

## פרק המבוא- הזכות הקניינית

בדיני הקניין קיימים שני סוגים של זכויות, ואנו נראה את האבחנה הזאת לאורך כל השנה. הסוג הראשון נקרא **"זכות אישית"** לזכות הזאת יש עוד שמות נרדפים, אנו קוראים לה גם זכות אובליגטורית (זכות שיש כנגדה חיוב). אנו מדברים כאן על הזכות שיש לאדם אחד, כלפי אדם אחר לכן זה משהו אישי בניהם, כמובן בנוגע לנכס כל שהוא. **לדוגמא-** אדם קונה דירה מקבלן, והצדדים חותמים על חוזה בשלב הזה הקונה שלנו עדיין לא בעלים של הדירה, יש לו בסך הכל חוזה מול הקבלן. מכוח החוזה, נולדה לו זכות אישית כלפי הקבלן, התוכן של הזכות היא, שאם אותו קונה מצדו יקיים את כל תנאי החוזה, והדבר העיקרי שהקונה מנגד צריך לעשות הוא לשלם ואם יעשה כך יהיה זכאי בסופו של דבר לקבל את הדירה. בשלב הזה, יש לקונה שלנו זכות אישית, והיא קשורה לנכס אשר מדבר על הדירה שהוא קנה.

הסוג השני של זכויות נקרא **"זכות קניינית"** זכות שיש לאדם ישירות בנכס ספציפי, כלומר יש כאן זיקה בין אדם לבין נכס. הדוגמא לכך- אדם קונה דירה מקבלן, הצדדים חותמים על חוזה אבל הפעם הקונה שלנו עושה דבר נוסף, הוא נרשם ב"טאבו" בתור הבעלים של הדירה. טאבו- לשכת רישום המקרקעין. ההבדל בין הדוגמא הזאת לדוגמא הקודמת היא שהקונה נרשם בטאבו כבעלים של הדירה, זה לא הסכם פרטי בינו לבין אדם אחר. אותו קונה הוא הבעלים של הדירה, נוצר קשר ישיר בינו לבין הדירה. אלו הם שתי הזכויות בדיני הקניין, האבחנה הזאת היא לב ליבה של דיני הקניין. אנו רואים, שזכות בנוגע לנכס מתחילה תמיד כזכות אישית. לאחר מכאן, בעל הזכות האישית יכול לשלל את הזכות שלו, לשדרג אותה, להפוך אותה לזכות קניינית. לשם כך, נדרש אקט פורמאלי אשר קבוע בחוק. כאשר במקרקעין האקט הפורמאלי הזה הוא רישום בטאבו. האקט המשפטי שהופך את הזכות האישית לזכות קניינית הוא הרישום בטאבו, והאסמכתא לכך היא

**ס' 7 לחוק המקרקעין- גמר העסקה**

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

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

גם במיטלטלין יש לנו בדיוק את אותו משחק, בין זכות אישית לבין זכות קניינית. אדם קונה מכונית מסוכנת יבוא של מכוניות, בשלב הזה מבחינה דיני הקניין יש לקונה שלנו זכות אישית שלו כלפי היבואן בהנחה שהוא מצדו שהוא ישלם והוא יקבל לבעלותו את המכונית. בשלב הזה כל מה שיש לו ביד, זאת זכות אישית. לאחר מספר שבועות, אותו אדם מקבל את המכונית ואם נשתמש במונחים של דיני הקניין, אותו אדם מקבל את האחזקה במכונית, בעצם קבלת האחזקה משכללת את הזכות האישית והופכת אותה לזכות קניינית. מאותו רגע, הקונה שלנו הוא בעל זכות קניינית. הוא עכשיו הבעלים של המכונית. מה שאנו למדים מהדוגמא הזאת זה שבמיטלטלין הוא **שהאקט** המיוחד שהופך זכות אישית לזכות קניינית הוא קבלת האחזקה בנכס.

**ס' 33 לחוק המכר – העברת הבעלות: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות."**

אשר קובע שהבעלות בממכר, עוברת לקונה עם קבלת האחזקה, אלא אם הצדדים קבעו אחרת. אנו מבינים אם כך, שאותו מנגנון חל גם לגבי מכסי מקרקעין וגם לגבי מכסי מיטלטלין, העסקה מתחילה בשלב ראשוני של חוזה, והחוזה מוליד בסך הכל זכות אישית. לאחר מכאן, הקונה יכול ורוצה לשלל את הזכות האישית ולהפוך אותה לקניינית, ולכן הקונה בדוגמאות שלנו **בעל הזכות האישית צריך לבצע אקט נוסף, משפטי ופורמאלי על מנת להפוך את הזכות האישית שלו לקניינית.**

**נושא התשלום-** כפי שנראה בדוגמאות, לתשלום אין כוח, להפוך את הזכות מאישית לקניינית. אפילו אם הקונה, בשלב החוזה ישלם את מלוא סכום העסקה, זה אינו רלוונטי מבחינת דיני הקניין. משום, שעדיין הוא יישאר עם זכות אישית בלבד, ועדיין כדי להפוך את הזכות לקניינית הוא יצטרך לבצע את **האקט המיוחד**. (במקרקעין רישום בטאבו ובמיטלטלין קבלת האחזקה.)

האקט המיוחד שהופך את הזכות מאישית לקניינית, הוא איננו חובה. האינטרס של בעל הזכות האישית שלו, הוא יהיה לשלל את הזכות האישית לקניינית, ולכן הוא בדרך כלל זה שידע לבצע את האקט המיוחד ולהפוך את הזכות שלו לקניינית.

כעת, נראה מדוע האבחנה הזאת כל כך חשובה. מתברר שיש הבדלים רבים מאוד בין הזכות האישית לזכות הקניינית-

## אנו נראה מהם ההבדלים הללו:

**1.** הזכות הקניינית הרבה יותר חזקה מהזכות האישית. לבעל הזכות האישית יש לו אינטרס להפוך אותה לזכות קניינית.

לדוגמא- מצב של עסקאות נוגדות (דיני חוזים): לאדם יש בעלים של דירה ובחוזה הוא מתחייב למכור את הדירה לקונה מסוים. הצדדים חותמים על חוזה, ולקונה שלנו יש זכות אישית (בין אם הוא נתן מקדמה ובין אם הוא שילם הרבה). לאחר מכאן, בעל הדירה, את אותה דירה מוכר לאדם אחר. על מנת לפתור את המצב הזה יש לנו ס' חוק – מצב של עסקאות נגדות:

**ס' 9 לחוק המקרקעין-עסקאות נוגדות: "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."**

אם יש לשני הקונים זכות אישית מי שמנצח הוא הראשון בזמן, במצב מסוים דווקא הקונה השני הוא זה שמנצח וזה כאשר לשני בזמן יש זכות קניינית שהושגה על ידי רישום בטאבו והס' מוסיף שתי דרישות והיא שהוא פעל בתום לב ונתן תמורה.

**2.** על כל אחת מין הזכויות חל דין שונה. הזכות האישית שנוולדת בחוזה כפופה לדיני החוזים. זכות אישית מקורה בחוזה- אשר נשלטת בדיני החוזים, דיני החיובים. לעומת זאת הזכות הקניינית מקורה דיני הקניין אשר נשלטת על ידי חוקים בתחום דיני הקניין. כאשר, במקרקעין החוק הקנייני הוא חוק המקרקעין, ובמיטלטלין החוק העיקרי הוא חוק המיטלטלין. לדוגמא- אדם הוא בעלים של דירה והוא מחליט לתת את הדירה במתנה לחברה שלו. הוא לא מסתפק בהבטחה בעל פה, הוא רוצה להראות לה שהוא רציני והוא חותם איתה על חוזה. הבחורה, נכנסת לגור בדירה שמבחינה משפטית היא קיבלה את האחזקה בדירה. אחרי שנה, בני הזוג נפרדים והגבר רוצה לבטל את המתנה. במקרה הזה ס' 5 לחוק המתנה, מאפשר לנותן מתנה בתנאים מסוימים לחזור בו מדבר המתנה, ולכן אם במקרה שלנו התקיים אחד התנאים של ס' 5 אז כן, אותו אדם נותן המתנה רשאי לבטל את ההתחייבות ולומר לחברה שהוא דורש ממנה להתפנות מהדירה. נניח שאותה בחורה, שקיבלה את המתנה ניגשה לטאבו והיא נרשמה בטאבו בתור בעלת הדירה – הגברת שלנו היא הבעלים של הדירה והיא רשומה בטאבו כבעלים וזאת דירה שלה, הזכות שיש לה עכשיו היא הזכות הקניינית ולכן חל עליה חוק הקניין. לפי חוק המקרקעין אין ס' שמאפשר לנותן המתנה להתחרט עכשיו ולכן הגברת שלנו נשארת בעלים של הדירה. הדוגמא הזאת ממחישה את שני ההבדלים, וממחישה לנו כמה הזכות הקניינית הרבה יותר חזקה מהזכות האישית.

**3.** כלפי מי פועלת הזכות? כאשר מדובר בזכות אישית, לא סתם קוראים לה זכות אישית זאת זכות שפועלת כלפי אדם מסוים, גורם מסוים. רק אותו גורם ספציפי חייב לכבד את הזכות הזאת, אם קניתי דירה מקבלן מי כפוף לזכות שלי היא הקבלן. כנגד הזכות האישית שלי בצורה מקבילה לקבלן יש חיוב ספציפי כלפי, ולכן הזכות האישית אנו קוראים זכות אובליגטורית שמשקפת חיוב שהצד השני חב כלפי. לעומת זאת, אם מדובר על זכות קניינית היא פועלת כלפי כל העולם. אם אני בעלים של מגרש אז הבעלות שלי תופסת כלפי כל העולם, כל העולם צריך לכבד את הבעלות שלי, כל העולם כפוף לבעלות שלי. לכן, כאשר כל העולם כפוף לבעלות שלי, כל העולם צריך להכיר בבעלות שלי למגרש ולכן אסור לאף אחד לגלוש למגרש שלי. במילים אחרות, אנו רואים כמה הזכות הקניינית חזקה מול הזכות האישית.

**4.** עבירות הזכות- האם הזכות עבירה? כאשר מדובר בזכות קניינית, והינה שוב יתרון של הזכות. זכות קניינית מעצם טבעה כן ניתנת להעברה משום שהיא לא קשורה לאדם מסוים. אם אני בעלים של דירה, אני יכולה להעביר את הבעלות, במילים פשוטות אני יכולה למכור את הדירה. אני יכולה גם לתת את הדירה במתנה, וזאת עוד דרך להעביר את הבעלות. אין מגבלה על כך, עצם הבעלות אומרת שניתן להעביר את הזכות הזאת. לעומת זאת,

כאשר מדובר בזכות אישית המצב סבוך יותר, והחוק הרלוונטי הוא חוק המחאת חיובים- כאשר החוק מדבר על חיובים הכוונה היא חובות וזכויות. זהו החוק שעוסק בהעברה של זכויות וחובות.

## 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.

במילים אחרות הכוונה של ס' 1 היא שזכות אישית כן ניתן להעביר, וכן ניתן להמחאה. נכון שהזכות האישית ניתנת להעברה אך בתנאי שלא אסרו על כך בחוק או בהסכם. בפועל כאשר מדובר בזכויות אישיות, ב99 אחוז מהמקרים תמיד תהיה מגבלה על העברת הזכות ולכן המציאות בפועל היא שזכות אישית בדרך כלל אינה ניתנת להעברה. אם אני קניתי דירה מקבלן, יש ביד חוזה ויש לי זכות אישית ובדרך כלל בחוזה מול הקבלן, יהיה ס' אשר אומר כי אסור לי להעביר לי את הזכות האישית לאדם אחר. זכויות אישיות כפופות לדיני החיובים, ואז מכוח ס' אחד בפועל הזכות לא ניתנת להעברה, וזכות קניין היא זכות חזקה וטובה אשר מיועדת שניתן יהיה להעביר אותה בקלות.

## פרק 1 -

# הזכויות הקנייניות שקיימות במקרקעין

## 1. זכות הבעלות:

### זכות אשר מוגדרת בס' 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.

במילים אחרות, אנו מבינים שהבעלות היא הזכות המקיפה ביותר, משום שהיא מאפשרת לעשות כל דבר בנכס. אבל, החלק האחרון של הסעיף אומר "בכפוף לכל דין או הסכם". גם הבעלות, כפופה למגבלות, היא אינה מוחלטת. אפילו אם אני הבעלים עדין יהיו מגבלות על זכות שלי. לדוגמא- אם אני בעלים של מגרש, הבעלות שלי כפופה לחוקי ההפקעה, אפילו אם אני הבעלים המדינה יכולה להפקיע לי את המגרש. אם אני בעלים של דירת מגורים, הזכות שלי כפופה לחקיקה (למשל לשמוע מוזיקה בלילה). במילים אחרות, הזכות היא נהדרת אך גם היא כפופה למגבלות.

## 2. זכות שכירות:

### ס' 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".

שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק ולהשתמש במקרקעין, שלא לצמיתות. במילים אחרות, הזכות הזאת חייבת להיות מוגבלת בזמן. כמו כל הזכויות הקנייניות האחרות, זכות קניינית תמיד מתחילה כזכות אישית. בשלב הראשון הצדדים חותמים על חוזה שכירות ולשוכר צומחת זכות אישית, השוכר מעוניין לשכלל

את הזכות האישית, להפוך אותה לזכות קניינית וכאשר מדובר במקרקעין, בדרך כלל עושים רישום ב"טאבו". לגבי שכירות קיים חריג, קיימת דרך נוספת שמשללת את הזכות והופכת אותה לקניינית. והיא קבלת החזקה בנכס. המחוקק מעוניין להקל על השוכרים, והמטרה היא ליצור שוק שכירות דינמי. החריג הזה חל רק על שכירויות לתקופה של מקסימום 10 שנים. כאשר מקבלים את המפתח זה בעצם מבחינה משפטית נחשב כקבלת האחזקה. אין ס' חוק אחד פשוט וברור שקובע את זה, אלא אנו קוראים של שילוב שני חוקים, והוא נובע מס' 79 לחוק המקרקעין (מדבר רק על חמש שנים) אבל ס' אחר האריך את התקופה ל-10 שנים ס' 152 לחוק הגנת דייר.

## 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.

**חכירה** - אותו ס' 3 בחוק המקרקעין אשר קובע שאם השכירות היא מעל חמש שנים, קוראים לה חכירה והסעיף ממשיך וקובע שאם השכירות היא מעל 25 שנים קוראים לה "חכירה לדורות". עסקאות חכירה מאוד נפוצות בישראל, מסתבר שרוב שטח המדינה משהו כמו 95% משטח המדינה הוא בבעלות המדינה. המדינה היא הבעלים, המדינה רוצה שהציבור יהנה מכל השטחים האלה ומכל השטחים האלה, זה יכול להיות אדמות חקלאיות, מגדלי משרדים, קניון משכרי, רוב נכסי המקרקעין בארץ בנויים על אדמת המדינה, למדינה אסור למכור את הנכסים הללו (נקבע בחוק יסוד מקרקעי ישראל) מצד שני המדינה מעוניינת שהציבור יינה מכל הנכסים הללו, ולכן המדינה מחכירה נכסים לציבור, שהתקופה היא בדרך כלל 49 שנים, כאשר אחרי 49 שנים החכירה מתקבלת לתקופה נוספת ויהיה להם בטחון ביחס לנכסים הבאים. יוצא מכך שהחכירה היא עסקה מאוד נפוצה. לא תמיד אזרחים יודעים שהזכות שיש להם היא חכירה לדורות, הרבה מאוד אנשים קונים דירה משלמים סכום משמעותי עבור הדירה, וזה נחשב כחכירה ולא כבעלות.

חכירה כמו שכירות, מתחילה בחוזה בין הצדדים והחוזה מוליד לחוכר זכות אישית. כאשר מדובר בחכירה מעל 10 שנים, הדרך היחידה להפוך אותה לקניינית היא על ידי רישום בטאבו, החוכר נרשם בטאבו כחוכר ולא כבעלים, ואם אני אגש לטאבו לברר את מצב הזכויות בנכס אני אצטרך להוציא דף בשם "נסח טאבו" וכך יהיה תיאור קצר של הנכס ועל מה מדובר, ואחר כך יהיה כתוב למי יש זכויות קנייניות בנכס, ויהיה כתוב "בעלים - מדינת ישראל" ויהיה כתוב את שמו של החוכר. לפי כך, החוכר נחשב כחוכר וזהו עדין סוג של שכירות, הרבה פעמים על נכס אחד יכולות להיות מספר זכויות קנייניות במגביל כלפי אנשים שונים, או זכויות של אנשים שונים, כל עוד הדברים נעשים בהסכמה אין עם זה שום בעיה, וזה היה לעניין שיכורת וחכירה.

**חוק הגנת הדייר** - חוק ישר, שרצה לפתור את מצוקת הדיור שהייתה באותה עת, ולתת הגנה מאוד טובה לשוכרים. השוכרים שנכנסו לגור בדירה נדרשו לשלם סכום שיחסית גבוה, וזה תשלום שנקרא "**דמי מפתח**". הסכום הראשוני שמשלמים עבור קבלת המפתח. בשלב הזה השוכר הופך להיות שוכר מוגן, או כמו שקורא לו החוק "דייר מוגן". כאשר, בעל הבית לא רשאי לפנות את הדייר ודמי השכירות שהדייר משלם כל חודש סמליים ביותר. ההסדר אינו כדאי לבעל הבית ולכן כאשר הדייר נפטר והילדים לא זכאים להיכנס במקומו, או כאשר הדייר מבקש לעזוב ביוזמתו, זה כמעט לא קורה, הדירה חוזרת לבעל הבית וכמובן שעכשיו לא כדאי להמשיך להשכיר בדמי מפתח, ועדיף לו להשכיר בשוק החופשי. לפי כך, התופעה של דיירים מוגנים הולכת ונעלמת.

### 3. המשכנתא:

ס'4 לחוק המקרקעין-

#### משכנתה

4. משכנתה היא מישכון של מקרקעין.

מהו מישכון?

#### 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

מישכון ושעבוד אלא הם מילים נרדפות. המטרה של המישכון או השעבוד זה **להבטיח פירעון של חוב. הדוגמא הקלאסית-** לקוח שלוקח הלוואה מבנק, הבנק יחתים אותו על מסמכי משכון. אם, הלקוח פורע את הלוואה, או כמו שאומר הס' מסלק את החוב, **המישכון פוקע אוטומטי.** לעומת זאת, אם החייב לא פרע את הלוואה ולא סילק את החוב, אז הבנק ראשי לממש את המישכון. **מימוש המישכון** נעשה **בדרך כלל בהוצאה לפועל**, שם עורכים מכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב, ומי שמציע את המחיר הגבוה ביותר הוא זה שיקנה את הנכס. הכסף שמתקבל מהמכירה נמסר לנושה (בדוגמא שלנו הבנק) לכיסוי החוב. בהרבה מקרים הכסף שמתקבל מהמכירה הוא לא מספיק לכיסוי החוב, ואז הבנק, הנושה יצטרך לתבוע את החייב ולהיפרע ממנו בדרכים אחרות. אילו, אם קורה שהכסף שמתקבל מהמכירה עולה על גובה החוב אז העודף נמסר לחייב שהיה בעל הנכס, אף אחד לא יפרע מהסכום שמגיע לו.

### 4. זיקת הנאה:

#### זיקת- הנאה

5. זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם.

המילה שיעבוד כאן מטעה, משום שזה איננו משכון, אלא הכוונה היא כפיפות של המקרקעין להנאה כלשהיא. במילים אחרות, **אנו מדברים על זכות שמקבל אדם במקרקעין של אדם אחר.** הזכות הזאת, מאוד מצומצמת והיא נותנת הנאה מאוד מוגדרת, מאוד מסוימת ללא זכות להחזיק במקרקעין. דוגמא נפוצה לזיקת הנאה היא זכות מעבר- הרבה פעמים קורה מבחינת תכנון של שכונות, ותכנון של אזורים זה שחלקה מסוימת רחוקה מהכביש הראשי. כדי להגיע אל הכביש צריך לעבור בדרך עפר מאוד מפותלת-

**פס"ד שלג נ' הררי מואב:** החלקה שם הפנימית הייתה מחצבה והמשאיות הכבדות עם כל החומר היו צריכות לעבור בדרך מאוד מסובכת ולא סלולה, וזאת על מנת לצאת אל הכביש הראשי. במצבים כאלה, ניתן לסכם עם בעל החלקה השכנה שסמוכה לכביש פשוט לעבור בצורה קצרה ונוחה דרך אותה חלקה אל הכביש. במצבים כאלה, בעלי החלקות מסכמים בניהם על זכות מעבר (בעל החלקה הפנימית מקבל זכות לעבור באופן קבוע, דרך החלקה שקרובה אל הכביש). בשלב הזה, הצדדים חותמים על חוזה, החוזה הזה מוליד לבעל החלקה הפנימית "זכות אישית בלבד", במילה נרדפת- זכות חוזית\ זכות אובליגטורית. בעל הזכות יכול לגשת לטאבו ולרשום את העסקה בטאבו והוא ירשם כבעל זיקת הנאה קניינית, ומרגע הרישום יש לו זכות קניינית.

מהדוגמא הזאת ניתן לראות, **שעל נכס מקרקעין יכולות להיות במקביל כמה זכויות קנייניות לטובת אנשים שונים.** כל עוד זה קורה בהסכמה, אין שום בעיה וזה מצב נפוץ ומוכר. אותו דבר יהיה במשכנתא, אני נשאר

הבעלים של הדירה, אך בנוסף של הבעלות הבנק מקבל משכנתא. אותו דבר יהיה גם בשכירות או מחכירה נכס לאדם אחר, אני נשארת הבעלים ובנוסף החוכר או השוכר מקבל זכות קניינית באותו הנכס. כאשר אנו ממשכנים נכס במשכנתא בהסכם החוזי מוטלות מגבלות רבות על בעל הקרקע ובין השאר אסור לו לעשות עסקאות בנכס, בלי הסכמת הבנק הנושה.

## 5. שאילה:

### השאלה (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

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

שאילה מאוד דומה לזכות שכירות, למעט אלמנט אחד היא נעשית ללא תמורה. לדוגמא- אני קיבלתי הצעה ללמד שנה בארה"ב ובתור בעלת דירה, אני מתלבטת מה לעשות עם הדירה שלי. אני נותנת למישהו אחר להשכיר את הדירה שלי, אך אחותי היא אמא חד הורית חיה בשכירות, ואז אני מציעה לאחותי שתעבור שנה לגור בדירה שלי ללא תשלום. הרבה סיפורים של טובה אישית יש להם משמעות אישית. אחותי שואלת את הדירה ואני משאילה לה את הדירה. האם אין תמורה בעסקה הזאת? תמורה היא לא רק כסף, לא מדברים כנגד תשלום. אך, תמורה שמבדילה בין שכירות לבין שאילה היא צריכה להיות תמורה מהותית. זה שאחותי מטפלת לי בדירה לא נחשב תמורה מהותית, אלא אם תרצו תוצאת לוואי שנספחת לעסקה שלנו.

שאילה מתחילה בחוזה בין הצדדים מכוח החוזה נולדת לשואל זכות אישית לשאילה. השואל יכול לגשת לטאבו ולרשום את זכות השאילה בטאבו, ומרגע זה תהיה לו זכות שאילה קניינית.

אני משאילה את הדירה לאחותי לשנה, יומיים אחרי שסגרתי עם אחותי לשאילה, פונה אלי שכן שמעוניין בשכירות הדירה ואומר לי כי אני אשלם לך במחיר שוק גבוה. אך, אחותי מתנגדת לכך והיא לא יכולה לוותר על השאילה ואז נוצר כאן עסקות נגדיות, איך מכריעים? יש משמעות לשאלה אם מדובר בזכות אישית לבין זכות קניינית. אם לאחותי יש זכות שאילה קניינית רוב הסיכויים שהיא תנצח בתחרות. לגבי שאילה קיים חריג- מאוד מזכיר את החריג שקיים בשכירות. בשאילה קיימת דרך נוספת כדי להפוך את הזכות מאישית לקניינית והיא קבלת האחזקה בנכס, ברגע שהשואל קיבל את האחזקה אוטומטית הזכות שלו הפכה לקניינית. עצם קבלת האחזקה בנכס הופכת את הזכות מאישית לקניינית. קבלת מפתח זה סממן של אחזקה ובכך היא הופכת להיות שואלת קניינית.

אך, החריג הזה חל על עסקאות שאילה עד חמש שנים בלבד. (בשכירות זה עד 10). האסמכתא לחריג- שילוב שני סעיפים (79א) + 83 לחוק המקרקעין)  
האסמכתא לחריג הוא שילוב של שני סעיפים:

### 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.

## השאלה (תיקון מס' 1) תשל"א-1971

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

## 6. זכות קדימה:

### זכות קדימה על פי הסכם

99. (א) בעל מקרקעין, או בעל חלק בלתי מסויים 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.

לגבי זכות קדימה אין לנו הגדרה. בעל מקרקעין מתחייב כלפי אדם אחר שאם הוא הבעלים ירצה בעתיד למכור את הנכס שלו, אז הוא קודם כל יציע את הנכס לאותו אדם אחר. למעשה, אותה זכות אנו מכירים במילים שונות, למשל מדיני חוזים – "זכות ראשונים", "זכות סירוב ראשונה", מדובר למעשה באופציה כי מי שיש לו את הזכות הזאת לקנות אלא יש לו זכות ברירה, וכל המונחים הללו משמשים אותנו בשלב החוזי. זהו השלב שבו הצדדים חותמים על חוזה ומסכמים את כל פרטי העסקה. בדיני הקניין אנו יודעים שבעל זכות הראשונים, כדי שישדרג את הזכות הוא צריך להפוך אותה לקניינית וזאת על מנת שלא יקלע לעסקאות נוגדות.

## 7. הערת אזהרה:

### 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 משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן - הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.  
(ב) נרשמה ההערה על-פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור.

בעל הזכות האישית כדאי לו כמה שיותר מהר, לשכלל את הזכות ולהפוך אותה לקניינית. מבחינה פרקטית לא תמיד ניתן להיעשות זאת מיידית. אדם שקונה דירה מקבלן בשלב מאוד מקדמי, הפרויקט בכלל לא בנוי ויכול להיות שהקבלן עדין לא עלה על הקרקע, אין שלט, אין גידור של השטח. כל מה שהקבלן יכול להראות זה תכונות על הנייר, כבר בשלב הזה אני קונה את הדירה על הנייר. חתמתי על חוזה, יש לי זכות אישית כלפי הקבלן ביחס לדירה. כמובן אני מעוניינת לגשת לטאבו ולהפוך את הזכות לקניינית, אך זה בלתי אפשרי, קודם כל הקבלן צריך לגמור את הפרויקט, אחר כך הקבלן עצמו צריך לבצע כל מיני רישומים של לבדו בטאבו ורק אז שכל ההליכים האלה הסתיימו אני אוכל לרשום את הדירה שקניתי על שמי בטאבו, ורק אז הזכות שלי הופכת לקניינית. במילים אחרות, יוצא שלאורך תקופה ארוכה של שנים כל מה שיש לי זה זכות חלשה ואישית בלבד. **ובכן, כדי להגן על בעל הזכות האישית נולדת הערת אזהרה**, בעל הזכות האישית ברגע שנחתם החוזה וברגע שנולדה לו זכות אישית יכול מיד לגשת לטאבו ולרשום לטובתו הערת אזהרה.

**הערת האזהרה** - כשמה כן היא, היא באה להזהיר את הציבור על כך שלגבי הנכס הנדון כבר נעשתה עסקה. בטאבו מופיעים פרטים עקרים של העסקה, ובכן, מסתבר שהערת האזהרה היא מכשיר הגנתי מצוין. משום שכל מי שירצה לבצע עסקה בנוגע לנכס, הולך קודם כל לבדוק את הרישום בטאבו ואז יהיה רשום שם עסקת

אזהרה, אדם בר דעת ונבון לא התקשר בעסקת הנכס הזה ולכן הניסיון מוכיח שהערת האזהרה נותנת הגנה מעולה והיא מונעת עסקאות נוגדות, מונעת כינוסים ופירוקים. ההמלצה הכי טובה לבעל זכות אישית שכרגע לא יכול לשדרג אותה לקניינית זה למחר ולרשום לעצמו הערת אזהרה. בתי המשפט התכבדו בשאלה **(בנק מזרחי נ' עו"ד רוזבסקי)** - "האם הערת האזהרה היא זכות קניינית?" מצד אחד, היא נותנת הגנה כל כך טובה לזכות האישית, כמעט כמו זכות קניינית אמיתית. מצד שני, בכל מיני סיטואציות היא פועלת כמו זכות אישית, ולכן בפס"ד מאוד תקדימי, של ביהמ"ש העליון, **נקבע שהערת האזהרה היא ייצור כלאיים = משהו מעורבב**. החלטה של ביהמ"ש מאוד בעייתית, שוק הנדל"ן הוא שוק דינמי וחשוב, אנו רוצים שבשוק הזה הכללים יהיו ידועים וחשובים, ולכן הקביעה של ביהמ"ש היא מאוד לא ברורה.

בפועל, הערת האזהרה פועלת כזכות אישית – סיטואציות של עסקאות נגדיות, ולכן היא פועלת כזכות אישית. העובדה שהערת אזהרה נרשמת בטאבו זה לא מה שהופך אותה לקניינית, משום שבטאבו רושמים לא רק זכויות קנייניות, אלא גם דברים אחרים, כמו עיקול על נכס שהוא לא זכות קניינית, ועצם הרישום בטאבו לא אומר שהיא קניינית, וצריך למצוא ולבדוק את המהות שלה.

## 8. עכבון: (במשך השנה אנו נדון בנושא זה.)

### רשימת הזכויות קנייניות במיטלטלין

#### 1. בעלות:

##### בעלות

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

בעלות הזאת הזכות הרחבה ביותר, היא מאפשרת לעשות בנכס כל דבר וכל עסקה, אך עדין בכפוף לכל דין והסדר.

#### 2. שכירות:

##### מהות השכירות

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

אפשר לשכור נכס מטלטל, לדוגמא אנו שוכרים רכב מחברת השכרה. אני שוכרת את הרכב לתקופה מוגבלת ואני צריכה לשלם לחברת השלם זה יסוד התמורה.

#### 3. משכון (שעבוד):

##### 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.

אם החוב לא נפרע הנושה, ממש את המשכון.



## 4. שאילה:

### מהות השאילה

26. שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.  
לדוגמא- אני בעלת מכונית, והשאלתי את המכונית לחברה שלי לסופשבוע. הטובה הזאת היא עסקה משפטית לכל דבר ועניין.

## 5. עיכבון:

### עיכבון

11. (א) עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב.  
(ב) עלה שווי המיטלטלין המעוכבים על שווי החיוב במידה בלתי סבירה, זכאי החייב לשחרור מקצת המיטלטלין אם הם ניתנים להפרדה לחלקים.  
(ג) החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב.  
(ד) הוציא הנושה מרצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו, יפקע העיכבון.  
(ה) מקום שיש עיכבון במקרקעין, יחולו הוראות סעיף זה גם עליו; כן יחולו הוראות סעיף זה על עיכבון על פי הסכם, כשאינן בהסכם הוראות אחרות לענין הנדון.  
**(נדבר על כך בהמשך השנה)**

גם במיטלטלין העסקה נולדת בחוזה, החוזה מוליד את זכות האישיית בלבד. כמובן, ההמלצה היא לבעל הזכות לשכלל את הזכות, לשדרג אותה ולהפוך אותה לקניינית. לגבי מיטלטלין, אין מרשם קנייני מסודר כמו במקרקעין. לכן אין אפשרות של רישום העסקה. התחליף לרישום הוא קבלת האחזקה בנכס, עם קבלת האחזקה בנכס הזכות הופכת לזכות קניינית.  
במוכניות יש רישום מסודר במשרד הרישוי, גם לאוניות יש מרשם מסודר, גם לציוד הנדסי כבד. אבל, יש לשים לב כי המרשימים האלה אינם קניינים והם בכלל לא קשורים לדיני קניין, והם משמשים לצרכים אחרים. אם קניינית מכונית וחתמי על חוזה, רשמתי בעלות על שמי במשרד הרישוי, אבל טרם קיבלתי את המכונית לידי, יש לי רק זכות אישית- **(ס' 33 לחוק המכר)**.

## הסעד בגין פגיעה בזכות הקניינית:

כאשר פוגעים לאדם בזכות הקניינית שלו הסעדים שהוא יוכל לקבל:

**1. סעד כספי**- השבה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

**2. פיצויים**- כאשר רוצים פיצויים, צריך לבסס את התביעה על דיני הנזיקין ולמצוא עוולה מתאימה. אם למשל אני בעלים של מגרש, ומי שהוא פלש לי למגרש אני אתבע ממנו פיצויים על סמך עילה נזיקית של השגת גבול.

## סעד של ציווי

**3. צו**- הצו יכול להיות או צו מניעה, או צו עשה- מחייב את הגורם הפוגע לעשות מעשה כל שהוא כדי להפסיק את הפגיעה. למשל אדם פלש למגרש שלי והוא ממשיך להיות שם, אני יוכל לבקש ממנו צו מניעה, כלומר צו שיאסור עליו להמשיך ולתפוס את השטח. אם הוא בנה מבנה כל שהוא בשטח שלי, אני אבקש גם צו עשה שיחייב אותו להרוס את המבנה ולסלק את ההריסות. במקרים רבים בעל הזכות הקניינית שנפגעת יבקש גם פיצויים וגם סעד של ציווי. למשל במקרה של השגת גבול אני אבקש גם פיצויים על התקופה שהפולש השתמש

בקרקה שלי (תקופת העבר) פלוס צו מתאים שיפעל מכאן ולהבאה. אנו רואים שילוב של הסעדים השונים בתביעה אחת.

### **לעניין סעד של ציווי נשאלת השאלה על סמך איזו עילה נבקש את הסעד הזה?:**

**א. העילה הנזיקית.** הבעיה בדיני הנזיקין היא שלביהמ"ש יש שיקול דעת רחב לעניין הסעד. אפילו אם מבקשים מביהמ"ש סעד של ציווי, ביהמ"ש רשאי לתת במקום זה פיצויים. הדבר הזה קבוע בס' 74 לפקודת הנזיקין קובע באיזה מקרים מהם השיקולים שבמקום לתת לי צו ייתן לי פיצויים.

### **מקום שאין ליתן ציווי**

74. בית המשפט לא יתן 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.

הרבה פעמים בעל הזכות מעוניין בצו, ולא מוכן להסתפק בפיצויים בלבד. קיימת בעיה גדולה כאשר מתבססים על דיני הנזיקין.

**ב. דיני הקניין.** חוק המקרקעין שלנו, כולל שורה של עילות קנייניות, כך שאם נפגעה זכות קניינית ניתן לפנות לביהמ"ש בהתבסס על סעיף קנייני מתאים ולבקש סעד של ציווי. כלל בתי המשפט נותנים הגנה מאוד טובה לזכות הקניינית וודאי לאחר שנחקק חוק יסוד כבוד האם וחירותו- ס' 4 לחוק היסוד קובע את הזכות לקניין כזכות יסוד חוקתית. אז ברור שאם אני מתבססת על עילה קניינית הנטייה של ביהמ"ש תהיה להעניק לי את הסעד המבוקש- סעד של ציווי, ולא להחליף אותו לפיצויים. כך, שהמסקנה שעולה מהדיון היא שוב שהזכות הקניינית היא זכות חזקה והעילה הקניינית היא עילה טובה יותר מאשר עילה נזיקית. בפועל, כאשר מגישים תביעה מתבססים גם וגם.

### **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.

מתברר שכאשר בעל הזכות הקניינית, מבקש סעד של ציווי ומתבסס על דיני הקניין עדיין לביהמ"ש יש שיקול דעת. ואפילו אם התביעה צודקת ביהמ"ש לא חייב לתת את הסעד המבוקש של ציווי, אלא ביהמ"ש יכול להחליט שהסעד המתאים יותר הוא פיצויים. **הבסיס לשיקול הדעת של ביהמ"ש בעניין זה מתבסס על שני מקורות משפטיים:**

### **מקור ראשון – סעיף 14 לחוק המקרקעין:**

#### **הגבלת זכויות**

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

כלומר, בעל זכות קניינית במקרקעין לא יכול לנצל לרעה את הזכות הקניינית כדי לגרום נזק או אי נוחות לאדם אחר. במילים אחרות, אם ביהמ"ש התרשם שבעל הזכות הקניינית נפגעת, אך במקביל בעל הזכות הקניינית לא היה כזה תמים משום שהוא ניצל לרעה את הזכות, אז יש לביהמ"ש שיקול דעת, יכול להיות שהוא ידחה את התביעה לגמרי ויכול להיות שבמקום לתת צו הוא ייתן רק פיצויים.

## מקור שני- עקרון תום הלב:

עקרון **תום לב** הפך להיות עקרון על בשיטת המשפט. הבסיס לכך הוא בחוק החוזים. ובכן, אם ביהמ"ש מתרשם שבעל הזכות הקניינית נפגעת, אבל במקביל בעל הזכות הקניינית מצדו לא היה תום לב, גם הוא עצמו במקביל פעל בחוסר תום לב- אזי, יש לביהמ"ש שיקול דעת. יכול להיות שהוא ידחה לגמרי את המשפט, או יכול להיות שבמקום לתת צו, ביהמ"ש יסתפק בפיצויים.

שני המקורות האלה, מתייחסים לעילות קנייניות. הרעיון הוא, שאפילו כשמדובר בעילה קניינית יש שני מקורות שנותנים לביהמ"ש שיקול דעת לעניין הסעד.

האם שני המקורות הללו (ס' 14 לחוק המקרקעין ועקרון תום הלב) נותנים לביהמ"ש שיקול דעת רחב? כמו במקרה של ס' 74 הנזקי? או אולי בגלל שמדברים כאן בעילה קניינית, אולי זה יהיה שיקול דעת מצומצם? ואז המשמעות היא שבעל הזכות הקניינית בדרך כלל יקבל את הצו המבוקש לו.

**פס"ד רוקר נ' סלומון:** משפחת רוקר הייתה בעלת דירה בבית משותף בקומת הקרקע. משפחת רוקר רצתה להגדיל את הדירה, והם בנו עוד חדר על חשבון החצר ששייכת לכל בעלי הדירות בבניין. יותר מכך, משפחת רוקר השתלטה גם על המקלט שהיה מתחת לדירה, למותר לציין שרוקר לא קיבלו את הסכמת השכנים, וגם לא לגמרי ברור איך הם השיגו היתר בניה. הדגש הוא שלא הייתה הסכמה של שאר השכנים, יש כאן בעצם פגיעה בקניין של שאר השכנים. פנו לביהמ"ש וביקשו צו הריסה, אבל מסתבר שהריסה כזאת והחזרת המצב לקדמותו זה סיפור מאוד יקר, ולכן משפחת רוקר מציעה לשכנים לתת להם פיצויים ויותר מכך, מתברר שכל השכנים נהגו להשתמש במקלט בתור מחסן. לכן רוקר, מציעים לבנות לכל משפחה מחסן קטן בקצה של החצר ולעניינו זה גם סוג של פיצויים. אבל השכנים מתנגדים ומתעקשים דווקא על הריסה. הזכות הקניינית של השכנים נפגע, השכנים התבססו על עילות קנייניות, בחוק המקרקעין והם מבקשים צו הריסה= סעד של ציווי. השאלה היא, האם ביהמ"ש באמת יורה ויתן להם את הסעד המבוקש? או, שיפסוק להם פיצויים כפי שמשפחת רוקר מציעה.

### האם צו הריסה או פיצויים?

שבעה שופטים נקטו גישות שונות, אך בסופו של דבר ארבעה מתוך שבעה שופטים פסקו כך: ביהמ"ש קבע, שכעיקרון צריך לתת הגנה חזקה לזכות הקניינית, בפרט כאשר התביעה מתבססת על עילה קניינית. ממשיך ביהמ"ש ואומר, כי נכון שס' 14 ועקרון תום הלב, נותנים לביהמ"ש שיקול דעת, אבל- זה שיקול דעת מצומצם ביותר. רק במקרים קיצוניים של חוסר תו"ל חמור, או ניצול לרעה של הזכות הקניינית, רק אז השתמש ביהמ"ש בשיקול הדעת, ויכול להחליף את הסעד המבוקש. אבל, במקרה הנדון זה לא קרה, העובדה שהשכנים מתעקשים על צו הריסה היא לא שימוש לרעה בזכות שלהם, הם בצדק רוצים את המקלט, רוצים את החצר, ולא מוכנים להשלים עם הפגיעה שנגרמה להם, ולכן הם לא מוכנים להשלים עם ההצעה של רוקר. לכן, במקרה הנדון יש לתת את הצו המבוקש ולהורות על הריסה.

**פס"ד זה, היה במשך שנים רבות הלכה מחייבת. אבל חידוש מעניין היה בשנת 2012:**

**פס"ד נעמה נ' טורקיה:** מדובר כאן, בשני בתים פרטיים סמוכים. כל אחד בנוי על חלקה משלו, השכנים חיו שנים רבות בשכנות טובה, עד שיום אחד החליט השכן בשם "יוסף נעמה" לבדוק אם קו הגבול בין החלקות, באמת נמצא במקום הנכון. להפתעתו, הוא גילה שחלק קטן מהחצר של השכנה באמת שייך לו, ויותר מכך הוא גילה שחלק קטן מהבית של השכנה בעצם בנוי מהחלקה שלו. ובכן, השכן נעמן דורש מהשכנה גברת טורקיה להרוס את אותו חלק של הבית אשר פולש לחלקה שלו ולסגת מאותו חלק של החצר שבעצם שייך לו. לגבי החצר, השכנה מסכימה הוויכוח הגדול הוא לגבי הבית, אלא שהחלק שצריך להרוס הוא המטבח, לכן גברת טורקיה מציעה שבמקום הריסה היא תיתן פיצויים. אך, אדון נעמה מתנגד הוא בעל הקניין השתלטו לו על הקניין שלו, (השגת גבול, פלישה) הוא לא מוכן לוותר. התובע בעל הזכות הקניינית מבקש "צו עשה" בשעה שהפוגע מבקש להסתפק בפיצויים. והשאלה היא מה יפסוק ביהמ"ש העליון לעניין הסעד. **ביהמ"ש פוסק כך-** כעיקרון יש לתת הגנה חזקה לזכות הקניינית וודאי כאשר התביעה מתבססת על עילה קניינית. באותו מקרה התביעה התבססה על **חוק המקרקעין**. עילה קניינית. אך, ממשיך ביהמ"ש העליון ואומר כי יחד עם זאת לבעל הקניין אין זכות מוחלטת כשהוא מבקש להגן על הזכות שלו, והוא לא יכול לנהוג **"שרירות בעלים"** (נוקשות, התעקשות) ממשיך ביהמ"ש ואומר כי במקרה כזה, ביהמ"ש יכול לעשות שימוש בס' 14 לחוק המקרקעין, ובעקרון תום הלב, לשקול את כל הנסיבות המקיפות של המקרה ולראות מה הפתרון הצודק בנסיבות. במילים

אחרות, שלביהמ"ש יש שיקול דעת רחב. מתברר שבמקרה הנדון, הבנייה נעשתה בכלל לפני שנים רבות לא על ידי גברת טורקיה אלא על ידי מי שהיה הבעלים בעבר הרחוק, יותר מכך, אותו גורם היה חברת בת של העירייה. יותר מכך, גברת טורקיה סמכה בתו"ל על אותה חברה שמכרה לה את הבית. במשך שנים רבות, השכן נעמה לא איתר את הבעיה. בנוסף, הריסה של המטבח תגרום כעת נזק עצום לטורקיה. אלא הן כל הנסיבות שביהמ"ש לקח בחשבון, יש לו שיקול דעת רחב והוא לא צריך להיות ראש קטן. לסיכום. ביהמ"ש קבע, שבמקרה הנדון לא יינתן צו הריסה, ובמקום זה השכנה תשלם פיצויים הן לגבי תקופת העבר (עשיית עושר ולא במשפט) פלוס פיצויים מדי חודש, תשלום חודשי מכאן ולהבאה. בנוסף, ההסדר הזה התקיים בין הצדדים רק וכל עוד השכנה ממשיכה להתגורר בבית. אבל אם בעתיד מכל סיבה שהיא, היא תעזוב את הבית או שהיא תמכור את הבית אז מי שיבוא במקומה לא יוכל להמשיך בהסדר הזה ויאלץ להרוס את אותו חלק של המבנה. נשאלת השאלה, האם פס"ד שהוא ד"י חדש, **בעצם ביטל את ההלכה הישנה של רוקר נ' סלומון? על פניו** נראה כאלו פס"ד טורקיה מבטל את הלכת רוקר אך זה לא באמת ככה, משום שבנעמה נגד טורקיה הנסיבות היו מאוד מיוחדות ושונות לגמרי ממה שקרה ברוקר נ' סלומון. יחד עם זאת, יכול להיות מצד שני שאולי בכל זאת פס"ד טורקיה מתחיל מגמה חדשה שנותנת לביהמ"ש שיקול דעת רחב...

## פרק 5 - היקף הבעלות במקרקעין:

### סעיף 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.

### כאשר אדם הוא בעלים של קרקע, הבעלות שלו כוללת שלושה רבדים:

1. השטח של הקרקע

2. כל האדמה שמתחת לקרקע

3. כל האוויר שמעל הקרקע.

כל מה שאמרנו כפוף לחריגים שאכן מפורטים בסעיף:

**חריג ראשון-** לענין חלל הרום, נוגע לזכות מעבר בחלל הרום, גם אם אני בעלים של כל האוויר של הקרקע, עדיין מטוסים יכולים לעבור בחלל שלי.

**חריג שני-** ישנם נכסים מיוחדים שאפילו אם הם מתגלים בקרקע שלי אני לא הבעלים שלהם. המדינה תהיה הבעלים של הקרקע. למשל נפט- אם אני מוצאת בחלקה נפט ואני כל כך שמחה זה לא שלי ועוד אני צריכה לאפשר למדינה להשתמש בקרקע שלי. דוגמא נוספת היא מים, מכרות, מחצבים, גז. במילים אחרות, כל הנכסים המיוחדים האלה לא שייכים לי אפילו שהם מצויים בתחומי החלקה שלי.

### ס' 12 לחוק המקרקעין:

#### 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.

### **הבעלות על קרקע כוללת עוד שלושה דברים:**

1. מה שבנוי על הקרקע – הכוונה היא למבנים מוצקים, יסודות בתוך הקרקע.
2. מה שנטוע על הקרקע- עצים, צמחים, גידולים חקלאיים.
3. מחובר אחר- זה בתנאי **שמתקיימים לגביו שני תנאים מצטברים**: א. חיבור של קבע ב. שאינו ניתן להפרדה.

### **חיבור של קבע**

**פס"ד שפלן נ' קאופר** – באותו מקרה דובר בחנות, שנבנתה בגלריה. בנו את הגלריה על הרצפה של החנות העמידו קורות רחבות. על העמודים האלה השכיבו קורות מברזל כבד. על הקורות האלה הניחו פלטות מסיביות מעץ, הפלטות כמובן היו מקיר לקיר ויצרו קומה שלמה ומסיבית. התעוררה השאלה, האם הגלריה הזאת מהווה חיבור של קבע? בית המשפט העליון בדעת רוב קבע שלא מדובר בחיבור של קבע משום שהדברים בסך הכל היו מונחים אחד על השני, על השלישי ולא מקובעים לא לקירות ולא לרצפה. אבל, **לא פחות מעניינת של השופט ברנזון** – השופט חשב שכן מדובר כאן בחיבור של קבע, לדעתו צריך לבחון את **כל נסיבות המקרה**, למשל **החומרים מאוד מסיבים** (ברזלים, קורות עץ) היציבות של המבנה, הקביעות של המבנה, אופן החיבור, המראה פה הגלריה נראתה ממש קומה עצמאית ובנויה. על סמך כל זה, ברנזון חשב שבמקרה הנדון הגלריה כן נחשבת חיבור של קבע. **לדעת פרופסור פלטו** זאת הגישה הרצויה והנכונה ביותר. המבחן צריך להיות מבחן מהותי ולא מבחן טכני. אבל, מבחינה פורמלית דעת הרוב היא הלכה מחייבת, מאז פסק הדין הישן הזה לא היה מקרה נוסף שהגיע לביהמ"ש העליון. אנו כמשפטנים לא יכולים להתעלם מדעת המיעוט, **יש לכתוב במבחן גם כך וגם כך**. מתי נגיד על מחובר שלא ניתן להפרדה? היום עם הציוד ההנדסאי הכל ניתן להפרדה (הסיפור של שרונה) הפרשנות המקובלת **לתנאי הזה היא כך**, **יש לבדוק האם ניתן לנתק את המחובר מהקרקע מבלי לגרום נזק רב מידי לקרקע או למחובר**, כאשר העלות של ההפרדה איננה יקרה מדי וכאשר ההפרדה נעשית באמצעים שגרתיים. **אם כל זה מתקיים אז נגיד ניתן להפריד את המחובר מהקרקע. וכך גם לגבי ההפרד** – אם ההפרדה מורכבת, יוצאת דופן, יקרה וכ"ו... אזי המחובר נחשב לצורך הסעיף כמחובר שאינו ניתן להפרדה.

### **פס"ד מלונות צרפת ירושלים בע"מ נ' מנהל מס שבח**: פס"ד זה עוסק בס' 12 לחוק המקרקעין וליתר דיוק

הוא עוסק במספר 3 מחובר לקרקע.

חברה מסוימת התחילה לבנות בית מלון מפואר בירושלים, הם בנו את השלד (הבנוי) ובנוסף, הם כבר הרכיבו בתוך השלד מערכות אינסטלציה, מערכות חשמל, מערכות מיזוג אוויר שזה כולל לא רק את המזגנים אלא גם את התעלות מיזוג אוויר, אוויר נכנס אוויר יוצא, ומעליות. בשלב הזה החברה מכרה את הנכס לחברה אחרת, עסקה כזאת מחויבת במיסוי (מס שבח ומס רכישה) השאלה שהתעוררה בפס"ד נגעה לתחום המיסוי, מנהל מס שבח דרש מס מאוד גבוה לפי השווי של הקרקע פלוס השלד פלוס מה שהותקן. מנגד, החברות טענו שכל המחברים שהותקנו הם בגדר מיטלטלין נפרדים. הם לא חלק מנכס המקרקעין ואם הם מחשבים את המס, רק על הקרקע פלוס השלד אז המס נמוך בהרבה. ביהמ"ש נדרש להכריע בשאלה הזאת, האם כל המחברים נחשבים חלק מנכס המקרקעין לפי ס' 12 או אולי החברות צודקות ומבחינה משפטית ראוי לראות בכל אלה מיטלטלין נפרדים. ביהמ"ש העליון השתמש במבחן חדשני, שנהוג בארצות הברית **מבחן הכוונה** וביהמ"ש קבע **מה הייתה כוונה הצדדים**, איך הם התייחסו למחברים האלה? ולשם כך יש לבחון את נסיבות המקרה, בצורה שקצת מזכירה את **הפס"ד של ברנזון (פס"ד שפלן נ' קאופר)** באותו מקרה קבע השופט שכל המחברים האלה שאזכרנו מהווים חלק מקרקעין, לכן צדק מנהל מס שבח כאשר דרש מס כולל גם עליהם. **האם יש כאן תקדים חדש שמבטל את פס"ד הישן? והתשובה פורמלית לא, כי ביהמ"ש הדגיש כי הקביעה כאן רק לדיני המס והיא לא בהכרח תחול גם על שאלות אחרות בדיני קניין.** יחד עם זאת, נדמה לי שאנו רואים התחלה של גישה חדשה של ביהמ"ש העליון, צריך להיות ערים לגישה הזאת ולא ניתן להתעלם עליה (2012).

**לעבור על הגנה על החזקה**

## היקף העסקה במקרקעין

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

אנו מבינים שנכס מקרקעין הוא נכס אחד מאוחד, מורכב מכל הרכיבים שמפורטים בסעיפים 12:11 אם אני בעלים של קרקע אני בעלים של השטח, עומק, של החלל מעל, מה שבנוי על הקרקע, כל הדבר המורכב הזה זהו נכס המקרקעין, אם אני בעלים של הדבר הזה אני בעלים של כל הנכס הזה. ס' 13 בא ואומר כי כאשר עושים עסקה במקרקעין, העסקה כוללת את כל הנכס המאוחד הזה, ולא ניתן לבצע עסקה בחלק מסויים מהנכס. אדם שיש לו חלקת אדמה גדולה, החלקה רשומה בטאבו כחלקה אחת, הכוונה היא שיש כאן נכס אחד, כל החלקה מהווה נכס אחד. אותו אדם מעוניין למכור מחצית מהחלקה. הוא אינו יכול למכור מחצית מהחלקה החלקה היא נכס אחד החלקה היא נכס מאוחד, הסעיף אומר כי לא עושים עסקה בחלק מסויים מהנכס, או שמוכרים את כל החלקה או שלא מוכרים בכלל. כדי לפתור את הבעיה ניתן לפנות לרשויות התכנון והבנייה ולבקש חלוקה של המגרש הגדול לשני מגרשים קטנים. אם הרשויות מסכימות, אז עכשיו יש לנו שני נכסים נפרדים, כל אחד מהם ירשם בטאבו כחלקה נפרדת ואז אין מניעה למכור חלקה אחת בלבד. אבל, אם רשויות התכנון והבנייה מסרבות לחלוקה נשאר מגרש אחד גדול, הוא מהווה נכס אחד שלם ולפי סעיף 13 לא ניתן למכור חלק מסויים מהמגרש.

לס' 13 לחוק המקרקעין יש חריגים: ישנם עסקאות שכן ניתן לבצע בחלק מסויים מהנכס, דוגמא אחת היא עסקת שכירות – ס' 78 לחוק המקרקעין

## שכירות של חלק מסויים של מקרקעין

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

**פס"ד לוסטיג נ' מייזלס-** דובר באדם שהיה בעלים של חלקה מאוד גדולה. הוא רצה למכור חצי מהחלקה, הוא פנה לרשויות התכנון והבנייה וביקש חלוקה- "פרצלציה" (לחלק את המגרש הגדול לחבילות קטנות), הרשויות לא אישרו. הוא החכיר מחצית מהמגרש לחוכר מסויים 999 שנים, ס' 78 לחוק המקרקעין כן מאפשר שכירות בחלק מסויים מהנכס. חכירה היא שכירות לתקופה ארוכה ולכן כן אפשר להחכיר חלק מסויים מהנכס, העסקה חוקית לחלוטין, וניתן לרשום אותה בטאבו כחוכר של מחצית מהמגרש. בטאבו אנו מצרפים שירות של החכירה, שלא יהיה ספק וזאת על מה בדיוק נמצאת החכירה. אני בעלת דירת מגורים ואני רוצה למכור חדר אחד מהדירה, לפי ס' 13 לא עושים עסקה בחלק מהנכס, לעומת זאת להשכיר חדר בדירה אפשר, או משכירים דירה לשלושה חדרים, כל חדר לסטודנט אחר.

**פס"ד פלוני נ' פלוני-** מדגים את סעיפים 12 ו-13 לחוק המקרקעין, הוא חדש לפני שנה, הוא התחיל בבית הדין לענייני המשפחה. דובר בזוג הורים שהיה להם מגרש גדול, המגרש רשום בטאבו על שם ההורים, כאשר הבן התחתן ההורים נתנו לו הסכמה לבנות בית מגורים לו ולמשפחה שלו על המגרש, הבן בנה וילה מפוארת והשקיע כסף רב, 14 שנים הבן ומשפחתו גרו בבית עד שבשלב כלשהוא הבן הסתכסך עם ההורים, ההורים דורשים ממנו להסתלק מהנכס, הבן טוען להגנתו שהוא למעשה קיבל את הנכס במתנה מההורים ולכן עכשיו אחרי 14 שנים אי אפשר לסלק אותו. ביהמ"ש טוען שהבית עצמו להבדיל מהמגרש הוא בבעלותו זאת המתנה שהוא קיבל מההורים, ביהמ"ש בא ואמר כי לפי ס' 12 לחוק המקרקעין בעלות בקרקע כוללת גם את מה שגם את מה שבנוי על הקרקע, אז אי אפשר לפצל בין הקרקע לבין הבית זה הרי נוגד את ס' 12. בנוסף, לפי ס' 13 עסקה במקרקעין חלה על הנכס כולו, במקרה שלנו הבית פלוס המגרש ולא ניתן לפצל זאת. לביהמ"ש העליון לא היה לגמרי ברור האם באמת ההורים נתנו את הנכס במתנה לבן, לכן ביהמ"ש העליון החזיר את התיק לערכאה הנמוכה כדי להחליט עובדתית האם נתנה מתנה קניינית. אם התשובה חיובית וממשיך ביהמ"ש העליון ואומר כי אם יוחלט שאכן נתנה כאן מתנה קניינית, אז מה שהבן קיבל במתנה זה את כל הנכס שזה מגרש פלוס בית והוא זכאי שהנכס הזה, החלקה הזאת תירשם על שמו בטאבו, ואילו אם יתברר שלא הייתה כאן עסקת מתנה קניינית, עסקה שמטרתה העברת בעלות בנכס, אז צודקים ההורים הנכס נשאר שלהם, הבן והמשפחה צריכים להתפנות וכל מה שהבן זכאי זה לפיצוי עבור השבחת הנכס, כאשר מקור הפיצוי זה דיני עשיית עושר ולא במשפט.

## פרק 7: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת-

אנו מדברים על מצב שבו אדם בנה על קרקע של אדם אחר, בלי לקבל את הסכמתו של בעל הקרקע. דבר כזה יכול לקרות בשל טעות בסימון הגבול בין שתי חלקות. או כתוצאה מטעויות שונות שקורות בנוגע למדידת הקרקע.

### הפרק מתייחס לשלושה מצבים:

1. מצב שבו אדם בונה בקרקע של אחר,
  2. מצב שני אדם נוטע נטיעות שתילים עצים בקרקע של אחר,
  3. מצב שלישי אדם מחבר מחובר בקרקע של אחר כאשר מדובר בחיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה.
- נקודת המוצא היא שצריך לבדוק את התנאים שדיברנו עליהם בס' 12 לחוק המקרקעין.** לאדם אחד יש קרקע ויום אחד הוא רואה שמישהו נטע או בנה שחיבר חיבור של קבע שלא ניתן להפרדה. הסיטואציה הזאת מתעוררת בדרך כלל כאשר בעל הקרקע מגלה יום אחד את התקלה הזאת, שמישהו בנה אצלו בחלקה או נטע אצלו, או חיבר חיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה. הסעיף המרכזי הוא ס' 21 לחוק המקרקעין:

### **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 המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן - המקיים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם.

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

(ג) דרש בעל המקרקעין סילוק המחוברים והמקיים לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקיים.

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

קובע שבמקרים כאלה מי שמחליט מה יקרה בנכס הוא בעל הקרקע, לבעל הקרקע עומדות שתי אפשרויות: אפשרות אחת היא לדרוש סילוק מהמקיים. אם המקיים סילק מה טוב, ואילו אם המקיים לא מסלק תוך זמן סביר אז שוב יש לבעל הקרקע שתי אפשרויות:

**1. טעו עצמי** היא לסלק בעצמו על חשבון המקיים- בעל הקרקע יגיש תביעה נגד המקיים. בעל הקרקע בעצמו ללא בבית משפט משיג לעצמו את הסעד הרצוי.

**2. להשאיר את המצב כפי שהוא** ויותר מכך להשתמש במה שנבנה או חובר לקרקע, בעל הקרקע רשאי להשתמש במה שנבנה או שחובר אצלו בקרקע. בנוסף לכך, בעל הקרקע לא צריך לשלם על הכך למקיים. האפשרות הזאת ליהנות מהמחוברים לא מופיע במפורש בס' 21 לחוק המקרקעין, אבל היא תוצאה מתבקשת ולכן גם המלומדים וגם בתי המשפט מאפשרים אותה. הרעיון הוא, שהמקיים יכול היה לסלק, ביקשו ממנו ונתנו לו זמן סביר ואם הוא החליט לא לסלק רואים אותו כאלו הוא ויתר על המחוברים ולכן בעל הקרקע רשאי ליהנות מהם ללא תשלום. אין כאן, עשיית עושר ולא במשפט.

**אפשרות שניה** היא לקיים את המחוברים. הכוונה היא שבעל הקרקע יכול להחליט, שהוא מעוניין במחוברים, במצב כזה הוא מודיע למקיים וחייב לשלם עבורם למקיים. לא תמיד קו הגבול בין שתי האפשרויות של בעל הקרקע הוא ברור.

**פס"ד עזריאל נ' ללצ'וק**- מושב עזריאל מתפרנס מחקלאות, בטעות המושב נטע את העצים בפרדס בחלקה השכנה שהייתה שייכת למשפחת ללצ'וק. משפחת ללצ'וק דרשה סילוק אבל המושב מסרב, כעת, משפחת ללצ'וק יכולה לסלק בעצמה אבל, הם החליטו במקום זאת לפנות לביהמ"ש ולהוציא צו סילוק רשמי. המושב לא מציית

לצו של ביהמ"ש, ועדיין המושב לא מסלק. משפחת ללצ'וק פנתה להוצאה לפועל, ועדיין המושב אינו מציית. בינתיים חלפו שנים והפרדס התחיל להניב פירות בשלב הזה משפחת ללצ'וק התחרטה והתחילה להשתמש בפרדס בעצמה, כאשר הדבר נודע למושב הם דורשים מללצ'וק תשלום. נפסק שמשפחת ללצ'וק היא הצודקת והיא לא צריכה לשלם למושב, הדבר החשוב ביותר הוא העובדה שללצ'וק דרשו סילוק, הם שנים התעקשו לסילוק, הסילוק היה מאוד ברורה ומאוד חזקה, מכון שהמושב לא סילק תוך זמן סביר ובוודאי ששנים זה לא זמן אוויר.

### **נקודות נוספות לס' 21 לחוק המקרקעין-**

**נקודת המוצא** היא שלא הייתה הסכמה של בעל הקרקע ולכן נולד הסכסוך, **נקודה שניה** היא ס' 21 לחוק המקרקעין, מקנה לבעל הקרקע עילה קניינית, להבדיל מנזיקית, ולכן שיקול הדעת של בית המשפט לעניין הסעד מצומצם ולכן רוב הסיכויים שבעל הקרקע יקבל את הצו המבוקש. כמובן שבעל הקרקע יכול בנוסף, לתבוע גם פיצויים מהמקים וזאת על סמך העילה הנזיקית של השגת גבול. **נקודה שלישית** היא שהסעיף נותן את זכות ההחלטה לבעל הקרקע, אבל בפועל במקרים רבים הקרקע מוחכרת לחוכר הוא זה שמחזיק ומשתמש בקרקע ובעצם הוא זה שנפגע מהמקים למרות זאת, הסעיף לא מכיר בו ולא נותן לו את זכות ההחלטה. הנקודה הרביעית מתייחסת לחריגה קטנה וזאת בעצם עוד ביקורת על הסעיף, הסעיף בעצם צופה מצב שבו המקים בנה או הקים את המחומר כולו על הקרקע שאיננה שלו. ואז באמת הוויכוח הוא האם להרוס את הכל או להשאיר את הכל. אבל, בפועל קורה הרבה פעמים מצב של חריגה קטנה, במצב כזה הפתרונות של ס' 21 לא מתאימים, להרוס את הכל? הרי הכל ברור על החלקה שלה, או להשאיר את הכל? ואז הכל נשאר אצלה, ולכן ביהמ"ש צריך לחשוב על פתרון יצירתי כפי שאכן נעשה בפס"ד נעמה נ' טורקיה. פתרון יצירתי כזה משמעותו שביהמ"ש מפעיל שיקול דעת רחב לעניין הסעד.

### **נקודה רביעית ואחרונה זה ס' 22 לחוק המקרקעין-**

#### **ביצוע הברירה**

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

ראינו שס' 21 נותן כוח רב לבעל הקרקע, כדי לצמצם את כוחו של בעל הקרקע, ס' 22 קובע שאם בעל הקרקע לא הודיע מה רצונו תוך שישה חודשים לאחר שקיבל מהמקים דרישה בכתב להחליט מה לעשות, אז רואים את בעל הקרקע, כמי שבחר לקיים את המחוברים ואז בעל הקרקע חייב לשלם למקים.

### **ס' 23 לחוק המקרקעין-**

#### **זכות המקים לרכישת המקרקעין**

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

- (1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין;
- (2) הסכום שהשקיע המקים במחוברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחוברים באותה שעה;
- (3) רכישת המקרקעין על ידי המקים 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 המחוברים - יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקיים.

(ג) זכויות המקיים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף

21.

מאפשר בתנאים מיוחדים שהמקיים יכפה על בעל הקרקע למכור לו את הקרקע. יש כאן פגיעה מאוד קשה של בעל הקרקע, אך הדבר הזה יקרה רק אם מתקיימים 4 תנאים מצטברים, אלה סיטואציות דיי נדירות.

### **ארבעת התנאים המצטברים:**

**1. התנאי הראשון- מדובר במקרקעין לא מוסדרים:** עוד בתקופת המנדט הבריטי התגלה שהרישומים בטאבו לגבי החלקות השונות לא תמיד מדויקים. השטח לא נכון, הגבולות לא נכונים בעלי הזכויות הקנייניות לא תמיד נכונים. לכן, התחילו עוד בתקופת המנדט בתהליך שנקרא הסדר המקרקעין ויש לו גם חיקוק מסודר אשר נקרא "פקודת הסדר זכויות במקרקעין". במסגרת ההסדר מגיעים מודדים לחלקה, בודקים, מסמנים, מוודאים מי הם בעלי הזכויות הקנייניות ובסופו של דבר מקרקעין שעברו תהליך של הסדר נקראים "מקרקעין מוסדרים" בטאבו מצוין שאלה מקרקעין מוסדרים ובדרך כלל הרישום לגביהם נכון ומהימן. התהליך של ההסדר מתקדם לאורך השנים, כיום רוב שטח המדינה כבר עבר הסדר, רוב שטח המדינה הם מקרקעין מוסדרים, אבל עדיין הרבה מאוד נכסים, וחלקות עוד לא עברו את תהליך ההסדר, הן כן רשומות בטאבו, אבל כתוב שאלה מקרקעין לא מוסדרים, ולגבי מקרקעים כאלה ההנחה היא שהרישום לא תמיד נכון ומהימן. ס' 23 חל רק במקרקעין לא מוסדרים, ההנחה היא שהמקיים טעה ובנה על קרקע לא שלו וזאת בגלל הטעויות שיש במקרקעין לא מוסדרים.

**2. תנאי השני- המקיים חשב בתום לב בשעת ההקמה שהוא הבעלים.**

**3. תנאי השלישי- עלות כסף:** המקיים השקיע במחוברים סכום שעלה על שווי הקרקע הנקייה, בשעת ההקמה, ניתן לקרוא לכך "צדק יחסי".

**4. תנאי הרביעי- רכישת הקרקע על ידי המקיים לא תגרום לבעל הקרקע נזק חמור שאינו ניתן לפיצוי כספי.** כיום, כל דבר כמעט ניתן לפיצוי כספי. אבל, יהיו מקרים שבהם שום פיצוי לא יספיק, זהו התנאי הרביעי (שום פיצוי כספי לי יספיק)- ערך סמנטי, הכאב בלאבד את הקרקע המשפחתית מאוד חזק.

לסיכום ארבעת התנאים, מדובר בארבעה תנאים מצטברים, רק אם כולם מתקיימים אז חל סעיף 23 והמקיים יכול להכריח את בעל הקרקע למכור לו את הקרקע, זה את כל החלקה בשלמותה (ס' 13 לחוק). לעומת זאת, אם לא מתקיימים כל ארבעת התנאים לא חל ס' 23 לחוק ואז חוזרים לס' 21 וההחלטה היא של הבעל הקרקע, אם כן מתקיימים כל ארבעת התנאים אבל המקיים לא רוצה או לא יכול לקנות או שהוא גילה את הטעות והוא לא מעוניין לקנות את הקרקע, אז שוב חוזרים לס' הכללי ס' 21 לחוק המקרקעין ואז ההחלטה היא של בעל הקרקע.

### **מספר נקודות לגבי ס' 23 לחוק המקרקעין:**

#### **ס' 112 לחוק המקרקעין:**

#### **אי-תחולה**

### **112. במקרקעי ציבור לא יחול סעיף 23.**

יחול במקומו ס' 21, מקרקעי ציבור זה מקרקעים שבבעלות המדינה או מקרקעין של רשויות מקומיות, הרעיון כאן היה להגן על המדינה והרשויות המקומיות כך שגם אם המקיים בונה אצלם הן לא צריכות למכור לו את הקרקע.

**2. במקרים של חריגה קטנה-** המקיים בנה את מה שהוא בנה בחריגה קטנה לתוך החלקה של השכן, ס' 23 לא מתאים למצבים האלה, למשל בפס"ד נעמה נ' טורקיה, הס' לא מתאים למצבים כאלה, ולכן ביהמ"ש יצטרך לחשוב על פתרון יצירתי.

**3. חריכה-** עסקה נפוצה. לפעמים קורה שמי שבנה בקרקע של השכן, או מי שבנה בקרקע של אדם אחר הוא לא הבעלים של החלקה השכנה אלא החוכר של החלקה השכנה. כאן קיימת בעיה לגבי תנאי מס' 2, משום

שהתנאי דורש שהמקים חשב בתום לב שהוא הבעלים, ואילו אם מדובר בחוכר הוא אמור לדעת שהוא בסך הכל חוכר ולא בעלים ולכן תנאי מספר 2 כלשונו, אף פעם לא מתקיים. אבל, בהקשר הזה פרופסור ויסמן מציע לפרש את תנאי מספר 2 באופן סובייקטיבי כדי להגן על החוכר. הכוונה היא שבמקרים רבים אנשים לא מודעים להבדל בין בעלות לחכירה וחושבים בתום לב שהם הבעלים, אז לפי גישתו של ויסמן ראוי להכיר בכך ולראות את תנאי מס' 2 כאילו הוא מתקיים.

**פס"ד בישור בע"מ נ' טאובה:** מדובר בקרקע פרטית בבעלות אדם בשם טאובה, טאובה היה תושב חוץ. רמאי כלשהוא, הציג את עצמו כאלו הוא טאובה (הבעלים) והוא מכר את הקרקע לבן יהודה. בן יהודה היה בטוח שהקרקע שלו, היה בטוח שהוא קנה אותה כדון, הוא פעל בתו"ל ובנה על הקרקע בית מלון. לאחר שהבנייה הסתיימה בן יהודה, **מכר את הנכס** (קרקע + מבנה המלון) לחברה "בישור-בע"מ" והחברה מפעילה את בית המלון, דובר במקרקעין לא מוסדרים. אחרי שנים, הגיע אדון טאובה לארץ ונדהם לגלות את כל הסיפור, ובכן טאובה הגיש תביעה נגד חברת בישור וטוען שהקרקע שלו, ודורש ממנה להסתלק מהנכס. מצד שני, בישור טוענת שהיא פעלה כדון והיא מבקשת לפעול על סמך סעיף 23 לחוק המקרקעין והיא דורשת מטאובה למכור לה את הקרקע. ס' 23- לחייב את בעל הקרקע למכור את הקרקע. המכירה של הקרקע, פירושה שבישור תצטרך לשלם עבור הקרקע, אך עדיין זה כדאי לבישור משום שהיא השקיעה המון כסף במלון, **ולפי ס' 23 לחוק המקרקעין, התשלום הוא עבור הקרקע בלבד**, ובאותו מקרה זה לא היה מאוד יקר ונוסף לכל זה בישור מתכננת להגיש תביעה נגד בן יהודה שלמעשה מכר לה קרקע שמבחינה משפטית אמיתית לא הייתה שלו. טאובה מתבססת לפי ס' 21 לחוק המקרקעין, מנגד חברת בישור מתבססת על ס' 23 ואומרת שהתקיימו תנאי הסעיף וזכותי להכריח את בעל הקרקע למכור לי את בעל הקרקע. **ביהמ"ש פסק** שבישור צודקת ורשאית לרכוש את הקרקע, אך ביהמ"ש היה צריך להתגבר על מכשול, משום שס' 23 נותן את הזכות לקנות את הנכס למי שהקים ומי שהקים כאן זה בן יהודה, בישור היא כבר צד שלישי והיא לא זאת שהקימה. אך ביהמ"ש פסק, **שהזכות שהמקים מכוח ס' 23 לחוק, היא זכות שניתנת להעברה, וכאשר בן יהודה מכר את הנכס אז יחד אתו במסגרת העסקה הוא גם העביר את זכותו על פי ס' 23 לחברת בישור**. לכן התוצאה היא שבישור רשאית לכפות על הטאובה לקנות את הנכס, זוהי הלכה מחייבת וכל מי שיקנה את הנכס הבעלות ו"המקים" תעבור אליו ובמקרים כאלה חריגים שהבעל פועל בתום לב אז כן זה יחול. **(לעסקאות מרמה אין תוקף מבחינה משפטית).**

## פרק 8: הגנה על ההחזקה

הפרק הזה מתמקד בעניין אחר לגמרי, ומתמקד על ההחזקה בנכס. אנו נדבר על החזקה במקרקעין ועל סעיפים 15-20 בחוק המקרקעין. החזקה יכולה להיות גם במיטלטלין, חוק המיטלטלין קובע הסדר זהה וזאת באמצעות **סעיף 8 לחוק המיטלטלין**.

### הגנת הבעלות וההחזקה

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

אשר מחיל על מיטלטלין את סעיפים 15-20 בחוק המקרקעין.

הפרק הזה של הגנה על ההחזקה, חל במקרים רבים בנוסף לפרק הקודם, בנייה ונטעיה במקרקעי הזולת. כך שמי שנפגע יוכל לאתר סעיפים מתאימים הן מהפרק הנדון של הגנה על ההחזקה והן מהפרק הקודם של בנייה ונטעיה.

**הסוג הראשון של מחזיק הוא מחזיק ישיר- מוגדר בסעיף 15 לחוק המקרקעין:**

### החזקה

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

המקרה הפשוט, זה מקרה של אדם שנמצא בפועל בנכס. אם אדם גר בדירה הוא המחזיק של הדירה, הוא יושב שם ותופס את הדירה וכמו שאומר הסעיף השליטה בידי.

אך, מונח ההחזקה הוא מונח רחב יותר, כך למשל הפסיקה קבעה שלא נדרשת דווקא סמיכות פיזית לנכס, ולכן כבר קבלת המפתח לדירה מהווה קבלת החזקה. בנוסף, היעדרות זמנית מהנכס לא מפקיעה את ההחזקה. לדוגמא, אני בעלת דירה נסעתי לחו"ל לחודש, במהלך החודש אני לא נמצאת בדירה, אבל אני עדין אחשב מחזיקה משום שהשליטה בדירה היא בכל זאת בידי. מונח ההחזקה הוא מונח מורכב, קל לנו לזהות אותה כאשר אדם נמצא פיזית בנכס, אבל ההחזקה תתכן גם במצבים נוספים כפי שראינו והכל תלוי בנסיבות. מחזיק ישיר יכול להחזיק עבור עצמו, בנוסף מחזיק ישיר יכול במקרים מסוימים להחזיק מטעמו של אחר, כמו הדוגמא של השוכר והמשכיר.

**הסוג בשני של מחזיק הוא מחזיק עקיף- מוגדר בסעיף 15 לחוק המקרקעין:**

"מי שהשליטה הישירה במקרקעין, היא בידי אדם אחר המחזיק מטעמו". המחזיק העקיף לא נמצא בפועל בנכס, אלא מישוה אחר נמצא שם ותופס עבורו את הנכס או תופס מטעמו בהסכמתו את הנכס. לדוגמא, עסקת שכירות- יש לנו משכיר ושוכר, השוכר הוא המחזיק הישיר, והמשכיר בעל הנכס הוא המחזיק העקיף.

**הסוג השלישי של מחזיק הוא מחזיק כדן- אין הגדרה בחוק**, אך המונח ברור למדי מי הוא המחזיק בדן, מי שמחזיק מכוח זכות חוקית, הזכות יכולה להיות זכות אישית או זכות קניינית.

**הסוג הרביעי של מחזיק הוא מחזיק שלא כדן-** הוא אדם שמחזיק בנכס, כשאין לו זכות להחזיק ולכן הוא עושה משהו שלא כדן. הדוגמא הקלאסית- פולש, אדם שפלש לקרקע שלא שלו הוא מחזיק בקרקע, ואין לו זכות לכך, בדיני הנזיקין אנו קוראים לו- "משיג גבול".

**הסוג החמישי של מחזיק הוא זכאי להחזקה-** גם כאן, מדובר על אדם שיש לו זכות להחזיק. הזכות יכולה להיות אישית או קניינית, אבל מסיבה כלשהיא, הוא לא מחזיק בפועל. לדוגמא- אדם קנה דירה מקבלן הוא אמור לקבל את מפתחות הדירה ב1/1. הוא מבחינתו קיים את כל תנאי החוזה, אבל כאשר מגיע ה1/1, הקבלן לא מוסר לו את המפתחות, אז מ1/1 הקונה נחשב זכאי להחזקה, הוא לא מחזיק בפועל בדירה, אך הוא זכאי להחזיק. דוגמא נוספת- דוגמא של חוזה שכירות שהסתיים, כאשר השוכר אמור להתפנות מהנכס. אבל, השוכר מסרב להתפנות (מחזיק ישיר ומחזיק שלא כדן) אם נדבר עכשיו על המשכיר, בדוגמא הזאת המשכיר הוא זכאי להחזקה משום שנגמרה תקופת השכירות ובתום תקופת השכירות ההחזקה אמורה לחזור למשכיר, המשכיר אינו מחזיק עקיף משום שהשוכר שתקוע בנכס לא עושה את זה בהסכמתו להפך זה בדיוק לרצונו של המשכיר. כל עוד חוזה השכירות בתוקף השוכר הוא מחזיק ישיר והמשכיר הוא מחזיק עקיף. ברגע שמסתיימת תקופת השכירות, והשוכר מסרב להתפנות השוכר הוא עדין מחזיק ישיר, הוא נמצא בפועל בנכס (מחזיק שלא כדן), והבעלים המשכיר הופך לזכאי להחזקה- הוא זכאי היה שהחזקה תחזור אליו והוא אינו מחזיק עקיף וזאת משום שהשוכר לא ממשיך בהסכמתו.

**הסוג השישי של החזקה הוא בר-רשות:** מדובר כאן על מצב שבו, בעל הנכס יודע שאדם מסוים מחזיק בנכס שלו, מבלי שקיבל את הסכמתו הפורמלית, אבל בעל הקרקע מעלים עין ולא נוקט בפעולה אקטיבית כדי לסלק את המחזיק. במילים אחרות, אותו מחזיק אמור היה להיחשב מחזיק שלא כדן. הוא מעולם לא קיבל הסכמה פורמלית להחזקה, אבל הידיעה של בעל הקרקע + התנהגות פסיבית (יודע ולא עושה כלום כדי לפנות), מהווה הסכמה מכללא ולכן המחזיק נחשב מחזיק כדן. במילים אחרות, בר-רשות הוא מחזיק כדן, משום שרואים אותו כאלו הוא קיבל רשות מהבעלים. רשות מכללא, ניתן להפסיק בכל עת, כך שבעל הקרקע יכול בכל עת לדרוש מהמחזיק להתפנות אבל הדברים אינם כל כך פשוטים, בעבר די היה בכך שבעל הקרקע דורש פינני ובר הרשות היה מחויב להתפנות מיידית. אבל, בשנים האחרונות בתי המשפט מגלים גישה יותר אוהדת כלפי ברי רשות, קודם כל לא ניתן לדרוש סילוק מידי, אלא צריך לתת לבר הרשות אורכה להתארגן ולהתפנות. עוד יותר מכך, לעיתים בתי המשפט מחייבים את בעל הקרקע לשלם פיצויים לבר-הרשות במיוחד במקרים בהם בר-הרשות השביח את הקרקע, אך לא רק, ולכן התוצאה כיום היא, שזה לא כל כך פשוט לפנות ברי-רשות. העצה הטובה ביותר, היא שברגע שגילת שמישהו יושב אצלך בקרקע מיד לדרוש סילוק ולעשות כל מה שצריך כדי שלא יהיה מצב שאתה יודע ואתה מעלים עין. אם בעל הקרקע, דרש מבר-רשות להסתלק ובר הרשות לא התפנה אז הוא הופך למחזיק שלא כדן והבעלים הוא זכאי להחזקה.

**פס"ד אליהו נ' גרודה** - מדגים לנו שלא תמיד קל לקבוע האם מדובר בבר רשות או לא. הסיפור היה כך- המדינה השכירה מגרש לאדון גרודה שהסתיימה תקופת השכירות, גרודה לא מתפנה מהשטח. המדינה ידעה על כך, אבל לא נקטה אמצעים לפינוי שלו. משום שלמדינה יש קרקעות רבות, מי שאמור לנהל את הכל עבור המדינה זה רשות מקרקעי ישראל, ולמען האמת התעורר גם ויכוח עובדתי באותו מקרה, האם "המדינה" הייתה באמת ערה לכך שגרודה לא התפנה. **השופטים מאוד התלבטו לגבי המעמד החוקי של גרודה, שופט המיעוט הציעו** קבע שגרודה בר-רשות מכללא, אך דעת הרוב קבעה שמדובר במחזיק שלא כדין כי השופטים לא השתכנעו שלמדינה הייתה ידיעה ברמה מספקת.

**פס"ד מדינת ישראל נ' היפר-חליץ (2015)** - כאן השופטים של בימה"ש העליון, העירו שלדעתם יש לבטל את המוסד של בר-רשות כשמדובר במקרקעין של המדינה, וזאת בשל הקושי של המדינה לפקח על כל נכסי המקרקעין, ובשל הנטל הרב שמוטל על רשות מקרקעי ישראל לבדוק ולהגיב מיידית.

**סעיפי החוק שנותנים הגנה על מחזיק-**

כל אחד מסעיפי החוק, נותן הגנה שונה למחזיק שונה, הסעיף הראשון הוא **ס' 16 לחוק המקרקעין:**

### **תביעה למסירת מקרקעין**

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

**הסעיף מגן על הבעלים ועל זכאי על החזקה.** כנגד מי שמפעילים את הסעיף הזה, זה מחזיק שלא כדין. איזו הגנה נותן הסעיף? הסעיף מאפשר לדרוש מהמחזיק שלא כדין שהתפנה והסתלק מהנכס ואם הוא מסרב ניתן לפנות לביהמ"ש ולדרוש צו שהתפנה. סעיף 16 הוא סעיף קנייני, הוא מהווה עילה קניינית ולכן שיקול הדעת של בית המשפט לגבי הסעד, יהיה שיקול מצומצם כך שבית המשפט בדרך כלל ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים.

**סעיף 17 לחוק המקרקעין:** תביעה למניעת הפרעה-

### **תביעה למניעת הפרעה**

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

הסעיף מגן על מי שמחזיק, הסעיף מדבר גם על מחזיק ישיר וגם על מחזיק עקיף, ושהסעיף מדבר על הסעיף באופן כללי זה המחזיק שכדין וגם על מחזיק שלא כדין.

הסעיף אכן גם על מחזיק שלא כדין, אבל זה רק מפני פולש נוסף, פולש חדש שמנסה להפריע למחזיק שלא כדין ולשלול ממנו את ההחזקה, במילים אחרות יש לנו סכסוך בין שני פולשים אחד הוא מחזיק שלא כדין והשני מנסה לשלול ממנו את ההחזקה ולתפוס את הנכס במקומו. במצב כזה נכון ששניהם פולשים, אבל צריך להכריע בסכסוך ובתי המשפט על סמך סעיף 17 יגנו על הראשון בזמן מפני מי שמנסה עכשיו להפריע לו. **לדוגמא-** מצב של אדם שפלש למגרש לא שלו, ולאט לאט עם השנים בנה שם צריף, מבנה קטן והוא גר שם עם משפחתו נצא בהנחה שהוא מחזיק שלא כדין. יום אחד, מגיע צד שלישי שמנסה להשתלט על השטח ולסלק משם את המחזיק שלא כדין וקוראים כאלה מקרים, ובכן נוצר כאן סכסוך בין שני הפולשים ובית המשפט יצטרך להכריע אז בסכסוך הפנימי הזה בית המשפט הראשון על בזמן ויסלק את הפולש המאוחר (זה לא אומר שהמחזיק שלא כדין זוכה עכשיו להגנה או חסיונות מול הבעלים). הוא עדין מחזיק שלא כדין רק שבסכסוך הפנימי בין שני פולשים הסעיף יגן על הראשון בזמן מפני השני. לכל זה הגענו דרך מילה אחת "המחזיק" המחזיק כולל קבוצה גדולה של מחזיק. כנגד מי מפעיל את הסעיף- כנגד מי שמפריע להחזקה כשאינו לו זכות לעשות את המעשה המפריע. **לדוגמא-** אני בעלים של קרקע, השכן שלי במגרש הסמוך זורק אצלי גרוטאות בקרקע, הוא מפריע לי ליהנות מהחזקה שלי, הוא עושה מעשה שמפריע כאשר אין לו זכות ולכן אני יוכל להפעיל כנגדו את הסעיף. דוגמא נוספת- אדם מחזיק בקרקע שאיננה שלו, בתור מחזיק שלא כדין. השכן בחלקה ליד, זורק לו אשפה בחלקה, האם המחזיק שלא כדין יוכל להשתמש בסעיף? כן! ואף ליהנות ממנו. יש כאן רעיון של יחסיות, ולפי הספרות המשפטית

מדברים על שיטת הדין היחסי, באופן יחסי אנו מעדיפים את המחזיק שלא כדין על פני צד שלישי שעכשיו מפריע לו ליהנות מההחזקה שלו. צריך להבין שהאינטרס שמגנים עליו זה אינטרס ההחזקה, זה דבר מאוד חזק בדיני הקניין עד כדי כך שבסיטואציות מסוימות החוק מגן אפילו על מחזיק שלא כדין.

### **מה נחשב הפרעה?**

**בפס"ד קוטר נ' המועצה המקומית** - נקבע שכל השגת גבול נחשבת אוטומטית הפרעה גם אם היא בכלל לא מפריעה בפועל. באותו מקרה דובר במרכז מסחרי שכונתי קטן, העירייה חפרה מקלט ציבורי מתחת למרכז הזה, הדבר לא הפריע בפועל לבעלי החנויות כי למעלה על פני הקרקע המסחר התנהל כרגיל, הכל היה בסדר. אבל מבחינה משפטית בעלות בקרקע חלה גם על כל העומק, אך מבחינה משפטית לאור סעיף 11 לחוק המקרקעין החפירה מתחת לחנויות מהווה השגת גבול כלפי בעלי החנויות, וביהמ"ש פסק שהשגת הגבול כן תחשב הפרעה לצורך סעיף 17 לחוק המקרקעין. מצד שני, בגישה נוגדת דוגל **פרופסור קרצ'מר** זוהי גישה נזיקית, וקרצ'מר אומר כי מעשה יחשב הפרעה רק אם הוא באמת מפריע בפועל.

עוד לגבי המונח הפרעה, נשאלת השאלה **האם את המונח צריך לפרש באופן סובייקטיבי או אובייקטיבי** כי יכול להיות שמהשווה באמת נורא סובייקטיבית אך אולי אני מגזימה מדי? אז, בעניין הזה המגמה שעולה מהפסיקה אין דיון מפורש על כך אך הפסיקה נוטה על הגישה האובייקטיבית. מהו המונח הפרעה? האם הפרעה זה בסך הכל משהו בעל היקף קטן שמפריע לי ליהנות מההחזקה שלי או אולי הפרעה יכולה להיות גם מצב של מצב שבו המפריע פולש לשטח, תופס אותו, משתלט עליו ומנשל את המחזיק המקורי. הדעה של פרופסור, כי ראוי היה לפרש שמדובר כאן בהפרעה קטנה, ומדוע? כי אם מדובר בהשתלטות מלאה, בזה מטפל ס' 16 ולכן אין צורך לסעיף נוסף **ולכן יש הגיון לומר שמדובר בהפרעה קטנה ומשהו נקודתי**.

**פס"ד יוסף נ' עוקשי** - כאשר השופט אנגלרד, קבע שמדובר רק בהפרעה נקודתית וקטנה, ואילו באותו פס"ד השופטת פורקצ'יה נתנה פרשנות רחבה ואמרה שגם מצב של השתלטות מלאה על הנכס יכולה להיחשב הפרעה לפי ס' 17 לחוק המקרקעין, אין כאן הלכה. איזו הגנה נותן הסעיף? גם כאן, מדובר בסעיף קנייני, עילה קניינית שמאפשרת לפנות לבית משפט ולבקש צו מניעה ו-או צו עשה כנגד הגורם המפריע. מכון שמדובר בעילה קניינית, רוב הסיכויים שביהמ"ש ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים.

כעקרון שיטת המשפט שלנו מעדיפה שבמקרה של סכסוך משפטי הצדדים יפנו לבית משפט. יחד עם זאת, ברור שבמקרים מסוימים הפניה לביהמ"ש לא תהיה יעילה, משום שהדיון בבית המשפט עלול לקחת זמן רב בשעה שלנפגע דרוש סעד מידי. לכן, במקרים מצומצמים המחוקק מוכן לאפשר לנפגע לנקוט בסעד עצמאי, כלומר במקום לפנות לביהמ"ש הוא יכול לבצע מעשה מסוים בפועל וכך להשיג מיידית את התוצאה הרצויה, לדבר הזה קוראים סעד עצמי.

**ס' 18 לחוק המקרקעין** הוא אחד מאותם סעיפים בודדים שמאפשר לנקוט בסעד עצמי.

### **שימוש בכוח נגד הסגת גבול**

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

### **(תיקון מס' 8) תשמ"א-1981**

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

שני החלקים האלה של ס' 18, מאפשרים להפעיל כוח במידה סבירה כדי להגן על ההחזקה. המחוקק של חוק המקרקעין מבין שלפעמים הרבה יותר יעיל פשוט נקודתי להפעיל כוח במידה סבירה ובאופן מידי ועצמי להשיג את הסעד הרצוי.

### **ההבדלים בין ס' 18(א) לבין ס' 18(ב)**

פרופסור אנגלרד והוא משתמש במונחים לקוחים בתחום המלחמה והכיבוש. אנגלרד אומר כי כאשר מדובר בהתקפה, היינו **הפולש מנסה להשתלט על הנכס**, מנסה לכבוש אותו, **חל סעיף 18(א)** ואז המחזיק בנכס רוצה להתגונן מפני ההתקפה/הפולש מותר לו להפעיל כוח סביר. כל עוד נמשך שלב ההתקפה המחזיק רוצה להתגונן מפני הכובש הוא פועל על סמך ס' 18(א) ומפעיל כוח סביר.

לעומת זאת, אם ההתקפה כבר הסתיימה במובן זה שהפולש **כבר כבש את השטח**, השתלט על השטח ונישל את מי שהחזיק בו במקום. אז **חל ס' 18(ב)** שמאפשר למחזיק שנושל תוך שלושים ימים להפעיל כוח כנגד הכובש במטרה לסלק אותו ולהחזיר למחזיק המקורי את ההחזקה בנכס.

לא תמיד קל לקבוע מתי מדובר בשלב ההתקפה ומתי מדובר כבר בכיבוש. השאלה הזו תצטרך להיבדק בכל מקרה לגופו. כך למשל, **בפס"ד אליהו נ' גרודה** התעורר המקרה הבא: מדובר היה בשוכר של מגרש, השכן במגרש הסמוך עסק בגרוטאות. השכן התחיל להניח גרוטאות בחלקה של השוכר, כל מיני צמיגים ישנים חלקי מכוניות ישנות, מכשירי חשמל ישנים וכיוצא בזה. לאט לאט במשך שנתיים הוא הוסיף עוד ועוד גרוטאות, כך שאחרי שנתיים כל החלקה של השוכר הייתה מלאה בגרוטאות עד לב השמיים. ביהמ"ש קבע שבמשך השנתיים האלה דובר היה בשלב ההתקפה ואילו בתום השנתיים זה כבר היה מועד הכיבוש. בפס"ד זה נאמר, שכדי לקבוע מה הוא מועד הכיבוש יש לבדוק את כל הנסיבות כגון סוג הנכס, ההתנהגות של הפולש, כוונת הפולש ככל שאפשר, התגובה של המחזיק המקורי, וכל שאר נסיבות המקרה. יש להיזהר בהבנת פס"ד, ניתן בטעות להבין את פסק הדין כאלו שלב הכיבוש הוא כאשר כל המגרש כולו נתפס על ידי הפולש. עממה, זה לא תמיד כך, כיבוש יכול להתייחס גם לחלק מהנכס ולכן צריך לבדוק בזהירות את כל נסיבות המקרה. **לדוגמא** - נניח אדם פולש למגרש של השכן שלו, הוא משתלט על חלק מסוים מהמגרש, מגדר אותו ומשתמש בכל השטח המגודר לצרכיו שלו. במצב כזה, אותו שכן נחשב כובש של אותו חלק מגודר, מדוע? כי הוא זה שעכשיו מחזיק בפועל באותו חלק מגודר, הוא זה שעכשיו שולט באותו חלק מגודר, רק לו יש גישה לחלק מגודר.

כאשר מנסים לפלוש לי לחלקה שלי, אני יכולה לעשות שני דברים: אפשרות ראשונה אני פונה לביהמ"ש ואז אני אנסה לראות אם יש לי עילה משפטית (ס' 16 לחוק המקרקעין, ס' 17 לחוק המקרקעין). אפשרות אחרת וזה שיקול דעת שלי, אפשרות אחרת היא להפעיל סעד עצמי לפי ס' 18(א) או 18(ב) והנפגע יכול להחליט מה מתאים לו, כל אחד בודק את החסרונות של אחד מהדרכים.

### **התנאים של ס' 18(א) לחוק המקרקעין: שלב ההתקפה-**

**על מי מגן הסעיף:** "מחזיק כדין". בדרך כלל זה יהיה מחזיק ישיר כדין הוא זה שנמצא בפועל בנכס והוא רוצה להגן על החזקה הישירה שלו. אבל, כאשר המחזיק מדבר על מחזיק זה יכול להיות גם מחזיק עקיף. חל, כאשר המחזיק כדין הוא עדיין המחזיק בנכס. עוד לא נישלו אותו, רק הפולש מנסה, הפולש מתקיף אותו, הפולש מתחיל במאמצים לכבוש את הנכס ולנשל אותו. אבל, זה עדיין שלב ההתקפה והמחזיק כדין הוא עדיין המחזיק.

**כנגד מי יופעל הסעיף?** "כלפי מי שמנסה להסיג גבול, לכבוש, להשתלט".

**הגנה:** הסעיף מאפשר למחזיק כדין להפעיל כוח במידה סבירה. הפסיקה קבעה, שנדרשים כאן שני תנאים מצטברים: **התנאי הראשון** - לפני שמפעילים את הכוח, יש לתת התראה/אזהרה+ זמן סביר למלא אחריה. **התנאי השני** - הכוח צריך להיות בפרופורציה למעשה שנעשה, ולפי מידת נחיצות הכוח. בתי המשפט מאוד מאוד מחמירים בעניין הזה של כוח סביר, בתי המשפט לא אוהבים סעד עצמי, הרבה פעמים זה נגמר באלימות, זה יכול להיות כוח או אלימות נגד רכוש. הרבה פעמים כוח או אלימות יכול להיות נגד גוף אדם. לכן הקו הזה בין כוח סביר לאלימות הוא מאוד מאוד עדין.

### **התנאים של ס' 18(ב) לחוק המקרקעין: שלב הכיבוש-**

**על מי מגן הסעיף:** "מחזיק כדין". ניסוח הסעיף לא כל כך מוצלח, הכוונה היא למי שהיה מחזיק כדין לפני הכיבוש. במילים אחרות, הכוונה היא למחזיק כדין שנושל על ידי הכובש. הוא כבר לא מחזיק בפועל, משום שעכשיו הפולש הוא המחזיק בפועל, אך הסעיף עדיין קורא למחזיק שנושל "מחזיק כדין".

**כנגד מי יופעל הסעיף?** "כנגד המחזיק שלא כדין, הוא הכובש, התופס, הוא זה שעכשיו השולט בנכס".

**הגנה:** להפעיל כוח במידה סבירה, כדי לסלק את הכובש ולהחזיר את החזקה למחזיק המקורי שנושל. גם כאן, נדרשים שני התנאים המצטברים שהזכרנו לעיל (לתת התראה, הכוח יהיה פרופורציונלי). אך, בסעיף ב' יש לנו תנאי נוסף שלא קיים בס' 18(א) והוא מגבלת זמן.

**מגבלת זמן:** 30 ימים מיום התפיסה. יום התפיסה הוא יום הכיבוש. אם נחזור לעובדות של **אליהו נ' גרודה** אז יום התפיסה היא שמלאו שנתיים להנחת הגרוטאות.

הסעיף מדבר על 30 ימים מיום התפיסה, ולא מיום הידיעה ולכן, אם המחזיק כדין שנושל לא ידע שכבשו לו את הנכס וגילה את זה לאחר שחלפו שלושים ימים מיום התפיסה אז, הוא כבר לא יוכל להשתמש בסעיף ומה שיישאר לו זה לפנות לביהמ"ש על סמך על סעיפים האחרים.

### **שני מקרים מתחום השכירות:**

**המקרה הראשון:** תקופת השכירות הסתיימה, השוכר מסרב להתפנות מהנכס למרות שהבעלים דורש זאת. האם הבעלים יכול להחליף את המנעול של הדירה? במילים אחרות, הבעלים מראה לשוכר מיהו בעל הבית. אנו נמצאים בתוך ס' 18(ב) לחוק המקרקעין, השוכר יושב בנכס כמו כובש, הוא זה ששולט לנו בנכס, הוא המחזיק בפועל בנכס. האם בעל הבית הוא מחזיק כדין? לא, הוא זכאי על החזקה. אבל שמסתיימת תקופת השכירות והשוכר לא מתפנה, המעמד של המשכיר של הבעלים הוא "זכאי על החזקה", וס' 18(ב) לא מאפשר לזכאי להחזקה להפעיל כוח סביר. ראינו שבעל הבית המשכיר בכלל לא יכול לפעול על פי הסעיף. (או 16, 17, 19 לחוק המקרקעין). בעבר התוצאה הזאת הייתה מאוד קשה, כי דיון בבית המשפט לפינוי שוכר יכול היה לקחת שנים. לפני מספר שנים, נעשה תיקון חשוב בתקנות סדר הדין האזרחי וכיום התקנות קובעות שתביעה לפינוי שוכר תידון תוך שישים ימים וביהמ"ש יוציא צו פינוי תוך שישים ימים.

**המקרה השני:** נניח שהמשכיר שלנו עשה את מה שאסור לו, ובכל זאת החליף את המנעול. האם עכשיו יכול השוכר לפרוץ את המנעול שהתקין המשכיר? איזה ס' חל כאן? גם בדוגמה הזאת, חל עליו 18(ב) בעל הבית כבש את הנכס מידי השוכר, הכיבוש כבר הסתיים והכובש הוא בעל הבית. השוכר רוצה להפעיל סעד עצמי, מי שיכול לפעול לפי ס' 18(ב) הוא מחזיק כדין שנושל, האם השוכר שלנו הוא מחזיק כדין שנושל? לא, הוא בפירוש היה מחזיק שלא כדין שנושל, השוכר לא רשאי להחליף את המנעול.

### **ס' 19 לחוק המקרקעין:**

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

לס' 19 לחוק המקרקעין, החלק הראשון הוא הרישא והחלק השני והאחרון הוא הסיפא. "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק, שלא כאמור בס' 18(ב), חייב להחזירם למחזיק." לס' יש רציונל ברור, הרעיון הוא שלא מפעילים כוח, ולא משתלטים על נכסים בכוח. סעד עצמי שכרוך בכוח, מותר רק כחריג, לכן מי שמשתמש בנכס ומנשל את מי שהחזיק בו, שלא במסגרת סעד עצמי לפי ס' 18(ב), עשה מעשה פסול. המחזיק שנושל יפנה לביהמ"ש על סמך ס' 19 לחוק המקרקעין, וביהמ"ש יצווה להחזיר לו את ההחזקה.

**על מי מגן הסעיף-** הסעיף מגן על מחזיק. הכוונה היא כמובן על המחזיק שנושל. אנו יודעים שכאשר הסעיף מדבר על מחזיק זה יכול להיות גם מחזיק ישיר וגם מחזיק עקיף. בנוסף, זה יכול להיות מחזיק כדין, אך גם מחזיק שלא כדין. כדי להבין מי יכול להשתמש בסעיף, ניקח שלושה מצבים:

**1. אדם א' החזיק בנכס כדין. אדם אחר ב', איזה שהוא פולש ומנשל אותו מהנכס. כאן ברור לנו, שהמחזיק המנושל, זכאי להשתמש בס' 19, כלומר המנושל יפנה לביהמ"ש יבקש שיסלקו את הפולש, ויחזירו לו את האחזקה.**

**2. מי שמחזיק בנכס הוא מחזיק שלא כדין. פולש חדש הנקרא ב' משתלט לו על הנכס ומסלק אותו. במצב כזה, יוכל המחזיק שלא כדין שנושל לפנות לביהמ"ש, כנגד הפולש המאוחר בהתבסס על ס' 19 לחוק המקרקעין, ולבקש לסלק את הפולש החדש. על המצב הזה בדיוק דיברנו בס' 17 וקראנו לזה "שיטת הדין היחסי" באופן יחסי בין שני פולשים החוק מעדיף את הראשון בזמן.**

**3. החמור והכי קשה להבנה-** מתי חל סעיף 19? אנו מדברים כאן על אדם שהוא מחזיק שלא כדין, הבעלים של הנכס, או הזכאי להחזיק, או מחזיק כדין שנושל על ידו רוצה להחזיר לעצמו את ההחזקה ומפעיל כוח, סעד עצמי אבל לא בהתאם לתנאים המדויקים בסעיף 18(ב) לחוק המקרקעין. נשמע מוזר אבל המחזיק שלא כדין יוכל להתבסס על ס' 19 ולתבוע את הבעלים או הזכאי להחזיק או המחזיק כדין שנושל. מחזיק שלא כדין יזכה להגנה כנגד הבעלים או הזכאי להחזיק, זהו מצב מאוד מוזר. מדוע? משום שהבעלים הוא הזכאי להחזיק, וכי הוא הפעיל סעד עצמי בצורה בלתי חוקית. אנו רוצים ללמד אותו לקח ולהראות לו שזה לא משנה, ולכן ביהמ"ש יגן



על המחזיק שלא כדון ויצווה על הבעלים או על הזכאי להחזקה, להתפנות מהנכס. המצב השלישי והאחרון הוא מצב מאוד מוזר, החוק, הסעיף, ביהמ"ש יגן על מחזיק שלא כדון ויעדיף אותו אפילו על פני בעלים או זכאי להחזיק או מחזיק כדון שנושל וכל זה, למה? כדי לחנך את הציבור וללמד אותם שמי שמפעיל סעד עצמי ולא מקפיד בדיוק על כל התנאים של ס' 18(ב) זה לא יעזור לו ויסקלו אותו מהנכס. הס' מגן על המחזיק שנושל, המחזיק באשר הוא, ישיר או עקיף, כדון או לא כדון, אם נישלתם את מי שהחזיק בנכס זה לא יעזור, קודם כל ביהמ"ש יצווה עליכם להסתכל מהנכס ולהחזיר את ההחזקה למחזיק שנושל אפילו אם הוא עצמו מחזיק שלא כדון.

**ההגנה** – הסעיף מאפשר לפנות לביהמ"ש ולקבל צו סילוק כנגד הכובש שנישל את המחזיק המקורי. במילים אחרות, ביהמ"ש מחזיר את ההחזקה לידי המחזיק המקורי שנושל. ס' 19 הוא ס' קנייני, הוא קובע עילה קניינית ולכן שיקול הדעת של ביהמ"ש לעניין הסעד מצומצם. במילים אחרות, רוב הסיכויים שביהמ"ש ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים. כאשר ביהמ"ש דן בסכסוך הוא במובן מסוים "ראש קטן" ביהמ"ש לא מתעמק בסכסוך כולו, ביהמ"ש לא בודק לעומר את הזכויות המהותיות של הצדדים בנכס. ביהמ"ש מתמקד בשאלה הספציפית, מי החזיק? מי נישל? ומחזיר את ההחזקה למחזיק שנושל. אם ביהמ"ש החזיר את ההחזקה למישהו בעצמו מחזיק שלא כדון, לפי ס' 19 אז אחר כך בהליך משפטי נפרד, יכול הבעלים או הזכאי להחזיק לדרוש שיכירו בזכותו ויחזירו לו את האחזקה. כך שבעצם נוצר כאן פינג-פונק של החזקות. הס' 19 רישא בכל זאת קובע כאן המטרה שלו היא חינוכית, לחנך את הציבור שלא משתלטים על נכס בכוח אפילו אם אתה הבעלים של הנכס.

בתי המשפט הכניסו לתוך הס' עוד דרישה אחת:

**מגבלת זמן** – ביהמ"ש קבעו שהמחזיק שנושל, חייב לפנות לביהמ"ש במהירות, כל עוד מדובר "בפלישה טרייה". הכל תלוי בנסיבות, וכאן **פס"ד אליהו נ' גרודה** – שם השוכר שנושל על ידי מוכר הגרוטאות, פנה לביהמ"ש על סמך ס' 19 רישא, שנתיים וחצי לאחר שהשכן התחיל לשים אצלו את הגרוטאות. לכאורה, לא מדובר ב"פלישה טרייה" אבל, כשביהמ"ש בדק את העובדות הוא קבע שבמשך השנתיים הראשונות בדיוק כמו שאמרנו קודם זה היה רק שלב ההתקפה, עוד לא היה כיבוש, עוד לא היה נישול ורק בחצי שנה האחרונה היה מצב של נישול. חצי שנה זה זמן סביר להתארגן ולהגיש תביעה לביהמ"ש. ביהמ"ש נתן לשוכר את הצו המבוקש.

**ההבדל בין ס' 19 לס' 17 ו-16** – כל אחד מהסעיפים מאפשרים לנפגע להגיש תביעה לביהמ"ש, כל אחד מהסעיפים מטפל במצב אחר וקובע מי בדיוק זכאי את מי. למעשה ס' 19 דומה לס' 16 לחוק המקרקעין, משום שבשני הסעיפים הללו, מדובר על מצב של כיבוש ויכול להיות שבסיטואציה מסוימת ניתן להתבסס על שניהם. לעומת זאת, ס' 17 עוסק כנראה במצב אחר – מצב של הפרעה קלה, ולא כיבוש מלא של הנכס. עם זאת, ראינו דעה מיוחדת **בפסה"ד יוסף נ' עוקשי** – שם השופטת חשבת שס' 17 מתאים גם למצבים של כיבוש מלא. "שיתוף בנכסים".

לפי הרישא ביהמ"ש הוא "**ראש קטן**", בית המשפט לא צולל לעומק הסכסוך, ביהמ"ש לא בודק מיהו באמת הזכאי להחזיק בנכס. אלה, ביהמ"ש מתמקד נקודתית בעניין ההחזקה ואם הוא מתרשם שהמחזיק בנכס נושל מההחזקה, ביהמ"ש מצווה מיד להשיב לו את ההחזקה. **הרצינול הוא רצינול חינוכי**, הרעיון הוא ללמד את הציבור שלא משתלטים על נכסים בכוח, ולא מנשלים את מי שמחזיק בנכס. אפילו אם הוא מחזיק שלא כדון. יחד עם זאת, יתכן שהמנשל סבור שהוא זה שזכאי להחזיק בנכס, והוא לא מוכן לוותר על ההחזקה ובמצב כזה המנשל יצטרך להגיש תביעה נפרדת לביהמ"ש ואז בהליך נפרד ביהמ"ש ידון בסכסוך לעומק, יבדוק בדיוק למי יש זכויות בנכס, מיהו הזכאי להחזיק בנכס, ובסופו של הדיון יצווה לתת לו את ההחזקה. כתוצאה מכך, יכול להיות מצב שאני קוראת לו "פינג-פונג של החזקות" יכול להיות שבמקור א' החזיק בנכס, לאחר מכאן הוא נושל על ידי ב' אז ב' עכשיו מחזיק בנכס, א' פנה לביהמ"ש על סמך ס' 19 רישא וביהמ"ש מידיה החזיר את ההחזקה לא' אבל אז ב' יגיש תביעה נפרדת ואם התברר בה שב' הוא הזכאי האמיתי להחזיק בנכס אז ביהמ"ש יחזיר לו את ההחזקה ובכך יסתיים הסכסוך בין הצדדים.

**החלק האחרון של ס' 19 לחור המקרקעין:**

**החזרת גזלה**



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

הסיפא אומר כך, יחד עם זאת לביהמ"ש יש שיקול דעת וביהמ"ש יכול להחליט שבמקום להיות ראש קטן ובסך הכל להחזיר את ההחזקה למחזיק שנושל, ביהמ"ש יהיה ראש גדול וכבר עכשיו יצלול לעומק הסכסוך וינהל משפט גדול מקיף ושלם, יקבע מיהו הזכאי להחזיק ויצווה להעביר לו את ההחזקה. במילים אחרות במקום לנהל אחר כך דיון משפטי נפרד, ביהמ"ש כבר עכשיו גומר לדון בסכסוך.

אם כך באיזה מקרים ביהמ"ש יחליט שהוא פועל לפי הרישאה? ובאיזה מקרים ביהמ"ש יעדיף לפעול לפי הסיפא. השאלה הזאת התעוררה **בפס"ד רוזנשטיין נ' סולמון** – דובר בשני משקים חקלאים, שכנים. כל אחד מהמשקים הללו פעל במסגרת חוזה חכירה מהמנהל ("רשות מקרקעי ישראל"). כל אחד מהמשקים חקר את הקרקע בחכירה לדורות מהמדינה. 20 שנים השכנים חיו בשלום ואז באחד המשקים החוכר יתחלף והגיע חוכר חדש. החוכר החדש בדק את קו הגבול בין החלקות וגילה שחלק מהקרקע שהשכן שלו מאבד בעצם שייכת לחלקה שלו הוא דרש מהשכן להתפנות מאותו חלק השכן מסרב. החוכר החדש פלש בכוח לשטח המריבה, עקר את כל הגידולים החקלאים, הרס את כל המבנים באלימות ופיזר סלעים גדולים בשטח כדי למנוע מהמשכן לחזור ולאבד את הקרקע. השכן שנפגע פנה מידיית לביהמ"ש לפי ס' 19 רישא, מאידך השכן האלים דורש לפעול לפי הסיפא הוא שכנע את ביהמ"ש שלמעשה הוא צודק ולכן שטח המריבה צריך להיות בהחזקה שלו. ביהמ"ש מתלבט כאן, האם ללכת לפי הרישאה? האם זה המקרה המתאים לפעול לפי הסיפא? סיפור לא פשוט אפילו השופטים השונים לא הגיעו למסקנה. **דעת המיעוט** הייתה של **הש' אילון** – קבע שיש לפעול לפי הרישאה, האלימות כאן הייתה אלימות מאוד קשה, לחנך את השכן האלים שבאלימות לא משיגים כלום. **דעת הרוב** פסקה שלמרות האלימות הקשה, עדיף ללכת לפי הסיפא והשכן האלים צודק ועדיף כבר עכשיו לגמור את הסכסוך, זה היה בלית ברירה אין מה לעשות השכן האלים צודק ולכן הוא יישאר המחזיק בנכס. כל אחד מהסעיפים נותן הגנה על החזקה אך על מחזיקים שונים והנושלים שונים.

**חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981**

החוק עוסק במקרקעי ציבור שהם מקרקעים של המדינה ובעלות המדינה או בבעלות רשויות מקומיות. המדינה והרשויות יכולות לפעול לפי סעיפים 15 עד 19 לחוק המקרקעין, כאשר פולשים למקרקעין שלהם, בדיוק כמו אזרח שפלשו למקרקעין שלו. אבל למדינה ולרשויות יש מכשיר נוסף ואפילו טוב יותר וזהו **חוק מקרקעי ציבור. הס' המרכזי הוא ס' 4(א)** שמאפשר למדינה או לרשויות תוך שישה חודשים מיום שהתברר להם שנעשתה תפיסה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה להוציא בעצמן צו שדורש מתופס להסתלק מהשטח.

הוא נותן להם סעד עצמאי והן לא צריכות לפנות לביהמ"ש כדי לקבל צו פינוי לפולש, אלא הם יכולות להוציא צו כזה בעצמם כך שמדובר בכוח עצום. בתי המשפט לא כל כך אוהבים את הכוח הזה, ולכן בתי המשפט פרשו את ס' 4(א) בצמצום.

הגבלה ראשונה נקבעה **בפס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון** באותו מקרה נקבע שהמדינה תוכל לפעול לפי הס' רק אם ברור לגמרי שמדובר בתפיסה, החזקה שלא כדין. במקרים רבים המצב בשטח סבוך, הדברים לא לגמרי ברורים (פס"ד אליהו נ' גרודה) ולכן במקרים כאלה המדינה צריכה לפנות לביהמ"ש ולא להוציא בעצמה את הצו. הגבלה שניה זאת גישה של המלומדים: פרופסור מיגל דויטש ופרופסור יהודע וייסמן. גם וייסמן וגם דויטש סבורים שראוי שהמדינה תעשה שימוש בסעיף רק במקרים בהם היא הייתה המחזיק הישיר שנושל, היא הייתה הנפגעת בפועל. ואילו במקרים בהם המדינה מחכירה נכסים ואז היא רק מחזיק עקיף, ראוי שהיא תפנה לביהמ"ש.

הגבלה שלישית הס' עצמו קובע מגבלות זמן ולכן אם המדינה לא פעלה בדיוק לפי הס' אז לצו הסילוק שהיא הוציאה אין תוקף. אבל, גישה שונה ולדעת פלטו מוזרה, אנו מוצאים **בפס"ד שנקרא בראנץ' נ' עיריית בני-ברק** – אדון בראנץ' לקח מכולה גדולה הציב אותה על המדרכה ליד בית העירייה בבני ברק ופתח שם קיוסק לטובת העוברים והשבים. אחרי 8 שנים העירייה הוציאה לו צו פינוי בהתבסס על ס' 4(א), העירייה לא פעלה כדין כי חלפה תקופת הזמן שבס'. בראנץ' סירב להתפנות ואז העירייה פינתה אותו בעצמה. בראנץ' טען

שהעירייה פעלה שלא כדין וטען שהפינוי חסר תוקף. אבל, ביהמ"ש פסק בכל זאת לטובת העירייה, וזאת **בשני נימוקים: 1. נימוק ראשון** "שיהוי" בית המשפט קבע שבראנך' השתהה בתביעה שלו, כי הוא היה צריך לפנות לביהמ"ש מיד שהוא קיבל את צו הפינוי ולא כפי שהוא עשה רק אחרי הפינוי עצמו. פרופסור פלטו טוענת כי זה נשמע כתירוץ. **2. נימוק שני** - באיזון בין שני הצדדים יש להעדיף את המהות שהיא סילוק פולשים על פני פורמליסטיקה טכנית של עמידה בלוחות זמנים.

**ס' 4 לחוק** הוא חל לחוזה שכירות עד וכולל 7 שנים. היינו חוזים שבהם המדינה או הרשויות משכירים את הנכסים של לתקופה של עד 7 שנים. ס' 4 קובע שאם הסתיימה תקופת השכירות והשוכר לא מתפנה מהנכס הוא יחשב מחזיק שלא כדין ובלבד, שנשלחה לו הודעה על סיום החוזה ודרישה לפנות את הנכס. במילים אחרות, פוטר את המחלוקת שהתעוררה בפס"ד אליהו נ' גרודה לגבי השאלה האם המחזיק כזה הוא אכן מחזיק שלא כדין או אולי הוא ברשות. הסעיף כמובן מכריע לטובת המדינה והרשויות וקובע שמחזיק כזה יחשב מחזיק שלא כדין. בהמשך, הס' מציין תוך כמה זמן צריך לפעול כדי לפנות אותו באופן עצמי. (להעתיק את הנוסח המלא של הסעיף).

**ס' 5 לחוק** קובע שאם המחזיק שלא כדין לא מציית לצו הסילוק וממשיך להחזיק בנכס, אז המדינה או הרשויות יכולות לבצע פינוי באופן עצמי. הן שולחות למקום פקחים והפקחים מוסמכים להפעיל כוח סביר ולבצע את הפינוי. **פס"ד אבו מדיג' נ' מנהל מקרקעי ישראל:** עוסק באוכלוסייה הבדואית בנגב, הבדואיים בנגב פלשו לשטחים רבים ששייכים למדינה. הם הקימו שם כפרים ובנוסף השתלטו על שטחים רבים ונטעו בהם גידולים חקלאיים. המדינה הוציאה נגדם צווי פינוי, לפי ס' 4(א) וב' לא התפנו. המדינה שלחה אליהם פקחים לפי ס' 5 אבל הבדואים נקטו באלימות והבריחו את הפקחים. מה שהמדינה עשתה, באמצעות מטוסים היא ריססה רעל חקלאי על כל השדות של הבדואים שבסופו של דבר השמידו את כל הגידולים החקלאיים. השאלה שהתעוררה והגיעה לביהמ"ש העליון במסגרת בג"ץ – האם המדינה פעלה באופן חוקי? האם המדינה יכולה לעשות כזה דבר כדי לנשל את הפולשים ולהחזיר לעצמה את החזקה? שלמעשה אנו מדברים כאן על סעד עצמאי. גם כאן השופטים נחלקו בדעותיהם - שופט ג'וראן: דעת יחיד, הוא נתן פירוש מצמצם לסעיפים שמאפשרים סעד עצמי. ס' 18(ב) לחוק המקרקעין, הוא בחן גם את ס' 21 לחוק המקרקעין, והוא בחן גם את ס' 5 בחוק מקרקעי ציבור. הוא בחן את הנוסח האלו, הש' הגיע למסקנה שפיזור רעל מסוכן לא ניתן לבצע במסגרת הסעיפים.

גישה אחרת הייתה הגישה של שופטות הרוב - השופטות דווקא פירשו בהרחבה את שלושת הסעיפים הללו, משום שהסעיפים מדברים בצורה כללית על סילוק על פינוי על עקירה ולכן דעת הרוב חשבה שמבחינת נוסח הסעיפים הללו המדינה כן יכולה להשתמש ברעל כנגד הצמחים. אך אומרות השופטות שהבעיה הייתה אחרת והרבה יותר חמורה. השימוש בחומרי הדברה בדרך בה היא נעשתה פוגעת בכבוד האדם, היא לא עומדת במבחנים של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, זה לא עומד במבחנים של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומהסיבה הזאת אסור היה למדינה לפעול כפי שפעלה.

כל השופטים הסכימו שהמדינה פעלה שלא כדין רק ההנמקות הן הנמקות שונות. פס"ד מדגים את מה שהתחלנו אתו את הפרק, הפרק של הגנה על החזקה במקרים רבים בא בנוסף לפרק הקודם שלמדנו שעסק בבנייה ונטעיה במקרקעי הזולת. במילים אחרות כאשר הפולש מבצע גם בנייה או נטעיה או חיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה אז במקביל אפשר להשתמש גם בפרק של בניה ונטעיה.

## שיתוף נכסים:

מצב שבו לנכס אחד יש מספר פעלים במשותף. מצב כזה של שיתוף בנכסים יכול להתקיים הן לגבי מקרקעין והן לגבי מיטלטלין. כאשר את רוב הפרק אנו נקדיש למקרקעין אך בסוף אנו נדון גם במיטלטלין. הסיטואציה של שיתוף בנכסים מאוד מאוד נפוצה ויכולה להתעורר במספר דרכים:

**דרך ראשונה היא ירושה** - כך למשל בעלים של נכס נפטר והוא מוריש את הנכס למספר יורשים ביחד, למשל מספר ילדים. היורשים הופכים לשותפים בנכס.

**דרך שנייה היא באמצעות עסקה מרצון** - למשל שני משקיעים קונים יחד מגרש, הם בעצם שותפים במגרש.

**דרך שלישית היא** - שיתוף בין בני זוג מכוח הלכת השיתוף - מצב מורכב וחלים עליו במקביל גם דיני הקניין וגם דיני המשפחה.

**שיתוף בנכסים מאופיין בין שני עקרונות חשובים:**

**העיקרון הראשון** קובע שלכל שותף יש חלק בלתי מסוים בנכס. שותף לא יכול להצביע על חלק מהנכס ולהגיד החלק הזה הוא שלי ושאר הנכס הוא שלך. לדוגמה מכונת ששייכת לבני זוג, כמובן לא יעלה על הדעת שהחלק

הקדמי שייך לבעל והחלק האחורי לאישה. המצב הוא שהנכס כולו או כמו שפלטו אומרת כל גרגר וגרגר בנכס המשותף, שייך במשותף לכל השותפים. אותו רעיון הוא במקרקעין, כך למשל אם יש מגרש משותף לשני שותפים אז כל גרגר וגרגר במגרש שייך במשותף לכל השותפים. כמו שהפסיקה אמרה "אין לומר זה שלי וזה שלך" **אין דבר כזה שהבעלות מתחלקת באופן פיזי בין השותפים**. נכס משותף בין אם הוא מיטלטלין ובין או מקרקעין אותו עקרון יחול, כל גרגר וגרגר הוא בבעלות משותפת של כל השותפים.

הרעיון הזה מופיע במפורש בחוק ולכן החוק קובע אותו בצורה מפורשת וברורה –

### **ס' 27 לחוק המקרקעין**

#### **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.

### **ס' 9(א) לחוק המטלטלין**

#### **שיתוף**

9. (א) מיטלטלין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתפשטת על מלוא המיטלטלין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

בהמשך אנו נראה שהשותפים בתנאים מסוימים יכולים לקבוע כל מיני הסדרים לגבי השימוש בנכס ולגבי ההחזקה בנכס. אבל, לגבי הבעלות הכלל הוא קוגנטי בדיוק כפי שאמרנו. החוק קובע חזקה, לפיה החלקים של השותפים בנכס הם שווים. אז אם יש לי שני שותפים לכל אחד יש 50% בנכס, בשיתוף.

**העיקרון השני הוא שהחלקים שווים** – אם יש עשרה שותפים אז לכל אחד יש 10% בשיתוף. יחד עם זאת, החוק עצמו קובע שהחזקה הזאת ניתנת לסטירה ואכן בפועל במקרים רבים החלקים של השותפים אינם שווים. יכול להיות שאבא הוריש דירה לילדים אבל בחלקים לא שווים. יכול להיות ששותפים קנו ביחד מגרש אך בחלקים לא שווים. בהרבה מאוד מצבים אנו נראה שלא רק המצבים אינם שווים אנו נראה הרבה פעמים שהחלקים באים לידי ביטוי במין שברים מוזרים. למשל 3 חמישיות, למשל 17 חלקה 111 בשיתוף.

ההסמכה לכך שהחלקים שווים היא **בס' 28 לחוק המקרקעין** ולגבי **מיטלטלין זב בס' 9(ב) לחוק המטלטלין**:

#### **שיעור חלקו של שותף**

28. חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.

#### **שיתוף**

9. (א) מיטלטלין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתפשטת על מלוא המיטלטלין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

**(ב) חלקיהם של כל אחד מהשותפים במיטלטלין, חזקה שהם**

**שווים.**

### **שיתוף מקרקעין**

אנו מדברים על מצב שבו לנכס מקרקעין אחד יש כמה בעלים במשותף. במילים אחרות בעלות משותפת. יחד עם זאת, **ס' 45 לחוק המקרקעין** שאותם עקרונות יחולו גם על שיתוף בזכויות קנייניות אחרות. כך למשל, מצב של חוכרים במשותף זה כמו הבעלים במשותף. חוק המקרקעין קובע שהשותפים יכולים להגיע לכל מיני הסדרים בנוגע לנכס המשותף ולצורך כך החוק קובע היררכיה בין ההסדרים השונים.

למעשה יש לנו פרימדה של 3 רמות:

1. הרמה הנמוכה ביותר אלה הם סעיפי חוק דיספוזיטיביים הסעיפים האלה חלים אוטומטית כל עוד השותפים לא קבעו אחרת.
2. הרמה הגבוהה והאמצעית היא החלטות של השותפים. כלומר, השותפים יכולים להחליט כל מיני החלטות בנוגע לנכס המשותף
3. והרמה השלישית והגבוהה ביותר היא הסכם שיתוף זה הסכם שכל השותפים עושים יחד בנוגע לנכס המשותף.

### **הרמה הנמוכה ביותר- סעיפים דיספוזיטיביים:**

יש להם חשיבות רבה כי במקרים רבים השותפים לא מקבלים שום החלטה אחרת. הס' הראשון שנדבר עליו הוא ס' 31(א)(1) - שימוש בנכס המשותף: לא סתם יש לנו ס' שלם ומפורט בנושא הזה, משום שאחד הסכסוכים הכי גדולים בין שותפים נוגע לשימוש בנכס המשותף.

### **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;**

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

(ב) עשה שותף כאמור בסעיף קטן (א), יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

במילים אחרות הס' קובע שכל שותף רשאי להשתמש בנכס בכפוף לשני תנאים:  
א. שימוש סביר

ב. חייב לאפשר לשותפים האחרים אם ירצו בכך להשתמש במקביל.

**פס"ד וילנר נ' גולני** - באותו מקרה דובר בשתי אחיות חורגות. לאחות הראשונה מהנישואים הראשונים יש 3/8 בשיתוף ולבת השנייה מהנישואים השניים של האב יש 5/8. הבת השנייה מבקשת לגור בדירה, במילים אחרות לעשות שימוש בדירה. אבל, הבת הראשונה מתנגדת, לה עצמה יש איפה לגור כך שהיא עצמה לא מעוניינת לגור בדירה. אבל, בגלל ששתי האחיות עוונות זו לזו, הראשונה מתנגדת עקרונית לכך שהשנייה תגור בדירה. ובכן, לפי ס' 31 לחוק הבת השנייה תוכל לגור בדירה אם היא מקיימת את שני התנאים המצטברים: **התנאי הראשון הוא כמובן שימוש סביר** - השופטות השונות נותנות פרשנות שונה לתנאי הזה. מה זה שימוש סביר? **גישה ראשונה של השופטת בן-פורת** היא אומרת שכדי להחליט אם מדובר בשימוש סביר יש פשוט לבדוק את הנסיבות (סוג הנכס, סוג השימוש, אופי המקום וכו') לדעת השופטת, מכוון שמדובר בדירת מגורים, המגורים של האחות זה שימוש סביר. **גישה אחרת היא גישה של השופטת נתניהו** (לטעמה של פלסו זה גישה קצת מוזרה) הש' טוענת שכדי לבדוק אם השימוש סביר יש לבדוק גם ששימוש משותף על ידי כל השותפים יחד יהיה סביר בנסיבות. למעשה זה מבחן תיאורטי, משום שיכול להיות כמו במקרה הנדון שבכלל השותפים לא מתכוונים להשתמש יחד, אך בכל זאת נתניהו אומרת שצריך לבדוק גם ובעיקר את הנקודה הזאת (האם שימוש בו זמנית יחד על ידי כל השותפים הוא סביר) לפי השופטת נתניהו במקרה הנדון התוצאה היא שהשימוש איננו סביר, כי האחיות עוונות אחת לשנייה ולכן לא יעלה על הדעת שהן בכלל יכולות לגור יחד. **השופט השלישי ברך** ישב לדין הוא בכלל לא התייחס לסוגיה הזאת והוא פטר את הסכסוך בדרך אחרת. **התנאי השני הוא האם השותף שמעוניין להשתמש מבחינתו מוכן לאפשר גם לשותפים האחרים להשתמש במקביל** - התנאי הזה כמובן התקיים, משום שהאחות רוצה לגור היא מבחינתה לא מתנגדת שהאחות האחרת תגור איתה. סיכומו של פסק הדין בסופו של דבר כל השופטים הסכימו שהאחות שרוצה לגור בנכס רשאית לגור בו. גם השופטת נתניהו בסופו של דבר היא הסכימה מטעמים פרוצדורליים (מה שקשור בכלל לסדר דין אזרחי).

מה קורה כאשר אחד השותפים רוצה לאפשר לצד שלישי להשתמש בנכס המשותף? כאשר שאר השותפים מתנגדים. השאלה הזאת התעוררה **בפס"ד ביאלר נ' ביאלר** - דובר בהורים, אבא ואימא בעלי דירת מגורים והם גרים בדירה. להורים יש בן בגיר שמעוניין לגור איתם. האימא מסכימה ורוצה שיגור איתה, ואילו האבא מתנגד כי הוא מסוכסך קשות עם הבן. ביהמ"ש העליון קבע ששותף לא יכול לאפשר לצד שלישי להשתמש בנכס המשותף ללא הסכמה של כל שאר השותפים, וביהמ"ש נתן לכך שני נימוקים: **נימוק ראשון** - ביהמ"ש פירש את ס' 31(א)(1) לחוק המקרקעין בצמצום, כך שהוא מתייחס רק לשימוש של השותפים עצמם, בנכס המשותף. רק שימוש כזה אפשרי בכפוף לתנאי הסעיף. אבל, אם מדובר בשימוש של צד שלישי, מישהו שהוא לא שותף, אז במקרה כזה נדרשת הסכמת כל השותפים. **נימוק שני** - נסיבות הספציפיות של אותו מקרה. בגלל שהאבא והבן מסוכסכים קשות, הם לא יכולים לגור יחד ואם הבן יכנס לגור, האבא לא יוכל לגור במקביל. כך שבכל מקרה במקרה הנדון לא מתקיימים התנאים של הסעיף. הגישה הזאת מאוד מזכירה את הגישה של הש' נתניהו, שיש לבחון את היחסים של הצדדים. **פס"ד אשורי נ' לוי** - מה קורה כאשר שותף אחד מכוח ס' 31(א)(1), מכוח העובדה שהוא עצמו רשאי להשתמש בנכס המשותף, שותף כזה מבקש להשכיר את הנכס לצד שלישי. ביהמ"ש קבע ששותף לבדו מכוח זכות השימוש שלו עצמו לא רשאי להשכיר את הנכס ללא אישור הסכמת שאר השותפים, וביהמ"ש נתן כאן שני נימוקים: **נימוק ראשון** - ביהמ"ש התבסס על **הלכת ביאלר נ' ביאלר**, שקבע כאמור שמתן זכות שימוש לצד שלישי דורשת את הסכמת כל השותפים. **נימוק שני** - נימוק ספציפי לעסקאות שכירות. בעסקת שכירות, השוכר מקבל החזקה ייחודית בנכס. אבל, כאשר מדובר בנכס משותף לפי ס' 31(א)(1) לאף שותף אין החזקה בלעדית בנכס, להפך הס' קובע שכל שותף חייב לאפשר שימוש מקביל לאחרים, ולכן אם לשותף פני עצמו אין החזקה בלעדית אז הוא לא יכול להעניק החזקה כזאת לשוכר, בעצם הוא עושה פעולה משפטית, שהוא לא יכול לעמוד בה, ולכן מבחינה כזאת אין תוקף לשכירות כזאת. ראינו היבטים שונים שעוסקים בנושא אחד, הנכס הזה שייך לכמה שותפים במקביל והם רבים מי בדיוק יכול להשתמש בנכס המשותף.

### **סעיפים 31(א)(2) ו 31(א)(3) - "פעולה דחופה בנכס המשותף":**

#### **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;

(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.

(ב) עשה שותף כאמור בסעיף קטן (א), יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

מה קורה כאשר נוצרת בעיה דחופה לגבי הנכס המשותף, האם שותף אחד לבדו יכול לטפל בבעיה מבלי לקבל את הסכמת יתר השותפים? הסעיפים הללו קובעים שמותר לשותף ללא הסכמת יתר השותפים לבצע פעולה דחופה כזאת, בתנאי שהיא מקיימת את תנאי הסעיף ואכן נחוצה לשם שמירה והגנה על המקרקעין. נק' המוצא כאן, היא שהשותף עצמו שמבקש לפעול הוא מעוניין להגן על מקרקעין המשותפים ולכן נק' המוצא כאן מאפשרת לו לעשות זאת.

### **ס' 32 לחוק המקרקעין - עוסק בהוצאות הנכס 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.

הס' קובע שההוצאות בנוגע לנכס המשותף, מתחלקות בין כל השותפים, אבל הם מתחלקים לפי החלקים המתמטיים שלהם בשיתוף. לכל שותף יש חלק מתמטי בשיתוף, והחלקים של השותפים לא תמיד שווים. ההוצאות בנוגע לנכס המשותף מתחלקות בין השותפים, לפי חלקיהם המתמטיים. זה אומר שמי שיש לו חלק גדול יותר בשיתוף, גם משתתף בשיעור גדול יותר בהוצאות. הסעיף הזה מחייב אותנו לעבור לס' הבא והוא –

**ס' 33 לחוק המקרקעין- עוסק בשימוש בעד שימוש בנכס המשותף:**

### תשלום בעד שימוש

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

הסעיף הזה, משקף את התפיסה של "עשיית עושר ולא במשפט". אם שותף משתמש בנכס, הוא בעצם משתמש בנכס שמשותף לכולם. כל גרגר וגרגר בנכס משותף לכולם, לכן השותף המשתתף חייב לשלם לאחרים בגין השימוש.

**ס' 35 לחוק המקרקעין- עוסק בפירות הנכס המשותף:**

### הזכות לפירות

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

פירות הן ההכנסות הנובעות מהנכס המשותף. הדוגמא הקלאסית היא "דמי שכירות", כאשר השותפים משכירים את הנכס המשותף, דמי השכירות הם ההכנסה שנובעת מהנכס, הם הפירות של הנכס. דמי השכירות מחלקים בין השותפים לפי החלקים המתמטיים של השותפים. כך ששותף שיש לו חלק גדול יותר בשיתוף, מקבל חלק גדול יותר בפירות.

**ס' 34 לחור המקרקעין- עוסק בעסקאות בחלק המתמטי של השותף:**

### 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.

ס' 34(א) קובע שכל שותף רשאי לעשות עסקה בחלק המתמטי שיש לו בשיתוף, ללא הסכמת שאר השותפים, ואפילו אם השותפים האחרים מתנגדים. הסעיף לא מתייחס לעסקאות בנכס עצמו, הס' גם לא מתייחס לעסקה בחלק מסוים מהנכס, למשל להחכיר חצי מהמגרש. הסעיף מאפשר לשותף לעשות עסקאות בחלק המתמטי שיש לו בשיתוף, זה החלק הפרטי שלו, זה הקניין הפרטי שלו ולכן בקניין הפרטי שלו, זכותו לעשות עסקאות כפי שהוא רוצה ללא הסכמת שאר השותפים. איזה עסקאות יכול לעשות בחלק המתמטי שיש לו בשיתוף? **דוגמא ראשונה**- עסקת מכר, במילים פשוטות שותף מוכר את החלק המתמטי שלו בשיתוף ואז המשמעות היא שהקונה יכנס לשיתוף במקומו. אם נדבר על אותה אחות של פס"ד וילנר נגד גולני אם היא מוצאת מישהו שימצא לקנות את החלק שלה, היא מוכרת את החלק שלה בשיתוף ומי שיקנה ממנה הוא יכנס ויהיה השותף של 3/5. **דוגמא שניה**- היא עסקת מתנה, שותף נותן במתנה את החלק המתמטי שיש לו בשיתוף, למשל אבא נותן לבן. מקבל המתנה, הופך להיות שותף במקומו של נותן המתנה. **דוגמא שלישית**- "משכנתא": שותף ממשכן את החלק המתמטי שיש לו בשיתוף, לשם הבטחת חוב כלפי נושה. אם השותף החייב לא יפרע את החוב אז הנושה ממש את המשכנתא ומציע למכירה את החלק המתמטי של השותף. מי שיקנה את החלק המתמטי בהלכי המימוש הופך להיות שותף במקומו של השותף הממשכן.

\*אם שותף מוכר את החלק המתמטי שלו בשיתוף לפלוני, האם פלוני יוכל לגור בנכס המשותף? התשובה: זה תלוי, נושא השימוש מוסדר בס' 31 לחוק המקרקעין שקובע באיזה תנאים מותר לשותף להשתמש בנכס

המשותף. פלוני שרכש את החלק המתמטי מהשותף המקורי הוא עכשיו שותף בפני עצמו, לכן חל עליו ס' 31 לחוק המקרקעין ואם מתקיימים תנאי הסעיף מותר לו להשתמש בנכס המשותף. ראינו שלוש דוגמאות לעסקה בחלק המתמטי של שותף: להבדיל, מצב אחר שאיננו עסקה הוא מצב שבו שותף נפטר. כאשר שותף נפטר לא חל ס' 34 אלא חלים דיני הירושה- הירושים של אותו שותף יכנסו לשיתוף במקומו והתחלקו בחלק המתמטי של אותו שותף. אם לשותף היו 50% בשיתוף, הוא נפטר ויש לו שני יורשים בחלקים שווים אז המשמעות היא שכל אחד מהם נכנס כשותף, בשיתוף ולכל אחד מהם רק 25% בשיתוף, כל אחד מהם הופך עכשיו לשותף בפני עצמו. ס' 34 (ב) לחוק המקרקעין:

### 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.

**מצד אחד** החוק מאפשר לכל שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי. **מצד שני**, הזכות הזאת עלולה לפגוע בשותפים האחרים. יכול להיות ששותפים נכנסו מראש לשיתוף כי היה חשוב להם מי הם השותפים האחרים, ואם כעת, נאפשר לכל שותף לצאת מהשיתוף ולהכניס במקומו מישהו אחר, זה עלול לפגוע בשאר השותפים. כדי להגן על השותפים האחרים, נועד ס' 34(ב) לחוק. הס' הזה קובע שניתן להגביל את זכותו של שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי, בתנאי שההגבלה הזאת תופיע או תהיה בהסכם שיתוף, ובלבד שההגבלה הזאת תהיה בתוקף למקסימום חמש שנים. יכול להיות ששותפים יעשו הסכם שיתוף, ויקבעו שם שבמשך חמש שנים אף שותף לא ימכור את חלקו המתמטי קביעה כזאת תופסת ומחייבת וכל השותפים צריכים לציית לה. לעומת זאת, נניח בהסכם שיתוף השותפים קובעים שאסור לאף שותף למכור את חלקו המתמטי בשיתוף. אין כאן מגבלת זמן, ההגבלה הזאת היא לנצח. במצב כזה, במשך 5 שנים אסור לאף שותף למכור את חלקו. ואילו אחרי 5 שנים למגבלה כבר אין תוקף והשותפים כן יכולים למכור את חלקיהם. אם כך, אנו רואים שהמחוקק ניסה לאזן מצד אחד לאפשר חופש עסקאות לשותף, ומצד שני גם לתת הגנה מסוימת לשאר השותפים. אם השותפים קבעו בהסכם שיתוף הגבלה למשך 5 שנים וחלפו 5 השנים הם רשאים לעשות הסכם שיתוף חדש ולקבוע בו שוב מגבלה לחמש שנים וחוזר חלילה.

## הרוב השני- החלטות השותפים:

### ס' 30 לחוק המקרקעין-

#### 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.

"בעלי קוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם. בעצם, הס' הזה קובע כלל מאוד ברור, הוא קובע את "עקרון הרוב" והרעיון הוא שהשותפים יכולים להחליט כל מיני החלטות, בתנאי שמשיגים את הרוב הדרוש. הסעיף מדבר על "**רוב החלקים**", ולא על "**רוב שותפים**" זאת אומרת מה שקובע, זה החלק המתמטי שיש לכל שותף בשיתוף. **לדוגמא**- נניח יש לי שלושה שותפים: א-60% ב-20% ג-20% **האם** ב' וג' יכולים יחד לקבל החלטת רוב? אומנם הם רוב השותפים (שניים



מתוך שלושה), אך הם נחשבים מיעוט כי יש להם רק 40%. **האם** א' וב' ביחד יכולים לקבל החלטת רוב? ביחד יש להם (80%) ולכן הם רוב. **האם** א' לבדו יכול להחליט החלטה שתחשב החלטת רוב? כן המסקנה היא שא' יכול לבדו לקבל החלטה של הרוב. הרוב מחייב את המיעוט, זהו כלל הבסיסי בכל מיני מקומות. הרוב מחייב את המיעוט, וברגע שמתקבלת החלטת רוב היא נכפת על מיעוט והמשמעות היא שא' לבדו כופה את דעתו על כל שאר השותפים.

מצד אחד, הסעיף קובע את עקרון הרוב. מצד שני, הס' רוצה גם להגן על המיעוט, ולכן ס' 30 קובע **שכדי להחליט רוב יהיה תוקף מחייב, חייבת להתקיים ארבעה תנאים מצטברים**. לעומת זאת, אם לא מתקיימים כל התנאים אז לא ניתן לקבל החלטת רוב ובאותו נושא תידרש החלטה של כל השותפים פה אחד.

### **ארבעת התנאים המצטברים לצורך החלטת רוב:**

**1.** החלטת הרוב יכולה להתייחס אך ורק לניהול והשימוש הרגילים בנכס. אם מדובר בניהול או שימוש בלתי רגילים אז, תידרש החלטה של כל השותפים פה אחד.

הנושא הזה התעורר **בפס"ד זולבו נ' זיידה**. דובר בשני אחים שהיו בעלים משותפים של מבנה, והפעילו בו נגרייה משותפת. בשלב כלשהוא, האח בעל המיעוט נפטר. כתוצאה מכך, הנגרייה הפסיקה לפעול, ועמדה ריקה במשך מספר שנים. ואז, האח בעל הרוב (היו לו יותר מ-50% בשיתוף) החליט להשכיר את המבנה כמחסן לצד שלישי. אבל, היורשים של בעל המיעוט שנכנסו כשותפים במקומו, מתנגדים. השאלה היא שיש לנו שותף אחד בעל רוב, האם הוא לבדו יכול להחליט על ההשכרה האמורה? **ובכן, ביהמ"ש קבע**, לאור ס' 30 לחוק יש לבדוק האם השכרת הנכס כמחסן נחשבת כשימוש רגיל בנכס. ביהמ"ש קבע שכדי להחליט האם מדובר בשימוש רגיל, יש לבדוק את כל הנסיבות. כולל, סוג הנכס, השימוש שנעשה בו בעבר, שרוצים לעשות עכשיו ועוד. ביהמ"ש קבע שאילו הנגרייה, הייתה פועלת עד עכשיו ועכשיו רוצים להשכיר אותה כמחסן זה לא שימוש רגיל, משום שהיעוד של המבנה והאופי שלו זה נגרייה. אבל, בגלל שהמבנה עמד ריק שנים רבות הוא איבד מהאופי שלו כנגרייה ועכשיו ההשכרה שלו כמחסן כן תחשב שימוש סביר, ולכן **בשורה התחתונה** נקבע שהאח בעל הרוב מכוח היותו רוב, כן יכול להשכיר את המבנה למרות התנגדות השותפים האחרים.

השותפים יכולים לקבל החלטה בהתאם לס' 30 והחלטה הזאת יכולה להתנות על הסעיפים הדיספוזיטיביים. למעשה אחת הדרכים להתנות על הסעיפים הדיספוזיטיביים היא באמצעות קבלת החלטה.

**26/12/2017**

עוד **החלטה מאוד נפוצה** זה **מתן החזקה ייחודית לאחד השותפים** - לפי ס' 31 לחוק המקרקעין, כל שותף רשאי להחזיק ולהשתמש בנכס המשותף בתנאי שהוא יאפשר לאחרים להחזיק ולהשתמש במקביל. אבל, זהו סעיף דיספוזיטיבי ולכן השותפים יכולים לקבל החלטה לפיה לשותף אחד תהיה החזקה הבלעדית בנכס. השאלה היא, האם החלטה כזאת נחשבת שימוש וניהול רגיל של הנכס? אם כן, אפשר לקבל אותה כהחלטת רוב, ואם לא תידרש הסכמה של כולם. בפסיקה נקבע שמדובר ב"שימוש רגיל", **בפסד וילנר נ' גולני הש' בן פורת** קבעה שמדובר בשימוש רגיל. יש לשים לב, זה ששותף מקבל החזקה בלעדית, זה עדין לא אומר שהוא יכול לעשות כל דבר וכל שימוש בנכס. אלא, מכוח החזקה שלו מותר לו לעשות בסך הכל שימוש רגיל. כך למשל אם מדובר במגרש משותף ואחד השותפים מקבל החזקה בלעדית במגרש הוא לא יכול למשל לבנות על המגרש, משום שבנייה היא דבר שחורג משימוש רגיל. בנייה יוצרת מצב בלתי הפיך בנכס, מדובר בפעולה חריגה והשותף לא יוכל לבנות בנכס. והאסמכתא לכך זה שני פסקי דין: **בוקבוקזה נ' הממונה** על המרשם (פס"ד ישן) ופס"ד יחסית חדש הוא **הוועדה המקומית נ' בני אליעזר בע"מ**. כאשר שותף מקבל החזקה בלעדית בנכס הוא נחשב מחזיק ישיר בנכס, שאר השותפים יחשבו כ"מחזיקים עקיפים".

עוד **החלטה מאוד נפוצה** זה **מצב של חלוקת החזקות** - הרבה פעמים, שותפים של נכס מחליטים לחלק בניהם את החזקה בנכס. כך שכל שותף יחזיק והשתמש באופן בלעדי בחלק מסוים מהנכס. לדוגמה מגרש חקלאי שיש לו שלושה שותפים והם מחליטים לחלק את החזקה. **שותף א'** יחזיק והשתמש באופן בלעדי בשלישי המזרחי, **שותף ב'** יחזיק והשתמש בלעדית בשלישי המרכזי, ו**שותף ג'** יחזיק והשתמש בלעדית בחלק המערבי. הדבר הזה פותר הרבה מאוד בעיות, כל שותף מקבל חלק מסוים, רק הוא מחזיק, רק הוא משתמש בחלק הזה וזהו מצב מאוד נפוץ. לא להתבלבל בין החזקה לבין בעלות ההסדר הזה מתייחס אך ורק להחזקה בנכס, השותפים מחלקים את החזקה, לגבי הבעלות אין בה שינוי כל גרגר וגרגר בנכס משותף לכל השותפים. גם כאן שותף שמקבל להחזקתו חלק מסוים נחשב מחזיק ישיר באותו חלק, ושאר השותפים נחשבים מחזיקים עקיפים באותו חלק. כל שותף יכול לעשות בחלק שנמסר להחזקתו שימוש רגיל בלבד.



**האם חלוקת החזקות נחשבת שימוש וניהול רגיל של הנכס?** אם כן, אז אפשר להחליט עליה בהחלטת רוב, ואילו אם זה חורג מניהול ושימוש רגיל אז נדרשת הסכמת כולם. ובכן, **בפרשת בקובצה ל' הממונה** על המרשם וביהמ"ש קבע שמדובר בשימוש וניהול רגילים.  
**2.** אסור לקפח את המיעוט וזה בהתאם לס' 30(ב) לחוק המקרקעין-

### 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.

הרוב יכול לקבל כל מיני החלטות, אך אסור לו לקפח את המיעוט. לא כל החלטה שהמיעוט לא אוהב זה קיפוח. אלא, קיפוח הוא דבר חמור הכוונה היא לפגיעה קשה ובלתי צודקת במיעוט. הקושי יהיה בכל מקרה לגופו להחליט האם מדובר בקיפוח. נניח שותפים מחליטים על חלוקת החזקות בהחלטת רוב והחלוקה היא כזאת שבעל המיעוט יקבל להחזקתו שטח קטן יותר מהחלק המתמטי שיש לו בשיתוף.

**3.** נקבע בפסיקה, קבעו אותו **הש' ברק בזולבו ל' זיידה** וגם **הש' בן פורת בפס"ד של וילנר ל' גולני**. התנאי הזה אומר שחשובה גם הדרך שבה התקבלה החלטה. ההחלטה צריכה להתקבל בתום לב, ויותר מכך הרוב לא יכול לבוא ובפאתאומיות ולהנחית את ההחלטה על מיעוט. אלא, לפני קבלת ההחלטה הרוב צריך להתייעץ עם המיעוט לשותף אותו לשמוע את דעתו וגם לתת למיעוט זמן לפנות לביהמ"ש כנגד ההחלטה במידת הצורך, ואם כל הדברים האלה לא נעשו לא מתקיים תנאי מספר 3 וזה אומר שלהחלטה אין תוקף.

**4.** אסור לקבל החלטה הסותרת הסכם שיתוף קיים.  
אם מתקיימים ארבעת התנאים המצטברים אז להחלטת הרוב יש תוקף מלא והיא מחייבת גם את המיעוט אפילו שהמיעוט מתנגד ולא רוצה. ואילו, אם לא התקיימו כל התנאים המצטברים אז אין שום תוקף להחלטה.  
**יש לנו עוד שתי סוגיות לגבי החלטת השותפים-**

א. הסוגיה הראשונה היא **דרישת הכתב**- החלטה של השותפים בין אם מתקבלת כהחלטת רוב ובין אם כהחלטה פה אחד. לא כפופה לדרישת הכתב, לא כפופה לסעיף 8 לחוק המקרקעין. היא נתפסת כעניין פנימי בין השותפים והיא לא נחשבת התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. במילים אחרות, השותפים יכולים להסכים להחליט בעל פה.

ב. מתייחסת לשאלת הרישום בטאבו- החלטה של השותפים בין אם היא החלטת רוב או אפילו החלטה של כולם, פה אחד. לא ניתן לרשום בטאבו, אין כאן עסקה קניינית, אין פרוצדורה כזאת. המשמעות היא, שלהחלטה כזאת אין תוקף קנייני. במילים אחרות, היא מחייבת רק את השותפים באותה עת. ואם בעתיד יצטרף שותף חדש החלטה לא מחייבת אותו. יחד עם זאת, פרופסור מיגל דויטש מעיר ובצדק שאם השותף החדש שמצטרף לשיתוף ידע על החלטה שהתקבלה עוד קודם אז הוא לא יוכל להתנער ממנה והוא יהיה כפוף לה.

## **רובד שלישי בפירמידה "הסכם שיתוף"**

**הס' הרלבנטי הוא ס' 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.

הסכם שיתוף הוא הסכם שנעשה בכל השותפים בנכס. הסכם יכול להתייחס למגוון עצום של נושאים. הוא יכול להתייחס לשימוש וניהול רגילים, לשימוש וניהול חריגים, לכזיות וחובות השותפים ולכל עניין אחר שקשור לנכס המשותף. ההסכם יכול להיות הסכם ארוך ומפורט שעוסק במגוון סוגיות, יכול להיות גם הסכם שיתוף קצר שמתייחס לנושא אחד בלבד. את הסכם השיתוף אפשר לעשות בהתחלה כשנוצר השיתוף אבל, אפשר גם לעשות אותו בשלב מאוחר יותר במהלך השיתוף. אין חובה לארוך הסכם שיתוף ולכן במקרים רבים אין הסכם שיתוף בין השותפים. הסכם שיתוף כשמו כן הוא, הוא הסכם, המילה הנרדפת להסכם זה חוזה. מדובר כאן בעצם בחוזה בין השותפים ולכן במקביל לדיני הקניין חלים עליו גם דיני החוזים.

שאלה חשובה שמתעוררת כאן, היא "דרישת הכתב". האם הסכם שיתוף צריך להיות בכתב? הנושא הזה לא פשוט, אין לנו תשובה בפסיקה והמלומדים השונים נחלקים בדעותיהם. גישה אחת היא גישתו של **פרופסור רייכמן** – אמר כי כן הסכם שיתוף כפוף לדרישת הכתב, משום שניתן לרשום אותו בטאבו ולכן הוא מהווה עסקה במקרקעין. גישה שניה היא גישתה של **פרופסור זלצמן** – היא טוענת שלא חלה דרישת הכתב משום שהסכם שיתוף זה הסדר פנימי בין השותפים, ואין לראות אותו כעסקה קניינית. ואילו גישה שלישית היא גישתו של **פרופסור וייסמן** – יש לבדוק את תוכן ההסכם, אם ההסכם עוסק בסוגיות קנייניות אז חובה לעשות אותו בכתב. ואילו אם הוא מתייחס להסדרים לא קנייניים כמו חלוקת הכנסות והוצאות אז אין חובה לעשות אותו בכתב. (פרופסור פלטו מסכימה עם הגישה השלישית).

**רישום ההסכם בטאבו - ס' 29 לחוק המקרקעין**, קובע שהסכם שיתוף ניתן לרשום בטאבו. הסעיף ממשיך וקובע ברגע שההסכם נרשם הוא מקבל תוקף קנייני ולכן הוא מחייב גם שותפים חדשים שיצטרפו לשיתוף מאוחר יותר. הקביעה הזאת נכונה והגיונית, ברגע שההסכם רשום בטאבו אז כל שותף חדש לפני שהצטרף לשיתוף מין הסתם יבדוק קודם את הרישום בטאבו, ואז הוא יראה את הסכם, ידע עליו ולכן הוא כפוף לו. השאלה היותר מסובכת היא "מה דינו של הסכם שיתוף שלא נרשם בטאבו?" הגישה הקלאסית שהייתה עד לאחרונה קבעה שאם ההסכם לא נרשם יש לו בסך הכל תוקף אישי, תוקף אובליגטורי והוא מחייב רק את השותפים שהיו צד להסכם, כחוזה פנימי בניהם. ולכן שותף שהצטרף לשיתוף מאוחר יותר לא כפוף להסכם השיתוף. אסמכתא לכך, הוא למשל פסק הדין **אשורי נ' לוי** – פסק דין, ישן ומחוזי אך הוא היה היחיד במשך שנים רבות שהתייחס לסוגיה הזאת. הסייג לגישה הזאת הוא אותו סייג של **פרופסור מיגל דויטש** שאומר אם שותף חדש שמצטרף לשיתוף ידע בדרך כלשהיא על הסכם השיתוף אז מכוח הידיעה שלו הוא כפוף להסכם. הגישה השנייה והלכה מחייבת היא באה לידי ביטוי **בפס"ד חדש בביהמ"ש העליון - דהאן נ' שמחון (2017)** – באותו מקרה דובר בארבעה שותפים במגרש, הם עשו ביניהם הסכם שיתוף וקבעו חלוקת החזקות. הם ציינו במפורש את גודל השטח שיימסר לכל שותף והגבולות המדויקים. בנוסף נקבע שכל שותף יכול לבנות בית פרטי וילה על החלק שנמסר להחזקתו, אז עם בהסכמה עושים את זה אז וודאי שאין בעיה. במילים אחרות, ההסכם מאוד מפורט מאוד מסודר, הסדירו את כל הסוגיות הרלוונטיות, הדבר היחיד שלא עשו הם לא רשמו את ההסכם בטאבו. אחרי זמן אחד השותפים מכר את החלק שלו בשיתוף לפלוני, שלמעשה נכנס כשותף חדש במקומו של השותף המוכר. אבל, בהסכם המכר נכתב שהשטח שנמסר להחזקתו של המוכר וכעת ישמש את הקונה הוא גדול יותר ממה שבמקור סוכם בהסכם השיתוף. הדבר לא נעשה במרמה אלא זאת הייתה טעות בתו"ל משום שהעירייה עמדה להפקיע חלק מהמגרש וזה השפיע על המדידה של כל השטחים לפי הסכם השיתוף יצא שהקונה מקבל להחזקתו ולשימושו X מטרים מרובעים, אבל לפי הסכם הרכישה נקבע שהוא מקבל להחזקתו שטח גדול יותר. אם הוא מקבל שטח גדול יותר ברור שזה בא על חשבון השטחים של האחרים, ולכן נוצר כאן סכסוך, השותפים האחרים מתעקשים על חלוקת האחזקות לפי הסכם השיתוף ואילו השותף החדש רוצה להתנער מהסכם השיתוף ולפעול כפי שנקבע בחוזה הרכישה שלו. השותף החדש טוען שהסכם השיתוף לא מחייב אותו כי הוא לא נרשם בטאבו.

**ביהמ"ש קבע כך:** כעקרון אם הסכם שיתוף לא נרשם זה לא אומר בהכרח שאין לו שום תוקף כלפי הקונה החדש. למעשה, יש לבחון את הסוגיה במשקפיים של עסקאות נוגדות, השותף המוכר התחייב בצורה אחת כלפי שאר השותפים בהסכם השיתוף. לאחר מאן, הוא התחייב בצורה נוגדת כלפי הקונה החדש. **יש כאן עסקאות נוגדות ולכן חל כאן סעיף 9 לחוק המקרקעין.**

**סעיף 9 קובע** שכעקרון ההתחייבות הראשונה בזמן היא זאת שגוברת יחד עם זאת, עם ההתחייבות המאוחרת בזמן **תקיים שלושה תנאים מצטברים אז היא זאת שגוברת:**

2. תמורה,

3. זכות קניינית.

לעניינו השותף החדש ינצח בתחרות הזאת, אם הוא מקיים את שלושת התנאים המצטברים, אך מתברר שבמקרה הנדון השותף היה חסר תום לב. למעשה, היו רמזים מסביב לכך שבמקרה הנדון קיים כנראה הסכם שיתוף, שהשותף החדש הגיע לבקר בשטח הוא ראה את חלוקת ההכנסות, זה היה צריך להדליק לו נורה אדומה שכנראה יש הסכם שיתוף בין השותפים, אבל הקונה החדש נמנע מלבדוק, זה מצב קלאסי של "עצימת עיניים", אותו קונה חדש נחשב כמי שעצם עיניים, עצימת עיניים נחשבת חוסר תום לב ולכן הוא לא קיים את התנאים של ס' 9 לחוק המקרקעין, ולכן התוצאה היא שהשותפים המקוריים הם אלה שמנצחים בתחרות. זאת הייתה דעת השופטים השונים, אבל מתוך שלושת השופטים, השופט דפנה ברק ארז אפילו מחמירה יותר, מה שהיא אומרת זה דעת יחיד, היא הסכימה עם הרוב אבל יש לה דעה מיוחדת משלה. **הש' ברק ארז** אומרת שבסיטואציה כזאת כל הצדדים אשמים, מצד אחד אשמים שאר השותפים בכך שהם לא רשמו את ההסכם בטאבו אילו היו רושמים את ההסכם כל התקלה הייתה נמנעת משום שאז כל אחד יכול לבדוק ולראות בדיוק את חלוקת השטח המדויקת. מצד שני, גם הקונה החדש אשם פה בסיפור, משום שהוא בכלל לא טרח לבדוק האם קיים הסכם שיתוף, מבין השניים השופטת קובעת שהמחדל של השותף החדש חמור יותר, והיא מדגישה שלפני שמבצעים עסקה במקרקעין ו-וודאי לפני שנכנסים בשיתוף במקרקעין, חובה לברר האם קיים הסכם שיתוף, ברור כזה הוא מאוד פשוט וקל, צריך בסך הכל לשאול את המוכר, ומכוון שהקונה החדש לא עשה זאת ולא טרח לבדוק, זה מחדל שפועל לרעתו ולכן, הוא מפסיד בתחרות ובסכסוך הזה.

אם נסכם את ההלכה החדשנית היא מבטלת את הגישה הישנה, משום שלפי הגישה החדשה גם אם הסכם השיתוף לא נרשם עדין יכול להיות שהוא חייב את השותף החדש שמצטרף לשיתוף מאוחר יותר. מתי? זה תלוי בנסיבות של כל מקרה וביישום של ס' 9 בהתאם לנסיבות.

בפועל, במקרים רבים כל השותפים מסכימים ביניהם על עניין מסוים. מבחינה משפטית ההסכמה הזאת יכולה להוות החלטה פה אחד לפי סעיף 30, מצד שני, ההסכמה הזאת יכולה להיחשב הסכם שיתוף לפי סעיף 29 לחוק המקרקעין. לאבחנה הזאת יש חשיבות רבה, כי על החלטה של השותפים חל דין שונה מאשר על הסכם שיתוף, יש הבדלים רבים בין השניים, כך למשל לגבי דרישת הכתב, כך למשל היכולת לרשום בטאבו, כך למשל לפי סעיף 34 לחוק המקרקעין, הדרך היחידה למנוע משותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי היא באמצעות הסכם שיתוף ולא די בהחלטת שותפים. במילים אחרות, קיימים הבדלים מהותיים בין הסכם שיתוף לבין החלטת כל השותפים. יחד עם זאת, בפועל לא תמיד ניתן יהיה להחליט מה מהווה ההסכמה של כל השותפים, ולכן במקרים כאלה נצטרך לנתח אותה פעמיים: פעם אחת כהחלטה פה אחד, ופעם נוספת כהסכם שיתוף.

נניח כל השותפים קובעים או בעל פה או בכתב שאף אחד לא מוכר את החלק שלו במשך חמש שנים: אפשרות אחת אם נראה את ההסכמה כהסכם שיתוף ואז יש תוקף למה שהם קבעו. לעומת זאת, אם את אותה הסכמה אני אסווג כהחלטה של השותפים, האם בהחלטה מותר לקבוע כזאת מגבלה? לפי ס' 34 היא הדרך היחידה להגביל שותף היא רק בהסכם שיתוף ובהסכמה של כל השותפים. **מגבלה כזאת אפשר לעשות רק בהסכם שיתוף.**

**אין לשכוח ששיתוף בנכסים יכול להתייחס גם למיטלטלין:**

לפי חוק המיטלטלין יש לנו סעיף אחד **זהו ס' 9 לחוק המיטלטלין:**

**שיתוף**

9. (א) מיטלטלין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו בשיתוף מתפשטת על מלוא המיטלטלין ואין לשום שותף חלק מסויים בהם.

(ב) חלקיהם של כל אחד מהשותפים במיטלטלין, חזקה שהם שווים.

(ג) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין (להלן – הסכם שיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר, ובלבד שהשותף או האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו.

(ד) הקנה אחד השותפים לאדם אחר זכות בחלקו במיטלטלין המשותפים, עליו להודיע על כך לשאר השותפים, ואם נעשה הסכם שיתוף, עליו להודיע לאדם האחר על קיום ההסכם ותנאיו.

(ה) באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 33, 34(א), 35 ו-36 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, גם על השיתוף במיטלטלין.

## פירוק השיתוף

והוא מרכז את כל הנושא- 9' ס' למעשה מחיל על מיטלטלין את כל אותם העקרונות של מקרקעין, למעט מספר הבדלים ספציפיים:

**ההבדל הראשון** נוגע לזכותו של כל שותף לעשות עסקאות בחלקו המתמטי בשיתוף. גם במיטלטלין כמו במקרקעין לכל שותף יש זכות כזאת. אבל, במיטלטלין שותף שמוכר את חלקו חייב להודיע על כך לשאר השותפים, ההנחה היא שבמיטלטלין היחסים בין השותפים קרובים ואינטימיים יותר, הרבה פעמים הם משתמשים יחד בנכס המשותף ולכן המחוקק מכיל כאן דרישת יידועה. בנוסף, במיטלטלין יכולים השותפים להגביל את זכותו של כל שותף מלעשות עסקאות בחלקו המתמטי וזאת לזאת לזאת דווקא בהסכם שיתוף ולא רק לחמש שנים. במילים אחרות, במיטלטלין הרבה יותר קל למנוע משותף לעשות עסקאות בחלקו. הרעיון הוא שוב, שהיחסים בין השותפים יחסים קרובים יותר, אישיים יותר, הם בדרך כלל מכירים אחד את השני ולכן המחוקק מאפשר כאן למנוע משותף מלמכור את חלקו ולהכניס מישהו אחר במקומו לשיתוף.

**ההבדל השני נוגע להסכם שיתוף.** גם במיטלטלין אפשר לעשות הסכמי שיתוף, הסכמים כאלה לא ניתן לרשום בשום מרשם פורמלי. משום שבמיטלטלין אין מרשם קנייני כדוגמת הטאבו. ולכן קובע **ס' 9(ג) לחוק המיטלטלין** שהסכם שיתוף יחייב שותפים חדשים שהצטרפו לשיתוף מאוחר יותר אם הם אכן ידעו על ההסכם או אם היה עליהם לדעת על ההסכם. בנוסף, קובע **ס' 9(ד) לחוק המיטלטלין** שאם שותף מוכר את חלקו לאדם אחר, אז המוכר חייב ליידע את הקונה על כך שקיים הסכם שיתוף. במילים אחרות, במיטלטלין התחליף לרישום בטאבו הוא ידיעה, וזה מזכיר את הגישה של פרופסור דויטש שדיברנו עליה קודם.

## פרק 10: פירוק שיתוף במקרקעין

### סעיף 37 לחוק המקרקעין-

#### הזכות לתבוע פירוק השיתוף

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

(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.

כאשר שותף מעוניין לפרק את השיתוף אז אם שאר השותפים מסכימים אין בעיה. כשכולם מסכימים השיתוף יפורק בקלות ובמהירות. הבעיה היא כאשר שותף אחד מבקש לפרק את השיתוף אבל האחרים מתנגדים וזה קורה הרבה פעמים. במקרה כזה יצטרך השותף לפנות לבית משפט ולבקש ממנו לצוות על פירוק השיתוף. על פי ההלכה הנהוגה כיום, כאשר ביהמ"ש מקבל בקשת פירוק אין לו שיקול דעת והוא חייב לצוות על פירוק השיתוף.

**בפס"ד רובינשטיין נ' פיין** באותו מקרה שותף אחד ביקש פירוק והאחרים התנגדו. השותפים שהתנגדו טענו שהשותף שמבקש פירוק לא באמת מעוניין לפרק, אלא הוא עושה את זה דווקא כדי לפגוע בהם, משום שבאותן נסיבות פירוק השיתוף היה גורם לפגיעה כלכלית דווקא באותם שותפים. במילים אחרות, השותפים טענו שאותו שותף פועל בחוסר תום לב ובניגוד **לס' 14 בחוק המקרקעין**- אשר קובע שאסור להשתמש לרעה בזכות הקניינית. אבל, ביהמ"ש פסק שכאשר מוגשת בקשת פירוק אין לו שיקול דעת והוא חייב לצוות על הפירוק ולכן הוא לא יוכל להתחשב בטענות של חוסר תום לב. ביהמ"ש חזר על אותה הלכה בפס"ד חדש יחסית שנקרא

**"בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן"** - פס"ד מ-2010, ולכן מבחינה פורמאלית זאת ההלכה. אבל בשנים האחרונות אנו מוצאים בפסיקה כל מיני בהתבטאויות לפיהם עם בקשת הפירוק תוגש בחוסר תום לב קיצוני שבית המשפט התחשב בזה ולא ייתן צו פירוק. דוגמא להתנהגות כזאת מוצאים **בפס"ד רידלביץ נ' מודעי** ובנוסף גם מלומדים השונים כמו **פרופסור מיגל דויטש** טוען שבמקרה של חוסר תום לב מובהק לא יכול להיות שביהמ"ש התנהל ראש קטן.

בהנחה שבסופו של דבר הוחלט על פירוק השיתוף מתעוררת השאלה איך מפרקים את השיתוף. אם השותפים כולם מסכימים על דרך הפירוק אין בעיה וכולם מסכימים. אבל, אם יש ויכוח לגבי דרך הפירוק ובדרך כלל יש, בית המשפט הוא זה שיקבע את דרך הפירוק. במילים אחרות, כששותף מבקש פירוק הוא יודע איך זה מתחיל אך הוא לא יודע איך זה יגמר. מהלך של פירוק שיתוף הוא מהלך מסוכן ובסופו של דבר הפירוק יכול לפגוע באינטרסים גם של אותו שותף עצמו שמבקש את הפירוק.

### חוק המקרקעין נותן שלוש דרכים לפירוק השיתוף:

#### **1. חלוקה בעין- ס' 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.

**חלוקה בעין היא חלוקה פיזית של הנכס**, והיא מתאימה למגרשים. לוקחים את המגרש המשותף לכל השותפים ומחלקים אותו למספר מגרשים קטנים יותר לפי החלק המתמטי של השותפים. כל מגרש קטן ירשם בטאבו כנכס נפרד, בבעלות שותף אחד בלבד. לדוגמא- נניח יש לי מגרש בבעלות שני שותפים- לשותף אחד 45% בשיתוף ולשותף אחר 55% בשיתוף. כל עוד המגרש משותף הוא משותף לשני השותפים, הכל ביחד משותף לשני השותפים, אין לומר זה שלי וזה שלך. כשמבצעים חלוקה בעין מחלקים את המגרש בין השותפים לפי החלקים המתמטיים קיבלנו עכשיו שני מגרשים נפרדים: כל מגרש הוא נכס נפרד ונכס עצמאי בבעלות שותף אחד בלבד. זאת למעשה הדרך של חלוקה בעין אבל בזה לא נגמר הסיפור, תנאי לחלוקה בעין הוא שרשויות התכנון והבנייה יאשרו את החלוקה, זה נשמע אולי מוזר אך בעניין הזה בית המשפט כפוף לרשויות ולא להפך. לרשויות התכנון והבנייה יש שיקולים משלהן והן לא חייבות לאשר את החלוקה, לדוגמא יכול להיות שבאזור מסוים כל המגרשים הם דונם, הרשויות לא תמיד מסכימות לחלק את הדונם. אם הרשויות לא מסכימות לא ניתן לבצע חלוקה בעין ובית המשפט יצטרך להורות על פירוק בדרך של מכירה. **לפעמים רשויות התכנון והבניה מסכימות לחלוקה בעין אך לא בדיוק לפי החלקים המתמטיים של השותפים**. רשויות התכנון והבניה מוכנות לפירוק בתנאי ששני החלקים יהיו שווים חצי חצי, ובכן במצב כזה תבוצע חלוקה בעין כפי שהרשויות מאשרות בחפוף ל"תשלומי איזון". שותף שקיבל יותר מהחלק המתמטי שמגיע לו ישלם לשותף השני את ההפרש הכספי, זהו למעשה העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט. לא ייתכן ששותף אחד יתעשר על חשבון השני וכדי למנוע זאת נדרשים תשלומי איזון. כמובן שלקבוע כסף ממנים שמאי מקרקעין וזה יהיה הסכום של תשלומי האיזון. זוהי הדרך הראשונה לפירוק וזה הדרך של חלוקה בעין.

**בפס"ד רוטשילד נ' פראנק**- ביהמ"ש קבע שאם חלוקה בעין אפשרית זוהי דרך המלך, זוהי הברירה הראשונה של בית המשפט, ואם היא אפשרית השיתוף יפורק בדרך הזאת.

**פס"ד גן בועז בע"מ נ' אנגלנדר**- דובר בפרדס גדול 68 דונם, השותפים בפרדס היו חברה "גן בועז בע"מ" שהיה לה חלק ד"י גדול, ובנוסף עוד 52 אנשים פרטיים. השותפים החליטו לפרק את השיתוף, הדרך הראשונה שיש לבחור בה היא חלוקה בעין, אבל חלוקה בעין לא אפשרית. מדוע? משום שאם כל אחד יקבל משבצת קרקע לפי החלק המתמטי שלו בשיתוף אנו נקבל 52 משבצות מאוד קטנות בחלק של האנשים הפרטיים וזה ברור

שרשויות התכנון והבניה לא יסכימו ויותר מזה גם השותפים הפרטיים לא מסכימים. החברה פנתה לבית המשפט וביקשה "הוציאו אותי ואת חלקי". יחלקו את הפרדס לשניים: חלק אחד יהיה מגרש עצמאי ונפרד בבעלות החברה, ואילו החלק השני יישאר חלק משותף בבעלות 52 השותפים. בית המשפט פסק שמה שהחברה מבקשת זה לא חלוקה בעין ומדוע? כי חלוקה בעין זה הפרדת המגרש השלם לחלקים, לפי מספר השותפים, ולא הפרדה בין חלק אחד לבין שארית הנכס. אילו היה מדובר בחלוקה בעין אז בית המשפט יכול להחליט כאן ולכפות את זה על הצדדים. אבל, מכון שזו לא חלוקה בעין אלא הסדר מיוחד אז להסדרים מיוחדים נדרשת הסכמה של כל השותפים, ומכון שפה האנשים הפרטיים מתנגדים אז בית המשפט לא יכול לצוות על הדרך הזאת.

## **2. מכירת הנכס וחלוקת הכסף- סעיף 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.

אנו מדברים כאן, על מכירה של הנכס המשותף, כאשר הכסף שמתקבל מהמכירה מתחלק בין השותפים לפי חלקיהם המתמטיים. שאלה הראשונה היא- מתי בית המשפט יבחר בדרך הזאת של מכירת הנכס? **סעיף 40 נותן שני מצבים:** 1. כאשר חלוקה בעין בלתי אפשרית בגלל הרשויות. 2. כאשר חלוקה בעין אפשרית אומנם, אבל היא תגרום הפסד ניכר לשותפים כולם או מקצתם. גם במצב כזה אם נגרם הפסד ניכר חלוקה בעין לא ראויה, ולכן פונים לדרך בדרך של מכירה.

בשני המצבים הללו, בית המשפט יורה על מכירת הנכס. כעת, נשאלת השאלה איך בדיוק מבצעים את המכירה הזאת? סעיף 40(ב) לחוק המקרקעין קובע "המכירה תהיה בדרך בה נמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין". הסעיף הזה קובע כלל וחרוג: הכלל אומר לנו מכירה בדרך שנהוגה בהוצאה לפועל. את המכירה עצמה מבצע בית המשפט שמטפל בפירוק, ולא הוצאה לפועל רק ששבית המשפט השתמש בדרך הנהוגה בהוצאה לפועל, הדרך היא מכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב. כל מי שרוצה יכול להשתתף וגם השותפים עצמם רוצים להשתתף, ומי שיציע את המכיר הגבוה ביותר הוא זה שיקנה את הנכס. **החריג-** אם במקרה מסוים יש דרך אחרת יעילה יותר וצודקת יותר אז בית המשפט יוכל לבחור בדרך האחרת.

**פס"ד חזקיהו נ' שרף-** דובר במגרש שהיה שייך חצי חצי בחלקים שווים לאדם פרטי ולקבלן בנייה. בית המשפט הורה על מכירה של הנכס בדרך של מכרז פנימי בין השותפים. מי מהשניים שיציע מחיר גבוה יותר יקנה את החלק של השני. מי שהציע את הסכום הגבוה וזכה זה הקבלן, הקבלן מאוד רצה את הקרקע ולכן הוא הסכים להציע מחיר יותר גבוה. השותף הפרטי התנגד לדרך הזו של המכירה וטען שהיא בלתי צודקת. בית המשפט קיבל את טענתו וקבע כך- כעקרון יש ללכת בדרך של מכירה פומבית פתוחה לציבור, ניתן לסטות מהדרך הזו רק אם מדובר בדרך אחרת יעילה יותר וצודקת יותר. אך, במקרה הנדון הדרך שנבחרה איננה צודקת יותר להפך, היא צודקת פחות, היא נותנת מראש עדיפות לקבלן. לכן יש לבטל את הזכייה של הקבלן ולהורות על מכירה פומבית.

**פס"ד נוסף שעוסק בדרך המכירה זה פס"ד שהזכרנו קודם: "בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן"** - דובר כאן במגרש גדול, לקבוצה של שותפים שהתארגנו יחד היו 95% מהמגרש, ואילו לויסמן היו 5%. קבוצת השותפים ביקשה מבית המשפט שבמקום למכור את הנכס כולו בית המשפט ימכור רק את החלק של ויסמן, במכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב, (השותפים רצו להישאר עם המגרש, ויותר מכך הם תכננו במכירה הפומבית לקנות את החלק של ויסמן). אבל בית המשפט דחה את הבקשה הזאת, והסביר שסעיף 40 לחוק מתייחס למכירה של הנכס כולו, ולא ניתן למכור את חלקו של שותף אחד בלבד לא ניתן למכור את חלקו של שותף אחד בלבד וודאי לא, ללא הסכמתו. בית המשפט צריך להורות על מכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב, רק במקרים

חריגים, אם קיימת דרך אחרת יעילה וצודקת יותר אז בית המשפט יכול לבחור בה. בכל מקרה, שיקול הדעת לעניין דרך המכירה הוא של בית המשפט ומה שבית המשפט מחליט מחייב את כל השותפים.

### **3. רישום בית משותף וחלוקת הדירות - ס' 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.

הדרך הזו של פירוק מתאימה לביניים המורכבים מדירות. מבחינה פיזית אם נבקר בבנין נראה דירות דירות. בכל דירה גרה משפחה אחרת, אבל אנו משפטים ולכן אם נלך לטאבו אנו יכולה להיות שנגלה שכל הנכס כולו (החצר, בניין וכל הדירות). רשומים בטאבו כחלקה ועליה בניין, ואין שום ביטוי לדירות הנפרדות. הנכס הזה כולו יכול להיות שהוא נכס משותף לכמה שותפים, אולי נשמע מוזר אך יש המון ביניים כאלה ובעיקר ביניים ישנים. הנכס הוא נכס משותף וכעת רוצים לפרק את השיתוף. לשם כך, מבצעים הליך בטאבו שנקרא רישום בית משותף. כלומר, הנכס משנה את הסטטוס שלו הוא לא יהיה רשום בתור מגרש ועליו בניין, אלא הוא יהיה רשום בתור בית משותף. בבית משותף כל דירה נרשמת כנכס נפרד ועצמאי, היא מקבלת מספור נפרד משלה, ועכשיו את הדירות השונות מחלקים בין השותפים. בסופו של התהליך, כל דירה תירשם בנפרד ובעלות שותף אחד בלבד ובדרך הזו בעצם פרקנו את השיתוף. במקור היה נכס משותף, מה היה הנכס הזה? מגרש ועליו בניין. עכשיו בסופו של התהליך יש לנו הרבה נכסים נפרדים, מהם הנכסים האלה? דירות. כל דירה בעלות שותף אחד לבדו. נכון שבבית משותף ישנם חלקים משותפים לכל בעלי הדירות, כמו מדרגות, כניסה, מעלית. אבל זה לא עיקר הנכס, העיקר הוא הדירות, והדירות הללו עכשיו מחולקות בין השותפים. כך שכל שותף מקבל דירה או כמה דירות לבעלותו הבלעדית.

כאשר אנו הולכים ברחוב ורואים בניין דירות, אז מבחינה משפטית יכולות להיות כמה אפשרויות: **אפשרות ראשונה** - הבניין רשום בטאבו כבית משותף, ואז המשמעות היא שכל דירה רשומה בטאבו בנפרד כנכס בפני עצמו, ובטאבו יהיה רשום מי הבעלים של הדירה. זאת אפשרות אחת, וזאת האפשרות הנפוצה בבתיים חדשים, זה לא קשור לפרק שלנו משום שאין כאן שיתוף.

אפשרות שניה - יכול להיות שבטאבו הבניין אינו רשום בתור בית משותף, אלא הוא רשום בתור מגרש ועליו בניין. במילים אחרות, אין שום התייחסות לדירות עצמם. יכול להיות שכל הנכס הזה בעלות אדם אחד בלבד, ואז הוא מחליט מה לעשות בדירות, יכול להיות שהמשפחה גרה בדירה יכול להיות שהוא משכיר את הדירות, הוא עושה כל מיני עסקאות שאין להם ביטוי בטאבו, משום שבטאבו בכלל לא מוזכרות דירות, דירות. גם המצב הזה לא קשור לנושא שלנו, כי אין כאן שיתוף, יש רק בעלים אחד.

**מצב שלישי**, הוא בדיוק כמו המצב השני, זה אומר שבטאבו הנכס רשום כמגרש ועליו בניין. אבל הפעם, הבעלים של הנכס הזה הם כמה שותפים, השותפים רוצים לפרק את השיתוף אז אפשר לבחור בדרך של רישום בית משותף וחלוקת הדירות בין השותפים. כלומר, נדרשת כאן עבודה משפטית, קודם כל צריכים בטאבו לשנות את הסטטוס של הנכס ולרשום אותו כבית משותף, הביטוי בית משותף זה סטטוס משפטי. הרישום של הנכס כבית משותף גורם לכך שכעת כל דיר נרשמת בטאבו כנכס נפרד ועצמאי, והיא מקבלת מספור משלה. כל דיברה צריכה שיהיו לה בעלים, במסגרת פירוק השיתוף, השותפים מחלקים בניהם את הדירות וכל שותף נרשם כבעלים של אחת הדירות.

תנאי לפירוק בדרך של רישום בית משותף, זה לקבל אישור של המפקח על בתים משותפים, על כך שהבניין אכן מתאים להירשם כבית משותף. גם כאן, בית המשפט הוא זה שכפוף למפקח ולא להפך, ואם המפקח לא מסכים אז אי אפשר לפרק בדרך הזאת, ואז הדרך שנותרת היא מכירה של הנכס כולו. גם כאן נדרשים הרבה פעמים



תשלומי איזון, וזאת משום שכמעט תמיד חלוקת הדירות לא יוצאת בדיוק לפי החלקים המתמטיים של השותפים ופה. לכן פירוק השיתוף בדרך הזו מערב בדרך כלל תשלומי איזון.

יוצא למעשה שלגבי בניין דירות, אפשר לפרק בו את השיתוף בשתי דרכים: או על ידי מכירה של כל הנכס(דרך מספר 2), או על ידי רישום בית משותף (דרך מספר 3) והשאלה היא באיזו דרך יבחר בית המשפט? הסעיף הרלוונטי לפירוק על ידי רישום בית משותף הוא

### **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.

אבל סעיף הזה לא עונה לנו על השאלה. אבל תשובה לשאלה הזאת, נתנה **בפסק הדין רידלביץ נ' מודעי-** דובר בבניין דירות שהיה רשום בטאבו כחלקה ועליה מבנה. הנכס הזה היה בבעלות שתי משפחות: משפחת רידלביץ ומשפחת מודעי. כאשר לכל משפחה מחצית מהזכויות בנכס. כל אחת מהמשפחות גרה בדירה אחת בבניין ושאר הדירות מושכרות. בשלב כלשהוא המשפחות החליטו על פירוק השיתוף אבל נוצר ויכוח לגבי דרך המכירה. משפחת רידלביץ רוצה פירוק על ידי רישום בית משותף וחלוקת הדירות והם מבקשים מבית המשפט, במסגרת חלוקת הדירות לקבל את הדירה שהם גרים בה, הדירה הזאת עוברת מדורי דורות במשפחה והם רוצים להישאר בעלים של הדירה הזאת ולגור בה. מנגד, משפחת מודעי מעוניינת במכירה ובכך מודעי טוענים שהבניין מאוד ישר, הוא היה ממש בסכנת התפוררות, כאשר לשקם אותו יעלה המון המון כסף. בנוסף, מתברר שבבניין קיימות זכויות בנייה בלתי מנוצלות ולכן מודעי טוענים שאפשר יהיה למכור את הנכס לקבלן שיוכל להוסיף עוד קומות על הגג והקבלן ישלם סכום גבוה עבור הנכס. **הסכסוך הזה הגיע עד בית המשפט העליון-** ויכוח על דרך הפירוק. האם בדרך של מכירה או בדרך של רישום בית משותף? בית המשפט העליון פסק כך- כעקרון פירוק בדרך של רישום בית משותף מאוד מזכיר את הדרך של חלוקה בעין. משום שלוקחים את הנכס המשותף מחלקים אותו ליחידות קטנות ואת היחידות מחלקים בין השותפים. ממשיך בית המשפט העליון ואומר, כאשר מדובר במגרשים החוק עצמו קובע את ההיררכיה, היינו הדרך הראשונה היא חלוקה בעין ורק אם חלוקה בעין בלתי אפשרית או שהיא תגרום הפסד ניכר, רק אז בית המשפט יצווה על מכירה. כללים דומים יחולו לגבי בניין דירות- הכלל הוא שבתור ברירה ראשונה בית המשפט יצווה על רישום בית משותף ורק בשני מצבים יוכל בית המשפט להורות על מכירת הנכס. מהם שני המצבים: **מצב ראשון -** כאשר רישום בית משותף בלתי אפשרי (המפקח על בתים משותפים לא מאשר).

**מצב שני-** יתכן שרישום בית משותף אפשרי, אבל הוא יהיה בלתי צודק בנסיבות.

**בית המשפט קבע** את מבחן הצדק, אם זה יהיה בלתי צודק, זה שיקול דעת של בית משפט. אך ברור שאם רישום בית משותף יגרום הפסד ניכר למי מהשותפים זה יחשב בלתי צודק. אחרי שבית המשפט קבע את הכללים הללו, הוא בחן את נסיבות המקרה הנדון- התברר שהעובדות קצת שונות, מכפי שהציגה משפחת מודעי. התברר שהבית לא במצב כל כך גרוע. בנוסף, מתברר שהנכס הזה לא יהיה כל כך אטרקטיבי לקבלנים, משום שחלק מהדירות מושכרות לדיירים מוגנים. בסופו של דבר, פסק בית המשפט שיש ללכת לפי דרך המלך ולהורות על רישום בית משותף.



## **בנייה, טעיה וחיבור בנכס המשותף:**

כעקרון, אסור לשותף לבנות, לנטוע או לחבר מחובר בחיבור של קבע שלא ניתן להפרדה, מבלי לקבל את הסכמת כל שאר השותפים. הפעולות האלה נתפסות כפעולות חריגות, כפעולות בלתי הפוכות ולכן הן דורשות הסכמה של כל השותפים. לאור זאת,

**קובע סעיף 46 רישא לחוק המקרקעין-**

### **פירוק השיתוף בשל הקמת מחוברים שלא כדין**

46. הקים שותף מחוברים במקרקעין המשותפים בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם יתר השותפים (להלן - שותף מקים), רשאי כל אחד משאר השותפים, על אף כל הגבלה בהסכם השיתוף, לדרוש פירוק השיתוף בהתאם להוראות סימן ב'; לא נדרש פירוק השיתוף, יחולו הוראות פרק ד' בשינויים המחויבים.

שאם שותף עשה את אחת הפעולות האלה ללא הסכמת שאר השותפים אז רשאי כל אחד מהשותפים האחרים לדרוש את פירוק השיתוף וזאת אפילו אם קיים הסכם שיתוף שאוסר על פירוק השיתוף. במילים אחרות, שותף עשה דבר כל כך חמור זה מקנה זכות לכל אחד מהשותפים אחרים לפרק את השיתוף.

**בהנחה שאכן פורק השיתוף עומדות בפני בית המשפט שתי דרכים:**

דרך אחת- פירוק באמצעות חלוקה בעין.

**בזה עוסק סעיף 47 לחוק המקרקעין-**

### **פירוק השיתוף דרך חלוקה**

47. בפירוק השיתוף בדרך של חלוקת המקרקעין בעין יקבע בית המשפט ככל האפשר את חלקתו של השותף המקים בצורה שתכלול את המחוברים.

דרך שניה- היא מכירת הנכס. איך בדיוק תתבצע המכירה במצב כזה?

**עוסק סעיף 48 לחוק המקרקעין-**

### **פירוק השיתוף דרך מכירה**

48. היה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין והמחיר שנתקבל עלה על המחיר שהיה מתקבל ממכירת המקרקעין בלי המחוברים, זכאי השותף המקים להחזרת השקעתו במחוברים, אולם לא יותר מן ההפרש בין שני המחירים; היה המחיר שנתקבל פחות מהמחיר שהיה מתקבל ממכירת המקרקעין בלי המחוברים, ישלם השותף המקים לשותפים האחרים את ההפרש לפי חלקיהם במקרקעין.

ייתכן שלמרות ששותף בנה, נטע או חיבר ללא הסכמה, שאר השותפים לא מעוניינים לפרק את השיתוף. אומנם אותו שותף עשה דבר שאסור לו הוא לא קיבל הסכמה, אך עדיין ראינו שפירוק שיתוף יודעים איך זה מתחיל אך לא יודעים איך זה נגמר.

במצב כזה, סעיף 46 סיפא לחוק, מפנה אותנו לפרק של בנייה ונטעיה במקרקעי הזולת, לפי סעיפים 21-23 לחוק המקרקעין.

הסעיפים האלה, מסדירים את היחסים בין המקים לבין בעל הקרקע. כאשר מדובר בשותף שבנה על נכס משותף אז הוא זה שיחשב בתור המקים ואילו שאר השותפים ורק הם יחשבו בתור בעל הקרקע.

## פירוק שיתוף במיטלטלין:

### **סעיף 10 לחוק המיטלטלין:**

#### **פירוק השיתוף**

10. (א) כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף; היתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשאי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין.

(ב) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים, ובאין הסכם – על פי צו בית המשפט, ורשאי בית המשפט לצוות על חלוקת המיטלטלין בעין, או על מכירתם וחלוקת הפדיון, או על דרך אחרת של פירוק השיתוף הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

(ג) מכירת המיטלטלין על-פי צו בית המשפט תהיה בדרך שנמכרים מיטלטלין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

הסעיף הזה קובע בדיוק את אותם כללים כמו לגבי פירוק במקרקעין.

#### **אבל בחפוף לשני הבדלים:**

**הבדל ראשון** – כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף וזאת אפילו אם קיים הסכם שיתוף שאוסר על הפירוק. במיטלטלין השותפים בדרך כלל משתמשים בנכס הם חולקים את הנכס, היחסים הרבה יותר קרובים ויותר הרבה אישיים.

**הבדל שני** – דרך הפירוק. במיטלטלין קיימת דרך אחת (במקרקעין יש 3 דרכים). הדרך היחידה היא מכירה של הנכס.

## **פרק 11 - בתים משותפים:**

בית משותף, הוא בניין שמורכב מדירות דירות או יחידות יחידות. הוא רשום בטאבו בסטטוס המיוחד של בית משותף. כתוצאה מכך, כל דירה רשומה בטאבו כנכס נפרד ועצמאי, ויש לה נסח טאבו נפרד משלה. לפי **סעיף 54 לחוק המקרקעין** – כל דירה היא נכס נפרד לבעלות ולעסקאות שונות.

#### **בעלות נפרדת בדירות**

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

במילים אחרות, אפשר לעשות עסקאות בנפרד מכל שאר הדירות בבניין. הבית המשותף מורכב כאמור מדירות דירות. כל אחת בבעלות נפרדת, אבל בנוסף בבית המשותף יש חלקים רבים שמשותפים לכל בעלי הדירות. החלקים האלה נקראים רכוש משותף וזאת **בהתאם לסעיף 52 לחוק המקרקעין** –

#### **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.

#### רכוש משותף:

הרכוש המשותף, כשמו כן הוא. משותף לכל בעלי הדירות, לפי סעיף 55 א לחוק המקרקעין-

#### 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 כדין הדירה שאליה הוצמד.

#### לפי סעיף 57 א לחוק המקרקעין -

#### 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.

(ב) בחישוב שטח הרצפה לענין סעיף קטן (א) לא יובאו בחשבון שטחם של גזוזטראות ושל קירות חיצוניים, אלא אם נקבעה בתקנון הוראה אחרת.

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

החלק של הרכוש המשותף הצמוד לכל דירה, נקבע לפי היחס בין שטח הדירה לבין השטח הכולל של כלל הדירות בבניין. במילים אחרות, לדירה קטנה יותר יהיה צמוד חלק מתמטי קטן יותר של הרכוש המשותף. נניח יש לנו בית משותף עם ארבע דירות: דירה אחת קטנה 50 מטר, דירה אחת 50 מטר, דירה אחת 125, דירה אחת 75 מטר. השטח הכולל של כלל הדירות הוא 300 מטר מרובע. לדירה הראשונה, יש 50/300 חלקים של הרכוש המשותף בבניין, לדירה השנייה אותו דבר 50/300 חלקים של הרכוש המשותף, לדירה השלישית זה 125/300 חלקים של הרכוש המשותף וזה יוצא רבע, ולדירה האחרונה יש 125/300 חלקים של הרכוש המשותף.

החלקים האלה רשומים בטאבו, זאת אומרת אם אני אוציא נסח של דירה א' יהיה כתוב בטאבו- דירה בשטח 50 מטר מרובע ועוד 50/300 חלקים מהרכוש המשותף. הרישום הזה מסביר בדיוק את מה שקובעים סעיפי החוק, לכל דירה צמוד חלק מתמטי מהרכוש המשותף. הרכוש המשותף, משותף לכל בעלי הדירות, אך איך בדיוק הוא מתחלק בהם? זאת לפי החישובים של שטח הדירות. ההצמדה הזאת של הרכוש המשותף היא הצמדה רעיונית, לא מדובר על קרבה פיזית של הרכוש המשותף לדירה מסוימת. במילים אחרות, זוהי הצמדה משפטית בלבד. מבחינה מעשית, כל בעלי הדירות רשאים להשתמש ברכוש המשותף, כולם עולים במדרגות, כולם עולים במעלית, כולם יכולים לתלות כביסה על הגג, כולם משתמשים במקלט, כך שמבחינה מעשית בחיי היום יום של הבניין אין שום משמעות להצמדה הזאת. אז אם ככה, מדוע בכלל צריך את כל ההצמדה הרעיונית הזאת? והתשובה היא כזאת- חוק המקרקעין קובע, בסוגיות שונות שכדי לקבל החלטה שמחייבת את כל בעלי הדירות צריך להשיג רוב לא של מספר הדירות אלא רוב של חלקים מתמטיים ברכוש המשותף. יוצא מכך, שדירה גדולה יותר יש לה חלק מתמטי גדול יותר ברכוש המשותף ולכן גם יש לה כוח הצבעה גדול יותר באותן החלטות. בבית המשותף כמובן יש הוצאות רבות שנוגעות לרכוש המשותף, איך מתחלקות ההוצאות האלה בדירות השונות? התשובה היא **בסעיף 58 לחוק המקרקעין** הסעיף קובע שההוצאות מתחלקות בין כל הדירות לפי שטח הדירה. במילים אחרות דירה קטנה יותר משלמת חלק קטן יותר. ההוצאות מתחלקות בין הדירות באופן יחסי לפי גודל הדירות, אלא אם נקבע אחרת בתקנון של הבניין. ישנם הרבה בתים שבתקנון קובעים אחרת, שכולם משתתפים באופן שווה בהוצאות.

### **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.

#### **מוסדות הבית המשותף-**

##### **1.נציגות הבית המשותף:**

לפי ס' 65 לחוק- לכל בית משותף חייבת להיות נציגות לשם ניהול העניינים השוטפים של הבית. הנציגות היא האחראית על התפעול השוטף של הבית המשותף.

##### **נציגות הבית המשותף**

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

לפי ס' 69 לחוק- לנציגות יש סמכות רחבה. היא מהווה מיופת כוח של בעלי הדירות בבניין בכל הנוגע להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף. הנציגות רשאית בעניינים אלה לנהל משא ומתן, לחתום על חוזים מחייבים ולהגיש תביעות משפטיות לבתי המשפט. למעשה, אנחנו רואים שלנציגות לא סתם יש סמכות, אלא בצד הסמכות הזו יש לה גם כלים משפטיים כדי לממש את הכוח שניתן לה ואת התפקידים שהוטלו עליה.

##### **הנציגות – מורשה של בעלי הדירות**

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

**פס"ד נציגות הבית המשותף נ' קדמת לוד בע"מ** – נפסק כי הנציגות מוסמכת לטפל רק בניהול השוטף של הרכוש המשותף, כולל אופן השימוש בו, ההחזקה בו וההוצאות הקשורות אליו. בעניין זה אכן יש לנציגות סמכות רחבה, אבל הנציגות לא מוסמכת לטפל בעניינים הנוגעים לזכויות הקנייניות של בעלי הדירות עצמן.

## 2. האסיפה הכללית של בעלי הדירות:

כעיקרון, האסיפה הכללית הינה ההזדמנות של כל בעלי הדירות להיפגש, לדון בכל מיני נושאים ולקבל החלטות שמחייבות את כל בעלי הדירות בבניין. קיימים 2 סוגים של אספות כלליות:

**1. אסיפה כללית שנתית** – אסיפה זו כשמה כן היא, מתכנסת פעם בשנה. באסיפה זו, הנציגות מוסרת דיווח על השנה שחלפה. בנוסף, בוחרים נציגות שתכהן בשנה הקרובה וכמו כן, אפשר לדון בכל נושא אחר שקשור לבית המשותף.

**2. אסיפה כללית שלא מן המניין/אסיפה מיוחדת** – לפעמים מתעורר צורך דחוף לדון בעניין כלשהו, ולא ניתן לחכות לאסיפה השנתית הבאה. במצב כזה, אפשר לכנס אסיפה כללית מיוחדת כדי לדון בעניין הספציפי שהתעורר.

### התנהלות האסיפה הכללית-

לאסיפה הכללית מוזמנים כל בעלי הדירות (זכות בסיסית שלהם להתכנס לפחות פעם בשנה), אם כי בפועל לא כולם מגיעים. באסיפה דנים בנושאים השונים ומקבלים החלטות מחייבות באמצעות הצבעה. השאלה החשובה – מהו הרוב הדרוש, על מנת להחליט? יהיה תוקף מחייב והיא תחייב את כל בעלי הדירות בבניין? ברגע שהחלטה מתקבלת כדין היא מחייבת את כל בעלי הדירות (גם מי שהתנגד ומי שלא היה נוכח באסיפה). החוק קובע מספר כללים:

**1. הרוב הדרוש הוא רוב רגיל של הנוכחים באסיפה.** לעניין זה, לכל דירה יש קול אחד. למשל – הגיעו 8 בעלי דירות, ולכן מספיק רוב של 5 קולות. כלל זה משמש בד"כ להחלטות שגרתיות.

**2. אם מדובר בהחלטה הפוגעת בזכויות של בעל דירה או מטילה עליו חובות ותשלומים מסוג או בשיעור שלא קבוע בחוק או בתקנון של הבית המשותף, אז חייבים לקבל הסכמה ספציפית של אותו בעל דירה, וזאת אפילו אם הוא לא נכח באסיפה.**

**דוגמה** – קיים בניין משותף שבחצר בין העמודים יש מקום חניה אחד. בעבר, לפני עשרות שנים בעלי הדירות הסכימו שדירה מסוימת תוכל להשתמש באופן בלעדי בחניה. כיום, המצב שונה לגמרי – יש מצוקת חניות ובעלי הדירות רוצים לקבל החלטה באסיפה כללית שאומרת שבעלי הדירות רשאים להשתמש בחנייה. החלטה זו קודם כל דורשת רוב רגיל מקרב בנוכחים באסיפה, אבל זה לא מספיק מפני שנדרשת הסכמה ספציפית של אותה דירה שמנסים לשלול לה את הבעלות הבלעדית על החניה.

**דוגמה נוספת – לפי ס' 58 לחוק המקרקעין:**

### **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 הנהג, 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.

### **(תיקון מס' 26) תשס"ה-2005**

(ב) (בוטל).

כל בעלי הדירות מתחלקים בהוצאות של הרכוש המשותף. לכן, גם בעלי דירות הקרקע צריכים להשתתף בהוצאות המעלית, אבל באסיפה הכללית ניתן לקבל החלטה שפוטרת את הדירות בקומת הקרקע מהוצאות המעלית. למקרה זה צריך קודם כל רוב רגיל מקרב הנוכחים באסיפה הכללית. בנוסף, יש לקבל הסכמה של כל הדירות שיפגעו מהחלטה זו. כלומר, הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין חוץ מהבעלים של דירות הקרקע.

### **סעיפים א'+ב' מצטברים**

שני הכללים הללו מופיעים בסוף חוק המקרקעין בנספח לחוק שנקרא "תקנון מצוי של בית משותף" שהוא דיספוזיטיבי, ולכן ניתן להתנות עליו ולקבוע כללים אחרים בנוגע להתנהלות של האסיפה הכללית ולסוגיה של הרוב הדרוש.

**3. דין ספציפי - בנוסף לכללים הללו, יש לזכור כי ישנן סוגיות ספציפיות בחוק המקרקעין שלגביהן יש הוראה מיוחדת שקובעת מה הרוב הדרוש** לגבי אותה סוגיה. במקרה כזה, לא יחולו שני הכללים הנ"ל ובמקומם יש לפעול לפי הדין הספציפי.

**הוספת מעלית לבית קיים – ס' 59 ו'.** נניח כי בבית קיים רוצים להוסיף מעלית, החוק רובע כי יש צורך ברוב של שני שלישי מבעלי הדירות.

#### **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,

שינוי תקנון שחל על הבית המשותף- ס' 62. הרוב הדרוש הוא שני שלישים של חלקים מתמטיים ברכוש המשותף.

#### **תקנון מוסכם**

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם

#### **ספר ההחלטות של הבית המשותף-**

לפי ס' 71(א) לחוק המקרקעין – כל החלטה שמתקבלת כדין באסיפה הכללית, ניתן לרשום בספר ההחלטות של הבית המשותף. הס' ממשיך וקובע כי החלטה שנרשמה בספר מקבלת תוקף קנייני והיא תחייב לא רק את בעלי הדירות באותה עת, אלא גם בעלי דירות חדשים שיקנו דירות בעתיד ויצטרפו לבניין מאוחר יותר. הרישום בספר אינו חובה (כמו שרישום בטאבו לא חובה), אולם הוא מומלץ מאוד, מפני שנותן תוקף קנייני להחלטות שהתקבלו בבניין. ברוב הבתים אין ספר, אולם בבתי מסודרים מארגנים זאת בקלסר בדר"כ. ספר ההחלטות בעייתי מאוד בפועל, ולכן הקביעה של ס' 71(א) בעייתית מאוד.

#### **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.

#### **הביקורת על הס' נשמע גם בבית המשפט העליון:**

**פס"ד דנציגור נ' רביב** – בית המשפט אמר שעם כל הכבוד לס' בחוק, צריך לדעת שמנגנון זה של רישום ההחלטות הוא מנגנון בעייתי, מפני שהספר לא תמיד קיים או נשמר.

#### **התקנון-**

לפי ס' 61 לחוק המקרקעין – לכל בית משותף חייב להיות תקנון. התקנון הוא למעשה החוקה הפנימית של הבניין. התקנון מסדיר את היחסים בין בעלי הדירות ואת 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.

#### **קיימים 2 סוגים של תקנונים:**

**1. תקנון מיוחד** – תקנון שהבי המשותף מנסח לעצמו. לפי ס' 62 לחוק, תקנון כזה ניתן לרישום בטאבו ואם אכן נרשם הוא מקבל תוקף קנייני. כלומר, הוא מחייב לא רק את בעלי הדירות הקיימים, אלא גם את בעלי הדירות החדשים שהצטרפו לבניין מאוחר יותר והם יהיו כפופים לתקנון. **אם התקנון לא נרשם בטאבו, הוא יחייב רק את בעלי הדירות באותה תקופה (נקבע בפס"ד שפר נ' בונה).** אולם, בעניין זה פרופ' דויטש מציע חריג- פרופ' דויטש סבור שאם קונה של דירה ידע בדרך כלשהי על תקנון שקיים בבניין, ולא נרשם, אז אותו קונה יהיה כפוף לתקנון מכוח הידיעה שלו.

**2. תקנון מצוי** – ס' 64 לחוק. לכל בית משותף חייב להיות תקנון, אבל בתי משותפים רבים לא מודעים לכך ולא עשו תקנון לבניין. במצב כזה חייבים לסגור את הלקונה, ולכן במצב זה חל באופן אוטומטי התקנון המצוי שנמצא בסוף חוק המקרקעין. תקנון זה קצר ובסיסי ביותר. הוא מסדיר נושאים שמשותפים בדר"כ לכל הבתים

המשותפים. מכיוון שתקנון זה הינו חלק מחוק המקרקעין, אז הוא פומבי וגלוי לציבור, ולכן אין צורך לרשום אותו בטאבו.

### 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.

### שינוי התקנון-

במשך השנים הצרכים של הבית המשותף משתנים, ולכן בין אם התקנון שחל על הבית היה התקנון המצוי ובין אם הבית ערך לעצמו תקנון מיוחד, רשאים בעלי הדירות לשנות את התקנון- לבטל אותו לגמרי ולקבוע אחר במקומו, להוסיף סעיפים, לבטל או לשנות סעיפים, הכל בהתאם לצרכים שמתעוררים בבניין.

השאלה שמתעוררת במקרה זה – **מהו הרוב הדרוש לצורך שינוי התקנון?** נושא זה נקבע בס' 62(א) לחוק – **החוק קובע שלושה דברים:**

1. כעיקרון, נדרשים רוב של **שני שלישים חלקים מתמטיים** מהרכוש המשותף.  
2. **דרישה מצטברת-** אם השינוי בתקנון עלול לפגוע בדירה כלשהי או להטיל עליה חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא נקבע בחוק או בתקנון, אז תידרש בנוסף גם הסכמה ספציפית של כל דירה שעלולה להיפגע מהשינוי.

3. אם מדובר בהצמדה של חלק מסוים של הרכוש המשותף לטובת דירה ספציפית, אז נדרשת הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין (100%), אם כי בעניין זה **קיים חריג בס' 71(ב) לחוק.**

### הערות לגבי שינוי התקנון-

- ברגע שהשגנו את הרוב הדרוש וביצענו שינוי של התקנון, **מומלץ לרשום את שינוי התקנון בטאבו**, מפני שאז הנוסח החדש מקבל תוקף קנייני והוא יחייב גם בעלי דירות חדשים שיצטרפו לבניין בעתיד.
- הדרך הקלאסית לביצוע שינוי תקנון היא להעלות את הנושא באסיפה כללית שאז יש לכולם אפשרות לדון, לדסקס, לשאול שאלות ולקבל החלטות. במקרה זה, הרוב הדרוש הינו הרוב הקבוע בס' 62 לחוק- דין ספציפי לגבי שינוי תקנון. אולם, **ס' 62** שעוסק בשינוי התקנון לא דורש בשום מקום שהדבר יעשה דווקא באסיפה כללית, ולכן ניתן לשנות את התקנון על ידי כך שעוברים מדלת לדלת ומחתימים את בעלי הדירות.

## סמטר ב'

### כלל תחרות שנקרא "תקנת השוק":

כלל בסיסי בשיטת המשפט, הוא שאדם לא יכול להעביר יותר זכויות ממה שיש לו. כלל בסיסי מאוד, אך הוא לא כתוב בשום מקום בחקיקה. בהצעת החוק הוא נמצא, אך זה לא מקור מחייב. הכלל הזה קיים בלי שהוא מחוקק באיזה שהוא מקום ס' 507 להצעת חוק דיני ממונות: "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם כן נקבע אחרת בחיקוק". המשפט הזה משקף את המשפט המשפטי הנהוג, אלא אם כן יש הוראה אחרת בחוק ספציפי. נניח לקחתי מחשב הוא הועבר כמה ידיים בסופו של דבר המחשב הגיע לחנות מחשבים ידועה ומוכרת באיזה שהוא קניון מסודר והלכה בחורה בשם נועה ביקשה לקנות מחשב משומש. אם אנו הולכים לפי הכלל ליאור יהיה הבעלים של המחשב, אך מצד שני אם זה יהיה המצב נהיה בסיטואציה בעייתית, משום שכל פעם שנקנה דברים המשטרה יכולה לקחת את מה שקנינו כי זה גנוב, או שזה של אדם אחר. מצד אחד יש כאן אינטרס של הבעלות של אדם, ומצד שני יש כאן אינטרס של הקונה וגם כאן האינטרס שלה אנו רוצים להגן. לצורך הסדרת הסיטואציה הזאת, יש לנו ככל במשפט שנקרא "תקנת השוק" זה הכלל שמסדיר את הסיטואציה הזאת, היא יכולה להתעורר במקרקעין ובמיטלטלין, בכל מיני סוגים של בעלות או שכירות.

### **תקנת המוצא היא:**

נקודת המוצא היא הכלל הבסיסי- הבעלים המקורי של הזכות נשאר הבעלים. אבל הכלל של תקנות השוק הלוגיקה קובעת שאם הקונה החדש של הזכות עומד בשורה של תנאים מצטברים אז הדין מתערב, הוא סוטה מהכלל הבסיסי שאדם לא יכול להעביר זכויות שאין לו והוא מפקיע את הבעלות מהבעלים המקורי והוא מעביר את זה לזכאי החדש. על הקונה יהיה נטל ההוכחה שהוא עומד בתנאים המצטברים אנו נפרש את התנאים המצטברים האלה בחומרה. כל הכרעה שלא נקבל בין ליאור בין נועה תהיה לא צודקת אם אנו משאירים את זה אצל הקונה הראשון למה הקונה השני יהיה אשם? ולמה אם זה יהיה הפוך הוא יהיה אשם? תמיד ההכרעה בתקנת השוק תהיה לא פיריית, שני צדדים שראויים להגנה. יש הרבה תקנות שוק במשפט לא אחת, תקנת שוק במיטלטלין, ויש לנו תקנת שוק במקרקעין, תקנת שוק במשכנות, זכויות. תקנת שוק זה שם כללי לסיטואציה הזאת ותמיד אנחנו צריכים לבחור על מה מדובר ואז אנו צריכים להחליט איזה תקנה ספציפית היא רלוונטית.

## פרק 14- תקנת השוק במיטלטלין:

### **לפי ס' 34 לחוק המכר-**

#### **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.

כדי שתחול תקנת השוק במיטלטלין, הכוונה היא שחייב להתקיים התנאים שלה, ואנו מעבירים את הבעלות לאדם אחר. **התנאי הראשון הוא:** "נמכר נכס נד"- התנאי הראשון שיהיה מדובר **במיטלטלין** שזה נכס מוחשי שאינו מקרקעין. בדרך כלל, מטלטלין וזכויות הולכים ביחד. משום שסעיף 13 לחוק המיטלטלין קובע שהחוק חל גם על הזכויות. לפעמים יש שינויים ויש דין מיוחד לגבי זכויות. תקנת השוק במיטלטלין חלה רק על המיטלטלין ולא על זכויות. התנאי הראשון במיטלטלין זה לא על הזכויות ערטילאיות. **התנאי השני: א.** "חוזר מכר", המילה נמכר- אנו רואים שתקנת השוק במיטלטלין מגנה רק על קונה, ואנו חייבים שיהיה לנו פה קונה. אם למשל, נועה הייתה שוכרת את המחשב מהחנות לשנתיים, אנו חייבים שיהיה לנו פה מכר ואם אנו הולכים לתחילת חוק המכר ואנו מסתכלים על ההגדרה של מכר, אז אנו רואים שמכר זה הקניית נכס תמורת מחיר, וכאן נכנס פה תנאי נוסף שהוא תנאי התמורה. **ב.** חייב שיהיה תמורה. אנו מבינים שהביטוי תמורה מצריך פרשנות. אם למשל מישוה קנה שרשרת יהלומים ששווה מיליון שקל בחמישה שקלים, נשאל אם הוא עמד בתנאי או לא. בפס"ד כנען נ' ארצות הברית- תערוכה שנסעה לסיבוב בארצות הברית, אם יש תערוכה כזאת יוצא ביטוח, כאשר התערוכה



חזרה ארצה התברר ששתיים מהתמונות נעלמו. המבטח הופך להיות הבעלים של התמונות, זאת אומרת אם מוצאים את התמונות הוא של הביטוח. דיני הקניין לא שואלים התמונות עכשיו אלא השאלה היא של מי. יום אחד גברת כנען רוכלת ראתה את התמונות ומצאה אותם, היא חשבה שהיא תנקה את האבק היא תחליף את המסגרת והיא תמכור אותם והיא שילמה עליהם 250 שקל והשווי האמתי שלהם 110 אלף דולר. אחר כך היא לקחה את התמונות והיא ראתה שיש חתימה למוזיאון, היא הלכה ופנתה למשטרה ואז נפתח דיון משפטי עד דיון נוסף באשר לסוגיה של מי הם הבעלים, הבעלים נשאר אצל ממשלת ארצות הברית, אלא אם כן גברת כנען עומדת בכל התנאים המצטברים של תקנת השוק. התמונות הם נכס נע, היא קנתה אותם, השאלה היא אם התמורה שהיא שילמה היא תמורה מספקת? עוד לפני פסק הדין אז הייתה לנו פרשנות למהי התמורה הנדרשת וביהמ"ש קבע שהתמורה הנדרשת היא תמורה ממשית. מהי תמורה ממשית? תמורה ממשית היא תמורה שמשקפת לפחות קרוב למחיר האמתי של הנכס. אנו מצפים שהתמורה תהיה תמורה ממשית, אבל פה עלתה השאלה עוד יותר מורכבת: "תמורה ממשית ביחס למה? האם ביחס שווה האובייקטיבי האמתי של התמונות? או ביחס הסובייקטיבי, כלומר השווי של המוכרת והקונה בשוק הפשפשים שבו שהוא המכיר אמתי. השופטים בפס"ד נחלקו בדעותיהם אך ההלכה של פסק הדין היא שנדרשת תמורה ממשית ביחס לשווי האובייקטיבי מכוון שרק זה מצדיק בעצם את הצעד הדרסטי הזה, בזה שאנו ניקח את הבעלות של הבעלים המקורי נשלול אותם ונעביר אותם למישהו אחר. היא צריכה להיות תמורה ממשית דומה לשווי השוק.

### פס"ד להגי' נ' עזורי

## מורדכיוב נ' מינס תחת הכותרת של תקנת השוק במקרקעין !!!

### המשך התנאים:

נשאלת השאלה איזה תמורה? אנו מדברים על תמורה ממשית, משום שאם הנכס שלי שווה הרבה מאוד כסף והקונה שילם מעט כסף, אין שום הצדקה כדי להעביר לו את הבעלות. תמורה ממשית לנכס, ניתן לראות דוגמה לכך לפי פס"ד כנען נ' ארצות הברית- תמורה ממשית ביחס למה? בסופו של דבר השורה התחתונה מאותו פס"ד, היא שנדרשת תמורה ממשית ביחס לשווי האובייקטיבי האמתי של הנכס, השווי האובייקטיבי תמיד אנו מבררים באמצעות איזה שהיא ערכה מקצועית, הוא צריך להגיד את שווי השוק של המכר הזה. לא ניתן לספק תרגיל מתמטי מדויק, הפסיקה לא סיפקה. **התנאי השלישי:** המוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. אם אני נכנסת לירקן ואני קונה טבעת יהלום התנאי הזה לא התקיים משום שהמוכר עוסק במכירת ירקות ולא בתכשיטים. יש לשים לב, שהתנאי הזה לא תנאי קיצוני, אנו לא חייבים שאותו מוכר יעסוק רק בזה. למשל בשכונה, יש שתי נשים שכל אחת עובדת במשרד אחר ופעם בשבועיים עושות מכירת בגדים, כן הוא עומד בתנאי משום שזה לא חייב להיות עיסוק יחיד, זה צריך להיות איזה שהוא עיסוק שהציבור מכיר בו, והוא ידוע בכך. **התנאי הרביעי:** המכירה נעשתה במהלך העסקים הרגיל. אם מישהו שאפילו יש לו חנות תכשיטים, יזמין אותי בשלוש בבוקר לסמטה אפלה, ויפתח משם איזה שהוא נרתיק ויציע למכירה, זה לא מהלך עסקים רגיל, זה צריך שזה יהיה בשעות מסוימות בהליך שמוכר לכולם לא בסתר. שום דבר מעורר חשד לא יכול להיות כאן, אנו לא רוצים לעשות את הצעד הדרמטי הזה ולהעביר את הבעלות לקונה. התנאים הללו 3 ו4 אנו יכולים להבין שתקנת השוק במיטלטלין לא מגנה על מי שקונה מכונית יד שניה מאדם פרטי. **התנאי החמישי:** קבלת החזקה על ידי הקונה. יש לשים לב, שהתנאי הזה הוא תנאי פשוט. הדוגמה הקלאסית: א' הבעלים המקורי וב' הקונה החדש, והוא בא ואומר שהוא הבעלים, יש כאן תחרות בין זכות קניינית קודמת בזמן, לבין מישהו שבא אחר כך ואומר שהוא הבעלים, הוא בעל הזכויות. כאשר יש זכות קניינית קודמת בזמן רק זכות קניינית מאוחרת יותר יכולה לגבור עליה, בעקרון יש זכות ביטוי מאוד מאוד קבוע שנקרא "רק קניין מכה קניין". **התנאי השישי:** תום לב של הקונה. אם הוא יודע שיש איזה שהיא בעיה בנכס, שהוא קנה את זה במקום מפוקפק אין שום סיבה שאנו נפקיע את הבעלות מהבעלים הקנייני ונעביר אותם אליו. כל פעם שאנו נדבר על תום לב, **יש לעלות את השאלה האם הדרישה היא לתום לב אובייקטיבי או סובייקטיבי?** בעקרון, בעבר שהתכוונו לתום לב, הכוונה הייתה לתום לב סובייקטיבי, מה הבנאדם ידע? מה חשב? מה הרגיש? אבל עם השנים, בסיטואציות מסוימות הפסיקה הוסיפה דרישה נוספת ואמרה שבסיטואציות מסוימות תו"ל סובייקטיבי לא מספיק, לפעמים מתכוונים גם לאובייקטיבי, ולפעמים אין די בתום לב סובייקטיבי, ויש לדרוש לתום לב אובייקטיבי שהמשמעות שלו היא מה אנו מצפים מאותו בן אדם להבין מין הנתונים? מהם הבדיקות שאנו מצפים מאדם סביר לעשות? חייבים לשאול את עצמנו איזה תום לב הפסיקה דורשת? האם היא מסתפקת בתום לב סובייקטיבי? או שהיא דורשת גם תום לב אובייקטיבי, והתשובה היא בהקשר הזה שדי בתום לב סובייקטיבי. כלומר, כאשר בן אדם

קונה את הנכס, אנו לא אומרים שהוא חייב היה ללכת לעשות כל מיני בדיקות, אם המצב לא היה מחשיד. כל עוד לא התעורר חשד אנו לא שולחים את הקונה לעשות בדיקות. ברמת הקערון המשכון של מיטלטלין צריך לבדוק שהנכס לא ממושכן אצל מישהו אחר, ובודקים את זה אצל רשם המשכון. בעקרון הדרישה היא לתום לב סובייקטיבי, משום שבדיקות מאוד נפוצות כמו הבדיקה של רישום הזכויות של משרד הרישוי יכול להיות שקונה שלא יעשה את זה יחשב כחסר תום לב. מצד אחד יש לנו חובת תום לב סובייקטיבי, מצד שני לגבי מכוניות יש להיזהר אין כאן הלכה גורפת משום שזה יכול להוות איזה שהיא אינדיקציה מסוימת. הרישום במקרקעין רושמים בטאבו, הרישום בטאבו יוצר זכות קניינית. לעומת זאת, שאנו מדברים על מכונית במשרד הרישוי, הרישום לא יוצר קניין, אלא הוא מצהיר, הצהרה על הזכויות. אם לא משל אני אציע למישהו לקנות את המכונית שלי, ברגע שהוא מקבל את המפתחות הוא הבעלים, אבל אני עדיין רשומה במשרד הרישוי, ופקודת התחבורה מורה ללכת להסדיר את זה למען הסדר הטוב, אך לא קובע מבחינה קניינית. הכלל הוא שמי שעומד בכל התנאים, הופך להיות הבעלים. זה יותר מורכב.

### תרגיל בדיני קניין – תקנת השוק במיטלטלין (ד"ר מיכל עופר צפוני)

אלונה, אשת חברה ידועה, הזמנה לטקס חלוקת פרסים חשוב. לכבוד הטקס היא שכרה שרשרת יהלומים מחנות תכשיטים בשם "ענק היופי", והתחייבה להחזירה תוך שלושה ימים. אלונה גם קנתה שמלה ממעצבת אופנה ידועה עבור האירוע, אולם מאחר ואלונה נמצאה בקשיים כלכליים היא לא יכלה לשלם עבור השמלה. מעצבת האופנה הודיעה לה כי ללא תשלום לא תקבל השמלה, לכן פנתה אלונה לחנות תכשיטים אחרת מרחוב אלנבי ("תכשיטים לכל"), והציעה לה לרכוש ממנה את השרשרת תוך שהיא מציגה אותה כשלה. תכשיטים לכל הסכימה ושלמה לאלונה 10,000 ₪ עבור השרשרת. היא חשבה שמדובר במחיר מציאה, שכן המחיר האמיתי של השרשרת הינו 50,000 ₪. אלונה ביקשה לקבל את הכסף מיידית, תוך שהבטיחה למסור לתכשיטים לכל את השרשרת למחרת הטקס, וכך אכן נהגה. משהתקשרה חנות ענק היופי לדרוש את קבלת השרשרת חזרה, התחמקה אלונה בטוענות שונות. בינתיים, מכרה תכשיטים לכל את השרשרת לאיריס, שנכנסה לחנות באחד הבקרים, תמורת 50,000 ₪. חודש אחר כך ראה במקרה בעל החנות ענק היופי את השרשרת ענודה על צווארה של איריס ודרש ממנה להשיבה אליו מיידית.

א. האם על איריס להשיב השרשרת לחנות התכשיטים?

ב. האם תשובתכם תשתנה לו איריס היתה משלמת עבור השרשרת 20,000 ₪?

ג. הניחו כי בעל חנות ענק היופי לא ראה את השרשרת ענודה על צווארה של איריס, והיא נשארה אצלה. לאחר כחצי שנה פתחה איריס חנות תכשיטים ומכרה את השרשרת במחיר שווה לדוד, שנתן אותה במתנה לאשתו גליה. דוד וגליה הינם שכנים של בעל חנות ענק היופי, ויום אחד האחרון ראה את השרשרת ענודה על צווארה. האם על גליה להיענות לדרישתו של בעל החנות ולהחזיר לו את השרשרת?

### **תשובות:**

ענק היופי הוא הבעלים המקורי, והשרשרת עברה לאלונה שהיא השוכרת, אך גם הגנבת והרמאית, היא מוכרת את השרשרת ל"תכשיטים לכל" והם מוכרים את השרשרת לאיריס.

א. ענק היופי הוא הבעלים המקורי, אלא אם כן איריס תוכיח לנו שהיא עומדת בכל תנאי תקנת השוק. יש לבדוק את כל התנאים. 1. האם השרשרת נכס נע? כן. 2. תמורה ממשית- איריס שילמה 50 ₪ שובי מלא. 3. האם המוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר? כן? 4. המכירה נעשתה במהלך העסקים הרגיל? כן אכן כן. 5. איריס קיבלה את החזקה. 6. איריס הייתה תמת לב. איריס עומדת בכל התנאים המצטברים של תקנת השוק והיא לא צריכה להחזיר את השרשרת לענק היופי.

ב. ההבדל הוא ש20 אלף זה פחות מ50 אחוז, ההתלבטות צריכה להיות ב70 אחוז. זה לא עומד בתנאי התמורה. איריס לא עומדת בתנאי התמורה, היא לא עומדת בתנאי תקנת השוק. אך במקרה הזה, לא סיימנו את הפתרון, מכון שברגע שאחד עומד בתנאי תקנת השוק הרי שבעצם מהיותו רגע אנו לא צריכים לבדוק את התנאים אחרים, משום שאם אני עמדתי בתנאי תקנת השוק, מותר לי למכור בזול ולתת במתנה. מרגע שמישהו אחד עמד בתנאי תקנת השוק מאותו רגע והלאה אז הוא יכול לנהוג מנהג בעלים, כי הוא הבעלים של השרשרת. הבעיה נוצרת מזה שפה הייתה רמאית, אומנם איריס לא עומדת בתנאי תקנה, אך יש להסתכל אחורה ולפי

תכשיטים לכל היא לא עומדת בתנאי התקנה, אלונה לא עומדת כי היא רמאית, ולכן יש להישאר ב' עם התשובה כי איריס לא עומדת בתנאי תקנת השוק ולכן ב' היא צריכה להחזיר את השרשרת לענק היופי.  
ג. עכשיו השרשרת אצל גליה. מבחינת הלוגיקה של החשיבה, אנו צריכים לראות אם גליה עומדת בתנאי תקנת השוק. היא קיבלה במתנה, היא לא צריכה להחזיר את השרשרת, אנחנו צריכים לראות אם דוד עמד בתנאים, הוא הבעלים אמיתי של השרשרת ולכן מותר לו לתת את השרשרת לגליה.

## הערת אזהרה:

**עסקה במקרקעין:**

**עסקה במקרקעין**

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

**גמר העסקה**

7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.  
(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

סעיף 7 א' קובע, שכל עוד הרישום לא הושלם, עדיין אין עסקה משום שהעסקה נגרמת ברישום.

**צורתה של התחייבות**

8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

נניח שיש את דפנה, והיא הבעלים של המקרקעין. אם היא הבעלים של הדירה, היא בעלת הזכות הקניינית בדירה והיא רשומה בטאבו כבעלים. נניח שדפנה ואורי חותמים על הסכם לפיו אורי ירכוש מדפנה את הדירה, זה חייב להיות בכתב, אם אין בכתב אין שום דבר. נניח שיש לנו חוזה בכתב, אז לאורי יש זכות אישית, ומה שיש מבחינת הסעיפים יש כאן לכאורה עסקה במקרקעין, זה לא נגמר עוד ברישום בסך הכל יש כאן התחייבות לעשות עסקה - "התחייבות למכר". לאחר שאורי ירשם זה יחשב כעסקה, לאחר שאורי ירשם בטאבו הוא יהיה הבעלים ויש לנו עסקה. הרבה פעמים השלב הזה מאוד ארוך, אורי מעביר כספים לדפנה, אך הנכס עדיין לא נמכר. בגלל פער הזמן הזה בין החתימה להסכם, שיוצר "התחייבות לעסקה במקרקעין", לבין מועד השלמת העסקה (מועד רישום הבעלות) אז הקונה רוצה להבטיח את הזכות שלו, הכספים שהוא משלם, ואחת הדרכים ליצור בטוחה היא "הערת אזהרה". **הערת אזהרה - יש רק במקרקעין!!**

ראינו שהיא באה להגן על בעל הזכות האישית, בעל התחייבות האישית. הזכות האישית היא זכות חלשה יותר, בין הצדדים לחוזה, לעומת הזכות הקניינית שהיא פומבית והיא מחייבת כלפי כולם. לכן, אורי רוצה להודיע לכולם שהוא התחייב למכור את הדירה, והוא התחייב למכור את הדירה, וברגע שהוא יצליח ליצור את הידיעה. הזכות לרשום הערת אזהרה, **נקבעה בסעיף 126 לחוק המקרקעין**.

**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 משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן - הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

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

בדוגמה שלנו- אורי הוא הזכאי, מה שאנו רואים זה שהזכאי רשאי לדרוש רישום הערת אזהרה, מבלי שהוא זקוק לשם כך להסכמתו של המתחייב. שיש עורכי דין בתמונה, מגישים בקשה משותפת של אורי ודפנה לרישום הערת אזהרה, אורי יכול לבוא ולדרוש רישום הערת אזהרה, הרשם יראה שיש חוזה מכר הוא ירשם. במקרה כזה הרשם יודיע לדפנה על זה משום שאם החוזה מזויף היא תוכל להתמודד עם זה. האם אפשר להתנות הזה? בפועל אנו כל הזמן מתנים על זה. אך לא מתנים בצורה גורפת אלא בצורה מצומצמת, נניח אני מייצגת את דפנה וחתמתי על הסכם מכר ונניח שאורי שילם 5000 ₪ ורק עוד חודשיים הוא יתחיל להעביר כספים אחרים. הרי אם הוא יותר יפסיק לשלם? הרבה פעמים מתנים על הערת אזהרה ברגע שמשולם 15% מהעסקה, זה לא מתנים בצורה שאוסרת "הערת אזהרה", אבל בהחלט אפשר להתנות ברישום שהתבצע לאחר שעבר 15%.

(קבלן לא יכול לעשות זאת וזה בשביל להגן על קונים)  
המצב הרגיל הוא שזה התחייב לעשות עסקה, הערת אזהרה הקלאסית שבעצם אורי רוצה שבטאבו ירשם הבעלים, הערת אזהרה התחייבות מכר לאורי זה מה שהוא רוצה שיהיה רשום.

אנו רואים שיש עוד הערה שאפשר לכתוב זוהי התחייבות להימנע מהם עסקה- נניח שיש לנו בחור נחמד בן 20 בשם אלון וההורים שלו רוצים לקנות לו דירה, אבל הם חוששים שהוא ימכור את הדירה, במקביל הם רושמים על הדירה הערת אזהרה שהמשמעות שלה היא שלא ניתן למכור את הדירה ללא אישור ההורים, כל אחד יכול לראות את זה, ללא הסכמה לא ניתן למכור וכך הם מבטיחים את העניין.

נגיד, ואורי ודפנה חותמים על הסכם ופתאום אורי מקבל הצעה לעבור לעבוד לארצות הברית והוא מתחרט, הוא רוצה למכור למישהו אחר את הזכות האישית שלו, או שהוא בעצם הוא יכול לבוא ולומר "דני, אני עוד מעט יהיה הבעלים של הדירה, ברגע שאני אהיה הבעלים של הדירה אני אעביר אותה אליך". דני גם רוצה בטוחות ולכן רשם לטובתו הערת אזהרה, גם דני מודאג שלא תהיה לו בטוחה. אי אפשר לרשום הערות אזהרה על זכות אישית רק על הזכות הקניינית, כלומר אנו מכנים את זה שהערות אזהרה אנכיות לא ניתן לרשום- יוצא מבעל הזכות האישית – ויורד לאנשים אחרים. אין אפשרות לרשום הערות אזהרה על זכות אישית אלא רק על הזכות הקניינית. לעומת זאת, הערות אזהרה אופקיות אפשר לרשום ללא הגבלה, כלומר אם א' התחייב למכור לב' אז עכשיו א' התחייב למכור לג', ברמת העיקרון הערות אזהרה אופקיות ניתן לרשום הם כולם על הזכות של הבעלים הקנייני, ופה יכולה להיות מהערה אחת יותר מהערה אחת. לעומת זאת, הערות אזהרה על הזכות האישית של מישהו לא יכולות להיות.

### תוצאות של הערת אזהרה (תיקון מס' 2) תשל"ג-1972

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

(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.

זאת אומרת, שההגנה שנותנת הערה לפי הסעיף הזה היא שלא תירשם עסקה סותרת (עסקה זה הרישום של הזכות הקניינית עצמה). כל מה שכתוב פה עסקה סותרת, ולכן א' התחייב למכור לב' ורשם לטובת לעצמו. סעיף 127ב' אומר שמצב הזה לא תירשם עסקה שסותרת את תוכן הערה. הערת אזהרה היא לא מונעת כל אפשרות, יש לה תפקיד שזה למנוע רישום עסקה סותרת. בעקרון המצב הזה הוא בעייתי, אבל זה אומר כי הרשם לא יכול לסרב לרשום הערת אזהרה לטובת ג' או ד'. ישנן מצבים שבהם הגיוני לרשום יותר מהערה אחת.

**הגנה נוספת שנותנת הערת אזהרה זה ס' 127(ב):** דפנה התחייבה לאורי בעסקת מכר, בוא נניח שדפנה חייבת כספים לבנק לאומי והיא לא מחזירה, ובנק לאומי תובע אותה. הבנק מגלה שיש לה דירה והוא בא ורוצה לעקל את הדירה, הסעיף הזה אומר שבמצב הזה הזכות של אורי גוברת, הרישום של הערת אזהרה מגן על

אורי, הגנה מפני נושים של דפנה שיבואו ויבקשו להיפרע מהדירה, והוא על ידי הרישום של הערת אזהרה יצר קדימות בנכס.

מה שראינו עד עכשיו זה שהערת אזהרה יש לה תפקיד מאוד חשוב בהגנה על הזכות של הרוכש. אבל ההגנה הזאת, היא לא מוחלטת זה לא שאם נרשמה הערת אזהרה אז בטוח הכל יהיה טוב, יש דברים שהיא מגנה ויש דברים שלו.

הערת אזהרה נותנת לנו הגנה מפני זכויות שאינן דורשות רישום. לדוגמא- דפנה ואורי, דפנה מתחייבת למכור לאורי את הדירה, אף אחד לא יוכל לרשם כבעלים והוא רגוע. נניח שאחרי שדפנה מכרה לאורי היא סיכמה איתו בחוזה שהיא תמסור לו את הדירה, ויום קודם היא משכירה את הדירה ל10 שנים לחיים, וחיים נכנס לדירה ותופס את החזקה. הערת אזהרה זה חשוב, אולם יש המון סיטואציות שהמשמעות שלה היא קטנה ואפילו לפעמים לא קיימת היא לא מגנה מפני זכויות שאינן טעונות רישום.

### איך נמחקת הערת אזהרה?

#### מחיקת הערה

132. (א) הערה שנרשמה לפי סעיפים 126, 128 או 129 תימחק על פי צו של בית

משפט **או אם הוכח להנחת דעתו של הרשם אחד מאלה:**

- (1) הצדדים המעוניינים הסכימו למחיקה;
- (2) עילת ההערה בטלה, ובלבד שהרשם הודיע מראש לצדדים המעוניינים על כוונתו למחוק את ההערה ונתן להם זמן סביר לפנות לבית המשפט;

#### (תיקון מס' 2) תשל"ג-1972

(3) (בוטל).

(ב) הערה שנרשמה לפי סעיף 130 תימחק על פי צו של בית משפט.

ס' 132(א)(2)- מתי עילת הערה בטלה? א' מתחייב למכור לב' הם מבטלים ביניהם את ההסכם, עילת הערה בטלה ואפשר לבקש מהרשם למחוק, אם רק אחד מבקש הוא צריך להוכיח לרשם שצריך למחוק את זה.

#### רכישה בתום לב

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

כאן אנו מדברים על חריג לכלל, לפיו אדם לא יכול להעביר יותר זכויות ממה שיש לו. בתקנת השוק במקרקעין יש לנו לוגיקה נוספת, הצדקה נוספת שנובעת מהרצון של המחוקק להעצים את המרשם, והמרשם זה הטאבו. המחוקק רוצה להגן על אנשים שרכשו נכס מקרקעין הם הלכו לטאבו הסתמכו על מה שכתוב שם, ובסוף מתברר שמה שהיה כתוב שם לא היה נכון, ובעצם הם הוטעו על ידי הטאבו ולכן אם הם עומדים במספר דרישות מצטברות, המדינה רוצה לסייע להם. גם פה אנו נראה סיטואציה איומה, נושא מאוד לא פשוט וקשה. באופן כללי, בהרבה מאוד מקרים מי שבסוף משלם זה עורכי הדין כי נקבע שהם התרשלו.

## תקנת השוק במקרקעין-

**ס' 10 לחוק המקרקעין** הוא הס' הרלוונטי שקובע שמי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום יהא כוח של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון. כמו במיטלטלין גם במקרקעין היא חריג של הכלל הבסיסי שאדם לא יכול להעביר יותר זכויות ממש שיש לו. הרציונל הנוסף שיש לנו כאן הוא לחזק את המעמד של הרישום. תקנת השוק במקרקעין חלה, המשמעות היא שאותו אדם שטוען לזכות במקרקעין יכול להוכיח שהתקיימו כל תנאי התקנה, גם כאן מי שטוען לתחולתה של תקנת השוק הוא זה שצריך להוכיח שמתקיימים כל התנאים שלה. **התנאים:**

(1) **שיהיה מדובר במקרקעין מוסדרים.** כלומר אם המקרקעין לא מוסדרים תקנת השוק לא חלה. היא חלה רק על מקרקעין מוסדרים. הם מקרקעין שעברו הליכי הסדר אחרי קום המדינה ואנחנו סומכים על כך שהמדידות והרישום לגביהם מדויקים. אם ניפול על מקרקעין לא מוסדר הרי תקנת השוק לא תחול בהם. אם תקנת השוק לא תחול זה אומר שיש לנו מצב שיש מקרקעין בבעלותו של אדם א' ואז יש לנו רמאי שגורם לזה שהמקרקעין יועברו על שמו של ב' שהוא הרמאי ואחר כך הרמאי מוכר את המקרקעין ל ג'. עכשיו ג' רשום כבעלים. א' הבעלים המקורי, בא רמאי עשה פעולה והעביר את המקרקעין על שמו ואז מכר את המקרקעין לג' וג' רשום כבעלים. א' אומר שהוא הבעלים המקורי וזה שלו. ג' אומר שזה שלו כי הוא קנה ובדק את המרשם והייתי תם לב, אנחנו צריכים להכריע ביניהם. לב' לא היו זכויות במקרקעין, האם הוא יכול להעביר זכויות שאין לו? לא. כלומר א' נשאר הבעלים. א' הוא הבעלים אלא אם ג' מוכיח את התקיימותם של כל תנאי תקנת השוק במקרקעין שהם קבועים בס' 10 כאמור. התנאי הראשון שהוא צריך להוכיח זה שהמקרקעין מוסדרים, מדובר בשאלה עובדתית פשוטה להוכחה, צריך להוציא נסח טאבו ולראות האם מוסדרים או לא מוסדרים.

(2) **רכישת זכות במקרקעין.** הס' חל רק במצב שבו ג' הטוען לזכות יש לו זכות קניינית! אם יש זכות אישית אובליגטורי הוא הפסיד. רק עם זכות קניינית עומדים בתנאי תקנת השוק. כדי שג' יעמוד בתנאי הזה הוא חייב להיות בעל זכות קניינית ע"י רישום בטאבו. יש שני עניינים שצריך לקחת בחשבון- אם ג' רושם הערת אזהרה זה מספיק? לא! רישום הערת אזהרה לא מספיק, הוא חייב לרשום את הזכות עצמה. תקנת השוק במקרקעין לא מגנה רק על בעלים, היא יכולה להגן על שוכר, על חוכר לדורות אבל כל זה בתנאי שהזכות שלו היא קניינית!

(3) **הסתמכות על רישום שגוי.** יש פה בעצם דרישה מג' שכשהוא התקשר בחוזה לקנות את המקרקעין מב' הוא הלך ובדק את הרישום בטאבו. אנחנו מתכוונים לזה שג' בדק בטאבו והסתמך על הטאבו. ג' ראה שהמקרקעין רשומים על שם ב' לכן הוא הניח שב' הוא הבעלים והוא קנה ממנו. במובן הפשוט אנחנו אומרים שג' צריך להסתמך על הרישום ושבעצם בלי זה הוא לא יכול לעמוד בתנאי התקנה, כי מי מנהל את הרישום? משרד המשפטים, מתנהל ע"י המדינה ואם אתה אכן עושה את החלק שלך והולך ובדק מרשם שהמדינה מנהלת אנחנו רוצים לתת לך גב והגנה. הלכת והסתמכת על הרישום ניתן לך גב. אבל!!! הפסיקה הוסיפה שלא מספיק שתהיה הסתמכות על הרישום, הרישום הוא גם צריך להיות הגורם שהטעה את ג', שגרם לג' לטעות. כלומר הסתמכות רישום שגוי! בדוגמא שלנו ב' היה רמאי והעביר את הנכס על שחו, אז כשבא ג' לעשות חוזה הוא מוציא נסח טאבו ורואה שב' הוא בעלים, הרישום הוא שגוי כי א' הוא בעלים, אז במקרה הזה ג' מסתמך על רישום שגוי ועומד בתנאי הזה, הוא רואה במרשם שמנהלת המדינה שב' הוא בעלים ואנו רוצים להגן עליו. לעומת זאת יש דוגמא אחרת, נניח שב' רמאי אבל רמאי מסוג אחר, נניח שהדירה היא של אורי לוי שהוא א' בדוגמא הזו, וב' מתחזה להיות אורי לוי, לא מעביר את הדירה על שמו, הוא פשוט אומר שהוא אורי לוי ובא לג' ועושה איתו הסכם ומוכר לו את הדירה וג' נרשם כבעלים. מה ראה ג' כשבדק את המרשם? ראה שאורי לוי הוא הבעלים בנסח, והבעלים האמיתי הוא אורי לוי. במקרה הזה ג' הסתמך על הרישום אבל הרישום היה נכון, לא היה שגוי! לא המרשם הטעה אלא ההתחזות! ואז הוא אינו עומד בתנאי של הסתמכות על רישום שגוי, הוא נופל בתנאי הזה, כך פירשה הפסיקה את הסעיף. **תמיד צריך לבדוק האם הייתה הסתמכות על רישום שגוי!!!!!!** כשג' טוען להתקיימות תנאי תקנת השוק האם כשהוא הסתמך על המרשם? מה הוא ראה בנסח? האם מה שהוא ראה שיקף את מצב הזכויות האמיתיות? אם מה שהוא ראה הסתמך על מצב הראיות האמיתיות אז הוא לא עומד בתנאי הזה. עלטה שאלה בפסיקה שהרבה שנים לא הוכרע והיא – האם הסתמכות על הערת אזהרה שגויה היא מספיקה גם לצורך עמידה בתנאי?

**פס"ד להיגי נ' עזורי-** להיגי היה מספר שנים בארץ ועזב לארצות הברית. כשהוא היה בארץ בשנת 75 הוא קנה מגרש בכפר שמריהו ונרשם כבעלים והוא הבעלים המקורי ורשום בטאבו. בשנת 2005 מתברר לו שהמגרש שלו לא רשום עוד על שמו אלא שהוא רשום על שם 14 אנשים אחרים בשותפות ולא על שמו כשהוא מעולם לא מכר אותו. מה התברר? ב1998 הוא מכר לכאורה את הזכויות שלו לאדם בשם אלבז שכנראה זייף את החוזה. אלבז מכר את הזכויות שלו במגרש לאדם בשם מואטי, ומואטי מכר לכל האנשים האחרים (יותר מ14). חלק מהקונים הספיקו עד שהכל התברר הספיקו להירשם כבעלים וחלק טרם נרשמו כבעלים. הקונים שטרם נרשמו כבעלים מה ניתן להגיד להם? שהם אכלו אותה כי הם אינם רשומים. מה שמעניין אותנו זה 14 הקונים שרשומים כבעלים ובא להיגי ואמר שזה שלו וה14 הקונים באים ואומרים שזה שלהם ואנחנו צריכים להחליט מי מקבל את המגרש? בעיקרון הבעלות נשארת אצל הבעלים המקורי, אבל אם הטוענים לזכות שבמקרה הזה הם 14 הקונים יוכיחו שהם עומדים בכל התנאים המצטברים של תקנת השוק אז הבעלות תהייה שלהם. המקרקעין במקרה הזה מוסדרים, רכישת זכות במקרקעין כבר מחקנו את מי שלא הפכו את זכותם לקניינית אז הקונים הנותרים הם אכן רשומים ויש להם זכות קניינית. נבדוק את התנאי השלישי שהוא הסתמכות על רישום שגוי. הסיטואציה היא שמואטי מכר לקונים את המגרש כשהם חתמו על חוזה המכר הוא עדיין לא היה רשום כבעלים אלא היתה רשומה לטובתו הערת אזהרה, והוא אמר שהוא בתהליך להיות בעלים ולאחר מתן הבעלות הוא העביר את הבעלות לקונים. אנחנו צריכים הסתמכות על רישום שגוי וכשהם הסתמכו הם ראו הערת אזהרה של מואטי- ואז עלתה השאלה האם הערת אזהרה מספיקה? **העליון קובע שהתנאי מתקיים!** הוא אומר מה ראו הקונים כשהלכו להוציא נסח טאבו? שאלבז רשום כבעלים והיתה הערת אזהרה לטובת מואטי, הבעלות על שם אלבז היא רישום שגוי, זה לא רק שהם הסתמכו על הערת אזהרה, הם הסתמכו על רישום שגוי בחוליה קודמת והם הסתמכו עליו ביחד עם הערת האזהרה לטובת מואטי. העליון אומר שבסיטואציה הזו אם הם גם עשו בדיקות לאמת החוזה שבדק אם אלבז אכן מוכר למואטי הם עמדו בדרישה השלישית. רישום שגוי בהערה קודמת פלוס רישום הערת אזהרה יכולים להספיק בתנאי שהקונה בדק את אמיתות העסקה בין אותו בעלים שגוי לבין אותו אחד שקנו ממנו. ולכן קובע ביהמ"ש שבתנאי הזה הם עמדו. ניתן לקיים את דרישת ההסתמכות הקבועה בתקנת השוק גם כאשר המוכר הוא לא הבעלים הרשום בתנאי שהתנגשות הזכויות בין הרוכש לבעלים המקורי נגרמת בשל פגם במרשם שעניינו זכות הבעלים הרשום והרוכש הסתמך על זכות הבעלות הרשומה ובדק את העסקאות המאוחרות לאותו רישום.

להיגי-אלבז(רשום)-מואטי(הערת אזהרה)-קונים

**פס"ד מרדכיב נ' מינץ-** מינץ ירש מאמו דירה בחולון שרשומה על שמו. יש לו חבר שחי באזור הדירה והוא ביקש מהחבר שמפעם לפעם כשהוא עובר באזור יעיף מבט כשהל בסדר כי מינץ לא נמצא בארץ. יום אחד עובר החבר ורואה שם אחר רשום בתיבת הדואר, עולה עם המפתח שנתן לו מינץ ורואה שהוחלף המנעול ורואה שבדירה נמצאות 2 בנות שגרות בדירה ושיפצו אותה, הוא נסער כולו ומתקשר למינץ, מינץ מגיע ומגיש תלונה במשטרה על פלישה. מינץ הוא הבעלים המקורי. ב2004 הגיעו למשרד של עורך דין סלטון שני אנשים, אדם אחד שהציג עצמו כשלמה מינץ (מתחזה) והגיע אדם אחר בשם בוהדנה והם אומרים לו שהם מבקשים מעורך הדין שיערוך חוזה מכר בו מינץ המתחזה מוכר לבוהדנה. עורך הדין אחרי שזיהה את מינץ עורך את חוזה המכר וישנו חוזה מכר ועורך הדין רושם לבוהדנה הערת אזהרה בגין העסקה. בשלב שיש לבוהדנה הערת אזהרה הוא הולך למתווך ומבקש ממנו למצוא קונים לדירה, המתווך מוצא את הגברות מרדכיב שהן עולות חדשות ורוצות דירה. מרדכיב פונות לעורך דין אחר והוא מתחיל לעשות את החוזה, תחילה הוא מוציא נסח טאבו ורואה שיש הערת אזהרה לבוהדנה ומינץ שהוא הבעלים. במקרה שלנו כשעשו את העסקה בין בוהדנה למרדכיב שמינץ הוא הבעלים וזה נכון והיתה הערת אזהרה לטובת בוהדנה (שזה שגוי) אבל אין לנו את החוליה הקודמת השגויה כמו בסיפור הקודם. העורך דין רואה ואומר שלא ניתן להתקדם. צריך להמתין עד שבוהדנה יהיה הבעלים ורק אז אפשר שמרדכיב יהיו הבעלים. כעת מרדכיב רשומות כבעלות בטאבו. מגיע מינץ והסיפור מתפוצץ וצריך להכריע של מי הדירה? האם של מינץ שכבר לא רשום כי כעת מרדכיב רשומות? הבעלות אמורה להישאר אצל הבעלים המקורי שהוא מינץ אלא אם מרדכיב יוכלו להוכיח את תנאי

תקנת השוק. המקרקעין מוסדרים זו עובדה. האם נרשמו כבעלים? מרדכיב נרשמו כבעלים. התנאי השלישי האם הן הסתמכו על רישום שגוי? כאשר פס"ד להיגי נ' עזורי לא עוזר לנו כי מדובר במצב שונה, אין לנו רישום שגוי בחוליה הקודמת כמו בלהיגי. **העליון קובע שהסיטואציה הזו יכולה להיחשב כהסתמכות על רישום שגוי אם מתקיימים 2 תנאים:** (א) הקונה מתלה את מתן התמורה או עיקר התמורה עד להעברת הבעלות על שם המוכר. אם הקונה לא משלם עד שלבוהדנה יש בעלות זה אומר שהייתה הסתמכות על רישום שגוי. עורך הדין של מרדכיב אכן התנה את ההסכם בכך שעד אשר הדירה לא עוברת על שם בוהדנה הוא לא מעביר את עיקר הכספים, אז התנאי יתקיים. (ב) הקונה (מרדכיב) צריך לערוך בדיקה יסודית שיש לה גם אלמנטים סובייקטיביים וגם אלמנטים אובייקטיביים של העסקה שהולידה את הערת האזהרה. העובדה שבוהדנה העמיד את הדירה למכירה חודש אחרי שהוא קנה אותה זה לא משהו שלא קורה אבל זה משהו שצריך לבדוק, ולכן הבדיקה לא הייתה מספיקה. לדעת ביהמ"ש זה הצריך עוד כמה בירורים בשביל שהתנאי השני הזה יתקיים. מה שקורה זה שעכשיו מרדכיב מפסידות והתוצאה היא נוראית כי אין להן את מי לתבוע. העליון מרגיש לא נוח בסיטואציה הזו והשופטים מזכירים זאת שההסדר שיש לנו בארץ של תקנת השוק לא חייב להיות של הכל או כלום, אומר ביהמ"ש זה שהנטייה הייתה לחלק ביניהם אבל לא ניתן לחלק ביניהם כי זה הוא או הוא, אפשר למצוא לזה פתרונות כמו שיש במדינות אחרות שזה ביטוח של המדינה שבמצב כזה שמישהו תם לב יהיה ביטוח ויהיה ניתן להעניק פיצוי. כל עוד לא יתוקן החוק זה יהיה המצב. אחרי מתן פסק הדין בו נפסק לטובת מינץ, הוא יוכל להגיש תביעה על דמי שימוש על התקופה שישבו שם, אבל מרדכיב שיפצו את הדירה והשביחו לכן נפסק שהוא יצטרך לשלם להם 35 אלף על השבחה. מרדכיב פונות לליבו ומבקשות שלא יתבע מהן את דמי השימוש, ושייתן פיצוי נוסף של 110 נוספים שיהיה להם עם מה להתחיל. מינץ לא משיב להצעה הזו והעליון מזמן את מינץ לדיון ומנסה ללחוץ עליו לקבל את ההסכם, הסיכום היה שאת דמי השימוש הוא לא יגבה ממרדכיב. הדירה רשומה על שם מינץ.

4) **תום לב-** איזה תום לב נדרש? אובייקטיבי או סובייקטיבי? הפסיקה קבעה שנדרש תום לב סובייקטיבי, הרמה הנמוכה יותר. אם יש חשד אז צריך לבדוק. **פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס-** ביהמ"ש פסק שתום הלב נדרש עד לסיום הרישום. כלומר רישום הוא תהליך, השאלה היא מהי נקודת הזמן שבה בודקים את תום הלב? האם בזמן שערכו את חוזה הקנייה? כן זו נקודה חשובה. פס"ד זה קבע שממשיכים לבדוק, לא מספיק שהיה תום לב ברגע ביצוע התחייבות העסקה, לא מספיק הרגע הראשוני בו נכנסים לעסקה, אלא זה ממשיך וממשיך עד לרישום, עד להיותי בעלים. התקשרתי בעסקה ובאותה נקודת זמן בודקים ומוודאים שהיו תמי לב. אבל זה לא מספיק כי אם שבוע אחר כך הם גילו מרמה, הם לא עמדו בתנאי כי הן לא נרשמו בתום לב, תום הלב צריך להיות עד לשלב הרישום!!!!!! אם ידעו על זה קודם לא יהיה רישום בתום לב, גם אם הן רק חושדות לא יתקיים תום לב.

5) **תנאי התמורה-** מדברים על תמורה ממשית מבוצעת כלומר תמורה שקרובה באופן אובייקטיבי לשווי השוק של הנכס. לא חייבת להיות בדיוק, משהו שלא מעורר חשד כי אם מישהו עושה מכירה ומוכר את הדירה שלו ב60 אחוזים מהמחיר אנחנו חושבים שמהו קורה פה, גם תום הלב וגם דרישת התמורה תישלל.

יש זכויות במקרקעין שהופכות להיות קנייניות גם ללא רישום, החריג המפורסם הוא שכירות עד 10 שנים כולל. ג' שלנו שבא וטוען להתקיימות תקנת השוק, לא יכול לגבור באמצעות תקנת השוק כי שכירות של פחות מ10 שנים לא טעונה רישום. **באמצעות תקנת השוק לא ניתן לגבור ולנצח את הזכויות הקנייניות שאינן טעונות רישום.** תקנת השוק היא כלל תחרות, משתמשים בה כשיש לנו זכויות מתחרות, אפשרות אחת היא שיש לנו מצב של מרמה או טעות ואז לעסקה המאוחרת אין בכלל תוקף אלא אם היא עומדת בתנאי תקנת השוק. סיטואציה בה בודקים תוקף של עסקאות שבאמצע מישהו העביר זכויות שאין לו, בין אם בטעות או בכוונה יש לבדוק האם יש תוקף לרכישה? רק אן עומדות בתנאי תקנת השוק. סיטואציה נוספת היא שזכות קניינית ניתן לנצח רק באמצעות זכות קניינית אחרת. איזו זכות? כזו שעומדת בתנאי תקנת השוק. נניח שיוסי בעלים של דירה והוא משכיר את הדירה ל10 שנים. כלומר יש לנו שוכר קנייני ואחר כך בלי לגלות שיש שוכר קנייני ל10 שנים נניח השוכר נסע לחול יוסי נכנס לדירה ומוכר אותה לקונה אחר. יש פה תחרות בין זכות קניינית קודמת בזמן לזכות קניינית מאוחרת יותר. מי תנצח? בעיקרון הוא שהכלל הוא שהזכות הקודמת בזמן מנצחת, אלא אם כן הזכות המאוחרת עומדת בתנאי תקנת השוק ואז אנו נבדוק את הקונה, אבל הוא לעולם לא יעמוד בתנאי 3 כי



השכירות לא צריכה להירשם! אם היה מדובר בזכות אחרת שכן נרשמה זה סיפור אחר, אבל תקנת השוק אינה מגנה מפני עסקאות שהופכות לקנייניות גם ללא רישום. **סעיף 125א קובע** שרישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראייה חותכת לתוכנו. אם הרישום הוא ראייה חותכת שלא ניתן להתווכח איתה אז מרדכייב היה המנצח, אז מה זה הסיפור של תקנת השוק? אם הרישום הוא שקובע מה הקשר בין ס' 10 ל 125? **הפסיקה פירשה שסעיף 125א לא מונע את האפשרות להוכיח שהרישום שגוי עקב טעות או מרמה.**

### תרגיל משה כהן

הבעלים המקורי- משה כהן

מתחזה למשה כהן, רמאי- ניסים שמוכר את הדירה לקונה- דוד. שרושם הערת אזהרה אבל כדי לממן את העסקה הוא צריך משכנתא, הוא פונה לבנק והבנק רושם הערת אזהרה על משה כהן דוד הפך להיות בעלים ולבנק נרשמה משכנתא וחוזר משה כהן המקורי ושואל מה קורה?

נקודת המוצא היא שמשה כהן המקורי הוא הבעלים אלא אם מישהו יוכל לעמוד בתנאי תקנת השוק, אם דוד עומד בתנאי תקנת השוק אין צורך לבדוק את הבנק, כי אם הדירה של דוד זכותו למשכן אותה לבנק. האם דוד עומד בתנאי תקנת השוק? תנאי ראשון מקרקעין מוסדרים, זה לא נתון לנו בשאלה, לכן נכתוב שיש שתי אפשרויות, אם המקרקעין לא מוסדרים אז הוא אינו עומד בתנאי ולכן אינו עומד בתנאי תקנת השוק כי משה כהן הוא הבעלים, לא חלה התקנה והבעלות נשארת אצל הבעלים המקורי. אם המקרקעין כן מוסדרים התנאי מתקיים.

האם יש רכישה של זכות במקרקעין? כן כי דוד רשום כבעלים והתנאי מתקיים. האם ישנה הסתמכות על רישום שגוי? כשדוד קנה מה הוא ראה בנסח טאבו? משה כהן, וזה נכון, לכן התנאי לא מתקיים. – מכאן שאינו עומד בתקנת השוק, אבל נמשיך לדון בתנאים. מכאן שדוד לא עומד בתנאי תקנת השוק אין לו מה לטעון.

**אם הבנק עומד בתנאי התקנה התוצאה תהיה** שמשה כפוף למשכנתא ואם הבנק לא עומד נמחק גם אותו כי הוא לא יעמוד בתקנת השוק.

**צברי נ' דוידוב-** ביהמ"ש המחוזי קבע לפי הגישה שיש תקנת שוק. זה לא הייתה הלכה זה פס"ד מחוזי, ואז הוגש ערעור לביהמ"ש העליון, והערעור נקרא **"זלצר נ' אבירם" (ספטמבר 2017)-** פס"ד דחה את הערעור, זאת אומרת הוא קיבל את העמדה וזאת הלכה לפיה ס' 34 לחוק הוא תקנת שוק. אחד הנימוקים לטובת הגישה השנייה דווקא היה שבסעיף 34א אין דרישת תום לב ואין דרישת תמורה. אבל ביהמ"ש אומר כי זה דרישות שזה תמיד, זה עקרון על. התמורה של נכס המקרקעין הייתה 13 אחוז פחות ממחיר השוק, וביהמ"ש אומר שזה עדין בגדר תמורה ממשית ופוסק לטובת הקונה.

יש לשים לב, הרבה פעמים יש את מי לתבוע, וכאן דווקא מבחינה זאת יש סיום יפה כי נפסק כאן שרשם המקרקעין התרשל, ועורך דין של הוצאה לפועל התרשל.

המצבים שאנו רואים של תקנת השוק תמיד היה איזה שהוא נוכל, אך זה לא הכרחי והסיטואציה יכולה גם לקרות עקב טעות. תקנת השוק הוא כלל שאנו משתמשים בו בשני מצבים עיקריים:

**1.תוקף של עסקה או זכות-** אם ניקח את מינס נ' מורדכייב יש לנו תחרות, ולכן אין זכות קניינית היא לא תקפה אלא אם כן היא עומדת בתנאי תקנת השוק, אנו בודקים את הזכות של מורדכייב של הזכות של תקנת השוק, אם אנו רואים שהיא תקפה היא גם מנצחת בתחרות את הזכויות שקדמו לה. אם היא לא תקפה אנו אומרים שאין להם כלום, בעצם אנו בודקים את התוקף של העסקה הזאת, משום שהזכויות נמכרו על ידי מישהו שלא הייתה לו את הזכות למכור אותה, וזה השימוש הראשון והשימוש שראינו לתקנת השוק. בהמשך של הסמסטר אנו נראה עוד שימוש לכלל של תקנת השוק שבא לידי ביטוי בעקרון הזה שזכות קניינית קודמת בזמן היא כמובן מנצחת זכויות מאוחרות יותר, אלא אם כן הזכות המאוחרת עומדת בתנאי תקנת השוק.

## עסקאות נוגדות במקרקעין:

כדי שנהיה בסיטואציה של עסקאות נוגדות, צריך שיהיו לפחות שתי עסקאות במקרקעין או יותר שהן תקפות, שהן לא יכולות להתקיים יחד והראשונה בזמן היא לא קניינית. אם הראשונה היא קניינית אנו בתקנת השוק ולא בעסקה נוגדת.

בסעיף 161 לחוק המקרקעין, הכותרת שלו היא ביטול זכויות שביושר, והתוכן שלו הוא שמתחילת חוק המקרקעין אין זכויות במקרקעין אלא לפי חוק. חוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר שהיו כאן במקרקעין. היו אז רק שני סוגי זכויות: זכות קניינית וזכות אישית. החוק קובע שבמצב של עסקאות נוגדות במקרקעין, בטלו אין זכויות שביושר בדיון האנגלי אז על הסיטואציה הזאת חל סעיף 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.

הכלל הוא שהראשון בזמן גובר, אלא אם כן השני עומד בשלושה תנאים מצטברים: 1. תום לב 2. תמורה 3. רישום. דרישת הרישום היא רישום מלא של הזכות, אם זאת יעל היא צריכה לרשם כבעלים. לעניין התמורה, זה אותו עקרון שלמדנו בתקנות השוק, תמורה ממשית מבוצעת ולגבי תום הלב אז כל פעם שאנו נגיד תום לב, צריך לבדוק איזה? תום לב סובייקטיבי או דווקא אובייקטיבי? הפסיקה קבעה חדש משמעית, שתום הלב שנדרש בעסקאות נוגדות במקרקעין הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי, מה אומר תום לב אובייקטיבי? ביהמ"ש מבהיר לנו שקודם כל תום לב אובייקטיבי, משמעו בדיקת המרשם בזמן החתימה על החוזה שיוצר את העסקה.

זה אינו מספיק כי בחלק לא קטן מפסקי הדין, ביהמ"ש מתייחס לחובה נוספת והיא לבקר ולבדוק פיזית את הנכס. ישנן פסקי דין שמזכירים את החובה הזאת וישנן כאלה שלא מזכירים את החובה הזאת אבל יכול להיות שאי בדיקת הנכס לא תחשב כתום לב. למשל בפס"ד ע"א 7133/11 - במקרים מסוימים אי בדיקת החזקה במקרקעין עשויה לשלול את תום הלב של השני בזמן יש דוגמא נוספת והוא ערעור אזרחי 399/10 אומר בה"מ שתום הלב של הרוכש השני בזמן נבחן בשני היבטים מרכזיים: 1. היבט סובייקטיבי - האם הרוכש ידע על העסקה הראשונה בעת שהתקשר בעסקה שלו? 2. היבט האובייקטיבי - האם הרוכש השני בדק את מצב המקרקעין בשטח ובפנקס הרישום טרם עריכת העסקה?

בדיקה בטאבו הכרחית הלכה חד משמעית. לעניין החובה של הבדיקה הפיזית היא לפעמים מוזכרת כחובה ולפעמים היא מוזכרת כחובה במקרים מסוימים. אנו רואים שתום הלב הוא גם סובייקטיבי וגם אובייקטיבי, ותום הלב צריך להתקיים לא רק ברגע החתימה על החוזה, אלא עד הרישום.

**משנת 1999 התחיל שינוי מעשי -** פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב: אמר ביהמ"ש העליון (שינוי דרמטי) אמר שנכון חוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר מהדין האנגלי, אך אין שום מניעה שאנו ניצור זכויות ביושר מתוצרת הארץ, בעצם זה היה פס"ד שבו ביהמ"ש העליון הכריז מחדש, פתאום נוצרו זכויות שביושר כחול לבן מתוצרת הארץ שמכנים אותם כ"זכות מעין קניינית" - אבל כעת אנו מוספים את הזכות הזאת, שהיא יותר חזקה מהאישית אך פחות חזקה מהקניינית, זה הזכות מהיושר, זה זכות שאנו נותנים משיקולי צדק היא לא קבועה בחוק, זה זכות שבהימ"ש מעניק משיקולי צדק, ולכן היא פותחת פתח להרבה מאוד התפתחויות בפסיקה, אנו יכולים לדרוש ממנו גם כל מיני דברים והחוק אולי גם לא דורש ממנו את זה. מצד אחד זה עובד לטובתו ומצד שני בגלל שהוא מקבל זכויות מהצדק אפשר להטיל עליו זכויות מין הצדק, ובעצם השלב הבא הוא ממש מהפכה **הגיע בשנת 2003 פס"ד גנד -** הייתה קרקע שהייתה רשומה על שם בריטיש היא הבעלים הרשום, ובריטיש התחייב למכור " התחייבות למכר לנטריקיון", ונטריקיון יש להם זכות אישית, ואז הם התחייבו למכור את אותם מקרקעין לגנץ ולכן 17 שנה שלא רשמו כלום הם התחייבו שוב למכור את אותם מקרקעין לאפק.

מה שמעניין פה זה התחרות ביניהם, נשאלה שאלה מקדמית האם זאת התחייבות לעסקה במקרקעין? הרי נטריקיון לא הבעלים, אם זה התחייבות למכירת זכות אישית אז בעצם חוק המקרקעין לא חל ומה שחל זה חוק החוזים, אם זה התחייבות למכירה של זכות אובליגטורית אין בכלל דרישת כתב וסעיף 9 בכלל לא רלוונטי. לעומת זאת אם זה התחייבות לעסקה במקרקעין אז יחול סעיף 9.

אם חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, גנז גובר אלא אם כן אפק עומד בשלושת התנאים המצטברים שהם תום לב, תמורה ורישום (לא נרשם). גנז הוא זה שגובר. אבל יש לשים לב שפס"ד גנז יש חידוש מאוד מאוד משמעותי, אומרים שופטי ביהמ"ש העליון מסתכלים על הראשון ודורשים ממנו דרישות? הם יכולים להגיע לצורת חשיבה כזאת משום שיש לו זכות שביור. בפס"ד גנז השופטים קובעים שלראשון יש גם חובה, לא רק השני צריך לעמוד בדרישות אלא גם לראשון יש חובה. אומר ביהמ"ש גם מהראשון אנו דורשים תום לב, ומה בא לידי ביטוי דרישת תום הלב ברישום היא אובייקטיבית הראשון צריך לעשות כל שביכולתו על מנת לרשום הערת אזהרה בגין העסקה בטאבו, ובכך הוא לא מגן רק עך האינטרס העצמי שלו אלא הוא בעצם מתחשב באינטרס של אלה שבאים אחר כך, כמו למשל אפק, של כל מי שעשוי לעשות עסקה בשלב מאוחר יותר. בעצם בידיים הראשון יש לו את היכולת למנוע עסקאות נוגדות. הראשון הוא זה שיכול למנוע את התאונה המשפטית ולכן זאת גם חובתו. חלק מהשופטים סייגו את החובה הזאת למקרה המיוחד בגנץ (17 שנים) צריך לבדוק את הנסיבות הספציפיות בכל מקרה ועלינו לבדוק שלושה שיקולים:

1. עלינו לבדוק את משך הזמן. כמה זמן עבר בעסקה הראשונה לשנייה? זה תלוי. לביהמ"ש העליון לא כל התיקים מגיעים.

2. השיקול השני הוא האם אי הרישום הוא שגרם לתאונה המשפטית. אם השני לא בדק מה זה שהראשון כתב? לפעמים יש מניעה אמיתית ואי אפשר.

**ע"א 7113/11** ביהמ"ש העליון מסכם ואומר שלא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום הלב. או ידע על הראשון בזמן יגבר הראשון גם אם חטא באי רישום הערת אזהרה, מאחר שמודעות השני לקיומה של עסקה נוגדת, מנגדת את הקשר הסיבתי בין מחדלו של הראשון לבין התאונה המשפטית.

**פס"ד שניתן בחודש שעבר פבואר 2018 - ע"א 6107/13**: אכן המערערים נהגו ברשלנות בכך שנמנעו מלתעד ברישום את העסקה שעשו, ולו על דרך של רישום הערת אזהרה. בהתאם להלכת גנץ רשלנות זאת עשויה הייתה להוביל לדחיקת זכויותיהם מפני זכויותיהם של רוכשים מאוחרים תמי לב אפילו לא השלימו את רישום העסקה, אולם דברים אלה אמורים רק ברוכשים מאוחרים שהם תמי לב שלא כמו בעניינו. פס"ד חמוד נ' חרב – הסיפור הוא שהיה אב שהיה רשום כבעל הזכויות האב נפטר והוריש אותם לבן והבן ביצע התחייבויות נוגדות. הסיטואציה הזאת הראשון לא היה יכול לרשום הערת אזהרה עד שיוסדר הרישום על ידי הבן. זה לא רשלנות ולא חוסר תום לב שהראשון לא רשם, כי אי אפשר, ולכן בעצם אי אפשר לקחת את זה לרעתו.

**שיקולי צדק** - עלתה שאלה בפסיקה, מה קורה בסיטואציה של עסקאות נוגדות? האם גם פה יש מקום לשיקול שיקולי צדק בין המתחרים? יכול להיות שאחד יש לו שלושים מכסי מקרקעין והשני אין לו כלום. האם אנו יכולים לקחת בחשבון שיקולי צדק מכוח חוק התרופות ולהכניס לכאן? ביהמ"ש אומר שלא, כי הרי ס' 3(4) מתייחס לשני צדדים לחוזה, ובין גנץ לאפק אין חוזה ולכן השאלה הזאת עלתה מספר פעמים בפסיקה, ובהמ"ש חזר על ההלכה שקובעת שס' 3(4) לחוק התרופות לא רלוונטי כאן.

לעניין שכירות עד 10 שנים אין חובת רישום, אם למשל יש לי התחייבות למכר אל מול שכירות קצרה, ולכן יש סעיף מיוחד בחוק המקרקעין שעוסק בעסקאות נוגדות בין שתי שכירויות קצרות. סעיף 80 לחוק קובע את אותו עקרון בדיוק אבל במקום רישום הוא דורש אחזקה. אלא אם כן השני עומד בשלושת התנאים המצטברים הבאים שזה תום לב תמורה וחזקה. מזאת תמורה? תמורה הרי בשכירות, אנו בוחנים את התמורה ביחס לכל תקופת השכירות, אנו מעדיפים את הראשון ואנו נותנים לשני לנצח רק שאנו צריכים להגן על האינטרס ההסתמכות שלו ואם הוא שילם רק לחודשים זה לא כל כך נורא אם הוא ילך לחפש למקום אחר, אנו צריכים שדרישת התמורה ושתועבר כאן תמורה ממשית. פס"ד שנקרא חווה מקורה- ביהמ"ש אומר כי הייתה שם סיטואציה ששילמו טיפה יותר מחצי אבל גם השקיעו בנכס, גם פה אם לא שילמת תמורה ממשית אז אין סיבה להעביר את הניצחון. תום לב אובייקטיבי- אנו רואים שיש שינוי מסעיף 9 – לבדוק בטאבו. כאן הבדיקה בטאבו לא תהיה הגיונית, לבקר בנכס יכול להיות דרישה אובייקטיבית משום שזה תלוי נסיבות. ישנן מקרים שאי אפשר לבקר את הנכס, דרישת תום הלב כאן היא דרישה אובייקטיבית אך זה תלוי נסיבות.

מה קורה אם יש ערבוב?  
למשל אם הראשונה זה התחייבות למכר והשנייה היא התחייבת לשכירות? אז מה שאנו עושים בסיטואציה כזאת אנו נשלב בין הסעיפים, הם קובעים את אותו דבר הדבר היחיד שמשנתנה זה רישום מול חזקה, הדרישה היא שהזכות השנייה תהיה קניינית, ניתן להגיד בסיטואציה כזאת שאנו עושים קונבנציה בין הסעיפים וכך הראשון גובר אלה אם כן השני עומד בשלושת התנאים המצטברים.

### תרגיל בדיני קניין – עסקאות נוגדות

#### שאלה ראשונה

בתאריך 10.1.2017 התחייב שמואל להעביר ליצחק את זכות הבעלות בדירתו שברחוב רבין 10 ברמת גן (להלן: "הדירה"). ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. במעמד חתימת החוזה שולמה 50% מהתמורה. נקבע כי ב- 1.4.2017 תשולם יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום בטאבו.  
בתאריך 1.2.2017 התחייב שמואל להעביר לדפנה את זכות הבעלות בדירתו המוזכרת לעיל, לאחר שדפנה ביקרה בדירה ומצאה אותה מתאימה לצרכיה. ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. יש לציין כי דפנה בדקה את המרשם בטאבו וראתה כי הדירה רשומה אכן על שם שמואל. דפנה שילמה 80% מהתמורה במעמד חתימת החוזה, ובהסכמתו של שמואל החלה מיידית בשיפוץ הדירה. סוכם כי ביום 1.3.2017 תשלם דפנה את יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום. דפנה לא רשמה לטובתה הערת אזהרה לאור לוח הזמנים המהיר לביצוע העסקה.  
ביום 2.2.2017 דאג עורך דינו של יצחק לרישום הערת אזהרה בגין ההתחייבות.  
ביום 1.3.2017 הגיעה דפנה ללשכת רישום המקרקעין, ונדמה לגלות כי קיימת מניעה מלרשום את העסקה לאור הערת האזהרה הרשומה לטובת יצחק.  
מי יזכה לאכיפת החוזה עם שמואל – יצחק או דפנה?

#### **פתרון מרצה:**

שמואל הוא הבעלים המקורי, יש כאן התחייבות למכר והיא בכתב, התחייבות הזאת בוצעה ב-10.1.17 התחייבות למכר ליצחק. יש לנו 50% תמורה, אנו גם יודעים שב-2.2 נרשמה הערת אזהרה, וזה היה העסקה הראשונה. העסקה השנייה- הייתה התחייבות למכר והיא בוצעה ב-1.2 וזה לטובת דפנה, וזה 80% תמורה, היא התחילה לשפץ אז היא קיבלה חזקה. היא לא רשמה הערת אזהרה, אך היא בדקה בטאבו ובדקה פיזית בשטח. אנו רואים שיש כאן עסקאות שלא יכולות להתקיים כאן, ולכן אנו מבינים שיש לנו עסקאות נוגדות במקרקעין והסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9. הסעיף אומר לנו שהראשון גובר אלא אם כן השני עומד שזה דפנה בשלושת התנאים המצטברים: 1. תום לב סובייקטיבי ואובייקטיבי. 2. תמורה יש, היא משפצת. 3. רישום- אין. אם אין רישום לפי ס' 9 היא צריכה להפסיד, אך אם השני מפסיד בגלל דרישת הרישום אנו עוברים לשלב הבא והוא פס"ד גנץ- האם הראשון- יצחק רשם הערת אזהרה? יש לבדוק את הנסיבות. 21 ימים לא היה רשום הערת אזהרה (לפי המחמירים זה לא תופס) לדעת המרצה זה יותר מדי, כל הרעיון הוא ללכת ולעצור את זה, אין לנו פה הלכה, זה תקופת זמן שאני אתלבט מה לעשות. האם אי הרישום הוא שגרם לתאונה המשפטית? הרי אם הוא היה רשום יום קודם הוא היה יכול לעצור את העניין הזה. אם אי הרישום לא נתונה אז אין סיבה מיוחדת. יש כאן נתון שלא התייחסנו אליו – דפנה בעצמה לא רשמה הערת אזהרה, זה נראה לה לגיטימי היא חודש ימים לא רשמה לעומת יצחק שלא רשם 21. זה שיקולי צדק, זה מאזן צדק וניתן לקחת בחשבון גם את זה, אחרי כל זה, צריך להשתמש בשיקולים ובכוונה יש השיקולים הללו.

#### **שאלה שניה**

דני מנסה מזה חודשים רבים להשכיר את הווילה שבבעלותו, אך לא מצליח למצוא שוכר מתאים.  
ביום 1.6.17 נפגש דני עם אחותו שרה, אשר גרה בדירה שכורה. שרה סיפרה לדני כי חוזה השכירות שלה הסתיים וכי אינה מוצאת דירה אחרת שניתן לשכור במחיר סביר. בטוב ליבו הציע דני לאחותו כי תעבור לגור בוילה, למשך שנה, תמורת דמי שכירות סמליים של 50 דולר לחודש, החל מ-1.7.17. דני ואחותו חתמו על הסכם שכירות מתאים.

ביום 5.6.17 פנה אל דני שמעון, אשר רצה לשכור ממנו את הווילה לאחר שראה אותה ומצא אותה מתאימה לצרכיו. שמעון אף הסכים לשלם לדני את כל דמי השכירות במזומן מראש. דני הניח כי אחותו תבין שבנסיבות כאלה לא יוכל לעמוד בהסכם עימה, ועל כן חתם על הסכם שכירות עם שמעון, בו התחייב להשכיר לשמעון את הדירה למשך שנה, החל מ-1.7.17. שמעון שילם את דמי השכירות לכל השנה, מראש. שמעון לא ידע על ההבטחה של דני לאחותו.

למחרת חתימת ההסכם עם שמעון (ביום 6.6.17), סיפר דני לאחותו כי הצליח להשכיר את הווילה ועל כן לא יוכל לאפשר לה להתגורר בה כפי שסיכמו, אולם אחותו של דני עומדת על כך שדני ימלא אחר ההסכם עימה.

1. הכרע בין זכויותיהם הנוגדות של האחות ושל שמעון ביחס לוויילה, נכון ליום 6.6.17.
2. האם תשובתך היתה משתנה, לו במקום הסכם שכירות לשנה, היה דני חותם עם שמעון על הסכם חכירה ל-11 שנים, ושמעון היה נכנס לגור בוילה כבר ביום חתימת ההסכם (5.6.17)?

הראשונה היא לא קניינית ולכן מדובר בעסקאות נוגדות. הסעיף הרלוונטי הוא ס' 80 לחוק המקרקעין שקובע כי הראשון גובר אלא אם כן השני שזה שמעון עומד בשלושת התנאים המצטברים: 1. תום לב 2. תמורה 3. חזקה. לגבי התום לב יש סובייקטיבי כי הוא לא ידע, אין כאן גם בעיה עם התמורה שלו משום שהוא שילם הכל, אך מה הוא לא קיבל? את המקרקעין הוא לא עומד בתנאי השלישי. התוצאה היא ששרה יכולה לאכוף את החוזה על דני ולכן אין לו ברירה אלא לקיים את החוזה. ב-5.6.17 יש לנו התחייבות לשכירות ל-11 שנים, זה כבר לא שכירות קצרה. התמורה נמדדת וצריכה להיות לפי תקופת השכירות בכללותה. כאשר אתה משלם בשנה מתוך 11 אתה לא יכול לעמוד בתמורה ממשית מבוצעת.

### **עסקאות נוגדות- כאשר אחת הזכויות היא זכות חלשה:**

כאשר אנו מדברים על זכות חלשה, אנו מדברים בעיקר על שתי זכויות. זכות אחת היא זכות השאילה- היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה. בעצם זה שכירות ללא תמורה. לפי ס' 29 לחוק השכירות והשאילה:

#### **סיום השאילה**

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

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

גם אם השאלתי לו את זה, עדיין אני יכולה לבוא ולהגיד לו שאני רוצה את זה בחזרה, זוהי זכות חלשה. המשאיל יכול לחזור בו.

עוד זכות חלשה באה לידי ביטוי בהתחייבות לתת מתנה, כל עוד אנו מדברים על התחייבות למתנה, אפשר לחזור בי וזאת בהתאם לתנאים המנויים בחוק. כאן חל ס' 5 לחוק 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 ממתנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

מה שאנו רואים בסעיף הזה, זה שמי שנותן מתנה ומתחייב לתת מתנה, **עד שהמתנה לא הפכה להיות מוגמרת** בקשת רחבה של מצבים הוא יכול לחזור בו. לכן, מה שיש לי התחייבות לקבל מתנה, ההתחייבות שלי היא חלשה, הצד השני יכול לחזור בו.

### **פס"ד חדש- לא היה שנה שעברה!!**

**בע"מ 4778/17 פלוני נ' פלוני-** היה כאן אבא, שהחליט לתת מתנה לבן שלו חלקת קרקע. האבא כתב **תצהיר** ובתצהיר היה כתוב שהוא נותן במתנה לבן את אותו חלק של החלקה, והיה כתוב בתצהיר: "אני שומר על זכותי לבטל את המתנה בהתאם לזכות המוענקת לי בחוק המתנה... ובהתקיים בתנאים של החוק..". האבא בתצהיר במפורש שומר לעצמו, **במקביל לתצהיר האבא חותם על ייפוי כוח בלתי חוזר להעביר את הנכס אל שם הבן**. יש לנו כאן, **שני דברים סותרים-** בתצהיר מצד אחד האבא שומר על הזכות שלו לחזור מצד המתנה מצד שני שאתה נותן ייפוי כוח בלתי חוזר אתה מוותר על הזכות לחזור כך ולכן יש לנו כאן שני מסמכים סותרים ויש להחליט מה גובר על מה? חצי שנה לאחר כך, האבא מתחרט (האבא הזה נתן חלקות אדמה לכל ארבעה, הוא החליט לחזור ולקחת את כולם אליו, ורק הבן לא רצה). בביהמ"ש לענייני משפחה הוכרעה התביעה לטובת הבן שכן חתם האב על ייפוי כוח בלתי חוזר. האבא מערער למחוזי וביהמ"ש המחוזי הכריע לטובת האבא, **ומוגשת בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון-**

ביהמ"ש דוחה את בקשת הערעור וקובע את הדברים הבאים:

הדעה הדומיננטית בפסיקה ובספרות היא כי ייפוי כוח בלתי חוזר, מהווה ככלל ובהיעדר ראיות אחרות משום ראיה לוויתור של נותן המתנה על זכותו לחזור בו מהתחייבותו. דבר נוסף אומר ביהמ"ש שלשונו של חוק המתנה ברורה ולפיה המחוקק ביקש להשאיר לנותן את הכוח לחזור בו מהתחייבותו כל עוד לא הושלמה המתנה. ככל ובהיעדר ראיות אחרות- התצהיר שבסעיף המפורש שזה הוראות אחרות. אבל, מכיוון שבתצהיר זה נאמר במפורש וזה משכנע אותנו שהאב כן השאיר לעצמו את אופציית החזרה.

מה שאנו רואים זה שביססנו את הטיעון של שאילה והתחייבות לתת מתנה אל זכויות חלשות. איך זה יכול לבוא לידי ביטוי בעסקאות נוגדות? או בזכות מתחרה ראשונה או בזכות מתחרה שניה. הסיטואציה של התחרות בין השניים חל ס' 9 לחוק שהראשון גובר אלא אם השני עומד בשלושת התנאים המצטברים בתנאי התמורה – **מתנה לעולם לא תעמוד ולכן היא תמיד תפסיד**. ולכן אם התחייבתי למכור את הדירה ליוסי בכסף ולשני אני נותנת במתנה, יוסי הוא זה שיזכה משום שהמתנה לא עומדת בתמורה. תמורה היא תנאי קריטי כדי לנצח אנו מעדיפים את הראשון.

המקרה המסובך יותר מעסקאות נוגדות זה התחייבות למתנה:

התחייבתי לתת את הבן של את הדירה במתנה ולאחר מכאן התחייבתי לתת ליוסי. סיטואציה דומה לזאת הייתה **בפס"ד מחוזי דיעבד נ' דיעבד**: יש לנו שני אחים- אח א' בעלים של קרקע והוא מתחייב לתת את הקרקע במתנה לאחיו השני, ולכן יש לנו התחייבות למתנה לאח ב'. אך אחר כך, אח א' מתחייב למכור את אותה קרקע בדיוק לאדם בשם חאג'זף – הוא רשם הערת אזהרה, שילם את מלוא תמורה, היה תם לב גם סובייקטיבי וגם אובייקטיבי, הוא לא ידע. בשלב הזה נודע לו על התחייבות לאח ואחר כך אחרי שנודע לו הוא נרשם כבעלים. **מה שאין לנו זה רישום תום לב-** כאן הוא כבר ידע שיש בעיה.

**ביהמ"ש צריך להכריע בה- ביהמ"ש המחוזי מכריע לטובת השני והוא נותן שלושה נימוקים לכך:**

#### **1. הנימוק הראשון-**

התחייבות למתנה אפשר לחזור בו. אומר ביהמ"ש המחוזי שניתן לחזור גם בהתנהגות, ואם האח מכר את המקרקעין הוא בעצם אומר שהוא חזר בו מהתחייבות למתנה, ואז אין כאן שום תחרות ואנחנו לא צריכים את סעיף 9, אז ברור שחגי'אפי מנצח.

#### **2. הנימוק השני-**

נניח שכן יש לנו התחייבויות תקפות, אז בעצם יש לנו עסקאות נוגדות במקרקעין ועל עסקאות נוגדות במקרקעין חל ס' 9 אבל הנחת המוצא של סעיף 9 היא שיש שני צדדים בעלי אינטרס שווה. בתחרות בניהם נותן המחוקק עדיפות לראשון בזמן, אבל לא כך אומר המחוזי כאשר האינטרסים המתמודדים לא שווים. בתחרות בין זכויות מקום בו העסקה הראשונה בזמן היא התחייבות למתנה והעסקה השנייה היא התחייבות למכר שנעשתה בתמורה ובתום לב, ראוי לפרש את סעיף 9 כך שידו של הרוכש השני תהיה על העליונה. משום שאין להשוות את אינטרס הצפייה והסתמכות ורמת הפגיעה של מי שהתחייבו כלפיו לתת מתנה למי ששילם תמורה מלאה עבור הנכס.

#### **3. הנימוק השלישי-**

מצוי בהלכת גנץ וגם אם היינו דורשים מהשני את הרישום בתום לב שאין לו (הראשון לא רשם הערת אזהרה- גרם לתאונה המשפטית). ממשיך ביהמ"ש המחוזי ואומר כי עם זאת יהיה מקרים שמי שהתחייבו בפניו לתת לו מתנה כבר שינה את מצבו לרעה או הסתמך על ההסתמכות ואז ביהמ"ש אומר שייטכן והתוצאה תהיה שונה, זה פסיקה מחוזי ולא הלכה. **ביהמ"ש העליון** חזר על אותם דברים **בפס"ד לנידאו נ' הולנד** - הוא מתייחס גם לסיטואציה הזאת. ביהמ"ש העליון אומר כי לזכות התחייבות במקרקעין היא זכות מעין קניינית פה שמדובר בהתחייבות למתנה ביהמ"ש העליון אומר **שמדובר "מעין זכות מעין קניינית שברירת וחלשה"**. לכן בתחרות הזאת נקודת המוצא צריכה להיות העדפת הזכות האחרת. אבל, מידת השבריריות של הזכות תלויה בנסיבות – איך אנו נחליט מתי בכל זאת נעדיף את הראשונה? קודם כל, אנו נבדוק האם הזכות הראשונה נעשתה בתום לב? כאשר אני מתחייבת לתת למישהו מתנה (תמיד תהיה נורת האזהרה) אנו רוצים להסיר ספק שלא מדובר באיזה שהיא קנוניה למטרת הברחת נכסים. אנו נבדוק אם התחייבות למתנה היא שברירית וחלשה, לא תהיה כך ככל שנותן המתנה פחות יכול לחזור בו (יפוי כוח בלתי חוזר) ככל שמקבל ההתחייבות יותר שינה את מצבו לרעה ויותר הסתמך עליה, כך הזכות תהיה פחות שברירית ופחות חלשה, וכך ייתכנו מקרים שנחליט להעדיף אותה ואי אפשר לחזור ממנה. אם הראשון היה רושם הערת אזהרה – השני לא היה תם לב כי הוא רואה את זה וכך הוא לא יכל לנצח, ביהמ"ש לא מסייע לאנשים חסרי תם לב.

**פס"ד ע"א 3648/15- עזבון כמאל נ' עזבון נאחס:** אישה שהיא בעלים של נכס מקרקעין ושמה אניסה. 8/8/95- היא חותמת על תצהיר לפיו היא נותנת במתנה את הנכס שלה לשניים מהנכדים שלה. 10/1/96- היא מתחייבת למכור את המקרקעין האלה לקמל, הוא רשם הערת אזהרה והמרשם בטעות מחק אותה. בשנת 2000 הנכדים נרשמו כבעלים של הנכס. ביהמ"ש המחוזי אמר שיש לנו כאן תחרות **שחל כאן ס' 9** – ההתחייבות למתנה הפכה למתנה (זכות קניינית) השני לעולם לא יוכל להשלים את התנאים ואומר המחוזי כי עסקת המתנה גוברת כי הסתיימה ברישום וכך בעצם השני לא יוכל לעמוד בתנאים.

#### **קמאל מערער לביהמ"ש העליון-**

**הנכדים רק 26.9.96** חתמו על תצהיר לפיו הם מקבלים את המתנה, אומר ביהמ"ש שהסכם מתנה הוא חוזה לכל דבר, וחוזה צריך קיבול- אבל מתנה היא חוזה מיוחד, ניתן להעניק בצורה חד צדדית, אך היא מוגדרת כחוזה. לכן, עניינים שבהם חוק המתנה לא עוסק יש לפנות לגביהם לחוק החוזים. **ס' 3 לחוק המתנה** קובע חזקה שמקבל המתנה הסכים למתנה, אלא אם כן הוא מודיע שהוא מסרב לקבל אותה תוך זמן סביר מיום שנודע לו עליה. ברגע שאני יודעת שמישהו נותן לי מתנה אם אני יודעת ושותקת זה קיבול, **אך אם אני לא יודעת** אין קיבול. ביהמ"ש אומר כי **בהיעדר קיבול החוזה בכלל לא השתכלל**. פה הנכדים הצהירו שנודע להם על המתנה ב-26.9 והם לא ידעו עליה קודם. **מה שראשון התחייבות למכר לקמל היא הופכת להיות ראשונה ואם המתנה היא השניה אף פעם לא יהיה לה את התמורה אך הם לא עומדים בתנאי התמורה.**

## **זכות מעין קניינית:**

נניח שיש בן אדם שקוראים לו דני והוא בעלים של דירה, והוא מתחייב למכור ליעל. אנו למדנו שתהליך לוקח זמן עד שיעל תשלם את כל התשלומים ועד שהיא תעביר את הדירה על שמה בטאבו לוקח זמן. דני חייב כספים לבנק ויום אחד הבנק מבקש להטיל עיקול על הנכסים של דני וכך רואים שיש תחרות בין יעל לבין המעקל שהוא עיקל את הדירה שהיא עדיין רכוש של דני.

קודם כל עד לחקיקת חוק המקרקעין היו חוץ מהחוקים היו זכויות שביושר, המשמעות של הזכות שביושר האנגלית הייתה שהראשון יש לו זכות שביושר שהמשמעות שלה היא שהוא מנצח כל מי שלא רכש זכות בתום לב ובתמורה בנכס. **ס' 161 לחוק המקרקעין-** ביטל את הזכויות שביושר, אמר שאין זכות במקרקעין אלא לפי חוק זה, ואז הגיעה הסוגיה הזאת לביהמ"ש.

**פס"ד בוקר-** מי שמנצח זה המעקל, ויותר מכך ביהמ"ש אמר שגם אם הראשון היה רושם הערת אזהרה לטובתו זה לא היה עוזר לו העיקול היה מנצח, משום שגם אם היא רושמת הערת אזהרה, עדיין אין לה זכות בנכס, זה הנכס של דני והמעקל עיקל אותו. כתוצאה מפס"ד בוקר- תוקן חוק המקרקעין והוסף ס' 127 לחוק, שקובע שאם הראשון רושם הערת אזהרה היא מגנה מפני עיקול.

#### **שנת 1999-**

**פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב:** אומנם דיני היושר האנגלי בוטלו בס' 161 לחוק המקרקעין, אבל אפשר ליצור זכויות שביושר חדשות מתוצרת הארץ וזה פס"ד שיצר לנו את הזכות שביושר ואנו קוראים לה זכות מעין קניינית. הזכות הזאת מגנה מפני מתחרה מאוחר יותר, אלא אם כן לפי הכללים מדובר במי שרכש בתום לב ובתמורה. הזכות מעין קניינית יוצרת קשר ישיר לנכס עצמו ולכן היא גוברת על העיקול המאוחר יותר. **אם הראשון לא רושם הערת אזהרה הוא גובר מכוח הלכת אהרונוב וככזה הוא גובר על עיקול מאוחר יותר שמוטל עקב חובות של דני.**

גנז הגיע אחרי אהרונב דורש לרשום הערת אזהרה – עלתה השאלה האם עכשיו גנז לא משפיע על הלכת הארונב? הרי הלכת אהרונב שיעל מנצחת, אחרי גנז עלתה השאלה האם עדיין למרות הלכת גנז ראשון בתחרות כזאת עם עיקול שלא רשם הערת אזהרה הוא צריך לנצח. התשובה לשאלה הזאת נתנה בפס"ד שנקרא **"בנק המזרחי נ' גדי"**. הראשון לא מפר את חובתו כלפי מעכל שהטיל עיקול לאחר היווצרות זכויותיו אם הוא לא רשם הערת אזהרה. אנו לא נעניש את הראשון אין לו חובה כלפי מעקל. ביהמ"ש אומר שבהלכת גנז הוטלה על הראשון למנוע תאונה משפטית וזו לא תאונה משפטית אלא זה תאונה כלכלית כי הרי המעקל אין לו עניין בנכס הספציפי הוא רוצה כסף אז זה לא שיש לו קשר ישיר לנכס ולכן זה לתאונה משפטית ביחס לנכס אלה תאונה כלכלית. אין חשיבות לאי הרישום לרשימת אזהרה על ידי הראשון כאשר השני הוא המעקל.

ביחד שתי ההלכות אומרות לנו שבמצב הזה יעל מנצחת.

נשאלת השאלה מה קורה בהתחייבות למתנה? הרי יש כאן רק זכות מעין קניינית זה זכות מאוד חלשה.

סיטואציה דומה לזו הגיע **לביהמ"ש לנידאו נ' הולנד**:

יש לנו סבתא, שהיא הבעלים של איזשהו נכס מקרקעין,

וב1997 היא מתחייבת לתת מתנה לנכדים בתנאי שהם חיו שם. הסבתא בחרה רק בת אחת ושניים מתוך הנכדים והיא מתחייבת לתת להם את הדירה והם יודעים על התחייבות והתחייבות תקפה.

ב2002 מוטל עיקול על הדירה בגלל חובות של סבתא, הנכדים לא רשמו הערת אזהרה וזה יכל לפתור את הבעיה. הבת טוענת לפי הארונב וגדי אך העיקול אומר שזה לא אותו דבר כי פה זה התחייבות למתנה. הסבתא בחרה את אותם אנשים כי למשפחה הזאת היה עסק כלכלי שהתחיל להיות עם קשיים ובגלל זה הם מטלים על הנכס. ביהמ"ש העליון אומר שקודם כל צריך לבחון אם זאת עסקה למראית עין, ביהמ"ש העליון אך החליט שלא. בהנחה שלא והחזרה לא במראית עין אז ביהמ"ש אומר שזה לא אותו דבר שהתחייבות למתנה התחייבות למכר. הוא מדבר על היכולת של נותן ההתחייבות לחזור בו, ביהמ"ש מזכיר את היכולת של נותן התחייבות לחזור בו, ביהמ"ש אומר שהזכות הזאת היא מעין זכות מעין קניינית, והוא מדבר על האינטרסים השונים ובסופו של דבר הוא אומר שבאיזון שבין מקבל התחייבות למתנה לבין המעקל יש להעדיף את המעקל כנקודת מוצא, ונקודת המוצא היא העדפת המעקל.

אבל- **מידת השברירות של התחייבות למתנה היא תלויה בנוסבות** וישנן מקרים שבהם בכל זאת נעדיף את מקבל ההתחייבות למתנה. מתי? שהזכות שלו היא לא כל כך חלשה- אנו קודם כל בודקים האם נותן או מקבל המתנה הם תמי לב? אחר כך אנו בודקים מהי מידת ההסתמכות של מקבל ההתחייבות למתנה כשהיא שלובה במידת יכולותיו של הנותן לחזור בו ממנה. האם המעקל תם לב? אם הוא ידע על המתנה אנו לא נרצה לעזור לו. אם נגלה שבאמת יש כאן מתנה בתום לב שאי אפשר לחזור ממנה והסתמכות רצינית אז יכול להיות שהראשון ינצח והתחייבות המתנה ינצח ונקודת המוצא היא העדפת המעקל.

**פס"ד פימה נ' רשות המיסים**- יש הורים שיש להם נחלה ובכפר הזה שהם גרים אז אפשר להקצות חלק מהנחלה לבן ממשיך. ההורים נותנים לבת שלהם את האפשרות לתת לה את אותו חלק במתנה. הילדה עם בעלה בונים שם בית, מגדלים שם ארבעה ילדים חיים שם 25 שנים אבל מבחינה פרוצדורלית שום דבר לא השתנה, הזכויות של הילדה ובעלה לא נרשמו בשום מקום. באיזה שהוא שלב האבא והאימא מתגרשים ואז האבא חותם על ייפוי כוח בלתי חוזר להעביר את החלק הזה לבת ובעלה. באים הנושים של האבא וביניהם רשות המיסים ומעקלים את חלקו בנחלה, והחלק שלו כולל גם את החלק שבו גרה הבת עם בעלה. יש כאן התחייבות למתנה עם הבת לבין העיקול שבא אחר כך- **לפי הלכת לנדאו נק' המוצא היא להעדיף את המעקל והמעקל היה תם לב פה, הוא לא ידע שנתנו לבת והתחייבו לה למתנה**. אבל, המתנה הייתה אמיתית בתום לב וזה לא היה כדי להבריח נכסים. יש כאן הסתמכות מקסימלית, אם חיים שם כבר 30 שנה ומצד שני האבא לא יכול לחזור בו כי הוא חתם על ייפוי כוח בלתי חוזר ובמצב כזה אנו נעדיף דווקא את התחייבות למתנה, כי בנוסבות האלה היא לא מעין זכות מעין קניינית לא ממומשת אלא היא זכות הרבה יותר חזקה.

אנו כל הזמן מדברים על תחרויות בין שתי זכויות אך במציאות אנו מוצאים את עצמנו עם הרבה יותר תחרויות. לסדר את העניינים לפי לוח הזמנים.



תחרויות שבהם העיקול הוא ראשון. אנו מדברים על המקרקעין, וכאשר אנו אומרים שהעיקול הוא ראשון קודם כל צריך לשאול את השאלה האם הוא רשום בטאבו או לא. עיקול זה צו שזה או על ידי ביהמ"ש או על ידי הוצאה לפועל. למשל הבנק מבקש לעזור לו לגבות כדי שיהיה אפשר למכור אותה ובכך לקבל את החוב. בשלב הזה יש לנו צו אבל הוא לא רשום בטאבו, ובשלב הבא הוא צריך לדאוג לרישום בטאבו ובכדי שכולם ידעו שהעיקול הוא רשום. **בעצם יש לנו שתי אפשרויות:**

1. עיקול לא רשום

2. זכות אחרת

הסוגיה הזאת נדונה בפס"ד של ביהמ"ש העליון שנקרא ברוקס נ' דרורט- מוריס ברוקס עבד בחברת דרורט והחברה חשבה שהוא גנב ממנה כספים/ סחורה ולכן היא הגישה נגדו תביעה בסך של 350,000 ש"ח ובמסגרת התביעה היא ביקשה שיוטל צו עיקול זמני על חלקו בדירת המגורים שלו ושל אשתו. אפשר לבקש צו עיקול אפילו שאין פסק דין. יש לנו דירת מגורים של מוריס ורינה ברוקס ומוריס הוא הבעלים של 50% ועל החלק שלו הטילו עיקול זמני. צו העיקול נרשם בטאבו אבל בגלל טעות מנהלית במזכירות בית המשפט הצו הוסר בטעות והרישום בטאבו נמחק והיה פה עוד טעות כי המזכירות אחר כך גילתה את הטעות שהם בטעות הסירו אותו והם שלחו מכתב לחברת דרורט והם אמרו שבטעות הם הסירו את הרישום של העיקול ועכשיו הם הסדירו, אך בפועל העיקול לא נרשם שוב. ברור כי יש כאן פשלה של מזכירות בתי המשפט, ואחר כך אפשר לתבוע אותם לרשלנות. אך מה שאנו שואלים זה למי יש זכות עם עניין הדירה. בנייתם הזוג ברוקס רינה ומוריס התגרשו, ובמסגרת הסכם הממון בניהם שאושר בבית המשפט נקבע שהדירה כולה תעבור לרשותה של רינה ובהתאם גם נרשמה הערת אזהרה לטובת רינה. בהמשך התביעה של דרורט נ' מוריס התקבלה וביהמ"ש אכן קבע שצו העיקול הזמני יהפוך לקבוע אבל אז התברר שהוא בכלל לא היה רשום וגם התברר שאם עכשיו ירשמו אותו אז הוא רשום אחרי הערת אזהרה לטובת רינה. זאת אומרת, העיקול נוצר קודם ואחר כך יש לנו את זכות של רינה, אנו נתייחס לכך כהתחייבות למכר זאת אומרת כל הדיון שלנו הוא על החלק של מוריס בדירה, קודם כל יש עיקול לא רשום ואחר כך יש התחייבות לרינה שזה כמו התחייבות למכר שמגובה בהערת אזהרה. ביהמ"ש העליון- יש שתי דעות בספרות האקדמית והמשפטית לעניין איך אנו פותרים כזאת תאונה (תאונה כלכלית). ההצעה הראשונה היא של פרופסור דויטש שהוא מציע לעשות כאן היקש מדיני העסקאות הנוגדות – הראשון גובר אלא אם כן השני שפה זאת רינה עומדת בשלושה תנאים מצטברים (1. תום לב 2. תמורה 3. רישום) על פניו אנו רואים שרינה כאן לא עומדת אנו גם בספק שאם היא עומדת בתנאי תום הלב, אנו בספק כי המשפט התחיל שהם היו זוג נשוי ולכן אפשר לבוא ולהגיד שלא ידעתי מכל הסיפור הזה זה בעיה. לכן אם אנו נילך לפי הגישה של מיגל דויטש מי שינצח זה העיקול דרורט.

הגישה השנייה- גישתו של פרופסור ויסמן שאומר כי לא צריך כאן לדרוש מהשני לעמוד בשלושת התנאים: הרי עיקול זה לא זכות בנכס, העיקול הוא יותר חלש ולכן בשביל לנצח אותו כל מה שצריך זה תום לב והוא מתכוון לתום לב סובייקטיבי זאת אומרת אם הבן אדם ידע על העיקול או חשד אז הוא יפסיד. גם אם נילך דרורט ינצח. דבר זה גרם לביהמ"ש העליון לא להכריע בניהם, יש כאן שתי גישות ואז הוא השאיר אותנו בסיטואציה שנצטרך לבחון גם את זה וגם זה, ויש מקרים שכל אחת מהגישות תביא לכל אחרת.

### **אפשרות שניה -**

1. עיקול רשום (בטאבו)

2. זכות אחרת

נניח שיש לנו את אורי שהוא בעלים של דירה ואיזה שהוא נושה בנק למשל הטיל עיקול על הדירה שלו בגלל חובות לבנק והעיקול נרשם בטאבו, ואז אורי בא ומתחייב למכור את הדירה שלו ליעל ויש לנו התחייבות למכר ליעל. אנו דיברנו על לא מעט סוגים של תחרויות.

### **עסקאות נוגדות במיטלטלין:**

חל סעיף 12 לחוק המיטלטלין. אם מוניקה הייתה מוכרת לחיה וחיה הייתה הבעלים ניתן לנצח רק באמצעות תקנת שוק. אבל פה אין דבר כזה, יש סיטואציה של התחייבות למכר, וזה מצב של עסקאות נוגדות במיטלטלין. ס' 12 לחוק המיטלטלין- 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 או בתמורה, זכותו עדיפה. הראשון גובר אלא אם כן השני עומד בשלושת התנאים המצטברים (תום לב, תמורה וחזקה.) אם היא ידעה שחיה הציעה 10,000 ש"ח ומוניקה התחייבה למכור לה אז היא לא תמת לב, אם גלית ידעה היא מפסידה וזאת אפילו שהיא שילמה ולקחה את השרשרת מבחינה משפטית מי שמנצח זה חיה. תמיד אנו צריכים לשאול את עצמנו איזה תום לב שזה סובייקטיבי או אובייקטיבי? מה זה אומר? סובייקטיבי- מה היא ידעה? אובייקטיבי- מה אדם סביר היה עושה?

אבל שמדובר בשרשרת אין לנו דבר כזה, פה לגלית אין תום לב סובייקטיבי אז היא הפסידה. נשאלת השאלה מה קורה אם פתאום נתקל בסיטואציה שלמשל יהיה לנו התחייבות למתנה ואחר כך עסקה אבל במיטלטלין כמעט ולא הגיעו לביהמ"ש. נניח שמוניקה לא התחייבה למכור לחיה אלא היא התחייבה לתת מתנה (כתב) ואחר כך היא מוכרת לגלית. אנו בסיטואציות האלה נעשה היקש מהחומר שלמדנו, ואנו נייבא את ההלכות לגבי מקרקעין. חייב להשתמש במונח "היקש".

הדבר היחיד והנוסף שניתן להוסיף זה את ס' 30 לחוק ההוצאה לפועל- שהוא עוסק בעסקאות במטלטלין שעוקלו, והסעיף הזה קובע כך שעסקה שלא לפי הוראות חוק זה שנעשתה במטלטלין שעוקלו בטלה כלפי מנהל לשכת ההוצאה לפועל אך אין בהוראה זאת כדי לפגוע בהגנה הניתנת על פי כל דין לרוכש מיטלטלין בתום לב. יש לנו פה סיטואציה שלדפנה יש תמונה ששווה המון כסף ודפנה חייבת הרבה מאוד כספים ולכן מוטל עיקול על ידי הוצאה לפועל. עיקול על תמונה איפה יכתבו אותו? עכשיו דפנה הולכת ומציעה לשוכר אומנות לקנות ממנה את התמונה והוא קונה אותה, אבל בעצם אסור היה לה למכור כי הנכס מעוקל. אז נוצרה לנו פה תחרות שהעיקול הוא קודם ואז נוצר עסקה. מה שבא ס' 30 שבמקרים כאלו, אין תוקף לעסקה אבל אם הוא עומד בשלושת התנאים אז היא תהיה תקפה, זאת אומרת נקודת המוצא היא העסקה בטלה אלא אם כן הוא נהנה מההגנות.

יש לנו בגדול שלושה סוגים של נכסים:

1. מקרקעין

2. מטלטלין

3. זכויות ערטילאיות.

יש גם מצב בעסקאות נוגדות בנכס לא מוחשי. למשל את אותו עקרון של רישיון למונית, נניח שיש לנו את דוד והוא הבעלים של הרישיון למונית והוא מתחייב למכור הוא קבע עם רמי שבשבוע הבא רמי יביא לו 40,000 ₪ והם יסגרו את העסקה וכאשר לפני לרמי הוא מכר את זה למשה. יש מצב של עסקאות נוגדות כשהראשונה היא לא קניינית, זה לא רלוונטי כי זה לא מקרקעין, וגם לא מיטלטלין. הכלל הוא שהעסקאות נוגדות בזכויות שס' 13 לחוק המיטלטלין מחיל את חוק המיטלטלין גם על זכויות (נכסים לא מוחשיים) בשינויים המחויבים. ס' 12 לחוק המיטלטלין חל פה. הוא קובע שהראשון גובר אלא אם כן השני עומד בשלושת התנאים (1. תום לב, 2. תמורה, 3. אנו צריכים איזה שהוא ללכת ולחשוב מחוץ לקופסא אולי אם מישהו מתחיל להשתמש אז יש לנו אינדיקציה.) מה שאנו נשים פה זה ביטוי שידרוש בדיקה באופן ספציפי. בזכות ערטילאית אין כלל ולכן אנו צריכים לבחון ולראות האם המחאת הזכות הייתה מוגמרת. אם למשל הוא שילם חצי מהסכום הוא לא הפך להיות בעלים אבל זה גם לא חד משמעי, אנו צריכים לבחון אם הכסף שולם ומשה כבר משתמש אם חסר לנו משהו ביהמ"ש יצטרך לפרש, זה יותר מורכב ואנו בודקים אם משה בעל הקניין.

בשיעור הבא אנו נדון בנושא עכבון – אלונאל בנוסף אנו נסיף כבר כללי תחרות נוספים ולכן לארגן את החומר.

## עכבון:

אמצעי לחץ לתשלום חוב. נניח שלמישהו יש אוטו והאוטו מתקלקל, והוא לוקח את האוטו למוסך. שאני מביאה את האוטו למוסך, האם המוסכניק מבקש ממני תשלום מראש? במוסך בדרך כלל לא לוקחים, משאירים את האוטו. ישנן מקומות שלא יתנו שירות בלי שנשלם. למשל בבית מלון אנו נשים את הכרטיס אשראי. נשאלת השאלה, מדוע המוסכניק לא עושה זאת והם כן עושים את זה? אנו מבינים שלמוסכניק יש לו את הרכב, אם אני טוענת שמישהו חייב לי 10,000 ₪ אני יכולה לקחת את המחשב? מי נתן לו זכות? יש לשים לב, שאם לא הייתה הוראת חוב הוא ל יכול לא להחזיר את האוטו, הסיבה שהוא יכול ומרגיש בטוח, והם לא דורשים כסף מראש זה מכון שיש להם את הזכות על פי חוב הם יכולים לעקב את הנכס. מה שחשוב לראות שאם אני אבוא למוסך לקחת את האוטו והוא יגיד שאני צריכה לשלם לו 5000 ₪ ואני אומרת לו לא, והוא אומר אם לא אין מכונית, מה שיהיה אני אשלם. זה שהוא יכול לעכב לי את הרכב זה יביא לזה שיש לו אמצעי לחץ עלי ולכן רוב הסיכויים שאני אשלם לו, ואחר כך אם אני חושבת שהוא הגזים אני אתבע אותו אבל רוב הסיכויים שאני לא יעשה את זה. מצד אחד זה שיש לו את הזכות לעכב לי את הרכב זה לא אומר שום דבר מהותי על כמה אני חייבת לו. במציאות זה מאוד משנה, רובנו לא נתבע, אז למרות שיש לנו אמצעי לחץ ולא משהו שיוצר זכות מהותית לכאורה, עדיין עצם קיומה של זכות העיכבון משנה את כללי המשחק בצורה מאוד משמעותית.

### **הסעיף שמגדיר מהי זכות העכבון זהו ס' 11 לחוק המיטלטלין:**

#### **עיכבון**

11. (א) עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב.
- (ב) עלה שווי המיטלטלין המעוכבים על שווי החיוב במידה בלתי סבירה, זכאי החייב לשחרור מקצת המיטלטלין אם הם ניתנים להפרדה לחלקים.
- (ג) החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב.

(ד) הוציא הנושה מרצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו, יפקע העיכוב.  
(ה) מקום שיש עיכוב במקרקעין, יחולו הוראות סעיף זה גם עליו; כן יחולו הוראות סעיף זה על עיכוב על פי הסכם, כשאין בהסכם הוראות אחרות לענין הנדון.

הוא קובע שעכבון זה זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערוכה לחיוב עד שיסולק החיוב. ס' 11(ה) קובע שהס' חל גם על המקרקעין, ולכן אם נחזור להגדרה של 11(א) יש לשנות את המילה "לעכב מיטלטלין..." - אפשר לעכב גם נכס, זה הקומבינציה של ס' 11(א) וס' 11(ה).

זכויות ערטילאיות לא ניתן לעכב, רק נכס מוחשי. ישנן שני סוגים של עכבון:

1. עכבון על פי הסכם – עקרון חופש החוזים, נניח שא' וב' עושים הסכם ואחד הסעיפים בהסכם קובע שלא' יש זכות לעכב נכס של ב'. זכות עכבון של שני אנשים בחוזה החליטו עליה, וזה אפשרי כמו כל דבר אחר בחוזה, אלא אם כן זה נוגד את תקנת הציבור.

2. עכבון על פי הדין – כשאנו באים למוסך הוא לא מחתים אותנו, יש לו את הזכות הזאת מכוח הדין והוא לא צריך את ההסכם הזה, וישנם סעיפי חוק שמקנים את זכות העכבון לפונקציונרים מסוימים. יש לא מעט כאלה סעיפים ואנו לא נעבור על כולם.

קודם כל הסעיף הראשון שהוא זה שמתייחס למוסכניק/ קבלן שמשפץ דירה – ס' 5 לחוק חוזה קבלנות קובע שלקבלן ישנה זכות עכבון על נכס שנמסר לו לביצוע מלכה או שירות כדי הסכומים המגיעים לו בגין עסקת הקבלנות. זה גם רלוונטי למוסכניק וגם לשיפוץ של בית.

#### **סעיף נוסף שהוא מאוד נפוץ ומתאים את זכות העיכוב זה ס' 19 לחוק החוזים תרופות:**

מי שנפגע מהפרת חוזה ויש בידו נכס של המפר שהגיע לידי כנוצאה מהחוזה אך עליו להחזירו יכול לעכב אותו.

#### **סעיף נוסף הוא בחוק המכר, שזה ס' 31(א) לחוק המכר קובע:**

למוכר יש זכות עיכוב על הממכר כדי שתשלום הסכומים המגיעים לו עקב עסקת המכר, גם לקונה יש זכות עכבון כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מהמוכר אם הוא קיבל את הממכר ועליו להחזירו למוכר. לדוגמא- חברה קנתה מקרר ואמרו לה את המידות של המקרר ושהוא הגיע הוא היה גדול מדי. בעצם היא מחזירה אותו לחנות והיא אמורה לקבל את הכסף חזרה. עכשיו היא יכולה להגיד שהיא רוצה לראות את הכסף לפני שאתם לוקחים את המקרר.

#### **סעיף נוסף הוא ס' 12 לחוק השליחות, הסעיף קובע:**

שלשלוח יש זכות עכבון על נכסי השולח שהגיעו לידי עכב השליחות כדי תשלום שכרו וסכומים אחרים שמגיעים לו בגין השליחות.

#### **סעיף מקביל לכך הוא ס' 9 לחוק השומרים:**

לשומר יש זכות עכבון על הנכס הנשמר כדי המגיע לו בגין השמירה, עד שהוא לא יקבל את השכר עבור השמירה הוא יכול להשאיר אצלו את הנכס.

#### **סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין:**

קובע שעורך דין רשאי לעכב כספים ומסמכים של הלקוח שהגיעו לידי בהסכמת הלקוח להבטחת תשלום שכר הטרחה וההוצאות. הסעיף הזה מתנהג בצורה קצת שונה מהסעיפים האחרים כי הסעיף הזה יחד עם דיני קניין חלים גם כללי האתיקה.

עכבון זו זכות לעכב נכס ולא לממש נכס. יש לשים לב בין עכבון למשכון: אם למשל אני ממשכנת את הרכב שלי לבנק כבטוחה להלוואה שלקחתי אז אם אני לא מחזירה את הלוואה אז המשמעות היא שהבנק רשאי לממש לקחת את הרכב למכור ולהיפרע. לעומת זאת, עכבון זה לא כך המוסכניק רשאי לעכב את הרכב עד שישולם החוב. אם העיכוב לא מפריע ולא מהווה אמצעי לחץ זה לא יעזור לו. עכבון זה זכות לעכב נכס ולא לממש אותו, אבל לאמירה הזאת יש חריג אחד והוא כאשר בעל הנכס נכנס לפירוק או להליכי פשיטת רגל אם זה בן אדם, ואם בעל הנכס נכנס לפירוק או פשיטת רגל אז ורק אז בעל העיכוב הופך להיות נושה מובטח. בעצם בפועל לזכות העיכוב אפשר להתייחס אליה כזכות שיש לה מספר שלבים, בהתחלה היא פשוט קיימת שם היא זכות רדומה, אני מביאה את הרכב למוסך עצם זה שאני לא אשלם לו הוא לא יקח ממני מקדמה, הזכות הזאת קיימת ברקע ואף אחד לא השתמש בה, השלב השני זה הפעלה של הזכות והוא יכול לעכב את הנכס, והשלב השלישי זה שלב שקורה רק בפירוק ופשיטת רגל והוא שבעל העיכוב הופך להיות נושה מובטח.

אם יש שאלה, שמעורב בה עיכבון או פועלים בבדיקה שבנויה משני שלבים:  
1. האם הוא מכוח מה קמה זכות העכבון? הזכות יכולה לקום מכוח הסכם או מכוח הדין שזה סעיפי החוק (ראה לעיל). למשל א' עיכב את הנכס של ב' או נבדוק אם הייתה הזכות לעכב, ואם התשובה היא כן, ורק אם התשובה היא כן,

2. אנו נעבור לשלב השני ואנו בוחנים האם זכות העכבון הופעלה כדין? אז היא פוקעת ואז התשובה תהיה שאין זכות עכבון. אם לא היא פוקעת, ואיך אנו בודקים האם הזכות הופעלה כדין? אנו נבדוק לפי ס' 11 לחוק המיטלטלין +פסיקה.

עקרון ראשון שהוא עקרון על שצריך לעמוד לנגד עניינו הוא שיש לשים לב שעכבון הוא סעד עצמי. למדנו בסמסטר הקודם על ס' 18, 21 חייב לפרש את זה בצורה מצומצמת ודווקנית. עלתה גם השאלה, האם המעכב חייב להגיש במקביל לעיכוב תביעה נגד החייב? נניח שאני מביאה את הרכב למוסך המוסכניק דורש ממני 5,000 ש"ח אני מסרבת לשלם והוא מסרב להחזיר לי את הנכס.

אך ראוי להזכיר, שלגבי עורכי דין זה עובד אחרת, בגלל כללי האתיקה של עורכי הדין- יוצאים מנק' הנחה שסכסוך מתמשך בין עורך דין ללקוח זה דבר לא ראוי ופוגע בכבוד המקצוע, תדמית המקצוע. למשל עורך דין יעכב מסמכים, ולכן כללי האתיקה של עורכי הדין מחייבים את עורכי הדין להגיש תביעה נגד הלקוח תוך שלושה חודשים מיום שהלקוח דרש לקבל את הנכס המעוכב, אבל זה החריג ונעסוק בכך בשנים הבאות. אם אנו לא מתייחסים לעורך דין אין חובה להגיש תביעה משפטית נגד החייב.

המעכב לא רשאי להשתמש בנכס, הוא לא רשאי להפיק ממנו הנאה כלשהיא לעצמו, כל מה שמותר לו זה לעכב אצלו את הנכס, וכל פעולה אחרת היא שימוש שלא כדין בזכות שתביא לפקיעתה של עכבון.

הפעולות המותרות בנכס המעוכב הן אלה שנחוצות כדי לשמור על אינטרס הבעלים ואז במקרים כאלה, שבהם המעכב פועל לטובת אינטרס הבעלים בנכס הוא יהיה אפילו זכאי לשיפוי בגין ההוצאות הסבירות שנגרמו לו עקב כך.

כלל נוסף לגבי הפעלת זכות העיכבון הוא שכדי לעכב, הנכס חייב להיות בהחזקתו של המעכב. חייב להיות בהחזקתו זה תנאי הכרחי לעכבון זה החזקה פיזית של הנכס אם הוא לא מחזיק בו הוא לא יכול לעכב אותו.

**ס' 11(ד) לחוק המיטלטלין קובע**- הוציא הנושה ברצונו את המיטלטלין המעוכבים משליטתו יפקע מהעיכבון. ביהמ"ש קבע לגבי סיטואציה שבו הנכס יצא משליטת המעכב אבל לא מרצונו, ביהמ"ש קבע שהעיכבון נותר תקף. מתי זה יהיה חשוב? ברגע שאני פושטת רגל ואז הוא יהיה נושה מובטח, זה נושא יותר מעוכב.

אם למשל עובדים עם חשבונית, יש חברה גדולה ויש לה המון רכבים היא נותנת לעובדים, והחברה מטפלת ברכבים שלה במוסך של פיני וכשמגיע רכב לתיקון פיני שולח חשבונית וכל פעם הוא משחרר מרצונו ולפי ס' 11ב אנו מבינים שהוא יותר על זכות העכבון, ונשאלת השאלה האם זה באמת ככה? השאלה הזאת נדונה **בפס"ד מאוד מפורסם שנקרא – רשות שדות התעופה**: בעבר הייתה חברה תעופה נוספת שקרו לה מעוף-

גם מטוסים כמו מכוניות צריכים להכנס למוסך, והמטוסים של מעוף טופלו במוסך של התעשייה האווירית. היא הייתה מקבלת את הכסף המטוסים נכנסו ויצאו טופלו. ואז חברת מעוף נקלעה לקשיים והפסיקה לשלם, עכשיו המטוסים נכנסו לטיפול יצאו, יצא החשבון ולא שולם, המטוסים עוד פעם נכנסו ועוד פעם יצאו ולא שולם, החוב טפח וטפח והיה כבר חוב עצום, ואז בנקודת זמן מסוימת היו במוסך של התעשייה האווירית 4 מטוסים של מעוף והוגשה נגד מעוף בקשת פירוק כי הייתה חייבת המון כסף להמון נושים אחרים, ואז אמרנו שאם יש עכבון ובעל הנכס נכנס לפירוק, ומה שקורה לבעל העכבון הוא הופך להיות נושה מובטח, האם זה החוב של התיקון האחרון? או האם החוב של התעשייה האווירית הופכת להיות נושה מובטח של כל הזמן הזה שהמטוסים נכנסו ויצאו ולא שולם הכסף? אם נגיד שהעכבון בא להבטיח את כל החוב של כל התקופה, אז ימכרו את 4 המטוסים והיחידה שתקבל כסף זה התעשייה האווירית, וכל הנושים האחרים לא יקבלו כמעט כלום, לעומת זאת באופציה השנייה העיכבון תופס רק את התיקון האחרון ואז התעשייה האווירית היא נושה בלתי מובטח, והיא תחלק שם עם כל הנושים האחרים. ביהמ"ש קבע שהעכבון הוא רק בגין התיקון האחרון כי כל אחת מהפעמים האחרות היה שחרור מרצון, וזה עולה בקנה אחד גם עם ס' 11 ב לחוק המיטלטלין וגם בחוק חוזה קבלנות ס' 5. זאת הייתה הקביעה של ביהמ"ש, והיא עמדה במשך הרבה שנים ואז הייתה לנו התפתחות מסוימת.

איך בעצם בעל העכבון הופך להיות נושה מובטח? ברגע שבעל הנכס נכנס לפשיטת רגל אז בעל העכבון הופך להיות נושה מובטח. לא מעט שנים אחר כך, בשנת 2000 הכיר בית המשפט באפשרות שלפעמים השחרור מרצון לא מפקיע את כל זכות העכבון. פסק הדין שהתייחס לכך **נקרא ליבוביץ נ' הורבזון**- בין לביבוץ (מתפרה) לבין הורבזון שהוא מעצב בגדי ים נעשה הסכם אונתי, ולפי ההסכם הזה הורבזון מסר למתפרה דגמים של בגדי ים, והמתפרה הייתה צריכה לתפור בגדי ים. סוכמה הכמות הכללית, היה מחיר אחיד לכל בגד ים וסוכם שבגדי

הים יסופקו בשלושה משלוחים, המתפרה תוציא את בגדי הים שפחות או יותר 15 ימים בניהם. מה שעוד נקבע זה שכל משלוח יצא עם חשבונית ושהורבזון צריך לשלם תוך 15 ימים, ואז יצא המשלוח הראשון והוא יצא עם חשבונית ותשלום. משלוח שני גם יצא בדיוק באותה דרך ועדיין לא התקבל כסף על המשלוח הראשון, המשלוח השלישי עוכב, משום שלא התקבל כסף גם לא על הראשון. השאלה היא מה תופס העכבון? הסיטואציה היא שונה, אין לנו פירוץ, והשאלה היא איזה חוב בא הנושה להבטיח? האם העכבון תופס את החוב בגין שלושת המשלוחים? או שהעכבון תופס את החוב רק בגין התיקון האחרון? לפי הלכת שדות התעופה- אנו צריכים להגיד רק על האחרון וכאן ביהמ"ש פרץ את המסגרת הזאת – קודם כל ביהמ"ש חזר על ההלכה ברשות שדות התעופה אבל, צריך לבחון אם מדובר בעסקה אחת או בעסקאות נפרדות. אם זאת עסקה אחת אז העכבון יכול לתפוס את כל החוב, אבל לעומת זאת אם זה שלושה עסקאות נפרדות, הוא יכול לתפוס רק את החוב בגין המשלוח האחרון. אז איך נדע? במקרה הזה ביהמ"ש אמר שמצד אחד יש סימנים לזה שזאת עסקה אחת, שהיה מדובר בעסקה הונתית יש חוזה מסגרת יש מחיר אחיד לכל בגד ים ואנו מדברים על סמיכות זמנים כל המשלוחים היו צריכים לצאת בתקופה מאוד קצרה. מצד שני, עדיין יש הרבה פעולות ואפשר להתייחס לכל פעולה במסגרת הסכם בפעולה אחידה. אומר ביהמ"ש שיש סימנים אחד לאחד, אבל הכף נוטה לקבוע שזאת עסקה אחת. עדיין גם אם זאת עסקה אחת היה שחרור מרצון, אי אפשר להתעלם מזה שהיה השחרור מרצון של חלק מהסחורה, אבל אומר ביהמ"ש שהשחרור היה לפני שבכלל נוצר חוב. ברגע שהיה חוב בוצע העכבון ולכן זה שונה מפרשת רשות שדות התעופה. לכן **ביהמ"ש קבע** שאפשרות להסתכל על כך כעסקה אחת וגם בגלל שהעכבון תופס את החוב כולו. ביהמ"ש לא ממנה לקבוע במצבים כאלה שהעכבון תופס את החוב כולו ורק באמת משתכנע שיש לנו עסקה אחת וחשוב מזה שהעכבון מבוצע מהר אז אפשר לבוא ולטעון שהעכבון תופס את החוב כולו. הכלל הבא הוא- שכאשר מפעילים את זכות העכבון אז המעכב חייב לפרט את סכום החוב שכנגדו מופעל העכבון לידע את בעל הנכס ולספק לו הסברים. אם יש מחלוקת על גובה החוב היא לא מונעת עכבון, אבל מה שנדרש מהמעכב זה כמובן לנהוג בתום לב וכמו שאמרנו לתת פרטים.

האם מותר לעכב נכס יקר בגין חוב קטן? אני חייבת למישהו 200 שקל אני יכולה לעכב את השרשרת יהלומים? אין מניעה ששוכי הנכס המעוכב יעלה באופן בלתי פרופורציונלי על גובה החוב בגינו מתבצע העכבון. **אבל מס'** **1-11** (ב) קובע שעלה שווי המיטלטלין (מקרקעין) המעוכבים או הנכס המעוכב, על שווי החיוב במידה בלתי סבירה, זכאי החייב לשחרור מקצת המיטלטלין אם הם ניתנים להפרדה על החלקים. כשמדובר בנכס אחד אנו לא מפרידים אותו לחלקים, אבל לפעמים העכבון מתבצע על מספר חלקים, או היה לנו מקרה שהגיע לביהמ"ש העליון של מצב שבו עוכבו מספר נכסים (משאיות, מערבל בטון..). על חוב שאחד הכלים מכסה אומר ביהמ"ש שזה עכבון שלא כדיון, כי מלכתחילה המעכב לא רשאי לעכב הרבה נכסים בגין חוב קטן יותר. **אבל מס' 2-2** ס' 11 (ג) לחוק קובע שהחייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מין העכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החוב. נניח שעוכבו לי את המערבל בטון ואני זקוקה לו לעבודה, ואני לא רוצה ולא יכולה לשלם, אני יכולה לבוא ולספק ערובה מספקת אחרת למעכב, זה משהו אחר שיבטיח את זה שאם הוא צודק הוא יקבל את הכסף וגם יהיה מגולם שם את האלמנט של אמצעי לחץ. הוראות הסעיפים הללו ביחד נועדו לאפשר לחייב לצמצם את הנזק שעשוי להיגרם לו עקב מימושה של זכות העכבון, והן מלמדות שאין לעשות בזכות העכבון שימוש הפוגע בחייב מעבר לפגיעה המתחייבת מהאינטרס שעליו נועד העכבון להגן והן מבקשות לאזן בין הצורך להגן על האינטרס של נושה לבין הצורך לצמצם את הפגיעה בזכות של החייב. דבר אחרון בהקשר הזה הזכות חייבת להיות מופעלת בתום לב, הפעלת הזכות בחוסר תום לב תשליך על כמה שדיברנו והיא תביא לפקיעת העכבון.

### **האם עכבון זה זכות קניינית?**

עכבון לא דורש רישום, לא במיטלטלין ולא במקרקעין ולמרות זאת הדעה המקובלת היא שעכבון זה זכות קניינית וההחזקה הפיזית של הנכס בידי המעכב מהווה בעצם את התחליף או את דרישת הפומביות. נשאלת השאלה איך עיכבון מתנהג שהוא נקלע לתחרות עם זכויות אחרות? מה המשמעות של בעל הנכס נכנס לפירוק או פשיטת רגל, אז בעל העכבון הופך להיות נושה מובטח. פירוק זה חברה ופשיטת רגל זה בנאדם, נניח שלצורך העניין יש לנו חברה והחברה מתפרקת והיא חדלת פירעון. יש סדר שבו מחלקים את הכספים שיש לה, ומה שהכי גרוע זה להיות נושה לא מובטח הוא יקבל כסף רק אם יסיימו לשלם לכל העובדים ולכל דין קדימה, ובסוף רק אם נשאר מחלקים לנושים לא מובטחים לפי חלקם. מה שבעצם אנו אמרנו זה שאם החברה מתפרקת בעל העכבון הופך להיות נושה מובטח ואותו לא מעניין שלחברה אין כסף לשלם, אלא יש נכס שממנו מגיע לו להפירע. המוסכניק יודע שהמפרק ימכור את הנכס הוא יתן לו את הכסף. בתחרות בין בעל העכבון לבין הנושים הלא מובטחים הוא מנצח. אבל מה קורה אם יש נושים מובטחים לגבי הנכס הזה ובאו לפניו? אם המכונת ממשכנת לבנק, או מישהו שהתחייבו למכור לו את המכונת. את הנושים הלא מובטחים הוא משאיר אבק אבל

מה קורה לגבי נכס ספציפי שהוא עיכב יש עוד בעלי זכויות שבאו לפניו. אם נחזור לפס"ד רשות שדות התעופה שארבעת המטוסים של מעוף שבעצם התברר שהיו ממשוכנים קודם לבנק. זאת אומרת היה לנו תחרות בין משכון קניני קודם בזמן ואחר כך עכבון- מי מנצח? אם יש לשניהם אז אין בעיה. מה שקבע ביהמ"ש בפס"ד רשות שדות התעופה: ביהמ"ש קובע שלמרות שבדרך כלל זכות קניינית קודמת בזמן גוברת על זכויות שבאות אחריה (אלא הם כן הן עומדות על ידי תקנת השוק) עכבון אין לנו תקנת שוק שמתאים לה, בתחרות הזאת שאנו רואים משכון קנייני ואחר כך עכבון העכבון הוא דווקא מנצח. מדוע?! בפס"ד רשות שדות התעופה נתן ביהמ"ש העליון שני נימוקים להעדפה של זכות המשכון:

1. נימוק הראשון- צורכי השוק.

2. הנימוק השני- השבחה.

אומר ביהמ"ש, אם בעצם המשכון ינצח, אז מה יקרה? צורכי השוק מחייבים את זה שהעכבון יקבע. אבל מעבר לכך, זה גם לא פוגע בבעל המשכון. נניח שלא היו מכניסים אותו למוסך אז הרכב היה שווה 100 אלף ₪ ואחרי שהכניסו אותו למוסך ותיקנו אותו שם הוא שווה 100 אלף שקל ועוד התיקון, וכמה תופס העכבון? רק את התיקון. זה לא פוגע בבעל המשכון הקודם בזמן. לאחד פס"ד זה עלתה השאלה האם זה נכון תמיד? מה קורה תמיד שאין צורכים של השוק, ומה קורה במצבים שבהם אין השבחה? מצבים שבהם העכבון הוא לא עכבון של השבחה. הרבה מאוד שנים לא הייתה תשובה לשאלה הזאת. עד שבשנים האחרונות נתנו מספר פסקי דין שהבהירו את הסיטואציה.

לקרוא

פס"ד אלוניאל

פס"ד בנק דיסקונט נ' מתמורץ

יש לשים לב, שביהמ"ש העדיף את העכבון משני טעמים, ולכן היו הרבה שאלות שנשאר פתוחות? מה עם עכבון שלא עומד באחד משני הטעמים הללו? זה תנאים מצטברים? או שלא? זה לא נוסח בכלל שהיה נוח להשתמש בו במקרים אחרים. אחרי פסיקת פס"ד רשות התעופה, כל הזמן עלו השאלות הללו. זה לא הגיע בצורה מסודרת לביהמ"ש העליון, עד שנת 2009 ובשנת 2009 הסוגיה עלתה שוב בביהמ"ש בצורה מסודרת. חשוב לציין שבתי המשפט המחוזי בדרך כלל אם עיכבון לא היה עכבון משביח הם העדיפו את הראשון בזמן, שזוהי הזכות הקניינית.

### **שנת 2009 פס"ד אלוניאל:**

חבר אלוניאל, היא הזכיינית של מקדונלס בארץ. היא עשתה הסכם עם חברה אחרת סמך לפיו סמך מזכירה לאלוניאל איזה שהוא שטח בשביל שמקדונלס תפתח שם סניף. היה צורך בהשקעה מאוד גדולה כדי להכשיר את השטח הזה על מנת לפתוח מסעדה.

### **ההשקעה הזאת הייתה מורכבת משני סוגים:**

**ראש אחד** זה השקעה שהיה צריך לעשות בכל מקרה, למשל- לשים רצפה.

**ראש שני** היה השקעה לצורך התאמת המקום לצרכים של מקדונלס. מכון שהשקעה הייתה מאוד גדולה, הסיכום בין מקדונלס לאלוניאל לבין החברה המשכירה סמך היה שסמך תחזיר למקדונלס את ההשקעה בתשלומים שנתיים.

מה שקרה זה שחברת סמך נקלעה לקשיים ובאיזה שהוא שלב היא הפסיקה להחזיר את הכסף, חוזה השכירות הסתיים, מקדונלס לא רצתה להאריך אותו, והיא עיכבה אצלה את השטח והיא אמרה שחברת סמך חייבת לי כסף ועד שהיא לא תחזיר לי אני לא משחררת לה את הכסף. בינתיים חברת סמך מתחילה הליך פירוק משום שהיא חדלת פירעון ואז מה מתברר? שהשטח הזה היה ממושכן לבנק. ביהמ"ש העליון צריך להכריע וביהמ"ש מסתכל על פס"ד רשות התעופה, והוא אומר כי יש כאן ביקורת מרומזת כי **הש' גרוינס** אומר כי הוא לא פתוח שצורכי השוק זה טעם מוצדק כי מעדיפים פה את צרכי השוק על שוק ההלוואות, הרי המשכון הוא בא להבטיח איזה שהיא הלוואה. אבל הוא עוד אומר, כי ביחס לעכבון מכוח ס' 19 לחוק התרופות הוא לא משמעותי ולא קשור לעניין. לכן ביהמ"ש אומר כי הנימוק של צרכי השוק אינו רלוונטי, והוא גם בכלל לא בטוח שזה נימוק תופס. אבל, אנו נתמקד בסוגיה הספציפית. לגבי עכבון מכוח ס' 19 לחוק התרופות אנו נגיד כי העיכבון גובר אם הוא עיכבון השבחה, עיכבון שבא להבטיח חוב שנוצר כתוצאה מהשבחה ורק במידה והחוב הוא מתוצאה של השבחה. ביהמ"ש פירק את החוב שהעכבון בא להבטיח, וטען כי חלק מהחוב הזה נבע מהשבחה, וחלק אחר מהחוב נבע מהתאמה לצרכים הספציפים של מקדונלס וזה לא השביח את הנכס. אותו חלק של החוב שנבע מהשבחה יש

לו עדיפות על פני המשכון הקנייני הקודם. אבל החלק, אין לו, הוא יבוא אחר כך. כאשר בעל הנכס נכנס לפירוק פשיטת רגל אז בעל העכבון הופך להיות נושה מובטח.  
ב2011 הגיע מקרה נוסף ואחרון-

**פס"ד בנק דיסקונט נ' מתמור:** בשנת 1995 חברה בשם אמיגה זכתה במכרז להחזיק במלאי של 25,000 טון גרגרי מספוא (אוכל של פרות). אמיגה צריכה לשמור ואין לה מספיק מקום, אז אמיגה כרתה הסכם עם חברת מתמור לפיו מתמור תשמור אצלה עבור אמיגה 10 אלף טון. אמיגה שיעבדה את כל ה25 אלף טון לבנק כבטוחה להלוואה שהיא לקחה. אחרי מספר שנים ובגלל שאמיגה לא שילמה למתמור עבור האחסנה, מתמור מכרה 6000 טון והיא לקחה לעצמה את הכסף. הבנק ביקש לממש את המשכון עקב החובות של אמיגה. עכבנו את הגרגרים והגרגרים מעוכבים חלק עוד מכרנו, על מנת להיפרע, בנק דיסקונט פונה לביהמ"ש והוא דורש: 1. שמתמור תפצה אותו על 6,000 שהיא מכרה. 2. על המתמור להעביר את 4000 הטון הנוטרים. יש לנו תחרות בין המשכון קנייני של הבנק, ואחר כך היא טוענת לעכבון.

יש לנו פה חלוקה, של ה6000 טון שכבר נמכרו ושל ה4000 שאצל מתמור. עכבון לא מותר לממש, ברגע שהיא מכרה היא הביאה לפקיעת העיכבון. מתמור חייבת כמובן להעביר את הכסף ולפצות את הבנק. נשאלת השאלה מה לגבי ה4000 הנוטרים? טענת העכבון לגביהם לא מתבססת על הפרת חוזה מצד אמיגה, אלא על הוצאות שהיו לה עקב ההכנסה והטיפול בגרגרים. יש כאן עכבון תקף מכוח ס' 9 לחוק השומרים.

אנו צריכים להחליט מי בא קודם המשכון הקנייני של הבנק או העכבון של מתמור? הדגש הוא על שיקול ההשבחה, יש לנו מעבר ממה שפעם קראנו לו תקנת שוק קבלנות, אנו רואים שהשיקול המרכזי זה השבחה, וזה הקרטוריון אותו אנו בודקים, ועכשיו אנו צריכים לראות האם החוב שהעכבון בא להבטיח אותו זה החוב של השבחה או לא. כל הפעולות שהם עשו הם שמרו על הערך של הגרגרים, אלו פעולות שהם עשו כדי לשמור על הגרגרים ולכן זה פעולות של השבחה, ולכן העדיפות לעכבון של העכבון נקבע על השבחה. אם העכבון הוא עכבון השבחה הוא מנצח זכות קניינית קודמת בזמן והמשמעות היא שיש לנו תקנת שוק שהיא כולה יציר פסיקה, תקנת שוק השבחה והיא מיועדת לעכבון והיא אומרת שהעיכבון מנצח זכויות קנייניות קודמו.

למשל מישהו הכניס רכב למוסך חלק היה תיקון וחלק הוא רצה שיצבעו את האוטו מסביב עם תמונות של פרחים, האם הציור של הפרחים על כל האוטו משביח את הנכס? עלינו להבחין בין מה שיוצר השבחה והאם הוא עומד בתקנת השוק או לא לא אומטמטית ללכת.

מה קורה במצב של תחרות בין זכות אובליגטורית ואחר כך עכבון? אם העכבון הוא עיכבון השבחה אז אני יכולה ממש לעשות קיצור דרך, כי אם הוא מנצח זכות קניינית אז מין הסתם שינצח זכות אובליגטורית. אם הוא לא נבע מהשבחה? אנו נעשה היקש יצירתי מעסקאות נוגדות. הזכות האובליגטורית הראשונה בזמן גוברת אלא אם כן העיכבון עומד בשלושה תנאים מצטברים: 1. תום לב. 2. תמורה. 3. חזקה. בדרך כלל העכבון הוא שניצח, לא תמיד.

כדי שהזכות האחרת תנצח את העכבון היא חייבת לעמוד בתנאי תקנת השוק. עכבון יכול להיות על מקרקעין ועל מטלטלין, למשל עכבון מקרקעין- למשל שיפוץ דירה הכנסתי את הקבלן לדירה לא שילמתי לו את כל הכסף והוא לא מחזיר לי את הדירה. כדי שהזכות האחרת תנצח את העכבון היא צריכה לעמוד בתקנת השוק במקרקעין, היא לעולם לא תעמוד. במקרקעין אי אפשר לנצח עכבון קודם. כי אין רישום בטאבו!!! עכבון זה זכות שלא דורשת רישום. תקנת השוק במקרקעין לא מגנה מפני זכויות שאינן טעונות רישום והיא לא מגנה על כך. עכבון לא טעונות רישום אז שום זכות אחרת לא תוכל לנצח אותה באמצעות תקנת השוק.

לעניין מטלטלין- תקנת השוק צריכה לעמוד של מיטלטלין וזה כן יכול לקרות. יש לבדוק את ס' 34 לחוק המכר: נניח שיש לנו אוטו של אורי והוא הבעלים של מכונית, ומה שקרה לאורי זה שהגנב לקח את המכונית למוסך, והוא בא לקחת את המכונית לאחר שהמוסך ניק תיקן, הגנב לוקח בכוח מרביץ לשני אנשים ולוקח את המכונית. יש לנו עכבון של המוסכניק והגנב לוקח בכוח ומוכר לשוכר רכב שמוכר ליעל. יש לנו עכבון ואחר כך את יעל, ועלינו לבדוק אם היא עומדת בתקנת השוק (קנתה בתום לב, שילמה במחיר יפה, ומשוכר רכב, ולכן היא עומדת בתנאים. אם אנו מדברים בעכבון מקרקעין אז העכבון תמיד תנצח אבל אם זה עכבון מטלטלין עלינו לבדוק אם הזכות עומדת בתנאי תקנת השוק והיא מנצחת ואם לא אז זה עכבון.



## תרגיל בדיני קניין

דויד הינו בעלים של מגרש. דויד החליט לבנות על המגרש בניין דירות אותן ימכור לרוכשים שונים. לצורך הבנייה התקשר דויד ביום 1.6.2015 בהסכם עם קבלני, לפיו קבלני יבצע את בניית הבניין תמורת סך של מיליון ש"ח שישלם דויד לקבלני. במהלך תקופת הבנייה, חתם דויד על חוזים למכירת הדירות בבניין, בהם התחייב להעביר לקונים שונים את הבעלות בדירות השונות. ביום 1.1.2016 התחייב דוד למכור את הפנטהאוז היחיד בבניין למשפחת כהן. כהן בדקו את המרשם בטאבו לפני שחתמו על החוזה עם דויד. כהן שילמו לדויד במעמד החתימה 30% ממחיר הפנטהאוז והתחייבו לשלם את היתרה במועד קבלת ההחזקה בפנטהאוז. כהן לא רשמו לטובתם הערת אזהרה. מספר ימים לאחר מכן, ביום 5.1.2016, הודיעו כהן לדויד שיתכן ויאלצו לבטל את חוזה המכר, משום שהם מתקשים להשיג את המימון הדרוש לרכישה. כהן הבטיחו לעדכן את דויד בהקדם אם יתברר כי אכן נכשלו בהשגת המימון. למחרת היום פנו לדויד בני הזוג לוי, שרצו לקנות את הפנטהאוז היחיד בבניין. דויד לא סיפר ללוי על החוזה עם כהן. לוי בדקו את המרשם בטאבו לפני שחתמו על החוזה עם דויד, ולא גילו כל בעיה. לוי שילמו לדויד את מלוא סכום העסקה במעמד החתימה על החוזה, ביום 1.2.2016. לוי רשמו לטובתם הערת אזהרה. כהן לא יצר כל קשר נוסף עם דויד מאז ההודעה הנ"ל, ודויד שכח מהעניין. משהסתיימה הבנייה ביום 1.1.2017, טען דויד כי קבלני השתמש בחומרי בנייה זולים מאלו שסוכם עליהם בהסכם, לכן סרב דויד לשלם לקבלני את התשלום הנותר בגין בניית הבניין, בסך של 100,000 ש"ח. בתגובה, קבלני סרב למסור לדויד את מפתחות הפנטהאוז, והודיע לדויד כי לא יאפשר לו להיכנס לפנטהאוז עד לקבלת התשלום המלא עבור עבודתו. קבלני החליט לשכן בינתיים בפנטהאוז שני פועלים העובדים בפרויקט אחר שלו בחיפה, על מנת שימנעו את כניסתו של דויד לפנטהאוז. דויד שהתחייב כלפי לוי למסור להם את ההחזקה בפנטהאוז ביום 15.3.2017, החליט להשתלט על הפנטהאוז. ביום 10.3.2017 הוא גירש את הפועלים, פרץ את מנעול הדלת של הפנטהאוז והחליפו במנעול משלו. דוד מסר את ההחזקה בפנטהאוז ללוי במועד המתוכנן (ביום 15.3.2017). קבלני טוען כי על לוי להשיב לו את ההחזקה בפנטהאוז עד לקבלת יתרת התשלום עבור עבודתו בסך 100,000 ש"ח. בשלב זה נודע לכהן, אשר שהו כל התקופה בחו"ל, על כל המאורעות הנ"ל והם מתעקשים על אכיפת חוזה הרכישה שלהם ביחס לפנטהאוז. הכריעו בין זכויותיהם הנוגדות של קבלני, כהן ולוי ביחס לפנטהאוז.

### פתרון:

לעניין עכבון יש לנו שני שלבים בבדיקה:  
שלב ראשון- האם ומכוח מה קמה הזכות? מכוח איזה ס' קמה זכות העכבון? לפי ס' 5 לחוק חוזה קבלנות. אך זה עדיין לא אומר שיש עכבון.  
שלב שני- האם הזכות הופעלה כדין? יש לנו פה בעיה, ועלינו לראות את הנושאים לגבי העכבון שיוצרים כאן בעיה.

הטקסט אומר כי הוא שם את הפועלים כדי לשמור, אולי אפשר להגיע לתוצאה אחרת. הנקודה היא כזאת, אם זה שימוש העכבון פוקעת ואז כל הקרן השלישי שלנו נמחקת. לעומת זאת אם זה רק שמירה אז העכבון תקף אבל לא צריך להכריע.

כאשר יש יותר משתי זכויות מתחרות- יש לנו כאן שתי עסקאות שלא יכולות להתקיים יחד, הראשונה אינה קניינית ומדובר בעסקאות נוגדות במקרקעין, והסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין. לפי ס' 9 הראשון גובר, כלומר כהן מנצח אלא אם כן השני שהוא לוי עומד בשלושת התנאים המצטברים: תום לב/תמורה/רישום. האם כהן תם לב? כן יש גם סובייקטיבי וגם אובייקטיבי. האם לוי נתן תמורה? ממשית ומבוצעת, שילמו הכל. התנאי השלישי הוא רישום, למדנו שהערת אזהרה זה לא רישום הנדרש בו. לפי לשונו של ס' 9 כהן הוא שינצח, אך למדנו שלאור הלכת גנז אנו נמשיך את הניתוח, ועלינו לבדוק האם כהן מלאו את חובתם לרשום את הערת אזהרה, הם לא רשמו את הערת אזהרה, ולמדנו כי יכול להיות שזה יעבוד לרעתם. האם אי הרישום הוא שגרם לתאונה המשפטית? כן. אנו בודקים אם הייתה סיבה מיוחדת לאי הרישום ואנו בודקים את משך הזמן. כמה זמן הם התרשלו? יש כאן חודש. אין הלכה שמגדירה בדיוק את הזמן, כי חודש זה גבולי אבל רואים שאחר כך הם לא הלכו לרשום.

יש לנו את לוי ואחר כך את קבלני-

1. התחייבות למכר (לוי)

2. עכבון

עכשיו נשאלת השאלה מי מנצח? העכבון הוא שני והוא מתחרה בזכות שהיא לא קניינית?



אם זה עכבון השבחה אז מכוח קל וחומר הוא מנצח מפס"ד אוליניאל, מתמור, רשות שדות התעופה. ראינו שעכבון השבחה מנצח זכות קניינית קודמת בזמן. בתחרות הזאת העכבון מנצח משום שזה עכבון השבחה וקל וחומר מהפסיקה שציינה.

זה לא סוף הסיפור, העכבון בא להבטיח חוב של 100,000 ₪, אם לוי ישלמו מאה אלף אז הם יכולים לקבל את הדירה. אם אנו אומרים שכהן ניצחו אז בכלל אין בעיה כי הם לא שילמו את התמורה המלאה.

## משכון:

החוק שחל על משכונות הוא חוק המשכון. משכון הינה זכות בנכס של הזולת. כלומר זה כמו שכירות, נגיד שאני הבעלים של דירה ויוסי הוא שוכר, ליוסי יש זכות בנכס של מיכל.  
ס'1 א קובע:

### מהות המישכון

1. (א) מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

משכון ושעבוד זה אותו דבר, משתמשים כל הזמן בשתי המילים. מבחינה רעיונית נניח שאני הולכת לבנק ומבקשת הלוואה ואני רוצה לקנות אוטו חדש ואין לי מספיק כסף, והבנק מעוניין לתת לי את הלוואה זה הרווח שלו, אבל הבנק גם רוצה להיות בטוח שהוא יקבל את הכסף שלו בחזרה ולכן הוא רוצה בטוחה, זאת אומרת שמשכון נוצר כבטוחה לחיוב ואחת הבטוחות הנפוצות ביותר היא משכון, והמשמעות היא שאם אני ממשכנת/משעבדת נכס כלשהוא לטובת הבנק. אני בעלת הנכס הבנק בעל המשכון ויש לו זכות בנכס שלי שהמשמעות שלה היא שאם אני לא אחזיר את הלוואה או חלק ממנה אז הבנק יוכל לממש את המשכון, ויכול למכור את הרכב שלי ולקחת את מה שאני חייבת לו. אם אני לא מחזירה את הלוואה הבנק משתמש בבטוחה והבנק יכול לממש את הנכס ולהחזיר לעצמו את הלוואה.

למשכון אין קיום עצמאי, הוא תמיד נלווה לאיזה שהוא חיוב, והמטרה שלו היא להבטיח את קיום החיוב. אם החיוב אינו תקף, אוטומטית פוקע גם המשכון.

ס'15א לחוק המשכון קובע ברגע שחדל החיוב יופקע החיוב. לזה קוראים עקרון טפילות המשכון.

ס'15 מסדיר את מחיקת הרישום אפילו שהוא רשום צריך להסדיר את הדבר הזה בצורה טכנית.

לאור עקרון הטפילות לא ניתן להעביר את המשכון ללא העברת החיוב המובטח על ידו.

יש לנו נושה ויש לנו חייב, חוץ מזה יש משכון בנכס שלי ואני בעל הנכס ויש לנו את הנושה שהוא בעל המשכון את הזכות הקניינית הזאת הוא יכול להעביר למישהו אחר אבל עם הלוואה.

הממשכן בעל הנכס, לא חייב להיות דווקא החייב יש מקרים שבהם ממשכון נכס של צד ג' כערובה לחיוב של אחר. אני רוצה לקחת הלוואה מהבנק 100 אלף אני רוצה לסייע לטיול, הבנק אומר אני אתן הבטוחה ואמרנו שאחת הבטוחות זה משכון נניח שאין לי נכסים תשימו לב שהוא רוצה בטוחה מסוג משכון, ניתן לקחת מאחד ההורים. בנק הוא הנושה ומיכל היא החייבת והבטוחה היא שיש כאן את אבא שלי שממשכן איזה שהוא נכס לטובת הנכס שהוא בעל המשכון כאשר זה העסקה פה, אין כאן זהות בין החייב לבין הממשכן.

על הסיטואציה הזאת חל ס'12 לחוק המשכון והס' הזה קובע:

### מישכון להבטחת חיובו של אחר

12. מושכן נכס של אדם כערובה לחיובו של אדם אחר, יהא דינו של בעל הנכס כדין מי שערב אותו חיוב, אך אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון כאמור בחוק זה.

הרי האבא בא להיות ערב, לכן הוא ערב להחזר הלוואה באמצעות משכון הרכב. לכן חל עליו דיני ערבות (שנה הבאה). מה שחשוב לצורך עניינו, זה שהערבות שלו מוגבלת לנכס. כלומר נניח שאני לקחתי הלוואה של מאה אלף שקל וקצת החזרתי, אני לא מחזירה להם. הבנק יכול לממש את המכונית של האבא. אם נניח הוא מכר במאה עשרים אלף שח אז את ה20 אלף הוא יחזיר לאבא. אם הוא מצליח למכור ב80 וזה מה שיש אני נותרת

חייבת 20 אלף שח לבנק ולגבי זה אין בטוחה, לכן אנו קוראים לזה ערבות מוגבלת בנכס. אם החייב לא מחזיר את החוב בעל המשכון רשאי לממש ללכת ולמכור, הכללים ודרכי המימוש מפורטים בסעיפים 16 עד 21 לחוק המשכון. בדרך כלל צריך צו של ביהמ"ש, הוצאה לפועל, אנו לא נפרט את זה, לפי ס' 17(3) לחוק גוף מוסדי כמו בנק רשאי לממש בעצמו אבל אז יש סכנה שימכור בזול אבל בכפוף להוראות ס' 19 שבאות להבטיח שהוא ידאג לאינטרס של הצד שני ואם לא יהיה כפוף לתביעה.

ס' 3(א) לחוק קובע, שחוק המשכון חל רק על שעבוד מכוח הסכם ולא על שעבוד מכוח הדין.

חוק המשכון חל על כל סוגי הנכסים, כשאנו מדברים על סוגי נכסים אנו מדברים על מקרקעין, מיטלטלין, זכויות ערטילאיות והחוק מונה במפורש גם ניירות ערך. החוק הזה כפוף לחוקים ספציפיים אחרים, כלומר לגבי מקרקעין אז החוק הזה חל בכפוף לחוק המקרקעין. דבר נוסף הוא, כמעט כל החוק הוא חוק קוגנטי, זה כמעט משום שסעיפים 6, 10, ו-13 ב זה סעיפים שמאפשרים לצדדים (הממשכן ובעל המשכון) לקבוע דין אחר. כל שאר החוק הוא חוק קוגנטי והסיבה היא שלחוק הזה יש הרבה מאוד השפעה על צדדים שלישיים ולכן לא יכול להיות שבנק דיסקונט ואני נקבל החלטות שישפיעו על הצדדים שלישיים.

### היחס בין החוק המשכון לחוקים אחרים:

**בסעיף 2' לחוק המשכון קובע-** "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות בעניין הנדון". למשל במקרקעין סעיף 91 לחוק המקרקעין שחוק המשכון חל בכפוף לחוק המקרקעין. משכון רושמים בלשכה שנקראת "רשם המשכונות" על מנת שיהיה קנייני. עלינו ללכת לפי החוק הספציפי ואם אין הסדר בחוק אנו נלך לפי חוק המשכון. למשל בפקודת החברות- מכון שחוק המשכון כפוף לפקודת החברות על נכסי חברה ורק על נכסים של חברה אפשר לבצע שיעבוד צף. גם כאן, אנו נלך לרשם החברות. אם זה נכס של מקרקעין זה יהיה גם בטאבו וגם אצל רשם החברות.

נניח שיש את יעל ויעל רוצה לקנות את הדירה של דרור. דרור הוא הבעלים הרשום של הדירה והוא מתחייב למכור את הדירה ליעל. ליעל יש זכות אישית, זכות מעין קניינית. נניח שאני עורכת דין ובאה אלי יעל, ואומרת לי אני רוצה לקנות את הדירה מדרור ואני רוצה שתייצגי אותי. השאלה הראשונה שאני חייבת לשאול אותה היא "איך את מתכוונת לממן את הרכישה?" מה שיותר סביר שהיא תגיד שהיא צריכה לקחת הלוואה שהבטוחה היא משכון הדירה. יעל אומרת שהיא צריכה הלוואה ואני בתור עורכת דין חייבת להתייחס לדבר הזה בחוזה, מדוע? כי שיעל תבוא לבקש את ההלוואה מהבנק ייתן לה הלוואה, אך הוא רוצה בטוחה, הוא רוצה להיות בטוח שיעל תחזיר לו את הכסף? יעל תבטיח לו ותחתום על כל המסמכים שהיא תהיה הבעלים של הדירה אז היא תרשום משכנתא לטובת הבנק. הבנק ידרוש ממנה התחייבות לרישום משכנתא לטובת הבנק לאחר שיעל תירשם כבעלים, זה לא מספיק לו עכשיו. **הבנק רוצה בשלב הזה שתי בטוחות: 1.** הסיבה שאני עורכת דין אשאל את יעל איך היא ממנת, הבנק דורש לרשום הערת אזהרה, הרי במצב כזה אי אפשר לרשום הערת אזהרה ולכן כשעורך דין יודע שהמיומן יהיה באמצעות משכנתא הוא חייב להוסיף סעיף בחוזה שאומר שדרור יודע את זה והוא מוכן לאפשר לבנק לרשום הערת אזהרה על הזכות שלו, ואז הוא מסכים שתירשם הערת אזהרה לטובת הבנק על זכותו של דרור. אם העסקה ממשיכה ויעל הולכת לטאבו ומבקשת להירשם כבעלים יחד עם שטרות המכר היא מביאה גם את התחייבות שלה לטובת הבנק ובוא זמנית רושמים שהבעלים היא יעל והמשכנתא זה לטובת הבנק. **2.** זה לא מספיק לבנק, יכול להיות שהתבטל ההסכם, אם החוזה התבטל ואין לי שום בטוחה. לכן מה שהבנק דורש ועושה עוד זה למשכן את הזכות של יעל **והבנק רוצה למשכן את הזכות האובליגטורית של יעל.** רושמים את זה אצל רשם המשכונות. אם מסיבה כלשהיא לאחר מתן ההלוואה הבנק כבר העביר את הכסף, התבטל חוזה המכר (למשל אחד מהצדדים הפר אותו), אז המשכון של הזכות האובליגטורית יתפוס את זכות ההשבה של יעל. כלומר, חל כאן עקרון התחלוף, משכון חל גם על תחלפי הנכס הממושכן לפי ס' 9 לחוק המשכון קובע- "אבד המשכון, או ניזוק או הופקע, ויש לחייב בשל כך זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, יחול המשכון על הזכות האמורה". זאת אומרת שאם החוזה הזה בטל, מאיזה שהיא סיבה- בגלל שהבנק משכן את הזכות האובליגטורית שלה המשכון תופס את זכות השבה הזאת, דרור צריך להשיב את הבנק.

מתי יש לנו משכון? כמובן שהדרך הקלאסית היא בחוזה. לפי ס' 3 לחוק המשכון- "משכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושים".

נניח שאני ממשכנת את הרכב שלי לטובת הבנק, אני צריכה לעשות הסכם עם הבנק, מרגע שנחתם ההסכם יש משכון. המשמעות של הרישום אצל רשם המשכונות היא כלפי צדדי ג' היא לא כלפי החייב והנושה, להסכם

המשכון יש תוקף מרגע עריכתו לבנק כדי לו ללכת ולרשום את המשכון אצל רשם המשכונות כי אם יהיו נושים נוספים אז יהיה לזה המון משמעות אבל ביני לבין הבנק למשכון יש תוקף ממעוד עריכת ההסכם. הבעיה היא שלפעמים צדדים מסכמים בניהם משהו אחר, הם בכלל לא חשבו שהם עשו הסכם משכון אבל אחר כך מבחינה משפטית אנו מתרגמים את מה שהם עשו ואנו אומרים שזה משכון. משום, שלפי ס' 2ב 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 כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

אם אנו מזהים שהכוונה הייתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, לא אכפת לנו איך קראתם את זה. זהו חוק קוגנטי אי אפשר לקרוא למשהו בשם אחר.

### עסקאות חשודות שלא קוראים להם עסקאות משכון אך הם כאלה-

עסקת קונסיגנציה- נניח יש לי דוחן למכירת עיתונים, אני רוצה לעשות איתם עסקה קונסיגנציה המשמעות היא שהם יתנו לי את העיתונים, העיתונים יישארו שלהם, מחר אני יכולה להחזיר את כל מה שמכרתי ולשלם רק עבור מה שכן מכרתי. אפשר לחשוב על זה גם על מוצרי חלב אם הסופר יכול להחזיר או לא כל מיני מוצרים עם חיי מדף קצרים. שמרנו על האינטרס של המוכר, זה יכול גם להיות חנות תכשיטים שאני לא רוצה לקנות עם הספק ולכן אני אומרת תשימו אצלי אבל זה שלכם. העסקה הזאת היא בעצם סוג של תניית שיור/שמור בעלות, זאת אומרת אפילו שהספק נתן לי את העיתונים הוא נשאר הבעלים עד שאני אשלם לו, אחרת הוא הבעלים. יש לנו עוד כל מיני עסקאות כמו תניית שיור/בעלות- אני לוקחת בליסינג רכב אני אמורה לשלם 36 תשלומים והסיכום הוא שאני אעבור לשלם אחרי שאסיים את התשלום הללו.

מכר חוזר- נניח שאני לווה ממישהו שני מיליון שקל, דני רוצה בטוחה שהוא יקבל את הכסף. לפעמים משתמשים בשיטה של מכר חוזר, אנו מסכמים שאני מוכרת לו את הדירה שלי, או את הנכס האחר שלי. בהסכם כתוב גם שאם תוך נניח שנה או שנתיים אני משלמת לו שני מיליון שקל, אז הוא יחזיר לי בחזרה. המכר מאפשר לה לקבל את הדירה בחזרה אם היא תעמוד בתשלומים.

אלו הם עסקאות שהמטרה שלהם יכולה להיות בפועל כשעבוד, וזה להבטיח את זה שהראשון יקבל את הכסף שלו.

**פס"ד קולמבו נ' הבנק למסחר** פס"ד מ-1991, חברת קולמבו היא בעצם ספק ויבואן של צעצועים והיא סיפקה צעצועים "מאמא-יוקרו". מה שקרה שמאמא יוקרו נכנסה לקשיים והפסיקה לשלם את החשבונות שלה. במצב כזה יש כונס נכסים שהוא בא ותופס את כל הנכסים של מאמא יוקרו הוא פשוט צריך למכור את הנכסים ולהיפרע מהם. בא קולמבו ואמרה שחלק מהנכסים הללו הם שלי, הם לא של מאמא יוקרו תחזירו לי את הנכסים הם שלי. לכן היא טוענת לבעלות על הצעצועים האלו. היא אומרת שבהסכם ביני לבין מאמא יוקרו יש תניית שיור בעלות שאומרת שהנכסים נשארים של קולמבו עד שמאמא יוקרו משלמת עבורה לכן היא אומרת שזה שלה, ולכן את אלה תתנו לי ואל תמכרו אותם לנושים. יש לשים לב, שיש לנו כאן התנגשות בין שני סעיפי חוק: בין סעיף 33 לחוק המכר שקובע שהבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על הדרך אחרת להעברת הבעלות לבין ס' 2 (ב) חוק המשכון יחול על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב. מה שהסביר בית המשפט זה שכאשר המוטיביציה לעסקה היא הבטחת התשלום עבור הסחורה לספק מדובר במשכון, בפועל מדובר במשכון. ביהמ"ש אומר שהוסיפו את תניית השיור כי קולמבו חששה שהיא לא תקבל את התשלום ולכן מדובר במשכון ואם מדובר במשכון שהנכסים הם כן של מאמא יוקרו. הנכסים הם של מאמא יוקרו וכל מה שיש לקולמבו זה משכון שהם בכלל לא הלכו לרשום אותו וזה משכון מוסווה וכשיש צדדים שלישיים אם לא רשמתם את המשכון הוא לא שווה כלום ולכן אין שום עדיפות כאן על נושים אחרים. לכן, לפי נוסח ההסכם הבעלות היא של קולמבו אבל ביהמ"ש אומר שלא, הבעלות עברה למאמא יוקרו אפילו שכתבתם שלא. מה שיש לקולמבו זה משכון שהם לא רשמו. ביהמ"ש אומר שצריך לראות את מוטיביציית העסקה- שכן אם המטרה היא שזה להבטיח את קבלת הכסף אצל הנושה אז זה משכון, ואז בקולמבו הוא הנושה, ויש לנו את מאמא יוקרו שהוא החייב וזאת החנות צעצועים בהסכם נאמר שהצעצועים נשארים אצל קולמבו עד שמאמא יוקרו ישלמו, וביהמ"ש אומר שזה שהם רשמו זה לא מעניין מה שיש לנו זה עסקת משכון, הבעלות כן עברה

והצעצועים עברו למאמא יוקרו. הבעלים ממאמא יוקרו ובעל המשכון זאת קולמבו שלא טרחה לרשום את המשכון ומכוון שזה משכון מוסווה והם לא הלכו והפכו את המשכון לקנייני וזה בעצם גרם להפסיד לכל הנושים האחרים. אחרי הפסק הדין השוק נכנס לסערה והספקים באו ואמרו לביהמ"ש שהם הורסים אותם כי אין בטוחה, והם לא יכולים להגן על עצמם מפסידים והיה המון ביקורות על הלכת קולמבו.

למרות פס"ד המציאות נשארה אותו דבר, הספקים כמו קולמבו המשיכו לספק לחנויות והפסידו כל הזמן כל פעם שחנויות נפלו התניות הללו לא הוכרו והם המשיכו להפסיד.

הלכה של הלכת קולמבו לכאורה הייתה שהתניית שיור בעלות זה משכון מוסווה.

**אז הגיע מקרה נוסף לביהמ"ש העליון בשנת 2003 שנקרא קידוחי הצפון נ' קווילי-** ביהמ"ש העליון קבע שהלכת קולמבו היא גזרה שלא ניתן לעמוד בה כי אי אפשר לרוץ ולרשום משכון כל היום. היא פוגעת בחופש החוזים והתקשורת. היא מביאה להעדפה לא צודקת של נושים, מעדיפים את הנושים האחרים אלה עם הכיס העמוק. לכן בעצם פה אחד פוסקים השופטים ביטול הלכת קולמבו, **וביהמ"ש קבע הפוך בהיעדר** טעמים מיוחדים לסתור תניית שיור בעלות מייצגת עסקת מכר אמיתית שמשקפת את המציאות ולכן אין לראות בה משכון מוסווה. באותה פס"ד עלה השאלה מה לגבי עסקאות מכר חוזר (רוב השופטים לא מתייחסים), מה שקרה בפועל זה שבתי המשפט הנמוכים (מחוזי) בדקו את העסקאות הללו ומצאו פעם אחר פעם שמדובר במשכון מוסווה וזאת אומרת מה שלכאורה השתנה שלא אמרו אוטומטית ובחנו את העסקה אבל תמיד המסקנה הייתה שיש בפועל משכון מוסווה. בתי המשפט הערימו קשיים דווקא על הספקים על אלה שבאים לטעון על תניית שיור תקפה. הם למשל קבעו שנטל ההוכחה לזה שמדובר בהתניית תקפה הוא על מי שטוען לתוקף התנייה הוא זה שצריך להוכיח שמדובר בנטל הוכחה זעיר וקפדני, ונקבע שלא מספיק שהתניה רשומה בתעודות המשלוח אנו מצפים לראות אותה גם בחוזה וגם אז אולי זה לא מספיק ונקבע-

**"מבחן הקיפוח והזיקה":** אנו רוצים לראות שהספק מתעניין נכסים, אם הספק מסר את הנכסים ולא פיקח עליהם ושאל לשלומם זה מעיד על זה שבעצם זה לא שלא. אנו רואים שבפועל בתי המשפט הנמוכים לכאורה לא פעלו לפי הלכת קידוחי הצפון הם מצאו פעם אחר פעם את הטעמים לסתור. היו כתבות בעיתונים, מאמרים, זילול בדעת העליון... אז הגיע מקרה לביהמ"ש העליון:

**2013 ויטה פרי הגליל נ' חנית נוף כונס נכסים-** ויטה סיפקה במשך שנים מוצרים לחברת קפלן שיווק בשר. בשנת 2009 קפלן מתפרקת יש הרבה נושים שמגישים תביעות פירוק ומונתה כונסת נכסים. ויטה טוענת לבעלות הנכסים האלה והיא טוענת להתניית שיור הבעלות. הכונסת מנגד טענה שלא, והסיפור מגיע לביהמ"ש העליון. לביהמ"ש העליון יש הזדמנות להגיב לכל הביקורת והסגה שיש אחרי זה. ביהמ"ש העליון קובע שהלכת קידוחי הצפון ביטלה את הקביעה הגורפת שנקבעה בהלכת קולמבו לפיה כל עסקת מכר שכוללת תניית שיור בעלות ושנעדרת סממנים מובהקים של קונסיגנציה (מוצרים קצרים). דינה כעסקת משכון, עם זאת אין לפרש את הלכת קידוחי הצפון באופן דווקני אלא באופן הגיוני ומידדתי המותאם לחיי המעשה. ביהמ"ש אומר כי בתי המשפט צודקים בזה שהם בודקים כל עסקה לגופה והמבחינים שבתי המשפט המחוזיים פיתחו נראים מבחינים הגיוניים. הנקודה המרכזית היא שאם המטרה היא להבטיח את תשלום הכסף לנושה יש לנו משכון מוסווה. בכל המקרים שמתבררים זאת המטרה!!

העניין הוא כאן, שברגע שהשעבוד מוסווה (תניית שיור בעלות) זה הופך את הספק לנושה לא מובטח וכך ברגע שיש כונס נכסים הולכים לפי הסדר קודם כל נושה מובטח ואז נושה וכו'... זה לא יהיה בבעלותו כי הוא לא רשום!

כדי שמשכון יתפוס כלפי נושים אחרים צריך להפוך אותו לקנייני. כמו כל זכות אחרת היא יכולה להיות אובליגטורית והיא יכולה להפוך לקניינית.

הסעיף שקובע את הפעולה הנוספת שאין לו דין אחר, ס' 4 לחוק המשכון קובע איך הופכים משכון לקנייני (חריג שיש דין אחר):

### 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.

### נותן לנו שלוש אפשרויות איך להפוך משכון לקנייני:

דרך הראשונה והנפוצה ביותר – רישום אצל רשם המשכנות ורושמים שם, רישום קנייני ומשוכלל.

דרך שניה – **רלוונטית לנכסי מיטלטלין והיא הפקדת הנכס אצל הנושה**. אני אתן לבנק את הרכב כי הוא נתן לי הלוואה זה לא הגיוני והשיטה הזאת לא מתאימה. נניח שאני רוצה הלוואה מהבנק והם אומרים לי לתת בטוחה אז אני יכולה לתת לו את היהלומים, ואז זה יהיה בבנק וזה יישאר אצלו עד שנסיים את ההלוואה. כאן המשכון נקרא כמשוכלל

דרך שלישית – יוצרת לנו קניינות יחסית כלפי אחד היא קניינית וכלפי אחר היא לא. צד ג' שידע או היה עליו לדעת על המשכון כלפיו ורק כלפיו המשכון משוכלל. נניח שאני צריכה הלוואה מהבנק ואני הולכת והסיכום הוא שאני אמשכן את היהלום שלי ושאיני חתמי על הבנק על הסכם המשכון הייתה איתי חברה בשם ליאורה והיא יודעת וראתה שמשכנתי את הנכס הזה ואחר כך הבנק היה צריך לרשום את המשכון והוא שכח. כלפינו המשכון קנייני, כלפי ליאורה היא ידעה עליו שהוא משכון קנייני.

### איך משכון מתנהל במצב של תחרות?

**ס' 4:** זהו הסעיף שלמדנו איך משכללים משכון? משכון משוכלל זה משכון קנייני. בס' 4 – בתחילתו הוא אומר לנו "כלפי נושים אחרים של החייב, כוחו של המשכון יפה, אם הוא שוכלל..". יש ויכוח ארוך שנים על הסוגיה מהן נושים אחרים, כשיש בהקשר הזה כל מני דעות לכך. כולם מסכימים על דבר אחד, והוא שתחת ההגדרה של נושה אחר נכנס נושה כספי. מהו נושה כספי? זה מישהו שבא וטוען כי החייב חייב לו כסף. אנו נראה את האפשרויות הקיימות בתחרות בין משכון לנושה כספי:

**אפשרות אחת** – משכון משוכלל גובר.

1. משכון משוכלל

2. נושה כספי

**אפשרות שניה** – אין לנו משכון, יש לנו לכאורה תחרות בין שני נושים כספיים, וזה שלמישהו יש משכון לא משוכלל זה לא נותן יתרון. ברגע שיש לנו תחרות כזאת הם נפרעים לפי חלקם היחסי שנקרא "פרי פאסו" – לפי חלקם היחסי. יש לי נושה שחייבים לו 100,000 אלף ויש נושה שני שחייבים לו 50,000 ושמכרו את הנכס קיבלנו 90,000 איך אני אחלק להם? יש לי יחס של חצי, ולכן את זה אני אחלק בצורה יחסית לחוב. הנושה הראשון יקבל 60,000 והשני 30,000. אין עדיפות לאף אחד!

1. משכון לא משוכלל

2. נושה כספי

**אפשרות שלישית** – משכון משוכלל גובר.

1. נושה כספי

2. משכון משוכלל

**אפשרות רביעית** – המשכון לא משוכלל ולכן אין עדיפות, ואז מחלקים לפי חלקו היחסי של החוב וזה יקרא "פרי פאסו".

1. נושה כספי

2. משכון לא משוכלל

לדעת כולם, הסעיף שחל כאן וצריך להכריע את התחרות זה סעיף 4. ס' 4 בניגוד לכל סעיפי התחרות שלמדנו עד היום, לא מתעניין בלוח הזמנים. עד היום היה כריתי לראות מי ראשון, הסעיף בכלל לא מתעניין בכלל בלוח הזמנים מה שהוא אומר לנו שהמשכון כוחו יפה רק אם הוא משוכלל.

אבל, נשאלת השאלה האם נושה אחר כולל רק את הביטוי של נושה כספי, אז מה לגבי בעל זכות אחרת בנכס? למשל, זכות של התחייבות למכר ומכר- מה קרה אם מישהו גם מכר את הנכס, וגם משכן את הנכס? לגבי משכון האם חל סעיף 4?

### **בחלק הראשון אנו נציג אפשרויות שהזכות הראשונה בזמן תהיה לא קניינית מה שבדרך כלל התייחסו**

#### **כעסקאות נוגדות.**

יש הסבורים שהתחרות שכתוב להלן, חל ס' 4, ואז אם המשכון שוכלל הוא מנצח ואם המשכון לא משוכלל הוא מפסיד. לעומת זאת, אחרים אומרים שזה לא הגיוני, משום **סיבה ראשונה**- היא שבתחרות בין זכויות יש משמעות מאוד רבה למי בא קודם ומי בא אחר כך. **סיבה שניה**- הוא ס' 4 לא לוקח בחשבון את סוגיית תום הלב, ובעצם הוא יכול לאפשר למישהו חסר תום לב בצורה בוטה לנצח. **סיבה שלישית**- ביהמ"ש קבע בפס"ד אהרונוב, שהראשון בזמן יש לו זכות ביושר, זכות מעין קניינית, אם כך נתעלם ממנו? הם אומרים שזה בדיוק המצב של עסקאות נוגדות, ולכן צריך להחיל פה ס' 12 לחוק המיטלטלין.

הבעיה היא שהפסיקה הישנה/הוותיקה קבעה שחל פה ס' 4 לחוק המשכון. **שטוקמן נ' ספיטני**- פס"ד מ-1974 ביהמ"ש קבע שחל כאן ס' 4 משום שזה ספציפי. אומנם הגיעו רק מעט מקרים והעליון חזר ההלכה הזאת. אך מצד שני, יש גם הרבה מאוד ביקורת על ההלכה הזאת, וגם דובר כי אחרי פס"ד אהרונוב קבע ביהמ"ש העליון שהזכות הראשונה היא הזכות שביושר, הוא מעצים את הראשונות כי זה הזכות הראשונה בזמן כי היא זכות מעין קניינית. בפס"ד אהרונוב אומנם הוא עסק בנושא של מכר, אך ביהמ"ש העליון אומר שכל זכות היא זכות שביושר. לכן אנו במצב של אי וודאות משפטית, לפי המרצה היא משוכנעת כי להחיל את ס' 12 לחוק המיטלטלין. פרופסור מיגל דויטש סבור שחל כאן ס' 12, אבל אין אמירה של ביהמ"ש העליון ב-20 שנה האחרונות הללו, ואין אפשרות להיצמד להלכה הזאת. בבתי המשפט המחוזי זה לא עקבי יש שופטים שמפעילים את ס' 12 ואת ס' 4 ולכן אנו נעבוד עם שניהם.

**אפשרות ראשונה**- אם אנו הולכים לפי ס' 4 לחוק המשכון, מה שאכפת לס' 4 זה אם המשכון משוכלל או לא, ולכן התחייבות למכר גוברת. לפי ס' 12 לחוק המיט' הראשון גובר אלא אם כן השני עומד בשלושת התנאים. אך זה לא יכול לעמוד השני משום שאין עדיין את החזקה. התחייבות למכר זוהי עסקה שלא הושלמה, והתנאי השלישי לא מתקיים. לפי ס' 12 לחוק המיט' דווקא הראשון הוא זה שמנצח ולכן זה גורם לסתירה.

1. משכון לא משוכלל

2. התחייבות למכר

**אפשרות שניה**- לפי ס' 4 מכר גובר, ולפי ס' 12 מכר בתנאי שהוא עומד בתום לב ותמורה (חזקה יש)

1. משכון לא משוכלל

2. מכר

**אפשרות שלישית**- לפי ס' 4 המשכון גובר על אף שנעשה בתום לב. לפי ס' 12 זה משכון ורק בתנאי שעומד בתום לב. משכון בא להבטיח חוב.

1. התחייבות למכר

2. משכון משוכלל

**אפשרות רביעית**- לפי ס' 4 התחייבות למכר גובר ולפי ס' 12 התחייבות למכר גובר.

1. התחייבות למכר

2. משכון לא משוכלל

**מה שנשאר זה בסיטואציה שבו הזכות הראשונה היא קניינית:** גם פה לכאורה, ס' 4 לפי לשונו חל. **אבל זה**

**ממש לא הגיוני לפי כל דיני התחרויות שלנו, כי אצלנו יש כלל שלמדנו אותו הרבה מאוד פעמים זכות קניינית**

**קודמת בזמן אפשר לנצח רק באמצעות עמידה בתנאי תקנת השוק.** פה התחולה של תקנת השוק מבחינת

וודאות המשפטית שלי, אין לנו פה הלכה מסודרת ואנו נעבוד לכאורה עם שני הסעיפים, מבחינה משפטית התשובה הראשונה צריכה להיות דווקא מתקנת השוק ולא לפי ס' 4. למען הסדר הטוב אנו נבדוק לפי שני הסעיפים.

**אפשרות ראשונה**- לפי ס' 4 מי שינצח זה המשכון המשוכלל. אם אני הולכת לתקנת שוק רלוונטית במיטלטלין, ס' 34 לחוק המכר זה תקנת השוק במיטלטלין. אי אפשר לעמוד בתנאי תקנת השוק אם הזכות לא קניינית, ולכן

גם לפי ס' 34 לחוק המכר המשכון המשוכלל גובר

1. משכון משוכלל

2. התחייבות למכר

**אפשרות שניה-** לפי ס' 4 מי שינצח זה משכון משוכלל, לפי ס' 34 לחוק המכר אם מכר יעמוד בכל תנאי תקנת השוק הוא ינצח. הרי שהמכר גובר אם הוא עומד בכל שאר תנאי תקנת השוק.

1. משכון משוכלל

2. מכר

**אפשרות שלישית-** לפי ס' 4 משכון משוכלל זה גובר. האופציה השנייה היא תקנת השוק, אבל למשכון יש תקנת שוק מיוחדת משלו, לכן ס' 5 לחוק המשכון הוא תקנת השוק במשכונות, הוא לא יכול לעמוד בתנאי תקנת השוק, כי למשכון יש תקנת שוק מיוחדת משלו, כדי שהוא ינצח הוא צריך לעמוד בתנאי תקנת השוק ולפי ס' 5 לחוק המשכון גובר רק אם עומד בכל תנאי הסעיף.

1. מכר

2. משכון משוכלל

**אפשרות רביעית-** לפי ס' 4 מי שמנצח זה מכר, ולפי ס' 5 לחוק המשכון גם המכר יעמוד. כדי לעמוד בתנאי התקנה הזכות חייבת להיות קניינית, זכות שאינה קניינית אינה עומדת בתנאי תקנת השוק!!

1. מכר

2. משכון לא משוכלל

### **אנו צריכים לבדוק עכשיו מה קורה אם יש לנו תחרות בין משכון למשכון? האם גם זה נכנס בס' 4:**

**אפשרות אחת-** אם אנו מחילים את ס' 4 אין לנו עדיפות וכל אחד לפי חלקו היחסי ("פרי פסו"). מכון שהזכות הראשונה היא לא קניינית, לפי מיגל דויטש להחיל כאן את ס' 12 לחוק מיטלטלין, זה קלאסיקה של עסקאות נוגדות. אז לפי ס' 12 הראשון גובר וזאת כי השני לא עומד בתנאים כי הוא לא קנייני.

1. משכון לא משוכלל

2. משכון לא משוכלל

**אפשרות שניה-** לפי ס' 4 השני גובר שזה משכון משוכלל, חד משמעית. לפי ס' 12 השני גובר וזאת רק אם נעשה בתום לב.

1. משכון לא משוכלל

2. משכון משוכלל

**אפשרות שלישית-** לפי ס' 4 הראשון גובר שזה משכון משוכלל, ולפי ס' 12 אנו לא נפעל כי הראשונה היא קניינית. השני יכול לנצח רק אם הוא עומד בתנאי תקנת השוק זה לא עומד אבל כי זה לא קנייני.

1. משכון משוכלל

2. משכון לא משוכלל

**אפשרות רביעית-** ס' 6 לחוק המשכון אנו נשאיר לשיעור הבאה. יש לזה סעיף ייחודי ואנו לא נטפל בזה עכשיו. אי אפשר לדבר על תנאי תקנת השוק כי יש סעיף ספציפי וזה ייחודי למקרה הספציפי.

1. משכון משוכלל

2. משכון משוכלל

### **סעיף 5 לחוק המשכון- תקנת השוק במשכונות:**

קובע שנכסים נדים שמושכנו, כשהיו בהחזקתו של הממשכן והם הופקדו או נרשמו יהא כוחו של המשכון יפה לכל דבר אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהשונה פעל בתום לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם. זה תקנת השוק במשכונות, בתקנת שוק באופן כללי, אנו נשתמש בשני מצבים: מצב אחד- כדי לנצח זכות קניינית קודמת בזמן. מצב שני- לראות האם יש תוקף לאיזה שהיא עסקה או פעולה. משכון שעומד בתנאי התקנה יהיה תוקף גם אם מי שביצע את המשכון לא היה הבעלים ובנוסף משכון שעומד בתנאי תקנת השוק גובר על זכויות קודמות בנכס.

ס' 5 לחוק תנאי תקנת השוק, תנאים מצטברים:

**התנאי הראשון-** שיהיה מדובר בנכס נד- מיטלטלין, רק במיטלטלין.

**התנאי השני-** הנכס מושכן כשהיה בחזקת הממשכן. לדוגמא- אם אני הולכת וממשכנת את הרכב של עם-לי מי שממשכן זה אני, והמשכון יעמוד בתנאי תקנת השוק זה צריך להיות שהנכס מושכן שהיה בחזקת הממשכן.

**התנאי השלישי-** המשכון מופקד או רשום. תנאי קנייני, המשכון צריך להיות משוכלל באחת משתי דרכים: 1. הפקדה. 2. רשום (אחת משתי הדרכים לא צריך את שניהם).

**התנאי הרביעי-** הנכס הגיע לידי הממשכן, על דעת הבעלים או הזכאי להחזיק. נניח שאני משאילה לחברה את הרכב, או אני משאילה לה את השרשרת שלי, האם הנכס הגיע לידיה על דעתי? כן, חד משמעית ועכשיו החברה הולכת וממשכנת את השרשרת לבנק, היא אומרת שזה שלה והיא ממשכנת את זה. כן התנאי הרביעי מתקיים. לעומת זאת, אם פורצים לי ולוקחים לי את השרשרת ואז בסופו של דבר זה מגיע לחנות בקניון ואומר שהשרשרת שלו, האם השרשרת הגיע אל אותו אחד שממשכן לדעתי? המצב על דעתי.

**התנאי החמישי-** הנושה פעל בתום לב. תום לב הנדרש הוא אובייקטיבי ואילו בתקנות השוק האחרות זה סובייקטיבי. ביהמ"ש אומר לפי פס"ד רשות התעופה- "על הנושה לנקוט את כל המאמצים הסבירים לאיסוף המידע העומד לרשות הציבור". לכן אם יש משהו שהוא יכול לעשות הוא צריך לעשות זאת.

אם הנושה עומד בכל התנאים הללו אז הוא עומד בתנאי תקנת השוק, ומספיק שהוא לא עומד באחד הוא לא עומד בתנאי התקנה.

## תרגול

### שאלה ראשונה


לזיוה חנות עתיקות. את הסחורה לחנות זיוה רוכשת מספקים שונים. זיוה היתה מעוניינת לקבל סחורה גם מספק בשם רוני, אלא שרוני סירב לעבוד איתה מאחר וזיוה לא יכולה היתה למסור לו ערבות בנקאית להבטחת התשלומים עבור הסחורה. לאחר משא ומתן ארוך סוכם כי רוני אכן יספק לזיוה סחורה, אולם הסחורה תישאר בבעלותו עד למכירתה ללקוחות והעברת התשלום אליו מזיוה. סיכום זה הועלה על הכתב ונחתם הן על ידי זיוה והן על ידי רוני.

ביום 1.1.2017 נפרצה חנותה של זיוה. בין היתר נגנבה מראה עתיקה שסופקה לזיוה על ידי רוני. ביום 1.3.2017 נרכשה המראה בחנות עתיקות ידועה בתל אביב. הרוכשת הינה נופר, שרכשה את המראה תמורת סך של 85,000 ₪ (מחיר השוק של המראה). למימון הרכישה נטלה נופר הלוואה מחברה הנותנת הלוואות. להבטחת פירעון הלוואה, משכנה נופר את המראה לחברה, לאחר שהחברה בדקה את רישומי רשם המשכונות ולא גילתה בעיה כלשהי. המשכון לטובת החברה נרשם אצל רשם המשכונות. ביום 1.7.2017 ראתה נופר כתבה בעיתון על כך שנמצאו חלק מהפריטים שנגנבו מחנות העתיקות של זיוה. לאור העניין שלה בנושא קראה את הכתבה, בה צוינו הפרטים שלא נמצאו – ביניהם המראה. על פי התיאור הבינה כי המדובר במראה שבידיה, והיא התקשרה והודיעה על כך לזיוה. יש לציין כי נופר לא הצליחה לעמוד בתשלומי הלוואה והחברה דורשת לממש את המשכון על המראה. רוני דורש לקבל חזרה את המראה, וזיוה סבורה כי יש להשיב את המראה לחנותה.

א'. נתחו את השתלשלות העניינים המתוארת והכריעו בין זכויותיהם הנוגדות של רוני, זיוה, נופר וחברת הלוואות ביחס למראה.

ב'. האם וכיצד התשובה תשתנה אם נופר היתה רואה את הכתבה בעיתון טרם הרכישה של המראה, כלומר – היתה רוכשת את המראה בידעה שנגנבה בעבר מחנותה של זיוה, ולאחר מספר חודשים חשה צורך להודיע על כך לזיוה?

### שאלה שניה

יעל קיבלה מבן זוגה עידן צמיד יוקרתי כמתנה ליום הולדתה. יחדיו הם הלכו לצורף וביקשו כי יחרוט על הצמיד את שמותיהם בתוך . יומיים לאחר מכן נפרדו יעל ועידן. התברר כי קודם למתן הצמיד ליעל, מישכן אותו עידן לטובת חברת הלוואות ממנה נטל הלוואה, כבטוחה להחזר הלוואה. חברת הלוואות בדקה את הצמיד וכן בדקה כי לא נרשם משכון על הצמיד, טרם ביצעה את רישום המשכון בלשכת רישום המשכונות, כנדרש. יעל איננה מעוניינת לשלם לצורף עבור החריטה שביצע, והצורף אינו מוכן למסור את הצמיד לאיש לפני שיקבל תשלום עבור עבודתו. עידן נעלם, ואילו חברת הלוואות מעוניינת לממש את המשכון מאחר ועידן לא עומד בתנאי החזר הלוואה שנטל. דונו בזכויות הצדדים ביחס לצמיד.

### פתרון:

אנו צריכים לסדר לפי לוח הזמנים: קודם כל יש חברת הלוואות, יש לה משכון משוכלל. חלק מהסטודנטים ראו את הטרם והחליטו שהמשכון לא נרשם. אז הוא נתן ליעל במתנה ואחר כך יעל ועידן מסרו אותו לצורף והצורף מעכב אותו.



אנו נתחיל עם חברת הלוואות משכון משוכלל, והשני זה יעל והמתנה: ברגע שהבעלות עברה זה לצורך העניין כמו מכר אין סעיף 5 לחוק המתנה. לפי ס' 4 חברת הלוואות משכון משוכלל, ואנו צריכים את תקנת השוק לפי ס' 34 לחוק המכר, אין כאן אצלנו מכר ולכן חברת הלוואות תנצח. הצורך שטוען לעכבון – מכוח ס' 5 לחוק חוזה הקבלנות. האם הזכות הופעלה כהלכה? נראה שכן, אין מידע על משהו בעייתי ולכן זה נראה שלצורך יש עכבון. ואז יש לנו את חברת הלוואות לבין הצורך עם העכבון. מה שקבע הפסיקה זה שאם העכבון הוא עכבון השבחה, ואם הוא לא אז הוא לא מנצח. החריטה לא העלתה את השווי ולכן זה לא עכבון השבחה. יעל היא הבעלים אבל היא כפופה למשכון, היא כפופה למשכון, היא כפופה לעכבון והמשכון עדיף על העכבון.

### **שאלה 3**

דני רצה להקים עסק חדש להובלות. דני היה הבעלים של משאית, אך לשם הקמת העסק ופרסומו נזקק להלוואה בסך של 100,000 ₪. יאיר חברו של דני הסכים לתת לדני את הלוואה, אך חשש מאוד שדני לא יוכל להחזירה. לאור זאת נחתם חוזה ביניהם (ביום 1.4.2014) לפיו דני מוכר ליאיר את הבעלות במשאית, ששוויה ביום עריכת ההסכם היה 110,000 ₪. בהסכם היה סעיף שקבע כי דני יוכל לרכוש את המשאית בחזרה מיאיר אם ישלם לו סך של 110,000 ₪ תוך שנה מיום חתימת החוזה. **המשאית נותרה בשימוש של דני וכן על שמו של דני במשרד הרישוי, וההלוואה ניתנה.**

עסקיו של דני לא צלחו והוא נזקק למימון נוסף, לכן ביום 1.7.2014 מכר את המשאית לחברה העוסקת בהספקת ציוד משרדי בשם: "ציוד לכל". הסכם המכירה נערך בעל פה ונקבע בו כי ציוד לכל תשלם לדני סך של 99,000 ₪ עבור המשאית. ציוד לכל בדקה כי לא רשום משכון על המשאית וכי היא אכן רשומה על שם דני. **התשלום בוצע והמשאית עברה לחזקת ציוד לכל. הבעלות הועברה על שם ציוד לכל גם במשרד הרישוי.**

ביום 1.8.2014 ביקשה ציוד לכל הלוואה בסך של 200,000 ₪ ש"ח מהבנק, אחת הבטוחות שהציעה להחזר ההלוואה הייתה המשאית. הבנק בדק את מסמכי המשאית וכן בדק ומצא כי המשאית רשומה על שם ציוד לכל במשרד הרישוי וכי לא רשום עליה משכון או עיקול. לאחר שנחתם הסכם המשכון עם ציוד לכל, **רשם הבנק את המשכון אצל רשם החברות.**

ביום 1.11.2014 מכרה ציוד לכל את המשאית לחברת גונן הובלות תמורת סך של 99,000 ₪. גונן הובלות בדקה את מסמכי הרכב, שילמה את התמורה וקיבלה את החזקה במשאית, והצדדים סיכמו כי בהמשך השבוע ייפגשו לצורך העברת הבעלות במשרד הרישוי.

למחרת היום התקלקלה המשאית וגונן הובלות הכניסה אותה לתיקון במוסך. המוסכניק דרש 3,000 ₪ עבור התיקון תוך שפירט את פרטי החשבון, אך בטרם שילמה גונן הובלות עבור התיקון התברר לה כי יאיר טוען שהמשאית שייכת לו, ואילו הבנק טוען כי הוא בעל משכון במשאית, ומאחר וציוד לכל לא עומדת בתנאי החזר ההלוואה הבנק מעוניין לממש את המשכון. **לכן סירבה גונן הובלות לשלם את החשבון שהוגש לה על ידי המוסך, ובעל המוסך הודיע כי עד לקבלת התשלום לא יאפשר לאיש לקחת את המשאית מהמוסך.** דונו בזכויותיהם של הצדדים השונים ביחס למשאית.

### **פתרון:**

כאשר אנו רואים מכר חוזר, או התניית שיוך בעלות, העסקאות שהגדרנו אותם כעסקאות חשודות אנו צריכים לבדוק. כאשר אנו רואים דבר כזה, עלינו לבדוק מה המטרה של העסקה הזאת? אנו רואים שהיא באה להבטיח את הכסף של יאיר, יאיר הוא כאלו הבעלים עכשיו. הבעלות במשרד הרישוי היא דקלרטיבית כי זה יכול אומנם להיות רשום על שם אחר ומי שבפועל משתמש זה אדם אחר.

העסקה הזאת מזויפת, ולכן זה משכון מושווה, לשם כך, אנו מזכירים את הפסיקה הרלוונטית שזה פס"ד ויטה נ' פרי הגליל, ויש לנו כאן עסקת משכון מושווה. דני הוא הבעלים של המשאית, יש לנו את דני שהוא הבעלים שיש לנו את יאיר שיש לנו משכון לא משוכלל ולכן כל הנקודה פה שהמשכון לא משוכלל.

יש לנו עכשיו את ציוד לכל שהוא מכר להם והם הבעלים, מציוד לכל יש לנו בנק עם משכון משוכלל. כעת יש לנו את גונן עם מכר, וכאן המוסך טוען לעכבון.

לקחנו את מה שכתוב בטקסט ושמונו לפי הסדר.

התחרות הראשונה היא בין יאיר לציוד לכל- ליאיר יש משכון לא משוכלל, ואחר כך זה ציוד לכל. אנו רואים שלפי התחרות הזאת אנו מתלבטים לפי שני סעיפים:

ס' 4 לחוק המשכון – ציוד לכל, משום שהמשכון אצל יאיר לא משוכלל ולכן זה אצל ציוד לכל. אנו צריכים לעלות גם את ס' 12 לחוק מהמיטלטלין המשכון של יאיר גובר אלא אם כן ציוד לכל עומדת בשלושת התנאים המצטברים : תום לב, תמורה, חזקה יש הכל.

ציוד לכל הייתה הבעלים, הייתה לה זכות לעשות עסקאות. עכשיו היא משכנה את המשאית ואחר כך היא מכרה את המשאית. יש תחרות בין הבנק המשכון המשוכלל לבין גונן שמכר. יש את ס' 4 והבנק ינצח כי זה משוכלל, אך שניהם כאן קניינים אנו צריכים לבדוק את הזכות השנייה אם היא עומדת בתנאי תקנת השוק. התקנת השוק הרלוונטית היא תקנת השוק במיטלטלין ס' 34 לחוק המכר- אחד התנאים הוא המוכר צריך להיות מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. הרי זה לא כי היא קנתה ממישהו אחר, זה תנאים מצטברים וגונן לא עומדת בהם והבנק גובר. בעלות זה יותר רחב, ולכן גונן יכולה לקבל את המשאית אך היא תהיה כפופה למשכון כלומר שאם ציוד לכל תחזיר לבנק את הכסף שלו ואם הוא לא ירצה גונן יצטרך לשלם פעמים.

תמיד, שאנו רואים עכבון עלינו לראות מכוח מה הוא קם, זה עכבון קבלני זה ס' 5 לחוק חוזה קבלנות והוא הופעל כדין. אם העיכבון הוא עיכבון השבחה אז הוא מנצח משכון משוכלל שקדם לה. העיכבון הוא השבחה משום שהוא תיקן את הרכב, העיכבון קודם כל אחר כך המשכון של הבנק. בעל העיכבון לא רשאי לממש אותו רק להחזיק אותו אחר כך הבנק יצטרך לשלם את החוב ואז לקחת את המשאית.