**שער ראשון- כללי:**

**נושא מספר 1-סוגי נכסים**

**מקרקעין:**

* **מוגדר בס' 1 לחוק המקרקעין** "כל דבר הבנוי ונטוע על הקרקע ובלתי ניתן להפרדה". התפיסה המקובלת (**י' ויסמן במאמרו)-** **מבחן כוונה** ולא פירוש דווקני של לשון הסעיף - אם מביאים דברים למקום מסוים והכוונה היא לא להסירם זה הופך להיות חלק מהמקרקעין.
* **ס' 11 לחוק:** "הבעלות בקרקע חלה לעומקה ולגובהה". חריג- אם נקבע בדין אחרת (דוגמה: עתיקות מתחת לקרקע פרטית ואינטרס מדינה שיהיה בבעלותה).
* **ס' 12 לחוק:** "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה". (לא משנה מי נטע או בנה- אם פולש בנה בית, הוא שייך לבעלים של המקרקעין. אולי יחול "עשיית עושר ולא במשפט"). **חריג:** בתים משותפים. הבעלות בבית משותף היא אישית בכל דירה, אך הבעלות בקרקע משותפת לכל הדיירים.
* **ס' 13 לחוק:** "עסקה במקרקעין חלה על כל המנוי **בס' 11 ו-12**".אי אפשר להפריד משפטית בין העומק והגובה בעסקת העברת בעלות למשל. "אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין"- **אי אפשר להעביר בעלות בחלק מסוים** מהחלקה שנרשמה, למשל בעלות בחלק הצפוני או הדרומי של החלקה בלבד. לעומת זאת, **חלק בלתי מסוים כן ניתן לרישום** - למשל 10% מהשטח. **הרציונל:** יש אינטרס למחוקק שלא לאפשר חלוקה יתרה של המגרש, כדי למנוע יחידות קרקע קטנות וכדי לא לעודד צפיפות יתר באותו המגרש.
* **חריג:** בשכירות יש הוראה אחרת **(ס' 78)** על אף האמור **בס' 13** שמאפשר שכירות של חלק מהמקרקעין.
* איך ניתן להתגבר על מגבלת ס' 13 ולמכור חצי צפוני של חלקה? לחתום חוזה שכירות לדורות ל999 שנה (החכרה), כי **ההגבלה היא לגבי בעלות ולא שכירות.** ביהמ"ש יצטרך להתמודד עם סיווג העסקה כבעלות או שכירות. (**דיני קניין – מ' דויטש (עמודים 98-99)**)
* **פס"ד הווארד נ' ארז: הפרת סעיף ס' 13** - דעת רוב: (לא ניתן להפריד חלקים מסוימים בחלקה) חל רק על השלב הקנייני ולא על שלב ההתחייבות. לכן למרות שהיתה הפרה של ס' 13 ואי אפשר לבצע את החוזה מבחינה קניינית - הוא תקף מבחינה חוזית, וייתכנו לנפגע סעדים בגין הפרת החוזה. מיעוט: באמצעות פרשנות קבעו שהעסקה היא על חלקים בלתי מסוימים וכך נהיים שותפים במקרקעין.

**מיטלטלין**

* **ס' 1 לחוק המיטלטלין:** מגדיר מיטלטלין **כנכסים מוחשיים** שאינם מקרקעין. מיטלטלין לעומת מקרקעין יותר מורכבים להגדרה ספציפית (דוגמה: נכסים ביצור סדרתי ללא זיהוי פר מוצר). עסקה משתכללת במיטלטלין לרוב עם העברת הנכס (**ס' 33 לחוק המכר**) לעומת דרישת רישום במקרקעין.
* **חוק השומרים:** חל במקרה של שמירת נכס שלא מכוח בעלות, והוא יחול רק על נכסים מוחשים שניתן להחזיק בהם במציאות, לכן יחול רק על מיטלטלין ומקרקעין.
* **דיני קניין – חלק כללי – י' ויסמן** - סיבות להבדלים בין מקרקעין למיטלטלין:

1. **היבט פיסי** – יש פחות היצע של מקרקעין ויותר ביקוש, דבר המצריך פיקוח על גודל החלוקה המינימאלי.
2. **היבט כלכלי** – המקרקעין יקרים מאוד ועל כן נדרש שיקול דעת ורצינות.
3. **היבט פסיכולוגי** – הקשר למקרקעין חזק יותר מאשר במיטלטלין**.**

ויסמן ממליץ לא לקרוא את **סעיף 1** כפשוטו ולהפעיל מבחן פיזי – אלא לתת משקל עדיף **לגורם הכוונה**. אם מביאים דברים למקום מסוים והכוונה היא לא להסירם, או אם הדבר כבד מאוד זה הופך להיות חלק מהמקרקעין.

**זכויות**

* **ס' 13 [א] לחוק המיטלטלין**: הוראות חוק המיטלטלין יחולו ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות.
* זכויות הן נכסים **לא מוחשיים** (דוגמה: זכויות יוצרים, זכויות חוזיות, הפקדת כסף בבנק היא זכות חוזית כנגד הבנק שייתן לי את הכסף שארצה למשוך אותו)
* זכות חוזית היא נכס שניתן לערוך בו עסקאות ומכאן הפן הקנייני. העברת בעלות בזכות חוזית נקראת "**המחאת זכות**"**.** הנמכר היא הזכות החוזית שיש למוכר לקבל משהו מאדם אחר.
* **ס' 1 לחוק המחאת חיובים:** זכותו של נושה (ב') ניתנת להמחאה לגורם שלישי (ג', קונה הזכות) ללא הסכמת החייב, שמפסיק להיות צד בעסקה (א'). ב' רשאי למכור/להעביר לג' את הזכות שיש לא' כלפיו (לשלם לו כסף למשל) ומכאן שג' הופך להיות הבעלים בזכות לקבל את הכסף, ויכול לדרוש את החוב ישירות מא'. אין צורך באישור של החייב לצורך העסקה **(המחאת חיובים – לרנר, עמ' -45-58**) לעומת זאת, העברת החובה מהחייב לאחר, דורשת את הסכמת הנושה.
* כל עוד א' לא העביר את הבעלות על שם ב' בטאבו - כל שיש לב' היא זכות חוזית שתוכנה לקבל בעלות במקרקעין, או זכות חוזית לרישום בטאבו עד התאריך שיקבע. העסקה היא בזכויות חוזיות, ובהמשך ב' יוכל למכור לאחר את הזכות החוזית שלו לקבל בעלות בנכס.

**נושא מס' 2- זכות קניינית וזכות חיובית**

* ההבחנה בין זכות קניינית לחיובית מקורה בספרות ובפסיקה ופחות בחקיקה.
* **זכות קניינית:** היא כלפי כל העולם, ומטילה עליהם חובת לא תעשה, כלומר הימנעות מלהפריע לבעל הזכות הקניינית להשתמש בנכסו.
* **זכות חיובית:** כלפי חייב מוגדר אחד או יותר, עליו מוטלת חובת עשה לפי מהות החיוב שלו כלפי הנושה.

**תכונות של זכות קניינית שתסייע להבחנה:**

1. **תכונת העצמאות:** בזכות קניינית בעל הזכות רשאי להפיק הנאה מנכסו מבלי צורך בשת"פ של אחרים, לעומת מימוש זכות חיובית הדורשת שת"פ בין הצדדים.
   * **פ"ד בן חמו –** מדובר בחוזה הפצה בהתקשרות לטווח ארוך. עורך הדין של בן חמו רצה לחזק את זכותו וכינה בחוזה את הזכות כקניינית. ביהמ"ש **קובע שהסיווג שהצדדים סיווגו הוא לא רלוונטי והמבחן הוא מהותי**- מהות הזכות של בן חמו היא חיובית כי **אין לה את תכונת העצמאות** בהפצה (הוא תלוי בשת"פ של האחר) ולכן היא לא קניינית.
2. **תכונת העבירות:** בימינו גם זכות חיובית ניתנת להעברה (**ס' 1(א) לחוק המחאת חיובים**) אך עם זאת, זכות קניינית עבירה יותר. אם בחוזה בין א' ל-ב' יש הגבלה על עבירות, הנושה לא יכול להעביר את זכותו. מכאן שקל יותר להגביל עבירות של זכות חיובית מאשר של זכות קניינית. כשהעברת הבעלות בנכס תלוית רישום, זה מסובך יותר.(**ס' 22 לחוק השכירות** בחוזה שכירות מקרקעין, גם אם כתוב שהמשכיר לא מאפשר להעביר את המושכר לאחר, המחוקק התערב ומאפשר העברה בתנאים מסוימים).
3. **תכונת העקיבה:** זכות קניינית מקנה זכות לעקוב אחר הנכס (דוגמה: משכנתא ואי פירעון תאפשר לנושה לממש את הנכס הממושכן), וחילופי הבעלים של הנכס לא פוגעת בזכות הקניינית (החלפת בעלים בדירה לא פוגעת בשוכרים להמשיך בחוזה השכירות שלהם). לעומת זכות חיובית- כלפי אדם מסוים לא עוקבת הלאה, אם החייב נעלם-אין דרך לממש את הזכות.
4. **תכונת העדיפות:** מתבטא כשהחייב בחדלות פירעון, ואז לבעל המשכון, לו זכות קניינית, תהיה עדיפות מול נושים אחרים בגביית חובו. הזכות הקניינית לא תלויה באירועים שיקרו לחייב.

* דוגמה לכך שלפעמים זכות חוזית היא עדיפה מקניינית: הפקדת כסף בבנק לעומת החזקת המזומנים ביד. אמנם הזכות תלויה בחייב מסוים, אך במקרה הזה הבנק הוא חייב חזק ויציב שנותן בטחון לנושה.

**דוגמאות לטשטוש ההבחנה בין זכות קניינית לחיובית:**

1. גרם הפרת חוזה: לא זכות חוזית, כלפי אדם ספציפי, אך גרם הפרת חוזה אומר שיש לו זכות כלפי כולי עלמא (כל אדם שיתערב בחוזה).
2. חוזה להעברת בעלות במקרקעין: לבעל הזכות החוזית יש זכויות גם כנגד צדדים זרים לחוזה (**ס' 9 בחוק המקרקעין).** הזכות החיובית היא לא תמיד מול הצד שכנגד בלבד.
3. חובת עשה ואל תעשה: לפעמים גם בקניין יש חיוב עשה - לדוגמה: משכיר שהעביר בעלות לאחר, בגלל תכונת העקיבה שיש לשוכר, הבעלים החדש חייב בכל חיובי עשה שהיו מוטלים על המשכיר המקורי (למשל שירותי שמירה), ולא רק חיובי אל תעשה (לא להעיף אותו מהדירה).

* **מסקנה:** הטשטושים האלה מצמצמים את הפער בין הזכות החיובית לבין הזכות הקניינית.

**גם הפרקטיקה בפסקי הדין מקשה על ההבחנה:**

* **דיירות מוגנת/ סטטוטורית=** התערבות המחוקק בעקבות מלחמת העולם השנייה שקבע דינים לטובת שוכרים כך שלא יהיה ניתן לסלק אותם/להעלות את מחיר השכירות בקלות. זו דיירות שקיימת לאחר תום תקופת ההשכרה ומאפשרת לשוכר להמשיך לגור בדירה ואפילו להוריש את התנאים האלו הלאה ליורשיו. בית המשפט בוחן את **סיווג הזכות של דייר מוגן - האם היא זכות קניינית או זכות חיובית?**
* **פ"ד מנדלבאום: השופט שמגר** מסווג את הזכותכקניינית הראויה להגנה כמו אינטרס של שוכר רגיל (שמקבל פיצוי על זמן קצר ששוכר, אז על אחת כמה וכמה דייר מוגן זכאי לכך). היה לשופט **אינטרס לתוצאה** מסוימת - לתת פיצוי ולכן הוא מסווג את הזכות כקניינית.
* **פ"ד רומנו:** **השופט לנדאו** אומר שדיירות מוגנת זו זכות חיובית ולא קניינית. בקביעה זו הורידו את הצורך בדרישת הכתב לצורך ביצוע העסקה (**ס' 8 לחוק**), כדי שהחוזה ייחשב כתקף. זו עוד דוגמה **שהתוצאה הראויה בעיני ביהמ"ש הכתיבה את סיווג הזכות** (רצו לאכוף את החוזה שהיה מתבטל בגלל היעדר הכתב).
* **זכות קדימה=** עדיפות קודמת לקונה מסוים. מנויה בחוק המקרקעין, אך לא ברשימת הזכויות המוזכרות.
* **פ"ד רייזמן-** עלתה שאלה האם זכות הקדימה עדיין תקפה כאשר אחד מבני הזוג לא בחיים? האם הבנות שנרשמו כבעלים על הדירה [בעקבות ירושת האבא המת] יכולות למכור אותה או שלאשתו יש זכות קדימה לרכוש אותה? השופטות בן פורת ונתניהו: זכות קדימה היא קניינית ורצויה, על מנת לאפשר לאלמנה, אשר חצי מהדירה כבר בבעלותה, לרכוש את מלוא הנכס. זכות הקדימה חלה גם כאשר אחד מבני הזוג כבר איננו בחיים.

השופט לוין (מיעוט): זכות הקדימה מורידה מערך הדירה, כיוון וקונים לא יתעניינו בדירה שלאחר יש זכות קדימה עליה. לדידו, זכות הקדימה הקבועה בסעיף 101 לחוק המקרקעין חלה רק כל עוד שני בני הזוג בחיים (ואם אחד מהם לא בחיים, אין מקום להכיר בה).

* תוצאה: ניתן לראות כי **המיון של הזכות** **משרת בעיקר מדיניות משפטית רצויה**. אולם, המקרים בהם שופטים יכולים לפסוק כפי רצונם הם רק כאלו הנוגעים לזכויות ביניים ולא בזכויות קנייניות או חיוביות מובהקות. לדוג': לא יקרה מצב בו בעלות, שכירות או משכנתא יוכרו כזכויות לא קנייניות או שזכותו של אדם לקבל סכום מרעהו תיחשב כזכות קניינית.
* **דיני קניין י' וייסמן-** מבחין בין **זכות גברא** (חיובית) כרכוש שאדם זכאי לו כלפי אדם ספציפי, לבין **זכות חפצא** (זכות קניינית)- היוצרת קשר ישיר בין האדם לנכס. זכות קניינית מבטאת את האינטרס של האדם להשיג בטחון רכושי שאינו תלוי באדם בשר ודם.

**נושא מס' 3- רשימת זכויות הקניין**

* רשימת הזכויות מעוגנת **בס' 2-5 לחוק המקרקעין:** בעלות (**ס' 2**), שכירות (**ס' 3**), משכנתא (**ס' 4**), וזיקת הנאה (**ס' 5**). + זכות קדימה (המאוזכרת בהמשך החוק).
* **בעלות –**
* מוגדרת **בס' 2,** ומכילה מספר מרכיבים כתובים ולא כתובים:
* זכות החזקה ושימוש בנכס (כמו בשכירות רק ששכירות מוגבלת בזמן ובעלות היא נצחית-**פ"ד מורדוב**). בעלות היא **לצמיתות** למרות שלא מוזכרת בס' במפורש. בעלות על זכות חוזית תהיה רק על השימוש ולא על ההחזקה כי לא תיתכן החזקה פיזית בדבר מופשט.
* כל מה שלא נאסר על הבעלים - מותר לו לעשות בנכסו בכפוף להגבלות: הגבלות לפי דין- (דוגמת עוולת המטרד בפקודת הנזיקין, מונעת ממך להשתמש בנכסך בצורה שתטריד את השכנים, או דיני תכנון ובנייה), והגבלות לפי הסכם- כשצד אחד הגביל את זכויותיו בנכס (לדוגמה- בעלי דירה קובע תנאים מגבילים בהסכם השכירות לשימוש מוגבל של השוכר).
* הזכות להשמיד את הנכס- מרכיב נוסף שלא כתוב בסעיף.
* **שכירות –**
* מוגדרת ב**ס' 3 לחוק המקרקעין:** "זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות"." **חריגים:**

1. שכירות ל999 שנים, בית המשפט יצטרך לקבוע האם העסקה היא חכירה לדורות (**מבחן צורני**) או העברת בעלות (**לפי מבחן מהותי**). יש לכך נפקויות: בשכירות ניתן להשכיר חלק מסוים מהמקרקעין [ס'78]. בבעלות אי אפשר לתת חלק מסוים מהמקרקעין [ס'13].
2. השכרת מחשב ל20 שנה - בתום תקופת השכירות אין לנכס שום ערך, ולכן בעייתי לומר שהנכס יחזור לבעליו בתום התקופה. תהיה נטייה לסווג עסקה כזו כהעברת בעלות [= **מבחן מהותי**] למרות צורתה כשכירות.

* זכות דומה לשכירות - **זכות השאילה.** ההבדל: נותנת החזקה ושימוש בנכס **ללא תמורה**. לדעת המרצה- זו זכות קניינית והיעדרה מרשימת הזכויות היא בשל טעות בניסוח.
* שכירות מוגדרת גם **בחוק השכירות והשאילה**. ההבדל מחוק המקרקעין: החוק חל על כל סוגי הנכסים ולא רק מקרקעין.
* חוק השכירות יחול גם על זכויות אך לא על זכות כספית שהשימוש בה (כמו חוב כספי) מכלה אותו, לעומת השכרת זכות חוזית שלא מתכלה (זכות יוצרים) שאותה כן ניתן להשכיר.
* שכירות היא זכות קניינית חריגה - כי היא מטילה לפעמים חיובי עשה על הבעלים (כמו במצב של החלפת בעלות במושכר, נלווה בחיובי עשה לבעלים החדש כלפי השוכר הקיים).
* בסתירה של הסדר ספציפי מול כללי בשכירות מקרקעין - נתייחס להוראה הספציפית של חוק המקרקעין לעומת חוק השכירות שמתייחס לכלל סוגי הנכסים.
* **פ"ד מורדוב** – קבעו שכירות ללא הגבלה שלא מוכרת בחוק. ניתן לפרש את זה כשכירות-קניינית שמתחדשת כל עת, או לקבוע שאין זכות כזו ושיש תוקף רק במישור החוזי ולתת סעד של פיצויים, ולא תהיה זכות קניינית לשוכר. **נתון לפרשנות.**
* **משכנתא –**
* הגדרה **בס' 4 לחוק המקרקעין-** משכנתא היא משכון של מקרקעין.
* **משכון** מוגדר **בס' 1(א) לחוק המשכון- "**משכון- שעבוד נכס כערובה לחיוב ומזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב"**.**
* הדירה מהווה ערובה לבנק שההלוואה תשוב אליו, ובמידה ולא - הבנק יוכל לפרוע את חובו ולהשתמש בדירה.
* לנושה שלטובתו משכון יש **זכות קניינית** בנכס משום שמתקיימות אצלו תכונות הזכות הקניינית: תכונת העדיפות- בחדלות פירעון, לבעל זכות המשכון תהיה זכות קדימה על נושים אחרים. תכונת העקיבה- גם אם החייב מוכר את הנכס הממושכן, הנושה יוכל לעקוב אחר הנכס ולהיפרע מהתמורה. תכונת העצמאות- בעל זכות המשכון רשאי לפעול בעצמו ולממש את המשכון ללא שיתוף פעולה מצד החייב (אך בסיוע הוצאה לפועל)**.**
* **אם יש בחוק המקרקעין הוראות מיוחדות לגבי המשכנתא, הן יגברו על הסדרי חוק המשכון הכללי.**
* **זיקת הנאה –**
* חלה רק על מקרקעין.
* הגדרה **בס' 5 לחוק המקרקעין** –"שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".
* דוגמה: זכות מעבר לדיירי בניין פנימי דרך שטח הבניין החיצוני לו גישה לרחוב.
* **ס' 92-98 לחוק המקרקעין-** בחלקות סמוכות: חלקה א' הם **מקרקעין זכאים**, וחלקה ב' **מקרקעין כפופים** - המחויבים לספק לזכאים את זיקת ההנאה.
* גם אם הבעלות במגרשים מתחלפת - הזכות הקניינית של הזכאים לה עומדת כי הזכות היא ביחס למקרקעין עצמם.
* למרות שזו זכות שייתכן ונקבעה בהסכם בין הצדדים - התוקף שלה הוא **קנייני** ולא רק חוזי.

**האם רשימת זכויות הקניין היא סגורה?**

* זכות קניינית תהיה מוכרת רק אם תוכר ע"י החוק, לא ניתן ליצור זכות קניינית מכוח חוזה. **(ס' 161 לחוק)**
* רשימת זכויות הקניין היא **רשימה סגורה**, אך מנגד - זכויות חוזיות ביחס למקרקעין הן ללא הגבלה- לפי **ס' 24 לחוק החוזים** (חופש חוזים).
* אי אפשר להכליל זכויות קנייניות ללא הגבלה - משום שהן תקפות כלפי צדדים שלישיים. הטיעון נחלש עם השנים והיום זכות קניינית תהיה תקפה כלפי צדדים שלישיים רק בהינתן פומביות (לרוב באמצעות רישום).
* עד 1969 ההלכה בארץ היתה שיש מצב ביניים בין זכות קניינית לחוזית שהיא **זכות שביושר** (כשיש חוזה אבל עדיין אין רישום) שיש לה תוקף קנייני מסוים כלפי צדדים שלישיים. **ס' 161 -** ביטל את הזכות שביושר וקובע זכות קניינית רק ע"י המחוקק עצמו.
* אם זכות מסוימת מוכרת ע"י חוק אחר שאינו חוק המקרקעין- זה תופס. דוגמאות: זכות קניינית מתוקף חוק הירושה, או מתוקף חוק הנאמנות.
* **נאמנות –**
* **ס' 1 לחוק הנאמנות-** "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת".
* יחסים בין נאמן לנהנה- הנאמן מחזיק בנכס או פועל בו לטובת נהנה.
* באנגליה- הנאמן והנהנה שניהם בעלי קניין, בשל בעלות שביושר. הנאמן- בעלים שבדין, הנהנה- בעלים שביושר. החוק הישראלי משתמש במונח "**זיקה לנכס**" – ולא ברור אם מדובר ביחס חוזי מוגבר או יחס קנייני, אך הגישה הקניינית היא הדומיננטית בהשראת הדין האנגלי.
* **זו דוגמה לזכות קניין שלא מוכרת בחוק המקרקעין** אלא מתוקף חוק אחר.
* **ס' 4 לחוק הנאמנות:** אם הנכס טעון רישום, רשאי הנאמן לדרוש מממונה הרישום לרשום את הזכות לטובתו.
* **סעיף 5 לחוק הנאמנות:** כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם.
* **דיני קניין – מ' דויטש (עמודים 81-87)-** ראוי שתהיה רשימה סגורה לזכויות קניין מ-3 שיקולים:

1. **פומביות** – עסקה במקרקעין יוצרת חיוב כלפי צדדים שלישיים ולפיכך יש חובה בחוק לפרסם אותה. רשימה פתוחה תיצור מצב שבו אין מקום שחובה לפרסמה והדבר יקשה על צדדים שלישיים.
2. **טענה נורמטיבית** – לא ראוי שלכל אדם תהיה אפשרות ליצור חובות, חובה לעגן את הזכויות בחוק.
3. **טענה תועלתנית** – יצירת זכויות חדשות באופן עצמאי תחליש את הוודאות והיציבות המשפטית.

* **דיני קניין – חלק כללי – י' ויסמן (עמודים 75-87)-** חוזר על אותם טיעוני הנגד של דויטש ומוסיף טעם נוסף לקיום "רשימה סגורה"- הוספה עצמאית תיצור **אי-וודאות** **שתפחית את הסחירות (ומכאן את ערכו) של הנכס**. לכן, מוצדק לראות ברשימת זכויות הקניין רשימה סגורה, וגם במובן של הוספת תכונות חדשות לזכות קניינית מוכרת.

**נושא מס' 4- הקניין בין פרטי לציבורי**

**מנהל מקרקעי ישראל**

* **מקרקעי ישראל:** רוב הקרקע בארץ, הנמצאת בבעלות גופים ציבורים המוגדרים **בחוק יסוד מקרקעי ישראל-** מדינת ישראל, רשות הפיתוח או קק"ל. נפרט:
* **מקרקעין בבעלות המדינה:** שטחים פרטיים שהופקעו ע"י המדינה. **חוק נכסי המדינה** קובע:
* הקרקעות שהיו בידי השלטון הבריטי עובר לרשות מדינת ישראל.
* מי שנפטר ללא יורשים לפי דיני ירושה אז רכושו עובר למדינה.
* מקרקעין ללא בעלים הם נכסים של המדינה.
* **מקרקעין בבעלות רשות הפיתוח:** תאגיד ממשלתי שהמקרקעין שלו מגיעים משני מקורות עיקריים:

1. **חוקים שמאפשרים להפקיע קניינו של פרט** ולהעביר את הבעלות במקרקעין ברישום בטאבו לגוף ממשלתי בתמורה לפיצויים הולמים לבעל הנכס.
2. **חוק נכסי נפקדים** – מקרקעין של אנשים שעברו לארץ אויב בשנים שלאחר קום המדינה והשאירו בטאבו מקרקעין על שמם, החוק מעביר את הנכס לבעלי 'אפוטרופוס נכסי נפקדים', ומשם לבעלות רשות הפיתוח.

* **מקרקעין של קק"ל:** תאגיד שהוקם ע"י העם היהודי בגולה שתפקידו המוצהר הוא לרכוש מקרקעין בא"י להתיישבות יהודית.
* רוב המקרקעין נקנה באמצעות כספי תרומות מהעולם.
* מטרת העל היא גאולת קרקעות - רכישת קרקעות מערבים לצורך התרחבות התיישבות יהודית.
* **ס' 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל-** אוסר העברת בעלות במקרקעין ציבוריים, מתוך השקפה לפיה רוב המקרקעין בישראל צריך להיות בבעלות ציבורית ולא פרטית (תפיסה קומוניסטית).
* **מנהל מקרקעי ישראל-** נקרא היום רשות מקרקעי ישראל ומעוגן **בחוק מקרקעי ישראל.** המנהל הוא **גוף ממשלתי** המנהל את המקרקעין בישראל, גם עבור קק"ל.
* **חכירה:** מי שקונה דירה שבנויה על קרקע המנהל, מבחינה משפטית לא מקבל בעלות אלא **חכירה לדורות (שכירות ארוכת טווח),** מעל 25 שנה לרוב. **חוק מקרקעי ישראל** הסטנדרטי הגביל את החכירה ל49 שנים עם אופציה ל49 שנים נוספות שבתומם הבעלים (מ"י/קק"ל) רשאי לקבל חזרה את המקרקעין. בפועל - זה לא קורה, ממשיכה השכרה בשתיקה. בנוסף כיום החוכר משלם את כל הסכום מראש.
* **ס' 2 לחוק יסוד מקרקעי ישראל**: קובע **חריג** לאיסור העברת הבעלות בס' 1 לחוק. ההגבלות מפורטות **בס' 2 לחוק מקרקעי ישראל,** ולמשל **ס' 2 (7)** קובע שניתן להעביר קרקע עירונית לבעלות פרטית בכמה פעימות, כשהשטח הכולל לא עולה על 800 אלף דונם.
  + **פ"ד דרור:** עתירה נגד החריגים המאפשרים העברת בעלות ציבורית לפרטית. העתירה נגד החוק נדחתה וביהמ"ש קובע שהוצאת מקרקעין מבעלות ציבורית לפרטית כשהיא מוגבלת בכמותה לא פוגעת בכלל - החריג סביר.
* **מה האינטרס של מדינת ישראל לשמור על אחוז גבוה מהמקרעין שבשטחה יהיו בבעלות ציבורית?**

1. סוציאליזם- מניעת היווצרותן של קבוצות בעלי הון שיחזיקו ברוב המקרקעין. המדינה תחלק שכירויות.
2. נימוק דתי- "כי לי הארץ" , הקרקע שייכת לה' ולא לבעלות פרטית.
3. השגת מטרות לאומיות- תכנון התיישבות (חקלאות, ערבים-יהודים), הגבלת מכירה לזרים, שמירה על רוב יהודי.

* **פ"ד קעאדן:** ביישוב קציר חלק מהקרקע [מקרקעי המדינה] שווק ע"י הסוכנות היהודית שיצרה קריטריונים שרק יהודים עומדים בהם. **ברק** בדעת הרוב פוסק שעל המדינה לפעול על פי **עקרון השוויון של המשפט הציבורי, שחל על המדינה גם כשהיא עוסקת במשפט פרטי (בקניין)** (מכירת קרקעות ליחידים). לא תיתכן אפליה בהקצאת מקרקעין ציבוריים לרכישה פרטית בין ערבים ויהודים. חריגים: כשיש ישוב עם פונקציה ביטחונית, מאפיינים מיוחדים קהילתיים לתושביו.
* המקרקעין של קק"ל נועדו ליהודים ולשם כך הכספים נתרמים, אז כדי שקק"ל יתחמקו מהשוויון של הלכת קעאדן היא מחליפה שטחים עם המדינה, כך שלא יהיו כפופים לשוויון ערבים יהודים (המדינה לעומת זאת כפופה לכך).
* **פ"ד אביטן:** הממשלה הקצתה קרקע לבדואים ויהודי עתר כנגד, ועתירתו נדחתה - נקבע כי אפשר להקצות מקרקעין לקבוצת מיעוט שמגורים נפרדים מסייעים לה לשמור את הייחודיות שלה (חל גם על חרדים).
* **פס"ד אדרי:** מאז קעאדן פותחים מכרזים שווים לכל – ולכן חילונים ודתיים לאומים בעיר בית שמש עתרו נגד העניין כי פחדו שחרדים ישתלטו על העיר באמצעות עמותות מאורגנות וכו'. **נדחה כי המגמה היא להעניק שוויון לכל. המכרז פתוח לכולם.**

**הקניין כזכות חוקתית**

* **ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו:** הגנה על הקניין של אדם. בעד- חופש להתבטא ולהתנהל כשהקניין שלך מוגן, נגד- מגן על בעלי ההון לצבור רכוש ללא התערבות.
* **הקשיים בקביעת הזכות לקניין כחוקתית:**

1. קיימת חקיקה פיסיקאלית (= בענייני כספים) רבה: כמו מיסוי, שתצטרך לעמוד במגבלות פסקת ההגבלה. **שמגר** מציע: רק פגיעה משמעותית בזכות לקניין תצטרך לעמוד במגבלות פסקת ההגבלה.
2. השקפות סוציאליות: בעד חלוקת רכוש הוגנת ומניעת קפיטליזם וצבירת הון.

* **פ"ד בנק המזרחי:** דן בפרשנות המונח קניין ביחס לזכות הגבייה של הבנקים [ללא משכון]. טענו שמדובר בזכות חיובית ולא קניינית אלא אם יש משכון. בית המשפט מפרש בהרחבה את **ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם** וקובע שקניין יכלול את כל רכושו של הפרט **כולל זכויות חוזיות**, שיש להגן גם עליהן כדי לשמור על חירותו של אדם ביחס לקניינו. ניתן לפגוע רק במידתיות של פסקת ההגבלה. **המונח מפורש בהרחבה רק בהקשר החוקתי של ההגנה על הקניין.**

**מניעת שימוש מאחרים**

* קניין קלאסי הוא שרירותי ותיתכן מניעת כניסה לאחר ללא קריטריון.
* **חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים:** מצמצם את השרירותיות, ואוסר הפליה בנתינת שירות או בכניסה למקום ציבורי מטעמי דת גזע מין או קבוצת השתייכות **(ס' 2 לחוק).**
* בית המשפט ממעט להתערב בהתרת שימוש לאחר מלבד:

1. **כשמדובר בגוף ציבורי העוסק בתחום משפט פרטי / גוף פרטי שפועל בתחום ציבורי.**

**פ"ד קעאדן**– הכפיפו את הגוף הציבורי לעקרון השוויון;

**בג"ץ מועצת כפר שמריהו** לא רצו להשכיר אולם שישמש ביהכ"נ לרפורמים וקונסרבטיביים. מדובר בגוף ציבורי שעוסק בפעילות פרטית ונפסק שאסור להפלות (**בגוף פרטי שעוסק בפעילות פרטית** ביהמ"ש לא יתערב).

1. מצב הכפוף לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים – **נותן שירות לציבור**.

* לעיתים בית המשפט יתערב גם במשפט הפרטי ויפגע בחופש חוזים ובשרירות דיני הקניין, כדי להגן על צד חלש.
* **פ"ד און נ' מפעלי בורסת היהלומים:** און היהלומן עותר נגד החלטת המחוזי למנוע כניסתו למתחם הבורסה ליהלומים בישראל [= תאגיד פרטי שפועל בתחום הציבורי]. בעליון - הוחלט להחזיר לערכאת הדיון לבחינה האם הבורסה היא גוף דואלי או פרטי ומכאן להכריע על התרת הכניסה למתחם. למרות שלא מדובר במקום קלאסי שכל אחד רשאי להיכנס אליו, בית המשפט עדיין לא מאפשר מניעה שרירותית של כניסה אליו, ובוחן האם חלים על הגוף עקרונות השוויון.
* **פ"ד אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה:** עתירה נגד גביית תשלום בכניסה לפארק למי שאינו תושב, בטענה שמונעים שימוש מאחר. בית המשפט קבע כי לא מדובר במניעת כניסה אלא חיוב תשלום בלבד. **ס' 3** אומנם מונע הפליה מטעם נותן שירות לציבור, אך הוא מפרט מקרים שלא יחשבו כאפליה (לענייננו- המניעה מתחייבת מאופי השירות, כי הפארק מתוחזק מכספי משלמי המיסים בעיר- התושבים).

**שער שני- פומביות הקניין**

**נושא מס' 5- מרשם זכויות**

**רישום בפנקסי המקרקעין**

* **סעיף 6 לחוק המקרקעין:** מגדיר מה היא עסקה במקרקעין לצורך החלת **סעיפים 7-10** החלים על עסקה שכזו.

עסקה במקרקעין יכולה להיות העברת בעלות, יצירת משכנתא, השכרה ושכירות, וזיקת הנאה לפי רצון המקנה.

**חריג:** בעלות מכוח ירושה היא קניינית, אך לא נכללת בס' 6 ולכן תשתכלל גם בלי רישום בטאבו.

* **סעיף 7 (א) לחוק המקרקעין:** השלב הקנייני במקרקעין 🡨 עסקה במקרקעין **טעונה רישום**. רישום מוגדר **בס' 1** כרישום בפנקסי המקרקעין (=טאבו).
* **סעיף 7 (ב):** עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה. הסעיף מתערב בחופש החוזים של הצדדים להסכים על מועד העברת הבעלות, ומתנה אותה בסיום הרישום בטאבו, ועד אז- זו זכות חוזית בלבד.
  + **הסיבה להתערבות בחופש החוזים**: **לחזק את אמינות המרשם** שיהיה מהימן לגבי הזכויות הקיימות בנכסים, ולתת לאנשים תמריץ לרשום את זכותם. **חריג:** אין חובת רישום בשכירות קצרה ובירושה.
  + הסיבה להתמהמהות במרשם: העדפה להישאר בשלב החוזי מטעמי גביית מס. הסיכון: זכות חיובית מוגנת פחות מול צדדים שלישיים.
* **ס' 161 לחוק המקרקעין** שלילת זכויות שביושר האנגליות:שולל זכות קניינית שלא הוגדרה בחוק. המשמעות- אין שלב מעין קנייני! או שבוצע רישום – והזכות היא קניינית, ואם לא- היא חיובית, אין זכות ביניים [לכאורה].
* **ס' 123(א) לחוק המקרקעין:** רישום בטאבו של עסקאות, פסקי דין וצווים [ = ירושה, או עיקול שמונע מביצוע עסקאות בנכס, וכו'], כל דבר אחר הטעון רישום לפי חיקוק וקשור באותה חלקת המקרקעין המוסדרים [=למשל, נאמנות].
* **תפקיד הרישום:** פומביות: **ס' 124** מאפשר עיון בטאבו לכל המתעניין בנכס ללא אישור מבעליו. **ס' 93:** אם המעיין רוצה לעיין במסמכי היסוד לרישום, משמע בחוזה עצמו- עליו להגיש בקשה שמפרטת את עניינו בהם. **ס' 125:** רישום מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה לתוכן העסקה. (מקרקעין מוסדרים= שעברו תהליך של הסדר מקרקעין לפי גושים וחלקות). לעומת זאת **ס'10**  [תקנת השוק] מטיל ספק באמינות עיון ברישום.
* **י' ויסמן (עמודים 289-310,320-327):** חוזר על חיוניות המרשם והתמריץ לו. עיקר טענתו היא שקיימים מקרקעין בלתי רשומים כלל או שהרישום לגביהם חלקי (רק הגוש רשום אך לא מס' החלקה למשל)- ביניהם בתים משותפים רבים שלא רשומים בטאבו. הדבר יצר שורת השפעות שליליות ובעיקר **חושף את קוני הדירות לסיכונים ומונע אפשרות לבצע עסקה מושלמת במקרקעין**. ויסמן אומר שמן הראוי ליצור הבחנה בין מקרקעין שאי רישומם נובע מאחריות הצדדים לבין אי רישום מסיבות אחרות שאינן תלויות בהם.
* **פ"ד מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי:** כל המסמכים הועברו למרשם ובשל טעות טכנית העסקה לא נרשמה בטאבו. נקבע כי בשל מטרת פומביות המרשם עבור צדדים שלישיים, **אם לא נרשמה הזכות - היא בגדר התחייבות בלבד.**
* **פ"ד ליפקין נ' דור הזהב:** בד"כ- הרישום לא מועבר על שם הקונה עד שמשלם את התשלום האחרון. בפסק הדין- היה מקרה לא שגרתי בו העסקה נרשמה על שם הקונה לפני גמר התשלומים, ובשל הפרת תשלום לפי החוזה המוכר רוצה להחזיר את הרישום על שמו. עולות 2 טענות כנגד המוכר: [א] טענה חוזית- לפיה הסכמתו להעביר בעלות לפני גמר התשלומים מהווה הסכמה מכללא שאם החוזה יופר המוכר מוותר על תרופת ההשבה. [ב] טענה קניינית- רישום הוא סוף פסוק. ביהמ"ש דוחה את הטענות וקובע שאם הקונה הפר חוזה ולכן המוכר רוצה להחזיר רישום, זה לא פוגם באמינות המרשם - כי המרשם משקף את המצב באותו רגע, **ואם חלו התפתחויות, החוזה הופר, העסקה בטלה וחלה חובת השבה- אפשר להחזיר את הרישום לקונה.**

**השלב הקנייני במיטלטלין וזכויות:**

* **ס' 1 לחוק המכר:** מכר היא העברת בעלות בנכס ממוכר לקונה.
* **ס' 33 לחוק המכר**: הבעלות בממכר עוברת לקונה **במסירתו, אלא אם הסכימו הצדדים על מועד או דרך אחרת.** הבעלות בניגוד למקרקעין היא לפי כוונת הצדדים, ואם לא סיכמו - אז במסירה.
* **ס' 4[א] לחוק המכר**: הוראות החוק יחולו גם על מקרקעין וזכויות בשינויים מחייבים (למשל ס' 7ב בחוק המקרקעין- מחריג את הכלל).

**ספר מנהל מקרקעי ישראל**

* **רישום בפנקס המרשם של מנהל מקרקעי ישראל:** מצב בו המנהל מקצה קרקע לבנייה והיא עדיין לא רשומה לפי חלקות, והבירוקרטיה לוקחת שנים. כל אחד מקוני הדירות עושה עסקה עם המנהל שמבטיח את הרישום על שמו בסוף התהליך הארוך. עד אז- בטאבו נרשמת רק הערת אזהרה לטובת הקונים, אך בפנקסי המנהל - נרשם שלקונה יש זכות לקבל בעתיד חכירה בטאבו על הדירה.
* **פ"ד טקסטיל ריינס**- במקרה כזה לקונה אין בעלות במקרקעין אלא **רק זכות חוזית** לקבל את המרשם בעתיד.

**ס' 1 לחוק במקרקעין** מגדיר רישום כרשום בטאבו בלבד שנתון לעיון פומבי (**ס' 124),** ולא בפנקסי מנהל מקרקעי ישראל שאינם נגישים לכולם. בפועל- **ס' 4 טו (א) בחוק רשות מקרקעי ישראל** מחייב את המנהל לנהל מאגר שפתוח לעיון הציבור לגבי כל ההתקשרויות החוזיות של המנהל, גם אם לא רשומים בטאבו. למרות הסעיף, פסקי הדין עדיין מתייחסים לזכות **כזכות חוזית ולא קניינית.**

* אם בעל הזכות ירצה למכור לאחר את הדירה - מבחינה משפטית הוא יכול להתפרש כמבצע **המחאת זכות ולא העברת בעלות.** המשמעות: המחאת זכות לא כפופה **לס' 7[ב]** המחייב רישום בטאבו, והזכות תעבור **לפי כוונת הצדדים**. גם אין צורך בדרישת כתב **ס'8**, זו לא עסקה במקרקעין. המרצה אומר שאולי ביהמ"ש יעשה היקש לחוק המקרקעין וידרוש כתב [יש לציין שזו יכולה להיות התחייבות לעסקה במקרקעין].

**פומביות הקניין - שעבודים**

**השלב הקנייני במשכון נוצר בשני שלבים:**

1. **כריתת הסכם בין הצדדים:** השלב החוזי בין הנושה לחייב, המעוגן **בס' 3א לחוק המשכון.**
2. **פומביות:** **ס' 4 לחוק המשכון** אומר שכוחו של המשכון יהיה יפה כלפי צדדים שלישיים בהתמלא תנאי הסעיף. ישנן 2 דרכים לשכלול משכון: הפקדה (ס' 2,4) ורישום (3,4).

* **שכלול באמצעות הפקדה:** המשכון הקלאסי שהיה נהוג בעבר והיום הפך לדרך שולית לשכלול. העברת המשכון לידי שליטה והחזקה פיזית של הנושה. אם הנכס הופקד בידי הנושה אז מתמלא התנאי לשכלול והמשכון יפה כלפי צדדים שלישיים- הופך לקנייני, ומעצם ההחזקה אחרים צריכים לדעת על כך והוא יפה כלפי אחרים.
  + **ס' 42 לחוק המשכון**: המשכון יכול להיות מוחזק גם ע"י שומר מטעם הנושה, כל עוד לא בידיו של החייב.
* בנכסי מקרקעין לא משתכללת משכנתא ע"י הפקדה - בשל **ס' 4(1) לחוק המשכון** שאומר שאם יש הוראות מיוחדות בדין אחר הולכים לפיהם- לענייננו, **ס' 7[ב]** המצריך רישום עסקה במקרקעין בטאבו לשכלולה.
* גם לא תקף לגבי זכויות- הן לא ניתנות להפקדה.
* **שכלול באמצעות רישום:**
* **משכון שיצרה חברה**: [משעבדת נכס שבבעלותה] נרשם אצל רשם החברות לפי **ס' 178 לפקודת החברות.**

**ס' 179:** נדרש לרשום את המשכון תוך **21 יום** ממועד יצירת המשכון כדי להגן מנושים אחרים.

* **משכון שיצר יחיד:** נרשם ברשם המשכונות לפי **ס' 4 לחוק המשכון,** הופך את הנושה למובטח בחדלות פירעון של החייב. חל על מיטלטלין לפי שם החייב (ומכונית גם לפי מס' הרישוי שלה) **ולא מפרט מרשם בעלויות**, **ויסמן במאמרו:** קורא לזה מרשם עסקאות להבדיל ממרשם בטאבו שהוא מרשם זכויות. באופן כללי מלבד מקרים חריגים, **מי שמשכן נכס שלא שלו אז המשכון לא תופס והבעלים האמיתי רשאי לדרוש את הנכס**, כי לגבי מיטלטלין אין רישום זכויות [בעלות וכו'] אלא רק רישום עסקאות.
* **משכנתא [מקרקעין] שיצר יחיד:** **לפי ס' 91 לחוק המקרקעין** היא משכון מקרקעין שיחיד יצר והיא נרשמת בטאבו בלבד. מדוע? כי כפי שציינו קודם חל **ס' 4(1) לחוק המשכון** שמחיל הוראות ספציפיות של חוק המקרקעין – דרישת הרישום בטאבו לפי **ס' 7ב לחוק המקרקעין**.
* **משכנתא [מקרקעין] שיצרה חברה:** נדרש רישום כפול: טאבו + רשם החברות.

**פ"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי:** אם גורם עסקי מעוניין לקשור קשרים עם החברה הוא יחפש מידע רחב אודותיה ברשם החברות, לכן חשוב שיופיעו שם נתונים על שעבודים גם לגבי מקרקעין.

* **פ"ד בנק המזרחי נ' בנק הפועלים:** בעבר, מטרת הרישום היתה לטובת הנושה כהוכחה לקיום החוזה/עסקה, והיום המטרה היא הגנה על צדדים שלישיים שמעוניינים להתקשר. בפסק הדין עקב טעות טכנית לא נרשם המשכון אצל רשם החברות כלפי נושה ראשון בזמן, ובשל **מטרת הפומביות המודרנית** [מרכז הכובד עבר למעיין ולא לנושה] – הש' אנגלרד קרא להסדיר את העניין ואמר כי אין להטיל את הטעות ברישום על צד ג' המתקשר, יש להטיל חובה על הנושה הראשון בזמן לבדוק שאכן הרישום התבצע כראוי. לדידו, אם יש טעות - זה כאילו לא נרשם.
* **שעבוד נכסי חברה, פרופ' שלום לרנר –** דרישת הרישום הכפול [חברות, מקרקעין] נראית לא הגיונית לאור תכלית הנגישות מאחר ורישום כפול מסרבל ומייקר את הבדיקה. במקרה של עסקאות משכנתא נוגדות על אותם מקרקעין יהיה העדיף מבין הנושים המובטחים זה שהקדים ורשם את זכותו בפנקס המקרקעין, אך אם לא רשמו אותה גם אצל רשם החברות יהיו שניהם בגדר נושים כלליים ביחס לשאר הנושים. **אם כל תכלית הרישום הכפול היא להגן על האחרונים, נראה שניתן להסתפק ברישום שעבודי מקרקעין בפנקס המקרקעין, והגבלת הרישום אצל רשם החברות לשעבודים אחרים.**
* **רישום ברשם המשכונות/חברות פחות בטוח מטאבו –** כי הוא מתעד רק שעבודים ולא בעלויות ושאר הירקות [חוץ מרכבים]. יכול לצאת מצב שא' משעבד נכס לטובת ב', ואז ג' טוען לבעלות של הנכס. דבר כזה פחות סביר שיקרה בטאבו.

**זכויות בכלי רכב**

* במרשם כלי רכב יש מרשם **שעבודים** וגם מרשם **בעלויות**. הסיבה ההיסטורית-צרכים ציבוריים חברתיים ומיסויים.
* מרשם שעבודים במשרד הרישוי החל כצעד התנדבותי מצד משרד התחבורה ללא כיסוי חקיקתי. בשנות ה-70 הצורך ברישום עוגן **בתקנות התעבורה**- כך שאם רשום על כלי הרכב שיעבוד או צו עיקול, משרד הרישוי לא יעביר את הבעלות.
* **רישום דקלרטיבי מול קונסטיטוטיבי:** הגישה השכיחה בפסיקה רואה את הרישום במשרד הרישוי **כדקלרטיבי-הצהרתי** בלבד משום שהוא נועד לצרכים ציבוריים שאינם קלאסיים על עסקאות, לעומת רישום מקרקעין שהוא **קונסטיטוטיבי** ויוצר את השלב הקנייני. אדם יכול להיות בעל המכונית מבלי להיות רשום במשרד הרישוי, זה לא חובה. הבעלות בכלי הרכב, כשאר המיטלטלין הכפופים **לס' 33 לחוק המכר** עוברת לפי **כוונת הצדדים ואם לא קבעו – מועד המסירה והחזקה.**
* **פ"ד אליהו**- הקונה לא רשם במשרד הרישוי את בעלותו אך קנה את הרכב ומחזיק בו. נושה של המוכר ניסה להטיל על הרכב עיקול. ביהמ"ש: **הרכב בבעלותו, למרות שאין רישום, כי הבעלות עוברת לפי חוק המכר בכוונת הצדדים.** העיקול לא תופס למרות שהקונה לא נרשם.

**משכון כלי רכב:**

* **אם ממשכן הרכב הוא יחיד🡨** הוא ירשם ברשם המשכונות לפי **ס' 4(3) לחוק המשכון.**
* **אם ממשכן הרכב הוא חברה🡨** הוא ירשם ברשם החברות לפי **ס' 178 לפקודת החברות.**
* **אם משכון נרשם רק במשרד הרישוי ולא אצל רשם המשכונות/החברות-** לא יהיה תקף, כי הוא דקלרטיבי בלבד. מלבד מקרים נדירים שיכנסו כ**חריג** **בס' 4(3)** – למשל אם הנושה ידע או היה עליו לדעת על המשכון, יהיה כוחו יפה אף ללא רישום - כי מתקיים עקרון הפומביות באמצעות הרישום במשרד הרישוי.
* בפרקטיקה נושים זהירים עושים **רישום כפול** - גם במשרד הרישוי למרות שזה דקלרטיבי בלבד. בשביל שלא יתקיימו תנאי **תקנת השוק -** כדי שכל אדם יראה שזה משועבד, ושמשרד הרישוי לא יעביר בעלות כי השעבוד יחסום.
* **בפס"ד מדינת ישראל נ' בנק הפועלים:** קראו השופטים למחוקק לשנות את המצב האבסורדי הקיים ולהכיר ברישום קונסטיטוטיבי של משכונות במשרד הרישוי, שהינו אמין ובטוח. אך המחוקק לא עשה זאת ולכן עדיין אם ממשכנים כלי רכב, יש לבצע את הרישום גם (ראשית לכל) אצל רשם המשכונות.
* **עיקולי כלי רכב**: כאן השאלה של רישום דקלרטיבי או לא היא רלוונטית - לעימות בין ב' הקונה וג' הנושה של א'- בעל הרכב החייב. אם הבעלות כבר עברה לקונה - המעקל לא יוכל להיפרע מהרכב. התפיסה בפסקי הדין בעבר אמרה שהעימות בין הקונה לנושה יוכרע בשאלת הזמן שבו יצא צו העיקול - **לפני או אחרי השלב הקנייני.** אם ביהמ"ש קבע שהרישום דקלרטיבי - אז הבעלות עוברת במכונית כמו כל מיטלטלין בלי קשר לרישום במשרד הרישוי והעיקול לא יתפוס.
* **פ"ד טקסטיל ריינס-** עימות בין קונה ומעקל - המעקל מטיל עיקול על רכב. **תפיסת פ"ד היא תפיסה שכבר לא נכונה היום:** העימות יוכרע בשאלה האם העיקול בוצע לפני השלב הקנייני. אחרי החוזה ולפני השלב הקנייני, העיקול גובר. בכלי רכב הרישום הוא דקלרטיבי, ולכן הבעלות עברה מיידית עם קבלת החזקה, ולכן העיקול לא תופס (**היום בפסיקה: שלב חוזי-זכות שביושר מספיקה ועיקול לא יגבר**). במכירת מקרקעין יש פער זמן בין החוזה לרישום בטאבו, וזה מטיל סיכונים על הקונה (שבטווח יעקלו).

**שער שלישי- עסקאות:**

**נושא מס' 6- עסקה במקרקעין וזכויות במקרקעין**

* **המצב הפשוט 🡨** עסקת מכר של **בעלים רשום בטאבו מול קונה.** על העסקה חלים כל הוראות **ס' 6-10 בחוק המקרקעין,** ובמיוחד **ס' 7[ב]** הדורש רישום בטאבו להשלמת השלב הקנייני. כנ"ל לגבי משכנתא.
* **המצב המסובך 🡨** המוכר מעביר לקונה זכות בנכס, **כאשר הוא עצמו לא רשום כבעלים**. הזכות החוזית היא הזכות להירשם בטאבו בעתיד, וב' יכול להחליט להעביר את הזכות הזו לאחר. דוגמה קלאסית: קוני דירות שרשומות במנהל מקרקעי ישראל, והדייר הוא רק חוכר ויש לו זכות חוזית בלבד.
* **פ"ד טקסטיל ריינס:** א' - מנהל מקרקעי ישראל, ב' – דייר-מוכר, ג' – דייר-קונה, ד' – נושה של ב', מעקל. לב' יש זכות חוזית מול א' שירשמו את זכותו כחוכר בטאבו. ב' גר בה שנים ורוצה למכור את הדירה לג', דייר חדש. ג' לא היה קיים בשום רישום בפנקסי המנהל, ואז נכנס ד', המעקל של ב' החייב. העימות הוא בין מעקל [ד'] לבין רוכש זכות [ג'].

השאלה הנבחנת היא: **האם הקניין עבר מב' לג' לפני צו העיקול (ואז ג' זוכה) או אחריו (ואז ד' המעקל זוכה)?** בית המשפט אומר שזה תלוי בטיב העסקה, ומציג 2 אפשרויות לסיווג העסקה בין ב' לג' שתכריע את התוצאה:

1. **העסקה היא המחאת זכות:** [לא דרוש כתב] ב' מעביר לג' את הזכות שיש לו כלפי א' שירשום אותו בטאבו. ג' הופך לנושה ישיר בא' למרות שלא כרת עמו חוזה. **חוק המקרקעין לא רלוונטי** **כי הנכס הנסחר הוא זכות חוזית** ולכן אפשר להעביר בעלות בממכר ללא רישום אלא לפי כוונת הצדדים [ייתכן שלב חוזי וקנייני בו זמנית, אך בד"כ זה יהיה במועד סיום התשלומים והעברת החזקה]. השלב הראשון הוא התחייבות להמחות, וכשהזכות עוברת זה השלב הקנייני של ההמחאה. אם ב' וג' בפרשת ריינס עשו עסקה מסוג **המחאת זכויות**, סביר להניח שבנק' סיום התשלומים עבר הקניין לג'. אם כך העיקול של ד' [נושה של ב'] לא יתפוס בגלל שהוא הוטל רק לאחר שהקניין עבר לג'.
2. **העסקה היא עסקה במקרקעין:** [דרוש כתב] גם מי שבעצמו ללא זכות קניינית, **יכול לעשות עסקה שהממכר היא זכות קניינית** ולא חוזית בלבד. אם זה הסיווג - אנחנו בתוך חוק המקרקעין וחלות כל הוראות סעיפים **6-10.** **הבעלות עוברת לג' רק שיש לו רישום בטאבו**, עד אז העסקה בתחום החוזי ולכן צו העיקול של ד' יתפוס, כי הקניין עדיין בבעלות ב'. כאן ג' הוא לא נושה של א' אלא ב', ובמקרה של הפרה יש לו עילה חוזית נגדו.

* בחינת סיווג העסקה + חזקה להמחאת זכות: בית המשפט מכריע **בשאלה פרשנית** שבוחנת למה הצדדים התכוונו.

אם לא עולה מלשון החוזה או מהנסיבות חד משמעית שהתכוונו לאחת הפרשנויות- **החזקה הפרשנית היא שהתכוונו לעסקה מסוג המחאת זכות**. הסיבה: המחאת זכות היא קלה לביצוע עבור ב' הממחה, ולא תלויה ברישומו ע"י צד שלישי.

* בחינת מועד העברת הקניין: אחרי שבית המשפט קבע שהעסקה היא המחאת זכות, עליו לבחון מתי בוצעה העברת הקניין. יש חזקה פרשנית לפיה **אם הצדדים לא כתבו מתי מועד העברת הבעלות, אז הבעלות עוברת כאשר ג' שילם את התשלום האחרון + היתה העברת החזקה.** לאחר שלב זה - הושלם השלב הקנייני ומעקל לא יוכל להיכנס.

**משכון זכויות**

* לגבי משכנתא- כדי שב' ירשם בטאבו כבעלים הוא צריך לשלם את מלוא הסכום לא', ולשם כך הוא זקוק לסיוע מג' - הבנק. הבנק לא יוכל לתת משכנתא בלי שהדירה תהיה על שם ב' המלווה. הפתרון: ב' מעביר לבנק **משכון זכות** ולא משכון הדירה בפועל, עד שתירשם זכותו בטאבו.
* **פ"ד כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים:** א'- בעלים רשום, ב'- זוג צעיר קונה, ג'- בנק למשכנתאות, ד' -נושה של ב'.

2 אפשרויות לרשות הזוג:

1. **משכון זכות**- למשכן לבנק את הזכות החוזית שלהם [אצל רשם המשכונות] לקבל רישום על המקרקעין לאחר שישלמו את הסכום.
2. **התחייבות לעשות משכנתא**- התחייבות בבוא העת לרשום בטאבו לבנק משכנתא לאחר שהם ירשמו כבעלים.

**בפועל:** הבנק משלב בין 2 האפשרויות ומלבד משכון הזכות, הוא מחתים את הזוג על התחייבות למשכנתא, שבבוא העת תירשם בטאבו לזכות הבנק. הסיבה- הזכות החוזית פוקעת עם הרישום של ב' כבעלים או אם במקרה שהחוזה של א' וב' מתפוצץ, ולכן הבנק רוצה להבטיח שיהיה משהו לטובתו ושהמשכנתא תירשם בטאבו.

* טכניקה נוספת – **התחייבות המוכר:** ג' הבנק עושה עסקה עם א' המוכר, שיתחייב להחזיר את הכסף לבנק במידה והעסקה עם הזוג מתפוצצת.
* איך כל זה מתקשר לנושא שלנו? משכון זכות זה כמו **התחייבות להמחות**, והתחייבות למשכנתא זה כמו **התחייבות לעסקה במקרקעין**. הבנק פועל ב-2 המישורים הללו.

**מתנה**

* העברת בעלות כמו מכר רק ללא תמורה. גם במתנה יש חשיבות לשלב הקנייני.
* **ס' 5 לחוק המתנה:** התחייבות למכור היא חוזה, ואם הנותן מפר את ההתחייבות יש נגדו סעדים שונים. ההתחייבות לתת מתנה היא חלשה מההתחייבות למכור. הסעיף קובע מקרים בהם אפשר לחזור בך מההתחייבות לתת מתנה:

1. כל עוד המקבל לא שינה את מצבו לרעה בהסתמך על ההתחייבות, והחייב לא ויתר על זכותו לוותר.

2. אם המקבל שינה את היחס שלו לנותן המתנה ומתנהג אליו/לבני משפחתו בצורה מחפירה.

3. אם חלה הרעה במצבו הכלכלי של נותן המתנה.

* אם המתנה **בשלבה הקנייני:** לא חל **ס' 5 והנותן לא יוכל לחזור בו.**
* **ס' 6 לחוק המתנה**: מגדיר מתי מתרחש השלב הקנייני במתנה, במסירת הדבר לידו או מסמך המזכה את המקבל לקבלו כל עוד אין הוראה אחרת בדין. **הוראות בחוק המקרקעין- הבעלות תעבור עם המרשם על שם המקבל**. כל עוד מקבל מתנת המקרקעין לא נרשם בטאבו - זו התחייבות לתת מתנה והנותן יכול לחזור בו לפי **ס' 5.**
* **ס'5[א]** התחייבות למתנה בעתיד **טעונה מסמך בכתב.**
* **פ"ד מג'יד:** המנוח לפני מותו, התחייב לתת מתנה ולא היה רשום בטאבו כבעלים. הבעיה עלתה כשהמנוח ציווה בצוואה לחלק את המקרקעין בצורה שסותרת את ההתחייבות לתת מתנה. **עולה שוב שאלת הסיווג בהקשר לעסקת המתנה: האם זו המחאה או עסקה במקרקעין?** [במתנה של המחאת זכות השלב החוזי + קנייני מתרחש בו זמנית, ובהתחייבות במקרקעין רק עם רישום בטאבו]. העליון קבע: הוראות המנוח בצוואתו בחלוקה שווה בין בניו גוברת על ההתחייבות לתת מתנה לבן העותר. **תצהירי המתנה הם התחייבות לבצע עסקת מתנה במקרקעין וזו לא המחאת זכות שהושלמה.** המנוח היה רשאי לחזור בו מהתחייבותו, כי המתנה לא הגיעה לשלבה הקנייני [רישום בטאבו].

**נושא מס' 7- הערת אזהרה**

* בעסקת מכר מקרקעין **קיים פער זמן שבין השלב החוזי לרישום הקנייני, בו יכול לצוץ צו עיקול.**
* דרך התמודדות: **ס'127[א] לחוק המקרקעין:** נרשמה **הערת אזהרה** וכל עוד לא נמחקה, **לא תירשם עסקה הסותרת** את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט. הסעיף מקנה הגנה לרוכש שיכול לרשום ה"א לטובתו מיד עם כריתת החוזה.
* כשהקונה ירשם כבעלים הערת האזהרה תימחק. עורך דין שלא דואג לרשום לטובת הלקוח שלו הערת אזהרה חשוף לתביעת רשלנות כפי שראינו **בפ"ד דניאלי.**
* כדי לרשום הערת אזהרה לא צריך שיתוף פעולה מצד המוכר, מספיק להציג לרשם את חוזה המכר.
* העסקה השנייה יכולה להיות שונה (מכר מול משכנתא/זיקת הנאה וכו') וכל עוד היא גורעת מזכויות העסקה הראשונה היא לא תאושר בהינתן הערת אזהרה**. חריג:** אלא אם הקונה הסכים/בית המשפט אישר בצו.
* **פ"ד בוקר:** המעקל עדיף על הקונה הראשון בזמן למרות שיש ה"א (**לא תקף היום!!!**).למה? כי עיקול זה לא עסקה נוגדת [כפי שהסעיף של ה"א מנוסח], אלא אקט חד צדדי. הקושי: הלכה כזאת מעלה את סיכון רוכשי הדירות שה"א לא מגנה עליהם מפני עיקול.
* **ס' 127[ב]:** נחקק בעקבות הלכת בוקר הבעייתית וקובע **שהערת האזהרה גוברת על העיקול**, הקונים בטוחים מפני מעקלים.
* הסעיף **מחזק את כוחה של הערת האזהרה גם** **בחדלות פירעון** של א' הבעלים המקורי, כך שבעל הערת האזהרה יגבר על כל מפרק או נושה אחר. ה"א לא ניתנת למימוש אלא מגבילה את היכולת של המפרק להגיע לנכס, וכדי לשחרר אותו במפרק יצטרך לשלם לבעל הערת האזהרה.
* אם כן, הערת אזהרה עוזרת במקרים של: [1] עיקול [2] חדלות פירעון [3] עסקה סותרת.
* **מתי הערת האזהרה לא מחסנת?**

1. אם בחדלות פירעון מבטלים עסקה, לרוב בשל חשש להברחת נכסים, אז מתבטל גם כוחה של הערת האזהרה. 2. הערת אזהרה לא מגנה כשאדם רשם ה"א, אבל היה קונה לפניו- שלא רשם ה"א לטובתו, הקונה הראשון ללא ה"א יגבר על השני שיש לו ה"א. [לא מדויק- עסקאות נוגדות בהמשך].

* **למה כן לחזק את הערת האזהרה?** כדי להגן על קונים בפער הזמנים שבין החוזה לרישום.
* **למה לא לתת הגנה טוטאלית בכל המקרים?** כי זה נותן לגיטימציה לא להירשם בטאבו [מיסוי וכו'], הרי כך יהיו מוגנים גם בלעדיו.
* **ס' 126:** **מי יכול להתחייב באמצעות רישום ה"א?** בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה... דן במצבים בהם אפשר לכתוב הערת אזהרה - גם על התחייבות לבצע עסקה, בין היתר התחייבות למתנה.
  + - **אם הזכאי לה"א עצמו רושם –** [ניתן לעשות זאת באקט חד צדדי] הרשם צריך להודיע לחייב על רישום ההערה.
* **יפתח בנאי נ' כולל אברכים חיפה**– לפעמים בית המשפט מצווה על רישום ה"א ואז מי שזכה במשפט הולך לרשם המקרקעין ורושם ה"א לפי ציווי בית המשפט. אם יש סכסוך בין שניים ואין ה"א, יכולות להירשם זכויות של אנשים אחרים באמצעות עסקה סותרת ולהעצים את הבעיה. לכן, בית המשפט משתמש בה"א כסעד ביניים, על מנת להקפיא את מצב הזכויות הנוכחי עד לבירור הסכסוך.

**הערת אזהרה על הערת אזהרה**

* המצב: א' וב' עושים עסקת מכר וב' רושם ה"א. לאחר מכן ב' רוצה לעשות עסקה עם ג', האם ניתן לרשום גם עליו ה"א?
* עסקאות קומבינציה: קבלן עושה הסכם מכר עם בעלי הקרקע, ובתמורה לשטח הוא מתחייב לתת לו כמות דירות מסוימת, במקום כסף מזומן. עסקת המכר היא רק לחלק מהדירות- החלק קנייני הוא למשל 50% (ה50% הנותרים הם הדירות שנבנו למען הבעלים ועליהם הבעלות נשארת אצל הבעלים). עד שהדירות יבנו, הרי הן התמורה בעסקה - לטובת הקבלן תירשם רק ה"א על המגרש. בינתיים הקבלן מחפש רוכשי דירות לשאר הדירות בבניין, אך הוא מוכר משהו שהוא עדיין לא בבעלותו, אלא רק בעל ה"א לגבי המגרש. האם הקונים יכולים לרשום ה"א על ה"א של הקבלן?
* **ס' 126 [א] לחוק המקרקעין:** מי שלא מנוי בסעיף אי אפשר על סמך ההתחייבות שלו לרשום ה"א (והקבלן לא מנוי בס'- הוא לא הבעלים וכו'). מתיר למתחייב רק מול בעלים לרשום ה"א. לכן הקונים לא יכולים לפי הסעיף לרשום ה"א לטובתם.
  + **האם יורש שהוא בעלים לא רשום, יכול להתחייב לה"א?** מחד- הוא בעלים ומנוי בסעיף, מאידך- הוא לא בעלים רשום וזה סותר את מדיניות הפומביות/רישום מדויק. שאלה פתוחה שמשאירה שק"ד לא רצוי לרשם המקרקעין [התפקיד שלו אמור להיות מנהלי בלבד]. לכן קובעים שאי אפשר לרשום ה"א חוץ מבעלי הזכויות המנויות ס'126.
* **פ"ד רוזובסקי:** **לא ניתן לרשום ה"א על ה"א,** **אלא אם ב' הוציא הסכמה בכתב מא' הבעלים** שמאשר את רישום ההערה על שם ג'. בעסקת קומבינציה סביר שהבעלים יאשר, כי הוא מעוניין בהצלחת הפרויקט ושאנשים ירכשו את הדירות.
* **האם ה"א היא שעבוד?** עלתה טענה בפסק הדין שהערת האזהרה היא בעצם שעבוד, מפרשנות **ס' 127[ב]** לפיו ה"א גוברת על נושים בחדלות פירעון [= סוג של נושה מובטח], ואם היא שיעבוד היא **טעונה רישום ברשם החברות** בנוסף לטאבו (**ס' 178 לפקודת החברות).** העובדה שרואים את ה"א כשעבוד נוטה לסווגה כקניינית. נקבע שהיא שעבוד ועל כן יש לרשום אותה ברשם החברות [בנוסף לטאבו].
* **ס' 127(ב)(1)–** בעקבות **פ"ד רוזובסקי** תוקן הסעיף וקובע שה"א לא מצריכה רישום כפול אצל רשם החברות אלא **רק בטאבו.**
* **משכנתא כן דורשת רישום כפול [טאבו וחברות]:** ברשם החברות המטרה שונה - לא לקונה שמתעניין במקרקעין מסוימים, אלא באדם שרוצה מידע כללי על החברה. ההיגיון שעמד בבסיס **פ"ד רוזובסקי** לגבי ה"א- ה"א גם תעניין אדם [נושה פוטנציאלי] המעוניין במבט כללי על החברה. **למרות זאת, זה שונה בחיקוק**. לא הגיוני לדעת לרנר.
* **פ"ד דניאלי:** **סעיף 127** מונע רישום עסקה נוגדת, **אבל לא מונע רישום הערת אזהרה (היא איננה מוגדרת כעסקה) הסותרת הערת אזהרה קודמת.** רשם המקרקעין מצווה לרשום הערות אזהרה סותרות ובית המשפט יכריע בעימות בין ב' ל-ג' (בכפוף למגבלות הרישום של ה"א על ה"א, אישור הבעלים).
* **פסקי דין חדשים בסילבוס: מדינת ישראל נ' יונייטד ישראל**: א'-בעלים רשום. ב'- העירייה. לא היתה ביניהם עסקה במובן הרגיל אבל היתה הפקעה של חלק מהחלקה. העירייה מעוניינת למכור את זה לג'. **בין ב' לג' – זה מכר, בין א' לב' – הפקעה**. ג' מעוניין בהערת אזהרה. הבעיה- העירייה לא העבירה את הרישום של החלקה על שמה. ג' רוצה לקבל את הערת האזהרה בשלב שהמקרקעין רשומים על א' כולל החלק שהופקע. למרות שהחלק שהופקע כבר קניינית שייך לעירייה [דומה לירושה] – הקניין עובר גם ללא מרשם. הפקעה זו לא עסקה, כמו ירושה. ביהמ"ש אומר שבכל מקרה אעפ"י שב' הוא בעלים, אי אפשר לרשום הערת אזהרה לטובת ג' [דומה לירושה]. הטעמים: **לרשם המקרקעין לא צריך להיות שק"ד**, בטח במקרים סבוכים כהפקעות. ויש פה מדיניות **שהרישום יהיה כמה שיותר אמין ומדויק**, ואם ניתן לג' במצבים כאלה לרשום הערת אזהרה, אז לב' – לעירייה – אין תמריץ לרשום את הזכות שלה. גם ליורש יש תמריצים שירשום באותה שנה, כי האגרה היא פחותה, אם ירשום יותר מאוחר האגרה גבוהה יותר. **לסיכום, ביהמ"ש לא מאפשר במצב הפקעה לרשום ה"א.**
* **פס"ד שטיינברג:** רצו לרשום ה"א על **ניוד זכויות בנייה** במגרש א' ממנו נובעות הזכויות [העברת זכויות בנייה ממגרש א' לב' כמתן פיצוי מהעירייה, שמונעת מאדם/חברה לבנות במגרש א' כפי שיכול]. במקרה כזה ביקש בעל הזכות לרשום לטובתו ה"א, וביהמ"ש לא נתן מאותם שיקולים דומים ביונייטד. **רוצים שהרשם יהיה בעל תפקיד טכני בלבד** וירשום עפ"י ס'126 [הזכויות במנויות] ולא יהיה בעל שיפוט, כי עניינים כאלו יכולים להסתבך. ביהמ"ש גם מוצא **עיגון לשוני** – כתוב שהרשם ירשום ה"א ל"מי שהתחייב לעשות **בהם [במקרקעין]** עסקה". בעל הזכות ביקש לרשום ה"א על מגרש א' בעוד הוא רוצה לבנות על ב', זה לא המקרקעין שבו הוא מבצע עסקה.
* **הערה על פי צו בית משפט:** סעיף 130. בית המשפט רשאי, בכל הליך שלפניו בעניין זכות במקרקעין, להורות על רישום הערה כפי שיקבע. דוג': א' רשום כבעלים של מקרקעין, לאחר מכן טוען ב' ש- א' מחזיק במקרקעין כנאמן עבור ב'. אע"פ שלא נרשמה עובדת הנאמנות בטאבו, אם ב' יוכיח שמדובר בנאמנות, אז הוא יקבל את הרישום. אבל המשפט עצמו אורך תקופה לא קצרה, יש חשש שבמהלך המשפט א' יעביר את המקרקעין לאחר ואי אפשר יהיה להחזיר את הגלגל לאחור. ב' שטוען לזכות במקרקעין יבקש מביהמ"ש שיורה על מתן הערת אזהרה לכל מהלך המשפט ועד למתן פסה"ד. במקרים מעין אלו, שביהמ"ש רואה שיש בתביעה טענה של ממש, יש סיכוי גבוה שביהמ"ש ייעתר ויוציא **צו להערת אזהרה זמנית**. זה לא יאפשר לבעלים הרשום לעשות במקרקעין עסקאות שונות.

**השוואה בין הערת אזהרה לעיקול**

* הדמיון ביניהם- הרישום של ההערה/העיקול בטאבו מונע עסקאות נוגדות על הנכס. השוני- בחדלות פירעון המעקל הוא נושה רגיל כמו שאר הנושים. בעל הערת אזהרה לעומת זאת בעל עדיפות על נושים בחדלות פירעון. **מכאן שהערת אזהרה חזקה מעיקול**.
* סייג: בעל הערת האזהרה לא יוכל להיפרע מהתמורה בחדלות פירעון, אלא פשוט לא מאפשר לאחרים לעשות בנכס שימוש.

**נושא מס' 8- תקנת השוק**

**תקנת השוק במקרקעין**

**ס' 10 לחוק המקרקעין – תנאי תקנת השוק שיזכו את ג':**

1. **מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים**: שעברו הליכי הסדר לפי הרישום החדש של גוש וחלקה.
2. **תמורה:** עסקת מכר עם **תמורה כספית** ולא מתנה. הסיבה: אם ג' לא שילם או שילם חלקית, ההפסד של א' יהיה גדול יותר אם יאבד את הנכס, כי שילם עליו בעבר.

**מתי לא מתקיימת תמורה?** [א] אם שולם **סכום נמוך מאוד** ע"י ג' [**פס"ד כנען**]; [ב] שולמה **חצי תמורה** או אם המחיר שנקבע זול מידי ולא משקף את הערך הריאלי [ג] **תמורה עתידית** שטרם ניתנה לא נחשבת תמורה לצורך תנאי תקנת השוק [ד] **מתנה**.

* הרחבה על תמורה חלקית: אם שולמו 10% ע"י ג' ניטה ללכת לטובת א', כי הוא מפסיד יותר. אבל אם שולמו 60%? פחות ברור. שאלה פתוחה. **במקרקעין הנטייה היא לטובת הבעלים המקורי ובמיטלטלין הנטייה היא לטובת הקונה.** בכל מקרה גם יש עילה חוזית של ג' מול ב' במקרה והוא לא חדל"פ.

1. **הסתמכות:** רק אם ג' **הסתמך על רישום** [לא מדויק], בדק ומצא שב' רשום כבעלים בנכס [הסתמכות על שטרות חוב לא נחשבת].
2. **בתו"ל:** אם ג' ידע שב' לא בעלים רשום, או אפילו אם חשד בכך- זה כמו ידיעה. **יש צורך בתו"ל עד סוף הרישום [פס"ד סונדרס]**. תום הלב בתקנת השוק הוא **סובייקטיבי** ולא לפי סטנדרט אובייקטיבי של האדם הסביר בדיני קניין הקלאסיים, משמע: ניתן להיות רשלן ותם לב. אך **בג'אביט** [שאמנם עסק במיטלטלין אך ניתן לעשות היקש] החילו את **ס'39 לחוק החוזים** וכן יש דרישה **לתו"ל אובייקטיבי** בפסיקה מודרנית [ = למשל, היה עליו לדעת]. להתייחס ל-2 הגישות במבחן!!!
3. **רישום:** השלמת הקניין ע"י ג' – רישום בטאבו. ה"א לא מספיקה **פס"ד הרטפלד**.
4. **הנטייה בפסיקה בתקנת השוק במקרקעין היא לטובת הבעלים המקורי בעל הזכות הקניינית, לכן הפסיקה מפרשת בצמצום את התנאים כך שלא כל ג' יזכה בקלות.**

**רישום מדויק ולא מדויק:**

* **רישום לא מדויק:** **חלה תקנת השוק.** ב' משיג רישום על שמו במרמה [באמצעות ייפוי כוח, השתלטות ברמייה]: מאבק קנייני בין א' הבעלים האמיתי, לבין ג' הקונה תם הלב. ב' רימה והצליח ע"י **רישום מזויף** להירשם בטאבו כבעלים ולמכור לג' את הנכס. מצד אחד- יש אינטרס הגנה על הקניין של א' הבעלים האמיתי, מצד שני - אינטרס לשמור על ביטחון בעסקאות ולהגן על הקונה תם הלב.
* **רישום מדויק:** דהיינו הרישום הוא על הבעלים המקורי וב' מתחזה אליו- **אין תקנת שוק.** הרישום בטאבו נכון והפגם הוא חיצוני בשל התעודות המזויפות, לא פגם ברישום בטאבו. כנ"ל לגבי ייפוי כוח מזויף שבאמצעותו היתה התחזות **(ויסמן במאמרו)**.

**דוגמאות מהפסיקה שהולכים לטובת הבעלים:**

* **פ"ד הרטפלד-** **ג' מתגבר רק כאשר הוא כבר השלים את העברת הקניין על שמו** ("מי שרכש"=מי שהשלים את פעולת הרכישה ברישום) ובתנאי שעומד בשאר תנאי תקנת השוק. הסיבה: אם עדיין לא נרשמה זכותו כנראה לא שילם את מלוא הסכום ולכן א' יפסיד יותר. **חשין** מתבסס על **ס' 125** שקובע שהשלמת הקניין תתבטא ברישום. **דעת המיעוט:** אם הקונה עשה כל שביכולתו צריך להגן עליו גם ללא רישום, לכן ה"א מספיקה. זו לא ההלכה!
* **פ"ד סונדרס-** **תום הלב של ג' [הקונה] צריך להיות עד סוף,** מרגע החוזה ועד רגע הרישום. אם ג' גילה על התרמית וישר הלך לרשום זכותו- לא ייחשב כתם לב.

**קנייה ממוכר עם הערת אזהרה:**

* **פ"ד מורדכיוב:** א' בעלים אמיתי, ב' מתחזה לא' ומוכר לג', כאשר בידי ב' רק ה"א. לבסוף התבצע עבור ב' וג' רישום. **מי שקונה ממוכר שיש לטובתו רק ה"א (ב') זו לא הסתמכות על המרשם. מצפים מג' שקונה ממוכר עם ה"א בלבד, שיפנה לבעלים הרשום [א']** ולברר האם החוליה ביניהם [בין א' לב'] היא תקינה או שיש בה תרמית, אחרת לוקח סיכון גדול מידי.בכל מקרה הוא צריך לפנות לבעלים כדי שתירשם ה"א לטובתו (**השופט רובינשטיין**). בית המשפט אומר שהעובדה שהשהו את התשלומים בגלל ה"א, זה לא מספיק.
* **פ"ד להיגי: 4 צדדים:** א' בעלים אמיתי, ב' מזייף בעלות, מוכר לג' שרושם ה"א, ומוכר לד'. ד' זכה כאן כי הוא הסתמך על הרישום המזויף של ב'. אם לא היה מסתמך על הרישום של ב', ובמידה וגם ל-ב' היתה ה"א, הוא היה מפסיד. **הכלל הוא: לא משנה כמה צדדים יש, צריך להסתמך על המרשם ולברר עם הבעלים הנוכחי, ושהרישום יהיה לא מדויק.** במקרה דנן, ב' היה כבר רשום כשהתבצעה עסקת ג'-ד', וזו הסתמכות על המרשם הלא מדויק. ד' לקח את הסיכון בחוליה של ב'-ג', ולא של א'-ב' – איפה שהתרחש ה'פיצוץ'.
* **הבחנה בין הפסדי"ם:**  במקרה של פס"ד להיגי, ד' זכה להגנה מפני שאם ד' היה פונה ל- ב' ושואל אותו אודות טיב הערת האזהרה של ג', ב' שהוא רמאי, היה משיב שמדובר בהערת אזהרה תקנית לחלוטין ובאמת ב' הוא הרשום בטאבו כבעלים. לכן, ד' באמת הסתמך על המרשם. אבל אם גם ל- ב' הייתה רק הערת אזהרה, ד' היה צריך לפנות לבעלים הרשומים בטאבו, קרי א', ואם היה שואל אותו אודות הערת האזהרה היה משיב לו א' שמדובר בתרמית. לעומת זאת, בפס"ד מורדכיוב אם ג' היה פונה לבעלים הרשום א' ומברר אודות טיב הערת האזהרה ודאי ש- א' היה משיב שמדובר בתרמית, ולכן לא הסתמך על המרשם.

**תקנת השוק במיטלטלין**

* דוגמה לתרחיש: א' בעלים מקורי, ב' גנב ממנו את הנכס ומכר אותו לג'. תקנת השוק תנסה להגן על ג'. **ביקורת:** תקנת שוק שכזו מעודדת גניבות.
* **ס' 34 לחוק המכר-** תנאי הסעיף שיזכו את ג' בנכס:

1. תום לב + תמורה - תמורה מלאה ותו"ל סובייקטיבי [**רוזנשטרייך**] + אובייקטיבי **[ג'אביט].**
2. מי שעיסוקו במכירת נכסים מסוגו של הממכר - מכונית מדילר מכוניות, ולא מרופא.
3. המכירה נעשתה במהלך הטבעי של העסקים - שלא בשעות או בדרך לא מקובלות.
4. השלמת הקניין - **ס' 33 לחוק המכר** מניח שאם הצדדים לא קבעו מועד העברת בעלות, היא עוברת עם המסירה והחזקה.

* **פ"ד כנען:** א' בעלים של תמונה יקרה, לידי ב' הגיעה התמונה והוא מכר אותה בשוק בזול לג' הקונה. למרות שג' עמד בכל תנאי תקנת השוק הוא לא זכה בנכס, כי השופטים שיחקו על **תנאי התמורה**- **נמכרה הרבה פחות מהשווי שלה**, והמוכר לא עוסק במכירת נכסים מסוג הממכר, של תמונות יקרות. **השופט ברק:** נשען על דיני החוזים ותום הלב, ואומר שהיתה **טעות משותפת** בחוזה והבעיה היא גם בחוליה בין ב' לג' שלא ידעו מה ערך התמונה שמוכרים. תקנת השוק לא מגנה על פגמים חוזיים. **השופט אור:** מתייחסים לזכות העקיבה של א' על הנכס שיחזור אליו. ג' הקונה קיבלה פיצוי מסוים למרות שפתרון ביניים לא אופייני בדיני הקניין. (**פ"ד מורדכיוב**- מלין על הנוקשות של דיני הקניין ושאין פתרונות ביניים- או א' או ג' זוכה).
* **פס"ד רוזנשטרייך:** **אין צורך לבדוק ברשם המשכונות\החברות על הנכס** [במקרה זה מכרו מיטלטלין שהיו משועבדים]. אפשר להיות רשלן ותם לב. המגמה היא עידוד עסקאות מהירות במיטלטלין.
* הצעת חוק דיני ממונות: אם יש ערך סנטימנטלי לא' לגבי הנכס, אזי ג' [שהתקיימה לגביו תקנת שוק] יכול להשיב לו את הנכס וא' יפצה אותו.
* ס' 34 [ב]: **סעד לטובת הנפגע בתקנת שוק – פדיון התמורה:** אם א' מכר לג' נכס שמשועבד לב' [הבנק], ולקונה [ג'] עומדת תקנת השוק, ב' (הבנק) יוכל להיפרע מפדיון התמורה של ג' לא'.

**תקנת השוק במשכון (מיטלטלין)**

* **הסיטואציה:** א' מלווה לב', ב' הלווה משעבד לו נכס נד. ואחרי זה ממשכן אותו לג' [שמלווה לב']. עימות בין 2 שעבודים.או סיטואציה אחרת: ב' שמר בשביל א' על הנכס.
* **ס' 5 לחוק המשכון:** תקנת שוק למשכון - המטרה היא לעודד את המסחר והאשראי בשוק שכרוך בשעבודים. נציין כי בחוק דיני ממונות רוצים לבטל את תקנת השוק במשכון. **תנאי הסעיף:**

1. אם מסירת הנכס הממושכן בין א' לב' **היתה רצונית**- א' מסר את הנכס לשמירה/החזקה, ולא מכוח גניבה או מציאת נכס.
2. נכס נד- תקנת השוק במשכון עוסקת רק במיטלטלין. **במשכנתא הולכים לסעיף 10 בחוק המקרקעין.**
3. הממשכן [ב'] מחזיק בנכס בעת המשכון - ג' סומך על כך שאם ב' מחזיק במיטלטל כנראה הוא בעליו ורשאי למשכנו.
4. השלמת הקניין- העסקה השתכללה ע"י רישום המשכון [**רשם המשכונות/חברות**] או הפקדתו אצל ג' הנושה. עד אז, שלב חיובי בלבד ולא תחול תקנת השוק.
5. תום לב + תמורה – תמורה מלאה + תו"ל סובייקטיבי: אין צורך בבדיקת מרשם [**רוזנשטייך**] / אובייקטיבי **[ג'אביט].**
   * אם התמלאו כל התנאים **יהיה כוחו של המשכון לטובת ג' יפה לכל דבר**, ואם ב' לא החזיר את ההלוואה **יוכל הנושה לממש את הנכס**, למרות שב' פעל שלא כדין כשמשכן נכס שלא שלו.

* **פ"ד רוזנשטייך:** א' בעלים (חברת מכוניות), ב' הלוותה לבעלים ורושמת רכב כמשכון לטובתה, ג'- רוזנשטייך קונה את הרכב מ-א' כאשר לא ידע על השעבוד. ביהמ"ש פוסק לטובת ג' למרות שהמשכון של ב' היה רשום, וכביכול הוא לא עמד בתנאי תום הלב, כי יכל לראות ולבדוק את הרישום. בית המשפט קובע שעצם קיומו של רישום לא שולל את תום הלב, **תום הלב הוא סובייקטיבי** ולא לפי האדם הסביר. רציונל: רוצים לעודד את המסחר המהיר במיטלטלין אפילו במחיר של ויתור על העיון במרשמים. **יוצא שאדם שלא בדק מרשם שעבודים על הנכס, עדיין יכול להיחשב כתם לב.**
* **פ"ד ג'אביט:** א' חברה שבבעלותה מכוניות ונמצאת בפירוק, ב'- חברת גרין רוצה לרכוש נכסיה של א', ג'- ג'אביט נותן הלוואה לב' בתמורה למשכון כלי רכב, אך בפועל גרין לא הבעלים של המכוניות. **השופט הנדל:** קיימת דרישה לברר על הנכס גם כשאין חשד, **לראשונה דורשים תום לב אובייקטיבי.** הפסיקה הכירה ש**ס' 39** **בחוק החוזים** של **תום הלב האובייקטיבי** חל על דיני הקניין ועל כל הוראות החוק. ביהמ"ש קבע שהיה מצופה מג' המלווה לבדוק האם ב' עומד בלוח התשלומים שלו מול א'. **רשלנות מצביעה על חוסר תום לב.** היה מצופה ממנו בדיקה מעמיקה של המסמכים הרלוונטיים ולכן לא היה תם לב ולא עמד בתנאי **ס' 5 לחוק המשכון.**

נק' חשובות שיש לזכור:

* **זכות נקייה**: אם הקונה (ג') עומד בתקנות השוק יש לו זכות נקייה, ועל כן מי שקונה ממנו [ד'] גובר על כולם אף אם אינו עומד בתקנות השוק – לא תם לב, ללא תמורה וכו'.
* **ס' 125-** "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו" - רישום במקרקעין מוסדרים אמין יותר ולכן רואים את תוכנו כחזקה חלוטה שלא ניתנת לסתירה. ס' זה כפוף לשאר התנאים של ס' 10 שצוינו לעיל.

(ב) "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין לא מוסדרים יהווה **ראיה לכאורה** לתוכנו". מי שמבקש לסתור את הראיה לכאורה, עליו מוטל נטל ההוכחה.

* **אין תקנת השוק על משכון זכויות! יש מעין תקנת שוק בס'4 לחוק המחאת חיובים עם תנאים שונים.**

דוג': אם א' הוא בעלים רשומים של מקרקעין, ישנו קונה לא רשום (ב'). ב' ממשכן את הזכות החוזית ביחס למקרקעין ל- ג' (=מקבל המשכון). אם ב' משכן את הזכות שלו ל- ג' ואח"כ מתברר שהמשכון לא תופס בגלל שהחוזה בין א' ל- ב' מזויף או בוטל אז גם אם ג' היה תם לב ונתן תמורה ורשם משכון לטובתו וכו' (רשם המשכונות) אז לא תחול תקנת שוק.

**נושא מס' 9- עסקאות נוגדות**

**מקרקעין:**

**ס' 9 לחוק המקרקעין**: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום- לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב,  זכותו עדיפה."

* הדין של עסקאות נוגדות חל רק כאשר העסקה הראשונה בזמן [אצל א'-ב'] **בשלב החוזי** ולא הקנייני, קרי, כאשר לא התבצע רישום בטאבו. אם התבצע רישום, זה רלוונטי לתקנת השוק.
* סעיף 9 מחזיר את המושג שהיה קיים לפני שנת 69 – **זכות שביושר,** זכות מעין קניינית שיש לב' שתקפה כלפי כל צדי ג'.
* **נק' המוצא:** הראשון בזמן [ב'] עדיף על השני בזמן [ג'], אלא אם כן התקיימו לגבי ג' כל 3 התנאים להלן:

1. **תמורה מלאה**;
2. **תו"ל** [סובייקטיבי: אי ידיעה על עסקה קודמת + אובייקטיבי: בדיקת החזקה ובדיקת המרשם פס"ד גדי];
3. **השלמת הקניין** [הכלל: רישום בטאבו; חריג: הערת אזהרה- בחוק דיני ממונות / בפס"ד בריטיש- ה"א כשג' חסר תו"ל – ללא ה"א – מול ד'].

* **2 סיטואציות בעסקאות נוגדות:** עימות עם **עיקול או עסקת מכר/משכון וכו'** [ג'] כאשר לב' רק זכות חוזית שביושר **ללא ה"א**.
* 127 [ב]: כאשר ב' רושם הערת אזהרה, ג' לא יכול לעולם לקיים את התנאי של רישום, ומעקל לא יכול לגבור על ב'. העניינים מתחילים להסתבך בד"כ כאשר ב' לא רושם לטובתו הערת אזהרה.
* **תו"ל סובייקטיבי:** ב' לא יכול להיות חסר תום לב בצורה סובייקטיבית, כיוון שהוא הראשון בזמן ולא יכול להיות מודע לעסקה אחרת [חריג: **תו"ל אובייקטיבי** בעקבות אי רישום הערת אזהרה – בהמשך].
* **ההלכה לפני פס"ד אהרונוב** [הלכת בוקר]: ג' המעקל גובר על ב', כשאין לאחרון הערת אזהרה ורק זכות חוזית.
* **מעגל שוטה [לפני אהרונוב]:** א'= בעלים רשום, ב' = קונה ללא ה"א, ג' = מעקל, ד' = מקבל מתנה [השלים רישום ותו"ל].
  + המעקל גובר על הקונה.
  + הקונה גובר על מקבל מתנה [כי אין תמורה].
  + מקבל המתנה גובר על המעקל [בגלל שהוא רשום בטאבו ולא ניתן לעקל במצב כזה].
* **פס"ד אהרונוב: רוכש מול מעקל** 🡨 נק' המוצא שסעיף 9 חל רק על עסקת מכר מול עסקת מכר, אך בפס"ד זה היתה הרחבה גם למקרה שבו ג' הוא מעקל. **פס"ד זה שינה את ההלכה: רוכש ללא הערת אזהרה [ב'] גובר על עיקול מאוחר [ג'].**

**נימוקי השופטים:** הש' שטרסברג **–** לרוכש יש אינטרס מיוחד במקרקעין ולמעקל לא. מהותיות על חשבון פורמליזם. הש' ברק: מדובר בזכות שביושר תוצרת הארץ, זכות שהיא מעין קניינית. הוא השליך ממקרה של עסקת מכר – לא ייתכן שרוכש ראשון בזמן יגבר על רוכש שני בזמן, ולא על מעקל [במקרה של אי רישום ה"א].

* נציין כי הפס"ד סותראת סעיפים 127[ב] – שמשתמע שיש הגנה **רק** במקרה של ה"א, וס'161 – שמבטל את הזכויות שביושר.
* **תמורה חלקית [רלוונטי למעקל]:** בפס"ד אהרונוב האישה [ב'] שילמה 100% מהתמורה ל-א' ולא היתה בעיה. מה קורה כאשר הקונה [ב'] משלם 50% מהתמורה? **האם עדיין יש לו זכות שביושר?** נשאר בצריך עיון, אין הלכה ברורה. לפי החוק האנגלי לפני 69, ג' יכול לעקל 50% מהזכות החוזית של ב' כלפי א' [ = **התמורה הכספית שלא שולמה**].
* **נאמנות קונסטרוקטיבית:** נאמנות מכוח הדין – אפילו שהצדדים לא הגדירו את היחסים ביניהם כנאמנות, זה נקבע מכוח החוק. אם ב' לא רשום בטאבו, אך שילם את הכל ובנוסף מחזיק בדירה תקופה מסוימת, א' הוא נאמן וב' הוא נהנה – המוכר מחזיק לטובת הקונה את הרישום. עפ"י חוק הנאמנות, לא ניתן לעקל נכסי נאמנות על חובות פרטיים שלא קשורים לנכס הנאמנות.
* **מה קורה במקרה של חדלות פירעון?** נשאר פתוח בפס"ד אהרונוב, אך ניתן לטעון, בהתאם לנלמד מעיקול, שהנכס של ב', גם **ללא ה"א**, מוגן מפני נושים רגילים גם במקרה של חדלות פירעון.
* **האם עיקול מנוטרל לחלוטין בעקבות הלכת אהרונוב?** לא. נניח שבמקרה של עיקול, א' עושה חוזה מכר עם ב' כדי לגבור על העיקול, ומשנה את התאריך של החוזה לכך שיהפוך אותו לראשון בזמן, דהיינו לפני העיקול. השופט לא מסתמך רק על החוזה שיכול להיות כוזב, אלא על ממצאים עובדתיים כמו תשלומי מיסים וכו'.

**סיטואציה נוספת (כשהמוכר לא רשום):**

* א': בעלים רשום🡨 ב': רוכש + מוכר לא רשום 🡨 ג': קונה **ללא ה"א**, ד': קונה מס' 2 **עם ה"א**.
* **פס"ד גנז נ' בריטיש**: **רוכש מול רוכש 🡨** א' ערך עסקת מכר עם ב', ולא התבצע רישום. לאחר מכן ב' עשה עסקה עם ג' שלא רשם לטובתו הערת אזהרה, ו-**17 שנה** לאחר מכן עשה עסקה סותרת עם ד' שלטובתו נרשמה הערת אזהרה.

**היינו מצפים שג' יגבר על ד' מכיוון שלא הושלם הרישום על ד',** אלא יש לו רק הערת אזהרה.

**חידושים:**

* סעיף 9 חל גם במצב בו המוכר [ב'] הוא לא בעלים רשום. השופטים מניחים שזו התחייבות לעסקה במקרקעין ולא המחאת זכות, כנראה כי רצו להגיע לתוצאה מסוימת.
* סעיף 39 מחוק החוזים חל בדיני הקניין. כלומר, רואים את ג' שלא רשם הערת אזהרה כמפר חובת תו"ל [**מבחן אובייקטיבי**] כלפי ד' פוטנציאלי. לפיכך, ג', שלא מנע תאונה משפטית באמצעות הערת אזהרה, **איבד את הזכות שביושר** שהיתה לרשותו, וד' גובר עליו.
* **המשמעות: ג' חייב לרשום הערת אזהרה וזה לא אופציונלי אלא חובה שלו כלפי ד'.**
* **אך זה עדיין תלוי נסיבות** – **פס"ד טובי**:

1. לפי גישה מקלה [הש' ריבלין], בריטיש זה החריג. אם לא רשם במשך שנה-שנתיים הוא עדיין יכול להיחשב תם לב, ורק במקרה חריג כמו בריטיש [17 שנה] זה ייחשב לחוסר תו"ל;
2. לפי גישה מחמירה [הש' עמית], גם אם זו תקופה יחסית קצרה זה חוסר תו"ל ויש חובה לרשום ה"א.

* **דעת מיעוט של הש' פורקצ'ה**: ד' גבר על ג' כיוון שה"א נחשבת לרישום. לפיכך, מילא את כל התנאים בסעיף 9. אם לא היתה ה"א, הוא לא מילא את התנאים ולכן לא היה גובר על ג'.
* **פס"ד ביאד**: אם ג' לא התרשל, אלא לא רשם ה"א תוך זמן סביר בגלל שלא היה יכול מסיבה שאינה תלויה בו, הלכת בריטיש לא תכנס לפעולה. בנוסף, אם ב' חסר תו"ל אז איך בכך כדי להקנות עדיפות לג' שגם חסר תו"ל.
* **יש לציין שיש 2 סוגי עסקאות שיכולות להתבצע:**

1. ב' עושה המחאת זכות [סעיף 4 או 12+13] – יכול להיות שב' ערך עם ג' ו-ד' עסקאות של המחאת זכות. כלומר, תוכן ההסכם היה שב' ממחה לכל אחד מהם את הזכות שלו כלפי א' וכתוצאה מכך ג' / ד' הופך להיות נושה של א'.
2. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין [סעיף 9] – למרות ש-ב' איננו בעלים רשום הוא לוקח על עצמו התחייבות לרשום בבוא היום את הרישום על שם ג' / ד'.

* **אם היינו נזרקים לתחום המחאת חיובים**: מדובר על המחאת זכויות, ולפיכך ניתן להחיל או את סעיף 12+13 לחוק המיטלטלין [התחייבות להמחות] או את ס' 4 לחוק המחאת חיובים- המחאות סותרות.
* מתי נחיל כל ס'? אם העסקה בין ב' ל-ג' הייתה **התחייבות להמחות** – נלך ל- **סעיף 12** לחוק המיטלטלין.

אם העסקה כבר **בשלב ההמחאה**, כלומר הקניין כבר עבר אז אנו במסגרת **סעיף 4** לחוק המחאת חיובים.

גם אם אנו בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים וגם אם אנו בסעיף 12 לחוק המיטלטלין **אין רלוונטיות להערת אזהרה כי היא רק בתחום המקרקעין.** לדעת לרנר, הש' ברק היה מעוניין לעסוק בחידוש הערת אזהרה ולכן פירש שמדובר בעסקה במקרקעין.

* **פס"ד בנק המזרחי נ' גדי**: **רוכש מול מעקל 🡨** סיטואציה של עימות בין רוכש ללא הערת אזהרה [ב'] ומעקל [ג']. ג' רצה להסתמך על פס"ד בריטיש נ' גנז בו קבעו שאי רישום ה"א זה חוסר תו"ל, ולכן המעקל [ג'] יגבר על הרוכש [ב'].
* **ההלכה**: **אין חובת תו"ל של רוכש ללא ה"א [ב'] כלפי מעקל [ג'].** רציונל: למעקל אין אינטרס ספציפי במקרקעין ולרוכש כן, ובנוסף, המעקל בכלל לא מסתמך על הערת אזהרה כדי לבצע עסקה.
* **קריטריונים שנקבעו לתו"ל אובייקטיבי של ג' [רוכש או מעקל]:**

1. **בדיקת החזקה:** ביהמ"ש קבע שצריך לבדוק אם יש החזקה בנכס, ואם לא עשו זאת רואים בזה חוסר תו"ל.
2. **בדיקת המרשם:** יש חובה לבדוק את המרשם בטאבו. אם קונה או מעקל לא עשה זאת הוא ייחשב כחסר תו"ל כי לא הסתמך על המרשם. כלומר, התאונה המשפטית לא התרחשה בעקבות אי רישום ה"א של ב'. אין קשר סיבתי.

* **הצעת חוק דיני ממונות:** [רלוונטי רק למקרקעין!] **עסקאות מכר:**

ס' 511 [א]:התחייב אדם להקנות זכות בנכס או שחייב בכך עפ"י דין, בטרם הוקנתה זכות לזכאי התחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת זכותו של הזכאי עדיפה, ואם הזכאי השני רכש בעודו תם לב ובתמורה אז הוא עדיף. [א' התחייב לב' וג', זכותו של ב' עדיפה אא"כ התקיימו לגבי ג': רישום + תו"ל + תמורה].

ס' 511 [ב]: [מקרה בלי ה"א] על אף הוראות סעיף קודם, היה נכס מקרקעין והזכאי הראשון התרשל באי רישום ה"א, תהיה זכותו של הזכאי השני עדיפה אם נתן תמורה ונרשמה ה"א לטובתו בעודו תם לב. [ללא ה"א – מספיק לג' תמורה ותו"ל והערת אזהרה, ולא רישום].

**עיקול:** ס' 512 [א]:ב' גובר על ג' המעקל בכל מצב, גם אם אין לו הערת אזהרה. [גישת פס"ד בנק מזרחי נ' גדי]

* **פס"ד סולימאן**: ישנה דרישה לתו"ל אובייקטיבי וסובייקטיבי ל-ג'.

**מה קורה כאשר ב' הוא חסר תו"ל, כלומר לא רשם ה"א?**

* **ג' יגבר על ב' כאשר:** יש לו תום לב + תמורה + השלמת הקניין / **אולי** הערת אזהרה לפי חוק דיני ממונות או דעת מיעוט של פורקצ'ה בפס"ד בריטיש [להתייחס לכל האפשרויות].
  + **ב' יגבר על ג' כאשר:** ג' לא קיים תום לב או תמורה. לגבי רישום זה פחות ברור:

1. נק' המוצא: אין רישום בטאבו לג' ולכן ב' יגבר.
2. גישת חוק דיני ממונות: אם יש ל-ג' הערת אזהרה – הוא יגבר על ב'.
3. אין לג' לא רישום ולא הערת אזהרה: לפי חוק דיני ממונות ב' יגבר, אך זה נותר פתוח בפסיקה.

**מתנה (במקרקעין):**

* א' התחייב לתת מתנה לב' – כלומר לא התבצע רישום בטאבו. מתנה זו עסקה לכל דבר! לא מחליש את קניינו של ב', לכאורה.
* **שתי סיטואציות:**

1. **ב' מקבל התחייבות למתנה, וג' עושה עסקת מכר או משכון סותרת עם א'** 🡨 סעיף 9 חל! **אין חובה של ב' לרשום ה"א**, זה מקובל בפרקטיקה, לא ייחשב לחוסר תו"ל. ג' יגבר על ב' רק אם התקיימו כל התנאים: [א] תמורה [ב] תו"ל [ג] רישום בטאבו.
2. **ב' מקבל מתנה, וג' מעקל** 🡨

**פס"ד לניאדו:** [למקבל המתנה אין ה"א] אם זו הברחת נכסים – **המעקל גובר**. מקבל המתנה צריך להוכיח שהמתנה ניתנה בתום לב.

ניתן לפסול את המתנה בכמה דרכים כאשר יש הברחת נכסים:

1. ניתן לטעון שהלכת אהרונוב פשוט לא חלה, והמעקל גובר.
2. ניתן לטעון שזה חוזה למראית עין בדיני חוזים [אבל בלניאדו התכוונו לעשות חוזה].
3. דיני חדלות פירעון – אם העסקה נעשתה X שנים לפני חדלות פירעון, ניתן לבטלה אפילו אם היה רישום.

השופט אילון: המעקל גובר אפילו אם אין חשד להברחת נכסים או אין חריג של ס'5, כיוון שהתחייבות למתנה היא יותר חלשה. זו לא המגמה בפס"ד צרפתי.

* חריגים של ס' 5 לחוק המתנה. מתי אפשר לחזור ממתנה, וכך ג' המעקל/רוכש יגבר?

1. מקבל המתנה התנהג בצורה מחפירה.
2. הרעה במצבו הכלכלי של הנותן.
3. מקבל המתנה לא שינה את מצבו, והנותן לא ויתר על רשות לחזור בו.

* יש לציין שהתחייבות לתת מתנה בעתיד **טעונה בכתב** [אך לא בהמחאת זכות].
* **הצעת חוק דיני ממונות:** 512[ב]:במקרה של מתנה [ללא תמורה], המעקל/רוכש גובר בהתקיים התנאים של ס'182 [= ס'5 לחוק המתנה לעיל].
* יכול להיות שמקבל המתנה יגבר על המעקל בסיטואציות מסוימות, אם למשל ברור לנו שזה **לא הברחת נכסים**. תלוי בעובדות המקרה.
* **פס"ד צרפתי: כאשר נרשמה הערת אזהרה לטובת מקבל המתנה, הוא גובר על מעקל.**

**הש' עמית:** המעקל לא גובר באופן אוטומטי על מקבל המתנה, הלכת לניאדו לא חלה באופן גורף. יש לבחון אם מדובר בהברחת נכסים.

**עסקאות נוגדות במיטלטלין**

**סעיף 12 לחוק המיטלטלין – עסקאות נוגדות**: "התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין **או** את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה".

ג' יכול לגבור על ב' אם מתמלאים שלושת התנאים אצל ג':

1. תמורה מלאה;
2. תום לב [**סובייקטיבי** – לא ידע על עסקה קודמת];
3. השלמת קניין – **לפי סעיף 33 לחוק המכר** – אם לא נקבע אחרת [מועד שהצדדים הסכימו], מי שקיבל את האחזקה במיטלטלין – כאילו קיבל את הבעלות.

* במרשם של מיטלטלין יש רק רישום שעבודים! לא בעלות וזכויות אחרות.

**זכויות:**

**התחייבות להמחאת זכות:**

**סעיף 12 + 13 לחוק המיטלטלין – תחולה**: (א) "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות".

* המחאת זכות: א' = בעלים רשום / ב' = ממחה לא רשום / ג' = נמחה, ד' = נמחה.
* סעיף זה חל רק כאשר אין המחאה בפועל לג', אלא מדובר **בהתחייבות להמחות**.
* התנאים להעדפת ד' על ג': [1] תו"ל סובייקטיבי; [2] תמורה; [3] השלמת הקניין – כלומר שהתבצעה המחאה לד'. **במועד שהצדדים הסכימו** וקביעת המועד היא **עניין של פרשנות.**

**המחאה של ממש [מעין תקנת שוק]:**

ס'4 לחוק המחאת חיובים: **המחאות סותרות** "המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני."

* אם ההודעה לא' על העסקה עם ד' הגיעה לפני, אז הוא יגבר על ג'. מעין תקנת שוק כיוון שהזכות של ג' היא קניינית.

**משכון (רק במיטלטלין)**

* ס' 4 לחוק המשכון: כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה –

**(3)**בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המשכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה**, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום.**

* **הסיטואציה:** א' = בעלים של נכס / ב' = נושה שלטובתו משכון לא רשום / ג' = נושה.
* **התנאים: [1] תו"ל אובייקטיבי:** ג' יגבר על ב', אם לא ידע ולא היה עליו לדעת על עסקת המשכון הקודמת = **תו"ל אובייקטיבי.** אם ידע או היה עליו לדעת, ב' יגבר עליו. **בעיה:** מה אם חלק מהנושים [ג'S] ידעו וחלק לא ידעו?

**[2] תמורה;**

**[3] השלמת הקניין:** עסקת משכון: רישום אצל רשם המשכונות [יחיד] / החברות [תאגיד].

**נושא מס' 10- זכויות שביושר-ביסוס הזכות**

**נאמנות קונסטרוקטיבית (מכוח הדין)**

* המונח מוזכר **בפ"ד אהרונוב:** סיטואציה שהקונה משלם (אין קו ברור כמה מתוך התשלום, בטוח מתקיים כששולמה מלוא התמורה), לא רושם ה"א וגם מבלי שהצדדים יכרתו חוזה נאמנות, הדין **יוצר נאמנות** - הקונה הוא נהנה והמוכר נאמן. יש הקשרים בהם מעדיף ביהמ"ש להשתמש בנאמנות למשל לעניין התיישנות.
* **פ"ד צ'ימבלר:** הקונה ששילם תמורה מלאה למוכר, לא אכף תקופה ארוכה [כ-20 שנה] את זכותו לקבל רישום, וכשרצה לרשום נכנס לבעיית התיישנות. ביהמ"ש מעדיף להשתמש בנאמנות כי כך הוא יכול לנצל הלכות מדיני הנאמנות: ניצלו את ההלכה שאם אין מחלוקת על הנאמנות, כלומר התשלום שולם, הנהנה [זה שקנה את הנכס ולא נרשם על שמו] יכול לתבוע את זכותו גם אחרי תקופה ארוכה של עשרות שנים. נקבע כי קיימת התיישנות, אבל זאת רק כשאין רישום בטאבו והזכויות שביושר אינן רשומות. **עם זאת, כשנכס רשום על שמו של אדם ומישהו יושב לו בנכס אפילו עשרות שונים, הוא יכול לחזור ולדרוש את הנכס ואין התיישנות. אם אי אפשר להכחיש נאמנות מכוח הדין, אין התיישנות.**

העסקה היתה לפני חקיקת חוק המקרקעין ולכן הדין הישן חל עליה. כיום אין התיישנות במקרקעין מוסדרים [ס'159].

**הרחבת הלכת אהרונוב על בעל תפקיד בחדלות פירעון:**

* הלכת אהרונוב חלה במקור על **מעקל** מול התחייבות כך שהולכים לטובת הקונה לו זכות שביושר, כי יש לו פיסת קניין ולכן הוא לא חשוף לעיקולים. **בפ"ד כספי**- הקונה הלווה בעבר כסף למוכר, וכעת המוכר נותן לו נכס כתמורה לסכום שחייב לו. ההסכם אומר שכספי ההלוואה ישמשו למחיר המקרקעין, ואז עקרונית אהרונוב חל.
* **פ"ד כספי נ' שלמה נס:** **עימות בין הקונה לבעל תפקיד:** המוכר הפך לחדל פירעון ועלה **עימות בין בעל התפקיד [של הנושים] לבין הקונה.** הקונה קיבל מידע שיש חשש לחדלות פירעון קרובה של המוכר, והוא העדיף להיות בסטטוס של קונה מאשר נושה רגיל ולכן ביצע חוזה מכר מפורט. כרוכש נכס הוא יהיה עדיף על נושים אחרים בגבייה, לעומת מצבו בתור נושה רגיל שרק העניק הלוואה.
* **האם המלווה \ קונה ששיפר את מצבו, יקבל עדיפות?** אם לטובת הקונה היתה ה"א - אז לפי **ס' 127 ב**- כוחה יפה כלפי בעל תפקיד בחדל"פ, אך בפסק הדין המוכר לא רשם ה"א לטובתו. העותרים הסתמכו על **ס' 98 מדיני חדלות פירעון** שמאפשר ביטול עסקאות שנעשו 3 חודשים סמוך לחדל"פ - בשביל שהחייב לא ישנה את כללי החלוקה, ולא יעדיף נושה אחד על האחרים [= 'העדפה במרמה'].
* **ההלכה המשתמעת:** הלכת אהרונוב חלה לא רק כלפי מעקל, אלא גם כלפי בעל תפקיד בחדל"פ. למה? כי לבעל הזכות שביושר (הקונה) יש פיסת קניין, והוא יגבר על נושים אחרים עם זכויות חוזיות בלבד. **ס' 127 ב** נותן כוח רק אם יש ה"א, ואילו **הפסיקה מרחיבה ונותנת את הכוח בחדל"פ גם ללא ה"א - כך שגם קונה ללא ה"א מתגבר.** עולה מפס"ד שאם א' הוא חדל פירעון ויש לו נושים אחרים, אז ב' שהוא בעל זכויות שביושר עדיף על נושים אחרים.
* **ה"א לא עמידה בפני ס' 98 לחדלות פירעון:** אם ה"א היא תרמית לצורך העדפת נושים, אז אפשר לבטל את ה"א 3 חודשים לפני חדל"פ. זה גם מה שקרה בסופו של דבר בפ"ד כספי- נקבע שזו היתה העדפה בתרמית.
* **משכון מוסווה 🡨** בגלל שהעסקה היתה הלוואה ואז מכר של נכס, עלתה פה שאלה של משכון מוסווה. הצדדים לא קוראים לעסקה משכון כדי להתחמק מדיני המשכון הקוגנטיים והדרקוניים. **במקרה שמדובר במשכון מוסווה, חלים דיני המשכון [ס'2ב] – ובגלל שהמשכון לא נרשם בגלל התרמית, אין ל-ב' המלווה עדיפות על פני נושים רגילים.**
* האם המשמעות שאין כזה דבר **משכנתא שביושר?** דהיינו, משכנתא שיש חוזה עליה אבל שלא נרשמה. האם כוחה יפה כלפי אחרים, כמו בעלות, במצב של חדל"פ? יש פסיקות סותרות על כך בשלום ובמחוזי ואין הלכה בעליון.

**נושא מס' 11- עסקאות קומבינציה**

* המקרה השכיח: קבלן רוצה לבנות על מקרקעין מסוימים ואין לו מספיק מימון מראש, לכן מתחייב מול בעלי הקרקע להעביר לבעלותו בין שליש לחצי מהדירות, במקום תשלום מזומן. שאר הדירות יעמדו למכירה לקונים חיצוניים, שרושמים הערת אזהרה לטובתם, ומהם הוא מקבל מימון. [אגב, גם הבנק שמממן את הקונים רושם ה"א - הכל באישור של א']. הקבלן רושם ה"א לטובתו [אפשרי גם ללא אישור מא'-ס'126], ורק כאשר יסיים את הפרויקט יקבל בעלות.
* אם הקבלן חדל פירעון/בורח: **עולה עימות בין בעלי המגרש לקונים ששילמו.** המצב חמור יותר ככל שהבעיה מתרחשת בשלב מוקדם של הבנייה, משום שבשלב מתקדם אפשר להעסיק קבלן אחר לתוספות הקטנות שחסרות.
* מבחינה חוזית: גם הבעלים וגם הקונים יכולים לתבוע את הקבלן. בפועל, זה לא ריאלי כי הוא חדל פירעון/ברח לחו"ל. ולכן בוחנים את העילה הקניינית: **הבעלים מבקש למחוק את הערת האזהרה של הקונים** בטענה שחוזה הקונים בנוי מכוח החוזה של הקבלן עם הבעלים, וכשהאחרון מתבטל - גם הקשר החוזי של הקונים מולו בטל, והבעלים רשאי לעשות בנכס כרצונו. הטענה נכונה תיאורטית אבל בעייתית מבחינה חברתית כי עסקת קומבינציה היא עסקה נפוצה בשוק.
* **פ"ד נחשון:** **הסכמת הבעלים לרשום לטובת הקונים ה"א יוצרת קשר משפטי ביניהם, וניתן לראות בג' נושה ישיר בא'** (כל עוד ג' לא מפר את החוזה עם ב'). **שמגר** בונה את הקונסטרוקציה של ההתחייבות, אך היא צרה. התחייבות הבעלים היא פסיבית, משמע לא למחוק את ה"א של הקונים ולא לעשות עסקאות נוגדות על עם המקרקעין הנדונים. במצב הזה שני הצדדים "תקועים" והם יצטרכו להגיע **לפשרה רציונאלית** שתסיים את הבנייה.
* **ניסו בעבר לעשות שימוש בדיני המחאת חיובים,** ולטעון שג' [הקונים] הוא נושה ישיר של א' [הבעלים] ולכן **ישנו קשר משפטי.** אבל זה לא עובד, כי כל טענות ההגנה שיש לחייב [א' הבעלים] כלפי הממחה [ב' הקבלן] יהיו בעלות תוקף כנגד הנמחה [ג'-הקונים]. ב' הפר חוזה מול א' ולכן לכאורה א' יטען שאין לו כל חובה כלפי ג'. **אך ההלכה היא לפי פס"ד נחשון.**
* **הערת אזהרה מסויגת לקונים:** בעקבות **פ"ד נחשון** הבעלים רוצים שה"א של הקונים תהיה מסויגת וברת ביטול בתנאים מסוימים, אם למשל הקבלן קורס. גם **בפ"ד בורשטיין וגם בפ"ד ברקוביץ'** הבעלים מסכימים לה"א מסויגות, והסייגים צריכים להגיע לידיעה חד משמעית לקונים ולא רק בחוזה הכתוב. אם לא יודעו - חלה הלכת נחשון ואי אפשר למחוק את הערת האזהרה.
* **פ"ד ברקוביץ נ' בן הראש** – טכניקה של א'- דחיית ה"א: רק בהתקיים מס' תנאים שהקבלן קיים ושמצביעים על התקדמות – תירשם ה"א על הקונים. בפועל, ה"א נרשמה מוקדם יותר. הקבלן הסתבך וברח לפני סיום הבנייה ו-א' ביקש למחוק את הערות האזהרה של הקונים ולעשות עסק עם קבלן אחר.

\* ראשית טען שהקונים רשמו ה"א לפני שהיה מגיע להם. ביהמ"ש מרחיב את ההגנה עליהם בטענה שלא ידעו על כך והיו תמי לב.

\* הקבלן הציע לפדות את השקעת הקונים תמורת ביטול האזהרה, אך הקונים לא הסכימו ורצו יותר כסף.

**בימ"ש: אין לקבוע מסמרות בנושא, אך במקרים קיצוניים של חוסר תום לב מצד הקונה יש מקום לפדיון תמורת מחיקת ההערה** [ס'39 לחוק החוזים]. מקרים אפשריים להתנהגות שנוגדת את תום לב ותאפשר סעד של פדיון הערת אזהרה: 1. אם ג' מבקש תשלום לא סביר, מעבר למחיר הריאלי של הדירה (סחטן). 2. אם ג' מחבל בהתקדמות הצעדים לסיום הבניה.

* **הבעלים עשה היקש למשכון כשטען לפדיון** – שגם אותו ניתן לפדות והוא יותר חזק מה"א. אבל ביהמ"ש לא קיבל את הטענה כי ה"א נועדה לקבלת נכס מסוים, ומטרת משכון היא פירעון חוב - מתיישב עם רציונל הפדיון.
* **פ"ד בורשטיין:** מחזיר אותנו להבחנה בין המחאת זכות לעסקה במקרקעין.

**א'-בעלים [חייב] / ב'-קבלן / ג'- רוכש 1 [ממחה זכות] / ד- רוכש 2 [נמחה].** ג' רוצה למכור לד' את זכויותיו, ולרשום לטובתו ה"א, אך א' הבעלים מסרב לתת אישור. ג' [רוכש 1] שלטובתו רק ה"א, לא יכול לרשום ה"א על סמך הקבלן, שגם לו רק ה"א.

ראינו בפס"ד נחשון שיש קשר משפטי ישיר בין א' לג' = יחסי חייב-נושה. **אם ל-ג' יש ה"א, והוא ממחה את זכותו ל- ד', עוברים בהמחאה גם הדברים הנלווים לזכות, וה"א נלווית** (ס' 5 חוק המחאת חיובים). לפי ס' 1 [א] לחוק המחאת חיובים, זכות הנושה ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב (ההנחה שהבעלים החייב, וג' נושה של הבעלים), ואם מוסיפים את ס' 5 שעם הזכות עוברים דברים הנלווים לה, כלומר הבטוחה הנלווית, **יוצא ש-ד' מקבל ה"א ללא הסכמת א'**.

לפי המרצה ההבחנה לא חלחלה לשטח, ולא ערים להבחנה שפ"ד מתעלם ממנה (הבחנה בין עסקה במקרקעין למחאת זכות).

* **פ"ד פורד נ' שכטר:** ניתן **לפני הלכות אהרונוב וכספי** שהכירו בזכות שביושר של ב' גם ללא ה"א בחדלות פירעון. מצב של קונה (ג'), מול מפרק- נושים של ב' (ד'), של הקבלן חדל הפירעון (ב'). אחת הקונות בפרויקט לא רשמה ה"א, שכן הייתה הבת של הקבלן. בעולם עם כספי ואהרונוב - גוברת גם ללא ה"א. **טענות הקונה:**

1. יחסי נאמנות- ביהמ"ש דחה את הטענה שהקבלן הוא נאמן והקונה היא נהנה, כי הנאמנות לא נרשמה, והנאמנות תחייב רק כלפי מי שידע עליה או היה עליו לדעת. הנושים לא ידעו עליה.

2. המחאת זכות- האם המוסד של המחאת זכויות יכול לעזור ל-ג' כנגד ד' (מפרק / נושה)? אם בין הקבלן (ב') לקונה (ג') התרחשה המחאת זכויות, עכשיו החייב הקנייני של הקונה (ג') הוא הבעלים (א'). לפיכך, היקלעותו של ב' לחדלות פירעון אינה משנה לתביעת החיוב של ג' מ-א'. עם זאת, **בית המשפט קובע שזכותו של ג' היא אובליגטורית ולא קניינית** (כי ג' עצמו לא רשום) **ולפיכך כוחה לא יפה בחדלות פירעון** ו-ג' אינו עדיף על ד'. בחדלות פירעון של הקבלן, הקבלן הוא החייב של המפרק, בעוד החייב של הקונים הוא בעל המקרקעין. **לדעת המרצה** מדובר בטעות והזכות האובליגטורית של ג' היא מול א' ולא מול ב', ולכן לא היה צריך להתחלק עם הנושים של ב'.

* יש לציין כי פסק הדין ניתן **לפני הלכת אהרונוב** וככל הנראה אם היה ניתן אחריו, התוצאה הייתה שונה.

**נושא מס' 12- הבטחת השקעות של רוכשי דירות**

* **ס' 2 לחוק המכר (הבטחת השקעות לרוכשי דירות)** – הוא הסעיף המרכזי הקובע כי אסור לקבלן לקבל מהקונה יותר **מ-7%** מערך הדירה, אלא אם כן עשה אחד מאלה: **1**: ערבות בנקאית. **2**: מסמך מחברת הביטוח (לא נפוץ ולא נדון בכיתה). **3-5:** הקרקע או חלק ממנה **שועבד** לקונה / נרשמה לטובתו **ה"א** / העבירו לו את **הבעלות** על מה שקנה (אחוז מסוים מהדירה מהמקרקעין). סעיפים אלו פחות פרקטיים כי בכל הבטוחות יש תנאי שאין מישהו שעדיף על הזכות הזו ושהן הזכות הראשונה, ובשיטה הנוכחית וגם בישנה הקבלן מקבל מימון מהבנק, וכבר משעבד לטובתו משכנתא ראשונה בזמן.
* **חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) –** מטרתו להבטיח השקעות לאור הטווח הארוך של ביצוע העסקאות במקרקעין. שני מונחים חשובים- ערבות בנקאית וליווי פיננסי:
* **ערבות בנקאית:** כשמזמין מחפש שירות (למשל בעלים מחפש קבלן שיבנה על מגרשו) הוא מפרסם מכרז שאחד מתנאיו הוא שהקבלן יציג ערבות בנקאית שתגן על הבעלים מהפרת חוזה. **המסמך הוא התחייבות מצד הבנק כלפי המזמין לשלם לו סכום שייקבע במידה והקבלן מפר את החוזה ביניהם.** המזמין יבקש ערבות בנקאית אוטונומית – כך שהתשלום הוא ללא תנאים ולא תלוי בבירור בביהמ"ש אם היתה הפרה באמת או לא. הבירור יוכל להיעשות לאחר מכן בביהמ"ש ובמידה ויוכח שלא היתה הפרה - הכספים יוחזרו לבנק. הבנק לא פראייר: הוא מבטח את עצמו מול הקבלן שיחזיר לו את הכסף פלוס עמלה במצב כזה. בנוסף, אם לקבלן יהיו טענות כלשהן על מימוש הערבות הוא יוכל לטעון אותן רק כלפי המזמין, ולא כלפי הבנק שמחוץ לתמונה. **בפועל:** לפי **ס' 2 לחוק יש תנאים לקבלת תשלום מהבנק** - רק במקרה בו לא ניתן למסור את הדירה כי הקבלן חדל פירעון.
* **ערבות בנקאית מול הקונים – לא אוטונומית:** אותו עקרון – הבנק ערב להם במידה והקבלן לא יסיים את מלאכתו, ויחזיר להם את הכסף שנתנו. אך רק בהתקיים תנאים מסוימים: אם הקבלן ייקלע לקשיים, ומחמת **עיקול או חדלות פירעון** לא יוכל למסור את הדירה לקונה, הבנק מתחייב להחזיק את הכספים שהשקיע. הקונה מפסיד מזה עדיין, כי מחיר הדירות עולה מערך הכסף. **הערבות אינה אוטונומית.**
* **פ"ד עובדיה נ' סיביל נהריה-** ערבות בנקאית באה להגן רק במקרה בו דירה לא נמסרה לגמרי אבל לא במקרה של אי התאמה בין מה שסוכם למה שהקונה קיבל בפועל. **פיקנטריה:** זה גם יכול להיות עניין של פרשנות, לפעמים דירה שנמסרה באי התאמה מוחלטת יכולה להיחשב שהיא לא נמסרה – דעת מיעוט של הש' חיות.
* **בפרשת חפציבה –** הקבלן מכר לקונים [בעיקר מהמגזר החרדי] בסבסוד של 20% במקום להציע ערבות בנקאית. בסוף התמוטט ואלפי קונים נשארו רק עם תביעה חוזית ששווה כקליפת השום.
* **ליווי פיננסי:** הבנק מעוניין להלוות כסף לקבלן ולהשגיח שכל הכסף שהקבלן מקבל הולך לפרויקט בנייה מסוים. לא רק הקבלן ירוויח כסף אם הפרויקט ילך במישרין, אלא גם הסיכוי של הבנק לקבל בחזרה את ההלוואה שהעניק לקבלן יהיה טוב. לכן, יש אינטרס ברור גם לבנק שהפרויקט יתממש לפי התחזיות הראשונות. **דרך הביצוע- חשבון ייעודי רק לכספי הפרויקט עם פיקוח על כניסה ויציאה של הכסף ע"י מפקח ממונה מטעם הבנק.** תנאי להסכם הליווי הוא דו"ח שמאי עם תכנית עסקית שצריך לעמוד בה. ההפקדה היא באמצעות שוברים להפקדה בחשבון הסגור (**ס' 3ב לחוק).** הקונה משלם ישירות לחשבון הסגור וכך הקבלן לא יכול לעשות בכסף כרצונו. במסגרת הליווי הפיננסי הבנק מקבל גם שעבוד על כל הנכסים ששייכים לפרויקט. הבנקים שומרים על החשבון הסגור ואם קבלן נכנס לחדל"פ אז אפשר לגייס קבלן אחר שיסיים את הפרויקט, וכך הערבות הבנקאית כלפי הקונים יכולה להימנע.
* היום הבטוחה העיקרית זה **ערבות בנקאית,** ויש לה הצמדה. הוכח שההצמדה לא מדביקה את קצב עליית ערך הדירות, ולכן, למרות שהקונה יקבל את כספו בחזרה, אולי הוא לא יעמוד באותו מקום שהיה עומד אם לא הייתה הפרה. בליווי פיננסי - הקבלן יקרוס רק אם הייתה נפילה בערך הדירות או שהייתה רמאות (למשל של המפקח).
* **בנק דיסקונט נ' בילר ואחרים** – הבנק שהוציא ערבויות בנקאיות הוא לא היה בנק מלווה, אם הוא לא בנק מלווה הוא לא סומך על המעגל הסגור של הפרויקט אלא על בטחונות מסוימים שהקבלן נתן, שהם בלתי תלויים בפרויקט – כמו ניירות ערך, מקרקעין וכו'. נניח שהקונים שילמו סכום וקיבלו ערבות בנקאית על 50%, ואז כשפנו לממש את הערבויות - לפי החוזה צריכים להעביר זכויות והערת אזהרה במלואן לבנק. הם לא רצו כי הערבות כיסתה להם 50% מהמחיר ולא 100% והקבלן אפילו לא הרים את הפרויקט. בחוק המכר היתה התניה מקובלת שבשביל השבת כל הערבות הקונה צריך לתת את הזכויות שלו בדירה לבנק. ביהמ"ש עשה "שמיניות באוויר" כדי לפרש שהקונים לא יצטרכו להחזיר ולהעביר ה"א לבנק דיסקונט. הם יקבלו ערבות בנקאית אבל בגלל שזה כיסה 50% ולמרות לשון החוזה הם לא צריכים להעביר ה"א לטובת הבנק שמשלם את הערבות הבנקאית.

**שער רביעי- בעלות והחזקה**

**נושא מס' 16- הגנה על הבעלות וההחזקה**

* הסעיפים הרלוונטיים- **ס' 15-20 לחוק המקרקעין, ס' 8 לחוק המיטלטלין** שאומר שהוראות **15-20** יחולו גם על מיטלטלין.
* עד 1969: הגנו על החזקה ולא על בעלות מתוך ההנחה שמי שמחזיק הוא הבעלים. ההגנה היתה לפי המשפט האנגלי והתבטאה בפקודת הנזיקין - **ס' 29 בפקודת הנזיקין**- הסגת גבול, **ס' 52-** גזל מיטלטלין, **ס' 42-** עוולת המטרד. **ס' 74-** נותן שיקול דעת לביהמ"ש לתת צו מניעה ופיצויים למחזיק.
* **פ"ד רוקר:** אדם בבית משותף בונה מבנה שלא בהסכמת כל האחרים. האחרים תבעו להחיל את **ס' 21** ולאפשר לבעלים (בעלים משותפים) לסלק את החלק שנבנה. ביהמ"ש קבע כי תו"ל חל בדיני הקניין. קריטריון תו"ל הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. **יש כמה גישות שופטים בפס"ד:**

1. שיקולי איזון: **אנגלרד** מציע מבחן אובייקטיבי, עלות מול תועלת: לא מתחשבים בנסיבות הסגת הגבול, בודקים מה יקרה אם יצווה על צו סילוק / אם ישאירו את החלק שנבנה - מה התועלת / הנזק לבעלים ולמסיג הגבול.

2. הקניין הקלאסי: **טירקל, מצא, חשין:** אין לסטות מכללי הקניין הקלאסי, אלא במקרים קיצוניים. כמעט תמיד יכבדו את האפשרויות שעומדות לבעלים לקבוע סילוק מוחלט של מסיג הגבול.

3. גישת ביניים: (**הפכה לדרך המלך**) **ברק:** חובת תו"ל חלה עקרונית בדיני הקניין, אך תחולתו בקניין צרה יותר מאשר בדיני החוזים. בודקים מה הנזק שייגרם לבעלים או למסיג הגבול. לא נעיף כל מסיג גבול ומטרד שולי. הוא קובע מס' מבחנים:

א. אם זו פלישה למגורים שהיא חמורה יותר, ניטה יותר לגישה הקלאסית שתסלק כל מסיג גבול.

ב. ביהמ"ש יטה יותר להכיר בפלישות ברכוש משותף מאשר בפלישה לבעלות יחידה.

ג. בפלישת קבע שיקול דעת ביהמ"ש יהיה מצומצם יותר, וייטו לסילוק.

**התוצאה בפס"ד:** לפי הגישה הקלאסית, ביהמ"ש מצווה על סילוק המבנה שנבנה: זהו מבנה קבע, למרות שמדובר ברכוש משותף, פגיעה חמורה בזכות הבעלים. ביהמ"ש קבע שתו"ל חל אך לא באמת יישם את זה.

* **הגבלת זכויות: סעיף** 14  בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. מפורש בצורה מצומצמת מאוד לפי המרצה. **בפס"ד רדומילסקי נ' פרידמן** היה מקרה בו מישהו העביר כבל של טלוויזיה שעבר במקצת מעל חצרו של מישהו אחר. בעל המקרקעין, בתפיסה הקניינית הטהורה, יכול לתבוע על הסגת גבול אע"פ שהכבל עובר מעל המקרקעין שלו ולא מפריע לו לשום שימוש במקרקעין, והסגת הגבול היא באמת זניחה. אז רק במקרים קיצוניים מעין אלו הפעילו בעבר את ס' 14 לחוק המקרקעין לפיו בעלות לכשעצמה אין בה כדי להצדיק אי נוחות או נזק לאחר. דומה לתו"ל מחוק החוזים.
* ב**פס"ד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוביץ** [המרצה העלה את זה בהקשר לתו"ל בשיעור] יש את הביטוי שביהמ"ש העליון טבע והוא "**אחריות חברתית**". כלומר, הקניין הוא לא כמו פעם שבעל הקניין היה עושה ככל העולה ברוחו בקניין באופן שרירותי. יש לבעל המקרקעין אחריות חברתית ולא ברור מה גבולות המושג הזה. בפסה"ד דיברו על שברי אחוזים בהפקעה, אבל אין בהירות מספקת לשאלה מהי אחריות חברתית. לא השתמשו בכך פעמים רבות בפסיקה כי המדובר בחומר נפץ כי בדוגמה הקיצונית מה אם ישנה מטרה לאומית ומכריזים על פינוי של 150,000 תושבים מאזור מסוים ואין אפשרות למדינה לבנות מגורים חלופיים לכל המפונים, אז האם בשל האחריות החברתית המדינה רשאית לקבוע שכל תושבי גוש דן יצטרכו לארח למשך שנה משפחה שפונתה? זו דוגמה מרחיקת לכת לאחריות חברתית והתחילו לדבר על המושג הזה, אך לא מרחיבים אותו הרבה, ותיאורטית נכתבו על כך מאמרים. הגבולות לא ברורים ויטען בעל המקרקעין מדוע דווקא הוא יתרום יותר מאחרים במסגרת האחריות החברתית?
* משנת 1969 עם חקיקת חוק המקרקעין - נקבעו הסדרים דומים על הגנת בעלות וההחזקה, עילות קנייניות לצד העילות הנזיקיות.
* **ס' 15 לחוק -** מגדיר מחזיק כמי שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידו או בידי המחזיק מטעמו. גם בעלים שהשכיר את הנכס ייחשב כמחזיק ומוגן בחוק.
* **ס' 16 לחוק-** בעל המקרקעין זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין (דומה **לס' 29 בפקודת הנזיקין** על **הסגת גבול**).
* **ס' 17 לחוק המקרקעין**- מחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מאחרים להימנע ממעשה שיפריע לשימושו במקרקעין שלו, ולסלק את ההפרעה מקביל **לעוולת המטרד** ב**ס' 42** **לפקודה**. ההבדל: בס' 17 לא דורשים שימוש סביר, וגם הפרעה מינורית לשימוש הבעלים תחשב לעילת תביעה.
  + יכול להיות עימות משפטי סביב **ס' 17** **בין שני פולשים שאף אחד מהם לא בעלים,** כי אין את הדרישה של "מחזיק כדין".
* **ס' 18-** **מאפשר בהקשר מסוים עשיית דין עצמי**. **18 [א]-** המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו במקרקעין שלו. **ס' 18 [ב]-** תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך 30 ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם. המשטרה יכולה לסייע לו. הסעיף הוא קוגנטי, אי אפשר להרחיב את השימוש בדין עצמי בעזרת חוזה.
* **ס' 19 לחוק-** מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק- להוכחת הסגת הגבול (לפי דעת הרוב בעוקאשי).
* **ס' 20 לחוק-** הוראות אלו לא גורעות מהזכות לפיצויים או כל תרופה אחרת. בקניין מתמקדים לרוב בסעד השבה, ובנזיקין- בפיצויים.
* **פ"ד עוקאשי:** מדובר ב**הסגת גבול של ממש**. **שני הצדדים המתעמתים בפסה"ד הם פולשים** - המקרקעין שייכים למדינה ואף אחד לא ביצע עסקה לגביהם**.** **השופטת פורקצ'ה** **במיעוט** החילה את **ס' 17** [המקביל למטרד]ואמרה שהוא חל גם על הסגת גבול. הס' אינו מדבר על מחזיק כדין - המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך להימנע ממעשה שיש בו הפרעה. **דעת הרוב:** מצמצמת את **ס' 17** להפרעה לשימוש בלבד [מטרד] ולא נטילת החזקה [הסגת גבול]. למרות זאת, גם הרוב מכיר בתביעת סילוק מהמחזיק שלא כדין - לפי **ס' 19** שם מדובר על המוציא מקרקעין מהמחזיק - לא מדובר על מחזיק כדין. **לסיכום:** בהתמודדות שבין מחזיק בפועל לבין מסיג גבול, זכאי המחזיק להגנה כלפי מי שמנסה לנשלו מחזקתו וזאת גם כאשר אין בידו זכות לחזקה.
* **מניעת עשיית דין עצמי:** למה לפולש יש עילת תביעה? רוצים שאדם לא יעשה דין לעצמו, רק לפי הגבולות המצומצמים של ס' 18. נותנים למצב לחזור לקדמותו, משיבים את הפולש. בתביעה כזו הפולש השני לא יכול לעלות טענה שהתובע הוא בעצמו פולש.
  + כשפולש נתבע על ידי המחזיק הקודם שהוא עצמו ללא זכויות, אז הנתבע לא יכול לטעון שאין עילה כי הבעלות היא של צד שלישי. המטרה היא לשמור על שלום הציבור ולכן נותנים זכות תביעה אפילו לפולש.
* **פ"ד שמחון-** יש חוק מיוחד לגבי הפולש לאדמות מדינה של מקרקעי ישראל, **עד 3 שנים המדינה יכולה לתת צו לעשיית דין עצמי**, תקופה ארוכה יותר מפלישה רגילה.
* **פ"ד רוזנשטיין-** שני שכנים במושב חקלאי שיש ביניהם מחלוקת איפה צריכה לעבור הגדר המפרידה בין השטחים. בא אחד ומזיז את הגדר ולוקח מהמטרים של הזולת ומחילים את **ס' 18** להפעלת כוח סביר. איך הדין מאפשר עשיית דין עצמי למרות אינטרס שלום הציבור? **נכנעים לאינטואיציה טבעית של צדק שלא יאפשר לצדדים לא לטפל בנושא בעצמם.** דומה לספונטניות של זכות העכבון.
* **ס' 19 רישא-** אם מישהו מסלק בכוח פולש אבל לא בתנאי **ס' 18,** כלומר לא בכוח סביר או לא תוך 30 יום - חייבים להחזיר למחזיק הנוכחי. חל גם על שני פולשים. **הסעיף בא למנוע דין עצמי** שלא לפי התרת החוק.
* **ס' 19 סיפא-** בית המשפט יכול לדון בזכויות שני הצדדים יחד ורשאי להסדיר את ההחזקה ככל שיראה לו צודק עד להכרעה לגבי זכויותיהם. הס' מדבר על היקף הסמכות של ביהמ"ש לאחד תביעות, **עילת בעלות ועילת החזקה**- ככל שהמקרה יותר ברור (כלומר פחות מסובך להכריע מי הבעלים) ביהמ"ש ייטה לאחד תביעות, ולא לצ'פר את הפולש.
* **פ"ד** **רוזנשטיין** –העניק שק"ד רחב לביהמ"ש באיחוד תביעות: סעיף 19 לחוק המקרקעין מורה כי המוציא מקרקעין מידי מחזיק שלא בתנאי הסעד העצמי המוקנה בסעיף 18 לחוק, חייב להחזירם למחזיק. אולם אין באמור לעיל כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לדון בזכויות שני הצדדים – המחזיק והפולש, בעת ובעונה אחת. הפך את ההחלטה של המחוזי שלא לאחד תביעות.

**שער שישי- זכויות בנכסי הזולת**

**נושא מס' 19- משכון**

* **חוקים רלוונטים- חוק המשכון** (שעבוד נכסי יחיד), **פקודת החברות** (חלה במשכון שיצרה חברה) ו**חוק המקרקעין (**הוראות משכנתא ב**ס' 85-91,** ב**ס' 6-10** החלים על עסקה במקרקעין כמו משכנתא). ההסדר הספציפי יגבר על הכללי שבחוק המשכון.

**משכון – נכסי יחיד ונכסי תאגיד**

* דרישות להשתכללות משכון:

[1] **שלב חוזי**: הסכם משכון - חוזה שמייחד נכס מסוים של החייב לפירעון החוב.

[2] **שלב קנייני**: המשכון יהיה מופקד או רשום בלשכת המרשם המתאימה [**חברות או משכונות או טאבו**].

* נזכיר: אצל תאגיד, אם הנכס הוא מקרקעין = משכנתא, יש צורך ברישום כפול – **טאבו + חברות**.
* שעבוד נכס יחיד וחברה [ההבחנה היא מצד החייב-ממשכן]:
* **שעבוד נכס חברה** מתבסס על פקודת החברות, אם כי יש סעיפים כלליים שחלים על חברה גם בחוק המשכון [לדוג': ס'2ב].
* **שעבוד נכס יחיד** מתבסס רק על חוק המשכון.
* מועד המרשם:
* **משכון חברה**: ס'179 לפקודת החברות: כשהחברה לווה כסף ומשעבדת את נכסיה בהתאם לכך, יש לה **21 יום** לרשום אצל רשם החברות [אם לא רשמה תוך 21 יום, ניתן להגיש בקשה לארכה].
* **משכון יחיד**: אין הוראה לגבי מועד הרישום. הרישום מתבצע אצל רשם המשכונות. המרצה מציין שאין צורך במועד מוגדר כי גם ככה יש תמריץ לנושה לרשום את המשכון על מנת שיהיה נושה מובטח.
* **פס"ד ביאלוסטוצקי**: אם נעשתה עסקת שעבוד ב-3 החודשים שלפני מועד בקשה לצו הפירוק של תאגיד, העסקה לא תקפה. הנושים רצו לממש את השעבוד, והמפרק טען שזה בטווח של 3 החודשים, ועל כן השעבוד לא תקף.
* **מה נחשב מועד הרישום**?משנמסרו פרטי השעבוד בתקופת **21 הימים** ונרשם השעבוד [=תנאי לרטרואקטיביות] – תוקפו כלפי המפרק ונושים אחרים של החברה מתחיל מיום **יצירתו** ולא מיום **רישומו**, כלומר ניתן למשכון תוקף רטרואקטיבי מיום רישומו ליום יצירתו.מועד יצירת ההסכם היה לפני ה-3 חודשים, ולכן הנושים זכו בקייס.
* **לגבי יחיד אין רטרואקטיביות, המועד הרלוונטי זה הרישום.**
* אם כן, ההבדל בין יחיד לחברה ברטרואקטיביות:
* **שעבוד שיצר יחיד** – אם רישום השעבוד נעשה לפני פחות מ-3 חודשים לפני חדלות הפירעון – השעבוד ניתן לביטול.
* **שעבוד שיצרה חברה** - אם רישום השעבוד נעשה לפני פחות מ-3 חודשים אבל כריתת הסכם השעבוד נעשתה לפני יותר מ-3 חודשים ממועד חדלות הפירעון – השעבוד לא יהיה ניתן לביטול, ובלבד שהמשכון נרשם תוך 21 יום ממועד הסכם השעבוד.
* הבדל נוסף – טעות ברישום:
* **שעבוד חברה:** ס'178 לחוק החברות - אם חברה שלחה מסמכי רישום לרשם וקיבלה חותמת "נתקבל", אזי המשכון רשום ותקף כלפי הזולת, גם אם בפועל לא נרשם.
* **שעבוד יחיד:** אם נפלה טעות ברישום של שעבוד ליחיד, המשכון לא תקף.
* מה קורה כשמדובר בעימות של 2 נושים מובטחים? א' עשה הסכם שעבוד באותו נכס [ = א' הממשכן] עם ב' ולאחר מכן עם ג'.
* **שעבוד יחיד:** המועד הרלוונטי הוא רישום ומי שרשם ראשון יגבר [אם ג' רשם ראשון הוא יגבר, אעפ"י שהוא שני בזמן מבחינת תאריך יצירת ההסכם].
* **שעבוד תאגיד:** מי שעשה את ההסכם ראשון יגבר, ממועד היצירה, אך בתנאי שרשם תוך **21 יום**.

**המחשה:** יצירת משכון עם א' 🡨 ואז יצירת משכון עם ב' 🡨 רישום משכון של ב' 🡨 ואז רישום משכון של א'. הרטרואקטיביות תחול וא' יגבר. **הדבר פוגע בעיקרון הפומביות כי ב' בודק את הנסח ולא רואה דבר.**

**שעבוד צף (רלוונטי רק לתאגיד- חוק החברות)**

* הגדרה: שעבוד על נכסים לא מוגדרים/ספציפיים.
* הרעיון הוא שמצד אחד יש נכס שניתן לשעבד אותו ואז התאגיד יכול להשיג אשראי, ומצד שני השעבוד לא מפריע למהלך העסקים הרגיל של החברה וניתן למכירה/שעבוד וכו'.
* פס"ד עזבון לבב: **שעבוד צף לא חל על נכסי יחיד.** אם נוצר כזה הוא חסר תוקף.
* יסודות השעבוד הצף:

1. **מותר למכור את הנכס** **המשועבד** במהלך העסקים הרגיל.
2. חל גם על **נכסים עתידיים** שאינם בבעלות המשעבד בזמן השעבוד [נכסים שרכש/ייצר מאוחר יותר].

* לשעבוד צף שלושה שלבים:
  + הסכם משכון (נקרא גם "אגרת חוב" בחברות);
  + רישום;
  + התגבשות השעבוד הצף לשעבוד קבוע על הנכסים שבבעלות החברה במועד הגיבוש.
    - דרך התגבשות השעבוד: פניה של הנושה לבית המשפט בבקשת מינוי כונס נכסים על כלל נכסי החברה, כשהיא לקראת חדלות פירעון או בחדלות פירעון.
* ס' 354: כאשר חברה חדלת פירעון ונכנסת לפירוק, זהו סדר הגבייה כברירת מחדל:

1. שעבוד קבוע.
2. חובות בני קדימה [חובות של שכר עובדים, מיסים וכו'].
3. שעבוד צף.
4. נושים רגילים.

* זה לא דיכוטומי: ייתכן ששעבוד צף יגבר על שעבוד קבוע, אם כי לא על חובות בני קדימה. נוצר מעגל שוטה.
* סוגי השעבוד הצף:
* **שש"כ** [שעבוד שוטף כללי] – שעבוד על כלל נכסי החברה.
* שעבוד שוטף על **סוג מסוים** של נכסים [לדוג': רק מלאי עסקי וכדו'].
* המבחן הוא מהותי: ניתן להגדיר שעבוד צף בדיעבד וזה לא תלוי בהסכמת הצדדים. [דוגמאות בעמ' 122- רכב יונדאי או ניירות ערך].
* שעבוד צף קלאסי:

1. **שעבוד קבוע שני בזמן גובר על שעבוד צף ראשון בזמן**, כדי לאפשר מהלך עסקים רגיל [החברה זקוקה למימון ואשראי]. נציין שאם שעבוד קבוע ראשון בזמן הוא גובר בכל מקרה [בהתאם לכלל שמשכון שנרשם ראשון גובר].
2. זה **תקף אפילו כשהנושה עם השעבוד הקבוע ידע על השעבוד הצף**.

* שעבוד צף מודרני - היווצרות סעיף ההגבלה: כיוון ששעבוד צף התגלה במלוא חולשתו, התפתחה טכניקה על פיה מוסיפים **סעיף הגבלה**, שבו נקבע כי החברה מנועה מלשעבד את נכסיה [נכסים שלא חלק מהמלאי העסקי] אלא אם כן הסכים לכך הנושה בעל השעבוד הצף.
  + למה דווקא נכסים שהם לא מהמלאי העסקי? כי למלווה/נושה יש אינטרס שהחברה תמכור ותרוויח כסף על מנת שתוכל לפרוע את החוב כלפיו.
* **פס"ד בנק לאומי נ' בנק בריטניה:** בנק בריטניה [ב'] עשה הסכם שעבוד צף כללי ראשון בזמן [שש"כ]. אחר כך החברה [א'] משכנה מקרקעין מסוימים [=שעבוד קבוע שני בזמן] לבנק לאומי [ג']. בנק בריטניה עשה סעיף הגבלה שאומר שהחברה לא יכולה לעשות שעבוד קבוע אלא אם כן הבנק הסכים [לא תקף על המלאי העסקי של החברה].

**ההלכה:** שעבוד צף עם סעיף הגבלה שנרשם, גובר על שעבוד קבוע מאוחר יותר שנוצר בניגוד לאותה הגבלה.

**לשים לב:** שעבוד צף והגבלה יגברו על שעבוד קבוע כאשר:

[1] השעבוד הצף וההגבלה **נרשמו**;

[2] השעבוד הצף **ראשון בזמן**.

* בנק לאומי [ג'] טענו שיש כאן הפרת חוזה של א' [החברה] כלפי ב' [בנק בריטניה] ולכן התביעה היא בכלל חוזית ולא קניינית. טענה זו לא התקבלה.
* בנק לאומי רכש שלא בתו"ל, הוא ידע על סעיף ההגבלה, ולכן בנק בריטניה זוכה. אם בנק לאומי לא היה יודע [בזמנו] על ההגבלה היה זוכה.
* **ס'169[ב] סיפא** [חוק החברות] נוצר בעקבות הפס"ד הזה: ואולם אם נכללה במסמך היוצר שעבוד צף הגבלה על זכות החברה ליצור שעבודים, והגבלה זו נכללה בפרטים שנמסרו לרישום השעבוד הצף, **יהיה השעבוד הצף עדיף על שעבוד שנוצר בניגוד לאותה הגבלה אחרי רישום הפרטים בידי הרשם.**
* **פס"ד אלקטרוג'ניקס נ' אלסינט:** א' [הממשכן] וב' [המלווה והנושה] עשו הסכם שעבוד צף עם סעיף הגבלה, ולאחר מכן א' התקשר עם ג' והקנה לו שעבוד קבוע [של המחאת זכות] בניגוד לסעיף ההגבלה, כאשר ג' כלל **לא ידע** על סעיף ההגבלה.

**ההלכה:** אם ג' ידע על עצם קיום השעבוד הצף, אך לא ידע על התניה בעניין האיסור שהוטל על החברה להעביר את נכסיה, ההגבלה לא תקפה כלפיו.

* בזמנו לא היתה חובה לרשום את סעיף ההגבלה ולכן ג' לא ידע ולא היה עליו לדעת. היום זה שונה – **ההגבלה צריכה רישום ועל ג' לבדוק את המרשם.**
* **פס"ד תשתית נ' כונס נכסים**: א' התקשר עם ב', כאשר נרשם לטובת ב' שעבוד צף על נכסיו של א', עם ס' הגבלה. בגלל טעות של הרשם לא נרשמה ההגבלה. לאחר מכן א' מתקשר עם ג' שנרשם לטובתו שעבוד קבוע [על משאית של א'].

**ההלכה**:השעבוד הקבוע יגבר על שעבוד צף עם ההגבלה בגלל חוסר ברישום, אפילו אם זו טעות של הרשם.

* למרות ששעבוד קבוע שנמסר לרשם החברות דינו כרשום גם אם לא נרשם בפועל, קובע ביהמ"ש כי **שעבוד צף והגבלה נחשבים כרשומים רק אם נרשמו בפועל**. אם אין הגבלה רשומה, חוזר בעצם הדין הקלאסי שהשעבוד הצף נדחה מפני השעבוד הקבוע.
* **פס"ד בנק לאומי בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבריאות:** עימות בין שעבוד צף עם הגבלה ראשון בזמן, לנמחה זכויות שני בזמן. במקרה הקלאסי, שעבוד צף עם הגבלה גובר על נמחים. אך כאן, המחאת הזכות לא הייתה נקודתית על מנת לגייס כספים, אלא המחאה **שבאה לחיסול העסקים.**

**ההלכה:** אם חברה שיש עליה שעבוד צף משעבדת נכס מנכסיה לטובת מממן אחר או ממחה זכויות שיביאו לחיסול עסקיה – השעבוד הצף גובר.

* מה הייתה התוצאה אם השעבוד הצף היה ללא הגבלה? גם בשעבוד צף קלאסי, ללא הגבלה, **חברה אינה רשאית לבצע עסקה שתביא לחיסול עסקיה.** לפיכך, גם במקרה כזה השעבוד הצף גובר.
* בנוסף נקבע ש-169[ב] סיפא [שאומר ששעבוד צף עם הגבלה גובר על שעבוד קבוע] **חל גם על** **עסקת מכר מאוחרת** [על נכס שלא מהמלאי העסקי] ולא רק על שעבוד מאוחר.
* יש לשים לב לניסוח סעיף ההגבלה. ברור שאוסם יכולה למכור במבה כחלק ממהלך העסקים רגיל, אך האם היא צריכה אישור מהנושה לגבי החלפת משאיות, דבר המשרת את המלאי העסקי? קו הגבול לא ברור.

ס' 169[ד]: **שסל"ן = שעבוד ספציפי לרכישת נכס גובר על שעבוד צף קודם.**

שעבוד נכס שנעשה להבטחת אשראי שיאפשר את רכישתו יהיה עדיף על שעבוד צף קודם, אם האשראי שימש בפועל לרכישת הנכס המשועבד, בהתקיים התנאים הבאים:

1. השעבוד נעשה להבטחת אשראי שניתן לרכישת הנכס. **[אשראי שיועד למטרה מסוימת, לנכס מסוים]**
2. המימון שנתן בעל השעבוד (הספציפי) שימש בפועל לרכישת הנכס שרבים עליו. **[שימש בפועל למטרה זו, לנכס זה]**

לסיכום , שסל"ן יגבר רק אם:

1. יש הסכם שעבוד

2. יש רישום

3. אשראי לרכישת הנכס הספציפי

4. שימש בפועל למטרה זו

**הרציונל:** לאפשר לחברה לרכוש נכסים חדשים ושתהיה לה אפשרות לקבל מימון ממקורות אחרים, שכן אחרת השעבוד הצף, שמעמדו התחזק מאוד לאחר המצאת סעיף ההגבלה, עשוי לחנוק את החברה.

* נציין כי העדיפות של השסל"ן תהיה רק לאותו נכס. לגבי שאר הנכסים תהיה עדיפות לשעבוד הצף.
* לרוב הבנקים בשביל להוכיח את התממשות התנאים מעבירים את הכסף ישירות לספק.

**משכון מוסווה**

הוראות חוק המשכון כולן קוגנטיות ולא ניתן להתנות עליהן. **ס' 2 [ב]** אומר שאם עסקה במהותה משכון יראו אותה כזו, לא משנה הצורה שנתנו לה הצדדים, ולפיכך יחול עליה חוק המשכון.

מבחן מהותי: אם נבין לפי מהות העסקה שזו עסקת שעבוד, ושזו כוונת הצדדים, נחיל עליה את הוראות חוק המשכון. המבחן המהותי הוא שיקבע, ולא המבחן הצורני (הכותרת שנתנו הצדדים לחוזה).

1. **שימור בעלות / מכר מותנה:**

* **הקייס:** א' = ספק, ב' = קמעונאי, ג' = צרכן, ד' = נושה של הקמעונאי.
  + אשראי ספקים: הרוכש מהספק הוא קמעונאי אשר מייעד למכור את הנכס לצרכנים. האשראי ניתן לטווח של חודשים ספורים – שוטף + 30/60/90/120.
  + במקרה של חדלות פירעון של ב' [הקמעונאי]: יש יריבות בין א' [הספק] לד' [הנושים של ב']. **האם לספק יש עדיפות על פני הנושים האחרים לקבל בחזרה את הסחורה שמכר לקמעונאי?**
  + לפי ס'33 לחוק המכר: יש 3 רכיבים עיקריים: העברת החזקה (ע"י המוכר), העברת הבעלות (ע"י המוכר), ביצוע תשלום (ע"י הקונה).

אם כן, מה הבעיה בעסקת אשראי מבחינת א'? בגלל שמתקיימת העברת החזקה לב', ב' הוא בעצם הבעלים, אפילו שאין תמורה מלאה לא'. אם הוא חדל פירעון, לא תהיה ל-א' עדיפות. לפיכך, א' [הספק] רוצה שהבעלות תישמר אצלו עד לרגע שהתמורה המלאה עברה לידו.

* + שימור בעלות: א' [הספק] קובע תנאי שאומר שהעברת בעלות לב' [הקמעונאי] היא רק בגמר התשלום עבור הסחורה. כך, לא' [הספק] יש עדיפות על ד' [הנושים של הקמעונאי] כי הוא הבעלים של הסחורה.
  + האם יש אלמנט של **משכון מוסווה**? א' [הספק] רוצה להבטיח את התשלום והוא מצא מכשיר משפטי שמספק לו עדיפות על ד' [הנושה / המפרק].
  + **פס"ד קולמבו:** סעיף 2[ב] לחוק המשכון חל כאן. כל טכניקה [במקרה דנן, שימור בעלות] שמטרתה לגרום לעדיפות של א' על ד' בהבטחת תשלום, **היא למעשה משכון ויש להחיל עליה את דיני המשכון**. לא רואים את א' הספק כבעלים אלא כנושה מובטח, ולכן חל עליו חוק המשכון. מכיוון שלא רשם את המשכון, אין לו עדיפות.

רציונל לכך שא' הוא נושה מובטח ולא בעלים:

1. ס' שימור הבעלות לא בא למלא הצרכים שלו כספק נכס אלא **ספק אשראי**, כי הוא מבטיח את הסיכונים של שוק האשראי. ולכן זה משמש אותו בכובע המממן, ולפיכך הוא נושה מובטח.
2. יש העדפה של **עיקרון הפומביות** (באמצעות רישום) על פני עיקרון חופש החוזים.

* זה מתיישב עם הגישה האמריקאית – שאומרת שכל טכניקה שמטרתה לגרום לעדיפות של א' [הספק] על ד' [הנושים של הקמעונאי] בהבטחת תשלום, היא משכון. מנגד, הגישה האנגלית תומכת בא' כבעלים ומכשירה את ס' שימור הבעלות.
* **קיימת סתירה בין דיני מכר לדיני משכון –** לפי דיני המכר ניתן להתנות מתי מתקיים מועד העברת הבעלות [מסירת הממכר / הסכמת הצדדים]. אבל לפי קולומבו, ששם דגש על ס'2[ב] לחוק המשכון, רואים את העסקה כעסקת משכון מוסווה.

1. **עסקת קונסיגנציה:**
   * הגדרת העסקה: "לא מכרת לא שילמת".אם הקמעונאי לא מכר את הסחורה, הוא לא משלם עליה והיא חוזרת לספק.משמע, הבעלות נשארת אצל הספק.
   * לדוגמא: בעל חנות עיתונים קונה 1,000 עיתונים, אבל חושש שחלקם לא ימכרו ולא יהיה לו מה לעשות איתם. לפיכך, הוא מבצע הסכם קונסיגנציה שמאפשר לו לא לשלם על העיתונים שלא נמכרו.לרוב, חנויות תכשיטי זהב ויהלומים רוכשות בקונסיגנציה, כי הקמעונאי לא רוצה לרכוש רכוש יקר ורוצה להחזיר.
   * אם הקונסיגנציה אמיתית לא חלים דיני המשכון. אם היא לא אמיתית, נראה בה כמשכון מוסווה. [**במבחן:** להתייחס ל-2 האופציות, לנתח מחד ומאידך].
   * **פס"ד קולומבו:** קולומבו סיפקה צעצועים ל"מאמא יוקרו", וטענה שההסכם ביניהם הוא הסכם קונסיגנציה, כך שהבעלות תישאר אצל קולומבו עד לקבלת תשלום מלא. ביהמ"ש קבע שזה לא עסקה אמיתית, למה?

המניע לעסקה היה שקולומבו רצתה להגן על עצמה מפני קשיים כלכליים של ב' ורצתה בטוחה. משכך ניתן להסיק שזה נקבע עפ"י **מבחן מהותי** - בוחנים את המקרה לפי המניע, הנסיבות והראיות וכדו'.

* אינדיקציה לכך שהעסקה אמיתית: כאשר ב'-הקמעונאי יוזם את סעיף שימור הבעלות. זה מראה שהמניע הוא לא השגת בטוחה של א', אלא האפשרות להחזיר סחורה.
* קונסיגנציה אמיתית לרוב תהא בנכסים שאין להם ערך לאחר תקופת זמן קצרה, כי אז זה לא בטוחה ולא שווה כלום מבחינת א' [... אבל לא בהכרח].
  + ספק שרוצה לרשום את השעבוד יכול לרשום רק **שעבוד צף**, כי זה על המלאי העסקי והוא משתנה ונמכר ע"י ב'.

אם א' רשם את השעבוד כשעבוד צף, ול-ד' יש גם שעבוד צף, אז א' גובר עליו **מכוח שסל"ן** – 169[ד], בגלל שיש כאן: [1] הסכם שעבוד; [2] רישום של השעבוד; [3] אשראי שמיועד לנכס; [4] ששימש בפועל למטרה זו.

* + **פס"ד קידוחי הצפון:** הלכת קולומבו התהפכה: נקבע שא' הוא הבעלים ושמו דגש על **חופש החוזים** [ס'33 לחוק המכר על פני ס'2[ב] לחוק המשכון].
* יש לציין שלאחר שנקבע ש-א' הוא בעלים ויש לו עדיפות על הסחורה, הדבר כולל את התמורה בעד הסחורה שכבר נמכרה.
  + **פס"ד ויטה:** בחינה של כל מקרה לגופו. נראה את א' כבעלים בהתקיים **מבחן דו שלבי**:
* שלב ראשון – **מבחן חוזי:** האם בין הצדדים נכרתה הסכמה חוזית אמיתית? האם היתה הסכמה מפורשת בין 2 הצדדים? [לא המחסנאי שחתם על חשבונית]. נדרש במיוחד במקרה של עסקאות ארוכות טווח.
* שלב שני – **מבחן קנייני:** ביטוי בשטח – רק כאשר מוכחת פעולה מהותית ואמיתית בתחום הקנייני. למשל: ב' ידווח לא' מה נמכר ומה לא, א' יקבל דיווחים תקופתיים ופיקוחיים וכדו'. לרוב הספקים לא באמת מתעניינים בסחורה ולא עושים הסדרי פיקוח ולכן מפסידים בקייסים.
  + **רציונל:** לא לעכב הבראה של חברה. אם א' הספק נחשב כבעלים אז לא ניתן לעכב אותו מה שפוגע בתהליך הבראת החברה. אם הוא נושה מובטח ניתן לעכב אותו ע"י ביהמ"ש.
  + תיקון מס' 19 של דיני שיקום והבראה, פתר את הבעיה המרכזית של הש' אלשיך ממעגלים. **ביהמ"ש רשאי לעכב את החזרת הנכס לספק** על אף שהוא אינו נושה אלא **בעלים**, בשביל לקדם תהליכי הבראה של החברה.

1. **מכר חוזר:**
   * מה זה מכר חוזר? א' מוכר וב' קונה. בחוזה יש סעיף שמאפשר לא' המוכר להחזיר לעצמו את הנכס עד מועד מסוים, ובתנאי שיחזיר את הכסף לקונה.
   * דוגמא למשכון מוסווה במכר חוזר:

לווה [משעבד נכס בשווי 1.5 מיליון] 🡨 מלווה [מלווה 1 מיליון ש"ח]

מוכר [מעביר נכס בשווי 1.5 מיליון] 🡨 קונה [מעביר 1 מיליון ש"ח]

* + איך אפשר להסתיר את מהות העסקה ולכנות הסכם הלוואה כהסכם מכר? במקום הלוואה עשו עסקת מכר, וקבעו שיש אופציה של החזרת הנכס למוכר עד מועד מסוים בו עליו להחזיר את הכסף [בתוספת ריבית] שנתן לו הקונה. במידה ועבר המועד, **הנכס נרשם על שם הקונה וכך הוא מרוויח את ההפרש בין ההלוואה לערך המשכון** [שכאמור גבוה מערך ההלוואה], וכך מתגבר על ס'17 לחוק המשכון: שאומר שמלווה מקבל רק את הסכום של החוב כלפיו והריבית שמותרת עפ"י חוק, ואת היתרה מחזיר ללווה/נושים.
  + דוג' לעסקת מכר חוזר אמיתית: לא' יש ערך רגשי כלפי הנכס והוא רוצה אותו חזרה, ולכן עושה עסקת מכר חוזר. זו עסקה אמיתית.
  + **פס"ד הורוביץ נ' ריאליטי:** עימות בין ג' [נושה של א' המוכר] לבין ב' [הקונה]. א' חדל פירעון. הנושה טוען שא' הבעלים ושיש כאן משכון מוסווה שלא נרשם ולכן הוא יכול להטיל עיקול. ב' טוען שזה מכר חוזר אמיתי ולכן לא ניתן להטיל עיקול.

לא כל עסקת "מכר חוזר" היא משכון מוסווה. ייתכנו מצבים בהם תכליתה של עסקת "מכר חוזר" איננה שעבוד נכס כערובה לחיוב. **לכן, נדרשת בחינה של כל מקרה לגופו.** להלן קריטריונים להבחנה בין מכר חוזר אמיתי לבין משכון מוסווה:

1. **מחיר לא ריאלי** – במשכון מוסווה אם הנכס שווה יותר מההלוואה בפועל, נדלקת נורה אדומה. כמו כן, אם הנכס במחיר נמוך יותר מההלוואה זה גם חשוד, כי לא אכפת ל-א' איזה מחיר לנקוב מכיוון שהנכס גם ככה חוזר אליו. רואים שרצה רק הלוואה שמתכננים לפרוע אותה ולא מקפידים על המחיר.
2. **רישום ודיווח** –אם הצדדים לא עושים צעדים לקידום עסקת המכר והרישום, מדובר באינדיקציה לכך שלא מדובר בעסקת מכר אמיתית אלא במשכון מוסווה.
3. **הרקע שקדם להסכם** –מהנסיבות שקדמו למו"מ ניתן לראות כי הצדדים שקלו ביצוע הלוואה ורק כשלא הסכימו הגיעו לחלופה של מכר חוזר.
4. **אורך התקופה** – הלוואות הן לטווח ארוך יותר, בעוד מכר חוזר הוא לרוב לתקופה קצרה. בפס"ד Realit, פרק הזמן היה שנתיים וזאת אינדיקציה לכך שמדובר בהלוואה. עם זאת, לא מדובר בקריטריון חזק.
5. **מנהג בעלים** – במכר חוזר אמיתי, עד לתאריך בו המוכר יכול לקנות את הנכס חזרה, הוא אינו יכול לנהוג בממכר מנהג בעלים. עם זאת, גם במשכון מוסווה הוא אינו יכול לנהוג בנכס כמנהג בעלים עד למועד הפירעון. לפיכך, הקריטריון לא ברור לדעת לרנר.

**חברת ליסינג**

* הקייס: א' = הספק/יבואן, ב' = חברת הליסינג, ג' = הרופא [שמשכיר מהליסינג], ד' = נושה של הרופא. **עימות בין ב' לד'.**
* נציין כי אין חוזה פורמלי בין היבואן לרופא, אעפ"י שיש אינטרקציה מקדימה לגבי הסחורה.
* חברת ליסינג מאפשרת לרופא לקיים איתו אשראי לטווח ארוך כפי שהוא יכול, בעוד חברת ליסינג משלמת בטווח קצר ליבואן שצריך את הכסף.
* **פס"ד הפועלים ליסינג:** הרופא חדל פירעון ולא יכול לשלם את השכירות לחברת ליסינג. הליסינג יכולה להיחשב כמשכירה או כמממנת. אם רואים בה כמממנת עליה לעמוד בחוק הריבית [ריבית מקסימלית], ואם היא משכירה חוק הריבית לא חל עליה. הרופא טוען שהיא מממנת – ולפיכך זו הלוואה ולא שכירות, ולכן החברה למעשה לוקחת ממנו ריבית עודפת. טענתו התקבלה – **בוחנים את העסקה מבחינה מהותית**.
* לפעמים חברת ליסינג תרצה להיחשב כמשכירה [=בעלים] כדי להתחמק ממיסוי, ולפעמים תעדיף להיחשב כמממנת [=לא בעלים] כדי להתחמק מאחריות על הנכס [למשל: מקרה המטוס שהתרסק].
* מתי רואים את העסקה כמשכון מוסווה? כאשר הרופא חדל פירעון והנושים שלו נכנסים לתמונה. יש יריבות בין חברת הליסינג לנושים של הרופא. הליסינג תטען שהיא משכירה ולכן היא הבעלים והנכס יחזור אליה, והנושים של הרופא יטענו שהליסינג היא מממנת בלבד [נותנת אשראי], ולכן מדובר בנכס של הרופא **ששיעבד לטובת הליסינג** שהיא למעשה נושה מובטח, ולפיכך חל חוק המשכון [חובה להסכם + רישום]. מכיוון שאין רישום, אין לליסינג עדיפות והיא נושה רגיל.
* אם לנושים של הרופא יש שעבוד צף עדיין הליסינג יגברו עפ"י ס'169[ד] – שזה **השסל"ן.** הליסינג מממנים את הנכס הספציפי.
* כיום, חברות הליסינג רושמות שעבוד לטובתן **ברשם החברות** [אם נדל"ן אז גם בטאבו].
* ס'5[ד] לתקנות המשכון: עצם זה שהליסינג רשמה לטובתה משכון לא מהווה הוכחה לכך שהיא נושה מובטח/מממן, ויכולה להיחשב כבעלים. **הרציונל:** לעודד את העסקאות של חברות הליסינג.
* ביהמ"ש קובע לפי קריטריונים שחברת ליסינג היא או בעלים [שכירות אמיתית/תפעולית] או נושה מובטח [שכירות מימונית- משכון מוסווה]:

1. אם חברת ליסינג **מספקת עוד שירותים מעבר למימון** [תיקונים, בדיקות וכו'] או מתמחה בתחום ספציפי ניטה לומר שהיא הבעלים וכי זה מעיד על שכירות אמיתית/תפעולית.
2. אם **ההשכרה היא רב פעמית** זה מעיד על שכירות אמיתית/תפעולית. אם זה חד פעמי- מימונית.
3. אם לאחר מס' שנים **הנכס לא אטרקטיבי** [אייפון, מחשב וכדו'] אז ניטה לומר שזו שכירות מימונית.
4. אם חברת הליסינג מרוויחה בסוף את **מלוא הערך הכלכלי של הנכס** אז ניטה לומר שזו שכירות מימונית.

**עיכבון**

* ס' 11 לחוק המיטלטלין מונה זכויות ותנאים לגבי העיכבון:
  + **[א]** **הגדרת העיכבון:** עיכוב של מיטלטלין כערובה לחיוב עד לסילוק החיוב.
  + **[ב] הפרדת מיטלטלין:** אם מדובר בפער לא סביר בין שווי החוב לשווי הנכס, ניתן לשחרר מקצת המיטלטלין שניתנים להפרדה.
  + **[ג] החלפת עיכבון:** אם החייב צריך את הנכס (לצורך מכירה או שימוש) ומבקש להחליף אותו בנכס אחר – ניתן לבצע חילופי נכסים, בתנאי שהערובה מספקת. אי-הסכמה שלא מתוך סיבה לגיטימית עלולה להיחשב כחוסר תום-לב מצד הנושה.
  + **[ד] חובת החזקה פיזית:** אם הנושה הוציא מרשותו את המיטלטלין – העיכבון פוקע.
  + **[ה] חלות העיכבון:** חל גם על מקרקעין; וגם על עיכבון עפ"י הסכם אם אין בו הוראות אחרות לעניין זה.
* ס' 11 לעיל מגדיר מה זה עיכבון ומחיל הוראות שונות על העיכבון, אך התנאים ליצירת העיכבון מוגדרים בס' הספציפיים.

בטרם ניגשים לס'11 יש לבדוק אם ס'5 לחוק הקבלנות מתקיים:

* + ס'5 חוק חוזה קבלנות: לקבלן תהא זכות עיכבון על נכס **שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו**. המעכב רשאי לעכב עד שיקבל את תשלום החוב המגיע לו, ואי אפשר לתבוע אותו נזיקית על כך שמחזיק בנכס ללא היתר.
  + נציין כי קבלן יכול לעכב רק בגין אותה עסקה ולא לעכב נכס X בגלל חוב של עסקה Y.
  + קו הגבול בין עסקה אחת לכמה עסקאות: [1] ככל שמועדי התשלומים והמשלוחים קצרים יותר, וככל שאין צורך במו"מ ויש תנאים קבועים לכולם, נראה את העסקה כאחת. [2] תלוי נסיבות, כל מקרה לגופו.
* עיכבון היא זכות קניינית, שכן **למעכב יש עדיפות בחדלות פירעון על פני נושים רגילים.** המעכב רשאי שלא לשחרר את הנכס, עד שהמפרק או הנאמן ישלמו לו וכך ישחררו את הנכס. המעכב הוא נושה מבוטח.
* נציין כי גם בעיכבון כמו במשכון, הזכות **אפקטיבית** רק אם שווי הנכס המעוכב עולה על גובה החוב.
* היבטים בעיכבון:
  + **היבט פרוצדוראלי**: אמצעי לחץ על החייב [= רשות ציבורית].
    - במצב סולבנטי: הלחץ הוא על החייב לשלם ולהחזיר לרשותו את העיכבון.
    - בחדלות פירעון: הלחץ הוא על המפרק או הנאמן. למחזיק עיכבון ישנה עדיפות על נושים רגילים - הוא לא רשאי למכור את הנכס אבל הוא יכול לא לשחרר אותו עד שישלמו לו.
  + **היבט קנייני**: נותן עדיפות במצב של חדלות פירעון [= קבלן].
* נציין כי עיכבון חל על **נכסים מוחשיים**, כלומר: מקרקעין ומיטלטלין ולא על זכויות.
* עיכבון הוא מכוח הדין אך ניתן להרחיבו או לצמצמו באמצעות הסכם/חוזה.
* **פס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס**:
  + משכון: נקבע שעיכבון עשוי לגבור על משכון קודם, גם אם המשכון רשום. הרציונל: לעודד עבודות שירות. דמיון לשסל"ן.
  + נוטים להחיל הלכה זו רק על **עיכבון של קבלן**. הסיבה לכך לפי **פס"ד המשביר** היא מכיוון שקבלן משביח את הנכס בכך שהוא מבצע בו עבודות. **כעיקרון, עיכבון שאינו אצל קבלן לא יגבר על משכון קודם.**
    - * דוגמאות לעיכבון לא קבלני – שליח, רשות ציבורית, ספק וכו'.
  + חדלות פירעון: בנוסף, נקבע כי עיכבון המוטל כאמצעי לחץ בלבד אינו מקנה בטוחה במצב של חדלות פירעון, אלא מועיל רק כאשר החייב סולבנטי (יכול לפרוע את חובותיו). לפיכך, עיכבון שמטילה **רשות ציבורית** אינו מקנה לה בטוחה במצב של חדלות פירעון. לעומת זאת, עיכבון מכוחס' 5 לחוק חוזה קבלנות עמיד בפני חדלות פירעון.
* אם רשות עובדת כעסק פרטי ויש לה זכות עיכבון מכוח זה שהיא קבלן, אז זכות העיכבון תהיה תקפה גם בחדלות פירעון.
* בהקשר לפס"ד הנ"ל – **אם המשכון הראשון בזמן לא היה משתכלל זה היה קייס של עסקאות נוגדות.** אם היה משתכלל היה צריך לכאורה לבדוק תנאים של תקנת שוק, אך כאמור נקבע חריג לכאן [ = עיכבון גובר על משכון ללא כל התנאים של תקנת שוק].
* **פס"ד משביר:** כאשר המדובר במשלוח אינטנסיבי ניתן לראות את כל העסקאות כעסקה אחת, וזכות העיכבון תחול על כל המשלוחים.

ההבדלים בין משכון לעיכבון:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משכון** | **עיכבון** |
| **מימוש** | ניתן לממש את הנכס הממושכן | לא ניתן לממש את הנכס המעוכב  אלא רק להחזיק בו עד לקבלת התשלום |
| **יצירה** | לא ניתן ליצור באופן חד צדדי  אלא רק בהסכם בין הצדדים | ניתן ליצור באופן חד-צדדי (עפ"י דין) |

* כדי לבחון האם מדובר **במשכון או בעיכבון**, יש לבחון את נסיבות כריתת החוזה:
  + אם בנסיבות החוזה ניתנה זכות מימוש [ורואים שזה משמש כבטוחה] – מדובר במשכון.
  + אם לא ניתנה זכות מימוש – מדובר בעיכבון.
* **הצעת חוק דיני ממונות** מציעה להפריד ביניהם מבחינה פרוצדוראלית: משכון יקבע על ידי הסכם ועיכבון יקבע על פי דין.
* **נק' נוספות:** עיכבון הוא סעד עצמי; הוא ככל הנראה דיספוזיטיבי וניתן להתנות עליו ולקבוע תנאים שונים עפ"י הסכם.

**נושא מס' 20- שכירות ושאילה**

**שכירות ורישיון , כתב, רישום ותקופת שכירות**

* חקיקה רלוונטית- **חוק השכירות והשאילה.** לגבי שכירות מקרקעין חלות הוראות מיוחדות **בס' 78-84 לחוק המקרקעין.** גם הוראות **ס' 6-10** חלים על שכירות מקרקעין כעסקה במקרקעין. במקרה של סתירה-הוראות ספציפיות בחוק המקרקעין גוברות.
* **ס' 78 לחוק המקרקעין-** ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין, לעומת **ס' 13** שאוסר העברת בעלות בחלק מסוים מהמקרקעין. דוגמה: השכרת חדר בתוך דירה שהיא יחידת רישום אחת.

**המושג רישיון:**

* **פ"ד אלוני-** פסק הדין עוסק במעמד זכות **הרישיון הבלתי הדיר** מול צד ג'. רישיון יהיה בלתי הדיר אם נתקבל בתמורה או כאשר נותן הרישיון ידע על השקעה שעשה בעל הרישיון בנכס והיקף ההשקעות מצריך רישיון בלתי הדיר. בנסיבות המקרה, מדובר בזכותו של מעקל מול בעל רישיון. השופט ברק: מסעיף 21 לחוק השכירות והשאילה עולה בבירור ששכירות היא זכות קניינית, אך ברק קובע שאפשר להתנות על סעיף זה ולפיכך קובע **שרישיון זוהי שכירות שאינה קניינית**. העיקול אינו גובר על מקבל הרישיון. המעקל מקבל רק את זכויות החייב, ולכן אם החייב בעצמו לא יכול לסלק את בעל הרישיון, אז בוודאי שהמעקל לא יכול לעשות זאת. השופטת דורנר: יש השתק קנייני למעקל (לכאורה כמו **תו"ל**) והוא לא יכול לסלק את ב' שהשקיע בנכס במשך תקופה ממושכת.
* ברק מבקש לגנוז את המושג 'רישיון' כי הוא לא קיים בחוק המקרקעין/שכירות. בעבר היו משתמשים במושג כדי להימנע מהוראות מחמירות בהקשר לשכירות – אם דייר מוגן היה עושה שכירות משנה היתה עילה לסילוקו, וכדי להימנע מכך שופטים קבעו שעשה רישיון. דוג' נוספת: לפני חוק המקרקעין לא היה תוקף חוזי לעסקה לא רשומה, ושופטים היו אומרים שהיה קיים רישיון ולכן יש עילה חוזית. **לסיכום:** רישיון הוא שכירות לא קניינית. ניתן לקבוע ששכירות היא לא קניינית בחוזה אך זה כמעט לא קורה בפרקטיקה.
* אם מדובר ברישיון ללא תמורה מעמדו חלש, אך אם בעל הרישיון השקיע בדירה והוציא הוצאות ניכרות- מעמדו מתחזק.

**שכירות קצרה/ארוכה**

* **ס' 79א לחוק**- למרות דרישות הכתב **שבס' 7 ו-8**, שכירות קצרה שאינה עולה על 5 שנים לא טעונה רישום בטאבו או דרישת הסכם בכתב. את הסעיף שינה בחלקו **ס' 152 לחוק הגנת הדייר** שאומר ששכירות עד 10 שנים לא טעונה רישום. מאיחוד הסעיפים עולה- **שכירות מעל 5 שנים טעונה הסכם בכתב, ומעל 10 שנים- טעונה רישום בטאבו. שכירות קצרה היא מתחת ל-10 שנים.** הקושי- צדדים שלישיים לא ידעו על השכירות הקצרה, הטאבו לא מדויק. פתרון- המתעניין תמיד יוכל לבדוק בפועל אם יושבים בדירה. והסברה היא שהנזק לא גבוה במקרה זה.
* **במבחן: חשוב לשים לב לתאריכים כדי להבחין בין שכירות קצרה לארוכה.**
* **ס' 79ג לחוק-** רישום שכירות קצרה: אין חובה לרשום שכירות קצרה, אבל זו אפשרות אם הצדדים רוצים בכך והרשם צריך לאפשר.
* **ס' 79ב-** אופציית הארכה: מתייחס למקרה שבחוזה השכירות ניתנת אופציית הארכה. **אם משך הארכה+ משך החוזי הרגיל = עולה על 10 שנים - יהיה חייב ברישום, גם אם לא תמומש האופציה.** הסעיף מתייחס לאופציה באופן כללי אך מה אם החוזה נכרת מראש ל12 שנים וכל 3 שנים יש נקודות יציאה מהחוזה?
* **פ"ד אללי:** **אם השכירות ארוכה מ10 שנים אבל יש נקודות יציאה בדרך, אז לא יראו בתקופה הכוללת כשכירות הטעונה רישום.** אם מימוש האופציה תלויה גם במשכיר - תחנות יציאה למשל, לא מחשיבים את האופציה והיא לא טעונה רישום. כלומר במקרה שיש אופציה למשכיר להימנע מהארכה – לא מונים את השנתיים הנוספות – זה יהיה רק ל-9 שנים. אם תלוי בשוכר - כמו באופציית הארכה, נחשיב את זמן האופציה ויהיה טעון רישום.
* דוג' נוספת לשכירות ארוכה: גם אם חוזה השכירות מדבר על 9 שנים ומתחיל בפועל רק עוד שנתיים, זה נחשב 11 שנים וטעון רישום.
* **גם שכירות קצרה היא זכות קניינית על אף שלא נרשמה** (כמו זכויות קנייניות נוספות – לדוגמא: זיקת הנאה מכוח שנים ויורש).
* **השלב הקנייני של שכירות ארוכה:** עם הרישום בטאבו; **השלב הקנייני של שכירות קצרה**: אפשר לומר בגדול שס'33 לחוק המכר שנותן חופש החוזים – זה יהיה **מועד המסירה והחזקה**, אם הצדדים לא סיכמו אחרת.
* **ס' עסקאות נוגדות של שכירות קצרה: ס' 80-** זכותו של השוכר הראשון שלא נרשמה ולא טעונה רישום עדיפה, אלא אם השוכר הקצר השני שילם תמורה וקיבל את המקרקעין בתום לב ואז זכותו תהיה עדיפה. מדובר כמובן בשלב ההתחייבות להשכיר כי אנחנו בעסקאות נוגדות. השלב הקנייני יחול עם **קבלת המושכר** (אין דרישת רישום להשלמת הקניין) אלא אם הצדדים קבעו אחרת. למה צריך ס' מיוחד לעסקאות שכירות קצרה נוגדת? יש היבטים קניינים לס' 9, השלמת רישום, ולכן צריך ס' ללא גורם הרישום.
* **ס' 31 בחוק השכירות והשאילה:** מדבר על הקניית **זכות שימוש לאחר ללא החזקה**, שתהיה כפופה להוראות חוק המקרקעין בשינויים המחייבים. זכות השימוש ללא החזקה היא זכות קניינית למרות שלא מעוגנת ברשימת הזכויות הסגורה. הזכות דומה לזיקת הנאה **שבס' 5 לחוק המקרקעין**. ההבדל: **שימוש בלי החזקה הוא אינטנסיבי יותר מזיקת ההנאה.**
* **אין תקנת שוק בשכירות קצרה:** גם מי שעונה על תנאי תקנת השוק **שבס' 10,** ורוצה לסלק מהדירה את השוכר בשכירות קצרה- לא יוכל לעשות זאת כי לא התמלא תנאי הסתמכות על הרישום - שוכר קצר לא נדרש ברישום. **אין תקנת שוק שתסייע מול שכירות קצרה.**

האם ניתן להחיל את הלכת בריטיש- חוסר תו"ל של חוסר רישום של שכירות קצרה כדי למנוע תאונה משפטית? בצ"ע.

**העברת המושכר**

* **ס' 21 לחוק השכירות והשאילה [חל על מקרקעין ומיטלטלין]:** **משכיר יכול להעביר בעלות בנכס המושכר לאחר בעסקת מכר רגילה וזה לא יפגע בזכות השוכר.** זו עוד דוגמה לכך שלפעמים זכות קניינית כוללת בחובה גם חיובי עשה - על הבעלים החדש מוטלות כל החובות שהוטלו על הבעלים הישן לספק לשוכר שבדירה (לדוגמה- שירותי שמירה, ניקיון וכו'. אבל לא משהו חריג ולא טבעי לפי לרנר). הבעלים החדש צריך להכיר את תנאי החוזה בין הבעלים הקודם לשוכר כי הם מחייבים כעת אותו.
* **21 סיפא**: אם לא עדכנו את השוכר על חילוף הבעלים הוא יהיה פטור בתשלום לו על הזמן שלא ידע ושילם לבעלים הישן במקום. סעיף זה ניתן להתניה אך נדיר בפרקטיקה.
* **מה היחס של ס' 21 לעסקאות נוגדות**? לא יחולו עסקאות נוגדות למרות שיש כאן מכר מול שכירות, כי עסקת השכירות הראשונה בזמן היא כבר בשלבה הקנייני ולא החיובי ולכן אנחנו לא בתחום העסקאות הנוגדות. **רק אם מדובר בשכירות שהיא בשלב החוזי** 🡨 רק אז יחולו דיני עסקאות נוגדות. **אם בשלב הקנייני 🡨** סעיף 21 לחוק השכירות. אין תקנת שוק כי הרישום מדויק - א' הוא הבעלים.
* **ס' 21 הוא חריג לדיני המחאת חיובים, כי כאן אפשר להעביר חבות ללא הסכמת הנושה**.
* **יחסי הקונה והשוכר (מאמר דויטש עמ' 347-359)**- לפי **ס' 21** חבויות המשכיר כלפי השוכר בגין פעולות שנעשו בעבר אינן מומחות לחליף. למרות זאת, יש לשמור על טענות של השוכר שמשפיעות על תוקף התחייבויותיו כלפי הבעלים החליף עפ"י דיני המחאת חיובים. לדוג'- המשכיר המקורי הפר התחייבויותיו כלפי השוכר לפני המכירה לחליף. השוכר מבטל כדין את החוזה ובכך נפגעות ציפיות החליף לקבל דמי שכירות. השוכר ייחשב כמי שפרע חובו בדמי ההשכרה כשורה כאשר הוא לא יודע שהזכויות הועברו, ופרע למשכיר המקורי בתו"ל (**21 סיפא).**

**העברת השכירות ושכירות משנה**

* **ס' 22 לחוק שכירות ושאילה:** מדבר על שתי אפשרויות של העברה שיכול לבצע השוכר:

1. **העברת שכירות [מכר]:** השוכר הנוכחי מעביר לאחר את זכות השכירות שלו בנכס. העסקה הזו נקראת מכר כי השוכר הנוכחי (ב') מוכר לאחר (ג') את הזכות שיש לו ביד. **ב' יוצא מהתמונה וג' נכנס בנעליו מול א' הבעלים**. דוגמה נפוצה: מי שחוכר דירה של מנהל מקרקעי ישראל ומעביר זכותו לאחר ויוצא מהתמונה.
2. **שכירות משנה [שכירות]:** ב' משכיר לג' את הנכס לתקופה שנותרה בחוזה שלו מול א'. בעסקה יש 2 חוזי שכירות- בין א' לב' ובין ב' לג', **וב' נשאר בתמונה. בין א' לג' אין שום קשר משפטי.**

* ההבחנה בין העברת שכירות לשכירות משנה היא בשאלה האם ב' **'מתרוקן' -** מעביר את כל מה שיש לו לג' (העברת שכירות) או שהוא משאיר זכויות מסוימות לעצמו (שכירות משנה).
* למשל: אם ב' העביר את כל הדירה או למשך כל הזמן שנותר לו בנכס- זו העברת שכירות. אם זה באופן חלקי- זו שכירות משנה.
* **השוכר נזקק להסכמת המשכיר** לשינוי השכירות ע"י אחת מ2 האופציות האלו. **הסייג:** **אם הבעלים סירב לשינוי השכירות או התנה את הסכמתו בשל תנאים בלתי סבירים, השוכר רשאי לבצע את העסקה ללא אישורו.**
* הבדלים בין שינוי שכירות במיטלטלין ובמקרקעין:

1. כשחוזה השכירות לא מתייחס להעברה או לאיסור ההעברה: אם להערכת ב' ההתנגדות היא מטעמים בלתי סבירים- **במיטלטלין**- הוא יכול לפנות לבית משפט ולבקש אישור להעברה. **במקרקעין**- הוא רשאי לעשות את הצעד הזה בעצמו, אך חושף עצמו למצב בו יתכן שבעתיד ביהמ"ש יקבע שהטעמים היו סבירים.

2. כשחוזה השכירות כן מתייחס, ואוסר על השוכר לעשות עסקאות: **במיטלטלין**- זה סופי, הולכים לפי החוזה ולבית המשפט אין סמכות להתערב, **ובמקרקעין**- יש סמכות התערבות לבית המשפט.

\* הרבה חוזים קובעים שחוק השכירות והשאילה לא יחולו על ההסכם, וזה אפשרי מלבד החלת **ס' 22** שהוא קוגנטי ואי אפשר להתנות עליו.

\* הסיבה להבדל- **עידוד אלמנט העבירות.** מקרקעין הם נכסים מוגבלים בכמותם ולכן זה לא יעיל להשאיר מקרקעין ללא שימוש ולא לתת לשוכר לשנות את השכירות.

* **פ"ד קרן קיימת נ' תבל טוביה-** עסק **בדמי הסכמה** (מנהל מקרקעי ישראל מאפשר שינוי שכירות בתנאי שמקבל דמי הסכמה בשווי מוערך של שליש מעליית ערך הקרקע). העליון קבע שדרישת דמי ההסכמה היא סבירה, ושליש מהסכום משקף את עליית ערך הקרקע. תשלום דמי ההסכמה נבחן בפסק הדין בהסתכלות של **ס' 22** אם ההתנגדות היא סבירה, והוחלט שהיא כן.
* **סבירות ההתנגדות של המשכיר:** התנגדות סבירה **קשורה לאופן השימוש/יכולת כספית של ג' המוצע במקרקעין**. התנגדות לא סבירה- **נובעת משיקולים אידיאולוגים/דתיים/גזעיים.**

בשכירות ראשונה ורגילה- אין הגבלת שיקולים, חופש הקניין של הבעלים מאפשר לו לקבוע למי להשכיר. הקושי: מבחני הסבירות זהים גם בהעברת שכירות וגם בשכירות משנה. לכן נשאלת השאלה אם התנגדות בשל יכולת כלכלית של ג' בהעברת המושכר תהיה סבירה? הרי הקשר הוא ישיר בין א' לג' ולכן זה יכול להיות שיקול ענייני בקבלת כספו. שאלה פתוחה.

* **מד"י נ' וייס**- **ס' 22 לחוק השכירות ושאילה** **חל גם על העברת זכות חכירה**. על החוכר מוטל הנטל להראות כי סירוב המחכיר אינו סביר. במקרה זה המחכיר הוא המנהל, וחלות עליו גם נורמות מהמשפט הציבורי. המנהל הגביל את העברת הקרקע למי שהקרקע נועדה לשיכונו - מורים בבי"ס חקלאי, נקבע כי זה סביר.
* המחאת חיובים- בעיה: בדיני חיובים אם ממחים חיוב זה צריך להיות בהסכמת הנושה (המחאת זכות לא מצריכה אישור - מה אכפת לחייב למי הוא משלם), לפי ס' 22- אפשר להמחות חוב (חיובי החוזה) ללא הסכמת הבעלים. המחאת חוב בחיובים מצריכה אישור כי הנושה סמך על היכולת הכלכלית של הנושה הספציפי. בד"כ בהמחאות חיובים ממחים רק את החלק שלא מצריך את הסכמת הצד השני - רק את הזכות ולא את החובה. פרופ' דויטש- ס' 22 צריך להיות מצומצם יותר- לא לאפשר לשוכר להעביר את חובתו, אלא רק העברת הזכות אך לא העברת החובה.
* 81. שעבוד שכירות במשכנתא  (א)  שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתא בלי הסכמת המשכיר והוראות סימן ב' יחולו, בשינויים המחוייבים.
* במה שונה המדיניות של ס' 81(א) מהמדיניות של ס' 22 והאם יש לכך הצדקה? המדובר בעסקה אחרת, הואיל והשוכר משעבד את זכותו (=השוכר לא יכול לשעבד יותר ממה שיש לו). **שני ההבדלים בין ס' 81(א) לבין ס' 22:** ❶ בניגוד לס' 22, אם הסכם השכירות אוסר על השוכר למשכן את זכותו אז זה יהא סופי. ביהמ"ש לא יהא רשאי לאפשר את השעבוד של השכירות כנגד חוזה השכירות. ❷ בניגוד לס' 22, אם חוזה השכירות שותק, אז החוק מתיר לשוכר מראש שלא לקבל את הסכמת המשכיר לשעבוד הזכות.

**שאילה**

* זכות קניינית חלשה המוענקת ללא תמורה ושלא נידונה הרבה בפסיקה.
* **ס' 30 לחוק השכירות והשאילה-** השואל אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל או להשאילו בהשאלת משנה, אלא בהסכמת המשאיל. אין טעמים בלתי סבירים להתנגדות להעברת המושאל, המשאיל רשאי לסרב לפי רצונו.
* **ס' 29 (א) לחוק** - המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש.
* **ס' 27 לחוק -** כמו **ס' 21** -גם זכותו של שואל עמידה נגד החלפת הבעלים במקרקעין.
* **ס' 83 לחוק המקרקעין**- הוראות יחולו על הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות, שהוקנתה שלא בתמורה.

**נושא מס' 21- זיקת הנאה**

* מוגדרת **בס' 5 לחוק המקרקעין,** ומפורטת **בס' 92-98 לחוק**. הגדרה- שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם.
* זיקת הנאה שנוצרת במקרה הרגיל בהסכם אז **יחולו עליה כל ההוראות שחלות על עסקה במקרקעין**, ס' 6-10 לחוק המקרקעין:
* יחול ס' 7(ב) בנוגע **לעסקה שלא נגמרה ברישום**, אז גם זיקת הנאה שלא נגמרה ברישום דינה זהה;
* ס' 8 בנוגע **להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין**, וזה מתייחס גם להתחייבות להקנות זיקת הנאה;
* הסכם להקנות זיקת הנאה **טעון כתב** כי ההגדרה של עסקה במקרקעין בס' 6 כוללת גם הסכם להענקת זיקת הנאה;
* ס' 9 יחול גם כן, כך שאם א' הוא בעלים רשום שמתחייב להעביר בעלות ל- ב' ול- ג' הוא מתחייב לתת עסקת הנאה אז מדובר **בעסקאות נוגדות** במובנו של ס' 9. אם א' התחייב להעביר ל- ב' את הבעלות הרשומה ולאחר מכן א' התחייב ל- ג' להקנות לו זיקת הנאה אז זיקת ההנאה סותר במקצת את העברת הבעלות, כי העברת בעלות ללא זיקת הנאה יהא ערכה רב יותר מבעלות שכפופה לזיקת הנאה.
* **ס' 31 בחוק השכירות והשאילה:** מדבר על הקניית **זכות שימוש לאחר ללא החזקה**, שתהיה כפופה להוראות חוק המקרקעין בשינויים המחייבים. זכות השימוש ללא החזקה היא זכות קניינית למרות שלא מעוגנת ברשימת הזכויות הסגורה. הזכות דומה לזיקת הנאה **שבס' 5 לחוק המקרקעין**. ההבדל- **שימוש בלי החזקה הוא אינטנסיבי יותר מזיקת ההנאה.**

**זכאים לזיקת הנאה:**

* סעיף 92 לחוק המקרקעין: אדם, סוג בני אדם, תאגיד ומקרקעין עצמם. סעיף 92 בעצם מבחין בין שני סוגי זיקות הנאה:

1. זיקת הנאה לטובת מקרקעין – "מקום שהזיקה משמשת באופן בלתי נפרד מהזכויות בקרקע, הנטייה לראות בכך זיקת הנאה לטובת מקרקעין". לדוגמא: שביל מעבר לבית – אם כדי להגיע לביתי, אני צריך לעבור בחלקת אדמה של חלקה ב', הנטייה לראות בכך זיקת הנאה שלי להשתמש במקרקעין האלו וגם אם אני מוכר את הבעלות לאדם אחר, גם לזכותו תיזקף זיקת ההנאה. זוהי זיקת הנאה ביחס למקרקעין כאשר אין משמעות לזהות המשתמש. [לדעת לרנר בד"כ זו הסיטואציה ואם יטענו אחרת יש להוכיח זאת].
2. זיקת הנאה לטובת אדם או סוג של בני אדם – הזיקה היא אישית ומקורה בזהות המשתמש. כאן רלוונטי סעיף 95 לחוק המקרקעין הקובע כי אם מדובר בזיקת הנאה לטובת אדם, **בעל הזיקה לא יכול להעביר את הזכות**, אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים. בעצם, פעם ראשונה מדובר בזכות קניינית שהמחוקק מטיל מגבלה על יכולת העבירות שלה וזאת בשונה מהמצב הרגיל על פיו לזכות קניינית יש יכולת עבירות בלתי מוגבלת.

* מצד שני אם הבעלים הכפופים מתחלף אז המרצה טוען הזכות של אותו אדם תישמר, לכן ניתן להגיד שהיא קניינית.

**המאפיינים המיוחדים של זיקת הנאה:**

1. זיקת הנאה היא הזכות הקניינית היחידה שבית המשפט יכול לצמצם ולבטל אותה.
2. אם מדובר על זיקת הנאה לטובת סוג בני אדם, חובה לקבל אישור מבעל המקרקעין הכפופים, לשם העברתה (פגיעה ביכולת העבירות).
3. יש התיישנות מהותית ולא ראייתית – אם אדם משתמש בקרקע 30 שנה, הוא יכול להקנות לעצמו זכות קניינית.
4. מדובר על זכות מצומצמת ומסוימת – זכות להשתמש ללא החזקה.
5. סעיף 13 לחוק המקרקעין אוסר לעשות עסקה במקרקעין בחלק מסוים מהמקרקעין, מלבד במקרה של שכירות. כעת אנו רואים כי גם זיקת הנאה ניתן לקבל בחלק מסוים במקרקעין.

**ס' 93 קובע סוגי זיקת הנאה:**

* **ס' 93(א)(1)** בעל מקרקעין זכאים עושה שימוש מסוים במקרקעין הכפופים (היחסים המשפטיים בין אנשים ולא נכסים!). מצב שבו ניתן להשתמש במקרקעין מבלי להחזיק בהם. ההנאה במקרקעין היא מעצם השימוש בהם. דוג': חנייה, זכות מעבר.
* **ס' 93 א(2)** **חיובי לא תעשה-** יש על בעל מקרקעין כפופים איסור מביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הכפופים- לדוגמא: לקבוע עם איקס שאסור לחפור בורות עמוקים, אסור לנטוע עצים, לעשות רעש קיצוני וכו'. זוהי מעין זיקת אי-הנאה.
* **ס' 93א(ב)** **חיובי עשה-** בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת או נדרש שלא למנוע פעולה במקרקעין הזכאים – לדוג': לפתוח שער, לא לחסום שביל, לא להסיר קיר תומך שעשויים לגרום לכך שהמקרקעין של האחר יינזקו, תחזוקת זכות מעבר.
* **ס' 93א (ג)** יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין- הכוונה שהזיקה תהיה ברורה ותחומה. הפסיקה לא מתייחסת לזיקה באהדה ולכן דורשים שתהיה ברורה ותיכנס לאחת מהאפשרויות.
* **איך נוצרת זיקת הנאה?**

1. **מכוח הסכם:** הדרך הראשית ליצירת זיקת הנאה, **לפי ס' 8**- **דרישת כתב**, ועם **רישום העסקה** יהיה תוקף קנייני. לעניין הרישום, זיקת הנאה היא זכות קניינית ולכן חל עליה סעיף 7(ב) לחוק הקניין. מדובר בעסקה הטעונה רישום.
2. **מכוח הדין:** מכוח צוואה, פסק דין, החלטה מנהלית. למשל **חוק תכנון ובנייה-** בנו בית פנימי וחיצוני ומכוח חוק נוצרת לדיירים הפנימיים זכות מעבר.
3. **בעל שתי החלקות:** **ס' 98א:** משעבד אחת לטובת השנייה גם ללא הסכם (למשל קבלן שרוצה לתת זכות מעבר מראש ולמנוע חיכוכים).
4. **זיקת הנאה מכוח כורח:** המשפט המקובל הכיר בזיקת הנאה שנוצרת **מכוח כורח הנסיבות.** זיקת הנאה זו נוצרת כיוון והסיטואציה מכריחה את בעל זיקת ההנאה להשתמש במקרקעין הכפופים. כדי ליצור זיקת הנאה מסוג זה הכורח חייב להיות מוחלט ושלא תהיה ברירה אחרת (לדוגמא: אם אי-הנאה מהקרקע רק תעכב אדם אחר, זה לא כורח מוחלט).
5. **מכוח שנים:** **ס' 94 א-** אדם שהשתמש בזכות **שראויה** להוות זיקת הנאה **במשך 30 שנה רצופות**, רכש את הזכות והוא רשאי לדרוש את רישומה בטאבו (לדוגמה: אדם חנה במגרש חניה 30 שנה והבעלים ידע/לא היה ער לכך). הזכות תקפה גם בלי רישום (דומה לירושה, שכירות קצרה - שהם חריגים של זכות קניינית גם ללא רישום).
   * **פ"ד בן חורין**: עוסק ב**ס' 94-** זיקה מכוח שנים- שלא משאיר שק"ד לביהמ"ש - אם התמלאו התנאים יש זיקה. ביהמ"ש השאיר בצ"ע - אולי **יש לו שק"ד לא להעניק למרות התמלאות התנאים ובהתאם לנסיבות שמצדיקות את זה**. הסיבה- חוסר אהדה לזיקה.

**תקנת שוק בזיקת הנאה מכוח שנים:** א' עשה זיקת הנאה מכוח שנים עם ב', ואחרי זה עסקת מכר עם ג'. במקרה של חנייה במשך 30 שנה ללא התנגדות, **נוצרת זכות קניינית ללא חובת רישום [לכן לא מדובר בעסקאות נוגדות!].** א' מכר לג' בעלות וחלה תקנת השוק כי זה זכויות קנייניות של ב' מול ג'. אם ג' ממלא את כל התנאים [תו"ל- אי ידיעה על זיקת הנאה, תמורה ורישום] של תקנת שוק אז הוא גובר. אבל מצד שני **אין פה רישום מצד ב'**, אז זה בעייתי. ס'10 מסייע למי שקונה בהתאם לתנאי תקנת השוק **להתגבר על רישומים לא מדויקים**. היות וזיקת הנאה לא טעונה רישום אלא ניתנת לרישום, ס'10 לא יעזור להתגבר. אבל יכול ביהמ"ש לבוא ולהפעיל את עיקרון תו"ל- ס'94 מאפשר זכות קניינית ללא רישום אבל מכוח עיקרון תו"ל שחל על דיני המקרקעין [הלכת בריטיש שהיתה בהקשר לעסקאות נוגדות וכאן בתקנת שוק], כדי למנוע תאונה משפטית, יכול להיות שיחיל אותו רעיון של עסקת בריטיש. **הדיון הזה נשאר פתוח.**

**זה חל גם בשכירות קצרה** אבל בזיקת הנאה מכורח שנים זה יותר קריטי כי היא לצמיתות. ביקורת- לא כמו שכירות קצרה שפוקעת, זיקת הנאה מכוח שנים לצמיתות, קשה לגלותה בביקור לצורך הקנייה וזה פוגע בקונה (למרות שהשימוש לא אינטנסיבי).

* למה פולש שגר בדירה 40 שנה ללא רשות לא יזכה בזיקת הנאה? לפי ס'94 – מי שהשתמש **בזכות הראויה להיות זיקת הנאה**. **זיקת הנאה היא שימוש מאוד מצומצם ולא החזקה מלאה.**
* **ביקורת על זיקת הנאה-** היא עשוי למנוע פיתוח ושינוי תכניות בנייה כי יש לאדם זכות קניינית והוא יכול להתעקש עליה וכך לא יפתחו את הבניה באיזור.
* **לטובת מי זיקת ההנאה?**
* **סעיף 97-** חולקו המקרקעין הזכאים או הכפופים תוצמד זיקת ההנאה לחלקה שהזיקה היתה לזכותה או לחובתה.
* **ס' 95-** **בעל זיקת ההנאה לא רשאי להעביר אותה לאחר אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים** [זיקה לבני אדם].
* **ס' 96-** זיקת ההנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת אלא אם נקבעה לה תקופה מוגבלת בחוזה. **ביהמ"ש רשאי להתערב - לשנות או לבטל את הזיקה- בשלוש נסיבות**:

1. אי שימוש- אי הפעלת הזיקה,
2. שינוי שחל בנסיבות השימוש בה,
3. שינוי שחל במצב המקרקעין הזכאים או במצב המקרקעין הכפופים. הסעיף נועד לענות על צורכי תכנון ובנייה (לדוגמה: שטח חקלאי הופך למגורים- מבטלים זכות מרעה). בנוסף ביהמ"ש רשאי **לפסוק פיצויים** למי שנגרם לו נזק בעקבות השינוי.

* **פ"ד אורן נ' כהן** – אדם עבר דרך מקרקעין של אחר ללול התרנגולות שלו. השטח הוסב לבנייה, ביהמ"ש ביטל את הזיקה כי זה מעכב התפתחות.
* **ס' 94** גם דומה להתיישנות - בד"כ התיישנות היא פרוצדורלית (לפי חוק ההתיישנות תביעה מתיישנת אחרי 7 שנים) ולא **מהותית רוכשת** כמו **בס' 94,** שאחרי 30 שנה הזכות נרכשה. הדעה המקובלת בספרות- זיקת הנאה מכוח שנים רק על מקרקעין מוסדרים (מניחים שהרישום מדויק). **ס' 159 ב** לחוק- התיישנות לא חלה במקרקעין מוסדרים. אם יקבלו שס' 94 יחול במקרקעין מוסדרים- זה יהווה חריג לדיני ההתיישנות. (עדיין לא נדון בפסיקה).
* **פ"ד רייס נ' קופף –** המשיבים פנו לבית משפט השלום בתביעה שעילתה מטרד ליחיד. השופט הלך לבקר בנכס וקבע שאכן מדובר בהפרעה מאוד רצינית והוציא צו מניעה. המערערת הגישה ערעור לבית המשפט העליון וביקשה להשתמש **בסעיף 46 בפקודת הנזיקין** (הסכמה מכללא). בית המשפט דחה את הערעור, קבע שתנאי להפעלת ההגנה שבסעיף 46 היא שניתנה הסכמה מפורשת. במקרה זה, לא הייתה הסכמה מפורשת של המתלוננים ויתרה מכך הם התלוננו לעירייה עוד בטרם החמיר המטרד. הדבר מעיד כי הם אף פעם לא השלימו עם המטרד. לפיכך, לא תחול ההגנה של סעיף 46.
* **סעיף 48 לפקודת הנזיקין-** מניעה או חסימה של תמיכה במקרקעין שתלויים במקרקעין אחר- זו עוולה נזיקית. [עמ'167]

**נושא מס' 22- נאמנות**

* הגדרה: ס'1 לחוק הנאמנות - נאמנות היא **זיקה לנכס** שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת. נאמנות חלה על כל סוגי הנכסים.
* בפס"ד אמסטר הש' הנדל - ישנן שתי דעות האם הבעלות בנאמנות צריכה קניין:

[1] נאמנות **אינה קניינית,** כי הניסוח של חוק הנאמנות מעורפל בנושא זה: ישנו שימוש במילה "זיקה". זו הגישה בפסיקה.

[2] זכות קניינית לפי הדין האנגלי וחוק דיני ממונות - הבעלות מתחלקת בין הנאמן לנהנה – **לנאמן בעלות שבדין ולנהנה יש בעלות שביושר.** אם מדובר על מקרקעין - אז ההבדל בין בעלות שבדין (מי שהמקרקעין רשומים על שמו) לבעלות שביושר הוא בולט. ביחסים שלא טעונים מרשם זה פחות בולט.

* יצירת נאמנות - ס' 2 לחוק הנאמנות: נאמנות נוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או על פי כתב הקדש.

שלושה דרכים ליצירת נאמנות: [1] חוק [2] חוזה עם נאמן [3] כתב הקדש: הקדשת נכסים למטרה מסוימת.

* בפסיקה ניתנו עוד שני דרכים ליצירת נאמנות: נאמנות משתמעת, נאמנות קונסטרוקטיבית 🡨
* **נאמנות משתמעת:** נאמנות מכללא. כמו שכל חוזה יכול להיות חוזה מכללא על ידי התנהגות – כך גם נאמנות. יש **יחסים שהם דומים לנאמנות ולא קובעים במפורש את מושג הנאמנות** ולכן הפסיקה מאפשרת גם הכרה בנאמנות מכללא.

דוגמה: אדם א' רכש דירה ורשם על שמו את הנכס, אך הוא קיבל את הכסף כולו מאדם ב'. ניתן לראות העברה כספית זו כמתנה, אך מתוך התבוננות על מערכת היחסים ביניהם יתכן **והעסקה תיחשב כנאמנות**.

דוגמה ב': נאמנות מכללא תחול גם כאשר אדם ב' נתן לאדם א' כספים למטרה ספציפית ולא לכל שימוש. בכספים אלה אדם א' יהיה נאמן כלפי אדם ב', הנהנה.

* + **פ"ד פלוני** -איך מחליטים אם זה נאמנות או מתנה? ניטה לחשוב שמדובר בנאמנות אם:

1. נותן הכסף צריך להוכיח שהוא מימן את הנכס, הקנייה היא מכספו.
2. להוכיח שאין יחסי קרבה (הורים ילדים, לא בני דודים ואחרים) שנוטים למתנה.
3. אם נותן הכסף נתן אותו למטרה מוגדרת ומסוימת- למשל הקמת קרן מלגות.

\* אם הוכחו התנאים- אז הנאמן מנהל את כספו של הנהנה, ויש עליו חובות ניהול מסוימות- לנהל ללא טובות הנאה **(ס' 1-16),** חובה לשמור על נכסי הנאמנות, להשיג את מטרות הבעלים, וחובת דיווח תקופתית שהנאמן נותן לנהנה (**ס' 7).**

* **נאמנות קונסטרוקטיבית** דומה יותר לנאמנות מכוח החוק. במקרים מסוימים נוצרת נאמנות בין הצדדים, כמו למשל יחסי מוכר וקונה (כמו שנטען בפס"ד אהרונוב). למרות שהצדדים לא הזכירו או דיברו על יחסי נאמנות, הנאמנות נוצרת בעקבות **חוזה המכר** שביניהם.
* **חובות נאמן: [1]** איסור טובת הנאה [2] חובת שמירה על נכסי הנאמנות [3] חובה לפעול לטובת מטרות הנאמנות [4] חובת דיווח לנהנה-ס'7.

**'עסקאות נוגדות' בנאמנות:**

* נהנה מול מעקל 🡨 אדם א': נאמן / אדם ב': נהנה / אדם ג': נושה של א'.
* כאמור לעיל, נכס שאדם מחזיק בו כנאמן, **נבדל מנכסיו האחרים.** יש לכך השלכה כאשר צד ג' נכנס לסיפור, כמו נושה של הנאמן. נושה לא יכול לגבות מנכסים המוחזקים בנאמנות, גם אם הוא רשום על שמו של הנאמן. בטענה דומה השתמשו בפס"ד אהרונוב כדי שלא להתיר לנושה לגבות מנכס עליו לא נרשמה אפילו הערת אזהרה.
* ס' 4: ניתן להוסיף הערה על נאמנות בטאבו, המודיעה שנכס מסוים מוחזק בנאמנות אצל אדם מסוים. **זו לא חובה – 'רשאי'.**
* לפי ס' 3[ב]: אם צד ג' רוצה לעקל את הנכס הוא יכול רק אם החוב צמח במסגרת פעולות הנאמנות. ניתן לגבות מנכס בנאמנות רק בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות.
* ס' 5: כוח הנאמנות יפה כלפי **מי שידע** או **היה עליו לדעת**, **ומשנרשמה בטאבו- כלפי כל העולם**. כאשר לא רשומה הערת נאמנות או שמדובר בנכס שלא ניתן לרשום עליו נאמנות – הנושה-המעקל יוכל לגבור על הנאמנות ולהתייחס אליו כנכס בבעלות אדם א'.
* לפני פס"ד אמסטר: בית המשפט היה הולך לפי ס' 5 ואם לא היה רישום ולא היה על הנושה לדעת על הנאמנות, **הנושה היה גובר גם תמורת חוב אישי של אדם א'.**
* פס"ד אמסטר: בית המשפט **שינה את ההלכה** לגבי נאמנות והלך בעקבות הלכת אהרונוב, **וצד ג' לא יכול לגבור על נאמן**, גם אם לא רשומה הערת נאמנות בטאבו. כתוצאה מכך ס' 5 התרוקן מתוכן. **רק אם החובות לא קשורים בנאמנות ומדובר בנאמנות אמיתית ולא 'נאמנות מסתור' – הסתרת נכס מנושים.** **ההלכה היא שס' 5 לא קיים ואין פומביות.**
* לכאורה יש מקום להיכנס לדיני העסקאות הנוגדות ולהפעיל את הלכת בריטיש: לראות את אי-הרישום כהפרת חובת תום הלב של הנאמן. אלא שבית המשפט כאן מחיל את הלכת גדי ואומר שאין חובת תום לב ברישום מול מעקל. **הלכת אמסטר: אין לנאמן חובת תום לב כלפי מעקל כאשר הוא לא רשם את הנאמנות בטאבו.**
* **כיצד נדע מתי הנאמנות היא למראית עין או שמדובר בנאמנות אמיתית ואז הנהנה יתגבר על הנושה של הנאמן?**
* **מקור המימון לרכישת הנכס**: אם ב' יוכיח שכאשר א' רכש את המקרקעין ורשם את המקרקעין על שמו אבל כל המימון היה של ב' (פס"ד פלוני), ואם כל המימון של ב' אז לפי הפסיקה ישנה חזקת נאמנות לטובת ב' ולכן זו נאמנות אמיתית (בפס"ד פלוני היו רק הנאמן והנהנה ללא הנושה). הפסיקה קובעת שחזקת נאמנות נוצרת כאשר ב' שילם את המחיר של המקרקעין. אם אין נסיבות של מתנה ו- ב' שילם את מחיר המקרקעין (נסיבות של מתנה יש רק ביחסים קונקרטיים בתוך המשפחה ואפילו בין אחים לא מאמינים שישנה מתנה כנקודת מוצא) אז יש חזקת נאמנות לטובת ב', חזקה הניתנת לסתירה אך נטל הראיה הוא על הצד השני לסתור את החזקה.
* **חיובים המוטלים על הנאמן**: צריך לראות האם הנאמן עשה את המוטל עליו – חובות פיקוח וחובת דיווח וכו' – ואם כן, זו אינדיקציה לנאמנות אמיתית. אם הנאמן לא קיים את חובותיו אז זו אינדיקציה לכך שהנאמנות הומצאה לצורך הגנה מפני נושים.
* **מועד יצירת הנאמנות –** ככל שהנאמנות נוצרה קרוב יותר למועד של חדל"פ אז זו אינדיקציה לכך שמדובר בנאמנות למראית עין.
* נאמן מול נהנה **🡨** מצבים בהם העימות הוא על עצם הנאמנות: **האם יש בכלל נאמנות או לא?** האם הקרקע היא של הבעלים הרשום או כפי שב' טוען שהוא מימן ושא' הוא רק נאמן בנכס ולא בעלים [פס"ד פלוני].
* פס"ד הופמן: הנסיבות העובדתיות הוכיחו שהבעלים הרשום מחזיק **כשליש מהנכס,** והיתר הוא בבעלות של המורישים בדורות האחרים ולצורך הנוחות רשמו על שם אחד.
* נהנה מול רוכש **🡨**אדם א': נאמן / אדם ב': נהנה / אדם ג': רוכש. **אדם ג' קונה את הנכס מהנאמן – ויש עימות בין הקונה לבין הנהנה.** העימות נוצר רק כאשר העסקה בין אדם א' לאדם ג' **חורגת מתנאי הנאמנות.**
* פס"ד וולס: ניתן לפני הלכת בריטיש. בית המשפט קבע שהיחסים הם נאמנות [לא היתה כאן נאמנות מפורשת, אבל אדם ב' אסר על אדם א' למכור, גם אם לא דיברו על שפת נאמנות אלא איסור מכירה]והעסקה בין אדם א' לאדם ג' **חרגה מתנאי הנאמנות.**
* במקרים של חריגה של הנאמן חל ס' 14:פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, **רשאי בית המשפט לבטלה ועל** **הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן**; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות. כלומר אם צד ג' לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה מנאמנות – הוא יגבר.
* הבדלים עם עסקאות נוגדות:

חל **תום לב אובייקטיבי** ("היה עליו לדעת"). יש כאן הוראה מיוחדת שהיא לא החלה מדויקת של דיני העסקאות הנוגדות: אם הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת אז רשאי בית המשפט לבטלה, ואם לא היה עליו לדעת- אז בית המשפט לא יבטל.

חשוב לשים לב שההלכה כאן שונה ממה שלמדנו בעסקאות נוגדות ותקנות השוק. שמגר אומר שלפי ס' 14ג **הקונה גובר על ב' הנהנה גם אם הוא עדיין מצוי בשלב החוזי ולא הקנייני.** אין את דרישת השלמת הקניין שאנחנו מכירים ממקומות אחרים.

* בעובדות פס"ד וואלס אדם ג' ידע שאדם א' הוא נאמן אבל הוא לא ידע שהפעולה חורגת ממסגרת הנאמנות. **כאשר אדם ג' יודע על הנאמנות אך לא יודע שמכירת הנכס מנוגדת לתנאי הנאמנות** – הוא לא נחשב כ"ידע או היה עליו לדעת" וס'14 חל לטובתו.

**האבחנה בין נאמנות לשליחות**

* טענת הנהנה בפס"ד וואלס: נטען ששליחות בטלה במותו של השלוח ולא רואים את הבת כ'שליחת משנה' במקום האב המנוח. אם השליחות בטלה – הרי שגם העסקה בטלה. בית המשפט קובע שכל מערכת היחסים מצביעה על נאמנות ולא על שליחות. בית המשפט מכיר בצורך לקבוע קריטריון לאבחנה בין שליחות לנאמנות הקרובים במידת-מה, הרי שניהם יוצרים הפרדה בין בעלות לבין ניהול.
* שליחות הפרדה ברורה בין בעלות לניהול- השליח רק עושה פעולות משפטיות מסוימות לשולח (**ס' 2 לחוק השליחות**). **בנאמנות הנאמן מנהל והנהנה בעלים**, אך זה מטושטש (במיוחד בדין האנגלי כשהנהנה בעלים שביושר והנאמן בעלים שבדין).
* הסיווג בין שליחות לנאמנות היה חשוב בפס"ד בגלל עיקרון חריגה מהרשאה: **בשליחות ס' 6-** חריגה לא מחייבת את השולח, **בנאמנות ס' 14-** חריגה כן מחייבת את הנהנה אם **צד ג' לא ידע ולא היה אמור לדעת על החריגה**. הידיעה של צד ג' על עצם הנאמנות לא אומרת שידע על החריגה.
* **אז איך מבחינים בין שליחות לנאמנות?** בית המשפט קובע קריטריון:
  + אם ההוראות שנתנו לאדם הם מוגבלות ותחומות עם שיקול דעת מצומצם- **זו תהיה שליחות**,
  + אם נותנים לאדם זכות לפעול בנכס בלי התערבות ונותנים לו שיקול דעת [בתוך מטרת הנאמנות]- **זה נאמנות**.
  + **בנאמנות-** ג' יכול לחשוב שאין פה חריגה מההרשאה כי תמיד נותנים לנאמן סמכויות רחבות, לכן רק אם ג' לא היה צריך לדעת הוא יקבל העדפה. **בשליחות**- חריגה מהרשאה לא תחייב את השולח.
* **אינדיקציה נוספת**- הנכס היה רשום על הנאמן בפס"ד וזו אינדיקציה לכך שמדובר בנאמנות. אם זה שלוח נדיר שרושמים עליו את הנכס בטאבו.
* **רציונל להעדפת צד ג' על הנהנה, אפילו שיש לו רק זכות חוזית, בניגוד לתקנת שוק: [**שמגר] שהנאמן והנהנה יפתרו ביניהם את הבעיות וחריגה אמורה להשפיע כמה שפחות על צד ג' שלא ידע; בנוסף, הנהנה בחר בנאמן באופן רצוני ולכן ראוי שהוא יישא בתוצאה של החריגה; כו"כ, לנהנה יש זכות עקיבה על התמורה בעד הדירה שנמכרה במסגרת החריגה**.**
* **הודגש גם חידוש בפס"ד לפיו למישהו בעל זכות חוזית יש עקיבה בנסיבות מסוימות**.