

## הערת אזהרה

- 1) מבחינת ס' 126 לחוק המקרקעין רישום הערת אזהרה היא זכות שעומדת לבעל הזכות האישית וכעיקרון לא מותנית בהסכמה של הצד השני, ויכולה להיעשות באופן חד צדדי ע"י בעל הזכות האישית.
  - 2) הערת אזהרה, גם אם נרשמה בטאבו לא מקנה זכות קניינית אלא רק זכות אישית, כלומר מהווה רק רישום אזהרתי.
  - 3) עפ"י **פס"ד גנז**: לפי ס' 126 לחוק המקרקעין, מתי יכול בעל זכות אישית לרשום הערת אזהרה? רק כאשר מי שהתחייב כלפיו הוא הבעלים או בעל זכות קניינית. בפס"ד גנז מי שהתחייב כלפיו הייתה "נוטריון" והייתה לה רק זכות אישית, אבל חברת בריטיש נתנה באופן מיוחד את הסכמה לרישום הערות אזהרה לכל מי ש"נוטריון" תמכור לו את הקרקע – וברגע שבעל הנכס מסכים לרישום הערות אזהרה לטובת צדדים שלישיים אזי אותם צדדים רשאים אכן לרשום הערות אזהרה.
  - 4) לפי ס' 127(א) לחוק המקרקעין הערת אזהרה נותנת הגנה חזקה מאוד: (א) מפני שרישום הערת האזהרה גורם לכך שברגע שאדם נוסף ירצה לרשום זכות נוגדת – דהיינו להשלים את העסקה ולהפוך את זכותו לקניינית אזי הרשם יהיה חייב לסרב כי כבר יש הערת אזהרה ולכן צריך את הסכמתו של זה שרשם את הערת האזהרה. (ב) ברגע שרשומה הערת אזהרה זה שולל את תום הלב של המתחרה המאוחר בזמן עוד דוגמא להגנה של הערת האזהרה.
- אבל לס' 127(א) יש 2 בעיות: (א) ישנן זכויות שיכולות להפוך לקנייניות ללא רישום בטאבו כמו שכירות קצרה ואז עצם רישום הערת האזהרה לא מגן במקרה כזה. (ב) זה שהרשם מונע רישום העסקה השנייה בזמן כקניינית, לא אומר שהוא לא מאשר רישום הערת אזהרה נוספת (נוגדת), כי לפי ס' 126 כי מי שיש לו זכות אישית רשאי לרשום הערת אזהרה! (אם כי בסופו של דבר ביהמ"ש יכריע שרושם הערת האזהרה הנוגדת המאוחר בזמן ייחשב כחסר תו"ל כי כבר הייתה הערת אזהרה).

## עסקאות נוגדות

### זכות אובליגטורית נ' זכות אובליגטורית:

#### במקרקעין:

ס' 9 לחוק המקרקעין: הראשון בזמן גובר, אלא אם השני עומד ב3 תנאים מצטברים:

**(1) תום לב** - בעבר הגישה הייתה שצריך תו"ל סובייקטיבי- מה האדם ידע או מה חשב. אך בשנים האחרונות השתנתה המגמה וכיום בודקים תום לב אובייקטיבי- איך האדם היה צריך לנהוג (**פס"ד גנז+ ג'ריס+ קנייני**). בנוסף:

\* לבצע בדיקה בטאבו- מי שלא עושה בדיקה בטאבו נחשב חסר תום לב מבחינה אובייקטיבית (**פס"ד זריק נ' ג'ריס**).

\* ביקור בנכס- במקרים מסוימים בנוסף לתום לב יש צורך לבדוק את הנכס פיזית (**פס"ד עזבון המנוח אפיף**)

\* תום לב לאורך כל העסקה- תום הלב דרוש לאורך כל שלבי העסקה, ועד לרישום בטאבו, ולא רגע לפני

(פס"ד סונדרס).

**(2) תמורה** - התמורה צריכה להיות ריאלית בפרופורציה לשווי הנכס אבל הכול תלוי בנסיבות (פס"ד חוות מקורה).

- פחות מ-50% זה לא תמורה ממשית.

- מעל 50% זה נתון לוויכוח.

- 80% ומעלה זו תמורה ממשית.

**(3) רישום בטאבו** - חייב להיות רישום בטאבו שיהפוך את הזכות לקניינית. מדובר על רישום של הזכות ולא על הערת אזהרה!

### הלכת גנז:

(1) האם קיימת מניעה לרישום הערת האזהרה?

אם כן, אזי אי-רישום ההערה לא מהווה חוסר תו"ל (והראשון בזמן לא מפסיד). בפס"ד היועמ"ש נ' גד נקבע כי המוכר/הקבלן יכול לאסור על הצד השני לרשום הערות אזהרה ולתת בטוחה אחרת, ואז זו בעצם תהווה מניעה לרישום הערת האזהרה.

(2) האם עבר הזמן הסביר לרישום הערת האזהרה?

אם לא חלף הזמן הסביר, אזי אי-רישום ההערה לא יהווה חוסר תו"ל והראשון בזמן לא מפסיד. כמה זה זמן סביר? לא ניתן לקבוע מסמרות בדבר וכל מקרה ייבחן לגופו. בפס"ד עזובן חמוד נ' חרב חלפו 3 שנים ונקבע שלא חלף הזמן הסביר (בדר"כ 3 שנים זה בהחלט מעבר לזמן הסביר).

במקרה של 22 ימים לדוג' זה גבולי וניתן להחליט לכאן או לכאן, במקרה של חודש כנראה שחלף הזמן לפי המלומדים.

(3) במידה ובכל זאת היה רישום, האם הוא היה מונע את התאונה המשפטית?

אם התשובה היא לא, אזי הראשון בזמן לא ייחשב חסר תו"ל ולא יפסיד בתחרות. (פס"ד ג'ריס נ' זריק) - אם לדוג' המתחרה המאוחר בזמן ידע על העסקה הראשונה, או שכלל לא טרח ללכת לטאבו ולבדוק את המרשם אזי מדובר בחוסר תו"ל חמור של המתחרה המאוחר ולכן ממילא הוא יפסיד בתחרות. במצב כזה המחל של אי-רישום הערת האזהרה לא הוא שגרם לתאונה המשפטית, ולכן המתחרה הראשון בזמן לא ייחשב חסר תו"ל ולא יפסיד בתחרות.

(4) לא לשכוח שיקולי צדק - האם ביהמ"ש יכול להתחשב בשיקולי צדק? הפסיקה קבעה (פס"ד ורטהיימר, פס"ד פומרנץ) קבעו כי ס' 3(4) לחוק התרופות לא חל על מצב של מתחרים בעסקאות נוגדות, ולכן אין להתחשב בשיקולי צדק.

כלומר - אם השני עומד בתנאים הוא ניצח.

אם השני לא עומד בשלושת התנאים, יש לבדוק האם הראשון רשם הערת אזהרה- אם הראשון רשם הוא ניצח.

ואם הוא לא רשם הערת אזהרה, נבדוק ע"פ גנץ את הנסיבות לעיל.

### **במטלטלין:**

ס' 12 לחוק המטלטלין: הראשון בזמן גובר, אלא אם השני עומד ב3 תנאים מצטברים:

(א) **תום לב**- אובייקטיבי(איך האדם היה צריך לנהוג) + סובייקטיבי (מה האדם ידע או מה חשב). בעבר הגישה הייתה שצריך תום לב סובייקטיבי, אך בשנים האחרונות השתנתה המגמה וכיום בודקים גם תום לב אובייקטיבי.

### **תמורה**

(ג)**זכות קניינית**- במטלטלין הזכות הקניינית היא קבלת החזקה בנכס (לא כמו בס' 9 למקרקעין, פה מספיקה החזקה).

### **שכירות קצרה נ' שכירות קצרה: (שכירות קצרה = עד וכולל 10 שנים).**

\* בשכירות קצרה אפשר לעשות חוזה בעל פה לפי ס' 79(א) לחוק המקרקעין.

\* כשמדובר בחוזה שכירות עם אופציה להארכת השכירות, בודקים את התקופה הכוללת של השכירות כולל כל שנות האופציה- ס' 79(א) לחוק המקרקעין+ ס' 152 לחוק הגנת הדייר.

ס' 80 לחוק המקרקעין (בדיוק כמו ס' 9 121): הראשון בזמן גובר, אלא אם השני עומד ב3 תנאים מצטברים:

(א) **תום לב**- תום הלב הנדרש הוא אובייקטיבי ברמה גבוהה, ולכן צריך לבקר בנכס (פס"ד ז'ריק, פס"ד בנק המזרחי), אך יחד עם זאת אצל שוכרים קצרים לא נדרוש לבדוק בטאבו.

(ב) **תמורה**- אם היו תשלומים עתידיים של שלושה חודשים ומעלה אפשר להגיד שהייתה תמורה.

(ג) **חזקה**- בשכירות קצרה מספיקה קבלת החזקה בנכס עצמו על מנת שהזכות תהפוך לקניינית, (אין צורך ברישום).

\* הלכת גנז: אי-רישום הערת אזהרה לא יגרום לצד הראשון בזמן להפסיד במקרה של שכירות קצרה, מפני שרוצים להקל על שוכרים קצרים משיקולי מדיניות משפטית, (אבל בכל זאת צריך לציין את זה בשכירות קצרה).

## זכות אובליגטורית כלשהי נ' שכירות קצרה שניה בזמן (אותו דבר גם הפוך):

נבדוק מהי הזכות השנייה ובכך נדע באיזה ס' להשתמש:

אם השנייה היא מקרקעין - ס' 9. אם השנייה היא שכירות קצרה - ס' 80.

שילוב של ס' 9 + 80 לחוק המקרקעין: הראשון בזמן גובר, אלא אם השני עומד ב3 תנאים מצטברים:

(א) תום לב - תום הלב הנדרש הוא אובייקטיבי ברמה גבוהה, ולכן צריך לבקר בנכס (פס"ד ז'ריק, פס"ד

בנק המזרחי), אך יחד עם זאת אצל שוכרים קצרים לא נדרוש לבדוק בטאבו.

(ב) תמורה - אם היו תשלומים עתידיים של שלושה חודשים ומעלה אפשר להגיד שהייתה תמורה.

(ג) שכירות קצרה: החזקה - בשכירות קצרה מספיקה קבלת החזקה בנכס (אין צורך ברישום).

זכות אובליגטורית: רישום - רישום בטאבו.

## התחייבות לעסקה (במקרקעין ובמטלטלין) נ' עיקול:

### **עוברים על כל הסעיפים הרלוונטיים-**

(1) במקרקעין - ההתחייבות החוזית האישית גוברת על העיקול (פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב). לפי פס"ד

אם נעשה היקש מס' 9 לחוק המקרקעין אזי העיקול לא יעמוד בתנאי הזכות הקניינית כי עיקול לעולם לא נחשב כקנייני, ולכן לא יתקיימו 3 התנאים המצטברים של ס' 9 לחוק המקרקעין, כלומר הראשון בזמן גובר על העיקול (לציין מי הראשון בזמן).

פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב בעצם מאמץ את גישת דיני היושר האנגליים במודל של "זכויות מהיושר תוצרת הארץ", שלפיהם הזכות האישית גוברת על העיקול ויש לה מעמד חזק ומהותי, לכן הראשון בזמן גובר על העיקול.

בפס"ד בנק המזרחי נ' גדי - נקבע כי הלכת גנז (רישום הערת אזהרה) לא חלה כלפי מעקל, דהיינו אין שום חשיבות לכך שלא נרשמה הערת אזהרה ע"י הראשון בזמן. לכן, הראשון בזמן שהוא בעל הזכות האישית גובר גם אם לא רשם הערת אזהרה. (אותה תוצאה כמו פס"ד אהרונוב). הקונה הראשון לא מפר באי

רישום הערת אזהרה את חובת תום הלב כלפי המעקל השני, כאן לא מדובר בתאונה משפטית כמו בגנז. אנחנו נכתוב: כאשר הראשון בלי הערת אזהרה והשני עיקול, נזכיר את שני פסקי הדין: לאור אהרונוב

הראשון גובר ולאור גדי זה שהוא לא רשם הערת אזהרה הראשון לא יפעל לרעתו.

במידה וכן הייתה הערת אזהרה אז זאת תוספת לכוח של הזכות האישית, כי לפי ס' 127(ב) לחוק המקרקעין זכות אישית שמוגנת ע"י הערת אזהרה גוברת על העיקול (כנ"ל אותה תוצאה כמו פס"ד אהרונוב שאומרת שאפילו בלי הערת אזהרה הזכות האישית גוברת על העיקול).

(2) במטלטלין - ההתחייבות החוזית האישית גוברת על העיקול. לפי ס' 12 לחוק המטלטלין זכות אישית

קודמת בזמן גוברת על כל מתחרה אחר למעט מי שמקיים 3 תנאים מצטברים (תו"ל, תמורה, זכות קניינית). היינו, הרעיון של "זכויות מהיושר תוצרת הארץ" קיים גם במטלטלין, לכן הראשון בזמן גובר על העיקול.

**חשוב:**

ראשון עם הערת אזהרה כשהשני עיקול - ינצח ע"פ ס' 127(ב).  
 ראשון בלי הערת אזהרה שהשני הוא עיקול - ינצח ע"פ הלכת אהרונוב.  
 הלכת אהרונוב היא הלכה כללית המתייחסת לכל סיטואציה שבה יש התחייבות למכר או זכות אחרת ואחר כך עיקול.

**שיקולים למתי הזכות הראשונה החלשה תנצח זכות חזקה מאוחרת: (זכות חלשה =**

**מתנה/שאיילה).**

*פס"ד לניאדו* - בית המשפט אומר כאשר יש תחרות כזו יש להפעיל את ס' 9 כי מדובר במקרקעין אבל יש

לעשות איזון ולבדוק שיקולים שיכולים לגרום את הניצחון לראשון:

1. האם ההתחייבות למתנה היא אמיתית ונעשתה בתום לב ולא במטרה להבריח נכסים.

2. האם היא נעשתה בתום לב:

(א) מידת היכולת של הנותן התחייבות למתנה לחזור בו מימנה

(ב) מהי מידת ההסתמכות של מקבל ההתחייבות

**מתנה/שאיילה (זכות חלשה) נ' עיקול מאוחר בזמן:**

\* ראשית לבדוק האם מדובר בחוזה פיקטיבי - יש לבדוק האם העסקה הראשונה נועדה להברחת נכסים

/לעסקה פיקטיבית /לעסקה למראית עין, במידה והיא אכן כזו- היא לא קיימת ואין תחרות.

**העיקול תמיד מנצח** (*פס"ד לניאדו נ' הולנד*)- ביהמ"ש פסק כי בחוזה רגיל המתחייב לא יכול לחזור

באופן חד צדדי, אבל בחוזה מתנה כן אפשרי לחזור כך באופן חד צדדי בהתאם לס' 5 לחוק המתנה, ולכן

זכות שנולדת מכוח חוזה מתנה היא זכות חלשה ("מעין קניינית"). כלומר, בתחרות של זכות אישית מכוח

חוזה מתנה לבין עיקול מאוחר יותר, **התוצאה היא שהזכות האישית מכוח חוזה המתנה מפסידה.**

\* חריגים בהם העיקול יפסיד:

יחד עם זאת, נפסק כי בנסיבות מיוחדות העיקול יפסיד בתחרות:

1. מתנה:

(א) אם המעקל פעל בחוסר תום לב וידע על המתנה.

(ב) במצבים בהם נותן המתנה לא יכול להתחרט, תגדל הנטייה להעדיף את מקבל מתנה.

הנסיבות בהן מותר לנותן המתנה להתחרט מניויות בסעיף 5 לחוק המתנה- כך למשל מותר לנותן להתחרט

אם חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי.

(ג) מהי מידת ההסתמכות של מקבל המתנה והאם הוא שינה את מצבו לרעה.

(ד) ס' 127 מגן על מי שרושם הערת אזהרה מפני עיקול ולא משנה אם הזכות חזקה או חלשה. *בפס"ד*

*בנק איגוד נ' צרפתי* קבע ביהמ"ש משנרשמה הערת אזהרה לטובת מקבל ההתחייבות למתנה, אז הלכת

לניאדו לא תחול.

כלומר כאשר מקבל המתנה רשם הערת אזהרה על שמו- העיקול לא יגבר!

2. שאלה:

- (א) במצבים בהם המשאיל לא יכול להתחרט, תגדל הנטייה להעדיף את השואל. הנסיבות בהן מותר למשאיל להתחרט מנויות בסעיף 29 לחוק השכירות והשאלה- כך למשל מותר למשאיל להתחרט כל עוד לא מסר את המושאל לשואל.
- (ב) אם המעקל ידע על השאלה ופעל בחוסר תום לב.

### עיקול נ' התחייבות לעסקה במקרקעין שניה בזמן:

א. עיקול שלא נרשם:

מדובר בעיקול שלא נרשם במרשם (פס"ד ברוקס נ' דרורות). ביהמש אומר שיש לפתור זאת על פי דעותיהם של המלומדים:

\* גישתו של פרופ' מיגל דויטש- עושים היקש מס' 9, ולכן העיקול הראשון בזמן ינצח אלא אם המתחרה השני בזמן עומד בשלושת התנאים- תום לב, תמורה, רישום.

\* גישתו של פרופ' ויסמן- מציע שלא צריך לבדוק את התנאים, אלא מספיק שיתקיים רק תום הלב בשביל שהשני ינצח. כלומר כאשר השני הוא תם לב הוא ינצח.

ב. עיקול שנרשם:

עיקול שנרשם בטאבו תמיד מנצח (פס"ד דרורות).

(1) עיקול זהו סעד דיוני בלבד, ולא זכות קניינית (אפילו אם נרשם בטאבו!!). כמו כן עיקול שנרשם תמיד ינצח מתחרה מאוחר יותר כי הוא שולל את תום הלב של המאוחר בזמן- כי היה צריך לבדוק בטאבו ולראות את העיקול.

(2) ברגע שהזכות הראשונה נרשמה (עיקול שנרשם) לא ניתן לעשות היקש מס' 9 כי הסעיף מדבר על מצב שהזכות הראשונה עדיין לא נרשמה ולא קניינית ולכן נעשה היקש מס' 10 לחוק המקרקעין (תקנת השוק במקרקעין).

### עיקול נ' התחייבות לעסקה במטלטלין שניה בזמן:

התוצאה היא זהה, והפעם הס' חוק המפורש הוא ס' 30 לחוק ההוצל"פ. הוא קובע שעסקאות שלא לפי חוק זה שנעשתה במטלטלין שעוקלו בטלה כלפי מנהל לשכת ההוצאה לפועל וכלפי הנאמן אך אין בהוראה זו כדי לפגוע בהגנה הניתנת על פי כול דין לרוכש מטלטלין בתום לב- אם הרוכש עומד בשלושת התנאים של ס' 12: תו"ל, תמורה, חזקה.

## עסקאות נוגדות בזכויות - המחאה נוגדת של זכויות ע"י בעל זכות אישית בלבד:

בפרשת גנז בית המשפט קבע שנקבע אם זה חוזי או קנייני לפי מה שמתחייבות למכור לא על פי מה שיש ביד. במידה והתחייבה למכור את הזכות הקניינית גם אם אין לה אותה כרגע מבחינתנו זו התחייבות לעסקת מקרקעין.

כלומר הסבירו שם שיש לבדוק בזהירות את נוסח ההתחייבות לקונים השונים. אם המתחייב התחייב להעביר לקונים את זכותו האובליגטורית, מדובר בהמחאה נוגדת של זכויות ואז חלים דיני המחאה זכויות (שבהם אגב, אין דרישת כתב). לעומת זאת אם התחייב להעביר לקונים בעלות בנכס, אלו עסקאות נוגדות במקרקעין, ואז חל ס' 9 לחוק המקרקעין.

הס' הרלוונטי כאשר מדובר בהתחייבות לזכות חוזית בלי קשר מה הזכות השנייה ס' 12 לחוק המטלטלין או ס' 9 לחוק המקרקעין: הראשון בזמן גובר אלא אם השני: תום לב, תמורה וקניין (האם הקניין עבר, במקרקעין ברישום ובמטלטלין בחזקה)

העברת הזכות מאחד לאחר נקראת המחאת זכות ושמדובר בקניין היא המחאת זכות מוגמרת. כאשר ישנה המחאת זכות מוגמרת אין עסקאות נוגדות כי הראשונה לא קניינית ואז נכריע בתחרות על פי ס' 4 לחוק המחאת חיובים. פס"ד ריינס - הראשון בזמן גובר אלא אם כן השני עומד בתנאים המצטברים:  
1. הודעה לחייב. 2. תום לב. 3. תמורה. 4. האם הזכות הייתה מוגמרת.

## תקנת השוק במטלטלין:

\* באופן כללי משתמשים בה כאשר רוצים להתגבר על זכות קניינית קודמת בזמן (גם של הבעלים).  
\* בודקים את הקונה ולא את הנוכל.

ע"מ שתופקע הבעלות מהבעלים המקורי, ותועבר לקונה, יש צורך שיתקיימו 7 תנאים מצטברים של תקנת השוק במטלטלין הקבועים בס' 34 לחוק המכר:

- 1) נכס נד- צריך להיות מדובר בנכס מוחשי שאינו מקרקעין- כולל ניירות ערך \ צ'קים \ שטרות.
- 2) עסקת מכר- שיהיה מדובר בעסקת מכר, דהיינו לא מתנה, כי במתנה לא תחול תקנת השוק.
- 3) תמורה- זהו תנאי שלא רשום במפורש. אנו למדים אותו מהתנאי השני (עסקת מכר), ס' 1 לחוק המכר בעצם אומר שנדרשת תמורה. הפסיקה קבעה שהתמורה הנדרשת היא ממשית ולא די בתמורה סמלית (פס"ד הידקו תעשיות).

שם נמכר מנוף חדש בשווי של פחות 30% משווי השוק ונקבע שלא התקיימה דרישת התמורה.  
- האם דרושה תמורה ממשית ביחס לשווי האובייקטיבי או הסובייקטיבי של הנכס? עפ"י פס"ד כנען נדרשת תמורה ממשית ביחס לשווי האובייקטיבי.

- 4) המכור הוא מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של ממכר- יש להתייחס ל-2 דברים:  
(א) מוכר- העיסוק לא חייב להיות עיסוקו העיקרי\ ייחודי של המוכר (בפס"ד גליל ים). שם המוכר עבד כדורך + מוכר מכוניות משומשות וזה ענה על ההגדרה של מוכר.  
(ב) סוגו של ממכר- המוכר צריך לעסוק במכירת נכסים מסוגו של ממכר (ערעור פס"ד כנען). לדוגמה:

אם אדם קונה די.וי.די בחנות ירקות אזי לא מתקיים התנאי.  
 בית המשפט אומר כאשר ישנו מתווך לא מתייחסים אליו (פס"ד הידקו תעשיות).  
 (5) המכירה והקניה צריכים להיות במהלך העסקים הרגיל- (פס"ד לאה אברהמי+ פס"ד הידקו תעשיות).  
 לדוגמה פגישה עם אדם באמצע הלילה לא תיחשב למהלך עסקים רגיל.

**\*\*\* כשאדם פרטי מוכר רכב**- לא יכולה לחול תקנת השוק כי התנאים **4-5 לא מתקיימים- לא ניתן לקבוע**

**כי זה מהלך העסקים הרגיל שלו** (פס"ד לאה אברהמי)- בנוסף נקבע כי כשמדובר על סוחר מכוניות כן תחול תקנת השוק,

יש להבחין בין סוחר מכוניות שהוא רק מתווך לבין סוחר מכוניות אמתי, כי אם הוא רק מתווך אזי לא תחול תקנת השוק.

כיום יש שיטה חדשה של העברת בעלות לסוחר מבלי שנרשמת עוד יד, לכן סוחר מכוניות היום כן ייחשב למוכר וכן יכולה לחול תקנת השוק אצל סוחר מכוניות (פס"ד בנק ערבי-ישראלי).

(6) קבלת ההחזקה ע"י הקונה- דרוש שהקונה יקבל החזקה על המיטלטלין הקשור בעסקה.

(7) תו"ל- (לשים לב במיוחד במקרה של מכונית). דרישה לתו"ל סובייקטיבי (פס"ד רוזנטריין) לכל

אורך העסקה (פס"ד גליל ים). אסורה עצימת עיניים מול ידיעה בפועל, ואין צורך לחקור כל עוד לא עולה חשד.

- נשאלת השאלה האם יש צורך ללכת ולבדוק לפני הרכישה במרשמים השונים?

\* לגבי רשם החברות והמשכנות נקבע שאין חובה כזאת, כמובן כל עוד אין חשד.

\* **לגבי בדיקה במשרד הרישוי**- הרישום במשרד הרישוי הוא דקלרטיבי בלבד ולא משנה זכויות

(פס"ד סהר חברה לביטוח). בעבר התשובה הייתה שלא צריך לבדוק במשרד הרישוי, אך כיום יש כל

מיני קולות של המלומדים ויסמן לפיהם אי-בדיקה במשרד הרישוי עלולה לשלול את תו"ל של הקונה

כי הבדיקה הינה פשוטה. **לסיכום:** תם לב, גם אם לא בדק ברשם המשכנות + במשרד הרישוי, אבל

יש להתחשב בקולות הדורשים הטלת חבות אובייקטיבית.

\* אם היה משכון לפני כן, אזי במידה ו-X עומד בתנאי תקנת השוק אזי הוא מקבל את

המטלטלין/מקרקעין נקי ממשכון, לעומת זאת אם הבעלים המקורי מנצח, אזי הבעלות נשארת כפופה

למשכון.

### תקנת השוק במקרקעין:

\* באופן כללי משתמשים בה כאשר רוצים להתגבר על זכות קניינית קודמת בזמן (גם של הבעלים) \

מרמה.

\* בודקים את מי שטוען על החלת תקנת השוק, כלומר מי שטוען לתקנת השוק יצטרך להוכיח את

התנאים שלה.

ס' 10 לחוק המקרקעין קובע שאם ג' (הקונה ולא הבעלים) עומד ב-5 תנאים מצטברים, אזי תתקיים תקנת

השוק והוא ינצח בתחרות מול הבעלים המקורי:



- 1) רכישת זכות במקרקעין - הכוונה האם השלים את זכותו לקניינית. תקנת השוק במקרקעין חלה על כל מי שרוכש זכות במקרקעין (בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וכו'). רק רישום מלא של הזכות הופך אותה לקניינית.
- 2) מקרקעין מוסדרים - במקרה שלא צוין אם הם מוסדרים או לא, יש לציין שבמידה ולא אז תקנת השוק לא תחול.
- 3) הסתמכות על רישום שגוי - האם הוא ניגש לפני העסקה ובדק בטאבו? הפסיקה מחמירה לגבי דרישת ההסתמכות:
- פס"ד ס.מ. יצירה בע"מ נ' מוזאפאר* - כאשר מדובר בייפוי כוח מזויף, התקלה נגרמה ע"י צד זר לנכס, ולכן התנאי של דרישת ההסתמכות לא מתקיים - כלומר לא נהנים מתקנת השוק.
- פס"ד להיגי נ' עזורי* - ניתן לקיים את דרישת ההסתמכות גם כאשר המוכר הוא לא הבעלים הרשום בטאבו, אך זאת בתנאי שהתנגשות הזכויות בין הרוכש לבעלים המקורי נגרמת בשל פגם במרשם- בית המשפט אמר שצריך להיות גם רישום שגוי וגם בדיקה של העסקה שבאה אחר כך שיצרה את הערת אזהרה.
- 4) תום לב - שתי גישות:
- (א) ההלכה כיום - סובייקטיבי בלבד (*פס"ד חוות מקורה, פס"ד סונדרס*) כלומר מספיק שהקונה לא ידע על שום רמאות ובעיה ומבחינתו פעל ביושר ובהגינות.
- (ב) בקרב המלומד פרופ' מיגל דויטש אנו רואים את הדרישה לתו"ל אובייקטיבי - כלומר דורשים מהקונה לבדוק בטאבו טרם העסקה + נדרש לבקר בנכס לפני חתימת החוזה. לפי דויטש תום הלב נדרש עד להשלמת הרישום.
- \*\* לגבי שוכר קצר- הרי לא מצפים ממנו לבדוק בטאבו, אך במצב כזה הוא גם לא יקיים את התנאי השלישי כי אז אין לו הסתמכות על הרישום!!**
- 5) תמורה - תמורה ממשית (*פס"ד חוות מקורה נ' חסן*). שם נקבע כי יש להסתכל על כל תקופת העסקה גם אם שולמה בתשלומים (שם זאת הייתה חכירה) כמקשה אחת. כמו כן השקעות (השבחה) בנכס יכולות להיחשב כמתן תמורה.

## עיכבון:

- \* סעד עצמי, לא דורש הגשת תביעה לבית המשפט- ניתן להפעיל פעולה עצמית של אי אחזרת הנכס (*פס"ד ליבוביץ, פס"ד אוברזון*)
- \* כדי לבדוק האם מדובר בעיכבון יש לבחון זאת:

### שלב 1: האם קמה זכות עיכבון?

- עיכבון על מקרקעין: אפשרי לפי ס' 11(ה) לחוק המטלטלין (*פס"ד סולל בונה נ' חברת גולדשטיין*).
- עיכבון על מטלטלין: אפשרי לפי ס' 11(א) לחוק המטלטלין.
- המקור לעיכבון: המקור יכול לקום בהסכם בין הצדדים, או מכוח הדין, להלן הסעיפים שמולידיים זכות

עיכבון:

- (א) ס' 5 לחוק חוזה קבלנות-מוסכניק /שיפוצניק וכו.. (ב) ס' 19 לחוק התרופות- במקרה של הפרת חוזה.  
 (ג) ס' 31 לחוק המכר- מוכר שלא קיבל את הסכומים המגיעים לו מהקונה במסגרת עסקת מכר. (ד) ס' 88 לחוק לשכת עורכי הדין- במקרה של לקוח שלא משלם לעו"ד, אז העו"ד יכול לעכב אצלו מסמכים וכספים שמסר לו הלקוח.  
 => אם אין מקור לזכות העיכבון אזי מדובר במחזיק שלא כדין וזוהי אף עוולה של עיכוב שלא כדין.

## שלב 2: האם העכבון מופעל כדין?

- (1) **החזקה פיזית**- לפי ס' 11(ד) לחוק המטלטלין במקרה **שהעיכבון הוצא מהחזקתו של הנושה שלא מרצונו** אז העיכבון בכל זאת ייחשב תקף אפילו בהעדר החזקה (פס"ד סולל בונה, פס"ד רשות שדות התעופה נ' גרוס).  
 אם הנושה הוציא מרצונו את הנכס המעוכב מידי, אז העיכבון פוקע אוטומטית. (כלומר אם מוסכניק משחרר את האוטו מרצונו זאת בעיה שלו והוא ויתר על העיכבון).  
 יש לשים לב האם מדובר בעסקה אחת או בכמה עסקאות - פס"ד לייבוביץ נ' אוברזון, פס"ד שלדות נ' שכיבר, חוזה אחד לא הופך את זה לעסקה אחת.
- (2) **המעכב אינו רשאי להשתמש או למכור את הנכס**- כשבעל הנכס נכנס לפירוק המעכב אוטומטי הופך לנושה מובטח ויגבר על נושים רגילים.
- (3) **עד מתי מותר להחזיק בנכס**- אין הגבלת זמן, אבל מכוח תו"ל ניתן להחזיק בפרק זמן סביר בנסיבות. (חריג לכך זה ס' 88 לחוק לשכת עו"ד שמחייב את עוה"ד לתבוע את הלקוח תוך 3 חודשים מיום דרישת הנכס בחזרה)
- (4) **ציון הסכום במדויק**- הנושה חייב לציין את סכום החוב בפני החייב.
- (5) במידה ויש **פערים בלתי סבירים בין סכום החוב לבין המטלטלין המעוכבים והמטלטלין** כן ניתנים להפרדה (כלומר להפריד ולשחרר חלק מהעיכבון) אז החייב זכאי לשחרור חלק מהמטלטלין ואף אולי כל העיכבון כולו יבוטל ס' 11(ב) לחוק המטלטלין ופס"ד השחף נתניה נ' סולניר). במידה והמטלטלין לא ניתנים להפרדה אזי העיכבון נשאר בתוקף למרות הפער בסכומים (גם כן ס' 11(ב) לחוק המטלטלין), אם כי בפס"ד שחיבר נקבע שאם יש חוסר פרופורציה חריף וקיצוני בין הסכומים תוך גרימת נזק לחייב מסיבות קנטרניות, אזי מתוך עקרון תו"ל העיכבון הזה עלול להפוך לעיכבון בלתי חוקי (אבל רק במקרים של חוסר תו"ל קיצוני, ובמקרה רגיל עכבון בפערים גדולים זה בסדר).
- (6) **מתן ערובה** - החייב זכאי לשחרר את המטלטלין או את הנכס מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החוב (בהסכמת הצדדים).
- (7) **העיכבון חייב להיות על אותו נכס בלבד**- ישנן שתי גישות:  
 (א) גישה האומרת כי ניתן לעכב נכס רק בגין חוב הקשור לאותו נכס ולאותה עסקה (בפס"ד רשות שדות התעופה, פס"ד שחיבר). שם נקבע כי לא ניתן להשתמש בעיכבון להבטחת חובות עבר בגין נכסים אחרים

- שלא קשורים ממש לאותה העסקה- לדוג' אם יש 2 מכוניות נפרדות במוסך ואני מסרב לשלם על אחת מהן, אזי המוסכניק לא יכול לעכב את שתי המכוניות ביחד.
- (ב) גישה האומרת כי ניתן לעכב נכס בגין חוב גבוה יותר אשר לא קשור לעסקה (פס"ד לייבוביץ'). שם נקבע שכל 3 המשלוחים הם חלק מעסקה אחת ולכן ניתן לעכב את כל ה-3. כלומר ברגע שמדובר בחוזה אחד שמהווה עסקה אחת אפשר להפעיל את העיכבון על החוב כולו.
- (8) אם לדוג' יש תיקונים במוסך + ציור פרחים על האוטו = אזי העכבון גובר כי זאת השבחה אבל רק כלפי החוב בגובה התיקונים ולא על הציור על האוטו, מפני שהציור זה לא השבחה.
- (9) **האם צריך את אישור הבעלים לעיכבון? מה קורה במצב שבו צד ב' מסר את הנכס לאדם שעכב את הנכס, ללא אישור א' (הבעלים)?** המלומדים חושבים שאם א' הבעלים הסכים לכך שב' המחזיק בנכס ימסור את הנכס לג' המעכב לצורך אותה התקשרות חוזית אזי במצב כזה המעכב ג' גובר. (דהיינו שא' הבעלים לדוג' אמר לב' שאם תהיה תקלה ברכב אזי ב' יכול לקחת את הרכב למוסך – מספיקה אפילו הסכמה מכללא).
- אבל.. אם א' הבעלים לא הסכים להתקשרות החוזית הזאת (לדוג' עם המוסך), אזי לעיכבון אין תוקף – אלא אם יעמוד בתנאים של תקנת השוק בעיכבון.
- \*\*\* חשוב לזכור שעכבון היא זכות קניינית גם ללא רישום במקרקעין.
- \*\*\* עיכבון הוא זכות שגוברת על זכויות שיווצרו אחריו אלא אם כן הם עומדים בתנאי תקנת השוק.

### שלב 3: תחרות

#### עכבון נ' זכות קניינית / אובליגטורית שנייה בזמן:

- כיוון שעכבון הוא זכות קניינית יש צורך להפעיל את תקנות השוק: תקנת השוק במקרקעין / במטלטלין. עיכבון הופך לקנייני במטלטלין עם קבלת ההחזקה, ובמקרקעין נהיית קניינית מעצמה.
- (1) תחרות בעכבון מטלטלין: לרוב לא יעמוד בתנאים. כדי שיעמוד בתנאים צריכה להיות גניבה.
- (2) תחרות בעכבון במקרקעין: אף פעם אי אפשר לנצח עכבון בתקנת השוק במקרקעין! אין הסתמכות על רישום שגוי- ועיכבון אינו דורש רישום.

#### זכות קניינית/ אובליגטורית ראשונה בזמן נ' עכבון:

משתמשים "בתקנת השוק בעיכבון":

- (1) בפס"ד רשות שדות התעופה נקבע כי העיכבון גובר מ-2 נימוקים:
- (א) צרכי השוק - הגנה על הקבלנים (כלומר לבדוק האם מדובר כאן בקבלן?)
- (ב) שיקול ההשבחה - (כלומר לבדוק אם המעכב השביח את הנכס).
- בית המשפט אמר שכאשר אין השבחה העיכבון לא יגבר ותקנת שוק העיכבון לא חלה.
- (2) בפס"ד אלוניאל נ' כונס נכסים נקבע כי מספיק שרק נימוק ההשבחה יתקיים כדי להפעיל את זכות העכבון כתקנת שוק. כלומר אם המעכב השביח את הנכס אזי די בכך כדי לנצח משכון או משכנתא

קודמים בזמן.

**השאלה המרכזית שאני חייב לבחון פה היא האם השיפוץ או התיקונים וכו' שבוצעו הם אכן השבחה!! (שינוי העיצוב בתכשיט ע"י צורך ככל הנראה לא נחשב השבחה).**

(3) פרופ דויטש סבור ששני הנימוקים הם מצטברים, ורק אם שניהם מתקיימים העכבון ינצח. בנוסף הוא סבור כי רק קבלן (ולא כל נושה) שהשבית את הנכס יכול לגרום לעיכבון לנצח.

#### **שלב 4: האם נשאר משהו לאחר העכבון?**

- אם העיכבון הוא לדוגמא על 100,000 ש"ח, והדירה מן הסתם שווה יותר, יש לחזור אחורה מהאדם הראשון להמשיך לנתח (וכל מי שינצח יהיה כפוף לעיכבון), כדי להבין מי האדם האנושי שיקבל את הדירה.

- לציין שמי שינצח יהיה כפוף לזכות העיכבון!

האם בתקנת השוק בעיכבון יש צורך בתו"ל? המעכב חייב תום לב!

#### **חוק המשכון - מכוח הסכום:**

\* **אם היה משכון לפני כן**, במידה וא- עומד בתנאי תקנת השוק אז הוא מקבל את המטלטלין מקרקעין נקי ממשכון, לעומת זאת אם הבעלים המקורי מנצח, אזי הבעלות נשארת כפופה למשכון.  
\* **דרישת כתב** - אין דרישה במשכון (חוץ ממשכנתא) - אם כי בפועל חוזי משכון נערכים בכתב כי זה הכי חכם.

חריג לכך הוא משכנתא שבה הדין ספציפי הוא חוק המקרקעין ושם יש דרישת כתב בס' 8 לחוק המקרקעין.

\* **איך הופכים משכון במטלטלין לזכות לקניינית?** ס' 4 לחוק המשכון קובע 3 דרכים לשכלול המשכון:

(1) **רישום המשכון אצל הרשם המתאים: אדם פרטי** - אצל רשם המשכנות. **חברה** - אצל רשם החברות.

**אדם פרטי שממשכון מקרקעין במשכנתא** - בטאבו. **משכנתא על מקרקעין של חברה אזי זה רישום כפול** - גם אצל רשם החברות וגם בטאבו. **לגבי מכוניות** - אצל רשם המשכנות (אם זה של חברה אז ברשם החברות), אבל מומלץ גם לרשום במשרד הרישוי כי שם כולם בודקים וכשמישהו יבדוק את זה ולא ימנע מעסקה נוגדת זה ישלול את תום הלב שלו.

(2) **הפקדה בידי הנושה** - החייב מוסר פיזית את הנכס לידי הנושה.

(3) **ידיעה** - המשכון משתכלל אוטומטית אבל רק כלפי צד ג' שידע על המשכון או היה עליו לדעת. (זה

משתכלל רק כלפיו, ולא כלפי מי שלא ידע).

## משכון מוסווה:

- עסקאות תניית שימור בעלות, מכר חוזר, עסקאות קונסיגנציה חשודות כמשכון
- (1) עסקת קונסיגנציה- אם מדובר בעסקת קונסיגנציה אמתית (כשהכוונה היא להגן על החנות שלא תתקע עם סחורה), אז לא מדובר במשכון מוסווה, זו עסקת מכר רגילה (פס"ד קולומבו וגם לפי פס"ד קידוחי הצפון).
- \* אם המצב שונה והמטרה היא להגן על הספק (ערובה לחיוב) ולא על החנות, זהו משכון מוסווה. (פס"ד קולומבו)
- \* אם יש לנו עסקה שבה באופן מכוון 2 הצדדים מסתירים את המשכון- בוודאי שיש לנו משכון מוסווה.
- (2) אם מדובר בעסקת מכר + תניית שימור בעלות- לפי פס"ד קידוחי הצפון כעיקרון יש לכבד תניית שימור בעלות ולתת לה תוקף מלא, אולם הודגש שכאשר כוונת הצדדים הייתה שהנכס ישמש במשכון (קרי להבטיח פירעון חוב), העסקה תתפרש בכל זאת כמשכון מוסווה.
- (3) עסקת מכר חוזר- בפס"ד קולומבו זה לא נדון.
- בתי המשפט המחוזיים מאמצים ברוב המקרים את הלכת קולומבו וקובעים בד"כ שזהו משכון מוסווה, ובעצם מפרשים את הלכת קידוחי הצפון בצמצום רב. עפ"י מבחן הפיקוח והשליטה הספק צריך להראות שלמרות שהוא מסר את הסחורה לחנות\לקונה אזי עדיין יש לו זיקה לסחורה והוא עדיין מתעניין בסחורה כמו בעלים רגיל (לדוג' מבקש דוחות תקופתיים על קצב מכירות של הסחורה, כמו גם קביעה שבמקרה של תקלה בסחורה הקונה חייב לדווח לספק, ועוד דוג' זה שהקונה מתחייב לא להעביר את הסחורה ללא הסכמת הספק או לשמור על הסחורה לפי תנאי הספק. במקרה ואכן יתקיים מבחן הפיקוח והזיקה אזי יכבדו את תניית שימור הבעלות ובעצם הספק יישאר הבעלים, אבל בפועל כפי שציינת למעלה קורה אחרת. האם במקרה שלנו היבואן נקט באמצעי כלשהו לפיקוח וזיקה על הנכס??? ולכן גם לפי מבחן זה כנראה שהנטייה תהיה להכיר במשכון המוסווה.

**\*\*\* הכי חשוב**- אם אכן בסוף זה משכון מוסווה, אזי למרות הכתוב בהסכם ש"הבעלות לא תעבור עד שישולם הכסף"

(אם יש הסכם כזה), **הבעלות בנכס כן עוברת מהיבואן\ספק לחנות\קונה וליבואן נותר משכון על**

**החפץ**. כעת יש לשאול- האם המשכון נרשם אצל רשם המשכונות? או שהוא אוביליגטורי בלבד?

**\*\*\*** כשיש משכון מוסווה, אז לא עושים תחרות בין הממשכון לבין בעל המשכון, אלא כל הדיון הוא בשביל להחליט מי הבעלים ומי בעל המשכון. לאחר מכן ממשיכים בתחרות בין הבעלים לבאים בתור (בעוד שהמשכון נשאר אי שם ברקע מחכה.. ולא לשכוח אותו).

**\*\*\*** חשוב לזכור! אם המשכון לא משוכלל, בתחרות עם נושים אחרים לא תהיה לו עדיפות!

## משכון (במטלטלין) נ' כל בעל זכות נוגדת שניה בזמן:

ראשית יש לבדוק אם המשכון שוכלל / לא שוכלל- ס' 4 לחוק המשכונות- \* רישום. \* הפקדה. \* ידיעה

אם המשכון שוכלל (באחת מ3 הדרכים שפירטתי) אז הוא מנצח, אם הוא לא שוכלל אז הוא מפסיד (פס"ד ספיטאני).

(1) לא שוכלל: שתי גישות:

- פרופ' נינה זלצמן: ס' 4 לחוק המשכונות הוא הספציפי ולכן השני בזמן מנצח.  
 - פרופ' מיגל דויטש: יש לנתח פעמיים- גם עפ"י ס' 4 לחוק המשכון, וגם עפ"י ס' 12 לחוק המטלטלין ( הראשון בזמן מנצח, אלא אם השני בזמו מקיים שלושה תנאים מצטברים)- התוצאות יכולות להיות שונות.

(2) שוכלל: יש לבדוק גם לפי תקנת השוק במטלטלין שבס' 34 לחוק המכר, ולציין את ס' 4 שלפיו המשכון המשוכלל מנצח תמיד אך פחות מתאים מאשר תקנת השוק ס' 34 לחוק המכר.

### עסקה כלשהי (מכר לדוגמה) נ' משכון (במטלטלין) שני בזמן:

ס' 4 לחוק המשכון +12 לחוק המטלטלין- נקבע איזה ס' מתאים יותר על פי האם זה מכר או התחייבות למכר:

במידה וזה מכר נסתכל על ס' 5 לחוק המשכון ובמידה וזה יהיה התחייבות למכר זה יהיה ס' 34 לחוק המכר.

המכר ינצח אם עומד בתנאי תקנת השוק ס' 5 לחוק המשכון - תקנת השוק במשכונות.

### תקנת השוק במשכונות (נכסי מטלטלין בלבד):

נשתמש בתקנת השוק במשכונות:

(א) רוצים להתגבר על הזכות של הבעלים המקורי- כאשר אדם העביר זכויות שאין לו ואנו בודקים את תוקף העברת הזכויות, ומי שקיבל את הזכויות לא קיבל כלום אלא אם כן הוא עומד בתנאי תקנת השוק.

(ב) עסקאות נוגדות- נשתמש בה ככלי להכרעה בתחרות כשאנו אומרים שעל זכות קניין קודמת בזמן אפשר לגבור רק באמצעות עמידה בכל תנאי השוק.

עפ"י ס' 5 לחוק המשכון יש תנאים מצטברים:

(1) נכס נד? דהיינו רק מטלטלין.

(2) הנכס מושכון כאשר היה בחזקתו של הממשכן (הרמאי)? היינו זאת הסיבה להטעיה כי חשבו שהנכס שלו.

(3) האם המשכון קנייני? דהיינו שוכלל ע"י הפקדה או רישום.

(4) האם הנכס בא לידי הממשכן על דעת הבעלים או הזכאי להחזיק?

(5) תו"ל- יש צורך בתו"ל אובייקטיבי (פס"ד רשות שדות התעופה)- דהיינו כל נושה שרוצה לקבל לטובתו משכון חייב לנקוט באמצעים סבירים כדי לאסוף מידע העומד לרשות הציבור בנוגע לנכס הנדון- כלומר בדיקה במרשמים הרלוונטיים כדי לבדוק שלא היה משכון קודם והתחייבות קודמת.

**משכון לא משוכלל נ' משכון לא משוכלל** - על פי פס"ד שטוקמן יש להחיל את ס' 4 ואז לאף אחד מהם אין עדיפות כי משכון לא משוכלל אין לו שום כוח כלפי צד שלישי ללא קשר למי היה הראשון בתחרות. על פי פרופ' מיגל דויטש יש להחיל את ס' 12 ומי שינצח זה הראשון בזמן- **כלומר הראשון בזמן מנצח**.

**משכון לא משוכלל נ' משכון משוכלל** - נפעל על פי ס' 4 השני ינצח- המשכון המשוכלל מנצח.

**משכון משוכלל נ' משכון לא משוכלל** - נפעל על פי ס' 4 הראשון ינצח כי הוא משוכלל- המשכון המשוכלל מנצח.

על פי ס' 5 (תקנת השוק במשכנות) השני ינצח רק אם יעמוד בתנאי תקנת השוק אך הוא לא יוכל לנצח כי הוא לא משוכלל.

**משכון משוכלל נ' משכון משוכלל** - חל ס' 6 לחוק המשכון- הראשון בזמן מנצח. אך על פי ס' 5 (תקנת השוק במשכנות) אם השני עומד בתנאי תקנת השוק הוא ינצח.

### שכירות+חכירה:

שכירות: זכות שהוקנתה להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמימות.

חכירה: מונח הקיים רק במקרקעין- חכירה = שכירות מעל 5 שנים. חכירה לדורות = שכירות מעל 25 שנים.

דרישת הכתב: רלוונטי רק למקרקעין- אין תוקף לעסקה במקרקעין שנעשית בע"פ, אך החריג לכך הוא ס' 79 הקובע כי שכירות עד 5 שנים לא טעונה דרישת כתב (חוזה).

כיצד שכירות הופכת לקניינית?

**מטלטלין**: השכירות הופכת לקניינית עם קבלת ההחזקה.

**מקרקעין**: \*שכירות עד 10 שנים (שכירות קצרה) – אין דרישת רישום בטאבו, ולכן ההחזקה הופכת את הזכות לקניינית.

\* שכירות מעל 10 שנים- דורשת רישום בטאבו, ולכן הזכות הקניינית תקום רק אחרי השלמת הרישום. - לשים לב כי כאשר ישנה שכירות עם אופציה להארכה = מתייחסים לתקופת השכירות + האופציה בכללותה.

מה קורה אם בעל הדירה מתחלף?

לפי ס' 21 לחוק השכירות והשאילה הקונה קונה את הנכס בכפוף לזכותו של השוכר. הקונה לא יכול לסלק את השוכר, לא יכול להעלות את דמי השכירות, לא יכול לשנות שום דבר בתנאי השכירות וכו'. (כמובן שזהו ס' דיספוזיטיבי ובהסכם השכירות ניתן יהיה לקבוע אחרת).

מה קורה במצב הפוך, בו השוכר מתחלף?

((1 ישנן 2 מודלים של עסקאות שמאפשרים לשוכר להתחלף:

(א) מודל העברת השכירות – השוכר פשוט מוצא אדם שנכנס במקומו, עפ"י חוזה השכירות המקורי.  
 (ב) מודל שכירות משנה – ב' חותם על חוזה שכירות נפרד עם ג'. אם ג' עושה משהו בדירה אזי א' יכול לבוא בטענות רק לב'. ואם ג' יש לו תלונות הוא יכול לבוא בטענות רק לב'. א-וג' בעצם זרים אחד לשני ולא יכולים לבוא בטענות אחד לשני. יחד עם זאת, לב' מותר לגבות מג' דמי שכירות יותר גבוהים ממה שהוא עצמו משלם.

((2 עפ"י ס' 22 לחוק השכירות והשאלה, השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את השכירות או להשכיר בשכירות משנה, ללא הסכמת המשכיר. במידה והמשכיר סירב אזי סירובו חייב להיות מנימוקים סבירים (פס"ד חברת הכשרת היישוב נ' מ"י, פס"ד מ"י נ' וייס), ואם הנימוקים אינם סבירים (או שהוא מסרב לתת נימוקים) אזי לפי ס' 22 לחוק השכירות והשאלה:

(א) הצדדים יפנו לביהמ"ש וביהמ"ש רשאי להורות על חילופי השוכר בתנאים שיקבע.  
 (ב) בשכירות של מקרקעין, רשאי השוכר להעביר את השכירות ללא הסכמת המשכיר.  
 (3) מה קורה אם השוכר בכל זאת העביר את השכירות/השכיר בשכירות משנה, על אף שהסירוב של המשכיר היה מנימוקים סבירים? לעסקה אין שום תוקף (אלא אם ג' מקיים את תנאי תקנת השוק).

**שאלה:**

\* שאלה היא הזכות להחזיק ולהשתמש בנכס לתקופת זמן מוגבלת, וללא תמורה (תשלום).

(1) כיצד שאלה הופכת לקניינית?

מטלטלין- מספיקה קבלת ההחזקה.

מקרקעין- שאלה עד ל-5 שנים לא דרוש רישום בטאבו (ס' 79(א) + 83 לחוק המקרקעין), אלא הופכת לקניינית עם קבלת ההחזקה בנכס. מעל ל-5 שנים רק רישום בטאבו יוצר זכות קניינית.

(2) דרישת כתב:

מטלטלין- אין דרישת כתב.

מקרקעין- שאלה עד 5 שנים- אין דרישת כתב בשאלה במקרקעין עד 5 שנים (ס' 79(א) + 83 לחוק המקרקעין).

מעל ל-5 שנים ישנה דרישת כתב, כלומר אין תוקף אם לא נעשה בכתב.

(3) החלפת בעלים: מה קורה כאשר הבעלים רוצה להתחלף ולמכור את הנכס המושאל? אזי יחול אותו

ס' 21 לחוק השכירות והשאלה, והבעלים החדש חייב להמשיך לכבד את חוזה השאלה.

(4) החלפת שואל: מה קורה במצב הפוך, בו השואל מבקש להחליף את עצמו במישהו אחר ולהעביר את

השאלה למישהו אחר/להשאל בשאלת משנה? כאן ס' 22 לא חל על שאלה ובמקומו יש לנו ס' 30

לחוק השכירות והשאלה: אבל כאן המשאל רשאי להתנגד מכל סיבה שהיא (אפילו מנימוקים בלתי



סבירים\לא לתת נימוקים בכלל).

(5) סיום השאילה: כאן ס' 29 קובע, המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל (הנכס) לשואל.

הוא ראשי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם השואל מת.

הוא רשאי לבטל את השאילה אם מושאל (הנכס) דרוש לצורכיו.

כל האפשרויות האלה מותנת בהודעה סבירה מראש של המשאיל לשואל.

### זיקת הנאה:

זיקת הנאה קיימת רק במקרקעין ולא במטלטלין.

זיקת הנאה שלא נרשמה בטאבו הינה זכות אישית בלבד (ס' 7(ב) לחוק המקרקעין).

(1) מי יכול להעניק זיקת הנאה:

הבעלים של הנכס.

שוכר שרשום בטאבו (כלומר שוכר בשכירות קצרה עד 10 שנים יכול להעניק זיקת הנאה רק אם רשום בטאבו).

חוכר+ חוכר לדורות.

(2) מי יכול לקבל זיקת הנאה: (ס' 92 לחוק המקרקעין).

\* זיקת הנאה לטובות בני אדם- ישנם 3 סוגים:

א. אדם ספציפי- יכול להיות גם 2 או 3 אבל צריך רשימת שמות. אי אפשר להעביר את הזיקה לאדם אחר.

ב. סוג בני אדם- לדוגמא זיקת הנאה רק לסטודנטים.

ג. הציבור בכללותו- לדוגמא מתחת לבית ישנו פארק ולכל הציבור מותר לעבור בפארק הזה.

\*זיקת הנאה לטובת מקרקעין- כאשר הזיקה משמשת באופן בלתי נפרד מהזכויות בקרקע.

לדוגמא: יש שביל מעבר לביתי. הבית- חלקה א', על מנת להיכנס לחלקה חייבים לעבודה דרך חלקה ב'.

כלומר גם אם התחלפו בעלים בחלקה א', עדיין הבעלים החדשים של חלקה א' יוכלו לעבור דרך חלקה ב'.

(3) זיקת הנאה נוצרת בארבע דרכים:

\* מכוח הסכם. \* מכוח שנים.

\*מכוח הדין. \* מכוח הנסיבות.

(4) מאפייני זיקת הנאה אשר חייבים להתקיים:

- שימוש מסוים: הנאה מהמקרקעין הכפופים צריכה להיות מסוימת ברורה מוגדרת ומקובלת (פס"ד הפטאריך הארמני).

- העדר החזקה: צריך להיות מדובר בהנאה מהמקרקעין ללא החזקה בהם (פס"ד הריבוע הכחול).

(5) בית המשפט רשאי לבטל / לשנות זיקת הנאה בהתקיים אחד משלושת התנאים: (ס' 96 לחוק המקרקעין)

- אי הפעלת הזיקה.
- שינוי במצב המקרקעין.
- שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה.

### זיקת הנאה בתחרויות:

**התחייבות לזיקת הנאה נ' מכר:** נשתמש בס' 9, הראשונה לא קניינית לכן זה עסקאות נוגדות.  
**התחייבות למכר נ' זיקת הנאה:** נשתמש בס' 9, הראשונה לא קניינית לכן זה עסקאות נוגדות.  
**זיקת הנאה קניינית נ' מכר / התחייבות למכר:** נשתמש בס' 10 תקנת השוק במקרקעין, כי הראשונה קניינית.

\* אם זיקת הנאה היא מכוח שנים- היא הופכת לקניינית גם ללא רישום, לכן השני אף פעם לא ינצח ע"י תקנת השוק.

### זכות קדימה:

\* שייך רק למקרקעין אין זכות קדימה במטלטלין.

(1) ס' 102(א)+(ב)+(ג) לחוק המקרקעין- אם בעל נכס רוצה למכור את הנכס, אז עליו לשלוח הצעה ולנקוב במחיר ועל בעל זכות הקדימה לשלם תוך 30 יום. אם הוא לא שילם, אז רואים אותו כמי שלא רוצה לממש את זכותו.

ס' 103(א)+(ב) לחוק המקרקעין – אם בעל זכות הקדימה מסרב- מיום סירובו ועד 6 חודשים אחרי, בעל המקרקעין יכול למכור את זה למי שהוא רוצה – אבל לא במחיר יותר נמוך. ואם הוא לא מכר תוך 6 חודשים, אזי שוב הוא צריך להציע קודם לבעל זכות הקדימה.

אם יש מס' בעלים לזכות הקדימה – לפי ס' 102(ד) ההצעה תשלח לכולם, ואז ינהגו לפי חלקו של כל אחד בזכות הקדימה. אם סירב אחד מהם לרכוש אזי יעמוד חלקו לזכות שאר בעלי זכות הקדימה (בפרופורציה לאחוזים בניהם ולא שווה בשווה - לפי הפסיקה והמלומדים מ' דויטש).

זכות קדימה ניתנת לרישום בטאבו ואז היא קניינית.

זכות קדימה היא לתקופה בלתי מוגבלת, אלא אם הצדדים סיכמו אחרת. (זכות הקדימה מסתיימת כאשר הוצע הנכס לבעל הזכות והיא סירב והנכס נמכר או שלא חלפו 6 חודשים).

בעסקת מתנה – אין חובה להציע את המקרקעין לבעל זכות הקדימה, אבל במקרה כזה זכות הקדימה לא תתבטל ותחול לגבי מי שקיבל את המקרקעין ללא תמורה.

(2) זכות קדימה לטובת בן זוג – ס' 101 קובע כי מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף, או דירת מגורים, לא יהיה זכאי בן זוג להעביר את חלקו אלא לאחר שהציע אותו תחילה לבן זוגו. (יש לציין שזכות קדימה זו חלה רק לגבי זכות הבעלות והחכירה לדורות אבל איננה מתייחסת למצבים שכיחים של זכות מעין קניינית, והקודקס אמור לתקן זאת).

זכות קדימה בירושה – ס' 113 לחוק הירושה קובע כי נכס שאינו ניתן לחלוקה, ונכס שע"י חלוקה היה

מאבד שיעור ניכר מערכו, יימסר ליורש המרבה במחירו. כלומר בנכס שכזה יש לעשות תחרות בין כל היורשים. בפס"ד ריזמן עלתה השאלה האם לאמא יש זכות קדימה ע"פ היורשים האחרים? נקבע שיש להחיל את זכות הקדימה של האלמנה גם על תהליך ההתמכרות של היורשים.

(3) זכות קדימה לטובת יורד של משק חקלאי – ס' 100 לחוק המקרקעין – מקרקעין שהם משק חקלאי ועברו בירושה, לא יהיה יורש זכאי להעביר חלקו בהם לאחר אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה.

### **משכנתא קניינית (רק קניינית) ראשונה בזמן נ' עסקה אחרת לאחריה:**

ס' 85 לחוק המקרקעין: בתחרות בין משכנתא קניינית לבין עסקה מאוחרת יותר, המשכנתא הקניינית גוברת.

לשים לב שמשכנתא נהיית קניינית רק אם רושמים אותה אצל בלשכת רישום מקרקעין (ס' 7 לחוק) ולא אצל רשם המשכנות (שזה למטלטליון!!)

בודקים את תקנת השוק רק אם היא רלוונטית- במקרה של נוכלים.

### **משכנתא\התחייבות למשכנתא נ' עסקה שניה בזמן:**

נעזרים גם בס' 80 בצורת היקש אם העסקה השנייה בזמן היא שכירות קצרה (היקש לגבי התנאי של הרישום\החזקה..)

ס' 85 אם זה 2 משכנתאות קנייניות

### **עסקה כלשהי נ' משכנתא:**

אם העסקה הראשונה אובליגטורית - קודם כל ס' 9

אם העסקה הראשונה בזמן היא קניינית - ס' 10

אם העסקה כלשהי היא שכירות קצרה צריך להיעזר בס' 80 על דרך ההיקש.

### **התחייבות למשכנתא נ' התחייבות למשכנתא** - ס' 9 לחוק המקרקעין.

### **משכנתא קניינית נ' משכנתא קניינית** - ס' 10 לחוק המקרקעין.

### **שכירות קניינית (קצרה, ארוכה, חכירה) נ' מכירה (מקרקעין וגם מטלטליון) שניה בזמן:**

ס' 21 לחוק השכירות והשאלה: השוכר מנצח בתחרות, אבל עדיין הקונה רשאי לקנות את הנכס ולהפוך לבעלים החדש, אבל בעלותו כפופה לזכותו של השוכר הקנייני. דהיינו הבעלים החדש לא יכול לפנות את השוכר, לא יכול להעלות את דמי השכירת, ולא יכול לשנות את תנאי השכירות, אלא לכבד את חוזה השכירות עד הסוף.

**עכבון (עכבון הוא הרי קנייני..) נ' עיקול**

העיקול כפוף לעיכבון, שכן העיכבון הינו זכות קניינית הקודמת לו. זאת בשעה שהעיקול לא מקנה שום זכות מהותית בנכס ומעמדו נמוך ביותר.

נימוק נוסף: בפס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב ובנק המזרחי נ' גדי, נקבע שאפילו זכות אובליגטורית גוברת על עיקול מאוחר, בהסתמך על דיני היושר, מקל וחומר גם זכות קניינית גוברת על עיקול מאוחר יותר.