת בימה"ש ריחם על קוזיב, לכן בימה"ש פנה למינץ וביקש ממנו לפנים משורת הדין לתת סכום כספי כדי לכסות להם את עלויות השיפוץ.

(4) **תום לב – איזה רמת נדרש של תום לב האם תום לב סובייקטיבי או אובייקטיבי ?**

(א) גישה א' - תום לב סובייקטיבית - מספיק שבדקת את המרשם הכל נראה תקין לא גילתה שום בעיה ומבחינה סובייקטיבית פעלת בתום לב, **שורה של מס' פסקי דין אשר קבעו זאת וזאת ההלכה: חוות מקורה בע"מ נ' חסן + בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונדרס + דנציגר נ' רביב.**

יחד עם זאת אם התעורר חשד ואדם נמנע מלבדוק את החשד זה נחשב לעצימת עיניים וחסר תום לב.

תום הלב הסובייקטיבי, צריך להתקיים לאורך כל שלבי העסקה עד וכולל הרישום בטאבו זה נקבע בפס"ד **בעלי מקצוע נכסים בע"מ נ' סונדרס + זה פס"ד אלג'אבר נ' חליל:**

אלה שני פסקי הדין אשר דורשים תום לב בכל השלבים וזאת ההלכה.

(ב) גישה ב' - תום לב אובייקטיבית – זה נקבע פס"ד **מורדכיוב נ' מינץ + להיגי נ' עזורי** התקדים אשר נקבע בהם מחייב את האדם לא רק לבדוק בטאבו אלא לערוך בדיקה בכל שרשרת העסקאות. בנוסף מי שטוען לגישה האובייקטיבית זה **פרופ' מיגל דויטש: והוא הוסיף דרישה שחובה לערוך ביקור בנכס.**

(5) **תמורה –** פירושה, ממשיית ריאלית, ובפרופורציה לשווי השוק בנכס, הכל תלוי בנסיבות, הנושא של תמורה נידון **בפס"ד חוות מקורה בע"מ נ' חסן:**

עובדות המקרה:

משפחת חסר בעלים מקוריים



האפוטרופוס על נכסי נפקדים



חוות מקורה בע"מ

דובר כאן באדמה חקלאית אשר במקור הייתה שייכת למשפחת חסן משפחה ערבית כל זה היה בתחילת המאה הקודמת, בשנת 1948 כאשר הייתה מלחמת העצמאות, משפחת חסן כמו הרבה ערבים ברחו מהארץ והשאירו את האדמה, מדינת ישראל לקחה על עצמה את הטיפול באדמות האלה, במשרד המשפטים קיים "האפוטרופוס על נכס נפקדים" - אנשים אשר ברחו והשאירו אחריהם רכוש הם נפקדים, האפוטרופוס במשרד המשפטים מטפל בכל הנכסים, האפוטרופוס פועל על פי חוק נכסי נפקדים, החוק מאפשר לאפוטרופוס בתנאים מסוימים לבצע עסקאות בנכסים של הנפקדים, במקרה הנדון האפוטרופוס עשה עסקה בקרקע החקלאית של משפחת חסן איזה עסקה ?

הוא החכיר לדורות את הקרקע לחברה חקלאית בשם חוות מקורה בע"מ.

אחרי תקופה של שנים רבות הופיעו אצל האפוטרופוס היורשים של משפחת חסן המקורית, הם דורשים לבטל את החכירה להחזיר להם את החכירה בקרקע, וגם לתקן את הרישום בטאבו כך שתהיה להם בעלות בטאבו ללא שום זכות חכירה. מנגד חוות מקורה מתנגדת היא השקיעה הרבה כסף כמו טפטפות, שתילת עצים וכו'. ואם הם יתפנו כל ההשקעה תרד לטמיון. בנוסף על פי חוזה החכירה החברה שילמה די חכירה שנתיים, כך שהחברה כבר הוציאה הרבה כסף על הקרקע ולא מוכנה לוותר. ובכן הסכסוך הגיע עד בימה"ש העליון. בימה"ש בדק האם חוות מקורה עומדת בתקנת השוק, למה תקנת השוק רלוונטית, אין כאן מרמה? כי תקנת השוק היא המכשיר המשפטי היחיד אשר מאפשר להתגבר על הזכות הקניינית של הבעלים. אחד התנאים הבעייתיים היה תנאי בדבר התמורה תנאי מס' 5, ולמה? משפחת חסן טענה מכיוון שהחברה טרם שילמה עבור עשרות השנים הבאות, אז היא לא קיימה את דרישת התמורה לגביהן, ולכן היא לא תוכל להמשיך וליהנות מהנכס, בתקופה שעבורה טרם ניתנה התמורה, אבל בימה"ש קבע: שכן התקיימה דרישת התמורה משתי סיבות:

(א) כאשר מדובר בעסקת שכירות או חכירה, כאשר התשלום נעשה "תשלום לשיעורין" כלומר בתשלומים נפרדים, אז נדרש להסתכל על כל העסקה כמכלול, אם רוב תקופת החכירה עברה, ורוב התמורה כבר שלומה אז מצב כזה כן מקיים את דרישת התמורה, מצב כזה של דרישת התמורה התקיים באותו פרשה.

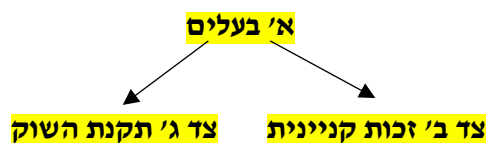
(ב) החברה השקיעה הרבה מאוד כסף בנכס, היא השקיעה לטווח ארוך ובכך היא שינתה את מצבה לרעה לכן יש לראות את כל ההשקעות האלה כתמורה וזו סיבה נוספת מדוע במקרה הנדון התקיימה דרישת התמורה.

לסיכום, דרישת התמורה התקיימה, אבל בימה"ש קבע שלא התקיים התנאי של תום לב ולמה?

כי התברר כי החווה כאשר חתמה על העסקה, ידעה על הבעלים המקוריים היו סימנים כי היורשים קיימים. התעורר חשד והיא "עצמה עיניים". לכן בסופו של הסיפור לא התקיים תום לב, והקרקע חוזרת לבעלים המקוריים.

תקנת השוק ועסקאות נוגדות:

מי שמקיים את התנאים של תקנת השוק מנצח על זכות קניינית אשר קדמה לו, אפילו אם הזכות היא ראשונה בזמן וגם קניינית, תקנת השוק מנצחת. לאור הקביעה הזו ניתן להשתמש גם במצבים של עסקאות נוגדות, כאשר רוצים להתגבר על זכות קניין קודמת בזמן.



אם לראשון בזמן יש זכות קניינית אז גם הוא ראשון בזמן וגם קנייני והוא אומר לכאורה לנצח, אבל אם השני בזמן מקיים את תקנת השוק אז תקנת השוק היא מנצחת, לכלל הזה יש חריג:

כאשר הזכות הקניינית הראשונה בזמן היא זכות שלא רשומה בטאבו אז, תקנת השוק לא תנצח אותה, למה?

לדוג – נניח המתחרה הראשון בזמן צד ב' הוא שכור קנייני שלא רשום בטאבו (כאשר השכירות עד 10 שנים, והשכור קיבל את ההחזקה בנכס) אז לשוכר יש זכות קניינית אבל היא לא רשומה בטאבו, כאשר המתחרה המאוחר שהוא צד ג' לא יראה את השכירות הזאת, נשמע מוזר אבל תקנת השוק לא תגן עליו מפני השכירות כי המרשם בטאבו שלא שיקף את השכירות היה נכון, ואמרנו כי הפסיקה פירשה את ס' 10 כך שנדרשת הסתמכות על רישום לא נכון בטאבו, המרשם לא היה אמור לשקף את השכירות לכן המרשם נכון, ולכן תקנת השוק לא מתקיימת במקרה הזה.

במצב של עסקאות נוגדות, אם למתחרה הראשון בזמן צד ב', יש זכות אישית אין צורך להשתמש בתותחים הכבדים של תקנת השוק, והס' אשר יחול זה ס' 9 לחוק המקרקעין.

נדבר על פס"ד מועדי נ' שוקחה (2018), הפס"ד עוסק בתקנת השוק במקרקעין.

עובדות המקרה: דובר בבעלים של קרקע אשר התחייב למכור את הקרקע לקונה מסוים, הצדדים חתמו על חוזה ולצד ב' (הקונה) יש זכות אישית, לאחר מכן בעל הנכס נפטר ובמסגרת הליכי היושרה נקבע כי קרובת משפחה היא היורשת של הקרקע והקרקע נרשמה על שמה בטאבו(יורשת), לאחר מכן היורשת מכרה את הקרקע לקונה אחר קונה ג', גם הוא חתם על החוזה ויש לו זכות אישית, כעת נודע לשני הקונים אחד על השני נוצר כאן מצב של עסקאות נוגדות או במילים אחרות תחרות זכויות והשאלה הי מי מנצח בתחרות ?

ובכן צריך להחליט איזה ס' חל, הס' הקלאסי הוא ס' 9 לחוק המקרקעין, אבל בימה"ש העליון בדעת רוב קבע אחרת, הוא קבע כי חל ס' 10 תקנת השוק במקרקעין, ולמה ?

התברר כי היורשת כאשר היא מכרה את הקרקע לקונה, ידעה על העסקה הראשונה, ובכל זאת מכרה את הקרקע, יותר מזה למרות שהיא ידעה על העסקה הראשונה היא התעקשה להעביר את הבעלות על שמה בטאבו, בימה"ש קבע כי הרישום הזה בטאבו על שם היורשת הוא בעצם רישום לא נכון. שלא משקף את מצב הזכויות הנכון בטאבו, וכאשר היא המשיכה ומכרה את הנכס לקונה, זה מצב שבו המכר נעשה ע"י מי שאיננו בעל הזכויות האמתיות. במצב כזה הקונה ג' ינצח בתחרות רק אם הוא מקיים את תקנת השוק. **באותו מקרה הוא לא קיים את כל התנאים לכן הוא מפסיד בתחרות. נשמע מעניין, זאת ההלכה. מהיום והלאה חלה תקנה השוק.**

אבל נראה כי יותר מעניין של דעת יחיד של הש' דפנה ברק ארז היא מגיעה לאותה תוצאה מנימוק אחר, לגישתה של הש' הס' המתאים הוא ס' 9 לחוק המקרקעין. ולמה ?

בס' 10 משתמשים כאשר רוצים להתגבר על זכות קניין קודמת בזמן. לעומת זאת במקרה הנדון הקונה המאוחר ג' רוצה להתגבר על זכות אישית קודמת בזמן זכותו של ב'. במצב כזה לא צריך להפעיל את התותחים הכבשים של תקנת השוק, די בקיום התנאים של ס' 9 כדי לנצח בתחרות. עוד נקי הרישום בטאבו על שם היורשת איננו רישום לא נכון, היא ירשה כדין ולכן זכותו להירשם כבעלים בטאבו, ומכיוון שאין שלב של רישום לא נכון אז לא מתקיים תנאי מס' 3 של תקנת השוק, וממלא תקנת השוק לא חלה.

לפי שתי הגישות הקונה השני מפסיד ולמה ?

- (1) אין לו זכות קניינית.
- (2) הקונה השני בזמן היה חסר תום לב, כי מתברר שהוא ידע על הקונה הראשונה, ותו"ל נדרש לפי ס' 10+9.

לכן השני בזמן הפסיד. דעת הרוב הולכים לפי ס' 10.

15. המשכון

חוק המשכון הוא חוק ישן, אבל עדיין מחייב, חלק מההוראות מחייבות, עומדת על הפרק ה"ח אשר נתקן את החוק הישן. עדיין החוק החדש לא נכנס לתקוף, לכן כעת מה שמחייב זה החוק הישן.

מה זה משכון ?

זה מוגדר בס' 1 לחוק

מהות המישכון

1. (א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

(ב) הערובה יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב.

משכון ושעבוד הן מילים נרדפות, כמו בחברות מה זה שעבוד חברה ? זה משכון.

המשכון הוא עסקה נלוות, הוא בא להבטיח חיוב או חוב באותה עסקה אחרת.

לדוג-

בנק נותן הלוואה ללקוח, אז יש לנו כאן עסקת הלוואה, חוזה הלוואה, **הבנק חושש כי הלקוח לא יפרע את החוב**, ולכן דורש מהלקוח לשעבד נכס שלו לטובת הבנק להבטחת החוב, בהתאם הצדדים חותמים על חוזה משכון.

כלומר יש שני חוזים, **עסקת הלוואה + עסקת משכון**, אשר מטרתה להבטיח את החוב בעסקת ההלוואה. הם החוב נפרע כראוי, המשכון פוקע אוטומטית, כי עסקת המשכון נלוות לעסקת ההלוואה.

לעומת זאת, אם החוב לא משולם, אז הבנק הנושה רשאי "לממש את המשכון", איל עושים את זה? הדרך המקובלת היא מכירת הנכס בהוצאה לפועל במכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב, מי שיציע את המחיר הגבוה ביותר הוא זה אשר יקנה את הנכס, הכסף שמתקבל מהמכירה נמסר לנושה לכיסוי החוב, אם הכסף לא הספיק לכיסוי החוב, אז הנושה יצטרך לנקוט בהליכים משפטיים אחרים כנגד החייב, למשל תביעה משפטית ועיקולים.

לעומת זאת, אם הכסף אשר מתקבל מהמכירה כולה על סכום החוב, אז העודף נמסר לחייב. אין שום כוונה כי הנושה יקבל מעבר ממה שמגיע לו. חשוב לציין מי שקנה את הנכס בהוצאה לפועל כמובן מקבל נכס נקי מהמשכון. והאסמכתא לכך זה ס' 34 א. לחוק המכר.

מכירה על ידי רשות (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

34א. נמכר נכס על ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס, חוץ מזכות שלפי תנאי המכירה אינה מתבטלת ומזכות שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי.

לעסקת המשכון יש שני צדדים :

"חייב" בעל הנכס הממשכן ← נושה מי שלטובתו המשכון "בעל המשכון"

חייב הוא הבעלים של הנכס גם כשאר נעשה המשכון, עד למימוש הנכס, בעל הנכס הוא הממשכן, מנגד הנושה שהוא מי שלטובתו המשכון, ועוד מונח, הנושה הוא "בעל המשכון" הוא לא הבעלים של הנכס, אלא בעלים של המשכון.

כעיקרון ניתן למשכן את כל סוגי הנכסים, מטלטליו, מקרקעין (משכנתא), זכויות (כמו קניין רוחני) זכות אובליגטורית כמו אדם שקנה דירה ויש לו חוזה וכבר בשלב הזה הוא כבר מוכר את הדירה בעצם הוא מכר זכות אישית, גם בתחום דיני קניין רוחני ניתן לשעבד פטנטים. אנו נדבר על מקרקעין ומטלטליו.

המשכון נולד תמיד בחוזה בין שני צדדים, החוזה מוליד (יוצר) לנושה זכות אישית בלבד זה נקרא **"זכות אישית מלשכון"** ההמלצה לנושה תהיה לשכלל את הזכות האישית ולהפוך אותה לקניינית ואז יהיה לנושה משכון קנייני.

החוק המרכזי אשר חל על עסקאות משכון הוא חוק המשכון, **אבל ס' 2 לחוק קובע**

תחולה

2. (א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.
(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, היא כינויה של העסקה אשר היא.

ז"א אם קיים דין ספציפי, אז הוא גובר, למשל חוק המקרקעין אשר חל משכון מקרקעין (משכנתא).

שתי דוגמאות אשר נובעות מהשימוש בחוק המקרקעין כדין ספציפי:

- (1) **דרישת הכתב** – בחוק המשכון אין דרישת כתב, לכן משכון על נכס מטלטל יכול להיות גם בעל פה, כמובן שמבחינה פרקטית זה לא רצוי כי הנושה מסתמך כל המשכון להבטחת חוב. לכן ברור כי לנושה כדי בכל מקרה לערוך את חוזה המשכון בכתב. **לעומת זאת אם מדובר במשכנתא במקרקעין חל ס' 8 לחוק המקרקעין דרישת הכתב ומה זה אומר ?** חוזה משכנתא חייב להיות בכתב, ומה קורה אם הוא נעשה בעל פה ? **אין לו תוקף. ז"א חוזה משכנתא שלא נעשה בכתב אין לו שום תוקף.**
- (2) **קנייניות המשכון** – כאשר מדובר במשכנתא במקרקעין, **חל ס' 7 לחוק המקרקעין** והוא קובע שהדרך היחידה להפוך את המשכנתא מזכות אישית לזכות קניינית ע"י רישום בטאבו. אנו צריכים לדעת כי בנקים חותים מול הלקוחות כל משכנתא וכמה שיותר מהר יש פקיד בבנק לוקח את החוזה של המשכנתא ורושמה אותה בטאבו. **מה לגבי משכון של מטלטלין ?** זה כפוף לחוק המשכון, **חוק המשכון בס' 4 קובע 3 דרכים** איך ניתן לשכלל את המשכון. כאשר רק אחת מהן עוסקת ברישום.

משכון במטלטלין**ס' 4 לחוק המשכון****כוחו של המישכון כלפי נושים אחרים**

4. כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה –

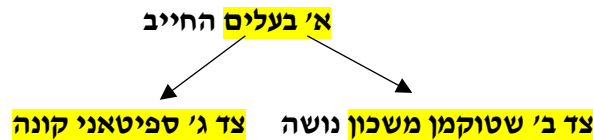
- (1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה – בהתאם לאותן הוראות;
- (2) בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב – עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;
- (3) בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.

ס' 4 קובע 3 דרכים איך ניתן לשכלל משכון על מטלטלין ולהפוך אותו למשכון קנייני, התנאים לא מצטברים, נדרש להוכיח דרך אחת כדי להפוך את השכלול לקנייני:

- (1) **רישום אצל הרשם המתאים** – אם מדובר באדם פרטי אשר ממשכן נכס שלו, למשל אני קונה רכב ולקוח הלוואה אז הבנק ירשום את המשכון, במשכון ירשם אצל "רשם המכשונות". לעומת זאת, כאשר הממשכן זו חברה, אז המשכון נרשם אצל "רשם החברות".
- (2) **הפקדה של הנכס בידי הנושה** – מה זה אומר? החייב בעל הנכס נותן את הנכס לנושה מוסר את הנכס לנושה, ההחזקה בנכס היא כעשיו בידי הנושה, ואנו יודעים כי במטלטלין החזקה היא האקט הנוסף אשר הופך זכות מאישית לקניינית היא מתלווה לחוזה ומשכללת את הזכות האישית לקניינית.
דוג-
אם נלך לרחוב אלנבי בת"א, יש המון חנויות של תכשיטים והחנויות הם של משכונאי, נניח אני רוצה לקח הלוואה מבנק כדי לחתן את הבת שלי, אולם הבנק לא רוצה לתת לי, לכן כאשר אין ברירה אנשים פונים למשכונאי ואני אבקש ממנו כסף, ותמורת הלוואה אני אתן לו שעון/תכשיט יקר כלומר, אני ממשכן לו את החפץ, ואם אני לא אפרע את הלוואה, המשכונאי המלווה יכול לממש את החפץ. אם זה משכונאי הוא מסודר ונוח חותמים על טופס וזה חוזה, אבל המשכונאי רוצה שתהיה לו זכות קניינית לכן מה שעושים, אני מוסר את החפץ למשכונאי למשך כל תקופת הלוואה, והמשמעות היא כי למשכונאי יש משכון קנייני. נושה שרוצה לממש את המשכון לא יכול לקחת את הנכס אליו, הדרך היחידה זה מכירה פומבית ואם יתקבל סכום יותר גדול העודף יחזור לחייב.
- (3) **צד שלישי ידע/היה עליו לדעת** – אם צד שלישי ידע על המשכון או היה עליו לדעת אז כלפיו המשכון נחשב קנייני(הוא יפסיד), זה דבר מוזר הדרך הזו בא על ידי ביטוי במצב של עסקאות נוגדות, הדרך הזאת "מוזרה" כי היא יוצרת מעמד יחסי כלפי הנושה שידע או היה עליו לדעת, אבל כלפי נושים אחרים המשכון נחשב זכות אישית, משהו מאוד מוזר, וזה מה שקבוע בחוק המשכון שלנו.

ס' 4 לחוק המשכון קובע שכלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של המשכון יפה אם הוא שוכלל באחת מ 3 הדרכים שמפורטות בסעיף.

הדרך הפשוטה להבין את ס' 4 זה **להסתכל** עליו בתור ס' פשוט אשר קובע איך ניתן לשכלל את המשכון? איך באחת מ 3 הדרכים, אבל בימה"ש העליון הבין את ס' 4 בצורה אחרת כאילו זה ס' של עסקאות נוגדות, והס' הזה חל בכל פעם שיש תחרות בין משכון לבין זכות אחרת, פס"ד אשר קבע את התקדים הזה **פס"ד שטוקמן נ' ספיטאני**



אדם מסוים צד א' היה בעלים של מכונית, צד א' לקח הלוואה מ שטוקמן להבטחת הלוואה צד א' משכן את המכונית שלו לטובת שטוקמן, המשכון לא נרשם אצל רשם המשכונות, והמכונית נשארה בידי א' הבעלים. אז כל מה שהצדדים עשו חתמו על הסכם קצר, הסכם משכון. **לאחר זמן מה צד א' הבעלים היה זקוק לכסף, לכן הוא מכר את המכונית לספיטאני, וספיטאני פעל בתום לב לא ידע על המשכון, ספיטאני שילם את מלוא התמורה, וספיטאני קיבל את המכונית לידינו מה שזה אומר שהוא הבעלים ויש לו זכות קניינית.**

בשלב זה הסיפור נודע **לשטוקמן** והוא אמר לא המכונית היא שלי, וכעת יש ויכוח בין **ספיטאני לבין שטוקמן**.

שטוקמן רוצה את המכונית שהיא ממושכנת, מצד שני ספיטאני אומר שהמכונית היא שלי.

יש לנו את המצב של עסקאות נוגדות, וכדי להכריע בתחרות איזה ס' חל?

בימה"ש העליון החליט **זה ס' 4 לחוק המשכון**, כי זה הס' הספציפי אשר עוסקת במשכונות, ובימה"ש חשב שזה ס' מתאים לעסקאות נוגדות. זה שלב ראשון חל ס' 4.

בהמשך ביהמ"ש מנתח את התחרות לפי ס' 4. וכעת לפי ס' 4 כל מה שצריך לבדוק זה דבר אחד בלבד: **האם המשכון שוכלל כן או לא?**

אם המשכון שוכלל גמרנו הוא קנייני ומנצח בתחרות, ואילו אם המשכון לא שוכלל לפי ס' 4 הוא תמיד מפסיד בתחרות, ביהמ"ש הגיע ליישום זה ס' 4 אומר "כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה..". ביהמ"ש מפרש את המונח נושים אחרים של החייב בתור כל מתחרת אחר על הנכס. אז מה אומר בעצם ס' 4 כלפי נושים אחרים של הבעלים, נושה אחר זה **ספיטאני**.

איך נגמר הפס"ד? המשכון לא שוכלל ולכן התוצאה כי המשכון מפסיד בתחרות, מדוע המשכון לא שוכלל?

- (1) רישום – המשכון לא נרשם.
- (2) הפקדה בידי הנושה – המכונית לא נמסרה לשטוקמן.
- (3) האם צד שלישי ידע – האם ספיטאני ידע או היה עליו לדעת, לא הוא לא ידע על המשכון. אז לספיטאני המשכון לא שוכלל לפי הדרך השלישית. לכן הוא מנצח.

ס' 4 קובע כלל הכרעה מהמודלים שלמדנו, צריך לבדוק את המשכון שוכלל, אין צורך לבדוק רישום וכו'. .. בודקים רק את המשכון.

ראינו כי בימה"ש ניתח את המקרה **לפי ס' 4 לחוק המשכון**, השאלה היא האם זה באמת הס' הנכון, הס' הרלוונטי **זה ס' 12 לחוק המטלטלין** שהוא ס' כללי על עסקאות נוגדות במטלטלין, **אז האם באמת ניתן להשתמש בס' 12 ?**

אין תשובה ברורה, וקיימות מס' גישות :

- (1) **בפס"ד שטוקמן נ' ספיטאני** – העלו אותה והשאירו אותה **"בצריך עיון"**, למעשה גם לפי ס' 12 הייתה מתקבלת אותה תוצאה לפיה **ספיטאני** מנצח כי הוא מקיים את 3 התנאים של ס' 12. אז גם לפי ס' 4+12 **ספיטאני מנצח**, אז בימה"ש העיר הערה **אולי ניתן לנתח לפי ס' 12 וחשבו על כך אם זה אפשרי. בכל מקרה ההלכה שיש לנתח לפי ס' 4.**
- (2) **פרופ' זלצמן** – ס' 4 הוא הספציפי יותר כי זה 12 הוא כללי יותר, אז צריך ללכת לפי ס' 4.
- (3) **מיגל דויטש** – הוא הצביע על בעיות שונות אשר יוצר ס' 4 לכן הוא אומר צריך כמה שיותר לצמצם את השימוש בס' 4 ולהתייחס לס' רק בתור ס' אשר קובע מה הן הדרכים לשכלול המשכון. לעומת זאת **אם מדובר בעסקאות נוגדות יש ללכת לפי ס' 12 זה הס' המרכזי של עסקאות נוגדות במטלטלין.**

אז לסיכום לא ברור אם ניתן להשתמש בס' 12, ומאז **בפס"ד שטוקמן נ' ספיטאני** לא הגיע מקרה דומה לבימה"ש העליון, לכן אנו נדרשים לנתח גם לפי ס' 4 + ס' 12.

נמשיך עם ס' 4, ונבדוק 3 מצבים אשר בהם נראה איך ס' 4 פועל בעסקאות נוגדות :

(1) קודם נעשתה עסקת משכון ולאחר מכן בעל הנכס עשה עסקה אחרת זאת הסיטואציה של **פס"ד שטוקמן נ' ספיטאני**, כדי להכריע בתחרות כל מה שצריך לבדוק האם המשכון שוכלל כן או לא. לפי ס' בכלל לא צריך להתעמק בעסקה הנוספת, למעט האם המתחרה המאוחר **צד ג' ידע או היה עליו לדעת על משכון**. כי אם התשובה חיובית זה משכלל את המשכון והמשכון מנצח בתחרות (ידע או היה עליו לדעת).

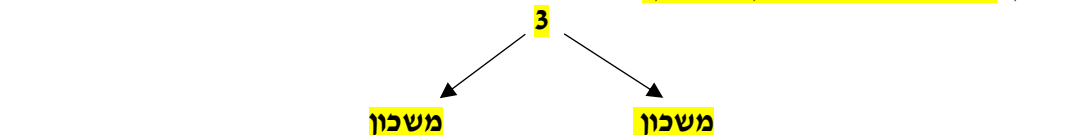
יש לשים לב, אם המשכון לא שוכלל הוא אוטומטית מפסיד וזאת אפילו אם המתחרה המאוחר צד ג' היה בעל זכות אישית בלבד. זה שונה מהכללים אשר למדנו כי בד"כ הראשון ינצח אבל לפי ס' 4 המאוחר ינצח. **אם המשכון לא שוכלל הוא יפסיד גם אם צד ג' עדיין בעל זכות אישית. אם המשכון לא שוכלל הוא אוטומטית מפסיד וזאת אפילו אם המתחרה המאוחר צד ג' לא נתן שום תמורה**. שוב תוצאה לא צודקת, בעל המשכון צד ב' נתן תמורה בד"כ נתן הלוואה / כסף ואילו צד ג' לא נתן שום תמורה, אזי יכול להיות צודק יותר להעדיף את צד ב' בעל המשכון אבל **ס' 4 קובע אחרת אם המשכון לא שוכלל הוא אוטומטית מפסיד**.

בהערת אגב- לגבי נושא התמורה יכול להיות שניתן להיעזר **בהלכת לאניאדו** ולהגיע למסקנה כי העסקה ללא תמורה מפסידה בתחרות במשכון.

אם נסכם את המקרה הראשון, אנו רואים אם פועלים לפי ס' 4 יכול להיות שהתוצאה לא תמיד תהיה צודקת, ואנו מבינים את הביקורת של **פרופ' דויטש** מדוע הוא מעדיף לפעול לפי ס' 12.



(3) תחרות בין שני משכונות – בעל הנכס את אותו הנכס ממשכון פעמיים לנושים שונים, אבל כאן בנוסף **לס' 4 יחול ס' 6 לחוק המשכון**.

**מישכון נוסף**

6. (א) החייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במישכון נוסף בלי נטילת רשות מאת הנושה; אולם נושה נוסף לא יוכל להיפרע מן המשכון אלא לאחר שסולק החיוב שהובטח במישכון שלפניו; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון הקודם.

(ב) בהסכמת הנושה רשאי החייב לשעבד את הנכס הממושכן במישכון נוסף שדרגתו תהיה שווה לדרגת המישכון של אותו נושה או עדיפה ממנה.

לסיכום ס' 4 אנו רואים כי ס' 4 חל במצבים רבים, כל תחרות זכויות שמעורב בה משכון והתוצאה לפי ס' 4 לא תמיד צודקת.

הערה אחרונה לעניין ס' 4, **בנוסף לס' 4 ו/או ס' 12 גם תקנות השוק יכולות להיות רלוונטיות מתי?** כאשר העסקה הראשונה היא משכון קנייני משכון משוכלל, לפי ס' 4 במצב כזה המשכון תמיד מנצח, אבל חריג לכך הוא תקנות השוק. כי אם המתחרה המאוחר מקיים את תקנת שוק אז הוא מנצח אפילו משכון משוכלל.

אמרנו כי ס' 4 קובע כלל הכרעה מיוחד במינו, כל מה שצריך לבדוק זה האם המשכון שוכלל כן או לא אם הוא שוכלל הוא מנצח בתחרות אם הוא לא שוכלל הוא מפסיד, מצד אחד מאוד קל להשתמש בס' 4 וניתן לעדת מי מנצח בתחרות, אולם לפעמים ס' 4 מביא לתוצאה שאינה צודקת, על רקע זה יש הקוראים להשתמש ב' 12 לחוק המטלטלין, ולצמצם את השימוש בס' 4.

ס' 4 + 5 + 6 לחוק המשכון שלושתם חלים על עסקאות נוגדות במטלטלין כאשר לפחות אחד המתחרים הוא משכון.

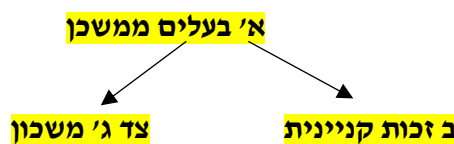
תקנות השוק במשכונות (המשך הפרק משכון מטלטלין)

באיזה מצב תקנת השוק במשכונות היא חלה ?



א' בעלים של נכס מטלטלין, כעת צד' ב' שאיננו בעל הנכס, ממשכן את הנכס של צד א', לטובת צד שלישי ג', צד ב' יכול להיות גנב אשר גנב את המכוננית וכעת הוא ממשכן אם כי גנב בד"כ ימכור את המכוננית, אולם תיאורית יכול להיות כי הגנב חייב כסף לבנק או לנושה או רוצה לקבל הלוואה לכן הגנב צד ב' ממשכן את הנכס לטובת צד' ג'.

עוד דוג- צד א' היא חברת השכרה של מכוניות, צד' ב' סחר מכוננית, כעת צד' ב' ממשכן את המכוננית לטובת צד' ג' להבטיח חוב שיש לו כלפי ג'. כפי שקורה בד"כ במצב כזה, צד ב' נעלם מהתמונה, ואז נוצרת תחרות זכויות, מצד אחד א' הבעלים אומר הנכס שלי מעולם לא הסכמתי למשכון כי ב' הוא גנב, לכן אני דורש כי המשכון יבוטל, והנכס יחזור לידי נקי מכל משכון, מצד שני ג' לא מוכן לוותר על הנכס הוא יודע כי הדרך היחידה כדי להיפרע מצד ב' ולקבל את הכסף אשר מגיע זה באמצעות מימוש המשכון, איך ממשים את המשכון ? בד"כ מכירה פומבית בהוצאה לפעול. כעת התחרות בין זכות הבעלות של צד א' ומתנגד למשכון לבין צד ג' שיש לו משכון והוא מעוניין לממש את המשכון ולמכור את הנכס אז מה שקובעת תקנת השוק: **אם צד ג' אשר לטובתו המשכון יקיים את כל תנאי תקנת השוק אז ג' מנצח.** ולהפך אם צד ג' אינו מקיים את כל התנאים המצטברים הוא מפסיד בתחרות המשכון מתבטל וצד א' נשאר עם בעלות נקייה ללא המשכון. אולם תקנת השוק ניתן להשתמש גם במצב אחר וזה המצב הקלאסי של תחרות זכויות.



במודל זה, מדובר על זכות קניינית ראשונה בזמן, ואחריה נעשתה עסקת משכון, לפי העקרונות הבסיסיים בדיני הקניין, זכות קניינית ראשונה בזמן היא תמיד מנצחת, הריג היחיד היא תקנת השוק, ז"א אם המתחרה המאוחר ביותר שזה ג' הוא מקיים את תקנת השוק אז הוא מנצח זכות קניינית אשר קדמה לו, לכן במצב כזה צד ג' אשר יש לו משכון הוא ינסה להוכיח שהוא מקיים את כל תנאי "תקנת השוק במשכונות" כדי להתגבר על הזכות הקניינית אשר קדמה לו.

אלה הם שני המצבים בתקנת השוק במשכונות, אנו נשתמש בתקנת השוק רק כאשר רוצים להתגבר על זכות קניינית קודמת. במודל הראשון נתגבר על זכות הבעלים שיש לו זכות קניין, במודל השני אנו רוצים להתגבר על זכות קניין כלשהי של מתחרה שקדמה למשכון.

תקנת השוק

5. נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן והם הופקדו כאמור בסעיף 4(2) או שמישכונם נרשם כאמור בסעיף 4(3), יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום-לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם.

מה הם התנאים המצטברים של תקנת השוק במשכונות ס' 5 לחוק המשכון:

- (1) **נכס נד=מטלטלין.**
- (2) **הנכס מושכן כשהיה בהחזקת הממשכן –** במודל הראשון צד ב' הוא ממשכן כי הוא גנב או רמאי ובפעול הנכס אצלו, במודל השני מדובר על עסקאות נוגדות, א' הבעלים עשה עסקה והיא כבר קניינית ולאחר מכן צד א' הוא משהו שאסור לו בניגוד לעסקה הקודמת הוא כעת ממשכן את הנכס לצד ג', לכן במקרה הזה צד א' הוא ממשכן, הנכס היה בידיו מסיבה כלשהיא. **כלומר הנכס צריך להיות אצל הממשכן.**
- (3) **המשכון הופקד או נרשם –** המשכון הוא קנייני, וכדי לשכלל את המשכון יש שתי הדרכים: **רישום אצל הרשם המתאים רשם משכונות או רשם חברות, או להפקיד את הנכס בידי הנושה דבר אשר משכלל את המשכון והופך אותו לקנייני.**
כל תקנות השוק אחד התנאים שלה זה זכות קניינית, לכן כל מי שטוען לתקנת השוק תוכיח כי תנאי מס' 3 מתקיים.
- (4) **הנכס הגיע לידי הממשכן על דעת הבעלים=בהסכמת הבעלים –**
דוג' 1 – נניח שהממשכן הוא גנב של הנכס וכעת הוא ממשכן אותו, האם מתקיים תנאי מס' 4? לא משום שהנכס הגיע לידי של הגנב לא בהסמכת הבעלים.
דוג' 2 – מי שממשכן הוא הסוחר של הנכס כמו סוחר של מכוניות מחברת השכרה, איך הנכס הגיע לסוחר? הפעם כן בהסמכת הבעלים, חברת ההשכרה הסכימה לתת את הנכס לסוחר בהסמכת החברה. **כאן לא מדובר על הסכמה של עסקת המשכון, יש להתמקד בשאלה האם הייתה הסכמה "להעברת החזקה" בנכס לידי הממשכן. כלומר האם הבעלים מרצונו מסר את החזקה בנכס. מה הרציונל? הוא שאם הבעלים מרצונו מסר את הנכס לממשכן הוא לקח סיכון. לכן אנו מבינים למה תנאי כזה נדרש כדי להעדיף את צד ג' על פני הבעלים.**
- (5) **תמורה –** כל תקנות השוק דורשות תמורה, **לעומת זאת ס' 5 לא** מזכיר את המילה תמורה, אולם התמורה היא חלק אינטגרלי מעסקת המשכון, כמו שיש את המילה מוכר או הקונה, אף אדם לא ממשכן נכס לטובת אחר אם הוא לק מקבל תמורה כנגד המשכון, לכן הס' לוקח כמובן מאילו כי הייתה כאן תמורה, לכן לא דורש במפורש.
- (6) **תום לב – איזה רמה של תום לב?**
אם מדובר על תום לב סובייקטיבי – כל מה שנדרש מצד ג' מי שלטובתו המשכון כלומר מי שטוען לתקנת השוק, כל מה שנדרש ממנו בשעת חתימת העסקה לא ידע על בעיה מסוימת כלומר לא ידע כי מי שממשכן לו הוא אינו יכול למשכן. אולם אם מתעורר חשד נדרש לברר, אחרת זה נחשב עצימת עיניים אשר שוללת תום לב. אולם במקרה הרגיל לא צריך לבדוק כלום. **אולם לגבי תקנת השוק במשכונות בתי המשפט דורשים תום לב אובייקטיבי – זה נקבע בפס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס –** ביהמ"ש קבע כי מי שמקבל לטובתו משכון שזה צד ג' חייב לנקוט בכל האמצעים הסבירים לאיסוף המידע העומד לרשות הציבור על פי החוק. ואם הוא לא ערך את כל הבדיקות האלה הוא נחשב חסר תום לב.
באותו מקרה הבדיקה התייחסה לרשם המשכונות ולרשם החברות כי אלה הם המרשמים הקנייניים בהם רושמים משכון על מטלטלין.
באותו מקרה דובר על משכון של "מטוס של חברה" לכן הנושה נדרש לבדוק אצל רשם החברות.
אבל מתעוררת השאלה האם כאשר מדובר במשכון על מכונית, האם צריך לבדוק גם את הרישום במשרד הרישוי? ראינו כי הפסיקה לא אחידה כי מצד אחד לא מדובר במרשם קנייני כי במרשם זה ניתן לדעת מי הבעלים, מצד שני מדובר במרשם אמין הציבור נוהג להסתמך עליו ולכן לכאורה צריך לחייב גם אותו. אז מבחינה משפטית לגבי משרד הרישוי מבחינה משפטית זו שאלה פתוחה אולם מבחינה פרקטית ההמלצה היא תמיד לבדוק.
לאחרונה בית המשפט העליון חזר וציין כי ס' 5 דורש תום לב אובייקטיבי זה נקבע גם בפס"ד ג' אביט נ' עו"ד רוזן רכב (מאגר נבו, 2014).

לסיכום, אם מתקיימים כל התנאים המצטברים אז תקנת השוק מתקיימת ואז צד ג' מי שלטובתו המשכון מנצח בתחרות.

קעת נדבר על ס' 6 לחוק המשכון = תחרות בין משכונות

ס' 6 לחוק המשכון עוסקת במצב של תחרות בין שתי משכונות, כלומר כאן לא מדובר על תקנת השוק.

מישכון נוסף

6. (א) החייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במישכון נוסף בלי נטילת רשות מאת הנושה; אולם נושה נוסף **צד ג'** לא יוכל להיפרע מן המשכון אלא לאחר שסולק החיוב שהובטח במישכון שלפניו; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון הקודם.

(ב) בהסכמת הנושה רשאי החייב לשעבד את הנכס הממושכן במישכון נוסף שדרגתו תהיה שווה לדרגת המישכון של אותו נושה או עדיפה ממנה.

ס' 6 חל במטלטלין על תחרות בין שתי משכונות, בעל הנכס הוא צד א' ממשכן את הנכס לטובת נושה צד ב', ולאחר מכן צד א' ממשכן לצד ג'.



אין טעם לפנות לדיני חוזים ויש לפעול לפי דיני הקניין, **ס' 6 נותן** פתרון לסיטואציה.

ס' 6 פותח ואומר אם כעקרון הנכס מושכן לנושה שהוא צד ב', עקרונית מותר למשכון אותו לצד ג', אבל אם יעשה מימוש של המשכון מי שיפרע ראשון מהנכס זה צד ב' (המשכון הראשון בזמן), ורק אם יישאר עודף אז המשכון השני יפריע מהעודף.

יש לשים לב כי **ס' 6** הוא ס' דיספוזיטיבי מה זה אומר? בסייפא של הס' כתוב כי הסכם מול ב' ניתן להתנות ולקבוע כי לבעל הנכס אסור למשכן את הנכס פעם נוספת.

הרבה פעמים בנקים בהסכם משכון בטופס יש ס' אשר מגדיר שאסור למשכן את הנכס פעם נוספת. מדוע הבנקים מתנים על ס' 6? כי הבנקים לא רוצים עוד מתחרה על זכויות.

קעת נבין מה היחס בין ס' 6 לבין סעיפים 4 + 5?

כאשר מתעוררת תחרות בין שתי משכונות, לפי איזה ס' פועלים 4 או 5 או 6?

ס' 6 הוא הספציפי ביותר ראוי לפעול על פיו, אבל הדברים מורכבים יותר, אז לגבי היחס בין ס' 4 לבין ס' 6 המצב הוא כזה?

אם אחד מהמשכונות לא שוכלל חל ס' 4 ולא ס' 6, ואז התוצאה היא שהמשכון אשר שוכלל הוא המנצח, ואילו אם שני המשכונות שוכללו אז אין תשובה בס' 4, והס' הרלוונטי הוא ס' 6. (לא לשכוח את ס' 12 לחוק המטלטלין).

מה היחס בין ס' 6 לבין ס' 5?

תקנת השוק תהיה רלוונטית כאשר המשכון הראשון בזמן הוא קנייני המשכון של צד ב', והמשכון המאוחר ביותר צד ג' טוען לתקנת השוק (אחד התנאים לתקנת השוק הוא זכות קניינית גם של המשכון המאוחר), ניתן לראות במצב של שתי משכונות משוכללים שתי משכונות קניינים רלוונטיים שני סעיפים גם ס' 6 וגם ס' 5. אז איזה ס' ספציפי ביותר?

השאלה הזאת עלתה בפס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס:

עובדות המקרה: דובר בחברת תעופה שהיו בבעלותה מנועים של מטוסים, החברה משכנה את שני המנועים לטובת נושה אחד, ואחר כך את אותם שני מנועים משכנה לטובת נושה אחר. שתי המשכונות נרשמו אצל רשם החברות. בימה"ש ניתחה את המקרה לפי ס' 5 תקנת השוק ובדק אם הנושה המאוחר צד ג' קיים את כל תנאי תקנת השוק, התברר כי צד ג' לא בדק את הרישום אצל רשם החברות ואז היה מגלה את משכון הקודם, לכן נקבע כי הנושה המאוחר חסר תום לב, לא מקיים את תקנת השוק ומפסיד בתחרות. מדוע בימה"ש פעל לפי ס' 5? זה לא ברור בימה"ש לא

מסביר זאת כי הייתה הזדמנות לעשות סדר מתי להשתמש ב 4 או 5 או 6. במקרה הנדון גם לפי ס' 6 הייתה יוצאת אותה תוצאה הראשון בזמן מנצח, לכן גם כאן נשארת שאלה פתוחה, לכן יש לנתח לפי שני הסעיפים ויש לזכור את ס' 12 לחוק המטלטלין.

גמרנו לדבר על ס' 6 .

כמה מילים לסיכום, הנושא של תחרות זכויות במטלטלין, כאשר לפחות אחד המתחרים הוא **משכון**, במצב כזה יש כמה ס' אשר עשויים להיות רלוונטיים תלוי בסיטואציה, **4 או 5 או 6 לחוק המשכון, ס' 12 לחוק המטלטלין, או ס' 34 לחוק המכר** היא תהיה רלוונטי כאשר העסקה המאוחרת בזמן היא עסקת מכר כאשר היא רוצה להתגבר על משכון אשר התגברה לה.

משכנתא במקרקעין

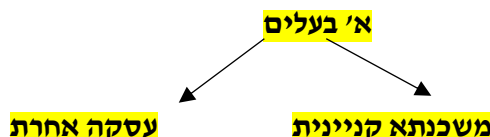
מה זה משכנתא **ס' 91 לחוק המקרקעין** קובע שני דברים שיכולים להיחשב כמשכנתא:

- 1) מקרה ראשון כאשר בעל הנכס ממשכן את הנכס.
- 2) כאשר חוכר לדורות ממשכן את זכות החכירה שלו. למעשה משכנתא כזאת היא מאוד נפוצה כי רוב שטח המדינה הוא בבעלות המדינה ואנו הציבור בסך הכל חוכרים לדורות אם זה חקלאי שחוכר לדורות, או ההורים שלנו אשר חוכרים לדורות בבית משותף. אז כאשר חוכר לדורות רוצה למשכן הוא לא יכול למשכן הנכס עצמו לכן הוא ממשכן את זכות החכירה. גם זכות החכירה לדורות שווה מבחינה כספית כמעט כמו בעלות. לכן היא מהווה ביטחון נפוץ אצל הבנקים ונושים אחרים.

תחולת חוק המשכון

91. בכפוף להוראות פרק זה יחולו על משכנתא הוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967; אולם אין למשכן מקרקעין או שכירות רשומה במקרקעין אלא על ידי משכנתא.

ס' קנייני חשוב אשר עוסקת במשכנתא הוא ס' 85 לחוק המקרקעין הוא רלוונטי במצבים של עסקאות נוגדות, הסי' חל על תחרות בין משכנתא קניינית ראשונה בזמנה ואחריה עסקה אחרת.



בעל הנכס חוכר ממשכן את הנכס במשכנתא אשר נרשם בטאבו והיא קניינית, לאחר מכן באותו נכס הוא עושה עסקה אחר מוכר או משכיר או מחכיר אולי ממשכן במשכנתא נוספות, **ס' 85 מגן על המשכנתא והוא קובע:**

זכות הממשכן במקרקעין הממושכנים

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

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

הסי' אומר ברגע שנעשתה משכנתא על הנכס עדיין מותר לבעל הנכס לעשות עסקאות נוספות, אבל המשכנתא תמיד גוברת על אותם עסקאות והנושה אשר לטובתו המשכנתא זכאי לממש אותה ולמכור את הנכס על אף קיומה של עסקה נוספת מאוחרת יותר, מדוע הסי' מגן על המשכנתא?

כאשר הסי' מדבר על משכנתא הוא מתכוון למשכנתא קניינית רשומה בטאבו. אחרת הסי' היה מדבר על זכות אישית למשכנתא, אם כך המשכנתא היא גם ראשונה במזמן והיא קניינית וזו הסיבה מדוע היא מנצחת כל עסקה אחרת מאוחרת בזמן.

החריג: היחיד לס' 85 הוא תקנת השוק במקרקעין ס' 10 לחוק המקרקעין. אבל העסקה המאוחרת, לעולם לא תקיים את תקנת השוק, בגלל העדר תום לב ומדוע?

אם העסקה המאוחרת צד ג' יבדוק את הטאבו לפני חתימה החוזה יראה את המשכנתא, ואילו אם צד ג' לא יבדוק את המשכנתא זה חוסר תום לב לפי הגישה האובייקטיבית, אם כך במצב כזה משכנתא קניינית ראשונה בזמן תמיד מנצחת. יש לה כוח עצום מבחינה קניינית וזו הסיבה כי בנקים ומלווה נוהגים להסתמך על המשכנתא כבטחון מרכזי בעסקה.

כעת ישנו מצב נוסף שהציבור הרחב חושב בטעות שזו משכנתא, אבל זו בעצם לא משכנתא, למעשה זה המצב הנפוץ כאשר אנשים קונים נכס וזקוקים להלוואה.

דוג- זוג צעיר רוצה לקנות דירה, הם פונים לבנקים ומבקשים הלוואה, הבנק מסכים אבל מבקש בטוחה(משכון) הבנק היה רוצה משכנתא על הדירה, האם בשלב הזה הזוג יכול לתת משכנתא? לא הם עדיין לא בעלים או חוכרים לדירות לכן **העסקה מבוצעת בדרך הבא:**

הקונים חותמים על חוזה מול המוכר זה יכול להיות קבלן או מוכר רגיל בד"כ נותנים מקדמה מסוימת וזה מההון העצמי שלהם מחיסכון או אדם אחר אשר מלווה להם. בשלב הזה לקונים שלנו יש רק זכות אישית כלפי המוכר ביחס לדירה, הקונים ממשכנים לבנק את הזכות אישית הזו **1) "משכון הזכויות החוזיות על פי הסכם הרכישה"** זכות כזאת שווה כסף כלומר את הכסף אשר הזוג כבר שילם למוכר ובהמשך ככל שהקונים יתקדמו עם תשלומים נוספים השווי של הזכות האישית הולך וגדל כך שמדובר על נכס לכל דבר. הבנק רוצים לשלל את המשכון ולהפוך אותו לקנייני, משכון כזה נרשם אצל **"רישום אצל רשם המשכונות"** לא ניתן לרשום אותו בטאבו כי משכון כזה הוא לא משכנתא. אם החייב יפר את ההלוואה לבנק, אז הבנק יממש את המשכון וימכור את הנכס הממושכן שהוא הזכות על פי החוזה. **מי יקנה זכות כזאת?** מי שמעוניין בדירה ואז הוא נכס בנעלים של הקונים המקוריים ואז ממשיך משם בנעלים של הקונים. אבל הבנק לא מסתפקת במשכון הזה כי הבנק יודע כי המשכון הכי טוב ביחס למקרקעין הוא משכנתא אמיתית לכן בנוסף למשכון הנ"ל הבנק מחתים את הקונים הזוג הצעיר על **2) "התחייבות לרשום משכנתא"** ברגע שהדירה תירשם בטאבו על שם הקונים(או כבעלים או כחוכרים לדורות) או באותו מעמד הקונים ירשמו משכנתא אמיתית על הדירה לטובת הבנק. גם על זה הבנק לו סומך הוא מבקש **3) "הערת אזהרה בטאבו"**, לפי ס' 126 לחוק המקרקעין ברגע שצד אחד מתחייב כלפי צד שני לבטל בעתיד עסקת מקרקעין אז מי שלטובתו ההתחייבות הזאת יכול לרשום לטובתו הערת אזהרה בטאבו, וזה בדיוק מה שעושה הבנק, ברגע שהקונים חתמו על ההתחייבות לרשום משכנתא בעתיד, זו התחייבות לעסקת מקרקעין והבנק רשאי לרשום לטובתו הערת אזהרה בטאבו.

לסיכום, הבנק נותן את ההלוואה לקונים שהם רק קונים ויש לה חוזה ביד, **בהסתמך על 3 הביטחונות הללו.** אם העסקה מתקדמת כמו שצריך המוכר מקבל את כל תמורה, הבעלות או חכירה לדורות נרשמת בטאבו על שם הזוג הצעיר ובאותו מעמד מיד עם רושמים העלות, נרשמת משכנתא לטובת הבנק. בנוסף טאבו יהיה כתוב: **חוכרים/הבעלים: דיני ודנה בהן.**
משכנתא: בנק לאומי.

חשוב לציין כאן לא מדובר על משכנתא כי הזוג עדיין בשלב החוזי ואין נכס מסוים לטובת ההלוואה לכן כאן מדובר על עסקה רגילה כמו **"הסכם משכון זכויות חוזיות"**, לעומת זאת, אם זוג פונה לבנק ומבקש הלוואה ויש להם בפועל דירה אז הבנק יבקש למשכן את הדירה וזה יהיה משכנתא רגילה.

16. עכבון

העיקרון מוגדר בס' 11(א) לחוק המטלטלין

עיכבון

11. (א) עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערוכה לחיוב עד שיסולק החיוב. יש לנו שני צדדים לזכות העכבון, מצד אחד יש את הבעלים אשר חייב כסף, מנגד עומד הנושה מי שחייבים לו את הכסף. הנושה מחזיק בידיו נכס אשר שייך לבעלים. בתנאים מסוימים מותר למחזק לעכב אצלו את הנכס ולא להחזיר אותו לבעלים עד שהבעלים יפרע את החוב כלפי המחזיק.

בעל נכס חייב-----> נושה מחזיק מעכב.

המקור לזכות העכבון ? איך נולדת זכות העכבון ?

זכות העכבון מקוריה בהוראות חוק שונות, למשל אם אני בנק אשר קיבל משכנתא הוא קיבל את הזכות מכוח החוזה. עכבון הוא זכות על פי דין, זכות העכבון נמצאת בשורה ארוכה של חוקים ומי שטוען לעכבון חייב לבדוק שבאמת קיים חוק מתאים שמוליד לו זכות עכבון באותו מקרה ספציפי.
מס' מקורות:

1) **ס' 5 לחוק חוזה קבלנות-** לקבלן יש זכות עכבון על נכס אשר נמסר לו לביצוע מלאכה עבודה או שירות כדי הסכומים שמגיעים בגין עסקת הקבלנות.

זכות עכבון

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

מה אומר הס' ? ברגע שמסרנו נכס לאדם אחר לצורך ביצוע עבודה או שירות בנכס, מותר למבצע העבודה לעכב אצלו הנכס עד קבלת מלוא התשלום לביצוע העבודה. למשל – אני בעלים של מחשב מסרתי את המחשב לטכנאי לצורך תיקון אחרי שהטכנאי ביצע את העבודה אני מתחרט כי הסכום אשר דורש הטכנאי הוא גבוה מידי, או אינני מעוניין לשלם על המחשב בגין התיקון ואני מעוניין לקנות מחשב חדש, בקיצור כל עוד כאשר אני לא משלם לטכנאי מה שאני חייב לפי הסיכום, מותר לטכנאי לעכב אצלו את המחשב עד לתשלום החוב. כמה מילים על חוק חוזה קבלנות –

חלקנו חושבים כי החוק חל על קבלנים, אולם חוזה קבלנות מוגדר בחוק לביצוע מלאכה או מתן שירות בשכר כאשר הקבלן איננו עובד של מזמין העבודה. למשל טכנאי הוא קבלן לצורך חוק חוזה קבלנות, או מוסכניק כאשר אני מוסר לו את המכונית לתיקון תקלה אז הוא המוסכניק הוא קבלן לצורך חוק חוזה קבלנות, או אדם אחר אשר ביקשתי ממני לבצע עבודה בנכס שלי הוא קבלן לצורך החוק.

2) **ס' 19 לחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה****זכות עיכבון**

19. קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות עיכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב ההפרה.

אדם מחזיק נכס של אדם אחר, אולם הצד השני לא משלם, לכן הנכס מעוכב.

3) **ס' 31 לחוק המכר.****זכות עכבון**

31. (א) למוכר תהא זכות עכבון על הממכר כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן הקונה עקב עסקת המכר; וכן תהא זכות עכבון לקונה כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המוכר, אם קיבל את הממכר ועליו להחזירו למוכר. (ב) מי שיש לו זכות עכבון לפי סעיף קטן (א) זכאי לדחות את הובלת הממכר או לשמור לעצמו את הזכות לשלוט בו תוך כדי הובלתו ולמנוע את קבלתו על ידי הצד השני.

4) ס' 9 לחוק השומרים**עכבון**

9. לשומר תהא זכות עכבון על הנכס כדי המגיע לו מבעל הנכס עקב השמירה.

5) ס' 12 לחוק השליחות.**עכבון**

12. על אף האמור בסעיף 8 (1), תהא לשלוח זכות עכבון על נכסי השולח שבאו לידי עקב השליחות - כולל נכסים המוחזקים בידי כנאמן השולח - כדי תשלום שכרו וסכומים אחרים המגיעים לו מן השולח עקב השליחות.

6) **ס' 88 לחוק לשכת עורכי הדין -** הס' אומר שאם הלקוח לא משלם את הכסף לעו"ד, אז מותר לעו"ד לעכב אצלו מסמכים או נכסים אשר שייכים ללקוח עד תשלום שכר הטרחה.

זכות עיכוב (תיקון מס' 5) תשכ"ח-1967

88. להבטחת שכר טרחתו ולהבטחת החזרת הוצאות שהוציא, רשאי עורך דין לעכב תחת ידו כספי הלקוח שהגיעו לידיו בהסכמת הלקוח עקב שירותו ללקוח, פרט לכספים שניתנו לו בפקדון או בתור נאמן וכל עוד הוא נאמן עליהם שלא לטובת לקוחו בלבד, ופרט לכספי מזונות לאשה ולקטינים, וכן רשאי הוא לעכב נכסים ומסמכים של לקוחו שבאו לידי עקב שירותו ללקוח; ובלבד שהגיש תביעה על שכר טרחתו או הוצאותיו תוך שלושה חדשים מיום שהלקוח דרש ממנו בכתב את מה שעוכב כאמור.

7) ניתן לקבוע זכות עכבון בהסכם = עכבון הסכמי.**כמה הערות:**

- א) **ס' 19 לחוק החוזים (מקור מס' 2)** הרבה פעמים משמש במקביל למקור נוסף, **למשל -** אם אדם מסרב לשלם לקבלן לפי חוק חוזה קבלנות הדבר נחשב גם הפרת חוזה. **לכן צומח לקבלן זכות עכבון הן לפי ס' 5 (מקור 1), והן לפי ס' 19 (מקור 2).**
- ב) **פתחנו עם ס' 11(א) לחוק המטלטלין** הוא אינו מהווה מקור לזכות העכבון אלא הוא נותן הגדרה מה זה עכבון, **לכן מי שרוצה לעכב נכס צריך להתבסס על אחד המקורות אשר פירטנו לעמוד בתנאים של אותו ס' כדי לבסס זכות עכבון.**

לאחר הצגת המקורות לזכות העכבון, כעת נדבר על הנכסים אשר ניתן לעכב:

- 1) **נכסי מטלטלין = ס' 11(א) לחוק המטלטלין -** למשל אני מוסר את המכונית למוסך ואני מסרב לשלם מה שסכום, לכן המוסכניק אומר עד שלא תשלם הרכב מעוכב.
- 2) **מקרקעין = סעיף 11(ה) לחוק המטלטלין -** המחוקק ראה לנכון לעכב מקרקעין מכוח חוק זה (זאת לא טעות).

למשל - אני בעלים של דירה ומבצע שיפוץ גדול בדירה, לצורך כך עזבתי את הדירה ונתתי לקבלן השיפוצים מפתח לדירה (לקבלן יש זכות החזקה) לאחר שהקבלן סיים את השיפוצים אני מסרב לשלם לו את הסכום אשר סוכם (יש כאן סכסוך חוזה יתכן כי טיב העבודה לא טוב) העבודה העניינית סוכם סכום מסוים ואני לא משלם, כעת השיפוצניק לא מתנפה מהדירה. יש כאן שני סעיפים לזכות עכבון **ס' 5 מכוח חוק חוזה קבלנות, וס' 19 בגין הפרת חוזה.** הנכס אשר מעוכב הוא דירה לכן זאת דוגמא בגין עיכוב מקרקעין.

הנושא של עכבון מתקשר לפרק אשר למדנו של ההגנה על החזקה, כי שם ראינו שמחזיק ששוללים ממנו את החזקה יכול בהתאם לסעיפים השונים להגן על החזקה שלו, בין השאר למדנו **על ס' 18 אשר** מקנה זכות לסעד עצמי למחזיק כדין, אז אם אני בעל הדירה יכול להיות מחזיק כדין כדי לנקוט בסעד עצמי. **אם העכבון מופעל כדין אז המעכב נחשב מעכב כדין למרות שהוא לא הבעלים הנכס, כלומר אם המעכב הוא מעכב כדין אז הוא נחשב מעכב כדין.**

דוג אחרת-

אני אוכל במסעדה, ולא משלם את החשבון ויש את הטלפון שלי, האם בעל מסעדה יש לעכב את הטלפון שלי ?

לא אין מקור רלוונטי, כי קיבלתי שירות עבור אוכל, ס' 5 לא רלוונטי כי מדובר על נכס אשר נמסר לשלם ביצוע מלאכה או שירות. ס' 19 גם לא רלוונטי, כי מדובר בחוזה של אוכל. לסיכום של הדוג, בעל המסעדה חייב להחזיר את הטלפון ואינו יכול לעכב אותו.

איך פועלת זכות העכבון ?

- (א) **קלה למימוש** – הזכות העכבון קלה מאוד למימוש, פשוט מעכבים את הנכס ולא מחזירים אותו לבעליו, הזכות הזאת פעולת כאמצעי לחץ, כי בעל הנכס רוצה את הנכס בחזרה, מסרתו את הרכב לתיקון ואני רוצה אותו בחזרה, לכן בעל החוב ישלם את החוב כדי לקבל את הנכס בחזרה.
- (ב) **אפקטיבית**.
- (ג) **סעד עצמי** – העכבון הוא בעצם סוג של סעד עצמי – מדוע ? בכדי להפעיל את העכבון לא צריך להגיש תביעה לביהמ"ש פשוט מעכבים את הנכס ולא מחזירים אותו.
- (ד) **לא טעון רישום** – אין צורך לרשום את העכבון במרשם כלשהו אפילו אם מדובר בעכבון על מקרקעין, נקי זו חשוב כי העכבון הוא זכות קניינית, ההחזקה בנכס מהווה תחליף לרישום, המטרה של רישום הוא פומביות.

אבל, מנגד צריך גם לרסן את מי שמפעיל את זכות העכבון, מותר לו אומנם לעכב את הנכס עד קבלת החוב, אבל הוא לא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה בנכס המעוכב.

המגבלות על הפעלת זכות העכבון ? או אז מה הכללים של הפעלת העיכבון ?

- (1) **ס' 11 (ד) לחוק המטלטלין: החזקה: (זה חל גם על מקרקעין):** העכבון מתקיים כל עוד המעכב מחזיק בידיו את הנכס המעוכב, אם המעכב שחרר מרצונו את הנכס המעוכב העכבון פוקע 11. (ד) הוציא הנושה מרצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו, יפקע העיכבון. למשל – מוסכניק אשר מעכב את הרכב, אולם אין לו מקום להחזיק את הרכב, אם המוסכניק משחרר את הרכב אז העכבון פוקע.
- (2) **למעכב אסור למכור את הנכס וזה הבדל גדול בין עכבון לבין משכון.** משכון – גם הוא נועד כדי לאפשר לנושה להיפרע מהחייב, אבל בעסקת משכון אם החייב לא משלם את החוב אז הנושה רשאי לממש את הנכס למכור אותו בהוצאה לפעול ולקבל את תמורת המכירה לכיסוי החוב וזאת המטרה של המשכון. לעומת זאת עכבון – כל מה שמותר למעכב אסור לו להיפרע מהנכס.
- (3) **אסור להשתמש** – למעכב אסור להשתמש בנכס, למשל השראתי את הרכב במוסך בעיכוב, אסור למוסכניק להשתמש ברכב.
- (4) **אחריות של שומר שכר לפי חוק השומרים** – כל עוד הנכס נמצא אצל המעכב, אזה מעכב אחראי על הנכס, אם הנכס נגנב אז המעכב או הנכס נפגם המעכב יהיה אחראי על הכל. האחריות היא אחריות לפי חוק השומרים, האחריות היא באחריות גבוהה.
- (5) **עד מתי ניתן לעכב ?** הסעיפים השונים אשר מולדים זכות עכבון לא קובעים מגבלת זמן, לכן לכאורה מותר לעכב לנצח. אבל, מצד שני אנו מכירים את עקרון תום הלב אשר חל בכל תחומי המשפט ויכול להיות מכוח עקרון תום הלב לא ניתן להחזיק לנצח, מה זה אומר ? אם חלף הזמן הסביר ובעל הנכס לא נכנע אז כבר אין טעם בעכבון ולכן להמשיך ולעכב את הנכס עלול להיחשב כחוסר תום לב. בנוסף, מבחינה פרקטית לא כדי למעכב להמשיך לעכב את הנכס, כי הנכס תופס מקום המעכב אחראי על הנכס, העכבון כבר לא אפקטיבי, לכן עדיף מבחינה פרקטית עדיף לא לעכב ולשחרר את הנכס ולהגיש תביעה משפטית.
- (6) **האם מותר לעכב נכס יקר או נכס בסכום גבוה עבור חוב בסכום הרבה הרבה יותר נמוך** – בד"כ במקרקעין למשל אני מעכב דירה בגין שיפוץ, מצב כזה יכול להיות במטלטלין. התשובה נמצא בס' 11(ב) לחוק המטלטלין (חל גם על מקרקעין)

עיכבון

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

הנושא התעורר בפס"ד השחף נתניה נ' סולניר:

עובדות המקרה: הנושה עיכב נכסים רבים משאיות, מכוניות, כלי עבודה וציוד של מפעל כאשר השווי הכולל של הנכסים האלה עלה בהרבה על גובה החוב, בימה"ש פסק שלאור ס' 11(ב) אסור היה לבצע כזה עכבון, ולכן הנושה נדרש לשחרר מיידית נכסים אשר עולים על גובה החוב. זה מקרה קל וברור, כי העכבון חל על נכסים רבים, ויש לעכב נכסים בשווי גבוה.

**מה קורה כאשר הנכס המעוכב הוא נכס אחד כאשר השווי שלו עולה על גובה החוב, הנושא
עלה בפס"ד שלדות מפעלי מתכת בע"מ נ' שחיבר:**

ביהמ"ש קבע: כעקרון מותר לעכב נכס יקר בגין חוב נמוך יותר, יחד עם זאת את העכבון צריך להפעיל בתום לב, אם המעכב מתעקש על עכבון במצב של חוסר פרופורציה חריף בין הסכומים תוך כדי גרימת נזק לחייב דבר כזה עלול להיחשב חוסר תום לב ולהפוך את העכבון לבלתי חוקי, באותו מקרה לא נקבע שהיה פער קיצוני, לכן העכבון היה חוקי.

אם נכסם, אנו רואים לגבי זכות העכבון נדרש לערוך בדיקה בשני שלבים:

(א) שלב ראשון – נדרש להצביע על מקור של עכבון אשר מאפשר לו לבצע את העכבון אל מול הנסיבות.

(ב) שלב שני – בהנחה ואכן קיימת זכות עכבון נדרש להראות שהוא הופעלה לפי כל 6 הכללים לעיל. אם המעכב ביצע פעולה שאסורה לו אז העכבון נחשב חסר תוקף ויש לזה משמעות משפטית, אם העכבון אינו בתוקף את המעכב נחשב כמחזיק שלא כדין. זה מופיע גם בדיני הנזיקין, **ס' 49 לפק' הנזיקין עיכוב שלא כדין.**

עיכוב נכס שלא כדין

49. עיכוב שלא כדין הוא מניעת מיטלטלין שלא כדין מאדם הזכאי להחזיק בהם מיד.

7) בגין איזה חוב ניתן לעכב את הנכס:

סעיפי החוק השונים אשר מהווים מקור לעכבון כלומר מולדים זכות עכבון קובעים כי מותר לעכב נכס רק בגין חוב הקשור לאותו נכס ואותו עסקה. למשל אני הולך לאכול במסעדה, אז בעל המסעדה לא יכול לעכב את הטלפון שלי.

איך הכלל הזה עלה בפסיקה?

רשות שדות התעופה ואח' נ' גרוס

עובדות המקרה: התעשייה האווירית ביצעה באופן קבוע עבודות תיקונים במטוסים של חברת התעופה מעוף. התעשייה החזירה את המטוסים אחרי התיקון, אבל היא אף פעם היא לא קיבלה את מלוא הסכום אשר מגיע לה, תמיד נשאר חוב קטן וזה היה הנוהג במשך תקופה ארוכה. החוב של חברת מעוף הלך וטפח ובסופו של דבר היא נכנסה לפירוק, באותו מועד היה ביד התעשייה 4 מטוסים שגמרה לטפל בהם ולא שחררה אותם. התעשייה הודיעה לפרק שהיא מעכב את 4 המוטסים עבור החוב הכולל של החברה כלפיה (עבור כל התיקונים של על המטוסים) ביהמ"ש קבע העכבון תופס רק להבטחת התיקון עבור 4 המטוסים, כי יתר המטוסים היא כבר שחרר ולפי ס' 11(ד) העכבון שקע.

אז שני נימוקים - ברגע שחברה שחררה נכס אז העכבון פוקע, ודבר שני צריך זיקה ישירה בין חוב לבין הנכס.

מקרה דומה בפס"ד ליבוביץ נ' אוברזון

עובדות המקרה: דובר כאן במתפרה אשר תפרה בגדי ים עבור המעצב הידוע אוברזון, המתפרה קיבלה ממנו בדים והייתה אמורה להכין מהם בגדי ים, ולמסור את בגדי הים המוכנים ב 3 פעמים. המתפרה גמרה את שני המשלוחים הראשונים אבל לא קיבלת את התשלום בגינם ולכן את המשלוח השלישי היא מסרת למסור והיא מעכב אצלה עד לתשלום החוב הכולל עבור כל 3 המשלוחים, זאת למרות ששני המשלוחים הקודמים היא כבר שחררה. בימה"ש פסק כי העכבון כי יכול לשמש עבור כל שלשת המשלוחים אפילו כי שלשת המשלוחים כברו שחוררו. מדוע כך נקבע ?

נחתם בין הצדדים חוזה מסגרת אחד אשר כלל את כל 3 המשלוחים לכן בימה"ש ראה בכל 3 המשלוחים עסקה אחת, לכן ניתן לעכב את המשלוח האחרון גם עבור החוב בגין שני המשלוחים הקודמים.

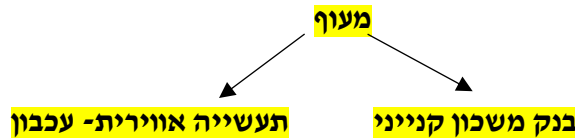
יש חשיבות לשאלה מה סוכם בין הצדדים, זאת כדי להחליט את מותר לעכב, לכן יש קשר לדיני החוזים.

אנו מבינים כי, העכבון הוא מכשיר חזק, מצד שני אנו חייבים למצוא את המקור אשר מוליד לי את זכות העכבון.

העכבון כזכות קניינית (תחרות זכויות שמעורב בה עיכבון):

הפסיקה תפסה את זכות העכבון כזכות קניינית והמשמעות היא בעיקר במצבים של עסקאות נוגדות, כאשר לבעל הנכס יש נושים נוספים אז במקרים רבים זכות העכבון תנצח אותם כי היא נחשב כזכות קניינית, הפס"ד המרכזי בנושא הוא פס"ד **רשות שדות התעופה ואח' נ' גרוס**

עובדות המקרה: דובר במטוס שהיה בבעלות חברת מעוף, חברת מעוף שעבדה את המטוס לטובת בנק אשר נתנה לה הלוואה, המשכון נרשם ברשם החברות לכן הוא נחשב כמשכון קנייני, לאחר מכן המטוס אשר שימש את החברה התקלקלה והחברה מסרה אותו לתיקון בתעשייה האווירית, התעשייה האווירית תיקנה את המטוס אבל לא קיבלה את התשלום עבור התיקון, לכן היא מסרבת לשחרר את המטוס. כעת חברת מעוף נכנסה לפירוק הצדדים השונים מבינים שלקבל כסף מהמפרק יהיה קשה מאוד, וכעת שניהם רבים על המטוס.



ובכן התעוררה השאלה מי מנתח בתחרות, יש לשים לב הוא מהפכני בימה"ש קבע כי מי שמנצח הוא העכבון, מה הנימוקים:

בימה"ש הסתמך על נימוק של מדיניות משפטית, למה רצוי לתת עדיפות לעכבון, יש שני נימוקים:

1) **צרכי השוק** – כאשר אדם מכניס נכס לתיקון למשל מכונת למוסך, זה לא הגיוני לדרוש מהמתקן לבצע קודם כל בדיקה אצל רשם החברות או רשם המשכונות, כדי לבדוק אם הנכס הזה ממושכן לטובת צד שלישי. **בדיקה כזאת לוקחת זמן עולה כסף והיא פוגעת בחיי המסחר, המטרה היא לעודד תיקון של נכסים כאשר המתקן לא צריך לחשוש שהוא לא יקבל את דמי התיקון. לכן כבר מהסיבה של חיי מסחר וצרכי שוק אנו רוצים להגן על מי שמתקן את הנכס כאשר הוא יודע כי התשלום שלו מובטח.**

2) **שיקול ההשבה** – התיקון אשר ביצעה התעשייה האווירית השביח את הנכס, כעת המטוס תקין הערך שלו גבוה יותר, במילים אחרות התיקון שלו הנכס משפר את מצבו של בעל המשכון כי כעת הנכס הממושכן שווה יותר וזה לא הוגן כי מצד אחד הקבלן המתקן יפגע כי הוא לא יקבל את התשלום ויצטרך להחזיר את הנכס ומצד שני בעל המשכון מקבל נכס אשר שווה יותר.

כתוצאה משני הנימוקים מי שנמתח זה העכבון. המשמעות שהמפרק יצטרך לשלם לתעשייה האווירית.

התוצאה של פסק הדין היא שהעכבון הפך להיות בעצם תקנת שוק. לפי דיני הקניין היחיד אשר יכול לנצח זכות קניינית קודמת בזמן זה מי שמקיים תקנת שוק. במקרה הנדון הקביעה כי העכבון מנצח משכון קנייני אשר קדם לו הופכת את העכבון לא רק לזכות קניינית חזקה אלא גם יוצרת תקנת שוק מיוחדת לעכבון. וקוראים לה **"תקנת שוק העכבון"** היא מאוד מיוחדת ממס' סיבות:

- 1) בד"כ תקנות שוק נקבעות בחוק, אל כאן תקנת השוק היא פרי פסיקה.
- 2) בד"כ לגבי תקנות השוק קיימת רשימה של תנאים מצטברים שצריך לקיים אותם כדי לזכות במעמד הקנייני המיוחד, לעומת זאת לגבי העכבון כל מה שצריך לבדוק זה הוא במקרה הנדון מתקיימים השיקולים אשר נקבעו בפסקה הדין: **צרכי השוק, שיקול ההשבה.**

לא מדובר כאן בתנאים ברורים מסדורים אלא בשיקולים כללים יותר אשר נובעים ממדיניות משפטית "תקנת שוק העכבון". זה החידוש בפסקה הדין.

כאשר קוראים את פס"ד רשות שדות התעופה לא ברור אם שני השיקולים מצטברים או חלופיים השאלה הזאת עלתה בפס"ד:

אלוניאל בע"מ נ' כונס הנכסים עו"ד גרנות

עובדות המקרה: דובר בחברת אלוניאל שהיא הזכיינית של מקדונלס בארץ, אלוניאל שכרה מבנה גדול כדי לפתוח סניף של מקדונלס, אבל כדי להפוך את המבנה למסעדה היא הייתה צריכה לעשות שיפוץ. הצדדים סיכמו כי אלוניאל היא תישא בכל העלויות כאשר החברה המשכירה תחזיר לה חלק מהסכום בתשלומים שנתיים לאורך השנים. בנשים הראשונות הכל פעל כשורה, אולם בשלב מסוים החברה המשכירה הפסיקה לשלם ונכנסה לפירוק, בינתיים נגר חוזה הזכירות חברת אלוניאל מפסיקה להפעיל את המסעדה אבל היא מסרבת לפנות ולהחזיר את ההחזקה למפרק של החברה עד שהיא תקבל את כל הסכומים שהחברה חייבת לה. **ובכן בשלב זה נודע לאלוניאל עוד לפני תחילת השכירות החברה המשכירה קיבלה הלוואה מהבנק ולטובת הלוואה היא שעבדה את המבנה במשכנתא לטובת הבנק, המשכנתא נרשמה בטאבו והיא קניינית ובכן גם פה יש מצב של תחרות זכויות המתחרה הראשון זה משכנתא קניינית ואחרית עכבון.**



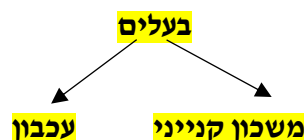
איך מכריעים בתחרות? ביהמ"ש ניתח את המקרה לפי שיקול ההשבה בלבד, באותו מקרה אלוניאל השביה את הנכס לרבות השקעה של ריהוט, ביויב וכו'. בגלל ההשבה נקבע כי העכבון מנצח. מהפס"ד אנו רואים שלא צריך לעמוד בשני התנאים של פס"ד רשות שדות התעופה אלא די בשיקול ההשבה. אבל ביהמ"ש סייג את עצמו וקבע כי הקביעה הזו מתייחסת לסעיף 19 לחוק התרופות זה היה המקור לעכבון כך שלא בטוח כי הקביעה הזו תתאים כאשר העכבון מבוסס על ס' חוק אחר. בפס"ד רשות שדות התעופה העכבון התבסס על ס' 5 לחוק חוזה קבלנות כך שלא ברור עד הסוף האם הפס"ד החדש משנה את ההלכה הקודמת או אולי לגבי כל סעיף חוק תהיה הלכה שונה.

בפרשת אלוניאל בימה"ש חידד והבהיר שלא כל עבודה אשר נעשתה בנכס נחשבת השבה, **השבה זה כאשר העבודה מעלה את שווי הנכס ולכן שיקולי ההשבה פועל לטובת המעכב גורם לו לנצח בתחרות.**

כאשר מתעוררת תחרות זכויות ויש בה עכבון, זה נערך בשלושה שלבים:

- 1) האם בנסיבות נולדה זכות עכבון, מותר לעכב בתנאי שיש לנו מקור משפטי למקור שזה רשימת החוקים לעיל, כלומר אדם אשר מעכב נכס הוא זכאי לעכבון כאשר יש לו מקור משפטי.
- 2) אנו בודקים כי העכבון אכן הופעל לפי הכללים, למשל המעכב אסור לו להשתמש בצרכים שלו, כלומר חייבים לוודא כי הנכס מעובד כדן.
- 3) נדרש להכריע בתחרות מול הזכויות עכבון מול זכות אחרת מי גובר.

לגבי התחרות, המצב הקלאסי כאשר יש זכות עכבון, תחרות בין משכון קנייני קודם בזמן, ולאחר מכן הנכס נמסר לגורם כלשהו אשר לא קיבל את הכסף אשר מגיע לו מבעל הנכס לכן כעת מעכב אצלו את הנכס ומסרב להחזיר לבעלים.



הרבה פעמים התחרות הזו מתעוררת בשלב של פירוק חברה, בעל הנכס הוא החברה, כעת החברה נכנסה לפירוק היא לא יכולה לשלם את חובותיה לכל הנושים, לכן התחרות על הנכס של החברה היא תחרות מאוד חריפה כי כל אחד מהצדדים יודע שאם הוא לא ינצח בתחרות, הוא עלול להיפגע. במקרים רבים המפרק של החברה מוכר את הנכס שעליו מתחרים הנושים השונים, והוויכוח כעת למי יש עדיפות לגבי הכסף שיתקבל מהמכירה. **אם העכבון מנצח בתחרות אז בעל העכבון יקבל את החוב שהחברה חייב לו ואז המשמעות היא כי לבעל המשכון יישאר פחות כסף מהסכום אשר**

התקבל במכירה הנכס. לעומת זאת המשכון מנצח אז הוא הראשון להיפרע מהכסף ובד"כ לבעל העכבון כבר אל ישאר כלום, אלה הם המצבים אשר מתעוררים בפסיקה.

היחס בין שני פסקי הדין אלוניאל(צרכי שוק+שיקול השבה) ורשות שדות התעופה(שיקול ההשבה), מצד אחד ניתן לומר כי אלוניאל הוא חדש יותר לכן הוא שינה את ההלכה הישנה של רשות שדות התעופה. לעומת זאת ניתן לומר שכל אחד מפסקי הדין התבסס על סעיף חוק שונה, ולכן אם מדובר בעכבון אשר מבוסס על ס' 5 לחוק חוזה קבלנות כמו תיקון נכסים או ביצוע עבודה בנכס, אז תחול הלכה שדות תעופה ונדרש שני הנימוקים ואילו אם מדובר בעכבון אשר מבוסס על ס' חוק אחר אז תחול הלכת אלוניאל.

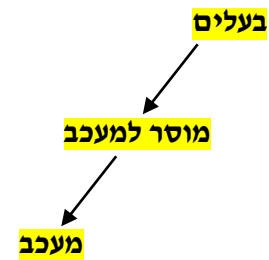
פס"ד חדש נקרא **בנק דיסקונט נ' מתמור דובר בעכבון מכוח ס' 9 לחוק השומרים** ביהמ"ש קבע כי די בשיקול ההשבה. לכן המגמה אשר עולה מהפסיקה שדי בשיקול ההשבה כדי שהעכבון ינצח, **אולם גישה אחרת דוגל פרופ' מיגל דויטש** – לגישתו ההכרה בעכבון כי תקנת שוק זה רעיון מאוד חזק, זו תקנת שוק שאינה מופיעה בפסיקה לכן לדעתו צריך לצמצם את השימוש בעכבון כתקנת שוק למקרים בהם העכבון מסתמך **על ס' 5 לחוק חוזה קבלנות**, ואז לפי גישתו העכבון ינצח רק אם הוא מקיים את שני התנאים המצטברים: צרכי שוק+שיקול השבה של פס"ד רשות שדות התעופה.

לסיכום, אנו רואים כי יש שתי גישות:

- (1) הגישה הפורמלית היא הגישה של הפסיקה החדשה די בשיקול ההשבה.
- (2) יש עדיין מקור לגישה המצמצמת יותר אשר מבוסס על פס"ד רשות שדות תעופה, פרופ' מיגל דויטש, ודורשת שני שיקולים מצטברים.

לכן נדרש לנתח לפי שתי הגישות.

עוד כלל אחד חשוב, כל הדיון אשר ערכנו לעיל, עסקת בתחרות זכויות מאוד ספציפית, קודם משכון קנייני ולאחר מכן עכבון, **אולם כל הדיון אשר ערכנו לגבי העכבון כתקנת שוק יכול להתאים לתחרויות זכויות נוספות, הרעיון הכללי כי העכבון פועל כתקנת שוק ואם מתקיימים התנאים הנדרשים שזה או שני התנאים לפי פס"ד שדות התעופה או שיקול ההשבה לפי הפס"ד החדש, אז העכבון גובר על הזכות אשר קדמה לו.**

עוד מצב שבו העכבון פועל כתקנת שוק – "מסירת הנכס לידי המעכב שלא על ידי הבעלים":

יש את הבעלים מרצונו, אשר מסר את הנכס לגורם כלשהו, והאחרון מוסר את הנכס לצד שלישי שכעת מעכב אותו ומסרב לשחרר אותו,

דוג' – אני בעלים של מכונית השאלתי את המכונית לחברה לסופ"ש, אולם החברה עשתה תאונה עם המכונית, והחברה שהיא לא בעלת המכונית היא זו אשר מוסרת את המכונית למוסד לתיקון, המוסד תיקן את המכונית (ס' 5 לחוק חוזה קבלנות) אך החברה מסרב לשלם, בתגובה המוסכניק מעכב אצלו את המכונית, אבל העכבון הזה פוגע בבעלים. לכן נוצרת כאן גם תחרות זכויות, מצד אד הבעלים רוצה את המכונית בחזרה, מצד שני המוסכניק יש לו עכבון זכותו על פי חוק לעכב את הנכס עד לקבלת התשלום וכעת השאלה מי מנצח בתחרות הבעלים או המעכב ?

מקרה כזה עדיין לא הגיע לבימה"ש העליון, כלומר אין לו הלכה מחייבת, **אבל המלומדים השונים פרופ' מיגל דויטש, ופרופ' נינה זלצמן כולם מסכימים על הפתרון הבא:**

אם הבעלים הסכים למסירת הנכס לידי הצד השלישי שכעת הוא מעכב אותו אז במצב כזה גובר העכבון, כי ברגע שהבעלים הסכים שהנכס יתגלגל לצד שלישי הוא נוטל סיכון.

בדוג שלנו – נניח כי החברה מספרת לבעלים על התאונה ואני בעלת המכונית הסכמתי שתמסור את הנכס לתיקון כאן אני מכניס את עצמי למצב של סיכון, וכאן העדיפות הוא למעכב. לעומת זאת, אם בעל הנכס לא ידע ולא הסכים למסירת הנכס לצד השלישי אז ההחזקה של אותו צד שלישי היא בעצם לכאורה החזקה שלא כדין או החזקה ללא רשות במצב כזה, הצד השלישי בעל העכבון ינצח את הבעלים רק אם הוא מקיים את **"תקנת שוק עכבון"** ומה זה אומר תקנת שוק ? אותם שתי גישות לעיל, תקנת שוק העכבון יש לה שתי גישות.

17. זיקת הנאה

ההגדרה מופיעה בס' 5 לחוק המקרקעין והיא מופיע רק בחוק זה.

זיקת- הנאה

5. זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם.

מה זה אומר ? המילה שעבוד מטעה – זה לא שעבוד במובן של משכון, אלא במקום שעבוד הכוונה היא של **"כפיפות"** ז"א מקרקעין של אדם מסומים כפופים להנאה כלשהי לאדם אחר נהנה מהם. מה זה זיקת הנאה ?

מצב שבו אדם נהנה בצורה כלשהי ממקרקעין של אדם אחר, אבל המיוחד בזכות הזו כי ההנאה הזו לא כוללת החזקה במקרקעין. **ס' 93 לחוק המקרקעין** נותן כל מיני דוגמאות לזיקות הנאה, כאשר הסוג הנפוץ ביותר הוא זכות שימוש במקרקעין של אדם אחר כמובן ללא החזקה באותם מקרקעין.

צורות הזיקה

93. (א) זיקת הנאה יכול שתקבע –

- (1) כי בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לטובתו זכאי לשימוש מסויים במקרקעין הכפופים;
 - (2) כי בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסויימת באותם מקרקעין.
- (ב) זיקת הנאה לטובת מקרקעין יכול גם שתקבע כי בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסויימת או שלא יהיה זכאי למנוע ביצוע פעולה מסויימת במקרקעין הזכאים.

באיזה מצבים שאדם יכול להשתמש בנכס של אחר ללא החזקה:

- (1) **זכות מעבר** – כאשר מדובר בחלקה פנימית שאין לה יציאה ישירה אל הכביש, כדי להגיע לחלקה ולצאת ממנה בעל החלקה הפנימית צריך לעבור דרך עפר ארוכה עד ליציאה לכביש הראשי, אבל אם השכן שלו בעל החלקה הסמוכה לכביש יאפשר לו לעבור בחלקה זה יהיה מאוד נוח, מצב כזה נחשב זיקת הנאה אשר נותנת זכות מעבר בחלקה של השכן. כאן מותר לבעל החלקה הפנימית זה רק לעבור והם יסכימו את כל פרטי הזכות כולל האמצעי שאי יעבור.
- (2) **זכות שימוש – חניה** – השכן שלי מסכים מדי פעם כאשר אני צריך זה להחנות את המכונית שלי בחלקה שלו, אני לא מקבל החזקה אני לא תופס באופן בלעדי חלק מהחלקה, הרעיון הוא שימוש לשם חניה ללא החזקה, השימוש יכול להיחשב זיקת הנאה.

איך נולדת זיקת הנאה ?

- (1) **מכוח הסכם** – הדרך הקלאסית אשר חלה על כל הזכויות במקרקעין למעט עכבון מכוח הסכם, שני הצדדים חותים על הסכם אשר מעניק לאחד מהם זיקת הנאה, **מי יכול לתת זיקת הנאה ? שני גומרים :**

- (א) **הבעלים של הנכס אשר מוכן לחתום על הסכם.**
- (ב) **סע' 81 (ב) לחוק המקרקעין** גם שוכר רשום במקרקעין יכול לתת זיקת הנאה כמובן לתקופה שלא תחרוג מתקופת השכירות. אנו הציבור חוכרים לדורות. ז"א המדינה היא בעלים רשום ואנו הציבור חוכרים לדורות.

שיעבוד שכירות במשכנתה או בזיקת הנאה

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

הצדדים לעסקה יקבעו בהסכם את כל התנאים בעסקה.
למשל – האם בעל הזיקה אשר נהנה צריך לשלם, יתכן הוא מקבל את הזכות ע"ב שכנות טובה, או בתשלום.

לפי ס' 96 לחוק המקרקעין זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת אלא אם הצדדים קבעו אחרת. כמובן האינטרס של המתחייב בעל המקרקעין להתחייב בזמן. כמובן מסכמים את אופן המעבר, שעות המעבר, אמצעי המעבר.

תקופת הזיקה ותנאיה

96. זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה; אולם בית המשפט רשאי, על פי בקשת צד מעונין או היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים; ורשאי בית המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי.

אנו ממשיכים בזיקת הנאה מכוח הסכם, כיוון שמדובר בעסקה המקקעין נדרש כי ההסכם יהיה בכתב לפי ס' 8, ברגע שנחתם ההסכם נולדת זכות שימוש אישית בלבד, וכאשר מדובר בזכות אישית לא קוראים לה זיקת הנאה נקרא **"זכות שימוש"** אבל בעל הזכות יכול לרשום אותה בטאבו והיא תהפוך להיות קניינית וקוראים לה **"זיקת הנאה"**. הטאבו כך יראה: בעלים א' זיקת הנאה ב'.

חשוב להבין מה משמעות הקנייניות אם על המקרקעין אשר נקראים מקרקעין כפופים רשומה זיקת הנאה אז כל מי שיקנה את המקרקעין האלה והיפוך לבעלים שלהם בעתיד מחויב גם הוא וכפוף גם הוא לזיקת ההנאה הקניינית.

(2) **מכוח דין – דיני התכנון והבנייה** – מאפשרים לרשויות התכנון והבנייה כאשר הם מתכננות אזור או שכונה לקבוע מראש זיקות הנאה, נניח אני קונה חלקה א', ובמסגרת התכנית אשר חלה על האזור מסומן שביל, כאשר צד ב' השכן הפנימי מקבל זיקת הנאה בשביל הזה, כאן לא מדובר בהסכם רצוני בין הצדדים, אלא מדובר בזיקת הנאה מכוח דיני התכנון והבנייה.

(3) **סעיף 94 לחוק המקרקעין – "זיקת הנאה מכוח שנים"** –

זיקה מכוח שנים

94. (א) מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה.

ברגע שאדם נניח צד ב', במשך 30 שנים משתמש בחלקה של אדם אחר, שימוש אשר ראוי להיחשב כזיקת הנאה כמו חניה, מעבר (ללא החזקה) אז באופן אוטומטי ביום שחלפו 30 שנים הוא מקבל זיקת הנאה קניינית במקרקעין, זה דבר מאוד מיוחד ומאוד חמור. הזיקה הזו נולדת כאשר בעל המקרקעין בכלל לא מודע כי משתמשים במקרקעין שלו ולכן יש כאן פגיעה קשה, בנוסף זיקת הנאה כזאת לא חייבת להירשם בטאבו ובד"כ לא רשומה בטאבו, לכן היא עלולה לפגוע גם בצדדים שלישיים למשל אדם אשר קונים את המקרקעין ואינו יודע שקיימת בהם זיקת הנאה קניינית, מדובר בזכות מיוחדת כי היא נולדת מכוח התיישבות מכוח חלוף השנים, זה לא קיים לגבי אף זכות אחרת.

מדובר בזכות קניינית שלא רשומה בטאבו, זה דבר בלתי נתפס אל מול העקרונות של דיני הקניין, בגלל הפגיעה הקשה אשר נגרמת לבעלים, המחוקק ניסה לתת להם הגנה מסוימת ס' 94 (ב) לחוק המקרקעין קובע –

94 (ב) הודעה בכתב של בעל המקרקעין למי ששתמש בזכות כאמור, לרבות הודעה לציבור, שהוא מתנגד לשימוש בזכות, מפסיקה את התקופה האמורה בסעיף קטן (א).

בעל המקרקעין יכול לתת הודעה למשתמש בכתב אשר ידרוש ממנו להפסיק להשתמש, אבל לא תמיד הבעלים יודע על השימוש לכן לא יכול לתת הודעה, בנוסף אם המשתמש לא מצוית להודעה וממשיך להשתמש אז מתחילים לספור את מניין השנים מחדש.

עוד סיבה למה זיקת הנאה מכוח שנים היא חריגה – הזיקה מתחילה את דרכה כאשר אדם משתמש שלא כדין במקרקעין של אדם אחר, לכאורה היה אפשר להשתמש בסעיפים אשר למדנו שעוסקים בהגנה על החזקה, אבל הסעיפים האלה לא מתאימים משום שאותו משתמש

עושה שימוש ללא החזקה הוא איננו מחזיק שלא כדין כי הוא בכלל לא מחזיק, למעשה הסעד לבעל המקרקעין **זה מכוח דיני הנזיקין השגת גבול ס' 29 לפק' הנזיקין:**

הסגת גבול במקרקעין

29. הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

אבל אם בעל הקרקע לא יודע ולא עושה שום דבר במשך 30 שנה אותו משיג גבול הופך פתאום לבעל זכות קניינית חוקית ומורכת.

יש לשים לב, אם בעל הקרקע יודע על אותו משתמש ומעלים עין במקרה כזה אותו משתמש בעצם נחשב כמי שקיבל "רשות שימוש מכללא" ואז הוא לא נחשב משיג גבול.

נוכר כי זיקת הנאה מכוח שנים אמרנו כי אם אדם משתמש במקרקעין של אדם אחר קרי שימוש ללא החזקה למשך 30 שנים. בתום 30 שנים נולדת לטובתו זיקת הנאה קניינית. הדבר הזה מאוד חריג יש כאן מצב שבו אדם זוכה בזכות קניינית מכוח חלוף השנים מכוח השנים, זה דבר שאינו קורה בזכות אחרת, יותר מכך דיברנו על פולשים, לכן החריג לזה זה זיקת הנאה למשך 30, מעבר ל 30 שנים אני מקבל זכות שימוש.

כמה הערות על זיקת הנאה:

(1) **"שימוש נוגד" – השימוש למשך 30 שנים צריך לביות "שימוש נוגד" ז"א לא ניתנה הסכמה של הבעלים לשימוש האמור, למעשה מי משתמש במשך 30 שנים הוא למעשה משיג גבול הוא משתמש בקרקע שאינה לו ללא רשות הבעלים. ממבט ראשון הבעלים יכול להשתמש בסעיפים 16-19 לחוק המקרקעין הסעיפים של הגנה על החזקה, אולם הסעיפים האלו לא מתאימים מכיוון שהם חלים על מצב שבו הפולש מחזיק במקרקעין אילו אצלנו "הפולש" רק משתמש ללא החזקה. הס' היחיד שיכול אולי להתאים אל מול הנסיבות הוא ס' 17 לחוק המקרקעין אולם הוא לא תמיד מתאים, לכן מה שנותר לבעל הקרקע זה להתבסס על דיני הנזיקין על העולה של השגת גבול.**

(2) **מקרקעי ציבור = ס' 113 לחוק המקרקעין –** הס' קובע כי במקרקעי ציבור לא ניתן לזכות בזיקת הנאה מכוח שנים. מקרקעי ציבור הם מקרקעים של המדינה או מקרקעי הרשויות, החשש היה כי הרשויות או המדינה לא ידעו על כך כי אדם מסוים משתמש במקרקעין שלהם ללא רשות, ואז התוצאה בתום 30 האדם מקבל זיקת הנאה במקרקעי ציבור, לכן **כדי למנוע מצב כזה ס' 113 קובע כי זיקת הנאה מכוח שנים לא יכול להיווצר במקרקעי ציבור.**

התיישנות

113. (א) במקרקעי יעוד אין התיישנות.

(ב) במידה שלפי חוק זה חלה התיישנות במקרקעי ציבור שאינם מקרקעי יעוד, לא תתחיל תקופת התיישנות לפני היום שנרשמו על שם בעליהם.

(ג) במקרקעי ציבור לא יחול סעיף 94.

(3) **רישום בטאבו – לפי ס' 94 קובע כי** ברגע שחלפו 30 באופן אוטומטי המשתמש הופך לבעל זיקת הנאה קניינית, והס' קובע כי הוא רשאי לרשום את זיקת הנאה שלו בטאבו. **במילים אחרות אין חובה לרשום את הזיקה בטאבו מצד שני עולה שאלה על סמך היקש מפרשת גנז** **אנו מזכירים כי בפרשת גנז נקבע שלמרות שהחוק המקרקעין לא מחייב לרשום הערת אזהרה בטאבו חובה כזאת קיימת מכוח עקרון תו"ל והפסיקה חיזקה את הרעיון הזה עדי כדי כך כי בהלכת גנז ובמספר פסקי דין לאחר מכן נקבע כי אם אדם יכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם זה מחדל שיגרום לו להפסיד במצב של תחרות זכויות, לכן דרך ההיקש אפשר אולי לומר שאם אדם זכה בזיקת הנאה מכוח שנים והוא לא רשם אותה באטבו רישום שיכול היה להזהיר צדדים שלישיים למשל מי שרוצה לקנות את המקרקעין, אז אפשר אולי לומר כי מחדל כזה יגרום לו להפסיד במצב של תחרות זכויות.** **מצב שיכול להתעורר זה אדם א' בעלים של מגרש, אדם ב' השתמש במשך 30 שנים במגרש שימוש ללא החזקה שיכול להתאים לזיקת הנאה למשל: נהג לחנות כל לילה**

במגרש, לאחר 30 שנים ויכול להיות כי בעל הקרקע אינו מודע ובוודאי לא הסכים, בעל הקרקע אפילו לא יודע כי חלפו 30 שנים, צד ב' זכה באופן אוטומטי בזיקת הנאה, צד ב' לא רשם את זיקת הנאה בטאבו, אחרי 30 שנים צד א' מוכר את המגרש לצד ג' בד"כ קבלן או יזם. כעת צד ג' הוא הבעלים רוצה לבנות על המגרש ורק בשלב הזה הוא מגלה כי צד ב' בעל זיקת הנאה קניינית, בד"כ צד ג' לא ידע כי צד ב' חונה על לילה במשך 30 שנים. אפילו צד ג' לא ידע על שום בעיה ואף בדק את הטאבו, צד ג' מגדר את הקרקע, צד ב' מתייעץ עם עו"ד ואומר לו שיש לך זיקת הנאה מכוח שנים, במצד כזה צד ב' יש לו זכות קניינית ראשונה בזמן לכן התוצאה היא צד ב' מנצח בתחרות, והמשמעות היא כי הקבלן יצטרך להקצות חניה ע"ג המגרש. אבל אם נעשה היקש מהכלת גנן ניתן לומר בגלל שצד ב' לא רשם את זיקת הנאה בטאבו זה מחדל אשר יגרום לו להפסיד בתחרות אולי ולא בטוח.

א' בעלים

צד ג' קבלן בעלים

צד ב' זיקת הנאה קניינית

במצב כזה של תחרות זכויות אמרנו כי צד ב' מנצח כי יש לו זכות קניינית למרות שלא רשם בטאבו. מתי בכל זאת צד ג' יכול לנצח?

צד ג' יוכל לנצח את צד ב' רק אם הוא עומד בתקנת שוק, ס' 10 לחוק המקרקעין, אולם הרציונל של תקנת שוק הוא לחנך את הציבור לבדוק את הטאבו קרי מרשם המקרקעין, כי המטרה היא לגלות מראש האם קיימת כבר זכות קניינית קודמת במקרקעין, אולם ישנן זכויות קנייניות שאינן נרשמות בטאבו:

דוג' ראשונה – שכירות עד 10 שנים

דוג שניה – עכבון אי אפשרות לרשום אותו באטבו

דוג שלישית- זיקת הנאה מכוח שנים, לא חובה לרשום ס' 94 אומר כי האדם רשאי לרשום.

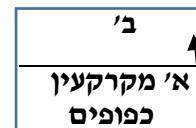
לכן הכלל הנוגע לתקנת שוק: הוא תקנת שוק אינה גוברת על זכויות קנייניות שאינן מחויבות רישום בטאבו. הזכויות האלו מראש לא דורשות רישום בטאבו, לכן תקנת השוק אינה חלה.

במשך 30 השנים כאשר האדם מבצע שימוש נוגד, כאשר בעל הקרקע יכול לבקש מהאדם לדרוש פיצוי מכוח דיני הנזיקין, בנק' זמן לאחר חלוף 30 המצב משתנה האדם הופך להיות לא רק שהוא לא משיג גבול הוא הופך להיות אדם בעל זכות קניינית, וכעת יכול להמשיך להשתמש.

לסיכום, צד ב' מנצח את צד ג' הקבלן.

לטובת מי פועלת זיקת הנאה, מיהו הזכאי?

נזכיר במה שאמרנו, זיקת הנאה היא זכות קניינית, במקרקעין של אדם אחר, המקרקעין אשר כפופים לזיקת נקראים בחוק "מקרקעין כפופים"



המשמעות של הזכות הקניינית היא שגם אם הבעלים של המקרקעין הכפופים מתחלפים, עדיין המקרקעין הכפופים ממשיכים להיות כפופים לזיקת הנאה הקניינית, אם צד א' מוכר לקבלן אשר רוצה לבנות אותו קבלן כפוף לזיקת הנאה הקניינית.

כעת נראה לטובת מי בדיוק פועלת הזיקה = "מיהו הזכאי" מכוח זיקת ההנאה ?

1) **זיקת הנאה לטובת אדם או קבוצת אנשים** – בדוג לעיל נניח כי הצדדים מסכימים כי מי שיכול לעבור בחלקה של א' יהיה צד ב' באופן אישי או המשפחה של צד ב', אז זאת זיקת הנאה שקל להבין אותה, לגבי הדוג' הזאת קובע **ס' 95 לחוק המקרקעין** – בעל הזיקה לא רשאי להעביר את זכותו לצד שלישי ללא הסכמת בעל המקרקעין הכפופים, מצד אחד נשמע לנו הגיוני, מצד שני יש כאן דבר מוזר משום שאם יש לצד ב' זיקת הנאה קניינית אז זכות קניינית מעצם טבעה כן ניתנת להעברה, ואילו כאן נכנס אלמנט של זכות אישית, זיקת ההנאה הזאת נתפסת כאילו זכות אישית של ב' בלבד, זה דבר מוזר, אבל זה מה שקובע הס' וזה הדין המיוחד אשר חל על זיקת הנאה לטובת אדם או קבוצת אנשים.

העברת הזיקה

95. בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא באין הוראה אחרת בתנאי הזיקה.

- 2) **זיקת הנאה לטובת הציבור** – זה יקרה כאשר זיקת ההנאה נקבעה מראש ע"י רשויות התכנון והבנייה, למשל – כאשר מתכננים מראש שכונה, ניתן לקבוע "במקרקעין הכפופים" שביל אשר ירשם כזיקת הנאה לטובת הציבור ואז כל מי שרוצה יכול לעבור שם.
- 3) **לטובת המקרקעין הזכאיים** – במילים אחרות הזיקה הפעם היא לא לטובת אדם או קבוצה או הציבור אלא, לטובת המקרקעין הזכאיים עצמם, בדוג' לעיל הזיקה תהיה לטובת המקרקעין של ב', המשמעות היא להבדיל ממצב 1, אם ב' בעל המקרקעין הזכאיים מוכר את המקרקעין, הקונה מקבל את המקרקעין + הזיקה אשר צמודה בקרקע.

כעת נדבר על 3 האופציות יחד, אם כן, איך נדע מיהו הזכאי בזיקת הנאה ?

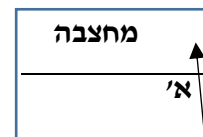
התשובה היא: אם זיקת ההנאה נקבעה בהסכם הין הצדדים וההסכם מציין במפורש מיהו הזכאי או מיהו בעל הזיקה, אז יש לנו תשובה ברורה, יתכן אני צד א' קובע כי רק צד ב' יכול ליהנות מהזיקה ואז זה מצד 1, אולם, יתכן בהסכם יקבע כי הזיקה תהיה לטובת המקרקעין של צד ב' ואז מדובר במצב מספר 3.

אבל מה קורה אם ההסכם שותק, ההסכם אינו אומר לטובת מי הזיקה ?

התשובה ניתנה בפס"ד **אסטרחאן נ' בר תורין** ע"י הש' בן יאיר, הש' קבע אם הזיקה משרתת אדם באופן אישי ללא קשר לזכויותיו במקרקעין, אז זו זיקת הנאה לטובת אדם סוג מס' 1. לעומת זאת אם לא ניתן להפריד בין השימוש במקרקעין לבין הזיקה, אז זו תהיה זיקה לטובת המקרקעין סוג מס' 3.

דוג – נניח אני מאפשר מעבר בחלקה שלי לבעלת החלקה הסמוכה שהיא אחותי, לאחותי יש אפשרות יציאה אחרת אל הכביש נוחה יחסית אבל החלקה שלי מקצרת לה את הדרך ומכוון שזו אחותי אני מאפשר לה לעבור בחלקה שלי וזו זיקה מסוג מספר 1, וזה מכוח היחסים בינו.

לעומת זאת, נניח כי בעל החלקה הפנימית הוא אדם זר, שהגישה לחלקה שלו היא מאוד קשה מפותלת זה מזכיר את העבודות של **פס"ד שלב נ' הררי מואב**:



עובדות המקרה: בחלקה הפנימית אשר רחוקה מהכביש הייתה מחצבה המשאיות אשר היו עמוסות בסלעים ואבנים היו צריכות לנסוע בדרך עפר מפותלת קשה ואינה סלולה כדי להגיע לכביש הראשי, בעל המחצבה ביקש לעבור דרך החלקה של השכן, מה שמאוד מקל על המשאיות, זיקת הנאה כזאת תהיה מסוג מס' 3 כי הזיקה אינה נועדה לאדם אישי אלא לטובת המקרקעין הפנימיים, כפי שאמר הש' בפס"ד אסטרחאן "לא ניתן להפריד את החלקה הפנימית".

ס' 96 לחוק המקרקעין

הס' קובע כי ביהמ"ש רשאי לבטל את זיקת ההנאה אם מצא לנכון לעשות זאת בשל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש, במצב המקרקעין הכפופים, או במצב המקרקעין הזכאיים, וביהמ"ש רשאי לפסוק פיצויים לבעל הזיקה.

תקופת הזיקה ותנאיה

96. זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה; אולם בית המשפט רשאי, על פי בקשת צד מעוניין או היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאיים או הכפופים; ורשאי בית המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי.

מה הרעיון מאחורי ס' 96 ?

המחוקק ובעקבותיו גם בתי המשפט הבינו כי זיקת הנאה בעצם גורמת לפגיעה קשה בבעל המקרקעין הכפופים, לכן הס' מאפשר לבימה"ש במקרים המתמאים לבטל את הזיקה, יש כאן מצב חריג מבחינת דיני הקניין קרי אני בעלים, אני שכור וכו'.. מה פתאום בימה"ש מבטל את הזכות, אולם זיקת הנאה בגלל המיוחדות שלה נקבעה לגביה הסמכות המיוחדת של בימה"ש.

דוג לשימוש בס' 94 זה פס"ד אורן נ' כהן:

כהן לול, מקרקעין זכאיים
אורן מקרקעין כפופים

עבודות המקרה: כהן היה הבעלים של חלקה פנימית אשר רחוקה מכביש והיה לו שם לול תרנגולות, במשך 30 שנים הוא נהג להגיע אל הלול, דרך החלקה של אורן, בשלב כלשהו הוא אפילו הגדיל לעשות הוא סלל שביל בחלקה של אורן ואפילו הקים גדר לאורך השביל ובעצם השתמש בשביל ללא מפריע, רק אחרי שחלפו למעלה מ 30 שנה, התעורר אורן והוא מתנגד לכך שכהן יעבור דרכו, למה דווקא בשלב הזה? כי אורן הקים ווילה בחלקה שלו, ואז הוא מתנגד למעבר שלו, הבעיה היא כי לכהן יש כבר זיקת הנאה קניינית וכהן אינו מוכן לוותר. הסכסוך הגיע לבימה"ש ובינתיים התברר כי כהן בשנים האחרונות אחרו שנגמרו 30 שנים כבר לא מפעיל יותר את הלול, לכן בימה"ש עשה שימוש בסמכותו מכוח ס' 96 הורה על ביטול זיקת ההנאה. מה שמעניין זה לא שהייתה זיקה הנאה כהן אחרי 30 שנה רכש זיקת הנאה, אולם בהמשך אורן רוצה לבנות ווילה ורוצה בלעדיות בחלקה שלו, מצד שני כהן אינו זקוק למעבר כי הלול כבר לא בשימוש, לכן זה מקרה שבו הזיקה בוטלה מכוח ס' 96.

עוד דוג לס' 96 הוא פס"ד אסטרחאן נ' בר חורין

עבודות המקרה: משפחת **אסטרחאן** משתמשת במשך שנים בחלקה הסמוכה לבית, הם מחנים את המכוניות שלהם בהתחלה מי שחנה זה האבא אדון **אסטרחאן** הייתה לו משאית וכל פעם כאשר חזר מהעבודה הוא החנה את המשאית במגרש הריק, לאחר מכן הילדים גדלו וגם הם חונים במגרש, אחר כך האבא מכר את המשאית קנה מכונית פרטית וגם הוא חונה במגרש לאט לאט חלפו השנים עברו 30 שנים, הילדים התחתנו ויש להם ילדים וכעת כולם חונים במגרש, כל זה נמשך למעלה למשך 30 שנים, בינתיים האבא נפטר אולם כל השאר ממשיכים לחנות, **כעת המגרש השכן נקבע ע"י הקבלן בן חורין**, אותו קבלן רוצה לבנות בניין מגורים, **בן חורין** מתנגד לכך שמשפחת אסטרחאן תמשיך לחנות, משפחת אסטרחאן טוענת שיש לה זיקת הנאה קניינית מכוח שנים, לכן בן חורין כפוף לזיקה צריך לאפשר להם ליהנות מהזיקה. **עוד נק' חשובה מאוד, למשפחת אסטרחאן יש אפשרות לחנות ברחוב, אך הם התרגלו לחנות במגרש הריק.**

מה פסק בימה"ש דעת הרוב – הם פסקו לטובת הקבלן וזאת ממספר נימוקים:

- 1) בימה"ש קבע שבכלל לא קמה כאן זיקת הנאה מכוח שנים, מדוע? כי זיקה כזאת דורשת רצף שימוש למשך 30 שנים **זאת לפי ס' 94**. דעת הרוב נתנה פירוש מצמצם לזיקה מכוח ס' 94, ז"א צריך שיהיה שימוש רצוף וזהה למשך 30 שנים, כאן היה האבא עם המשאית לאחר מכן עם רכבו ולאחר מכן הנינים המשיכו לחנות.
- 2) בימה"ש אומר גם אם התקיימו התנאים של ס' 94, לבימה"ש יש שק"ד והוא לא חייב להכיר בזיקה הזאת.
- 3) בימה"ש פירש בהרחבה את ס' 96 אשר מכוחו מאפשר לבימה"ש שק"ד, נקבע כי ס' 96 מאפשר לבימה"ש לא רק לבטל זיקה קיימת אלא גם לקבוע מראש שבנסיבות המקרה בכלל לא נולדה זיקה מכוח שנים

לאור 3 הנימוקים האלה ביהמ"ש קבע כי לא צמחה זיקת הנאה לטובת המשפחה, לכן הקבלן בן חורין חופשי להשתמש במגרש שהוא קנה.**מה דעת המיעוט של בן יאיר:**

- 1) לגבי הנימוק הראשון, רצף השימוש למשך 30 שנים לא חייב לביות בדיוק אותו שימוש, היה כאן שימוש של חניה ע"י הני המשפחה וזה מקיים את רצף השימוש.
- 2) אם אכן קיים רצף שימוש ומתקיימים התנאים של ס' 94, בימה"ש חייב להכיר בזיקה הנאה ואין לו שק"ד.
- 3) **לגבי ס' 96**, הס' מאפשר רק לבטל זיקה קיימת והוא לא מתאפשר לקבוע מראש שבכלל לא נולדה זיקה.

לסיכום, הש' בן יאיר בדעת מיעוט וזאת לא ההלכה, כן היה מוכן להכיר בזיקת הנאה.

מאפייני זיקת הנאה -

בהרבה מקרים קיים גבול דק בין זיקת הנאה לבין זכויות אחרות, ההבדל הזה נוגע לסוגיית החזקה מה זה אומר ?

המאפיין העיקרי של זיקת הנאה הוא "העדר החזקה" לא תמיד קל לקבוע האם במקרה הנדון השימוש כולל החזקה או לא. כפי שאמרנו הכל תלוי בנסיבות.

מס' דוג אשר עלו בפסיקה:**1) קו מוצרי דלק בע"מ נ' מנהל מס רכוש:**

עובדות המקרה: אדם היה בעלים של מגרש, המדינה החליטה להעביר צינור נפט בעומק החלקה שלו מתחת לחלקה שלו, לצורך דיני המס התעוררה השאלה: מה בידוק טיב הזכות שיש למדינה במסלול שם עובר הצינור בעומק הקרקע, מצד אחד המדינה תופסת באופן קבוע את המסלול לאורך הציר אז היא לכאורה מחזיקה בעומק הקרקע לאורך הצינור.

ביהמ"ש פסק: כי מדובר בהחזקה מאוד מצומצמת והיא לא פוגעת באופן מהותי בזכות של בעל הקרקע **לכן יש לראות את המדינה כי שיש לה בסך הכל זיקת הנאה בקרקע.** אנו רואים שגם אם מדובר בהחזקה גם אם מאוד מצומצמת בימה"ש יראה בה כזיקה הנאה.

2) קואופ הריבוע הכחול נ' הממונה על המרשם:

עובדות המקרה: דובר בבניין בגבעתיים שהיו בו גם משרדים של חברת קל(חברת כרטיסי אשראי) גם סניף של קואופ (סופר מרקט), וגם משרדים שונים, סביב הבנייה היה מגרש חנייה גדול בעל המגרש איפשר לחברת קל ולעובדים שלה לחנות את המכוניות שלהם במגרש החניה במקביל למכוניות אחרות אשר חנו שם ועל בסיס מקום פנוי. חברת קל טענה כי הסיכום הזה בין הצדדים בעצם מקנה לה זיקת הנאה והיא פנתה לטאבו כדי לרשום את הזיקה הזאת, אבל קואופ התנגדה לרישום בטאבו אבל אפשרה לחנות בכל זאת, **הממונה על המרשם בדק בזהירות את מאפייני השימוש ואת מאפייני החניה והוא הגיע למסקנה שלא מדובר כאן בהשכרה חנויות, לא מדובר במתן החזקה לחנות, אלא מדובר על חניה על בסיס מקום פנוי, זה מתאים לזיקה הנאה, לכן בסופו של דבר נרשמה הזיקה לטובת קל.** הפס"ד הזה מאוד חשוב להבדיל מעסקת שכירות של חניה לבין זיקת הנאה אשר מאפשרת חניה. בשכירות השוכר מקבל החזקה בלעדית בשטח מסוים, אם לי יש חניה בטאבו בבית משותף אני משכיר את החניה הספציפית שטח מסומן והשוכר מקבל בלעדיות זה מצב של החזקה ועסקה כשאת תחשב שכירות. לעומת זאת הסדר כפי שהיה בפס"ד אשר מאפשר לקל לחנות במקביל בחלקה של בעל הנכס, לאו דווקא במקומות ספציפיים ומסוים ללא בלעדיות הוכר כזיקת הנאה ולא כשכירות.

18. שכירות, חכירה ושאלה**שכירות**

אנו נזכיר את ההגדרה של שכירות – היא זכות אשר הקונתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות. ההגדרה הזו מופיע **בס' 3 לחוק המקרקעין** ואת אותה הגדרה מופיעה **בס' 1 לחוק השכירות והשאלה**.

שכירות (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

3. שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

מהות השכירות – מתוך חוק השכירות והשאלה.

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן – דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

אנו רואים כי שכירות נותנת לשכור החזקה ואשפרות להשתמש בנכס, הזכות חייבת להיות בתמורה בד"כ זה דמי שכירות, ואם השוכר לא נותן תמורה זה יחשב שאלה.

שלא לצמיתות - השכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן.

שכירות יכול להיות הן לגבי מקרקעין והן לגבי מטלטלין.

אם מדובר במטלטלין – החוק אשר חלה עליה הוא חוק השכירות והשאלה.

ואם מדובר במקרקעין – חל חוק השכירות והשאלה וגם + חוק המקרקעין.

במקרקעין הכלל הוא: **לפי ס' 13 לחוק המקרקעין** – עסקה במקרקעין חייבת לחול על הנכס כולו, אולם לגבי שכירות יש לנו חריג **מכוח ס' 78 מכוח חוק המקרקעין** אשר מאפשר להשכיר חלק מסוים מתוך הנכס.

איך נולדת זכות השכירות ?

הזכות נולדת בחוזה בין הצדדים, הדבר נכון לכל זכות מלבד עכבון, וזיקת הנאה שלא חייבות להיות מכוח חוזה.

כאשר הצדדים חותמים על חוזה, לשוכר נולדת זכות אישית לשכירות בלבד, כמובן ההמלצה היא לשוכר להפוך את הזכות לקניינית ולהיות שוכר קנייני של הנכס.

מה הכללים לשכירות מטלטלין:

בשכירות של מטלטלין אנו יודעים כי הכללים פחות פורמליים, כך למשל אין דרישת כתב, שכירות יכולה להיות בעל פה, למשל חברת השכרה אשר משכירה מכונית ניתן שהחוזה יהיה בעל פה, בנוסף כדי להפוך את הזכות לקניינית זה יהיה ע"י קבלת החזקה בנכס, לגבי מכוניות לא ניתן לרשום במשרד הרישוי שכירות, ז"א הזכות תהיה קניינית ברגע שקיבלת את הנכס.

מה הכללים לגבי מקרקעין:

שכירות מקרקעין **כפופה לס' 8 לחוק המקרקעין** "דרישת הכתב" התוצאה היא שכירות עד וכולל 5 שנים לא טעונה מסמך בכתב, **החריג מופיע בס' 79 (א)**.

דינה של שכירות קצרה

79. (א) על אף האמור בסעיפים 7 ו-8, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.

מה קורה אם חוזה השכירות כולל לא רק את תקופת השכירות אלא גם אופציה להאריך את השכירות?

דוג- חוזה השכירות הוא למשך 3 שנים, ולשכור יש אפשרות להעריך את השכירות למשך 3 שנים נוספות, אז התקופה המקורית היא פחות מ- 3 שנים, אבל אם נוסף את ה 3 זה מעבר ל 5 שנים. לגבי האופציה זה מופיע בס' 79(ב) "אופציה" – הס' קובע שצריך להסתכל מראש על תקופה השכירות, היינו התקופה המקורית כולל האופציה, לכן לצורך דרישת הכתב אם התקופה הכוללת עולה על 5 שנים אז החוזה חייב להיות בכתב, אחרת לחוזה אין תוקף.

79(ב) (הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה לתקופה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה, כולה או מקצתה, חלה כעבור חמש שנים מגמירת חוזה השכירות.

עוד נק' לגבי דרישת הכתב – לפני כשנה נעשה תיקון בחוק השכירות והשאלה אשר חל על שכירות של דירות מגורים, התיקון נקרא בסלינג "חוק שכירות הוגנת". זה למעשה פרק מיוחד אשר נכנס לחוק השכירות והשאלה, הפרק כולל הגנות רבות לשכור של דירת מגורים, הפרק חל רק על שכירות של דירות מגורים, אם אדם שוכר מגרש/משרד הפרק לא חל עליו. הפרק הוא סימן ו' לחוק השכירות והשאלה חל על דירות הסעיפים הם 25 א- 25 טו.

איך כל ההקדמה קשורה לדרישת הכתב-

כאשר מדובר על שכירות של דירת מגורים, אז ס' 25 ב. לחוק השכירות והשאלה קובע – חוזה שכירות של דירת מגורים חייב להיות בכתב.

צורת חוזה שכירות למגורים (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

25ב. חוזה שכירות למגורים ייערך בכתב וייחתם בידי המשכיר והשוכר, ואולם אין באי-קיום הוראה זו כדי לגרוע מתוקפו של החוזה; העתק חתום מהחוזה יימסר לכל אחד מהצדדים.

ובנוסף ס' 25 ג. קובע מה הם הפרטים אשר חייבים להיכלל בחוזה שהוא בכתב.

תוכן חוזה שכירות למגורים (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

25ג. חוזה שכירות למגורים יכלול, בין השאר, את הפרטים המנויים בתוספת השנייה; שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספת השנייה.

זה נעשה כי בעבר נעשו חוזים בעל פה אשר הובילו לסכסוך, אז נק' המוצא אפילו אם תקופת השכירות פחות מ 5 שנים צריך חוזה בכתב. לצורך העניין לשכירות של דירת מגורים הפרק החדש נחשב כספציפי והוא גובר על דנים אחרים. קרי גובר על 79(א). חשוב לציין כי הפרק המיוחד של סימן ו' הוא חל על דירות מגורים בלבד.

ברגע שנכרת חוזה שכירות כאמור לשכור נולדת זכות אישית לשכור את הנכס, זכות אישית לשכירות, והאינטרס הוא להפוך את הזכות לקניינית.

אז במקרקעין הכלל: הוא בס' 7 לחוק המקרקעין – ע"י רישום בטאבו הזכות הופכת להיות קניינית, אבל לגבי שכירות זה חריג ס' 79 (א) לחוק המקרקעין + 152 לחוק הגנת הדייר. משילוב שני הס' האלו שאם מדובר בשכירות לתקופה עד וכולל 10 שנים לא חייבים לרשום אותה באטבו כדי להפוך אותה לקניינית, ומדוע?

היא הופכת לקניינית באופן אוטומטית עם קבלת ההחזקה במושכר.

פטור מרישום בפנקסי מקרקעין

152. על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכירות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על עשר שנים - אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בסעיף זה כדי למנוע רישום שכירות לתקופה של עשר שנים או פחות, אם ביקשו זאת הצדדים לחוזה השכירות.

יחד עם זאת ס' 79(ג) לחוק המקרקעין - קובע שאם השכור בכל זאת רוצה לרשום את השכירות זה אפשרי.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע רישום של שכירות שאינה טעונה רישום, אם ביקשו זאת הצדדים.

מתי יהיה כדי לרשום את השכירות ?

כאשר קיים פער זמנים בין מועד חתימת החוזה לבין קבלת ההחזקה, ואז לאורך כל התקופה הזאת לשכור יש זכות אישית, אז השוכר מעדיף לרשום את השכירות בטאבו.

עוד נק' - מה קורה עם חוזה שכירות ויש בו אופציה להארכה -

דוג- אדם שכר מגרש לתקופה למשך 6 שנים, עם אופציה למשך 6 שנים נוספות, בסך הכל התקופה מעבר ל 10 שנים - לעניין זה חל ס' 79 (ב) לחוק המקרקעין - הס' קובע כי מסתכלים על כל התקופה הכוללת לרבות התקופה המקורית כולל האופציה, ואם זה מעבר ל 10 שנים אז חייבים לרשום את השכירות בטאבו כדי שתחשב לקניינית. ההמלצה במצב כזה לרשום מראש בטאבו כדי שהשכירות תחשב קניינית.

עוד דבר בנוגע לדרישת הכתב והטאבו:

- 1) **כאשר מדובר בשכירות "קצרה" אנו רואים כי המחוקק, רוצה להקל את הפרוצדורות הפורמאליות.**
- 2) **ראנו כי לגבי דרישת הכתב אודות שכירות עד 5 שנים, החוזה יכול להיות בעל-פה.**
- 3) **שכירות עד 10 שנים לא חייב להירשם בטאבו.**
- 4) **הפסיקה קבעה שוכר קצר עד 10 שנים לא נדרש לבדוק את הטאבו לפני שהוא חותם על חוזה שכירות.**

שוכר קצר אשר חתם על חוזה שכירות לא נדרש לרשום לטובתו הערת אזהרה בגין זכותו האישית

למה מקלים עם שוכר קצר ?

המחוקק משנות ה- 60 רצה לעודד עסקאות שכירות, אבל לא בטוח כי הגישה הזאת אכן ראוי, כאשר מדובר על שכירות למשך שנה אז יש הגיון בגישה זו. אולם כאשר מדובר על שכירות למשך 10 שנים כמו אדמה חקלאית אז זה לא באמת שכירות קצרה ראוי לחייב אותו לרשום את השכירות בטאבו ולבדוק את המרשם, זה יכול להיות גם למשך 5 שנים או 7 שנים, למעשה החוק יצר פיקציה שכירות למשך 10 שנים היא קצרה והיא נהנתה מהקלות כמו דרישת הכתב.

ככל שהתקופה באזור 10 שנים לא בטוח שראוי להקלות האלו. לפי המרצה אם יגיע מקרה לבימה"ש יתכן והוא יפסוק אחרת.

"חיובי הצדדים" – מה כל צד חייב לעשות לפי ההסכם:

היחסים בין השוכר למשכיר היינו הזכויות והחובות שלהם אחד כלפי השני מעוגנות בחוק השכירות והשאלה החוק חל הן לגבי מטלטלין והן לגבי מקרקעין, החוק ניסה לקבוע איזון ראוי בין האינטרסים של הצדדים והוא מטיל על כל צד חיובים מסוימים כלפי הצד השני.

החיובים אשר מוטלים על המשכיר הן למשל-

לתקן את המושר, לתקן ליקויים ובעיות, ולשמור **על מצב תקין של המושכר – ס' 7+9'ס'10.**
עוד ס' חשוב הוא ס' 11 – קובע אסור למשכיר להפריע לשוכר אשר מחזיק ונהנה מהנכס והוא חייב לאפשר לשוכר שימומש בנכס ללא הפרעה ולפי המושכר.

חובת תיקון המושכר (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

7. (א) המשכיר חייב, תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר, לתקן במושכר, או בנכס שלו המשמש את המושכר, כל דבר הגורם הפרעה של ממש לשימוש הרגיל במושכר או לשימוש בו על פי המוסכם בינו ובין השוכר (להלן – פגם), בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר ובין שהתהווה לאחר מכן, זולת פגם שהשוכר אחראי לו לפי חוק השומרים, תשכ"ז-1967, או שתיקונו, לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות, אינו חל על המשכיר.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ב) היה הנכס המושכר או הנכס המשמש את המושכר, מיטלטלין, רשאי המשכיר לקיים את חיובו לפי סעיף זה בדרך של החלפת הנכס בנכס אחר, ובלבד שהדבר סביר בנסיבות העניין.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ג) היה הנכס המושכר או הנכס המשמש את המושכר, מיטלטלין, ותיקונו של הפגם כרוך בהפרעה בלתי סבירה לשימוש בו, זכאי השוכר לדרוש מהמשכיר את החלפת הנכס במקום את תיקונו.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ד) הוצאות ההחלפה לפי סעיפים קטנים (ב) ו-(ג) יחולו על המשכיר.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ה) הוצאות סעיף זה לא יחולו על נכס שהוחכר בחכירה לדורות כמשמעותה בסעיף 3 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין).

תרופות בשל אי-תיקון פגם או אי-התאמה (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

9. (א) דרש השוכר מהמשכיר לתקן את הפגם או את אי-ההתאמה ולא תיקן המשכיר את הפגם או את אי-ההתאמה בתוך זמן סביר מהמועד לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר, רשאי השוכר –

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(1) לתקן את הפגם או את אי-ההתאמה ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות;

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(2) להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם או את אי-ההתאמה, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם או את אי-ההתאמה לעומת שוויה לפי החוזה.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ב) רצה השוכר לתקן את הפגם או את אי-ההתאמה, עליו להודיע על כך למשכיר זמן סביר מראש.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ג) פגם או אי-התאמה שתיקונום דחוף עד שאין לדרוש מן השוכר שימתין לתיקונום בידי המשכיר, רשאי השוכר לתקנם כאמור בסעיף קטן (א) (1) בלי דרישה לפי סעיף 7 (א) או הודעה לפי סעיף קטן (ב).

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ד) על אף האמור בסעיף 16א, השוכר זכאי לתקן בעצמו בכל עת פגם שתיקונו אינו באחריות המשכיר, ובלבד שנתן למשכיר הזדמנות סבירה לתקן את הפגם.

פגם שאינן לדרוש תיקונו

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים – לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9 (א) (1).

שימוש ללא הפרעה

11. המשכיר חייב לאפשר לשוכר להשתמש במושכר במשך תקופת השכירות לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו.

החובים אשר מוטלים על השוכר הן למשל –

יש מס' סעיפים אשר עוסקים בתמורה דמי שכירות: **13'ס'+14'ס'+15'ס' .ס' 16- מחייב** את השוכר להשתמש בנכס אך ורק באופן אשר הוסכם בחוזה. למשל אם הוא שכר דירת מגורים והוא פתח עסק אז אסור לו, אם בחוזה כתוב שאסור להכניס בעל חיים וכעת המשכיר מכניס בעל חיים אז אסור לו. **ס' 17 –** השוכר חייב לאפשר למשכיר לבדוק בכל עת את המושכר בהודעה מראש.

דמי השכירות

13. (א) השוכר חייב לשלם למשכיר את דמי השכירות.

(ב) לא הוסכם על שיעור דמי שכירות או על דרך קביעתם, ישולמו דמי שכירות שהיו ראויים להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה.

מועד התשלום ומקומו (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

14. (א) נקבעו דמי השכירות בסכום מסויים לתקופות קצובות ישלם אותם השוכר בראשית כל תקופה.

(ב) דמי השכירות ישולמו, באחת הדרכים המקובלות, במקום עסקו של המשכיר, ובאין לו מקום עסק – במקום מגוריו.

פטור מחובת התשלום

15. (א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.

שימוש במושכר

16. השוכר לא ישתמש במושכר אלא לפי המוסכם; אולם אם שימוש זה לא הותנה כשימוש ייחודי, רשאי הוא להשתמש במושכר שימוש אחר, ובלבד שלא יהיה בו משום פגיעה במושכר או הכבדה על המשכיר יותר מאשר לפי המוסכם.

בדיקת המושכר ותיקונו בידי המשכיר

17. השוכר חייב לאפשר למשכיר, בכל עת סבירה, לבדוק את המושכר ולבצע בו תיקונים, ובלבד שהמשכיר יודיע לו על כך זמן סביר מראש וימעיט ככל האפשר בהפרעה לשוכר.

לפי ס' 2 (ג) לחוק, סעיפי החוק הם דיספוזיטיבים, היינו ניתן להתקנות עליהם ולקבוע אחרת בהסכם השכירות, ואכן בד"כ הסכמי השכירות מתקנים על הוראות החוק, המציאות בישראל יש יותר ביקש לשכירות, לכן המשכירים באים עם חוזה אשר מגן על האינטרסים שלהם, אבל נק' המוצא היא חוזה השכירות מגן על השוכר.

תחולה

2. (א) הוראות פרק זה יחולו על שכירות של מקרקעין ושל מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על שכירות של זכויות.

(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

(ב) הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שכירות משנה ויראו לעניין זה את השוכר הראשי כמשכיר ואת שוכר המשנה כשוכר.

(ג) הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

הבעיה הזאת התעוררה לגבי שכירות של דירות מגורים, בדיקה אשר נערכה לקראת חקיקת חוק שכירות הוגנת(תיקון) לגבי דירות מגורים, קיימים בשוק חוזים מקום קשים ודרקונים ופוגעים בשוכרים. לכן חוק שכירות מוגנת שהוא סימן ו' בחוק השכירות והשאלה, קבע שורה של הגנות לשוכר של דירת מגורים - שוב זה חל רק על דירת מגורים, ההגנות האלו הן קוגנטיות. אז לגבי דירת מגורים חל סימן ו', ואילו לגבי נכסים אחרים הוראות החוק דיספוזיטיביות לכן יש חשיבות רבה למה שמופיע בחוזה.

שכירות וצדדים שלישיים –

מה שנגיד מעתה הוא מתאים למקרקעין ולמיטלטלין, הצדדים לעסקת השכירות הם "השוכר" והמשכיר, אבל לפעמים נכסים לתמונה צד שלישי, וזה יכול להיות ב 3 מצבים:

- 1) המשכיר מתחלף – מישהו אחר נכנס במקומו, כלומר המשכיר שהוא הבעלים מוכר את הנכס. ואז השאלה האם הקונה הוא הבעלים החדש, צריך להמשיך בחוזה השכירות.
- 2) השוכר מתחלף – למשל אדם שכר דירה למשך שנה, ולאחר חצי שנה השוכר עזב, במצב זה ישנם שני מודלים משפטיים אשר צד שלישי נכנס לדירה:
 - (א) העברת שכירות.
 - (ב) שכירות משנה.

כעת נדבר על המצב הראשון "המשכיר מתחלף" –

מצב של "חילופי משכיר", המצב הוא במהלך תקופת השכירות המשכיר שהוא הבעלים של הנכס מוכר את הנכס הוא הבעלים זכותו למכור, עולה השאלה האם הקונה שהוא בעת הבעלים החדש של הנכס האם הוא חייב להמשיך ולכבד את השכירות או אולי לדרוש מהשוכר להתפנות ?

מכיוון שהמצב זה נפוץ, יש לנו תשובה בחוק עצמו, ס' 21 (ב) לחוק השכירות והשאלה – הס' קובע המשכיר רשאי להעביר לאחר את זכויותיו במושכר, הס' ממשיך אם עשה כך יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות – ס' זה חל הן לגבי מקרקעין והן לגבי מיטלטלין.

זכות השוכר כלפי צד שלישי (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

21. (א) משהוקנתה זכות השכירות לשוכר, כוחה של הזכות יפה כלפי כל אדם.

(ב) המשכיר רשאי להקנות את זכותו במושכר לאחר (בסעיף זה – הרוכש); עשה כן, יבוא הרוכש במקומו של המשכיר לעניין הזכויות והחייבים של המשכיר על פי חוזה השכירות ועל פי דין, גם אם הרוכש לא ידע על קיום חוזה השכירות.

הס' אומר- מותר למשכיר למכור, אבל הס' נותן הגנה מצוינת לשוכר, משום שהקונה החדש חייב לכבד את הסכם השכירות המקורי על כל תנאיו, זה אומר שהוא לא יכול לסלק את השוכר, לא יכול להעלות את המחיר. אם לשוכר יש אופציה להארכה הקונה כפוף לזה. כלומר השוכר לא יפגע כתוצאה מהעברת הבעלות.

מס' הערות בנוגע לס' 21 (ב) לחוק השכירות והשאלה:

1) ס' 21(ב) חל רק על שכירות קניינית, זה לא נאמר בס' באופן מפורש אבל זו הפרשנות המקובלת והיא גם מסבירה את הרציונל של החוק, השוכר מוגן בגלל שהזכות שלו קניינית + היא קדמה בזמן לזכותו של הקונה החדש. הקו הזה תואם את המודל של עסקאות נוגדות, כי זכות קניינית ראשונה בזמן מנצחת זכות אחרת מאוחרת, המצב היחיד שבו מתחרה מאוחר יכול לגבור על זכות קניינית קודמת בזמן זה אם המתחרה המאוחר מקיים תקנת שוק. אבל במצב כזה בד"כ לא תתקיים תקנת שוק. מדוע ?

אם מדובר במכר מטלטלין – אז תקנת השוק הרלוונטית היא ס' 34 לחוק המכר, אחד התנאים שם הוא שהמוכר עוסק המכרית נכסים מסוגו של הממכר, בד"כ זה לא מתקיים, כי יש לנו בעלים שהוא מוכר את הנכס אבל לא עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר הרי מדובר במכירה חד פעמית ולא באופן קבוע במכירת מטלטלין, לכן המסקנה היא כי הקונה החדש אינו מקיים את תקנת השוק, לכן כאן השוכר מוגן.

אם מדובר במכר מקרקעין – השוכר שלנו שכר מגרש למספר שנים, במהלך תקופת השכירות מודע הבעלים אמר לשוכר כי הוא מכר את המגרש, אז חל ס' 21 כי גם חל על מקרקעין ומטלטלין, לפי הס' השוכר הוא שוכר קנייני הוא מנצח ומוגן, הקונה החדש לא יכול לסלק אותו ולא יכול לשנות את תנאי השכירות זה מכוח ס' 21 ומכוח דיני הקניין. אבל האם הקונה יכול לקיים תקנת שוק ?

במקרקעין תקנת שוק היא ס' 10 לחוק המקרקעין – אם השוכר שלנו הוא רושם באטבו אז הקונה יחשב חסר תום לב, הרי אם הקונה בדק את הטאבו הוא ראה שרושם שוכר, ואילו אם הקונה לא בדק את הטאבו הוא יחשב חסר תום לב בגלל אי הבדיקה, אז המסקנה היא הקונה לא מקיים את תקנת השוק.

מה קורה אם השוכר הוא שוכר קנייני, אבל בשכירות קצרה שלא רשומה באטבו הרי אמרנו אם השכירות היא למשך 10 שנים אין צורך בטאבו- הקונה לא יחשב כולם לב כי לפי הגישה האובייקטיבית צריך לבקר בנכס ואז היה מגלה את השוכר, אבל יותר מכך תקנת השוק המקרקעין בכלל לא אמורה להגן כלפי מתחרה שכלל לא אמור להירשם בטאבו – מה זה אומר ?

כל הרציונל, תקנת שוק במקרקעין הוא לעודד אנשים לבדוק את הטאבו לפני חתימה העסקה, אבל ישנן זכויות שבכלל לא מחויבות להירשם בטאבו לכן תקנת השוק לא גובר עליהן, לא מנצחת אותן.

לסיכום הנק' הזאת, אם השוכר הקנייני לא רושם בטאבו – אז הוא מוגן כלפי הקונה החדש. קרי השכירות היא קצרה מתחת ל 10 שנים.

לאור כל הדיון זה בתקנות השוק קיימת בכלל גישה אשר אומרת **כי ס' 21(ב) הוא ס' ממצא** **מה זה אומר ממצא ?**

זה הס' היחיד אשר חל במקרה הנדון ולא ניתן לפנות לתקנות השוק ולדיני הקניין הכללים.

2) ס' 21(ב) הוא ס' דיספוזיטיבי ז"א ניתן לקבוע אחרת, בד"כ המשכיר יכתוב כי מותר לו למכור את הדירה, והשוכר נדרש להתפנות או יתכן ובהסכם יקבע אחרת. אבל ככל שמדובר בדירת מגורים חל "חוק שכירות הוגנת" סימן ו'. **כאן חל ס' 25 יד בחוק השכירות והשאלה** – הס' קובע כי ס' 21(ב) הוא קוגנטי. **בנוסף קובע ס' 25 יא בחוק השכירות והשאלה** – אם המשכיר מכר את הדירה הוא חייב להודיע על כך מראש ובכתב לשוכר לפני המועד שבו הדירה נמסרת לקונה החדש.

איסור התניה (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

25 יד. על אף האמור בסעיף 2(ג), בחוזה שכירות למגורים –

(1) אין להתנות על הוראות סעיף 25;

(2) אין להתנות על הוראות סעיפים 6, 8 עד 10, 15, 21(ב) ו-1(ג), 23 עד 25, ח(א)1(1),

(ב) ו-1(ג) ו-25 ט עד 25 יג, אלא לטובת השוכר.

הודעה על העברת זכויות בדירה (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

25 יא. הקנה המשכיר את זכויותיו בדירה המושכרת לאחר לפי סעיף 21(ב), יודיע על כך לשוכר בכתב, לפני המועד שבו עליו למסור את הדירה לרוכש הזכויות; בהודעה יפרט המשכיר את פרטי הרוכש ואת דרכי ההתקשרות עמו.

כעת נדבר על המצב השני " השוכר מתחלף" –

כאשר השוכר מתחלף, למשל בדירת מגורים השוכר רוצה לעזוב באמצע התקופה ויש שוכר אחר אשר נכנס במקומו, מבחינה משפטית ניתן לאותה תוצאה שני דרכים שונות:

(א) העברת השכירות – השכור המקומי מוצא שוכר אחר אשר יכנס בנעליו וימשך במקומו על פי חוזה השכירות המקורי עד לתום תקופה השכירות, המודל הזה הוא מודל טוב מבחינת השוכר אשר עוזב, מכיוון שהוא יוצא מהתמונה ולא יהיו לו חובות או חיובים כלפי המשכיר.

משכיר חוזה שכירות **שוכר מקורי**
שוכר חדש

(ב) שכירות משנה –

משכיר צד א' **חוזה שכירות** **שוכר מקורי צד ב'** **חוזה שכירות משנה** **משכיר משנה צד ג'**

מה שמאפיין שכירות משנה יש לנו שני חוזי שכירות משנה, לכן אין קשר חוזה בין המשכיר א' שהוא הבעלים, לבין שוכר המשנה צד ג'.

בשטח בפועל זה נכון גם לגבי מטלטלין ומקרקעין, מבחינה מעשית התוצאה תהיה במודל הקודם של העברת שכירות, כלומר השוכר יוצא ונכס אדם אחר, אבל הפעם כאשר מדובר בשכירות משנה השכור המקור צד ב' חותם הוא עצמו על חוזה שכירות מול השכור החדש שיכנס במקומו לנכס, **וכתוצאה מכך נוצר נתק חוזה בין צד א' לבין צד ג'.**

הרי צד ג' הוא שוכר משנה ישלם את דמי השכירות לצד ב', וכעת צד ב' ישלם את דמי השכירות לצד א'.

עוד דוג- נניח התפוצץ הצינור בדירה, צד ג' ידרוש את התיקון מצד ב', וכעת צד ב' ידרוש מצד א' את התיקון, אבל אם צד א' לא יתקן צד ב' חייב לתקן כלפי צד ג'.

אז מצב של שכירות משנה הוא פחות טוב לשוכר המקורי צד ב', כי הוא נאשר מחויב הן כלפי א' המשכיר שלו והן כלפי צד ג' מי ששוכר ממנו. גם כאן צד ב' לא יכול להשכיר מעבר לתקופה שלו.

אחרי הצד שני המודלים, כעת עולה השאלה האם מותר לשוכר באמצע תקופת השכירות לעזוב את הדירה ולפעול על פי אחד מהמולדים קרי שכירות משנה או להעביר את השכירות, התשובה מופיעה **בס' 22 לחוק השכירות והשאלה –** הס' קובע השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את השכירות או להכשיר בשכירות משנה(זה שני המודלים) אלא בהסכמת המשכיר.

העברת השכירות (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017

22. (א) השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר וכן את חיוביו האחרים על פי חוזה השכירות או להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה –

(1) בשכירות מקרקעין – רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר;

(2) בכל שכירות – רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.

אז נק' המוצא השוכר לא יכול לעשות שום דבר ללא הסכמת המשכיר. מה הרציונל ?
כשראינו את ס' 21 שמדבר על חילופים של המשכיר שם נקבע שהמשכיר יכול להתחלף ולא צריך הסכמה של השוכר. ואילו בס' 22 כשהשוכר רוצה להתחלף הוא חייב הסכמה של המשכיר. מדוע ?

לשוכר עצמו לא אכפת מי המשכיר, מה שאכפת לשוכר זה המושכר עצמו, לכן בס' 21 לשוכר לא משנה מי המשכיר כי עוד הוא לא נפגע מהשינוי, לעומת זאת כאשר המשכיר משכיר נכס הדבר אשר חשוב לו זה מי שהוא השוכר, הוא רוצה שוכר שהוא אמין ומשלים כסף. לכן ס' 22 קובע אם שוכר רוצה להתחלף חייבים לקבל הסכמה מראש של המשכיר.
 זה החלק הראשון של ס' 22 השוכר רוצה להתחלף בשני המודלים השוכר צריך אישור של המשכיר.

אבל, ס' 22 ממשיך וקובע – כי למשכיר אסור לסרב אלא מנימוקים סבירים, ואם הנימוקים אינם סבירים אז לשוכר יש שתי אפשרויות:

(א) לפנות לבימה"ש ולקבל ממנו אישור להתחלף להכניס מישהו במקומו.
 (ב) האפשרות היא טובה מבחינת השוכר, אבל היא חלה רק על מקרקעין, בעצם סוג של סעד עצמי מה זה אומר ?

אם הנימוקים של המשכיר אינם סבירים, אז השוכר רשאי להתעלם מכך ולהעביר את השכירות או להשכיר לשכירות משנה למרות ההתנגדות של המשכיר.

למשל- סטודנט משכיר דירה אחרי תקופה מסוימת הוא רוצה לעזוב כי מצא דירה אחרת, אולם בעל הבית מסרב לקבל משכיר אחר, ונותן נימוק שאינו סביר, בכל זאת הסטודנט יכול להכניס מישהו אחר. אולם הואיל ומדובר בסעד עצמי השוכר צריך לחשוב אם לקחת סיכון.

מה קורה אם המשכיר מסרב לחילופי שוכר בשני המודלים, והשוכר בכל זאת למרות שהסירוב סביר בכל זאת התחלף והכניס שוכר אחר במקומו ?

במצב כזה לשוכר החדש אשר נכנס אין זכות משפטית תקפה, כי השכירות איתו נעשתה שלא כדין, בניגוד לס' 22 המצב היחיד שבו השכירות של השוכר החדש תהיה בכל בתוקף רק אם הוא מקיים תקנת שוק.

אולם במטלטלין שהיא שכירות אין תקנת שוק, ואילו אם מדובר במקרקעין אז השוכר החדש ינסה להתבסס על ס' 10 תקנת השוק המקרקעין, אבל תקנת השוק דורשת ממנו לבדוק את המרשם לפני חתימה החוזה והתנאי הזה לא תמיד מתקיים. לכן רוב הסיכויים שתקנת השוק לא תתקיים גם במקרקעין השוכר החדש יפסיד, לכן השוכר החדש יצטרך להתפנות ובעל הנכס יקבל את הדירה פנויה. כי השוכר עשה משהו שאסור לו, התוצאה תהיה שהשוכר החדש יצטרך להתפנות.

עוד נק' לגבי ס' 22:

הס' הוא דיספוזיטיבי, לכן הרבה משכירים שלא רוצים להסתבך, אז המשכירים מתנים על ס' 22, קרי הם אוסרים על השוכר להתחלף באמצע התקופה, וזו מקנה כוח למשכיר.