**דיני קניין- סיכומי פס"דים ומאמרים:**

**פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ**

* זכות ההפצה אינה קניינית ולכן הינה ניתנת לביטול.
* סיווגה של זכות כזכות חוזית או קניינית אינו צריך להיעשות באופן כללי ומופשט, אלא סיווגה ומיונה של הזכות יוכרעו בכל מקרה לגופו על רקע מאפייניה של הזכות בהקשר הקונקרטי הנדון.
* סממנים מזהים לזכות קניינית:
1. **עבִירות**
2. **עצמאות ומיידיות** ("כבר יש")- זכות היא 'כבר' של אדם כאשר ההנאה או השליטה המוקצית לו מהדין אינה טעונה מימוש באמצעותו של אחר כלשהו, הצריך לעשות, לתת או להימנע.
3. **כפיפות הזכות לעקיבה**- מאפשרת לבעל הזכות לעקוב אחר הנכס מושא הזכות.
4. **עדיפות על כל זכות אחרת**- מעניקה לבעל הזכות את האפשרות לאוכפה כלפי כולי עלמא באופן המונע אחר מעשיית מעשה בנכס מושא הזכות.
5. **ייחודיות**- מאפשרת לבעל הזכות לשלול מן הזולת שימוש מקביל בזכות.

הרשימה אינה סגורה.

**יהושע ויסמן דיני קניין - חלק כללי**

עמ' 16-26:

* הדין הפוזיטיבי בישראל מושתת על הכרה בקניין הפרטי.
* הדין הישראלי מכיר בעיקרון התפישה (השתלטות על נכס ללא בעלים) כבסיס להענקת בעלות (בחוק המיטלטלין).
* **תיאוריית העבודה-** לפיה לאדם זכות טבעית בפרי עמלו. סייג לכך הוא כשמדובר בנכס שהוא נחלת הכלל ומשקיע העבודה לוקח לעצמו יותר ממה שנחוץ לו.

המבקרים לתיאוריה זו טוענים כי אדם העובד בנכס זכאי להטבות על עבודתו אך לא זכאי לנכס עצמו.

היום לתיאוריה זו ביטוי בדיני הקניין למשל בזכויות יוצרים או פטנטים.

* **תיאוריית ההגנה על חירויות האדם**- לפיה הרצון לעשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם, והגנה על רצון זה, זו בעצם הגנה על אישיותו וחירותו. ביטוי לתיאוריה זו בדין ניתן למצוא בחוקות שונות שכוללות את הזכות לקניין תחת חירויות היסוד של האדם.
* **תיאורית התועלתיות**- לפיה הקניין הפרטי נחוץ כי הוא מועיל להשגת תכליות שאנו מעוניינים בהן. הקניין משרת אפוא את צרכי האדם ביחד לסביבה הסובבת אותו, מסיבה זו ניתן לראות את זכות הקניין כמקדמת את הרווחה החברתית. כבר בעבר עלתה טענה זו בצורה מעט שונה -ההוצאות של האדם תחת גישה שאינה מכירה בקניין פרטי (אבטחה, גזלנים וכו'..) עולה על הוצאותיו בגישה שכן מכירה בקניין פרטי. טענה נוספת היא שללא קניין פרטי לא יושג ניצול מירבי של נכסים כי אין עבירות (אדם לא יוכל להעביר את הנכס שלו לאדם אחר שיעשה בו שימוש מירבי).

ניתן למצוא ביטוי לגישה זו היום בדין למשל בדיני ההתיישנות, לפיהם אם אדם לא משתמש במקרקעין שלו תקופה ממושכת הוא יאבד את זכותו בנכס זה.

* **תיאוריית הדין כמקור לקניין**- לפיהם מקור הקניין הוא לא בזכויות טבעיות או במקורות שרחוקים מהדין. לפי גישה זו, הזכות לקניין היא מה שייקבע בדין.

עמ' 43-71:

* לפי **קראוס** (Kruse)- אין כללי משפט או עקרונות, המיוחדים לזכויות הקניין והשונים מן הכללים והעקרונות החלים על הזכויות האישיות.
* לפי **פרופ' גינוסר**- יש להתייחס לכל זכויות הקניין מלבד הבעלות כזכויות אישיות (דוחה את ההבחנה המסורתית בין קניין לחיוב).
* למונח 'זכות קניינית' אין משמעות אחידה ומוסכמת. התכונה המשותפת למרבית ההגדרות שניתנו היא המגמה לשקף באמצעות ההגדרה את השוני בין שני סוגי רכוש: אחד, מכונה זכות גברא/ אישית/ אובליגטורית/ חיוביות. הוא כולל דברים שהאדם זכאי להם ביחסו כלפי אדם אחר (זכות מלווה מלווה, זכות לרוכש דירה לקבלה מהקבלן וכו'...). שני, מכונה זכות חפצא/ ריאלית/ קניינית. סוג רכוש זה עוקף את התלות בחייב מסוים (זכות נושה במשכון, בעלות דירה שנרכשה ע"י קבלן וכו'..).
* זכויות קניין מספקות ביטחון רכושי שאינו תלוי באדם.
* שתי תכונות מרכזיות שמבטאות את משמעות הזיקה הישירה בין בעל זכות קניינית ובין הנכס:
1. זכות העקיבה: מאפשרת לבעל זכות קניינית לעקוב אחרי הנכס, ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס.
2. זכות העדיפות: מעניקה לבעל הזכות הקניינית עדיפות על מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס, ועל מי שיטען לזכות אישית ביחד לאותו נכס.
* הגדרות שונות לזכות הקניינית:
1. לפי **בראון**- 'יחסו של האדם לנכסים פיזיים'. לפי המחבר זו טעות מכיוון שיחסו של האדם אל נכס יכול להיות מבוסס גם על זכות שאינה קניינית (למשל אישית).
2. לפי **התיאוריה הקלאסית**- יש להבחין בין זכות אישית כלפי אדם מוגדר לבין זכות שיש לאדם בנכס המחייבת את כולם.
3. לפי **התיאוריה הפרסונלית**- מתנגדים להבדל בין זכות משפטית כלפי נכס לעומת זכות משפטית כלפי בן אדם. לפי גישה זו, יחסים משפטיים ייתכנו רק בין בני אדם (כולל תאגידים). לפי גישה זו, הבחנה בין זכות אישית וזכות קניינית נעוצה ביחס בין בעל הזכות לבין האנשים הכפופים לזכות (מבחינה מהותית אין הבדל בין זכות קניינית לאישית), ההבדל היחיד הוא שבזכות אישית מול הזכות ניצב חייב מוגדר ומסוים וזכות קניינית מחייבת את הכל. כך הם מכנים זכות אישית כ'זכות יחסית' וזכות קניינית כ'זכות מוחלטת'.

עם זאת להשלים תיאוריה זו יש צורך בתכונה נוספת: רכושיות- זכויות רכושיות הן זכויות שניתן להעריך בכסף או לחלופין זכות שניתנת להעברה.

* "קניין ביושר"= בתקופת הבינים בין ההתחייבות להענקת הזכות הקניינית לבין העברת הבעלות. (לפי המאמר מדובר בזכות קניין).
* לרוב בזכות קניינית קיימת על הכלל חובת הימנעות ממעשה אך במקרים בודדים תיתכן חובה עשה.

עמ' 75-87:

* לפי דעת המחבר, הפרט אינו יכול ליצור זכויות קניין חדשות (בשל אי ידוע הכלל וחשש מפיצול נכסים). עם זאת ניתן לעקוף זאת מעט באמצעות שכירות, משכון או זיקת ההנאה.
* המשפט הישראלי אינו חד משמעי באשר להאם הזכות הקניינית מהווה רשימה סגורה, אך נראה כי הוא נוטה לכך שהיא סגורה. במשכון הוא הגדיר שהיא רשימה פתוחה, אך באשר למקרקעין הוא הגדיר שהיא סגורה. הוא מאפשר גמישות מסוימת ע"י:
1. **זיקת ההנאה**.
2. **תקנון בית משותף** (ועד בית).
3. **הסכם שיתוף** (שותפים במקרקעין).
4. **שכירות**.

**פס"ד אלוניאל נ' מקדונלדס:**

הסיפור העובדתי:

* למשיב קראו אריאל מקדונלד והוא היה שחקן כדורסל שהגיע מארצות הבית ושיחק בליגת העל בישראל. המערערת היא חברת אלוניאל, והיא הזכיינית של רשת המזון המהיר 'מקדונלדס', אשר מתחרה ברשת 'בורגר קינג'.
* אריאל התקשר בחוזה עם חברת בורגר קינג והשתתף בפרסומת עבור החברה אשר מציגה בצורה מתוחכמת שאדם ששמו מקדונלד אוכל בברגר קינג.
* כתגובה לפרסומת זאת, הוציאה רשת מקדונלד פרסומת שהציגה ראיון ישן שם אריאל שם נאמר שהוא אוכל במקדונלדס.
* אריאל פנה למערערות 2 ו4 (שהן זכייניות בערוץ 2 שם שודרה הפרסומת של מקדונלדס) בטענה שיורידו את הפרסומת מכיוון שהיא משתמשת בשמו ללא הסכמתו, הם סירבו והמשיכו לשדר את הפרסומת.
* חמישה ימים אחרי שכבר הופסק שידור הפרסומת (בלי קשר לבקשת אריאל), הוא הגיש תביעה כנגד המערערות ובמקביל בקשה לצו מניעה לשידור הפרסומת (שניתן) למרות שכבר הפרסומת ירדה מהשידור. אריאל טען בתביעתו כי המערערות פגעו בזכותו לפרטיות, גרמו נזק למוניטין שלו, ביצעו כלפיו מעשה העולה לכדי העוולה של גרם הפרת חוזה וכי בפעולותיהן עשו עושר ולא במשפט.

ביהמ"ש המחוזי:

* ביהמ"ש המחוזי החליט כי השימוש ב"הרגלי האכילה" של אריאל לשם מטרות רווח הינה פגיעה בפרטיות שלו ופסק לטובתו. ביהמ"ש בחן ושלל את כל ההגנות הקיימות בחוק להגנת הפרטיות. אמנם הפרסומת של מקדונלדס הייתה כתגובה לפרסומת של בורגר קינג, אך לטענת ביהמ"ש התגובה לא הייתה מידתית והפגיעה בזכות לפרטיות לא הייתה סבירה.
* בנוסף נפסק ע"י ביהמ"ש כי הייתה פגיעה בזכותו לקניין. כמו כן, קבע ביהמ"ש כי התשדיר היה לשון הרע נגד אריאל. . תשדירי הפרסומת פגעו, כך סבר בית-המשפט, בתדמיתו של אריאל בקרב ציבור המפרסמים בארץ.
* לבסוף קבע בית-המשפט כי לאריאל עומדת גם עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, משום שהמערערות כולן הפיקו רווח משידור הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, והתעשרותן זו נבעה ישירות מהשימוש בשמו של אריאל, והכול שלא על-פי דין, ואף בניגוד לדין.

הפס"ד של השופט ריבלין:

* מתנגד להחלטת ביהמ"ש המחוזי על פגיעה בזכות לפרטיות. הזכות לפרטיות היא "הזכות להיעזב לנפשך", עם זאת, אריאל הוא ידוען שבוחר להציג את עצמו לציבור פרסומות, ואף בוחר להציג לציבור את העדפות המזון שלו (בפרסומת לבורגר קינג). ולכן לפי הנסיבות אין במקרה זה פגיעה בפרטיות. הזכות לפרטיות מנסה להגן מפני נזק נפשי ולא מפני נזק כלכלי.
* הזכות לעשות שימוש מסחרי בשמך היא עבירה (לעומת הזכות לפרטיות שהיא אינה עבירה). האדם יכול (ומעוניין) להעניק לצד ג' רישיון שיאפשר לו לעשות שימוש בלעדי בשמו או אף למכור לו את הזכות לשימוש שכזה. גם צד ג' זה ראוי להגנה, שרק היא תבטיח, בעבור הידוען, את ערך השוק של זכותו.
* **הזכות לפרסום** היא אפוא זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור ב"פרסונה" שלו – בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שייעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות.

ההצדקות לקיומה:

1. הצדקה לוקיאנית (תורת העבודה)- יש להגן על זכותו של הידוען בדמותו, בין השאר כיוון שהינה פרי עמלו שלו – התוצר של מאמציו להצטיין בתחום מקצועו.
2. רבים מוצאים שיש בהגנה על הזכות לפרסום, כבהגנה הניתנת לשאר זכויות הקניין הרוחני, משום מתן תמריץ ליצירה וליוזמה אישית.
3. הכרה בזכותו של אדם בדמותו היא חיונית, שכן אחרת, יעשה שימוש-יתר בדמות למטרות פרסום, וכתוצאה מכך יאבד ערכה הפרסומי.
4. ישנם גישות הקושרות את הזכות הפרסום לחירות האדם בראותן את הקניין בכלל כאובייקטיביזציה של האישיות. היא קשורה לתיאוריה של פרופ' מרגרט רדין שלפיה כרוכים נכסים מסוימים באישיותו של האדם, ועל-כן נדרשת זכותו בהם להגנה נרחבת.

ההתנגדות לקיומה:

1. מתנגד לקיומה של זכות זו טוען כי זה לא הידוען אשר יוצר את פרסומו אלא הציבור. ראיית עולם זו עוררה את הטענה כי אין להעניק לאדם זכות קניין בפרסומו, ויש לשמר זכות זו, לפחות בחלקה, לציבור, שהרי זה האחראי לקיומה. השופט מתנגד לטענות המתנגדים אף שמכיר בכך שהן נכונות בחלקן. לפיו . אף שאין חולק שהציבור שותף ביצירתה, ראוי להכיר בזכות לפרסום כזכות פרטית.
2. מתנגדי זכות הפרסום טוענים כאמור עוד כי במתן זכות קניינית, או מעין-קניינית, בפרסומו של אדם יש פסול חברתי נוסף: תרומה לקיומה של תרבות הצריכה המודרנית. השופט מתנגד גם לטענה זו.
* חשיבותה של זכות היוצרים עולה על חשיבותה של הזכות לפרסום.יש להבחין היטב בין דמותו של הידוען – שעליה הזכות לפרסום מגנה – לבין היצירה שבה דמותו מוצגת – המוגנת בזכות יוצרים (כמו למשל אם מפורסם מצטלם, הזכות יוצרים על התמונה שייכת לצלם, לפיכך אם נרצה לעשות שימוש בתמונה נצטרך את זכות היוצרים מהצלם ואת מהידוען את הזכות להשתמש בדמותו).
* העושה שימוש לא מורשה בדמותו, בשמו או בקולו של האדם מתעשר ולא במשפט, לפיכך הוא מחויב להשיב את הזכייה – את ערך השימוש בזכות לפרסום. משמעם של דברים אלה הוא כי המפר את זכות הפרסום של האחר יחוב בהשבה בין שהפיק מהפרסום המפר תועלת מסחרית-כספית ובין שלאו. בכל מקרה של הפרה מפיק המפר רווח מעצם הגדרת השימוש המפר, וכל עוד יש ערך לזכות הפרסום של האדם אשר בדמותו נעשה השימוש. הרווח מבטא את החיסכון שבאי-תשלום דמי השימוש.
* יסודותיה של גרימה להפרת חוזה: חוזה מחייב כדין, הפרת חוזה, גרימת הפרה, ביודעין, היעדרו של צידוק מספיק.

השופט הפך את החלטת ביהמ"ש המחוזי וקיבל את הערעור.

**The Reliance Interest in Property/ Joseph William Singer**

* לפי המחבר של המאמר השופטים בתיק שהוא נתן כדוגמא טעו בכך שהניחו כי לבעלים של נכס יש זכות לעשות מה שיחפצו עם הנכס שלהם. לפיו זכויות קניין לרוב יותר נחלקות מאשר בלעדיות, והזכות להשתמש ולהיפטר מנכס היא לעולם לא מוחלטת.
* במקרים שונים של סוגים שונים של יחסים, במקרה של היפרדות יחסים אלה, המערכת המשפטית מחייבת חלוקה או העברה של נכסים מהבעלים לפרט השני במערכת היחסים כדי להגן על הצד החלש יותר בקשר (כמו למשל בגירושים). המערכת המשפטית מנהלת חיוב זה לא בשל תלות של הצדדים על התחייבות מסוימת אלא בשל תלות של הצדדים אחד על השני. בנוסף, הצד החלש עלול להיזקק למשאבים אשר נמצאים בבעלותו של הצד החזק יותר ועל פי מערכת היחסים הוגן להטיל את הנטל לחלוקה מחדש על הצד החזק.
* מטרת המחבר היא לקדם את דיני הקניין (כפי שקודמו דיני הנזיקין והחוזים) ע"י תיאור עיקרון הנגד של התלות.
* בשל חלוקות של הנכס להגדרות שונות (כמו למשל בעלים, בנק ממשכן ושוכר) קשה להגדיר מי הבעלים האחרים מכיוון שהזכויות השונות בנכס מחולקות בין אנשים רבים. בהסתכלות על תאגיד או חברה זו טעות להסתכל על החברה כבעלים, הבעלים הם רשת של מנהלים, בעלי מניות, העובדים ומשפחתם וכו.. במקום לשאול מי הבעלים, על פי המחבר יש לשאול למי יש זכות לקבל החלטות בנוגע לקיום או אי-קיום של הנכס.
* מודל השוק החופשי מתאר את העולם במונחים של קניין פרטי. הפרדיגמה הזו מבוססת על התיאוריה המסורתית של הובס ולוקס. לפי תיאוריה זו כל אדם הוא יישות עצמאית עם צרכים משלו, ברגע שהתעוררו קונפליקטים בין צרכים של אנשים שונים, האנשים התאגדו כדי להקים את המדינה. ברגע שמערכת זו קמה, לחובות יש שני מקורות: פקודות של המדינה או הסכמים רצוניים. תחילה המדינה מגדירה איך יהיו זכויות הקניין ואיך יהיה ניתן לרכוש אותן, וכן המדינה מגדירה זכויות אחרות אחרים.. לאחר שהמדינה הגדירה זכויות אלו, כל פרט זכאי לממש זכויותיו וזאת בתנאי שזכויותיו לא פוגעות בזכויותיו של אחר.
* בניגוד למודל הנ"ל, הגישה הקהילתית יוצאת נגד הטענה שהאדם הוא אינבידואל ולפיה האדם תמיד מסובך ברשת של קשרים עם אחרים. לפיהם לא יוצרים קשרים עם אחרים רק ע"י חוקים או הסכמים חוזיים.

**חסר עמ' 576-577**

**פס"ד מנור נ' שר האוצר**

* חוק ביטוח לאומי קובע תשלום קצבת זקנה של כ16% מהשכר הממוצע במשק.
* במוקד העתירה עומד סעיף 2 לחוק תוכנית החירום הכלכלית אשר מאריך את תקופת ההקפאה של עדכון קצבאות הזקנה ביחס לשכר הממוצע במשק. בנוסף עומד לדיון סעיף 10 שנחקק כהוראת שעה והפחית את קצבת הזקנה בשיעור של כ4 אחוזים.
* **טענת העותרים :**קצבת הזקנה היא אוניברסלית וניתנת לכל מבוטח שהגיע לגיל הזקנה ללא קשר למעמד הכלכלי שלו. לעומת זאת גמלת הבטחת הכנסה ניתנת לאדם לפי היכולת הכלכלית שלו. טענות העותרים עומדות כנגד קיצוץ קצבת הזקנה בטענה כי הקיצוץ אינו חוקתי. העותרים טוענים כי הקיצוץ אינו חוקתי משום שהוא פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד, וככזה הוא בטל.

**תגובת ברק:** לפי השופט ברק הקיצוץ בקצבת הזקנה אינו פוגע בזכות לקיום מינימלי לכבוד מכיוון שעדיין עומדת לרשות מי שאינו מתקיים בכבוד גמלת הבטחת ההכנסה.

* **טענת העותרים:** העותרים טוענים כי הקיצוץ בקיצבת הזקנה פוגע בזכות לביטחון סוציאלי כזכות חוקתית המעוגנת ב[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320). תוכנה של הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי במקרה שלפנינו הוא להבטיח לטענתם חומת מגן אחרונה של הזקן מפני עוני ומחסור. טענת העותרים מעוררת את שאלת מעמדה הנורמטיבי והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי.

**תגובת ברק:** הקיצוץ בקצבת הזקנה כשלעצמו פוגע בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי. הפגיעה הנטענת בזכות זו, ככל שתכליתה היא הגנה על קיום מינימלי בכבוד, נובעת – אם נובעת – כתוצאה מאי-עמידה בתנאים לקבלת גמלת הבטחת הכנסה.דין הטענה שהקיצוץ בקיצבת הזקנה פוגע בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי להידחות.

* **טענת העותרים:** קיימת פגיעה חוקתית בזכות לקניין.

**תגובת ברק:** הזכאי לקצבת הזקנה שילם במשך מרבית שנות חייו תשלומים שיועדו – בתוספת תמיכה כספית מאת המדינה – לצורך קבלת קצבת הזקנה. עם זאת הפגיעה בזכות נעשתה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או מדינית, התכלית הינה מניעתו של משבר כלכלי חמור ולכן היא ראויה.

בנושא המידיות, פיתחה מערכת המשפט 3 כללים לבחינת מידתיות:

1. מבחן "ההתאמה" **–** בוחן אם קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנקבע בחוק לבין התכלית שאותה בא האמצעי להגשים.
2. מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" – בודק אם לא היה ניתן להגשים את תכלית החוק על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם היא קטנה יותר.
3. מבחן "המידתיות במובן הצר" **–** בודק את התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק שייגרם לפרט.

**פס"ד לוסטיג נ' מייזלס**

* חכירה לדורות" - ובמיוחד לתקופה ממושכת - קרובה במהותה לבעלות יותר מאשר לשכירות, ותכונות אלה מוענקות לה בדרך כלל בהתחייבויות חוזיות.
* ניתן להשתמש בחוזה חכירה כדי לעקוף את סעיף החוק בחוק המקרקעין שאוסר על העברת בעלות חלקית בנכס.

**פס"ד אקונס נ' מדינת ישראל**

* סיכום רציו: עניינו של הערעור בהפקעות תת-קרקעיות שבוצעו לגבי מקרקעין שבבעלות המערערים לצורך פרויקט מנהרות הכרמל. ההפקעות בוצעו לגבי זכות החזקה והשימוש בעומק שמתחת לבתי המערערים לצורך המנהרות. הואיל והמערערים סירבו למסור את החזקה בקרקעות, ביקשה המדינה מבית-המשפט צו לפי סעיף 8 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) 1943 (להלן – הפקודה) למסירת החזקה. המערערים טענו כי הליך ההפקעה לפי הפקודה היה פגום ובלתי מידתי, בין היתר לאור העובדה שפרסומי ההפקעה לא פירטו את היקף ההפקעה באופן נהיר וברור. כמו כן טענו המערערים כי ההפקעה של זכויות החזקה והשימוש לתקופה של 99 שנים הינה פיקציה, ולאמיתו של דבר מדובר בהפקעת הבעלות ברבדים הנדונים. עוד הם טוענים כי הפקעת רובד מסוים של החלקה בלבד (עומק) סותרת את הכלל המעוגן בסעיף 13 ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897), תשכ"ט-1969 שלפיו אין לעשות עיסקה בחלק ממקרקעין. בית-המשפט נתן את הצו המבוקש בכפוף להתחייבויות שנתנה המדינה במהלך הדיון בדבר המרווח שבין הקרקע המופקעת לבין פני הקרקע. מכאן הערעור.
* עפ"י סעיף 11 לחוק המקרקעין, השטח התת קרקעי מתחת למקרקעין והשטח האווירי שמעליו הוא בבעלות בעל המקרקעין. לאחר המצאת התעופה הותאם החוק ואושר המעבר בשטח האווירי שבבעלות בעל מקרקעין, אך החוק לא הותאם באשר לשטח תת קרקעי למרות שהשימוש בשטח תת קרקעי מתגבר בשל המחסור בקרקעות.
* פסקי דין מסוימים שעסקו שנושא פסקו כי הבעלות לא תוכר מעבר לגבול יכולת ניצול מעשית, אולם הפסיקה לא אחידה. לדעת השופטת, גבול יכולת הניצול המעשית הינו מושג עמום, העשוי להשתנות עם הזמן.
* המדינה אינה יכולה, ללא הסכמת הבעלים, לרוקן את השטח שהפקיעה מחלק מתכולתו (כמו בניית מנהרות במקרה זה) בדרך של הפקעת זכות החזקה והשימוש לתקופה של 99 שנים. היא יכולה לעשות כן רק בדרך של הפקעת הבעלות.
* [סעיף 13](http://www.nevo.co.il/law/72897/13) ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) אינו מונע הפקעה של חלק ממקרקעין בלבד, וכך הוא גם כשהחלק המופקע הוא בעומק הקרקע. גם אין מניעה לרשום הערות אזהרה ההולמות את היקף ההפקעה גם בהפקעת "פרוסה" מן הקרקע. אם אין לרשם המקרקעין נהלים המסדירים רישום הערת אזהרה כזו יש ליצור נוהל מתאים. לא הנוהל יכתיב את הדין. הדין הוא שיכתיב את הנוהל.

**פס"ד אסטרחאן ואח' נ' בר חורין ואח'**

הסיפור העובדתי:

* המערערים הם הבעלים של חלקה 23. החלקה נרכשה ע"י זוג (הבעל נפטר) ועל החלקה בנויים ביתה של האם ובתי ילדיה.
* המשיבים היו הבעלים של חלקה 22 . 2/3 מהחלקה בבעלות גבריאלי ו1/3 בבעלות רודלניק. ב86' גבראילי מכר את זכויות בחלקה לחברת בר-חורין. לפי תוכנית המתאר החלקה מסווגת כאזור תעשייה ומלאכה.
* מערערים טענו כי חלקה 22 שימשה להם מעבר מהרחובות הסמוכים לביתם בחלקה 23 וכן שימשה להם לחניית כלי רכב כבר מעל 30 שנה רצוף.
* בר חורין הכחיש את קיומו של השימוש הנטען. הוא טען כי יש מוצא מהחלקה גם מחלקה הצפוני ובנוסף כי השימוש נעשה קודם ע"י אב המשפחה המנוח אשר נפטר לפני שעברו 30 שנה של שימוש. הוא טוען עוד, שהשימוש שנעשה בידי הבעל המנוח היה שלא כדין, תוך הסגת גבולה של חלקה .22על-כן, אין הוא מקים כל זכות לבעל המנוח או ליורשיו.
* גבריאלי תומך בטענותיו של בר-חורין ומוסיף עליהן שתיים אלו: אם נעשה שימוש בחלקה, נעשה הדבר בהיעדרו מן המקום ושלא בידיעתו; מכל מקום, גם אם השימוש הקים זכות, אין להנציח את קיומה כאשר הבעלים מבקשים להשתמש בחלקה לצורכיהם ולענייניהם.
* הערכאה הראשונה פסקה לטובת המשיבים. היא לא שוכנעה שנעשה שימוש רציף של 30 שנה ובנוסף יש גישה וחניה לבתים בצד הדרומי של החלקה מהצד הצפוני של החלקה.
* הערכאה השנייה דחתה את הערעור.

טענות הצדדים:

**המערערים:**

1. שימושם בחלקה 22היה בתקופה רצופה, כפי שנדרש כדי לזכות את חלקה 23 בזיקת ההנאה.
2. זיקת הנאה נרכשת לטובת מקרקעין ולא לטובת אדם, אחרת היה נוצר מצב שאדם יכל ליהנות מזיקה זו רק בערוב ימיו ויורשיו יאלצו להתחיל מחדש את ספירת השנים במותו.
3. לצורך רכישת זיקת ההנאה מכוח שנים ניתן לצרף תקופות שימוש של מספר אנשים, שהם חליפים זה לזה.
4. אין צורך בידיעתו של בעל החלקה הכפופה כדי שיחל מרוץ הזמן לרכישתה של זיקת הנאה מכוח שנים. בכל מקרה, בנסיבות שבענייננו, הייתה למשיבים ידיעה בפועל על השימוש, ומכל מקום, הם היו חייבים לדעת אודותיו.
5. הוראות [סעיף 96](http://www.nevo.co.il/law/72897/96) לחוק המקרקעין בדבר סמכותו של בית המשפט לבטל זיקת הנאה תמורת פיצוי מתאים אינן חלות על זיקת הנאה מכוח שנים.

 **המשיבים:**

כבר נקבע כממצא עובדתי שלא היה שימוש רציף של 30 שנה, ומאחר שאין זה מנוהגו של בית-משפט לערעורים להתערב בממצאיה העובדתיים של ערכאת השמיעה, יש לדחות את הערעור.

השאלות המשפטיות:

1. האם זיקת הנאה מכוח שנים קמה על יסוד שימוש שתחילתו ביום תחילת החוק ולאחריו, או האם היא קמה גם על יסוד שימוש שקדם לו?
2. מה הם התנאים הנדרשים לרכישתה של זיקת הנאה מכוח שנים?
3. האם זיקת הנאה מכוח שנים נוצרת לטובת מקרקעין או לטובת אדם?
4. הניתן לצרף תקופות שימוש של משתמשים לשם יצירתה של תקופת שימוש בת שלושים שנים ברציפות?
5. מה משמעותן של אפשרויות אלטרנטיביות לגישה ולחניה?
6. מהי תחולת הוראותיו של [סעיף 96](http://www.nevo.co.il/law/72897/96)לחוק על זיקת הנאה מכוח שנים, ואימתי יתערב בית המשפט בתנאי זיקת ההנאה או במשך תקופתה?

הדיון:

**השופט בן-יאיר:**

1. **זיקת הנאה מכוח שנים/ מועד תחילת השימוש:**

זיקת הנאה מכוח שנים יכולה לקום על יסוד שימוש שנעשה במקרקעין כפופים בתקופה שקדמה לתחילתו של החוק. (מכיוון שאחרת נוצרות 2 מערכות דינים שונות ובנוסף התנאי מעיד על השלמת הבעלים עם השימוש ולא על הסתמכות על הדין הקודם)

1. **התנאים לרכישת זיקת הנאה מכוח שנים:**

סעיף 94 לחוק המקרקעין מציב שלושה תנאים-

1. **זכות הראויה להוות זיקת הנאה-** ההגדרה העומדת ביסודו של התנאי מורכבת משני יסודות:
2. שיעבוד מקרקעין להנאה.
3. שלילת זכות החזקה במקרקעין.
4. **אופיו ותכונותיו של השימוש הם כאלה שמאפשרים לו להיכנס לגדר הוראותיו של סעיף 94 הנ"ל-** השימוש צריך להיות כזה, שאופיו ותכונותיו אינם שוללים מבעל המקרקעין הכפופים את האפשרות להפעיל את זכותו לפי סעיף 94(ב), כדי לשים קץ למרוץ ההתיישנות. ורשימת התכונות היא אינה סגורה, עם זאת, ניתן לומר, שתכונותיו היסודיות של שימוש, שמאפשר רכישתה של זיקת הנאה מכוח שנים, הן אלו:
5. שהוא נוגד לזכות הבעלים של המקרקעין הכפופים.
6. שהוא גלוי וחשוף לעין כול.
7. שהוא נמצא בידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים- אם השימוש נעשה במערכת נסיבות השוללת את יכולת הידיעה של בעל המקרקעין או המטילה עליו נטל בלתי סביר, כדי לגלות את דבר קיומו של השימוש, נשללת יכולתו של הבעלים להגן על זכויות הקניין שלו.
8. שמקורו אינו בזכות חוזית או בזכות אחרת שהוענקה על-ידי בעל המקרקעין הכפופים למשתמש.
9. **תקופת השימוש היא בת שלושים שנים רצופות-** הרציפות הנדרשת היא של תקופת השימוש ולא של השימוש עצמו.
10. **זהות הזכאי בזיקת הנאה מכוח שנים:** כאשר הזיקה משרתת את בעלי המקרקעין הזכאים באופן שאינו ניתן להפרדה מזכויותיהם במקרקעין, תהיה הנטייה לראות בזיקת ההנאה זיקה לטובת מקרקעין. לעומת זאת, כאשר הזיקה משרתת את המשתמש באופן אישי, ללא קשר לזכויותיו במקרקעין שלו תהיה הנטייה לראות בזיקת ההנאה זיקה לטובת אדם.
11. **צירוף תקופות שימוש:** למרות שבחוק המקרקעין אין הוראה מפורשת, המאפשרת למשתמש לצרף לתקופת שימושו את תקופת השימוש של קודמו, אין ללמוד מכד, שהשימוש חייב להיות שימושו של הרוכש עצמו.
12. **אפשרויות אלטרנטיביות לגישה ולחניה:** הכורח אינו מהווה תנאי ליצירתה של זיקת הנאה מכוח שנים, והוא אינו נמנה עם היסודות הנדרשים לה.
13. **תחולת** [**סעיף 96**](http://www.nevo.co.il/law/72897/96) **על זיקת הנאה מכוח שנים:** מטרתו של סעיף 96 היא למנוע היווצרות זכויות העלולות להכביד או לשתק את ההתפתחות הכלכלית במקרקעין המשועבדים לזיקת הנאה כל שהיא. מטרה זאת מחייבת להחיל את הוראות הסעיף על זיקות הנאה, ללא הבחנה בדבר מקור יצירתן.

**השופט ש' לוין (דעת הרוב):**

* מסכים שהספירה לזיקת ההנאה מכוח שנים קמה עוד מלפני כניסת החוק.
* מסכים עם הקביעה שניתן לבית המשפט שיקול-דעת מסוים לקבוע, מה טיבה של הזכות הראויה להיכלל [בסעיף 94](http://www.nevo.co.il/law/72897/94).
* מסכים ש"זכות" מעבר ו"זכות" חניה ניתנות להיכלל באורח עקרוני בגדר [סעיף 94](http://www.nevo.co.il/law/72897/94) לחוק.
* מכיוון שביטול זיקת ההנאה למערערים לא יגרום נזק, בשל החלופות הקיימות אין סיבה לא לבטל את זיקת ההנאה.

**פס"ד קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל**

* הכורים טוענים שקמה להם זיקת הנאה שנפגעה שלא כדין ע"י החלטה 833.
* זיקת הנאה היא זכות קניינית (למרות שקיימת דעה חריגה כי זוהי זכות חוזית).
* הפסיקה פירשה את ההגדרה בסעיף 5 לחוק המקרקעין כסעיף הכולל שני יסודות:
1. חיובי- זהו שעבוד המקרקעין לזכות של אחר הגורע מזכות הבעלות בהם.
2. שלילי- לאמור הזכות להחזיק במקרקעין הכפופים, לצורך הפקת ההנאה מהם, איננה נובעת מזיקת ההנאה וזו אינה מהווה מקור לזכות להחזיק במקרקעין. (זה שיש לו זיקת הנאה לא אומר שיש לו זכות בעלות במקרקעין המדובר)
* לפי סעיף 93(א), "זיקת הנאה" יכול שתיקבע באופן חיובי, לאמור מי שהזיקה ניתנה לטובתו זכאי לעשות שימוש מסוים במקרקעין הכפופים (סעיף 93(א)(1)), ויכול שתיקבע באופן שלילי, כך שבעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין (93(א)(2)).
* דרכים לכינון זיקת ההנאה:
1. לפי החוק- מכוח שנים.
2. לפי הפסיקה והספרות- מכוח הסכם.
3. דרכים נוספות שהוצעו- הן צוואה, פסק-דין, מעשה מנהלי והדין.
* החובה להוכיח קיומה של זכות קניינית או כוונה להעניקה היא על הטוען זאת. אם הם לא הוכיחו, היחסים הם חוזיים בלבד.
* הסיבות שאין לראות בהרשאות שמוצו ע"י הכורים "זיקת הנאה":
1. משקיימים הסכמי הרשאה הכוללים את תנאי ההרשאה ואינם מכילים הקניה של "זיקת הנאה", אין לייחס להרשאה אופי של "זיקת הנאה".
2. מהסכמי ההרשאה עולה בבירור כי לא הייתה כוונה להעניק לכורים זכות מסוג "זיקת הנאה".
3. לפי המונחים בהם משתמשים בהחלטות עולה המסקנה כי החלטות המועצה והסכמי ההרשאה שנכרתו בעקבותיהן כיוונו להענקת זכות אובליגטורית מסוג "רשות" ולא למתן "זיקת הנאה".
4. "זיקת הנאה" הנוצרת בהסכם היא "עסקה במקרקעין" (ס.6). ועסקה שלא נגמרה ברישום היא רק התחייבות לעשות עסקה. ). זכותם הנטענת של הכורים לא נרשמה כדין והם גם לא פנו לבית-המשפט המוסמך בבקשה לרושמה. בכך יש כדי להוסיף משקל למסקנה כי אין בידם "זיקת הנאה" מכוח הסכם.
* בהנחה שניתן ליצור "זיקת הנאה" מכוח החלטה מנהלית, הרי שתנאי לכינונה של זכות כזו הוא שהזכות תוענק על-ידי רשות מנהלית מוסמכת בכוונה להעניק "זיקת הנאה". מקום שבו לא התכוונה הרשות להעניק זכות או שהתכוונה להעניק זכות אובליגטורית, לא תיווצר זכות מסוג "זיקת הנאה".
* באשר לזיקת הנאה מכוח שנים- זכות זמנית, גם אם היא מוענקת מחדש, איננה עולה בקנה אחד עם רכישת "זיקת הנאה"

**פס"ד טוינה נ' לוי**

הסיפור העובדתי:

המערערים טענו שקיימת להן זיקת הנאה מעבר בחלקה הצמודה לחלקה שלהם. המערערים עתרו בבית משפט קמא למתן פסק-דין הצהרתי, שלפיו הם זכאים לרישום זיקת הנאה בלשכת רישום המקרקעין שעניינה "זכות מעבר בלתי מוגבלת ובלתי מופרעת" במעבר. כן עתרו לצו מניעה, אשר יאסור על המשיבים להפריע להם להקים שער בגבול שבין החלקות.

בימ"ש קמא קבע כי המערערים רכשו בחלקת המשיבים זיקת הנאה, אשר תוכנה הוא זכות מעבר מדירותיהם לרחוב רש"י וחזרה כשהם נושאים עימם כבודה אישית, לרבות סלי קניות. באשר לאספקת הגז, סבר השופט קמא כי אין להכיר בזיקה הנאה זו עקב כך שלא התקיימה דרישת הרציפות, שהרי אין המדובר בשימוש רצוף במהלך תקופה של 30 שנה. בנוסף קבע שהמפתחות לשער בין החלקות ימצאו גם בידי המערערים וגם בידי המשיבים (ולא יקנו למשיבים זכות מעבר בחלקה של המערערים), ולבסוף בנסיבות העניין כי אין צו להוצאות.

טענות המערערים:

1. באשר לאספקת הגז- המערערים חולקים על מסקנתו של בית משפט קמא כי אין מדובר בשימוש רציף של חלוקת גז.
2. באשר למפתחות לשער- בידי המשיבים מעולם לא היה מפתח לשער, הם לא עתרו לסעד שכזה והענקתו - מהווה פגיעה בפרטיות ובזכות הקנין של המערערים.
3. מלינים על כך שלא נפסקו להם פיצויי הוצאות.

הדיון:

* הקביעה כי אספקת בלוני גז החלה לפני למעלה משלושים שנה דרך המעבר, מובילה בהכרח למסקנה כי נרכשה זיקת הנאה מכח שנים גם לענין זה. דרישת הרציפות [שבסעיף 94(א)](http://www.nevo.co.il/law/72897/94.a) לחוק באה על סיפוקה גם בשימוש לסירוגין במעבר ואין צורך בשימוש בלעדי בו (ולא בדרך אחרת), כדי ליצור את זיקת ההנאה.

**פס"ד עיריית רמת גן נ' עזבון בורשטיין**

* זיקת הנאה יכולה להיווצר מכוח הסכם, כאשר מכוח עקרון חופש החוזים - הצדדים להסכם יכולים לעצב את תוכן זיקת ההנאה כרצונם ובכפוף להוראות כל דין. זיקת הנאה יכולה גם להיווצר מכוח שנים.
* אין מניעה כי תיווצר זיקת הנאה מכוח שימוש רב שנים לטובת הציבור.
* בזיקת הנאה לטובת הציבור הזכות עבירה ועוברת באופן אוטומטי.
* בזיקת הנאה של הציבור הבעלים של הזיקה הם הציבור ולאו דווקא העירייה עצמה.
* זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, אך המחוקק הקנה סמכות נרחבת לבית המשפט לבטל את זיקת ההנאה או לשנות את תנאיה בהתאם לשינוי בנסיבות.
* זיקת הנאה מכוח שנים תיווצר בקיום התנאים הבאים:
1. "שימוש" במקרקעין- השימוש חייב להפרת את הזכות של הבעלים למקרקעין ולהיות גלוי אחרת לא תהיה לו מוטיבציה להפסיק את מרוץ ההתיישנות. כן השימוש לא יכול להיות בהסכמת הבעלים עפ"י חוזה, כי גם אז לא יוכל לעצור את מרוץ ההתיישנות.
2. על השימוש לשקף "זכות הראויה להוות זיקת הנאה"- בנויה משני יסודות:
3. יסוד קנייני פוזיטיבי המתבטא במונח "שעבוד.
4. יסוד שלילי המחייב כי השעבוד המדובר לא יכלול את זכות החזקה במקרקעין.

כדי להכריע את היסוד השני משתמשים במבחן **השימוש הייחודי**- לפי מבחן זה, באין לזכאי זכות לשימוש ייחודי בקטע מסוים כל שהוא מהמגרש, לא תהיה, בדרך כלל, זכות להחזיק, ותוכל לצמוח זיקת הנאה.

1. 30 שנים רצופות.
* בהעדר שינויים קיצוניים לאורך השנים באופיו של המטרד או במהותו, אין השופט סבור כי שאלת קיומה של זיקת הנאה מכוח שנים תהא תלויה בעוצמת הרעש או בניחוחו של הסירחון החודרים לתחומי המקרקעין הכפופים, או בהשפעתם על ערך המקרקעין.
* זיקת הנאה יכול שתהא, מעצם טיבה, כזו המתפרשת על המקרקעין הכפופים בשלמותם, כגון "זיקות שימוש" כמו רעש, זיהום וכיוצא באלה.

**פס"ד "שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ נ' נווה הררי מואב בע"מ**

חלקת אדמה נחלקה לשלוש ואחת מחלקיה הוחכרה למערערות לשם כריית כורכר ע"י מינהל מקרקעי ישראל.

המערערות ניסו לסלול כביש גישה לכביש הראשי שעובר דרך אחת החלקות הנ"ל שבבעלות המשיבים, אשר פנו לבימ"ש השלום אשר דחה תביעתם, וביהמ"ש המחוזי הפך את ההכרעה לטובתם והוציא צו מניעה נגד סלילת הכביש.

המערערת טוענת שהתרופה של צו מניעה הוא מתוך דיני היושר וזאת תביעה של דיני קניין, ובנוסף שיש להם זכות מעבר מתוך כורח.

השופט קבע כי אין כורח מוחלט כי כן יש אפשרות לסלול כביש מדרך אחרת, בנוסף גם אם מקבלים את טענת הכורח, יש לטענה זו סייג, לפיו אין זה צודק להתיר לאחד הצדדים זכויות מעבר בחלקה של אחר כאשר דבר זה לא נקבע בעת חלוקת הקרקע או שנזקקו לו בעת חלוקת הקרקע או כי יכלו לצפות כי צורך זה יתעורר בעתיד (המשיבים לא יכלו לצפות שהחלקה השנייה תהפוך להיות מכרה כורכר).

כלומר לפי הסייג- בעת חלוקת הקרקע היה צריך שתהיה יכולת לצפות מראש שיעלה צורך לזכויות מעבר בין החלקות.

**פס"ד רדומילסקי נ' פרידמן**

סיפור האירוע:

* המשיב גר בדירה כדייר מוגן מטעם החוק, לאחר פטירת אשתו, בתו עברה לגור איתו על מנת לטפל בו ובשל מערכת היחסים הכושלת עם בעלה.
* המערערת אשר רכשה את הדירה 14 שנה לאחר שהמשיב החל לגור שם, תבעה את פינוי המושכר בשל העילות הבאות:
1. הפרת תנאי השכירות על ידי השכרת משנה או הרשאת שימוש לבת.
2. התקנת טלוויזיה במושכר שחוברה לאנטנה שעל גג הבית הסמוך; חוט האנטנה עובר מחצר הבית הסמוך לחצר הבית של המערערת ונכנס משם לדירת המשיב דרך חור שנקדח לצורך כך בקיר הבית. (לחלופין ביקשה המערערת לחייב את המשיב להסיר את חוט הטלוויזיה המחבר את מכשירו לאנטנה שבבית הסמוך).
* רשות הערעור לעליון הוגבלה לשאלה אחת- אם מתיחת חוט הטלוויזיה מדירת המשיב לגג הבית הסמוך מהווה הסגת גבול, המזכה את המערערת בצו מניעה להסרת החוט.

הדיון:

* אדם השוכר נכס, או חלק הימנו, גם רוכש לעצמו ממילא בגבולות המקובל והסביר, זכות שימוש בקיר החיצוני של המושכר, אם חוזה השכירות אינו קובע אחרת. שוכר בית עסק רשאי להשתמש בקיר החיצוני לשם התקנת דברי פרסומת, והוא זכאי למנוע את המשכיר (ומי שבא מכוחו) מלהשתמש באותו שטח, למשל על ידי השכרתו לצרכי פרסום של אחר.
* מתיחת הקו בחלל הרום אף איננה בבחינת מעבר בלבד, כי החוט הותקן שם דרך קבע.

**פס"ד רוקר נ' סלומון**

**השופט אנגלרד:**

סיפור האירוע:

סיבת הסכסוך היא בנייה של בעלי דירה אחת בבית בשטחו של הרכוש המשותף. לאחר גלגולים אחדים בערכאות הוצא נגד בעלי הדירה האחת (להלן – המערערים), על-פי בקשתם של בעלי שתי דירות אחרות (להלן – המשיבים), צו המחייב את המערערים להשיב את המצב לקדמותו ולהרוס כל בנייה שבוצעה על-ידיהם ברכוש המשותף וכן למסור למשיבים את החזקה המשותפת בכל השטח של הרכוש המשותף שנתפס על-ידי המערערים. כן חויבו המערערים לשלם למשיבים פיצויים בשל עוגמת נפש ושלילת ההנאה מן הרכוש המשותף בסך 10,000 ש"ח.

בראשית שנות השמונים התברר כי קיימת אפשרות להגדיל את שטח הבנייה בבית בכ-40%, שהם כשישים מטר מרובע. המערערים היו מעוניינים להרחיב את שטח דירתם והגישו בקשה להיתר בנייה. המשיבים הגישו התנגדות בשל הרצון של המערערים להפוך את חלקם במקלט למחסן, אך לאחר ביקור של הוועדה המקומית במקום, ההיתר התקבל עם תנאים אחדים. המשיבים פנו גם לועדה המחוזית ולבית משפט השלום למנוע את הבנייה ובקשתם נדחתה. לבסוף בימה"ש המחוזי קבע כי יימנעו המערערים מהשלמת הבנייה מעבר למה שנעשה עד לאותו היום. ואמנם, בתקופת הביניים שבה לא היה צו-מניעה בתוקף הצליחו המערערים לבצע את הרחבת הדירה בהתאם לתכנית. בעקבות בנייה זו החלו המשיבים בהליך המשפטי להשבת המצב לקדמותו ע"י הריסת הבנייה.

המערערים, שהם בעלי הדירה בקומה הראשונה, שחלקה היה על עמודים וחלקה על מקלט, סגרו את חלל העמודים, חיברו אליו חלק מן המקלט והוסיפו תוספת בצד הבניין בשטח הדשא. תמורת חלק המקלט הם בנו – כדרישת הוועדה המקומית – שני מחסנים תקניים מאחוריו, כנראה תוך כדי חפירה בשיפוע הקרקע. עלות סילוק הבנייה היא לפי הערכת מומחה משנת 1995 בסביבות 40,000 ש"ח ובנוסף לעלות שיקום הדשא והגינה כ-50,000 ש"ח.

עם ביטול פסק-הדין בערעור, בנייתם ברכוש המשותף הפכה (למפרע) שלא כדין.

השאלה המשפטית:

האם בנסיבות אלה של בנייה שלא כדין ברכוש המשותף עומד לבית-המשפט שיקול-דעת בנוגע לסעד של הריסת הבנייה?

הדיון:

* יש להעמיד את הוראת סעיף 14 לחוק על חלופת שני המבחנים:
1. האם קיים מניע פסול עשוי למנוע את הפעלת הזכות?
2. האם קיים חוסר איזון אובייקטיבי בין התועלת המופקת לבעל הזכות לבין הנזק הנגרם לזולת?
* נתון לבית-המשפט שיקול-דעת באשר למתן הסעד של הריסת מבנה שנבנה שלא כדין על קרקע הזולת.
* כאשר ביהמ"ש מפעיל את שיקול דעתו, עליו לקחת בחשבון לא רק את דוקטרינת שימוש לרעה בזכות, אלא גם את מאזן האינטרסים.

**השופט טירקל:**

* זכות הבחירה אם לקיים את המחוברים שנבנו ברכוש המשותף, או לדרוש את סילוקם, היא זכותם המשותפת של כל בעלי הדירות בבית המשותף.
* לתביעות ה"קנייניות" מכוח [חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) קיום עצמאי. בדיון בתביעות "קנייניות" אין להיזקק לעקרונות שנשאבו מ[פקודת הנזיקין](http://www.nevo.co.il/law/73015) כקווים מנחים בהפעלת שיקול-הדעת, בין על-ידי החלה ישירה שלהם על התביעה ובין בעקיפין.
* אין ההסדרים בדבר הגנת הבעלות וההחזקה גורעים מזכות לפיצויים או מכל תרופה אחרת או מסעד אחר על-פי דין (ס.20).
* אין להתיר את השימוש בזכות הבעלות (ס.14) כעילה לגרום נזק או אי-נוחות אפילו למסיג-גבול, מקום שהשימוש בעילה זו אינו דרוש באורח סביר למימוש זכות הבעלות עצמה או למטרה חוקית אחרת
* **שיקול-הדעת של בית-המשפט, שבגדרו רשאי הוא שלא להיעתר לתביעה שמטרתה להגן על זכות בעלות או על זכות אחרת במקרקעין, הוא מוגבל ומצומצם ביותר ויופעל רק במקרים חריגים ונדירים.**

**השופט חשין:**

* זכותו של בעל הדירה הנפגע נתונה לסייגים. אשר לעוצמתם של הסייגים- עוצמה זו עוצמה קלושה וזניחה היא.
* בית-המשפט קנה שיקול-דעת שלא להיעתר לבקשת בעל הדירה הנפגע להרוס את הבנוי.
* **המבחן להכרעה צריך להיות: על יסוד הנחה שהנתבע גזל מן התובע מקצת רכושו, השאלה היא אם הוריה על החזרת הרכוש תהא כה בלתי צודקת, כה בלתי ראויה, עד שנימנע מהורות כן. נטל ההוכחה הוא על הנתבע**.

**הנשיא ברק:**

* זכותו של הבעלים לדרוש סילוק המבנה שנבנה על מקרקעין שלא כדין אינה מוחלטת. לבית-המשפט נתון שיקול-דעת, אם להעניק לבעלים את הסעד של סילוק המבנה והחזרת "המקרקעין לקדמותם". "יחסיות" הזכות ושיקול-דעת בית-המשפט מקורם בעקרון תום-הלב.
* עקרון תום-הלב אינו מוגבל לחוזים או לחיובים. זהו עקרון יסוד החולש על כל תחומי המשפט.

**השופט מצא:**

* מסכים עם ברק שאת סמכותו של בית-המשפט להעניק סעד שבשיקול-דעת יש, ככלל, לגזור מזכותו המוכחת של מבקש הסעד, בעוד שסמכותו הטבועה של בית-המשפט מהווה אך מקור "שיורי" לכוחו להעניק סעד כזה.
* מסכים עם חשין שככלל זכאי בעל הזכות הנפגעת להחזרת זכותו לקדמתה**. שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט, למנוע ממנו סעד זה, נועד למקרים חריגים בלבד.**

**המשנה לנשיא לוין:**

* מסכים שס.14 הוא מקרה מיוחד של החלת דוקטרינת תום הלב.
* מסכים שלבית-המשפט מסור שיקול-דעת אם להעניק סעד לאכיפתה של זכות קניינית.
* **מסכים להפעלת עיקרון תו"ל בדיני הקניין ושבד"כ במקרים של הפרת תו"ל שיקול-הדעת למנוע סעד מן הנפגע במקרים אלה מוגבל למקרים חריגים.**

**השופטת שטרסברג-כהן:**

* ראוי להפעיל את עקרון תום-הלב על השימוש בזכות קניין במקרקעין כפי שהוא מופעל באשר לזכויות קנייניות אחרות (ולא רק קנייניות).

**פס"ד היועמ"ש נ' גד חברה לבניין בע"מ**

* נושא הערעור הוא חוזה אחיד שעוסק במכר דירות מגורים במבנים ושכונות המוקמים ע"י המשיבים באמצעות קבלני משנה.
* הסעיפים המפלים לטענת היועמ"ש-
1. **(ס.2.3 לחוזה) לא נכתב התאריך המדויק של מסירת הדירה-** השופט: קביעת מועד המסירה של דירה לפרק זמן בלתי מוגבל ובלתי מתוחם וידוע מראש כופה על הצד השני אי-ודאות מכבידה ביותר, שהיא בלתי מוצדקת בנסיבות העניין.במצב דברים זה שרוי המתקשר השני במצב של אי-ידיעה לגבי נתון מרכזי בהתקשרות, דבר המונע ממנו בצורה מוחלטת את ההיערכות לקראת קבלת הדירה שרכש, הן מבחינת מכירתה של דירה קודמת והן מכל בחינה אחרת שהיא.

על המשיבים לכלכל צעדיהם, כך שיוכלו למסור את הדירה בנקודת זמן קבועה ומוגדרת מראש. אם דרושה להם לשם כך תקופה נוספת כ"טווח בטחון", מוטב שיקבעו בחוזה המכר מועד מסירה מאוחר, אשר ניתן יהיה להקדימו בהסכמה.

1. **(ס.2.3 לחוזה) הכפפת מועד מסירת הדירה לנאמר בנספח א', התנייה בהפניה הינה מפלה-** ביהמ"ש אינו מתנגד לניסוח חוזה על דרך ההפניה.
2. **חוזה השירותים-** חוזה השירותים אושר מבלי שבית הדין התייחס לתוכנו. אשר-על-כן יש להחזיר עניין זה לבית הדין, אשר ידון אחת לאחת בהוראות חוזה השירותים ובהסתייגויות בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה לגביהן. הסעיפים כיום לא תקינים, למשל, הכנסות החברה תלויות בהוצאותיה ולכן תרבה החברה בהוצאות. בנוסף החברה יכולה להשתחרר מהחוזה, אבל הדיירים לא יכולים להשתחרר בעצמם.

**התנגדות המשיבים לשינויים בחוזה השירותים ע"י ביהמ"ש-** לטענת המשיבים, רק קיום השליטה של המוכר בחברת השירותים עד להקמת "נציגות השכונה" תבטיח כי "חברת השירותים תפעל באורח שוויוני". העברת השליטה לנציגויות הבתים המשותפים שיוקמו תביא לאינטרסניות בדרכי הפעלת החברה, ולהעדפת בית זה או אחר על פני משנהו.- לפי ביהמ"ש אין יסוד לטענה זו.

1. **(ס.9 לחוזה) מונע מהקונים לרשום הערת אזהרה על הבית-** סעיף [126](http://www.nevo.co.il/law/72897/126) ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) מאפשר רישומה של הערת אזהרה על התחייבותו של בעל זכות במקרקעין כלפי אדם אחר לעשות בהם עיסקה. ההערה על ההתחייבות יכולה להירשם על-פי בקשתו של המתחייב או על-פי בקשת הזכאי על-פי ההתחייבות (שאז יודיע הרשם על כך מיד למתחייב).

משנרשמה הערת אזהרה, לא תיפגע זכותו של הזכאי גם מחמת עיקול שהוטל על נכסי בעל המקרקעין או מחמת הכרזתו כפושט-רגל או פירוקו של תאגיד.

: הוראת סעיף [2](http://www.nevo.co.il/law/70330/2) ל[חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)](http://www.nevo.co.il/law/70330) הנ"ל היא הוראה קוגנטית שאין להתנות עליה, והתנאה כאמור מהווה עבירה פלילית כקבוע בסעיף [4](http://www.nevo.co.il/law/70330/4) של אותו חוק. הוראה זו ביקשה להבטיח את כספיהם של הקונים, אם המוכר יהפוך לחדל פירעון. החלופות המבטיחות כספים אלה ברישום הערת אזהרה או משכנתא אינן חובה, אלא רק חלק ממיגוון האפשרויות, שעל המוכר חובה לבור אחת מהן. (כלומר זה לא משנה אם זה הערת אזהרה בהכרח, אבל חייבת להיות דרך להבטיח את הגנת הכסף של הקונה)

1. **(ס.25 לחוזה) הטילו הגבלות קשות על ציבור רוכשי הדירות-** בית הדין פסל כמחצית מסעיפי המשנה של סעיף 25לחוזה האחיד. לפי היועמ"ש, עניין אישור השינויים במראה החיצוני של הבית איננו עניין למשיבים לענות בו כי אם למוסדות הבית המשותף (האסיפה הכללית והנציגות) הפועלים על-פי הוראות [חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) והוראות התקנון.

[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) גופו, בפרק [ו1](http://www.nevo.co.il/law/72897/f1) שבו, מחיל את מרבית הוראות החוק לגבי בתים משותפים וכן את הוראות התקנון המצוי (סעיף [77ג](http://www.nevo.co.il/law/72897/77c)) גם על בית שטרם נרשם כבית משותף. על-פי הוראות סעיפים [66](http://www.nevo.co.il/law/72897/66) לגבי בית רשום) ו-[77ד](http://www.nevo.co.il/law/72897/77d) ו-[77ה](http://www.nevo.co.il/law/72897/77e) (לגבי בית שטרם נרשם) ניתן לכונן נציגות לבית המשותף למן הקמתו. זו תוכל גם לאשר את השינויים והתיקונים בהם מדובר בחוזה האחיד שלפנינו.

**פס"ד שמעונוף נ' ברוכים**

הסיפור העובדתי:

* הקונים רכשו מאת המערער דירות בבית, האמור להירשם כבית משותף, ואשר נבנה על­ידי המוכר.
* לפי תכנית המיתאר והתכנית המאושרת ולפי ההיתר לבנייה, מכיל הבית: א. קומת מקלט וחניה; ב. קומה מפולשת; ג. קומת חנויות; ד. 4קומות ובהן 16דירות; ה. חדרי מדרגות ומעלית.
* עובר למסירת הדירה לכל אחד מתשעת הקונים הראשונים החתים המוכר, או פרקליטו, את הקונה על מסמך, המכונה "פרוטוקול בדיקת דירה" שלפיו הקונים הצהירו שאין בעיות בבית. הקונה העשירי, שצורף בבית המשפט המחוזי לאחר הגשת התביעה, לא חתם על פרוטוקול כאמור.
* חילוקי הדעות העיקריים בין הקונים למוכר הם באשר להאם הקומה המפולשת והגג הם רכוש משותף.

הדיון:

* משנקבע ביחסים שבין המוכר-הקבלן לבין אחד הקונים-הדיירים, כי רכוש מסוים שבבית רכוש משותף הוא, חלה קביעה זו מאליה ובאופן אוטומאטי לעניין רכוש מסוים זה גם לגבי היחסים שבין יתר הקונים-הדיירים שבאותו בניין לבין הקבלן-המוכר.
* כדי להבטיח שאכן הובאו הדברים לידיעת הקונה והובנו על-ידיו, חובה היא על המוכר לצרף לחוזה מיפרט, ובו תיאור הדירה וכל הכלול בה. ואם מבקש המוכר לשנות מן התקנון המצוי בקשר לזכויות שבבית המשותף, חייב שינוי זה להופיע במפורש במיפרט הנ"ל או במסמך המצורף לחוזה ובו פרטים בקשר לשינוי זה. המיפרט או המסמך המיוחד, ובהם ציון השינויים האמורים, צריך שיצורפו לחוזה בעת עריכתו של החוזה ולא במועד מאוחר לכך, ובוודאי לא אחר שעבר זמן ניכר מעריכת החוזה, והמסמך מוגש לחתימת הקונה בסמוך לכניסתו לדירה.
* קיים היעדר תו"ל בניסוח החוזה.

**פס"ד צדוק קטן נ' דיצה ברכה הורנשטיין**

הסיפור עובדתי:

* קטן הוא הקבלן שבנה את הבניין בו נמצאת דירתה של המשיבה. טסה (ז"ל) היה שותפו. הם גם הבעלים של החלקה עליה נבנה הבניין, שקודם לכן היתה בבעלות חברת צמרת חן בע"מ שהמערערים היו בעלי מניותיה.
* הבניין כולל ארבע דירות - שתי דירות בכל קומה - ואינו רשום כבית משותף. בקומה העליונה מתגוררים המערערים, ואילו דירת המשיבה נמצאת בקומה הראשונה.
* הליך רישום הבית המשותף לא צלח, זאת נוכח מחלוקת שנתגלעה בין המערערים לבין המשיבה בנוגע לרכוש המשותף, שהיא גם נשוא המחלוקת שבפנינו:
* **לטענת המשיבה,** יש לה חלק ברכוש המשותף, ובכלל זה גם בקומה המפולשת התחתונה, בגג הבניין ובמדרגות היציאה לגג.
* **לטענת המערערים,** הגג הוצמד לדירותיהם, למעט שטח של 10 מ"ר הנמצא מעל חדר המדרגות, שבו הותקנו מתקנים משותפים (דודי שמש ואנטנות). בפועל אין גישה לגג אלא דרך דירתו של קטן, אשר סיפח לדירתו, שלא כדין, את האזור הרלבנטי בחדר המדרגות. עוד הם טוענים כי גם הקומה המפולשת התחתונה, שיועדה על-ידם לבניית מרתף, הוצמדה לדירותיהם.

השאלה המשפטית:

האם המערערים אכן פעלו להוציא את החלקים שבמחלוקת מן הרכוש המשותף בדרך שנקבעה בחוק?

הדיון:

* חלקי הבניין שבמחלוקת נחשבים מעצם טיבם לחלק מן הרכוש המשותף על-פי הגדרתו בחוק.
* הוראות ס.6(א) לחוק המכר חל גם על בתים שמיועדים להירשם כבית משותף וטרם נרשמו כך. לפי ההסדר הקבוע [בסעיף 6](http://www.nevo.co.il/law/72490/6), על מוכר דירה, כהגדרתו [בסעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/72490/1) לחוק המכר (ובענייננו - קטן), המבקש להוציא חלקים מן הרכוש המשותף, ליתן לכך ביטוי מפורש וברור במפרט המצורף להסכם המכר או במסמך הנלווה לחוזה המכר.
* כאשר עניין הרכוש המשותף "מובלע" בתוך הסכם המכר ולא ניתן לו מקום ייחודי ובולט באמצעות מסמך חיצוני להסכם - יש לעמוד על קיומו של אזכור ברור ומפורש בהסכם המכר.
* אף שלכאורה נכתב בהסכם המכר שהמערערים מעוניינים להוציא חלקים בקומות התחתונות מן הרכוש המשותף - נוכח אופן בנייתו של הבניין היה מקום לציין באופן מפורש מהו החלק המסויים בקומות התחתונות אותו הם מבקשים להצמיד. משלא עשו כן, ומשאין בפנינו מפרט שעשוי היה לשפוך אור על הדברים, ) לא נותר אלא לקבוע שהמערערים לא עמדו בדרישות החוק והפסיקה.
* לעיתים די באמירה כללית על הוצאת הגג מגדר הרכוש המשותף (במקרים בהם, פשוטו כמשמעו, הגג הוצא בשלמותו מן הרכוש המשותף, או במקרים בהם מצורף מפרט, תשריט או מסמך אחר המבליט את העניין ומפרטו ככל הניתן). ככל שכוונת המערערים היתה להוציא רק חלק מן הגג מכלל הרכוש המשותף ולהותיר חלק אחר בידי הדיירים - היה עליהם לציין זאת מפורשות ולציין איזה חלק בכוונתם להותיר כרכוש משותף.
* על מנת שתתקבל טענת ההסכמה, על המערערים היה לבסס טענתם שהמשיבה ידעה על זכויותיה ברכוש המשותף, ואף על פי כן ויתרה עליהן.
* ספק אם ניתן לטעון שלשם הצמדת רכוש משותף די בהסכמה על דרך של התנהגות או מחדל. עם זאת, ייתכן שבמקרים חריגים ביותר, בהם לא עמד דייר בתנאי החוק או התקנון ולא קיבל הסכמה לעשות שימוש ברכוש המשותף, לא תשמע טענתם של דיירים אחרים הטוענים נגד השימוש ברכוש המשותף, למשל, כאשר התנהגותם מלווה בחוסר תום לב, או אם הדייר, אשר עשה שימוש ברכוש המשותף, יוכיח הסתמכות של ממש על התנהגות הדיירים, שכבר יצרה שינוי נסיבות משמעותי.

**חב' פליצ'ה ראובן בע"מ נ' סופיוב**

הסיפור העובדתי:

* בין המערערים לקבלן נחתם הסכם קומבינציה שעל פיו הקבלן התחייב לבנות על הקרקע מבנה אשר חלקו דירות מגורים וחלקו שטח מסחרי. המערערים והקבלן היו אמורים לחלוק ביניהם בשיעורים מסוימים חלקים בשטח המגורים ובשטח המסחרי עם גמר הבנייה. הקבלן רשאי, על-פי החוזה, למכור מחלקו דירות וחלקים בשטח המסחרי שהוקצו לו. הסכם הקומבינציה אינו מגדיר מהו הרכוש המשותף במבנה.
* לאחר ארבעה חודשים נחתם הסכם המכר בין הקבלן למשיבים בטרם נבנה הבניין. להסכם המכר צורף מפרט טכני מנוסח בהתאם לחוק המכר.
* כשנתיים לאחר הסכם המכר בין הקבלן למשיבים, התקשרו המערערים עם הקבלן בהסכם שבו מכר להם הקבלן את החנות. לאחר חודש נחתם בינהם הסכם נוסף כדי להצמיד חלקים מהרכוש המשותף לחנות, שממנו ניתן להסיק כי:
1. הקבלן והמערערים ראו את הקולונדה כרכוש משותף עד השלב שבו הסכימו על הצמדתו לחנות בהסכם מ-1980.
2. בעת התקשרות הקבלן עם המשיבים בחוזה מכר הדירה שררה ביניהם ההבנה כי שטח הקולונדה נכלל ברכוש המשותף ולא הוצא ממנו, והראיה כי לא אוזכר כדבר הזה בהסכם המכר או במפרט הטכני שצורף לו.

הדיון:

* מוכר דירה בבית משותף או בבית המיועד להירשם כבית משותף חייב לכלול במפרט או לצרף לחוזה המכר פרטים הנוגעים להוצאת חלק מהרכוש המשותף והצמדתו לדירה ולציין את שיעורו של חלק זה.
* בטרם רישום כבית משותף נחשבים רוכשי הדירות בבניין כבעלי זכויות משותפות בנכס המקרקעין כולו – דירות ורכוש משותף כאחד – ואין בכוחם לרשום זכות בעלות נפרדת בדירה ובחלק היחסי ברכוש המשותף. בשלב זה גם אין תוצאות קנייניות ישירות להוצאת שטחים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירות מסוימות, שכן גם בהינתן פעולה כזו נותרת בעלות משותפת של כל הדיירים בכל המבנה כולו עד לרישום הבית המשותף. על מנת לייעד חלק מהרכוש המשותף להצמדה לאחת הדירות יש צורך בהסכמה של שאר הדיירים.
* גריעה מן הרכוש המשותף, בין בבניין רשום ובין בבניין שטרם נרשם, תהיה ידועה לקונה ומוסכמת עליו עובר להתקשרותו בהסכם המכר, ותקפותה המשפטית של גריעה זו מותנית בהסכמתו המלאה והמפורשת.

**פס"ד רונן מטרי נ' יצחק מולכו, המנהל המיוחד**

הסיפור העובדתי:

* בחודש אוגוסט 2007 קרסה קבוצת חברות חפציבה שבנתה ברחבי הארץ כ-4500 דירות ב-40 פרויקטים. עם הקריסה הוגשו בקשות רבות למימוש שעבודים ולמינוי כונסי נכסים.
* המנהל המיוחד הגיש דו"ח שמחולק לשלושה מקטעים:
1. רוכשים שהפקידו כספים לחשבונות הליווי בבנקים וקיבלו ערבויות [חוק מכר](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/240_001.htm).
2. רוכשים ששילמו כספים אך טרם קיבלו את מלוא הערבות.
3. רוכשים אשר שילמו כספים שלא הופקדו בחשבונות הליווי ולא הוצאו להם ערבויות.
* המנהל המיוחד הציע מתווה שנועד לאפשר השלמת בניית הפרויקטים והשתתפות רוכשי דירות ובנקים בהוצאות הכספיות הדרושות לשם כך. המתווה מבוסס, בין השאר, על תוספת כספית של דיירים בין 2-30 אחוז מסכום רכישת הדירה ותוספת תשלום של הבנקים.
* בחודשים האחרונים קיים המנהל המיוחד משאים ומתנים מורכבים וארוכים הנוגעים לבנקים ולפרויקטים רבים והושגו מספר הסדרים חשובים, שנועדו לתת פתרון לפרויקטים בהם אלפי דירות.
* האחים אליושוב רכשו כל אחד בנפרד סה"כ 82 יחידות דיור בפרויקט מחסיה. מימון הרכישה נעשה ברובו ע"י הלוואות מבנקים. ההסכם בין בנק מרכנתיל והמנהל המיוחד קובע כי פרויקט מחסיה יושלם על-ידי כונס הנכסים או יימכר לצד שלישי, למעט זכויות אלישיוב, עליהן יחול הדין והצדדים יפעלו כדלקמן: כונס הנכסים יגיש בקשה מיוחדת לבית המשפט להכריז על בטלות המכירות לאחים אלישיוב ולהורות כי הבנק רשאי למכור את הזכויות בפרויקט מחסיה בהתעלם מרכישות אלה, כאשר אלישיוב יהיו זכאים לקבלת כספים ששולמו על ידם לחשבון הליווי ו/או שיוחזרו לחשבון הליווי בהתאם להוראות המפקח על הבנקים ובכפוף לכל דין.

הדיון:

* [חוק המכר (דירות)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/240_004.htm), התשל"ג-1973 ו[חוק המכר (דירות) הבטחת השקעות של רוכשי דירות)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/240_006.htm), התשל"ה-1974, הם חוקים צרכניים, שנועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי המחפש קורת גג ולאו דווקא לרוכש הקונה מספר דירות כחלק מעסקה מסחרית. הדין מייחס חשיבות להיותו של צד לעסקה צרכן, מתוך ההנחה שהמערכת החוזית אינה שוויונית וישנם פערי כוחות משמעותיים.
* **מבחן ייעוד הרכישה-** יש לבדוק נסיבות הרכישה ומעמדה הצרכני של העסקה (ככל שהייעוד יותר עסקי כך תינתן פחוות הגנה צרכנית).

**פס"ד ג'הנשה להיגי נ' יצחק עוזרי**

הרקע העובדתי:

* להיגי בלשכת רישום המקרקעין כבעל הנכס ולטענתו עזב את ישראל בסמוך לאחר מכן.
* 24 שנים לאחר מכן, נרשם אלבז כבעלים של הנכס, וזאת מתוקף עסקת מכר שביצע, כביכול, עם להיגי שנה קודם לכן. בית המשפט המחוזי פסק כי בפועל עסקה כזו לא נקשרה מעולם וקבע כי רישום זכויות הבעלות על שמו של אלבז בנכס נגוע בתרמית.
* כחצי שנה לפני רישום זכויות הבעלות על שמו של אלבז במרשם המקרקעין, התקשר אלבז עם מואטי בהסכם לפיו רכש מואטי מידיו את הזכויות בנכס. חלק מאותן זכויות נרכשו על-ידי מואטי בנאמנות עבור אחרים וחלק אחר נמכר על-ידי מואטי במהלך השנים לאנשים שונים. מואטי נרשם אף הוא בשלב כלשהו כבעל זכויות בעלות בנכס ובהתאם להסכמי הנאמנות והמכר שבהם התקשר, הועברו זכויות אלה במרשם על שמם של הנהנים והרוכשים.
* כפי המשתקף מנסח הרישום מאותו היום (מוצג 2 למוצגי להיגי) - היו זכויות הבעלות בנכס רשומות על שמם של חמישה עשר אנשים שונים, וכן נרשמו משכנתאות לטובת בנק דיסקונט (על חלקיהם של בני הזוג פדר ועל חלקו של שלמה בכור) ולטובת בנק איגוד (על חלקיהם של שלמה ויצחק עזורי).
* לטענת להיגי, בשנת 2005 נודע לו לראשונה כי הנכס רשום על שם אנשים אחרים, אף שהוא מעולם לא מכר את הנכס לאיש ועל כן, הגיש תביעה נגד בעלי הזכויות הרשומות בנכס בדרישה לסעד הצהרתי כי כל הזכויות בנכס שייכות לו.

הדיון:

* התנאים לתקנת שוק (ס.10 לחוק המקרקעין):
1. תשלום תמורה
2. הסתמכות בתום לב על הרישום
3. רישום הזכות הנרכשת על שם הקונה
* בהתקיים התנאים לתקנת שוק, יש בידיו של רוכש זכות במקרקעין לשמר בידיו את הזכות שרכש למרות שהרישום שעליו הסתמך לא היה נכון.
* הפסיקה מחילה את הסעיף רק על מקרים מובהקים של הסתמכות על הרישום, דהיינו כאשר מי שרשום כבעל הזכות שנרכשה איננו בעליה לאמיתו של דבר בשל רישום שאינו נכון. (לעומת זאת, לא הכירה הפסיקה בתחולתה של תקנת השוק במקרקעין במקרים אחרים, אשר בהם התחזה המוכר לבעל הזכות הרשומה, למשל באמצעות ייפוי כוח מזויף, שכן במקרה כזה ההסתמכות היא על ייפוי הכוח ולא על הרישום)
* ההגנה האמורה תוקנה לרוכש הזכות בכל מקרה שבו הסיכון שהתממש הוא טעות במרשם, אשר גרמה להתנגשות בין זכותו של הבעלים המקורי לזכותו של הרוכש. די לו לרוכש הזכות להראות כי הסתמך בתום לב על הרישום ואין עליו חובה לבחון את העסקאות שהובילו לאותו הרישום.
* ניתן לקיים את דרישת ההסתמכות הקבועה בתקנת השוק גם כאשר המוכר אינו הבעלים הרשום ובתנאי שהתנגשות הזכויות נגרמת בשל פגם במרשם שעניינו זכות הבעלים הרשום, והרוכש הסתמך על זכות הבעלות הרשומה האחרונה ובדק את העסקאות המאוחרות לאותו רישום.
* ניתן לקיים את דרישת ההסתמכות שעל הרוכש לקיים באמצעות שלוח. במקרה כזה על הרוכש הטוען לתקנת השוק להוכיח כי השלוח הסתמך על המרשם בתום לב. ידיעה שבאה לשלוח לפני הענקת ההרשאה או לאחר סיומה או בשליחות שונה, אינה מחייבת ומזכה את השולח (אם הוא נחשף למידע לפני שנהיה שלוח זה לא רלוונטי).
* גם אם ניתנה תמורה נמוכה במידת מה משווי השוק באותה התקופה, כל עוד מדובר בתמורה שאיננה בלתי סבירה והינה בעלת ערך ממשי אובייקטיבי שאינו נופל משווי השוק במידה שיש בה כדי לפגום בהתקיימותה של דרישת התמורה או בתום לבם של לצורך תנאי תקנת השוק, היא תיחשב כתמורה מספקת לקיום התנאי. (אינדיקציה נוספת לקיום היא אישור התמורה ע"י רשויות המס).

**פס"ד אסתר מורדכיוב נ' שלמה מינץ:**

הסיפור העובדתי:

* מינץ נרשם בלשכת רישום המקרקעין בעיר חולון כבעל הדירה לאחר שזכויותיה של אמו בדירה הועברו לו על-ידיה ללא תמורה. מינץ נעדר רוב ימי השנה מדירתו עקב עיסוקיו, אך לאורך השנים נמנע מהשכרתה לאחרים, בשל ערכה הרגשי בעבורו כדירת הוריו.
* חמש שנים לאחר מכן הגיע למשרדו של עו"ד סלטון אדם שהתחזה למינץ יחד עם בוהדנה בבקשה שיערוך ביניהם חוזה, אשר עניינו מכירת הדירה לבוהדנה בתמורה. המתחזה הציג ת"ז בלויה והעו"ד ביקש שיציג תעודה חדשב טרם השלמת העסקה. המתחזה יצא מן המשרד וחזר כעבור מספר שעות ובידו רשיון נהיגה. עו"ד סלטון מילא עוד באותו יום בקשה לרישום הערת אזהרה וכמה ימים לאחר מכן נרשמה הערת אזהרה לטובת בוהדנה במרשם המקרקעין.
* עו"ד שלח מכתב להסדרת שכ"ט לבוהדנה ולמתחזה (כמינץ). ומשלא נענה ע"י מינץ ביקש ממשרד הפנים את כתובתו העדכנית של שלמה מינץ.
* חודש לאחר רישום הערת האזהרה נחתם הסכם תיווך בין בוהדנה למתווך אשר הציג את הדירה לרוכשים שכבר באותו יום חתמו על זכרון דברים.
* מכיוון שלבוהדנה הייתה רשומה הערת אזהרה בלבד, המליץ עורך דינם של הרוכשים (בן חיל) לפרוס את תשלומי הדירה. במעמד הצדדים התקשר עו"ד בן חיל לעו"ד סלטון, וזה הבטיח לו כי רישום הבעלות יושלם בשבועות הקרובים.
* בשלב זה, שלח עו"ד סלטון מכתב שלישי לבוהדנה בבקשה לזמן את המוכר עם תעודה זהות תקפה, וזאת כדי לקדם את העברת רישום הבעלות בדירה על שם בוהדנה. שבועיים לאחר מכן הגיעו בוהדנה והמתחזה למשרדו של עו"ד סלטון, המתחזה הציג תעודת זהות חדשה שהוצאה יום קודם לכן, ועו"ד סלטון חתם על שטר המכר של העסקה הראשונה, שלושה ימים לאחר מכן הושלם רישומו של בוהדנה כבעל הדירה במרשם המקרקעין.
* הרוכשים העבירו לבוהדנה את התשלום ונרשמו כבעלי הדירה. (המערערת היא ביתו של הרוכש שנפטר)
* חמישה חודשים לאחר העסקה, חבר של מינץ הגיע לדירה וגילה שגרים בדירה. בעקבות כך המשיב הגיש תלונה למשטרה על פלישה ותביעה לסעד הצהרתי, לסילוק יד ולפיצוי כספי כנגד בוהדנה והמערערות.

הדיון:

* תנאים להחלת תקנות השוק:
1. הסתמכות בתו"ל על הרישום הלא נכון בפנקס
2. תמורה
3. השלמת העסקה (בתו"ל) ע"י רישום
* קונה יכול לקיים את תנאי ההסתמכות על הרישום גם מקום שלא הוא עצמו עיין בפנקסי המקרקעין אלא השתמש בשליח.
* אין בכוחה של תקנת השוק להעניק מזור לקונה אשר הסתמך על פגמים חיצוניים למרשם (למשל, קונה הרוכש זכות במקרקעין על בסיס מסמכים – דרכונים; תעודות זהות; יפויי כוח – שהם מזויפים).
* תו"ל בהקשר של ס.10 מדבר על אמונה, הלכה למעשה, של הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר. מקום בו מתעורר ספק **כלשהו**, יערוך הקונה בדיקה ראויה של מצב הזכויות בטרם יקדם את העסקה.
* הערת אזהרה כשלעצמה אינה שוללת יסוד להסתמכות, אולם אין די בה.
* הקונה הוא "מונע הנזק" הזול ולכן חלה עליו חובה לבצע "בדיקה ראויה" בטרם השלמת העסקה.
* רכישה ממוכר אשר לטובתו הערת אזהרה מתוקף עסקה במקרקעין שנערכה למול בעל זכות קניינית שברישומה נפלה שגגה, עשויה לזכות את הקונה בהגנת [תקנת השוק](http://www.nevo.co.il/law/72897/10) בהתקיים שאר תנאי התקנה.
* כדי שתקנת השוק תעמוד בידי אדם שהתקשר מול עסקה עם מוכר שבידו הערת אזהרה בלבד יש לקיים תנאים מצטברים:
1. התאמתם של תשלומי התמורה להתקדמות רישומה של זכות הבעלות על-שם המוכר בפנקסי המקרקעין.
2. "בדיקה ראויה" (סטנדרט אובייקטיבי) של עסקת היסוד מטעם הקונה (תוכן הבדיקות הנחוצות נקבע על פי הנסיבות המשתנות בין מקרה למקרה, בין עסקה לעסקה).

כלומר, קונה אשר לא הפעיל **אמצעים סבירים וזמינים** לאיתור המידע, והסתפק בהערת אזהרה, גם אם פרס חלק מן התשלומים לא יוכל לטעון כי הסתמך בתום לב על המרשם.

* במקרים של התקשרות עם מוכר בעל זכות בעלות רשומה כהלכתה, נדרשת בדיקה רק אם מתעורר בפועל חשד סובייקטיבי אצל הקונה, כדי שלא ייחשב כמי שעצם עיניו ועל כן פגם בתום לב.
* ההתקשרות עם מוכר שזכותו טרם נרשמה במרשם מהוה **כשלעצמה** "נורת אזהרה".
* בעריכת הבדיקות מתבקש לעתים הצורך ליצור מטעם הקונה **קשר ישיר** עם בעל הזכות הרשומה, משנוצר קשר עם הבעלים הרשום, על הקונה לבקש מן הבעלים פרטים אשר במהות עשויים להיות חיוניים לגביו.
* מכר תכוף מהוה נורת אזהרה "קלאסית" בעסקאות מקרקעין.