

תרגול

קניין

זכות קדימה:

הסעיפים הרלוונטיים הם ס' 106-99 לחוק המקרקעין, זכות קדימה ביחס לנכס זה בעצם זכות בכורה לעניין רכישת נכס. מקובל גם לכנות אותה "זכות סירוב ראשונה" במילים פשוטות- למשל אם אני רוצה למכור את הבית שלי אני עושה הסכם עם עדן שאני מציע לה ראשון. זכות קדימה אפשר ליצור מכוח הסכם ויכולה גם להיווצר מכוח הדין.

זכות קדימה מכוח הסכם:

ס' 99 קובע שבעל מקרקעין רשאי לרשום זכות קדימה ביחס למקרקעין ומשעשה זאת הוא לא יוכל להעביר אותם למישהו אחר אלא אם כן הציע אותם תחילה לבעל זכות הקדימה. כלומר, ניתן להתחייב בהסכם על מתן זכות קדימה. כעיקרון, נדרש כתב כדי שיהיה לזה תוקף! כדי להפוך להיות קניינית יש לרשום בטאבו. כעיקרון בהסכם אפשר לקבוע את כל מנגנון המימוש של הזכות איך מממשים את זה אבל אם לא קבענו בהסכם מנגנון המימוש יהיה לפי החוק.

מנגנון מימוש של זכות הקדימה:

ס' 102 (א)¹ קובע כי הצעה לבעל זכות הקדימה צריכה להיות בכתב שישלח בדואר רשום יש לציין בהצעה את המחיר הנדרש.

ס' 102(ב) קובע שתוך 30 ימים מיום קבלת ההצעה, רשאי בעל זכות הקדימה לשלם את המחיר הנדרש ומשעשה כן יראו את הצדדים כאילו עשו עסקה במקרקעין, הוא יכול להפקיד את זה בידי הרשם או לבן אדם.

ס' 102 (ג), קובע כי בעל זכות קדימה שלא שילם או הפקיד את הכסף בידי הרשם תוך 30 ימים רואים אותו כמי שסירב לרכוש את המקרקעין המוצעים.

ס' 103², קובע שאם סירב בעל זכות הקדימה לרכוש את המקרקעין יהיה המציע רשאי תוך שישה חודשים מיום הסירוב להעביר את המקרקעין כרצונו למי שהוא רוצה ובלבד שלא יעביר אותם במחיר נמוך יותר, למעשה רוצים להגן על בעל זכות הקדימה ולמנוע פריצות שאני יציע סתם מחיר לבעל זכות הקדימה כדי להתחמק ממנו.

ס' 103 (ב) וקובע, כי אם העביר בעל המקרקעין את המקרקעין תוך שישה חודשים פוקעת זכות הקדימה, אם לא העביר אותם תוך שישה חודשים הוא לא יהיה רשאי להעביר אותם אלא לאחר שהציע אותם שוב לבעל זכות הקדימה.

¹ רכישה על פי זכות קדימה

102. (א) הצעה לבעל זכות קדימה תהיה בכתב, שישלח בדואר רשום, ותציין את המחיר הנדרש בעד המקרקעין המוצעים; העתק מההצעה יישלח לרשם.
 (ב) תוך שלושים יום מיום קבלת ההצעה רשאי בעל זכות הקדימה לשלם את המחיר הנדרש, בצירוף כל מס או תשלום חובה אחר המגיע ממנו בקשר לרכישה או להפקידם בידי הרשם, ומשעשה כן, יראו את הצדדים כאילו נעשה ביניהם הסכם להעברת המקרקעין במחיר הנקוב בהצעה; הופקד המחיר, ישולם למציע עם גמר העסקה.
 (ג) בעל זכות קדימה שלא שילם או הפקיד את הסכומים האמורים בסעיף קטן (ב) תוך המועד הקבוע באותו סעיף קטן, רואים אותו, בתום המועד האמור, כמי שסירב לרכוש את המקרקעין.
 (ד) היו שני בעלי זכות קדימה או יותר, תישלח ההצעה לכולם; הסכימו כולם, או אחדים מהם, לרכוש את המקרקעין המוצעים, ינהגו כאמור בסעיף קטן (ב) לפי חלקו של כל אחד מהם בזכות הקדימה; סירב אחד מהם לרכוש, יעמוד חלקו לזכותם של השאר.

² עברת המקרקעין

103. (א) סירב בעל זכות קדימה לרכוש את המקרקעין המוצעים לו במחיר הנדרש, יהיה המציע רשאי, תוך ששה חודשים מיום הסירוב, להעבירם כרצונו, ובלבד שלא יעבירם במחיר נמוך מהמחיר שצויין בהצעה.
 (ב) העביר המציע את המקרקעין תוך תקופת ששת החודשים האמורה בסעיף קטן (א), בטלה זכות הקדימה, ואם נרשמה - תימחק; לא העבירם תוך התקופה האמורה, לא יהיה רשאי להעבירם אלא לאחר שהציעם שוב לבעל זכות הקדימה.

לדוגמא: נניח למיכל יש הסכם איתי שאם אני מוכר את הבית שלי אני צריך להציע אותו קודם למיכל. מה אני צריך לעשות? אני שולח לה הצעה בכתב בדואר רשום ומציע לה את הבית במיליון שקלים, אם מיכל תפקיד את הכסף תוך 30 ימים אז החוזה חל אם היא לא הפקידה את הכסף רואים אותה כמי שוויתרה על זכות הקדימה. אם מיכל סירבה, מה אני כבר יכול לעשות?
אני יכול למכור את הבית שלי למי שאני רוצה **אבל יש שני תנאים:**

1. שזה יהיה בתקופה של השישה חודשים מיום הסירוב.
2. ממחרת שלא יפחת ממה שהצעתי לשלי. אם לא מכרתי את זה תוך שישה חודשים אני צריך שוב להציע לשלי וחוזר חלילה כל המנגנון מתחיל מחדש.

זכות קדימה בבעלות מספר זכאים - כלומר יש לי הסכם עם כמה בעלי זכויות קדימה, למשל נתתי לצח 50% מהבית שלי. לעידו נתתי 25%. ולירדן גם 25%. מי שמטפל בזה זה ס' 102(ד) לחוק המקרקעין שקובע שאם יש כמה בעלי זכויות קדימה תישלח ההצעה לכולם לפי החלקים היחסיים שלהם. בעלי זכויות הקדימה צריכים לפעול בדיוק כפי שהסברנו מקודם. כל אחד לפי חלקו היחסי. הם יהיו שותפים ביחד ולחוד.

אם אחד סירב לרכוש את חלקו, יעמוד חלקו לזכותם של יתר הזכאים לפי חלקיהם.
כאן צריך לשים לב גם **בקודקס** זה מודגש וגם **פרופ' דויטש** מדגיש את זה שהחלק של הסרבן יעמוד לטובת יתר הזכאים לפי חלקיהם היחסי ולא שווה בשווה.

לדוגמא: לעדן יש 50%. לעידו 25%. ולירדן 25%. והיא מוותרת עליו אז אני צריך להציע קודם כל את החלק של ירדן לעדן ועידו והם ייקנו אותו לפי החלק היחסי שלהם. כלומר, עדן תשלם יותר מעידו, עדן תיקח נתח גדול יותר כי החלק היחסי שלה גדול יותר.

התנאה על מנגנון המימוש - על כל מנגנון המימוש הזה ניתן להתנות בהסכם. ניתן לשנות את התקופה ל-60 ימים, 10 ימים מה או שבא לי. על מנת להמחיש זאת נפנה לפס"ד **שוורץ נ' ריינר**: היו כמה שותפים שהיו הבעלים של מקרקעין והם עשו ביניהם הסכמי זכויות קדימה. הם אמרו שאם שותף אחד ירצה למכור את חלקו הוא קודם כל יציע את זה ליתר השותפים.

בהסכמים הם קבעו שאם אחד ירצה למכור את חלקו הוא יציע את זה ליתר השותפים והם יצטרכו להחזיר תשובה תוך כחודש ימים. יום אחד, אחד השותפים רצה למכור את חלקו הוא בינתיים עשה הסכם מותלה עם צד ג', אותו צד ג' מאוד רצה לקנות את החלק שלו זה היה הסכם מותלה מכיוון שהוא היה מותלה בכך שיתר השותפים יסרבו ולא ירצו לממש את זכות הקדימה שלהם.

צד ג' חיכה בסבלנות חודש ימים לאחר חודש ימים וקצת באו השותפים ואמרו אנחנו רוצים לקנות את החלק שלך בא צד ג' ואמר, ממש לא אני גובר עליכם **לצד ג' היו שתי טענות:**

1. עבר חודש ימים לא מימשתם את זכות הקדימה שלכם אני גובר.
2. צד ג' אמר אתם השותפים עשיתם הסכם קדימה ובכלל לא רשמתם אותו בטאבו, יותר מזה לא רשמתם אפילו הערת אזהרה לכן בתחרות שבין הזכויות ביני לבינכם אני גובר (תחרות בין זכויות עוד לא למדנו אבל הוא כבר עשה את החישוב שלו ואמר כי בתחרות הזו אני גובר כי לא רשמתם הערת אזהרה).

ביהמ"ש קובע לגבי הטענה השנייה כי צד ג' צודק, היה על השותפים לרשום הערת אזהרה. אבל, במקרה שלנו זה לא רלוונטי כי צד ג' ידע שזה מותלה שיש הסכמי קדימה. ביהמ"ש אומר התכלית של הרישום הושגה באמצעות ההתנהגות ולכן, הטענה הזו של צד ג' נפלה. לגבי הטענה השנייה שלו, אומר ביהמ"ש ס' 102 הוא ס' דיספוזיטיבי ניתן להתנות עליו השותפים לא היו צריכים להפקיד את הכסף תוך 30 ימים והם מימשו את זכות הקדימה שלהם. היה רשום "כחודש".

סוגי נכסים נשוא זכות הקדימה (שאפשר לעשות עליהם זכות קדימה) - שיטת המשפט בישראל לא מכירה בזכות קדימה לגבי מיטלטלין ולגבי זכויות אך ורק לגבי מקרקעין. השאלה היא – אז אני לא יכול לעשות הסכם זכות קדימה על הטלפון שלי? ניתן לעשות הסכם קדימה ביחס למיטלטלין אבל לעולם זה יישאר ברובד האישי האובליגטורי זה אף פעם לא יכול להפוך להיות קנייני. ביחס למקרקעין ניתן לעשות זכות קדימה ביחס לזכות הבעלות וביחס לזכות החכירה לדורות - את זה קובע ס' 106 לחוק המקרקעין³. כלומר מיטלטלין וזכויות זה אף פעם לא יהיה קנייני, ובמקרקעין זה יהיה בעלות וחכירה לדורות.

³ זכות קדימה לגבי חכירה לדורות
106. הוראות סימן זה בדבר העברת בעלות, יחולו, ככל שהן נוגעות לעניין גם על העברה של חכירה לדורות.

אמרנו שיש זכות קדימה מכוח הסכם ומכוח הדין. ממשיכים זכות קדימה מכוח הסכם.

קנייניות זכות הקדימה - כאשר מדובר בזכות קדימה מכוח הסכם הרישום הוא זה שמשכלל את הזכות לזכות קניינית כל עוד לא רשמנו את זה יש לנו זכות אובליגטורית – התחייבות לעשות עסקה במקרקעין – עסקה במקרקעין זה כשכבר יש רישום. כשאין רישום, זה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. אמרנו שעוצמה אובליגטורית בלבד תהיה ביחס לזכויות במקרקעין שהם לא בעלות ולא חכירה לדורות. במילים אחרות, זכות קניינית בלבד יכולה להיות רק ביחס לבעלות וחכירה לדורות.

אבל, החלה להתפתח באקדמיה ההבחנה הבאה:

פרופ' דויטש בספר שלו כותב כך - זכות קדימה מכוח הסכם תהפוך להיות קניינית כשרושמים אותה בטאבו. טרם הרישום הוא אומר מעמדה של זכות הקדימה תלוי בכוונת הצדדים **כאן הוא מתחיל לחדש לנו ואומר כי אם יתכוונו הצדדים לרשום בעתיד את הזכות בטאבו רק אז מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין אבל אם הצדדים לא התחייבו לרשום בטאבו אז זה כבר לא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין זה בסה"כ זכות חוזית בלבד שמחייב את המתחייב בלבד במישור החוזי הניזקי ואומר כי אין כאן בכלל עסקה במקרקעין.**

דוגמא: נניח אני חותמת עם עדן על חוזה אנחנו חותמים על הסכם שעדן קונה את הבית שלי יש לנו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. לעדן יש זכות אישית כרגע וכשהיא תרשום אותה הזכות תהיה קניינית אותו דבר בזכות הקדימה, **פרופ' דויטש** אומר כי יש לעשות הבחנה כזאת- כשאני חותם על הסכם עם עדן לעשות זכות קדימה **צריך לבדוק האם הייתה כוונה לרשום או שלא הייתה כוונה: אם יש כוונה, אז יש התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. אם אין כוונה, אז אין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.**

ממשיך **פרופ' דויטש** ואומר שכל ההבחנה הזאת היא רק לכאורה לדעתו בכל מקרה מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין ואין צורך לבדוק את כוונת הצדדים.

גם **פרופ' ויסמן** שקרא את כל ההבחנה הזאת כותב שלהבחנה הזאת אין כל יסוד, **בכל מקרה מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין.**

למה דנו בזה? הפסיקה פנתה לספרות והשתמשה באבחנה.

פס"ד בוחניק נ' כמיסה: כאן היו שני אחים האחים כמיסה שהייתה להם חנות משותפת הם השכירו את החנות לשוכר בשם יצחק ובהסכם שכירות היה סעיף שקבע שאם אחד האחים ירצה למכור את חלקו בחנות ליצחק תהיה זכות סירוב ראשונה הוא לא רשם את זה בטאבו. על כן, יש לו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין כי הוא לא רשם את זה, באיזשהו שלב שמע יצחק שאחד מהאחים מכר את החלק שלו לצד ג' אשר קוראים לו מוריס ואז יצחק פנה לבית המשפט וביקש לבטל את העסקה עם מוריס ואמר - אני גובר כי יש לי זכות קדימה – ביהמ"ש המחוזי קובע כי במקרה הנדון מדובר על זכות קדימה שאיש מהצדדים לא התכוון לרשום אותה ולכן הוא אומר לא מדובר על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לא יחול **סעיף 9 לחוק המקרקעין**⁴ (זה סעיף שמטפל בעסקאות נוגדות במקרקעין) אלא, מדובר על זכות חוזית גרידא. אומנם, ההסכם הופר אבל הפיצוי יהיה פיצוי חוזי בלבד - על גרם הפרת חוזה ומי שמנצח בתחרות לפי זה הוא מוריס צד ג'.

סעיף 9 נלמד בהמשך - אם היה מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין אז היה חל סעיף 9 והוא היה גובר, פה ביהמ"ש אמר שלא הייתה כוונה לעשות עסקה במקרקעין ולכן, לא מתחשבים בעובדה שהם חתמו על הסכם של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין - עמדתו של **פרופ' דויטש**. אין ערעור על כך. גם **בפס"ד ויטלס**, ביהמ"ש משתמש בהבחנה לעניין כוונת הצדדים. (זו דעה שהיא לא הכי נכונה).

⁴ 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.

עסקאות מתנה - סעיף 104 לחוק המקרקעין⁵, קובע שהחובה להציע מקרקעין לבעל זכות קדימה **לא תחול על העברה ללא תמורה**. אלא, שזכות הקדימה לא תתבטל ותחול לגבי מי שרכש את המקרקעין ללא תמורה. אני ועדן חתמנו על הסכם. לעדן יש זכות קדימה על הבית שלי אבל אני החלטתי לתת את הבית שלי מתנה לאמא שלי האם אני צריך להציע עכשיו לעדן? מה שאומר ס' 104 שאם אני מעביר במתנה ללא תמורה אני לא חייב להציע קודם כל לעדן אבל אם אמא שלי תרצה למכור את הבית היא תצטרך להציע לעדן כל עוד אין תמורה אפשר להעביר.

תקופת הזכות - זכות הקדימה היא לתקופה בלתי מוגבלת, אלא אם כן הצדדים הגבילו אותה בהסכם - זכות הקדימה מתבטלת, מסתיימת כאשר הנכס הוצע למכירה ובעל זכות הקדימה סירב לרכוש והנכס נמכר לאחר תוך שישה חודשים. אם הנכס לא נמכר תוך שישה חודשים שוב יש להציע לבעל זכות הקדימה.

זכות קדימה מכוח הדין:

חוק המקרקעין קובע זכות קדימה לגבי שני מצבים: יורשים ובני זוג.

בני זוג - ס' 101 לחוק המקרקעין⁶, קובע כי מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג והם משק חקלאי או בית עסק המתנהל על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים לא יהיה זכאי בן זוג להעביר חלקו לאחר אלא אם תחילה הציע אותו לבן זוגו, **זה חל ביחס למשק חקלאי, בית עסק המתנהל במשותף ודירת מגורים. זה לא חל למשל על מגרש להשקעה שקנינו או על דברים אחרים**. בעיה חמורה יותר בסעיף הזה - הסעיף בעצם מתייחס רק למצבים ששני בני הזוג הם בעלים או חוכרים לדורות הוא לא מתייחס למצבים מאוד שכיחים שבהם לאחד מבני הזוג יש זכויות מעין קנייניות.

לדוגמה - נניח אני ואשתי רכשנו דירה ומטעמים פרוצדוראליים הדירה נרשמה רק על שם אשתי ואני רק חתום על ההסכם. לכאורה במצב כזה לא תהיה לי זכות קדימה למה? כי ס' 101 מתייחס רק לבעלות ולחכירה לדורות וזה בעייתי - **הקודקס** מנסה לטפל בזה ב-ס' 666 לקודקס קובע, **שסעיף 101 יחול גם על בני זוג הזכאים להירשם כבעלים או חוכרים לדורות**.

יורשים - בירושה יש סיטואציה אחת שהיא מאוד פופולארית וכדי להבין אותה :

פס"ד רייזמן - כשאדם נפטר העיזבון שלו עובר ליורשים, ס' 113 לחוק הירושה⁷, קובע שכאשר יש נכס שלא ניתן לחלוקה או שעל ידי חלוקתו הוא יאבד מערכו, במצב כזה יימסר הנכס ליורש המרבה במחירו. במילים אחרות אם כמה יורשים את הנכס ואי אפשר לחלק את הנכס עושים התמכרות מי שמשלם יותר כסף זוכה. **שאלה משפטית: האם בת הזוג של המנוח זכאית לקדימות על פני היורשים האחרים כך שאם היא תשווה את ההצעה הגבוהה ביותר שהוצעה על ידי היורשים האחרים היא תקבל קדימות?** נניח העיזבון הוריש לאישה 1/2 דירה ולעוד שני ילדים חורגים של האישה 1/4 ו-1/4. אם האישה נותנת מיליון והילד נותן מיליון, האם היא תקבל עדיפות?

השופטת בן פורת קובעת שיש להכיל את זכות הקדימה של האלמנה גם על תהליך ההתמכרות אחרת, היא תמצא את עצמה עם שותפים אחרים בדירה. לא מספיק שהיא איבדה את בעלה היא תאבד גם את הבית. **השופטת נתניהו מגיעה לאותה מסקנה כמו בן פורת רק עם נימוק שונה** היא אומרת שבעצם ירושה זו העברה ללא תמורה ואז יחול ס' 104 ולכן, זכות הקדימה לא חלה על העברת הנכס מהמוריש לעיזבון.

⁵ אי תחולה על מתנות

104. החובה להציע מקרקעין לבעל זכות קדימה כאמור בפרק זה לא תחול על העברה ללא תמורה, אלא שזכות הקדימה לא תתבטל ותחול לגבי מי שרכש את המקרקעין ללא תמורה.

⁶ זכות קדימה בין בני זוג

101. מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן-זוגו. רכישה על פי זכות קדימה.

⁷ נכסים שאינם ניתנים לחלוקה

113. (א) נכס שאינו ניתן לחלוקה ונכס שעל ידי חלוקה היה מאבד שיעור ניכר מערכו, לרבות יחידה בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, ולמעט משק חקלאי שסעיף 114 חל עליו - יימסר ליורש המרבה במחירו, ובלבד שלא יפחת ממחיר השוק; הסכום שהציע אותו יורש ייזקף על חשבון המגיע לו מן העיזבון, ואם עלה על המגיע כאמור, ישלם היורש את הסכום העודף.

(ב) לא הסכים אף יורש אחד לרכוש את הנכס כאמור בסעיף קטן (א) יימכר הנכס ודמי המכר יחולקו. (ג) בית המשפט רשאי להורות שהמכירה תהיה בדרך שנכסים כאלה נמכרים בהוצאה לפועל או בדרך אחרת שיקבע, ורשאי הוא לקבוע את תנאי התשלום לפי סעיף קטן (א) ותנאי תשלום דמי המכר לפי סעיף קטן (ב).

אבל, היא כן חלה על הליך ההתמכרות שזה כבר העברה בתמורה ולכן, היא מגיעה למסקנה שלאמנה כן תהיה קדימות. היא בעצם אומרת שבירושה זה כמו העברה ללא תמורה ואז יחול ס' 104, אבל התמכרות זה העברה עם תמורה ועל כן תהיה קדימות לבת הזוג – כי מכוח הדין יש קדימות לבת הזוג מכוח ס' 101.

רק **השופט לוי** בדעת מיעוט קובע שזכות הקדימה לא חלה במצב כזה. (עליון).

זכות קדימה לטובת יורש של משק חקלאי - הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 100 לחוק המקרקעין⁸, קובע שמקרקעין שהם משק חקלאי אשר עברו בירושה או על פי צוואה ליורשים, לא יהיה יורש זכאי להעביר את חלקו בהם. אלא, לאחר שהציע אותו תחילה ליורש האחר.

⁸ **זכות קדימה בין יורשים**

100. (א) מקרקעין שהם משק חקלאי כמשמעותו בסעיף 114 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, והם עברו בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ליורשים אחדים במשותף, לא יהיה יורש זכאי להעביר חלקו בהם לאחר אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה.

(ב) בשנתיים הראשונות לאחר מתן צו הירושה או צו אישור הצוואה, יראו כל יורש כבעל זכות קדימה לגבי חלקו של יורש אחר; מכאן ואילך יראו כבעל זכות קדימה רק יורש שרשם תוך השנתיים הראשונות זכות קדימה לעצמו לגבי חלקו של יורש אחר.

זכויות וחובות בעל דירה בנוגע לרכוש המשותף:

סעיף 2(א) לתקנון המצוי⁹, קובע כי בעל דירה לא רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו. אלא אם כן, קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית. פגיעה ברכוש המשותף שמדבר עליו הסעיף הכוונה לפגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהייתה בגמר הבנייה.

ביהמ"ש **בפס"ד אליאס נ' שיפר**, מפרש את המונח הזה בהרחבה וקובע כי הכוונה לא רק לפגיעה פיזית אלא כל קלקול של שלמות המבנה כולל שינוי המשבש את דמותו הארכיטקטונית של המבנה. אנחנו רואים כי ביהמ"ש מתייחס למונח הזה בהרחבה.

דוגמא: מה קורה נניח אם אני רוצה להחליף את צבע התריסים שלי לאדום יש כאן פגיעה או אין? יש כאן פגיעה בחזות החיצונית לכן נדרשת הסכמת האסיפה הכללית אותו דבר לגבי תליית מזגן בחוץ זה משנה את החזות החיצונית.

דוגמא נוספת: מה קורה למשל אם אני רוצה לשבור חלון אני רוצה שהחלון של הסלון יהיה גדול יותר ואני משנה את החזות החיצונית כאן כבר לא מדובר רק בפגיעה בחזות החיצונית. אלא יש כאן ממש פגיעה פיזית בקיר שמהווה קניין של כל בעלי הדירות ולכן במצב כזה כבר נדרשת הסכמת כל הדיירים – גם כאלה שלא הגיעו לאסיפה הכללית, זה נקבע **בפס"ד גרפיקל נ' ארליך**.

בפס"ד קדמי נ' קווין התרחש אותו הדבר לגבי שבירת קיר לצורך התקנת מזגן ברגע שאני שובר קיר שהוא רכוש משותף יש כאן ממש פגיעה בקניין ונדרשת הסכמת כולם.

חשוב לזכור ולציין שבתקופה המודרנית שלנו היום אין דבר כזה בית בלי מזגן והדברים די מתגמשים על מזגנים לא מתקשים יותר מידי.

פס"ד שמע נ' סדובסקי – באותו מקרה היה שינוי ייעוד של דירה. הוא הפך את הבית שלו מבית לעסק. ביהמ"ש קבע כי שינוי ייעוד לא נכלל **בסעיף 2(א) לתקנון המצוי**, לכאורה לא נדרשת הסכמת האסיפה הכללית זה עניין פרטי של בעל הדירה. כעיקרון, קבע ביהמ"ש כי שינוי ייעוד זה לא **סעיף 2(א) לתקנון המצוי**, כל אחד יעשה מה שהוא רוצה בביתו אבל שינוי ייעוד אכן יכול להוריד את ערך הבית שלי.

לדוגמא, כל היום יעלו וירדו במעלית או שנניח אני אפתח מרפאה או משרד עורכי דין אבל זה לא **ס' 2(א) לתקנון המצוי**, אתה יכול להגיש תביעה נזיקית אבל זה לא תביעה קניינית כי מבחינה קניינית כל אחד יכול לעשות מה שהוא רוצה בבית שלו.

הסכמת האסיפה הכללית:

כשאני אומר הסכמת האסיפה הכללית לאיזה הסכמה אני מתכוון? במקרה הרגיל מדובר ברוב רגיל לפי **פס"ד קדמי נ' קווין** זה המקרה הקלאסי של **ס 2א- רוב רגיל**. אבל כשמדובר ממש בגזל או שמדובר על פגיעה של ממש בקניין, כמו שבירת חלון - כאן כבר לא די ברוב באסיפה הכללית אלא נדרשת הסכמת כל הדיירים. דבר נוסף שיש לדעת שכעיקרון נוסח הסעיף אומר כי יש לקבל את ההסכמה מראש לפני שעושים את הפעולה.

אבל **בפס"ד קדמי נ' קווין** נקבע כי האסיפה מוסמכת לאשר גם בדיעבד!

דבר נוסף שיש לדעת כי בפס"ד **אליאס נ' שיפר** ביהמ"ש קובע ומדגיש שיש צורך לקבל את האישור בתוך האסיפה הכללית ולא די לעבור מדלת לדלת ולקבל הסכמת רוב. אלא, יש ממש צורך לכנס אסיפה. הרעיון הוא שבאסיפה אנחנו נדבר על זה, נתייעץ, נעלה פתרונות ולא נעבור מהר מדלת לדלת.

⁹ שינויים ותיקונים בדירה

2. (א) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות. לענין זה, "פגיעה ברכוש המשותף" - לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהייתה בעת גמר הבניה.

(ב) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת או מסכנים או עשויים לסכן את קיומה, או משנים או עשויים לשנות את ערכה, אלא אם קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת.

(ג) כל שינוי או תיקון אחר רשאי בעל דירה לעשות בדירתו על דעת עצמו.

נשאלת השאלה מה מותר לנו לעשות ברכוש המשותף ומה אסור, מתי אני צריך לקבל הסכמה ומתי לא? כעיקרון יש דברים אלמנטריים שכולם יודעים שאני לא צריך לקבל הסכמה על כך, כמו למשל: אני מדבר עם שכנה בלובי, יורד ועולה במעלית אני לא צריך לקבל הסכמה. אבל, יש מקרים מורכבים יותר.

ס' 56 לחוק המקרקעין¹⁰, שיתוף בנכסים- כעיקרון הסעיף קובע כי על בתים משותפים לא יחול פרק ה', שזה שיתוף בנכסים אבל בכל זאת לעניין השימוש ברכוש המשותף הפסיקה כן החילה את **סעיף 31** על דרך ההיקש גם על בתים משותפים וזה נעשה בכמה מקרים. למשל:

בפס"ד פרשקר נ' רוזנברג, פס"ד **וינטרס נ' זמורה**, נקבע כי בכפוף לאיסורים או להגבלות שנקבעו בתקנון או בהחלטות של האסיפה הכללית כל דייר רשאי לעשות שימוש נאות וסביר ברכוש המשותף ובלבד שלא ימנע שימוש דומה מיתר הדיירים.

מה זה שימוש סביר? מה נעשה?

נעשה היקש **מפס"ד וילנר** – השופטת נתניהו מול בן פורת. מיישמים את שתי הדעות בעיקר את של בן פורת. לדוגמא: האם מותר לשכנים להשאיר עגלות בלובי? כמוכן מיישמים את שתי הדעות של נתניהו ובן פורת השאלה אם זה שימוש סביר שלא מונע מיתר הדיירים. אותו דבר לגבי משחקי כדור בחצר או למשל אם אני רוצה לעשות מסיבת יום הולדת בחצר או לתלות כביסה על הגג יש ליישם ולעשות היקש **מפס"ד וילנר**.

יש לשים לב כי כל זה נכון אם אין החלטה אחרת בתקנון יכול להיות שהתקנון יקבע לגבי זה כללים ואז מה שצריך זה לשנות תקנון ולא לקבל החלטות כי אם זה כתוב בתקנון פועלים על פיו. סעיף נוסף שיש להכיר זה **ס' 12(א) לתקנון המצוי¹¹** אשר קובע כי החלטות מתקבלות ברוב רגיל של הנוכחים ולכן, כשמדובר בשימוש רגיל די ברוב רגיל.

מה זה שימוש רגיל? עושים היקש **מפס"ד וילנר ומפס"ד זולבו נ' זיידה** – שימוש רגיל וכל פעולה שעל פי מהותו ייעודו וטיבו של הנכס הן רגילות לגביו... ואנחנו מיישמים את זה לגבי משחק בכדור בלובי אם מותר.

דוגמא נוספת- נניח יש חדר בלובי שמשמש לאחסנת אופניים וכל הדיירים רוצים להפוך את זה לחדר מסיבות. כדי לשנות את זה, צריך לעשות רוב רגיל לפי **סעיף 12**, הפיכה לחדר מסיבות זה שימוש רגיל, אבל אם למשל בתקנון נקבע שהחדר הזה ישמש לאחסנת אופניים, אז צריך לשנות את התקנון לפי **סעיף 62(א) לחוק המקרקעין¹²**, ונדרש רוב מיוחד לפי החלק המתמטי.

העיקרון הוא שדי ברוב רגיל. אבל, יש מקרים שלא די ברוב רגיל לדוגמא: למשל **סעיף 12(ב) לתקנון המצוי** שמדבר על פעולות או שימושים שמשנים זכויות של הדיירים או המהווים הטלת תשלומים או חובות חריגות על הדיירים. לדוגמא- למשל אנחנו רוצים לקבוע שעכשיו דמי הוועד יהיו 1,000 ש"ח האם די ברוב רגיל? לא די ברוב רגיל אלא נדרשת הסכמה של כל מי שעלול להיפגע.

¹⁰ אי תחולת פרק ה'

56. (א) הוראות פרק ה' לא יחולו על הרכוש המשותף.

(ב) האמור בסעיף קטן (א) אין בו כדי למנוע בעלות משותפת בדירה או פירוק השיתוף בדירה כזאת.

¹¹ החלטות

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

(ב) החלטה המטילה על בעל דירה חובות או תשלומים מסוג או שיעור שלא פורשו בפרק ו' לחוק המקרקעין, תשכ"ט-

1969, או בתקנון זה, או המשנה את זכויותיו, לא יהיה לה תוקף לגבי אותו בעל דירה אלא אם הסכים לה.

¹² תקנון מוסכם

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

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

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

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

דוגמא נוספת: תפיסת חזקה ייחודית. למשל אני עכשיו קניתי מחסן ואני רוצה לשים אותו בחניון באופן קבוע האם זה שימוש רגיל? כאן מדובר בתפיסת חזקה ייחודית זה לא שימוש רגיל נדרשת הסכמת כל הדיירים. כמובן שאם יש פגיעה קניינית כמו הדוגמאות שאמרנו- שבירת קיר, הגדלת חלל אזי, זה לא שימוש רגיל ונדרשת הסכמת כל הדיירים.

דוגמאות לכל מה שדיברנו :

1. פס"ד תניה קגן- היה בית משותף שבקומת הקרקע גרה תניה בקומה מעליה היה שכן שקראו לו יצחק . תניה הייתה נוהגת כל היום להאכיל חתולים בחצר המשותפת, יצחק הגיש צו מניעה לבית המשפט השלום ואמר כי לא מדובר בשימוש סביר זה מלכלך ומרעיש. יש שם ייחוס, לכלוך, מחלות וביקש צו מניעה. היא כמובן התנגדה ואמרה כי היא מנקה ומדובר בבעלי חיים וזה לא מפריע לו. ביהמ"ש השלום **קבע** כי האכלת חתולי רחוב בצרה **זה לא שימוש סביר**. את רוצה להאכיל אותם עשי זאת מחוץ לחצר המשותפת.

תניה הגישה ערעור למחוזי ביהמ"ש המחוזי דחה את הערעור האם תניה התייאשה ? תניה ממש לא התייאשה והגישה בקשת רשות ערעור לעליון **השופטת ארבל דחתה את בקשתה**. האכלת חתולי רחוב בחצר משותפת זה לא שימוש סביר.

2. פס"ד מ.ע.ג.ן ייעוץ וניהול נכסים- פס"ד של העליון מ-2012 של השופט דנציגר, שם רבו על בניית סוכות בסוכות, כאן הייתה חברת ניהול שייצגה את הדיירים שלא רצו שהדיירים יבנו סוכה לא על הגג ולא בחצר. הם טענו שזה לא שימוש סביר, השופט דנציגר קבע, **כי בנית סוכה בחצר או בגג זה שימוש סביר**.

3. נניח אנחנו רוצים לקבל החלטה שאסור לילדים לשחק בכדור בין השעות 4-2 לא בחצר המשותפת ולא בתוך הבית ? יש להבחין בין הרכוש המשותף לבין הבית. לגבי הרכוש המשותף, אכן מדובר על שימוש סביר אפשר לקבל החלטה כזו ברוב רגיל באסיפה הכללית אבל אמרנו כבר שלגבי פנים הבית יש לנו את ס' **54 לחוק המקרקעין**¹³, אף אחד לא יכול להגיד לי מה לעשות בתוך הבית שלי, אם הם רוצים שישחקו גם בנבוט אפשר להתמודד עם דברים כאלה על ידי חוקים עירוניים או על ידי דיני הנזיקין כלומר, יש דרכים אחרות ולא קנייניות דווקא.

4. נניח השכן מקומה שלישית כל היום מפצח גרעינים ומלכלך את הדשא, אנחנו רוצים שהשכן ינקה בעצמו או שיביא מנקה. אפשר לקבוע דבר כזה? לא ניתן להטיל חיובים או הוצאות על שכן מסוים וצריך לקבל את הסכמתו! **בפס"ד איינהורן** נקבע שלא מדובר בהוצאה או חיוב רגיל אלא בחובה מיוחדת ונדרשת הסכמתו של הנוגע בדבר. מה יוכלו לעשות יתר הדיירים במקרה כזה? תביעה נזיקית .

¹³ בעלות נפרדת בדירות

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

הצמדות ע"י קבלן:

סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין¹⁴, מאפשר להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת. דינו כדין הדירה אליה הוצמד, ההצמדה יכולה להיעשות באחת משתי הדרכים הבאות:

1. היא יכולה להיעשות לאחר שהבית נרשם כבית משותף והסכמת הדיירים.
2. היא יכולה להיעשות בדרך נוספת- ע"י קבלן לפני שהבית נרשם כבית משותף.

ס' 6(א) לחוק המכר דירות¹⁵ - קובע כי קבלן שמוכר דירה בבית שמועד להיות בית משותף ומתכוון להכיל על הבית תקנון השונה מהתקנון המצוי לעניין הוצאת חלקים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה מסוימת **חייב לכלול במפרט או במסמך נפרד לחוזה את הפרטים על ההצמדה**. ממש צריך לצרף מסמך נפרד. יש לשים לב כי בתקנון המצוי אין דבר כזה הצמדות אין שום התייחסות שם להצמדות ולכן, בכל מקרה אם קבלן רוצה לבצע הצמדה הוא חייב לפעול לפי ס' 6(א).

בעצם המטרה של החוק זה שרוכש ידע בדיוק מה כולל הרכוש המשותף, איזה חלק הוצמד לאיזה דירה ולמנוע הפתעות אחרי שמקבלים את הדירה. **זה נקבע בהרבה פסקי דין למשל:**

פס"ד שמענוב, פס"ד רובינשטיין, פס"ד מרכוס, למעשה לרוכש דירה חשוב לדעת, לא רק מה הדירה שלו כוללת אלא חשוב גם לדעת איזה חלקים הם רכוש משותף, איזה חלקים הוצמדו ע"י הקבלן לאיזה דירות זה הוצמד, כך למשל אם הקבלן החליט להצמיד את הגג לפנטהאוז חשוב לי לדעת את זה.

ס' 7א לחוק המכר דירות¹⁶, קובע כי **אין להתנות על החוק אלא לטובת הקונה**. כלומר, הקבלן לא יכול להגיד כי אני יכול לעשות איזה הצמדה שאני רוצה בלי לשאול אף אחד אלא לטובת הקונה.

דוגמא: הקבלן לא יכול לרשום בחוזה אני (הקבלן) יעשה הצמדות איזה שבא לי בלי לשאול את דירה 8. כלומר, אסור להתנות על חוק המכר אלא אם זה לטובת הקונה. אם אני ירצה לבצע הצמדה אז זה לא מספיק נספח נפרד אלא אני יצרף עוד מפרט ויעדכן אתכם. כלומר, זה לטובת הקונה.

הפסיקה מפרשת את סעיף 6(א) בחומרה רבה אנחנו נראה את זה בכמה סוגיות:

1. הפסיקה קבעה שאמירות כלליות של הקבלן אסורות – חלה חובה על הקבלן לפרט את החלקים המדויקים שיצאו מהרכוש המשותף.

לדוגמא: **פס"ד גוב ארי חברה לבניין נ' כהן**- הקבלן קבע כזה סעיף בחוזה: " בידי הקבלן להצמיד חלקים מהרכוש המשותף לכל יחידה כרצונו ולכל מטרה " זוהי אמרה כללית, בית המשפט פסל כזה סעיף לא די באמירות כלליות הוא חייב להיות מדויק ולומר מה יוצא מהרכוש המשותף, לטובת מה זה, איזה דירה וכו'.

¹⁴ 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.

¹⁵ תקנון בבית משותף

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

(1) הוצאת חלק מהרכוש המשותף;

(2) שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירה;

(3) שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף ובשירותים המחוייבים בקשר אליו;

(4) סדרי קבלת החלטות בדבר ניהול הבית המשותף;

(5) כל ענין אחר שקבע שר השיכון בצו בדרך האמורה בסעיף 3(א).

(ב) מוכר שלא מסר פרטים על ענין מהעניינים המנויים בסעיף קטן (א) יראוהו, על אף האמור בחוזה המכר, כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו ענין יחולו על הבית המשותף.

¹⁶ **התניה – לטובת הקונה או קונה המשנה (תיקון מס' 2) תש"ו-1990 (תיקון מס' 5) תשע"א-2011**

א.7. (א) אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה.

2. ביהמ"ש קובע את כוונת הוצאת החלקים מהרכוש המשותף לא מספיק לציין בחוזה עצמו אלא **חייב לציין זאת במפרט או במסמך שיצורף לחוזה**. זה נקבע בפס"ד **שמענונוב נ' ברוכין**. זה שאתה עושה הצמדה לא די בחוזה שתגיד את זה בין השורות אתה חייב לצרף מפרט לחוזה. בהקשר הזה מתחילה להסתמן מגמה חדשה שעדיין נשארת בצריך עיון, **ולא ההלכה!**

למשל: בפס"ד קטן נ' אורנשטיין או **למשל: בפס"ד מפעל חסד תורה נ' פליישמן**, ביהמ"ש מציין כהערת אגב שייתכן שכן הקבלן יוכל לציין את דבר ההצמדה בחוזה עצמו ולא במפרט או במסמך נפרד אבל זה צריך להיות בצורה מאוד מאוד ברורה ומודגשת. אבל, כעיקרון ההלכה היא שדבר ההצמדה חייב להיות במפרט או נספח נפרד.

3. המסמך הקובע את הוצאת החלקים מהרכוש המשותף חייב להיות מצורף לחוזה **כבר בעת כריתתו או בסמוך לאחריו** ודאי שלא בסמוך לקבלת הדירה בכניסת הקונה לדירה. זה נקבע בהרבה פסקי דין למשל בפס"ד **שמענונוב, מרכוס, רובנישטיין, שטרן**.

4. **נקבע בפס"ד מרכוס - אסור לקבלן להצמיד חלק הכרחי**. כלומר, **סעיף 55 לחוק המקרקעין** שמדבר על חלקים שאסור להצמיד גובר על **סעיף 6(א) לחוק המכר דירות**.

מה קורה אם קבלן לא מילא את חובתו לפי ס' 6(א) - **לדוגמא**: נניח קבלן מסוים התחייב לרוכש הפנטהאוז שהגג יוצמד לדירתו- בכל החוזים עם כל רוכשי הדירות הוא ציין את זה כפי שצריך, הוא עשה נספח ורשם במדויק אבל רק עם דירה מספר 4 הוא לא עשה את זה והוא לא ציין בכלל את ההצמדה.

מה קורה במצב כזה? עם כולם הוא היה פיקס אלא רק עם דירה מספר 4 לא עשה זאת- **סעיף 6(ב) לחוק המכר דירות**, קובע כי אם קבלן לא עמד בדרישות החוק. ההצמדה שנעשתה בתקנון המיוחד לא תתפוס כלפי אותו רוכש אבל, מה קורה עם יתר הדיירים תופס או לא תופס?

ביהמ"ש קובע את ההלכה שנקבעה בכמה פסקי דין- **שמענונוב, מרכוס, סטולר**, ביהמ"ש קובע ואומר כי מספיק שנקבע כלפי רוכש אחד שחלק מסוים הוא רכוש משותף קביעה זו תחול באופן אוטומטי גם לגבי יתר הדיירים וזאת אומר ביהמ"ש, גם אם בכל החוזים של הרוכשים האחרים לא נפל שום פגם וההצמדה צוינה כנדרש. ביהמ"ש אומר כי הנימוק הוא למנוע יחסיות זכות הקניין היא זכות אבסולוטית. לא הגיוני שלדייר אחד זה כן יהיה רכוש משותף ולאחר לא, ולכן מספיק שהקבלן לא פעל כמו שצריך עם דייר אחד כדי שההצמדה לא תתפוס. יחד עם זאת, בשנים האחרונות הטילו המון ביקורות על הגישה הזאת אך זו לא הלכה אלא, **זו אמרות אגב**.

למשל: בפס"ד מפעל חסד תורה נ' פליישמן פס"ד מ2015, בפס"ד **שמרובסקי**- ביהמ"ש מציין שם שההלכה הזו לא כל כך צודקת עצם המטרה להגן על הרוכש שנפגע. אבל, בפועל זה גורם להתעשרות של כל יתר בעלי הדירות כי הם היו בטוחים שהם קונים את הדירה והגג מוצמד לדירת הפנטהאוז ובגלל דירה 4 הגג הוא רכוש משותף. כלומר, הם מתעשרים שלא כדין. כל יתר בעלי הדירות מתעשרים שלא כדין ולכן יש כל מיני ביקורות בנושא הזה, **פרופ' פלאטו שנער אומרת כי יכול להיות שהפתרון במקרה הזה צריך להיות רק פיצויים לבעל הדירה שנפגע**.

ההלכה אומרת כי מספיק שלא בוצעה ההצמדה כמו שצריך ולא עודכן על כך שזה יהיה רכוש משותף לכל הדירות. ישנה גישה נוספת להתמודד עם הסיטואציה הזאת היא באה לידי ביטוי בפסד אחד מאוד ישן ולא חזרה לאחר מכן, יש לדעת אותה בגלל כל הביקורות - **נכון לעכשיו זו גישה פחות פופולרית- פס"ד פומרנץ נ' קדש**- בדוגמא עם הפנטהאוז ודירה ארבע שלא צוין- במצב כזה אומר פס"ד כי אנחנו בעצם רואים פה התחייבויות נוגדות יש פה התחייבויות נוגדות של קבלן יש פה עסקאות נוגדות ולמה?

כי מצד אחד הקבלן התחייב לבעל הפנטהאוז שהגג יוצמד לדירתו, זה עסקה אחת. מצד שני, יש עסקה נוגדת לדירה מס ארבע - שם לא צוין דבר ההצמדה ובדירה 4 בטוחים שהגג הוא רכוש משותף. יש פה עסקאות נוגדות ועל עסקאות נוגדות נחיל את ס' 9 לחוק המקרקעין לפי ס' זה בעל התחייבות הראשונה בזמן מנצח בתחרות ויחול מה שכתוב בחוזה שלו אלא אם כן, בעל התחייבות השנייה בזמן עומד **בשלושה תנאים מצטברים**:

א. תום לב. ב. תמורה. ג. התקנון נרשם בהתאם למה שנכתב בחוזה.

(נניח הפנטהאוז היה ראשון בזמן אז הפנטהאוז ינצח אלא אם כן, דירה 4 עומדת ב3 תנאים מצטברים ולהפך). זו הגישה השנייה של פס"ד **פומרנץ נ' קדש**.

בניה בחלק מוצמד - כאן יחול בדיוק מה שהמרצה מלמדת אותנו, אותו דבר חל לגבי הצמדה על ידי קבלן, המרצה מלמדת בניה על שטח שהוצמד ויש לזה את אותם כללים לגבי הצמדה ע"י קבלן. בגדול בעל דירה לא יכול לבנות על שטח שהוצמד לדירתו אלא בהסכמת כל הדיירים, אלא אם כן חל החרג שבסעיף 71ב' לחוק המקרקעי¹⁷.

יש להבחין בין חלק שמוצמד לבין הבניה. אלו שתי סוגיות נפרדות.

למשל: אם יש שאלה במבחן- לדני הוצמד חלק לדירתו הוא רוצה לבנות בחלק המוצמד- האם ההצמדה הייתה כדין אך יש להבחין ולדבר גם על ההצמדה וגם על הבניה.

אחוזי בנייה שייכים לכל הדיירים גם אם החלק הוצמד לדירתו. (חשוב למבחן)!!!

¹⁷ **שינויים ברכוש המשותף בזכויות הבניה**

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

(ב) לא תתקבל החלטה כאמור בסעיף קטן (א) אם יש בה כדי לפגוע בזכויות בניה יחסיות של כל בעל דירה להרחבה לפי סימן זה.
(ג) בעל דירה שהורחבה ייראה כמי שהסכים להרחבה דומה של כל דירה אחרת באותו בנין.
(ד) נתקבלה החלטה כאמור בסעיף קטן (א), חייב בעל דירה, שדירתו ניתנת להרחבה בשיעור יחסי העולה על חלקו ברכוש המשותף והמבקש להרחיבה, לשלם במועד החלטת ההרחבה, תשלומי איזון לבעל דירה שדירתו אינה ניתנת להרחבה או שההרחבה פחותה מחלקו היחסי ברכוש המשותף.
(ה) לא הגיעו בעלי הדירות להסכמה באשר לגובה תשלומי האיזון, יקבעו התשלומים על ידי שמאי מקרקעין, שימונה בהסכמה.
(ו) הוצאות השמאות יחולו על בעלי הדירות בהתאם לחלקם היחסי ברכוש המשותף, לפני החלטת ההרחבה.
(ז) לא תתקבל החלטת הרחבה שיש בה כדי למנוע מבעל דירה את האפשרות לבנות סוכה, אם נהג לעשות כן לפני החלטה.

תרגיל הצמדות ע"י קבלן:

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

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

עם סיום הבניה, רישום הבית המשותף ורישום הדירות על שם הקונים, נרשם בלשכת רישום המקרקעין תקנון הבית המשותף, בו צוינו ההצמדה של הגג ושיוך אחוזי הבנייה לדירתה של אורה. לאחר כשנתיים אושרה תכנית המיתאר החדשה, במסגרתה הוקצו לבניין אחוזי בניה נוספים המאפשרים בנייתן של ארבע דירות נוספות. אורה החלה בהליכים לקראת בניית ארבע הדירות על הגג, אולם משה, אחד מבעלי הדירות בבניין הודיע לה על התנגדותו. לטענתו, אחוזי הבנייה החדשים שייכים לכלל הדיירים שווה בשווה, הגג מהווה רכוש משותף, ולכן אורה אינה רשאית לבנות ללא הסכמת כל הדיירים. יצוין כי כל הדיירים האחרים, כולל דוד, אינם מתנגדים לבנייה על ידי אורה.

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

2. הניחו כי לבסוף בנתה אורה את הדירות, דיירים חדשים הצטרפו לבניין וכיום מונה הבניין 12 דירות זהות בגודלן. אחד הדיירים המתגורר בדירת הקרקע הוא ירדן.

ירדן מעוניין להרחיב את דירתו, קיבל את אישור הרשויות להוספת אחוזי בניה נוספים לבניין לצורך הרחבת הדירה, וכעת מבקש מהדיירים להצמיד לדירתו חלק משמעותי מחצר הבניין כדי לבצע בה את ההרחבה. שלוש מהמשפחות בבניין שלהן ילדים קטנים מתנגדות להצמדה, מאחר והן מעוניינות שלבניין תישאר חצר גדולה כמקום משחק לילדים. גם אורה מתנגדת לבקשה. שאר הדיירים הסכימו לבקשה.

האם לאור הנתונים שתוארו רשאי ירדן להמשיך בהליכי הבנייה?

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

ס' 6 לחוק המכר זירות קובע שקבלן שמתכוון להחיל על הבית המשותף תקנון שכולל הוצאת חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה מסוימת, חייב לציין זאת במפרט / בנספח נפרד.

בעיה ראשונה בדף: אצלנו הדברים צוינו בחוזה עצמו! לא במפרט / בנספח לחוזה. אמרנו בשבוע שעבר שהפסיקה מפרשת את ס' 6 בחומרה וקובעת שלא ניתן לציין את ההצמדה בחוזה עצמו אלא בנספח נפרד/ במפרט נפרד, זה נקבע בכל מיני פסי"דים למשל פס"ד **שמענוב, סטולר ועוד**.

יחד עם זאת, ציינו שמתחילה להשתרש מגמה חדשה (עדיין לא ההלכה), למשל בפסקי הדין: פס"ד **קטן נ' הורנשטיין**, פס"ד **מפעלי חסד תורה נ' פליישמן**.

ביהמ"ש העליון באמרות אגב קובע שלעיתים ניתן יהיה להסתפק בכך שהדברים יהיו כתובים בחוזה עצמו בצורה ברורה, מפורשת וכוללת ולא חייב שזה יהיה במפרט נפרד... > **זו לא ההלכה עדיין**.

עפ"י הגישה השנייה – אורה פעלה כדין אך עפ"י ההלכה – היה צורך לעשות זאת בנספח נפרד.

בעיה שניה שנוצרה בדף: בחוזה עם דוד, הדברים לא צוינו! הקבלן צריך לציין זאת.. השאלה הנשאלת: מה קורה בעצם אם הקבלן לא עמד בחובתו לפי ס' 6 לחוק המכר?

ישנן 2 גישות:

(1) הגישה הראשונה היא השלטת שהיא גם ההלכה: די שלא צוין כלפי רוכש אחד, הרי שהרכוש יחשב כרכוש משותף באופן אוטומטי!!! למשל – פס"ד **שמענוב, פס"ד מרכוס**. עפ"י גישה זו – הגג יחשב כרכוש משותף ולכן ברור שאורה לא תוכל לבנות עליו.

יחד עם זאת, אמרנו שעל הגישה הזו נמתחה ביקורת, למשל: בפס"ד **שימרובסקי, פס"ד פליישמן**, נקבע שההלכה הזו עלולה להביא לתוצאות בלתי צודקות – כי אם לא ציינתי את זה בחוזה אחד וכל 100 הדיירים לא מתנגדים, צד ג' יכול לנצל את זה ולהגיד "הגג יחשב רכוש משותף", יש כאן התעשרות שלא כדין של כל יתר הדיירים, יש כאן איזושהי בעיה ולכן, הביקורת אומרת: זה יכול להוביל לתוצאה בלתי צודקת.

בענייננו, דוד שמהחוזה שלו העניין הושמט- כלל לא מתנגד להצמדה ולבנייה ולכן בהחלט יתכן שזה מקרה מתאים לשינוי ההלכה. שאם הוא לא מתנגד למה שלא נשנה את ההלכה? למה להיצמד להלכה כ"כ לא עניינית?!

(2) מדובר על פס"ד ישן מאוד אך לאור הביקורת שנשמעת יתכן שבעתיד יהפוך להלכה:

פס"ד **פומרנץ נ' קדש**: הוחל בו ס' 9 לחוק המקרקעין (עסקאות נוגדות), במצב דברים זה, יש עסקאות נוגדות – מחד: התחייב כלפי רוכש א' שזה יהיה רכוש משותף.

מאידך: התחייב כלפי מישהו אחר שזה יוצמד לדירתו... יש כאן עסקאות נוגדות ובמקרה זה יש להחיל את ס' 9 לחוק המקרקעין.

הראשון בזמן גובר אלא אם השני עומד ב3 תנאים מצטברים:

1. תו"ל, 2. תמורה. 3. התקנון נרשם בהתאם למה שכתוב בחוזה.

אצלנו אין די פרטים כדי להכריע לפי ס' 9.

כל שדיברנו מתייחס להצמדה!!! יש להבחין בין הצמדה לבין בניה, אלו 2 דברים שונים!!

כמוכן שמכוח ההיקש, כל הכללים שדיברנו לעיל לגבי ההצמדה – יחולו גם לגבי אחוזי בניה!!!!

לגבי ניצול אחוזי בניה צריך גם כן הסכמה של כל הדיירים, הסכמה נפרדת ונוספת.

הכלל אומר שנדרשת הסכמה של כל בעלי הדירות – גם לשם ההצמדה וגם לשם הבניה על החלק המוצמד. נדרשות לכך 2 הסכמות!!!

את זה למדנו מס' 62 (א) לחוק המקרקעין¹⁸, זה נקבע גם בהרבה פס"דים.
למשל : פס"ד גלבורט, פס"ד ביבי נ' אורברט, פס"ד שטרייכר וכו' וכו'.
נדרשת הסכמה של כל הדיירים הן להצמדה והן לבניה...

יחד עם זאת אנו זוכרים שבעניין הבניה יש לנו חריג אשר קבוע בס' 71 ב :
אם מדובר על הצמדת חלק מהרכוש המשותף לשם בניה שמטרתה הרחבת הדירה, די בהסכמה של 3/4 מהדירות, אשר 2/3 חלקים מתמטיים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם!
אצלנו, ללא התנגדות של אורה יש לנו את הרוב הזה !?

אצלנו ללא התנגדותה של אורה קיים הרוב הדרוש. אבל, לאור ההתנגדות של אורה אין את הרוב הנדרש.. יחד עם זאת, חשוב לזכור : ס' 71 ב, קובע שבעל דירה שדירתו הורחבה, יראה כמי שמסכים להרחבה דומה של בעלי דירות אחרים בבניין, זו הסכמה הצהרתית.

האם זה רלוונטי למקרה שלנו?! **לא**, אצלנו היא לא הרחיבה את דירתה ולכן ההתנגדות שלה תיחשב כהתנגדות וירדן לא השיג את הרוב הנדרש.

18 תקנון מוסכם

62. (א) בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, אולם אין לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות או תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם, ואין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.
(א1) הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, ניתן להעבירו לדירה אחרת בבית ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף 145.
(ב) לענין סעיף קטן (א), "בעל דירה" - לרבות המחכיר בדירה המוחכרת בחכירה לדורות ומחכיר המשנה בדירה המוחכרת בחכירת משנה לדורות.
(ג) תקנון וכל שינוי בו ניתנים לרישום, ומשנרשמו, כוחם יפה גם כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן.

הסכם קומבינציה:

מה הרקע לעסקה? יש לנו בעלים של מגרש או בעלים של קרקע שמעוניין לבנות על הקרקע בניין הוא יכול להשתמש בדירות כדי למכור אותן אבל אין לנו מספיק כסף כדי לשלם לקבלן ולכן, הוא מתקשר איתו בהסכם קומבינציה. **מה אומר הסכם הקומבינציה הטיפוסי?** הקבלן יבנה את הבניין על הקרקע של בעל הקרקע אבל במקום לשלם לו בכסף בעל הקרקע מתחייב כלפיו שעם גמר הבנייה יועברו לבעלות הקבלן מספר דירות. **איך מחליטים כמה דירות יקבל הקבלן?** כמובן שהכל תלוי בשווי הקרקע מול עלות הבנייה. הצדדים מסכימים על הכל מראש בחוזה הקומבינציה - איזה דירות ימסרו, מה הקבלן יבנה וכו'.. הכל מוסכם בהסכם הקומבינציה.

חשוב להבין וזה בעצם המפתח להבנת כל הפרק הזה- לאורך כל הדרך הבעלים של הנכס הוא אך ורק בעל הקרקע. בהתחלה יש לו קרקע והוא הבעלים הנקי של אותה קרקע. אחר כך הוא הופך להיות הבעלים של הקרקע והשלד ועדיין הבעלות היא שלו. זה נובע **מסעיף 12 לחוק המקרקעין¹⁹** ולכן, לכל אורך הבניה ולכל אורך הדרך הבעלים היחיד של הכל הוא בעל הקרקע, עם התקדמות הבנייה לאט לאט יש דירות שוב עדיין הכל בבעלות בעל הקרקע רק כשהבניין נרשם כבית משותף רק אז יהיה אפשר להעביר לבעלותו של הקבלן את הדירות שהובטחו לו. **למה רק כשהבית משותף?** כי רק אז כל דירה היא בעלות נפרדת לפי ס' 54 לחוק המקרקעין²⁰.

במילים אחרות, אם נסכם את כל זה- **כל מה שיש לקבלן עד לשלב רישום הבית כבית משותף זה אך ורק זכות אישית והמצב הזה יכול להימשך המון שנים**. לכן, כמובן שהקבלן רוצה להגן על עצמו ולחזק את הזכות האישית שלו. על כן, **מה הוא יכול לעשות?** לרשום לטובתו הערת אזהרה לפי ס' 126²¹, כאן רישום הערת האזהרה נרשמת באופן חד צדדי. אין עם זה שום בעיה ודי שהקבלן מוסר עותק של הסכם הקומבינציה לטאבו והם רושמים לטובתו הערת אזהרה ובד"כ לבעל הקרקע אין שום בעיה עם זה כי האינטרס שלו זה שהקבלן יסיים את הבנייה כראוי. אנחנו מבינים שכל מה שיש לקבלן זה זכות אישית ועל מנת להגן עליה הוא רושם לטובתו הערת אזהרה.

חלק אינטגרלי מכל עסקת הקומבינציה הזאת זה שהקבלן יכול ורוצה למכור דירות כבר שהוא מתחיל לבנות את הבניין עוד לפני שהבית נרשם כבית משותף. לפעמים לקבלן אין איך לממן את הבנייה ולכן, הוא רוצה למכור את הדירות שייבנו בעתיד כדי לממן את המשך הבניה. בעל הקרקע בד"כ מסכים לזה והדבר נקבע מפורשות בהסכם הקומבינציה ואז הקבלן בא ומתחיל למכור את הדירות לרוכשים השונים. הרוכשים חותמים על חוזה רכישה אבל החוזים האלה כל מה שהם מעניקים לרוכשים זה זכות אישית בלבד כמובן שגם הרוכשים השונים רוצים להגן על עצמם וגם הם רוצים לרשום הערות אזהרה **מה הבעיה פה?** לפי ס' 126 לא ניתן לרשום הערת אזהרה כאשר המתחייב שהוא הקבלן אין לו זכות קניינית ויש לו רק הערת אזהרה. במצב כזה נדרשת הסכמת בעל הקרקע לרישום הערת האזהרה. כלומר, נדרש שיתוף פעולה מצד הבעלים כי כמו שאמרנו הוא כרגע הבעלים היחיד.

כעיקרון לבעל הקרקע אין בעיה בד"כ להסכים, כיוון שהאינטרס שלו הוא שלקבלן יהיה כסף ושישלים את הבנייה. **איך בעל הקרקע נותן את ההסכמה שלו?** בד"כ כבר כשנחתם הסכם הקומבינציה הבעלים מסכים לרישום הערות אזהרה לטובת הרוכשים מאת הקבלן. **דרך נוספת** שקיימת זה שהבעלים נותן **ייפוי כוח לקבלן** או לעורך דין שלו לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים! עד לפה בינתיים הכל בסדר.

¹⁹ 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.

²⁰ בעלות נפרדת בדירות

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

²¹ הערת אזהרה

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.

הפסיקה קבעה שההסכמה הזאת צריכה להיות הסכמה מפורשת של בעל הקרקע. אין להסיק מעצם הסכם הקומבינציה הסכמה מכללא של בעל המקרקעין לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים. ההסכמה חייבת להיות מפורשת וספציפית. אם הכל הולך כמו שצריך ומתנהל כסדרו, הבנייה נגמרת והבית נרשם כבית משותף. כל אחד נרשם כבעלים של הדירות שלו והערות האזהרה נמחקות.

אבל- מה קורה כאשר הקבלן מפר את החוזה כלפי הבעלים של הקרקע / לא מסיים לבנות את הבניין או למשל פושט את הרגל / בורח... **מה קורה במצב כזה?** בעל הקרקע מבטל את הסכם הקומבינציה מול הקבלן. **כאשר הוא מבטל את ההסכם מתבטלות אוטומטית הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקבלן שנובעות מההסכם.** אבל, לא מתבטלות אוטומטית הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הדירות.

כמוכן שבעל הקרקע היה רוצה למחוק ולבטל את כל הערות האזהרה לטובת הרוכשים כי בעצם ההערות הללו מגבילות אותו ביחס לקרקע שלו לפי **ס' 127(א) לחוק המקרקעין**²² לא ניתן יהיה לבצע ולרשום שום עסקה קניינית בנכס הנוגדת את הערת האזהרה!

זה אומר שבעל הקרקע מעוניין כי זה בעצם מגביל אותו. אבל, הוא לא יכול לבחור אוטומטית. **נשאלת השאלה מה דינם ומה המשמעות של אותן הערות האזהרה שנרשמו לטובת הרוכשים?** הערת אזהרה זה מנגנון שמגן עליך מעסקאות נוגדות זה לא אישית ולא קניינית, **זה עדיין אישית עם הערת אזהרה.**

אז מה הדין של אותן הערות אזהרה? הפסיקה קבעה כי **קיים קשר ישיר בין בעל הקרקע לבין רוכשי הדירות** וזאת למרות שהסכם הקומבינציה הוא בין בעל הקרקע לבין הקבלן והרוכשים הם בכלל לא צד לו. בתי המשפט אומרים כי מקור הקשר הישיר הזה נובע מההסכמה של בעל הקרקע לרשום לטובת הרוכשים הערות אזהרה וכעת בעל הקרקע לא יכול להתנער באופן חד צדדי מאותן הערות האזהרה.

זה נקבע בהרבה פסקי דין למשל- **פס"ד דקלה**, **פס"ד נחשון**, **פס"ד בנק העצמאות**, כלומר יש לנו קשר ישיר בין בעל הקרקע לבין הרוכשים. **מה המשמעות של אותו קשר ישיר?** בעל המקרקעין לא מתחייב כעת לקיים את כל ההתחייבויות של הקבלן כלפי הרוכשים ובכלל לא מחויב להשלים את הבניה. בעל המקרקעין רק מתחייב לכבד את הערות האזהרה, זה אומר שלא תירשם עסקה הסותרת את זכותו של הרוכש לקבל דירה מאת הקבלן. **לדוגמא** אם לרוכש יש הערת אזהרה על דירה מס' 8 בקומה רביעית, עכשיו בעל הקרקע לא יכול למכור את הדירה הזאת למישהו אחר, בגלל אותו קשר ישיר הוא בעצם לא יכול למחוק את הערות האזהרה. **מצד אחד**, הוא לא מחויב להשלים את הבנייה. אבל, **מצד שני**, הוא כן חייב לקיים את הערות האזהרה ולא לרשום עסקה סותרת.

מה יקרה עכשיו? מצד אחד יש לנו את הרוכשים שיש לטובתם הערות אזהרה. אבל, אין להם בכלל דירות/ נשאר ללא דירות. **מצד שני**, הבעלים של הקרקע נותר עם הקרקע שרשומה על שמו אבל עליה רשומות הערות אזהרה והוא לא יכול לעשות כלום עם אותה קרקע. אף אחד לא מקבל כלום התוצאה היא ששניהם במבוי סתום! בעל הקרקע לא יכול לעשות כלום בקרקע. אף אחד לא יכול לפתור את זה, גם לא ביהמ"ש. הדרך היחידה לפתור את זה, זה באמצעות פשרה בין הרוכשים לבין בעל הקרקע ובד"כ פשרה כואבת לשני הצדדים. עכשיו הצדדים צריכים לקחת קבלן חדש ובעל הקרקע יוותר על עוד דירות כדי לשלם לקבלן החדש. הרוכשים ישלמו יותר כסף כדי שהקבלן החדש יתחיל לעבוד ועל מנת לצאת מהמבוי הסתום הזה חייב פשרה ושני הצדדים מפסידים.

²² **תוצאות של הערת אזהרה**

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.

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

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

קיים חריג לקשר הישיר הזה, אמרנו שהכלל הוא שקיים קשר ישיר בין בעל הקרקע לרוכשים.

יחד עם זאת, קיים חריג לכלל הזה בהתקיים שני תנאים מצטברים :

1. קיים **סעיף מפורש** בהסכם הקומבינציה שלא משתמע לשני פנים, אשר קובע כי בעל הקרקע יוכל למחוק את הערות האזהרה של הרוכשים במידה והקבלן מפר את ההסכם, חייב שיהיה סעיף ספציפי ומפורש.

2. צריך שהרוכשים **ידעו** שקיים את הסעיף הזה, **ידיעה ממשית**.

רק בהתקיים שני התנאים האלה יוכל בעל הקרקע למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הרוכשים. !!!

דוגמאות:

1. **פס"ד בורנשטיין** - בחוזה בין הקבלן לרוכשים היה סעיף שקבע כי זכויות הקבלן נובעות ותלויות בהסכם הקומבינציה, ביהמ"ש קובע שנוסח כללי זה לא אומר כלום. רוכש דירה לא יכול להבין מהסעיף הזה שקיימת לבעל הקרקע אפשרות למחוק את הערות האזהרה. בעצם בהסכם הקומבינציה היה את הסעיף הזה שמאפשר למחוק את הערות האזהרה. כלומר, התנאי הראשון התקיים אבל התנאי השני של ידיעה מפורשת של הרוכשים לא התקיים. זה לא חייב להיות בכתב **אבל צריך להוכיח ידיעה** ועל כן, פה התנאים לא מתקיימים ולא אפשרו למחוק את הערות האזהרה.

2. **פס"ד G.A.G נ' רשם המקרקעין** - כאן בהסכם הקומבינציה נקבע שהקבלן יוכל לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים, רק אם על הבקשה לרישום הערה יחתום עורך דין מטעם בעל הקרקע וזאת לאחר שעורך הדין ווידא שבהסכם הרכישה שבין הקבלן לרוכש הוכנס סעיף לפיו בעל הקרקע יוכל למחוק את הערות האזהרה. זו דוגמא מצוינת למכשיר שבו יוכל בעל הקרקע להגן על עצמו!! באותו פס"ד ספציפי בפועל נרשמו הערות אזהרה לטובת הרוכשים מבלי שהתקיימה כל הפרוצדורה הזאת!! ולכן, ביהמ"ש אפשר למחוק את אותן הערות אזהרה לטובת הרוכשים. זאת אומרת חייב ידיעה בפועל וסעיף ספציפי ומפורש! פס"ד זה הוא דוגמא טובה איך בעל הקרקע יכול להגן על עצמו.

שאלה ראשונה

דני, בעל מגרש, חתם על הסכם קומבינציה עם קבלני, קבלן בנין ידוע. בהסכם התחייב דני להעביר לקבלני שני שלישים מהזכויות במגרש. בתמורה התחייב קבלני להקים על המגרש בית משותף, ששליש מדירותיו תהיינה שייכות לדני, ושני שלישים לקבלני. הצדדים סיכמו איזה דירות בדיוק יקבל כל אחד מהם. כן סוכם כי קבלני רשאי להעביר את זכויותיו בדירות הנכללות בחלקו. אך רוכשי דירות מאת קבלני לא יהיו זכאים לרשום הערות אזהרה לטובתם בגין רכישת הדירות (להלן – "הסכם הקומבינציה").

לאחר חתימת הסכם הקומבינציה, פנה קבלני לעורך דין, אשר ניסח לו חוזה אחיד למכירת דירות בבנין שעתיד לקום על המגרש. קבלני תכנן להחתים על החוזה האחד את הרוכשים השונים שירכשו ממנו דירות בבנין. בחוזה נכתב, בין השאר, כי רוכשי הדירות לא יהיו רשאים לרשום הערות אזהרה לטובתם בגין רכישת דירות בבנין. מה תוקפו של סעיף זה ?

תשובה לשאלה 1:

פס"ד הרלוונטי לשאלה הראשונה הוא פס"ד **היועמ"ש נ' גד** הזכות לרשום הערת הזהרה היא לא זכות קוגנטית ניתן להתנות עליה אבל בחוזה אחיד כמו שלנו קיימת חזקת קיפוח לפי ס' 4 (6) **לחוק החוזים האחידים**²³, לפיכך עובר הנטל לקבלן להוכיח שיש לו אינטרס לגיטימי מוצדק להגבלה שגובר על אינטרס הרוכשים ולכן, נשאלת השאלה האם במקרה שלנו הסיכום על אי אפשרות רישום הערת אזהרה הוא אינטרס לגיטימי ?

פס"ד **היועמ"ש נ' גד**, הקבלן טען שהוא לא חייב לתת לרוכשים דווקא את האופציה של רישום הערת האזהרה ולדעתו הוא יכול לבחור בבטוחה אחרת לפי חוק המכר דירות.

ביהמ"ש דחה את טענתו וקבע שזו לא תכליתו של חוק המכר דירות (הבטחת השקעה) ואין כל הצדקה להגביל את זכות הבחירה של הקונה בין החלופות השונות שמצויות בחוק המכר (ערבות בנקאית, לשלם רק סכום של עד 7% מגובה העסקה, רישום הערת אזהרה, ביטוח הכספים - סעיף 2 לחוק הנ"ל).
לכן, אותו דבר אצלנו בתרגיל. על כן, כעיקרון אי אפשר להגביל את הזכות לרשום הערת אזהרה. במקרה שלנו אין אינטרס לגיטימי, יש חזקת קיפוח. לכן, ביהמ"ש קבע שאי אפשר להגביל את הרוכש ולמנוע ממנו רישום אזהרה.

חזקות²³

4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים :
- (1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי ;
 - (2) תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה ;
 - (3) תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי ;
 - (4) תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק ;
 - (5) תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר ;
 - (6) **תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת ;**

קבלני ניהל משא ומתן עם עקשני למכור לו את הפנטהאוז שבבנין אשר עתיד להיכלל בחלקו של קבלני. עקשני מוכן לרכוש את הפנטהאוז רק בתנאי שהוא יהיה רשאי לרשום לטובתו הערת אזהרה. קבלני פנה לדני וביקש ממנו שיסכים באופן מיוחד לרשום הערת אזהרה לטובת עקשני.

בין דני לבין קבלני נחתם הסכם, בו נקבע כי דני נותן את הסכמתו לרשום הערת אזהרה לטובת עקשני. אולם אם קבלני יפר את חוזה הקומבינציה ו/או יפסיק את הבניה, יהיה דני רשאי למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לטובת עקשני (להלן "ההסכם").

דני שלח עותק של ההסכם לעקשני, אך המכתב אבד בדואר ולא הגיע לעקשני. לעקשני לא נודע על ההסכם בין דני לקבלני.

בעקבות ההסכם האמור בין דני לקבלני, נרשמה הערת אזהרה לטובת עקשני. לאחר מספר חודשים הפסיק קבלני את הבניה. דני הודיע לקבלני על ביטול ההסכם הקומבינציה בשל הפרתו.

האם דני רשאי למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לטובת עקשני?

תשובה לשאלה 2:

אמרנו שבחוזה קומבינציה טיפוסי שבעצם הקבלן בונה על הקרקע של בעל הקרקע ובמקום לשלם כסף הוא מבטיח לו שעם גמר הבניה ירשמו לטובתו כמה דירות, עוד אמרנו שמה שחשוב להבין וזו הפואנטה של הפרק, זה שלקבלן אין זכויות קנייניות עד גמר הבניה ועד שהבית נרשם כבית משותף. יש לו אך ורק זכות אישית הוא לא יכול לרשום זכות קניינית וזאת בגלל ס' 12 ס' 13 (חוק המקרקעין)²⁴ כלל האחדות.

לכן, יש לו רק זכות אישית הוא רוצה להבטיח את זכותו לרשום לטובתו הערת אזהרה ואין שום בעיה בעניין. אם בעל הקרקע מסכים. עכשיו הקבלן רוצה למכור את הדירות שלו, הוא צריך כסף לממן את הבניה, הוא מתקשר עם הרוכשים השונים, חותם איתם על חוזים. אבל, יש לרוכשים אך ורק זכות אישית. כמובן שגם הרוכשים רוצים להגן על זכותם (גם רוצים לרשום הערת אזהרה) יש להם בעיה, לפי ס' 106²⁵ לא ניתן לרשום הערת אזהרה כאשר המתחייב שהוא הקבלן אין לו זכות קניינית.

לכן, כדי שרוכשים ירשמו הערת אזהרה יש לקבל את הסכמת בעל הקרקע. בד"כ בעל הקרקע נותן הסכמה ואם זה עובר בשלום הבית נרשם כבית משותף. מתעוררת בעיה כאשר הקבלן פושט רגל או מפסיק את הבניה/ בורח ואז במצב כזה בעל הקרקע מבטל את ההסכם הקומבינציה ומחוק את הערת האזהרה לטובת הקבלן. אבל, הערות האזהרה של רוכשים לא נמחקות באופן אוטומטי.

בתי המשפט קבעו למשל, פס"ד חובני, פס"ד נחשון, פס"ד בנק העצמאות הם קבעו כי קיים קשר ישיר בין בעל הקרקע לבין הרוכשים. הקשר נובע מכוח ההסכמה של בעל הקרקע לרשום הערות אזהרה ולכן, אומר ביהמ"ש כי בעל הקרקע לא יכול להתנער באופן חד צדדי ולמחוק את הערות האזהרה.

המשמעות של הקשר הישיר הזה היא שעכשיו בעל הקרקע לא יכול לרשום עסקה שסותרת, הוא לא צריך להשלים את הבניה. אבל, הוא לא יכול לרשום עסקה סותרת. הגענו למבוי סתום לרוכשים יש הערות אזהרה בלי דירות שלא ניתן למחוק ולבעל הקרקע יש קרקע אבל הוא לא יכול לעשות בה כלום. הדרך היחידה לצאת מהמבוי הזה הוא פשרה הרוכשים ובעל הקרקע משלמים עוד קצת וממשיכים לבנות את הבנין.

²⁴ היקף העסקה במקרקעין

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

²⁵ זכות קדימה לגבי חכירה לדורות

106. הוראות סימן זה בדבר העברת בעלות, יחולו, ככל שהן נוגעות לעניין גם על העברה של חכירה לדורות.

הכלל הוא שבעל הקרקע לא יכול למחוק את הערות האזהרה ויש קשר ישיר בין בעל הקרקע לבין רוכשים אבל בפסקי הדין פיתחו **חריג** לכלל שהוא **בהתקיים שני תנאים מצטברים**:

1. בעל הקרקע יכול למחוק את הערת האזהרה, בהסכם הקומבינציה יופיע ס' מפורש וברור שאומר שבמקרה של הפרה יכול בעל הקרקע למחוק את הערות האזהרה, הס' חייב להיות מפורש וברור.
 2. שהרוכשים ידעו בוודאות על אותו ס' ועל האפשרות של בעל הקרקע למחוק את הערות. כדוגמה לכך, ישנם שני פסקי דין **פס"ד בורנשטיין**, שם בהמ"ש לא אפשר למחוק הערות אזהרה בהמ"ש אמר שהס' כללי מידי, לעומת זאת **פס"ד G.A.G** זו דוגמה טובה למנגנון שמאפשר הגנה על בעל הקרקע ושם כן אפשרו לו למחוק את הערות האזהרה. פסה"ד מפורטים בשיעור שעבר.
- אצלנו אמנם הס' בחוזה הקומבינציה מספיק ברור, אבל עקשני לא יודע עליו ולא משנה מאיזה סיבה הגיע או לא. לכן, דני לא יכול למחוק את הערות האזהרה. הוא צריך היה לדעת בוודאות.

תרגיל בעסקאות נוגדות:

גיל, מרצה למשפטים במכללה באזור השרון, הוזמן לעבוד באוניברסיטה יוקרתית בארה"ב במסגרת פרויקט מחקר למשך שש שנים. עוד באותו יום סיפר גיל את החדשות המשמחות לאחיו נתן. נתן שמח בשמחתו, אך סיפר לגיל כי הוא מודאג מאוד עקב כך שפוטר מעבודתו, ואין באפשרותו להמשיך ולשלם דמי שכירות עבור הדירה בה הוא מתגורר עם משפחתו וילדיו הקטינים בשכירות. מיד הציע גיל להשאיל לאחיו ומשפחתו את הדירה שבבעלותו, למשך שש השנים בהן גיל יתגורר בארה"ב. על מנת להוכיח את רצינות כוונתו, נטל גיל דף נייר ורשם את הבטחתו. נתן הסכים בשמחה והאחים סיכמו כי ביום הנסיעה יעברו נתן ומשפחתו להתגורר בדירתו של גיל.

כששמע חברו של גיל, אלון, על הנסיעה, הציע לגיל לרכוש ממנו את דירתו. אלון הציע לגיל מחיר שהיה גבוה ממחיר השוק. לכן, החליט גיל להסכים להצעה. הוא היה בטוח שלאור המחיר הגבוה אחיו ישתתף בשמחתו ולא יתנגד, מה גם שאחיו עדיין לא הודיע למשכיר ממנו הוא שוכר את דירתו, על סיום השכירות. אלון בדק את מצב הדירה בלשכת רישום המקרקעין, ומצא כי היא נקייה מכל זכות של צד שלישי. לאחר כשבוע נחתם חוזה מכר בין גיל לאלון, בו התחייב גיל להעביר לאלון בעלות בדירה. במעמד חתימת החוזה אלון שילם לגיל 50% מסכום הדירה.

למחרת היום מיהר אלון ללשכת רישום המקרקעין לרשום לטובתו הערת אזהרה, אולם להפתעתו הוא גילה כי שלושה ימים קודם לחתימת חוזה המכר, נרשם עיקול על הדירה לטובת בנק לאומי, בשל חוב של גיל לבנק, העולה על שווי הדירה.

הכריעו בין זכויות הצדדים השונים (נתן, אלון והבנק) ביחס לדירה.

פתרון תרגיל:

דבר ראשון אנחנו מסדרים את העובדות מסדרים את הסדר הכרונולוגי איזה זכות יש לכל אחד עושים סדר בעובדות זהו השלב הכי קריטי אם טעיתם במשהו קטן נופלת כל השאלה! מי שעושה את כל הבלאגן במקרה הזה הוא גיל הוא עושה את כל העסקאות הנוגדות:

1. עסקה ראשונה עם נתן - יש לנתן זכות אישית - שאילה - יש לנתן התחייבות לשאילה, שאילה זו שכירות ללא תמורה אבל **סעיף 83 לחוק המקרקעין**²⁶, קובע שהוראות לגבי שכירות יחולו בשינויים המחויבים לגבי שאילה – שאילה מעל חמש שנים טעונה מסמך בכתב, את זה אפשר ללמוד **מסעיף 83 ו-ס' 79(א)**²⁷. אצלנו יש כתב הוא מתקיים, בנוסף שאילה מעל חמש שנים טעונה רישום בטאבו. כדי להפוך להיות קניינית מתחת לחמש שנים, **די בקבלת החזקה**. אצלנו זה מעל חמש שנים, אין רישום ולכן, מה שיש לנתן זה זכות אישית- התחייבות לשאילה.

חשוב מאוד לצורך ההמחשה אם היינו מגיעים למסקנה שלנתן יש זכות קניינית הייתה נופלת כל השאלה כי היינו מגיעים למסקנה שונה בסוף!!! אם זה היה מתחת לחמש שנים והיה רק צורך בקבלת החזקה הייתה לו זכות קניינית! חשוב להדגיש זמן לדברים האלה בשאלה!!

²⁶ השאלה

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

²⁷ 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.

2. **עסקה שנייה עם הבנק- (חשוב לשים לב כי הבא בתור הוא לא אלון אלא בנק) – לבנק יש עיקול רשום איזה זכות יש לבנק? עיקול זה לא זכות אישית ולא קניינית.** גם כשהעיקול רשום, זה לא זכות לא אישית ולא קניינית. בעצם עיקול זה אך ורק סעד דיוני /סעד פרוצדוראלי- אז מה שיש לטובת הבנק זה עיקול רשום! העיקול היה לפני חתימת החוזה ולכן הבנק שני בתור!
3. **עסקה שלישית עם אלון- מה יש לאלון? זכות אישית**, לאלון השלישי בזמן יש התחייבות למכר. מדובר פה בזכות אישית, הוא שילם חמישים אחוז ובדק במרשם, אך עוד לא רשם ומה שיש לו זה אך ורק זכות אישית!

לאחר שסיימנו את השלב הראשון- סדר כרונולוגי- עוברים לשלב השני בדיקת עימותים.

הכלל הוא כשיש יותר משני עימותים הוא כזה:

הראשון בזמן מול השני בזמן, והמנצח מול השלישי! וכל הלאה!

עימות מספר אחד נתן מול הבנק: בעימות הזה נעשה היקש מפס"ד לניאדו. בפס"ד לניאדו דובר על תחרות בין התחייבות למתנה לבין עיקול. המקרה הזה הוא דומה מאחר ושאיילה זה שכירות ללא תמורה, זה מעין מתנה ולכן, הגיוני שהכי נכון יהיה לעשות היקש מפס"ד לניאדו, דבר ראשון בודקים האם השאיילה נעשתה בתום לב ולא על מנת להבריא נכסים מנושים שונים. אצלנו לא ידוע על משהו חריג כזה, דובר על עסקה אמיתית שנעשתה בתום לב ולכן, אנחנו צריכים לעמת בין הצדדים.

נקודת המוצא שנפסקה בפס"ד לניאדו זה שבעימות כזה שבין התחייבות למתנה- ראשון בזמן לבין עיקול רשום- שני בזמן. מי שגובר זה העיקול זוהי נקודת המוצא. ביהמ"ש אומר כי זכות אובליגטורית למתנה היא זכות מאוד חלשה שברירת בלתי מגובשת תיאור זה מתאים גם לשאיילה. לכן, נקודת המוצא היא שהעיקול גובר. יחד עם זאת, נפסק שבנסיבות מסוימות תגבר ההתחייבות למתנה. מתי זה יקרה?

למשל יש לבחון את יכולת החזרה של נותן המתנה ואת מידת ההסתמכות של מקבל המתנה של נתן במצבים שבהם נותן המתנה או המשאיל אצלנו לא יכול להתחרט, תגדל הנטייה להעדיף את מקבל המתנה, הנסיבות שבהם מותר להתחרט ולא להתחרט מפורטות בסעיף 29 לחוק השכירות והשאיילה²⁸.

כך למשל מותר למשאיל להתחרט כל עוד לא נמסר הנכס להחזקתו של השואל. אצלנו טרם נמסרה החזקה לנתן לכן, גיל רשאי להתחרט. הזכות עדיין נשארה שברירת. בנוסף, אין כאן הסתמכות או שינוי לרעה במצבו של מקבל המתנה הוא עוד לא אמר לאף אחד (למשכיר שלו).

בנוסף גם נתן השואל לא רשם הערת אזהרה כאשר מדובר בשאיילה מעל חמש שנים יש ציפייה שכן ירשום הערת אזהרה. בפס"ד לניאדו נקבע כי אי רישום הערת אזהרה מהווה שיקול נוסף כנגד מקבל המתנה ולטובת העיקול כאן נכנס פס"ד צרפתי שם נרשמה הערת אזהרה(שיעור הבא נפרט יותר על פס"ד זה).

העובדה שנתן לא רשם הערת אזהרה זה אל משחק לטובתו. בנוסף, יש לבדוק את תום הלב של הבנק אין מידע שהבנק ידע על כל העסקאות הנוגדות או שהוא היה חסר תום לב הבנק כאן הוא תם לב.

לסיכום- אם עושים היקש מפס"ד לניאדו, מי שגובר הוא הבנק. אם נתן היה עומד באחד התנאים של ס' 29 הוא היה גובר על הבנק.

**** אם לא בטוחים מי ניצח רושמים כי בהנחה שנתן ניצח אז זה נתן מול אלון ובהנחה שהבנק ניצח אז זה בנק מול אלון ואז בוחנים את שניהם. במקרה שלנו יש הכרעה ולכן, נבצע עימות בין הבנק לבין אלון.**

²⁸ סיום השאיילה

29. (א) המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאיילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאיילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש. (ב) לא הוסכם על תקופת השאיילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאיילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש.

עימות מספר 2- הבנק מול אלון: עיקול רשום בין התחייבות למכר

בעימות השני נעשה היקש מסעיף 9 (זה לא ממש סעיף 9 כי סעיף 9 מדבר על מצב שלראשון בזמן יש התחייבות לעסקה במקרקעין ועיקול זה לא זכות אישית ולכן, זה לא ממש סעיף 9 אלא היקש מסעיף 9) כלומר הראשון בזמן שהוא הבנק גובר אלא אם כן, אלון השני בזמן עומד בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה ורישום. אלון לא עומד בשלושת התנאים המצטברים אין לו תמורה מספיקה, אין רישום ולכן, מי שגובר הוא הבנק. ***בין זכות אישית לבין עיקול יש את פס"ד אהרונב וכ"ו.
(חשוב לשים לב לסיטואציות ואיך אין באות לידי ביטוי בסעיפים או בפסדים) תמורה זה בערך בין 60 ל70%.

לסיכום השאלה: הבנק המעקל גובר!!!

שלב ראשון- בדקנו מה יש לכל אחד בסדר כרונולוגי!

שלב שני- פתרון עסקאות נוגדות!

נניח שהעיקול של הבנק לא היה רשום ואז הטילו עיקול אבל הוא לא נרשם, במצב כזה העימות הראשון היה נשאר אותו דבר- נתן מול הבנק והבנק מנצח. אבל, בעימות השני בין הבנק לאלון היה משתנה הפתרון- כשמדובר על עיקול לא רשום מול זכות אחרת איך מעמתים את המצב הזה, **במצב כזה יש שתי גישות:**

גישה אחת של פרופ' דויטש: בכל מקרה גם במצב כזה זה לא משנה אם העיקול רשום או לא רשום, **עושים היקש מסעיף 9**, כמו שעשינו מקודם ואז הבנק גובר לפי גישתו של **פרופ' דויטש**.

לעומת זאת פרופ' ויסמן, אומר כי במצב שהעיקול לא רשום, **אין צורך לעשות היקש מסעיף 9 אלא די לבדוק שהשני בזמן הוא תם לב** אין צורך לבדוק תמורה ורישום די שיש לאלון תום לב והוא גובר על העיקול. **מה ההיגיון?** עיקול זה לא זכות קניינית או אישית, אלא מדובר בסעד ואם לא רשמתם אז צריך רק לבדוק את תום הלב של השני בזמן ואלון היה גובר לפי גישתו של **פרופ' ויסמן**.

לפי פרופ' ויסמן: אלון זוכה.

לפי פרופ' דויטש: הבנק זוכה. אבל, בגישתו עדיין חסר לנו משהו, יש בעיה- יש לבדוק לגבי הבנק את פס"ד גנז **מה אומרת הלכת גנז?** אתה הראשון בזמן למרות שניצחת בתחרות אתה עלול להיחשב חסר תום לב ולהפסיד אם לא רשמת הערת אזהרה ואז יש כל מיני נסיבות שיש לבדוק לפי פס"ד גנז!

אצלנו אומנם אי אפשר לרשום הערת אזהרה על עיקול. אבל, אפשר לרשום את העיקול עצמו ועושים היקש מפסד גנז וכן היינו מצפים מהבנק לרשום את העיקול ולכן, במצב כזה יש לבחון את פס"ד גנז.

*****תמיד כשהראשון בזמן מנצח והוא לא ביצע רישום יש לבחון את פס"ד גנז!!!**

תרגיל בעסקאות נוגדות:

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

דני – מיכל - מתנה, דני – רפי- מכר , עו"ד- גל – תקנת השוק במקרקעין.

מבוא לשאלה: כשיש לנו עסקה של התחייבות למתנה יש שלושה פסקי דין שצריך לזכור:

1. **פס"ד לניאדו-** פס"ד זה מדבר על תחרות שבין התחייבות למתנה ראשונה בזמן לבין עיקול שני בזמן. נפסק בפס"ד זה שנקודת המוצא היא כי העיקול גובר שכן, התחייבות למתנה זוהי זכות חלשה, שברירת ובלתי מגובשת ולכן, נקודת המוצא היא שהעיקול גובר. גם למדנו שיש נסיבות מסוימות שצריכים לבדוק שבהם מי שיגבר זו ההתחייבות למתנה. נקודת המוצא שהעיקול גובר אלא אם חלים השיקולים שנקבעו בפס"ד לניאדו.
2. **פס"ד בנק איגוד נ' צרפתי-** באותו מקרה הייתה התחייבות למתנה ראשונה בזמן ואחריה עיקול. החידוש לעומת פס"ד לניאדו הינו שכאן ההתחייבות למתנה הייתה מגובה בהערת אזהרה, אז היא כבר לא כל כך חלשה ולכן, היא תנצח עיקול מאוחר יותר. בד"כ מדובר בעיקול רשום. בפס"ד צרפתי המתנה ניצחה מכיוון שהייתה מגובה בהערת אזהרה.
3. **פס"ד דיאב נ' דיאב-** כאן הייתה תחרות בין התחייבות למתנה ראשונה בזמן מול מכר שני בזמן. כמובן שהתחייבות למכר גוברת, ביהמ"ש קבע, כי התחייבות למכר גוברת על מתנה אבל יש לשקול מספר שיקולים כדי לראות אם בכל זאת תגבר המתנה על ההתחייבות למכר. זאת אומרת נקודת המוצא היא כי התחייבות למכר גוברת אבל צריך לשקול מס' שיקולים כדי לראות האם בכל זאת ההתחייבות למתנה גוברת. **מהם השיקולים? האם הנסיבות הן כאלה שנותן המתנה יכול לחזור בו ממתן המתנה, מתי אפשר לחזור ומתי אי אפשר לחזור.** זה קבוע בס' 5 לחוק המתנה, למשל- האם היה שינוי מצב לרעה וכו'.

ברור שאם נותן המתנה לא יכול לחזור בו זה בעצם מחזק את מעמדה של המתנה.

- א. יש לבדוק האם מקבל המתנה רשם לטובתו הערת אזהרה רישום הערת אזהרה מחזק את מעמדה של המתנה.
- ב. יש לבחון האם המתחרה המאוחר הוא תם לב האם הוא ידע על המתנה שנעשתה אם ידע ולמרות זאת עשה את העסקה הוא יפסיד בתחרות.
- ג. יש לבחון האם המתחרה המאוחר נתן תמורה אם הוא עדיין לא נתן תמורה לכאורה הוא בעצמו נחשב עדיין כמי שקיבל מתנה ולכן, אין שום סיבה להעדיף אותו.

נעשה תרשים סדר כרונולוגי של הצדדים: דני עשה עסקה עם מיכל של התחייבות למתנה (אם לא היה כתב בעסקה במקרקעין היינו מעיפים אותו על המקום כאילו הוא לא קיים) **פה יש כתב, יש למיכל זכות אישית והיא הראשונה בזמן.**

עסקה שניה היא של דני מול רפי- עסקת מכר- הכל נרשם הייתה תמורה- לרפי יש זכות קניינית.
בעסקה עם רפי מגיע עו"ד רמאי מזייף מסמכים והולך ומוכר את זה לגל. את מי מעמתים מול מי? הכלל הוא כשיש יותר מעסקה אחת זה הראשון והשני בזמן מול הבא בתור.

את דני אני לא מעמת בכלל הוא זה שעושה את הבלאגן אנחנו מעמתים את העסקאות הנוגדות לא עושים דני מול אף אחד!!!! גם אומרים לנו בשאלה מיכל, רפי וגל אז דני לא מעניין עם דני אין עסקה נוגדת!!!

העימות הראשון מול מיכל ורפי התחייבות למתנה מול עסקת מכר:

ברגע שיש פס"ד ספציפי הולכים אליו ולא לס' 9 לא כל עסקה נוגדת זה ס' 9!!! לכאורה היינו חושבים שיחול כאן ס' 9 אבל לא חל כאן ס' 9, שכן יש לנו פסיקה ספציפית שמדובר על עימות עם התחייבות למתנה ראשונה בזמן בסיטואציה כזאת נקודת המוצא שונה מס' 9. פס"ד לניאדו, ופס"ד דיאב, נקודת המוצא היא כאן שהתחייבות למכר גוברת על ההתחייבות למתנה מאחר שהזכות למתנה היא זכות חלשה שברירת בלתי מגובשת. בנוסף לא מתקיימים כאן השיקולים שנקבעו בפס"ד דיאב להעדפת המתנה. אין שינוי לרעה במצבו של מקבל המתנה (=הכוונה היא שלא הייתה הסתמכות של מיכל בעקבות ההתחייבות למתנה) אין פה חוסר תום לב, רפי נתן תמורה. מיכל לא רשמה הערת אזהרה לכן, אין סיבה להעדיף את מקבל המתנה. לפי פס"ד דיאב מי שגובר זה רפי!

ס' 9 פחות רלוונטי, כיוון שיש פסיקה ספציפית זה לא כמו התחייבות למכר. מי שהיה מיישם כאן את ס' 9 היה מגיע לאותה מסקנה אבל יכול להיות שבמבחן לא היה מגיע לאותה מסקנה והייתה נופלת לו כל השאלה!
(יש להזכיר את לניאדו כי הוא הראשון והראשי!!).

העימות השני הוא המנצח רפי מול הבא בתור: אין סיבה לעמת את העו"ד הוא הרמאי הוא לא צריך לזכות בכלום! ועל כן הבא בתור הוא גל: מכר מול גל- בסיטואציה הזו זה פחות עסקאות נוגדות אלא תקנת שוק.
שתי סיבות שזוהה תקנת שוק:

1. **סיבה טכנית-** לראשון בזמן יש זכות קניינית כבר צריך להריח סיטואציה של תקנת שוק(לרפי יש זכות קניינית) זה בד"כ סיטואציה של תקנת שוק.

2. **סיבה מהותית למה זה כן תקנת שוק-** אמרנו שהכלל הוא שאדם לא יכול להעביר יותר זכויות ממה שיש לו. כאן אצלנו בא עו"ד רמאי ומעביר זכות שאין לו ולכן, מי הבעלים המקורי? רפי כי אדם לא יכול להעביר יותר זכויות ממה שיש לו!

החריג- שיטת המשפט בישראל פיתחה חריג לכלל הזה וזה מצב של תקנת השוק במקרקעין. זאת אומרת שהבעלים המקורי הוא רפי, הבעלות תופקע ממנו ותעבור לגל רק אם גל יעמוד בתנאי תקנת השוק במקרקעין- ס' 10²⁹.
(מי צריך לעמוד בתנאי תקנת השוק? גל!!!).

נבדוק האם גל עומד בתנאי תקנת השוק: זה תנאים מצטברים במבחן צריך לבדוק את הבעייתיים לא צריך להעתיק את כל המחברת בתנאים לא רלוונטיים אבל, אם זה שתי מילים אז לרשום.

²⁹ 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.

ניתוח תקנת שוק מקרקעין:

1. **תנאי ראשון**- רישום זכות קניינית האם זה מתקיים? **לא**, כי הערת אזהרה זה לא רישום קנייני. זה לא רישום לצורך ס' 10 וגל לא עומד בתנאי.
 2. **מקרקעין מוסדרים**- כנראה שאצלנו כן.
 3. **תמורה ממשית**- גל שילם 80% זה אכן מתקיים אמרנו שמעל 70% זה ממש.
 4. **תום לב**- נדרש תום לב סובייקטיבי לכל אורך העסקה עד שלב הרישום בטאבו- **פס"ד חוות מקורה**, **פס"ד סונדרס פס"ד חליל וכו'**. תום הלב אצלנו מתקיים אך לא בטוח שעד הסוף כי הוא שילם 80% מהתמורה כאשר התבררה התסבוכת. אז אולי הוא לא היה כל כך תם לב.
 5. **הסתמכות על מרשם מוטעה**- הפסיקה פירשה את התנאי בחומרה וקבעה שהוא מתקיים רק אם ההסתמכות היא זו שיצרה את התאונה המשפטית וזאת משום שהרישום בטאבו לא היה נכון. שני פסקי דין רלוונטיים **פס"ד מוזאפר**, **פס"ד להיגי**. פה יש הסתמכות על רישום מוטעה צריך שתהיה הסתמכות וצריך שהרישום יהיה מוטעה!!!! אם הוא היה מתחזה ולא היה משנה כלום ברישום אז התנאי לא היה מתקיים!!!
- לאור האמור לעיל, גל לא עומד בתנאי תקנת השוק והתוצאה הסופית היא שרפי הוא יהיה הבעלים של הדירה!.
- רישום עסקה במקרקעין לוקח חודשים, צריך המון אישורים ופרוצדורה ובינתיים רושמים הערת אזהרה!!!!

תרגיל עסקאות נוגדות:שאלה 1:

דלית הינה החוכרת לדורות של דירה הנמצאת בבעלות מנהל מקרקעי ישראל. דלית הסתבכה בעסקיה והיתה חייבת כספים רבים, לכן, החליטה למכור את זכויותיה בדירה. היא פרסמה מודעה מתאימה. בעקבות המודעה פנה אליה אברהם ואמר כי ברצונו לרכוש את זכויותיה בדירה. לאחר שבוע ולאחר שאברהם בדק את רישום הזכויות בלשכת רישום המקרקעין, נחתם ביניהם חוזה ואברהם שילם 20% מהסכום שנקבע כתמורה. סוכם כי תוך 8 חודשים ישלים את התשלום והעסקה תושלם.

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

יומיים לאחר חתימת החוזה עם גדעון, חתמה דלית על חוזה נוסף למכירת הזכויות בדירה, הפעם עם שמחה. שמחה שילמה לדלית 50% מהמחיר לאחר שבדקה את המרשם ומצאה אף היא כי אין מניעה לעריכת העסקה. יש לציין כי אברהם, גדעון ושמחה – ביקרו כולם בנכס טרם חתמו על החוזים. שבועיים לאחר חתימת החוזה עם שמחה, ברח דלית מהארץ והתבררה התרמית. הכריעו מי מבין השלושה יזכה לאכיפת החוזה עימו.

פתרון שאלה 1:

הבעלים הוא מנהל מקרקעי ישראל, דלית היא חוכרת לדורות ומכאן לדלית יש זכות קניינית. אם היינו רוצים להגיד שיש לה זכות אישית = אז הינו אומרים התחייבות לחכירה לדורות.

דלית עושה עסקה ראשונה עם אברהם - התחייבות למכירת החכירה. אברהם בדק בטאבו, ביקר בנכס ושילם 20%.

עסקה שנייה עם גדעון - התחייבות למכירת החכירה בדק בטאבו ביקר בנכס שילם 75% ורשם הערת אזהרה. לאחר שבוע לגדעון יש זכות אישית (רישום הערת אזהרה זה לא רישום קנייני) לגדעון יש זכות אישית!

עסקה שלישית עם שמחה - גם התחייבות למכירת החכירה. היא בדקה וביקרה בנכס, שילמה 50%, איך היא לא ראתה את הערת האזהרה שכתב גדעון? גדעון כתב את הערת האזהרה שבוע לאחר חתימה על החוזה ודלית חתמה על החוזה עם שמחה יומיים לאחר החתימה על החוזה עם גדעון.

כשיש יותר משני מתחרים הכלל הוא כזה: הראשון מול השני והמנצח מול הבא בתור:

1. אברהם מול גדעון - עימות מספר 1: מצב קלאסי של 'ס' 9, זאת אומרת לפי 'ס' 9, הראשון בזמן שהוא אברהם מנצח. אלא אם כן, השני בזמן שהוא גדעון עומד בשלושה תנאים מצטברים: **א. תום לב. ב. תמורה. ג. רישום קנייני.** תום לב מתקיים - גדעון ביקר ובדק בטאבו, תמורה מתקיימת, גדעון שילם 75%.

האם הרישום מתקיים? **לא**, כיוון שנדרש רישום קנייני ואמרנו שרישום הערת אזהרה זה לא רישום קנייני. ולכן נכון לעת עתה מי שגובר הוא אברהם.

גדעון לא עומד בשלושת התנאים. לא סיימנו את העימות כאן. נכנסת לעניין **הלכת גנו** שעל פיה - הראשון בזמן למרות שניצחת בתחרות אתה עלול להירשם חסר תום לב אם לא רשמת הערת אזהרה.

מתי זה יקרה? בפס"ד **גנז מונה ביהמ"ש שלושה שיקולים שיש לבחון: (לא מצטברים):**

א. האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה, במקרה שלנו עברה חצי שנה כנראה מעבר לזמן הסביר – יש **מלומדים** שאומרים **חודש חלק אומרים שבוע**. כאן חצי שנה ייחשב שעבר הזמן הסביר.

ב. האם הייתה איזושהי מניעה לאי רישום הערת האזהרה? איזושהי סיבה מהותית? במקרה שלנו אין סיבה מהותית לאי רישום הערת אזהרה.

ג. האם אי הרישום זה מה שגרם לתאונה המשפטית? במקרה שלנו התשובה היא **כן**, כיוון שגדעון בדק ואף רשם הערת אזהרה ולכן, לפי פס"ד **גנז** אברהם מפסיד בתחרות!!! **מי שמנצח זה גדעון**.

2. גדעון מול שמחה - עימות מספר 2: התחייבות לחכירה מול התחייבות לחכירה. איך נעמת את זה? גם לפי **סעיף 9**. הראשון בזמן שהוא גדעון מנצח. אלא אם כן, השני בזמן שהיא שמחה עומדת בשלושה תנאים מצטברים: תום לב תמורה ורישום.

תום לב- היא עומדת היא ביקרה בנכס ובדקה את המרשם.

תמורה- היא לא כל כך עומדת 50% זה לא תמורה ממשית.

רישום- היא גם לא עומדת! ולכן, לפי ס' 9 שמחה לא עומדת בשלושת התנאים המצטברים ומי שגובר נכון לעכשיו הוא גדעון.

בגלל שהראשון בזמן ניצח שהוא גדעון ישר אמור להעלות לנו **הלכת גנז** שאומרת שאתה הראשון בזמן למרות שניצחת בתחרות אתה עלול להיחשב חסר תום לב ולהפסיד אם לא רשמת הערת אזהרה לא צריך לבדוק את כל השיקולים מכיוון שגדעון כן רשם הערת אזהרה תוך שבוע תוך זמן סביר אין איתו שום בעיה ולכן המנצח הסופי שלנו הוא גדעון.

*****בד"כ כשהראשון בזמן מנצח צריכה להעלות הלכת גנז!!! זה לא כלל קבוע אבל צריך לשים לב למקרה.**

שאלה 2:

אורי הוא הבעלים של דירה ברחוב ההגנה 6 בתל אביב. אורי החליט לעבור לגור בצפון, לכן החליט למכור את דירתו. הוא פרסם מודעה לפיה ביום 1.1.2015 יתקיים "בית פתוח", וקונים פוטנציאליים יוכלו לבוא לראות את הדירה. אמנון ראה את הדירה וביקש לרכוש אותה. עוד באותו יום אורי ואמנון סיכמו בשיחה ביניהם כי אמנון ישלם עבור הדירה מיליון ₪ בשלושה תשלומים שסכומם ומועדיהם נקבעו. נקבע כי מועד מסירת החזקה יהא 1.8.2015 - מועד ביצוע התשלום האחרון. אורי ואמנון התקשרו לעו"ד גורן, הבהירו לו את הסיכום אליו הגיעו וביקשו ממנו להכין עבורם חוזה וללוות אותם בביצוע העסקה. עו"ד גורן החל בהכנת החוזה לאחר שבדק במרשם כי הדירה אכן רשומה על שם אורי וכי אין כל מניעה לערוך את העסקה.

ביום 10.1.2015 פנתה לאורי יעל, אף היא ביקרה בדירה במסגרת אירוע "הבית הפתוח". יעל ביקשה לרכוש את הדירה מאורי והציעה לו סך של מיליון ₪ שישולמו לו תוך חודש ימים. עסקה זו הלמה יותר את צרכיו של אורי שהעדיף לקבל את מלוא הסכום מיידית (אמנון לא יכול היה להיענות לבקשתו זו), לכן החליט אורי לחתום על חוזה למכירת הדירה ליעל. עוד באותו יום חתמו אורי ויעל על הסכם קצר שקבע את עיקרי הסיכום ביניהם, זאת לאחר שיעל בדקה את הרישום בטאבו וראתה כי אין כל מניעה לעריכת העסקה. יעל טרם שילמה סכום כלשהו לאורי, אולם היא הצליחה לרשום בטאבו הערת אזהרה לטובתה.

ביום 11.1.2015 עו"ד גורן התקשר לאמנון והודיע לו כי אורי נסוג בו מכוונתו למכור לו את הדירה. אמנון מסרב לקבל זאת ודורש להמשיך בתהליך רכישת הדירה.

באותו יום הגיע למשרדו של עו"ד גורן דני, בנו של אורי, והציג בפניו כתב התחייבות חתום על ידי אורי, בו התחייב אורי לתת לו במתנה את הדירה הנדונה. כתב ההתחייבות נחתם ביום 20.10.2014. דני סיפר לעו"ד גורן כי אביו חתם על ההתחייבות לאחר שדני הודיע לו שהוא מתגרש מאשתו. האב הפציר בדני לוותר על חלקו בדירת המגורים המשותפת לו ולאשתו בכדי שתוכל להמשיך להתגורר בה ללא חשש עם ארבעת ילדיהם, ובכדי שדני לא יישאר ללא מקום מגורים נתן לו ההתחייבות הנדונה. יש לציין כי בהתאם, ויתר דני על חלקו בדירת המגורים המשותפת, ויתור שקיבל כבר את אישורו של ביהמ"ש במסגרת אישור הסכם הגירושין.

הכריעו בתחרות בין הצדדים ביחס לדירה.

פתרון שאלה 2:

אורי הוא הבעלים.

התחייבות ראשונה דני: התחייבות למתנה- יש לו זכות אישית.

התחייבות שנייה לאמנון: שאין לו כלום כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

אמנון יוצא לנו מהתמונה אין לו כלום הוא לא רלוונטי הוא לא חלק מהעילות, הוא נמחק אין כתב אין לו כלום!! **התחייבות שלישית מול יעל:** שיש לה התחייבות למכר – זכות אישית! אמנון יוצא מהתמונה ולכן העילות היחיד שיש לנו פה לפתור הוא בין דני לבין יעל- בין התחייבות למתנה לבין התחייבות למכר.

לכאורה היינו אמורים להחיל פה את **סעיף 9** אבל כשיש התחייבות למתנה ראשונה בזמן יש שלושה פסקי דין ספציפיים שהם רלוונטיים יותר. פסק הדין שהכי רלוונטי הוא **פס"ד דיאב נ' דיאב** (שם דובר על התחייבות למתנה מול התחייבות למכר) **למה לא לניאדו?** כי שם דובר על התחייבות למתנה מול עיקול.

אז מה שהכי רלוונטי זה **פס"ד דיאב** כאשר על פיו נקודת המוצא היא שההתחייבות למכר גוברת על המתנה כי התחייבות למתנה היא זכות חלשה שברירת בלתי מגובשת ולכן, זוהי נקודת המוצא שההתחייבות למכר גוברת. אולם, לעיתים בכל זאת נעדיף את מקבל המתנה **וזאת בהתקיים כמה שיקולים שנקבעו בפס"ד דיאב:**

1. יש לבחון מהי יכולתו של נותן המתנה לחזור בו ממתן המתנה לפי **ס' 5 לחוק המתנה**, וגם לבחון מהי מידת הסתמכותו של מקבל המתנה.

במקרה שלנו לפי **ס' 5 לחוק המתנה**, לא נראה שלאב יש יכולת לחזור בו מאחר והבן ממש שינה את מצבו לרעה, גם לא התקיימו הנסיבות הנוספות שמאפשרות חזרה לכאורה לפי השיקול הזה **לכאורה דני גובר.**

אבל, כאן **יש לעשות היקש מפס"ד גנו** שדני ראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה כאן עבר כחודש ועשרים יום עד שיעל בדקה את הרישום. נראה שזה כבר קצת מעט יותר מהזמן הסביר גם פה אי הרישום זה מה שגרם לתאונה המשפטית ולא הייתה סיבה מהותית להתעמעמות מצד דני. לבסוף נקבע **בפס"ד דיאב** שאי רישום הערת אזהרה על ידי מקבל המתנה זה שיקול שיפעל לרעתו!.

2. שיקול נוסף נקבע **בפס"ד דיאב**, זה תום הלב של יעל. האם היא הייתה תמת לב? - במקרה שלנו היא אכן הייתה תמת לב. היא לא ידעה על המתנה, היא גם רשמה לטובתה הערת אזהרה- זה מצביע על תום ליבה.

3. יעל לא נתנה תמורה- זהו שיקול כנגדה.

לכן, שורה תחתונה **כל תשובה סופית אפשרית**, יש להעלות את השיקולים ליישם להגיד את דעתנו כל תשובה כאן מתקבלת לא תמיד צריכה להיות הכרעה. אפשר קצת לסבך את השאלה נניח היו נותנים לנו עוד משהו כאן נניח יוני אז במצב כזה היינו צריכים לעשות דני מול יוני וגם יעל מול יוני כי אין לנו הכרעה!!! זה לא חד משמעי מי מנצח אין בכרעה!!

תרגיל עסקאות נוגדות:

שאלה 1:

אלדד בעלים של מגרש. ביום 1.1.2016 חתם אלדד על זיכרון דברים עם יוסף, בו התחייב למכור ליוסף את המגרש. יוסף שילם לאלדד מקדמה בשווי 5% ממחיר המגרש.

ביום 1.2.2016 התחייב אלדד בשיחה טלפונית שקיים עם שמעון, בעל החלקה השכנה, כי במועד העברת הבעלות במגרש על שם יוסף, תירשם זיקת הנאה לטובתו של שמעון, אשר תאפשר לו זכות מעבר במגרש.

ביום 1.4.2016 חתם אלדד על חוזה עם אפרים למכירת אותו המגרש לאפרים. אפרים הציע לאלדד סכום גבוה יותר עבור המגרש מאשר הסכום שהציע לו יוסף. במעמד החתימה שילם אפרים לאלדד 90% ממחיר המגרש. אפרים מיהר לחתום על החוזה ולא בדק את מצב הנכס בלשכת רישום המקרקעין.

רק ביום 1.5.2016 נודע לצדדים, כי ביום 1.3.2016 הטיל בנק עיקול על המגרש, בגין חוב שחייב לו אלדד. העיקול נרשם בלשכת רישום המקרקעין.

א. דונו בזכויות הצדדים.

ב. האם תשובתכם תשתנה, לו העיקול לא היה נרשם?

ג. האם תשובתכם תשתנה לו יוסף היה רושם הערת אזהרה?

פתרון לשאלה 1:

א. הבעלים: אלדד

עסקה ראשונה עם יוסף: יש פה התחייבות למכר יש לו זכות אישית.

עסקה שנייה עם שמעון: נעשתה איתו התחייבות לזיקת הנאה בטלפון – זיקת הנאה היא אחת מחמשת הזכויות הקנייניות חל לגביה ס' 8. נדרש לגביה דרישת הכתב ולכן, הוא יוצא מהתמונה. לשמעון אין כלום כי אין כתב, אם אין כתב במקרקעין אין כלום- הוא יוצא מהתמונה!!! בכל אחת מהזכויות בקניין יש צורך בכתב אלא אם כן יש חריג כמו שכירות קצרה! (עד 10 שנים).

עסקה שלישית עם הבנק: 1.3 הוטל עיקול יש לבנק עיקול רשום, עיקול זה לא קנייני ולא אישי עיקול זה סעד דיוני גם שהעיקול רשום זה לא קנייני.

עסקה רביעית עם אפרים: 1.4 יש פה התחייבות למכר זכות אישית.

מתחילים בעימותים: תמיד לזכור הבעלים הוא לא חלק מהעימותים!!!!

1. עימות מספר אחד הוא בין יוסף לבין הבנק- התחייבות למכר מול עיקול רשום: בסיטואציה כזאת יש פסד מרכזי וחשוב הוא פס"ד אהרונוב – פס"ד זה מדבר בדיוק על סיטואציה כזו! ביהמ"ש אומר כי בסיטואציה כזו אין צורך להתחיל ליישם את ס' 9 - ההתחייבות למכר הראשונה בזמן בכל מקרה גוברת על העיקול הרשום כיוון, שמדובר על "זכות מן היושר תוצרת הארץ" ובסיטואציה כזו אומר כי ההתחייבות למכר הראשונה בזמן גוברת כלומר, יוסף הוא המנצח. (במצב הפוך הסיטואציה שונה!). כשהראשון בזמן מנצח בדר"כ צריך לדון בהלכת גנז - אתה הראשון בזמן למרות שניצחת אם לא רשמת הערת אזהרה אתה עלול להיחשב חסר תום לב ולהפסיד בכל זאת בתחרות!

במקרה שלנו אומנם יוסף לא רשם הערת אזהרה. אבל, בסיטואציה שלנו אין צורך להתחיל ולבדוק את כל השיקולים שנקבעו בפס"ד גנז. במקרה שלנו יוסף לא יענש על מחדלו של אי רישום הערת אזהרה ולמה?

מהסיבה שבפס"ד בנק המזרחי נ' גדי, נקבע שבסיטואציה של פס"ד אהרונוב לא תחול הלכת גנז!
בסיטואציה של פס"ד אהרונוב, זאת אומרת כשיש התחייבות למכר ראשון בזמן מול עיקול רשום שני בזמן לא רלוונטי שהראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה הוא ינצח בכל זאת וזה נקבע בפס"ד בנק המזרחי נ' גדי.
(כל עוד אנחנו לא באהרונוב צריך לבדוק את השיקולים של פס"ד גנז)
לכן, בעימות הראשון המנצח שלנו הוא יוסף! (חייב לציין את כל זה במבחן). הבנק יוצא מהתמונה.

2. עימות מס' 2- בין יוסף לבין אפרים- התחייבות למכר מול התחייבות למכר- סיטואציה קלאסית של ס' 9 זאת אומרת הראשון בזמן שהוא יוסף מנצח אלא אם השני בזמן שהוא אפרים עומד ב-3 תנאים מצטברים: תום לב, תמורה ורישום.

תמורה- אפרים עומד שילם 90% מהתמורה.

תום לב- אפרים לא עומד בתום לב אובייקטיבי לא בדק את המרשם לא ביקר בנכס וכמובן הוא לא עומד בתנאי הרישום. מי שמנצח פה הוא יוסף, כי אפרים לא עומד בשלושת התנאים המצטברים.

שלב הבא זה לבדוק את הלכת גנז- ראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה הוא עלול להיחשב חסר תום לב אבל במקרה שלנו יוסף לא ייענש על מחדלו כי ממילא אפרים לא בדק! אי הרישום זה לא מה שהביא לתאונה המשפטית.

יתרה מכך בפס"ד ג'ריס, נקבע כי במצב שבו השני לא בדק את המרשם לא ייענש הראשון באי רישום הערת אזהרה. ולכן המנצח הסופי שלנו הוא יוסף.

ב. התשובה לא משתנה, אומנם הלכת אהרונוב חלה בסיטואציה שהעיקול השני בזמן הוא עיקול רשום אבל, ניתן להגיע בדיוק לאותה תוצאה מקל וחומר כשהעיקול לא רשום. במילים אחרות, אם זכות אישית מנצחת עיקול רשום בוודאי שהיא תנצח עיקול לא רשום!

ג. התשובה לא משתנה ממילא יוסף גובר, זה רק מחזק את הזכות שלו!! אבל בסיטואציה כזאת יוסף גובר על העיקול מכוח ס' 127(ב)³⁰ - ס' שלא נלמד בכיתה, הסעיף קובע כי אם "נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה".

משמע אם הראשון בזמן רשם הערת אזהרה, הוא גובר על העיקול.

³⁰ תוצאות של הערת אזהרה

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.

(1ב) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

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

שאלה 2 :

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

אבי חתם על הסכם קומבינציה טיפוסי עם קבלן, בו נקבע כי עם השלמת הבנייה ע"י הקבלן ורישום הבית כבית משותף, מחצית מהדירות תרשמה על שם אבי, ומחציתן על שם הקבלן, תוך פירוט מדויק אילו דירות מקבל כל צד. הקבלן הצליח למחוק את העיקול באמצעות מסמכים מזויפים, רשם לטובתו הערת אזהרה על הנכס והחל בבנייה. תוך זמן קצר הוקם הבית ונרשם בלשכת רישום המקרקעין כבית משותף.

הקבלן מכר את כל הדירות השייכות לו, זאת לאחר שהקונים בדקו את מרשם המקרקעין ולא גילו כל בעיה. חלק מהקונים שילמו לקבלן את מלוא מחיר הדירה ולכן הבעלות בדירה נרשמה על שמם.

לעומת זאת, קונים אחרים שילמו רק חלק מהמחיר ולכן בינתיים רשומה לטובתם רק הערת אזהרה, בהסכמתו של אבי. בשלב זה נודע לקונים השונים על העיקול.

דונו בתחרות בין הבנק לבין הקונים השונים ביחס לדירות.

פתרון שאלה 2 :

בעל קרקע- אבי

יש עיקול רשום לטובת הבנק- זה לא זכות קניינית, זה רק הסדר דיוני.

קבלן רמאי- והוא מוכר את הדירות לקונים שונים.

העימות הוא בין הבנק לבין הקונים, הקבלן לא נכנס לתמונה.
(גם בשאלה רושמים עימות בין הבנק לקונים- לשים לב תמיד)

יש פה רמאי, על כן זה מזכירים את תקנת השוק, אבל תקנת השוק תחול כשלאשון בזמן יש זכות קניינית והראשון בזמן אצלו זה הבנק !!! ואין לו זכות קניינית ועל כן אין כאן זכות קניינית ראשונה בזמן ולכן תקנת השוק לא חלה !! כאן זה לא ס' 10 אין פה תקנת השוק!

בסיטואציה כזאת עושים היקש מ-סעיף 9 (למה היקש? בגלל שהעיקול הוא לא זכות אישית). כלומר, העיקול גובר אלא אם השני עומד בשלושה תנאים מצטברים: כאן מבחין בין הקונים השונים, חלק מהקונים כן עומדים בתנאים המצטברים וחלק לא עומדים בתנאים המצטברים.

אם העיקול לא היה רשום ?

במצב כזה יש שתי גישות : גישתו של פרופ' דויטש ושל פרופ' ויסמן שנשארו בצריך עיון בפס"ד ברוקס.

נסכס :

אם העיקול רשום? היקש מסעיף 9.

אם העיקול לא רשום ? הולכים לגישות של ויסמן ודויטש ופס"ד ברוקס.

אם העיקול היה השני בזמן ? הולכים לפס"ד אהרונוב.

אם זה מתנה ראשונה בזמן מול עיקול? פס"ד לניאדו.

אם זה מתנה ראשונה בזמן מול התחייבות למכר? פס"ד דיאב.

זכות החכירה:

זכות החכירה יש רק במקרקעין היא קבועה בחוק המקרקעין, במיטלטלין אם אנחנו רוצים לדמות את זכות החכירה אפשר לדמות את זה לליסינג. כעיקרון, זכות חכירה קניינית יש רק במקרקעין, **ס' 3 לחוק המקרקעין**³¹, קובע כי שכירות לתקופה העולה על חמש שנים תיקרא חכירה ושכירות לתקופה העולה על 25 שנים תיקרא חכירה לדורות. בא"י מקובל מאוד לעשות חכירות ובעיקר בשל **שתי סיבות עיקריות**:

1. לפי **חוק יסוד מקרקעי ישראל** וגם לפי **חוק נכסי המדינה** - אי אפשר להעביר בעלות בקרקעות של המדינה. המדינה רוצה לשמר לעצמה את השליטה בקרקעות. אמרנו כבר ש90% מהקרקעות במדינה הם בבעלות המדינה ולא בבעלות פרטית, ציבור רב מחזיק בקרקעות מכוח החכירה לדורות.

2. **זכות החכירה היא חריג למה?** על מה מתגברים באמצעות החכירה לדורות? אנחנו רואים שהחכירה הארוכה היא פתרון כדי להקנות מעיין בעלות בחלק מסוים מהנכס זה **ס' 3278** שהוא בעצם חריג לכלל האחדות שקבוע ב**ס' 3313** - אמרנו שאי אפשר לעשות עסקה בחלק מסוים מהשטח אני לא יכול למכור חלק מסוים מהבית שלי כמו חדר מסוים.

מה החריג לכך? החריג לכך זה שכירות - חכירה לדורות כלומר, כן אני יכול להשכיר חלק מהמגרש, דוגמא לכך היה ב**פס"ד לוסטיג**: באותו מקרה היה מגרש אחד גדול שלא היה ניתן לחלוקה בגלל תוכנית מתאר שהייתה קיימת בשטח. חצי אחד של המגרש הבעלים הקים שם דירה והחצי השני נשאר ריק. לא היה להם מה לעשות עם זה, הם לא יכלו למכור את זה כי אי אפשר לחלק את המגרש, אז הם החכירו את החצי הזה ל999 שנים. כלומר, זה מתגבר על כלל האחדות.

איך אנחנו יכולים להבחין בין חכירה לדורות לבין בעלות? **ישנם פסקי דין שהולכים לפי מבחן פורמאלי וזה מה רשום בטאבו** - אם רשום חכירה לדורות זה חכירה לדורות ואם רשום בעלות זה בעלות. **אבל, יש פס"דים שהולכים לפי מבחן מהותי ובודקים את כלל הנסיבות** - מסגרת המבחן המהותי יש לבחון למשל את משך התקופה. **ככל שתקופת החכירה ארוכה יותר הנטייה תהיה לראות בזכות - זכות בעלות.**

או דוגמא נוספת: האם החוכר רשאי לעשות עסקאות בנכס שלו? ככל והוא רשאי לעשות עסקאות הנטייה תהיה לראות בכך בעלות.

דוגמא נוספת- האם החוכר מוגבל בצורה כלשהי עם הנכס שלו? ככל והוא מוגבל ביחס לזכות שלו הנטייה תהיה לראות בכך את זכות החכירה.

דוגמא נוספת וחשובה- ככל שהתמורה קרובה יותר ומתקרבת יותר למכירה כמובן שהנטייה תהיה לראות בכך בעלות הכל תלוי בנסיבות.

דוגמא לפס"ד שיישם את המבחן המהותי הזה זה פס"ד לוסטיג - אמרנו כי באותו מקרה היה מגרש אחד גדול שאי אפשר היה לחלק אותו. בחצי אחד היה את הבית של הבעלים והחצי השני היה ריק. אז מה עשה הבעלים הוא לא יכול למכור חצי לפי כלל האחדות ולכן, הם החכירו את החצי השני ל- 999 שנים ואז באיזשהו שלב החוכרים רצו לבנות על השטח והבעלים התנגד ואמר כי הוא לא מסכים שתבנו על השטח.

³¹ שכירות

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".

³² שכירות של חלק מסוים של מקרקעין

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

³³ 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.

שאלה השאלה האם החוכרים הם בעלי זכויות בנייה כאילו הם היו הבעלים או שמה הם מוגבלים? האם מבחינת זכויות בנייה נראה אותם כאילו הם הבעלים או שנגביל אותם כי הם חוכרים לדורות?

ביהמ"ש מיישם את המבחן המהותי והוא מתייחס לחכירה הזאת כאילו הייתה בעלות. ביהמ"ש בוחן את הנסיבות. הרי כוונת הצדדים היה ממש למכור את השטח – 999 שנים הכוונה הייתה ממש למכור. התקופה היא תקופה מאוד ארוכה הם שילמו שווי ממש, כל הנסיבות הללו מראות שמדובר ממש כאילו על בעלות.

ביהמ"ש מיישם את המבחן המהותי וקובע שהחוכרים זכאים לבנות. ביהמ"ש בודק את הכוונה של הבעלים הכוונה שלו הייתה למכור כלומר ביהמ"ש התגבר על כלל האחדות ולכן, הם כן יכולים למכור.

פס"ד נוסף זה **פס"ד האיירומנטל נ' קרן קיימת** פס"ד מ-2009 גם פס"ד זה מדגים את הקרבה שיש בין זכות החכירה לדורות לבין הבעלות מה היה באותו מקרה?

החברה הזו הייתה בעלת זכות חכירה מהמנהל ל-49 שנים עם אופציה להאריך לעוד 49 שנים- זה סעיף שהיה סטנדרטי במנהל אף אחד לא היה לוקח בחשבון את הזמן. כולם היו יודעים שמאריכים את הזמן. אבל כאן במקרה הספציפי הזה הוסיפו עוד סעיף שאמר **שתנאי למימוש האופציה שהחברה תבנה מפעל תעשייתי** אבל עברו השנים והחברה התקשתה לקבל אישורים למפעל שרצתה להקים היא לא הקימה את המפעל. אבל, שילמה כרגיל את דמי החכירה למנהל זה לא הפריע, לא היה אינטרס ציבורי.

ואז מה קרה? לקראת תום תקופת החכירה המפעל עוד לא הוקם באה החברה ורצתה לממש את תקופת האופציה אבל אז המנהל התנגד ואמר כי מטרת החכירה לא מומשה לא הוקם שם מפעל הדבר הגיע לביהמ"ש **אשר קבע כי זכות החכירה לדורות היא זכות מאוד עוצמתית ביחס לכל השחקנים בשוק הנדל"ן, הקונים, המוכרים וגם הגופים המממנים.**

ביהמ"ש אומר כי זכות החכירה לדורות היא מאוד דומה לזכות הבעלות ככל שהתקופה ארוכה יותר כך היא מתקרבת יותר לזכות הבעלות.

ביהמ"ש אומר כי המנהל כדבר שבשגרה מאריך את תקופת החכירה ואומר כי החוכרים לא מעלים בדעתם שתקופת הזמן לא תוארך ולכן החוכר מצפה שכן יאריכו לו את תקופת החכירה.

כל זה נכון אומר ביהמ"ש במיוחד **במגזר העירוני** נוטים להאריך את תקופת החכירה זה לא כמו **במגזר החקלאי** ששם התקופות קצרות יותר דמי החכירה נמוכים יותר אז הוא אומר כי במקרה שלנו לחברה חוזה חכירה למטרות תעשייה שזה חוזה עירוני, יותר מזה הוא אומר כי למנהל לא היה איזשהו שיקול או אינטרס ציבורי שלא להאריך, לא הייתה איזושהי דחיפות להקמת המפעל ויתר על כן המנהל לא אמר כלום כל אותן שנים ולכן, אומר ביהמ"ש כי כן יש להאריך את תקופת האופציה. ביהמ"ש ממש מתייחס לאינטרס הציבורי אם אין לך שיקול ממש ברור אז אין סיבה שלא להאריך את האופציה.

לסיכום- ביהמ"ש מסכם את כל המצב הזה ואומר כי אכן לבעל זכות חכירה אין זכות קנויה להארכת החכירה זה לא אוטומטית אני מעריך אבל כמו במקרה שלנו נוכח עוצמת הזכות נוכח התקופה הארוכה נוכח המחיר ששולם ובמיוחד נוכח העובדה שלא היה איזשהו אינטרס ציבורי שלא להאריך הרי שיש להאריך ולממש ולתת להם לממש את תקופת האופציה. זה משפט המפתח. **אין זכות קנויה זה לא אוטומטית אבל כאשר הזכות נוטה יותר לבעלות הנטייה היא כן להאריך את תקופת האופציה.**

יש לשים לב כי במרשם בטאבו המבחן הוא מבחן שהיא תמיד פורמאלי גם אם אני עכשיו חוכר לדורות למיליון שנה בטאבו אני אחשב חוכרת לדורות.

בפסיקה מכינים מבחן מהותי אבל לעניין הרישום בטאבו המבחן הוא תמיד מבחן פורמאלי.

בחקיקה, המחוקק בד"כ מציין מתי הכוונה היא לבעלים מתי הכוונה היא לחוכר לדורות דוגמאות: בפרק של בתים משותפים לעניין ס' 52 לחוק המקרקעין³⁴ (הגדרות), קובע המחוקק כי בעל דירה הוא החוכר. זאת אומרת, שלעניין ס' 52 למי מתייחסים מי הוא בעל הדירה? החוכר.

מה ההיגיון? מי שבפועל גר בדירה מי שמסתכסך עם השכנים וכ"ו, זה החוכר וזה לא מעניין את המחכיר. לכן, המחוקק נוקב במדויק ואומר כי בעל הדירה הוא החוכר.

לעומת זאת לצורך סעיף 62³⁵ שמדבר על שינוי תקנון כאן אומר המחוקק כי בעל דירה הוא לרבות מחכיר מה ההיגיון? כי שינוי תקנון זה משהו עוצמתי יותר יש לו השלכות קנייניות לטווח הרחוק ולכן, כאן בעל דירה הוא לא רק החוכר אלא גם המחכיר.

דוגמא נוספת: ס' 106 לחוק המקרקעין³⁶ שמדבר על זכות הקדימה וקובע שזכות הקדימה תחול גם ביחס לחכירה לדורות.

דוגמא נוספת: לפעמים אנחנו יכולים לראות כי המחוקק נוקב בלשון בעלים בס' 21³⁷, ס' 23³⁸ מדובר רק על בעלים אבל כאן יש **דעות מלומדים** שאומרים שהבעלים זה לרבות החוכר לדורות. אבל, זה לא וודאי זה רק דעות מלומדים.

אנחנו רואים שאם המחוקק רוצה הוא אומר חוכר לדורות אם הוא אומר רק בעלים אז יש את המלומדים שמרחיבים את זה.

34. 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 שהוכרה 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.

35. תקנון מוסכם

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

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

(ב) לעניין סעיף קטן (א), "בעל דירה" – לרבות המחכיר בדירה המוכרת בחכירה לדורות ומחכיר המשנה בדירה המוכרת בחכירת משנה לדורות.

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

36. זכות קדימה לגבי חכירה לדורות

106. הוראות סימן זה בדבר העברת בעלות, יחולו, ככל שהן נוגעות לעניין גם על העברה של חכירה לדורות.

37. ברירת בעל המקרקעין

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

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

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

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

38. זכות המקים לרכישת המקרקעין

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

(1) המקים סבר בתום לב בשעת הקמת המחברים כי הוא בעל המקרקעין;

(2) הסכום שהשקיע המקים במחברים עלה, בשעת הקמתם, על שוויים של המקרקעין בלי המחברים באותה שעה;

(3) רכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאין בתשלום שוויים כדי לפצותו עליו.

(ב) ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין לפי סעיף זה – לרבות כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר המשתלמים אגב העברת

מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחברים – יחולו, על אף האמור בכל דין, על המקים.

(ג) זכויות המקים לפי סעיף זה עדיפות על זכויות בעל המקרקעין לפי סעיף 21.

תרגיל- עסקאות נוגדות תרגיל 5:

חברה הבטון בע"מ, העוסקת בערבוב בטון קיבלה מבנק לאומי הלוואה לרכישת מערבל בטון יקר. להבטחת ההלוואה שיעבדה החברה לבנק לאומי את המערבל ביום 1.1.15, באותו יום נרשם השעבוד אצל רשם החברות.

לאחר מספר חודשים נגנב המערבל מחברת בטון, ע"י סוחר גרוטאות. סוחר הגרוטאות מכר את המערבל לקבלן בניין במחיר המהווה מחצית ממחיר המחירון שלו, זאת לאחר שהצדדים בדקו וראו כי המערבל עובד באופן תקין. ביום 1.6.15 הקבלן שיעבד את המערבל לטובת חברת הלוואות בע"מ, להבטחת הלוואה שקיבל מחברה זו. מכיוון שבעל חברת הלוואות בע"מ הוא אחיו של הקבלן, החברה לא טרחה לערוך בדיקות כלשהן לפני עריכת הסכם המשכון. המשכון נרשם אצל רשם המשכונות באותו יום.

לאחר זמן קצר התקלקל המערבל ונשלח לתיקון במפעל של שלמה. שלמה ביצע את התיקון אך מכיוון שהקבלן נקלע לקשיים כספיים ולא יכול היה לשלם את מחיר התיקון, סירב שלמה להחזיר לקבלן את המערבל. יצוין כי גם חברת הבטון וגם הקבלן אינם עומדים בתשלומי ההלוואות שלהם, לכן גם בנק לאומי וגם חברת הלוואות בע"מ מעוניינים במימוש השעבודים שלטובתם. שלמה מסרב להחזיר את המערבל.

דונו בזכויות הצדדים השנים (חברת הבטון, בנק לאומי, הקבלן, חברת הלוואות בע"מ, שלמה) ביחס למערבל והכריעו בתחרות ביניהם.

פתרון:**סדר עימותים:**

עימות מס' 1: בנק לאומי לבין בקבלן- משכון משוכלל לבין קבלן – למעשה אדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו. הקבלן רכש את המערבל ממי שאין לו זכות. אך **החריג- תקנת השוק**- הקבלן ירכוש זכויות במערבל רק אם יעמוד בתנאי תקנת השוק **בסעיף 34 לחוק המכר**- המוכר אינו עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, הקבלן רכש את הנכס מסוחר גרוטאות ולכן תנאי זה אינו מתקיים.

תנאי נוסף הינו תמורה ממשית (**פס"ד כנען**)- במקרה דנן הועברה רק מחצית ועל כן נופל תנאי זה.

תנאי שלישי בעייתי הינו תו"ל- לפי הפסיקה נדרש כאן תו"ל סובייקטיבי וכן במקרה דנן הקבלן בדק את המערבל, ראה בתקינותו ולרכוש מערבל מעין זה במצב תקין צריך להעלות נורה אדומה. לסיכום הקבלן לא עונה על תקנת השוק ולפיכך **המשכון המשוכלל של הבנק גובר**.

(*)** זכות קניינית+ רמאי= תקנת השק

עימות מס' 2: בנק לאומי בעל משכון משוכלל מול בנק הלוואות בעל משכון- הקבלן למעשה אינו בעל זכות במערבל לפיכך הוא ליכול היה למשכן את המערבל. אדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו. לכן על מנת שלמשכון לטובת חברת הלוואות יהיה תוקף- החריג הינו **תקנת השוק סעיף 5** לחוק המשכונות (משכון- מדובר על משכון לטובת חברה ולא על המערבל)- לחברת הלוואות יהיה זכות במערבל רק אם היא תעמוד בתנאי תקנת השוק:

הנכס הגיע לידי הממשכן על דעת הבעלים או הזכאי להחזיק- **הנכס הגיע דרך א' לב'**- במקרה דנן לא מתקיים התנאי, חברת הבטון הבעלים לא ידעה אצל מי המערבל לכן תנאי זה אינו מתקיים. תנאי נוסף הינו תנאי תו"ל (**פס"ד רשות שדות התעופה**)- נדרש תו"ל אובייקטיבי מתוכו חובה על הנושה לנקוט בכל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו- חברת הלוואות לא בדקה ברשם המשכונות, אם היא הייתה בודקת היא הייתה רואה כי הנכס ממושכן כבר לבנק, לכן גם תנאי זה אינו מתקיים- המשכון הגובר הינו המשכון לטובת הבנק.

עימות מס' 3: בנק לאומי בעל משכון משוכלל לבין שלמה- תיקון- לטובת שלמה קמה לכאורה זכות עיכוב המקור
כאן סעיף לחוק חוזה קבלנות או סעיף 19 לחוזה החוזים תרופות. אין נתונים סותרים לפיכך נצא מנקודת ההנחה
כי הפעלת העיכוב היתה כדין.

האם בכלל לעיכוב יש תוקף? שכן הנכס הגיע למעקל שלא על דעת הבעלים. **לגישת דויטש** - מכיוון שהנכס המסר
למעכב שלא על דעת הבעלים לעיכוב יהיה תוקף רק אם הוא יעמוד כמעין תקנת שוק בעכבונות: בסיטואציה זו
מדובר בעיכוב קבלני שהביא להשבחת הנכס ולכן גם לפי **פס"ד רשות שדות התעופה ופס"ד אולניאל** במקרה כזה
עיכוב גובר על זכות קניינית ראשונה בזמן.

לכן במקרה שלנו יש לפרוע ראשית את החוב לשלמה המעכב ורק אם ישאר עודף יועבר לבנק לאומי, כדי שעיכוב
יגבר על זכות ראשונה קניינית- **כאשר זכות ראשונה בזמן הינה משכון/ משכנתא ולאחר מכן נולד העיכוב**.

יש לבחון את פס"ד רשות שדות התעופה- שני נימוקים כאשר הנימוק המכריע הינו שיקולי השבחה.