

מבוא

8 נקודות זכות

- הקורס בנוי משיעורים ותרגולים. מבחן מסכם אחד עם חומר פתוח, המבחן הוא קייס פתוח ואולי כמה שאלות אמריקאיות + עבודה להגשה בסוף הסמסטר א', העבודה מהווה 30% מהציון.
- ”דיני קניין” – קניין משמע רכוש, רכוש כולל 3 סוגי נכסים :**
- מקרקעין – נכסים שקשורים לקרקע ולא ניתן לנייד אותם. (בארמית: נכסי דלוא ניידים – נדל”ן) דירות, בתים, מגרשים, אדמות, מפעלים, חנויות וכדומה.
 - מטלטלין – נכסים שניתן לטלטל, כן ניתן לנייד. בדרי”כ נכסים פחות יקרים : שולחן, מכשירי חשמל, תכשיטים, אבני חן, מטוסים, ציוד הנדסי כבד, רכבים וכדומה.
 - נכסים ערטילאיים – נכסים שהם לא מוחשיים, לא ניתן לראות אותם או לגעת בהם פיזית ובכל זאת הם נחשבים נכס והם יכולים להיות שווים הרבה מאוד כסף. לדוגמא: קניין רוחני – זכויות יוצרים, סימן מסחרי, ידע, פטנט.

הבסיס החשוב ביותר בדיני קניין : הזכות הקניינית.

כל דיני הקניין מבוססים על הבחנה בין 2 סוגים של זכויות :

- זכות אישית / זכות אובליגטורית – זכות שמקורה בדיני החיובים / חוזים. לדוגמא: אני קונה דירה מקבלן וחותרמת איתו על חוזה, בשלב הזה כל מה שיש לי מבחינת דיני הקניין זה זכות אישית כלפי הקבלן ביחס לדירה שקניתי. מה תוכן הזכות? הזכות אומרת שאם אני אמלא את כל החיובים שבחוזה (אשלם) הקבלן מצידו מתחייב לגמור את הבנייה ולמסור לי את הדירה. האם בשלב הזה אני הבעלים של הדירה? לא. כל מה שיש לי ביד זה חוזה מול הקבלן. מה נותן לי החוזה? מבחינת דיני הקניין יש לי זכות אישית. משהו אישי ביני לבין הקבלן וזה נוגע לדירה שקניתי.
- זכות קניינית – זכות שיש לאדם בנכס עצמו. זה כבר לא בין אנשים, אלא זה אדם מול נכס. זכות שיוצרת קשר ישיר, זיקה ישירה בין אדם לבין נכס. לדוגמא: אני קונה דירה מקבלן וחותרמתי על החוזה, ניגשתי לטאבו ורשמתי את הדירה על שמי. הדירה עכשיו בבעלותי- עכשיו יש לי זכות קניינית בדירה עצמה.

משתי הדוגמאות האלה אנחנו מבינים שהמצב המשפטי הוא כזה: בדרי”כ הסיפור מתחיל עם זכות אישית, הצדדים חותרמים על חוזה והחוזה מוליד זכות אישית לצד אחד כלפי הצד השני. זכות אישית יכולה להישאר לנצח, הצדדים נשארים כך שכל מה שיש ביניהם זה החוזה, אבל כפי שנראה בהמשך הזכות הקניינית הרבה יותר טובה וחזקה – ולכן תמיד כדאי לשדרג, לשכלל את הזכות האישית ולהפוך אותה לקניינית. הדרך לעשות זאת היא באמצעות אקט משפטי מיוחד. **כשמדובר במקרקעין האקט המשפטי הוא רישום בטאבו** (טאבו היא מילה מהתקופה העות'מנית), בעברית: לשכת רישום המקרקעין.

כשאני קונה מחברה שלי טלוויזיה שהיא לא רוצה יותר. כדי שהדברים יהיו פורמאליים אנחנו חותרמות על מסמך קצר בכתב, אני משלמת לה את כל הסכום ואנחנו מסכמות שבשבוע הבא היא תביא לי את הטלוויזיה הביתה. בשלב הזה, מדובר בזכות אישית, היא נולדה בחוזה בינינו, הזכות היא אישית לחברה ביחס לנכס (טלוויזיה). התוכן של הזכות היא שמכיוון שכבר שילמתי החברה חייבת לספק לי את הטלוויזיה. חלף שבוע והחברה מביאה לי את הטלוויזיה- היא העבירה לי את החזקה על הטלוויזיה. **במטלטלין האקט המיוחד שהופך את הזכות מאישית לקניינית הוא קבלת החזקה בנכס**- ברגע שקיבלתי את החזקה יש לי זכות קניינית בטלוויזיה עצמה.

נסתמך על סעיף 33 לחוק המכר: **” הבעלות בממכר עוברת לקונה עם קבלת החזקה בנכס, אלא אם הצדדים קבעו אחרת ”**. חוק המכר בברירת מחדל חל על מטלטלין.

במקרקעין העברת החזקה לא משכללת את הזכות מאישית לקניינית (למעט חריגים).

נניח שקניתי דירה יד 2, הצדדים חותרמים על חוזה מסודר, הקונה משלם את כל הסכום למוכר והקונה כבר מקבל את המפתחות ונכנס לגור בדירה. הקונה קיבל את החזקה – אך הצדדים סיכמו שהרישום בטאבו יתבצע רק בחודש הבא. מדובר על זכות אישית – למרות הכל מבחינת דיני הקניין הדירה לא שלו, הוא לא הבעלים. כעבור חודש, כאשר הדירה תירשם בטאבו על שם הקונה הרישום משכלל את הזכות מאישית לקניינית ועכשיו הקונה הוא הבעלים של הדירה.

ביצוע התשלום גם במקרקעין וגם במטלטלין לא משכלל את הזכות מאישית לקניינית. במקרקעין הכללים מאוד נוקשים ורק רישום בטאבו ישכלל את הזכות לקניינית.

סעיף 7 לחוק המקרקעין מציין שהאקט שמשלים את העסקה הוא **אך ורק** רישום בטאבו.

כעיקרון, עדיף תמיד וכמה שיותר מהר לשכלל את הזכות מאישית לקניינית. אבל, לא תמיד הדבר ניתן לביצוע. דוגמא: אני קונה דירה מקבלן "על נייר", הפרויקט עדיין לא קיים – אבל חתמתי על החוזה מול הקבלן. רק אחרי שכל הבנייה מסתיימת ועוברת את כל הביקורות של הרשויות – רק אז הקבלן יכול לרשום את הבניין בטאבו כולל חלוקה לדירות ורק אז כל דירה תירשם בבעלות הקונה הספציפי. לא פעם אנחנו רואים שתהליך הרישום בטאבו לוקח זמן ולכן אנחנו יכולים לראות אנשים שנשארים עם זכות אישית לאורך שנים. במצבים כאלה ניתן לרשום בטאבו הערת אזהרה – שנותנת הגנה מסוימת לרוכש הדירה עד שהדירה תירשם על שמו בטאבו.

עדיפות הזכות הקניינית - במה היא יותר טובה מאשר הזכות האישית? ההבדלים בין הזכויות:

א. הזכות הקניינית חזקה יותר, במיוחד בעסקאות נוגדות: סעיף 9 לחוק המקרקעין: "אם אדם התחייב למכור נכס לקונה אחד (התחייב=חתמו על חוזה), ולאחר מכן הוא התחייב את אותו נכס למכור לקונה אחר אז הראשון בזמן מנצח, אבל, אם הקונה השני בזמן קיים שלושה תנאים מצטברים אז למרות שהוא השני בזמן הוא זה שמנצח"

התנאים הם:

1. הקונה השני בזמן רשם את העסקה בטאבו.
2. השני בזמן פעל בתום לב
3. הוא נתן תמורה

ב. על כל אחת מהזכויות חל דין אחר ותוצאה שונה. לדוגמא: אדם בעלים של דירה והוא מחליט לתת את הדירה במתנה לחברה שלו. הוא אפילו מגדיל לעשות וחותרם לה על מסמך בכתב. החברה נכנסת לגור בדירה, אחרי כמה שנים טובות הם נפרדים והגבר רוצה את הדירה בחזרה. האם הבחורה צריכה להתפנות? אם הבחורה לא רשמה את העסקה בטאבו (לא נרשמה כבעלים) אז כל מה שיש לה היא זכות אישית כלפי הגבר ביחס לדירה, על הזכות האישית חלים דיני החיובים ולעניינינו "חוק המתנה" , סעיף 5 לחוק המתנה מאפשר לנוותן המתנה בתנאים מסוימים להתחרט ולקחת חזרה את המתנה. אם התנאים האלה התקיימו זכותו לקחת חזרה את המתנה. לעומת זאת, אם הבחורה הלכה לטאבו, במילים אחרות, נרשמה בטאבו כבעלים יש לה זכות קניינית- היא הבעלים! על בעלות במקרקעין חל חוק המקרקעין ובחוק המקרקעין אין שוב סעיף שמאפשר לבטל את המתנה. זכות קניינית היא סופית ומוחלטת- גם אם מקורה במתנה.

ג. מאפיין נוסף של הזכות הקניינית לעומת הזכות האישית היא שהזכות הקניינית חלה כלפי כל העולם. אם אני בעלים של מגרש כל העולם מכיר בבעלות שלי, כל העולם חייב לכבד את הבעלות שלי- לאף אחד אסור לפלוש למגרש. לעומת זאת, זכות אישית מצומצמת יותר, היא פועלת רק כלפי אדם מסוים. אם אני קונה דירה מקבלן וחותרמת איתו על חוזה זה אומר שבשלב הזה יש לי רק זכות אישית כלפיו אז מי שכפוף לזכות שלי הוא רק הקבלן שהתחייב לסיים את הבנייה.

ד. זכות קניינית ניתנת להעברה. מדובר ביתרון נוסף על פני הזכות האישית. אם אני בעלים של דירה זכותי למכור אותה או במילים אחרות להעביר את הבעלות – זכות קניינית מעצם טבעה ניתנת להעברה לעומת זכות אישית, מצוי בסעיף 1 לחוק המחאת חיובים. (המחאה=העברה; חיובים= מונח שכולל חובות וזכויות). לפי סעיף זה כעיקרון זכות אישית ניתנת להעברה אלא אם יש הגבלה על כך בחוק, בהסכם או מכוח הנסיבות. בפועל כמעט בכל המקרים תהיה הגבלה על העברת הזכות האישית ולכן התוצאה היא שזכות אישית כמעט תמיד לא ניתנת להעברה. לדוגמא: קניתי דירה מקבלן, יש לי ביד חוזה, שילמתי לו חלק מהמחיר-יש לי זכות אישית כלפי הקבלן- בשלב הזה החלטתי שאני לא רוצה את הדירה. אבל הדירה עוד לא שלי, אין לי זכות קניינית בדירה-אני לא חופשיה למכור, כל מה שיש לי היא זכות אישית שמקורה בחוזה מול הקבלן- ברוב המקרים בחוזה מול קבלן הוא מכניס סעיף שאוסר על הקונה להעביר את הזכות האישית לאדם אחר.

רשימת הזכויות הקנייניות במקרקעין

עד עכשיו כשיברנו על זכות קניינית המרצה נתנה את הדוגמא של בעלות. אבל צריך לדעת שיש הרבה זכויות קנייניות במקרקעין ובעלות היא רק אחת מהן.

1. **זכות הבעלות** – מוגדרת בסעיף 2 לחוק המקרקעין: **"בעלות היא הזכות לעשות במקרקעין כל דבר וכל עסקה, בכפוף לכל דין והסכם."** מצד אחד, בעלות היא הזכות הקניינית הרחבה ביותר – כי בעלות מאפשרת לעשות בנכס מה שעולה על רוחי, האמנם, הסיפא מגבילה אותנו לכל דין והסכם. לדוגמא: נושא הפקעות. אם אני בעלים של מגרש ורשום בטאבו- יום אחד אני מקבלת הודעה שמפקיעים חלק מהנכס כדי להעביר מסילת רכבת במקום- לפעמים אפילו בלי לשלם פיצוי מלא לבעל הקרקע.
2. **זכות השכירות** – מוגדרת בסעיף 3 לחוק המקרקעין: **"שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק ולהשתמש בנכס שלא לצמיתות."** חייבת להיות מגבלת זמן (לצמיתות=לא לנצח). מה נותנת לנו השכירות? להחזיק ולהשתמש- לא ניתן למכור את הנכס. סעיף 3 אומר לנו ששכירות לתקופה מעל 5 שנים נקראת "חכירה" ושכירות לתקופה מעל 25 שנים נקראת "חכירה לדורות"- המושג "חכירה" – שכירות לכל דבר אבל לתקופה ארוכה. חכירה לדורות יכולה להיעשות ע"י כל אדם שהוא בעל הנכס, בארץ החכירה לדורות נפוצה מסיבה נוספת – רוב שטח המדינה הוא לא בבעלות פרטית אלא בבעלות המדינה. לפי חוק יסוד מקרקעי ישראל אסור למדינה להעביר את הבעלות במקרקעין שלה, המטרה היא שכל נכסי המדינה יישארו לנצח בבעלות המדינה. למדינה יש כובע נוסף, היא צריכה לדאוג לתושבים שלה, למגורים, לאדמות חקלאיות, לנכסים מסחריים והפיתרון של המדינה הוא חכירה לדורות- התקופה הקלאסית היא 49 שנים (לפי התורה, שנה 50 משחררת לחופשי). גם חריכה לדורות ניתן להעביר.
3. **משכנתא** – מוגדרת בסעיף 4 לחוק המקרקעין: **"משכון מקרקעין"** כדי להבין בידיוק מה זה אומר נעבור להגדרה בסעיף 1 לחוק המשכון- הגדרת משכון: **"משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב, המשכון מזכה את הנושה להיפרע מהנכס אם לא סולק החיוב."** במילים אחרות, משכון ושעבוד הם מילים נפרדות, אנחנו ממשכנים נכס. המטרה של המשכון היא להבטיח פירעון של חוב. לדוגמא: אדם פונה לבנק לקבל הלוואת משכנתא, הבנק מסכים לתת את ההלוואה אבל דורש ביטחון כלשהו, ערובה כלשהי, ולכן הלקוח ממשכן את הדירה שלו במשכנתא. המשכנתא נרשמת בטאבו ולכן היא זכות קניינית. אם הלקוח יפרע את ההלוואה – יסלק את החיוב, המשכנתא מבחינה משפטית פוקעת, כבר לא צריך אותה, אין חוב להבטיח אותו. לעומת זאת, אם הלקוח לא פורע את החוק אז הבנק רשאי לממש את המשכנתא. המימוש נעשה באמצעות מכירה פומבית בהוצאה לפועל שפתוחה לציבור הרחב. בדרי"כ מי שמציע את הסכום הגבוה ביותר הוא זה שקונה את הנכס. הכסף שמתקבל מהמכירה נמסר לנושה (בנק) לכיסוי החוב. במקרים רבים הכסף לא מספיק לכיסוי החוב ואז הנושה יצטרך לתבוע בנפרד את הלקוח בגין יתרת החוב. לעומת זאת, אם קורה שהפדיון מהמכירה עולה על סכום החוב העודף נמסר לחייב שהיה כזכור בעל הנכס. אין שום כוונה שהנושאים יתעשרו מעבר למה שמגיע להם.
4. **זכות השאילה** – מוגדרת בסעיף 83 לחוק המקרקעין: **"שאילה היא הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות וללא תמורה."** לדוגמא: אני בעלים של דירה ואני נוסעת לשנה ללמד בחו"ל. אני יכולה לכאורה להשכיר את הדירה- אבל יש לי חברה שבדיוק התגרשה ואין לה איפה לגור, ואני מסכמת איתה שהיא תיכנס לגור בדירה שלי שנה ללא תשלום. הרבה פעמים כשאנחנו עושים טובה למישהו אנחנו לא מבינים שמשפטית אנחנו מחויבים לו, ויכול להיות שזה גם יגביל אותנו בעתיד.
5. **זכות זיקת הנאה** – מוגדרת בסעיף 5 לחוק המקרקעין: **"זיקת הנאה היא שיעבוד מקרקעין להנאה ללא זכות להחזיק במקרקעין."** במילים אחרות, אנחנו מדברים על הנאה מסוימת שאדם מפיק ממקרקעין של אדם אחר מבלי להחזיק באותם מקרקעין. דוגמא: זכות מעבר, א' בעלים של חלקה שאין לה גישה נוחה אל הכביש, כדי לצאת לכביש הוא חייב לנסוע בדרך עפר מפותלת ולא סלולה, החלקה השכנה שייכת לב' והיא חלקה ריקה. א' וב' יכולים להסכים ביניהם שא' יוכל באופן קבוע לעבור דרך החלקה של ב' ישירות אל הכביש. בהסכם ביניהם הצדדים יסכמו את כל הפרטים, האם לעבור ברגל או עם מכונית, באילו שעות, האם בתשלום וכדומה. אחרי שנחתם החוזה א' יוכל לרשום בטאבו זיקת הנאה לטובתו. במילים אחרות יש לנו זכות קניינית רשומה בטאבו.
6. **זכות קדימה** – לא קיימת הגדרה מסודרת לכך, זכות זו מופיעה בסעיף 99 בחוק המקרקעין. א' בעלים של נכס והוא מתחייב כלפי ב' שאם א' ירצה למכור את הנכס אז א' יציע אותה קודם לב'. למען הסדר הטוב מומלץ להעלות את הדברים על הכתב ואז בעל הזכות (ב) יכול לגשת לטאבו ולרשום זכות קדימה לטובתו. בשלב הראשון כשהצדדים מסכמים על זכות קדימה הזכות היא בסך הכל זכות אישית כל עוד היא לא נרשמת בטאבו וחלים עליה דיני החוזים. בדיני החוזים קוראים לזכות הזו "זכות סירוב ראשונה", שמות נוספים: אופציה, ברירה. ניתן לחזק זכות זו ע"י רישום בטאבו. אם

זכות קדימה מופיעה בחוזה שכירות, החוזה הוא בתוקף של שנה- כאן אנחנו נכנסים לפרשנות חוזה, עד מתי זכות הקדימה בכלל עומדת לי. כי אם מקומה בתוך חוזה שכירות לשנה יכול להיות שהיא נגזרת מהחוזה לשנה בלבד. מדובר בעניין של פרשנות, של ניסוח.

כל הזכויות הנזכרות מעלה נולדות בחוזה בין הצדדים. החוזה מוליד זכות אישית בלבד. אבל, בעל הזכות יכול ואף מומלץ לשכלל ולשדרג אותה ולהפוך אותה לזכות קניינית. הדרך לכך היא רישום בטאבו. אבל, לכלל הזה של רישום בטאבו יש 2 חריגים:

- **שכירות** – נובע משילוב של סעיפים 79(א) לחוק המקרקעין + 152 לחוק הגנת הדייר. החריג הזה אומר שבעסקאות שכירות עד וכולל 10 שנים בידיק אין חובה לרשום את השכירות בטאבו כדי להפוך אותה לקניינית, אלא, די בכך שהשוכר מקבל את ההחזקה בנכס. לדוגמא סטודנט ששוכר דירה בחודש 9 ליד המכללה וחותר על חוזה, יש לו זכות אישית, בחודש 10 הוא נכנס לדירה ומעצם כניסתו הוא קיבל את ההחזקה. במילים אחרות קבלת ההחזקה הפכה את הזכות שלו לקניינית ועכשיו הוא שוכר קנייני.

- **שאיילה** – נובע משילוב של סעיפים 79(א) לחוק המקרקעין + סעיף 83 לחוק המקרקעין. גם כאן כדי להפוך את הזכות לקניינית לא חייבים רישום בטאבו אלא די בקבלת ההחזקה, אבל החריג הזה חל רק על עסקאות שאילה עד 5 שנים.

אם התקופה של שאילה או שכירות היא מעל התקופה המאושרת אז לא חל החריג, וחוזרים לכלל הבסיסי שמחייב רישום בטאבו.

7. **זכות עכבון** – אין לה הגדרה ספציפית, והיא מופיעה מפוזרת בהרבה חוקים. ישנן נסיבות שבהן אדם מחזיק בנכס מקרקעין של אדם אחר, למשל שיפוצניק שעושה אצלי שיפוץ גדול בדירה, קיבל את המפתחות ואני יצאתי מהדירה לתקופת השיפוץ. במילים אחרות, המחזיק בנכס הוא השיפוצניק, אחרי שנגמר השיפוץ אני מסרבת לשלם לו שלא בצדק, במילים אחרות, אני מפרה את החוזה. בהתקיים תנאים מסוימים מותר לשיפוצניק להישאר בנכס, לעכב אותו תחת ידיו, לא לתת לי את המפתח ולמנוע ממני לחזור לדירה עד קבלת התשלום. הזכות הזו של השיפוצניק נחשבת לזכות קניינית למרות שאין רישום בטאבו ומקורה סכסוך בין צדדים.

8. **הערת אזהרה** – עסקה במקרקעין מתחילה בחוזה בין צדדים כאשר החוזה מוליד זכות אישית בלבד, הזכות האישית היא חלשה ולכן מומלץ תמיד לשכלל אותה לזכות קניינית. אבל, לא תמיד הדבר אפשרי מיידית ולכן בעל הזכות האישית חשוף לסיכון לאורך זמן. כדי להגן עליו נולד הרעיון של "הערת אזהרה", בעל הזכות האישית רשאי לגשת לטאבו, למסור עותק של החוזה + טפסים נוספים ולרשום לטובתו הערת אזהרה על הנכס. הערת האזהרה כשמה היא, היא באה להזהיר את הציבור על כך שלגבי הנכס הנדון כבר נעשתה עסקה. כל מי שרוצה לעשות עסקה בנכס אמור לבדוק את הטאבו לפני ביצוע העסקה ואז הוא יגלה את הערת האזהרה והוא ימנע מביצוע העסקה. הערת האזהרה בפועל נותנת הגנה מצוינת לבעל הזכות האישית. לאור זאת התעוררה השאלה, האם ראוי לראות בהערת האזהרה זכות קניינית? בית המשפט נדרש לעניין הזה בפס"ד בנק המזרחי נ"ע ע"ד רוזובסקי. שם בית המשפט העליון בחן את הערת האזהרה לעומק – והגיע למסקנה שהערת אזהרה זה משהו מעורבב בין קנייני לאישי – "יצור כלאיים". לענייננו, פסיקה מאוחרת יותר רואה בהערות האזהרה ומתייחסת אליהן כאל זכות אישית בלבד.

רשימת הזכויות הקנייניות במטלטלין:

1. **זכות בעלות** – מוגדרת בסעיף 2 לחוק המיטלטלין.

2. **זכות שכירות** – מוגדרת בסעיף 1 לחוק השכירות והשאיילה.

3. **זכות שאילה** – מוגדרת בסעיף 26 לחוק השכירות והשאיילה.

4. **זכות משכון** – סעיף 1 לחוק המשכון.

5. **זכות עכבון** – מופיע בחוקים שונים.

במיטלטלין רשימת הזכויות קצרה יותר, גם במיטלטלין העסקה מתחילה בחוזה בין הצדדים (למעט עכבון), החוזה מוליד זכות אישית בלבד. אבל במיטלטלין הדרך להפוך את הזכות לקניינית היא ע"י קבלת ההחזקה במיטלטלין.

הסעד במקרה של פגיעה בזכות הקניינית

כאשר פוגעים לאדם בזכות הקניינית שלו במקרים רבים הוא לא יסתפק בסעד של פיצויים והוא ירצה סעד של ציווי. הוא ירצה לקבל צו מבית משפט שיכול להיות צו מניעה שאוסר על הפוגע להמשיך ולעשות את הפגיעה או צו עשה – שמחייב את הפוגע לעשות מעשה אקטיבי כדי להפסיק את הפגיעה. לדוגמה אם אני בעלת מגרש ופולשו לי למגרש, אני לא מעוניינת בפיצויים אלא אני רוצה שהוא יסתלק מהשטח, בהנחה שהוא לא מסכים יש לנו סכסוך- אני אפנה לבית משפט ואבקש צו מניעה. צו שימנע ממנו להמשיך ולתפוס את השטח. בנוסף יכול להיות שאני אבקש גם צו עשה, למשל אם הוא הכניס לשם כל מיני גרוטאות או אולי הוא בנה שם צריף- אני רוצה שהוא יהרוס את הכל אני אבקש צו עשה. אני אבקש גם סעד כספי בנוסף, אבל הנקודה היא להראות מקרים שאני לא מוכנה להסתפק בסעד כספי ארצה גם צו מתאים ..

השאלה המרכזית היא מה היקף שיקול הדעת של בית המשפט כאשר בעל זכות קניינית שנפגע מבקש לקבל סעד של ציווי? אם התביעה איננה מוצדקת אז בעל זכות הקניינית לא זכאי לשום סעד אבל אם התביעה כן צודקת נשאלת השאלה האם בית המשפט חייב לתת את הצו המבוקש – האם הוא יכול להסתפק בפיצויים? השאלה הזו מתעוררת כי כאשר מדובר בתביעות נזיקיות לפי פקודת הנזיקין לבית המשפט יש שיקול דעת רחב מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין. סעיף 74 מאפשר לבית המשפט להחליט האם לתת את הצו המבוקש או להסתפק בפיצויים. אנחנו עוסקים בדיני קניין ולא בנזיקין – ונשאלת השאלה האם זה גם המצב כאשר מדובר בתביעה קניינית? מה שיקול הדעת של בית המשפט כשפוגעים לאדם בזכותו הקניינית?

נקודת המוצא היא שהזכות הקניינית היא זכות חזקה, זכות חשובה, ולכן ראוי לתת לה הגנה רחבה. כך שלפי הגישה הזו נצפה מבית המשפט לתת את הצו המבוקש - שיקול דעת צר לבית המשפט.

קיימים שני סעיפים שנותנים לבית המשפט שיקול דעת לבחון את נסיבות המקרה ולכן לכאורה מכוח הסעיפים האלה בית המשפט יכול להחליט שבמקום לתת צו מניעה או צו עשה הוא נותן פיצויים.

1. סעיף 14 לחוק המקרקעין – "בעלות וזכויות אחרות (זכויות קנייניות) במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר" – סעיף זה אומר שאדם לא יכול לגרום נזק או אפילו אי נוחות לאדם אחר ואחר כך להצטדק שמותר לו מכוח הזכות הקניינית שלו. במילים אחרות הסעיף הזה אומר שאסור לנצל לרעה בעלות או זכות קניינית אחרת. סעיף זה נותן שיקול דעת לבית המשפט כי כאשר מובע בפניו סכסוך מצד אחד הוא רוצה להגן על הזכות הקניינית אבל במקביל בית המשפט גם בודק את ההתנהגות של בעל הזכות הקניינית.

2. עקרון תום הלב – חל בכל תחומי המשפט וחל גם בדיני הקניין. אין לנו סעיף ספציפי בחוק המקרקעין, אבל הוא נובע משילוב סעיפים 39 + 61(ב) לחוק החוזים. עקרון תום הלב נותן לבית המשפט שיקול דעת רחב, בית המשפט רוצה לראות מי פעל בתום לב ומי לא, בית המשפט יבדוק האם בעל הזכות הקניינית פעל בתום לב. אם לבית המשפט יש שיקול דעת רחב אז הוא יכול אולי לדחות את התביעה כולה, (נכון שבעל הזכות הקניינית נפגע אבל אולי גם הוא התנהג בתום לב?), יכול להיות שבית המשפט יקבל את התביעה אבל יתן רק סעד פיצויים.

פס"ד רוקר נ' סלומון 1999 – רוקר היו בעלי דירה בבית משותף בבניין דירות. הדירה הייתה בקומת

הקרקע. רוקר רצו להגדיל את הדירה אז הם השתלטו על חלק מהחצר ובנו תוספות של חדרים. החצר שייכת במשותף לכל בעלי הדירות בבניין, היא קניין של כל בעלי הדירות ולכן יש כאן פגיעה בזכות הקניינית של כל בעלי הדירות. משי' רוקר לא הסתפקה בזה, המקלט של הבניין היה מתחת לדירה שלהם והם השתלטו גם עליו וצירפו עליו לדירה. בעלי הדירות הגישו תביעה נ' משפחת רוקר וביקשו צו עשה- הריסה. ההריסה היא מאוד יקרה ולכן משפחת רוקר באה בהצעה לשכנים, הם הציעו קודם כל לתת פיצוי כספי לכל משפחה ובנוסף הם הציעו לבנות בחצר שורה של מחסנים כך שלכל משפחה יהיה מחסן משלה – בעלי הדירות מתנגדים ומתעקשים על צו הריסה. בשלב הזה משפחת רוקר טענה שבעלי הדירות פועלים בחוסר תום לב ובניגוד לסעיף 14 לחוק המקרקעין, במילים אחרות משפחת רוקר טוענת שבעלי הדירות מתעמרים בהם- הם מנצלים לרעה את הזכות הקניינית שלהם. התיק הגיע לבית משפט העליון בהרכב של 7 שופטים, דעת הרוב 4 שופטים קבעו שיש לתת לזכות הקניינית הגנה חזקה – הם המשיכו ואמרו שסעיף 14 ועקרון תום הלב מקנים לבית המשפט שיקול דעת אבל זה שיקול דעת מצומצם ובית המשפט יפעיל אותו רק במקרים של חוסר תום לב קיצוני, במקרים של התעמרות קשה מצידו של בעל הקניין. במקרה הנדון בעלי הדירות צודקים בתביעה שלהם ולכן יש לתת להם את הסעד המבוקש ולהורות על הריסה.

פס"ד זה תומך בנקודת המוצא, שיקול דעת צר בהנחה שהתביעה צודקת אנחנו רוצים להגן על בעל הזכות הקניינית ולתת לו את הצו המבוקש. לא נחליף את הצו בהסדר כספי או הסדר אחר.

פס"ד נעמה נ' טורקיה 2012 – מדובר ב2 בתים פרטיים ישנים בשכונת יד אליהו. בית אחד בבעלות הגברת

טורקיה והבית השכן בבעלות אדון יוסף נעמה. יום אחד החליט יוסף השכן לבדוק את קו הגבול בין החלקות

ונדהם לגלות שהחצר של השכנה והבית שלה פולשים לתחום החלקה שלו. השכן יוסף ביקש מהשכנה לתקן את המצב- להחזיר לו חלק מהחצר וגם להרוס חלק מהבית שהיה בשטח שלו. הדרישה הזו לא הייתה פשוטה כי אותו חלק שהיה צריך להרוס (בסה"כ כמה מטרים) היה המטבח וכלל גם את כל מערכת הביוב של הבית, מים וחשמל. גברת טורקיה סירבה ולכן יוסף תבע אותה בתביעה קניינית- הוא דרש צו הריסה ולא היה מוכן להסתפק בפיצויים או הסדר כספי שהיא הציעה. ברור לנו משפטית שהשכן צודק, הדילמה הייתה לעניין הסעד. בית המשפט פתח ואמר שנקודת המוצא היא שצריך לתת הגנה חזקה לזכות הקניינית, יחד עם זאת, הזכות הקניינית איננה מוחלטת ולבעל הקניין "לשרירות בעלים" ולכן יהיו מקרים נצטרך להגביל את הזכות הקניינית על סמך עקרון תום הלב ועל סמך סעיף 14. לאור הדברים האלה, בית המשפט בחן את כל נסיבות המקרה, במילים אחרות, הפעיל שיקול דעת רחב ואז התברר שהפגיעה בקניין היא לא באשמתה של גברת טורקיה, היא קרתה לפני עשרות שנים, שהתושבים המקוריים נכנסו לשכונה, יותר מזה- גברת טורקיה קנתה את הבית מהבעלים הקודם שהיה חברת בת של העירייה- אז היא יכולה לסמוך על זה שהכל תקין ומעבר לכך, במשך 20 שנים שהגברת גרה בבית השכן יוסף מעולם לא התעורר. (שיהוי), גם הוא לא היה לגמרי בסדר- בנוסף לכל אלו, השטח של המטבח שצריך להרוס הוא בסך הכל 2.3 מטר מבחינתו זה לא אסון כ"כ נורא- אבל מבחינתה זה דבר מאוד קשה ולכן בשורה התחתונה נפסק שאת שטח החצר היא תחזיר לשכן ולגבי המטבח סוכם שהמצב יישאר כפי שהוא והשכנה תשלם ליוסף הן פיצויים עבור תקופת העבר וסכום חודשי קבוע מעתה והלאה כל ימי חייה – כל עוד הגברת חיה זה יהיה המצב, אין לה בעלות קניינית בשטח המריבה אלא רק זכות להוסיף ולשמור את המצב הקיים. ברגע שהגברת תחדל מכל סיבה שהיא לגור בבית ההסדר פוקע והבעלים החדשים יצטרכו להרוס.

לעניינינו מתעוררת השאלה האם פס"ד הנדון ביטל את ההלכה הקודמת של רוקר נ' סלומון? כנראה שלא. המקרה בפס"ד זה היה כל כך חריג שלכן בית המשפט הרגיש שהוא חייב להתערב ולהפעיל שיקול דעת רחב.

הבעלות : היקף הבעלות במקרקעין

בעלות במקרקעין כוללת כל מיני רכיבים בנוסף לשטח הקרקע עצמו.

רכיב ראשון הוא עומק הקרקע – סעיף 11 לחוק המקרקעין- מי שהוא בעלים של קרקע, של שטח אדמה, הוא גם הבעלים של כל העומק מתחת לשטח עד לב ליבו של כדור הארץ. בעלות בקרקע חלה גם על עומק האדמה שמתחת לקרקע. אבל, בכפוף לחריגים שנקבעו בדין. למשל: חוק המים, חוק זה קובע שהמים בכל המדינה שייכים למדינה ולכן אם בעומק הקרקע שלי יש מעיין – המים האלה שייכים למדינה. דוגמא נוספת היא חוק העתיקות, אם אני מוצאת עתיקה בעומק הקרקע לפי חוק זה העתיקות שייכות למדינה. דוגמאות נוספות רבות קיימות למשל לגבי נפט, מחצבים שונים ועוד דוגמאות רבות.

רכיב נוסף, חלל הרום – מוגדר בסעיף 11 לחוק המקרקעין- אם אדם הוא בעלים של קרקע אז הוא גם הבעלים של כל החלל, של כל האוויר מעל הקרקע תיאורטית עד האטמוספירה. גם פה יש חריג: סעיף 1 אומר לנו שבעל הקרקע לא יכול למנוע מעבר בחלל הרום. עד עכשיו החוק הקיים אומר שאדם שהוא בעלים של קרקע הוא בעלים של העומק והבעלים של חלל הרום. עומדים לשנות את החוק הזה, קיימת הצעת חוק שעברה קריאה ראשונה ולפני ההצעה הזו הולכים לתקן את סעיף 11 ולאפשר רישום תלת מימדי, ז"א הקרקע תהיה נכס אחד, העומק יהיה נכס נפרד וחלל הרום יהיה נכס נפרד- וכל אחד מהנכסים האלה יוכל להיות בבעלות אדם אחר.

רכיב שלישי, מחוברים במיצר – מיצר הוא קו הגבול בין חלקות. נשאלת השאלה מה קורה אם כל מיני דברים שנמצאים בידיוק על קו הגבול בין שתי חלקות, כגון קירות, גדרות, צמחייה, עצים וכדומה. סעיף 49 לחוק המקרקעין קובע שכל מה שמחובר בקרקע על קו הגבול בין החלקות נחשב נכס משותף של בעלי המקרקעין השכנים כל עוד לא הוכח אחרת. הסעיף ממשיך וקובע איך בידיוק השכנים רשאים להשתמש במחברים האלה ואיך הם יתחלקו בהוצאות שקשורות למחברים האלה.

רכיב רביעי, מחוברים לקרקע – סעיף 12 לחוק המקרקעין, הסעיף קובע כך " הבעלות בקרקע חלה על הבנוי והנטוע על הקרקע ועל כל דבר אחר המחובר לקרקע בחיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה. " הסעיף מתייחס לשלושה דברים: מה שבנוי על הקרקע, מה שנטוע בקרקע וכל מחובר אחר. הסעיף קובע מבחן כפול – תנאי ראשון מדובר בחיבור של קבע, תנאי שני מה שמחובר לקרקע אינו ניתן להפרדה- שני תנאים מצטברים, אם שני התנאים מתקיימים אז הבנוי, הנטוע או המחובר הול אחר הקרקע ואז הבעלים של הקרקע הוא גם הבעלים שלהם. לעומת זאת, אם לא מתקיימים שני התנאים המצטברים אז המחובר מבחינה משפטית בעצם נחשב מטלטל (מיטלטליו) נפרד מהקרקע.

דוגמא: למשפחה יש שטח אדמות מאוד גדול ששימש למטע עצי זית ששווה הרבה כסף, בשלב מסוים המשפחה מכרה את האדמות, חתמה חוזה עם הקונה ובחווה לא נאמר דבר לגבי העצים ואז התעוררה

מחלוקת כי המשפחה המוכרת רצתה לעקור את העצים ולהעביר אותם למקום אחר. התעוררה שאלה למי הבעלות בעצים האלה? הולכים לחוק לסעיף 11 שבו צריך לבדוק אם קיימים התנאים המצטברים. מכיוון שניתן לנתק את העצים מהקרקע אז הם לא נכללים במכר.

ניתוח התנאים המצטברים :

1. חיבור של קבע – התעורר בפס"ד שפלן נ' קאופר, דובר בחנות שהייתה בה גלריה פנימית, על הרצפה של החנות העמידו קורות עץ עבות, על העמודים האלה הניחו קורות ברזל ועליהם הניחו פלטות מאסיביות מעץ שמילאו את כל חצי הקומה מקיר לקיר וזו הייתה הרצפה של הגלריה. החנות כולל הגלריה הושכרה לשוכר ובשלב מסוים התעורר ויכוח בין הצדדים בנוגע לדמי השכירות, התעוררה השאלה האם הגלריה הזו מחוברת בחיבור של קבע? דעת הרוב קבעו שבמקרה הנדון הדברים היו רק מונחים אחד על השני ולא מדובר בחיבור של קבע, כי חיבור של קבע דורש קידוח לתוך הרצפה או הקיר, חדירה של יסודות לתוך האדמה או הצמדה פיזית באמצעי כלשהו שמחבר את הדברים בצורה קבועה. ברנזון בדעת מיעוט קבע שצריך לבחון כל מקרה לגופו, יש לבדוק את סוג החיבור, סוג החומרים, היציבות של המבנה, המאסיביות – המראה של המבנה, ושברנזון בחן את המקרה הנדון הוא הגיע למסקנה שכן יש חיבור של קבע.

2. שלא ניתן להפרדה – אין פס"ד ישיר לתנאי זה, אבל כל המלומדים מסכימים שצריך להתמקד באופן ההפרדה ולבחון האם ניתן לנתק את המחובר מהקרקע במהלך פשוט, מבלי לגרום נזק רב מידי לקרקע או למחובר, כאשר עלות ההפרדה איננה יקרה מידי. במילים אחרות, אם מדובר על מבצע הנדסי כבד ויקר אז נכון שניתקו את הבניין אבל מבחינה משפטית מצב כזה נחשב כ"לא ניתן להפרדה".

פס"ד מלונות צרפת ישראל בע"מ נ' מנהל מס שבח (2013) – דובר בעסקה למכירת מלון בירושלים, המלון לא היה מוכן וגמור אלא היה באמצע בנייה. כאשר בתוך השלד כבר הותקנו מערכות האינסטלציה, מערכות מיזוג האוויר, מערכות החשמל והמעליות. התעוררה שאלה בתחום המיסוי- מה שווי מס הרכישה שחל על העסקה. במקרה הנדון שלטונות המס דרשו סכום מאוד גבוה שמבוסס על שווי הנכס הכולל באותו מועד. גם השלד וגם כל המערכות. לעומת זאת, הקונה טען שמס רכישה חל רק מקרקעין, ולא על כל המיטלטלין שחוברו לו. בבית המשפט העליון השופט עמית אימץ את הדין האמריקאי ואת "מבחן הכוונה"- יש לבדוק האם מלכתחילה כוונת הצדדים הייתה לראות בכל המערכות האלה חלק מנכס המקרקעין. איך מתחקים אחר כוונת הצדדים? השופט אומר שכדי להתחקות אחר כוונת הצדדים יש להשתמש במבחני עזר למשל, השווי של המחברים ביחס לשווי השלד, הערך הכלכלי של הנכס בעקבות הוספת המחברים ודבר נוסף, האם ניתוק המחברים יפגע באופי וזהות הנכס ושיקולים נוספים שיש לבחון. על סמך כל השיקולים האלה בית המשפט הגיע למסקנה שבמקרה הנדון יש לראות את המחברים כחלק מהנכס כולו ולכן רשויות המס צודקות.

סעיף 13 לחוק המקרקעין – "כלל האחדות"

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

סעיף 13 אומר שאם עושים עסקה במקרקעין היא כוללת את כל מה ש"הולך" אחרי המקרקעין. ז"א אם אני מוכרת מגרש אז יחד עם המגרש אני מוכרת את עומק האדמה, את חלל הרום ואת כל מה שמחובר לאדמה בחיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה. במילים אחרות, נכס מקרקעין הוא נכס אחד כולל – הוא נכס מאוחד, נכס אחיד. ולכן לסעיף הזה קוראים כלל האחדות. הסעיף ממשיך ואומר כדי שלא יהיה ספק שלא ניתן לבצע עסקה בחלק מסוים מהנכס. אז אם אני בעלים של קרקע אני לא יכולה למכור רק את האדמה ולהשאיר לעצמי את העומק. לפי סעיף 13 אני גם לא יכולה למכור חלק מסוים מהמגרש, אם בטאבו המגרש רשום כחלקה אחת, אני לא יכולה למכור חצי- גם אם אני והקונה מסכימים. מה כן אפשר לעשות? כשמדובר בקרקע אפשר לנסות לבקש מהרשויות לחלק את החלקה ל2 חלקות קטנות או לכמה שרוצים ואז כל חלקה קטנה תירשם בטאבו כחלקה עצמאית ונפרדת, ואז אפשר למכור אותה בנפרד אבל הרשויות לא חייבות להסכים. פתרון נוסף הוא לא למכור אלא להשכיר או להחכיר – קבוע בסעיף 78 לחוק המקרקעין והוא קובע שבעסקת שכירות על אף סעיף 13 כן ניתן להשכיר חלק מסוים מהנכס. הוראה נוספת זה בתים משותפים, קובע שכאשר יש לו בית משותף סעיף 12,13 ו-11 לא חלים.

**** חידוש ****

דיברנו על סעיף 11 שאומר שהבעלות בקרקע חלה גם על כל עומק הקרקע עד אמצע כדור הארץ ועל כל חלל הרום מעל הקרקע. לפני שבועיים (11/2018) עברה בכנסת הצעת חוק בקריאה ראשונה – היא מדברת על חלקות תלת ממדיות. ז"א הקרקע תהייה נכס אחד, העומק יהיה נכס נפרד וחלל הרום יהיה נכס נפרד- וכל אחד מהנכסים האלה יוכל להיות בבעלות אדם אחר.

בנייה נטיעה וחיבור במקרקע הזולת

מדובר על מצב שבו אדם בונה מבנה או נוטע נטיעות או מחבר איזושהו מחובר לקרקע של אדם אחר ללא הסכמתו של בעל הקרקע. נקודת מוצא נוספת, הבנייה, הנטיעות או המחובר מחוברים לקרקע בחיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה ולכן אנחנו צריכים קודם כל לבדוק את המבחינים שדיברנו עליהם בפרק הקודם (מה נחשב חיבור של קבע, מה ניתן להפרדה) כדי להיות בטוחים שזה המצב במקרה הנתון. איך זה יכול לקרות שאדם יבנה על קרקע של אדם אחר? בדרי"כ מצב כזה קורה עקב טעות – או טעות בסימון הגבולות, או טעות שאדם חושב שהקרקע היא שלו – אבל דברים כאלה קורים לפעמים גם במודעות או בכוונה. מה קורה עכשיו כאשר מתגלה כזה עניין?

בגלל שהתופעה היא לא שולית וקרתה המון פעמים, חוק המקרקעין עצמו התייחס לכך וקבע פתרון שמסדיר מה קורה במקרה כזה - הסעיף המרכזי הוא סעיף 21 לחוק המקרקעין שאומר שכאשר קורה כזה מצב הבחירה היא של בעל הקרקע והוא יכול לבחור בין 2 אפשרויות:

1. לדרוש מהמקים לסלק את מה שעשה – אם המקים סילק נגמרה הבעיה. אבל, אם המקים לא סילק תוך זמן סביר (תלוי בנסיבות) שוב יש לבעל הקרקע אפשרות בחירה בין 2 אפשרויות:
 - א. לסלק בעצמו על חשבון המקים – הוא הורס את זה ומגיש את החשבון למקים = "סעד עצמי" – משום שבעל הקרקע משיג בסופו של דבר את התוצאה הרצויה בעצמו מבלי לפנות לערכאות.
 - ב. להשאיר את המצב כפי שהוא – לא מצוין במפורש בסעיף אבל אפשרות זו משתמעת. המלומדים השונים מציינים שאם המקים לא ציית לדרישת הסילוק אז רואים אותו כאילו הוא ויתר על המחברים ולכן בעל הקרקע יכול ליהנות מהם ולהשתמש בהם מבלי לשלם למקים - גישתו של פרופסור וייסמן.
2. לקיים את המחברים – להחליט שהוא מעוניין במחברים, אבל אז בעל הקרקע צריך לשלם עליהם למקים (הסעיף מסדיר מה יהיה התשלום).

כשאנחנו מסתכלים על הסיפור הזה אנחנו רואים שבמובן מסוים בעל קרקע מתוחכם שמעוניין במחברים יכול לנסות לעשות איזושהי מניפולציה, כי אם הוא מעוניין במחברים האפשרות הטובה בשבילו היא 1(ב).

סעיף 21 נותן לבעל הקרקע 2 אפשרויות, בראשונה הוא לא רוצה את המחבר הוא יכול לדרוש סילוק, באפשרות השנייה הוא מעוניין בקרקע. אבל מסתבר שקו הגבול בין שתי האפשרויות האלה לא תמיד ברור ואת זה מדגים לנו **פס"ד עזריאל נ' ללצוק** - באותו מקרה דובר במושב עזריאל שנטע פרדס בחלקה שלו כאשר חלק גדול מהפרדס נשתל בטעות על חשבון החלקה של השכן, אדם פרטי בשם ללצוק. ללצוק דרש סילוק, אבל המושב לא סילק – בשלב הזה ללצוק יכול היה לעקור בעצמו, אבל הרבה פעמים למרות שאפשר להפעיל סעד עצמי אנשים חוששים ובצדק. אחר כך יגידו שלא חלף הזמן הסביר או במידה ויש מקום שיש בו תחולה יגידו שהסילוק גרם נזק לרכוש – לכן הרבה אנשים נרתעים מכך ומעדיפים לפנות לבית המשפט. ללצוק פנה לבית המשפט וקיבל צו סילוק, אבל המושב לא מסלק. כך ההליך הזה לקח כמה שנים ובשלב הזה ללצוק שינה את גישתו, בינתיים העצים התחילו להניב פרי- הוא החליט להשאיר את העצים אצלו וליהנות מהם. כאשר זה נודע למושב הוא דרש תשלום. ללצוק סרב והסוגיה הזו הגיעה לבית המשפט. בית המשפט חידד את ההבדל בין 2 האפשרויות שעומדות לבעל הקרקע והסביר שאם בעל הקרקע מלכתחילה דרש סילוק אז מדובר באפשרות הראשונה, ולכן, אם המושב לא סילק אפילו אחרי פס"ד יכול עכשיו ללצוק ליהנות מבלי לשלם.

מה שקובע זו ההתנהגות הראשונה או התגובה הראשונה של בעל הקרקע – אם הוא דרש סילוק או לא.

מס' נקודות לגבי סעיף 21 :

- אם בעל הקרקע מחליט לתבוע את המקיים בבית המשפט ולדרוש סילוק מדובר בתביעה קניינית, עילה קניינית (להבדיל מתביעה נזיקית) ולכן שיקול הדעת של בית המשפט יהיה שיקול דעת צר ויש להניח שהוא ייתן את הצו המבוקש ולא יחליף אותו בפיצויים.
- לפי סעיף 21 מי שיחליט מה קורה בקרקע הוא בעל הקרקע, אבל, בישראל רוב הקרקעות הן בבעלות המדינה ומי שמשתמש בהם, מחזיק בהם הם אנשים פרטיים שהם בסך הכל חוכרים לדורות. במצב כזה, לפי סעיף 21 יוצא שהמדינה המחכירה היא זו שתחליט מה יקרה עכשיו ולא החוכר שנמצא בשטח. תוצאה זו הרבה פעמים בעייתית כי מי שנפגע ממה שקרה זה החוכר -ראוי היה להתייעץ איתו או להתחשב בדעתו.
- סעיף 21 לא נותן פתרון לסיטואציה שהמרצה קוראת לה "חריגה קטנה" (פס"ד נעמה נ' טורקיה), הרבה פעמים מה שיקרה בפועל בסכסוכים האלה זה שהמקיים בונה מבנה בחלקה שלו ורק חלק קטן מהמבנה פולש לחלקה של השכן, במצב כזה למען האמת הפתרון של סעיף 21 לא מתאים כי אם אני ידרוש סילוק רק של אותו חלק קטן זה לא בר ביצוע וגם האופציה השנייה לא רלוונטית. במצבים של חריגה קטנה בית המשפט יצטרך לחשוב על פתרון יצירתי. ראינו דוגמא לפתרון כזה בנעמה נ' טורקיה.
- ראינו שסעיף 21 נותן כוח רב לבעל הקרקע, צריך במידה כל שהיא גם להגן על המקיים כי יכול להיות שהטעות באמת נעשתה בתום לב. כדי להגן על המקיים בא סעיף 22 לחוק וקובע שאם בעל הקרקע "מורח" את הזמן בניסיון אולי להשיג יתרון מול המקיים אז המקיים יכול להוציא דרישה בכתב לבעל הקרקע ולדרוש ממנו להודיע מה הוא מחליט, אם בעל הקרקע לא השיב לדרישה, לא הודיע תוך 6 חודשים רואים אותו כאילו הוא בחר לקיים את המחוברים ואז הוא צריך לשלם למקיים.

סעיף 23 לחוק המקרקעין – סעיף מיוחד, כי הסעיף מאפשר למקיים (אשם בבעיה) לחייב את בעל הקרקע למכור למקיים את הקרקע נשוא המריבה. (אדם אחר בנה בחלקה שלי ולפי סעיף זה הוא יכול להכריח אותי למכור לו את החלקה) – ברור שסעיף זה יחול רק במקרים חריגים. הוא יחול רק אם מתקיימים 4 תנאים מצטברים :

- א. המקרקעין בהם מדובר הן מקרקעין לא מוסדרים – המקרקעין השונים במדינה רשומים כולם בטאבו. 94% מהמקרקעין עברו תהליך של "הסדר" לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין. תהליך ההסדר החל עוד בתקופת המנדט והמטרה היא שהוא יכסה את כל 100% המקרקעין במדינה. מזה תהליך ההסדר? במסגרת תהליך ההסדר בודקים את שטח החלקות, מסמנים את הגבולות ובעיקר בודקים מי הם בעלי הזכויות הקנייניות בנכס ואת כל זה רושמים בטאבו. לכן ההנחה היא שמקרקעין מוסדרים (שעברו את התהליך הזה) הרישום לגביהם נכון ומהימן, לעומת זאת, אותם 6% של מקרקעין שעדיין לא עברו את ההסדר הם רשומים בטאבו אבל כתוב שהם טרם עברו הסדר ולכן ההנחה היא שלגבי מקרקעין כאלה לא בטוח שהנתונים בטאבו מדויקים. אם במקרה שלנו מדובר במקרקעין לא מוסדרים אז אפשר להבין מה מקור הטעות.
- ב. מתייחס לתום לב – המקיים חשב במועד ההקמה בתום לב שהוא הבעלים. המקיים לא עשה שום דבר בזדון.
- ג. עלויות – קובע שהסכום שהשקיע המקיים במועד ההקמה עלה על שווי הקרקע הנקייה באותה עת. דוגמא קלאסית: שמדובר בקרקע בנגב, קרקע לא יקרה, השכן שלי בנה וילה גדולה שפולשת לחלקה שלי. כאן ברור שמה שהמקיים השקיע יותר גבוה מהסכום של הקרקע.
- ד. הנזק שנגרם לבעל הקרקע ניתן לפיצוי כספי – נזק=אובדן הקרקע. במילים אחרות, תנאי זה אומר שבעל הקרקע צריך למכור אבל יש להניח שהוא יקבל פיצוי כספי הולם ולכן בסופו של דבר לא יפגע. מתי פיצוי כספי לא יפצה על אבדן הקרקע? דוגמא קלאסית היא כשלקרקע יש ערך סנטימנטלי.

אם מתקיימים כל ארבעת התנאים אז הזכות היא של המקיים, והוא יכול להכריח את בעל הקרקע למכור לו את הקרקע לפי הסכום שקבוע בסעיף 23. לעומת זאת, אם לא מתקיימים כל התנאים המצטברים אז לא חל סעיף 23 ואז החוזרים לסעיף 21 – והבחירה היא של בעל הקרקע. אותו דבר יקרה אם כן מתקיימים 4

התנאים אבל המקים לא מעוניין לקנות (הוא לא חייב, זו זכות) במצב כזה לא יחול סעיף 23 ואנו חוזרים לסעיף 21.

מס' נקודות לגבי סעיף 23 :

- סעיף 23 לא מתאים למצב של "חריגה קטנה" – נניח השכן פולש לחלקה שלי ובונה חלק מהוילה שלו טיפה בתוך החלקה שלי. לפי סעיף 23 אם מתקיימים 4 התנאים יוצא שבעל הקרקע צריך את כל החלקה למכור ולא רק את החלק הקטן עליו נעשתה הבנייה. מסקנה זו מתחזקת לאור סעיף 13 לחוק המקרקעין שאומר שלא ניתן לבצע עסקה בחלק מסוים מהנכס. ולכן במקרים של חריגה קטנה בית המשפט יצטרך למצוא פתרון יצירתי, אולי בכל זאת פיצויים, אבל לא ניתן להורות על מכירה של חלק מהקרקע.
- סעיף 112 לחוק המקרקעין קובע שסעיף 23 לא יחול במקרקעי ציבור. מקרקעי ציבור הם מקרקעין של המדינה או של רשויות מקומיות (כמו עירייה). ההיגיון כאן ברור, לא רוצים שיקרה מצב שאדם בונה/מחבר/נוטע על קרקע של מדינה ואם מתקיימים ארבעת התנאים המדינה חייבת למכור לו. במצב כזה, מכיוון שסעיף 23 לא חל אנחנו חוזרים לסעיף 21 ואז מי שמחליט הוא בעל הקרקע (המדינה). סעיף 23 הוא בעייתי ואין בו הרבה שימוש בפועל. דוגמא למצב שבו חל סעיף 23 הוא פס"ד ביזו נ' טאובה.
- תנאי מס' 2 קבע שהמקים חשב בתום לב שהוא הבעלים. ברוב המקרים בארץ אנשים הם לא הבעלים של החלקה אלא רק חוכרים לדורות. חוכר לדורות לכאורה לא יכול לחשוב בתום לב שהוא הבעלים של החלקה עליה הוא בנה כי הוא רק חוכר. מבחינה מילולית פורמלית תנאי מס' 2 לא מתקיים כאשר המקים הוא רק חוכר, אבל מצד שני אנחנו יודעים שאנשים בקרב הציבור לא ערים להבדל בין בעלות לחכירה ולכן סובייקטיבית הם חשבו שהם הבעלים ולכן יכול להיות שאם הם חשבו כך בתום לב אז נגיד שתנאי מס' 2 מתקיים.

הגנה על החזקה

סוגי המחזיקים השונים :

1. מחזיק ישיר – מוגדר בסעיף 15 לחוק המקרקעין, ההגדרה אומרת שמי שהשליטה הישירה במקרקעין בידיו. במילים אחרות, אנחנו מדברים על מי שהוא המחזיק בפועל בנכס. הוא יכול להחזיק בנכס עבור עצמו או עבור אדם אחר. (עבור אדם אחר=בהסכמתו של אדם אחר) דוגמא: אני בעלים של דירה וגרה בדירה שלי, מבחינת דיני החזקה אני המחזיקה הישירה. דוגמא נוספת: אני בעלים של דירה ואני משכירה אותה לשוכר שגר בדירה, השוכר הוא המחזיק הישיר.
- החזקה ישירה לא דורשת בהכרח סמיכות פיזית קבועה לנכס, לדוגמא: אני בעלים של דירה נסעתי לחו"ל לחודש. למרות שאני לא נמצאת פיזית בדירה אני עדיין נחשבת מחזיקה ישירה כי היעדרות זמנית לא מפקיעה את החזקה. בהקשר הזה פרופסור וייסמן נותן הגדרה טובה למונח החזקה – "החזקה היא קירבה פיזית לנכס, במידה כזו שמבטאת שליטה בנכס ע"י מניעתו מאחרים" (מתוך פס"ד של בית המשפט העליון פלוני נ' פלוני 2018) – כך בית המשפט העליון גם מאמץ את הגישה הזו. המצב פשוט, הקלאסי זה שאדם נמצא בפועל בנכס- בעל הדירה וגר בדירה. אבל יכולים להיות מצבים קצת יותר מורכבים שאדם לא נמצא בנכס ובכל זאת נגיד שהוא המחזיק הישיר- הכל תלוי בנסיבות. (מבחן השליטה, אני לא פיזית בדירה אבל אני שולטת בה, נעלתי את הדלת וטסתי לחו"ל)
- מחזיק ישיר או שהוא נמצא בפועל או שהוא לא נמצא בפועל אבל הוא עדיין שולט. גם מבחן השליטה הוא מבחן חמקמק. לדוגמא: אני בעלים של מגרש בגליל, אני לא מבקשת שם, לא בודקת ונניח שהמגרש ריק. האם אני עדיין נחשבת מחזיקה ישירה? תלוי בנסיבות. איזה נסיבות יכולות להיות? אם אני בניתי גדר מסביב לשטח או שמתי מחסום או שלט- השליטה אצלי. לפעמים, אם מדובר במגרש ריק לגמרי שאף אחד לא מחזיק בו בפועל לא יכול להיות מצב של היעדר החזקה (שאף אחד לא מחזיק בו) ולפעמים באופן שיורי אז הבעלים יחשב גם מחזיק ישיר.
2. מחזיק עקיף – מוגדר בסעיף 15 לחוק המקרקעין. ההגדרה אומרת שמי שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידי אדם אחר המחזיק מטעמו.

לדוגמא: אני בעלים של דירה, אני משכירה את הדירה לשוכר והשוכר גר בדירה. מי המחזיק הישיר במקרה הזה? השוכר, כי הוא נמצא בפועל בדירה. אני נחשבת למחזיקה עקיפה- כי אני לא נמצאת בפועל בדירה אבל אדם אחר מחזיק מטעמי, בהסכמתי. דוגמא נוספת: אני בעלים של דירה ומישהו פלש לדירה שלי וגר בה. מה יהיה הסטטוס של הפולש? מחזיק ישיר, האם אני מחזיקה עקיפה? לא, אני לא מחזיקה עקיפה כי לא הסכמתי להחזקה שלו, הוא לא יושב שם בהסכמתי.

מחזיק ישיר הוא מי שנמצא בפועל בנכס, זה יכול להיות בעלים שמחזיק בדירה שלו או שוכר שמחזיק בדירה שהושכרה לו או פולש שמחזיק בדירה שהוא פלש אליה. מחזיק עקיף לא נמצא בפועל בנכס אלא מישהו אחר נמצא שם בהסכמתו / עבורו / למענו. מחזיק עקיף מחזיק בנכס באמצעות המחזיק הישיר.

3. **מחזיק כדין** – אין הגדרה בחוק, אבל ההגדרה די ברורה – מחזיק כדין הוא אדם שיש לו זכות להחזיק את הנכס והוא מחזיק מכוח אותה הזכות. הזכות יכולה להיות אישית או קניינית. הזכות יכולה להיות מכוח הסכם או מכוח דין. העיקר שקיימת זכות. (הוא צריך להחזיק בפועל)

4. **מחזיק שלא כדין** – מחזיק שלא כדין הוא מי שמחזיק בנכס אבל בעצם אין לו זכות להחזיק. בדיני נזיקין אנחנו קוראים לו "משיג גבול" בדיני קניין אנחנו קוראים לו "מחזיק שלא כדין" ומונח נוסף הוא "פולש".

יכול להיות מצב שאדם מקיים כמה הגדרות במקביל. אם ניקח למשל שוכר שגר בדירה, הוא גם מחזיק ישיר כי הוא זה שנמצא בפועל בדירה, והוא גם מחזיק כדין- מה מקור הזכות? הסכם השכירות.

5. **זכאי להחזקה** – מדובר על אדם שיש לו זכות חוקית להחזיק בנכס (אישית או קניינית מכוח הסכם או מכוח דין) אבל מסיבה כלשהיא הוא לא מחזיק בפועל. לדוגמא: קניתי דירה מקבלן, שילמתי הכל וב-1/1 אני אמורה לקבל את המפתח ולהיכנס לדירה (קבלת מפתח זה סממן של קבלת החזקה). מגיע התאריך והקבלן מסרב לתת לי את המפתח, מסרב לתת לי להיכנס לדירה. מבחינת דיני ההחזקה הסטטוס שלי הוא "זכאי להחזקה".

6. **בר רשות מכללא** – מדובר על אדם שהתחיל בעצם כפולש והוא החזיק בנכס שלא כדין. אבל, בעל הנכס יודע על כך ולא פועל לסלק אותו. לכן, אדם כזה נחשב כאילו הוא קיבל רשות מהבעלים להחזיק בנכס. (הוא לא קיבל באמת רשות פורמלית, אלא הרשות הזו כביכול נלמדת מהנסיבות), כתוצאה מכך אותו אדם הוא בעצם מחזיק כדין כי הוא קיבל לכאורה רשות מהבעלים. עפ"י הפסיקה, רשות מכללא ניתן להפסיק בכל עת, ז"א שברגע שהבעלים רוצה להפסיק את הסיפור הזה הוא צריך פשוט להודיע על כך לבר הרשות. אבל בפועל, המציאות היא שברי רשות במקרים רבים מסרבים להתפנות – במצב כזה, אם הבעלים דרש פינוי ובר הרשות לא התפנה מרגע זה בר הרשות נחשב לפולש. מחזיק שלא כדין. דוגמא: הרבה פעמים המצב של בר רשות מכללא קורה במקרקעין של המדינה, מי מנהל את המקרקעין של המדינה? רשות מקרקעי ישראל – פקידים שיושבים במשרד, אז גם אם נודע למדינה שמישהו פלש או נמצא במקרקעין שלה ללא זכות פורמלית אז הפקידים לא בדיוק מטפלים בזה עד שישלחו פקחים ויתריעו בפני אותו פולש עובר הזמן. דוגמא נוספת: **פס"ד אליהו נ' גרודה** – באותו מקרה דובר בקרקע של המדינה שנוהלה ע"י מנהל מקרקעי ישראל (היום זה נקרא רשות מקרקעי ישראל), המדינה השכירה אותם לשוכר מסוים, כשהסתיימה תקופת השכירות המדינה סירבה לחדש את החוזה, אם לא מחדשים את החוזה השוכר צריך להתפנות. אבל באותו מקרה השוכר סירב להתפנות. המדינה, המנהל, ידעו והיו ערים למצב הזה והמצב נשאר כך במשך תקופה מסוימת. השאלה שהתעוררה היא מה עכשיו המעמד של אותו שוכר? השופטים התלבטו ביניהם, דעת הרוב טענה שהוא מחזיק שלא כדין (אין לו יותר זכות, הזכות שלו פקעה) ואילו דעת המיעוט קבע שהשוכר לשעבר נחשב עכשיו בר רשות מכללא. ההבדל בין השופטים נבע מכך שלא היה באמת ברור עד כמה המדינה באמת הייתה ערה לכך שאותו שוכר ממשיך לתפוס את הנכס. אותו שופט מיעוט אמר שהפקידים ידעו ובגלל שהם לא היו אקטיביים בניסיון סילוקו – מדובר בבר רשות מכללא.

פס"ד מדינת ישראל נ' היפר חלף – גם כאן היה סיפור דומה, מקרקעין של מדינה, אנשים שתופסים את המקרקעים ולא מתפנים, אבל כאן השופטים העירו הערה מאוד חשובה, הם אמרו שכדאי לבטל

את המוסד של בר רשות מכללא בכל הנוגע למקרקעי ציבור. מה זה מקרקעי ציבור? מקרקעין של המדינה ורשויות מקומיות. ולמה? זאת בשל הקושי לפקח על כל נכסי המקרקעין הרבים, בשל העומס הרב המוטל על רשות מקרקעי ישראל ובשל איטיות התגובה של הרשויות.

אם אדם מחזיק בנכס כפולש (מחזיק שלא כדין) והוא יושב בנכס עשרות שנים ההחזקה הזאת בשום פנים לא מקנה לו זכות קניינית בנכס. (חריג לכך, שנלמד בהמשך – זכות קניינית מצומצמת ומוזרה שנקראת: זיקת הנאה מכוח שנים). פולש כזה, בשום פנים לא יהפוך לבעלים של הנכס.

יכול להיות שאדם מסוים יענה על כמה הגדרות של החוקה. מחזיק בנכס יכול להיות מחזיק ישיר ומחזיק כדין.

ההגנות שניתנות למחזיקים השונים:

• **סעיף 16 לחוק המקרקעין:** " בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם, זכאי לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין." **על מי מגן הסעיף?** בסעיף הזה יוכלו להשתמש בעל מקרקעין והזכאי להחזקה. (מי שיש לו זכות להחזיק אבל לא מחזיק בפועל).

כנגד מי פועל הסעיף? מחזיק שלא כדין. **מה ההגנה?** הסעיף עוסק במצב שבו אדם מחזיק שלא כדין בנכס של אדם אחר, במצב כזה יוכלו בעל הנכס או הזכאי להחזיק להתבסס על הסעיף ולדרוש מהמחזיק שלא כדין להתפנות ולהחזיר להם את ההחזקה בנכס. בדרי"כ דרישה סתם לא מספיקה ולכן בדרי"כ ידרשו הליכים משפטיים. התביעה בבית המשפט תתבסס על סעיף 16, סעיף קנייני ולכן לבית המשפט יש שיקול דעת צר לעניין הסעד. וזה אומר שרוב הסיכויים שבית המשפט יוציא צו פינוי ולא יחליף אותו בפיצויים. במקביל, ניתן להכניס גם עילה נזיקית – השגת גבול, ובדרי"כ יבקש להתבסס עליה לפיצויים – בנוסף לצו.

• **סעיף 17 לחוק המקרקעין – תביעה למניעת הפרעה:** " המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך, שימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין, ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזו".

על מי מגן הסעיף? המחזיק במקרקעין. "מחזיק באופן כללי" = מחזיק ישיר ומחזיק עקיף. מדובר על הסעיף כולל גם מחזיק כדין וגם על מחזיק שלא כדין – אם אדם מחזיק שלא כדין למה החוק מגן עליו? הרי הוא בעצמו עובר על החוק. התשובה היא שסעיף 17 אכן מגן גם על מחזיק שלא כדין אבל זה רק בצורה מצומצמת ורק כלפי פולש חדש או אדם שמפריע למחזיק שלא כדין שהוא עצמו, הגורם המפריע, אין לו זכות לכך. במילים אחרות, הרעיון הזה מבטא את "שיטת הדין היחסי" – בסכסוך פנימי פרטי בין שני פולשים החוק מעדיף את הראשון בזמן אפילו שהוא עצמו מחזיק שלא כדין. ברור שביחסים בין המחזיק שלא כדין ובין הבעלים נגיד למחזיק שלא כדין שיתפנה.

כנגד מי פועל הסעיף? כנגד מי שמפריע למחזיק ליהנות מהנכס שאין לו זכות לבצע את הפרעה הזו. **מה ההגנה?** הסעיף מאפשר למחזיק לדרוש מהמפריע להפסיק את הפרעה ולסלק כל דבר שגורם להפרעה הזאת.

סעיף 16 עסק במצב של פולש ולכן שם הסעד המבוקש היה סילוק הפולש. לעומת זאת, סעיף 17 עוסק בהפרעה והסעד המבוקש הוא להפסיק את הפרעה.

כדי להבין מתי ניתן להשתמש בסעיף 17 אנחנו צריכים להבין מה היא הפרעה.

1. האם הפרעה נמדדת סובייקטיבית או אובייקטיבית? יכול להיות שמהו מפריע סובייקטיבית למחזיק בנכס אבל אובייקטיבית לאדם הסביר זה לא אמור להפריע. אין על כך דיון מפורש בפסיקה אבל פסקי הדין מדברים הרבה פעמים על הנאה סבירה מהמקרקעין – לאפשר לו שימוש סביר. ואם ככה, הגישה הפסיקתית היא כנראה אובייקטיבית.

2. מה היחס בין הפרעה לבין השגת גבול? האם כל השגת גבול נחשבת בהכרח הפרעה אפילו אם היא לא מפריעה בפועל? כדי להבין את השאלה הזו ניגש לפס"ד קוטר נ' המועצה המקומית – באותו מקרה דובר בשכונה שהיה בה מרכז מסחרי קטן המועצה המקומית בנתה מקלט בעומק הקרקע מתחת לחנויות. המקלט לא הפריע למסחר בחנויות אבל לפי סעיף 11 לחוק המקרקעין בעלים של קרקע הוא גם בעלים של עומק הקרקע וברגע שהמועצה חפרה את המקלטים האלה מבלי לבקש רשות

מבעלי החנויות יש כאן בעצם השגת גבול או פלישה בעומק הקרקע. באותו מקרה בית המשפט העליון קבע שכל השגת גבול נחשבת אוטומטית גם הפרעה לפי סעיף 17, גם אם היא לא מפריעה בפועל. פרופסור קרצ'מר עוסק בעוולת המטרד- עוולה נזיקית מקבילה לסעיף 17. לדעתו הפרעה לפי סעיף 17 זה רק דבר שמפריע בפועל ולא סתם כל השגת גבול.

3. האם הפרעה זה עניין קטן יחסית שמפריע למחזיק בפועל ליהנות מהנכס או האם הפרעה כוללת גם מצב שבו המפריע בעצם פולש לנכס, משתלט עליו, מנשל את מי שהחזיק בו והופך להיות בעצמו מחזיק שלא כדין?

גישה אחת של השופטת פרוקצ'יה בפס"ד יוסף נ' עוקשי וגם פרופסור וייסמן בגישה זו – הגישה המרחיבה ולפיה הפרעה כוללת גם מצב כזה של השתלטות על הנכס.

גישה שניה של השופט אנגלרד בפס"ד יוסף נ' עוקשי וגם פרופסור מיגל דויטש בגישה זו- גישה מצומצמת והיא אומרת שהפרעה זה לא מצב של השתלטות מלאה.

סעיף 17 לחוק המקרקעין מאפשר למחזיק לדרוש מהמפריע להפסיק את ההפרעה. אם המפריע לא מפסיק אז המחזיק יתבע אותו בבית משפט על סמך סעיף 17. גם כאן, סעיף 17 הוא סעיף קנייני (להבדיל מסעיף נזיקי כמו עוולת המטרדים) ולכן שיקול הדעת של בית המשפט לעניין הסעד הוא מצומצם ויש להניח שבית המשפט יתן את הצו המבוקש.

• סעיף 18- שימוש בכוח :

(א) " המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע השגת גבול או למנוע את שלילת שליטתו במקרקעין, שלא כדין "

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

סעיף 18 כולו הוא סעיף חריג בשיטת המשפט שלנו. למה? כי הוא נותן אפשרות להשתמש בכוח כדי לפתור את הסכסוך. הגישה הראויה היא שסכסוך פותרים בבית משפט, בדרכי שלום בערכאות שיפוטיות. אבל המחוקק מבין שיכולות להיות סיטואציות שבהם ראוי לאפשר סעד עצמי, לפעמים אם הנפגע יטפל בעניין בעצמו במהירות ובלי להפעיל יותר מידי כוח אפשר לפתור את הבעיה בקלות ובמהירות – זה הרציונל של סעיף 18. סעיף 18 מחולק ל-2 סעיפים קטנים כאשר כל אחד מהם חל בסיטואציה שונה לגמרי, כדי להבין את ההבדל בין הסעיפים אפשר להיעזר בהסבר שנתן פרופסור אנגלרד: כאשר אדם מחזיק כדין בנכס ומישהו אחר מתקיף אותו ורוצה לכבוש את הנכס אז כל עוד נמשכת ההתקפה המחזיק כדין ינסה להתגונן מפניה ולשם כך מותר לו להפעיל כוח סביר, לעומת זאת אם המתקיף הצליח להשתלט על הנכס הוא עכשיו המחזיק בנכס (מחזיק שלא כדין) והוא נישל את המחזיק כדין מאחזקתו אז מותר למחזיק כדין שנושל כל עוד העניין טרי ולא חלפו 30 ימים להפעיל כוח סביר כדי לסלק את הכובש ולהחזיר לעצמו את ההחזקה בנכס.

סעיף א' מדבר בעצם על שלב ההתקפה במלחמה – אם מישהו מתקיף אותו אני אפעל בכוח נגדו. שלב ב' הוא אחרי שבוצע כיבוש – הכובש הוא זה שמחזיק שלא כדין, ואם מישהו פלש לי והשתלט לי שלא כדין עדיין החוק מתיר לי לנסות מהר לנסות להחזיר את מצב לטובתי.

כשאנחנו מתחילים את הדיון, אנחנו צריכים לבדוק באיזה סעיף אנחנו יכולים להשתמש- זה אף פעם לא יכול להיות שניהם.

על מי סעיף א' מגן ? על מחזיק כדין. כשהסעיף מדבר על מחזיק כדין זה יכול להיות גם מחזיק ישיר וגם מחזיק עקיף.

כנגד מי מפעילים את סעיף א'? כנגד התוקף, כנגד מי שמנסה להשיג גבול או לנשל את המחזיק מההחזקה בנכס

מה ההגנה של סעיף א'? סעד עצמי של שימוש בכוח סביר יש אנשים שמעדיפים לא להפעיל סעד עצמי ומעדיפים לפנות לבית משפט ואז העילה הקניינית המתאימה היא סעיף 17 - כי המחזיק כדין עדיין מחזיק בנכס ומישהו מאיים עליו, מפריע לו.

מה זה כוח במידה סבירה? הפסיקה דרשה שני תנאים מצטברים כדי שכוח יחשב כוח סביר :

1. לפני שמפעילים את הכוח צריך לתת אזהרה + זמן סביר למלא אחרי האזהרה.
2. הכוח צריך להיות במידה סבירה בפרופורציה למעשה שנעשה ולפי מידת נחיצות הכוח. המטרה היא לעשות את המינימום הנדרש וכמובן שכל מקרה יבחן לגופו.

שלב ב' הוא אחרי שהכיבוש הסתיים.

על מי סעיף ב' מגן ? על מחזיק כדין – ישיר, עקיף ובר רשות מכללא. למעשה המחזיק כדין הוא כבר לא מחזיק בפועל כי נישלו אותו אבל הסעיף בכל זאת קורא לו מחזיק כדין **כנגד מי מפעילים את סעיף ב'?** כנגד הכובש – מי שמחזיק שלא כדין .
מה ההגנה שנותן סעיף ב'? סעד עצמי של הפעלת כוח סביר במטרה להחזיר לעצמו את ההחזקה.
גם כאן יכול להיות שאדם יחליט לא להפעיל סעד עצמי, ויש אנשים שיעדיפו לפנות בתביעה משפטית והסעיף המתאים הוא סעיף 16 – מישהו שפלש וכבש.

בנוסף ישנה מגבלת זמן. סעיף ב' מאפשר לפעול רק כמו שהפסיקה אומרת – כל עוד הכיבוש טרי- התנאי שקובע הסעיף הוא 30 ימים ממועד סיום הכיבוש – מיום התפיסה. הרבה פעמים קורה שבעל נכס לא ידע על הכיבוש והדבר נודע לו אחרי שחלפו 30 ימים – במצב כזה הוא לא יוכל לפעול עפ"י סעיף ב'. הלשון מאוד מפורשת. רוצים לצמצם את השימוש בסעד עצמי.

פס"ד אליהו נ' גרודה – דובר בשני שכנים, כל אחד היה חוכר לדורות של מגרש מהמדינה. אליהו היה שוכר גרוטאות. המגרש של גרודה היה מגרש ריק אז אליהו התחיל לשים גרוטאות במגרש של גרודה- במשך השנים הוא ראה שגרודה לא מתנגד או לא יודע והוא הוסיף שם עוד גרוטאות עד שהמגרש של גרודה היה מלא בגרוטאות עד לב השמים – רק בשלב הזה גרודה התעורר והגיש תביעה נגד אליהו. למעשה פס"ד זה עוסק לא בסי' 18, אלא בסי' 19 (יורחב בהמשך) שמדגים את ההבדל בין שלב ההתקפה לבין שלב הכיבוש. בית המשפט קבע שכאשר אליהו הניח רק קצת גרוטאות זה היה שלב ההתקפה אבל ברגע שכל השטח התמלא כולו בגרוטאות זה היה שלב הכיבוש. בית המשפט ממשיך ואומר שלא תמיד קל להחליט האם אנחנו בשלב ההתקפה או שהיה כבר כיבוש, צריך לבדוק את כל הנסיבות, סוג הנכס- מגרש זה לא דירה, התנהגות הפולש וכוונתו וגם תגובת המחזיק המקורי.

סטודנטים מבינים פס"ד זה לא נכון, כאילו תמיד כשמניחים חפצים רק בחלק מהמגרש של השכן זה תמיד התקפה וכאשר ממלאים את כל המגרש זה כיבוש, אבל אנחנו כמשפטנים יודעים שלא קוראים רק אתה תוצאה כי הכל תלוי נסיבות. יכולות להיות סיטואציות אחרות – לדוגמא, נניח אליהו הסוחר היה מניח קצת גרוטאות אצל גרודה אבל היה מגדר את אותו חלק כך שניתן להיכנס לשם רק מהחלקה שלו, במצב כזה מדובר בכיבוש ואז סעיף ב' יתאים למצב הזה.

דוגמאות לשימוש בסעיף 18 – עסקת שכירות :

א. חוזה שכירות כאשר תקופת השכירות הסתיימה – השוכר מסרב לפנות את הנכס. השאלה היא האם מותר עכשיו למשכיר, בעל הנכס, להחליף את המנעולים. אמרנו שקודם כל צריך להחליט אם חל סעיף א' או ב'. בסיטואציה הזו הסעיף הרלוונטי הוא 18(ב) – מפעילים סעיף זה כנגד מחזיק שלא כדין, האם השוכר עכשיו הוא מחזיק שלא כדין? כן. לכאורה, אפשר להפעיל את הסעיף. אבל, מי יכול לפעול עפ"י הסעיף? מחזיק כדין. האם בסיטואציה הזו שהחוזה הסתיים והשוכר מסרב להתפנות- האם המשכיר שבמקרה הוא גם הבעלים הוא מחזיק כדין או היה מחזיק כדין שנושל? המשכיר איננו מחזיק, הוא ודאי לא מחזיק ישיר כי הוא לא תופס את הנכס בפועל, והוא גם לא מחזיק עקיף כי מחזיק עקיף זה כאשר אדם אחר נמצא בנכס בהסכמה, אבל כשחוזה השכירות פקע והשוכר מסרב להתפנות כבר אי אפשר להגיד שהשוכר יושב בנכס בהסכמת המשכיר. התשובה היא, שמכיוון שבנסיבות האלה המשכיר איננו מחזיק כדין הוא לא יכול להשתמש בסעיף, לכן לא נבחן בכלל אם עברו 30 יום או לא, המשכיר צריך לפנות לבית המשפט, סעיף 16 רלוונטי במקרה זה- סעיף לסילוק פולש. לפני מספר שנים נעשה תיקון בתקנות סדר הדין האזרחי, תקנה 215 ז ואילך ולפי התיקון הזה היום קיים הליך מזורז לפינוי שוכרים תוך חודשיים כך שבית המשפט יתן צו פינוי תוך 60 יום, הניסיון מוכיח שההליך הזה יעיל – בתי המשפט אוכפים את התיקון הזה בקפדנות. למרות מה שאמרנו שזה המצב המשפטי, אנחנו רואים הרבה פעמים בחוזי שכירות סי' שקובע ומאפשר למשכיר להחליף את המנעול, להוציא החוצה את החפצים של השוכר ובעצם להפעיל סוג של כוח – בתי המשפט קבעו שלסעיף הזה אין תוקף משפטי כי הוא נוגד את תקנת הציבור, צריך לפנות לבית המשפט כדי לפנות שוכר ודברים אלה לא מקובלים בחוק. למה עדיין כותבים את זה בחוזה? כי רוב האנשים לא מבינים/ יודעים שדבר זה אסור לפי חוק- ערך פסיכולוגי.

ב. נניח שהמשכיר(בעלים) עושה את מה שאסור לו ובכל זאת הולך ומחליף את המנעולים, בערב מגיע הביתה השוכר ורואה שהחליפו מנעול. השאלה האם השוכר יכול להפעיל גם הוא כוח, לפרוץ את המנעול ולהיכנס לדירה? סעיף 18(ב) חל, כי ברגע שהמשכיר החליף את המנעול המשמעות היא שהוא

עכשיו השולט בדירה. הוא כאילו כבש בחזרה את הדירה, הוא זה שמחזיק בדירה בפועל- נעשה כאן כיבוש. המשכיר שהשתלט מחדש על הנכס מה הסטטוס שלו? מה שהמשכיר עשה זו התנהגות פסולה, אסור היה לו לפעול כפי שפעל ולכן ה"כיבוש" של הנכס הוא כיבוש לא חוקי, זו השתלטות לא חוקית (למרות שהוא הבעלים) ולכן ככל שזה מוזר המחזיק מחזיק שלא כדין. ולכן, לכאורה ניתן לפעול כלפיו עפ"י סעיף 18(ב), אבל גם השוכר בעצמו היה מחזיק שלא כדין ולכן הוא לא יכול להשתמש בסעיף הזה, התוצאה היא שוב כמו קודם, השוכר לא יכול להחליף מנעול ומה שנשאר לו לעשות זה לפנות לבית המשפט.

כאשר מסתיים חוזה שכירות והשוכר מסרב להתפנות אז :
השוכר = מחזיק שלא כדין, המשכיר = זכאי להחזקה.

• סעיף 19 לחוק המקרקעין –

רישא – " מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק, שלא כאמור בסעיף 18(ב), חייב להחזיר למחזיק" אמרנו כבר שהרציונל הוא סדר ציבורי, לא מפעילים כוח ולא משתלטים על נכסים בכוח. במקרה של סכסוך על החזקות דרך המלך היא לפנות לבית המשפט, החרג היחיד שבו אדם יכול להפעיל כוח כדי להשתלט על נכס זה סעיף 18 (ב) אבל, מי מתיימר לפעול לפי סעיף 18(ב) חייב להקפיד על כל תנאי הסעיף. אם יתברר שהוא השתלט על נכס בכוח שלא לפי התנאים המדויקים של ס' 18(ב) הוא עשה מעשה פסול. המחזיק שנושל על ידו יפנה לבית המשפט על סמך סעיף 19 ובית המשפט יצווה מיידית להחזיר למחזיק שנושל את החזקה.

על מי הסעיף מגן ? על המחזיק שנושל. הסעיף מדבר באופן כללי על מחזיק וזה כולל כל מחזיק ואפילו מחזיק שלא כדין.

כנגד מי פועל הסעיף? כנגד מי שנישל את המחזיק המקורי והוא עשה את זה שלא במסגרת ס' 18(ב) ולא על פי תנאי הסעיף.

מה ההגנה שנותן הסעיף? צו פינוי מידי. בית המשפט יצווה על מי שהשתלט וכבש (שלא לפי סעיף 18(ב)), בית המשפט יצווה על הכובש להסתלק מהנכס ולהחזיר את החזקה למחזיק המקורי שנושל. סעיף 19 הוא סעיף קנייני, הוא איננו סעיף נזיקי ולכן לבית המשפט שיקול דעת צר לעניין הסעד ולכן ברוב המקרים יש להניח שהוא יתן את הצו המבוקש.

סעיף 19 מדגים את ההגנה על החזקה כי המחזיק שנושל זכאי להגנה אפילו אם הוא עצמו מחזיק שלא כדין. דוגמאות :

- א' מחזיק שלא כדין, ב' הוא צד שלישי שפולש לנכס ומסלק ממנו את א'. א' יכול להתבסס על סעיף 19 ולהגיש תביעה לבית המשפט נ' הפולש החדש. אנחנו כביכול מגנים על מישהו שמחזיק שלא כדין- אבל סיטואציה כזו ראינו בסעיף 17, זה נובע מדוקטרינת שנקראת "שיטת הדין היחסי" שאומרת ששניהם לא בסדר, אבל באופן יחסי מבין שניהם מעדיפים את הראשון בזמן.

- א' הוא מחזיק שלא כדין, הבעלים של הנכס רוצה להחזיר לעצמו את החזקה. הוא משתלט על הנכס ללא פניה לבית משפט ומסלק את א'. הבעלים לא קיים את התנאים של סעיף 18(ב) – עכשיו יכול א' למרות שהוא מחזיק שלא כדין לפנות לבית המשפט על סמך סעיף 19 ולבקש בית המשפט שיחזיק לו את החזקה- ובית המשפט אכן יעשה זאת. ההסבר הוא שס' 19 הוא ס' חינוכי, הוא בא ללמד את הציבור שלא נוקטים בכוח- לא משתלטים על נכסים בכוח, הדרך היחידה להשיג החזקה בנכס או להחזיר לעצמך את החזקה היא רק אם אתה פועל בדיוק לפי ס' 18(ב), בכל מקרה אחר הדרך היחידה להחזיר את החזקה היא ע"י בית משפט.

ס' 19 הולך צעד אחד קדימה, שיטת הדין היחסי ראינו אותה גם בס' 17 ו-19 והיא אומרת שבסכסוך בין 2 פולשים מעדיפים את הראשון. ס' 19 עושה דבר יותר קיצוני, יכולים להיות מצבים שס' זה נותן הגנה למחזיק שלא כדין ומגבה אותו מול הבעלים- כי הבעלים השתמש בכוח שלא כדין.

פס"ד אלדבעת נ' אלג'עברי (2017) –

דובר באדם שהיה דייר מוגן בחנות בעיר העתיקה בירושלים. אותו אדם השכיר את החנות לשוכר מסוים בשכירות רגילה, לאחר זמן השוכר הפסיק לשלם והמשכיר (הדייר המוגן) ביטל את החוזה ודרש מהשוכר להתפנות. מתברר שהדייר המוגן היה בעצמו מחזיק שלא כדין כי זכות הדיירות שלו פקעה, הסיפור מדגים לנו סכסוך בין 2 אנשים שבעצם לאף אחד אין זכות להחזיק בנכס, הדייר המוגן היה בעצמו מחזיק שלא כדין ועכשיו שהשוכר לא מתפנה גם הוא מחזיק שלא כדין. התעוררה השאלה האם הדייר המוגן רשאי לדרוש בבית משפט את פינוי השוכר הרי שהוא בעצמו החזיק שלא כדין- בית המשפט פסק שכן, ס' 17 הוא לכאורה רלוונטי אבל, בית המשפט קובע שס' 17 חל רק כשמדובר בהפרעה

נקודתית ולא כאשר המחזיק שלא כדין כבר שולט בכל הנכס. לכן ס' 17 לא מתאים במקרה הזה. לעומת זאת, במקרה הנדון חל ס' 19 ולכן אפילו שהמשכיר הוא בעצמו מחזיק שלא כדין הוא זכאי לדרוש את סילוק השוכר שמסרב להתפנות.

ס' 19 אומר שמי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק – הוא השתלט על הנכס ונישל את המחזיק המקורי, שלא כאמור **בסעיף 18(ב) חייב** להחזיר למחזיק. מי שמשתלט על נכס ולא לפי 18(ב) חייב להחזיר את ההחזקה למחזיק המקורי שנושל. **אבל** בתי המשפט קבעו שמחזיק שנושל לא יכול להתעורר פתאום אחרי שנים ולתבוע על סמך ס' 19, אלא ניתן לתבוע על סמך הסעיף כל עוד מדובר ב"פלישה טרייה". במילים אחרות, ס' 19 לא קובע מגבלת זמן אבל בתי המשפט הסבירו שהמחזיק שנושל יוכל להשתמש בסעיף כל עוד נשמרת זיקה מסוימת בינו לבין המקרקעין- בכמה זמן מדובר? הכל תלוי בנסיבות. ניתן לראות גישה זו **בפס"ד אליהו נ' גרודה** – שם דובר ב-2 שכנים שכל אחד שכר מגרש ממנהל מקרקעי ישראל. אליהו היה שוכר גרוטאות והתחיל להניח גרוטאות במגרש הסמוך ורק אחרי שנתיים וחצי גרודה פנה לבית המשפט על סמך ס' 19, באותה העת החלקה שלו הייתה מלאה כולה בגרוטאות והוא ביקש צו שיחייב את אליהו לפנות את כל הגרוטאות. מצד אחד אנחנו אומרים שהוא זכאי לכאורה כי זה המגרש שלו, אבל מצד שני, אחרי שנתיים וחצי הוא נזכר, בית המשפט בדק בזהירות את הנסיבות והתברר שבשנתיים הראשונות אליהו שם קצת גרוטאות ורק בחצי שנה האחרונה אליהו מילא את כל השטח של גרודה. לפיכך נקבע שההשתלטות/הכיבוש/הנישול של גרודה בעצם קרו רק לפני חצי שנה, לכן זה עדיין "כיבוש טרי", ולכן גרודה זכאי לקבל את הצו המבוקש. במשך השנתיים הראשונות זה היה הפרעה.

סיפא – לפי סעיף 19 רישא בית המשפט הוא "ראש קטן" הוא לא מתעמק יותר מידי בסכסוך אלא בודק בצורה כללית את שאלת ההחזקה. היינו, מי היה המחזיק המקורי שנושל ומי נישל. ואם הייתה באמת השתלטות שלא כדין אז בית המשפט מורה מיד להחזיר את ההחזקה למחזיק שנושל. אבל, יכול להיות מצב שבו המחזיק שנושל שעכשיו מחזירים לו את ההחזקה בעצם אינו זכאי להחזיק בנכס. במצב כזה צריך לעשות דיון נפרד בבית משפט (תיק משפטי נפרד לגמרי) ושם לבדוק את הסכסוך כולו, לראות מי באמת הזכאי להחזקה ואז לתת פס"ד סופי שמסכם את הסכסוך ובסופו של דבר מחזיר את ההחזקה למי שבאמת זכאי לה. במילים אחרות, כתוצאה מסעיף 19 רישא יכול להיווצר מצב של "פינג פונג" של החזקות, אחד החזיק והשני נישל אותו ואז בית המשפט מחזיר את ההחזקה לראשון שנושל ובסוף בדיון המלא מחזירים את ההחזקה לשני כי הוא בעצם הזכאי האמיתי להחזקה. ברור לנו שפינג פונג כזה לא רצוי וכדי למנוע מצבים כאלה נועד סעיף 19 סיפא.

סעיף 19 סיפא מאפשר לבית המשפט כאשר פונים אליו לגבי סכסוך החזקות, להיות "ראש גדול" וכבר עכשיו להתעמק בכל ההיבטים של הסכסוך-לקבוע מיהו הזכאי הסופי להחזקה ולדאוג לכך שהוא זה שיקבל את ההחזקה על הנכס.

השאלה הגדולה היא מתי בית המשפט ילך לפי הרישא ומתי הולכים לפי הסיפא? אין כמובן תשובה חד משמעית. זה הרבה תלוי בחוש השופטים ומה הם מרגישים, שיקול דעת של בית משפט.

פס"ד רוזנשטיין נ' סולומון – דובר בשכנים חקלאים שכל אחד חקר משק חקלאי מהנהל. 20 שנים הם חיו ביחסי שלום ואז אחרי 20 שנה התחלף החוכר באחד המשקים. החוכר החדש החליט לבדוק את הקו הגבול בין החלקות וגילה שחלק מהשטח שהשכן שלו מעבד בעצם שייך לו. הוא פלש בכוח לשטח המריבה, עקר בברוטליות את כל הגידולים החקלאיים ואף הביא אבנים ופיזר אותם בשטח כדי למנוע מהשכן לחזור לעבד את השטח הזה. (דין עצמי, הוא לא דיבר עם החוכר כלל), החוכר הנפגע פנה לבית המשפט לפי ס' 19 וביקש קודם כל מבלי לערוך דיונים שיחזירו לו את ההחזקה בשטח. הבעיה היא שהיה ברור לחלוטין שהשכן האלים צודק- השטח שייך לו. התעוררה השאלה האם בית המשפט צריך לפעול לפי הרישא (ואז עלול להיווצר פינג פונג של החזקות) או לפי הסיפא (ואז יוצא שהשכן האלים מנצח). השופטים התלבטו ודעת הרוב העדיפה את השיקול של יעילות הדיון, אין טעם בפינג פונג ועדיף לסיים את העניין בדיון ולמרבית הצער צריך להצדיק את השכן האלים – ז"א דעת הרוב החליטה ללכת לפי הסיפא. אבל, הייתה גם דעת מיעוט, השופט אילון הסביר שהאלימות כ"כ קשה שאי אפשר להשלים עם זה ולכן יש ללכת לפי הרישא, קודם כל לסלק מהשטח את השוכר האלים ואחר כך שינהל דיון נפרד- בגלל האלימות הוא לא ייהנה מהשטח.

חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) תשמ"א 1981

החוק עוסק במקרקעי ציבור. מהם מקרקעי ציבור? מקרקעין של המדינה או של רשויות מקומיות. כאשר מדובר בקרקע של המדינה או הרשויות הן יכולות להשתמש בסעיפים 19-16 לחוק המקרקעין בידיוק כמו כל

אדם פרטי שמגן על ההחזקה שלו. אבל, המחוקק רצה לתת למדינה ולרשויות כלי חזק יותר וטוב יותר שבעצם הוא סוג של סעד עצמי כי המדינה והרשויות מקבלות סמכות לפעול מבלי לפנות לבית המשפט. הסעיף המרכזי בחוק הוא ס' 4(א) – מאפשר למדינה/לרשויות תוך 6 חודשים מיום שנודע להם על תפיסה שלא כדין ולא יאוחר מ-3 שנים מיום התפיסה, להוציא בעצמן צו שמחייב את התופס להסתלק מהמקרקעין, ובלבד שנותנים לו לפחות 30 ימים לצורך הפינוי. במילים אחרות, המדינה לא צריכה בתי משפט, ברגע שיש פולש או תופס או משהו שנכנס לנכסים של המדינה מוציאים לו צו ומפנים אותו. אם אותו אדם מסרב להתפנות, לפי ס' 5 לחוק רשאים פקחים מיוחדים מטעם המדינה או הרשות לפנות אותו תוך כדי שימוש בכוח סביר. אין ספק שמדובר בכוח עצום שהמדינה מקבלת ולכן הפסיקה והמלומדים ניסו להטיל מגבלות כדי לצמצם את הכוח של המדינה:

1. **מדינת ישראל נ' בן שמחון** – בית המשפט העליון קבע שהמדינה יכולה לפעול לפי ס' 4(א) רק אם ברור לחלוטין שמדובר במחזיק שלא כדין, בכל מקרה אחר אם זה לא ברור המדינה חייבת לפנות לבית משפט כמו כולם.
2. **פרופסור ויצמן ופרופסור דויטש** – המלומדים אומרים שראוי שהמדינה והרשויות תעשה שימוש בסעיף רק כאשר המדינה היא המחזיק הישיר שנושל. לעומת זאת, אם המדינה היא בסה"כ מחזיק עקיף (קורה בכל המקרים שהמדינה מחכירה את הנכסים) אז לא ראוי שהיא תשתמש בסעיף.
3. **פסיקה + מלומדים** – מדגישים שהמדינה חייבת להקפיד על כל התנאים שבסעיף 4(א) – מבחינת זמנים. אם חלף המועד, נניח חלפו 3 שנים ברור שהיא לא יכולה להשתמש בסעיף. אבל ישנו מקרה מעניין שהגיע לבית משפט העליון, **פס"ד בראנץ' נ' עיריית בני ברק** – באותו מקרה העירייה הוציאה צו פינוי נ' פולש למרות שחלפו המועדים בס' 4(א). ומכיוון שהפולש לא ציית לצו העירייה סילקה אותו בעצמה. בית המשפט היה ער לכך שהעירייה פעלה שלא כדין אבל בכל זאת פסק לטובתה. בית המשפט הסביר " באיזון בין 2 הרעות החולות (2 דברים לא טובים) צריך להעדיף את העירייה ולא לעודד את הפולשים"

עוד סעיף חשוב בחוק הוא ס' 4(א) – הסעיף הזה חל לגבי חוזי שכירות בהם המדינה או הרשות המקומית משכירות נכס לתקופה של עד 7 שנים. בחוזים כאלה אם תקופת השכירות הסתיימה והשוכר מסרב להתפנות, לפי הסעיף הוא נחשב מחזיק שלא כדין ובלבד שנשלחה לו הודעה על סיום החוזה + דרישה לפנות את הנכס. הסעיף חשוב על רקע המציאות בפועל, ראינו שהרבה פעמים שוכרים נשארים בנכס לאחר תקופת החוזה, המדינה יודעת ומעלימה עין ולא נוקטת אמצעים אקטיביים לפנות אותם לכן אנשים כאלה יחשבו ברי רשות מכלל – אז הם כאילו מחזיקים כדין. כדי למנוע מצב כזה קובע הסעיף הנדון שהם יחשבו מחזיקים שלא כדין. הסעיף ממשיך וקובע את המועדים שעומדים למדינה או לרשות כדי לפנות אותם מהנכס.

דגשים לסיכום הפרק הגנה על החזקה:

כאשר פוגעים לאדם בהחזקה שלו הוא יכול לפעול באחת מ-2 דרכים:

1. סעד עצמי- כמובן בכפוף לתנאי החוק.
 2. פנייה לביהמ"ש.
- אם הפולש לא רק נכנס למקרקעין שהם לא שלו אלא גם בנה שם עוד נטע נטיעות או חיבר מחובר כלשהו בחיבור של קבע אז בנוסף לפרק של הגנה על החזקה יחול גם הפרק הקודם שלמדנו- בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. כדי להמחיש את שילוב הפרקים נפנה **לפס"ד בג"ץ אבו מדיגם נ' מנהל מקרקעי ישראל**- באותו מקרה דובר באדמות בנגב בבעלות המדינה. הבדואים פלשו לאדמות האלו, הקימו כפרים ונטעו גידולים חקלאיים על פני שטחים נרחבים. המדינה הוציאה להם צו פינוי לפי החוק לסילוק פולשים (חוק מקרקעי ציבור) אבל הם לא הסתלקו. בהמשך, המדינה שלחה נגדם פקחים אבל הבדואים נקטו באלימות וסילקו את הפקחים. לכן כעת המדינה באמצעות מטוסים מהאוויר ריססה את כל השדות של הבדואים בחומר הדברה שהרג וחסל את כל הגידולים. המטרה הייתה בדרך הזאת בעצם לאלץ אותם לפנות את אותם שטחים. הבדואים עתרו לבג"ץ נגד המעשה הזה והשאלה שהתעוררה היא האם המדינה פעלה כדין. ברור שמדובר כאן בסעד עצמי ולכן בג"ץ בחן את הסעיפים הרלוונטיים שמאפשרים סעד עצמי. הסעיפים הרלוונטיים הם ס' 21 וס' 18(ב) לחוק המקרקעין, וס' 5 לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע). הדעות של השופטים נחלקו. גישה אחת של השי' גובראן בדעת יחיד- לדעתו מכוח הסעיפים האלה אסור היה למדינה להפעיל כוח כפי שהיא עשתה כי הריסוס של הרעל היה מעשה מאוד מסוכן ומתברר שהרעל לא רק הרג את כל הגידולים אלא גם פגע באנשים עצמם. לכן לדעתו היה כאן כוח מעבר למידה הסבירה ולמדינה אסור היה לפעול כך. לעומת זאת דעת הרוב פסקה שאפשר לפרש את 3 הסעיפים האלה בהרחבה ולקבוע שהמעשה

שנעשה כן עומד בתנאי הסעיף. אבל, כשמסתכלים על הריסוס הזה בעיניים חוקתיות יש כאן פגיעה בכבוד האדם. הריסוס הזה מפגין זלזול באותם אנשים, השפלה. המעשה הזה לא מקיים את התנאים של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומהסיבה הזו אומרת דעת הרוב המדינה פעלה שלא כדין. במקרה הזה כל השופטים הסכימו שהמדינה פעלה שלא כדין אך ההנמקה שלהם הייתה שונה.

קיימת תפיסה מוטעית בציבור כאילו אם אדם פלש לשטח לא שלו וישב שם תקופה ארוכה בסופו של דבר "זה הפך להיות שלו" (הנכס עבר לבעלותו). זה לא נכון! לא רוכשים בעלות מכוח החזקה לאורך שנים אלא ע"י קניה או ע"י קבלת ירושה או מתנה. כמוכן שאין בעלות ללא רישום בטאבו אז אם קניתי או קיבלתי אני ישלים את העסקה ע"י רישום בטאבו. גם אם אדם נחשב היה לבר רשות מכללא, ברגע שהוא נפטר הוא לא יוכל להוריש את הזכות הזו. בר רשות מכללא ניתן בכל עת לסלק אבל כשסכסוך כזה מגיע לבתי המשפט הרבה פעמים בתי המשפט מתחשבים בכך שאותו אדם נמצא שנים בנכס וראה בו כבית ובסופו של דבר אם בר רשות מכללא נמצא כל כך הרבה שנים בנכס ניתן לפנות אותו בכל עת אבל בתי המשפט ידרשו 2 דברים: א. לתת לו שהות להתפנות- כמה זמן? תלוי בנסיבות. ב. לפעמים בר הרשות יהיה זכאי לפיצוי כספי. בית המשפט בודק כל מקרה לפי נסיבותיו.

כאשר פגעו בהחזקתו של אדם מסוים אפשרות אחת היא להפעיל סעד עצמי (ס' 18 וס' 21 לחוק המקרקעין, חוק מקרקעי ציבור). אפשרות אחרת היא לפנות לביהמ"ש- ס' 16, 17, 19 ו21 (בנייה, נטיעה וחיבור) לחוק המקרקעין. בעצם אנחנו רואים שיש מגוון סעדים ומגוון סעיפים שבאים להגן על החזקה וכמוכן צריך לבדוק מה הסעיפים המתאימים בכל מקרה ומקרה.

שיתוף בנכסים

אנחנו מדברים בפרק הזה על מצב שבו לנכס אחד יש כמה בעלים (כמה שותפים). השיתוף יכול להיווצר בדרכים רבות:

1. ירושה- אדם נפטר ומוריש את הנכס לילדים. עכשיו כל הילדים שותפים בנכס.
2. בני זוג לפי הלכת השיתוף- למשל בעל ואישה קנו יחד דירה אז הדירה היא משותפת לשניהם.
3. עסקה מרצון- לדוגמא: 2 שותפים קונים יחד מגרש. הם מרצונם נכנסו ביחד לשיתוף הזה והם עכשיו בעלים משותפים למגרש.

שיתוף בנכסים זה מצב מאוד שכוח, זה קיים המון. שיתוף בנכסים יוצר המון בעיות וזו אחת הסיבות שקבוצות רכישה הרבה פעמים מתפרקות.

ס' 45 לחוק המקרקעין קובע שהכללים שחלים על בעלות משותפת יחולו בשינויים המחויבים גם על זכויות קנייניות אחרות במקרקעין. הדוגמא הקלאסית היא חכירה לדורות. נניח 2 בני זוג שחיים בדירה על קרקע של המדינה הם חוכרים לדורות משותפים.

העיקרון הבסיסי בשיתוף בנכסים הוא שלכל שותף יש חלק בלתי מסוים בנכס. במילים אחרות, זה חלק מתמטי, רעיוני, ערטילאי, כמו שאמרה הפסיקה "אין לומר זה שלי וזה שלך". ניקח לדוגמא מגרש בבעלות של 2 שותפים בחלקים שווים. אנשים חושבים בטעות שחצי מגרש שייך לשותף א' וחצי מגרש שייך לשותף ב' וזה ממש לא נכון. המצב המשפטי הוא שכל גרגיר וגרגיר בנכס שייך במשותף ל2 השותפים. הנכס כולו שייך לשניהם יחד ולא ניתן להפריד זאת. עקרון זה נקבע במפורש בחוק המקרקעין בס' 27.

עקרון שני- ס' 28 לחוק המקרקעין קובע חזקה שהחלקים של השותפים שווים אלא אם נקבע אחרת. לדוגמא: אבא מוריש דירה ל3 ילדים אז השלושה יורשים בחלקים שווים. לכל אחד יש שליש מתמטי בדירה אבל האבא יכול היה לכתוב צוואה ולקבוע שלבן הבכור יש 50% בדירה ולכל אחד מהצעירים 25%. בכל אופן, אם לא נקבע שום דבר לעניין החלקים חזקה שהחלקים שווים. ואגב, החלק המתמטי של כל שותף מצוין בנסח הטאבו. כשהאבא היה בחיים היה כתוב "בעלים: יוסי כהן" עכשיו כשהוא נפטר יהיה כתוב "הבעלים: שלמה כהן- 50%, רבקה כהן- 25%, דליה כהן- 25%".

הסדר השיתוף:

היחסים בין השותפים כפופים ל3 רמות משפטיות:

1. הרמה הבסיסית היא סעיפים דיספוזיטיביים בחוק המקרקעין. הסעיפים האלה חלים אוטומטית כל עוד

- השותפים לא קבעו אחרת. אלה הם ס' 31-36 בחוק המקרקעין.
 2. הרמה השנייה הגבוהה יותר אלה הן החלטות השותפים- ס' 30 בחוק המקרקעין.
 3. הרמה הגבוהה ביותר היא הסכם שיתוף- ס' 29 לחוק המקרקעין.

מדובר למעשה בהיררכיה. הסעיפים הדיספוזיטיביים חלים כל עוד לא נקבע אחרת בהחלטות של השותפים או בהסכם שיתוף. בנוסף החלטות של השותפים לא יכולות לסתור הסכם שיתוף.

סעיפים דיספוזיטיביים:

ס' 31 לחוק המקרקעין- עוסק בסוגיה של השימוש בנכס המשותף. למה הכוונה? אחד הנושאים שמתעוררים בו הכי הרבה בוויכוחים בין השותפים זה לגבי השימוש בנכס המשותף. מה קורה כששותף אחד רוצה להשתמש והאחרים מתנגדים? יש על זה אינסוף ויכוחים ופסקי דין. ס' 31 קובע שכל שותף רשאי בלי הסכמת שאר השותפים להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה מהשותפים האחרים.

למעשה בס' 31 יש 2 תנאים מצטברים:

1. שימוש סביר.

2. השותף שמשמש חייב לאפשר גם לאחרים להשתמש במקביל.

פס"ד וילנר נ' גולני- דובר כאן בדירת מגורים שירשו 2 אחיות חורגות. בת אחת מהנישואים הראשונים ירשה 3/8 מהדירה והבת השנייה מהנישואים השניים ירשה 5/8 מהדירה. הבת השנייה שיש לה 5/8 רוצה לגור בדירה אבל הבת הראשונה שיש לה 3/8 מתנגדת. היא עצמה יש לה דירה משלה, היא לא מעוניינת לגור בדירה הזאת ובכל זאת מסרבת לאפשר לבת השנייה לגור בדירה. הסכסוך הזה הגיע עד ביהמ"ש העליון והשאלה הייתה האם לפי ס' 31 הבת עם ה-5/8 ראשית לגור בדירה? לבת מותר לגור בדירה אם מתקיימים 2 התנאים שבסעיף- אם השימוש הוא סביר ואם היא תאפשר גם לבת השנייה לגור בדירה. בס' 31 זה לא משנה למי יש את הרוב ולמי יש את המיעוט. הסי' אומר שכל שותף, אפילו אם יהיה לו חלקיק קטן, רשאי להשתמש בנכס ובלבד שיתקיימו התנאים. לגבי התנאי הראשון- השופטים השונים פירשו אותו אחרת. מצד אחד השי' בן פורת אמרה שכדי לקבוע אם השימוש סביר יש לבחון את הנסיבות והן- סוג הנכס, אופי המקום, אופי השימוש וכיוצא באלה. למשל- לפתוח עסק בדירת מגורים זה לא סביר אבל לגור בדירת מגורים זה סביר ולכן מתקיים התנאי הנדון. גישה אחרת היא גישתה של השי' נתניהו והיא אמרה שיש להתמקד ביחסים בין השותפים ולבדוק האם שימוש משותף של כולם בו זמנית אכן סביר בנסיבות. מכיוון שבמקרה הנדון האחיות בסכסוך לא סביר שהם יגורו יחד ולכן לגישתה התנאי הזה לא התקיים. המבחן של נתניהו הוא מבחן בעייתי כי הוא מבחן תיאורטי. למשל במקרה הנדון האחיות המתנגדות בכלל לא רוצה לגור בדירה, יש לה כבר בית. השופט השלישי לא התייחס לשאלה מזה שימוש סביר ולכן אין הכרעה וצריך לנתח לפי 2 הגישות.

נעבור לתנאי השני בסעיף- גם את התנאי הזה כל שופטת מפרשת אחרת. השי' בן פורת אומרת שדי בכך שהשותף שרוצה להשתמש אינו מונע מהאחרים להשתמש יחד איתו אם יהיו מעוניינים בכך ואכן האחיות שלה 5/8 מסכימה שגם השנייה תגור. לפי נתניהו אסור לשותף המשתמש למנוע מהאחרים להשתמש במקביל ויש גם לבדוק אם השימוש המשותף אכן ניתן ליישום בפועל. בגלל שהאחיות עוינות לא ניתן לגור ביחד ולכן התנאי הזה לא מתקיים. השי' השלישי בכלל ניתח את כל פסק הדין בדרך אחרת אז המסקנה היא שלגבי 2 תנאי הסי' יש 2 גישות בביהמ"ש העליון ולכן כל מקרה שיתעורר צריך לנתח לפי 2 הגישות. מה שהוחלט בסופו של דבר זה שהבת כן תישאר לגור מסיבות של הליך פרוצדורלי (קיפחו אותה ולכן השי' נתניהו הסכימה שהיא תישאר לגור).

בפסק הדין וילנר נ' גולני מי שרצה להשתמש בנכס המשותף היה אחד השותפים בעצמו אבל מקרה אחר הוא מתן זכות שימוש בנכס לצד שלישי.

פס"ד ביאלר נ' ביאלר- דובר כאן בזוג הורים שהיה להם בן בגיר. הבן מובטל, אין לו הכנסות, אין לו איפה לגור והוא רוצה לחזור ולגור עם ההורים. האמא הסכימה אבל האבא התנגד כי הוא מסוכסך עם הבן. השאלה היא האם מותר לאמא לתת לבן לגור בנכס המשותף ללא הסכמת השותף האחר? ביהמ"ש קבע חד משמעית שלא. אם רוצים לתת לצד שלישי להשתמש זה דורש הסכמת כל השותפים. ביהמ"ש נתן 2 נימוקים:

1. ביהמ"ש פירש את ס' 31 כסי' שמאפשר שימוש רק לשותפים עצמם.

2. במקרה הנדון, בגלל הסכסוך בין האבא והבן המגורים של הבן בדירה ימנעו מהאבא לגור במקביל.

האם מותר לשותף אחד להשכיר את הנכס לצד שלישי כאשר השותף האחר מתנגד?

פס"ד אשורי נ' לוי - פסיקה של ביהמ"ש המחוזי. ביהמ"ש קבע שלא ניתן להשכיר אלא בהסכמת כל השותפים מהסיבות הבאות:

1. ביהמ"ש אימץ את הנימוקים מפס"ד ביאלר נ' ביאלר.
2. ביהמ"ש מסביר ששכירות מעניקה לשוכר החזקה בלעדית בנכס. אבל, כשמדובר בשיתוף אין לאף שותף החזקה בלעדית בנכס. אדם לא יכול להקנות לאדם אחר זכות שאין לו עצמו ולכן שותף לבדו אין לו בכלל כוח משפטי לבצע השכרה כזו.

ס' 31(א)(2) - הגנה על הנכס המשותף והחזקה בו. ס' 31(א)(2) קובע - "כל שותף רשאי ללא הסכמת שאר השותפים לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם".

ס' 31(א)(3) ממשיך וקובע - "כל שותף רשאי ללא הסכמת שאר השותפים לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם".

ס' 32 לחוק המקרקעין - הסעיף הזה קובע שהשותפים מתחלקים בהוצאות של הנכס לפי החלקים המתמטיים שלהם בשיתוף. אם לאחד יש $2/3$ ולשני יש $1/3$ הם לא מתחלקים באופן שווה בהוצאות.

ס' 33 לחוק המקרקעין - תשלום בעד שימוש. הס' קובע - "שותף שהשתמש במקרקעין המשותפים חייב לשלם לשאר השותפים שכר ראוי בעד השימוש, לפי החלקים המתמטיים שלהם בשיתוף".

פס"ד זידאני נ' אבו אחמד - דובר בשותף שהשתלט על הנכס המשותף, נישל את שאר השותפים מהחזקה בנכס ועכשיו משתמש בנכס לבדו. אחת השאלות שהתעוררה שם הייתה האם השותף צריך לשלם לשאר השותפים עבור התקופה שבה השתמש בנכס. התשובה הייתה כמובן כן לפי ס' 33. ביהמ"ש הסביר שס' 33 מגלם רעיון של עשיית עושר ולא במשפט כי כאשר שותף משתמש בנכס המשותף ואפילו אם הוא היה משתמש רק בחלק מהנכס המשותף הוא בעצם משתמש בכל גרגיר וגרגיר ששייך גם לאחרים ולכן חייב לשלם להם עבור השימוש הזה.

ס' 35 - הזכות לפירות הנכס. פירות זה הכנסות שנובעות ישירות מהנכס. למשל - השותפים משכירים את הנכס, דמי השכירות הם הפירות.

ס' 35 קובע שפירות הנכס מתחלקים בין השותפים לפי החלק המתמטי שלהם במקרקעין. לכן מי שיש לו חלק יותר גדול בנכס, אמנם יש לו יותר הוצאות אבל גם יש לו יותר הכנסות. כאשר מדובר בפירות שהנכס עצמו מניב חל ס' 35 והשותפים כולם מתחלקים בכסף הזה. לעומת זאת, מצב אחר הוא כאשר שותף אחד לבדו משתמש בנכס, למשל מקים שם עסק ולעסק יש רווחים. במצב כזה, הרווחים מהעסק שייכים רק לשותף בעל העסק ואילו השותף האחר זכאי בסך הכל לקבל תשלום עבור השימוש בנכס לפי ס' 33.

פס"ד יוצר נ' יוצר - דובר בבני זוג שהיה להם משק חקלאי במושב. בשלב כלשהו הם התגרשו, הבעל עזב את הבית והמשק ועבר לגור בעיר אבל הבעל היה מגיע יומיום למשק לעבוד. לעומת זאת, האישה הפסיקה לעבוד במשק. למשק היו רווחים גדולים ועכשיו התעורר ויכוח בין בני הזוג איך מחלקים את הכסף. האישה דורשת מחצית מהרווחים (מהפירות) לפי ס' 35. לעומת זאת הבעל טוען שהמשק הוא עסק פרטי שלו, כל הרווחים שלו והוא מוכן לשלם לאישה בסך הכל את החלק שלה בגין השימוש בנכס. ביהמ"ש העליון אמר שכעקרון שותף זכאי לתשלום או לפי ס' 35 או לפי ס' 33 אבל בשום פנים לא לפי שניהם ביחד. לכן, זה מאוד קריטי לקבוע איזה ס' בדיוק חל. ביהמ"ש בחן את כל הנסיבות והגיע למסקנה שהס' המתאים כאן הוא ס' 35 אבל פירות לצורך ס' 35 זה לא ההכנסה ברוטו אלא פירות זה הרווחים נטו אחרי כל ההוצאות ובמסגרת כל ההוצאות האלה מגיע לבעל שכר עבודה על כך שניהל את המשק ועבד בו. לכן, התוצאה הסופית היא שלוקחים את כל ההכנסות מהמשק (הפירות), מפחיתים מזה את ההוצאות כולל שכר עבודה וממש שנשאר נטו האישה תקבל 50%. לעומת זאת, הבעל מקבל גם הוא 50% מהרווחים נטו אבל בנוסף הוא קיבל סכום מאוד מאוד יפה עבור העבודה שלו.

ס' 34 : עסקה (דיספוזיציה) בחלק המתמטי של השותף. "כל שותף רשאי להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים".

בשבוע שעבר למדנו שלכל שותף יש חלק מתמטי וזה לא חלק מסוים בחלק הנכס עצמו.

ס' 34 מאפשר לכל שותף לעשות עסקאות בחלק המתמטי שלו (לא בנכס) זה קניין פרטי שלו מבלי לקבל הסכמה של יתר השותפים.

דוגמא לעסקה: שותף מוכר את החלק המתמטי שלו בשיתוף, מה המשמעות? השותף מוכר בעתם יותר מהנכס ומי שקנה את החלק שלו נכנס כשותף במקומו.

הערה לגבי ירושה:

לפי סעיף 6 לחוק המקרקעין ירושה לא נחשבת עסקה במקרקעין והדין שחל עליה זה חוק הירושה. אם שותף נפטר אז לפי חוק הירושה החלק המתמטי שלו עובר ליורשים והם נכנסים כשותפים במקומו. סעיף 34 נחשב סעיף דיספוזיטיבי למחצה כי ניתן להתנות עליו אבל במגבלות ס' 34 קובע שניתן להגביל שותף מלעשות עסקאות בחלקו המתמטי אבל הדרך לעשות זאת היא אך ורק בהסכם שיתוף, ומגבלה כזו תקפה למקסימום 5 שנים, אחרי 5 שנים אם השותפים רוצים הם יכולים לחתום על הסכם שיתוף חדש ולהכניס שוב מגבלה כזו ל-5 שנים נוספות וכך הלאה כמה שרוצים. אם לא חידשו את המגבלה אז כל שותף יכול לעשות עסקאות בחלקו המתמטי.

הרציונל בס' 34 = לפעמים בשיתוף לשותפים חשוב מאוד לדעת מי הם השותפים האחרים והם לא מוכנים לקבל כל אחד כשותף. לדוגמא 2 משקיעים קונים יחד נכס להשקעה, הם מכירים אחד את השני, סומכים אחד על השני ורק בגלל זה נכנסו יחד להשקעה. אף אחד מהם לא מעוניין שהשותף השני יתחלף ויכניס מישהו אחר במקומו ולכן הם ינסחו הסכם שיתוף ויקבעו שם שבמשך 5 שנים אף אחד לא רשאי למכור את חלקו. אחרי 5 שנים תלוי מה הנסיבות, אם הם רוצים לחדש את המגבלה כי הם רוצים להמשיך להיות יחד יחתמו על הסכם שיתוף חדש, אבל, יכול גם להיות שאחרי 5 שנים כבר אין צורך במגבלה הזו אז הם לא מחדשים הסכם שיתוף ואז כל אחד רשאי למכור את חלקו. למעשה סעיף 34 נותן איזון יפה, מצד אחד לכל שותף יש את הקניין הפרטי שלו ומצד שני במגבלות מסוימות ניתן להגביל שותף מלעשות עסקאות בחלקו המתמטי שלו, בקניין הפרטי שלו.

מה קורה אם השותפים עשו הסכם שיתוף, קבעו שאף שותף לא יכול למכור את החלק המתמטי שלו ולא קבעו זמן להסכם – במילים אחרות אין מגבלת זמן, זה לנצח, אחרי 5 שנים אין תוקף למגבלה הזו והשותפים יכולים לעשות עסקאות כרצונם.

החלטות השותפים:

ס' רלוונטי הוא ס' 30 לחוק המקרקעין, ס' 30 מאפשר לבעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים לקבל החלטות שונות בנוגע לנכס המשותף (במילים אחרות, הרוב קובע) - ברגע שמתקבלת החלטת רוב היא מחייבת את כולם, כולל המיעוט שמתנגד. ס' 30 מדבר על החלטה של רוב החלקים המתמטיים ולא רוב של שותפים. לדוגמא: ניקח מקרה שיש לנו 4 שותפים בחלקים לא שווים, 70%, 10%, 10%, 10% - נניח שותף אי מעוניין להעביר החלטה מסוימת האם מתקיים כאן הרוב הדרוש? כן, כי מסתכלים על החלקים המתמטיים. כתוצאה מכך, בגלל שאנחנו מתעסקים ברוב מתמטי ולא ברוב של שותפים יכול להיות מצב שבו שותף אחד לבדו מקבל החלטה והיא מחייבת את כולם. ולכן, ברור לנו שצריך להגביל את כוחו של הרוב.

• המגבלות על כוחו של הרוב: (תנאים מצטברים)

1. סעיף 30 לחוק – הרוב יכול לקבל רק החלטות שנוגעות לשימוש וניהול רגילים של הנכס. לכן, אם מדובר בשימוש וניהול חריגים הרוב לא יכול לקבל החלטה כזו ואז צריך הסכמה של כולם, פה אחד כל השותפים. נשאלת השאלה – מה זה שימוש וניהול רגילים? הנושא הזה נדון בפס"ד זולבו נ' זיידה – שם נאמר שהכוונה לפעולות שלפי מהות הנכס, טבעו וייעודו הן טבעיות לגביו. בית המשפט ממשיך ואומר שהיקף הפעולות ייקבע לפי מיקומו של הנכס, השימוש שנעשה בו בעבר והיחסים בין השותפים. במילים אחרות, בודקים את כלל הנסיבות כדי להחליט אם במקרה הנדון מדובר בשימוש וניהול רגילים. נבדוק כמה דוגמאות כדי לראות אם מדובר בשימוש וניהול רגילים:

א. האם השכרה של הנכס המשותף נחשבת שימוש רגיל? אם כן אז אפשר לעשות את זה בהחלטת רוב, אם לא, אז חייבים הסכמה של כולם, ואם אין אי אפשר לעשות.

השאלה הזו התעוררה בפס"ד זולבו נ' זיידה – באותו מקרה דובר ב-2 אחים שהיו בעלים משותפים במבנה גדול ששימש כנגריה. אחרי שנים השותף בעל המיעוט נפטר והנגרייה הפסיקה את הפעילות. אחרי מס' שנים השותף האחר בעל הרוב החליט להשכיר את המבנה בתור מחסן לצד ג'. היורשים של בעל המיעוט שנכנסו בנעליו מתנגדים. התעוררה השאלה האם בעל רוב החלקים המתמטיים יכול לבדו להחליט על ההשכרה כשהמיעוט מתנגד? כדי לענות על השאלה הזו צריך להחליט האם במקרה הנדון ההשכרה המבוקשת נחשבת שימוש רגיל בנכס? לשם כך לפי המבחן שאמרנו יש לבדוק את כל נסיבות המקרה: בית המשפט בדק את כל

הנסיבות וציין במיוחד את העובדה שבשנים האחרונות הנגרייה כבר לא פעילה והמבנה עומד ללא שימוש. בגלל העובדה הזו בית המשפט קבע שכן מותר עכשיו להשכיר את המבנה כמחסן. לעומת זאת, אילו היה מדובר בנגרייה פעילה ועובדת אז ההשכרה של המבנה כמחסן הייתה נחשבת בלתי רגילה.

ב. **האם עסקת מכירה של הנכס נחשבת שימוש רגיל?** לדוגמא: בעלי הרוב רוצים למכור את הנכס, בעלי המיעוט מתנגדים- האם הרוב יכול לעשות זאת על דעתו? לא. מכירה היא וודאי עסקה חריגה! מכירה בעצם מסיימת את השיתוף. מכירה היא בהסכמת כולם.

ג. **האם מתן החזקה ייחודית בנכס לאחד השותפים נחשבת שימוש רגיל?** לדוגמא: מס' שותפים בעלי דירת מגורים, שותף אחד רוצה לגור בדירה. במילים אחרות, שותף אחד מבקש החזקה ייחודית בדירה. בפס"ד וילנר נ' גולני בית המשפט קבע שזה נחשב שימוש רגיל, זה מאוד מקובל ונהוג בהרבה מקומות-הרעיון הוא שבנכסים תמיד יהיה שימוש.

אם מתעוררת שאלה כזו שאחד השותפים מעוניין בהחזקה ייחודית או במילים נרדפות, הוא מעוניין להשתמש בנכס בעצמו ולבדו אנחנו נבדוק גם את ס' 31 וגם אם מתעוררת החלטת רוב גם את הנושא של החלטות רוב. (לא תמיד זה מתעורר).

** אם שותף קיבל החזקה ייחודית בנכס מכוח החלטת רוב תקפה שתעמוד בכל המגבלות שנלמד עדיין זה לא אומר שמותר לו לעשות כל דבר בנכס, מותר לו לעשות רק מה שנחשב שימוש רגיל** לדוגמא: מס' אנשים שותפים במגרש, התקבלה החלטת רוב תקפה ששותף אחד יקבל החזקה בלעדית במגרש, נניח שמדובר באדמה חקלאית, אז מה יכול אותו שותף לעשות? עבודה חקלאית, האם מותר לו לבנות שם בית? לא! כי בנייה נחשבת תמיד פעולה חריגה, היא נחשבת בלתי הפיכה והיא גם מערבת שימוש באחוזי בנייה ששייכים לכל השותפים. – **פס"ד בוקובה נ' הממונה על המרשם, ופס"ד המועצה המקומית נ' בני אליעזר בע"מ =** בנייה מחייבת הסכמה של כולם.

כאשר שותף אחד מקבל החזקה ייחודית בנכס המשותף הוא נחשב מחזיק ישיר בנכס, ושאר השותפים ייחשבו מחזיקים עקיפים.

ד. **האם חלוקת החזקות בנכס נחשב שימוש רגיל?** – **בפרשת בוקובה נ' הממונה על המרשם** נקבע שניתן לחלק את החזקה במגרש כך שלכל שותף תהייה החזקה בלעדית בחלק מסוים מהמגרש. בית המשפט אומר שדבר כזה נחשב שימוש רגיל בנכס, ולכן אפשר להחליט על כך בהחלטת רוב. לדוגמא: דירה שירשו כמה שותפים, אפשר להחליט ברוב שמחלקים את החזקות בדירה, לכל שותף חדר – הבעלות לא השתנתה, הם חילקו ביניהם את החזקה בנכס.

כאשר שותף מחזיק בלעדית בחלק מסוים הוא נחשב מחזיק ישיר באותו חלק והאחרים נחשבים מחזיקים עקיפים, במקביל הם מחזיקים ישירים בחלקים שלהם.

כאשר שותף קיבל החזקה בלעדית בחלק שלו מותר לו רק לעשות שימוש רגיל באותו חלק ולא שימוש חריג. איך נחליט מה רגיל או חריג? לפי הנסיבות.

2. **סעיף 30ב לחוק** – עוסק בקיפוח המיעוט. משמע, אסור שהחלטת הרוב תקפח את המיעוט. אם היא מקפחת היא חסרת תוקף, לא מתקיים תנאי מס' 2. מה זה קיפוח? לא כל החלטה שהמיעוט מתנגד לה זה קיפוח אלא קיפוח הכוונה היא לפגיעה מאוד קשה בלתי הגונה ובלתי צודקת וכמובן הדבר ייקבע עפ"י הנסיבות. לדוגמא: 2 שותפים במגרש, לאחד יש 30% ולשני 70% - השותף בעל 70% מחליט על חלוקת החזקות (שימוש סביר לכאורה) אבל השותף קובע על חלוקת החזקות במגרש בצורה כזו שהוא יקבל להחזקתו 80% משטח המגרש, ובעל המיעוט יקבל 20%. ברור שיש כאן קיפוח של המיעוט, זה לא סתם החלטה שהמיעוט מתנגד- החלטה כזו אין לה תוקף.

3. מבוסס על עיקרון תום הלב + ס' 14 לחוק המקרקעין (אסור לאדם לנצל לרעה את הזכות הקניינית שלו) – בתי המשפט קבעו שלא רק התוכן של ההחלטה חשוב אלא גם הדרך שבה התקבלה ההחלטה. הרוב לא יכול "להנחית" החלטה על המיעוט אלא צריך להתייעץ עם המיעוט, לשתף אותו, להסביר לו, לתת לו את כל המידע הרלוונטי ולתת לו שהות/זמן לפנות לבית משפט במידת הצורך. אם כל זה לא נעשה אז ההחלטה חסרת תוקף. (לדוגמא פס"ד זולבנו נ' זיידה + פס"ד וילנר נ' גולני).

4. המבנה ההיררכי של ההסדרים בחוק-נובע מההיררכיה של ההסדרים שבחוק: החלטת רוב לא יכולה לסתור הסכם שיתוף. ההסכם הוא בראש הפירמידה.

1. **דרישת הכתב – ס' 8 לחוק המקרקעין** – סעיף זה לא חל על החלטות שותפים. אין התחייבות לעסקה במקרקעין, ולכן החלטות שותפים יכולות להיות גם בע"פ (לא מומלץ)

2. **רישום בטאבו** – האם החלטות שותפים רושמים בטאבו? לא. אי אפשר לרשום אותם בטאבו, לכן החלטות של השותפים מחייבות רק ברמה האובליגטורית (ברמה האישית) ולא ברמה הקניינית, במילים אחרות, החלטות של השותפים מחייבות באופן אישי רק את מי שהיו שותפים באותה עת. ולכן, שותף חדש שייכנס לשיתוף מאוחר יותר לא כפוף להחלטה שהתקבלה עוד קודם. אבל – אם השותף החדש ידע על החלטה שהתקבלה עוד קודם יכול להיות שהוא כן יהיה כפוף לאותה החלטה מכוח הידיעה שלו – זו גישתו של פרופסור מיגל דויטש אבל אין על כך הלכה מחייבת.

• **הסכמי שיתוף – סעיף רלוונטי, סעיף 29 לחוק המקרקעין.**

הסכם שיתוף הוא הסכם שכל השותפים עושים ביחד. אפשר לעשות הסכם שיתוף מראש עם הקמת השיתוף, למשל, שותפים שנכנסים יחד לעסקה, קבוצת רכישה. אבל אפשר גם בשלב מאוחר יותר, אין חובה לעשות הסכם שיתוף! הדבר תלוי ברצון של השותפים ובצרכים שלהם. הסכם השיתוף יכול להתייחס למגוון עצום של נושאים הקשורים לנכס המשותף כגון: השימוש בנכס, הזכויות והחובות של השותפים, הוצאות ותשלומים וכל דבר שקשור לנכס המשותף. מכיוון שמדובר בהסכם, ובמילה אחרת- חוזה, חלים עליו גם דיני החוזים.

לגבי דרישת הכתב : האם הסכם שיתוף חייב להיות בכתב או שאפשר בע"פ?

אין כאן תשובה חד משמעית ואפילו המלומדים חלוקים בדעותיהם, גישה אחת של פרופסור רייכמן אומרת שמכיוון שהסכם שיתוף ניתן לרישום בטאבו יש לו תוקף קנייני ולכן חל עליו ס' 8 לחוק המקרקעין ולכן הוא כן חייב להיות בכתב.

גישה אחרת, גישתה של פרופסור זלצמן – היא אומרת חד משמעית שלא חייב בכתב כי המטרה שלו היא להסדיר את היחסים בין השותפים ולא להקנות זכויות קנייניות.

גישת ביניים היא גישתו של פרופסור וייסמן שאומר שזה תלוי בתוכן ההסכם, אין תשובה חד משמעית – הכוונה היא שאם החוזה מקנה זכות קניינית כלשהי אז חייב כתב, ואילו, אם ההסכם עוסק בדברים אחרים, למשל חלוקת הוצאות התוכן הוא לא קנייני, התוכן הוא תוכן של הסדרים כספיים אז אין חובת כתב.

בית המשפט העליון לא נזקק לשאלה הזו, ההמלצה היא לערוך את ההסכם בכתב, הוא לא חייב להיות מוגבל בזמן. ודאי שאם רוצים לרשום את הסכם השיתוף בטאבו- חייב מסמך בכתב.

רישום בטאבו

ס' 29 עצמו קובע במפורש שהסכם שיתוף ניתן לרישום בטאבו. ברגע שההסכם נרשם הוא מקבל תוקף קנייני ולכן הוא מחייב לא רק את השותפים באותה עת אלא גם שותף חדש שיצרף לשיתוף מאוחר יותר.

עד מתי הסכם שימוש הוא בתוקף? לפי דיני חוזים, אם הסכם שיתוף לא הוגבל בזמן אז הוא בתוקף לנצח כל עוד השיתוף ממשיך להתקיים, אלא אם השותפים כולם ביטלו אותו.

הרבה מקרים שותפים עושים הסכם שיתוף אפילו בכתב, אבל לא רושמים אותו בטאבו. מסתבר שזה מצב נפוץ, נשאלת השאלה מה קורה כאשר יצטרף שותף חדש? לכאורה, אם הסכם שיתוף לא נרשם יש לו תוקף אישי בלבד והוא לא אמור לחייב שותפים חדשים שיצטרפו לשיתוף מאוחר יותר (לכאורה). הסכם שיתוף שלא נרשם לכאורה מחייב רק את השותפים באותה עת ולכן החשיבות של הרישום. פס"ד משנת 2017 קבע שלא תמיד זהו המצב, אלא יכול להיות ששותף חדש שהצטרף לשיתוף מאוחר יותר כן יהיה כפוף להסדר שיתוף שנעשה עוד קודם ולא נרשם, הכל תלוי בנסיבות.

פס"ד דהאן נ' שמחון – (מזכיר את גישתו של פרופסור דויטש), היו 4 שותפים במגרש. הם עשו הסכם שיתוף בכתב וקבעו חלוקת החזקות כך שכל שותף קיבל חלק מסוים מהנכס להחזקתו הבלעדית. בנוסף, נקבע בהסכם שכל שותף רשאי לבנות בית פרטי על החלק שלו. ההסכם לא נרשם בטאבו. בינתיים היו הפקעות בחלקה והן יצרו בלבול כי הם הפקיעו חלקים שונים מהחזקות השונות. אחרי מס' שנים, אחד השותפים מכר את חלקו לצד שלישי. לפי הסכם הרכישה נכתב שהשטח שמצוי בהחזקתו של אי' וזכויות הבנייה ששייכות לאי' הם יותר ממה שהוקצה לאי' לפי הסכם השיתוף. (לא נעשה בזדון), הקונה טוען שמה שנקבע בהסכם השיתוף (פחות טוב מבחינתו) לא מחייב אותו כי הסכם השיתוף לא נרשם בטאבו. בית המשפט קבע

כך: יש כאן התנגשות בין הזכויות לפי הסכם השיתוף לבין הזכויות לפי הסכם הרכישה. זה למעשה מצב של "עסקאות נוגדות", על עסקאות נוגדות חל ס' 9 לחוק המקרקעין.

לפי ס' 9 העסקה המאוחרת יותר, היינו הסכם הרכישה, גוברת רק אם מתקיימים 3 תנאים מצטברים:

א. העסקה המאוחרת נרשמה בטאבו

ב. הקונה נתן תמורה

ג. הקונה פעל בתום לב

בית המשפט אומר שבמקרה הנדון לא התקיים התנאי של תום לב. משום שהקונה ביקר בנכס לפי הרכישה, ראה את חלוקת ההחזקות בפועל וצריך היה לשער ולהבין שיש כאן הסכם שיתוף או לפחות לשאול ולברר אם יש הסכם כזה. אבל הקונה עצם עיניים והעדיף לא לברר, זה נחשב חוסר תום לב ולאור ס' 9 הקונה מפסיד בסכסוך הזה. מה שנשאר לו זה ללכת לפי הסכם השיתוף שפחות טוב מבחינתו.

דעה נוספת היא דעת יחיד, של השופטת דפנה ברק ארזו והיא אומרת שכל הצדדים אשמים במקרה הזה. מצד אחד, השותפים שלא רשמו הסכם שיתוף, מצד שני הקונה שעצם עיניים ולא בדק. מבין השניים האשם הגדול יותר הוא של הקונה ולכן הוא מפסיד בתחרות. התוצאה היא אותה תוצאה, ההבדל בגישה הוא שהמיוחד בגישה של השופטת הוא שהיא למעשה מטילה על שותפים לרשום הסכם שיתוף ואם הם לא רשמו המחל הזה יפעל לרעתם. במקרה הספציפי המחל לא פעל לרעתם כי האשם כל הקונה היה גדול יותר.

הסכמה פה אחד

כאשר כל השותפים מסכימים על עניין מסוים פה אחד הדבר נחשב הסכם שיתוף (בכפוף לנושא דרישת הכתב), אבל אפשר גם להתחכם ולהגיד שהסכמה פה אחד היא בעצן החלטה של כל השותפים לפי ס' 30 – שם אמרנו שבהרבה דברים החלטה יכולה להתקבל ברוב, להבדל הזה יש נפקויות משפטיות (תוצאות משפטיות). ברור לנו שעל הסכם שיתוף חלים כללים אחרים מאשר על החלטה של השותפים. הבעיה היא שבפועל לא תמיד קל להחליט במה מדובר, אם השותפים חותמים על מסמך מסודר שהכותבת שלו היא "הסכם שיתוף" אז ברור שזה הסכם שיתוף, אבל אם הם מסכימים משהו בע"פ איך נסווג את זה? האם זה הסכם שיתוף בהנחה שיכול להיות בע"פ או החלטה של השותפים? התשובה היא שאנחנו צריכים להתחקות אחר כוונת השותפים, אבל בינינו, אף אחד לא יודע מה ההבדל ביניהם ולכן אין ברירה אלא לנתח את ההסכמה הזו פעם אחת כהסכם שיתוף ופעם שניה כהחלטה של כל השותפים.

פירוק שיתוף במקרקעין

ראינו ששיתוף בנכסים הוא מקור לסכסוכים בין השותפים, פיתרון אפשרי במצבים כאלה הוא לפרק את השיתוף. אם כל השותפים מסכימים על הפירוק זה המצב האידיאלי, הבעיה נוצרת כאשר חלק מהשותפים רוצים לפרק ואחרים מתנגדים.

הכלל הבסיסי נקבע בס' 37 לחוק המקרקעין: "כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף" אפילו אם מדובר בשותף עם אחוז מינימלי זה לא משנה לנו, הזכות הזו מוקנית לכל שותף כי ההנחה היא שדי בכך ששותף אחד לא מרוצה וזה גורר סכסוכים בין השותפים.

אבל, האפשרות הזו לפרק את השיתוף בכל עת עלולה לפגוע בשותפים האחרים שאולי תכננו מראש שיתוף לטווח ארוך. לכן, קובע ס' 37 שניתן להתנות על הזכות לדרוש פירוק. אבל התנאה כזו ניתן לעשות רק בהסכם שיתוף והיא תופסת למקסימום 3 שנים, במילים אחרות, אחרי 3 שנים או שמחדשים את הסכם השיתוף או שניתן באופן חופשי לפרק את השיתוף. הגישה המקובלת בבתי המשפט היא שלבית המשפט אין שיקול דעת, ברגע ששותף פונה ומבקש פירוק בית המשפט חייב לפרק.

הכלל הזה נקבע לפני שנים רבות **בפס"ד רובינשטיין נ' פיין** – באותו מקרה שותף במקרקעין ביקש את פרוק השיתוף, השותפים האחרים התנגדו וטענו שאותו שותף לא באמת רוצה פירוק אלא הוא עושה את זה בחוסר תום לב ותוך הפרה של ס' 14 לחוק המקרקעין (אסור להשתמש לרעה בזכות הקניינית, נגזרת של עקרון תום הלב) דווקא בכוונה כדי לפגוע בנו כי הוא יודע שפירוק עכשיו יגרום לנו להפסד כלכלי. בית המשפט פסק שעיקרון תום הלב וס' 14 מחייבים הפעלת שיקול דעת אבל כשמדובר בבקשה לפירוק שיתוף לבית המשפט אין שום שיקול דעת והוא חייב לפרק את השיתוף – וזה אכן מה שנעשה באותו פסק דין. על ההלכה הזו חזר בית המשפט העליון שוב לפני כמה שנים **בפס"ד בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן** ולכן

המסקנה היא כיום שזו הלכה מושרשת שלבית המשפט אין שיקול דעת וכאשר מבקשים פירוק של שיתוף בית המשפט יצווה על הפירוק.

יחד עם זאת, בשנים האחרונות אנחנו מוצאים מספר התבטאויות (לא הלכה) שאומרות שאם פירוק השיתוף מתבקש בחוסר תו"ל קיצוני אז אולי ראוי שבית המשפט כן יפעיל שיקול דעת ויסרב לפרק. **דוגמא לכך הוא פס"ד רידלביץ נ' מודעי** שם בית המשפט מעורר את העניין הזה אבל משאיר אותו בצריך עיון, פרופסור מיגל דויטש גם מצדד בגישה זו.

דרך הפירוק

בהנחה שבית המשפט אכן החליט על פירוק השיתוף קיימות 3 דרכים לעשות זאת :

1. **חלוקה בעין** – הסי' הרלוונטי הוא סי' 39 לחוק: " במקרקעין הניתנים לחלוקה, יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין". הסעיף הזה אומר שאם הדרך של חלוקה בעין אפשרית זו תהיה הדרך שבה יבחר בית המשפט. במילים אחרות, זו הדרך הראשונה שבית המשפט צריך לבדוק. חלוקה בעין זו בעצם חלוקה פיזית של הנכס, הדרך הזו מתאימה בעיקר למגרשים. לדוגמא : נניח קיים מגרש גדול בבעלות 2 שותפים חצי חצי, חלוקה בעין פירושה שאת המגרש הגדול נחלק ל-2 מגרשים קטנים בהתאם לחלקים המתמטיים של השותפים. כל מגרש קטן ירשם עכשיו בטאבו כנכס נפרד ועצמאי בבעלות שותף אחד בלבד. כתוצאה מכך אין יותר שיתוף, כי לכל מגרש יש בעל אחד בלבד. זאת תהייה הדרך לחלוקה הראשונה כי זה מעודד את שוק הנדל"ן, מרחיב את מספרי המגרשים. אבל, תנאי מוקדם לביצוע חלוקה בעין זה שרשויות התכנון והבנייה מאשרות, בית המשפט כפוף להחלטת הרשויות והן לא חייבות להסכים לחלוקה. לרשויות התכנון והבנייה יש כל מיני שיקולים של תכנון, אולי באותה שכונה כל המגרשים בעלי גודל זהה והרשויות לא מוכנות לחלוקה כזו. כאשר ישנם הרבה שותפים בשיתוף יכול להיות שכל אחד יקבל בחלוקה בעין שטח מאוד קטן שהרשויות לא מוכנות לאשר. במילים אחרות, אם הרשויות לא מאשרות בית המשפט לא יוכל לפרק בעין ויצטרך לפרק את השיתוף בדרך אחרת.

לפעמים חלוקה בעין אפשרית אבל בכפוף לתשלומי איזון – יכול להיות שרשויות התכנון והבנייה כן מסכימות לחלוקה בעין אבל היא לא תואמת בדיוק את החלקים המתמטיים. לדוגמא 2 שותפים, לאחד 45% ולשני 55%, הם היו רוצים לחלק בעין לפי החלקים המתמטיים אבל רשויות התכנון והבנייה מסכימות רק לחלוקה חצי חצי. במצב כזה בית המשפט יצווה על חלוקה בעין לפי השיעור שהרשויות מאשרות ובנוסף יצווה על תשלומי איזון. משמע, מי שקיבל חלק מהנכס יותר מהחלק המתמטי שלו בשיתוף צריך לשלם על כך לשותף השני שקיבל פחות מידי, זה למעשה רעיון ברור של עשיית עושר ולא במשפט כי אם לא נעשה את האיזון הזה- אחד השותפים מתעשר על חשבון השני. כאמור, כאשר חלוקה בעין אפשרית זאת הדרך שבה יבחר בית המשפט והוא כופה זאת על הצדדים. ברירת מחדל.

ישנם מצבים דומים שהם לא באמת חלוקה בעין ואז בית המשפט לא יכול לכפות אותם על הצדדים ללא הסכמתם. דוגמא: **פס"ד גן בועז נ' אנגלנדר** – דובר על מגרש גדול, 68 דונם שמהווים פרדס, שותף אחד חברה מסחרית שהיה לה חלק מתמטי גדול בשיתוף ושאר השותפים היו 52 שותפים פרטיים. אילו היינו הולכים לחלוקה בעין אמיתית היינו מקבלים מצב של 52 חלקות קרקע קטנות וחלק נפרד של החברה. ברור שרשויות התכנון והבנייה לא היו מסכימות ועוד לפני זה גם השותפים הפרטיים לא היו מסכימים לכן החברה ביקשה מבית המשפט "הפרידו אותי ואת חלקי" – החברה ביקשה לקבל בנפרד חלק מהקרקע כמגרש נפרד בבעלות הפרטית ושאר השותפים יישארו בשיתוף עם שאר המגרש, השותפים מתנגדים גם לדבר הזה, בית המשפט פסק שההסדר שמציעה החברה הוא לא באמת חלוקה בעין, אומר בית המשפט שחלוקה בעין היא הפרדת דבר שלם לחלקיו ולא הפרדה בין חלק אחד לשאר החלקים ומכיוון שזו לא חלוקה בעין בית המשפט לא יכול לכפות אותה על השותפים ללא הסכמה של כולם. הוחלט באותו מקרה שחלוקה בעין בלתי אפשרית, ההסדר המיוחד הזה אין לו הסכמה ולכן בית המשפט עבר לדרך השנייה והורה על מכירת הנכס.

2. **מכירת הנכס** – סעיף רלוונטי סי' 40, לפיו בית המשפט יכול לבחור בדרך פירוק אחרת והיא מכירה של הנכס כולו וחלוקת הכסף בין השותפים לפי חלקיהם המתמטיים. לפי סי' 40 בית המשפט יבחר בדרך של מכירה **באחד מ-2 המקרים הבאים** :

א. חלוקה בעין בלתי אפשרית כי הרשויות לא מסכימות

ב. חלוקה בעין אפשרית אבל היא תגרום הפסד ניכר לשותפים כולם או למקצתם – יכול להיות מקרה שבו חלוקת הנכס למגרשים קטנים דווקא מפחיתה את השווי הכולל – סך השלם עולה על כל חלקיו.

ס' 40 קובע " המכירה תהייה בדרך בה נמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, אלא אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות ". מי שמבצע את המכירה הוא בית המשפט ולא הוצאה לפועל, בית המשפט הוא שמפרק את השיתוף, הדרך בה יפעל בית המשפט היא הדרך הנהוגה בהוצאה לפועל. הדרך הזו היא מכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב, ואגב גם השותפים יכולים להשתתף במכירה. מי שמציע את המחר הגבוה ביותר הוא זה שקונה את הנכס. כמובן שהליך המכירה הוא מורכב, מקבלים הצעות שונות, מקבלים הערכות של שמאים ובגלל שהשופט לא יכול להתעסק בעצמו עם ניהול המכירה במקרים רבים הוא ממנה כונס נכסים. (בדר"כ עו"ד שעושה את כל תהליך המכירה). כאמור, לפי ס' 40 הדרך הזו היא דרך המלך וזו הדרך שבה בית המשפט צריך לפעול – רק אם במקרה מסוים קיימת דרך אחרת יעילה וצודקת יותר אז בית המשפט יוכל לבחור בה. שאלה כזו התעוררה **בפס"ד חזקיהו נ' שרף** דובר בקרקע שהייתה שייכת בחלקים שווים מצד אחד לקבלן בנייה ומצד שני לאדם פרטי. בית המשפט החליט על פירוק השיתוף בדרך של מכירה בדרך של מכרז פנימי בית השותפים – מי משניהם שיציע סכום גבוה יותר הוא זה שיקנה את חלקו של השני. הקבלן הציע יותר וזכה. כעת השותף הפרטי מתנגד למכירה וטוען שבנסיבות העניין כשקיים כזה פער כלכלי בין השותפים זו לא "דרך צודקת יותר" כפי שקובע ס' 40. אכן, טענה זו התקבלה בית המשפט ביטל את המכרז הפנימי והורה על מכירה פומבית לציבור הרחב. למה השותף הפרטי התנגד הרי ברור שבסופו של דבר הוא לא ירכוש את הנכס ויש להניח שהקבלן גם אם תהייה מכירה פומבית ינסה להתמודד על הנכס? התשובה היא שבתחרות פנימית מול השותף הפרטי הקבלן יכול להציע מחר זול כי הוא יכול להעריך כמה יציע השותף השני בשל מצבו הכלכלי – לעומת זאת במכירה הפומבית הקבלן לא יודע מי המתמודדים האחרים וכמה הם יציעו ולכן הקבלן מראש יציע סכום גבוה יותר מאשר במכרז פנימי ובסופו של דבר השותף הפרטי יקבל סכום כספי גבוה יותר. במכירה מדובר על מכירה של הנכס כולו. מקרה נוסף התעורר **בפס"ד בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן** – גם שם היה מדובר במגרש בבעלות משותפת, השותפים היו מצד אחד קבוצה שהיו לה 95% מהנכס ובנוסף ויסמן שהיה לו 5%. הצדדים הסתכסכו והוחלט על פירוק השיתוף, הדרך הראשונה אמורה להיות חלוקה בעין- אבל חלוקה בעין לא הייתה אפשרית בגלל החלק הקטן של 5%. לכן, בית המשפט עבר לבדוק את הדרך של מכירת הנכס כולו. בשלב הזה בעלי הרוב ביקשו מבית המשפט שבמקום למכור את הנכס כולו בית המשפט ימכור בסך הכל את חלקו המתמטי של ויסמן בשיתוף, הם לא רצו לקנות את החלק הזה בעצמם אלא המטרה הייתה להיפטר מויסמן והיו מוכנים ששותף אחר יכנס במקומו. ויסמן התנגד ובית המשפט קבע כך: מכירה של הנכס לפי ס' 40 היא מכירה של הנכס כולו, לעומת זאת כאן מתבקשת מכירת חלקו של שותף אחד בלבד, מדובר כאן על הסדר מיוחד ולכן לא ניתן לכפות אותו על הצדדים ללא הסכמה של כולם. ומכיוון שויסמן התנגד לא ניתן לכפות עליו. השותפים המשיכו וטענו שם שבמקרה הנדון מכירת החלק של ויסמן תהייה יעילה וצודקת יותר, בית המשפט קבע שלא מדובר במכירה במסגרת ס' 40 ולכן ללא הסכמתו של ויסמן לא ניתן לעשות זאת.

3. **רישום בית משותף** – ס' רלוונטי הוא ס' 42 לחוק המקרקעין, הדרך הזו מתאימה לבנייני דירות בלבד. למה הכוונה? כאשר אנחנו רואים ברחוב בית דירות אנחנו חייבים לבדוק בטאבו מה הסטטוס המשפטי שלו. אפשרות ראשונה היא שהבניין רשום כ"בית משותף" ואז לפי ס' 54 לחוק המקרקעין כל דירה נחשבת נכס נפרד ועצמאי, זה יהיה המצב בכל בנייני הדירות החדשים שנבנים כיום ע"י קבלנים, כי אם כל דירה היא נכס נפרד זה מאפשר לקבלן למכור כל דירה בנפרד. האפשרות השנייה היא שיתכן שבטאבו הנכס רשום כולו כמגרש ועליו מבנה. יכול להיות שבפועל בכל דירה גרה משפחה אחרת, אבל מבחינת הרישום בטאבו יש לנו נכס אחד והוא מגרש ועליו מבנה. במצב כזה, לא ניתן למכור כל דירה בנפרד כי הנכס שרשום בטאבו הוא המגרש+המבנה. נכס כזה יכול להיות בבעלות אדם אחד בלבד ואז זה לא קשור לפרק שלנו או שנכס כזה יהיה בשיתוף של כמה שותפים. נכסים כאלה אנחנו רואים הרבה פעמים בערים הגדולות ואלא יהיו בניינים ישנים (בדר"כ), איך הסיפור העובדתי נוצר? לפני שנים רבות מספר שותפים קנו את הקרקע ובנו עליה בניין דירות, הם עשו זאת או לצורך מגורים פרטיים שלהם או כהשקעה והשכירו את הדירות. לפי ס' 78 לחוק המקרקעין עסקת שכירות יכולה להיות בחלק מסוים מהנכס, ולכן כשמדובר בשכירות ניתן להשכיר את הדירות לאנשים שונים ונפרדים. במצב כזה למכור דירות לא ניתן, כי ס' 13 לחוק המקרקעין קובע שלא מבצעים מכירה בחלק מסוים מהנכס. כל עוד השותפים לא רוצים למכור דירה או דירות בנכס הזה המצב המשפטי נשאר כפי שהוא. היינו, הנכס רשום בטאבו כמגרש ועליו מבנה.

אנחנו מדברים עכשיו על נכס מהסוג השני, היינו, בניין דירות שלא רשום כבית משותף. הנכס הזה בבעלות מס' שותפים והם רוצים לפרק את השיתוף, הדרך האפשרית לפירוק היא רישום בית משותף לפי ס' 42. מה זה אומר? איך עושים את זה? צריך לבצע פרוצדורה די מורכבת שבה רושמים את הנכס בטאבו כבית משותף, למעשה משנים את הסטטוס המשפטי שלו. עכשיו בטאבו הנכס כבר לא רשום כמגרש ועליו מבנה, אלא,

רשום כבית משותף ויותר מכך, כל דירה נרשמת עכשיו בטאבו בנפרד, יש לה נסח נפרד, היא מקבלת מספר זיהוי נפרד ולכן כעת במקום נכס אחד כולל משותף קיבלנו הרבה נכסים נפרדים, הרבה דירות נפרדות. במסגרת פירוק השיתוף בית המשפט מחלק את הדירות בין השותפים, ככל האפשר החלוקה תהייה לפי החלקים המתמטיים, אבל ברוב המקרים זה לא מסתדר (לכל דירה יש שווי אחר) ולכן בית המשפט יצווה על תשלומי איזון.

תנאי לדרך הזו של רישום בית משותף זה אישור של המפקח על בתים משותפים על כך שהבית באמת מתאים להירשם כבית משותף וגם כאן, בית המשפט הוא זה שכפוף למפקח ולא להיפך- כך שאם המפקח משיקוליו שלו לא מאשר אז לא ניתן לפרק בדרך הזו ולכן בית המשפט יצווה על מכירה. (מכירת הנכס כולו, כל המבנה ביחד וחלוקת הכסף בין השותפים).

כל דירה שהיא נכס עצמאי נרשמת בבעלות שותף אחד בלבד, מחלקים את הדירות בין השותפים ככל האפשר לפי החלקים המתמטיים, במקום נכס אחד- קרקע בבניין שהכל משותף יחד לכל השותפים, יש לנו בית משותף שמורכב מדירות דירות והן מתחלקות בין השותפים. כל שותף מקבל בבעלותו דירה בהתאם לחלקו המתמטי בשיעור. אם מבחינה כספית זה לא מסתדר בדיוק אז נעזרים במנגנון של "תשלומי איזון".

כאשר מדובר בבניין שראוי להירשם כבית משותף בעצם 2 דרכים אפשריות לפירוק השיתוף בנכס:

1. רישום בית משותף וחלוקת הדירות בין השותפים (לפי החלק המתמטי)
2. מכירת הנכס כולו וחלוקת הכסף בין השותפים.

השאלה שהתעוררה בפסיקה הייתה האם בית המשפט צריך להעדיף דרך אחת על פני השניה? למה השאלה הזו התעוררה כי כשדיברנו על חלוקה בעין אמרנו שהחוק עצמו ס' 39 וגם ס' 40 לחוק המקרקעין קובעים שהבחירה הראשונה צריכה להיות חלוקה בעין. ורק אם חלוקה בעין בלתי אפשרית כי הרשויות לא מסכימות או שהיא תגרום הפסד ניכר רק אז יורה בית המשפט על מכירה.

הדרך של רישום בית משותף מזכירה חלוקה בעין כי לוקחים את הנכס הגדול המשותף ומחלקים אותו לנכסים קטנים נפרדים בבעלות השותפים. ולכן מתעוררת השאלה האם בית המשפט אמור להעדיף רישום בית משותף על פני מכירה?

השאלה הזו התעוררה **בפס"ד רידלביץ נ' מודעי** 1998 – באותו מקרה דובר בבית דירות ישן שרשום בטאבו כמגרש ועליו מבנה. הנכס הזה היה בבעלות 2 משפחות. משי רידלביץ ומשי מודעי- חצי חצי. מה זה אומר? כל עוד השיתוף קיים כל גרגר בכל דירה, בגג, בחצר – משותף לשתי המשפחות. בדירה אחת גרה משי רידלביץ, כלומר יש לה החזקה בדירה אחת, משי מודעי גרה בדירה אחרת ושאר הדירות מושכרות. שכירות זו עסקה שניתן לבצע בחלק מסוים מהנכס, לכן אפשר להשכיר דירה מסוימת מתוך הנכס כולו. בשלב מסוים המשפחות הסתכסכו והחליטו על פירוק השיתוף, משפחת רידלביץ מבקשים פירוק בדרך של רישום בית משותף ולמה? כי אז הם יקבלו בבעלותם מחצית מהדירות בבניין והם מאוד רוצים להמשיך לגור בדירה שלהם. לעומת זאת, משי מודעי מבקשת מכירה, הבניין מאוד ישן ואפילו בסכנת התפוררות כך שחייבים לשקם אותו ולהשקיע המון כסף והם לא רוצים את ההשקעה הזאת. בנוסף, בבניין יש זכויות בניה בלתי מנוצלות ולכן מודעי טוענים שניתן למכור את הנכס לקבלן שישקם אותו, יבנה עוד דירות על הגג ולכן קבלנים יהיו מעוניינים בבניין הזה ויציעו עליו כסף רב. הסכסוך הגיע לבית המשפט, באיזו דרך לפרק את השיתוף?

בית המשפט פסק שפירוק בדרך של רישום בית משותף אכן מאוד דומה לחלוקה בעין ולכן יחולו כללים דומים לחלוקה בעין. הכלל הוא שהפירוק יעשה ע"י רישום בית משותף כברירה ראשונה אלא אם בנסיבות העניין הדבר יהיה בלתי צודק לגבי אחד מהשותפים. כך למשל אם רישום בית משותף יגרום הפסד לשותפים זה יכול להיחשב כבלתי צודק. בית המשפט בחן לעומק את כל נסיבות המקרה והגיע למסקנה שבמקרה הנדון יש ללכת בדרך של רישום בית משותף. מתברר שהטענות של משפחת מודעי לא היו מדויקות, לאור מצבו של הבניין קשה היה מאוד למצוא קבלנים שיהיו מעוניינים בפרויקט, חלק גדול מהדירות המושכרות היו מושכרות לדיירים מוגנים ולכן בסופו של דבר נקבע שרישום בית משותף בנסיבות העניין איננו בלתי צודק ולכן זו נבחרה בתור דרך הפירוק.

בנייה נטיעה וחיבור במקרקעין משותפים

אנחנו מדברים על מקרקעין משותפים כאשר אחד השותפים מבלי לקבל הסכמה של כל השאר עשה דבר אסור. הוא בנה במקרקעין המשותפים, נטע או חיבר מחובר בחיבור של קבע שאינו ניתן להפרדה. איך זה שפיע על היחסים בין השותפים?

אם השותפים הסכימו – אין כאן בעיה. אבל מה קורה אם השותפים לא מסכימים למה שאותו שותף עשה? במצב כזה, לשאר השותפים יש 2 אפשרויות :

1. לדרוש את פירוק השיתוף – ס' 46 רישא לחוק המקרקעין. אפילו אם קיים הסכם שיתוף שאוסר על פירוק השיתוף, עדיין מותר לשותפים בסיטואציה כזו לדרוש פירוק. אם אכן השיתוף מפורק, באיזו דרך יבוצע הפירוק? – יחול כל מה שלמדנו בפרק הקודם. אם בית המשפט יבחר בחלוקה בעין יחול ס' 47 לחוק ובית המשפט ישתדל ככל האפשר שהחלק שאותו שותף בונה יקבל יהיה אכן החלק שבו הוא בנה. לעומת זאת, אם מדובר על פירוק בדרך של מכירה – ס' 48 לחוק קובע איך הערכת השווי תושפע כתוצאה מהבנייה.

2. להשאיר את השיתוף – ס' 46 סיפא לחוק המקרקעין. ס' זה מפנה אותנו במצב כזה לס' 21 לחוק המקרקעין בשינויים המחויבים. את ס' 21 למדנו בפרק של נטיעה בניה וחיבור והוא קבע שאם אדם בונה או מחבר על קרקע של אחר אז לבעל הקרקע יש בחירה מה יקרה עם הקרקע – לעניינו, כאשר שותף בונה או מחבר במקרקעין המשותפים ללא הסכמת שאר השותפים יחול ס' 21 כאשר השותף הבונה נחשב בתור "המקים" לפי ס' 21 ושאר השותפים ללא אותו שותף נחשבים "בעל הקרקע" והם אלה שיחליטו לפי ס' 21 מה יהיה גורל הקרקע.

בתים משותפים

"בית משותף" הוא נכס מקרקעין בעל מעמד מיוחד, סטטוס משפטי מיוחד ולכן חוק המקרקעין ייחד לו פרק מיוחד, פרק ו' בחוק. המאפיין העיקרי של בית משותף הוא שמצד אחד כל דירה היא נכס עצמאי בבעלות נפרדת (נקבע בס' 54 לחוק) אבל בנוסף קיימים הרבה חלקים בבעלות משותפת של כל בעלי הדירות (כמו חדר מדרגות, מחסן).

ס' 52 לחוק המקרקעין פרק ו' – הגדרות :

1. "בית משותף" – בית שיש בו 2 דירות או יותר והוא רשום בטאבו כבית משותף, כבר בטאבו רואים את הסטטוס המיוחד של הנכס.
2. "בית" – מבנה של קבע כולל הקרקע שעליה הוא נבנה.
3. "דירה" – חדר או תא או מערכת חדרים או תאים שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.

מתי מומלץ לרשום נכס כבית משותף? כאשר יזמים יודעים מראש שהם ירצו למכור דירות או משרדים או חנויות בנכס שהם בונים. לעומת זאת, אם היזמים מתכננים בסך הכל להשכיר דירות, משרדים או חנויות אז אין חובה לרשום את הנכס כבית משותף והוא יוכל להירשם כמגרש ועליו מבנה.

4. "בעל דירה" – לגבי דירה המוחכרת לדורות מי שיחשב בעל דירה הוא החוכר לדורות.
5. "רכוש משותף" – כל חלקי הבית המשותף חוץ מהחלקים הרשומים כדירות – מה שלא דירות שזה בבעלות נפרדת של כל משפחה, נחשב לרכוש משותף, "לרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד (יסודות הבניין), חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים וכיוצא באלה, המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם, אפילו אם הם בתחומי דירה מסוימת.

פס"ד נציגות הבית המשותף נ' מרכוס – דובר בבית משותף שהיה בנוי בצורה מיוחדת, לדירות בקומה הראשונה היו מדרגות חיצוניות מהחצר וזו הייתה הדרך היחידה להגיע לדירות האלה. בבניין עצמו היה חדר מדרגות מרכזי כולל מעלית אבל בגלל המבנה המיוחד הדירות בקומה הראשונה לא יכלו ליהנות מהמעלית. ועד הבית דרש תשלום עבור החזקת המעלית מכל הדירות בבניין כולל הקומה הראשונה. השאלה היא האם הדרישה הזו מוצדקת? לפי ההגדרה בס' 52 רכוש משותף לא חייב לשרת את כל בעלי הדירות, אלא מספיק שהוא משרת את מרביתם. ולכן במקרה הנדון נפסק שהמעלית היא רכוש משותף ולכן כל הדירות כולל הקומה הראשונה משתתפים בהוצאות.

הרכוש המשותף הוא בבעלות משותפת של כל בעלי הדירות. השיתוף הזה מאוד מזכיר את כללי השיתוף בנכסים שלמדנו בפרק הקודם. אבל מכיוון שמדובר בבית משותף חל עליו דין ספציפי שקבוע בפרק ו' לחוק. לפי ס' 55(א) לכל בעל דירה יש חלק ברכוש המשותף אבל זה חלק מתמטי תיאורטי ולא חלק מסוים. יחד עם זאת החלק שיש לכל דירה ברכוש המשותף לא בהכרח זהה. לפי ס' 57(א) לחוק המקרקעין החלק המתמטי שיש לכל דירה ברכוש המשותף נקבע לפי היחס בין שטח הדירה לבין השטח של כלל הדירות בבניין. מה שאומר שככל שהדירה גדולה יותר אז גם יש לה חלק מתמטי גדול יותר ברכוש המשותף. החלק המתמטי הזה רשום בטאבו, בנסח הספציפי של כל דירה. אם למשל יש לי דירה בשטח 62 מ' והשטח של כל הדירות

בבניין הוא 472 מ' אז החלק המתמטי שיש לי ברכוש המשותף הוא 62 חלקי 472 חלקים ברכוש המשותף. בשביל מה צריך את החלק המתמטי הזה? הרי ברכוש המשותף יכולים להשתמש כל בעלי הדירות באופן ובמידה שווים בלי קשר לגודל הדירה. התשובה היא שלצורך סעיפים שונים בחוק המקרקעין יש חשיבות לחלקים המתמטיים ברכוש המשותף. לדוגמא: אם רוצים לשנות את התקנון של הבית המשותף צריך להשיג רוב של 2/3 לא ממספר הדירות אלא, 2/3 מתמטיים מהרכוש המשותף. יש עוד סעיפים רבים אחרים. בכל הנוגע להוצאות הקשורות לרכוש המשותף ס' 58 לחוק המקרקעין קובע שההוצאות האלה מתחלקות בין כל הדירות לפי החלקים המתמטיים, אלא אם נקבע אחרת בתקנון. ההנחה הייתה שאם דירה גדולה יותר, היא משתתפת יותר בהוצאות כי יש להניח שגרים בה יותר אנשים- הם יותר משתמשים במעלית, בחצר וכיוצא בכך- זה לא תמיד נכון אבל זו הייתה המחשבה של המחוקק. לפי ס' 55(ב) החלק המתמטי ברכוש המשותף צמוד מבחינה משפטית לדירה עצמה ולא ניתן לעשות בו עסקאות בנפרד מהדירה, למשל, אני לא יכולה למכור את החלק המתמטי לשכן (הוא רוצה שיהיה לו יותר כוח בהצבעות) ואני אומרת שאני רוצה לחסוך את ההוצאות ולהשתתף בהוצאות בעל הבית ואני רוצה למכור את החלק לשכן- לא ניתן לעשות כזה דבר כי מבחינה משפטית הוא נתפס כחלק מהדירה עצמה.

המוסדות שמנהלים את הבית המשותף:

1. נציגות הבית המשותף – "ועד הבית" – לפי ס' 65 בחוק לכל בית חייבת להיות נציגות לשם ניהול ענייניו. הנציגות נבחרת ע"י בעלי הדירות באסיפה כללית. לפי ס' 69 לחוק הנציגות תשמש מורשה (מיופת כוח/ בעלת הרשאה) של כל בעלי הדירות בכל הנוגע להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף. והיא זכאית בעניינים אלה להתקשר בחוזים ולהיות צד בכל הליך משפטי בשם כל בעלי הדירות. התפקיד של הנציגות הוא החזקה תקינה וניהול.

לאחרונה, ביותר בתים משותפים אף אחד לא רוצה להיות בוועד הבית, מדובר באחריות רבה ולכן קמה תופעה של חברות אחזקה שבעצם ממלאות את תפקיד הנציגות. החוק קורא לחברה כזאת "מתחזק" כאשר ס' 71(ב) קובע את הכללים שיחולו על ההתקשרות איתו. לדוגמא, הרבה פעמים יש ויכוח בבניין האם להתקשר עם מתחזק? מצד אחד אף אחד לא רוצה להיות ועד בית ומצד שני מדובר בהרבה כסף, בנוסף, גם אם כבר הוחלט על מתחזק מתחיל ויכוח באיזה חברה לבחור. ס' 71(ב) קובע מה הרוב הדרוש כדי לקבל החלטות כאלה והרוב הזה מבוסס על חלקים מתמטיים ברכוש המשותף.

2. האסיפה הכללית של בעלי הדירות- לפי ס' 70 לחוק המקרקעין בעלי הדירות מתכנסים לפחות פעם בשנה, דנים בנושאים שונים שקשורים לבניין ומקבלים החלטות שמחייבות את כל בעלי הדירות. לאסיפה הכללית יש סמכות רחבה והיא יכולה לדון בכל הנושאים הקשורים לרכוש המשותף ולשכנות בבית המשותף. א. האסיפה הכללית השנתית בוחרת את חברי הנציגות לשנה הקרובה. ברוב הבתים זה לא מתקיים. ב. ניתן לכנס אסיפה כללית שלא מן המניין- לעיתים מתעורר משהו דחוף ולא ניתן להמתין לאסיפה השנתית הבאה. במצב כזה אפשר לזמן אסיפה מיוחדת.

באספות הכלליות מתעוררים הרבה פעמים חילוקי דעות ואפילו מריבות אימות. חוק המקרקעין קובע מה הרוב הדרוש כדי לקבל החלטות באסיפה הכללית וברגע שהחלטה התקבלה כדין ברוב הדרוש היא מחייבת את כל בעלי הדירות בניין כולל מי שהיה באסיפה והתנגד וכולל מי שבכלל לא היה באסיפה.

חוק המקרקעין קובע 3 כללים לגבי הרוב הדרוש:

למעשה, כללים אלה נקבעו לא בחוק עצמו אלא בתקנון לדוגמא שנמצא בסוף חוק המקרקעין. בתים רבים אימצו אותו ומתנהלים לפי מה שקבוע בו.

- ס' 12(א) לתקנון המצוי (תקנון לדוגמא) – בדרי"כ החלטות מתקבלות ברוב רגיל מקרב הנוכחים באסיפה. ס' 13(ב) לתקנון לדוגמא קובע שבהצעה לכל דירה יש קול אחד. מה אנחנו למדים? רואים כמה דירות הגיעו לאסיפה הכללית וצריך לקבל מעל 50% ממספר הדירות.
- ס' 12(ב) לתקנון המצוי - אם מדובר בהחלטה שמטילה על בעל דירה תשלומים חדשים, או מגדילה את שיעור ההשתתפות שלו בהוצאות של הבניין, או פוגעת בזכויותיו להחלטה כזו לא יהיה תוקף ללא קבלת הסכמתו של בעל הדירה הנפגעת ואפילו אם הוא לא נכח באסיפה הכללית. לדוגמא - בפס"ד מרכוס שם בית המשפט קבע שהדירות בקומה הראשונה משתתפות בהוצאות המעלית, נניח עכשיו הדירות האלה מנסות להעביר החלטה באסיפה הכללית לפיה הדירות בקומה הראשונה יהיו פטורות מהוצאות המעלית, לצורך החלטה כזו לא מספיק לקבל רוב רגיל לפי הכלל הראשון, אלא, צריך בנוסף לקבל הסכמה ספציפית מכל דירה שעלולה עכשיו להיפגע. ז"א קבלת הסכמה מכל הדירות בבניין למעט הדירות בקומה הראשונה.

- הוראות ספציפיות – בנושאים שונים חוק המקרקעין עצמו קובע מה הרוב הדרוש לצורך קבלת ההחלטה. במצב כזה כמובן יש להשיג את הרוב שקובע החוק. לדוגמא: כאשר בעלי דירות בבניין קיים רוצים להוסיף מעלית חדשה (עד עכשיו לא היה מעלית) אז בעניין הזה ס' 159 שעוסק בידיוק בנושא הזה קובע שנדרש רוב של 2/3 ממספר הדירות. דין ספציפי גובר על הכללים.

הצמדת חלק מסוים מהרכוש המשותף לטובת דירה פלונית

אנחנו יודעים שבבית המשותף ישנם כל מיני חלקים שנחשבים רכוש משותף, למשל: הגג, החצר וכו'. אבל קיימת אפשרות לקחת חלק מסוים מהרכוש המשותף ולצרף אותו לדירה פלונית ואז אותו חלק כבר לא יחשב רכוש משותף אבל הוא עובר לבעלות הפרטית של בעל הדירה קיימות 2 אפשרויות לבצע הצמדות כאלה:

1. הקבלן שבונה את הבניין מחליט מראש על הצמדות כאלה- למשל: דירת פנטהאוז-הקבל החליט מראש שהגג יהיה לא מהרכוש המשותף אלה יהיה גג פרטי של הקומה הזו, דוג' נוספת היא דירות גן-דירות בקומת קרקע הם בד"כ קטנות בד"כ נורא זולות אבל קבלנים בישראל גילו איך לעשות קומבינה והגידו את הדירות בקומה הראשונה כדירות גן שם החצר היא חצר פרטית והיא שייכת לקומת הקרקע ואז זה נכלל בשטח הבית. דוג' נוספת- חנייה פרטית בטאבו-החצר של הבניין לא נחשב רכוש משותף אלה הקבלן מחלק אותה חניות, חניות ואז הוא מצמיד אותה לדייר האמור.
2. בית משותף קיים ורכוש משותף קיים- כעת אחד מבעלי הדירות מבקש להצמיד לדירה שלו חלק מסוים מהרכוש המשותף {למשל: בעל הדירה בקומת הקרקע מבקש להצמיד לדירה שלו, חלק מהחצר\דוג' נפוצה נוספת- בעל דירה בקומה האחרונה מבקש להצמיד לדירה שלו את שטח הגג שמעל הדירה}.

הכלל הקובע לגבי הצמדות משום אלה מופיע בס' 55(ג) לחוק המקרקעין הס' הזה מאפשר לבצע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף וקובע שאותו חלק שהוצמד לדירה דינו כדין הדירה אליה הוצמד-היינו מבחינה משפטית הופך להיות חלק מהדירה עצמה.

ס' 55(ג): (ג) בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון, כמשמעותו בס' 13(ג) לפקק 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 מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד.

מכאן נובע כלל נוסף אין אפשרות לעשות עסקה בחלק המוצמד בנפרד מהדירה עצמה – ברגע שביצענו הצמדה אותו חלק צמוד נהפך לחלק מהדירה. { לפי ס' 13- לא ניתן לעשות עסקה בחלק מסוים מהנכס }- לכן אם יש לי חניה צמודה לדירה ואני לא משתמש בה ואת רוצה למכור אותה לשכן בבניין ליד, האם ניתן לבצע את העסקה? התשובה היא לא מאחר והיא חלק אינטגרלי מהחלק אבל לכלל הזה ישנם 2 חריגים שמכוח ס' 13:

- 1) שכירות לפי ס' 78 לחוק המקרקעין – ראינו שעסקאות שכירות כן ניתן לבצע בחלק מסוים מהנכס ולכן אותו אדם כן יוכל להשכיר את החניה מהשכן בבניין ליד.
 - 2) קבוע בס' 62(א1)- הס' הזה מאפשר לעשות עסקאות בחלק המוצמד בנפרד מהדירה אבל רק בין בעלי הדירות באותו הבניין- היינו לא ניתן מבניין אחר, מה ההיגיון? ברגע שאותו חלק אינו חלק משותף והרצון היה בין השכנים כן לאפשר עסקאות משום אלה.
- מס' נקודות:**

- ביצוע הצמדה ע"י בעל דירה בבית משותף קיים לגבי המקרה הראשון- חוזרים לס' 55(ג) הקובע שאם שכן מעוניין בהצמדה הדרך המשפטית לבצע את זה היא ע"י עדכון ותיקון התקנון של הבית המשותף.

תקנון- לכל בית משותף חייב להיות תקנון, התקנון הוא החוקה הפנימית של הבניין והוא קובע את ההסדרים העיקריים שלחלים בבית המשותף; כאשר מדובר בהצמדה, מדובר במהלך מאוד מאוד חריג ומאוד מהותי, מאחר וגורעים חלק מהרכוש המשותף ששייך לכולם והופכים אותו לרכוש פרטי, ולכן הצמדה כזו חייבים לציין בתקנון ולשם כך יש לתקן את התקנון הקיים ולציין בו במדויק את פרטי ההצמדה.

• **הדרישה השניה אומרת- לפי ס' 62(א1) לצורך תיקון התקנון יש צורך להסכמת כל בעלי הדירות בבניין היינו 100% כל בעלי הדירות.**

• **בתי המשפט מאוד מחמירים בנושא הזה- הם דורשים שההסכמה של בעלי הדירות תהיה מפורשת וברורה, וודאי בכתב אבל מעבר לו- לא מספיק אמירה כללית אלה צריך לוודא שכלל בעלי הדירות מסכימים באופן מפורש ובהיר. לדוג' פס"ד גלבורט נ' הממונה על המרשם.**

• **ברור לנו שלבצע הסכמה כזו זה סיפור מאוד קשה-ולכן אם שכן סוף סוף הצליח לעמוד בכל התנאים, ההמלצה היא לרשום בטאבו את התקנון המעודכן בו מופיעים כל פרטי ההצמדה, וברגע שהתקנון נרשם בטאבו הוא הופך לקנייני היינו התקנון הזה יחייב לא רק את בעלי הדירות בבניין באותה עת אלה גם בעלי דירות חדשים שהצטרפו לבניין מאוחר יותר.**

למה שהשכנים יסכימו לוותר על הרכוש המשותף? - מכיוון שבד"כ בעל הדירה שמעוניין בהצמדה משלם משו לבעלי הדירות, הרבה פעמים הוא משפץ בניין/בונה מעלית וכו'.. (אינטרסים, יחסים של תן וכך)

עד עכשיו דיברנו על הצמדה נטו, היינו שכן מצמיד את החצר כי הוא רוצה דירת גן, אבל בהרבה מאוד מקרים השכן שמעוניין בהצמדה לא מסתפק בהצמדה והוא רוצה לבנות על החלק המוצמד, קיימת טעות בציבור כי אנשים חושבים שהחלק המוצמד הוא קניין פרטי שלהם ולכן הם יכולים לעשות ולבנות בו מה שהם רוצים אבל **מסתבר שזה לחלוטין לא נכון, בעל דירה שרוצה לבנות בחלק המוצמד יצטרך לקבל הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין לעצם הבנייה**- כאשר מדובר על בנייה אנחנו נכנסים לתוך דיני התכנון והבניה ולחוק התכנון הבנייה ולנושא ***אחוזי בנייה-** אחוזי בנייה מבחינה משפטית מייצגים את הזכות לבנות על החלקה, רשויות התכנון והבנייה, הן אלה שקובעות כמה מותר לבנות בכל חלקה וזאת על סמך כל מיני שיקולים תכנוניים, כאשר רשויות התכנון והבנייה קובעות כמה מותר לבנות בחלקה, הן מציינות את זה בצורה של אחוזים משטח החלקה {למשל: מותר לבנות 600% וכו'..} ומכאן התפתח המונח ***אחוזי בניה**.

קיום קבלנים שבונים בתים משותפים מנצלים את כל אחוזי הבנייה אבל בעבר בבתים ישנים קבלנים לא תמיד נצלו את כל אחוזי הבנייה, בנוסף רשויות התכנון והבנייה לפעמים מוסיפות אחוזי בניה לבניינים קיימים וכתוצאה מכך ישנם קיום בתים משותפים עם **אחוזי בנייה בלתי מנוצלים**, במילים אחרות-בתים האלה ניתן להוסיף בנייה.

למשל השכן שמצמיד את החצר רוצה להצמיד את החצר כדי לבנות בחצרו אותו דבר לגבי הגג(פנטהאוז), היינו השכן רוצה את ההצמדה למטרת בנייה.

התנאים לבנייה כזו:

1. חייבים לוודא שבבית המשותף ישנם אחוזי בנייה בלתי מנוצלים.
2. כמובן ששכן שרוצה לבנות יצטרך לקבל היתר בנייה מרשויות התכנון והבנייה- כדי לקבל היתר בנייה.
3. אחוזי הבנייה הבלתי מנוצלים שייכים במשותף לכל בעלי הדירות בבניין, אגב החלק שיש לכל דירה באחוזי הבנייה נקבע לפי החלק המתמטי שיש לכל דירה ברכוש המשותף {**אסמכתא בפס"ד צדוק נ' שיכון ופיתוח בע"מ 2014**}, מכיוון שכך שכן שבונה בעצם משתמש באחוזי הבנייה ששייכים לכולם!(כל גרגר וגרגר באחוזי הבנייה שייך לכולם) יתרה מזאת אפילו אם שכן רוצה לבנות בהיקף מצומצם שלא חורג מהחלק המתמטי שיש לו ברכוש המשותף עדיין הוא משתמש באחוזי בנייה ששייכים לכולם ולכן הוא חייב לקבל הסכמה מכל בעלי הדירות בבניין לעצם הבנייה.
4. בעניין הסכמה גם כאן בתי המשפט מאוד מאוד החמירו וקבעו שההסכמה של בעלי הדירות חייבת להיות מפורשת וברורה ולהתייחס ספציפית לנושא הבנייה- אם שכן הסכמים להצמדה זה לא אומר שהוא מסכים לבנייה ! –ההסכמה צריך להיות לעצם הבנייה !! {למשל: **פס"ד ביבי נ' הורברט-** בפרשה זו נאמר שההסכמות של בעלי הדירות יכולות להינתן בכל מיני דרכים, אפשר למשל: לציין את הדבר בתקנון, אפשרות אחרת להחתים את כל בעלי הדירות על חוזה מתאים, אפשרות נוספת היא לקבל החלטה מתאימה באסיפה הכללית- העיקר שההסכמה תהיה מפורשת וברורה}.
5. אנחנו מבינים כמה קשה מבחינה משפטית לקבל הסכמות לבנייה ולכן גם כאן ההמלצה היא לבעל הדירה לרשום בטאבו את ההסדר/ההסכמה לגבי הבנייה וניצול אחוזי הבנייה, זה יכול להראות מוזר כי למעשה כל הנושא של אחוזי הבנייה נגזר מחוק התכנון והבניה ולעומת זאת בחוק המקרקעין אין התייחסות ספציפית לאיך רושמים עסקאות לפי אחוזי בנייה, זאת מאחר וחוק המקרקעין הוא ישן היינו לא חשבו על מצבים כמו היום בהם תמיד קבלן ינצל את כל אחוזי הבנייה

שלו-עניין זה הוסדר בפס"ד ישעיהו נ' שטרייכר 2005 וההלכה היום- הדרך הראויה היא לציין בתקנון את ההסדר או ההסכמה שהוסגה לגבי ניצול זכויות הבנייה, זה דורש עדכון של התקנון והפואנטה היא ההמלצה היא לרשום בטאבו את התקנון המעודכן.

הכלל: 100% הסכמה להצמדה + לבנייה- גמרנו לדבר על כלל זה.

החריג: רב מיוחס.

עתה נדון בחריג, במקרים רבים בעלי דירות לא מצליחים להשיג הסכמה של 100% בגלל תופעת הסחטנים, היינו אותו שכן יקבל הסכמות ואדם אחד מתוך פרינציפ יכשיל את העסקה, כדי להתגבר על התופעה הזו נקבע חריג בס'71(ב)(א) **בחוק המקרקעין** המאפשר להסתפק ברוב מיוחס היינו רוב מאוד גבוה אבל שאינו 100%.

ס'71(ב)(א)- הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המסוים בדירה פלונית לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה הדירה, לא דורש הסכמה של כל בעלי הדירות אלה דיי ברוב מיוחס, הרוב המיוחס הוא 3/4 ממספר הדירות אשר שני שלישים מתמטיים מהרכוש המשותף צמודים להם. יש כאן תנאי כפול מצטבר:

- צריך 3/4 ממספר הדירות שיחתמו הסכמתם.
- בודקים מה החלק המתמטי שיש לכל דירה ברכוש המשותף וחייבים מינימום של 2/3 מתמטיים ברכוש המשותף.

כמובן שכל בעל דירה ירצה להשתמש בחריג, אבל החוק והפסיקה קבעו תנאים שונים לתחולת החריג:

א. סעיף 71(ב)(א) חל על הצמדה לשם בנייה שמטרתה הרחבת הדירה, יש פה 3 אלמנטים:

- השכן רוצה לצמיד + לבנות על החלק המוצמד + והמטרה היא להרחיב את הדירה.
- התעוררה השאלה מה קורה כאשר שכן בעבר השיג רוב של 100% לצורך הצמדה ורק עכשיו אחרי שנים הוא מעוניין לבנות לשם הרחבת הדירה? - מבחינה מילולית החריג לא יחול במצב כזה אבל בפרשת פל נ' לייבוביץ- נקבע שהחריג יחול גם במצב כזה ולכן עכשיו לגבי הבנייה והרחבת הדירה אפשר להסתפק ברוב המיוחס שקובע הסעיף, ביהמ"ש העליון לפסיקתו של עמית הסביר שאם לא נקבע כך אזי שמצבו של מי שכבר הוצמד לו שטח בעבר יהיה גרוע יותר ממצבו של מי שטרם השיג את הצמדה וזה לא הגיוני.
- מה נחשב "הרחבה"?** - פס"ד עטיה נ' שגיאה- באותו מקרה בעל דירה בקומה מס'4 רצה להצמיד לדירה שלו חלק מסוים מהחצר כדי לבנות שם מחסן פרטי, הוא לא הצליח להשיג הסכמה של 100% אבל הוא כן השיג את הרוב המיוחס, התעוררה השאלה האם החריג חל במצב דברים זה? - ביהמ"ש פסק שלא, הוא קבע שהרחבה דורשת סמיכות פיזית לדירה וכאן לא הייתה סמיכות כזו.
- ס'71(ב)- הגבלת היקף הבנייה:** הסעיף קובע ששכן שמעוניין להשתמש בחריג יכול לבנות מקסימום תוך ניצול החלק היחסי שיש לדירה שלו בזכויות הבנייה המשותפות לכולם- הסעיף רוצה לאפשר גם לשכנים אחרים לבצע הרחבות בעתיד, לכן אסור לשכן לבנות כמה שהוא רוצה, הוא מוגבל בהיקף הבנייה, כמה? - לפי חלקו המתמטי באחוזי הבנייה.
- ס'71(ג) הסכמה-** בעל דירה שהרחבה במסגרת החריג נחשב כמי שמסכים להרחבה דומה של בעלי הדירות אחרים בבניין- יישום עקרון תו"ל.
- תיקון התקנון-** מכיוון שהרחבה מבוססת על הצמדה של חלק מהרכוש המשותף, חל ס'55(ג) שקובע שחייבים לעדכן את הצמדה בתקנון הבית המשותף+ ההמלצה היא לרשום את התקנון המעודכן בטאבו.

בבית משותף ס'11 לגבי חלל הרום וכו' אינו חל.

מסמכי היסוד בבית המשותף

- צו רישום הבית המשותף
- התקנון
- החלטות האסיפה הכללית

א. צו רישום הבית המשותף – הוא למעשה המסמך שמוליד את הבית המשותף. כדי לרשום בית משותף בטאבו חייבים לקבל אישור של המפקח על בתים משותפים על כך שהבניין באמת מתאים להירשם כבית משותף. המפקח מכין צו מסודר שנותן תיאור כללי של הבניין, הצו מפרט תיאור כללי של

הבניין, במיוחד הצו מפרט איזה חלקים הם רכוש משותף ואיזה חלקים הם דירות. המפקח מוסר את הצו הזה בטאבו ועל סמך הצו הזה הנכס נרשם בטאבו כבית משותף. צו הרישום נשאר בטאבו והוא פומבי (כל אחד יכול לעיין בו).

ב. התקנון – התקנון הוא החוקה הפנימית של הבניין, כשאומרים חוקה אנחנו מבינים שמדובר על מסמך מאוד עקרוני ומאוד חשוב. למה? כי לפי ס' 61 לחוק המקרקעין כל בית משותף חייב שיהיה לו תקנון. אי אפשר להתנהל בלעדיו, התקנון מסדיר את היחסים בין בעלי הדירות ואת החובות והזכויות שלהם בנוגע לבית המשותף. למעשה, כל העניינים העקרוניים והחשובים שמתייחסים לבית משותף אמורים להופיע בתקנון. קיימות 2 אפשרויות לגבי התקנון:

* **תקנון מיוחד** שהבית המשותף עורך לעצמו, ז"א בעלי הדירות באמצעות עו"ד מנסחים את התקנון בהתאם לצרכים המיוחדים של הבית שלהם. לפי ס' 62(ג) תקנון כזה ניתן לרישום בטאבו ואם אכן נרשם אז כוחו יפנה גם כלפי דירות חדשים שיצטרפו לבניין בעתיד. (רישום בטאבו זה לא חובה, אבל כבר גיבשנו תקנון, יכול להיות שאני כבעלת דירה ספציפית יש לי אינטרס מיוחד בתקנון, אבל אם אני לא ארשום את התקנון בטאבו מחר בדירה 5 יתחלפו הבעלים והוא לא יסכים לגבי מה שהוחלט לגבי ההצמדות שכתובות בתקנון- אם זה לא נרשם בטאבו לא יוכלו להכריח אותו לבצע את התקנון).

בפועל, אנחנו רואים הרבה מאוד בתים משותפים שהכינו תקנון מיוחד אבל, לא רשמו אותו בטאבו, מה כוחו של תקנון כזה? הנושא נדון **בפס"ד שפר נ' בונה** (פס"ד של העליון) – שם נאמר שתקנון שלא נרשם בטאבו מחייב אבל רק את מי שהיו בעלי דירות באותה עת. במילים אחרות, כמו שאמרנו קודם, מי שיצטרף מאוחר יותר לא חייב לכבד את התקנון הזה, בעניין הזה מציע פרופסור מיגל דויטש לקבוע שאם קונה דירה חדש ידע בדרך כלל שהיא על תקנון שנעשה עוד קודם ולא נרשם בטאבו אז מכוח הידיעה הזו הוא בכל זאת יהיה כפוף לתקנון. צריך לזכור שבית המשפט העליון מתחיל לאמץ את גישתו. אנחנו רואים זאת בפרק של שיתוף, למדנו על הסכמי שיתוף, ראינו שהסכם שיתוף יש לגביו הוראה מאוד דומה, אפשר לרשום אותו בטאבו ואז הוא יחייב גם צדדים חדשים, שותפים חדשים שהצטרפו לשיתוף מאוחר יותר. **בפס"ד דהאן נ' שמחון** ראינו ששותף חדש שהצטרף לשיתוף מאוחר יותר אבל עצם עניינם והעדיף לא לבדוק האם קיים הסכם שיתוף, נחשב חסר תום לב, נחשב כמי שאמור היה לדעת על הסכם השיתוף ומכוח העניין הזה נקבע שהוא כפוף לאותו הסכם שיתוף. ניתן להגיד שתקנון הוא כמו חוזה.

* **תקנון לדוגמא/התקנון המצוי** – בסוף חוק המקרקעין יש כל מיני נספחים, כל מיני תוספות לחוק. אחת התוספות היא תקנון לדוגמא של בית משותף, לפי ס' 64 לחוק המקרקעין התקנון הזה מהווה ברירת מחדל. אם הבית המשותף לא ניסח לעצמו תקנון מיוחד עלולה להיות בעיה, עלולה להיות לקונה- חסר, הרי אמרנו שכל בית משותף חייב תקנון. ולכן הפתרון הוא שבמצב כזה חל באופן אוטומטי התקנון לדוגמא של חוק המקרקעין. למעשה על רוב הבניינים בארץ חל התקנון לדוגמא-ודאי על כל הבניינים הישנים, כי אם לא היה קבלן שיש לו באופן מיוחד אינטרס לנסח תקנון מיוחד לבניין אז בעלי הדירות בדר"כ לא יוזמים ניסוח תקנון מיוחד, ולכן בבניינים כאלה באופן אוטומטי חל התקנון לדוגמא. בגלל שהתקנון הזה מאוד נפוץ ומצוי בהרבה מאוד בניינים קוראים לו גם "התקנון המצוי". מכיוון שהתקנון לדוגמא הוא חלק מחוק המקרקעין אין צורך ואין אפשרות לרשום אותו בטאבו, בגלל שהוא חוק מחייב כל בעלי הדירות מחויבים לחוק הזה, לתקנון, גם מי שהצטרף לבניין מאוחר יותר.

התקנון המצוי הוא די מינימליסטי, הוא מאוד בסיסי כי זה דבר שצריך להתאים לכל הבניינים המשותפים. כמובן שבתקנון המצוי לא מפורטות הצמדות (חניה, מחסן) כי הצמדות זה דבר ספציפי מיוחד לכל בניין בנפרד.

שינוי התקנון: הכרנו עד עכשיו את שני סוגי התקנונים- זאת נקודת המוצא, כשנולד בית משותף לחובה שיהיה לו תקנון – שינוי תקנון נכון לגבי שני התקנונים, בין אם הכינו תקנון מיוחד ובין אם חל התקנון לדוגמא.

ברור לנו שבמשך השנים הצרכים של הבית המשותף משתנים, מה שקבוע בתקנון יכול להיות שכבר לא מתאים יותר למציאות העכשווית. דוגמא הצמדות- אולי שכן אחרי שנים שהוא עבד על זה הצליח לשכנע את בעלי הדירות ולבצע הצמדה, הוא רוצה שההצמדה תהיה בתקנון, למעשה הצמדה כזאת חייבת להיכתב בתקנון אחרת אין לה תוקף. צריך לעדכן או לתקן את התקנון הקיים. דוגמא נוספת: למדנו על **פס"ד נציגות הבית המשותף נ' מרכוס** – שם ראינו שדירות בקומה הראשונה שבכלל לא יכולות להשתמש במעלית (יש להן כניסה נפרדת) ובכל זאת צריכות להשתתף בהוצאות המעלית. ובכן, תוצאה כזאת היא לא צודקת ולכן יכול להיות שבעלי הדירות יסכימו לשחרר את הדירות בקומה הראשונה מהוצאות המעלית, איפה כותבים כזה דבר עקרוני וחשוב? בתקנון, ולכן מתעורר צורך בעדכון או שינוי התקנון.

אז איך משנים את התקנון ?

החלק הפשוט הוא כמובן להכין מסמך שעו"ד מכין (כי זה מסמך משפטי) שמפרט מה בדיוק מתקנים בתקנון. אבל השאלה החשובה והעקרונית היא מהו הרוב הדרוש לצורך שינוי התקנון ? כמה אנשים אני צריכה להחתים שהם מסכימים למסמך הזה של תיקון התקנון ?

חוק המקרקעין קובע 3 כללים - מופיע בסעיף 62(א) לחוק המקרקעין :

1. כדי לשנות את התקנון נדרש רוב של 2/3 חלקים מתמטיים ברכוש המשותף – לכל דירה צמוד גם חלק מתמטי מהרכוש המשותף, מופיע בנסח של כל דירה.
2. אם מדובר בהטלת חובות או תשלומים חדשים שלא נזכרים בחוק המקרקעין או בתקנון הקיים של הבניין, או שמדובר בשינוי חלוקת ההשתתפות בהוצאות, או שמדובר בשינוי זכויות, אז בנוסף נדרשת הסכמה של כל בעל דירה שעלול להיפגע מהשינוי – כלל כזה היה לנו בהחלטות של האספות הכלליות.
- ההיגיון בסעיף ברור, אם הולכים לשנות תקנון אבל השינוי הזה עומד לפגוע במישהו חייבים את הסכמתו וזה יכול להיות הסכמה של בעל דירה אחד חייבים את הסכמתו. זה יכול להיות פגיעה בכמה בעלי דירות וזה יכול אפילו לפגוע בכל בעלי הדירות - המשמעות היא שחייבים הסכמה של כולם.
3. אם מדובר בהצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לטובת דירה פלונית חייבים הסכמה של כל בעלי הדירות בבניין – לכלל הזה יש חריג בס' 71 (ב) ולפי החריג הזה אם מתקיימים כל התנאים שלו אז אפשר להסתפק ברוב מיוחס.

* כדי לשנות את התקנון אפשר לכנס אסיפה כללית, לדון בנושא ולקבל החלטה על שינוי התקנון. אבל, אין חובה לכנס אסיפה כללית, החוק לא דורש את זה, ולכן די בכך שעוברים מדלת לדלת ומחתימים את השכנים. בכל מקרה, הרוב הדרוש לשינוי התקנון הם שלושת הכללים שמנינו.

* בהנחה שהתקבל הרוב הדרוש לצורך תיקון התקנון מומלץ מאוד את התקנון המעודכן לרשום בטאבו. התקנות קובעות איך עושים את זה, בדרך הזו התקנון המעודכן מקבל תוקף קנייני ויחייב גם בעלי דירות חדשים שיצרפו לבניין בעתיד.

* **סעיף 62(ב)** קובע שבעל דירה הוא "לרבות המחכיר". כשהתחלנו את הפרק על בתים משותפים ראינו שבסעיף 52 לחוק כתוב שלצורך ענייני הבית המשותף, אם מדובר בדירות שמוכרות לדורות מי שייחשב בתור בעל דירה זה לא הבעלים של הדירה אלא החוכר לדורות. הקביעה של ס' 52 מאוד הגיונית - כי מי שגר בבניין ומי שאכפת לו מהבניין הוא החוכר לדורות ולכן לצורך הנושא של בתים משותפים מי שנחשב בעל דירה הוא החוכר לדורות. אבל, כשמדובר על התקנון של הבית המשותף לשינוי התקנון יש השלכה עצומה, לא רק על החוכרים לדורות אלא גם על המחכירים – יותר מזה, שינוי תקנון יכול לרוץ מכאן והלאה לנצח ולכן לעניין תיקון התקנון חוק המקרקעין קובע שמי שנחשב בעל דירה ומי שצריך להסכים לתיקון הם גם החוכר וגם המחכיר. נדרשת הסכמה כפולה של שניהם ואם אין הסכמה כזו אז אותה דירה נחשבת כמי שלא מסכימה לתיקון התקנון.

ג. **החלטות האסיפה הכללית** – הסעיף הרלוונטי הוא ס' 71(א) לחוק המקרקעין, לפי החוק כל החלטה שהתקבלה כדין באסיפה כללית אמורה להירשם בספר החלטות של הבניין. לפי ס' 71(א) החלטה שנרשמה בספר מקבלת תוקף קנייני והיא תחייב גם בעלי דירות שיצרפו לבניין בעתיד. ספר החלטות בהרבה בתים בכלל לא קיים, בספר מתייקים את הפרוטוקולים של האספות – המציאות בפועל היא שלא באמת ניתן להסתמך על ספר החלטות. אם בעל דירה מסתמך על החלטה של אסיפה כללית הוא צריך לקחת בחשבון שלאורך שנים החלטה הזאת עלולה ליפול מספר החלטות, ללכת לאיבוד וזה מצב מאוד בעייתי. בית המשפט העליון היה ער לבעייתיות הזאת **בפס"ד דנציגר נ' רביב** – אבל כל עוד החוק לא ישונה זה המצב המשפטי ולכן במקרים רבים יכול להיות שעדיף לבצע את כל הפרוצדורה המסובכת של תיקון תקנון, לרשום את התיקון בטאבו ואז להיות בטוחים בתוקף הקנייני של ההסדר.

שימושים ברכוש המשותף

סעיף 2(א) לתקנון המצוי קובע שבעל דירה לא רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים שפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו אלא אם כן קיבל תחילה הסכמה של האסיפה הכללית. ממשיך הסעיף וקובע לעניין פגיעה ברכוש המשותף זה לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהייתה בעת גמר הבנייה.

בפס"ד אליאס נ' שיפר – בית המשפט קובע שהמונח פגיעה ברכוש המשותף יפורש בהרחבה, ז"א הכוונה היא לא רק לפגיעה פיזית, אלא כל קלקול של שלמות המבנה כולל שינוי המשנה את דמותו הארכיטקטונית. לדוגמה, מה קורה נניח דייר רוצה לשים תריסים בצבע ורוד, וכולם עם צבע לבן – יש כאן פגיעה בחזות החיצונית, לכן נדרשת קבלת הסכמת האסיפה הכללית. אותו דבר לגבי תליית מזגן מחוץ לבניין.

מה קורה אם דייר רוצה לשבור קיר חיצוני? בדוגמה הזו לא מדובר רק בחזות הבניין אלא יש ממש פגיעה קניינית בקיר החיצוני שמהווה קניין של כל בעלי הדירות. לכן כאן נדרשת הסכמה של כל הדיירים – נקבע **בפס"ד גרפינקל נ' ארליך**, אותו דבר כשמדובר על פריצת קיר כדי לתלות מזגן – נקבע **בפס"ד קדמי נ' קווין**. לגבי מזגנים, היום בתקופה המודרנית אין בית שאין בו מזגן וכמעט אי אפשר להתקיים בלעדיו ולכן בית המשפט מתגמש עם העניין של המזגנים, הם לא מקפידים אם אין הסכמה של כולם.

פס"ד שמע נ' סדובסקי – שם אחד מהשכנים שינה את הבית מבית מגורים לעסק, היה שינוי ייעוד, בית המשפט קבע ששינוי ייעוד לא נכלל בגדר סעיף 2(א) לכן בכלל לא נדרשת הסכמה של האסיפה הכללית, זה עניין פרטי של בעלי הדירות. בפועל אכן שינוי ייעוד עלול לפגוע ברכוש המשותף או בערכו אבל הפתרון במקרה כזה הוא תביעה נזיקית, לא תביעה קניינית – זה לא השינוי שהתכוון סעיף 2 – סעיף זה התכוון לשינויים פיזיים.

ההסכמה הנדרשת לצורך סעיף 2(א)

במקרה הרגיל מדובר על רוב רגיל – נקבע **בפס"ד קדמי נ' קווין**, אבל אנחנו צריכים להיות ערניים. כאשר יש ממש גזל מהרכוש המשותף אז כבר לא די ברוב רגיל, נדרשת הסכמה של כל בעלי הדירות גם מי שלא נוכח באסיפה הכללית.

לפי נוסח הסעיף ההסכמה צריכה להינתן מראש, אולם **בפס"ד קדמי נ' קווין** נפסק שהאסיפה מוסמכת לאשר גם בדיעבד.

דבר נוסף לגבי ההסכמה נקבע **בפס"ד אליאס נ' שיפר** נדרש שההסכמה תתקבל במסגרת אסיפה כללית. לא מספיק לעבור בית לבית ולבקש חתימה אלא יש ממש לאסוף אסיפה כללית ושם לקבל את הרוב.

שימוש ברכוש המשותף

מה מותר לדייר לעשות ומה אסור לו? באיזה רוב מתקבלות החלטות. יש שימושים שברור שמותר לי לעשות בבניין – מותר לי לעלות במעלית, לדבר עם חברה בלובי וכדומה. אבל יש דברים שהם יותר בעייתיים – נדרשת השאלה מה מותר ומה אסור לו לעשות.

סעיף 56 לחוק המקרקעין קובע שעל הרכוש המשותף לא יחול פרק ה'. מה זה פרק ה'? הוא עוסק בשיתוף בנכסים – אבל בכל זאת לעניין השימוש ברכוש המשותף הפסיקה החילה את סעיף 31 ואת פסקי הדין הרלוונטיים מכוח ההיקש גם על בתים משותפים זה נקבע בכמה פסקי דין למשל **פס"ד פרשקר, פס"ד וינטרס** בתי המשפט קבעו שבכפוף לאיסורים או הגבלות שנקבעו בתקנון או בהחלטה של האסיפה הכללית כל דייר רשאי לעשות שימוש נאות וסביר ברכוש המשותף ובלבד שלא ימנע שימוש דומה מהדיירים האחרים.

איך נדע מהו שימוש סביר? נעשה היקש **מפס"ד וילנר נ' גולני** השופטת בן פורת, השופטת נתניהו... דוגמאות: אם יש לי תינוק אני יכולה להשאיר את העגלה שלי בלובי? אנחנו לעשות היקש **לסעיף 31 ולפס"ד וילנר** ולהכיל את גישות השופטות – אם כולם יתחילו להשים את העגלות שלהם ברור שזה לא סביר. אותו דבר לגבי משחקים של כדור בחצר. כל זה נכון כל עוד אין החלטה אחרת שנקבעה באסיפה הכללית או בתקנון.

סעיף נוסף שרלוונטי הוא **סעיף 12(א) לתקנון המצוי** – החלטות שעוסקות בשימוש ברכוש משותף אמורות להתקבל ברוב קולות הנוכחים, לכן כשמדובר בשימוש רגיל די ברוב קולות ואז נשאלת השאלה:

מהו שימוש רגיל ?

אנחנו עושים היקש להגדרה שנקבעה ב**פס"ד זולבו נ' זיידה**. כך למשל החלטות ביחס למשחקים בכדור בחצר ובלובי, צריך לבדוק האם זה שימוש רגיל. דוגמא נוספת- נניח שיש חדרון בלובי שעד עכשיו שומש כאחסון אופניים ודיירים רבים רוצים להפוך את זה לגימבורי – זה גם יכול להיחשב שימוש רגיל, אבל יש לשים לב, אם החדר מוגדר בתקנון כמחסן של אופניים ועכשיו רוצים להפוך את זה לגימבורי צריך לעשות שינוי תקנון – סעיף 62(א), סעיף 55(ג) וכדומה.

יש החלטות שלא די ברוב רגיל – יש החלטות או שימושים העולים כדי שינוי זכויות ברכוש המשותף או הטלת תשלומים חריגים מסוג שלא פורש בחוק ואז יש לקבל את הסכמת כל מי שנפגע- סעיף 12(ב) לתקנון המצוי.

דוגמא: נניח קומה 2 כל היום מפתח גרעינים ומלכלך את הדשא, אנחנו רוצים להחליט שבמקום 400 ₪ ועד יטילו עליו 700 ₪ ועד (הוצאות ניקיון) – יש לקבל הסכמה של מי שנפגע.

דוגמא נוספת היא תפיסת חזקה ייחודית של הרכוש המשותף – נניח קנייני מחסן ושמתי אותו בדשא; במצב כזה נדרשת הסכמת כולם. כאשר מדובר בפגיעה קניינית לדוגמא שברתי את החלון ואת הקיר החיצוני – גם כאן נדרשת הסכמה של כל הדיירים.

פס"ד טניה קגאן נ' יצחק – מדובר על שכנים בבית משותף, טניה היתה גרה בקומת הקרקע ויצחק היה גר מעליה. לטניה היה תחביב – להאכיל חתולי רחוב. היה הייתה מאכילה 20 חתולי רחוב שהיו מתכנסים בבניין, יצחק הגיש צו מניעה לבית משפט השלום שיורה לה להפסיק להאכיל את החתולים בתוך הבניין בטענה שזה עושה לכלוך, רעש – היא טענה שהיא מנקה אחריה ושזה לא עושה שום נזק. בית המשפט קבע שהאכלת עשרות חתולי רחוב בחצר המשותפת זה לא שימוש סביר במקרקעין. זה מצב העולה כדי מטרד ליחיד. טניה הגישה ערעור למחוזי שלא התקבל. האם טניה התייאשה? לא, היא הגיעה לעליון וזה נדחה.

פס"ד מ.ע.ג.ן יעוץ וניהול נכסים נ' מרסה – פס"ד שהגיע לעליון של השופט דנציגר 2012. הדיירים בבניין התנגדו שדיירים אחרים יעשו סוכה בסוכות, בית המשפט העליון אומר שבניית סוכה על הגג או בחצר זה בהחלט שימוש סביר.

נניח רוב בעלי הדירות ביקשו לקבוע כלל שלא יהיה משחקי כדורגל בבניין מהשעה 14:00-16:00 לא משחקים לא בתוך הבית ולא מחוץ לבית. יש להבחין בין השטח שבתוך הבית שלי לבין הרכוש המשותף. לגבי הרכוש המשותף אין בעיה לקבוע כלל כזה, נדרש רוב רגיל באסיפה. אך לגבי פנים הדירות יש את סעיף 54 לחוק המקרקעין – כל דירה זה נושא נפרד לבעלות ואין זכות לקבוע לאחר מה הוא יעשה בתוך הבית שלו. אם יש רעש- יש חקיקות עירוניות, ניתן להגיש תביעה נזיקית- אבל מבחינה קניינית אף אחד לא יכול להגיד לי מה לעשות בתוך הבית שלי.

נניח שהשכן מהקומה השנייה כל היום מפצח גרעינים ומלכלך את הדשא, האם האסיפה יכולה לקבוע כלל שהוא ירד כל יום לנקות את הדשא? מדובר כאן על הטלת חיוב חריג ויש לקבל את ההסכמה של מי שנפגע.

פס"ד הנציגות נ' היינהורן - בימ"ש קבע כי לא מדובר בהוצאה או חיוב לפי סעיף 58 אלא בחובה מיוחדת ויש לקבל הסכמה של מי שנפגע.

מה קורה לגבי שיפוץ של הבניין?

לגבי שיפוץ יש להבחין אם מדובר בשיפוץ שנדרש לשמור על אחזקתו התקינה של הבניין כפי שהיו בעת גמר הבנייה די ברוב רגיל. למשל- מדרגות שבורות ורוצים להחליף, הצבע דהה, המעלית לא עובדת וכו'. אבל אם מדובר בשיפוץ שמשדרג את הבניין למשל רוצים לצפות את כל הבניין שיש או שרוצים להחליף את האינטרקום למולטימדיה אז כן נדרשת הסכמת כולם שכן מדובר בתשלומים חדשים שלא פורטו בחוק. סעיף 58 מדבר רק על תחזוקה ועל תשלומים שנועדו לתחזוקה שותפת לא על שדרוגים של הבניין.

יתכן שבכלל לא נחוצה החלטת האסיפה הכללית מאחר שהסמכות היא בידי הנציגות- **סעיף 5 לתקנון המצוי** וגם **סעיף 69 לחוק המקרקעין**. אבל מדובר על דברים ממש קלילים כגון ריצוף שנשבר.

פס"ד משנת 2017 עילית נ' נחמיאס- שכנים בבית משותף רצו להקים חניות בחצר המשותפת, במילים אחרות הם רצו לעשות שינוי ברכוש המשותף. בהתחלה זה הגיעה למפקחת על הבתים המשותפים והיא קבעה שהקמת החניות זה לא שימוש רגיל ברכוש המשותף במיוחד כשזה אמור להיות לשימושם רק של המבקשים ולכן היא קבעה שיש צורך בהסכמת כלל הדיירים. הדבר הגיע לעליון והוא קבע כי הקמת שתי החניות זה לא שימוש סביר, הקמת החניות כרוכה בעבודות משמעותיות ברכוש המשותף שכוללות עקירת עצים שינוי מיקום הפח, נטיעת עצים במקום אחר, סלילת שביל בקיצור זה כרוח בהרבה בלאגן. בימ"ש עשה היקש מסעיף 31 ומפס"ד וילנר ואומר כי אל מדובר בשימוש רגיל וסביר אשר אינו מונע שימוש דומה מאחרים ולכן נדרשת הסכמה של כל הדיירים.

כשמדברים על בית משותף יש איזושהי היררכיה. ראשית, יש סעיפים קוגנטיים שבחוק המקרקעין לאחר מכן יש סעיפים דיספוזיטיביים שניתן להתנות עליהם שהם בד"כ הקובעים אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון למשל סעיף 58 ולאחר מכן יש את תקנון הבית המשותף- אסור שהתקנון ינגוד הוראות חוק קוגנטיות ולבסוף יש את החלטות האסיפה הכללית שאסור שהן ינגדו לא את החוק ולא את התקנון. יש 2 דרכים לתת תוקף קנייני להסדרים בבית משותף:

1) לכתוב תקנון ולהכניס את זה לתקנון ולרשום בטאבו

2) קבלת החלטה באסיפה הכללית ורישומה בספר החלטות שבבית המשותף. המרצה העבירה על זה ביקורת כי היא אמרה שספר החלטות הוא לא משהו קבוע, הוא יכול ללכת לאיבוד ועדיף לרשום בטאבו.

לפעמים החוק בעצמו מורה לך איך לפעול מבין שתי הדרכים למשל סעיף 58 לגבי הוצאות מחייב אותך לרשום בתקנון אך הרישום בטאבו הוא לא חובה.

עסקאות נוגדות + תרגול

אנחנו מדברים על מצב שבו אדם מתחייב פעמיים או אפילו יותר כלפי אנשים שונים באופן כזה שלא ניתן לקיים את 2 ההתחייבויות.

הדוגמא הקלאסית לעסקאות נוגדות היא שאדם אחד מוכר את דירתו פעמיים.

א' בעלים של דירה, הוא מוכר את הדירה שלו פעם לב' ופעם לג' וברור שאת שתי ההתחייבויות האלה אי אפשר לקיים במקביל, השאלה היא מי ינצח בתחרות? מקובל לדבר בשנים האחרונות על תחרות זכויות. במקרקעין יש לנו את סעיף 9 לחוק המקרקעין – "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמו בעודו תם לב, זכותו של השני עדיפה".

הרעיון הוא שאם שני המתחרים ב' ו-ג' יש להם בסך הכל זכות אישית (אובליגטורית) אז הראשון בזמן גובר. אבל, ממשיך הסעיף ואומר שאם השני בזמן השלים את זכותו לקניינית + תום לב + תמורה אז השני בזמן גובר. ההיגיון מאוד ברור- הראשון בזמן יש לו בסך הכל זכות אישית ואילו לשני בזמן יש זכות קניינית, תום לב ותמורה אז השני בזמן גובר.

ישנה אפשרות שלישית שהסעיף לא מתייחס אליה, מה קורה כשלאשון בזמן יש זכות קניינית? במצב כזה לפי העקרונות הכללים של דיני קניין הראשון בזמן גובר – הוא גם ראשון בזמן, גם יש לו זכות קניינית וברור שיש לו מעמד מאוד חזק, לכן ס' 9 לא מתייחס לסיטואציה כזו.

לכלל זה יש חריג: אם לראשון בזמן יש זכות קניינית והשני בזמן מקיים את תקנת השוק אז השני גובר. עסקאות נוגדות יכולות להיות גם במיטלטלין, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 12 לחוק המיטלטלין, ס' 12 הוא העתק של סעיף 9 בהבדל אחד- במקום רישום בטאבו מדובר על קבלת החזקה בנכס. גם סעיף 12 כולל את שני הכללים הראשונים וגם במיטלטלין הכלל השלישי לא נזכר בסעיף 12 עצמו.

סיטואציה של עסקאות נוגדות קוראת הרבה פעמים בגלל מרמה, אבל יכולות גם להיגרם עקב טעות בתום לב – למשל קבלן בפרויקט ענק בטעות מכר את אותה דירה פעמיים.

לא חשוב מה הסיבה של עסקאות נוגדות – ברגע שנקלענו לסיטואציה הזו מכריעים במקרקעין לפי ס' 9 ובמיטלטלין לפי ס' 12.

עסקאות נוגדות לא חייבות להיות דווקא מכר מול מכר, יכולות להיות סיטואציות נוספות של 2 עסקאות שלא יכולות להתקיים במקביל, לדוגמא: מכר מול חכירה לדורות. א' מתחייב לב' למכור לו את הדירה ואחר כך את אותה הדירה הוא מתחייב להחכיר לג' ל-49 שנים. ב' כבר נתן משהו לחשבון והוא לא מוכן לוותר עליה.

דוגמא נוספת: מכר מול משכנתא. א' הבעלים מתחייב למכור את הדירה שלו לב'. לאחר מכן א' הבעלים לוקח הלוואה מבנק וממשכן את הדירה במשכנתא לבנק. שוב עסקאות נוגדות – כי הם לא יכולות להתקיים במקביל.

סיטואציה של עסקאות נוגדות מאוד נפוצה ומאוד קשה כי מי שמפסיד בתחרות בד"כ נשאר בחוסר כל. את הנכס עצמו הוא הפסיד למתחרה, כל מה שנשאר לו זה לתבוע את א' הבעלים בעילת הפרת חוזה כי הבעלים לא מוסר את הדירה, אבל בד"כ א' או שהוא רמאי שנעלם או שהוא אדם שהסתבך בחובות – אז אני לא יוכל בפועל לקבל פיצויים. בנוסף, למי שמפסיד אין שום עילת תביעה כלפי המנצח – אין ביניהם חוזה, הם לא מכירים אחד את השני. לכן התביעות מגיעות לבית המשפט העליון.

סעיף 80 לחוק המקרקעין : חל בסיטואציה מאוד ספציפית. הוא חל על תחרות בין 2 שכירויות קצרות. "שכירות קצרה" היא שכירות עד וכולל 10 שנים בדיוק – שכירות קצרה לא טעונה רישום בטאבו (לא חייבת להירשם) כדי להפוך אותה לקניינית, אלא, היא הופכת לקניינית באופן אוטומטי עם קבלת ההחזקה במושכר (לפי סעיפים 78 (א) לחוק המקרקעין + סעיף 152 לחוק הגנת הדייר), אם השוכר רוצה לרשום את השכירות בטאבו זה אפשרי , אבל זה לא חובה. ובפועל רוב שכירויות הקצרות לא רשומות בטאבו. סעיף 80 מדבר על מצב שבו אדם א' משכיר פעמיים את אותו נכס מקרקעין בשתי שכירויות קצרות לשני שוכרים שונים . לדוגמא בעלים של דירה ליד המכללה התחייב להשכיר את הדירה לסטודנט מסוים והם חתמו על חוזה. כמה ימים אחר כך פנה לבעל הדירה סטודנט אחר שרוצה את הדירה ומוכן לשלם יותר- בעל הדירה חותם על הסטודנט השני. שתי השכירויות הם לשנה. השוכר הראשון לא מוכן לוותר וכך גם השוכר השני- מדובר בעסקאות נוגדות, הפתרון הוא בסעיף 80 לחוק שקובע את אותו מודל של סעיפים 9+12. סעיף 80 לחוק המקרקעין : "הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שהמקרקעין נמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכיר אותם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה. אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב , זכותו של השני עדיפה ."

למה היה צריך הסדר מיוחד בסעיף 80 לגבי שכירות קצרה? התשובה היא שבשכירות קצרה היא הופכת לקניינית עם קבלת ההחזקה ולכן כשאנחנו בודקים את שני המתחרים שלנו אנחנו חייבים לבדוק האם מישהו מהם קיבל את ההחזקה. איפה התמורה? – כשאומרים "שכר" = נתן תמורה.

גם סעיף 80 כולל שני כללים זהים לסעיף 9 וסעיף 12. הכלל הראשון – אם לשני השוכרים הקצרים יש בסך הכל זכות אישית (אף אחד לא קיבל את ההחזקה ואף אחד לא נרשם בטאבו) אז הראשון בזמן מנצח. הכלל השני – אם לראשון בזמן זכות אישית, אבל לשני בזמן זכות קניינית כי הוא קיבל את ההחזקה + תום לב + תמורה, אז השני בזמן מנצח.

קיימת סיטואציה שלישית והיא שכבר לראשון בזמן זכות קניינית – או שהוא קיבל את ההחזקה או שאולי הוא רשם את השכירות בטאבו- במקרה כזה, במקרה כזה, מכוח עקרונות כלליים של דיני קניין הראשון בזמן מנצח, למעט החריג של תקנת השוק.

גם בסעיף 9, גם בסעיף 12 וגם בסעיף 80 – לא משנה אם הראשון בזמן כבר נתן תמורה או לא. התמורה לרלוונטית רק לגבי השני בזמן כי זה אחד התנאים כדי שהשני בזמן ינצח.
בשלושת הסעיפים, 9, 12 ו-80 המתחרה המאוחר בזמן מנצח רק אם הוא קיים את שלושת התנאים המצטברים = זכות קניינית, תום לב ותמורה. ולכן, אם אחד מהם לא מתקיים הראשון בזמן מנצח.

סעיף 80 חל רק בתחרות בין שתי שכירויות קצרות.
ניקח מצב קצת שונה כדי לבדוק איזה סעיף חל. א' בעלים של מגרש והוא מתחייב להשכיר את המגרש לב' ל-15 שנים. (מבחינה טרמינולוגיה ברגע שהשכירות מעל 5 שנים קוראים לה חכירה, מעל 25 שנים מדובר על חכירה לדורות), לאחר מכן את אותו נכס הוא התחייב להשכיר בשכירות קצרה לעשר שנים לג'. לצדדים נודע אחד על השני ואף אחד לא מוכן לוותר – שניהם רוצים את המגרש. השאלה היא מי מנצח? כדי להחליט מי מנצח צריך להחליט איזה ס' חל. האם ס'80 חל כאן? לא, כי לא מדובר בשתי שכירויות קצרות. אם כך, חוזרים לסעיף הכללי של עסקאות נוגדות במקרקעין – ס' 9. אבל, סעיף 9 לא הוגן במצב הזה, כי סעיף 9 דורש מהשני בזמן רישום בטאבו ואילו שוכר קצר כמעט אף פעם לא נרשם בטאבו ולכן אם נשתמש בס' 9 זה מראש בלתי צודק כלפי השוכר הקצר. לכן מה שעושים זה שילוב של סעיפים 9 + 80. התוצאה היא שמשוכר קצר במקום לדרוש רישום בטאבו אפשר לדרוש קבלת ההחזקה במושכר. התוצאה של המקרה תהייה כך- הראשון בזמן גובר, אלא אם השני בזמן בעל זכות קניינית (ע"י קבלת החזקה או ע"י רישום) + פעל בתום לב + נתן תמורה- זו הצעה של פרופסור דויטש ויסמן .

מה יקרה במקרה השני ? בעלים של נכס מתחייב להשכיר אותו לב' בשכירות קצרה (יש חוזה) ב' קיבל את מפתחות הדירה (החזקה), לאחר מכן א' הבעלים את אותו נכס מתחייב להשכיר לג' בשכירות ארוכה 11 שנים – בסיטואציה הזו סעיף 80 ו-9 לא חלים , סעיף 9 חל כאשר לראשון זכות אישית ופה לראשון בזמן זכות קניינית – התשובה לסיטואציה זו היא שהראשון בזמן מנצח (למעט החריג של תקנת השוק) -חל הכלל השלישי, לפי דיני הקניין הכלליים .

א' הבעלים מחייב להשכיר לב' בשכירות קצרה ובי' לא קיבל את ההחזקה וגם לא נרשם בטאבו. לאחר מכן א' הבעלים התחייב להשכיר את אותו נכס לג' בשכירות ארוכה. אף אחד לא מוכן לוותר. האם ס'80 חל? לא, כי הוא חל רק על שתי שכירויות קצרות. אם כן, עוברים ל-9 – אבל, חייבים לבדוק לגבי השוכר הקצר שהזכות שלו לא הפכה לקניינית ע"י קבלת ההחזקה, אצלנו השוכר הקצר לא קיבל את ההחזקה, השוכר השני בזמן ינצח אם הוא רשם את השכירות הארוכה בטאבו + תום לב + תמורה. רק לגבי שוכר קצר צריך לבדוק את האלמנט של קבלת ההחזקה במושכר- אלמנט מסעיף 80.

תום הלב

לפי הגישה הקלאסית תום הלב שנדרש מהמתחרה השני בזמן הוא תום לב סובייקטיבי, די בכך שהוא עצמו לא ידע על העסקה הקודמת, יחד עם זאת, אם התעורר אצלו חשד שאולי יש בעיה והוא נמנע מלבדוק את הנושא זה נחשב ל"עצימת עיניים" וזה נחשב חוסר תום לב. (פס"ד חוות מקורה נ' חסן, פס"ד רוקר נ' סלמון, פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סנדרס) אבל, בשנים האחרונות התפתחה גישה חדשה ולמעשה היום זו ההלכה (זה מה שמחייב). הגישה הזו דורשת תום לב אובייקטיבי – זו הרמה הגבוהה יותר. לא מספיק "האם אדם ידע או לא ידע על עסקה קודמת", אלא, לפני חתימת החוזה הוא חייב באופן אקטיבי לברר את מצב הזכויות בנכס כדי שאם נעשתה כבר עסקה קודמת הוא יגלה אותה.

דבר ראשון שחייבים לבדוק זה את הרישום בטאבו – אולי נגלה שיש משכנתא על הנכס או בעיה אחרת בנכס, היום לא עושים עסקת מקרקעין ולא חותמים על חוזה לפני שבדקים את הטאבו, למשל פס"ד זריק נ' ג'ריס ולפי גישת המלומדים פרופסור דויטש ופרופסור ויסמן.

בתי המשפט לא מתספקים בזה והטילו דבר נוסף- חובה לבקר בנכס. יכול להיות שאם אני אכנס לדירה אני אראה שגרה שם משפחה אחרת, ביקור בנכס יכול לגלות לנו כל מיני בעיות שקיימות בנכס, למשל פס"ד קנייני נ' נאסר, זריק נ' ג'ריס, פס"ד עזבון המנוח ביאד נ' עזבון המנוח לאחס 2014.

עד מתי נדרש תום הלב?

לפי סעיפי החוק 9,12,80 תום הלב נדרש עד לסיום הקנייני של העסקה. במקרקעין עד לסיום הרישום בטאבו/ קבלת ההחזקה בנכס.

פרשת בעלי מקצוע נכסים נ' סנדרס – אדם קנה דירה, חתם על חוזה, שילם ולא גילה שום בעיה בנוגע לדירה. במילים אחרות, היה תם לב. ואז שהוא הלך לטאבו להעביר את הבעלות על שמו בדרך נוגע לו על עסקה קודמת נוגדת, מה הוא עשה? הוא מיהר לטאבו ורשם את העסקה. הקונה הראשון תקף את העניין בבית המשפט ובית המשפט פסק לטובת הקונה הראשון, הסיבה היא שדרישת תום הלב נמשכת עד לסיום הרישום בטאבו, במקרה הזה אותו אדם הפך לחסר תום לב ברגע שנוגע לו על העסקה הקודמת. לכן, הוא לא קיים את שלושת התנאים המצטברים – כי הוא חסר תום לב ולכן הוא מפסיד בעסקה.

** לגבי שוכר קצר הגישה המקובלת היא שהוא לא צריך לבדוק את הטאבו לפני חתימת העסקה. הרעיון הוא ששכירויות קצרות נתפסות כעסקה שהמחוקק לא רוצה לסבך אותה עם יותר מידי פרוצדורה. למרצה יש ביקורת על הדבר הזה – אם מדובר על סטודנט ששוכר לשנה היא מסכימה שלא צריך לרוץ לטאבו, אבל שוכר "קצר" יכול להיות גם שוכר של 10 שנים ולדעת המרצה זה לא באמת שוכר קצר ומשוכר כזה כן צריך לדרוש לערוך בדיקות בטאבו- רק דעת המרצה ופרופסור דויטש!!!! בנושא הזה החוק שותק ואין לנו תשובה של בית המשפט העליון.

תמורה

הדרישה לתמורה היא רק מהמתחרה השני בזמן. הגישה המקובלת היא שהתמורה לא חייבת להיות תשלום מלא עבור הנכס. לפעמים הפרשה מתפוצצת וכל העניין מתגלה כאשר קונה עדיין לא שילם את מלוא התמורה. יחד עם זאת, התמורה חייבת להיות מהותית, ריאלית ובסכום מהותי ביחס לשווי הנכס. כמה בדיוק? אנחנו לא יודעים. ברור שאם אדם נתן רק משהו סמלי ע"ח זה לא נחשב תמורה. הכל תלוי בנסיבות. דיון לגבי אלמנט התמורה קיים בפס"ד חוות מקורה נ' חסן.

תמורה היא לפעמים גם הרבה פעמים אינדיקציה לתום לב, אם אני לא חושדת אין לי בעיה לשלם את כל סכום העסקה.

תמורה לא חייבת להיות בכסף, היא יכולה להיות נכס אחר, מתן שירותים או קיזוז חובות. אבל, בכל מקרה התמורה חייבת להיות תמורה שניתנה בפועל להבדיל מהתחייבות לתמורה עתידית.

שיקול הדעת של בית המשפט:

לפי סעיפים 9,12 ו-80 כללי ההכרעה מאוד ברורים ובית המשפט חייב להיצמד למה שכתוב בסעיפים. במילים אחרות, שיקול דעת צר. בית המשפט לא יכול לשקול נסיבות נוספות שלא מפורטות בסעיפים, למשל, זה לא רלוונטי מי מהצדדים נתן יותר תמורה.

עסקאות נוגדות שמצד אחד דובר באדם מאוד עשיר שיש לו המון דירות והוא קנה דירה להשקעה ומצד שני אותה הדירה קנתה אמא חד הורית, ענייה, מובטלת שבקושי מכל מה שחסכה הצליחה לממן את הדירה- בהרבה מקרים הנטייה שלנו היא לסייע לאישה הזו – אבל בית המשפט לא יכול להתחשב בנתונים האלה- אין שיקול דעת. אסור לו להתחשב בזה ולכן התוצאה היא שלפעמים ההכרעה במובן מסוים לא הוגנת. ישנו סעיף אחר שכן נותן שיקול דעת לבית המשפט – **סעיף 3(4) לחוק החוזים** תרופות בשל הפרת חוזה. הסעיף הזה קובע שהנפגע מהפרת חוזה זכאי לאכיפה אלא אם האכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין. בית המשפט כן יכול לשיקול שיקולי צדק, כן יכול לבדוק את הנסיבות – אישה ענייה מול משקיע עשיר, מי שילם יותר ומי שילם פחות.

איך סעיף 3(4) מתקשר לנושא שלנו לעסקאות נוגדות?

כל אחד מהמתחרים ב' ו-ג' בעצם מבקש מבית המשפט סעד של אכיפת חוזה- כך מתקשר ס' 3(4) אבל בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין קבע שסעיף 3(4) חל רק ביחסים בין צדדים לחוזה והוא לא חל ביחסים בין שני מתחרים בעסקה נוגדת. ולכן התוצאה היא שבית המשפט לא יכול להפעיל שיקול דעת והוא חייב להיצמד לסעיפי החוק. (פומרניץ נ' קדש, הרבסט נ' אריאן, פס"ד גנז נ' בריטיש וקולוניאל).

בחירתו של המפסיד

אמרנו שמי שמפסיד בתחרות מפסיד את הנכס ואין לו שום זכות ביחס לנכס. אבל, לפעמים אם המפסיד מעוניין בכך הוא יכול לקבל את הזכות שהובטחה לו אבל בכפוף לזכותו של המנצח. זה יקרה כאשר הזכות המנצחת קטנה בהיקף שלה מהזכות המפסידה.

פס"ד הרבסט נ' אריאן – באותו מקרה דובר בהתחייבות למשכנתא ואח"כ התחייבות למכר. בית המשפט קבע עפ"י הנסיבות של אותו מקרה שההתחייבות למשכנתא היא המנצחת. אבל, באותו מקרה סכום החוב של המשכנתא היה קטן ולכן הקונה של הנכס שהפסיד בתחרות הודיע שהוא מוכן לקנות את הנכס בכפוף למשכנתא (עם החוב), הוא הניח שבעיית המשכנתא תיפתר בקלות ואז הוא יישאר עם נכס נקי ממשכנתא. זה מצב נהדר אם שני הצדדים יכולים לקבל את הזכויות שהובטחו להם, אבל ברוב המקרים זה לא קורה.

עסקאות נוגדות והערת אזהרה

למדנו שזכות אישית/ אובליגטורית היא זכות מאוד חלשה. ולכן כדאי לבעל הזכות כמה שיותר מהר לשכלל את הזכות ולהפוך אותה לקניינית, אבל, זה לא תמיד אפשרי – לדוגמא כשאני קונה בית מקבלן על הנייר, עד שהבניה תסתיים זה ייקח כמה שנים ועד שהקבלן יסיים את הרישום של בית משותף-רק בסוף הוא ירשום את הדירה על שמי (תקופה ארוכה). נניח שאני קונה דירה קיימת ואין לי את כל הסכום לשלם במזומן, אני פורסת תשלומים ומסכמת שבעוד 9 חודשים אגמור לשלם ורק אז הדירה תירשם על שמי. לאורך כל התקופה הזו הקונה בסיכון, יש לו רק זכות אישית.

כדי להגן על בעל הזכות האישית נולד המכשיר של "**הערת אזהרה**" סעיף רלוונטי ס' 126 לחוק המקרקעין. **הערת אזהרה** יכול לרשום לטובתו כל מי שיש לו זכות אישית בקשר למקרקעין. זה יכול להיות קונה בעסקת מכר, זה יכול להיות חוכר, זו יכולה להיות זכות אישית למשכנתא, זכות אישית לזיקת הנאה ובקיצור- כל הזכויות האישיות. הערת אזהרה ניתן לרשום כאשר מי שהתחייב מול בעל הזכות האישית הוא עצמו בעל זכות קניינית במקרקעין, בדרי"כ בעלים, אבל יכול להיות גם חוכר לדורות וכל בעל זכות קניינית. רישום ההערה יכול להתבצע באופן חד צדדי ע"י בעל הזכות האישית, הוא מגיע לטאבו עם המסמכים הנדרשים ואין אפילו צורך בהסכמת הצד השני לעסקה. הרישום מאוד פשוט ובדרי"כ מתבצע במקום. ולכן הערת אזהרה היא מכשיר שקל לביצוע. את ההערה אפשר לראות בנסח טאבו והוא מרשם פומבי, כולם יכולים לראות וזו בידיוק המטרה.

מה המהות המשפטית של הערת האזהרה?

ברגע שנרשמת הערת אזהרה, זה לא רישום קנייני של העסקה עצמה. ולכן הזכות האישית שמוגנת ע"י הערה נשארת עדיין זכות אישית. הערת האזהרה נתפסת כמכשיר הגנתי, כל המטרה שלה היא להגן על הזכות הקניינית וליידע את הציבור על כך שלגבי הנכס הנדון נעשתה כבר עסקה ונולדה זכות אישית. ולכן, למרות שמדובר ברישום בטאבו זה לא רישום קנייני.

הערת אזהרה היא עניין מיוחד ובית המשפט העליון במשך שנים התלבט בשאלה האם מדובר בזכות אישית או בזכות קניינית? מצד אחד, הערת אזהרה היא בשה"כ מכשיר הגנתי ולכן לא אמור להיות לה אופי קנייני, מצד שני, הערת אזהרה נותנת הגנה כ"כ טובה לזכות האישית, כמעט כמו זכות קניינית, אז אולי בכל זאת ראוי להכיר בה כזכות קניינית. ובכן, הדילמה הזו נפתרה בפס"ד **בנק מזרחי נ' עו"ד רוזובסקי** – נקבע שהערת האזהרה היא יצור כלאיים. משהו מעורבב, כי לפעמים בולט האופי האישי שלה ולפעמים האופי הקנייני. בית המשפט הוסיף ואמר שכדי להחליט אם הערת האזהרה היא אישית או קניינית צריך לבחון כל מקרה לגופו על רקע השאלה שעומדת לדיון. מאז פס"ד וכתוצאה ממנו נעשו תיקוני חקיקה בחוק המקרקעין וגם ניתנו מאז מספר רב של פסקי דין בעליון בנוגע להערות אזהרה **התוצאה היום מכל אלה - הערת האזהרה נחשבת זכות אישית.**

איזו הגנה נותנת הערת האזהרה?

1. עסקאות נוגדות- א' בעלים של נכס, מתחייב לעשות עסקה, למכור לבי' ואח"כ את אותו נכס בדיוק מתחייב למכור לג' באופן כזה שאי אפשר לקיים את 2 העסקאות במקביל, מצב של תחרות זכויות. הקונה הראשון בזמן רשם לטובתו הערת אזהרה – הדבר הטכני נותן הגנה מעולה לבי'. דבר ראשון, ברגע שנרשמת הערת אזהרה היא פומבית, כל מי שילך לטאבו וירצה לבצע עסקה בנכס יראה את הערה ויבין שנעשתה התחייבות- ולא יתקשר בעסקה נוגדת. דבר שני, במצב של עסקאות נוגדות הערת האזהרה גורמת לכך שבי' לטובתו היא נרשמה, מנצח בתחרות כל מתחרה מאוחר יותר (גי'), במצב של עסקאות נוגדות יחול ס' 9 – לפיו המתחרה המאוחר, ג', מנצח רק אם הוא קיים 3 תנאים מצטברים- כשאחד מהם הוא תום לב, אם ג' עשה מה שצריך ובדק את הטאבו לפני חתימת החוזה הוא היה מגלה את הערת האזהרה ואת הזכות של בי' – הוא כבר לא תם לב, הוא יודע על הבעיה, הוא חסר תום לב ברמה הסובייקטיבית. אבל גם אם ג' לא בדק את הטאבו הוא ייחשב חסר תום לב- וזאת כי היום החובה היא לבדוק את הטאבו, ומי שלא בדק עצם המחדל מהווה חוסר תום לב. מסקנה: ג' המתחרה המאוחר בכל מקרה חסר תום לב ולכן בי' הראשון בזמן בזכות הערת האזהרה מנצח בתחרות. דבר שלישי, לפי סעיף 127(א) לחוק המקרקעין ברגע שרשומה הערת אזהרה אסור לרשם לרשום עסקה קניינית נוגדת. ז"א במצב של עסקאות נוגדות אם ג' המאוחר בזמן יפנה לטאבו כדי לרשום את העסקה ולהפוך את זכותו לקניינית הרשם יסרב, כך שגי' יישאר תמיד עם זכות אישית. לסיכום, מי שרושם לטובתו הערת אזהרה יודע שהוא מוגן מפני מתחרים אחרים.

אנחנו מבינים שרישום הערת אזהרה זו פריבילגיה. לא חייבים לרשום הערת אזהרה אבל זה מומלץ. כל זה היה נכון עד לפני כ-15 שנים. מה השתנה? אחד התקדימים החשובים ביותר בדיני קניין, פס"ד **גנז נ' בריטיש וקולוניאל בע"מ** – לפי פס"ד זה מי שיכול היה לרשום הערת אזהרה ובכך בקלות להזהיר את הציבור ולמנוע עסקאות נוגדות, אבל הוא לא רשם הערת אזהרה זה נחשב מחדל וחוסר תום לב מצידו וכתוצאה מכך הוא מפסיד בתחרות. המשמעות היא שרישום הערת אזהרה הפך לחובה – לפי ס' 126 אמרנו שאפשר לרשום הערת אזהרה, ראינו את היתרונות, אבל 126 ושום סעיף אחר לא מחייב – בא בית המשפט העליון משיקולי מדיניות ועשה מהפכה בשוק הנדל"ן – הוא קבע משהו שמנוגד לגמרי לסעיף 126, ובמקרים רבים מביא לתוצאה הפוכה לגמרי מאשר התוצאה לפי ס' 9. זו חובה פסיקתית!!!

הסיפור בפס"ד היה – חברת בריטיש וקולוניאל הייתה בעלים של אדמות רבות, היא מכרה את החלקות לחברת נוטריקון בע"מ. הצדדים חתמו על חוזה ולנוטריקון יש זכות אישית והיא גם רשמה הערת אזהרה. אחרי זמן מה נוטריקון החליטה שהיא לא מעוניינת באדמות ומכרה את האדמות לגנז (1975). גנז לא רשם הערת אזהרה, יש לו בשה"כ חוזה וזכות אישית ולא עשה כלום בנוגע לחלקות. אחרי 17 שנים ב-1993 חברת נוטריקון בע"מ מכרה את הקרקעות האלה לקיבוץ אפק (לא ברור למה). קיבוץ אפק כן רשם לטובתו הערת אזהרה לפני חתימת החוזה הוא גם בדק את המרשם ולא ראה בעיה, הוא חשב שהוא הראשון לקנות. הוא שילם את מלוא הסכום הנדרש, הקיבוץ קיבל את ההחזקה- אלה היו אדמות חקלאיות והתחיל להשתמש בהם והשקיע המון כסף בהשבחת האדמות (בנה גדרות, חממות, טפטפות...) הקיבוץ לא רשם את העסקה בטאבו- הוא לא העביר את הבעלות. אחרי זמן מה פתאום התגלה לגנז כל הסיפור והוא מתנגד לעסקה עם קיבוץ אפק והתעקש על אכיפת החוזה שלו – הסכסוך הגיע לעליון ופס"ד ניתן ב-2003. שאלה ראשונה היא איזה סעיף חוק חל ? ס' 9. זה לא לגמרי ברור כי סעיף 9 חל בדרי"כ כאשר מי שהתחייב פעמיים יש לו זכות קניינית, והוא מתחייב פעמיים בשני עסקאות מקרקעין נוגדות. במקרה הזה, מי שהתחייב פעמיים זו נוטריקון בע"מ – שיש לה בסך הכל זכות אישית, למעשה אפשר לומר שהעסקאות הנוגדות הן ביחס לזכות האישית שלה ולא ביחס למקרקעין עצמם, המקרקעין עצמן לא בבעלותה. אפשר לומר שבעצם יש כאן מכירה נוגדת של הזכות האישית ואם אכן זה המצב אז לא חל ס' 9 וצריך בכלל לפעול עפ"י חוק אחר, חוק המחאת חיובים. אבל, בית המשפט קרא בזהירות את החוזה מול גנז ואת החוזה מול קיבוץ אפק והתברר

שנוטריקון למרות שהייתה לה רק זכות אישית, היא הניחה כנראה שבקרוב היא תהפוך את זכותה לקניינית ותירשם כבעלים של הנכס, ולכן התחייבה הן כלפי גנץ והן כלפי קיבוץ אפק למכור להם את המקרקעין עצמם. מסתבר שבשוק הנדל"ן עסקאות כאלה מאוד מקובלות, למרות הסיכון ולכן בתי המשפט מכירים בעסקאות כאלה ונותנים להם תוקף, אם כך מדובר בעסקת מקרקעין, עסקאות נוגדות ביחס למקרקעין ולכן חל סעיף 9. נקודה חשובה, אמרנו שקיבוץ אפק רשם לטובתו הערת אזהרה, אבל, לפי סעיף 126 ניתן לרשום הערת אזהרה רק אם הבעלים או מי שהתחייב הוא בעל זכות קניינית- ואילו פה לנוטריקון לא הייתה זכות קניינית. הפתרון במקרים כאלה הוא לקבל הסכמה מיוחדת מבעל הזכות הקניינית, ואכן הצדדים פנו לחברת בריטיש, היא הסכימה ולאור זאת נרשמה בפועל הערת אזהרה.

מה פסק בית המשפט? בית המשפט פסק כאמור שבמקרה הנדון חל סעיף 9 לחוק המקרקעין. לפי סעיף 9 מי שאמור לנצח זה גנז – כי מתחרה מאוחר בזמן (הקיבוץ) ינצח רק אם הוא מקיים 3 תנאים מצטברים: תמורה, תום לב וזכות קניינית במקרקעין – לא היה לקיבוץ זכות קניינית. אבל, גנז לא רשם הערת אזהרה ולכן בית המשפט קבע את התקדים החדש ואמר; מי שיכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם- זה חוסר תום לב, זה מחדל שגורם לו להפסיד בתחרות. והתוצאה הסופית היא שגנז הפסיד בתחרות והקיבוץ זכה. = מנוגד לחלוטין מסעיף 9, 126. **העיקרון הכללי בפרשת גנז הוא שמי שיכול היה לרשום הערת אזהרה ולא רשם, מפסיד בגלל זה בתחרות.** פס"ד לא דיבר על רשלנות, אלא על מחדל על בסיס עיקרון תום הלב.

לפסק הדין גנז יש חריגים: יכול להיות שמישהו לא רשם הערת אזהרה והוא לא יפסיד בתחרות.

1. בודקים מה הסיבה לאי הרישום – ישנם מצבים שבהם לא ניתן לרשום הערת אזהרה, לפעמים כשאין עדין פרצלציה(חלוקה), כשהקרקע לא מוסדרת- עקב מגבלות תכנוניות. בנוסף, יכול להיות שהחווזה שבין הצדדים אסר על הקונה לרשום הערת אזהרה (כי על הקרקע כבר יש משכנתא לטובת בנק והבנק לא מסכים). כמו כן, שוכר קצר לא נדרש לרשום הערת אזהרה כי זה לא מקובל ולא מצפים ממנו.

2. יש לרשום את הערה תוך זמן סביר מיום חתימת החווזה. השאלה היא, מה זה זמן סביר? הכל תלוי בנסיבות. בגנז חלפו 17 שנים, ברור ש17 שנים זה מעבר לזמן הסביר. למשל בפס"ד לב נ' טובי אדם לא רשם הערה במשך 4 שנים ונקבע בצדק שחלף הזמן הסביר. לעומת זאת, בעיזבון חמוד נ' חרב אדם לא רשם הערת אזהרה במשך 3 שנים ונקבע שזה סביר. למה? בגלל הנסיבות המיוחדות- דובר במגזר הערבי בעסקה בין קרובי משפחה ובמגזר הערבי לא מקובל במצבים כאלה לרשום הערות אזהרה- במקרים רבים גם לא רושמים עסקאות בטאבו.

3. בודקים האם אי הרישום הוא זה שגרם לתאונה המשפטית? יכול להיות שאדם לא רשם הערת אזהרה אבל המתחרה המאוחר ממילא לא בדק את הטאבו לפני חתימת העסקה. במצב כזה אין שום חשיבות לאי הרישום. חריג זה התעורר בהרבה מאוד פסקי דין נוספים והתוצאה הייתה שהראשון בזמן ניצח למרות שהוא לא רשם הערת אזהרה. לדוגמא: **זריק נ' גריס**, ניר שיתופי נ' עיריית הוד השרון, **עזבון המנוח ביאד נ' לאחס** – באותו מקרה הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה(מחדל, חוסר תום לב) אבל התברר שהשני בזמן שהיה קרוב משפחה ידע על העסקה הראשונה כך שהוא חסר תום לב ויותר מזה-במצב כזה אין משמעות לאי רישום ההערה- כי הוא ידע.

מקרה דומה, **פס"ד ויינברג נ' אריאן** – דובר במצב שבו המתחרה הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה, אילו היינו מנתחים את המקרה לפי ס' 9 ועפ"י נסיבות המקרה הראשון בזמן היה מנצח. אבל, בית המשפט התייחס לעובדה שהראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה, אבל, בניגוד להלכת גנז שהבסיס לה היה עקרון תום הלב- כאן בית המשפט ניתח את הסיטואציה לפי דיני הנזיקין ועולת הרשלנות. בית המשפט קבע שאי רישום הערת אזהרה נחשב רשלנות כלפי המתחרה המאוחר יותר ולכן התוצאה תהיה שלפי סעיף 9 הראשון בזמן גובר אבל, הוא יצטרך לשלם פיצויים נזיקיים למתחרה המאוחר יותר.

** בשבוע שעבר אמרנו שמי שמפסיד בתחרות אין לו שום עילת תביעה כלפי מי שניצח, אבל עכשיו אנחנו עוסקים בסיטואציה ספציפית שבה מי שניצח בתחרות לפי ס' 9 יכול היה לרשום הערת אזהרה ולא רשם ורק בגלל זה נזק לצד שהפסיד בתחרות- במצב מיוחד זה ניתן להשתמש **בהלכת ויינברג נ' אריאן** ולחייב את המנצח לשלם פיצוי למפסיד.

עסקאות נוגדות ועיקולים

מהו עיקול?

בפרשת ארגון מושבי הפועל מזרחי נ' וולך - נתנו את ההגדרה הבאה: עיקול הוא סעד דיוני שניתן ע"י בית משפט או רשות מוסמכת ומטרתו להקפיא את מצב הזכויות המשפטיות בנכס. עיקול הוא סעד דיוני- זה אומר שאפשר לקבל אותו במסגרת דיון משפטי באמצעות צו עיקול שמוציא בית המשפט או רשות אחרת

כמו ההוצאה לפועל. ברגע שניתן צו עיקול, אסור לבעל הנכס לעשות שום עסקה בנכס. המטרה היא שהנכס יישאר בבעלותו. המטרה היא לאפשר לנושה של בעל הנכס להיפרע מהנכס המעוקל.

לדוגמא: אני מגיש תביעה נ' גל, אני פוחד שאני אזכה בתביעה אבל גל לא תשלם לי. אני יודע שלגל יש נכסים- מכונית, דירה, מגרש (גם מיטלטלין וגם מקרקעין). אני מבקש מבית המשפט צו עיקול על נכס מסוים של גל. אם בית המשפט אכן ייתן צו עיקול אז מאותו רגע אסור לגל לעשות עסקאות בנכס. במילים אחרות, הזכויות בנכס מוקפאות. ואם בסופו של דבר גל תפסיד בתביעה ולא תשלם, אז בית המשפט יממש את העיקול באמצעות מכירת הנכס המעוקל, והכסף שמתקבל ישמש לתשלום החוב.

במילים אחרות, העיקול משמש כלי חשוב עבור נושה כנגד החייב. הנושה יכול לעקל נכס של החייב ובעתיד להיפרע מהנכס הזה אם החייב לא משלם את החוב.

כאשר אדם לא משלם את החוב שלו הנושה ירצה כמה שיותר מהר להטיל עיקול על נכס של החייב כדי למנוע מצב של "הברחת הנכס" לאדם אחר.

יש זהירות רבה שמדובר על עיקול על בית המגורים כי מימוש העיקול מביא להוצאת הדיירים מהבית. העיקול הוא בסך הכל סעד משפטי והוא לא מקנה שום זכות מהותית בנכס. לא זכות קניינית ואפילו לא זכות אישית. במילים אחרות, לנושה המעקל אין שום זכות בנכס המעוקל. יתרה מזאת, עיקול על נכס מקרקעין אפשר לרשום בטאבו, אבל שוב, אפילו אם העיקול רשום בטאבו הוא איננו קנייני והוא לא נותן לנושה שום זכות מהותית בנכס המעוקל.

השלב הראשון בעיקול הוא הטלת העיקול על הנכס בעקבות צו של רשות מוסמכת. השלב השני שנעשה גם הוא בעקבות צו של רשות מוסמכת זהו מימוש העיקול, היינו מכירה של הנכס שנעשית כמכירה פומבית פתוחה לציבור הרחב. מי שמציע את הסכום הגבוה ביותר הוא זה שקונה את הנכס והכסף נמסר לנושה לכיסוי החוב. אם הכסף לא הספיק לכיסוי החוב, הנושה יצטרך למצוא דרך אחרת להיפרע מהחייב ככל האפשר. ואילו, אם הכסף שמתקבל עולה על סכום החוב, אז העודף נמסר לחייב שהיה בעל הנכס. פרוצדורה דומה של מימוש נכס קיימת גם בעסקת משכון / משכנתא. אבל עיקול ומשכון הם שני דברים שונים לגמרי. משכון זו עסקה רצונית שהחייב עושה מרצונו. למשל קיבלתי הלוואה מהבנק לקנות דירה ואני מרצוני חותם לבנק על המשכנתא. לעומת זאת, עיקול זה מהלך שנכפה על החייב בניגוד לרצונו, ובניגוד לאינטרסים שלו. בנוסף, משכון הוא עסקה, הוא נולד בחוזה בין הצדדים וניתן לשכלל אותו ולהפוך אותו לזכות קניינית, משכון קנייני. לעומת זאת, עיקול לא מקנה שום זכות מהותית בנכס.

מה קורה שיש תחרות בין עסקה לעיקול?

1. המצב הראשון שננתח הוא קודם עיקול ואחר כך עסקה בנכס? א' בעלים של נכס, א' חייב כסף לב'. ב' הנושה מטיל עיקול על הדירה של א'. עכשיו א', למרות שאסור לו, הוא הולך ומוכר את הנכס ל-ג'. בדרך כלל א' נעלם או שהוא מסובך בחובות ולכן אף אחד מהצדדים לא יוותר על הנכס. השאלה המשפטית היא מי מנצח בתחרות?

א) כאשר העיקול כן נרשם בטאבו – במצב כזה, העיקול תמיד מנצח בתחרות ולמה? עושים כאן היקש **מסעיף 9 לחוק המקרקעין**. סעיף 9 במקור לא מדבר על עיקול אלא על 2 עסקאות רצוניות אבל הרעיון הוא אותו רעיון ולכן עושים היקש מסעיף 9, וזה אומר שהמתחרה המאוחר בזמן, ינצח רק אם הוא מקיים 3 תנאים מצטברים: תמורה, תום לב- ותום הלב אף פעם לא יתקיים במצב של עיקול רשום. אם ג' בדק את הטאבו לפני חתימת העסקה הוא ראה את העיקול. ואילו, אם ג' לא בדק את הטאבו, אז הוא חסר תום לב לפי הגישה האובייקטיבית (שזו ההלכה). התנאי השלישי אומר ל-ג' צריכה להיות זכות קניינית באמצעות רישום העסקה בטאבו. אבל כאשר על הנכס כבר רשום עיקול, רשם המקרקעין לא ירשום עסקה נוגדת.

לסיכום 3 התנאים: כאשר מדובר בעיקול רשום – העיקול תמיד מנצח. (פס"ד ברוקס נ' דרורת בית מסחר לתרופות בע"מ)

ב) כאשר העיקול לא נרשם בטאבו - פס"ד ברוקס נ' דרורת בית מסחר לתרופות בע"מ – דובר על דירת מגורים בבעלות בני זוג שלכל אחד 50% מהזכויות בדירה. הבעל היה חייב כסף לחברה מסוימת. החברה הטילה עיקול על החלק של הבעל בדירה? העיקול נרשם בטאבו אבל אחר כך הייתה תקלה מיחשובית והעיקול נמחק (זאת עילה לתבוע את המדינה ולקבל פיצויים). אחרי זמן מה, בני הזוג התגרשו. במסגרת הסכם הגירושים הבעל התחייב להעביר לאישה את החלק שלו בנכס. בשלב זה לאישה יש ביד רק הסכם

גירושים ולכן יש לה זכות אישית. השאלה היא מנצח בתחרות? ביהמ"ש העליון ציין שיש כאן 2 דרכים אפשרויות להכריע בתחרות: 1. הגישה של פרופ' מיגל דויטש, עושים היקש מסעיף 9 ואז אם האישה מקיימת את 3 התנאים המצטברים היא גוברת על העיקול. במקרה הנדון, האישה ידעה על העיקול אז היא חסרת תום לב ואז לפי סעיף 9 היא מפסידה. 2. גישה שנייה היא גישתו של פרופ' וייסמן, הוא מציין שעיקול מבחינת דיני הקניין זה דבר מאוד חלש, הוא לא נותן שום זכות בנכס, אפילו לא זכות אישית. לכן לא צריך את סעיף 9. המתחרה המאוחר ינצח את העיקול אם הוא פעל בתום לב. במקרה הנדון, האישה ידעה על העיקול והיא חסרת תום לב. אז גם לפי הגישה הזאת היא מפסידה. עכשיו נשאלת השאלה, איזה מ-2 הגישות היא הגישה הראויה? בימה"ש לא הכריע בין הגישות, הוא פתר את עצמו כי באותו מקרה הן הובילו לאותה תוצאה. אז המשמעות מבחינתנו שצריך לנתח את 2 הגישות ואם התוצאה שונה אז צריך לנסות לבדוק לפי שיקולים של מדיניות משפטית או נסיבות.

מה קורה שמדובר במיטלטלין?

אותו מצב כמו קודם, הוטל עיקול על הנכס ואחר כך הבעלים למרות שאסור לו חתם על חוזה לעסקה בנכס. פה כן יש סעיף חוק מתאים – סעיף 30 לחוק ההוצאה לפועל והסעיף קובע שעסקה שנעשתה במיטלטלין שעוקלו, בטלה... אך אין בהוראה זו כדי לפגוע בהגנה הניתנת על פי כל דין לרוכש מיטלטלין בתום לב. במילים אחרות, מתחרה מאוחר מנצח את העיקול אם הוא מקיים 3 תנאים מצטברים: תום לב, תמורה וזכות קניינית. שני התנאים תמורה וזכות קניינית מתחבאים במילה "רוכש". אם הוא קנה אז הוא שילם על הנכס, ואם הוא קנה אז במיטלטלין הזכות הקניינית היא קבלת החזקה בנכס. הסעיף הזה מתאים רק כאשר העסקה המאוחרת היא עסקת מכר. מה קורה עם מדובר על שכירות? התוצאה תהיה זהה על סמך היקש עם סעיף 12 לחוק המיטלטלין.

ישנם נכסים כמו מכוניות שמתנהל לגביהם מרשם פומבי למשל המרשם של משרד הרישוי לגבי מכוניות. גם לגבי ציוד הנדסי כבד יש לו מרשם במע"צ. אבל המרשמים האלה הם לא מרשמים קנייניים ולכן במיטלטלין המתחרה המאוחר יהפוך להיות בעל זכות קניינית רק כאשר הוא מקבל את החזקה בנכס. יחד עם זאת, למרשמים הפומביים יש בכל זאת השלכה לדיני הקניין ובענייננו, אם העיקול נרשם במרשם פומבי כזה, זה יכול לשלול את תום ליבו של המתחרה המאוחר. בנוסף, אם רשום עיקול על הנכס, אז משרד הרישוי לא יסכים להעברת בעלות נוגדת בנכס. לכן מבחינת דיני התעבורה הקונה לא יוכל להירשם כבעלים במשרד הרישוי. יחד עם זאת, אם הקונה השלים את התמורה וקיבל להחזקתו את המכונית, אז לפי דיני הקניין הוא כן ייחשב בעלים (אפילו שלפי משרד הרישוי לא בהכרח).

* במקרקעין העצה הטובה ביותר ברגע שאתה הנושה אם קיבלת צו עיקול תרשום את העיקול בטאבו.

2. המצב השני שננתח הוא קודם זכות אובליגטורית ואחר כך עיקול?

א' בעלים של נכס מקרקעין, א' מתחייב למכור את הנכס ל-ב'. בשלב הזה יש בסך הכל חוזה ול-ב' זכות אישית בלבד. בשלב הזה ג' שהוא נושה של א' (א' חייב לו כסף), מטיל עיקול כנגד א' בדיוק על אותו הנכס שכבר הובטח ל-ב'. נניח ש-א' מסובך בחובות ונשאלת השאלה מי מהצדדים זוכה בנכס?

בעניין הזה, ניתן תקדים חשוב ב-1999 שנקרא בנק אוצר החייל נ' אהרונוב-פס"ד זה קובע שעושים היקש מסעיף 9 לחוק המקרקעין. המשמעות היא שהזכות האישית תמיד תנצח את העיקול. כי העיקול אף פעם לא יכול להיות זכות קניינית. העובדות בפס"ד – דובר כאן בקרקע חקלאית בבעלות אדם מסוים. א' היה נשוי בשלב כלשהו הוא התגרש ובמסגרת הסכם הגירושין, התחייב להעביר את הקרקע לבעלות האישה (יש לה זכות אישית מכוח הסכם הגירושין). אחרי זמן קצר, בנק אוצר החייל הטיל עיקול כנגד הבעל שהיה חייב כסף לבנק, העיקול הוטל על אותה הקרקע. הבעל מסובך בחובות וכעת שני הצדדים רבים על הנכס.

בית המשפט פסק:

1. כדי להכריע בתחרות עושים היקש מסעיף 9 וכתוצאה מכך, העיקול מפסיד. כי הוא לעולם לא יקיים את התנאי של זכות קניינית.

2. בית המשפט הסביר שבעצם זכות אישית היא לא כל כך חלשה כמו שאנחנו תמיד חושבים. עובדה שבתחרות מול עיקול מאוחר, הזכות האישית תמיד מנצחת. בנוסף, גם אם מסתכלים על סעיף 9 עצמו, הזכות האישית די חזקה כי לפי סעיף 9 הזכות האישית מנצחת, זאת ברירת המחל, אלא אם המתחרה המאוחר קיים 3 תנאים מצטברים. אז בהרבה מאוד מקרים הזכות האישית מנצחת. לכן ראוי לקרוא לזכות האישית "זכות מעין-קניינית".

3. הקביעה לפיה הזכות האישית מנצחת עיקול מאוחר זו גם ההלכה לפי דיני היושר האנגליים, אבל לבית המשפט העליון היה חשוב להדגיש שמדובר כאן בדין ישראלי ולכן הוא קרא לזכות האישית "זכות מהיושר תוצרת הארץ".

4. פס"ד עסק במקרקעין אבל אותה תוצאה בדיוק תהיה גם במיטלטלין. תוך כדי היקש מסעיף 12 לחוק המיטלטלין.

5. בפרשת אהרונוב, הסכסוך עסק בין התחייבות להעברת בעלות לבין עיקול מאוחר. במילים אחרות, הסכסוך עסק בין זכות עפ"י הסכם גירושין לבין עיקול מאוחר. אבל הלכת אהרונוב לא מוגבלת רק למקרה הספציפי הזה, הלכת אהרונוב חלה על כל תחרות בין זכות אישית לבין עיקול מאוחר.

לסיכום: הלכת אהרונוב היא אחת ההלכות החשובות בדיני הקניין, הן ספציפית לגבי תחרות זכויות, והן באופן רחב יותר לגבי העקרונות הכלליים של דיני הקניין.

בשבוע שעבר כשדיברנו על העיקולים ניתחנו 2 מקרים –

מקרה ראשון: העיקול היה ראשון בזמן, קודם היה עיקול בנכס ואחר כך בעל הנכס למרות שאסור לו, עשה עסקה בנכס המעוקל, בסיטואציה הזו ראינו שיש חשיבות רבה לשאלה האם העיקול נרשם בטאבו או לא. אם העיקול נרשם בטאבו הוא תמיד מנצח. אם הוא לא נרשם זה תלוי בנסיבות המקרה (ניתחנו למעלה). בהקשר הזה נוסף ונאמר שישנה סיבה נוספת מדוע חשוב לרשום את העיקול: היקש **מהלכת גנו**. הלכת גנו קבעה שאם אדם יכול היה לרשום הערת האזהרה ולא רשם אז רק בגלל המחדל הזה הוא יפסיד בתחרות (חוסר תום לב), על סמך אותו רעיון אפשר לומר שאם הנושה המעקל לא רשם את העיקול בטאבו אז המחדל הזה יגרום לו להפסיד בתחרות. אין על זה פסיקה עדיין, אבל זאת בהחלט אפשרות לאור הלכת גנו.

מקרה שני: זכות אובליגטורית ואחר כך עיקול. א' הוא בעלים של נכס, התחייב כלפי ב' לעשות עסקה בנכס. לב' כרגע זכות אישית וכדי לחדד את העניין ב' לא רשם הערת אזהרה לאחר מכן ג' שהוא נושה של א' השיג נגד א' צו עיקול בדיוק על הנכס שהובטח לב'. התקדים המרכזי בעניין זה הוא **הלכת אהרונוב**, לפיה הזכות האישית מנצחת.

בהלכת אהרונוב האישה שהייתה לה זכות אישית בנכס לא רשמה לטובתה הערת אזהרה ולמרות זאת נקבע שהיא המנצחת בתחרות – הנימוק היה שהזכות האישית בפני עצמה היא לא זכות חלשה היא דווקא די חזקה והיא מנצחת את העיקול. לפי הגישה הזו אין חשיבות לרישום הערת אזהרה בתחרות מול עיקול.

הלכת אהרונוב לכאורה סותרת את הלכת גנו כי בגנו כל הפואנטה הייתה שצריך לרשום הערת אזהרה, הלכת אהרונוב היא משנת 1999 ואילו הלכת גנו היא משנת 2003. אז נשאלת השאלה האם הלכת גנו משנה את הלכת אהרונוב? התשובה לשאלה ניתנה בפרשת **בנק המזרחי נ' גדי ששם ניתן ההסבר – כאשר מדובר בתחרות בין 2 עסקאות רצוניות חלה הלכת גנו וכן יש חשיבות לרישום ההערה. לעומת זאת כאשר מדובר בתחרות בין עסקה רצונית לבין עיקול מאוחר חלה הלכת אהרונוב ואז אין משמעות לרישום או אי רישום של הערת אזהרה.

מה הרציונל להבחנה בין שני המקרים? בתחרות בין שתי עסקאות רצוניות המתחרה המאוחר אמור לבדוק את הטאבו לפני חתימת החוזה הוא מסתמך על הרישום בטאבו והערת אזהרה יכולה להציל אותו מתאונה משפטית. לעומת זאת כשמדובר בעיקול, הוא נולד כתוצאה מחוב של בעל הנכס, והחוב הזה מקורו בעסקה שבוצעה בין הצדדים בעבר. למשל, הלוואה מבנק. כאשר בוצעה במקור אותה עסקה הנושה לא הסתמך ספציפית על הנכס הנדון אלא הייתה לו בסך הכל ציפייה כללית להיפרע מבעל הנכס. לכן, רישום הערת אזהרה בשלב מאוחר יותר ע"י בעל הזכות האישית כלל לא רלוונטית. הנזק היחיד שנגרם למעקל בגלל אי רישום ההערה זה העלות של הליך העיקול. אז יש מקום אומר בית המשפט לחייב את בעל הזכות האישית לכל היותר לפצות את הנושה המעקל על הוצאות אלה. **לפי הלכת גדי** – כאשר מדובר בתחרות בין זכות אישית ואחריה עיקול אין חשיבות לאי רישום הערת אזהרה. (בעניין זה קיים חריג לגבי עסקאות מתנה כי שם כן יש חשיבות לרישום הערת אזהרה).

סעיף 127 ב' לחוק המקרקעין קובע שאם נרשמה הערת אזהרה על נכס מקרקעין ואחריה הוטל עיקול על הנכס "לא יהיה בעיקול כדי לפגוע בזכויות הנובעות מהזכות נשוא ההערה". במילים אחרות, רשם המקרקעין שמקבל בקשה לרשום את העיקול כן ירשום אותו, אבל מבחינת הדין המהותי, הזכות האישית מנצחת. מקרה כזה קרה בפס"ד לוי נ' קמפל 2016 ובית המשפט קבע שהזכות האישית מנצחת. למעשה לאור הלכת אהרונוב סעיף 127 ביותר כי ראינו שאפילו ללא הערת אזהרה הזכות האישית מנצחת.

עסקאות נוגדות והעברות ללא תמורה

להלכת אהרונוב יש חיסרון אחד. היא עלולה לשמש את בעל הנכס להברחת נכסים מפני עיקול. כי ברגע שבעל הנכס צופה שעומדים להטיל נגדו עיקול מהר הוא יחתום על חוזה פיקטיבי בדרי"כ עם קרוב משפחה או מישהו שישתף איתו פעולה. מכוח החוזה הפיקטיבי נולדת זכות אישית לאותו קרוב משפחה – ולפי הלכת אהרונוב זכות אישית שקדמה לעיקול מנצחת. העסקאות הפיקטיביות יהיו בדרך כלל עסקת מתנה כי אז מקבל המתנה לא צריך לשלם כלום. חוזה מתנה יכול להיות חוזה של 2 שורות "אני בעלים של דירה... נותן במתנה את הדירה ב.. – חוזה מתנה הוא חוזה קלאסי לעסקאות פיקטיביות ולהברחת נכסים.

כאשר מתעורר חשד לעסקה פיקטיבית בית המשפט יבחן אותה בזהירות רבה, ואם מתברר שאכן מדובר בקנוניה שמטרתה הברחת הנכס אז בית המשפט מבטל את העסקה הזו. (עסקה למראית עין) ואז התוצאה היא שהמעקל זוכה בנכס. לעומת זאת, אם מתברר שזו מתנה אמיתית אז נוצר מצב של תחרות זכויות ונראה בהמשך איך פותרים זאת.

מה קורה כשמדובר בעסקת מתנה אמיתית?

פס"ד לניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ 2008- דובר בסבתא שהייתה לה דירת מגורים, בשלב כלשהו הסבתא נתנה את הדירה במתנה לבת שלה ולשני הנכדים מאותה הבת (לניאדו), הצדדים חתמו על חוזה מתנה וללניאדו יש זכות אישית למתנה – כל זאת קרה ב1997. (זכות אישית לקבלת בעלות). לאחר מכן הוטל על הסבתא עיקול, היו לה עסקים ולכן גם חובות כלפי חברת הולנד ישראל בע"מ (בגלל ערבות שחתמה) – בשנת 2002 חברת הולנד הטילה עיקול נגד הסבתא על דירת המגורים שכבר הובטחה לבת ולנכדים. בטאבו הדירה עדיין הייתה רשומה על שם הסבתא ולכן הוטל העיקול. יש לנו סיטואציה של תחרות זכויות – מצד אחד הבת והנכדים לא רוצים לוותר ומצד שני יש לנו עיקול שהחברה לא רצתה לוותר עליה. מה הקביעות של בית המשפט?

דבר ראשון: בית המשפט בחן האם יש כאן עסקת קנוניה. התוצאה היא לא. אם ככה יש לנו עסקת מתנה אמיתית.

שלב שני: צריך להחליט איזה סעיף חוק חל הסעיף הכי קרוב הוא ס' 9 אבל סעיף זה כמו שהוא לא מתאים כי הוא לא עוסק בעיקולים, ולכן הפתרון הוא היקש מסעיף 9.

שלב שלישי: כאשר מדובר בחוזה מתנה נכנסים שיקולים מיוחדים לתחרות, בגלל ס' 5 לחוק המתנה. לפי ס' 5 לחוק המתנה – מי שמתחייב לתת מתנה יכול בתנאים מסוימים להתחרט ולבטל את המתנה.

5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.

(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על התחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

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

לאור סעיף 5 התחייבות לתת מתנה מולידה זכות אישית מאוד חלשה, ביהמ"ש מתאר אותה כ"זכות שברירית", זכות בלתי מגובשת, בית המשפט נותן לה אפילו שם – "מעין זכות מעין קניינית". לאור זאת כשמדובר בתחרות בין זכות אישית לבין עיקול מאוחר בגלל שזכות למתנה היא כ"כ חלשה העיקול מנצח. החידוש בלניאדו – העיקול מנצח. אבל בית המשפט ממשיך ומבהיר שמידת השבריריות של הזכות למתנה תלויה בנסיבות. יש מקרים שבהם הזכות האישית לקבל מתנה דווקא חזקה יותר ואז היא כן תנצח את העיקול. במצבים ש:

1. לפי התנאים של ס' 5 לחוק המתנה נותן המתנה כבר לא יכול להתחרט. לדוגמא כאשר מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על התחייבות. אם קרה מצב כזה נותן המתנה לא יכול להתחרט. הזכות האישית למתנה היא לא שברירית ולכן זה שיקול להעדיף את הזכות למתנה על פני העיקול.
2. כאשר הנושה המעקל פעם בחוסר תום לב כי הוא ידע על המתנה עוד לפני שעסקה שהולידה את החוב נשוא העיקול.
3. יש חשיבות לרישום הערת אזהרה לטובת מקבל המתנה. אם מקבל המתנה לא רשם הערת אזהרה זה שיקול להעדיף את המעקל. אם מקבל המתנה רשם הערת אזהרה זה שיקול מהותי להעדיף את המתנה. מצב כזה בדיוק היה בפרשת בנק איגוד לישראל נ' צרפתי שם מקבל המתנה כן רשם הערת

אזהרה וזה היה שיקול מרכזי כדי שהמתנה תנצח את העיקול. שיקול זה תואם את סעיף 127 ב שאומר שאם נרשמה הערת אזהרה היא מנצחת עיקול מאוחר.

בפרשת לניאדו בית המשפט קבע שאין מקום לסטות מהכלל הרגיל שלפיו העיקול הוא המנצח. לגבי שלושת השיקולים שבית המשפט פירט אף אחד לא התקיים במקרה הנדון ולכן אין סיבה להעדיף באופן מיוחד את המתנה. בנוסף, התברר שהסבתא נתנה את הדירה במתנה כשהתחילו הקשיים הכספיים שלה. והיא נתנה את הדירה דווקא לאותה בת ונכדים כי הם היו היחידים שלא מעורבים בעסקים שלה ולא קשורים לחוב. הנסיבות האלה לא נחשבות קנוניה או עסקה פיקטיבית אבל בכל זאת אלה שיקולים נוספים מדוע ראוי להעדיף את המעקל.

פס"ד לניאדו עסק בהתחייבות למתנה ואחריה עיקול. אבל העקרונות שנקבעו בו לגבי התחייבות למתנה רלוונטיים גם למצבים נוספים של תחרות זכויות כשאחד המתחרים הוא מתנה.

מצב כזה התעורר בפרשת **דיאב נ' דיאב**, מחוזי חיפה 2006 – דובר בחלקת מקרקעין שהייתה בבעלות אדם מסוים. בעל החלקה התחייב לתת אותה במתנה לאח שלו. בית המשפט קבע שזו מתנה אמיתית. צדדים חתמו על חוזה ולאח יש זכות אישית לקבל את הבעלות. האח לא רשם הערת אזהרה. לאחר מספר שנים הבעלים של החלקה התחייב למכור אותה לצד ג', הקונה בדק את הטאבו ולא ראה שום בעיה, הקונה פעל בתום לב, נתן תמורה – וכן רשם הערת אזהרה (זה מראה לנו הסתמכות ורצינות), הקונה לא רשם את העסקה בטאבו (לא נרשם כבעלים בטאבו). בשלב הזה נודע לצדדים אחד על השני, פרץ סכסוך והם הגיעו לבית המשפט, הוא יישם את העקרונות של הלכת לניאדו וקבע כך:

1. הסעיף המתאים כאן הוא סעיף 9, לפי סעיף 9 מי שאמור לנצח זו המתנה.
2. אבל, כאשר מדובר במתנה חלים כללים מיוחדים ושיקולים מיוחדים כי המתנה היא זכות מאוד שברירת. כעיקרון המתנה אמורה להפסיד בתחרות כי היא הרבה יותר חלשה מהזכות האישית של הקונה, אבל ממשך בית המשפט ואומר שיש לבחון שיקולים נוספים אולי בכל זאת במקרה הנדון ראוי שהמתנה תנצח- אלה הם בעצם שלושת השיקולים של הלכת לניאדו.

השיקול הראשון: האם ניתן המתנה יכול להתחרט? כן.

השיקול שני: האם המתנה רשמה הערת אזהרה? לא

השיקול השלישי: האם הקונה המאוחר היה תם לב? כן. הוא לא ידע.

אם ככה, אין שום סיבה לסטות מהכלל שלפיו המתנה מפסידה. ולכן המתנה הייתה שהמכר מנצח.

פס"ד לניאדו פסק במקרקעין אבל הוא קבע עקרונות כללים של דיני קניין ולכן ההלכה שלו וכל מה שאמרנו על מתנה מתאים באותה מידה גם למיטלטלין.

לסיכום:

ראינו שיש פירמידה של זכויות – פתאום את כל הזכויות שאנחנו מכירים בדיני קניין ניתן לסווג- מי יותר חזקה ומי פחות.

הזכות החלשה ביותר היא זכות אישית למתנה, מעליה זכות אישית (לא למתנה), מעליה זכות קניינית אמיתית ולמעלה נמצאת תקנות השוק.

תרגיל; עסקאות נוגדות

תשובה לשאלה מס' 1:

דבר ראשון זה לעשות סדר בעובדות, מי נגד מי – אם טעינו בהתחלה, הלכה כל השאלה. סדר פעולות, מה הסדר הכרונולוגי, איזו זכות יש לכל אחד. תמיד לזכור – אין אינסטינקט.

שלב ראשון: סדר

מי הבעלים? שמואל

עסקה ראשונה נעשתה עם יצחק – התחייבות למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, 50% מהתמורה שולמה.

עסקה שניה נעשתה עם דפנה – התחייבו למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, היא בדקה במרשם, שילמה 80% תפסה חזקה, התחילה את השיפוץ- יש לה זכות אישית.

שלב שני: איך פותרים את העימות?

זו סיטואציה קלאסית של עסקאות נוגדות, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין שקובע שהראשון בזמן שהוא יצחק מנצח אלא אם השני בזמן, דפנה, עומדת בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה וזכות קניינית.

למה חשוב לנקוב בשמות? כדי לא להתבלבל.

מהם התנאים?

כיום נדרשת רמה גבוהה של תום לב אובייקטיבי, נקבע בהרבה פסקי דין – למשל פס"ד גריס, מזרחי נ' גדי, פס"ד נאסר. אצלנו דפנה בדקה במרשם, ביקרה בנכס, ולכן היא עומדת בדרישת תום הלב. התנאי השני היא תמורה – נדרשת תמורה ממשית, 80% זה בהחלט תמורה ממשית. בנוסף, היא התחילה בשיפוץ, היא השביחה את הנכס לפי פס"ד חוות מקורה השקעה בנכס והשבחתו יכולה להוות תחליף לעניין התמורה. לסיכום, דרישת התמורה של דפנה התקיימה. התנאי השלישי הוא רישום בטאבו בו היא לא עומדת. ולכן היא לא עומדת בתנאים המצטברים ולפני סעיף 9 מי שגובר הוא יצחק.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנז אומרת שהראשון בזמן למרות שניצח

הוא עלול להיחשב חסר תום לב שכן לא רשמת בזמן הערת אזהרה.

מתי הראשון בזמן יפסיד? יש לבדוק מספר קריטריונים שנקבעו בהלכת גנז:

ראשית יש לבדוק האם הייתה מניעה משפטית או מניעה כלשהי מרישום הערת האזהרה. אם אכן הייתה מניעה הרי שאין להאשים את יצחק על כך שלא רשם הערת אזהרה, אצלנו לא ידוע מניעה מסוימת ולכן היה על יצחק לרשום הערת אזהרה.

שנית, יש לבדוק האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה? אם טרם חלף הזמן הסביר המחדל של אי הרישום לא יפעל לרעתו של יצחק. כמה זמן זה זמן סביר? הכל תלוי בנסיבות.

בפס"ד חמודי נ' חרב עברו 3 שנים אבל בגלל הנסיבות המיוחדות באותו מקרה זה עדיין נחשב זמן סביר, יש מלומדים שאומרים שזמן סביר זה חודש – היום לאור קלות הרישום אפילו שבוע זה זמן סביר. בפס"ד גנז עברו 17 שנה ונקבע שזה לא זמן סביר.

במקרה שלנו, עברו 22 ימים, זה די גבולי. (היום עו"ד צריך באותו היום לכתוב הערת אזהרה בנכס).

שלישית, לפי הלכת גנז יש לבדוק האם אי רישום של הערת האזהרה זה מה שגרם לתאונה המשפטית- במקרה שלנו כן, כי דפנה הלכה ובדקה ואילו הייתה רואה את הערת האזהרה היא לא הייתה מתקשרת בעסקה נוגדת.

לסיכום,

התשובה הסופית תלויה בשאלה האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה או לא חלף? אם חלף דפנה מנצחת. ואם לא חלף- יצחק מנצח בזמן.

יש שלב נוסף ואחרון – הוא לא רלוונטי לשאלה אבל למען הסדר הטוב נציין אותו. בשלב האחרון אנחנו אמורים לשאול את עצמנו האם במסגרת עסקאות נוגדות יש לקחת בחשבון שיקולי צדק.

הבסיס לשיקולי צדק מצוי בסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות. במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר, פס"ד פומרניץ וכדומה.

תשובה לשאלה מס' 2 :

שלב ראשון : סדר

מי הבעלים? דני

עסקה ראשונה נעשית עם אחותו, שרה – התחייבות לשכירות תמורת דמי שכירות של \$50, לשרה יש זכות אישית, מדובר על שכירות קצרה לשנה, שוכר קצר יכול להפוך את הזכות שלו לקניינית עם קבלת החזקה- הוא כן יכול לרשום בטאבו, הוא לא חייב – שני הדברים לא התקיימו כלפי שרה ולכן יש לה זכות אובליגטורית.

עסקה שניה – נעשתה עם שמעון – התחייבות לשכירות, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה, שילם תמורה מלאה, לשמעון יש זכות אישית לשכירות, גם הוא לא רשם בטאבו ולא קיבל החזקה, גם הוא שוכר קצר.

שלב שני : איך פותרים את העימות?

יש סעיף שדומה לסי' 9, הוא סעיף 80 לחוק המקרקעין והוא מדבר על תחרות בין 2 שכירויות קצרות. ולכן הוא הסעיף הרלוונטי, ולא סעיף 9. לפי סעיף 80 הראשון בזמן שהוא שרה מנצחת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון עומד בשלושה תנאים מצטברים.

התנאים : תום לב, תמורה וקבלת החזקה (זכות קניינית).

תום לב – במסגרת דרישת תום הלב, נדרש תום לב אובייקטיבי, הוא צריך לבדוק בטאבו ולבקר בנכס, צריך לשלם לב כי כשמדובר בשוכר קצר המחוקק ביקש להקל על השוכרים כדי לעודד עסקאות כאלה בהתאם הזכות שלו הופכת להיות קניינית כשהוא מקבל חזקה. לכן, קל וחומר אם הוא לא צריך לרשום את זכותו אנחנו גם לא נצפה ממנו ללכת ולבדוק את המרשם, ולכן אי בדיקת המרשם לא יבוא לרעתו אבל הוא כן צריך לבדוק את הנכס לפני החתימה על החוזה ולכן הוא עונה על דרישת תום הלב.

תמורה – תנאי מתקיים, קיימת תמורה מלאה.

חזקה – לא מתקיים, שמעון לא קיבל חזקה.

שמעון לא עומד בשלושת התנאים ומי שגובר היא שרה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנו? האם אי רישום הערת אזהרה ע"י שרה זהו מחדל שיפעל לרעתה? לא, כי לא מצפים משכירות קצרה לרשום הערת אזהרה ולכן הלכת גנו לא רלוונטית. המחוקק רוצה עסקאות פשוטות בלי להכביד על שוכרים קצרים ולכן הלכת גנו לא תפעל לרעתה של שרה.

שלב אחרון, האם ישקלו שיקולי צדק?

לא, לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. פס"ד ורטהיימר, פומרניץ. לכן המנצחת שלנו היא שרה.

(2) מתחילים שוב את הבדיקה לפי הסדר.

הבעלים – דני

עסקה ראשונה – שרה – עסקה לא השתנתה.

עסקה שניה – שמעון – התחייבות לחכירה, שכירות ארוכה, ל-11 שנים, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה האחות, הוא שילם לשנה מראש, שמעון לא רשם את זכותו אבל כן קיבל חזקה, לשמעון יש זכות אישית כי מדובר על שכירות ארוכה.

איך פותרים את התחרות בין השכירות הקצרה לארוכה?

במקרה כזה העימות יעשה על פי שילוב של סעיף 19+80 – כי סעיף 80 נוגע לשרה ו-9 נוגע לשמעון. לפי שני הסעיפים הראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם השני בזמן שהוא שמעון עומד ב-3 תנאים מצטברים : תום לב, תמורה ורישום בטאבו.

תום לב – הוא לא תם לב, היה על שמעון לבדוק במרשם, הוא כבר לא שוכר קצר – אם כי הבדיקה לא הייתה עוזרת לו כי ממילא השכירות הקצרה של שרה לא נרשמה.

תמורה – הוא שילם לשנה אחת מראש, בפס"ד חוות מקורה נקבע שעניין התמורה יש לבחון את התקופה בכללותה ולא כל שנה בנפרד. ז"א שהוא שילם רק 1 אחד מתוך 11 שנים- זו לא תמורה מספקת ולכן לא התקיימה דרישת התמורה.

רישום בטאבו – נדרש רישום כדי להפוך את הזכות לקניינית, רישום זה לא בוצע, לשמעון אין זכות קניינית אפילו שקיבל את החזקה.

לסיכום, שרה מנצחת בשלב זה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנו?

הלכת גנו לא רלוונטית, כלום לא השתנה לגבי שרה.

האם יילקחו בחשבון שיקולי צדק? לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. פס"ד ורטהיימר, פומרניץ. לכן המנצחת שלנו היא שרה.

תרגיל; עסקאות נוגדות

תשובה לשאלה מס' 1 :

דבר ראשון זה לעשות סדר בעובדות, מי נגד מי – אם טעינו בהתחלה, הלכה כל השאלה. סדר פעולות, מה הסדר הכרונולוגי, איזו זכות יש לכל אחד. תמיד לזכור – אין אינסטינקט.

שלב ראשון : סדר

מי הבעלים? שמואל

עסקה ראשונה נעשתה עם יצחק – התחייבות למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, 50% מהתמורה שולמה.

עסקה שניה נעשתה עם דפנה – התחייבו למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, היא בדקה במרשם, שילמה 80% תפסה חזקה, התחילה את השיפוץ – יש לה זכות אישית.

שלב שני : איך פותרים את העימות?

זו סיטואציה קלאסית של עסקאות נוגדות, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין שקובע שהראשון בזמן שהוא יצחק מנצח אלא אם השני בזמן, דפנה, עומדת בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה וזכות קניינית.

למה חשוב לנקוב בשמות? כדי לא להתבלבל.

מהם התנאים?

כיום נדרשת רמה גבוהה של תום לב אובייקטיבי, נקבע בהרבה פסקי דין – למשל פס"ד גריס, מזרחי נ' גדי, פס"ד נאסר. אצלנו דפנה בדקה במרשם, ביקרה בנכס, ולכן היא עומדת בדרישת תום הלב.

התנאי השני היא תמורה – נדרשת תמורה ממשית, 80% זה בהחלט תמורה ממשית. בנוסף, היא התחילה בשיפוץ, היא השביחה את הנכס לפי פס"ד חוות מקורה השקעה בנכס והשבחתו יכולה להוות תחליף לעניין התמורה. לסיכום, דרישת התמורה של דפנה התקיימה.

התנאי השלישי הוא רישום בטאבו בו היא לא עומדת. ולכן היא לא עומדת בתנאים המצטברים ולפני סעיף 9 מי שגובר הוא יצחק.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה - הלכת גנו אומרת שהראשון בזמן למרות שניצח הוא עלול להיחשב חסר תום לב שכן לא רשמת בזמן הערת אזהרה.

מתי הראשון בזמן יפסיד? יש לבדוק מספר קריטריונים שנקבעו בהלכת גנו:

ראשית יש לבדוק האם הייתה מניעה משפטית או מניעה כלשהי מרישום הערת האזהרה. אם אכן הייתה מניעה הרי שאין להאשים את יצחק על כך שלא רשם הערת אזהרה, אצלנו לא ידוע מניעה מסוימת ולכן היה על יצחק לרשום הערת אזהרה.

שנית, יש לבדוק האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה? אם טרם חלף הזמן הסביר המחדל של אי הרישום לא יפעל לרעתו של יצחק. כמה זמן זה זמן סביר? הכל תלוי בנסיבות.

בפס"ד חמודי נ' חרב עברו 3 שנים אבל בגלל הנסיבות המיוחדות באותו מקרה זה עדיין נחשב זמן סביר, יש מלומדים שאומרים שזמן סביר זה חודש – היום לאור קלות הרישום אפילו שבוע זה זמן סביר. בפס"ד גנו עברו 17 שנה ונקבע שזה לא זמן סביר.

במקרה שלנו, עברו 22 ימים, זה די גבולי. (היום עו"ד צריך באותו היום לכתוב הערת אזהרה בנכס).

שלישית, לפי הלכת גנו יש לבדוק האם אי רישום של הערת האזהרה זה מה שגרם לתאונה המשפטית- במקרה שלנו כן, כי דפנה הלכה ובדקה ואילו הייתה רואה את הערת האזהרה היא לא הייתה מתקשרת בעסקה נוגדת.

לסיכום,

התשובה הסופית תלויה בשאלה האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה או לא חלף? אם חלף דפנה מנצחת. ואם לא חלף – יצחק מנצח בזמן.

יש שלב נוסף ואחרון – הוא לא רלוונטי לשאלה אבל למען הסדר הטוב נציין אותו. בשלב האחרון אנחנו אמורים לשאול את עצמנו האם במסגרת עסקאות נוגדות יש לקחת בחשבון שיקולי צדק.

הבסיס לשיקולי צדק מצוי בסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות. במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר, פס"ד פומרניץ וכדומה.

שלב ראשון : סדר

מי הבעלים ? דני

עסקה ראשונה נעשית עם אחותו, שרה – התחייבות לשכירות תמורת דמי שכירות של \$50, לשרה יש זכות אישית, מדובר על שכירות קצרה לשנה, שוכר קצר יכול להפוך את הזכות שלו לקניינית עם קבלת החזקה- הוא כן יכול לרשום בטאבו, הוא לא חייב – שני הדברים לא התקיימו כלפי שרה ולכן יש לה זכות אובליגטורית.

עסקה שניה – נעשתה עם שמעון – התחייבות לשכירות, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה, שילם תמורה מלאה, לשמעון יש זכות אישית לשכירות, גם הוא לא רשם בטאבו ולא קיבל החזקה, גם הוא שוכר קצר.

שלב שני : איך פותרים את העימות?

יש סעיף שדומה לסי'9, הוא סעיף 80 לחוק המקרקעין והוא מדבר על תחרות בין 2 שכירויות קצרות. ולכן הוא הסעיף הרלוונטי, ולא סעיף 9. לפי סעיף 80 הראשון בזמן שהוא שרה מנצחת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון עומד בשלושה תנאים מצטברים.

התנאים : תום לב, תמורה וקבלת החזקה (זכות קניינית).

תום לב – במסגרת דרישת תום הלב, נדרש תום לב אובייקטיבי, הוא צריך לבדוק בטאבו ולבקר בנכס, צריך לשים לב כי כשמדובר בשוכר קצר המחוקק ביקש להקל על השוכרים כדי לעודד עסקאות כאלה בהתאם הזכות שלו הופכת להיות קניינית כשהוא מקבל חזקה. לכן, קל וחומר אם הוא לא צריך לרשום את זכותו אנחנו גם לא נצפה ממנו ללכת ולבדוק את המרשם, ולכן אי בדיקת המרשם לא יבוא לרעתו אבל הוא כן צריך לבדוק את הנכס לפני החתימה על החוזה ולכן הוא עונה על דרישת תום הלב.

תמורה – תנאי מתקיים, קיימת תמורה מלאה.

חזקה – לא מתקיים, שמעון לא קיבל חזקה.

שמעון לא עומד בשלושת התנאים ומי שגובר היא שרה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנו האם אי רישום הערת אזהרה ע"י שרה זהו מחדל שיפעל לרעתה? לא, כי לא מצפים משכירות קצרה לרשום הערת אזהרה ולכן הלכת גנו לא רלוונטית. המחוקק רוצה עסקאות פשוטות בלי להכביד על שוכרים קצרים ולכן הלכת גנו לא תפעל לרעתה של שרה.

שלב אחרון, האם ישקלו שיקולי צדק?

לא, לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. **פס"ד ורטהיימר, פומרניץ.** לכן המנצחת שלנו היא שרה.

(2) מתחילים שוב את הבדיקה לפי הסדר.

הבעלים – דני

עסקה ראשונה – שרה – עסקה לא השתנתה.

עסקה שניה – שמעון – התחייבות לחכירה, שכירות ארוכה, ל-11 שנים, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה האחות, הוא שילם לשנה מראש, שמעון לא רשם את זכותו אבל כן קיבל חזקה, לשמעון יש זכות אישית כי מדובר על שכירות ארוכה.

איך פותרים את התחרות בין השכירות הקצרה לארוכה?

במקרה כזה העימות יעשה על פי שילוב של סעיף 80+19 – כי סעיף 80 נוגע לשרה ו-9 נוגע לשמעון. לפי שני הסעיפים הראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם השני בזמן שהוא שמעון עומד ב-3 תנאים מצטברים : תום לב, תמורה ורישום בטאבו.

תום לב – הוא לא תם לב, היה על שמעון לבדוק במרשם, הוא כבר לא שוכר קצר – אם כי הבדיקה לא הייתה עוזרת לו כי ממילא השכירות הקצרה של שרה לא נרשמה.

תמורה – הוא שילם לשנה אחת מראש, בפס"ד חוות מקורה נקבע שעניין התמורה יש לבחון את התקופה בכללותה ולא כל שנה בנפרד. ז"א שהוא שילם רק 1 אחד מתוך 11 שנים- זו לא תמורה מספקת ולכן לא התקיימה דרישת התמורה.

רישום בטאבו – נדרש רישום כדי להפוך את הזכות לקניינית, רישום זה לא בוצע, לשמעון אין זכות קניינית אפילו שקיבל את החזקה.

לסיכום, שרה מנצחת בשלב זה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנז

הלכת גנז לא רלוונטית, כלום לא השתנה לגבי שרה.

האם יילקחו בחשבון שיקולי צדק? לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. פס"ד ורטהיימר, פומרניץ. לכן המנצחת שלנו היא שרה.

תרגיל; עסקאות נוגדות**תשובה לשאלה מס' 1 :**

דבר ראשון זה לעשות סדר בעובדות, מי נגד מי – אם טעינו בהתחלה, הלכה כל השאלה. סדר פעולות, מה הסדר הכרונולוגי, איזו זכות יש לכל אחד. תמיד לזכור – אין אינסטינקט.

שלב ראשון : סדר

מי הבעלים? שמואל

עסקה ראשונה נעשתה עם יצחק – התחייבות למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, 50% מהתמורה שולמה.

עסקה שניה נעשתה עם דפנה – התחייבו למכר, זכות אובליגטורית, נעשתה בכתב, היא בדקה במרשם, שילמה 80% תפסה חזקה, התחילה את השיפוץ- יש לה זכות אישית.

שלב שני : איך פותרים את העימות?

זו סיטואציה קלאסית של עסקאות נוגדות, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין שקובע שהראשון בזמן שהוא יצחק מנצח אלא אם השני בזמן, דפנה, עומדת בשלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה וזכות קניינית.

למה חשוב לנקוב בשמות? כדי לא להתבלבל.

מהם התנאים ?

כיום נדרשת רמה גבוהה של תום לב אובייקטיבי, נקבע בהרבה פסקי דין – למשל פס"ד גריס, מזרחי נ' גדי, פס"ד נאסר. אצלנו דפנה בדקה במרשם, ביקרה בנכס, ולכן היא עומדת בדרישת תום הלב.

התנאי השני היא תמורה - נדרשת תמורה ממשית, 80% זה בהחלט תמורה ממשית. בנוסף, היא התחילה בשיפוץ, היא השביחה את הנכס לפי פס"ד חוות מקורה השקעה בנכס והשבחתו יכולה להוות תחליף לעניין התמורה. לסיכום, דרישת התמורה של דפנה התקיימה.

התנאי השלישי הוא רישום בטאבן בו היא לא עומדת. ולכן היא לא עומדת בתנאים המצטברים ולפני סעיף 9 מי שגובר הוא יצחק.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנז

אומרת שהראשון בזמן למרות שניצח הוא עלול להיחשב חסר תום לב שכן לא רשמת בזמן הערת אזהרה.

מתי הראשון בזמן יפסיד? יש לבדוק מספר קריטריונים שנקבעו בהלכת גנז :

ראשית יש לבדוק האם הייתה מניעה משפטית או מניעה כלשהי מרישום הערת האזהרה. אם אכן הייתה מניעה הרי שאין להאשים את יצחק על כך שלא רשם הערת אזהרה, אצלנו לא ידוע מניעה מסוימת ולכן היה על יצחק לרשום הערת אזהרה.

שנית, יש לבדוק האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה? אם טרם חלף הזמן הסביר המחדל של אי הרישום לא יפעל לרעתו של יצחק. כמה זמן זה זמן סביר? הכל תלוי בנסיבות.

בפס"ד חמודי נ' חרב עברו 3 שנים אבל בגלל הנסיבות המיוחדות באותו מקרה זה עדיין נחשב זמן סביר, יש מלומדים שאומרים שזמן סביר זה חודש – היום לאור קלות הרישום אפילו שבוע זה זמן סביר. בפס"ד גנז עברו 17 שנה ונקבע שזה לא זמן סביר.

במקרה שלנו, עברו 22 ימים, זה די גבולי. (היום עו"ד צריך באותו היום לכתוב הערת אזהרה בנכס).

שלישית, לפי הלכת גנז יש לבדוק האם אי רישום של הערת האזהרה זה מה שגרם לתאונה המשפטית- במקרה שלנו כן, כי דפנה הלכה ובדקה ואילו הייתה רואה את הערת האזהרה היא לא הייתה מתקשרת בעסקה נוגדת.

לסיכום,

התשובה הסופית תלויה בשאלה האם חלף הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה או לא חלף? אם חלף דפנה מנצחת. ואם לא חלף- יצחק מנצח בזמן.

דיני קניין פרופ' רות פלאטו – שנער
יש **שלב נוסף ואחרון** – הוא לא רלוונטי לשאלה אבל למען הסדר הטוב נציין אותו. בשלב האחרון אנחנו אמורים לשאול את עצמנו האם במסגרת עסקאות נוגדות יש לקחת בחשבון **שיקולי צדק**.
הבסיס לשיקולי צדק מצוי בסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות. במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר, פס"ד פומרניץ וכדומה.

תשובה לשאלה מס' 2 :

שלב ראשון : סדר

מי הבעלים ? דני

עסקה ראשונה נעשית עם אחותו, שרה – התחייבות לשכירות תמורת דמי שכירות של \$50, לשרה יש זכות אישית, מדובר על שכירות קצרה לשנה, שוכר קצר יכול להפוך את הזכות שלו לקניינית עם קבלת החזקה- הוא כן יכול לרשום בטאבו, הוא לא חייב – שני הדברים לא התקיימו כלפי שרה ולכן יש לה זכות אובליגטורית.

עסקה שניה – נעשתה עם שמעון – התחייבות לשכירות, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה, שילם תמורה מלאה, לשמעון יש זכות אישית לשכירות, גם הוא לא רשם בטאבו ולא קיבל החזקה, גם הוא שוכר קצר.

שלב שני : איך פותרים את העימות?

יש סעיף שדומה לס'9, הוא סעיף 80 לחוק המקרקעין והוא מדבר על תחרות בין 2 שכירויות קצרות. ולכן הוא הסעיף הרלוונטי, ולא סעיף 9. לפי סעיף 80 הראשון בזמן שהוא שרה מנצחת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון עומד בשלושה תנאים מצטברים.

התנאים : תום לב, תמורה וקבלת החזקה (זכות קניינית).

תום לב – במסגרת דרישת תום הלב, נדרש תום לב אובייקטיבי, הוא צריך לבדוק בטאבו ולבקר בנכס, צריך לשים לב כי כשמדובר בשוכר קצר המחוקק ביקש להקל על השוכרים כדי לעודד עסקאות כאלה בהתאם הזכות שלו הופכת להיות קניינית כשהוא מקבל חזקה. לכן, קל וחומר אם הוא לא צריך לרשום את זכותו אנחנו גם לא נצפה ממנו ללכת ולבדוק את המרשם, ולכן אי בדיקת המרשם לא יבוא לרעתו אבל הוא כן צריך לבדוק את הנכס לפני החתימה על החוזה ולכן הוא עונה על דרישת תום הלב.

תמורה – תנאי מתקיים, קיימת תמורה מלאה.

חזקה – לא מתקיים, שמעון לא קיבל חזקה.

שמעון לא עומד בשלושת התנאים ומי שגובר היא שרה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנו האם אי רישום הערת אזהרה ע"י שרה זהו מחדל שיפעל לרעתה? לא, כי לא מצפים משכירות קצרה לרשום הערת אזהרה ולכן הלכת גנו לא רלוונטית. המחוקק רוצה עסקאות פשוטות בלי להכביד על שוכרים קצרים ולכן הלכת גנו לא תפעל לרעתה של שרה.

שלב אחרון, האם ישקלו שיקולי צדק?

לא, לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. **פס"ד ורטהיימר, פומרניץ**.

(2) מתחילים שוב את הבדיקה לפי הסדר.

הבעלים – דני

עסקה ראשונה – שרה – עסקה לא השתנתה.

עסקה שניה – שמעון – התחייבות לחכירה, שכירות ארוכה, ל-11 שנים, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה האחות, הוא שילם לשנה מראש, שמעון לא רשם את זכותו אבל כן קיבל חזקה, לשמעון יש זכות אישית כי מדובר על שכירות ארוכה.

איך פותרים את התחרות בין השכירות הקצרה לארוכה?

במקרה כזה העימות יעשה על פי שילוב של סעיף 19+80 – כי סעיף 80 נוגע לשרה ו-9 נוגע לשמעון. לפי שני הסעיפים הראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם השני בזמן שהוא שמעון עומד ב3 תנאים מצטברים : תום לב, תמורה ורישום בטאבו.

תום לב – הוא לא תם לב, היה על שמעון לבדוק במרשם, הוא כבר לא שוכר קצר – אם כי הבדיקה לא הייתה עוזרת לו כי ממילא השכירות הקצרה של שרה לא נרשמה.

דיני קניין פרופ' רות פלאטו – שנער
שני שביט
תמורה – הוא שילם לשנה אחת מראש, בפס"ד חוות מקורה נקבע שעניין התמורה יש לבחון את התקופה בכללותה ולא כל שנה בנפרד. ז"א שהוא שילם רק 1 אחד מתוך 11 שנים- זו לא תמורה מספקת ולכן לא התקיימה דרישת התמורה.
רישום בטאבו – נדרש רישום כדי להפוך את הזכות לקניינית, רישום זה לא בוצע, לשמעון אין זכות קניינית אפילו שקיבל את החזקה.

לסיכום, שרה מנצחת בשלב זה.

כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ לכם נורה אדומה- הלכת גנז
הלכת גנז לא רלוונטית, כלום לא השתנה לגבי שרה.

האם יילקחו בחשבון שיקולי צדק? לא נלקחים שיקולי צדק במסגרת עסקאות נוגדות. פס"ד ורטהיימר, פומרניץ. לכן המנצחת שלנו היא שרה.

פתרון תרגיל 1 – עסקאות נוגדות:

1. א) יעקב הוא הבעלים, עסקה ראשונה היא עם הבנק- מדובר על התחייבות למשכנתא, נרשמה הערת אזהרה, לבנק יש זכות אישית. עסקה שניה היא עם רחל, שכירות קצרה, רחל קיבלה החזקה, מדובר על שכירות קניינית, שכירות קצרה עד 10 שנים כולל אין צורך ברישום די בקבלת החזקה, רחל שילמה מראש חצי שנה והשקיעה 20 אלף שח שיפוץ, לא ידעה על ההתחייבות לבנק כלומר לא בדקה בטאבו.

ב) איזה סעיף חל? יש לעשות שילוב בין סעיף 9 לסעיף 80 כי בשביל הבנק זה 9 ובשביל השוכר הקצר זה סעיף 80. הכלל הוא הראשון בזמן שהוא הבנק גובר, אלא אם כן השני בזמן שהיא רחל עומדת ב-3 תנאים מצטברים: תום לב – נדרש תום לב אובייקטיבי יש לבקר בנכס אבל בגלל שמדובר בשכירות קצרה ובשכירות קצרה יש הקלה וכפי שלא נדרשים לרשום בטאבו אז וודאי שלא נדרוש מהם לבדוק בטאבו. מצד שני, המרצה חושבת שכשמדובר על תקופה של 10 שנים כן מצפים משוכר כזה ללכת ולבדוק. תמורה – שילמה חצי שנה מראש בפסד חוות מקורה נקבע כי יש לבחון את תקופת השכירות בכללותה. תשלום חצי שנה מ-10 שנים ברור שלא מקיימת את דרישת התמורה. לפעמים שיפוץ יכול לבוא במקום התמורה אבל גם כאן הסכום הוא נמוך יחסית ולכן לא מתקיימת דרישת התמורה. תנאי שלישי היא זכות קניינית כאן די בקבלת חזקה ואכן רחל קיבלה את החזקה (שכירות קצרה) אבל ממילא לא עמדה ב-3 התנאים המצטברים ולכן הבנק גובר.

ג) כשהראשון בזמן גובר צריך לדבר על הלכת גנז – אתה הראשון בזמן, אם לא רשמת הערת אזהרה אתה עלול להיחשב חסר תום לב ואולי להפסיד בתחרות. ואז יש לבדוק את 3 הנסיבות, אבל במקרה דנן הלכת גנז לא רלוונטית מכיוון שהבנק רשם הערת אזהרה.

ד) שיקולי צדק אין לקחת בחשבון – פס"ד ורטהיימר נ' הררי.

2. התשובה לא תשתנה, במצב כזה חל סעיף 85 לחוק המקרקעין שבגדול אומר זכות קניינית ראשונה בזמן גוברת על כל עסקה אחרת. לבנק משכנתא קניינית שקדמה לשכירות ולכן גוברת עליו.

תרגיל 2- עסקאות נוגדות:

1) הבעלים זה המנהל, דלית היא החוכרת לדורות, עסקה ראשונה עשתה עם אברהם, מדובר על התחייבות למכירת החכירה לדורות, זכות אישית, אברהם בדק בטאבו ושילם 20%. עסקה שניה נעשתה עם גדעון, מדובר על התחייבות למכירת החכירה לדורות, יש לו זכות אישית, בדק בטאבו ושילם 75% ורשם הערת אזהרה לאחר שבוע. עסקה שלישית נעשתה עם שמחה, מדובר על התחייבות לחכירה לדורות, יש לה זכות אישית, בדקה בטאבו ושילמה 50%.

כאן מדובר על 3 עסקאות נוגדות. הכלל הוא כזה כשיש יותר מ-2 עסקאות נוגדות, הראשון מול השני בתור והמנצח מול הבא בתור וכך הלאה.

עימות מס' 1 – אברהם מול גדעון:

הסעיף שחל הוא סעיף 9, יש פה 2 התחייבויות אישיות, ז"א הראשון בזמן שהוא אברהם מנצח אלא אם כן השני בזמן שהוא גדעון עומד ב-3 תנאים מצטברים: תום לב – גדעון תם לב הוא ביקר בנכס, בדק ולכן מתקיים. תמורה – ככל הנראה 75% מספיקים להתקיימות תנאי זה. תנאי שלישי הוא הרישום – רישום הערת אזהרה זה לא זכות קניינית ולכן מי שמנצח כרגע זה אברהם. מכיוון שהראשון בזמן ניצח נדרש לבדוק את תנאי הלכת גנו – אברהם לא רשם הערת אזהרה, יש לבדוק את 3 הסייגים בפס"ד גנו: א) האם חלף הזמן הסביר? עבר חודש וזה זמן גבולי, לאור קלות הרישום היום זה מאוד גבולי. ב) האם הייתה סיבה מיוחדת לאי הרישום? לא. ג) האם אי הרישום זה מה שגרם לתאונה המשפטית? התשובה היא כן מכיוון שאם היה רושם, גדעון לא היה מתקשר בעסקה נוגדת. לכן שחלף הזמן הסביר אברהם יפסיק בתחרות והמנצח בינתיים הוא גדעון.

עימות מס' 2 – גדעון מול שמחה:

הסעיף שחל הוא 9 ז"א הראשון בזמן שהוא גדעון מנצח אלא אם כן השני בזמן שהיא שמחה עומדת ב-3 תנאים מצטברים: תום לב – עומדת בתנאי כי ביקרה בדירה ובדקה את הטאבו. תמורה – שמחה שילמה 50% וכנראה זה מעט מדי. רישום זכות קניינית גם לא מתקיימת כי לא רשמה בטאבו. לכן מי שגובר לעת עתה הוא גדעון.

מכיוון שהראשון בזמן ניצח יש לבדוק את הלכת גנו – כאן נרשמה הערת אזהרה ע"י גדעון תוך שבוע, לא חלף הזמן הסביר ולכן התוצאה היא שגדעון הוא המנצח.

פתרון תרגיל 3 – עסקאות נוגדות:

הבעלים היא אורנה. עסקה ראשונה נעשתה עם הבנק, לטובת הבנק יש עיקול לא רשום, לבנק יש סעד פרוצדוראלי ואין לו שום זכות. עסקה שניה נעשתה עם זיווה, לזיווה יש זכות קניינית כי היא רשמה את זכותה ואז בא עו"ד נוכל ומכר את הדירה למקס.

עימות מס' 1 בין הבנק שלטובתו עיקול לא רשום לבין זיווה שיש לה זכות קניינית:

במצב כזה, כשיש עיקול לא רשום מול זכות קניינית יש ליישם את הלכת ברוקס נ' דורות בפס"ד זה יש 2 גישות לפיהן אנחנו יכולים להכריע בעימות. גישה ראשונה של פרופ' דויטש שאומר שבמצב כזה יש לעשות היקש מסעיף 9 לחוק המקרקעין ז"א העיקול גובר אלא אם כן השני בזמן שהיא זיווה עומדת ב-3 תנאים מצטברים: תום לב מתקיים כי היא בדקה בטאבו וביקרה בדירה, תמורה – זיווה שילמה רק 1/5 מהשווי של הדירה, נדרשת תמורה ממשית וזו לא תמורה ממשית ולא מתקיימת דרישת התמורה, זכות קניינית – מתקיימת כי זיווה רשמה את זכותה. אבל מכיוון שלא מתקיימת דרישת התמורה, עפ"י גישתו של פרופ' דויטש מי שגובר הוא הבנק. גם כאן אפשר לעשות היקש לפס"ד גנו ולומר שעצם זה שהבנק לא רשם את העיקול (אין הערת אזהרה על עיקול ולכן זה היקש מפסד גנו) אולי הוא ייחשב לחסר תום לב, יש לבדוק את החריגים מפס"ד גנו. חריג ראשון – האם חלף הזמן הסביר? כאן בין מועד מתן צו העיקול לבין חתימת החוזה עם זיווה חלפו רק 10 ימים וזו תקופה קצרה יחסית. אבל מצד שני, יש לזכור שמדובר בבנק הוא מקצועי ברישום עיקולים ואולי כן היינו מצפים ממנו לרשום מיד את העיקול. חריג שני – האם הייתה מניעה לאי הרישום? לא. חריג שלישי – האם אי הרישום הוא שגרם לתאונה המשפטית? כן כי זיווה בדקה. לסיכום לאור שאלת הזמן הסביר אין לנו תשובה חד משמעית האם העיקול יפסיד או לא. ז"א לפי גישתו של דויטש אין לנו הכרעה. עפ"י גישתו של פרופ' ויסמן שאומרת שבמצב כזה די בכך שהשני בזמן פעלה בתום לב כדי שהיא תגבור על העיקול שהוא לא רשום. לפי גישה זו זיווה פעלה בתום לב ולכן לפי פרופ' ויסמן זכותה עדיפה על זכות הבנק.

עימות מס' 2- בהנחה שזיווה גוברת על הבנק, אז העימות השני יהיה בין זיווה למקס:

המצב פה הוא מצב של תקנת שוק יש 2 רמזים לכך בשאלה (לזיווה יש זכות קניינית, ושיש נוכל). סעיף 10 לחוק המקרקעין שאומר הבעלות תופקע מזיווה רק אם מקס יעמוד במס' תנאים מצטברים של סעיף 10. תנאי ראשון – זכות קניינית- מתקיים כי הוא רשם בטאבו. תנאי שני- מקרקעין מוסדרים – מתקיים. תנאי שלישי – תמורה – מתקיים מקס נתן תמורה מלאה. תנאי רביעי- תום הלב – כאן לא ברור אם העו"ד ביקר בנכס או רק אמר למקס. בכל מקרה בגלל שמדובר במרמה של העו"ד הבדיקות לא רלוונטיות כי ממילא לא יכלו לסייע למקס. תנאי חמישי – הסתמכות על מרשם שגוי – הפסיקה פירשה סעיף זה כך שנדרשת הסתמכות על רישום שהתגלה בדיעבד כרישום שגוי. זה לא המקרה שלנו אצלנו הרישום בטאבו נכון. הנכס אכן רשום על שם זיווה, התקלה היא בגלל חוזה מזויף למשל פס"ד מוזאפר. מקס לא עומד בתנאי תקנת השוק ולכן זיווה מנצחת.

בהנחה שהעיקול מנצח את זיווה אז כעת העימות הוא בין העיקול לבין מקס:

שוב צריכים ליישם את 2 הגישות מפס"ד ברוקס נ' זרורת – לפי גישת פרופ' דיוטש צריך היקש מסעיף 9. מקס מקיים את 3 התנאים וגובר על העיקול. גם לפי פרופ' ויסמן מקס הוא תם לב ומנצח.

שאלה ראשונה – בתאריך 10.01.18 התחייב שמואל להעביר ליצחק את זכות הבעלות בדירתו שברח' רבין 10 ברמת גן (להלן: "הדירה"). ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. במעמד חתימת החוזה שולמה 50% מהתמורה. נקבע כי ב-01.04.18 תשולם יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום בטאבו. בתאריך 01.02.18 התחייב שמואל להעביר לדפנה את זכות הבעלות בדירתו המוזכרת לעיל, לאחר שדפנה ביקרה בדירה ומצאה אותה מתאימה לצרכיה. ההתחייבות נעשתה בחוזה בכתב. יש לציין כי דפנה בדקה את המרשם בטאבו וראתה כי הדירה רשומה אכן על שם שמואל. דפנה שילמה 80% מהתמורה בעמד חתימת החוזה, ובהסכמתו של שמואל החלה מיידית בשיפוץ הדירה. סוכס כי ביום 01.03.18 תשלם דפנה את יתרת התמורה והעסקה תושלם ברישום. דפנה לא רשמה לטובתה הערת אזהרה לאור לוח הזמנים המהיר לביצוע העסקה. ביום 02.02.18 רשם יצחק הערת אזהרה. ביום 01.03.18 הגיעה דפנה ללשכת רישום המקרקעין, ונדהמה לגלות כי קיימת מניעה מלרשום את העסקה לאור הערת אזהרה הרשומה לטובת יצחק. מי יזכה לאכיפת החוזה עמו – יצחק או דפנה?

תשובה - דבר ראשון, יש לעשות סדר כרונולוגי לעצמנו בעובדות, מי נגד מי באופן תרשימי, כי אם יש טעות בהתחלה הלכה כל השאלה. במקרה דנן שמואל הוא הבעלים, עסקה ראשונה נעשתה עם יצחק, עסקה מסוג התחייבות למכר, יש לו זכות אישית, ההתחייבות תקפה ונעשתה בכתב, שולמה 50% מהתמורה. עסקה שניה נעשתה בין שמואל לדפנה, אותו עסקה התחייבות למכר, גם היא תקפה היא נעשתה בכתב, דפנה בדקה במרשם, שילמה 80% מהתמורה, תפסה חזקה והתחילה את השיפוץ, לדפנה יש זכות אישית. לאחר שהובהרו העובדות צריך לבדוק איך פותרים את העימות, ועם איזה סעיף? במקרה דנן מדובר על סיטואציה קלאסית בין יצחק לבין דפנה, והסעיף הרלוונטי הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין אשר קובע שהראשון בזמן שהוא יצחק מנצח אלא אם השני בזמן שהיא דפנה, עומדת בשלושה תנאים מצטברים; תום לב – כיום נדרשת רמה גבוהה של תום לב, תום לב אובייקטיבי, נקבע בהרבה פס"ד למשל פס"ד ג'ריס, פס"ד מזרחי נ' גדי, פס"ד נאסר, במקרה דנן דפנה בדקה במרשם וגם ביקרה בנכס ולכן היא עומדת בדרישת תום הלב. תמורה – נדרשת תמורה ממשית, 80% היא ככל הנראה תמורה ממשית ובנוסף היא התחילה בשיפוץ, היא השביחה את הנכס לפי פס"ד חוות מקורה השקעה בנכס והשבחתו יכולה להוות תחליף לעניין התמורה. ורישום זכות קניינית – רישום בטאבו, היא לא ביצעה רישום ולכן היא לא עומדת בשלושת התנאים המצטברים ומי שגובר הוא יצחק. כאשר הראשון בזמן מנצח אמורה לקפוץ נוראה אדומה והיא הלכת גנו, אשר אומרת שעל אף שהראשון בזמן מנצח, הוא עלול להיחשב חסר תום לב שכן לא רשם בזמן הערת אזהרה. מתי הראשון בזמן יפסיד? כדי לדעת אם הוא יפסיד יש לבדוק מס' קריטריונים שנקבעו בהלכת גנו. דבר ראשון יש לבדוק האם הייתה מניעה משפטית או מניעה כלשהיא לרישום הערת האזהרה? אם אכן הייתה מניעה הרי שאין להאשים את יצחק על כך שלא רשם הערת אזהרה, במקרה דנן לא ידוע שליצחק הייתה מניעה כלשהיא. דבר שני, האם רשם הזמן הסביר לרישום הערת אזהרה? אם טרם חלף, המחדל של אי הרישום לא יפעל לרעתו של יצחק, מהו זמן סביר? בגנו עבר 17 שנים שזה לכל הדעות לא זמן סביר, אך אין לקבוע מסמרות וגדרות ולהתייחס לנסיבות, בפס"ד חמודי כאשר חלף שלוש שנים, בגלל הנסיבות המיוחדות של אותו המקרה זה עדיין נחשב היה לזמן סביר, יש מלומדים שאומרים שזמן סביר זה חודש, היום לאור קלות הרישום אפילו שבוע זה זמן סביר. במקרה שלנו חלפו 22 יום, שזה ככל הנראה זמן סביר. הדבר השלישי שנקבע שיש לבדוק הוא האם אי הרישום של הערת האזהרה זה מה שגרם לתאונה המשפטית? במקרה דנן התשובה היא כן, שדפנה הרי הלכה ובדקה ואילו היא הייתה רואה את הערת האזהרה היא לא הייתה מתקשרת בעסקה נוגדת. לסיכום התשובה תלויה בשאלה, אם חלף הזמן הסביר או לא, אם חלף דפנה מנצחת, ואם לא יצחק מנצח.

בשלב האחרון של פתרון השאלה אנחנו אמורים לשאול את עצמנו האם במסגרת עסקאות נוגדות יש לקחת בחשבון שיקולי צדק? הבסיס לשיקולי צדק מצוי בסעי' 3-4 לחוק החוזים תרופות. במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר, פס"ד פומרנץ וכדו'.

שאלה שניה – דני מנסה מזה חודשים רבים להשכיר את הווילה שבבעלותו, אך לא מצליח למצוא שוכר מתאים. ביום 01.06.18 נפגש דני עם אחותו שרה, אשר גרה בדירה שכורה. שרה סיפרה לדני כי חוזה השכירות שלה הסתיים וכי אינה מוצאת דירה אחרת שניתן לשכור במחיר סביר. בטוב ליבו הציע דני לאחותו כי תעבור לגור בוילה, למשך שנה, תמורת דמי שכירות סמליים של \$50 לחודש, החל מה-01.07.18 דני ואחותו חתמו על הסכם שכירות מתאים. ביום 05.06.18 פנה אל דני שמעון, אשר רצה לשכור ממנו את הווילה לאחר שראה אותה ומצא אותה מתאימה לצרכיו. שמעון אף הסכים לשלם לדני את כל דמי השכירות במזומן מראש. דני הניח כי אחותו תבין שבנסיבות כאלה לא יוכל לעמוד בהסכם עמה, ועל כן חתם על הסכם שכירות עם שמעון, בו התחייב להשכיר לשמעון את הדירה למשך שנה, החל מה-01.07.18. שמעון שילם את דמי השכירות לכל השנה, מראש. שמעון לא ידע על ההבטחה של דני לאחותו. למחרת חתימת ההסכם עם שמעון (ביום 06.06.18), סיפר דני לאחותו כי הצליח להשכיר את הווילה ועל כן לא יוכל לאפשר לה להתגורר בה כפי שסיכמו, אולם אחותו של דני עומדת על כך שדני ימלא אחר ההסכם עמה.

1. הכרע בין זכויותיהם הנוגדות של האחות ושל שמעון ביחס לוילה, נכון ליום 06.06.18.
2. האם תשובתך הייתה משתנה, לו במקום הסכם שכירות לשנה, היה דני חותם עם שמעון ל11 שנים, ושמעון היה נכס לגור בוילה כבר ביום חתימת ההסכם (05.06.18)?

תשובה -

1. הבעלים הוא דני, עסקה ראשונה של התחייבות לשכירות תמורת דמי שכירות של \$50 לחודש נעשה עם אחותו שרה, לשרה יש זכות אישית, מדובר על שכירות קצרה(שוכר קצר יכול להפוך את הזכות שלנו לקניינית עם קבלת החזקה, כמובן שהוא יכול לרשום בטאבו אבל הוא לא חייב – בכל מקרה שני הדברים האלה לא התקיימו לגבי שרה ולכן יש לה זכות אישית בלבד). עסקה שניה של התחייבות לשכירות נעשתה מול שמעון, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה ושילם תמורה מלאה, ויש לו זכות אישית, גם הוא שוכר קצר ולא רשם בטאבו. סעי' 80 לחוק המקרקעין (דומה לסעי' 9 לחוק המקרקעין), והוא מדבר על תחרות בין שתי שכירויות קצרות ולכן הוא הסעי' הרלוונטי ולא סעי' 9 – בדיוק המקרה שלנו עימות בין שתי שכירויות קצרות. לפי סעי' 80 הראשון בזמן שהיא שרה מנצחת אלא אם כן השני בזמן שהוא שמעון עומד בשלושה תנאים מצטברים ; תום לב – במסגרת דרישת תום הלב נדרש תום לב אובייקטיבי, הוא צריך לבדוק בטאבו, לבקר בנכס, אך כשמדובר בשוכר קצר המחוקק ביקש להקל על השוכרים כדי לעודד עסקאות כאלה, בהתאם הזכות שלו הופכת להיות קניינית כשהוא מקבל חזקה, לכן קל וחומר אם הוא לא צריך לרשום את זכותו, אנחנו גם לא נצפה ממנו ללכת ולבדוק את המרשם, ולכן אי בדיקת המרשם לא יבוא לרעתו, אבל כן הוא צריך לבדוק את הנכס לפני החתימה על החוזה ולכן אם נסכם שמעון שלנו אכן תם לב. תמורה – התנאי מתקיים שהרי שמעון נתן תמורה מלאה. וקבלת החזקה שהיא הזכות הקניינית – תנאי זה לא מתקיים מאחר ושמעון לא קיבל חזקה, ולכן שמעון לא עומד בשלושת התנאים ומי שגובר היא שרה. כאשר הראשון בזמן מנצח, במקרה דנן שרה, מיד יש לבדוק את הלכת גנו, האם אי רישום הערת אזהרה ע"י שרה זו מחדל שיפעל לרעתה? התשובה היא לא, הלכת גנו אינה רלוונטית שכן לא מצפים משוכר קצר לרשום את זכותו ובוודאי שלא נצפה ממנו ללכת ולרשום הערת אזהרה, המחוקק רוצה עסקאות פשוטות מבלי להכביד על שוכרים קצרים ולכן הלכת גנו לא תפעל לרעתה של שרה. ובשלב האחרון האם ישקלו שיקולי צדק? לא, במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר נ' הררי, פס"ד פומרנץ וכדו'. ולכן המנצחת שלנו היא שרה.

2. הבעלים הוא דני, עסקה ראשונה של התחייבות לשכירות תמורת דמי שכירות של \$50 לחודש נעשה עם אחותו שרה, לשרה יש זכות אישית, מדובר על שכירות קצרה(שוכר קצר יכול להפוך את הזכות שלנו לקניינית עם קבלת החזקה, כמובן שהוא יכול לרשום בטאבו אבל הוא לא חייב – בכל מקרה שני הדברים האלה לא התקיימו לגבי שרה ולכן יש לה זכות אישית בלבד). עסקה שניה היא התחייבות לחכירה מול שמעון, זוהי שכירות ארוכה, שמעון לא ידע על ההתחייבות לשרה האחות, שילם לשנה מראש, הוא לא רשם את העסקה ועל אף שהוא קיבל חזקה יש לו אך ורק זכות אישית כי מדובר על שכירות ארוכה. כעת התחרות היא בין שכירות קצרה לשכירות ארוכה. במקרה כזה העימות יעשה עפ"י שילוב של סעי' 9 ו80 לחוק המקרקעין, 9 לגבי שמעון, 80 לגבי שרה. ולכן לפי שני הסעיפים הראשון בזמן שהיא שרה גוברת אלא אם השני בזמן שהוא שמעון עומד בשלושה תנאים מצטברים ; תום לב – היה על שמעון כעת לבדוק במרשם האם יש הערת אזהרה, מאחר והוא לא סוחר קצר וכעיקרון הוא לא תום לב אם כי הבדיקה לא הייתה עוזרת לו כי ממילא השכירות קצרה של שרה לא נרשמה. תמורה – לא מתקיים, מאחר והוא שילם לשנה אחת מראש, בפס"ד חוות מקורה נקבע שלעניין התמורה יש לבחון את התקופה בכללותה ולא כל שנה בנפרד, ובמקרה דנן שילם רק 1

מתוך 11 שנים וזו לא תמורה מספקת ולכן לא התקיימה דרישת התמורה. רישום בטאבו – נדרש רישום על מנת להפוך את הזכות לקניינית, ובמקרה דנן שמעון לא עשה זאת, ואפילו שקיבל את החזקה יש לו זכות אישית בלבד. שרה הראשונה בזמן היא המנצחת. כאשר הראשון בזמן מנצח נדלקת נורה אדומה והיא הלכת גנו, האם היא חלה? במקרה דנן היא לא. ובשלב האחרון האם ישקלו שיקולי צדק? לא, במסגרת עסקאות נוגדות לא יילקחו בחשבון שיקולי צדק, פס"ד ורטהיימר נ' הררי, פס"ד פומרנץ וכדו'. ולכן המנצחת שלנו היא שרה.

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

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

תשובה –

1. עסקה ראשונה נעשתה בין יעקב לבנק ומדובר על התחייבות למשכנתא, נרשמה הערת אזהרה, בעצם לבנק יש זכות אישית, עסקה שניה נעשתה בעצם בין יעקב לרחל, מדובר בשכירות קצרה, רחל קיבלה החזקה, מדובר בשכירות קניינית, שכירות עד 10 שנים כידוע לנו די בקבלת חזקה ואין צורך ברישום במרשם. רחל שילמה חצי שנה מראש והשקיעה בשיפוץ של 20 אש"ח, כאשר לא ידעה על ההתחייבות כלפי הבנק, ז"א היא לא בדקה בטאבו. בשלב השני של פתרון השאלה יש לבדוק איזה סעי' חל? יש לעשות כאן שילוב בין סעי' 9 לסעי' 80, מאחר ועבור הבנק סעי' 9, ועבור השוכר הקצר סעי' 80. הכלל הוא שהראשון בזמן שהוא הבנק במקרה דנן גובר, אלא אם כן השני בזמן שהיא רחל במקרה דנן עומדת בשלושה תנאים מצטברים – תום לב אובייקטיבי, ז"א יש לבדוק, יש לבקר בנכס, במקרה הזה מדובר בשכירות קצרה וידוע שיש הקלה עם שוכרים קצרים וכפי שהם לא מתבקשים לרשום בטאבו כך אין מהם דרישה לבדוק בטאבו. מצד שני המרצה חושבת שכאשר מדובר על תקופה ארוכה של 10 שנים כן מצפים משוכר כזה ללכת ולבדוק ואז זו שאלה פתוחה. תמורה, בפס"ד חוות מקורה נקבע כי יש לבחון את תקופת השכירות בכללותה, תש' חצי שנה מתוך 10 שנים ברור שאינו מקיים את דרישת התמורה, לפעמים שיפוץ יכול לבוא במקום התמורה אבל גם אז הסכום הוא נמוך יחסית ולכן לא מתקיימת דרישת התמורה. זכות קניינית, די בקבלת חזקה במקרה של רחל ולכן כאשר קיבלה את החזקה יש לה זכות קניינית, אבל ממילא היא לא עומדת בשלושת התנאים המצטברים ולכן הבנק גובר. כאשר הראשון בזמן גובר, הלכת גנו מיד צריכה לקפוץ לנו, ולכן במקרה הזה כאשר הבנק הוא הראשון בזמן גבר, אנו צריכים לבדוק האם הבנק אכן רשם הערת אזהרה שתעיד על תום לב ולבדוק את שלושת הנסיבות. במקרה דנן הלכת גנו אינה רלוונטית מאחר והבנק רשם הערת אזהרה וקיים את חובת תום הלב. שיקולי צדק לא יילקחו בחשבון כלל, פס"ד ורטהיימר נ' הררי, פס"ד פומרנץ וכדו'.
2. התשובה לא תשתנה, כאן יחול סעי' 85 לחוק המקרקעין שבגדול אומר זכות קניינית ראשונה בזמן גוברת על כל עסקה אחרת, לבנק משכנתא קניינית שקדמה לשכירות ולכן גוברת עליה.

שאלה רביעית – דלית הינה החוכרת לדורות של דירה הנמצאת בבעלות מנהל מקרקעי ישראל. דלית הסתבכה בעסקיה והייתה 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 המקרקעים, נחתם ביניהם חוזה ואברהם שילם 20% מהסכום שנקבע כתמורה. סוכם כי תוך 3 חודשים ישלים את התשלום והעסקה תושלם. חודש אח"כ, עקב לחץ חזק מצד נושייה 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 אח"כ אף רשם לטובתו הערת אזהרה בהתאם לחוזה. יומיים לאחר חתימה 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 עמו?

תשובה - בעל הדירה הוא המנהל, דלית היא החוכרת לדירה, העסקה הראשונה היא זכות אישית, התחייבות למכירת חכירה בין דלית לאברהם, והוא שילם 20% מהתמורה. העסקה השנייה בוצעה עם גדעון, מאותה סוג שהיא התחייבות למכירת החכירה, לגדעון זכות אישית, בדק בטאבו, שילם 75% מהתמורה ורשם הערת אזהרה לאחר שבוע. עסקה שלישית בוצעה בין דלית לשמחה, מכירת זכות חכירה לדורות, יש לה זכות אישית, בדקה בטאבו והיא שילמה 50% מהתמורה. מה עושים כאשר יש יותר משתי עסקאות נוגדות? הכלל כאשר יש למעלה משתי עסקאות נוגדות בודקים את הראשון מול השני בזמן, ואז המנצח מול הבא בתור. בהנחה ואין מנצח, כי לפעמים אין הכרעה מי המנצח בודקים את כולם מול כולם.

עימות מס' 1 – אברהם מול גדעון – על עימות זה חל סעי' 9, מדובר בשתי התחייבויות אובליגטוריות, הראשון בזמן שהוא אברהם מנצח, אלא אם כן השני בזמן שהוא גדעון עומד בשלושה תנאים מצטברים. **תום לב** – הוא ביקר ובדק ולכן הוא תם לב. **תמורה** – ככל הנראה 75% זה אכן קיום התמורה. **זכות קניינית** – רישום הערת אזהרה זה לא רישום קנייני, לגדעון אין זכות קניינית. מאחר והתנאי השלישי לא מתקיים מי שמנצח לעת עתה זה אברהם. כאשר הראשון בזמן מנצח, שהוא אברהם תצוף לנו מיד הלכת גנו, אברהם לא רשם הערת אזהרה, ויש לבדוק את שלושת הסייגים שבפס"ד גנו – סייג ראשון, האם חלף הזמן הסביר? במקרה דנן חלף חודש, וחודש זה גבולי, ולאור קלות הרישום ישנם מלומדים שגורסים שזמן סביר הוא שבוע. סייג שני, האם הייתה סיבה מיוחדת לאי הרישום? במקרה דנן לא. סייג שלישי, האם אי הרישום זה מה שגרם לתאונה המשפטית? התשובה היא כן, מאחר ואם אברהם היה רושם גדעון לא היה מתקשר בעסקה נוגדת, ולכן בהנחה שעבר הזמן הסביר, אברהם יפסיד בתחרות והמנצח שלנו הוא גדעון.

עימות מס' 2 – המנצח שהוא גדעון מול שמחה – על עימות זה גם חל סעי' 9, הראשון בזמן שהוא גדעון גובר אלא אם השני בזמן שהיא שמחה עומדת בשלושה תנאים מצטברים. **תום לב** – עומדת, בדקה וביקרה. **תמורה** – 50% זה כנראה מעט מדי ולכן לא עומדת. **זכות קניינית** – לא קיימה. ולכן מי שגובר לעת עתה הוא גדעון. כאשר הראשון בזמן מנצח, במקרה דנן גדעון יש לבדוק את הלכת גנו. במקרה דנן נרשמה הערת אזהרה תוך זמן סביר של שבוע, לא חלף הזמן הסביר, ולכן התוצאה היא שגדעון הוא הגובר.

שאלה חמישית – אורנה חייבת לבנק סכום כולל של מיליון ₪. עקב כך הגיש הבנק תביעה נגד אורנה לתשלום החוב, ובמקביל ביקש כי יינתן צו לעיקול הדירה שבעלותה, הרשומה כמקרקעין מוסדרים בעיר נתניה. צו העיקול ניתן ביום 20.07.18, אולם עורך הדין של הבנק שכח לרשום את העיקול בלשכת רישום המקרקעין. אחותה של אורנה, זיוה, שידעה על כך שלאורנה קשיים כספיים והכירה את הדירה לאור ביקוריה התכופים אצל אורנה, הציעה לאורנה לרכוש ממנה את דירתה תמורת מיליון ₪. זאת לאחר שבדקה ומצאה כי זהו מחיר השוק של הדירה, ולאחר שבדקה את רישום הנכס בלשכת רישום המקרקעין ולא גילתה בעיה כלשהי. האחיות סיכמו כי הדירה תירשם מיידיית על שם זיוה, אולם זיוה תשלם לאורנה את הסכום המסוכם בחמישה תשלומים שנתיים שווים שיתמשכו על פני חמש שנים. האחיות שכרו את שירותיו של עורך דין כהן על מנת שינסח עבורן את החוזה ויבצע את הפעולות הנדרשות ברשויות השונות, והחוזה נחתם ביום 01.08.18. מס' ימים לאחר מכן בוצע התשלום הראשון, הדירה נרשמה בלשכת רישום המקרקעין על שם זיוה וזיוה עברה להתגורר בדירה. מקס הוא תושב חוץ המנהל את עסקיו בארץ באמצעות עו"ד כהן והוא ביקש מעו"ד כהן למצוא עבורו דירה לרכישה בארץ. ביום 01.01.19 נסע עו"ד כהן להיפגש עם מקס בארץ מגוריו וסיפר לו כי מצא עבורו דירה מתאימה, לאחר שביקר אישית בדירה ומצא אותה מתאימה לצרכיו של מקס. עורך הדין הציג למקס את נסח הטאבו לפיו הדירה רשומה על שמה של זיוה, וכן חוזה מזויף שלכאורה נער עם זיוה ונחתם על ידיה, ובו כביכול זיוה מוכרת את דירתה למקס. ביום 01.01.19 מקס חתם על חוזה רכישת הדירה, ומסר לעורך הדין את מלוא התשלום עבור הדירה – מיליון ₪ כנקוב בחוזה. עורך הדין, באמצעות יפוי הכוח שהפקידה אצלו זיוה בעת שטיפל בחוזה שערך לה ולאורנה, דאג להעברת הדירה בלשכת רישום המקרקעין על שמו של מקס. חודשיים לאחר מכן, במהלך חודש מרץ 2019, הגיע מקס לביקור

בישראל ונסע לבקר בדירה. כאשר זיוה פתחה לו את הדלת, המרמה התגלתה. כן התברר כי עו"ד כהן נעלם עם הכסף שקיבל ממקס. באותו שבוע נזכר גם עורך הדין של בנק העובדים כי לא רשם את העיקול על הדירה וגילה כי הדירה כבר אינה רשומה על שמה של אורנה. הכריעו בין זכויותיהם של הבנק, זיוה ומקס ביחס לדירה.

תשובה – עסקה ראשונה נעשתה בין אורנה לבנק, ולטובת הבנק ישנו עיקול לא רשום, לבנק יש סעד פרוצדוראלי בלבד (סעד עיוני). עסקה שניה נעשתה מול אחותה זיוה, לזיוה יש זכות קניינית, היא רשמה את זכותה, ואז בא עו"ד נוכל, לקח משהו מזיוה ומכר למקס. אין עסקה בין אורנה למקס, אלא בעצם יש שלוש חוליות אחרות שהם זיוה – ואז עו"ד נוכל – ואז מקס.

עימות מס' 1 – הבנק שלטובתו עיקול לא רשום נ' זיוה בעלת זכות קניינית – בעימות כזה כאשר יש עיקול לא רשום מול זכות קניינית יש ליישם את הלכת ברוקס נ' דרורת, בפס"ד זה יש שתי גישות לפיהן אנחנו יכולים להכריע בעימות (אין עדיין הכרעה ביניהן), גישה ראשונה היא גישתו של פרופ' דויטש, הוא גורס שבמצב כזה יש לעשות היקש מסעי' 9 לחוק המקרקעין, ז"א העיקול גובר אלא אם כן השני בזמן שהיא זיוה, עומדת בשלושה תנאים מצטברים, **תום הלב** – היא בדקה וביקרה ולכן מתקיים. **תמורה** – לא, מאחר ושילמה רק חמישית משווי התמורה, נדרשת תמורה ממשית וזו לא תמורה ממשית. **זכות קניינית** – זיוה רשמה את זכותה ומתקיים. אבל מאחר ולא מתקיים תנאי התמורה לפי גישתו של פרופ' דויטש מי שגובר הוא הבנק. אבל גם כאן אפשר להמשיך ולעשות היקש לפס"ד גנז ולומר שעצם זה שהבנק לא רשם את העיקול, אולי הוא ייחשב לחסר תום לב, יש לבדוק את החריגים שבפס"ד גנז, סייג ראשון, האם חלף הזמן הסביר בין מועד מתן צו העיקול לבין חתימת החוזה עם זיוה? חלפו רק עשרה ימים, זו תקופה קצרה יחסית אבל מצד שני יש לזכור שמדובר בבנק שהוא מקצועי ברישום עיקולים ואולי כן היינו מצפים ממנו לרשום מידית. סייג שני, האם הייתה מניעה לרישום העיקול? לא. סייג שלישי, האם אי הרישום הוא שגרם לתאונה המשפטית? כן כי זיוה בדקה, לסיכום לאור שאלת הזמן הסביר, אין לנו תשובה חד משמעית האם העיקול יפסיד או לא יפסיד, ז"א לפי גישתו של פרופ' דויטש אין לנו הכרעה כי לא ידוע אם עבר הזמן הסביר או לא. גישה שניה היא גישתו של פרופ' וייסמן, שאומר שבסיטואציה כזו די בכך שהשני בזמן שהיא זיוה פעלה בתום לב כדי שהיא תגבור על העיקול שהוא לא רשום, זיוה פעלה בתום לב, ולפי גישתו זכותה עדיפה על זכות הבנק.

עימות מס' 2.א – (בהנחה שזיוה גוברת על הבנק) זיוה מול מקס – הסיטואציה כאן היא סיטואציה של תקנת שוק, סעי' 10 לחוק המקרקעין, ישנם 2 רמזים לכך בשאלה, הרמז הראשון הוא שלזיוה יש זכות קניינית, ורמז שני שיש נוכל. הבעלות תופקע מזיוה רק אם מקס יעמוד במס' תנאים מצטברים של סעי' 10 לחוק המקרקעין (תשובה לכך ראה שיעור של תקנת שוק של המרצה). האם מקס עומד בתנאי תקנת השוק? **תנאי ראשון, זכות קניינית** – מקס רשם את זכותו קניינית ולכן עומד בתנאי זה. **תנאי שני, מקרקעין מוסדרים** – מתקיים. **תנאי שלישי, תמורה** – נתן תמורה מלאה לכן מתקיים. **תנאי רביעי, תום הלב** – (ראו את פירוט המרצה לעניין תום הלב לסעי' 10), כאן במקרה שלנו לא ברור אם הוא ביקר בנכס או רק אמר את למקס, מכל מקום מאחר ומדובר בבדיקה של העו"ד עצמו הבדיקות אינן רלוונטיות כי ממילא לא יכלו לסייע למקס. **תנאי חמישי, הסתמכות על מרשם שגוי** – תנאי מאוד חשוב ומבלבל, הפסיקה פירשה סעי' זה כך שנדרשת הסתמכות על רישום שהתגלה בדיעבד כרישום שגוי, זה לא המקרה שלנו, הרישום בטאבו במקרה שלנו הוא נכון, הנכס אכן רשום על שם זיוה, התקלה היא בגלל חוזה מזויף ולכן התנאי הזה לא מתקיים. מקס לא עומד בתנאי תקנת השוק ולכן זיוה מנצחת.

עימות מס' 2.ב – (בהנחה שהבנק גבר על זיוה) הבנק מול מקס – שוב יש לבחון את שתי הגישות שבפס"ד ברוקס נ' דרורת. לפי גישתו של פרופ' דויטש יש לעשות היקש מסעי' 9 לחוק המקרקעין, מקס מקיים את שלושת התנאים וגובר על העיקול, גם לפי הגישה השנייה של פרופ' וייסמן מקס הוא תם לב וגם מנצח.

תקנת השוק במכר מטלטלין

המונח תקנת השוק לקוח מהמשפט העברי הכוונה היא לתקנה שהתקינו חכמים כדי לאפשר חיי מסחר תקינים כדי לפתח את השוק: "תקנת השוק", התקנה הזו התגלגלה למשפט הישראלי בשינוי מסוים והפכה להיות עיקרון בסיסי בדיני הקניין, תקנת השוק קובעת את המעמד החזק ביותר בדיני הקניין מי שמקיים

דיני קניין פרופ' רות פלאטו – שנער
את כל התנאים של תקנת השוק זוכה בזכות קניין כל כך חזקה שהיא גוברת אפילו על זכות קניין קודמת ואפילו על זכות הבעלות של בעל הנכס.
בדיני הקניין קיימות מספר תקנות שוק ואנחנו נלמד את כולן, הפרק שלנו היום מתמקד בתקנת השוק במכר מיטלטלין.
עד כאן פתיחה כללית מה זה תקנת שוק.

תקנת השוק במכר מיטלטלין – סעיף 34 לחוק המכר

באיזה סיטואציות אנחנו נזקקים לתקנת השוק?
הסיטואציה הקלאסית – א' בעלים של נכס מיטלטל. ב' הוא גנב שגנב את הנכס, הגנב מוכר את הנכס לג' – רוכש תם לב. הגנב מקבל את הכסף מהרוכש ונעלם. עכשיו נוצרת תחרות זכויות – בין הבעלים המקורי לבין הקונה תם הלב. איך מכריעים מי מנצח? אם ג' הקונה מקיים את כל התנאים של תקנת השוק ג' זוכה בנכס, הוא ייחשב בעל הנכס. התוצאה מאוד קשה לבעלים, אין לו מה לעשות, אין לו שום עילה לתבוע מג' כסף, אין ביניהם כלום, לעומת זאת, אם ג' הקונה לא מקיים את כל התנאים המצטברים הוא חייב להשיב את הנכס לבעלים המקומי. או שאתה זוכה בהכל או שאתה זוכה בכלום.
מהם התנאים של תקנת השוק?

סעיף 34 לחוק המכר – "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול או זכות אחרת, אפילו אם המוכר לא היה בעל הנכס או לא היה רשאי להעביר אותו, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו להחזקתו בתום לב".
הסעיף מקפל בתוכו המון תנאים מצטברים, כדי שהקונה שלנו יקבל את הנכס הוא חייב לקיים את כל התנאים:

1. **הסעיף מדבר על נכס נד** – מיטלטלין.
2. **מדובר בעסקת מכר**, מי שטוען לתקנת השוק חייב להיות הקונה של הנכס (לא עסקת שכירות), מאחורי תקנת השוק יש שיקולי מדיניות, המחוקק רוצה לעודד עסקאות מכר של מיטלטלין. ולכן המחוקק אומר לקונים שאם הם יקיימו את כל תנאי הסעיף המכר שלהם מוגן אפילו אם התברר שמי שמכר להם לא היה רשאי למכור.
3. **דרישת התמורה** – אין התייחסות לתמורה בסעיף, ברור שכאשר הסעיף מדבר על מכר, בהגדרתו הוא עסקת תמורה. מתעוררת השאלה: כמה תמורה צריך לתת? הכלל הוא שנדרשת תמורה ממשית, ריאלית בפרופורציה לשווי הנכס. אם נתתי רק 5% ע"ח – זה לא מקיים את דרישת התמורה, לעומת זאת, נניח ששילמתי 95% משווי הנכס – קיימתי את דרישת התמורה. איפה עובר קו הגבול? תלוי בנסיבות. ככל שהתמורה תהיה גבוהה יותר הנטייה תהייה להגיד שהתקיימה דרישת התמורה. שווי הנכס לצורך דרישת התמורה זה השווי האובייקטיבי של הנכס – אם יש מחלוקת בית המשפט יחליט כמה, ולא כמה ששילמתי.

פס"ד הידקו תעשיות בע"מ נ' עמי את יגאל קבלני חשמל – בית משפט שלום 1999. מנוף נגנב מאתר בנייה ונמכר תמורת 70% מהשווי האמיתי שלו. בית המשפט פסק ש70% לא מקיים את דרישת התמורה. דרישת התמורה היא גם אינדיקציה לתום לב, אם אדם קונה בסכום כ"כ נמוך זה גם מעורר ספק אם לא התעורר חשד, אם הוא תם לב ולכן הרבה פעמים צריך לבדוק את תום הלב, מה מקובל בשוק.

פס"ד כנען נ' ממשלת ארצות הברית – בית המשפט העליון, דובר בתמונות של הצייר ראובן. התמונות היו בשגרירות ארצות הברית בבעלות קניינית של ממשלת ארה"ב, התמונות נגנבו, התגלגלו בשוק והגיעו לשוק הפשפשים ביפו. זהבה כנען ראתה את התמונות, לא היא ולא המוכרת ידעו שמדובר בתמונות של ראובן וגברת כנען שילמה 250 ₪ ולקחה את התמונות. ממשלת ארה"ב שעשתה חקירות גילתה זאת ודורשת את התמונות חזרה. מצד שני, כנען אומרת שהיא קנתה וקיימה את כל התנאים של תקנת השוק ולכן התמונות שלה. בית המשפט בדק האם באמת מתקיימים כל תנאי הסעיף והוא קבע שדרישת התמורה לא מתקיימת כי נדרשת תמורה ממשית ביחס לשווי האמיתי, האובייקטיבי, של הנכס – ולא ביחס לשווי הסובייקטיבי שהצדדים חשבו בטעות.

4. המוכר צריך להיות מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר – הפסיקה קבעה שזה לא חייב להיות עיסוקו היחיד או העיקרי. העיקר שבמסגרת עסקיו המוכר מוכר גם נכסים כאלה.

פס"ד קיבוץ גליל ים נ' שאלתיאל – פס"ד של העליון, דובר בדוור שמחלק דואר, שכיר. בנוסף, מהצד הוא עסק גם במכר מכוניות משומשות והיה ידוע בשכונה גם בעיסוק הזה. בית המשפט קבע שהתקיים תנאי מס' 4 כי זה היה עיסוק שלו לכל דבר.

פס"ד כנען נ' ממשלת ארצות הברית - בפרשת כנען כזכור נפסק שהקונה לא מקיימת את כל התנאים של תקנת השוק. בית המשפט קבע שהיא לא מקיימת גם את תנאי מס' 4 – כי תמונה של הצייר ראובן איננה מסוג הדברים שמוכרים בשוק הפשפשים, בית המשפט פרש את המונח "סוגו של הממכר" בצורה מצמצמת לפי מבחן אובייקטיבי; נקבע שם שסוגו של הממכר איננו תמונה באופן כללי אלא יצירת אומנות מיוחדת של צייר מפורסם ויקר.

5. מתמקד במכירה – המכירה צריכה להיות במהלך הרגיל של העסקים – הרציונל מאחורי תקנת השוק הוא לעודד עסקאות מכר ולא לדרוש מהקונה לערוך יותר מידי בדיקות כי זה ימנע ויעכב את המכר. מכר מיטלטלין צריך להיות מהיר – הלכתי, ראיתי בשוק, נראה לי המוצר וקניתי.

פס"ד גליל ים – נקבע שאם אדם נוהג למכור בבית ולא בחנות אז במקרה כזה מהלך העסקים הרגיל הוא מכירה בבית.

פס"ד כנען נ' ממשלת ארה"ב – בית המשפט קבע שתנאי מס' 5 לא התקיים – אמרו שמכירת תמונות כאלה יקרות, יצירות אומנות, מהלך המכירה הרגיל שלהם זה לא שוק הפשפשים

לגבי מכירת מכוניות: מכירה של מכונית משומשת נעשית לפעמים במגרשים מיוחדים ע"י סוחרים של מכוניות משומשות, אבל גם אנשים פרטיים מוכרים את המכוניות הפרטיות שלהם. מכירה פרטית כזאת לא מקיימת את תנאי מס' 5, כי אם אני כל כמה שנים מוכרת את המכונית שלי זה לא מכירה במהלך העסקים שלי ולכן התוצאה מאוד קשה מבחינת הקונה. המסקנה היא שלאור תנאי מס' 5 יש יתרון לקנות רכב משומש מסוחר/מוכר שזה עיסוקו.

לגבי מכירת רכבים משומשים – כאשר המוכר מוכר את הרכב נשאלת השאלה אם הוא היה הבעלים הרשום של הרכב או רק מתווך שקיבל את הרכב מהבעלים הרשום ועכשיו עברו מוכר את הרכב הלאה. עניין כזה התעורר **בפס"ד אוטו בלה נ' לאקי דרייב** – חברת אוטו בלה קנתה מכונית משומשת מגנב (מבלי לדעת שהוא גנב) במסמכי הרכב החברה לא העבירה את הבעלות על שמה, היא השאירה פתוח את השם של הקונה. המטרה הייתה למכור את הרכב הלאה לקונה בלי להעביר עוד יד כך שהקונה הסופי הוא זה שירשם בתור הקונה של הנכס. בית המשפט פסק שכאשר בוחנים את תנאי העסקה בעצם הייתה עסקת מכר אמיתית לאוטו בלה. לכן אוטו בלה הם אלא שנחשבים בתור המוכר לצורך תקנת השוק. ומכיוון שזו הייתה חברה שעוסקת במכירת מכוניות משומשות אז התקיימו תנאי 4+5 ולכן הקונה בהנחה שיקיים את שאר תנאי הסעיף זוכה בבעלות מלאה. לעומת זאת, אילו אוטו בלה הייתה נחשבת רק מתווכת בעסקה ולא מוכרת של ממש צריך היה לבדוק האם תנאי 4+5 מתקיימים אצל מי שמכר לה (הגנב- ואז התנאים לא מתקיימים).

6. **קבלת ההחזקה בנכס** – תנאי חשוב, ברגע שהקונה מקבל את ההחזקה זכותו הופכת לקניינית. לגבי רכבים קיימת טעות בציבור, אנשים חושבים בטעות שהבעלות במכוניות היא הבעלות הרשומה במשרד הרישוי. אבל, צריך להבחין בין 2 דברים- הרישום במשרד הרישוי מקורו בפקודת התעבורה והוא נועד לצרכים של דיני התעבורה (למשל, למי לשלוח קנס) דבר שני זו הבעלות הקניינית לפי דיני הקניין. לפי דיני הקניין כאשר מבוצעת עסקת מכר/מתנה/שכירות של מכונית – הזכות של הקונה/השוכר/ מקבל המתנה הופכת לקניינית ע"י קבלת ההחזקה בנכס.

במקרים רבים אין סטייה בין שני המישורים כי מי שרשום במשרד הרישוי כבעלים הוא גם מחזיק ברכב. אבל יכולים להיות מצבים שבהם אין התאמה בין שני המישורים ואז לצורך דיני הקניין מה שקובע את הזכות הקניינית הוא קבלת ההחזקה בנכס.

בתי המשפט הדגישו שוב ושוב שהמרשם במשרד הרישוי, לצורך דיני הקניין הוא בסה"כ מרשם דקלרטיבי(הצהרתי). המרשם הוא לא קונסטטיטויטיבי (קובע, מחייב) – נקבע **בפס"ד סהר נ' בנק**

דיסקונט ופס"ד עו"ד איתן ארז נ' עטרת תעשיות בע"מ (2016).

7. תום לב – לצורך תקנת השוק נדרשת תום לב סובייקטיבי בלבד. מספיק שהקונה לא ידע על הבעיה, לא ידע שהרכב גנוב – שמבחינתו מספיק שהוא חשב שהכל תקין. יחד עם זאת אם התעורר חשד והוא עצם עיניים ולא בדק זה שולל את תום הלב. הקביעה הזו חזרה בהמון פסקי דין. **פס"ד מרכזי** –

רוזנשטרייך נ' חברה ארץ ישראלית לאוטומובילים בע"מ, פס"ד אוטו בלה, פס"ד גליל ים. במילים

אחרות זאת היום ההלכה. אבל בשנים האחרונות נשמעים יותר ויותר קולות שדורשים במקרים מסוימים תום לב אובייקטיבי, היינו, לפני שהקונה מבצע את העסקה הוא יצטרך כן לערוך בדיקות ביוזמתו כדי לוודא שאין שום בעיה- באיזה נסיבות? כאשר מדובר במכוניות- למרות שהרישום במשרד הרישוי לא קובע זכויות קנייניות הציבור לא ער לעניין הזה, בנוסף, בדיקה במשרד הרישוי מאוד קלה לביצוע ובמאמץ קל אפשר למנוע את כל התסבוכת המשפטית. לכן פסקי דין שונים העירו

בהערות אגב שיש לדרוש מהקונה לבדוק את הבעלות במשרד הרישוי- **פס"ד קון נ' חסון ופס"ד מדינת ישראל נ' בנק הפועלים**. גישה אחרת היא גישתו של פרופסור דויטש שמציע לדרוש תום לב אובייקטיבי בכל מקרה בו מדובר ברכישת מיטלטלין יקרים, יקרי ערך (מכוניות, תכשיטים, מכוונות וכדומה). לסיכום, לגבי קניית מכוניות מומלץ ליתר ביטחון תמיד לבדוק את משרד הרישוי, כי קיים סיכון שבית המשפט יאמץ את הגישה החדשה וידרוש תום לב אובייקטיבי.

הסיטואציה הקלאסית שבה משתמשים בתקנת השוק של חוק המכר זה כאשר אדם קנה מטלטל ממי שאיננו הבעלים ולא היה רשאי למכור. אבל, בתקנת השוק נשתמש בכל מצב נוסף שבו רוצים להתגבר על זכות קניין קודמת בזמן וזה אומר שתקנת השוק משמשת גם במצב הקלאסי של עסקאות נוגדות.

לדוגמא: א' בעלים של מטלטל והוא השכיר את הנכס לשוכר ב'. השוכר קיבל את החזקה וזכותו קניינית. לאחר מכן א' הבעלים את אותו הנכס מכר לג' קונה. נוצרת כאן תחרות זכויות בין השוכר לבין הקונה. איזה סעיף חל בסיטואציה כזו כדי להכריע בתחרות? ס' 9 לא חל!!! כי סעיף 9 מדבר על מקרקעין. המקבילה היא סעיף 12 בחוק המיטלטלין. לכאורה רלוונטי כי הוא עוסק בעסקאות נוגדות במיטלטלין. אבל, סעיף 12 חל כאשר לראשון בזמן זכות אישית ואילו אצלנו לראשון בזמן זכות קניינית. במצב כזה משתמשים בעקרונות הכללים של דיני הקניין מכיוון שהשוכר הוא גם ראשון בזמן וגם קנייני הוא אמור לנצח – אבל – כאן פועלת תקנת השוק כחריג לעקרונות הכללים של דיני הקניין, אם הקונה ג' יקיים את כל התנאים של תקנת השוק אז הוא מנצח בתחרות וגובר אפילו על זכות הקניין שקדמה לו.

תקנת השוק במקרקעין

אנחנו מתמקדים **בסעיף 10 בחוק המקרקעין** – "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים, בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום יהיה כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון" המצב הקלאסי שבו משתמשים בתקנת השוק הוא: א' בעלים של נכס, ב' הוא רמאי (כשמדובר במקרקעין הרמאות דורשת הרבה פעמים זיוף מסמכים וגם זיוף של הרישום בטאבו היינו מצפים מהרשם בטאבו לעלות על מקרי רמאות אבל רמאים מתוחכמים מצליחים לרמות אפילו את רשם המקרקעין ולהירשם כאילו הם קנו את הנכס ועכשיו הם הבעלים). ב' הרמאי מבצע עסקה עם ג' שהוא צד תמים שנפל קורבן למרמה. למשל קונה תמים של הנכס, הקונה שילם לבי' הרמאי ובי' נעלם עם הכסף (מדובר בהרבה כסף) עכשיו נוצרת תחרות זכויות בין א' הבעלים הרשום שדורש את הנכס בחזרה וגם את תיקון הרישום בטאבו כדי שהבעלות תחזור ותירשם על שמו. מצד שני, ג' לא מוכן לוותר, אין לו איך לקבל את הכסף בחזרה והוא מתעקש על הנכס. יש לנו מצב של תחרות זכויות, שניים שמתחרים על הנכס. במצב כזה חל סעיף 10, "תקנת השוק", אם ג' מקיים את כל תנאי תקנת השוק ג' מנצח בתחרות. ואילו אם ג' לא מקיים את כל התנאים אז א' הוא המנצח. ברור לנו שתקנת השוק גורמת פגיעה עצומה בבעלים, במקרקעין הפגיעה עצומה יותר ממיטלטלין מכמה סיבות- מדובר בנכס הרבה יותר יקר, בנוסף א' הבעלים אין לו איך להגן על עצמו ממצבים כאלה, הוא רשום בטאבו כבעלים, הוא עשה את המקסימום ואין לו דרך להגן על עצמו מפני מעשי נוכלות כאלה. לכן בתי המשפט מאוד מחמירים עם התנאים של סעיף 10 ואפילו הכניסו לתוך הסעיף דרישה שלא מופיעה בו. מדוע תקנת השוק במקרקעין מוכנה לפגוע בבעלים המקורי ולהגן על ג' הקונה התמים? מדובר בסעיף חינוכי, הוא בא לחנך את הציבור שאם עושים עסקה במקרקעין בעקבות הסתמכות על מה שכתוב במרשם אז העסקה הזו מקבלת תוקף מלא ומנצחת בתחרות אפילו אם אחר כך יתברר שהמרשם לא היה נכון (למשל בגלל זיוף).

יסודות סעיף 10:

1. זכות קניינית במקרקעין – לכן ג' שטוען לתקנת השוק חייב קודם כל שתהיה לו זכות קניינית. הזכות לא חייבת להיות דווקא בעלות, היא יכולה להיות כל זכות קניינית במקרקעין (ג' יכול להיות חוכר, יכול להיות בנק שלטובתו משכנתא, יכול להיות בעל זכות קדימה.. ובקיצור כל זכות קניינית במקרקעין), ג' יכול להיות גם שוכר קצר קנייני של המקרקעין. אנחנו נראה בהמשך שבדרי"כ שוכר קצר לא מקיים את תנאי מס' 3 שדורש לבדוק את הטאבו לפי חתימת העסקה.

2. מדובר במקרקעין מוסדרים – הכוונה למקרקעין שעברו את תהליך ההסדר; ז"א שנבדקו שטח החלקה, הגבולות, בעלי הזכויות ורק אחרי שהכל נבדק הדברים נרשמו בטאבו בצורה מסודרת. ההנחה היא שלגבי מקרקעין מוסדרים קשה יותר לבצע מעשי מרמה ולכן זה תנאי שדורש הסעיף.

3. הסתמכות על המרשם – הסעיף דורש בצורה פשוטה ממי שטוען לתקנת השוק לבדוק את הרישום בטאבו לפני חתימת העסקה. בתי המשפט פירשו את התנאי הזה בחומרה ולמעשה הכניסו לתוכו עוד דרישה – בתי המשפט קבעו שתקנת השוק תחול רק אם ההסתמכות על המרשם היא זו שיצרה את התאונה המשפטית, וזה משום שהרישום בטאבו לא היה נכון כתוצאה ממרמה, טעות או כל סיבה אחרת. במילים אחרות, צריך להיות שלב בשרשרת העסקאות של רישום לא נכון בטאבו, כי הוא לא משקף את מצב הזכויות האמיתי בנכס.

דוגמאות להתקיימות תנאי מס' 3: א' בעלים של נכס, ב' הוא עו"ד רמאי שזייף חוזה כאילו הבעלים מכר לו את הנכס ורשם את הנכס על שמו בטאבו, כאילו הוא עכשיו הבעלים. בשלב הבא העו"ד הרמאי מוכר את הנכס לצד שלישי תם לב והרמאי נעלם. כעת כשמתגלה התסבוכת והסיפור מתפוצץ ג' טוען לתקנת השוק – מתקיים תנאי מס' 3 כי הרישום על שם הרמאי הוא לא אמיתי, הוא לא משקף את מצב הזכויות האמיתי אלא משקף מעשה מרמה.

דוגמא נוספת, **פס"ד ס.מ. יצירה בע"מ נ' מוזאפאר** – דובר בעו"ד רמאי שלפני שנים רבות ייצג לקוח מסוים ועדיין החזיק בידיו את ייפוי הכוח שקיבל מהלקוח, ייפוי הכוח היה מאוד רחב ואפשר לעו"ד לחתום על כל עסקה בשמו של הלקוח. עו"ד התחזה והציג עצמו כאילו בעל הנכס הסמיך אותו לטפל במכירת הנכס והדבר לכאורה תאם את ייפוי הכוח. הקונה האמין, ראה את ייפוי הכוח וגם הלך ובדק בטאבו וראה שהנכס אכן רשום על שם הבעלים המוכר, אז הכל נראה תקין והקונה חתם על העסקה. רק אחרי שהקונה שילם הכל ועו"ד נעלם התגלה הסיפור. האם ג' הקונה מקיים את תנאי מס' 3? לא, כי אין כאן שלב של רישום לא נכון בטאבו, בית המשפט הסביר שבמקרה הנדון התקלה קרתה לא בגלל הסתמכות על רישום לא נכון בטאבו, אלא בשל הסתמכות על ייפוי כוח שאסור היה להשתמש בו ואילו תקנת השוק שרוצה להגן כאשר מסתמכים על המרשם, לא תתן הגנה כאשר ההסתמכות שהובילה לתאונה המשפטית הייתה בכלל חיצונית למרשם.

דוגמא נוספת, **פס"ד להיגי נ' עזורי 2013** – יש חידוש משום שכאן מי שטוען לתקנת השוק קנה ממוכר שלא היה הבעלים הרשום בטאבו ולמרות זאת בית המשפט הסכים עקרונית להחיל את תקנת השוק. (להיגי בעלים אמיתי, אלבו רמאי שנרשם כבעלים, מואטי קונה תמים, עזורי קונה תמים). להיגי היה בעלים של קרקע בכפר שמריהו, בעלים רשום בטאבו והוא עזב את הארץ. אלבו הוא רמאי שזייף מסמכים כאילו הוא קנה את הנכס מלהיגי, אלבו נרשם בטאבו כבעלים (רישום לא נכון, שהושג במרמה), אלבו מכר את הנכס למואטי (כשעוד לא היה רשום כבעלים), למואטי בשלב הזה יש זכות אישית בלבד + הערת אזהרה. בשלב הזה, מואטי מכר את הנכס לעזורי. העסקה הזו בין מואטי לעזורי לא צריכה להפתיע אותנו כי למדנו בעבר שגם אם לאדם יש בסך הכל זכות אישית ביחס לנכס, הוא יכול כבר בשלב הזה להתחייב ולמכור את הנכס לקונה מסוים. המוכר, מואטי מאמין שהוא יקבל את הבעלות בנכס ובסופו של דבר ירשם בטאבו ולכן הוא מוכן כבר עכשיו להתחייב כלפי הקונה להעברת הקונה עזורי להעברת הבעלות בטאבו. עזורי לפני חתימת החוזה בדק את המרשם. הוא ראה שמי שרשום כבעלים זה אלבו. אבל הוא ראה גם את החוזה שבו אלבו מכר למואטי, ראה גם את הערת האזהרה של מואטי, התרשם שהכל תקין, פעל בתום לב, נתן את התמורה וחתם על העסקה. אחרי זמן קצר, מואטי נרשם כבעלים בטאבו ולאחר מכן גם עזורי נרשם כבעלים. רק לאחר כמה שנים טובות כל הסיפור התגלה ללהיגי והוא דרש לקבל חזרה את הקרקע ולתקן את הרישום בטאבו כך שהוא זה שירשם כבעל הנכס, מנגד עזורי לא מוכן לוותר על הנכס, כבר חלפו שנים, הוא רשום כבעלים ונדהם לקבל את הדרישה של להיגי. השאלה היא האם מתקיימת תקנת השוק ותנאי מספר 3? בית המשפט בדק קודם כל האם מואטי מקיים את תקנת השוק – כי אם כן, אז מואטי מקבל בעצמו בעלות מלאה וחוקית ואז כל מי שקנה ממנו כבר לא צריך לקיים בעצמו את תקנת השוק. (אנחנו תמיד מתחילים בחוליה הראשונה אחרי הרמאי – כי אם החוליה הראשונה מקיים בעצמו את תקנת השוק הוא כבר הכשיר את הפגם), בית המשפט קבע שמואטי לא עמד בתקנת השוק משום שהוא לא היה תם לב, מתברר שמואטי עצמו קנה מאלבו עוד לפני שאלבו נרשם כבעלים, במילים אחרות, מואטי קנה מאלבו כאשר לאלבו הייתה בסך הכל זכות אישית. במצב כזה, מי שקונה מאדם שיש לו בסך הכל זכות אישית חייב לבדוק את כל שרשרת העסקאות מהבעלים הרשום ועד לאותה זכות אישית. לכן מואטי צריך היה לבדוק ולדרוש את החוזה שבין להיגי לאלבו-הוא לא עשה זאת, זה נחשב חוסר תום לב ומואטי לא קיים את תקנת השוק. החידוש הוא שאם אני קונה ממישהו שיש לו רק זכות אישית אני צריכה שיהיה לי הסתמכות על המרשם, אני צריכה לראות מה קרה אחורה ולראות שכל השרשרת מסתדרת. עוברים לשלב הבא, בודקים האם עזורי קיים את תקנת השוק. גם עזורי קנה ממישהו שהייתה לו בסך הכל זכות אישית, אבל עזורי כן ערך את כל הבדיקות

הנדרשות ואת כל שרשרת העסקאות עד להיגיי, הוא דרש לראות גם את החוזה מול להיגיי. על פניו, הכל נראה תקין ותואם. ולכן נקבע שאזורי כן קיים את תקנת השוק. בסופו של דבר הוא זה שניצח בתחרות. החידוש בפס"ד זה מבחינת תקנת השוק הוא שתקנת השוק עומדת גם למי שקנה כאשר למוכר יש רק זכות אישית. מצב כזה מחייב לבדוק את כל שרשרת העסקאות ומי שעשה זאת והכל נראה תקין נהנה מתקנת השוק.

פס"ד נוסף, **פס"ד מורדכיוב נ' מינץ 2014** – החידוש הוא שמי שטוען לתקנת השוק קנה ממוכר שיש לו בסך הכל זכות אישית+ הרישום הלא נכון הוא רישום של הערת אזהרה בלבד, לא בעלות מזויפת אלא הערת אזהרה שהושגה במרמה.

הסיפור היה שמינץ הכנר הידוע ירש את הדירה של אמא שלו ונרשם כבעלים רשום. הוא עצמו מסתובב בעולם, הופעות בכל המקומות הכי נחשבים ובקושי מגיע לארץ, את הדירה של אמא הוא השאיר כמו שהיא. רמאי כלשהו התחזה למינץ באמצעות רישיון נהיגה מזויף ומכר את הדירה לבוהדנה במחיר נמוך משמעותית ממחיר השוק. לבוהדנה יש בשלב הזה זכות אישית בלבד והוא רשם הערת אזהרה, תוך חודשיים בוהדנה מכר את הנכס לקוזיב (מורדכיוב). מספר שבועות אחרי שקוזיב קנו בוהדנה השלים את העסקה ונרשם בטאבו כבעלים. בהמשך גם קוזיב השלימו את העסקה ונרשמו כבעלים. קוזיב גרים בדירה שנים, זרקו את כל הרהיטים, עשו שיפוץ יקר ויפה. אחרי שנים עבר ברחוב חבר של מינץ, הוא הופתע לראות שאנשים גרים בדירה ועלה לבדוק מה קורה ונדהם לגלות את הסיפור. הסכסוך הגיע לבית המשפט העליון והוא היה צריך לבדוק האם קוזיב עומדים בתקנת השוק. גם פה בודקים קודם כל את החוליה הראשונה אחרי הרמאי, בוהדנה. כי אם בוהדנה מקיים את תקנת השוק הוא זוכה בבעלות נקייה וחוקית ואז כל מי שבא בעקבותיו כבר לא צריך לעמוד בתקנת השוק. בוהדנה לא קיימו את תקנת השוק – דבר ראשון הבעיה הייתה הסתמכות על רישיון נהיגה מזויף ולא רישום לא נכון במרשם, הבעיה השנייה הייתה עצימת עיניים כי רישיון הנהיגה עורר חשד אבל הלקוח ועורך דינו העדיפו לא להתעמק יותר מידי ולסגור את העסקה. בוהדנה לא עומד בתקנת השוק ולכן צריך לבדוק האם קוזיב עומדים בתקנת השוק, בית המשפט קבע שכן וזה כעת החידוש. בית המשפט קבע שהרישום הלא נכון בטאבו היה רישום הערת האזהרה של בוהדנה. בית המשפט מוכן להכיר ברישום הערת אזהרה כרישום לא נכון לצורכי תנאי מס' 3. בנוסף, בית המשפט חזר על אותו קו של הלכת להיגיי וקבע שאם אדם קונה ממוכר שיש לו זכות אישית בלבד אז הוא צריך לבדוק את כל שרשרת העסקאות עד לבעלים הרשום בטאבו- במקרה הזה עד למינץ. דבר כזה לא נעשה כאן ולכן כבר מהטעם הזה קוזיב לא מקיימים את תנאי מס' 3. בנוסף, קוזיב חסרי תום לב משום שהם ראו שבוהדנה מכר תוך חודשיים, זה מעורר חשד והם נמנעו מלבדוק את החשד הזה. לסיכומו של דבר, קוזיב לא עמדו בתקנת השוק ולכן הדירה חוזרת למינץ. התוצאה הזו, הייתה מאוד קשה מבחינת קוזיב כי לא רק שהם הפסידו דירה, הם לא יכולים לתבוע פיצוי מבוהדנה כי הוא הוכרז כפושט רגל ואין לו כסף. לבית המשפט כאב מאוד על קוזיב ולכן הציע למינץ לפנים משורת הדין לפצות את קוזיב ולשלם להם את הוצאות השיפוץ.

פס"ד מועדי נ' שוקרה 2018 – דובר בבעלים של קרקע, א', הבעלים התחייבו למכור את הקרקע לקונה מסוים, ב', הצדדים חתמו על חוזה ולקונה יש זכות אישית ביחס לנכס. אחר כך הבעלים, א', נפטר ובהליכי הירושה נקבע שיש לו יורשת. הירושת מכרה את אותה קרקע לקונה אחר, ג'. כשבית המשפט הכריז על אותה קרובת משפחה כיורשת היא הפכה להיות הבעלים של הנכס. כולל רישום בטאבו של הנכס על שמה. כעת נוצרת תחרות בין שני הקונים, השאלה הראשונה שצריך להחליט – איזה סעיף חל. סעיף 9 רלוונטי עוסק בעסקאות נוגדות במקרקעין) והתעוררה גם תקנת השוק סעיף 10. דעת הרוב קבעה שהסעיף הנכון הוא סעיף 10 כי התברר שהיורשת ידעה על העסקה הקודמת לכן כאשר היא העבירה את הבעלות בטאבו על שמה זה נחשב רישום לא נכון. למעשה, היא לא הייתה רשאית להעביר את הבעלות על שמה כי הנכס כבר הובטח לקונה. יותר מזה, בגלל שהנכס כבר הובטח לקונה המקורי אסור היה לה למכור לקונה אחר. לאור הפגמים האלה, הקונה השני בזמן ינצח בתחרות רק אם הוא מקיים את תנאי תקנת השוק. לעומת זאת, דעת המיעוט של השופטת דפנה ברק ארז קבעה שהסעיף המתאים הוא סעיף 9 משום שלמתחרה הראשון בזמן יש רק זכות אובליגטורית ובמצב כזה בכלל לא מכניסים את תקנת השוק. בנוסף אומרת השופטת שאין כאן שלב של רישום לא נכון בטאבו, היא היורשת על פי צו ירושה ולכן הרישום שלה בטאבו כבעלים הוא רישום נכון שמשקף את מצב הזכויות האמיתי. התוצאה של פס"ד – במקרה הנכון שתי הגישות הובילו לאותה תוצאה. כך שלמעשה גישה של דפנה ברק ארז היא לא דעת מיעוט אלא דעת יחיד, התברר שהקונה השני בזמן ידע על העסקה הראשונה ולכן הוא חסר תום לב. בנוסף, הקונה השני בזמן עוד לא הספיק לשלם את זכותו הקניינית ולכן גם לפי ס' 9 וגם לפי ס' 10 הקונה הרישום מנצח.

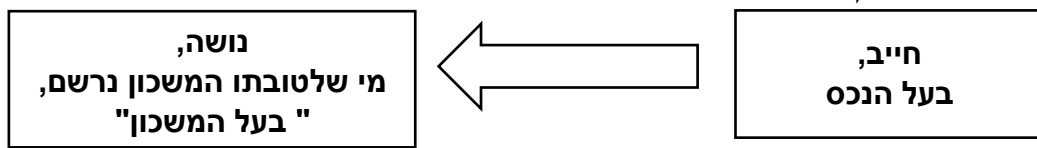
אם היו בוחנים את פס"ד זה לפי ס' 9 ולפי ס' 10 והתוצאה הייתה שונה, ההלכה היא שהולכים לפי דעת הרוב.

אחרי שהתפרסם פסק הדין, פרופסור מיגל דויטש פרסם טור ולמעשה צידד בדעת היחיד של השופטת דפנה ברק ארז.

משכון

המשכון מוגדר בסעיף 1 לחוק המשכון - "משכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב. המשכון מזכה את הנושה להיפרע מהנכס אם לא סולק החיוב". במילים אחרות, אם לא נפרע החוב. למעשה, מההגדרה הזאת עולה שמשכון נולד כעסקה, כחווה בין שני צדדים.

מצד אחד יש לנו את מי שחייב כסף, למשל לקוח שקיבל הלוואה מבנק, הוא הבעלים של הנכס ונשאר בעלים כל הזמן למרות המשכון, הוא זה שממשכן את הנכס (שעבוד). מצד שני יש לנו את הנושה, מי שלטובתו המשכון והוא נחשב בעל המשכון.



בשלב הראשון - המשכון נולד במסגרת חווה, אין כזה דבר משכון ללא חווה. בשלב הזה, לנושה (נניח בנק) יש רק זכות אישית למשכון. בהמשך, בעל הזכות האישית ישכלל את הזכות, יהפוך אותה לקניינית ורק אז יהיה לו משכון קנייני. **סעיף 2 לחוק המשכון** קובע שהוראות חוק המשכון יחולו כשאין בדין אחר הוראות ספציפיות.

דוגמא לדין ספציפי שגובר על חוק המשכון - חוק המקרקעין. במילים אחרות, כאשר מדובר במשכנתא, חלות ההוראות הספציפיות של חוק המקרקעין. דוגמא ראשונה לכך - דרישת הכתב - חוק המשכון לא כולל דרישת כתב ולכן משכון של מטלטלין ניתן לסכם בע"פ (מבחינה פרקטית זה לא מומלץ, ואף נושה לא יסתפק בהסכם בע"פ), לעומת זאת, כאשר מדובר במשכנתא, חל חוק המקרקעין. **חל ס' 8 - דרישת הכתב**, ולכן חווה משכנתא חייב להיות בכתב; אחרת, אין לו תוקף.

דוגמא שניה קשורה להפיכת הזכות מאישית לקניינית. כאשר מדובר במשכון של מטלטלין חל **סעיף 4 לחוק המשכון** שקובע מספר דרכים איך משכללים את המשכון, איך הופכים אותו למשכון קנייני. לעומת זאת, כאשר מדובר במשכנתא חל חוק המקרקעין, זה הדין הספציפי. **סעיף 7 לחוק המקרקעין** קובע שהדרך היחידה להפוך זכות מאישית לקניינית במקרקעין זה רישום בטאבו. לכן, משכנתא חייבת להירשם בטאבו.

משכון מיטלטלין

משכון מיטלטלין נולד בחווה בין הצדדים, זהו חווה/הסכם המשכון. ההסכם מוליד לנושה זכות אישית בלבד. האינטרס של הנושה הוא להפוך את הזכות לקניינית. ואז יהיה לו משכון קנייני.

סעיף 4 לחוק המשכון קובע 3 דרכים איך אפשר לשכלל את המשכון:

1. רישום המשכון אצל הרשם המתאים.
 2. מיהו הרשם המתאים? אם מדובר בממשכן שהוא אדם פרטי המשכון ירשם אצל רשם המשכונות. ואילו, אם הממשכן זו חברה אז המשכון/שעבוד ירשם אצל רשם החברות.
 3. הפקדת הנכס בידי הנושה אחרי שהחייב הממשכן חתם על החווה, הוא מוסר פיזית את הנכס לידי הנושה.
 4. המשכון משתכלל והופך לקנייני ברגע שצד שלישי ידע על המשכון או היה עליו לדעת.
- בכזה מצב, המשכון נחשב קנייני רק כלפי אותו צד שלישי, ואילו כלפי אחרים הוא נשאר זכות אישית. המצב הזה מאוד מבלבל ובעייתי מבחינת דיני הקניין אבל זה מה שהחוק קובע - רלוונטי בסיטואציה של עסקאות נוגדות.

בתי המשפט עשו שימוש מאוד מיוחד בסעיף 4 לחוק המשכון והפכו אותו בעצם לסעיף שמכריע בין עסקאות נוגדות.

סעיף 4 קובע " כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של המשכון יפה ... אם הוא שוכלל באחת הדרכים המפורטות בסעיף" – בתי המשפט פירשו את הביטוי " יהיה כוחו יפה" בתור מנצח בתחרות ולכן סעיף 4 הפך להיות סעיף מרכזי בכל מקרה של תחרות זכויות בין משכון לבין זכות אחרת.

פס"ד מרכזי בנושא "פס"ד שטוקמן נ' ספיטאני- ההלכה עד היום – דובר באדם שהיה בעלים של מכונית. הוא היה חייב כספים לשטוקמן, להבטחת התשלום הוא שעבד/משכן את המכונית שלו לטובת שטוקמן, הצדדים חתמו על חוזה קצר, לשטוקמן יש זכות אישית, המכונית נשארה בידי א' הבעלים והמשכון לא נרשם אצל רשם המשכונות. לאחר מכן, א' הבעלים מכר את המכונית לספיטאני, ג' – פעל בתום לב, נתן את התמורה וקיבל את המכונית לידי. כעת, הדבר נודע לשטוקמן ושני הצדדים מתחרים על המכונית. אם ננתח את המקרה הזה לפי ס' 12 – עסקאות נוגדות במטלטלין, השני בזמן מנצח, הקונה מנצח את המשכון כי הוא ממלא את שלושת התנאים המצטברים – תמורה, תום לב וזכות קניינית באמצעות קבלת ההחזקה, אבל בית המשפט בכלל לא פעל לפי ס' 12, אלא, בית המשפט ניתח לפי ס' 4 לחוק המשכון, ס' 4 קובע כלל אחר לגמרי. לפי ס' 4 אם המשכון שוכלל אז כוחו יפה, היינו, הוא המנצח בתחרות. ואילו אם המשכון לא שוכלל הוא מפסיד בתחרות. במילים אחרות, לפי סעיף 4 כל מה שבדקים זה דבר אחד בלבד- האם המשכון שוכלל. וזה מה שמכריע בתחרות. האם במקרה הנדון המשכון שוכלל? לפי ס' 4 בודקים את בעל המשכון וכל מה שבדקים זה בסך הכל האם המשכון שוכלל כן או לא?

האם המשכון לטובת שטוקמן נרשם ? לא.

האם המשכון הופקד בידי הנושה? לא, המשכון לא נמסר לשטוקמן, הוא נשאר בידי הבעלים.

האם המתחרה האחר, ספיטאני, ידע על המשכון או היה עליו לדעת? לא, הוא פעל בתום לב מלא.

סיכומו של דבר, המשכון של שטוקמן לא השתכלל אז לפי ס' 4 לחוק המשכון הוא מפסיד בתחרות ולא צריך לבדוק שום דבר נוסף. מדוע בית המשפט השתמש בסעיף 4 ולא בסעיף 12? זה לא ברור לגמרי מפסק הדין, כנראה, שבית המשפט ראה את סעיף 4 בתור סעיף ספציפי יותר כי הוא עוסק ספציפית במשכון ואילו סעיף 12 לחוק המיטלטלין הוא סעיף כללי של עסקאות נוגדות במיטלטלין. יחד עם זאת, בית המשפט ציין בהערת אגב שאפשר לנתח את המקרה גם לפי ס' 12 אבל השאיר את העניין הזה בצריך עיון כי הן לפי ס' 4 והן לפי ס' 12 ספיטאני הוא המנצח. (במבחן להגיד את שתי האפשרויות), בקרב המלומדים יש חילוקי דעות באיזה סעיף ראוי להשתמש.

פרופסור זלצמן (מומחית לשעבודים ומשכונות) חושבת שס' 4 ספציפי יותר ולכן צריך לנתח רק לפיו, לעומת זאת, פרופסור מיגל דויטש הצביע שיש בעיות רבות בסעיף 4 כי הוא הרבה פעמים מביא לתוצאה לא צודקת. ולכן לדעתו צריך לפעול רק לפי סעיף 12 לחוק המיטלטלין- זה המודל הקלאסי של עסקאות נוגדות. לסיכום, אין תשובה חד משמעית ויש לנתח לפי שני הסעיפים- מה שעלול לקרות זה שכל סעיף יוביל לתוצאה אחרת.

בכל מקרה, גם אם מדובר במשכון משוכלל שאז לפי ס' 4 הוא המנצח בתחרות, מתחרה מאוחר ינצח אותו אם המתחרה המאוחר יותר מקיים את תקנת השוק (אם תקנת השוק מתקיימת).

מתי אפשר להשתמש בסעיף 4 ?

המקרה הראשון – מדבר על תחרות בין 2 זכויות כאשר הזכות הראשונה היא משכון והזכות השניה היא זכות אחרת (יכול להיות מכר או שכירות). המודל הזה קרה בפס"ד שטוקמן נ' ספיטאני – קודם משכנו את המכונית ואז מכרו אותה. אם המשכון שהוא הראשון בזמן לא שוכלל אז הוא תמיד מפסיד בתחרות, לא צריך לבדוק שום דבר נוסף, המשכון תמיד יפסיד אפילו אם המתחרה המאוחר בזמן בעל זכות אישית בלבד וגם אם המתחרה המאוחר בזמן לא נתן תמורה. אפקט חינוכי, אבל התוצאה לא כ"כ צודקת ולא תואמת את העקרונות הכלליים של דיני הקניין. (כחומר למחשבה- אפשר לעשות שימוש בהלכת לניאדו ולראות באיזה מקרים זכות אישית למתנה גוברת ומתי לא)

מה יקרה אם המשכון לא נרשם בשום מקום, ולא הופקד בידי הנושה- אבל המתחרה המאוחר יותר ידע ? הידיעה משכללת את המשכון, המשכון נחשב קנייני ורק בגלל העובדה הזאת המשכון מנצח.

המקרה השני – נעשתה עסקה בנכס שהיא לא משכון (מכר, מתנה, שכירות) ולאחר מכן הבעלים של הנכס משכן אותו במשכון לטובת אדם אחר. ההכרעה במקרה הזה נורא פשוטה, אם המשכון שוכלל הוא מנצח ולהפך, אילו המשכון לא שוכלל הוא מפסיד. התוצאה לא צודקת ולא תואמת את דיני הקניין, אם המשכון שוכלל הוא מנצח אפילו אם הנושה (מי שלטובתו המשכון) היה חסר תום לב כי הוא ידע על העסקה הראשונה. אם המשכון שוכלל גם אם לא בתום לב הוא מנצח.

המקרה השלישי – מה קורה כשהתחרות היא בין 2 משכונות? בעל הנכס משעבד את הנכס פעמיים לטובת נושים שונים. במקרה כזה חל גם ס' 4 לחוק המשכון וגם ס' 6 לחוק המשכון (ספציפי לגבי תחרות בין כמה משכונות) – נדבר על המקרה הזה בהמשך כשנגיע לסעיף 6.

סעיף 5 לחוק המשכון – תקנת השוק במשכונות, חל רק במטלטלין.

המודל של תקנת השוק בסעיף 5 הוא בדיוק אותו מודל כמו בתקנות השוק הקודמות שלמדנו: תקנת שוק מכר מיטלטלין ותקנת שוק במקרקעין.

המצב הקלאסי: א' בעלים של נכס מיטלטלין, ב' הוא רמאי שממשכן את הנכס לטובת צד שלישי. איך זה קורה? מדובר במטלטל, לדוגמא קחו אדם שגנב תכשיט יקר, הוא לוקח הלוואה ממלווה מסוים בשוק האפור ולהבטחת הלוואה ב' הרמאי ממשכן את התכשיט לטובת ג'. במצב כזה הרמאי, ב', נעלם עם הכסף ואז נוצרת תחרות על הנכס בין א' הבעלים לבין ג' בעל המשכון. תקנת השוק במשכונות יכולה להתעורר בעוד המון מקרים, כאשר ב' לא חייב להיות גנב אלא, ב' יכול להיות כל אדם שממשכן את הנכס למרות שאין לו סמכות לכך. לדוגמא- אדם שכר מכונית מחברת השכרה, הוא מזייף את המסמכים הנדרשים וממשכן את המכונית כאילו הוא הבעלים לטובת מלווה מסוים. במילים אחרות, ב' יכול להיות כל אדם שממשכן את שאיננו שלו – לכן אסור היה לו למשכן. ולכן, למשכון כזה לכאורה אין תוקף. אבל, אם הנושה מי שלטובתו המשכון מקיים את כל התנאים של תקנת השוק- אז ג' מנצח בתחרות.

התוצאה היא, שלג' יש משכון חוקי ותוקף ואם החוב כלפי ג' לא יפרע אז ג' הנושה יוכל לממש את המשכון ולמכור את הנכס ולקבל לידי את תמורת המכירה, ואז הבעלים המקורי, א' "אכל אותה". העודף מהעסקה הולך לבעלים המקורי.

תקנת שוק חלה גם בסיטואציה נוספת, בסיטואציה של עסקאות נוגדות וזאת כאשר הזכות הראשונה בזמן היא זכות קניינית, במצב כזה המתחרה המאוחר, ג', יכול לנצח רק אם הוא יקיים את כל התנאים של תקנת השוק. אם לג' יש משכון, הוא יצטרך לקיים את תקנת השוק במשכונות (אם ג' הוא קונה, אז הוא יצטרך לקיים את תקנת השוק שלמדנו בעבר, תקנת השוק של חוק המכר). תקנת השוק הזאת באה להגן על הנושים. אם הכסף שמתקבל ממכירת הנכס בהליכי המימוש, עולה על גובה החוב לנושה העודף יימסר לא' הבעלים המקורי.

התנאים של ס' 5 – הם תנאים מצטברים: (אם כל התנאים מתקיימים, ג' מנצח בתקנה)

" נכסים נדים שמושכנו כשהיו באחזקתו של הממשכן והן הופקדו או נרשמו יהי כוחו של המשכון יפה לכל דבר אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכן אותם ובלבד שהנושה פעל בתום לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת הבעלים או על דעת מי שהיה זכאי להחזיק אותם."

1. נכס נד – מיטלטלין. תקנת השוק הזו חלה רק על מיטלטלין
2. הנכס מושכן שהיה בהחזקתו של הממשכן (החייב) – מתחיל להסביר לנו איך ב' שאסור לו למשכן בכל זאת ממשכן? לא סתם הנושה נפל בפה, הוא ראה את זה אצל הממשכן ולכן הנושה לא חשד בו.
3. המשכון הופקד או נרשם – זה אומר שהמשכון הפך לקנייני, הוא שוכלל. (יש 3 דרכים לכך, הוזכר למעלה) – כל תקנות השוק דורשות תנאי שהזכות היא קניינית, כי תקנת שוק צריכה להתגבר על זכות קניינית.
4. הנכסים באו לידי הממשכן על דעת הבעלים – לדוגמא ב' גנב מכונית ומשכן אותה לטובת ג' להבטחת הלוואה שהוא קיבל מג'. האם מתקיים תנאי 4? לא. הנכס לא הגיע לב' בהסכמת הבעלים. על דעת = בהסכמת הבעלים. דוגמא נוספת: ב' שאל מכונית מחבר לסוף השבוע והוא משכן את המכונית לטובת ג', האם הבעלים הסכים לב' להחזיק בנכס? תנאי מס' 4 לא דורש הסכמת המשכון, אלא האם הבעלים נתן הסכמה לכך שהנכס יהיה בידיו של ב'. אם ב' הוא גנב אז וודאי שהבעלים לא הסכים לו להחזיק בנכס. דוגמא נוספת – אדם שכר מכונית מחברת השכרה ואחר כך עשה מה שאסור לו, משכן את המכונית שלא שייכת לו, תנאי מס' 4 בודק איך הנכס הגיע לידי הממשכן, הוא הגיע בשכירות- הבעלים הסכים למסור לו את הנכס. הרציונל מאחורי תנאי מס' 4 – אם הבעלים נתן את הנכס מרצונו לב' אז כאילו הוא מוכן היה לקחת סיכון מסוים.
5. תמורה – כמו כל תקנות השוק האחרות, מי שטוען לתקנת השוק צריך להוכיח שהוא נתן תמורה, הכוונה היא לתמורה ממשית, ריאלית בפרופורציה לנכס ולעסקה. זה קצת טריקי, כי מדובר בעסקת משכון- יכול להיות שניתנת הלוואה בסכום נמוך יותר משווי הנכס. בדר"כ הנכס הממושכן שווה יותר מההלוואה שניתנת.
6. תום הלב – בתקנת השוק הזאת תום הלב שנדרש הוא תום לב אובייקטיבי, הרמה הגבוהה והמחמירה. הדבר נקבע כבר לפני שנים בפס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס – שם נקבע שלפני שהנושה מקבל את המשכון הוא חייב לנקוט בכל האמצעים הסבירים לאסוף את המידע העומד לרשות הציבור לפי כל דין. במילים אחרות, אם מדובר בנכס של חברה חייבים לבדוק את רשם החברות- לבדוק מי הבעלים, האם יש שעבוד קיים, לעומת זאת- אם מדובר בנכס של אדם פרטי צריך לבדוק את מרשם המשכונות, אולי

הנכס הזה מושכן עוד קודם לאדם אחר? בנוסף, כנראה כאשר מדובר ברכבים צריך לבדוק גם את משרד הרישוי- זאת נקודה שהיא לא לגמרי סגורה, כי הרישום במשרד הרישוי איננו קנייני, אבל זה רישום מהימן, הציבור נוהג לבדוק אותו ולהסתמך עליו ולכן לפי הגישה המחמירה בפסיקה יש לבדוק גם את משרד הרישוי.

פס"ד גיאביט נ' עורכת דין רוזן רכב 2014 – היא עו"ד שמפרקת הרבה חברות, אחד הצדדים לא הסכים שהמפרק ישתלט על מכוניות, הוא אמר שהמכוניות האלה שועבדו לו ובית המשפט חזר והדגיש שמי שטוען לתקנת השוק חייב להוכיח תום לב אובייקטיבי, שהוא עשה את כל הבדיקות האפשריות כדי לדעת מה קורה עם הנכס ועם מצב הזכויות בנכס לפי שהוא הסכים לקבל את המשכון.

סעיף 6 לחוק המשכון – תחרות בין מספר משכונות שנעשו על אותו הכס – חל רק על מטלטלין.

" החייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במשכון נוסף, בלי לקבל רשות מהנושה אולם הנושה הנוסף לא יוכל להיפרע מהמשכון שלו, אלא לאחר שסולק החיוב שהובטח במשכון שלפניו."

במילים אחרות, הסעיף אומר שנקודת המוצא היא שאם נעשה משכון על נכס זה לא מונע מבעל הנכס למשכן את הנכס פעם נוספת לטובת נושה אחר. אבל, הנושה השני בזמן כפוף לנושה הראשון ולכן מי שיפרע ראשון מהנכס זה המשכון הראשון בזמן ורק אם יישאר עודף מהכירה, ייחנה ממנו המשכון השני.

א' בעלים של נכס, זקוק לכספים- הולך למלווה ראשון, לוקח ממנו 100 אש"ח הלוואה וממשכן את המשאית שלו, אבל הכסף לא הספיק לבעל הנכס ואחרי כמה חודשים א' הבעלים פונה למלווה אחר, מס' 2 ולוקח ממנו הלוואה וממשכן את המשאית שכבר מושכנה למלווה קודם לפניו (הוא אומר לו את זה). מתי המלווה השני יסכים לעסקה הזאת? המלווה השני יסכים אם שווי הנכס מספיק לכסות את 2 ההלוואות. (נניח שהמשאית שווה 500 אש"ח). לדבר כזה לא צריך לקבל הסכמה מהנושה הראשון, עסקת המשכון השנייה בזמן לא דורשת לקבל הסכמה מהמלווה הראשון. יחד עם זאת, אם יעשה מימוש של המשכון הראשון שיקבל את הכסף שמגיע לו הוא המלווה הראשון ורק אם יישאר עודף מכספי המכירה יקבל השני. אם עדיין נשאר עודף אחרי ששני המלווים שקיבלו את החוב העודף חוזר לבעל הנכס. אף פעם נושה לא יקבל יותר ממה שמגיע לו.

ס' 6 חל רק על מיטלטלין- זה לא כתוב בסעיף אבל זה נובע מס' 2 לחוק המשכון שקובע שאם מדובר במקרקעין פונים לדין ספציפי שהוא חוק המקרקעין.

ס' 6 הוא סעיף דיספוזיטיבי, הסעיף עצמו קובע במפורש שניתן לקבוע אחרת. בדרי"כ בנקים שיש להם המון ניסיון עם משכונות, מתנים על סעיף 6 וכאשר הם מקבלים משכון לטובתם הם קובעים שאסור לבעל הנכס למשכן את הנכס פעם נוספת.

מה קורה אם לגבי המשכון הראשון החייב עומד בפירעון ואין לו עילה לממש את המשכון, לעומת זאת, לגבי המשכון השני בזמן החייב לא עומד בפירעון והמשכון השני רוצה לממש – יש לנו בעיה. הנושה השני זכאי לממש את המשכון כי לא משלמים לו את החוב אבל הנושה הראשון בזמן לא זכאי לממש. זאת למעשה הסיבה האמיתית מדוע בנקים מתנים כנגד המשכון השני כי עלולה להיות בעיה. אם בכל זאת נוצר מצב כזה, הנושה השני בזמן מממש את המשכון אבל מתוך הסכום שהוא קיבל הוא מפריש כסף ושומר בצד (במנגנון של נאמנות) עבור המלווה הראשון. והמלווה הראשון יוכל לקבל את הכסף הזה רק אם הבעלים יפר את החוב כלפיו.

היחס בין סעיף 4 לסעיף 6

כאשר דיברנו על ס' 4 לחוק המשכון ראינו שאם המשכון לא שוכלל הוא אוטומטית מפסיד בתחרות, ואם ככה, בכלל לא נזקקים לס' 6 לחוק. לכן המסקנה היא, שס' 6 חל רק אם שני המשכונות שוכללו ואז הפתרון הוא כפי שקבוע בסעיף.

היחס בין סעיף 5 לסעיף 6

שאלה התעוררה בפס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס – באותו מקרה דובר בחברת תעופה שהיו לה מטוסים, היא משכנה שני מנועים של מטוס לטובת נושה מסוים. לאחר מכן המנועים הורכבו על מטוס מסוים והיא משכנה את המטוס כולו כולל המנועים לנושה אחר. נוצרה תחרות בין שני הנושים, על המנועים. החברה נכנסה לפירוק ואף אחד לא מוכן לוותר על המשכון. השאלה הראשונה שאנחנו שואלים בתחרות זכויות - איזה סעיף חל? סעיף 6 חל כאן. אבל, בית המשפט העליון בלי להסביר למה ניתח את המקרה לפי ס' 5 לחוק המשכון – תקנת השוק במשכונות, תקנת השוק חלה גם בסיטואציה של תחרות זכויות כאשר למתחרה הראשון בזמן יש זכות קניינית. במקרה הראשון הנושה הראשון שקיבל משכון על שני המנועים רשם את המשכון אצל רשם החברות ולכן יש לו משכון קנייני, זה מסביר מדוע בית המשפט פעל לפי ס' 5- אם הנושה המאוחר בזמן שקיבל משכון על כל המטוס יקיים את תקנת השוק במשכונות אז השני בזמן מנצח. הוא גובר

אפילו על משכון קנייני שקדם לו. בהמשך בית המשפט בדק האם התקיימו כל התנאים של תקנת השוק- התברר שלא התקיימה הדרישה לתום לב אובייקטיבי משום שהנושה השני בזמן לא בדק את רשם החברות. באותה תקופה הדין היה אחר, הכלל היה אחר ודי היה בתום לב סובייקטיבי, אבל, בית המשפט בפס"ד הזה שינה את ההלכה ודרש תום לב אובייקטיבי. הנושה השני בזמן לא בדק את רשם החברות ולכן הפסיד בתחרות.

אם היינו הולכים לפי ס' 6 התוצאה לא הייתה משתנה. הראשון היה מנצח.

*תקנת השוק ס' 5 דורשת תמורה, אבל המילה תמורה בכלל לא מופיעה בסעיף. איך יכול להיות? התשובה היא שעסקת משכון מטבעה נעשית כנגד תמורה. היא באה להבטיח חוב או חיוב. ולכן תמיד תהיה תמורה. *הרבה פעמים כשאנחנו לא מבינים פס"ד מסוים ולמה בחרו דווקא בדרך מסוימת אומרים שבית המשפט השתמש בזה כדי לקבוע תקדים נוסף. יכול להיות שבית המשפט השתמש בס' 5 ולא 6 בפס"ד רשות שדות התעופה כדי להפוך את תום הלב מסובייקטיבי לאובייקטיבי ולכן בחר לנתח את המקרה לפי תקנת השוק.

לסיכום נושא משכון מיטלטלין ועסקאות נוגדות,

צריך לקחת בחשבון שיש מספר סעיפים שעשויים להיות רלוונטיים להכרעה בתחרות- יכול להיות סעיף 4 או 5 או 6 תלוי במקרה, זה יכול להיות גם ס' 12 לחוק המיטלטלין וגם סעיף 34 תקנת השוק בחוק המכר .

משכנתא במקרקעין

מה זה משכנתא ? לפי ס' 91 לחוק המקרקעין משכנתא יכולה להיות 2 דברים :

1. כאשר הבעלים של הנכס ממשכן את הנכס – משכון המקרקעין ע"י הבעלים.
 2. משכון זכות החכירה לדורות ע"י החוכר לדורות. (שכירות רשומה) – הרעיון הוא שבארץ רוב נכסי המקרקעין הם בבעלות המדינה ומוחכרים לנו, לציבור, בחכירה לדורות. אם למשל זוג צעיר הם חוכרים לדורות של דירה, ורוצים "למשכן" את הדירה לטובת בנק, הם לא יכולים למשכן את הדירה עצמה כי הם לא הבעלים שלה, אבל הם כן ממשכנים את זכת החכירה לדורות.
- חכירה לדורות השווי שלה הוא כמעט כמו שווי של בעלות, ולכן בפועל אנשים לא ערים להבדל בין שני סוגי המשכנתאות.

כפי שאמרנו בשבוע שעבר, הסכם משכנתא חייב להיות בכתב מכוח 8 לחוק המקרקעין (דרישת הכתב), ההסכם מוליד לנושה זכות אובליגטורית למשכנתא, האינטרס של הנושה הוא לשלל את הזכות ולהפוך אותה למשכנתא קניינית – וזאת ע"י רישום בטאבו.

כאשר מדובר בעסקאות נוגדות בין משכנתא (או זכות אישית למשכנתא) לבין עסקה אחרת יכולים להיות רלוונטיים מספר סעיפים – סעיף 9 לחוק המקרקעין (ס' קלאסי לעסקאות נוגדות) ובנוסף אם התחרות היא בין משכנתא לשכירות קצרה יהיה רלוונטי גם היקש מסעיף 80 לחוק המקרקעין (תחרות בין 2 שכירויות קצרות) , בנוסף יכולה להיות רלוונטית תקנת השוק במקרקעין ס' 10 וסעיף נוסף הוא ס' 85 לחוק המקרקעין.

סעיף 85 לחוק המקרקעין קובע " משכנתא אינה פוגעת בזכותו של בעל המקרקעין לעשות בהם כל עסקה. אולם עסקה שבעל המקרקעין עשה בהם לאחר משכנתא, אין בה כדי לגרוע מזכותו של בעל המשכנתא לממש את המשכנתא "

במילים אחרות, הסעיף חל על תחרות כאשר הזכות הראשונה בזמן היא משכנתא קניינית – אנחנו יודעים שהיא קניינית כי המילה משכנתא בחוק המקרקעין מכוונת לשלב הקנייני, אחרת זה יהיה רק זכות אישית למשכנתא.

סעיף 85 חל על מצב מאוד מסוים, נשתמש בו רק במצב מאוד ספציפי- כשהזכות הראשונה בזמן היא משכנתא קניינית, לאחר מכן בעל הנכס למרות שהנכס כבר ממושכן במשכנתא קניינית רשומה בטאבו עשה מה שאסור לו, עשה עסקה אחר בנכס – יכול להיות עסקת מכר, מחכיר, משכיר, עוד משכנתא... במצב כזה, לפי ס' 85 ההכרעה פשוטה וקצרה- מי שמנצח זו המשכנתא. ההיגיון לכך – מדובר בזכות שהיא גם ראשונה בזמן וגם קניינית ולכן ברור וצודק שהזכות הזו המשכנתא הקניינית היא זו שתנצח בתחרות.

החריג היחיד שיכול לנצח את המשכנתא הקניינית הראשונה בזמן זו תקנת השוק במקרקעין.

אבל התנאים של תקנת השוק לא יתקיימו משום שתמיד שהמתחרה המאוחר שטוען לתקנת השוק יבדוק את הטאבו הוא יראה את המשכנתא- ואז הוא חסר תום לב, ואילו לא יבדוק את הטאבו הוא גם חסר תום

לב והוא גם לא מקיים את תנאי מס' 3 של תקנת השוק – הסתמכות על המרשם- וכך יוצא שבכל מקרה המשכנתא הקניינית הראשונה בזמן מנצחת.

* אמרנו שמשכנתא יכול לעשות רק מי שהוא הבעלים רשום בטאבו או החוכר לדורות, אבל המציאות בשטח בדר"כ אחרת, לדוגמא: זוג צעיר רוצה לקנות דירה ומבקש הלוואה מהבנק. הבנק דורש ביטחון להלוואה – משכון, שעבוד. בגלל שמדובר בהמון כסף הבנק רוצה שעבוד, אבל בשלב הזה לזוג הצעיר אין כלום, הם עוד לא השלימו את הרכישה, הם לא בעלים רשומים בטאבו, הם לא חוכרים לדורות, כל מה שיש להם ביד במקרה הטוב זה חוזה מול המוכר – לכן הפתרון שנהוג בפרקטיקה הוא כזה: הבנק נותן את ההלוואה כבר בשלב הזה לצורך רכישת הדירה ובתמורה מקבל 3 דברים:

1. משכון הזכויות על פי חוזה הרכישה – לזוג הצעיר יש זכות אישית, חוזית אובליגטורית. הזכות האישית שווה כסף – את מה ששילמו עד עכשיו. אם קניתי דירה במיליון, שמתי הון עצמי 400 אלף, בשלב הזה החוזה שווה 400 אלף וזכויות מבחינת דיני הקניין הם נכס לכל דבר – המשכון הזה הוא לא משכנתא, לכן אי אפשר לרשום אותו בטאבו, רשמים אותו ברשם המשכונות כי הממשכן הוא אדם פרטי.
2. התחייבות מהקונה שבמועד שבו הבעלות או החכירה לדורות ירשמו על שם בטאבו אז באותו מעמד הקונים ירשמו משכנתא לטובת הבנק.
3. ההתחייבות האמורה (מס' 2) זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. חל עליה ס' 126 לחוק המקרקעין שמאפשר לרשום הערת אזהרה לטובת הבנק. הבנק לא מוכן להסתפק בהתחייבות, ולכן הוא זכאי לרשום לטובתו הערת אזהרה שנרשמת בטאבו וכתוצאה מכך יש גם לבנק איזשהו רישום מסוים הגנתי. אם כל העסקה מתקיימת כסדרה לפי התכנון הזוג הצעיר מקבל את ההלוואה, משלם למוכר, רושם על שמו בעלות או חכירה תלוי במקרה, ובאותו מעמד נרשמת משכנתא לטובת הבנק.

העכבון

מה זה עכבון? ההגדרה מופיעה בסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין – "עכבון הוא זכות על פי דין לעכב נכס כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב", במילים אחרות, אנחנו מדברים על מצב שאדם א' מחזיק אצלו נכס ששייך לאדם אחר ב'. ב' בעל הנכס חייב כסף לא', מי שמחזיק את הנכס, ב' מסרב לשלם את החוב ולכן לא' המחזיק מותר בתנאים מסוימים לעכב אצלו את הנכס ולא להחזיר אותו לבעליו עד לפירעון החוב. העכבון היא זכות מאוד מיוחדת שמשמשת בעצם מן אמצעי לחץ ומסייעת לנושה לגבות את החוב.

המקור לזכות העכבון:

כמו שאמרה ההגדרה בס' 11, עכבון הוא זכות על פי דין, זכות העכבון מופיעה בחוקים שונים, כל אחד מהחוקים קובע מה התנאים לעכבון ואם המקרה שלי מתאים לאחד מהחוקים האלה, מותר לי לעכב את הנכס כפי שקבוע באותו החוק. זו זכות קניינית מאוד מיוחדת כי היא לא נולדה בחוזה בין הצדדים, מדובר על זכות קניינית שנולדה מכוח חוק.

1. **ס' 5 לחוק חוזה קבלנות** – "לקבלן זכות עכבון על נכס שנמסר לו לביצוע עבודה או שירות, כדי הסכומים שמגיעים לו בגין עסקת הקבלנות", במילים אחרות, אם הקבלן ביצע עבודה בנכס ולא קיבל את התשלום שמגיע לו אז מותר לו לעכב אצלו את הנכס ולא להחזיר אותו עד לקבלת התשלום. חוזה קבלנות מוגדר בחוק בתור חוזה לביצוע עבודה או מתן שירות בשכר כאשר הקבלן איננו עובד של מזמין העבודה. במילים אחרות, החוק לא מתמקד בקבלני בנייה אלא מדבר על כל אדם שמבצע עבודות בנכסים שנמסרים לו. לדוגמא- מעבדת מחשבים זה קבלן לצורך החוק- אני מוסרת את המחשב שלי למעבדה כדי שיבצעו תיקון במחשב שלי ואני אמורה לשלם עבור התיקון אם אני לא אשלם סעיף 5 מאפשר למעבדה לעכב אצלה את המחשב ולא להחזיר לי. דוגמא נוספת- מוסך שמתקן מכוניות, המוסך הוא קבלן כי הוא מקבל נכסים של אחרים כדי לבצע בהם עבודה/תיקון ואם אני לא אשלם על העבודה מותר למוסך לא לשחרר לי את המכונית. ס' 5 מופעל הרבה מאוד פעמים כי כל בעלי המקצוע שמבצעים עבודה בנכס ולא מקבלים תשלום לא מוכנים להחזיר את הנכס.
2. **ס' 19 לחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה** – "מי שנפגע מהפרת חוזה ויש בידו נכס של המפר שהגיע אליו כתוצאה מהחוזה... יכול לעכב את הנכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מהמפר", למעשה ס' 19 הוא סעיף מאוד כללי והוא חל על כל מקרה של הפרה והוא חופף לס' 5.
3. **ס' 31 לחוק המכר** – אם בעסקת המכר הקונה לא משלם
4. **ס' 9 לחוק השומרים**

5. ס' 12 לחוק השליחות

6. ס' 88 לחוק לשכת עורכי הדין – אם הלקוח לא משלם לעורך הדין את שכר הטרחה, עורך הדין יכול לעכב אצלו מסמכים ששייכים ללקוח. יש עוד המון סעיפים עכבון בחקיקה האזרחית.

** שימו לב, ס' 11 לחוק המיטלטלין לא מהווה מקור לזכות העכבון אלא בסך הכל מגדיר אותה. ולכן לא ניתן להתבסס עליו כסעיף שמוליד זכות עכבון.

בנוסף לכל המקורות הנזכרים למעלה, יש לנו גם מקור נוסף – עכבון הסכמי = צדדים לחוזה יכולים לקבוע בהסכם שבניהם זכות עיכבון ואז גם אם לא מתקיימים התנאים של אחד מסעיפי החוק הרלוונטיים עדיין מותר לעכב את הנכס וזאת בהסתמך על הכתוב בחוזה. לדוגמא- טופס פתיחת חשבון של בנק, אחד מהסעיפים אומר שאם הלקוח לא פורע את כל חובותיו לבנק, מותר לבנק לעכב בידיו נכסים של הלקוח כמו ניירות ערך וגם כספים של הלקוח שמצויים בחשבונות אחרים. סעיף 19 יחול במקביל לכל אחד מההסכמים.

איזה נכסים אפשר לעכב?

1. מטלטלין, ס' 11(א) לחוק המיטלטלין – לדוגמא ניירות ערך, מסמכים אצל עו"ד, רכב, מחשב.
2. מקרקעין, ס' 11(ה) לחוק המיטלטלין – לדוגמא קבלן שיפוצים עושה שיפוץ גדול בדירה, המשפחה שגרה בדירה עזבה את הדירה לתקופת השיפוצים ונתנה לקבלן את המפתח, אחרי שהשיפוצניק סיים את העבודה המשפחה מסרבת לשלם את מלוא הסכום (יכול להיות שבצדק, אולי כי הרמה לא טובה ויכול להיות שגם לא בצדק), בתגובה השיפוצניק מסרב להחזיר את המפתח של הדירה, השיפוצניק מעכב את הדירה בידיו, זה עכבון על מקרקעין. כדי לעכב נכס חייבים להצביע על מקור חוקי לעכבון – במקרה הזה ס' 5 לחוק חוזה קבלנות רלוונטי וגם ס' 19 לחוק חוזים תרופות. ס' 11 (ה) לחוק המיטלטלין לא מוליד זכות עכבון אלא אומר שמותר לעכב גם מקרקעין.

*חשוב לוודא שמותר באמת לעכב את הנכס, אם אדם מעכב אצלו נכס ואין לו זכות לכך- הוא מבצע גזל – עוולה נזיקית וניתן יהיה לתבוע אותו בנוזיקין. יש גם סעיף פלילי שמדבר על החזקה אבל צריך להוכיח יסוד נפשי. בנוסף מתקשר גם הפרק של הגנה על החזקה – אם המעכב מעכב כדין כי מותר לו אז הוא נחשב מחזיק כדין, ואילו אם המעכב מעכב שלא כדין אז הוא נחשב מחזיק שלא כדין- הסיווגים חשובים כדי לקבוע את הזכויות והחובות של הצדדים.

לפי הגישה שאומרת שסעיפי החוק הללו הם דיספוזיטיביים - ניתן להתנות על זכות העכבון בחוזה אישי.

איך פועלת זכות העכבון?

זכות העכבון מאוד פשוטה להפעלה, הכלל הראשון אומר שכל מה שעושים זה מעכבים את הנכס ולא מחזירים אותו, כל עוד הנכס נשאר בידי המעכב העכבון ממשיך לחול – ס' 11(ד) לחוק המיטלטלין קובע שאם הנושה המעכב הוציא מרצונו את הנכס המעוכב משליטתו, העכבון פוקע. במילים אחרות, תנאי לעכבון הוא החזקה, אם המעכב מרצונו שחרר את הנכס העכבון פוקע.

** אם שילמתי את החוב, והמעכב מסרב להחזיר לי את העכבון- זה כבר נחשב לגזל ואוכל לתבוע אותו נזיקית**

** אין סעיף חוק שמאפשר לבעל העכבון לעכב נכס שלא קשור לטיב העסקה שנעשתה בו**

הכלל השני אומר לנו: אין צורך להגיש תביעה משפטית כתנאי להפעלת העכבון, במילים אחרות, עכבון נחשב סעד עצמי כי בדר"כ הוא מביא לתוצאה הרצויה וזאת בלי לפנות לבית המשפט. הכלל השלישי אומר שעכבון אפילו על מקרקעין לא דורש רישום בשום מרשם פומבי, התחליף לרישום הוא ההחזקה.

יתרונות העכבון:

1. יתרון פרקטי – מדובר בזכות שקל מאוד להפעיל אותה, ברוב המקרים היא באמת משיגה את מטרתה ומביאה לתשלום החוב.

2. העכבון נחשב לזכות קניינית בנכס ולכן אם לבעל הנכס החייב יש עוד נושים שהוא חייב להם כסף אז המעכב זוכה בעדיפות ביחס לנכס המעוכב.
3. בתי המשפט הכירו בתקנת שוק בנוגע לעכבון כך שהתוצאה היא שהמעכב של הנכס זוכה במעמד הקנייני החזק ביותר.

דרישות ומגבלות בנוגע לזכות העכבון :

כאשר אדם רוצה לעכב נכס הוא חייב קודם כל למצוא מקור לעכבון (או אחד החוקים או אולי בהסכם) אבל לא די בזה. המעכב חייב להקפיד על שורה של כללים ומגבלות כשהוא מפעיל את זכות העכבון, אם הוא לא יעמוד בכל הכללים האלה המשמעות היא שהעכבון מופעל שלא כדין. מהם אותם כללים ומגבלות :

1. לנושה המעכב אסור להיפרע מהנכס עצמו – הוא לא יכול למכור את הנכס, כל מה שמותר לעשות זה אך ורק להחזיק ולעכב. זה ההבדל הגדול בין עכבון לבין משכון. (פס"ד סולל בונה נ' גולדשטיין, פס"ד ליבוביץ' נ' אוברזון)
2. לנושה המעכב אסור להשתמש בנכס המעוכב – הוא לא יכול לגור בדירה, המוסך לא יכול להשתמש במכונית, ואם הם ישתמשו העכבון פוקע מבחינה משפטית ואז הוא חייב להחזיר את הנכס אחרת זה יהיה גזל. (אם שיפוצניק סיים לעבוד בדירה והוא משאיר את המכונות שלו בדירה זה פסול והעכבון חסר תוקף).
3. **אחריות לנכס** - כל עוד המעכב מחזיק בנכס הוא אחראי עליו שלא ייגנב, שלא יגרם לו נזק (חוק השומרים) ואם נגרם נזק, המעכב יפצה את בעל הנכס.
4. **מגבלת זמן** – השאלה היא עד מתי אפשר לעכב את הנכס? מבחינת דיני העכבון אין מגבלת זמן ולכן תיאורטית אפשר לעכב לנצח עד שבעל הנכס יישבר וישלם. אבל, מתעוררת השאלה האם אין מגבלת זמן מכוח עיקרון תום הלב? לפי חוק החוזים חלק כללי, חייבים להפעיל זכות בתום לב ודרך מקובלת (סעיפים 61ב מדבר על מקרים שבהם אין חוזה +39 לאחר כריתת חוזה), זו שאלה פתוחה אין תשובה בפס"ד אבל יכול להיות שמכוח עקרון תום הלב אם עובר זמן והעכבון לא משיג את ייעודו, החייב לא משלם, יכול להיות שמכוח עקרון תום הלב חייבים לשחרר את הנכס. יכול להיות שבמצב כזה אפילו כדאי למעכב לשחרר את הנכס, כי כל עוד הנכס אצלו הוא אחראי עליו.
5. סכומים – האם אפשר לעכב נכס מאוד יקר על סכום חוב הרבה יותר נמוך? כן, אבל במגבלה. סעיף 11(ב) לחוק המיטלטלין קובע שאם שווי הנכסים המעוכבים עלה על שווי החיוב במידה בלתי סבירה, זכאי החייב לשחרור מקצת הנכסים אם הם ניתנים להפרדה לחלקים. ס'11(ב) מתייחס לעכבון על כמה נכסים,, **בפרשת השחף נתניה נ' סולניר** – באותו מקרה העכבון תפס מכוניות, משאיות, כלי עבודה וציוד של החברה, הרבה מעבר לגובה החוב, החוב של החברה היה כלפי העובדים (היא לא שילמה משכורות כמה חודשים, היה מדובר במפעל והעובדים השתלטו על כל הנכסים האלה של החברה), בית המשפט פסק שבגלל הפער הגדול בין חוב המשכורות שהיה קטן לבין השווי של כל הנכסים שהיה עצום העובדים חייבים מיד לשחרר את כל הנכסים העולים על גובה החוב. לעומת זאת, אם העכבון הוא על נכס אחד בודד **ס' 11(ב)** לא חל, ומבחינת דיני העכבון אין מניעה לעכב את הנכס. יחד עם זאת, אם קיים פעם עצום, חוסר פרופורציה חריף בין הסכומים תוך גרימת נזק לחייב מצב כזה עלול להיחשב חוסר תום לב ואז העכבון עלול להיחשב חסר תוקף- נקבע **בפס"ד שלדות מפעלי מתכת בע"מ נ' שחיבר** אבל שם בסופו של דבר בית המשפט קבע שהפער בין החוב לבין שווי הנכסים איננו כ"כ קיצוני ולכן כל הקביעה הזו מבחינה משפטית פורמלית בעצם מהווה אמירת אגב של בית המשפט.

בגין איזה חוב ניתן לעכב?

לפי סעיפי החוק השונים שמולידים זכות עכבון, ניתן לעכב נכס רק בגין חוב הקשור לאותו נכס ולאותה עסקה.

פס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס – דובר בחברת תעופה שהיו לה הרבה מאוד מטוסים, חברת מעוף, בסופו של דבר היא נכנסה לפירוק ואז התחילו ויכוחים על המטוסים השונים, סיפור אחד דיברנו עליו בפרק של משכון (מטוס שמשכנו אותו עם 2 מנועים כאשר לחוד היה משכון נפרד רק על המנועים בלבד) אבל לגבי מטוסים אחרים התעוררה שאלה של עכבון. התעשייה האווירית ביצעה באופן קבוע עבודות תיקונים במטוסים שונים של חברת מעוף. התעשייה האווירית החזירה כל מטוס בסוף התיקון אפילו שהיא לא קיבלה את מלוא התשלום, בסופו של דבר החוב לתעשייה האווירית גדל. חברת מעוף נקלעה לפירוק. באותו מועד היו בידי התעשייה האווירית 4 מטוסים שהיא גמרה לתקן וטרם החזירה. התעשייה האווירית הודיעה למפרק שהיא מעכבת אצלה את המטוסים עד לקבלת מלוא החוב. מפרק התנגד והסכסוך הגיע לבית משפט עליון. בית המשפט קבע שהעכבון של ארבעת המטוסים תופס רק ביחס לחוב של התיקון של אותם המטוסים

ולא ניתן להשתמש בעכבון כדי לגבות את החוב עבור תיקונים שנעשו בעבר במטוסים אחרים. (נימוק נוסף ברגע שהתעשייה האווירית החזירה מרצונה את כל המטוסים הקודמים אז העכבון בגינם פקע אוטומטית). בדיני פירוק של חברה נושה שיש לטובתו עכבון על נכס נחשב "נושה מובטח" והוא הראשון להיפרע מהנכס המעוכב.

פס"ד ליבוביץ' נ' אוברזון – גברת ליבוביץ' הפעילה מתפרה (היא הייתה תופרת) ותפרה את בגדי הים עבור המעצב הידוע אוברזון. המתפרה הייתה אמורה למסור כמות גדולה של בגדי ים בשלושה משלוחים נפרדים. היא מסרה את שני המשלוחים הראשונים, ולא קיבלה את התשלום ולכן את המשלוח השלישי היא עכבה בגין החוב לא רק של אותו משלוח אלא גם של שני המשלוחים הקודמים. לכאורה, אם נלך לפי הקו של פס"ד הקודם אז לא ניתן לעכב נכס בגין חובות שקשורים לנכסים אחרים, אבל במקרה הנדון בית המשפט קבע אחרת, התברר שבין הצדדים נחתם חוזה אחד שתייחס לשלושת המשלוחים ולכן כן אפשר לעכב משלוח אחד עבור חוב שקשור למשלוחים הקודמים, משום שהכל יחד נחשב עסקה אחת כוללת.

שכירות

סע' 3 לחוק המקרקעין סע' 1 לחוק השכירות והשאלה, שכירות זוהי זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק בנכס ולהשתמש בהם שלא לצמיתות. מדובר על מקרקעין בחוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה, כשמדובר במיטלטלין זה רק חוק השכירות והשאלה. בחודש יולי 2017 אושר חוק שכירות הוגנת שאותו יזמה ח"כ סתיו שפיר ורועי פולקמן המטרה של החוק הזה היא בעצם להסדיר את היחסים שבין השוכר למשכיר ולצמצם את פערי הכוחות. זה לא חוק חדש אלא תיקון של חוק השכירות והשאלה פשוט הוסיפו פרק נוסף (פרק ו').

מתי שכירות הופכת להיות קניינית ?

שמדובר במקרקעין יודעים שלפי **סע' 7 לחוק המקרקעין** בדרי"כ כדי להפוך זכות אישית לקניינית צריך לרשום את הזכות בטאבו אבל לגבי שכירות קיים חריג שנמצא **בסע' 79 (א)** שאומר שלמרות **סע' 7**, שכירות שאינה עולה על חמש שנים שזו שכירות קצרה לא טעונה רישום. אבל אז הגיע סע' נוסף 152 לחוק הגנת הדייר, והוא מאריך את הפטור הזה ל-10 שנים. משילוב של **סע' 79 ו 152** התקופה הקובעת היא 10 שנים. כלומר אם מדובר בשכירות ארוכה מעל 10 שנים צריך לבצע רישום בטאבו כדי להפוך אותה לקניינית ואם מדובר בשכירות מתחת ל-10 שנים לא חייב רישום בטאבו ניתן ומומלץ והשכירות יכולה להפוך לקניינית ע"י קבלת החזקה.

אך יודעים שעם קבלת החזקה הזכות הופכת להיות קניינית ?

אנחנו למדים על כך מכוח **סע' 18 לחוק השכירות והשאלה**, השכירות תתחיל עם קבלת החזקה והפרשנות המקובלת היא שהשכירות הקניינית תתחיל עם קבלת חזקה.

לפי **סע' 79(ג) לחוק המקרקעין**: גם אם מדובר בשכירות קצרה יכול השוכר אם הוא מעוניין בכך לרשום בטאבו ואז כמובן היא תהפוך להיות קניינית. זאת אומרת שכירות קצרה עם החזקה נחשבת מיד קניינית ממועד החזקה, הרישום לא יוסיף כלום לעניין הקנייניות אבל לא מונעים מהשוכר הקצר לרשום את זכותו בטאבו. למה בכל זאת זה טוב ומומלץ לרשום בטאבו? לצורך הגנה שמדובר בעסקאות נוגדות, אם טרם התקבלה החזקה.

נניח יש סטודנט בחודש מאי חתם על חוזה שכירות לתק' קצרה היא אמורה להתחיל באוקטובר, ברור שלסטודנט עדיף לרשום למקרה שבעל הדירה ישכיר אותה בשכירות נוגדת לסטודנט אחר.

מה קורה שיש אופציה בחוזה השכירות ?

אמרנו שמעל 10 שנים יש לרשום בטאבו, נניח יש שכירות לתק' של 9 שנים ויש בחוזה גם אופציה נניח להאריך את תק' השכירות לעוד 9 שנים, נשאלת השאלה האם זו תהיה שכירות קצרה או ארוכה? למה זה

קריטי? כדי לדעת אם הזכות היא קניינית או לא. לפי סעי' 79(ב) לחוק המקרקעין מסתכלים על סך הכל התקופה הכוללת כולל האופציה בדוג לעיל מדובר על 18 שנים ולכן כבר יש לרשום אותה בטאבו כדי להפוך אותה להיות קניינית.

שכירות מיטלטלין :

השכירות הופכת לקניינית כל הזמן עם קבלת ההחזקה סעי' 18 לחוק המיטלטלין .

דרישת הכתב :

סעי' 8 לחוק המקרקעין אומר התחייבות לבצע עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב . למרות הסעי' הזה בשכירות יש חריג , שכירות לתק' שאינה על חמש שנים לא טעונה מסמך בכתב , סעי' 79(א) שכירות של עד חמש שנים אינה טעונה מסמך בכתב .

סעי' 79(ב) שכירות עם אופציה שהתקופה הכוללת היא מעל חמש שנים יש צורך בכתב.

במיטלטלין : אין דרישת כתב .

מאוד חשוב לזכור : המחוקק רוצה להקל בדרישות פרוצדוראליות כאשר מדובר בשוכר קצר , הוא רוצה לעודד שכירויות קצרות ולהפוך אותן לעסקאות פשוטות וקלות ולכן יש הקלה בדרישת הרישום ודרישת הכתב.

לפי גישה זו גם לא מצפים משוכר קצר ללכת ולבדוק בטאבו לפני שהוא מתקשר בחוזה זה לא יחשב חוסר תום לב . מצד שני המרצה כבר אמרה לנו לא בטוח שזה נכון אם דובר בשכירות קצרה אמתית לשנה לדוג' , אז לא נטריח את השוכר לבדוק את הטאבו אבל אם מדובר על 9 או 10 שנים שנחשבת רק לכאורה לשכירות קצרה אבל במהותה כבר ארוכה , אולי כאן כן נצפה מהשוכר הקצר ללכת ולבדוק בטאבו לפני שהוא מתקשר בעסקה . אולי אם הוא לא בדק הוא יחשב חסר תום לב , שאלה זו נשארה פתוחה.

לעניין דרישת הכתב מהתיקון ב 2017 הוסיפו א סעי' 25ב : חוזה שכירות למגורים יערך בכתב וייחתם בידי המשכיר והשוכר ..ממשיך הסעי' – אולם : אין באי קיום הוראה זו כדי לגרוע מתוקפו של החוזה . העתק חוזה חתום יימסר לכל אחד מהצדדים . כלומר החוק החדש קובע שגם בשכירויות קצרות יש לקיים את דרישת הכתב אבל יש לשים לב שלא מדובר בדרישה מהותית שכן גם אם לא עשיתם בכתב עדין החוזה תקף , אם אין כתב אח"כ תוכל לתבוע משהו בבהמ"ש על משהו שקרה אבל עדין החוזה בתוקף . [אולי להפחיד להרתיע (לשם מה התיקון)].

שאינו כתב במקרקעין אין כלום [חוץ משכירות] !!!

חיובי הצדדים : מערכת היחסים שבין השוכר למשכיר :

שאלת הקנייניות לא רלוונטית ליחסים שבין השוכר למשכיר כך למשל אם השוכר לא משלם דמי שכירות הוא בכך מפר את החוזה עומדות למשכיר התרופות לפי חוק החוזים תרופות וזה ללא קשר לשאלה האם הזכות קניינית או לא קניינית . דוג' נוספת : נניח המשכיר התחייב בחוזה לתקן דברים שבורים בבית זו התחייבות חוזית והיא חלה בלי קשר לשאלה האם הזכות קניינית או לא קניינית . הקנייניות רלוונטית כשמדובר בצדדים שלישיים , שיש עסקאות נוגדות . היחסים שבין השוכר למשכיר הם יחסים חוזיים וחל עליהם חוק השכירות והשאלה בכפוף לחוזה . חוק השכירות והשאלה עד לא מזמן היה חוק דיספוזיטיבי היה ניתן להתנות עליו או במילים אחרות אם ההסכם היה שותק הולכים לחוק. בתיקון החדש הדברים קצת השתנו – יש את סעי' 2(ג) שקובע הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מההסכם . כלומר , עד התיקון החוק היה דיספוזיטיבי ואז הוסיפו את סעי' 25ד שאומר שעל אף סעי' 2(ג) לחוזה שכירות למגורים אין להתנות על סעיפים מסוימים והוא נוקב באלו סעיפים : ניתן להתנות לטובת השוכר ולא לרעתו כדי לדעת אלו סעיפים הפכו להיות קוגנטיים יש לפנות לסעי' 25ד.

שכירות וצדדים שלישיים :

חילופי משכירים :

סעי' 21 לחוק השכירות והשאלה מדבר על חילופי משכירים : הוא חל כאשר במהלך תקופת השכירות , משכיר מוכר את המושכר בדרי"כ הקונה שהוא עכשוו הבעלים רוצה לפנות את השוכר , סעי' 21 לא מאפשר זאת , הסעי' מגן על השוכר וזה גם אם הרוכש לא ידע על קיומו של חוזה השכירות ז"א הבעלים החדש חייב

להמשיך ולכבד את חוזה השכירות המקורי עד לסיומו כולל האופציות אם ניתנו. בעצם סעי' 21 מגן על השוכר ממצב של חילופי משכירים אבל יש לשים לב שהסעי' הזה חל רק כאשר מדובר בשכירות קניינית זה לא עולה מפורשות מהסעיף אבל זו הפרשנות. הרציונל הוא שכירות קניינית ראשונה בזמן גוברת על זכות מאוחרת. כלומר אם שכירות לא קניינית לא חל סעי' 21. עד לא ממזמן היה ניתן להתנות על סעי' 21 אבל קיום יש את סעי' 25 החדש שהפך את סעי' 21 לקונטרי, בנוסף בתיקון החדש הוסיפו את סעי' 25 שאומר שכאשר מדובר בדירת מגורים המשכיר שמכר את הדירה חייב ליידע על כך את השוכר בכתב לפני המועד בו הוא צריך למסור את הדירה לקונה.

חילופי שוכרים :

סעי' 22 לחוק השכירות והשאלה :

בשונה מסעי' 21 דורש הסכמה כאשר שוכר רוצה להחליף שוכר. הסיבה להבדלים : לשוכר לא אכפת לו מי יהיה הבעלים שלו מה שחשוב לו זה הדירה. לעומת זאת למשכיר חשוב לדעת מי השוכר הוא רוצה שהוא יהיה אמין ישלם בזמן ישמור על הדירה ישלם בזמן. כלומר בכדי להחליף שוכר יש צורך בהסכמת המשכיר אבל גם כאן המשכיר לא יכול לסרב רק אם יש נימוקים סבירים.

מה קורה אם למשל משכיר סרב מנימוקים שהם לא סבירים ולא התנה על זה בחוזה ? יש לכך שני פתרונות:

(1) אפשר להעביר את חוזה לשוכר אחר בכל זאת.

(2) לפנות לבהמ"ש לבקש אישור להעברה.

מהם נימוקים סבירים :

אי מתן נימוק זה כמו נימוק בלתי סביר. דוג נוספת באה לידי ביטוי **בפס"ד חב' הכשרת הישוב** : המדינה כמחכירה סירבה להעביר את החכירה מהסיבה שהקרקע דרושה לה לתועלת הציבור, בהמ"ש פסק התנגדות המדינה היא לעצם קיום החכירה ולא לעצם העברתה, באמצעות התנגדותה קיוותה המדינה להפסיק את החכירה ולכן בהמ"ש אמר זה לא טעם סביר.

פס"ד וויס : היו עובדים של ב"ס מקווה ישראל הם חכרו שיכון מגורים בתחום בית הספר וזה היה בבעלות המנהל, המנהל התחייב לבית הספר שהוא לא יאפשר העברת חכירה אלא רק לעובדים של בית הספר, לכן כעת המנהל לא מאפשר העברה למי שהוא לא עובד בית הספר. בהמ"ש פסק שזה אכן טעם סביר כי המטרה היא לדאוג לעובדים ולא לפתוח את זה למגורים פתוחים.

מה קורה אם המשכיר סרב בצדק מנימוקים סבירים והשוכר בכל זאת העביר את השכירות ?

ברגע שהמשכיר מתנגד מטעמים סבירים לשוכר אסור להעביר (או להשכיר בשכירות משנה), בעצם נשלל ממנו הכוח המשפטי לעשות פעולה כזו לעסקה הזו לא תהייה תוקף. תהייה לה תוקף אם צד ג' יעמוד בתנאי תקנת השוק, [את השוכר שיצא אפשר לתבוע חוזית] (סביר להניח שצד ג' ייפול בתנאים של תקנת השוק).

עד עכשיו דיברנו על העברת שכירות יש דבר נוסף שנקרא שכירות משנה : יש שני חוזים נפרדים : חוזה בין המשכיר לשוכר הראשי וחוזה שני ונפרד לגמרי בין השוכר הראשי שהוא הפך להיות משכיר משנה לבין שוכר המשנה. במצב כזה של שכירות משנה אין קשר חוזי בין הבעלים לבין שוכר המשנה. אם לבעלים יש בעיה הוא יתבע את השוכר הראשי שהוא גם המשכיר משנה. ואם לשוכר המשנה יש טעה הוא יתבע רק את המשכיר המשנה. זה להבדיל מסעי' 22 שאז ב' יוצא מהתמונה (השוכר הראשון) ויש חוזה אחד בין א' לבין ג'. בשכירות משנה : השוכר ראשי לא יכול להעביר יותר זכויות ממה שיש לו לכן אם נותרו לו כמה חודשים זה מה שיקבל שוכר המשנה.

שכירות משנה יכולה להיות בכל הנכס השכור או בחלקו, למשל אפשר להשכיר רק חדר מדירה.

מתי מותר לשוכר להשכיר בשכירות משנה ?

התשובה מצויה כמו בסעי' 22 : נדרשת הסכמה של המשכיר אב הוא צריך לסרב מנימוקים סבירים (ראה לעיל).

לגבי התיקון החדש : פרק ו' מתחיל מסעי' 25 – התיקון חדש חל על דירת מגורים לא חל על דירות נופש מעונות לסטודנטים החוק הזה מעניק הגנות קוגנטיות לשוכרים : למשל סעי' 25 ו' 25 מדבר על מהו נכס

ראוי למגורים בע 25 מסביר מי צריך לתקן מה, סעי' 25 – מגביל את גובה הערבויות שאפשר לקחת מהשוכר וסעי' 25 שמדבר מי משלם מה (ועד תשלומים שוטפים תיווך).

זיקת הנאה – קיים רק במקרקעין

זיקת הנאה מוגדרת בסעיף 5 לחוק המקרקעין וההגדרה היא: "שעבוד מקרקעין להנאה ללא זכות להחזיק במקרקעין". המילה שעבוד מטעה פה, זה לא שעבוד במונח של שעבוד או משכון, אלא הכוונה היא בעצם לכפיפות – דהיינו, אדם מסוים שאיננו בעל המקרקעין מקבל איזושהי זכות ליהנות מהמקרקעין האלה. במילים אחרות, המקרקעין כפופים להנאה של אותו אדם. סעיף 5 מדגיש שההנאה הזאת לא כוללת החזקה של המקרקעין.

סעיף 93 לחוק המקרקעין מפרט סוגים שונים של זיקות הנאה הסוג הנפוץ ביותר הוא זכות שימוש במקרקעין – אדם רשאי להשתמש במקרקעין של אדם אחר אבל שימוש ללא החזקה- זו המהות של זיקת הנאה. לדוגמה זכות מעבר – אדם אחד מקבל זכות באופן קבוע לעבור דרך החלקה של א' ולקצר את היציאה אל הכביש. דוגמה נוספת: זכות חנייה- השכן שלי מסכים שכל ערב שאני חוזרת מהעבודה אני חונה בחלקה שלו, אני נהנית מהחלקה שלו אבל אני לא מחזיקה. יכולים להיות עוד סוגים של שימושים. זיקת הנאה היא זכות קניינית מאוד מיוחדת ואפילו מוזרה.

איך נוצרת זיקת הנאה? זיקת הנאה יכולה להיווצר ב3 דרכים:

1. **מכוח הסכם בין הצדדים** – כמו כל הזכויות האחרות למעט עיכבון. נשאלת השאלה מי יכול להתחייב בהסכם כזה ולהעניק זיקת הנאה. הגורם הראשון הוא הבעלים הרי שידוע שהבעלות מאפשרת לעשות כל דבר וכל עסקה. בנוסף, סעיף 81(ב) קובע שגם שוכר רשום- הכוונה בדר"כ לחוכר לדורות. בשלב ראשון הצדדים חותמים על הסכם, ההסכם כפוף לדרישת הכתב (סעיף 8), ההסכם מפרט את תנאי העסקה. איזה סוג של שימוש, האם רק השכן או גם אישתו, לכמה זמן תהיה הזיקה- לפי סעיף 96 לחוק זיקת ההנאה תהיה לתקופה בלתי מוגבלת אלא אם הצדדים קבעו אחרת. בהסכם כזה כדאי לקבוע האם העסקה היא בחינם או בתשלום. ההסכם מוליד בסך הכל זכות שימוש אישית. כמובן שהאינטרס של בעל הזכות הוא לרשום את הזכות בטאבו ובכך להפוך אותה לקניינית. הזכות הקניינית נקראת- זיקת הנאה. לקנייניות יש חשיבות רבה כי אם בעל המקרקעין הכפופים לזכות ימכור אותם אז הקונה ממשיך להיות מחויב בזיקת ההנאה. הזיקה ברגע שנרשמה נצמדת למקרקעין ולכן גם קוראים למקרקעין האלה- "מקרקעין כפופים", הם כפופים לזיקת הנאה קניינית. גם אם הבעלות על המקרקעין מתחלפת, המקרקעין עדיין כפופים.

2. **על פי דין** – חוק התכנון והבנייה מאפשר לרשויות התכנון והבנייה לקבוע מראש כשהן מתכננות שכונה או אזור, מקרקעין מסוימים שיהיו כפופים לזיקת הנאה.

3. **זיקת הנאה מכוח שנים** – סעיף 94 לחוק "מי שהשתמש בזכות הראויה להחשב זיקת הנאה, במשך תקופה של שלושים שנים רצופות, קיבל זיקת הנאה ורשאי לדרוש את רישומה בטאבו. זיקת ההנאה מאוד מוזרה ולא תואמת את העקרונות הבסיסיים של דיני הקניין. הזיקה הזאת נולדת ללא הסכם בין הצדדים, היא נולדת מכוח התיישנות. עצם זה שאדם אחד משתמש במקרקעין של אדם אחר ללא החזקה במשך שלושים שנים רצופות מקנה אוטומטית מבלי לעשות שום דבר נוסף זיקת הנאה קניינית במקרקעין. ברור שיש כאן פגיעה קשה בבעל המקרקעין שמן הסתם לא ידע על הדבר הזה, יותר מכך, זיקת ההנאה בעייתית גם מסיבה נוספת- היא לא חייבת להירשם בטאבו ולכן גם צדדים שלישיים לא יודעים עליה. חוק המקרקעין ניסה להגן על בעל הקרקע וקבע **בסעיף 94(ב)** שאם בעל המקרקעין הודיע בכתב למי שהשתמש במקרקעין שלו שהוא מתנגד לשימוש הזה אז מניין השנים מפסיק (ספירת השנים מפסיקה). בהרבה מקרים זה פותר את הבעיה כי המשתמש מפסיק להשתמש במקרקעין. אבל, אם המשתמש יחזור וישתמש במקרקעין מתחילים לספור את השנים מחדש. המחוקק רצה להגן על מקרקעין ששייכים למדינה ולרשויות ציבוריות. סעיף 113(ג) קובע שבמקרקעי ציבור אין זיקת הנאה מכוח שנים.

במשך 30 שנים כשאדם משתמש במקרקעין של אחר ללא הסכמת בעל המקרקעין הוא בעצם משתמש שלא כדין, אין לו זכות לזה אבל מכיוון שהוא לא מחזיק במקרקעין הוא לא נחשב מחזיק שלא כדין ואז אי אפשר לפעול נגדו באמצעות סעיפים 16-19 לחוק המקרקעין (הגנה על ההחזקה). העילה היחידה שבעל

הקרקע יוכל להשתמש בה היא השגת גבול נזיקית לפי **סעיף 29 לפקנ"ז**. אחת הבעיות הקשות שמעוררת זיקת הנאה מכוח שנים היא העובדה שהזיקה הזו לא חייבת להירשם בטאבו ובדר"כ אכן לא נרשמת. בדר"כ הסוגיה תתעורר כאשר צד שלישי קנה את המקרקעין הכפופים והוא לא מוכן להמשיך ולהכיר בזיקת ההנאה. המקרה הקלאסי הוא א' בעלים של קרקע, ב' במשך 30 שנה השתמש בקרקע ללא ידיעתו של א' וללא הסכמתו, חלפו 30 שנים, לבי יש זיקת הנאה קניינית והיא לא רשומה בטאבו. לאחר שחלפו עוד כמה שנים, ג' קבלן בנייה קונה את המגרש ורוצה לבנות עליו בשלב הזה הוא כבר מתחיל לגדר את המגרש ופתאום ב' נזעק ומעלה לראשונה את הטענה שיש לו זיקת הנאה קניינית, נניח שב' נהג להחנות שם, ב' מתעקש להמשיך ולהחנות בחלקה. לפי העקרונות של דיני קניין מי שמנצח בתחרות הוא זיקת ההנאה כי היא גם זכות קניינית וגם ראשונה בזמן – רק אחר כך הקבלן קנה. זיקת ההנאה מנצחת והמשמעות היא הרבה פעמים שדבר כזה יכול לפגוע בקבלן, זיקת הנאה הרבה פעמים מעכבת את פיתוח המקרקעין ומעכבת תהליכי עיור. לכאורה, הקבלן ג' יכול להתגבר על זיקת ההנאה באמצעות תקנת השוק. אבל הכלל הוא שתקנת השוק לא מנצחת זכויות שמלכתחילה אינן מחויבות ברישום בטאבו: שכירות קצרה, עכבון במקרקעין וזיקת הנאה מכוח שנים. הרציונל הוא שתקנת השוק נועדה לעודד אנשים לבדוק את הטאבו לפני חתימת העסקה ולגלות אם קיימת בטאבו בעיה, אבל זכויות שלא טעונו רישום ממילא לא משתקפות ברישום ולכן תקנת השוק לא חלה כלפיהם. לסיכום, גם תקנת השוק לא תעזור לקבלן, האפשרות היחידה אולי שתעזור לקבלן זה לעשות היקש מהלכת גנו, בפרשת גנו נקבע שאם אדם יכול היה לרשום הערת אזהרה ולא רשם הוא יכול היה להזהיר את הציבור ולא הזהיר, אז מחדל כזה יגרום לו להפסיד בתחרות – על סמך ההיקש אפשר אולי לטעון שמי שיכול היה לרשום את זיקת ההנאה וליידע את הציבור אבל הוא לא רשם אז רק בגלל המחדל הזה הוא יפסיד בתחרות.

לטובת מי הזיקה

כשלמדנו על הזכויות הקנייניות השונות הן היו כולן לטובת אדם מסוים (גם תאגיד) או מספר אנשים. למשל חוזה שכירות הוא לטובת שוכר מסוים, חוזה משכנתא בדר"כ לטובת בנק מסוים, אדם שקונה דירה מקבלן והחוזה כלפיו- הוא זה שמקבל את הבעלות.

לעומת זאת, כשמדובר בזיקת הנאה קיימות 3 אפשרויות לטובת מי פועלת הזיקה :

א. זיקת ההנאה היא לטובת גורם מסוים (אדם, תאגיד, מסי אנשים..). – לדוגמה זכות מעבר, א' בעל החלקה הקרובה לכביש מאפשר לב' בעל החלקה הפנימית לעבור בחלקה שלו – זיקת ההנאה היא לטובתו של ב'. סעיף 95 קובע שבעל הזיקה (מי שלטובתו הזיקה) אינו רשאי להעביר את הזיקה לאדם אחר אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים. זאת קביעה מאוד מוזרה משום שזיקת ההנאה היא זכות קניינית ובדר"כ זכות קניינית ניתנת להעברה, להבדיל מזכות אישית, אך ס' 95 הופך זיקת הנאה לטובת גורם מסוים לזכות שמקבלת מאפיינים של זכות אישית.

ב. זיקת הנאה לטובת הציבור

ג. זיקת הנאה לטובת המקרקעין הזכאים – במקרה הזה מי שנהנה מזיקת ההנאה אלה המקרקעין השכנים והם נקראים "מקרקעין זכאים", במצב כזה, אם בעל המקרקעין הזכאים נניח ב' מוכר את המקרקעין לג' אז ג' כן נהנה מהזיקה, במילים אחרות, הזיקה כאילו צמודה למקרקעין הזכאים וממשיכה להיות צמודה אליהם גם במצב של חילופי בעלות.

אם ככה, איך נדע בכל מקרה ומקרה לטובת מי הזיקה? האם רק אדם אחד קיבל או הציבור או המקרקעין? התשובה היא : אם הזיקה רשומה בטאבו, הכל מסודר ופורמאלי ובטאבו יהיה כתוב לטובת מי הזיקה. אבל, מה קורה כשהזיקה לא רשומה בטאבו? למשל זיקה מכוח שנים, השאלה הזו התעוררה **בפס"ד אסטרחאן נ' בן חורין** שם קבע בית המשפט שאם הזיקה משרתת אדם באופן אישי ללא קשר לזכויותיו במקרקעין הנטייה תהייה לראות בה זיקה לטובת אדם, לעומת זאת, אם לא ניתן להפריד בין הזיקה לבין השימוש במקרקעין אז הנטייה תהייה לראות בה זיקה לטובת מקרקעין. במילים אחרות, נניח שאי מאפשר לב' לעבור בחלקה שלו כי ב' הוא אח שלו- זו זיקה לטובת אדם כי יכול להיות שאם האח ימכור א' לא יסכים שמישהו זר יעבור אצלו. לעומת זאת, אי מאפשר לב' לעבור כי אין לו שום יציאה נוחה אל הכביש, למעשה- מצב כזה מזכיר פס"ד שנקרא **שלב נ' הררי מואב** – שם החלקה הפנימית שאין לה גישה לכביש הייתה מחצבה ומשאיות כבדות מלאות אבנים וסלעים היו צריכות לנסוע אל הכביש הראשי על דרך עפר לא סלולה, מלאה מהמורות ומפותלת. למעשה זה היה כמעט בלתי אפשרי- במצב כזה אם לב' יש זיקת הנאה היא תחשב זיקת הנאה לטובת המקרקעין .

סעיף 96 לחוק המקרקעין קובע " בית המשפט רשאי לבטל את הזיקה אם ראה לנכון לעשות כך בגלל אי הפעלת הזיקה, בגלל שינוי בנסיבות השימוש בזיקה או בשל מצב המקרקעין הכפופים או הזכאים. רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים למי שנגרם לו נזק עקב ביטול הזיקה " – הסעיף הזה הוא חריג לדיני הקניין כי בדיני הקניין ברגע שלאדם יש זכות קניינית חוקית שהושגה כדין אין לבית המשפט אפשרות להחליט שהוא מבטל אותה. הרציונל של הסעיף הוא שזיקת ההנאה בדר"כ נותנת הנאה מצומצמת, הנאה ספציפית ללא החזקה במקרקעין, במקביל, זיקת ההנאה עלולה לגרום לפגיעה קשה מאוד בבעל המקרקעין הכפופים. כי בגלל הזיקה הוא הרבה פעמים מנוע מלבנות, מתקשה למכור וכו'. לכן סעיף 96 מאפשר לבית המשפט אבל רק במקרים המפורטים בסעיף לבטל זיקת הנאה קניינית קיימת. לדוגמא **פס"ד אורן נ' כהן** – לאורן יש חלקה שקרובה אל הכביש והוא לא משתמש בה, זהו מגרש נטוש, החלקה הפנימית שייכת לכהן, לכהן יש לול ובמשך 30 שנים כהן נוהג לעבור בחלקה של אורן כדי לצאת אל הכביש הראשי. אחרי 35 שנים אורן החליט לבנות וילה במגרש שלו והוא מתנגד לכך שכהן יעבור אצלו. אבל כהן טוען לזיקה מכוח שנים, זכות קניינית שהתגבשה ולטענתו אי אפשר לסלק אותו. בית המשפט קבע שכהן צודק במובן זה שיש לו זיקת הנאה קניינית. אבל התברר שבשנים האחרונות כהן כבר לא מפעיל יותר את הלול ולכן אין לו יותר צורך להמשיך ולעבור בחלקה של אורן, בנוסף בחלקה של אורן עומדת להיבנות וילה – לאור שני הדברים האלה בית המשפט עשה שימוש בסעיף 96 וביטל את הזיקה הקניינית שהייתה לכהן.

פס"ד נובק נ' דנון – סכסוך על בתים משותפים, לשכן בקומת הקרקע הייתה הצמדה אבל לשכן אחר היה מחסן בקצה, הפשרה הייתה שנותנים לשכן שיש לו מחסן לעבור בשעות מסוימות לאורך הגדר כדי להגיע למחסן.

פס"ד אסטרחאן נ' בן חורין – מדובר על 2 מגרשים שכנים, משפחת אסטרחאן גרה בבית פרטי צמוד קרקע, במשך שנים האבא שהיה נהג משאית היה מגיע בערב מהעבודה והיה מחנה את המשאית במגרש השכן שהיה ריק. ככה הוא פעל במשך כמה שנים. אחר כך הוא מכר את המשאית, קנה מכונית פרטית וכל ערב החנה את המכונית במגרש השכן. אחר כך הילדים גדלו וגם הם מחנים במגרש השכן, לאחר מכן הבנים התחתנו ויש כלות וכולם גרו באותו הבית ומחנים במגרש השכן. בשלב כלשהו האבא נפטר אז הוא כבר לא חונה אבל כל השאר ממשיכים להחנות. אחרי למעלה מ-30 שנים המגרש השכן נמכר לקבלן בן חורין, בן חורין רוצה לבנות על המגרש ודורש ממשפחת אסטרחאן להפסיק להחנות במגרש, מנגד המשפחה טוענת שיש להם זיקת הנאה מכוח שנים והם דורשים מהקבלן להקצות להם מקומות חניה בפרויקט החדש. הקבלן מתנגד והסכסוך הגיע עד לעליון.

דעת הרוב התייחסה ל-3 דברים:

1. ראשית, דעת הרוב קבעה שבכלל לא נולדה כאן זיקת הנאה מכוח שנים, סעיף 94 דורש שימוש רצוף של 30 שנים. בית המשפט פרש את התנאי הזה בצמצום ודרש שימוש זהה שחוזר על עצמו בדיוק באותה צורה-בסיפור שלנו זה התחיל ממשאית ועבר למכוניות פרטיות, זה היה האבא ועבר לילדים ולכלות. בית המשפט אומר שלא מתקיימת זיקת הנאה. בית המשפט מנצל את ההזדמנות כדי לקבוע עוד כמה דברים על זיקת ההנאה.

2. בית המשפט קבע שגם אם מתקיימים התנאים של סעיף 94 ואפשר לכאורה להכיר בזיקת הנאה, לבית המשפט יש שיקול דעת מכוח סעיף 94 עצמו לכן בית המשפט יכול לשיקול את כל הנסיבות ולהחליט שבמקרה הנדון לא ראוי להכיר בזיקה. ואכן במקרה הנדון התברר שמשפחת אסטרחאן יכלו בקלות להחנות ברחוב.

3. **סעיף 96** – בית המשפט פירש את סעיף 96 בהרחבה וקבע שהסעיף מאפשר לבית המשפט לא רק לבטל זיקה קיימת אלא גם לקבוע שבכלל לא נולדה הזיקה.

דעת הרוב קבעה בפס"ד זה שלא נולדה שום זיקה לטובת אסטרחאן.

דעת המיעוט של השופט בן יאיר עונה על הנקודות:

1. השופט פרש בגמישות את המונח "שימוש רצוף" וקבע שכן היה שימוש רצוף 30 שנים. המסקנה היא שיש זיקת הנאה.

2. השופט אומר שאם התקיימו התנאים בסעיף 94, היינו, שימוש רצוף אז לבית המשפט אין שיקול דעת והוא חייב להכיר בזיקה.

3. **סעיף 96** מאפשר רק לבטל זיקה קיימת ורק בנסיבות שמפורטות בו ובמקרה הנדון לא ניתן להשתמש בו. המסקנה לפי דעת המיעוט היא שיש זיקה, אבל זה לא עזר לאסטרחאן כי מדובר בדעת מיעוט, והם היו צריכים להתפנות.

"העדר החזקה"

המאפיין העיקרי של זיקת הנאה הוא העדר החזקה. מי שמשתמש במקרקעין של אחר עושה שימוש מאוד מצומצם שלא כולל החזקה של הנכס. אם מדובר בהחזקה אז אנחנו בכלל עוברים לעסקה אחרת, אם

העסקה היא בתשלום זו תהייה שכירות, אם העסקה היא ללא תשלום זו תהייה שאילה. צריך לבדוק בזהירות רבה על איזה זכות קניינית מדובר.

לכפיפות – דהיינו, אדם מסוים שאיננו בעל המקרקעין מקבל איזושהי זכות ליהנות מהמקרקעין האלה. במילים אחרות, המקרקעין כפופים להנאה של אותו אדם. סעיף 5 מדגיש שההנאה הזאת לא כוללת החזקה של המקרקעין.

סעיף 93 לחוק המקרקעין מפרט סוגים שונים של זיקות הנאה הסוג הנפוץ ביותר הוא זכות שימוש במקרקעין – אדם רשאי להשתמש במקרקעין של אדם אחר אבל שימוש ללא החזקה- זו המהות של זיקת הנאה. לדוגמא זכות מעבר – אדם אחד מקבל זכות באופן קבוע לעבור דרך החלקה של א' ולקצר את היציאה אל הכביש. **דוגמא נוספת:** זכות חנייה- השכן שלי מסכים שכל ערב שאני חוזרת מהעבודה אני חונה בחלקה שלו, אני נהנית מהחלקה שלו אבל אני לא מחזיקה. יכולים להיות עוד סוגים של שימושים. זיקת הנאה היא זכות קניינית מאוד מיוחדת ואפילו מוזרה.

איך נוצרת זיקת הנאה? זיקת הנאה יכולה להיווצר ב3 דרכים :

4. **מכוח הסכם בין הצדדים** – כמו כל הזכויות האחרות למעט עיכבון. נשאלת השאלה מי יכול להתחייב בהסכם כזה ולהעניק זיקת הנאה. הגורם הראשון הוא הבעלים הרי שידוע שהבעלות מאפשרת לעשות כל דבר וכל עסקה. בנוסף, סעיף 81(ב) קובע שגם שוכר רשום- הכוונה בדר"כ לחוכר לדורות. בשלב ראשון הצדדים חותמים על הסכם, ההסכם כפוף לדרישת הכתב (סעיף 89), ההסכם מפרט את תנאי העסקה. איזה סוג של שימוש, האם רק השכן או גם אישתו, לכמה זמן תהיה הזיקה- לפי סעיף 96 לחוק זיקת ההנאה תהיה לתקופה בלתי מוגבלת אלא אם הצדדים קבעו אחרת. בהסכם כזה כדאי לקבוע האם העסקה היא בחינם או בתשלום. ההסכם מוליד בסך הכל זכות שימוש אישית. כמובן שהאינטרס של בעל הזכות הוא לרשום את הזכות בטאבו ובכך להפוך אותה לקניינית. הזכות הקניינית נקראת- זיקת הנאה. לקנייניות יש חשיבות רבה כי אם בעל המקרקעין הכפופים לזכות ימכור אותם אז הקונה ממשיך להיות מחויב בזיקת ההנאה. הזיקה ברגע שנרשמה נצמדת למקרקעין ולכן גם קוראים למקרקעין האלה- "מקרקעין כפופים", הם כפופים לזיקת הנאה קניינית. גם אם הבעלות על המקרקעין מתחלפת, המקרקעין עדיין כפופים.

5. **על פי דין** – חוק התכנון והבנייה מאפשר לרשויות התכנון והבנייה לקבוע מראש כשהן מתכננות שכונה או איזור, מקרקעין מסוימים שיהיו כפופים לזיקת הנאה.

6. **זיקת הנאה מכוח שנים** – סעיף 94 לחוק " מי שהשתמש בזכות הראויה להחשב זיקת הנאה, במשך תקופה של שלושים שנים רצופות, קיבל זיקת הנאה ורשאי לדרוש את רישומה בטאבו. זיקת ההנאה מאוד מוזרה ולא תואמת את העקרונות הבסיסיים של דיני הקניין. הזיקה הזאת נולדת ללא הסכם בין הצדדים, היא נולדת מכוח התיישנות. עצם זה שאדם אחד משתמש במקרקעין של אדם אחר ללא החזקה במשך שלושים שנים רצופות מקנה אוטומטית מבלי לעשות שום דבר נוסף זיקת הנאה קניינית במקרקעין. ברור שיש כאן פגיעה קשה בבעל המקרקעין שמן הסתם לא ידע על הדבר הזה, יותר מכך, זיקת ההנאה בעייתית גם מסיבה נוספת- היא לא חייבת להירשם בטאבו ולכן גם צדדים שלישיים לא יודעים עליה. חוק המקרקעין ניסה להגן על בעל הקרקע וקבע בסעיף 94(ב) שאם בעל המקרקעין הודיע בכתב למי שהשתמש במקרקעין שלו שהוא מתנגד לשימוש הזה אז מניין השנים מפסיק (ספירת השנים מפסיקה). בהרבה מקרים זה פותר את הבעיה כי המשתמש מפסיק להשתמש במקרקעין. אבל, אם המשתמש יחזור וישתמש במקרקעין מתחילים לספור את השנים מחדש. המחוקק רצה להגן על מקרקעין ששייכים למדינה ולרשויות ציבוריות. סעיף 113(ג) קובע שבמקרקעי ציבור אין זיקת הנאה מכוח שנים. במשך 30 שנים כשאדם משתמש במקרקעין של אחר ללא הסכמת בעל המקרקעין הוא בעצם משתמש שלא כדין, אין לו זכות לזה אבל מכיוון שהוא לא מחזיק במקרקעין הוא לא נחשב מחזיק שלא כדין ואז אי אפשר לפעול נגדו באמצעות סעיפים 19-16 לחוק המקרקעין (הגנה על ההחזקה). העילה היחידה שבעל הקרקע יוכל להשתמש בה היא השגת גבול נזיקת לפי סעיף 29 לפקני"ז.

חכירה לדורות

מהי זכות החכירה לדורות? היא קיימת רק במקרקעין והיא מוגדרת בסעיף 3 למקרקעין בתור שכירות העולה על 25 שנים.

בארץ מאוד מקובלת חכירה לדורות וזה משני נימוקים:

(1) רוב השטח המדינה הוא בבעלות המדינה החקיקה אוסרת על המדינה להעביר את הבעלות במקרקעין שלה הרעיון הוא לשמר את המקרקעין שלא יעברו לידיים עויינות אז מראש כדי

להבטיח את נצחיות בעלות המדינה החוק קובע שאסור להעביר את הבעלות מהמדינה למעט מקרים מיוחדים מכוח חוק יסוד: מקרקעי ישראל וחוק נכסי המדינה תש"ט-1951. [מקרקעי ישראל המדינה אסור לה למכור היא מחכירה]

מכך המדינה רק מחכירה לדורות זהו תחליף להעברת הבעלות.

(2) חכירה לדורות הרבה פעמים משמשת פתרון כדי להקנות זכויות בחלק מסוים מהמקרקעין. מקרה כזה התעורר בפס"ד **לוסטג נ' מייזלס**: אדם היה בעלים של מגרש גדול הוא רצה למכור מחצית מהמגרש אבל בטאבו המגרש היה רשום כחלקה אחת ולפי סעי' 13 לחוק המקרקעין לא ניתן לבצע עסקה בחלק מסוים מהנכס. אז אי אפשר למכור חלק מסוים מה מגרש. בעל הקרקע פנה לרשויות התכנון והבניה וביקש לבצע פרצלציה (חלוקה) לחלק את המגרש הגדול לשתי חלקות נפרדות ושיהיו לו שתי נכסים. אבל הרשויות סרבו, מה עשה אותו אדם? הוא החכיר חצי מהמגרש בחכירה לדורות 999 שנים. הדבר הזה הוא חוקי לחלוטין מכוון שחכירה היא בעצם שכירות ולפי סעי' 78 לחוק המקרקעין, שכירות כחריג לסעי' 13, כן יכולה להיות גם בחלק מסוים מהנכס. [זו סיבה הפיצול מדוע אנחנו רואים עסקאות חכירה]. בדוג' לפס"ד הזה דובר בקרקע פרטית בבעלות פרטית, חכירה יכולה להתבצע גם בקרקע פרטית ולא רק בקרקע של המדינה. [גם מקרקעי ישראל וגם אדם פרטי].

ההבדל בין חכירה לדורות לבין בעלות :

מבחינה פורמלית בעלות וחכירה לדורות הן שתי זכויות שונות לגמרי. אבל בהקשרים מסוימים בתי המשפט אימצו מבחן מהותי ולא פורמלי ובמקרים שונים התייחסו את החכירה לדורות בתור מעין בעלות, קרבו אותם לבעלות. דוג' לגישה המהותית הזו (לא הפורמלית) – **בלוסטינג נ' מייזלס**: בעל המגרש החכיר מחצית מהמגרש לחוכר מסוים 999 שנים לאחר זמן קצר החוכר רצה לבנות בית מגורים על החלק שהוא חכר בעל הקרקע המחכיר התנגד, חוזה החכירה לא התייחס לעניין הזה החוכר רוצה לבנות והמחכיר מתנגד. השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה: האם החוכר בעל זכויות הבניה במחצית שהוא חכר? אם כן וזכויות הבניה הם שלו אז זכותו לנצל אותן והם שלו. מבחינה פורמלית זכויות בניה שייכות לבעלים (בעל הקרקע) אבל החוכר טען שהחכירה שלו היא בעצם בעלות וכל העסקה נעשתה רק מכוון שלא היה ניתן למכור ולהעביר בעלות ולכן טען שמבחינה פורמלית זכויות הבניה במחצית השטח שהוא חכר שייכות לו והזכויות האלה אכן אפשרו לבנות שם בית מגורים.

בהמ"ש העליון נקט בתקדים חדשני וקבע שבעניין הנדון יש ללכת לפי המבחן המהותי ולא המבחן הפורמלי ומכוון שמבחינה מהותית החוכר הוא מעין בעלים אז נפסק לטובתו הוא זכאי לנצל את זכויות הבניה ולבנות על החלק שלו.

מה היו הנימוקים? [האם תמיד חכירה לדורות תחשב לפי המבחן המהותי לבעלות? בהמ"ש קבע שהכל תלוי בנסיבות העניין:]

- (1) משך החכירה (התקופה) ככל שהיא ארוכה יותר הנטייה תהיה לראות בה בעלות [במקרה דנן 999 שנים זו תקופה מאוד מאוד ארוכה – מובן למה פסק כך בהמ"ש]
- (2) האם החוכר רשאי לבצע עסקאות בנכס? ככל שחוזה החכירה מאפשר לו לבצע עסקאות למרות שהוא חוכר הנטייה תהיה לראות מעין בעלות לטובת החוכר.
- (3) האם החוכר מוגבל לגבי השימוש בנכס?
- (4) מי נהנה מפירות הנכס האם החוכר או הבעלים? נניח הוא מוכר והחוכר משכיר מי נהנה מדמי השכירות מה רשום בחוזה?
- (5) המחיר – ככל שהמחיר הכולל שמשולם על החכירה מתקרב למחיר המכירה של הנכס אז שוב הנטייה תהיה לראות בחוכר מעין בעלים.

לסיכום: במקרים מסוימים יכול להיות שבתי המשפט על סמך ניתוח כלל נסיבות המקרה יראו את החוכר מבחינה מהותית כבעלים (לא פורמלית!!! בטאבו יהיה רשום חוכר לדורות).

פס"ד שהשווה בין חכירה לדורות לבין בעלות : **פס"ד איירונמיטל נ' קק"ל (2009)** – קק"ל הייתה בעלים של מגרש היא החכירה את המגרש לחברת איירונמיטל ל-49 שנים עם אופציה ל-49 שנים נוספות. אבל, לחוזה החכירה הסטנדרטי של הקק"ל נוסף סעיף והוא שתנאי למימוש האופציה הוא שהחברה תבנה בחלקה מפעל. במשך השנים החברה התקשתה לקבל אישורים לצורך הקמת המפעל אבל למרות זאת היא החזיקה בשטח והשתמשה בו ושילמה דמי חכירה הכל מתוך אמונה שבסוף היא תצליח לקבל את האישורים. אבל שחלפו 49 השנים הראשונות והחברה ביקשה לממש את האופציה הקרן הקיימת סירבה בטענה שלפי חוזה החכירה מכוון שלא הוקם המפעל היא לא חייבת להסכים להארכה.

בהמ"ש העליון פסק : חכיה לדורות נתפסת כזכות קניינית בעלת עוצמה על ידי כל השחקנים בשוק הנדל"ן. זכות החכירה לדורות דומה במהותה לבעלות, המדינה נוהגת כדבר שבשגרה להאריך את תקופת החכירה ולהסכים למימוש אופציות, החוכרים משלמים עבור החכירה סכום כמעט זהה לסכום עבור בעלות מלאה והציבור הרחב כלל לא מבחין בין הזכויות, בנוסף במקרה הנדון לאורך כל 49 השנים הראשונות הקרן הקיימת לא הביעה שום טענה כלפי החברה בשל אי הקמת המפעל, והמשיכה לגבות דמי חכירה, לסיכום לאור כל זה קבע בהמ"ש שאכן מבחינה פורמלית לחוכר אין זכות קנויה להארכת תקופת החכירה אבל במקרה הנדון נוכח עוצמתה של זכות החכירה ובהתחשב בנסיבות המקרה, יש לקבל את תביעת החברה לאפשר לה לממש את האופציה וליהנות מתקופת חכירה נוספת של 49 שנים.

לסיכום : גישה אחת היא הגישה הפורמלית שמפרידה בין חכירה לבעלות זו הגישה של הטאבו ובחלק מהמקרים גם של בתי המשפט וגם עסקאות בין הצדדים אבל בשנים האחרונות מתפתחת יותר ויותר הגישה המהותית שמוכנה לראות בחכירה לדורות מעין בעלות ואנחנו רואים זאת יותר ויותר בפסיקה של בתי המשפט. אבל, גם לפי הגישה המהותית לא תמיד חכירה לדורות תחשב מעין בעלות הכל תלוי נסבות המקרה ובשיקולים שפירטנו קודם.

מה לגבי החקיקה ? לפעמים החוק עצמו משתמש במונח חכירה אבל רואה את החוכר כמעין בעלים דוג' לכך זה **סעי' 52 לחוק המקרקעין**, שקובע שבבית משותף שבנוי על קרקע של המדינה והדירות מוחכרות לאנשים שונים אז מי שיחשב "בעל דירה" הוא לא המדינה אלא החוכר לדורות.

דוג' נוספת : **סעי' 62 לחוק המקרקעין** שחל גם הוא על בתים משתפים ועוסק בתיקון התקנון של הבית המשותף ושם מוגדר במיוחד שבעל דירה הוא לרבות המחכיר. כלומר לצורך תיקון התקנון נדרשת הסכמה הן של המחכיר של הדירה (הבעלים) והן של החוכר.

מצד שני בסעיפי חוק אחרים אין הסבר או הגדרה כזו ואז לכאורה השאלה פתוחה האם הכוונה היא לחוכר לפי המבחן הפורמלי אולי נפרש לפי המבחן המהותי שאז נוכל לראות בחוכר מעין בעלים. בהרבה פעמים לא נדע רק בעקבות תקדים מבהמ"ש העליון.

החכירה כשכירות :

כזכור לפי **סעי' 3 לחוק המקרקעין** החכירה היא למעשה שכירות ולכן חלים עליה דיני השכירות. גם אם לצרכים מסוימים לפי המבחן המהותי ראוי לראות בה במקרה מסוים מעין בעלות, עדין בסופו של דבר זו בעצם זכות שכירות.

- כך למשל כאשר מסתיימת תקופת החכירה ובהעדר נסיבות מיוחדות שמחייבות הארכה כמו פס"ד איירונמיטל אז החוכר צריך להתפנות (לפנות את הנכס) בדיוק כמו שוכר שבסוף תקופת השכירות צריך להתפנות כי זו סוף תק' השכירות.

- החוכר יכול למכור את הנכס אבל מכוון שהוא לא הבעלים והוא רק שוכר ארוך מה שהוא בעצם מוכר זה את זכות החכירה. בדומה חוכר לדורות יכול למשכן במשכנתא אבל הוא לא ממשכן את הנכס עצמו אלא את זכות החכירה שלו וזה מתאפשר לאור סעי' 91 לחוק המקרקעין שמאפשר למשכן זכות שכירות רשומה.

- החוכר יכול להשכיר את הנכס לשוכר ואז המשמעות היא שמדובר בעצם בשכירות משנה. ואז יכול להיות שלחוכר אסור בכלל להשכיר את הנכס לשם כך יש לבדוק מה אומר חוזה החכירה והאם מותר להשכיר בנוסף : על שכירות משנה חל סעי' 22 לחוק השכירות והשאלה שקובע באיזה מצבים צריך לקבל הסכמה מהבעלים המקורי כדי לבצע שכירות משנה. בפועל זה לא ממש מתעורר כי אנשים לא

מבינים שהם רק חוכרים הם חושבים שהם בעלים, אבל אם אנחנו באמת מדקדקים מבחינה משפטית לא ברור אם מותר למשפחות להשכיר אלא הם יכולים רק לבצע בפועל שכירות משנה.

לגבי המבחן : החומר למבחן כל השיעורים הנלמדים כל התרגילים עם המתרגלת, יחד עם זאת יש שלושה נושאים שלא הספקנו : פרק 15: החומר של משכון מוסווה

תרגול



דיני קניין - תרגול

ההגנה החוקתית לקניין

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

ס'10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (שמירת דינים - חוקים שקדמו ל1992 לא צריכים לעמוד בדרישות ס'8, רק לפרש את החוקים לאור חוקי היסוד בצורה שהכי פחות תפגע בזכות הקניין) . חוק שנחקק לפני חוקי היסוד אין צורך לבדוק את פסקת ההגבלה.

סעיף 12 – אומר שניתן לפגוע בקניין באמצעות תקנות " שעת חירום " .

לסיכום,

אנחנו רואים שזכות הקניין היא אחת מזכויות היסוד אך היא אינה מוחלטת, היא יחסית- ניתן לפגוע בה רק בתנאים מסוימים.

כשאנחנו מדברים על פגיעה קניינית יש להבחין בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי.

בתחום המשפט הציבורי, ההגנה על הקניין מתעוררת כאשר יש חוק מסוים או צו שפוגע בקניינו של האדם ואז אנחנו רוצים "לתקוף" את אותו החוק בטענה שהוא פוגע בקניין .

במשפט הפרטי, נושא ההגנה החוקתית לקניין מתעורר במסגרת סכסוך בין 2 אנשים או גופים פרטיים שאחד מהם טוען שפגעו לו בקניין .

המשפט הציבורי

כאשר יש חשש שאיזו החלטה או צו או חוק פוגע בזכות הקניין דרך הבדיקה תעשה ב3 שלבים :

1. עלינו לשאול האם בכלל מדובר בקניין. אם כן, עוברים לשלב הבא. אם לא, מסתיים הדיון.
2. עלינו לבדוק האם הייתה פגיעה בקניין. אם כן, עוברים לשלב הבא. אם לא, מסתיים הדיון.
3. עלינו לבדוק האם מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה. אם כן, הפגיעה נשארת בתוקף (לא מבטלים את החוק) אם זה לא עומד בפסקת ההגבלה, ההחלטה/ חוק/צו יבוטל.

כדי להמחיש את היישום של 3 השלבים נפנה לפס"ד **בנק מזרחי נ' כפר שיתופי** .

מדובר על חוק גל שקבע הסדר לשיקום של חייבים מכוח אותו חוק נמחקו חובות וזה פגע בבנקים- כל זה קדם לחוקי היסוד. אחרי שנחקקו חוקי היסוד נעשה תיקון לאותו חוק שהתיקון הזה הרחיב את מסגרת החובות שיימחקו. כלומר, הבנקים, הנושים הם הנפגעים העיקריים. הבנקים הגישו עתירה וטענו שישנה פגיעה לא חוקתית בזכות הקניין (כסף), וביקשו לבטל את אותו החוק – נושא זה הגיע לבית המשפט העליון. בבית המשפט בדקו את שלושת השלבים האם ישנה פגיעה בזכות הקניין.

בשלב הראשון בדקו האם מדובר בקניין – נשאלת השאלה מהי ההגדרה של קניין לצורך חוקי היסוד? בבנק מזרחי קבע בית המשפט שקניין זה כל אינטרס בעל ערך כלכלי. ז"א יש הגדרה מאוד רחבה, כמעט כל דבר ייחשב לקניין. ואכן קובע בית המשפט שמדובר בקניין של הבנקים.

בשלב השני, בודקים האם ישנה פגיעה בקניין – בפס"ד בנק מזרחי קובע הנשיא ברק שפגיעה בקניין היא כל ירידה בערך הרכושי של האינטרס. פרופסור וייסמן מסביר זאת ואומר שזה כל פעם שיש לך פחות ממה שהיה לך קודם, החריג- פגיעות שוליות וזניחות. אומרים שאכן יש פגיעה בקניין. בשלב השלישי אנחנו בודקים האם מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה : תנאים של פסקת ההגבלה :

1. הפגיעה היא מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו.
2. החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, דמוקרטית.
3. הפגיעה היא לתכלית ראויה
4. במידה שאינה עולה על הנדרש (מבחן המידתיות שמתחלק ל3 מבחני משנה: יש לבדוק האם האמצעי מתאים להשגת המטרה, האם ניתן להשיג את המטרה באמצעי שפחות פוגע ומבחן מידתי שלישי- נדרש יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור לבין הנזק שייגרם).

בפס"ד מגדל מזרחי נקבע שאכן מתקיימים התנאים, החוק הולם את הערכים של המדינה לעזור לשיקום, מניעת התמוטטות של מגזר הולם את ערכיה של מדינת ישראל, בית המשפט אומר שגם מבחן המידתיות מתקיים ולכן הפגיעה נשארה בתוקף.

בג"ץ זנדברג נ' רשות השידור

בשנים 1985 – 1991 רשות השידור העלתה אגרות שלא כדין. היא הייתה צריכה לעבור פרוצדורה, לבקש אישור משר האוצר- היא לא עשתה זאת וגביית האגרות היו שלא כדין. בשנת 1992 נחקק חוק שמאשרר בדיעבד את כל העלאת האגרות (חוק התשריר), מחזיקי הטלוויזיות טענו שזה לא חוקי כי ישנה פגיעה בקניין ודרשו לבטל את חוק התשריר. בית המשפט קבע שהחוק יישאר בתוקף, הוא בודק את שלושת השלבים, הוא משאיר בצריך עיון את השאלה האם מדובר בקניין והאם יש פגיעה בקניין - הוא אומר שבהנחה שכן מדובר בקניין וכן ישנה פגיעה עדיין זה עומד בתנאי פסקת ההגבלה תוך שבית המשפט נוקט בפרשנות מאוד מתוחכמת ומותיר את החוק בתוקף.

רק לגבי דבר אחד בית המשפט כן מתערב בצורה של פרשנות (לא בצורה של ביטול חוק) – בעניין קנסות הפיגורים/ ריבית פיגורים: מי שלא שילם את האגרה בשנים שזה היה לא חוקי לא יצטרך לשלם ריבית פיגורים.

בג"ץ ד.ש.א איכות הסביבה נ' שר האוצר

העותרת היא חברה שמעניקה שירותי פינוי פסולת, בשנת 1991 נחקק חוק לעידוד המגזר העסקי שקבע: "מעסיק שיעסיק עובדים מעל הממוצע יקבל תמריץ מקופת המדינה". לאחר שנחקקו חוקי היסוד התקין שר האוצר צו שקבע "מעסיק שנותן למעלה מ-30% שירותים לרשויות מקומיות לא יקבל את הבונוס. אותם חברות שנפגעו טענו לפגיעה בזכות הקניין, שאותו בונוס הוא קניין ולכן יש לבטל את הצו. בית המשפט קבע שלא מדובר בקניין, נכון שלצורך חוקי היסוד יש להגדיר את זכות הקניין בצורה רחבה, אבל אי אפשר להגדיר את ההגדרה יותר מידי, במקרה הזה מדובר בתמריץ שהמדינה החליטה לתת וכמו שהמדינה נתנה היא גם יכולה לקחת. בית המשפט אומר שנניח שמדובר בקניין שאין פגיעה בקניין מאותה הסיבה – הם נתנו והם יכולים לקחת.

אומר בית המשפט שגם אם נניח שיש פגיעה בקניין, הפגיעה בהחלט עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

פס"ד קיבוץ החותרים נ' מנהל מקרקעי ישראל

עוד מהתקופה המנדטורית היו גופים במדינת ישראל שהם היו בעלי זיכיון לכריית זיפזיף. גופים אחרים שרצו לכרות זיפזיף היו צריכים להשתתף במכרזים פומביים ורק אם היו זוכים הם היו יכולים לעסוק בזה. בשנת 2000 בעקבות חו"ד של היועמ"ש קיבל מנהל מקרקעי ישראל החלטה מס' 833 שקבעה שהרשאות לכריית זיפזיף תינתן לכולם רק על סמך מכרזים- גם לגופים הוותיקים. במילים אחרות, החלטה 883 קבעה שאין הרשאות אוטומטיות, מי שרוצה לעסוק בזה חייב להשתתף במכרז ולעבור את התהליך כמו כולם. הכורים הוותיקים טענו בין היתר שהייתה שהחלטה 883 פוגעת להם בזכות הקניין. השופט שטרסברג כהן הולכת לפי השלבים שלנו, שלב ראשון היא בודקת האם בכלל מדובר בקניין – העותרים הוותיקים טענו שיש להם קניין מסוג "זכות נטילה" מהמשפט האנגלי ולכן מדובר בקניין, השופט דחתה את העתירה בטענה שבארצנו אין זכות כזו. לאחר מכן העותרים טענו שמדובר בקניין בגלל שמדובר על זכות מסוג "זיקת הנאה" (נלמד בהמשך הקורס), השופט כהן דחתה גם את טענה זו. לדעת השופט לא מדובר בקניין, יחד עם זאת, גם אם מדובר בקניין היא חושבת שלדעתה אין פגיעה בקניין, כי אין לאדם זכות קנויה לתבוע שמדיניות ממשלתית לא תשתנה (מסתמכים על בג"ץ ד.ש.א). אבל, ממשיכה השופטת ואומרת שגם אם מדובר בפגיעה בקניין הרי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

ראה תרגיל שיפורסם באתר:

העובדות של הקיים : העובדות של בג"ץ דוידין

כשעולה חשש לפגיעה בקניין נדרשנו לבחון 3 שלבים :

- 1. האם מדובר בקניין** – בפס"ד מזרחי ניתנה הגדרה מאוד רחבה, " כל אינטרס בעל ערך כלכלי" הגדרה זו כוללת גם זכויות קנייניות וגם זכויות אישיות. בית המשפט בבג"ץ דוידין יוצא מתוך נקודת הנחה שמדובר אכן בקניין, בית המשפט אומר ככל שמדובר בקניין הרי שמדובר ב"קניין חדש" – הוא קבע שמדובר בקניין חדש שכן העותרים הם בעלי היתרים, רישיונות וחזקות מאת המדינה להפקת הרווחים, הם עושים את הרווחים ממשאב טבע של המדינה.
 - 2. בודקים האם יש פגיעה בקניין** – אנחנו אמורים להגיד שלפני פס"ד מזרחי פגיעה בקניין הוא כל ירידה בערך הרכושי של האינטרס, ופרופסור וייסמן מסביר – כל פעם שיש לך פחות ממה שהיה לך קודם. נשאלה השאלה האם מיסוי פוגע בזכות הקניין שלנו? בית המשפט בפס"ד דוידין סוקר 3 גישות שמקובלות בפסיקה בנוגע לשאלה הזו:
 - גישה אחת אומרת שאין חולק שהטלת מס פוגעת בקניין. ולכן כשמטילים מס יש לערוך בחינה חוקתית.
 - גישה נוספת מתונה שמקובלת בפסיקה אומרת שהטלת מס פוגעת בקניין אבל זו פגיעה שמותרת מעצם טבעה, לפי הגישה הזו הטלת מס זו סמכות ייחודית הנתונה למנהל ציבורי והיא מאפשרת לשלטון לקבוע מס בהתאם לשיקולו.
 - גישה שלישית אומרת שהטלת מס זה לא פגיעה בקניין, המדינה בסך הכל נוטלת את חלקה הלגיטימי כשותפה של האזרח.
 בבג"ץ דוידין בית המשפט סוקר את שלושת הגישות, לא מכריע ביניהן והוא אומר שלצורך המשך הדיון הוא מניח שיש פגיעה בקניין.
 - 3. בשלב השלישי נבדוק האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, אם זה היה עבודה היינו מעתיקים את תנאי פסקת ההגבלה, בית המשפט בפס"ד זה קבע שאכן תנאי פסקת ההגבלה מתקיימים, הפגיעה לתכלית ראויה היא באה להגשים עיקרון של צדק חלוקתי (מי שמרוויח יותר משלם יותר), בית המשפט מציין שהכספים שמתקבלים מועברים למטרות ציבוריות חשובות- לא מדובר בנטילה לצורך נטילה אלא יש שימוש לצורך מטרות ציבוריות, גם מבחן המידתיות מתקיים. לסיכום, קובע בית המשפט שחוק הנפט שקובע את עניין המיסוי יישאר בתוקף.**
- באותו תרגיל, ביטלו גם דבר שנקרא "ניקוי אזילה" – ניקוי אזילה זו הטבת מס שלקחה בחשבון שמוצר הנפט הולך ומתכלה ולכן הם היו מקבלים הטבת מס, כשביטלו להם את ההטבה הם טענו פגיעה בקניין. זה מזכיר לנו את בג"ץ דשא שלמדנו שיעור שעבר, וגם את פס"ד קיבוץ החותרים – כמו שהמדינה נותנת היא יכולה לקחת, אין לאזרח זכות קנויה שההטבה תישאר לנצח.

טענה אחרונה שעלתה בפס"ד, לעניין הרטרואקטיבית – אנחנו כבר השקענו משאבים של הנפט, עכשיו כשאתם מטילים מיסים אחרי שעשיתם את הכל זה פוגע בי, כי יכולתי מההתחלה לא להשקיע בכך. בית

המשפט בבג"ץ דוידין דחה את הטענה, הוא אמר שהמיסוי הוא על רווחים עתידיים ולא על רווחים שהיו בעבר.

הפקעות -

הפקעה זה מצב שהמדינה מחליטה על דעת עצמה שהיא זקוקה לקרקע מסוימת לצורך ציבורי כל שהוא לדוגמא: סלילת כבישים, מסילת רכבת, בניית בתי ספר וכדומה.

המדינה מודיעה על כך לבעלים, נותנת לו פורמלית פרק זמן להתנגד, בדר"כ ההתנגדות לא עוזרת, המדינה תופסת את ההחזקה בשטח, ובסופו של התהליך הקרקע נרשמת בטאבו על שם המדינה והיא הופכת להיות הבעלים. הליך ההפקעה הוא הליך מאוד מסובך, יש חוקים שונים ורבים שעוסקים בזה, כשמדובר על קרקעות פרטיות מפקיעים את זכות הבעלות, כשמדברים על חכירה לדורות מפקיעים לך את זכות החכירה. המדינה אמורה לשלם פיצויים, אבל זה נושא מאוד בעייתי, לא תמיד משלמים פיצויים.

2 החוקים העיקריים שמכוחם נעשית הפקעה :

1. חוק התכנון והבנייה – ההפקעה נעשית ע"י הוועדה המקומית, היא מתכננת שטח מסוים לבנות עליו. ההפקעה אפשרית רק אם זה לצורכי ציבור, צורכי ציבור מוגדר בסעיף 188ב' לחוק התכנון והבנייה, הסעיף הוא סעיף רחב וכולל דרכים, גנים, שטחי נופש, שטחי ספורט, שמורות טבע, עתיקות, שדות תעופה, תחנות רכבת וכדומה.
2. פקודת הקרקעות – לאחרונה נעשו בה תיקונים (2010), את התיקונים נלמד בהמשך. סמכות ההפקעה היא לשר האוצר ולפעמים יש גם סמכות לשר התחבורה אם מדובר על כבישים ודרכים. בפקודה לא משתמשים במילה "הפקעה" משתמשים במילה "רכישה", כאילו המדינה רוכשת ממך. מכוח פקודת הקרקעות חייב להפקיע לצורך מטרה ציבורית וגם שם מטרה ציבורית מוגדרת בצורה רחבה.

לפני שנת 1992 (השנה שבה נחקקו חוקי יסוד) נעשו בארץ ישראל המון הפקעות, נגרמה פגיעה עצומה בזכות הקניין, במקרים רבים לא נעשו לפי הפרוצדורה הנדרשת (סיבה בפני עצמה לפסילת הפקעה), אבל בתי המשפט תמיד הרשו את ההפקעות.

בשנת 1992 נחקקו חוקי היסוד והיינו מצפים שיהיה שיפור, שישמרו על זכות הקניין, שיפגעו בה ברמה הכי נמוכה – אולם כל זאת לא נעשה. גם לאחר חקיקת חוקי היסוד הייתה פגיעה מאוד גדולה בזכות הקניין ונעשו הפקעות רבות.

רק בתחילת שנות ה-2000 יש שיפור מסוים אבל בשנים שלאחר מכן עוד פעם היו פגיעות בזכות הקניין – יחד עם זאת בשנים האחרונות כן יש פסיקה שיחסית מגנה על זכות הקניין בתחום הקרקעות, אנחנו נראה שבשנת 2010 תיקנו את פקודת הקרקעות.

פס"ד נוסייבה – בשנת 68 הפקיעו לנוסייבה חלקת קרקע עפ"י פקודת הקרקעות, רק בשנת 1986 גובשה תוכנית והשטח שלו היה אמור להיות מרכז מסחרי. בשנת 1989 נכנסה התוכנית לתוקף ובשנת 1991 התעורר נוסייבה והוא רצה לבטל את ההפקעה. ההפקעה נעשתה לפני חוקי היסוד וכשהוא עתר לבג"ץ זה היה אחרי חקיקת חוקי היסוד. נוסייבה טען 3 טענות עיקריות :

1. נוסייבה טען שחל שיהוי במימוש מטרת ההפקעה, הפקיעו את הקרקע ב-68 וגובשה תוכנית רק ב-1989.
2. טענה נוספת היא שכאשר הפקיעו את השטח שלו לא הייתה להם שום מטרה- אמורים להפקיע לצורך מטרה ציבורית, בפועל לא הייתה מטרה מסוימת וגם אם הייתה הם החליפו כל הזמן מטרות. (בהתחלה רצו להקים משהו אחר, בסופו של דבר החליטו מרכז מסחרי).
3. טענה שלישית והכי טובה של נוסייבה הייתה שבשטח שליד השטח שהופקע הייתה לו תחנת דלק (נוסייבה היה אדם מבוסס)- הייתה לו הצעה, שיחזירו לו את החלקה והוא יקים שם את המרכז המסחרי בעצמו.

בית המשפט העליון דחה את העתירה. הפריע לשופטים שנוסייבה שתק כל כך הרבה שנים, לאחר מכן בית המשפט קובע שלא בטוח שהיה שיהוי – דברים כאלה לוקחים זמן מעצם טבעם, בית המשפט גם דחה את הטענה של נוסייבה לבנות לבד את המרכז המסחרי בטענה שהוא לא הוכיח מספיק איתנות כלכלית ולגבי הפגיעה בקניין הם אמרו שהפגיעה אכן דרושה- דעת הרוב אמרה שלא צריך לבדוק את פסקת ההגבלה – ואכן הם לא בדקו בגלל שמירת דינים.

דעת הרוב דוחה את העתירה. דעת המיעוט של השופטת דורנר – היא נוקטת בגישה מאוד חריגה, השופטת דורנר על אף שמירת הדינים בודקת את תנאי פסקת ההגבלה וכשהיא עושה זאת היא קובעת שלא

מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה, התכלית היא לא תכלית ראויה, היא אומרת שמכירת קרקע לשם עשיית רווח זה לא תכלית ראויה, לא התקיים מבחן המידתיות- וזה לא יכפה על הפגיעה העצומה בזכות הקניין. השופט דורנר בדעת מיעוט קובעת שיש לקבל את העתירה, לבטל את ההפקעה ולתת לנוסיבה לבנות בעצמו את המרכז המסחרי.

פס"ד קרסיק – בשנות ה-50 הפקיעו לקרסיק את החלקה שלו והמטרה הייתה להקים בסיס צבאי, אחרי הרבה שנים המדינה החליטה לפנות משם את הבסיס ולהשתמש בקרקע כדי להקים בנייני מגורים, מגדלים גדולים. בהתחלה הפקיעו את השטח לצורך מטרה מסוימת- הקמת בסיס, המדינה אכן השתמשה לצורך אותה מטרה ולאחר שנים כבר אין את אותה המטרה. נשאלת השאלה האם המדינה כעת יכולה להשתמש בשטח למטרה ציבורית או לא ציבורית.

כל השופטים בבית המשפט העליון פסקו פה אחד כי יש להחזיר את הקרקע לקרסיק בנימוקים:

1. השופט חשין- משתמש בתיאורית הזיקה ההולכת והנמשכת- תיאוריה זו אומרת שזיקת הבעלים המקורית נשמרת בשטח, ולפי כך הרשות צריכה להצדיק מידי יום ביומו את מעשי ההפקעה. חשין מגיע להחלטה הזו לא מכוח חוקי היסוד, הוא אומר שגם אלמלא חוקי היסוד זו המסקנה שהוא היה מגיע אליה.

2. השופט זמיר – משתמש בתיאוריה שנקראת "סמכות צמודת מטרה" – הוא אומר שיש קשר הדוק בין הסמכות לבין המטרה, ואם המטרה לא קיימת אז אין לך סמכות. השופט זמיר כן נותן חשיבות לחוקי היסוד, הוא אומר שיש לתת לזכות הקניין חשיבות יתרה, יש לפרש את פקודת הקרקעות בצורה שונה שלא תפגע בקניין.

3. השופט ברק – מתבסס על חוקי היסוד ואומר שלאור האיזונים החדשים שיש לערוך בעקבות חוקי היסוד – יש להחזיק את הקרקע לקרסיק.

פה אחד כולם החליטו להחזיר את הקרקע לקרסיק. אולם, צצה בעיה. הבעיה היא לעניין הרטרואקטיבית – כל המקרים שהם כמו קרסיק יבקשו את הקרקע חזרה – יש בעיה קשה למדינה, זה פוגע באינטרס ההסתמכות שלה, היא הסתמכה על זה שיש לה X אדמות, ועכשיו יהיה לה פחות אלא שידרשו בחזרה את האדמות. יש פה מצב בעייתי, כל השופטים אומרים שזה נושא שחייב להיות מוסדר בחקיקה, ובינתיים הם אמרו שנקבע לדיון נוסף – הצדדים יטענו בדיון הנוסף ונראה מה יהיה שם. בית המשפט נתקל בבעיה ודחה את הדיון, עד שנקבע דיון נוסף (2009) היה הצפה בבתי משפט של מקרים דומים של קרסיק, בית המשפט כנראה נבהל וכל השופטים פוסקים שהנושא מאוד סבוך, מן הראוי שיוסדר בחקיקה – בינתיים אנחנו דוחים את העתירה אבל, אנחנו שומרים לקרסיק את הזכות לשוב ולעתור ככל שיעשה שינוי בחקיקה. עתירת קרסיק נדחתה וכך כל העתירות שבאו בעקבותיה. (באופן עקרוני מדובר על פס"ד מהפכני, כי נקבע עקרונית שיש לשמור על זכות הקניין)

בשנת 2010 תוקנה פקודת הקרקעות, גם בעקבות פס"ד קרסיק – האם התיקון עזר לקרסיק? נגיע לזה בהמשך.

פס"ד בג"ץ מחול נ' שר האוצר - 1976 הופקעה קרקע למטרה ציבורית בעיר עכו, רצו להקים מתחן מגורים למגזר הערבי, תחילת שנות ה-90 הם שינו את המטרות, הם רצו להקים מתחם שיכונים לעולים חדשים אבל בסוף שנות ה-90 הם חזרו למטרה המקורית. הטענות העיקריות היו:

1. שיהוי

2. שינוי מטרות

בית המשפט דחה את העתירה, הוא לא מתייחס לעניין של שינוי מטרות- בסופו של דבר חזרו למטרה המקורית. לגבי שיהוי בית המשפט קובע קריטריונים מתי מדובר בשיהוי סביר או בלתי סביר. יחד עם זאת הוא אומר שגם אם מדובר בשיהוי בלתי סביר זה לא בהכרח יביא לביטול הפקעה. 30 שנה זה אכן פרק זמן ארוך אבל מנגד, ניצב אינטרס ציבורי חשוב מאוד ודברים כאלה לוקחים זמן מכוח טבעם, פרויקט מאוד ייחודי וחשוב – העתירה נדחתה.

פס"ד אולצמן – לפי פקודת הקרקעות וגם לפי חוק התכנון והבנייה אפשר להפקיע עד 40% בלי לתת פיצוי, ההנחה מאחורי זה הייתה שכשהמדינה מפקיעה לך שטח היא משביחה את מה שנותר לך, כי בטח ב-40% שהיא הפקיעה היא תבנה משהו שישביח את מה שנותר לך (כמו מרכז מסחרי, בית ספר) ולכן עד 40% אתה לא אמור לקבל פיצוי. בשנת 1980 היה בבית המשפט העליון את "הלכת פייצר" – מי שנתן את פס"ד זה היה השופט ברק ושם נשאלה השאלה האם כשיש הפקעה מלאה של 100% מהשטח, האם גם אז צריך להפחית 40% מהפיצוי? ההיגיון מאחורי השאלה הזו זה כשמפקיעים לך 100% כבר לא נשאר מה להשביח לך. בית

המשפט העליון קבע, השופט ברק, שגם שכשמפקיעים לך 100% אפשר להפחית לך עד 40%. בשנות ה-2000 אחרי חקיקת חוקי היסוד הגיע "הלכת אולצמן" ושם שוב עלתה השאלה- האם כשמפקיעים לך הפקעה מלאה- האם גם אז ראוי להפחית לך 40%? הפקעה חלה גם על בעלות ועל על חכירה לדורות.

השופט הראשונה שנותנת את פסק הדין היא השופטת דורנר שאומרת שמאז הלכת פייצר נחקקו חוקי יסוד, שוב בגישה לא מקובלת למרות שמירת דינים הולכת ובודקת את פסקת ההגבלה ואז היא אומרת שיש לה בעיה לעניין מבחן המידתיות, היא אומרת ששיעור פיצויים מופחת יהיה מוצדק רק אם עקב ההפקעה עלה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים, אם לא עלה השווי של הרכוש או שלבעלים אין איזה שהיא הנאה ההפחתה לא עומדת בפסקת ההגבלה ויש לתת פיצוי מלא – היא אומרת שאם נפחית מהפיצויים זה לא יעמוד במבחן המידתיות. לסיכום, השופטת דורנר מבטלת את הלכת פייצר, ז"א בהפקעה מלאה יש לתת פיצוי מלא. השופט השני שיושב בדיון בהלכת אולצמן הוא השופט ברק, גם השופט ברק מסכים עם השופטת דורנר, הוא אומר שמאז הלכת פייצר השתנה מעמדה של זכות הקניין לפי כך השופט ברק אומר שהאיזון שעשה בעבר לא מתאים לתקופה הנוכחית, צורת המחשבה שלנו השתנתה וגם הוא מבטל את הלכת פייצר, לסיכום – לפי הלכת אולצמן, כשיש הפקעה מלאה יש לתת פיצוי מלא.

פס"ד אסלן - שר האוצר הפקיע 100% מהקרקע מכוח פקודת הקרקעות. אסלן קיבל פיצוי מופחת והוא הגיש עתירה לבית המשפט והסתמך על "הלכת אולצמן" – כשמדובר בהפקעה מלאה יש לתת פיצוי מלא. אף על פי זאת, בית המשפט העליון דחה את העתירה, בית המשפט העליון מתחיל ואומר שיש לפרש את "הלכת אולצמן" בצמצום כך שתחול רק כשמדובר בהפקעה מלאה, אצל אסלן אכן הייתה הפקעה מלאה, יחד עם זאת אומר בית המשפט שבאסלן הייתה הפקעה מלאה אבל בכל זאת הוא מפחית את הפיצוי. בית המשפט אומר שהפחתת הפיצויים במקרה הזה לא נעשית ישירות מכוח פקודת הקרקעות אלא במסגרת הערכת שמאי שאומרת שממילא אם לא היינו מפקיעים לך את השטח הערך היה יורד ולכן הם מורידים את סכום הפיצוי. בית המשפט מוצא פיתרון יצירתי, כדי שלא יהיה ריבוי תביעות. הוא לא יכל ללכת נגד פסק הדין שהוא נתן אבל הוא מצא פרשנות יצירתית להפחית את הפיצוי. לסיכום, פס"ד זה חוזר למגמה שמרנית שמתיר פגיעה בקניין.

פס"ד קרן תורה ועבודה 2010 – בפס"ד זה הפקיעו 40% מהקרקע ללא פיצוי. לכאורה מותר. אבל, אחרי שהפקיעו את ה-40% נותר לבעל הקרקע חלקה בצורת זנב, לא היה ניתן לעשות בה שימוש אפקטיבי. בעל הקרקע אמר שאם שיבטלו את ההפקעה או שיקחו את הכל ויתנו לו פיצוי מלא – לא רק שזה הגיוני, בעל הקרקע התבסס על סעיף 190 לחוק התכנון והבנייה שאומר שמותר להפקיע עד 40% ללא פיצוי אולם לא יופקע חלק ממגרש בתשלום או ללא תשלום אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש. בית המשפט העליון בדעת רוב דחה את העתירה עם פרשנות מאוד יצירתית, דעת הרוב אומרת שיש לפרש את סעיף 190 בצמצום, כך שרק כאשר יתרת המגרש שלא הופקעה איננה ניתנת לניצול סביר ולא ניתן לפצות את בעל הקרקע על כך רק אז תבוטל ההפקעה, באותו מקרה אומר בית המשפט שניתן להשתמש במרבית הקרקע ולגבי הזנב שנשאר ינתן פיצוי. דעת המיעוט באותו פס"ד שלה שופט דנצינגר דווקא אומר שכן יש להחיל את הסעיף, במצבים כאלה על הרשות להחליט או הפקעה מלאה עם פיצוי מלא או ביטול ההפקעה.

פס"ד רוטמן 2012 – דובר על הפקעה מכוח פקודת הדרכים. עפ"י פקודת הדרכים אפשר להפקיע עד 25% מבלי לשלם פיצוי – היגיון ההשבחה של הנוטר.

נשאלת השאלה מה קורה כאשר הפקיעו חלק מהמגרש ולא נותרה השבחה? לכאורה אמורים לתת לך פיצוי. בית המשפט העליון קובע בהיעדר השבחה של הנוטר הפקעה של שטח לשימוש שהוא לא קהילתי בלי לשלם פיצוי מלא פוגע באופן בלתי מידתי בזכות הקניין של הפרט ובזכות השוויון. קובע בית המשפט שהנטל להוכיח שלא הושבחה יתרת הקרקע על מנת לזכות בפיצוי מלא חל על הבעלים. בית המשפט קובע שככלל נטילת קרקע או חלק ממנה מקום שהיא גורמת ל"סבל" לבעלים מחייבת במתן פיצוי מלא. פס"ד סוף סוף ראוי לזכות הקניין. ומכאן המגמה מתחילה להתייצב.

פס"ד רכבת ישראל 2013 – בית המשפט ממשיך את הקו של רוטמן ואומר שיש להבחין בין הפקעה שנעשית לצרכים קהילתיים שאז גם בעל הקרקע צורך אותם ונהנה מהם לבין הפקעה שנעשית למטרה ציבורית כלל ארצית. במקרה של הפקעה מהסוג השני – אי מתן פיצוי מלא יפגע באופן בלתי מידתי בזכות הקניין ולכן יש לתת פיצוי מלא.

פס"ד זוז כרמלי 2016 – בית המשפט העליון מציין שבחלוף השנים התרחבה ההכרה באפשרות לביטול ההפקעה וזה במיוחד כאשר הרשות לא פועלת למימוש מטרת ההפקעה. בית המשפט נותן גושפנקה שניתן לבטל הפקעות. באותו מקרה פסק בית המשפט העליון שהרשויות המקומיות לא מילאו את החובות שחלות עליהן וזאת נוכח שיהוי ניכר במימוש מטרת ההפקעה. כאן בית המשפט אומר שמאחר שהצורך הציבורי הוא כ"כ גדול בית המשפט לא ביטל את ההפקעה אבל בית המשפט פוסק לבעלים פיצויים מכוח חובת ההגינות והצדק (החידוש בפס"ד, פעם ראשונה שזה קורה). באותו מקרה הזכות של הבעלים לדרוש פיצויים התיישנה ולכן בית המשפט לא יכל לפסוק פיצויים, ולכן פסק לו פיצויים מכוח חובת הצדק וההגינות.

תיקון לפקודת הקרקעות משנת 2010

המטרה העיקרית של התיקון הייתה לעשות סדר בנושא ההפקעות. בתיקון הזה יש שינויים שמטיבים עם בעל הקרקע ויש שינויים שמרעים עם בעל הקרקע. שינויים בחוק שבאו להטיב/לשפר את בעל הקרקע:

- בתיקון החדש נקבעה רשימת מטרות מוגדרת להפקעה וכן לאופן מימוש ההפקעה. הרשימה הזו מטיבה עם בעל הקרקע כי זה בעצם נותן וודאות- אתה יודע מה הרשימה המדויקת. (לא בטוח כמה זה מטיב עם בעל הקרקע כי הרשימה היא מאוד ארוכה ופתוחה, כמעט כל דבר נכנס בה).
- בתיקון החדש נקבעה זכות שימוע לנפקע (מי שהפקיעו לו) בפני שר האוצר או מישהו מטעמו לפני תפיסת החזקה בקרקע כדי שיוכל להביע את דעתו, התיקון הזה הוא עיגון של פרקטיקה שהייתה קיימת לא בטוח עד כמה היא עוזרת.
- הוגדרו מועדים מדויקים למימוש מטרת ההפקעה (סעיף 5, 7 לפקודת הקרקעות), זה לטובתו כי יש מועדים קבועים, יש וודאות.
- בתיקון החדש נקבעה זכות השבת הקרקע לנפקע במקרים שבהם פקעו המועדים למימוש הליך ההפקעה לפי הפקודה או במקרים שבהם תם הצורך הציבורי וטרם הוחל בביצוע מטרת ההפקעה. התיקון בעצם אומר שאם המדינה לא התחילה לעשות כלום ולא מימשה את מטרת ההפקעה ותם הצורך הציבורי או שתמו המועדים שלה לפי הפקודה במקרה כזה היא צריכה להשיב לבעל הקרקע את הקרקע.
- בתיקון נקבעה זכות הנפקע לרכוש את הקרקע מחדש במקרים שבהם לאחר שהוחל בביצוע המטרת ההפקעה תם הצורך הציבורי ומבחינת הייעוד של הקרקע רכישתה אפשרית, המחיר ייקבע ע"י הערכת שמאי. בהצעת החוק מוסבר שהזכות לרכוש מחדש היא זכות אישית מכוח החוק ולא זכות קניינית, ז"א הזכות לבעלים נובעת לא בגלל שנותרה לו זיקה לקרקע אלא בגלל שלמדינה כבר אין צורך בה.
- לשתי התיקונים האחרונים נקבעה תחולה רטרואקטיבית מסוימת, הם יחולו על הפקעות שנעשו לפני פחות מ-25 שנים. מרבית ההפקעות במדינת ישראל נעשו בשנות ה-50 וה-60 ולכן חלפה להם התקופה.
- תוקן סעיף 22 לפקודה, התיקון מגביל את סמכות שר האוצר להאציל מסמכויותיו.
- נקבע בתיקון החדש שהחל ממועד תחילת החוק יתווספו לפיצויי ההפקעה הפרשי הצמדה וריבית עפ"י החוק. לעניין זה מדובר בתיקון חשוב כי פעם המדינה הייתה מעכבת את הפיצויים ולא משלמת ריביות, היום היא יודעת שהיא תצטרך להוסיף הפרשי הצמדה וריבית.
- החל ממועד תחילת החוק שר האוצר לא יהיה רשאי להפקיע קרקע או חלק ממנה בלי לתת פיצוי מלא. התיקון הזה הוא רק החל ממועד תחילת החוק, אם ההפקעה הייתה לפני 2010 צריך לבחון את הפסיקה הקודמת – חלים כל הכללים שלמדנו לפני. הסעיף בתיקון הוא 13. התיקון רלוונטי רק אם ההפקעה נעשתה מכוח פקודת הקרקעות.
- לגבי שיהוי, בתיקון משנת 2010 נוסף לפקודת הקרקעות סעיף 7ב רבתי, כאשר שר האוצר מפקיע הוא חייב לקבוע את התקופה למימוש מטרת הרכישה, התקופה היא 8 שנים ובהחלטה מנומקת ניתן להאריך את זה ל-17 שנים. זה מיטיב כי זה קוצב את התקופה וזה מעלה את הוודאות של האנשים.

שינויים בחוק שמרעות עם בעל הקרקע:

- הורחבה רשימת המטרות שבגינם ניתן לבצע הפקעה. הרשימה היא כ"כ רחבה שכמעט כל דבר יכנס לשם.
- הובהר בתיקון החדש שסכסוך על שיעור הפיצויים לא ישמש עילה לעיכוב הכניסה של המדינה לקרקע, הייתה מחלוקת בפסיקה מה קורה כאשר המדינה לא משלמת- האם היא עדיין יכולה לתפוס

חזקה? עכשיו התיקון החדש קובע מפורשות שאם יש סכסוך על הפיצויים זה לא מעכב את הכניסה לקרקע. (זמן קבלת הפיצויים)

- ניתנה לרשות המפקיעה אפשרות להחליף מטרה ציבורית בעבורה היא הופקעה במטרה ציבורית אחרת במקרים שהקרקע לא דרושה לה יותר למטרה שלשמה היא הופקעה. בנוסף, היא יכולה להחליף מטרות שוב ושוב ואין לה הגבלה. (בלי איפוס לזמן השיהוי, ז"א שכל החלפת מטרות יש לה עוד 8 שנים /17 בהחלטה מנומקת, ואז זכות הרכישה/קנייה מחדש של בעל הקרקע שקיימת רק במשך 25 שנה נאבדת).

- בתיקון החדש נקבע שאם המדינה נתנה פיצוי בצורה של קרקע חלופית ולא כסף נזיל תנותק הזיקה בין הנפקע לבין הקרקע שהופקעה. ז"א לא תהייה לו זכות השבה ולא זכות רכישה מחדש.

- נקבעה תקופת התיישנות של 25 שנים בנוגע להשבה ולרכישה מחדש. פס"ד קרסיק – מדובר על קרקע שהופקעה באולגה כדי להקים בסיס צבאי ואחרי הרבה שנים תם הצורך הציבורי והמדינה רצתה להקים בתי מגורים- קרסיק רצה את הקרקע ובית המשפט קבע פה אחד שיש להחזיר לו את הנכס, אבל החוק לא עזר לקרסיק, כי עברו 25 שנה.

לסיכום,

החוק הזה היה אמור לעשות סדר בבלגן של דיני ההפקעות- אבל כשל. הנקודות שחשובות הם הריבית וההצמדה, עניין הפיצוי- פיצוי מלא .

דוגמא לפיתרון :

כמה נקודות חשובות לפני פתרון : שימו לב שהשאלה מתייחסת רק לפגיעה בזכות הקניין – יש להתייחס רק בה, לענות רק על מה שנשאל. לפי ס' 11 לחוק המקרקעין שקובע שבעלות במקרקעין חלה על העומק ועל חלל הרום של הקרקע ולכן כשמפקיעים לך עומק, עדיין צריך להפקיע. יחד עם זאת, יש לזכור שלאחרונה יש הצעת חוק "תלת מימד" – שלא עברה, שרצתה להפריד את הבעלות בין חלל הקרקע לקרקע. עוד נקודה חשובה, השאלה מתייחסת לבעלי קרקע, ז"א לקרקע שנמצאת בבעלות פרטית ולכן מפקיעים את זכות הבעלות. בנוסף, גם ההפקעה וגם תכנית המנהרה נעשו לפני חקיקת חוקי היסוד ולכן יש שמירת דינים, ס'10 – לא צריך לבדוק את פסקת ההגבלה. (השופטת היחידה שבגישה חריגה ולא מקובלת בודקת את פסקת ההגבלה, היא דורנר).

בעיה ראשונה שעולה בקיים : יש שיהוי במשך הרבה שנים- 30 שנים לא נעשה מימוש של ההפקעה, יש כאן בעיה. כדי לפתור את הבעיה הזו אנחנו נלך לפסיקה ואחר כך נראה אם התיקון יעזור לנו.

תשובה: בעיה דומה בנושא שיהוי עלתה לראשונה בפסיקה שלמדנו- פס"ד נוסייבה (ב68 הפקיעו לו קרקע ורק בשנת 91 אישרו תוכנית מסוימת, המון שנים לא עשו שם כלום ואחת מהטענות שאמר נוסייבה זה שחל שיהוי, יחד עם זאת דעת הרוב על אף השיהוי אישרה את ההפקעה, רק השופטת דורנר ראתה בכך בעיה שמצדיקה את ביטול ההפקעה; בדעת מיעוט), לאחר מכן דיברנו על פס"ד מחול (עלתה בעיית שיהוי בשנת 76 הפקיעו קרקע בעכו רצו להקים מתחם מגורים לאוכלוסייה הערבית, בתחילת שנות ה90 שינו לעולים חדשים ואז בסוף שנות ה90 שוב החזירו למטרה העיקרית) גם שם עלתה טענת שיהוי, בית המשפט נותן פירוט מתי שיהוי סביר ולא סביר אך יחד עם זאת קבע בית המשפט שגם אם השיהוי הוא בלתי סביר זה לא בהכרח יביא לביטול ההפקעה כשמנגד ניצב אינטרס ציבורי חשוב מאוד. ולכן גם שם בית המשפט לא קיבל את טענה השיהוי. פס"ד נוסף שהיה בעניין שיהוי, פס"ד כרמלי 2016 באותו מקרה היה שיהוי, בית המשפט מציין כי בחלוף השנים התרחבה ההכרה באפשרות ביטול הפקעה כאשר הרשות משתהה במימוש מטרת ההפקעה, באותו מקרה פסק בית המשפט העליון כי אכן הרשויות המקומיות לא מילאו את החובות החלות עליהם נוכח שיהוי ניכר, אבל, בגלל הצורך הציבורי שהיה כ"כ חשוב בית המשפט לא ביטל את ההפקעה – יחד עם זאת, החידוש בפס"ד זה היה שבאותו מקרה בית המשפט פוסק לנפקע פיצויים מכוח חובת ההגינות והצדק. אם כך, הפסיקה לא עוזרת לנו. אנחנו עוברים לתיקון החדש, תיקון לפקודת הקרקעות לגבי שיהוי סעיף 7ב רבתי כאשר שר האוצר מפקיע הוא חייב לקבוע את התקופה, 8 שנים ויכול להאריך ל-17 שנים, במקביל נקבעה זכות השבה מחדש, זכות רכישה מחדש שלהן יש תחולה רטרואקטיבית של 25 שנים בלבד. התיקון לא עוזר שכן חלפו 25 שנים. לכן בעיית השיהוי "נפלה".

בעיה נוספת : הוחלפו מטרות, שינו את היעוד כל פעם למטרה.

תשובה: בעיה דומה התעוררה בפס"ד קרסיק אבל ההבדל הוא שבקרסיק הפקיעו למטרה ציבורית ומימשו את המטרה הציבורית ואז תמה המטרה הציבורית, לעומת זאת אצלנו פשוט החליפו מטרות מבלי לעשות כלום. בעיה דומה התעוררה בפס"ד מחול, החליפו מטרות אבל בית המשפט לא התייחס לטענה הזאת לכן הבדיקה לא עוזרת. החקיקה עוזרת כי סעיף 14א רבתי לתיקון אומר שהמדינה רשאית להחליף מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת ללא הגבלה והתקופה מתאפסת ולכן גם התיקון לא פותר לנו את הבעיה.

בעיה שלישית: המדינה עושה רווח מההפקעה, היא מפקיעה מבלי לשלם פיצוי ואז מחכירה לזמנים ומקבלת דמי חכירה. היא עושה רווח על חשבון הנפקע.

תשובה: בעיה דומה התעוררה בפס"ד נוסייבה שרק השופטת דורנר בדעת מיעוט ראתה בכך בעיה, בעיה דומה התעוררה בפס"ד קרסיק אבל השאלה נשארה בצריך עיון. ולכן גם בנוגע לבעיה הזו אין לנפקעים פיתרון. אין בתיקון משהו כתוב, הוא לא מתייחס לנושא.

בעיה רביעית: בעיית הפיצויים.

תשובה: פס"ד אולצמן ביטל את הלכת פייצר משנת 1980, שם עלתה השאלה האם כשמפקיעים את מלוא הקרקע גם אז יש להפחית בפיצויים (לא נותרה השבחה אם מפקיעים הכל), בית המשפט בפס"ד אולצמן ביטל את הלכת פייצר, פס"ד הדין ניתן ע"י דורנר אליה מצטרף הנשיא ברק- קובע בית המשפט שמדובר בהפקעה מלאה אין להפחית את הפיצויים. פס"ד אסלן שבו הפקיעו הפקעה מלאה ולמרות זאת הפחיתו לו מהפיצויים – הוא הסתמך על הלכת אולצמן אך בית המשפט כן הפחית מהפיצויים, הוא קובע שיש לפרש את הלכת אולצמן בצמצום, רק כשמדובר בהפקעה מלאה- כאן אמנם הפקיעו הפקעה מלאה אבל בית המשפט אומר שהוא הפחית את הפיצויים שכן הערך של הקרקע ממילא עפ"י הערכת שמאי היה אמור לרדת- מגמה פוגעת בזכות הקניין/ שמרנית. פס"ד קרן תורה ועבודה – במקרה זה הפקיעו לו חלק מהקרקע ונשארה לו חלקה בצורת זנב- הוא התבסס על סעיף 190 לחוק התכנון והבנייה ואמר או שיפקיעו לו הכל ויקבל פיצוי מלא או שלא יפקיעו כלום. יחד עם זאת בית המשפט לא קיבל את הטענה, לא ביטל את ההפקעה- הוא פירש בצמצום את ס' 190, רק השופט דנצינגר בדעת מיעוט קבע שיש לבטל את ההפקעה. פס"ד רוטמן ופס"ד רכבת ישראל עושים לנו סדר בעניינים (פסקי דין חדשים), הם אומרים שאם ההפקעה נעשתה למטרה קהילתית שגם הנפקע נהנה מזה אז אפשר להפחית מהפיצויים, אבל אם ההפקעה נעשתה למטרה ציבורית כלל ארצית אז כאשר מפקיעים את הקרקע יש לתת פיצוי מלא שאחרת תהיה פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין. לגבי התיקון החדש יש את סעיף 13ב רבתי שקובע שהחל ממועד כניסת החוק לתוקף לא תעשה הפקעה ללא פיצוי מלא – התיקון לא עוזר כי ההפקעה נעשתה ב 1970 והחוק חל מ2010.

בנוגע לטענת השיהוי והחלפת המטרות אין להם משהו שיפתור להם את הבעיה, לגבי פיצויים הוא יכול להסתמך על הפסיקה. – אין תשובה חד משמעית, צריך לסקור את כל הפסיקה, ולהראות בתשובה דיון.

דרישת הכתב במקרקעין-

ס' 8 לחוק המקרקעין קובע התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב, כל עסקה במקרקעין מתחילה בהתחייבות (שלב החתימה על החוזה – דרישת הכתב) כדי להפוך אותה לזכות קניינית צריך לרשום אתה בטאבו.

הדרישה שבסעיף 8 לחוק המקרקעין היא דרישה מהותית ולא רק ראייתית, ללא כתב אין כלום- אפילו לא זכות אישית. במקרקעין יש חשיבות רבה לכתב כי מדובר בעסקאות גדולות ומשמעותיות ולכן יש צורך בוודאות- בעבר לא היה ניתן לוותר בשום אופן על דרישת הכתב. זה נקבע **בפס"ד קרוסמן**, יחד עם זאת במהלך השנים יש ריכוך בדרישת הכתב, בתי המשפט יותר גמישים לוותר על דברים שונים לגבי הכתב.

נעבור בקצרה על הריכוכים שחלו בפסיקה לעניין דרישת הכתב:

1. די שהתחייבות המוכר תהייה בכתב, לא חייב שגם התחייבות הקונה תהייה בכתב – **נקבע בפס"ד**

חורי נ' כנען

2. די בפרטים מסוימים מהותיים שיהיו בכתב, פרטים חסרים אחרים ניתן להשלים באמצעות הוראות חוק משלימות – נחשבות כאילו היו בכתב. למשל, **ס' 23 לחוק המכר** דן במועד התשלום, אם לא נקבע מועד תשלום, התשלום יהיה במעמד קבלת הממכר. דוגמא נוספת הוא **ס' 9 לחוק המכר** שקובע כי אם לא נקבע מועד להעברת הנכס- העברת הנכס תעשה זמן סביר לאחר החתימה על החוזה. דוגמא

נוספת הוא ס' 26 לחוק החוזים שקובע שניתן להשלים באמצעות נוהג שבין הצדדים ובאין נוהג כזה נוהג שמקובל בחוזים מסוג דומה.

3. השלמות בעל פה – בעבר לא היה ניתן להשלים באמצעות השלמות בעל פה, למשל **פס"ד זוננשטיין**, יחד עם זאת עם השנים בתי המשפט מוכנים לקבל הסכמות בעל פה כל עוד אין חולק לגביהם. דוגמא לכך ניתן לראות **בפס"ד זיתון נ' זעורה**

4. ניתן לבצע השלמות באמצעות מסמכים חיצוניים וראיות חיצוניות שמאוחרים לחוזה הבסיסי – נקבע **בפס"ד שוויגר** שקובע שבעזרת ראיות חיצוניות ניתן להתחקות אחר כוונת הצדדים, **פס"ד שמשון דנון** שקובע שניתן להשלים פרטים חסרים באמצעות ראיות חיצוניות. ופס"ד עובדיה.

5. עניין החתימות – בעבר היה מצריך עיון עד שהגיע **פס"ד בוטוקובסקי** – היה לו מגרש והוא ניהל משא ומתן עם קונים למכור אותו, הוא רשם הכל בכתב יד, הם סיכמו הכל והיו מרוצים, השיקו לחיים ולחצו ידיים והם קבעו שלמחרת בבוקר הם יעשו את החתימות עצמם. אבל באותו ערב בוטוקובסקי נפגש עם קונים אחרים, כנראה במחיר גבוה יותר ויום למחרת הוא לא הגיע לחתימה ולא היה מוכן לחתום. הצד השני הגיש תביעה לאכיפת ההסכם, בית המשפט קבע להבדיל מעצם הצורך בעריכת מסמך בכתב שמהווה תנאי מהותי לצורך התחייבות לעשות עסקה במקרקעין הרי שחתימה על גבי החוזה זה לא אחד מהתנאים לצורך ס' 8. אומר בית המשפט שהייתה גמירת דעת גם בלי החתימות ולכן נחתם חוזה מחייב. **פס"ד דירות מקסים** – בית המשפט קבע היעדר חתימות הצדדים שאין בכך להעיד שלא היתה גמירות דעת משום שהחתימה היא רק גורם ראייתי ולא מהותי.

6. דרישת תום הלב – אנחנו יודעים שבעבר ברק היה בדעת מיעוט **בפס"ד זוננשטיין** שהפך להיות דעת הרוב **בפס"ד למר נ' גיא** – אם צד מתכחש לעסקה בחוסר תום לב ומנצל את העובדה שאין מסמך בכתב בית המשפט יכול להפעיל שיקול דעת ולהתגבר על הפגם אבל זאת רק כאשר עולה זעקת ההגינות. **פס"ד לילי שם טוב** – למרות היעדר מסמך בכתב ניתן להשלים בשל זעקת ההגינות. פס"ד מ-2013 **פס"ד סלאח חז'אסי** – מדובר על 2 בני דודים שהיה להם שמות דומים וגם תעודות זהות דומות מהמגזר, לכל אחד מהבני דודים היה חלקת אדמה שאותה הוא עיבד. הטעות ברישום, הוא היה הפוך- שקרקע ששייכת לאי הייתה רשומה אצל ב'. בא אחד מבני הדודים ואמר לבן דוד האחר – שלא ידאג ושהוא יסדר את הרישום ושייתן לו ייפוי כוח, אבל הוא העביר רק את שלו וכך יצא ששתי האדמות היו שלו. בן הדוד שנשאר בכלי כלום ביקש שהקרקע תירשם על שמו, בן הדוד השני טען שאין מסמך בכתב ושהכל שלו – בית המשפט קבע שזה בדיוק המקרה החריג והמיוחד שבו עולה זעקת ההגינות שמצדיקה להתגבר על דרישת הכתב, יש חוסר תום לב ולכן ניתן להתגבר על דרישת הכתב.

חשוב להבחין בין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לבין המחאת זכויות. מה זה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין? למשל אני מוכרת את הדירה למירב, חמתנו על חוזה – מה יש למירב? יש למירב התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, יש לה זכות אישית, זה יהפוך להיות זכות קניינית אם היא תכתוב את זה בטאבו. נניח שמירב יום אחרי החתימה התחרטה, והיא החליטה להעביר את הזכות שלה למיטל, מה שיש בין מיטל למירב זה לא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין כי למירב אין זכות קניינית, ולכן מה שיש ביניהם זה המחאת זכויות.

בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין נדרש כתב בדרישה מהותית לעומת זאת בהמחאת זכויות לא צריך כתב.

פס"ד עלריג נכסים נ' ברנדר: ברנדר היה בעלים של חלקה שגבלה עם שלוש חלקות אחרות שבבעלות עיריית רמת גן. לפי תוכנית שהייתה בעריית רמת גן החלקות היו צריכות להתאחד כדי להקים שם בנייני מגורים, בגלל שברנדר היה הבעלים של אחת מהחלקות נתנו לו זכות קדימה לרכוש את החלקות. ברנדר מבחינה רוחנית החליט לקנות אבל לא היה לו כסף והוא התקשר עם משקיע בשם ריגר. הם סיכמו שריגל ישקיע כספים, יתן בטחונות והלוואות ואחרי שהחלקה תעבור על שם ברנדר והוא יהיה הבעלים הוא יעביר את החלקות על שם ריגר. בגלל שהייתה לו זכות קדימה החלקות אמורות לעבור על שמו ואחר כך אמר לו שיעביר גם לריגר. לימים, ברנדר לקח הלוואות ממנו ואשראי ובסוף הוא מכר את החלקות למישהו אחר. ריגר טען שהוא רוצה לאכוף את ההסכם, הוא טען שלא היה כתב כי מה שהיה ביניהם זה רק המחאת זכויות. לכאורה, זה נשמע כמו המחאת זכויות, אבל כאן הייתה התחייבות לא להעביר את הזכות – אלא הייתה התחייבות שכאשר ברנדר יהיה הבעלים הוא יעביר את הבעלות לריגר- הייתה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין כי הם התחייבו שרק אחרי שזה יהיה רשום על שם ברנדר זה יעבור לריגר. לכן אומר בית המשפט שכאן היה צריך כתב. ריגר טען שיש פה חוסר תום לב וזעקת ההגינות – ריגר טען שמדובר במקרה

חריג ויוצא דופן שבו עולה זעקת ההגינות וניתן להתגבר על דרישת הכתב, בית המשפט לא קיבל את הטענה הזו ואומרים שזה אחד מהמקרים הרגילים והשכיחים שבהם עושים שני צדדים התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולא טורחים לערוך ביניהם הסכם בכתב, מה שהפריע לבית המשפט זה שריגר הוא איש עסקים ממולח ומנוסה והיה צריך לדעת שבכאלה עסקאות צריך כתב, ריגר קיבל פיצויים מכוח חוסר תום לב במשא ומתן, ס' 12.

רכישת בעלות ע"י תפיסת חזקה-

למדנו שיש כל מיני זכויות קנייניות, הזכות החזקה ביותר היא זכות הבעלות. נשאלת השאלה מה היא בעלות? איך הופכים להיות בעלים של משהו? כשמדובר במקרקעין נדרש אקט רישום, אבל עולים מקרים שמהם עולה השאלה: איך הופכים להיות הבעלים? השאלות עולות ביחס לשלושה סוגי נכסים:

1. נכס מופקר – נכס שאין לו בעלים. לדוגמא כיסא שבור שזרוק.
2. נכס שאבד לבעליהם – אבדה. לדוגמא שרשרת יהלומים שאבדה.
3. נכס עזוב – פחות נפוץ, נכס שכן יש לו בעלים אבל הם נעלמו.

• **רכישת בעלות ע"י זכייה מן ההפקר:**

יש להבחין בין מקרקעין לבין מיטלטלין. לגבי מקרקעין ס' 3 לחוק נכסי המדינה קובע "נכס מקרקעין המצוי בישראל ואין לו בעל הוא נכס של מדינת ישראל מיום היותו לנכס ללא בעל...". ז"א אין דבר כזה מקרקעין מופקרים. ולכן כל הדיון בנכסים מופקרים הוא לגבי מיטלטלין.

נשאלת השאלה- **איך אני הופכת להיות בעלים של נכס מיטלטלין מופקר?**

ס' 3 לחוק המיטלטלין קובע: "מיטלטלין שאין להם בעל יכול כל אדם בכפוף לכל דין לרכוש בהם בעלות ע"י תפיסתם תוך כוונה לזכות בהם", במילים אחרות, לפי ס' 3 לחוק המיטלטלין על מנת שאני אהפוך להיות בעלים של נכס מופקר נדרשים מס' תנאים מצטברים:

א. שיהיה מדובר במיטלטלין, מה זה מיטלטלין? **ס' 1 לחוק המיטלטלין קובע** כי זה כל דבר מוחשי שאינו מקרקעין.

ב. שאין להם בעל. הפסיקה קבעה בפס"ד דרלחיים **שישנם 2 סוגי נכסים שיכולים להיות ללא בעלים-** נכסים שמיום בריאתם היו ללא בעלים (אף פעם לא היה להם בעלים) לדוגמא-עופות, דגים, סוג שני של נכסים אלו הם מיטלטלין שהיו פעם בבעלותו של אדם אך הופקרו על ידו. נשאלת השאלה מה זה הופקרו על ידו? כאן יש לפנות לסעיף 7 לחוק המיטלטלין שמסביר לנו מתי מיטלטלין ייחשבו למופקרים: לפיו

כדי שנכס יהיה מופקר נדרשים 2 תנאים מצטברים:

1. מעשה פיזי של הוצאה
 2. כוונה להפקיר את המיטלטלין
- הפסיקה קבעה שלא תמיד צריך להוכיח פוזיטיבית את 2 התנאים המצטברים של ס' 7, מתי לא צריך להוכיח את התנאים? כאשר מהותו ומצבו של החפץ יוצרים חזקה שהנכס הופקר ע"י בעליו. איך יודעים אם קמה חזקה כזו? לפי הנסיבות והשכל הישר.
- ג. שליטה פיזית בנכס מצד התופס – לקחתי את הכיסא, אני שולטת בנכס.
 - ד. כוונת שליטה של התופס
 - ה. בכפוף לכל דין – יש כל מיני הוראות דין שדוחות את הלכות ההפקר, למשל חוק חיות בר- אין דבר כזה חיית בר מופקרת.
- כדי שאהיה בעלים של נכס מופקר, צריך שסעיפים א-ה יתממשו.**

פס"ד זגורסקי נ' נויפלד- בעלים של בניין נפטר והוא הוריש אחת מהדירות לאגודה למען החייל, האגודה מכרה את הדירה לזגורסקי והוא הבעלים הנוכחי. זגורסקי רצה לשפץ את הדירה, הוא שכר פועלים והפועלים תוך כדי השיפוץ מצאו מטמון עם מלא כסף וזהב. הפועלים טענו שמדובר בנכס מופקר ולכן הם

דיני קניין פרופ' רות פלאטו – שנער
הבעלים מכוח ההפקר. בית המשפט בודק האם הפועלים באמת הפכו להיות הבעלים, הוא בודק את כל הנספחים של ס'3 ויש לו בעיה עם התנאי השני (שאינו לו בעל).

הפסיקה קבעה שישנם 2 סוגי נכסים שאין להם בעל- שמיום בריאתם לא היה להם בעלים – לא המקרה שלנו, וסוג שני זה מטלטלין שכן היו פעם בבעלותו של מישוהו אך הופקרו על ידו. כדי לדעת מה זה הופקרו נפנה לס' 7 שדורש מעשה פיזי של הוצאה ותנאי שני- כוונה להפקיר את המיטלטלין. יחד עם זאת הפסיקה קבעה שלא תמיד צריך להוכיח את 2 התנאים וזאת כאשר קמה חזקה שעל פי מצבו של הנכס הוא מופקר. על מטמון לא קמה חזקה ולכן נדרש להוכיח במצטבר את 2 התנאים של ס'7 – מכיוון שהפועלים לא יכלו להוכיח כוונה של הבעלים המקורי אומר בית המשפט שלא מדובר בנכס מופקר, והפועלים לא יכולים לזכות בבעלות מכוח ההפקר.

• רכישת בעלות ע"י מציאת אבדה :

1' לחוק השבת אבידה קובע ש"אבידה זה מיטלטלין שאבדו לבעליהם או למי שזכאי להחזיק בהם או שבנסיבות העניין יש להניח שיצאו משליטתם". במילים אחרות, **כדי שחפץ יחשב לאבדה נדרשים מס' תנאים מצטברים :**

1. שיהיה מדובר במיטלטלין - **1' לחוק המיטלטלין** קובע כי זה כל דבר מוחשי שאינו מקרקעין.
 2. שאבדו לבעליהם- הכוונה היא לא רק שאבדו לבעלים אלא גם שאבדו למי שזכאי להחזיק. לדוגמא, גל הלוותה לי ליומיים את המחשב והמחשב הלך לאיבוד- מדובר באבדה.
 3. יציאה משליטה – בית המשפט **בפס"ד זגורסקי** קבע שהמבחן לתנאי זה האם יש לבעלים יכולת פיזית לשלוט בנכס. שמדובר באבדה נדרש שלבעלים לא יהיה יכולת שליטה. עוד נקבע בפס"ד זה שמספיק שלא יודעים כיצד נותק הקשר בין המיטלטלין לבין הבעלים המקורי כדי שתקום הנחה בדבר יציאה משליטה.
- רק אם מתקיימים שלושת התנאים המיטלטלין נחשב כאבדה.

עלתה השאלה **האם רכוש גנוב יכול להיחשב לאבידה?** שאלה זו עלתה **בפס"ד רוטגר** – מדובר על אדם שמצא הרבה מכשירים אלקטרוניים שנגנבו וכנראה הוחבאו ע"י הגנב, המוצא מצא אותם באקראי, בית המשפט פסק שגם רכוש גנוב יכול להיחשב כאבדה.

חובות שחלות על מוצא האבידה:

מי שרואה את האבידה וכל עוד הוא לא נטל (לקח) את האבידה לא חלות עליו שום חובות, הוא לא מחויב להרים את האבידה ואין עליו שום חובה! אבל, מרגע שנטלתי את האבידה חלות עליי החובות :

1. בא לידי ביטוי **בס'2(א) לחוק השבת אבידה** – ברגע שנטלנו את האבידה אנחנו חייבים לפעול לפי אחת מ2 הדרכים הבאות : להשיב לבעלים, או להודיע בהקדם למשטרה. מה החריג? אם בנסיבות העניין יש להניח שהבעלים התיימשו בממנו בשל מיעוט שוויה. אין תשובה בפסיקה אם מיעוט שוויה צריך להיות מבחינה אובייקטיבית או סובייקטיבית ולכן פרופסור זלסמן מציעה תמיד להודיע למשטרה.
2. **ס'2(ב) לחוק השבת אבידה** – "הודיע המוצא למשטרה רשאי הוא למסור לה את האבידה והוא חייב לעשות את זה אם היא דרשה ממנו ". אם המשטרה דרשה לשמור את החפץ אני חייבת לתת לו את החפץ, אבל המשטרה יכולה להגיד לי לשמור את החפץ בינתיים אצלי.
3. **ס'4(א) לחוק השבת אבידה** - " אם קיים המוצא את הוראות ס'2 ולא התגלה הבעלים תוך 4 חודשים יראו כאילו הבעלים התיימשו ממנה והמוצא יהפוך להיות הבעלים התקופה תתחיל מיום ההודעה למשטרה ועל המוצא לבוא ולדרוש את האבידה תוך חודשיים מיום שהפך להיות הבעלים אחרת המדינה היא זו שתהפוך להיות הבעלים", אם מההתחלה לא הייתה חובה להודיע למשטרה בשל מיעוט שוויה התקופה של 4 חודשים תתחיל מיום הנטילה.
4. **ס'4(ב)** – אם המוצא לא קיים את הוראות ס'2 – ז"א לא הלך למשטרה ולא השיב לבעלים, אז תוך 4 חודשים מיום שנודע למשטרה על האבידה הבעלים תהפוך להיות המדינה, בנוסף, לפי ס'9 לחוק השבת אבידה מוטלת על מוצא האבידה סנקציה פלילית.

סעיפים חשובים בפרק:

ס'4(ג) לחוק השבת אבידה מכוחו נחקקו תקנות שקובעות חריגים לתקופה של 4 חודשים למשל תקנה 10 קובעת שכשמדובר על אבידה יקרת ערך מעל סך 1,000 ₪ התקופה היא לא 4 חודשים אלא 6 חודשים. יש לבוא ולדרוש את זה תוך חודשיים.

תקנה 10א – אם זה כסף מזומן התקופה היא לא 4 חודשים אלא חודשיים.

ישנה תקנה שקובעת שאי אפשר להיות בעלים של סמים.

תקנה 6 שקובעת שאם בעלים מקבל לידיו נכס שאבד ניתן לחייב אותו בהוצאות שהוצאו עקב השמירה באבידה.

ס' 5 לחוק השבת אבידה – "זכה המוצא באבידה או המדינה זכאי הבעלים הקודם תוך שנה מיום הזכייה לפדות את האבידה כנגד תשלום שווה במועד הפדיון זולת אם חל בה שינוי של ממש" – במילים אחרות, תוך שנה מיום שאני הפכתי להיות בעלים של נכס אני אהיה חייבת למכור אותה לבעלים המקורי אם הוא רוצה – החרג הוא אלא אם חל בה שינוי של ממש ואז אני לא חייבת למכור לבעלים.

ס' 6 לחוק השבת אבידה - מאפשר למוצא או למשטרה בתנאים מסוימים למכור את האבידה אם מדובר בנכס שעלול להתקלקל או בעל חיים, ואז הפדיון יהיה אבידה.

פס"ד בזק נ' מדינת ישראל – מדובר בכלב בשם רינגו שהלך לאיבוד לבעלים, הבעלים חיפשו אותו בכל מקום, תלו שלטים ולא מצאו אותו. מסתבר שמי שמצא אותו היה אדם שטען שמצא את הכלבלב מלוכלך עם קרציות ולכן הוא אמר שהוא הבעלים מכוח ההפקר- מדובר בנכס מופקר. לימים התגלה כל הסיפור ובית המשפט קבע שברור לכל אדם בר דעת שכלב שמסתובב באזור מיושב שיש על צווארו קולר ומספר הוא לא כלבלב שהופקר אלא כלב שאבד לבעליו, מאחר ואותו אדם שמצא לא פעל לפי ס' 2 ו-4 לחוק השבת אבידה הוא לא הפך להיות הבעלים, הוא חשוף לסנקציה פלילית והכלבלב חזר למשפחתו המקורית.

אבידה שנמצאה ברשות הזולת :

עד עכשיו דיברנו על אבדות שמצאנו סתם ברחוב, מה קורה אם נניח שהייתה מסיבה בבית של מורן ושם מצאתי שרשרת, מה אני צריכה לעשות? מיהו מוצא האבידה? האם אני שמצאתי או מורן שהיא בעלת הבית? על כך מדבר **ס' 3 לחוק השבת אבידה** שקובע "המוצא אבידה ברשותו של אחר, חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסור לו אותה עפ"י דרישתו קיבל בעל הרשות את האבידה לידו יראו אותו כמוצא האבידה" - לפי הדוגמא, אני צריכה לפנות למורן ולתת לה את האבידה והיא תחשב למוצאת האבידה.

נניח שהמוצא סירב למסור לבעל הרשות והלך בעצמו למשטרה, מה קורה במצב כזה?

ההלכה אומרת שבמצב כזה בעל הרשות ייחשב בכל זאת מוצא האבידה – כי זו מטרת ס' 3 – **נפסק בפס"ד הנדלס** כאשר הנימוק לכך שמוצא שלא קיים את הוראות ס' 3 לא יזכה באבידה אחרת חוץ יוצא נשכר. הוא יוכל להיחשב למוצא רק אם הוא פנה לבעל הרשות והוא סרב לקבל את האבידה לידו.

פרופסור זלצמן מותחת ביקורת על ההלכה, היא אומרת שזה סותר את לשון ס' 3, היא אומרת שס' 3 דורש מפורשות קבלת הנכס ע"י בעל הרשות בפועל, זו גם דעתו של השופט אילון בדעת מיעוט, נאמר שאחר כך בעל הרשות יוכל לתבוע את מוצא האבידה.

נניח שהמוצא סירב למסור את האבידה לבעל הרשות וגם לא הלך למשטרה, מה קורה במצב כזה?

כאן הוא לא פעל לא לפי ס' 2, לא לפי ס' 3 – והוא חשוף לסנקציה פלילית לפי ס' 9 לחוק השבת אבידה. במקרה כזה המדינה היא זו שתזכה בבעלות לאחר 4 חודשים מרגע שנודע למשטרה על האבידה.

האם בעל הרשות יכול לסרב לקבל לידו את האבידה?

כן, ואז המוצא ייחשב למוצא – ועליו יחולו החובות שחלות על מוצא האבידה.

במקרה כזה נחזור לפס"ד זגורסקי – אמרנו שבסופו של דבר המטמון הוא לא היה נכס מופקר אלא אבידה, המטמון נמצא ע"י הפועלים ברשותו של זגורסקי לכן עפ"י ס' 3 הפועלים היו צריכים לתת לזגורסקי והוא ייחשב למוצא האבידה.

מהי רשותו של אחר?

כשמדובר בבית פרטי זה ברור לנו מה זה רשותו של אחר – הבית של אותו אדם. אבל יש מקרים קשים יותר שבהם קשה להכריע מה זה "רשותו של אחר". למשל: קניון, מכללה, בנק וכדומה.

פס"ד הנדלס – מדובר על אדם שמצא שטרות ושטרי חוב על הרצפה בכספת של בנק, אותו אדם טען שבנק זה לא "רשותו של אחר" ולכן הוא לא צריך לפעול לפי ס' 3 לחוק השבת אבידה. זה הגיע לשופט ברק והוא מכיל מבחן כפול על מנת לבדוק מהו רשותו של אחר.

המבחן הראשון הוא אומר – שזהו מקור אשר זיקתו של בעל הרשות אליו היא כזו שהוא מהווה כתובת טבעית וסבירה אליה ישוב המאבד. (אם איבדתי אצל מורן סביר להניח שאבוא לחפש בבית של מורן).
המבחן השני אומר- שההסתברות לכך שהאבדה תשמר למען בעליה גבוהה יותר אם בעל הרשות מטבע זיקתו למקום ולא למוצא המזדמן – במילים אחרות, מה ישמור לי הכי טוב על האבדה?
 לכן אומר השופט ברק שאם אנחנו מיישמים את 2 המבחנים – חדר כספות זה אכן רשותו של אחר, לכן יש למסור את האבידה לבנק והבנק יחשב מוצא האבידה.

ברק אומר שהתוצאה הזו לא תמיד צודקת אבל אין מה לעשות, זה החוק. באותו פס"ד היה גם דעת מיעוט של השופט אילון, הוא אומר שרשותו של אחר זה כשיש לאותו אדם שליטה ופיקוח על המקום. לפיכך הוא אומר בית מגורים ייחשב לרשותו של אחר, אבל בנק זה לא רשותו של אחר. פס"ד הנדלס הוא ישן, היום לבנק כן יש שליטה ופיקוח עם כל מצלמות האבטחה – כמו כן, יש להשים לב שזו רק דעת מיעוט. נקודה נוספת שחשוב להשים לב אליה, גם לפי דעת הרוב וגם לפי דעת המיעוט בעל הרשות לא חייב להיחשב לבעלים. באותו פס"ד היה גם דעת יחיד של השופט חיים כהן, הוא אומר שרשותו של אחר זה מקום שהוא לא רשות של היחיד וגם לא רשותו של הרבים – זה משהו באמצע ולכן הוא אומר שבנק כן ייחשב רשותו של אחר.

סעיף 7 לחוק השבת אבידה – קובע שנכס שאבד במוסד שבו מבקרים או מתאכסנים או מתאשפזים אנשים ולא נדרש תוך חודשיים מיום שהושאר יראוהו כאבידה ואת בעל המוסד כמוצא.
 מה ההבדל בין זה לבין מה שלמדנו שיעור שעבר? ההבדל שכאן יש להמתין חודשיים ורק אז זה ייחשב לאבידה, ורק אחרי חודשיים יחולו חובות מוצא האבידה.

• נכס עזוב:

לפי ס' 8 לחוק השבת אבידה – נקבע שמיטלטלין של אדם שעקבותיו נעלמו ואפוטרופוס או אדם אחר לא קיבלם לידם יחולו סעיפים 2 ו-6 בשינויים המחויבים, יש להשים לב שכאן לא חל ס' 4 לחוק השבת אבידה ולכן לא ניתן לרכוש בעלות בנכס עזוב. במילים אחרות, זה עובר ישר למדינה, אי אפשר להיות בעלים של נכס עזוב.

הצמדות על ידי קבלן

סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין למעשה מאפשר להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת. מרגע שהחלק הוצמד זה הופך להיות חלק מהדירה. דין ההצמדה כדין הדירה אליה הוצמד. השטח ממש מצורף לשטח הדירה – **סעיף 57(ג)**.

יש שני סוגי הצמדות:

1. הצמדות שנעשות לאחר שהבית נרשם כבית משותף בהסכמת בעלי הדירות.
2. הצמדות על ידי קבלן שהוא מחליט מראש עוד לפני שהבית נרשם כבית משותף איזה חלקים יהיו שייכים לאיזה דירות.

הצמדות על ידי קבלן – הסעיף הרלוונטי הוא **סעיף 6(א)** לחוק המכר דירות קובע שקבלן שמוכר דירה בבית שמיועד להירשם כבית משותף הוא מתכוון להחיל על הבית תקנון השונה מהתקנון המצוי לעניין הוצאת חלקים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה מסוימת חייב לכלול מפרט או נספח נפרד לחוזה המכר. קבלן שרוצה לבצע הצמדות חייב להיצמד לסעיף 6(א).

מטרת החוק זה שהרוכש ידע בדיוק מה כולל הרכוש המשותף, מה מוצמד לאיזה דירה כדי למנוע הפתעות לאחר מעשה – נקבע בהרבה פסקי דין, למשל **פס"ד שמענוב, פס"ד רובינשטיין, פס"ד גוב ארי, פס"ד מרכוס**. לרוכש דירה חשוב לדעת לא רק מה כוללת הדירה שלו אלא איזה חלקים יצאו מהרכוש המשותף ולאיזה דירות החלקים הוצמדו. כך למשל, אם הצמדתי את הגינה לדירת הגן או את הגג לפנטהאוז כל רוכש צריך לדעת את זה.

לפי סעיף 7(א) אין להתנות על החוק אלא לטובת הקונה – אם אני באה לרכוש הוא לא יכול להחתים אותי על זה שהוא מצמיד מה שהוא רוצה - החלקים המוצמדים צריכים להיות ספציפיים.

הפסיקה פירשה את סעיף 6 בחומרה, ראשית, נקבע שאמירות כלליות אסורות. חייב לציין במדויק את החלקים שיוצאים מהרכוש המשותף. לדוגמה **פס"ד גוב ארי**, שם באחד מהחוזים היה כתוב " בידי הקבלן להצמיד חלקים מהרכוש המשותף לכל יחידה כרצונו ולכל מטרה" – פסול. כללי מידי. החמרה נוספת של הפסיקה- חייב לציין את הוצאת החלקים המשותפים בנספח נפרד לחוזה שיצורף לחוזה- נקבע **בפס"ד שמענוב**, לאחרונה החלה מגמה חדשה- בינתיים בצריך עיון, למשל **בפס"ד קטן נ' אורנשטיין 2012**, **פס"ד פליישמן 2015** שם אומר בית המשפט שיתכן וניתן להכיר בקביעה כזו אם היא תופיע בחוזה עצמו אבל זה חייב להיעשות בצורה מאוד ברורה ומודגשת (רק בצריך עיון, בינתיים חייב להוסיף מפרט). דבר שלישי שהפסיקה פירשה בחומרה- אותו מסמך או מפרט חייב להיות מצורף לחוזה בעת כריתת החוזה או סמוך לאחריו – ודאי שלא כשהוא רק נכנס לגור בבית- נקבע **בפס"ד שמענוב, מרכוס, רובינשטיין, שטרן**. דבר רביעי ואחרון שנקבע **בפס"ד מרכוס** אסור להצמיד חלק הכרחי כמו מדרגות, מעלית, ז"א סעיף 55 לחוק המקרקעין גובר על סעיף 6 בחוק המכר.

עולה השאלה מה קורה כאשר קבלן לא מילא את חובתו לפי סעיף 6 ?

נניח שהקבלן התחייב כלפי רוכש הפנטהאוז שהגג יוצמד לדירתו, נניח שהקבלן הודיע לכל החוזים בצורה כפי הנדרש אבל רק בחוזה לרכישת דירה 10 הוא לא אמר כלום, הוא לא פעל כפי הנדרש. לפי סעיף 6(ב) לחוק המכר דירות, אם הקבלן לא עמד בדרישת החוק ההצמדה שנעשתה בתקנון המיוחד לא תתפוס כלפי אותו רוכש, כלפיו יחול התקנון המצוי שבו לא נכללת ההצמדה. ההלכה נקבעה בהרבה פסקי דין – למשל **פס"ד שמענוב, פס"ד מרכוס, פס"ד סטולר** – ההלכה היא שמספיק שכלפי רוכש אחד נקבע שחלק מסוים הוא רכוש משותף חלה קביעה זו באופן אוטומטי לגבי שאר הרוכשים. זאת גם אם בחוזים של הרוכשים האחרים לא נפל שום פגם וההצמדה נעשתה כנדרש, הנימוק של בית המשפט הוא הרצון למנוע יחסיות, אי אפשר שחלק אחד יחשב רכוש משותף לפעמים ולפעמים יחשב לא רכוש משותף. במילים אחרות, מספיק שנופל פגם באחד מן הדיירים הכל בטל.

בשנים האחרונות החלה להתפתח מגמה חדשה שעדין בצריך עיון, למשל **בפס"ד שימרובסקי, פס"ד פליישמן** – נאמר בהערת אגב שההלכה הזו מביאה לתוצאה לא צודקת, המטרה היא להגן על רוכש שנפגע אבל בפועל זה גורם להתעשרות של כל יתר בעלי הדירות שהרי הם הסכימו שהחלק הזה יחשב לא רכוש משותף, וכעת הם מרוויחים. הפיתרון לפי הגישה המסתמנת: להשאיר את ההצמדה בתוקף ושהקבלן יפצה את בעל הדירה שנפגע. (עדיין לא הלכה, רק גישה חדשה).

גישה נוספת לפתור את ההכרעה הזו היא גישה ישנה שבאה לידי ביטוי בפס"ד ישן, **פומרנס נ' קדש** שם אומר בית המשפט שהפתרון לסיטואציה הזו צריך להיות דרך סעיף 9 לחוק המקרקעין- עסקאות נוגדות, הוא אומר שהראשון בזמן גובר אלא אם השני בזמן עומד 3 תנאים מצטברים: תמורה, תום לב וזכות קניינית. **בפס"ד קדש** אומר בית המשפט שבסיטואציה הזו יש לנו התחייבויות נוגדות של קבלן כלפי דיירים שונים. מצד אחד הוא התחייב כלפי הפנטהאוז שזה יוצמד, מצד שני התחייב כלפי דירה 10 זה לא אמר להיות מוצמד. לכן לפי ס' 9 הראשון בזמן גובר אלא אם כן, בעל ההתחייבות השניה פעל בתום לב, תמורה והתקנון נרשם בטאבו.

צריך לדעת להבחין בין הצמדה לבין בנייה, בנייה על שטח שהוצמד זה לא קשור להצמדה. בעל דירה לא יכול באופן אוטומטי לבנות על שטח שהוצמד לדירתו, נדרשת הסכמה נפרדת- הן להצמדה והן לבנייה. אלו הם שני דברים שונים לגמרי. חריג 71(ב).

דוגמה לפיתרון :

א)סעיף 6 לחוק המכר דירות קובע שקבלן שמבקש להוציא חלקים מהרכוש המשותף ולהצמיד אותם לדירה מסוימת חייב לציין זאת במפרט ובנספח נפרד. הסעיף הזה פורש בפסיקה בחומרה רבה (להרחיב..) בעיה ראשונה שעולה לנו זה שהדברים צוינו בחוזה עצמו ולא בנספח נפרד, אמרנו שהפסיקה פרשה זאת בחומרה ולא ניתן לציין זאת בתוך החוזה. למשל פס"ד **שמענוב, פס"ד סטולר** וכדומה, יחד עם זאת החלה להסתמן גישה חדשה למשל **בפס"ד קטן נ' אורנשטיין, פליישמן**. לפיה במקרים מסוימים כן יהיה ניתן להסתפק בציון בחוזה עצמו בצורה ברורה ומפורשת, בצורה בולטת ומודגשת – אז לפי הגישה החדשה ניתן להגיד שאורה פעלה כדין.

הבעיה השניה היא שבחוזה עם דוד זה לא צוין, למעשה, נשאלת השאלה מה קורה כאשר קבלן לא עומד בחובתו לפי סעיף 6(א)? פונים ל6(ב) שאומר שלא יהיה תוקף להצמדה, ואז הולכים להלכה שאומרת שדי

כלפי רוכש אחד שהקבלן לא עמד בחובתו כדי שתתבטל ההצמדה-פס"ד מרכוס, שמענוב – לפי הגישה הזו הגג ייחשב רכוש משותף ובוודאי שברור מאליו שאורה לא תוכל לבנות עליו. יחד עם זאת, החלה להתפתח מגמה חדשה, **פס"ד פליישמן, פס"ד שימרובסקי** – אמרו שההלכה לא תמיד צודקת, רק בגלל חוזה אחד נבטל הכל? אצלנו יכול להיות שהגישה החדשה תהיה עוד יותר רלוונטית כי דוד לא התנגד לעסקה, יכול להיות שזה המקרה המתאים לשינוי ההלכה. כל מה שדיברנו מתייחס להצמדה מכוח ההיקש אותו הדבר יחול לגבי הבנייה. גישה נוספת להכרעה באה לידי ביטוי בפס"ד קדש דרך סעיף 9 לחוק המקרקעין (עסקאות נוגדות)..

ב. הכלל הוא שנדרשת הסכמה של כל בעלי הדירות, הן להצמדה והן לצורך הבנייה. סעיף 62(א) קובע זאת וגם פסקי דין רבים למשל **פס"ד גלבורט, הורברט, פס"ד שטרייכר** – אצלנו נראה שמתקיים הריג של סעיף 71(ב) הצמדת חלק מהרכוש המשותף לשם בניה שמטרתה הרחבת הדירה ואז די בהסכמה של 3/4 מבעלי הדירות, של 2/3 מהווים רכוש משותף. אצלנו, ללא ההתנגדות של אורה קיים את הרוב אבל ההתנגדות של אורה מביאה לכך שאין את הרוב הדרוש. עם זאת, סעיף 71(ב) רבתי קובע שבעל דירה שדירתו הורחבה יראה כמי שנתן הסכמה להרחבה של בעלי דירות אחרים בבניין – הסכמה הצהרתית, ברורה מאליו. אבל אצלנו אורה לא הרחיבה את דירתה לכן התנגדותה תקפה וירדן לא ישיג את הרוב הדרוש.

ההגנה על החזקה – תרגיל-

הסוגייה הראשונה שעולה בקיים : האבק שעובר מהחלקה של אברהם לחלקה של דני.

הסי' שיכול להיות לנו רלוונטי הוא סי' 17- מדבר על מניעת הפרעה. לצורך סי' 17 נדרשים כמה תנאים מצטברים :

1. מי שיכול להשתמש בסי' הוא מי שמחזיק במקרקעין (לטובת מחזיק המקרקעין) – במקרה דנן דני הוא באמת המחזיק.

2. זכאי לדרוש ממי שאין לו זכות לכך – הסעיף חל כלפי מי שאין לו זכות לעשות את המעשה המפריע. ניישם : לאברהם אין זכות לגרום שהאבק יעוף לחלקה של דני .

3. המשמעותי ביותר, הפרעה – יש צורך שיהיה הפרעה. כאן המרצה לימדה אותנו 3 דברים :

א. עפ"י פרופסור קרצ'מר ההפרעה צריכה להיות הפרעה של ממש – לפי פס"ד קוטר כל השגת גבול מהווה הפרעה. אצלנו בקיים אין השגת גבול אבל כנראה אם מדובר בהרבה אבק אז מדובר בהפרעה של ממש.

ב. נשאלת השאלה האם צריך לבחון הפרעה מבחינה אובייקטיבית או סובייקטיבית? שאלה זו נשארת פתוחה בפסיקה, אצלנו גם מבחינה אובייקטיבית וגם מבחינה סובייקטיבית כנראה שמדובר בהפרעה.

ג. עד השנה תמיד שאלנו את השאלה האם הפרעה יכולה לכלול מצב של כיבוש מלא של השטח ונישול של המחזיק, במילים אחרות, אם מישהו מנסה להשתלט לך על השטח האם תוכל להשתמש בסי' 17 ? עד היום, הדעה המקובלת הייתה שסי' 17 לא חל על מצב של נישול וכיבוש מלא, יחד עם זאת דעת היחיד של השופטת פוקצה בפס"ד עוקשי- שם אמרה שסי' 17 יחול גם כשמדובר על נישול וכיבוש. אבל, לאחרונה לפני מס' חודשים ניתן פס"ד שנקרא אלדבעת נ' אלגברי – הוא קבע כמה חידושים ואחד מהם הוא קבע שסי' 17 חל רק על מקרים של הפרעה או התקפה ולא על מצב של כיבוש ונישול = לא רלוונטי אלינו, כי אין לנו נישול וכיבוש בקיים .

יש לזכור את סי' 11 לחוק המקרקעין – קובע שהבעלות משתרעת גם על העומק וגם על חלל הרום. בפס"ד **בצלאל** נקבע שגם מעשה שמפריע בחלל הרום מהווה הפרעה .

לסיכום, אם ניישם : אם כל יום יש הרבה אבק אז ברור שיש פה הפרעה, הסעד לפי סי' 17 הוא צו של בית משפט או צו עשה- או צו מניעה. העוולה המגבילה לחוק המקרקעין בפקודת הניקין הוא סי' 44 לפקני"ז – מטרד ליחיד, לפי מה נקבע? לפי חוק המקרקעין כי יש שיקול דעת מצומצם, בפס"ד רוקר נ' סלומון נקבע שבמסגרת העוולה הקניינית שיקול הדעת של בית המשפט הוא מצומצם, וכשמתבקש צו יינתן צו. לעומת זאת לפי סי' 47 לפקני"ז שיקול הדעת של בית המשפט הוא רחב ובית המשפט יתן פיצוי כאשר זה יכול לפצות

על הנזק שנגרם לך, ולכן אם מה שחשוב זה לקבל צו- עדיף לתבוע לפי העילה הקניינית. (בכל מקרה ניתן לתבוע גם וגם).

האם דני יכול היה לפעול לפי ס' 18 ? התשובה היא חד משמעית לא!!! הסעיף לא רלוונטי מכיוון שלא מדובר במצב שבו אברהם מנסה להשתלט על המקרקעין של דני.

סוגייה שניה שעולה בקיים : דני בונה חומה במקרקעין של אברהם.

למעשה דני לא פעל לפי ס' 17 כמו שהיינו ממליצים לו אלא הוא הלך ובנה חומה בחלקה של אברהם, בוודאי שלא יכל לעשות זאת – מדובר בהשגת גבול לפי ס' 29 לפקודת הנזיקין, נשאלת השאלה מה אברהם יכול היה לעשות עם החומה הזו?

אם נראה בבניית החומה רק כהפרעה ולא השתלטות ונישול אז היינו צריכים לבחון את ס' 17 (כמו בסעיף הקודם, לבחון את כל יסודות הסעיף), מצד שני, אם נראה בבניית החומה השתלטות של רצועת קרקע, כיבוש של חלקת קרקע, אז עפ"י פס"ד אלגברט ס' 17 לא מתאים, אלא ס' 16, 19 מתאימים. אנחנו צריכים לנסות את 2 הכיוונים.

ס' נוסף שהיה הכי מתאים לאברהם לעשות (הכי טוב), ס' 21 לחוק המקרקעין בפרק של בנייה ונטייה במקרקעי הזולת, ס' מדבר על מקרקעין מוסדרים וס' 23 מדבר על מקרקעין שהם לא מוסדרים. ס' 21 אומר שבעל מקרקעין רשאי לדרוש מהמקים את סילוק המחוברים ואם הוא לא סילק אותם הוא יכול לסלק בעצמו על חשבונו של המקים. (זה היה הכי טוב לאברהם, זה הס' הקלאסי).

סוגייה שלישית : אברהם מכה בפועלים, הורס את החומה ושופך את הפסולת לבריכה

אברהם לא הקשיב לנו, ומנסה לעשות סעד עצמי, לכאורה לפי ס' 18. למדנו שיש להבחין בין 18א' לבין 18 ב' – 18א' חל כאשר ההתקפה עדיין נמשכת ואילו 18ב' חל כשההתקפה הסתיימה. כאן יחול ס' 18 א' שכן כתוב בשאלה "בעוד החומה נבנית" – הם עוד לא סיימו לבנות את החומה, אם היו מסיימים זה היה ס' 18ב'. כדי להבין בין א' לב' המקרים לעיתים לא פשוטים- המרצה לימדה אותנו את פס"ד גרודה, בנוסף עפ"י פס"ד רחמני נדרשים מס' תנאים מצטברים לצורך ס' 18.

תנאי 1- מתן הזהרה והזדמנות סבירה למלא אותה ותנאי שני כוח סביר בפרופורציה להסגת הגבול. ולכן לא פעל כפי שהיה צריך לפעול לפי ס' 18.

תרגיל מס' 2

לפני שאנחנו מתחילים נדבר על פס"ד אבו אל דבעט נ' אלגרבי – באותו מקרה המשיב שכר חנות מהמנוח, המנוח לא היה בעלים של החנות אלא היה שוכר בשכירות מוגנת והשכירות של המשיב הייתה שכירות משנה. (שוכר משוכר). בחלוף הזמן המשיב הפסיק לשלם למנוח דמי שכירות כפי שהיה צריך לפי ההסכם. בשנת 2013 הגיש המנוח תביעה נ' המשיב במהלך התביעה נפטר המנוח, וילדיו שהם המבקשים ברשות ערעור נכנסו בנעל המנוח. אחד מטענות ההגנה של המשיב הייתה שלמבקשים אין זכות בנכס מפני שלטענתו למשיב עצמו לא הייתה זכות בנכס, ולכן אין להם. טענת ההגנה שמתבסס עליה המשיב נקראת טענת זכות אדם שלישי – JUS TER TII - טענה זו אומרת שאם לבעלים המקורי אין זכות אז מי שבא בנעליו גם אין לו זכות. פס"ד זה קבע לפי ס' 17 ו-19 לא תחול במשפט הישראלי טענת ההגנה הזו ולכן הטענה הזאת לא מתקבלת, אומר "המחזיק בנכס בין אם הוא מחזיק כדן ובין אם מחזיק שלא כדן רשאי לתבוע כאילו היה הבעלים", אם נעשה היקש למקרה שלנו- אי אפשר להעלות טענה שאברהם מההתחלה הוא לא מחזיק כדן, טענה זו לא תתקבל. גם אם הוא מחזיק שלא כדן הוא רשאי לתבוע את זכותו כלפי מאוחר בזמן.

פיתרון:

יש לנו 2 פולשים.

נבדוק את ס' 16 לחוק : ס' 16 הוא סעיף קלאסי של השתלטות, מי שזכאי להשתמש בס' זה הוא מי שזכאי להחזיק, אברהם לא יכול להשתמש בס' זה שכן הוא לא הבעלים והוא לא הזכאי להחזיק.

נבדוק את ס' 17 לחוק : ס' 17 פועל לטובת כל מחזיק, גם מחזיק שלא כדן אבל אברהם אצלנו הוא כבר לא מחזיק, הוא מחזיק שנושל. ולכן ס' 17 לא חל. בנוסף, ס' 17 חל על מצב של הפרעה או התקפה ולא על מצב של כיבוש ונישול. (נקבע בפס"ד אלדבעד).

** במבחן לדבר על מה שרלוונטי, אם יש התלבטות לדון בה **

ס'18 מאפשר לאברהם להפעיל כוח עצמי, ס'18 חל כל עוד ההתקפה נמשכת, ס'18 חל כאשר ההתקפה הסתיימה אבל ס'18 חל רק לטובת מחזיק כדין שנושל- אברהם לא היה מחזיק כדין לכן הסעיף לא חל.

נבדוק את סעיף 19 – חל לטובת כל מחזיק. גם לטובת מחזיק שלא כדין, לכן אברהם יכול להיעזר בס' הזה. למעשה יצחק הוציא את אברהם לא לפי התנאים המדויקים של ס'18 ולכן הוא חייב להחזיר אותם לאברהם (את המקרקעין).

הפסיקה קבעה שהמחזיק המנושל צריך לפעול לפי ס'19 מהר ככל הניתן כל עוד הפלישה טרייה, הכל יקבע לפי אופי הנכס והנסיבות – נקבע בפס"ד גרודה, שניתן לפעול לפי הס' גם אם עברה חצי שנה ממועד ההשתלטות.

נניח שהעירייה רוצה לפנות את אחד מהם. על איזה סעיף היא יכולה להתבסס?

היא יכולה להתבסס על ס'16 כי היא הבעלים של המקרקעין או הזכאית להחזיק, על סמך סעיף זה היא תוכל לפנות לבית המשפט.

היא לא תוכל לפעול לפי ס'17 כי היא לא מחזיקה בנכס וממילא זה לא מצב של הפרעה.

הסעיף הרלוונטי הוא ס'18 שכן ההתקפה הסתיימה, הס' חל לטובת מחזיק כדין שנושל, אכן העירייה הייתה מחזיקה כדין שנושלה וניתן לפעול לפי ס'18 כל עוד לא חלפו 30 ימים מיום התפיסה. לגבי אברהם ברור שחלפו 30 ימים ולגבי יצחק אין נתונים.

לפי ס'19 שפועל לטובת כל מחזיק בתנאי שהפלישה טרייה, לגבי אברהם חלפו 7 חודשים ולגבי יצחק כנראה שהפלישה טרייה ואולי כן יהיה אפשר לבקש צו לפי ס'19.

כשמדובר בעירייה, לעירייה יש מכשיר טוב יותר להתגונן- לפי חוק מקרקעי ציבור "סילוק פולשים". לפי סעיף 4א היא בכלל לא צריכה לפנות לבית המשפט, היא מוציאה בעצמה את הצו, בנוסף יש לה פרק זמן מאוד גדול יחסית – 6 חודשים מיום שהתברר לה שהתפיסה היא לא כדין, תוך 36 חודשים מיום התפיסה בפועל. אם הפולשים לא מצייתים לצו היא יכולה לפנות אותם בעצמה, לפי ס'5 היא יכולה לשלוח פקחים, כוח סביר, לקרוא למשטרה וכשמדובר בעירייה זה הפתרון הטוב ביותר.

תרגיל: שיתוף ופירוק השיתוף

• התרגיל נמצא באתר

דבר ראשון גילה מחליטה לבדה על השכרת הדירה. גילה היא בעלת רוב לפי ס'30א(א) לחוק המקרקעין- מה שקובע זה רוב החלקים המתמטיים בשיתוף ולא רוב השותפים. ההחלטה של גילה אכן מהווה החלטת רוב, המרצה לימדה אותנו שכדי שהחלטת רוב תהיה בתוקף נדרשים 4 תנאים מצטברים:

1. לפי ס'30א(א) לחוק המקרקעין החלטת רוב יכולה להתייחס רק לניהול ושימוש רגילים של הנכס, בפס"ד זולבו נ' זיידה נקבע שהכוונה היא לכל הפעולות אשר לפי מהות הנכס, טיבו וייעודו הן טבעיות לגביו, הן פעולות פיזיות והן פעולות משפטיות – אומר בית המשפט שהדבר יקבע לפי טיב הנכס, מיקום הנכס, שימוש הנכס בעבר, השימוש שרוצים לעשות בו בעתיד- בקיצור יש לבחון את כל הנסיבות. עכשיו נשאלת השאלה האם ההשכרה במקרה דנן נחשבת שימוש רגיל? התשובה היא כן, מדובר בדירת מגורים, ההשכרה היא למגורים, ידוע לנו שהאבא גר שם – אין עובדות אחרות שעולות מן השאלות. אם כך, התנאי הראשון ככל הנראה מתקיים.

2. אסור לקפח את המיעוט- אם יש קיפוח המיעוט יכול לפנות לבית המשפט לפי ס'30ב(ב). ניתן מצד אחד להגיד שכן יש קיפוח – כי לשתי האחיות אין דירת מגורים ולגילה כן יש, מצד שני ניתן לטעון שאין קיפוח כי ממילא הן יקבלו את דמי השכירות – כל תשובה תתקבל, אין תשובה חד משמעית.

3. נקבע שחשובה דרך קבלת ההחלטה, יש להתייעץ עם המיעוט, לשתף אותו ולהסביר לו, לתת לו זמן לפנות לבית המשפט לטענת קיפוח – נקבע בפס"ד זולבו, אם ההחלטה לא התקבלה בדרך האמורה היא תהייה חסרת תוקף – נקבע בפס"ד וילנר. הפסיקה קבעה את התנאי הזה בהתבסס על עיקרון תום הלב שבס'14 לחוק המקרקעין – במקרה דנן, התנאי השלישי לא מתקיים כי היא לא התייעצה איתן אלא הציבה להן עובדה. (ממשיכים לבדוק את יתר התנאים)

4. אין לקבל החלטה שסותרת הסכם שיתוף קיים – נשאלת השאלה האם ההסכם שעשו האחיות מונע את השכרת הנכס? כאן יש הבחנה מאוד דקה שהמרצה שלנו אוהבת אותה- המרצה אומרת: בהסכם קיימת מגבלה על עסקאות בחלקה המתמטי של כל אחות, אך כאן מדובר בהשכרת הנכס עצמו,

המרצה אומרת שמדובר ב2 דברים שונים! לפיכך, ההסכם לא מונע את השכרת הנכס. במילים אחרות, עסקה בחלק מתמטי מסוים שונה מהנכס כולו.

לסיכום, ממילא התנאי השלישי לא מתקיים ולכן החלטת הרוב לא תקפה, למעשה די היה בתשובה הזו בגלל שלא מתקיים תנאי מספר 3 – אבל המורה ממשיכה לעוד שלב כדי שנדע את ההמשך לתשובה.

יש לבחון מהו ההסכם שעשו ביניהן האחיות? האם מדובר על הסכם שיתוף או החלטה של כל השותפים?
אפשרות אחת שההסכם שעשו ביניהן האחיות זה הסכם שיתוף –

לפי ס' 29 לחוק המקרקעין אכן הסכם שיתוף יכול לעסוק בזכויות וחובות בנוגע לנכס, בהסכם שיתוף מותר לכלול הגבלה על זכותו של שותף לעשות עסקאות בחלקו אבל, לפי ס' 34(א)(ב) הגבלה כזו תהייה תקפה עד 5 שנים. אצלנו ההגבלה בתוקף מאחר ועברה שנה, אולם ממילא היא לא מונעת את השכרת הדירה. שימו לב! ההסכם נעשה בכתב. לא עולה סוגייה האם הסכם שיתוף צריך להיות בכתב – אם ההסכם היה בעל פה היינו צריכים לדון בדעות מלומדים.

אפשרות שניה היא שההסכם שעשו ביניהן האחיות זו החלטה של כל השותפים – לפי ס' 30 לחוק המקרקעין זו החלטה פה אחד – החלטה של כל השותפים יכולה להתייחס לכל דבר שחורג מניהול ושימוש רגילים בנכס, אם מדובר בהחלטה של כל השותפים למגבלה שעשו האחיות אין תוקף שכן מגבלה כזו יכולה להיעשות אך ורק בהסכם שיתוף. ההגבלה חסרת תוקף לכן וודאי היא אינה מונעת את השכרת הנכס.

לא ניתן להשכיר מהסיבה שתנאי מספר 3, הרוב לא יכול להחליט על השכרת הדירה שכן תנאי שלוש לא מתקיים.

- האם גילה כשותפה יחידה יכולה להשכיר לבדה את הדירה? (מכוח ס' 31) פס"ד וילנר – שם המרצה הביאה דעות של השופטת נתניהו, בן פורת – כאן אין צורך להיכנס לפס"ד וילנר, למה? כי בעניין זה יש הלכה ספציפית, פס"ד אשורי נ' לוי שקובע שס' 31 לא מאפשר לשותף להחליט לבדו על השכרת הדירה.

• חלק ב' של השאלה :

הכלל הוא בס' 37(א) לחוק המקרקעין שאומר – כל שותף רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף! הרציונל הוא שיחסי שיתוף זה מקור לסכסוך ואם למישהו לא טוב הוא יכול לפרק את השותפות. אבל אז נשאלה השאלה מה קורה כאשר הפירוק מתבקש מחוסר תום לב על מנת להתעמר ולהציק ליתר השותפים? פס"ד רובינשטיין נ' פיין- בית המשפט קבע שלבית משפט אין שיקול דעת. מתי שמתבקש פירוק יש לתת פירוק, תום הלב בס' 14 לא רלוונטי. מדובר בפסיקה ישנה. בפסיקה חדשה יותר כמו פס"ד רידלביץ' נ' מודעי – כן ניתן למצוא כל מיני התבטאויות באמרות אגב שעיקרון הפירוק כפוף לתום הלב. יחד עם זאת, בפס"ד משנת 2010- בעלי זכויות בחלקה 10 נ' וייסמן – חוזר בית המשפט על הלכת רובינשטיין. ז"א לבית משפט אין שיקול דעת.

המרצה אמרה לנו שהיא חושבת שזה סוף דבר- בעידן שלנו יכול להיות שאם יגיע בעתיד מקרה של חוסר תום לב קיצוני יכול להיות שההלכה כן תשתנה. לגבי דרך המכירה; בהנחה שחלוקה בעין לא אפשרית (והיא לא אפשרית- כי מדובר בדירה)- לכן דרך הפירוק הוא מכירה וחלוקת הפדיון לפי ס' 40(א) לחוק המקרקעין.

בהצלחה.