

## שאלה 1

**שינוי ס' 1** – הלכת אהרונוב במקורה מורה, כי במצב בו קיימת תחרות בין נושה מעקל לבין בעל התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, יגבר בעל התחייבות לעשות עסקה באם רשם הערת אזהרה. לאחר מכן, נאמר בפס"ד גדי נ' בנק המזרחי כי גם אם בעל ההתחייבות לעסקה לא רשם הערת אזהרה יש בכוחו כדי לזכות במקרקעין. השוני במצב החדש הוא: 1. כעת יכול נושה מעקל זעיר לגבור על בעל התחייבות לעשות עסקה. 2. בניגוד להלכה בעבר, כי בתחרות מסוג זה לא ניתנה חשיבות לרישום הערת האזהרה אצל השני, כעת יש חשיבות ובעל התחייבות לעשות עסקה, יכול להבטיח את ההתחייבות ע"י רישום הערת האזהרה בלשכת רישום המקרקעין. נבחן את הרציונליים בדיני התחרויות:

**1. מזעור עלויות תאונה** – נציין את השיקול אותו מדגישה שטרסברג כהן באהרונוב א. אישיות – רידן טוענת, כי ככל שחפצים הם חשובים יותר מבחינת אישיות לבעליהם נדרש לתת להם הגנה קניינית חזקה יותר. כך גם נתנה הגנה גדולה יותר לבעלי דירות פרטיים בפס"ד מטרי. לעניינו בעל התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לרוב יש לו עניין בנכס הספציפי, בניגוד לנושה מעקל שכל עניינו בנכס הכלכלי בלבד. עם זאת, ניתן לטעון כי חוב גדול לבעל עסק זעיר הינו המתת קלון העסק והפסדתו של העסק, בהתאם, הפסד עסקי בעיני עצמאיים רבים אינו עסק כלכלי גרידא אלא פגיעה בנכס הקרוב אליהם, בייחוד בתקופה כזו. **ב. מאזן המצוקה** – בפס"ד סולימאן מחיל דנצינגר שיקול זה בהקשר של תחרות אחרת, אולם יש מקום להחיל שיקול זה גם כאן. בבסיס הטענה עומד השיקול כי עצמאיים רבים נמצאים במצוקה גדולה אשר אי יכולת לגבות חוב תביא לאבטלה. מנגד ניתן לטעון, כי עסקה לרכישת מקרקעין פרטיים שלא מתממשת גם היא במקרים רבים תוביל את בעלי ההתחייבות לעשיית העסקה לקשיים רבים.

**2. מניעת תאונות** – ההצעה יכולה למנוע תאונות, במקרים בהם הנושה המעקל הטיל את העיקול ונתן את ההלוואה לאחר שנחתמה ההתחייבות לעשיית עסקה. הסיבה היא כי ברישום הערת אזהרה בעל התחייבות יוכל למנוע את העסקה, ובכך נושה זעיר יוכל לראות את מצבת הנכסים האמיתית של הלווה.

**3. התנהלות מערכתית** – ניתן לטעון כי הדרישה לוודא כי מדובר בעוסק זעיר, יכול להביא להתדיינות מורכבת יותר בביהמ"ש אך זו טענה חלשה.

**4. צדק חלוקתי** – יש מקום לחשוב על מערכת יחסים שונה בין עצמאי זעיר לבין רוכש דירה, מאשר מסתכלים לרוב על מערכות יחסים. יובהר, כי בייחוד בזמן משבר קיימת חשיבות גדולה לשימור העסקים הקטנים ואולי אף על פני הפרטים. יצוין, כי לרוב בתחרות מסוג זה אנו מסתכלים על הנושה כגוף גדול לדוגמא בנק.

**נבחן האם יש משמעות לרישום הערת אזהרה? בפס"ד בנק מזרחי נ' גדי** נאמרו 3 סיבות מדוע אין לרשום הע"א: 1. הרישום לא ישנה את שיקול הנושה המעקל. 2. הנושה לא מסתמך על נכס ספציפי ולכן אין משמעות לע"א. 3. שיקול האישיות. מבחינת השיקולים ניתן לראות כי השיקול הראשון והשני ממשכיכים להתקיים, וכי אין סיבה לאור זאת לשנות את הדין הקיים. מבחינת השיקול השלישי כנכתב לעיל. המקרה היחיד בהם שיקולים אלו ישתנו הוא במקרה בו גם ההלוואה וגם העיקול נעשו לאחר ההתחייבות לעשיית עסקה. במקרים מסוג זה כאמור לעיל קיימת חשיבות לקיומה של הע"א, והיא אכן יכולה למנוע תאונה (ראו לעיל) או לשנות את החלטותיו של הנושה

המעקל. כמו כן, ניתן לומר לעניין רישום הע"א כי יש מקום להחיל את הסייגים למתי לא נדרש לרשום הע"א כפי שנאמרו בגנז.

**יש מקום לבחון מה קורה במקרים בהם שולמה חלק מהתמורה לפי שטרסברג כהן בפס"ד בנק מזרחי**, יש לחלק לפי החלק ששולם ובעל העיקול, כפי שנקבע בדיני היושר. לפי ברק הזוכה צריך להשלים את הסכום. בהתאם בחינת השינוי לפי גישת ברק מביא למסקנה, כי אם לא שולמה תמורה או שיש מספיק משארית התמורה שלא שולמה כדי להיפרע אין כל בעיה, לתת לנושה את הכסף ועדיין להעדיף את בעל התחייבות, גם לפי שטרסברג, ניתן לומר שבעל התחייבות יקנה את חלקו של הנושה המעקל ובכך הוא יקבל לפחות חלק מהכסף. משכך במקרים כאלה לא בטוח שיש צורך בתיקון.

**שינוי ס' 2** – השינוי הראשון במהותו קובע כי אם שולמה תמורה שהיא גדולה פי 2 מהתמורה ששולמה ע"י בעל התחייבות הראשון, אזי יעדיפו את הנושה השני (בתנאי שעמד בתנאים האחרים רישום ותו"ל). השינוי בא להגן על מקרים כגון **ורטהימר נ' הררי** שם נקבע כי על אף שהשני שילם את כל הסכום יעדיפו את הראשון. עם זאת, במקרה הררי לא בטוח כי השני היה ת"ל, וגם לא בטוח שהוכרע שם מכוח דיני התחרויות או החוזים. עם זאת, במקרים של משבר כלכלי אולי יש מקום לתת חשיבות לשיקול של **מעורר עלויות התאונה**, כיוון והשינוי בא על רקע של משבר כלכלי בו הפסד כלכלי משמעותי הוא קשה אף יותר מבזמנים רגילים. **מנגד** ניתן לטעון, כי השינוי מזמן לתוכו הזדמנות לגורמים נכלוליים, שכן במקרים רבים יזדרזו השני לשלם את הסכום המלא על מנת למנוע מהראשון לזכות. תוצאה זו בעייתית גם מבחינת השיקול הכלכלי, כיוון שהשיקול הכלכלי מביא לתוצאה כי במקרים רבים יזדרזו קונים לשלם עבור עסקה מבלי לבדוק עד הסוף ובכך יאבדו את כספם. כמו כן, כנגד הטענה של גורמים נכלוליים, ניתן לטעון כי עדיין השני נדרש לעשות את מעשיו בתו"ל. עוד יובהר, כי בכל מצב יש מקום לגורמים נכלוליים שינסו לעמוד בתנאים הטכניים. כמו כן, באם לא רוצה השני להזדרז ולשלם את הסכום יכול לרשום הע"א כמו בהמשך התיקון.

[190] עם הערות: מאזן המצוקה  
-1

כמו כן לעניין השינוי השני, כי השני שרשם לזכותו הע"א יזכה בנכס, לא מדובר בחידוש גדול כל כך, וניתן לראות כי כך גם אומר **פורקצ'יה**, כי יש מקום לטעון שרשום יכול להיחשב גם הע"א כיוון שהרציונל הוא יצירת פומביות. יתרה מכך, באם רשם השני הע"א על הנכס, בידוע כי קיימת הע"א לטובת הראשון, ברי כי אינו ת"ל מבחינה אובייקטיבית ואינו יכול לזכות. הנפקא מינא יכולה להיות במקרה בו, מתקיים אחד הסייגים והראשון לא הצליח לרשום הע"א. האם במקרים מסוג זה יזכה הראשון כקבוע היום בחוק או השני מנבחן את הסייגים **1. אין התרשלות** – יש מקום להמשיך ולטעון, כי האיום שהשני יכול להשיגו ברישום הערה יתמרץ את הראשון לרשום הערה בכל מחיר. לעניין מקרים של רישום הערה בבני בני זוג אין כל שינוי בטיעון, ואולי במקרה זה יש לשים דגש על היבט התמורה או על אופי הצדדים, על מנת לראות מי יפסיד באופן ניכר יותר מהתאונה. **2. ניתוק קש"ס**, נראה כי השיקולים עומדים באופן זה לשני הצדדים. **3. השיקול של התחייבות** שלא לרשום הע"א לזמן מסוים, נראה כי מקום לעקור שיקול זה, על מנת לגרום לצדדים ביחוד בתקופת משבר לנהוג בזהירות ולא לפק את המוכרים לרשום הערת אזהרה.

**שינוי ס' 3** – מהות הס' הוא להעניק הגנה לשוכרים אשר נפגעו בתקופת הקורונה מבחינה כלכלית. בטרם אגד לביקורת המהותית לפגיעה אציין ביקורות כלכלית, בעוד נראה כי הסעיף עניינו להגן על השוכרים על מנת שלא יפנו אותם מדירתם, בפועל הוא מגן לרוב על בעלי הנכסים בכך שהוא מבטיח

כי מחירי השכירות בשוק יישארו כפי שהיו טרם המשבר, כיוון ויש עלויות למעבר דירה ואנשים נוטים לצבור חובות או לשלם סכום גבוה, תוך שהם נמנעים מלעבור דירה. דבר אשר יכול למנוע את התנועה בשוק השכירות ואת הירידה המיוחלת במחירים.

כמו כן, הסעיף בלי ספק פוגע בזכותם הקניינית של בעלי הדירות, זכות המוגנת בס' 3 לחו"י **נבד האדם**, וניתן לפגוע בה רק לפי ס' 8 לחו"י. הפגיעה היא פגיעה במוסד הקנייני של בעלות במקרקעין **ס' 16 לחוק המקרקעין**, למול הגנה על מוסד השכירות **סימן א' לפרק ז' לחוק המקרקעין**. יש לאזן בין השיקולים העומדים בבסיס מוסד השכירות ומוסד הבעלות. בשינוי דגן, אם בעבר שכירות העניקה לשוכרים את **זכות השימוש**, והשאירה אצל הבעלים את **זכות הניהול והשליטה**, השינוי פוגע במידה מסוימת בזכות לשלוט בנכס, הן מבחינת בחירת השוכר, והן מבחינת קביעת המחיר ומועד התשלום.

נעבור על ההצדקות הרלוונטיות למוסדות: **1. חירות** – **נוז"ק** ללא ספק מבחינת הבעלים מדובר בפגיעה בחירות לנהל את הנכס, ובמניעת ההעברה של הנכס. מנגד יטען **הופלד** כי לעולם שימור חירות של אחד תתבטא בפגיעת חירות של אחר, לעניינו שימור חירות הבעלים בהכרח תפגע בחירות השוכרים. **2. רווחה מצרפית** – בתאוריה של **הארדין** ברור, כי כל אחד מנסה להשיא את רווחיו, הגבלה על השימוש בנכס בהכרח יכולה לגרום לרווחה מצרפית פוחתת. מה גם, שלדחיית תשלומים או פינוי יש השלכות כלפי צדדים אחרים, לדוג' באם מכספי הנכס משלם הבעלים משכנתא או לחלופין התחייב בהסכם אחר לצדדי ג' לשימוש בתום תקופת ההשכרה. מנגד, ניתן לטעון **כדמשץ** כי כל מקרה לגופו ולא ניתן להסיק ממקרה למקרה לעניין הניתוח הכלכלי. **אישיות** – **ריידין** טוענת כי יש לחלק קטגורית את הנכסים, בית מגורים לשוכרים הוא ללא ספק דבר חשוב ויכול שבעת משבר יש מקום להגן על הקניין. מנגד, לעולם נטען לטעון כי יש איזה אלמנט של אישיות בנכס מקרקעין גם לבעלי המקרקעין אולם טיעון זה קשה כי הוא משתמש בנכס לטובת רווח כלכלי. **3. צדק חלוקתי** – ניתן לטעון כי האיזון יוצר חלוקתי, טוב יותר כי מבחינה קטגורית בעלי נכסים הם חזקים יותר משוכרים גם בעת משבר, אולם יש לזכור כי מדובר בהכללה שהיא בעייתית וכל מקרה נדון לגופו.

**[2פפ] עם הערות: חסר-**  
האם ניתן לדבר על הפקעה ופיצוי של המדינה?  
האם עומד בניגוד רציונל של תביעות פינוי?  
-3

**שינוי ס' 4** – שינוי זה אינו שונה במיוחד מהשינוי האמור בס' 3 כאשר מדובר בזכות חוזית (ראו את כלל השיקולים שנאמרו לעיל). למעלה מכך, במקרים רבים מעניקת הרישיון היא המדינה (**ברי רשות בנחלה**), משכך המדינה יכולה לדחות את תכניתיה לשינוי רישיונות במקרקעין עד לתום תקופת המשבר. גם במקרים של רישיון מכללא, אשר נוצר לרוב מתירה או אי מחאה, אשר לרוב נעשית לאחר תקופת זמן ארוכה, לא נראה כי יש מניעה לדחות את סיום הרישיון. מנגד נטען לטעון, כי רישיון במקרקעין, הוא זכות **קניינית** יציר הפסיקה, וכידוע (**אלוניאל**), זכות קניינית בעיקרה צריכה להיות מכוח חוק. משכך, ניתן לומר כי במקרים בהם החוק פוגע בזכות קניינית של בעלות יש לדחות אותו מפני זכות קניינית יציר הפסיקה. מנגד ניתן לטעון, כי זכות זו בעיקרה נבחנית לפי הציפייה שנטע בעל המקרקעין במקבל הרישיון, ומשכך כאשר הפסיקה יצרה ציפייה זו, ראוי לחזקה גם ע"י המחוקק, בייחוד במקרים של משבר.

**[3פפ] עם הערות:**  
בר רשות אינה זכות במקרקעין  
חסר: השינוי מאפשר לבר הרשות לנצל את המשבר – לא מותנה שיש להם נכס אחר  
השינוי לא מחייב את בר הרשות לשלם. האם זה ראוי?  
-4

## שאלה 2

הערת אזהרה, אולם אינה מעבירה זכות קניינית כמוגדר בס' 7 לחוק המקרקעין, אולם היא, מיידעת קונים המעוניינים לרכוש נכס לדעת כי מתנהל הליך נוסף בעניין הנכס, כמו כן, היא משמשת כבטוחה מסוימת במובן הזה שנכס בעל הערת אזהרה לא ניתן להעבירו.

לרוב משתמשים בערת אזהרה למספר דברים: ליצור פומביות ממועד חתימת החוזה ועד לרישום הערת האזהרה בפועל, במכירת נכס. במקרים בהם נעשית עסקת קומבינציה ובדיני תחרויות. למעלה מכך, המחוקק הכיר בהערת אזהרה כבטוחה ברכישת דירה בחוק רכש דירות, שם יכול הקבלן לרשום הערת אזהרה ראשונה על הנכס שתשמש כבטוחה לרוכשי הדירה. הערת אזהרה לרוב משמשת כמונע נזק זול, שכן כיום ניתן לרשום את הערה באינטרנט בהליך פשוט יחסית וזול. עוד הגדילו לעשות וחייבו נושים מקצועיים במקרים מסוימים לרשום הערת אזהרה על אף העובדה כי הערת אזהרה לא הייתה מונעת תחרות בפועל וזאת על מנת ליצור אמינות למרשם (רשף נ' יוסף).

למעלה מכך, הכלי של רישום הערת אזהרה בהיותו מבוסס על שימוש באינטרנט בלבד ואינו דורש הזדהות, הינו כלי יעיל וזול, אשר מונע תחרויות רבות שהיה צריך לפסוק בהם בעבר. יובהר, כי תחרות מטביעה בנויה על כך שיש שני צדדים שהצדק עמם אולם יש רק נכס אחד, לכן מניעת התדיינות מסוג זה היא מבורכת.

מנגד, ניתן לטעון, כי הפסיקה (אהרונוב) ובעקבותיה המחוקק (חוק מכר דירות) הכניס את הערת הזכות קניינית, אשר בבסיסה עומד רק חשיבות עיקרון הפומביות, בעוד חשיבות הזכות לקניין היא רחבה יותר ועקרונית יותר. ניתן לראות כי במקרה אחר קלומבו, ביהמ"ש נתן חשיבות לקיומה של פומביות לעניין הנכסים, אולם לאחר מכן נהפכה ההלכה קידוחי הצפון ונאמר כי יש לשמר זכות קניינית. מנגד, ניתן לומר, כי ס' 7 לחוק המקרקעין מגדיר בעלות במקרקעין ע"י פרסום פומביות ע"י רישום הבעלות במרשם.

ביקורת נוספת שניתן להעביר על רישום הע"א, היא כי בדרך זו מתחמק המחוקק מהיכולת שלו לפתח את המרשם וליצור אותו מדויק ככל הניתן. במילים אחרות בעוד כיום הליך רישום מקרקעין הוא הליך ארוך הדורש קבלת אישורים של גופים רבים הלוקחת זמן, יכול המחוקק להשתמש בטכנולוגיות נוספות על מנת לקצר את הזמן למינימאלי ולהפוך את המרשם ליעיל כפי שהוא. הדבר אף ימנע את התוצאה כי במקרים רבים רוכשי קרקעות לא מעבירים רישום במשך תקופה ארוכה, כיוון והם סומכים על הערת האזהרה, בעוד המטרה היא כי המרשם יהיה אמין ויצור זכויות קנייניות ברורות. למעלה מכך, כבר היום העביר הרגולטור חלק מהליך רישום הדירה למרשתת ע"י שימוש בכרטיס חכן של עו"ד. כנגד טענה זו ניתן לטעון, כי זה סיבה לרוקן את מעמדה המעין קנייני של הערת אזהרה אלא לכל היותר להגבילה לתקופת זמן מסוימת.

טענת נגד נוספת לקיומה של הערת אזהרה, היא כי הפשטות לרשום אותה, יכולה להגדיל את המקרים של רישום כוזה ע"י גורמים נכלוליים. למעלה מכך, כיום ניתן לעשות עסקאות על בסיס הערת אזהרה המביאות למצב של תקנת השוק, מורדכיוב, כך שיכול להיות שעסקאות מסוג זה גורמות לעליה במקרי התחרויות ולא ירידה. מנגד ניתן לטעון כי כבר במורדכיוב הוטלו מגבלות על עסקאות מסוג זה שנועדו למנוע רמאות ברוב המקרים 1. הקונה צריך לבדוק את עסקת היסוד על בסיסה נרשמה הערה הראשונה. 2. יש לדחות את רוב התשלומים לאחר סיום רישום העסקה הראשונה כך גם במקרה של תחרות ההפסד לא יהיה גדול כפי שמנסים לתאר אותה.

[49פ] עם הערות: מה לעניין עסקאות נוגדות שהשני בזמן הוא עסקת מתנה? -1

[5פ] עם הערות: ציון 91=29+62