בס"ד

**בן חמו נ' טנא נגה:** הש' אור: סיווגה ומיונה של הזכות כזכות חוזית או קניינית, יוכרעו בכל מקרה לגופו, על רקע מאפייני הזכות בהקשר הקונקרטי. מאפייני הזכות הקניינית: עבירות, עצמאות,מידייות, כפיפות הזכות לעקיבה, עדיפות, ייחודיות. זכות ההפצה היא חוזית בלבד משום שאינה עצמאית ואינה ייחודית. אין בכוח התווית הקניינית שניתנה לזכות כדי להופכה לכזאת. עבירות הזכות כשלעצמה אינה מחייבת את סיווגה כקניינית.

**רומנו נ' שוחט**: לנדוי: דיירות מוגנת אינה זכות קניינית לצורך ההסכם.

**מנדלבאום:** דיירות מוגנת היא זכות קניינית לעניין פיצויים בגין הפקעה- בודקים לפי תכלית החקיקה.

הגנה על הקניין כזכות חוקתית

**ד.ש.א:** זמיר:אין בשלילת התמריץ פגיעה בקניין. הכוח לשלול את הסובסידיה טבוע בסמכות לתת אותה. לא מכירים בהגנה על ה"קניין החדש".

**בנק המזרחי:** ברק: קניין הוא כל אינטרס בעל ערך כלכלי-רכושי.הקניין הוא עוגן של חירות אך מאפשר גם שיתוף בין בני אדם. ניתן לפגוע בזכות הקניין באמצעות פסקת ההגבלה- התכלית הראויה שבה משרתת מטרות חברתיות ראויות התואמות זכויות אדם.

**הורוויץ:** ברק: הקניין מבטיח חירות ומאפשר את פיתוח האישיות, אך מצד שני הוא מאפשר שיתוף של בני אדם ויש לו תפקיד חברתי לשרת את טובת הכלל. קניין כבעל משמעויות נוספות מלבד החירות.

**גמזו:** לחוק ההוצאה לפועל יש שתי תכליות- הגנה על החייב והגנה על הזכאי.יש למנוע ירידה לחייו של החייב- יש להגן על מינימום הקיום האנושי שלו למול זכות הקניין של הזוכה. הוא מאמץ תפיסות חלוקתיות דרך כב"ה ולא דרך הקניין.

**מנור נ' שר האוצר**: הקיצוץ בקצבאות הינו חוקתי ואין פגיעה בכב"ה ולא בקניין, משום שהקיצוץ מבוסס על מטרה חברתית ראויה- הבראת המשק. רואים שביהמ"ש לא נכנס לעובי הקורה בעניין זכות הקניין ונמנע מלומר שהזכות לקיום מינימאלי היא חלק מזכות הקניין.

תחום הבעלות

**לוסטינג נ' מייזלס:** בוחנים את מהות העסקה ולא את סיווגה. זכויות הבנייה צמודות לזכות הבעלות בלבד, בבחינת החוזה נראה שיש ניסיון להעביר בעלות ולא רק שכירות- ביהמ"ש נותן שיקולים שונים שיש לבחון עמ"נ להכריע אם מדובר בעסקת מכר/שכירות: משך תק' החכירה, מהן הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר, האם קיימת זכות חוזית בהסכם עצמו לפי המוכר מתחייב בעתיד להעביר לרוכש זכות בעלות,מהן הזכויות שהוקנו לחוכר להנות מהנכס, אילו כוחות השתיירו בידי הבעלים, אופן התשלום- גדול או פריסה לתשלומים. במקרה הזה ביהמ"ש מגיע למסקנה שהצדדים ניסו לעשות עסקת מכר ולא רק שכירות- השוכר יכול ליהנות מהמושכר בשלמותו, לעשות בו עסקאות ולקבל עליהן תמורה ללא ידיעת המשכיר כלל. מה שיוצא פה שהם הצליחו לעקוף את ס' 13 והעבירו בעלות בחלק מהנכס.

**אקונס נ' מד"י**: 1. אין מחלוקת כי החלק התת קרקעי שמצוי מתחת לחלקות המערערים הוא קניינם. 2.הפקעת חזקה ושימוש למול הפקעת הבעלות: הזכות להרוס/לכלות את הנכס היא זכות שיורית השייכת לבעלים של הנכס.לצורך חפירת המנהרה על המדינה להפקיע בעלות. 3.ניתן להפקיע בעלות גם על חלק מהמקרקעין למרות ס' 13 משום שזו אינה עסקה רצונית. בהליך ההפקעה נפלו שני פגמים- הפקיעו חזקה ושימוש במקום בעלות, שנית פרסומי ההפקעה אינם משקפים את כוונת ההפקעה ולכן המדינה צריכה לפרסם הודעת הפקעה מתוקנת.

הגנת הבעלות והחזקה

**יוסף נ' עוקשי:** בעימות בין מסיג גבול המחזיק בפועל לבין בעל זכות באותם מקרקעין זכותו של מי גוברת?

**ברק:** נפקות החזקה- החזקה היא מאפיין מרכזי של זכות הבעלות, והינה נושא להגנה גם כאשר אין מקורה בזכות אלא במצב עובדתי בשטח. הגנה על החזקה- א.במקרה של עימות בין בעלים/מחזיק כדין לבין מסיג גבול- לפי ס' 16 קיימת לבעל הזכות עדיפות למחזיק ע"פ מסיג הגבול, וזכות תביעה לסילוק הפולש. בתביעה יש להוכיח את זכותו בקרקע ואת העדר זכותו של המסיג גבול. בנסיבות מסויימות רשאי בעל הזכות בקרקע לנקוט בדרך של עשיית דין עצמית ולהגן בכוחות עצמו על רכושו. ב. במקרה של עימות בין מחזיק בפועל לבין מסיג גבול- המחזיק זכאי להגנה גם כשאין בידו זכות, הגנה זו הינה מפני כל העולם מלבד זה שיש לו זכות עדיפה. ההגנה ניתנת למחזיק כל עוד חזקתו נמשכת בפועל. לביהמ"ש יש סמכות להשיב את המצב לקדמותו בטרם בירור זכויות הצדדים כל פעם שחזקה בקרקע ניטלת מידי מי שמחזיק בה ע"י אחר, אפילו אותו אחר טוען כי בידו זכות עדיפה, וכאשר החזקה נתפסה על ידו שלא במסגרת תנאי עשיית דין עצמית. לפי ס' 19- למחזיק בפועל זכות להשבת הגזלה לידיו, אפילו הוא מסיג גבול, תוך סילוק ידו של הפולש.

בפס"ד יש ויכוח בין אנגלרד לפרוקצ'יה- באשר למהות הדרישה שלא יפריעו- שגם מחזיק בפועל זכאי להגנה זו, מה כוללת הפרעה לפי ס' 17? אנגלרד: לא כוללת פלישה, פורקצ'יה: כן כולל פלישה.

**רוזנשטיין-** 4 סוגי מקרים בהם ביהמ"ש מאחד תביעות של בירור זכויות והשבת המצב לקדמותו: ברור שהפלישה אינה כדין אולם חלפו 30 יום, עשיית דין עצמית במטלטלין,זכייה בפס"ד לפינוי,הצדדים מסכימים לאיחוד התביעות.

**פס"ד כספי נ' דויטש** –לא ניתן לעשות דין עצמי כנגד שוכרים סרבנים, הם לא נחשבים לפולשים.

מהות הזכות ומגבלותיה

**שלו נ' נווי הררי מואב-** במקרים שונים יש מקום לשקול התנהגות צדדים וכך להכריע לגבי זכויותיהם.

**רדומלסקי-** ביהמ"ש פוסק שיש חוסר תו"ל מצד הגברת בתביעתה שהדייר פולש לה לחלל הרום- השימוש לא באמת מפריע לה.

**רוקר נ' סלומון:** העובדות: המערערים בנו על הרכוש המשותף חרף התנגדות המשיבים, המשיבים עתרו לביהמ"ש בבקשה להשבת המצב לקדמותו, ביהמ"ש נעתר וע"כ הערעור. האם לביהמ"ש יש שק"ד בנתינת סעד ההריסה?

דעת המיעוט של אנגלרד: מונע השענות על הזכות הקניינית במקרים בהם המניע להפעלתה פסול. עושה שיקול של אינטרסי הצדדים- בין התועלת לבעל הזכות הקניינית לבין הנזק שנגרם לאחר- מקום שהנזק עולה על התועלת זה יהווה שימוש לרעה לתבוע בגין הזכות הקניינית!

טירקל, חשין ומצא: גישה של פרשנות מצמצמת של ס' 14- התערבות במקרים נדירים, תפיסת הקניין כשרירות בעלים: ס' 14 לא מונע מבעל זכות הקניין להגן על זכותו ולתבוע. היקף שק"ד בגדרו ביהמ"ש רשאי שלא להעתר לתביעה הוא מצומצם ביותר:עוצמת הזכות שנפגעה,עוצמת הפגיעה בזכות- היקפה,התנהגות בעלי הדין. במקרה שלפנינו עוצמת הזכות שנפגעה- בעלות, זכות חזקה, היקף הפגיעה הוא לצמיתות והתנהגות הצדדים- רוקר חסרי תו"ל. בנסיבות אלה התביעה של סולמון אינה שימוש לרעה בזכות הקניינית.

ברק: תפיסתו היא שקניין כולל גם היבט ציבורי- אחריות חברתית. נק' המוצא שלו הינה פרשנות מרחיבה וס' 39 חל פה. יש להשתמש בזכויות בכפוף לעקרון תו"ל ובהגינות,לשופט יש שק"ד בהענקת הסעדים בגין הפגיעה בזכות הקניינית- כל זכות היא יחסית ואינה מוחלטת. השיקולים שלו:אופי האינטרס העצמי- בית/בית משותף?אופי האינטרס הציבורי בסכסוך- יש לבחון את מהות היחסים עם הזולת.היקף הפגיעה והמצב הנפשי של הפוגע- כוונה/לא בכוונה, פגיעה זמנית/קבועה.

במקרה שלפנינו האינטרס הנפגע הוא בעלות משותפת ברכוש משותף, האינטרס הציבורי של הבתים המשותפים הוא אינטרס חשוב ויחסים שאנו מעונינים לשמר. הכרה בהשתלטות של רוקר על רכוש משותף תערער את כל מוסד הבתים המשותפים בישראל.

**נעמה נ' טורקיה:** המערער הינו בעלים של נכס,למשיבה יש נכס שגובל בנכס שלו ויש במטבח ובחצר שלה כמה מטרים שנלקחו מהמערער ע"י הבעלים הקודמים של הנכס.הוא עותר לסלקה מהמטרים האלה אליהם היא פלשה. היא טוענת שהיא לא פלשה וזה היה כך מהבעלים הקודמים, והרחבת הבנייה לא בוצעה על ידה. ס' 16 מגן על זכות ההחזקה של בעל הקניין, אך זכות זו אינה מוחלטת ומוגבלת בעקרון תום הלב ויש מצבים שהסעדים יוגבלו. הצורך בהחלת עקרון תום הלב נבחן באמת מידה אובייקטיבית. הרחבת הבנייה במקרה דנן יש בה משום פגיעה בזכות הבעלות של המערער. אולם בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן יש מקום לשלול סעדים של הריסת המבנה וסילוק המשיבה. שטח הפלישה הינו קטן-5.23 מ"ר. לגבי שטח הפלישה בחצר, מעדיפים את זכותו הקניינית, אך לגבי שטח הפלישה במטבח-2.3 מ"ר, משום שהיא לא ידעה ע"כ והבעלים הקודמים הוא שהרחיב את הבנייה, נקבע כי היא תשלם דמי שכירות על השטח (אין לה זכות קניינית בשטח הזה) וכשיתחלפו בעלים בנכס הוא יקבל את המטרים שלו חזרה.

**רייזמן נ' וושצ'ין:** מהותה של זכות הקדימה כזכות קניינית. השאלה הינה האם זכות הקדימה בין בני הזוג הקמה מכוח ס' 101 לחוק המקרקעין פוקעת עם מות אחד מבני הזוג, ואם לא, מיהו הנושא בחובה העומדת כנגד זכות זו וכיצד יש להפעילה? תחולת זכות הקדימה: זכות הקדימה חלה רק ביחס להעברה בתמורה של מקרקעין. במקרה שאחד מבני הזוג נפטר, מנהל העזבון ניצב בנעליו . זכות הקדימה של בן זוג קודמת לזכות הקדימה של יורשים כלפי זרים. לוין (מיעוט) : מהוראת ס' 113 לחוק הירושה עולה כי אין כל זכות קדימה בנכס המנוח בין יורשים. בס' 101 מדובר על בני זוג בעודם בחיים, אין לקרוא בס' זה מה שאין בו שכן זה נוגד את תכליתו. הענקת זכות הקדימה לבן הזוג של הנפטר יוצרת דרגה נוספת של זכות הקדימה שלא נמצא לה יסוד בחוק המקרקעין. נתניהו(מיעוט): לא מכריעה בשאלה האם זכות הקדימה היא קניינית או אישית. השאלה היא עבירות זכות הקדימה וזה לא קשור לסיווג הזכות. ההחלטה: זכות הקדימה בין בני זוג הינה זכות קניינית המאפשרת לבעליה לעקוב אחר הנכס גם אחר מות החייב ואינה פוגעת עם מותו של אחד מבני הזוג.

המשטר הקנייני בישראל

**קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל:** העובדות: מד"י הקצתה קרקע לסוכנות היהודית להקמת יישוב קציר, ליישוב לא מתקבלים ערבים. האם רשאית המדינה לקבוע מדיניות לפיה יוקם יישוב המיועד ליהודים בלבד? ברק: בצד התכליות המיוחדות קיימות גם תכליות כלליות הפרוסות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם, לדוגמא ערך השוויון, שהינו מערכי היסוד של מדינת ישראל והוא מחייב כל רשות מרשויותיה וכל פעולה מפעולותיה. מכאן, שעקרון השוויון מחייב גם את המינהל שעה שהוא פועל בתור נאמן של המדינה ומקצה את קרקעותיה לציבור. טיפול שונה על בסיס דת או לאום הוא טיפול "חשוד" המהווה לכאורה הפליה. התפיסה של "נפרד אבל שווה" היא מעצם טבעה בלתי שווה ומהווה הפליה כלפי קבוצות מיעוט. הפרדה תהיה אפשרית מקום בו יש ייחודית ספציפית לקבוצה מסוימת אולם דתיים/יהודים לא נחשב ייחודיות.

**סבא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל**: שיווק דירות רק למגזר הדתי ע"י קבלן פרטי. האם עקרון השיויון חל גם עליו? המעשה הנוכחי כבר עשוי ואין מה לעשות בנידון, אולם נקבע שבפעמים הבאות תוכנס למכרזים תניה האוסרת על יזמים המשתתפים במכרז לנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור. זוהי קביעה חשובה של המנהל נוכח מעמדו הציבורי והיות המקרקעין לדיור מוגבלים, ולכן יש לנהוג בשוויון בחלוקתם. גם במכרז פרטי יש חובת שיוויון- מחילים את עקרונות המשפט הציבורי על חברות פרטיות.

**תנועת דרור :** העתירה היא כנגד תיקון 7 לחוק שמאפשר העברת בעלות, בניגוד לס' לחו"י מקרקעי ישראל. השאלה הינה האם התיקון פוגע בעקרון החוקתי של ס' 1? ישנם סוגי מקרקעין שס' 1 לא חל עליהן והן נמנו בס' 2. לעניין טענת שינוי חו"י: התיקון לא משנה את עקרון היסוד שבחוק, אמנם היקף הקרקע שמותר להעביר בה בעלות בשנה גדל משמעותית, אך בהתחשב בשטח המוצע לציבור ונוכח העובדה שהתיקון מתייחס רק לקרקע עירונית אין לומר שהתיקון משנה את חו"י. בחו"י עצמו יש דרך כיצד חורגים ממנו. בג"צ דוחה את העתירה.

**בג"צ הסוללים נ' מנהל מקרקעי ישראל:** חשין דוחה את הטענה שקבלת ערבים ליישוב מסכנת את מרקמו התרבותי, האפליה הינה אסורה.

**עדאללה נ' מנהל מקרקעי ישראל:** תוקפת את מדיניות המנהל לפתוח מכרזי קק"ל ליהודים בלבד.לגבי קק"ל יש חשש שיגידו שהוא גוף דו מהותי החולש על קרקעות בהיקף נרחב, ולכן יחוייבו בשוויון.

**אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה:** טענה כנגד סמכות המשיבה לגבות דמי כניסה לשטח ציבורי ממי שאינם תושבי העיר וטענה לפגיעה בקניין ציבורי. הש' עדיאל:גם כשמדובר ברכוש ציבורי זה לא אומר שלציבור יש זכות קניין בנכס והוא יכול לעשות שימוש בפארק ללא תשלום. ההבחנה בין תושבי העיר למי שאינם אינה בגדר חוסר שיוויון- משום שהקניין הציבורי של הפארק הוא ראשית של תושבי המקום ששילמו ארנונה ומיסים ומימנו את הפארק מכיסם. העייריה מופקדת ראשית כל על תושביה ולדאוג לטובתם. בנוסף, קיומם של שטחים פתוחים בסביבה והעובדה שאין מדובר בשירות חיוני שוללת גם את טענת החוסר שיוויון. לכן החלטת העייריה לגבות כסף הינה סבירה ולא לוקה בחוסר שיוויון

תחרויות והערות אזהרה

**היועמ"ש נ' גד:** הזכות לרשום הע"א היא דיספוזיטיבית וניתן להתנות עליה, עם זאת נקבע בסיטואציות מסוימות הן המוכר הוא קבלן נקבע כי תניה בחוזה אחיד שמסייגת את זכות הרוכש לכתוב הע"א תחשב לתניה מקפחת.

**חוות מקורה נ' חסן ואח':**  העובדות: האפוטרופס לנכסי נפקדים קבע כי חלקות חסן ואח' הינם נכסי נפקדים והעבירם לחזקתו ועשה בהם עסקאות, החלקות הגיעו בחכירה לחוות מקורה, חסן תבע שההכרזה כנפקדים וכן העסקה תבוטל שכן המשפחה לא עזבה מעולם את המקום. החווה עותרת כנגד ביטול העסקאות משום שהם נעשו בתו"ל. דרישת תום הלב המעוגנת בס' 10 לחוק המקרקעין היא דרישת תום-לב סובייקטיבית, וכוללת עצימת עיניים. במקרה דנן, עובדת הידיעה בפועל על מציאות הנפקדים בשטח העלתה את התנהגות הצדדים לרמה של עצימת עיניים מכוונת. ס' 10 עוסק בהעברת זכויות שונות במקרקעין מכאן שלדרישת התמורה בס' ניתן לקבוע סוגים שונים של "תמורה" אולם התמורה צריכה לקיים מס' תנאים- ערך מבוצע בפועל וערך ממשי. ס' 10 קובע כי האפשרות לסמוך באופן קונקלוסיבי על הרישום עומדת רק לקונה בתמורה ובתום לב.

**בנק אוצר החייל נ' אהרונוב:** הפכה את הלכת בוקר. העובדות: בגדר הסכם גירושים נקבע שהבעל יעביר לאשתו חלקת אדמה, ההעברה מעולם לא נרשמה, מאוחר יותר עקב חוב לבנק הבנק מעקל את הקרקע והאישה מערערת על זכותה. השאלה היא האם עיקול מאוחר גובר על זכות בלתי רשומה של בעלת הזכות החוזית? שטרסברג: זכותו הבלתי רשומה של הרוכש הראשון עדיפה על פני המעקל. ההצדקות: 1. אינטרסי הצדדים בנכס- לרוכש יש יותר אינטרס. 2. ההסתמכות על המרשם- מעקלים לא מסתמכים על מרשמים. 3. מאזן הנזקים- נזק הרוכש הקטן רב יותר. ברק: למד מס' 9, בק"ו -את כלל העדיפות לכאן- הרוכש הראשון עדיף על פני המעקל המאוחר- אם בס' 9 הרוכש הראשון מקבל עדיפות על פני רוכש שני שיש לו אינטרס ספציפי בנכס, קל וחומר שאינטרס רוכש ראשון יגבור על מעקל מאוחר. התחייבות להקנות זכות במקרקעין משכללת אצל הקונה זכות שביושר "מעין קניינית" שגוברת על המעקל המאוחר. המעקל רשאי לעקל את יתרת המחיר, התמורה שקיבל המוכר תמורת הנכס. ס' 127(ב) שנחקק בעקבות הלכת בוקר הינו מיותר כיום, שכן גם בלי רישום הע"א חסין הקנה המוקדם מכוח זכותו שביושר.

**בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי**- חובת רישום הע"א על משכנתא על מקרקעין של חברה ברשם החברות. הערת אזהרה מיטיבה את מצבו של הנושה-בעליה, ולמעשה הופכת אותו לנושה מובטח, בעל עדיפות מיוחדת על פני שאר הנושים. אשר-על-כן, ניתן לראות ברישומה של הערת האזהרה משום יצירת ערובה להבטחת זכותו של הזכאי על פיה, ולכן גם כ"שעבוד", כמובנו בפקודת החברות.

**כספי נ' נס:**  נאמר באמרת אגב שהלכת אוצר החייל חלה גם במצב של פשיטת רגל ולא רק במצב של נושים רגילים

**ארוך נ' פריינטי –** הרוכש השני ידע על עסקה שנעשתה עם הרוכש הראשון, ובוטלה על פי פס"ד בבית המשפט בהיעדר הגנה. ביהמ"ש העליון קבע שהוא היה תם לב ושהוא לא היה צריך ללכת ולבדוק את נסיבות פסק הדין אלא עליו להניח שהוא ניתן כדין-הוא לא עצם את עיניו ונהג בתום לב.

**ורטהיימר נ' הררי**  – הרוכש השני שילם יותר כסף מהרוכש הראשון אך לא שכלל קניין ולכן לפי החוק של ס' 9 הוא אמור ליסוג מפני הרוכש הראשון. ביהמ"ש קובע שהראשון זוכה בתחרות ושאין לקחת בחשבון שיקולי צדק שבין הצדדים בעת אכיפת החוזה.

**רז נ' אירנשטיין –**על המבצע עסקה עם אדם שנפטר, ליידע את יורשיו אודות העסקה- במידה ולא רשם הע"א.

**טקסטיל ריינס:** העובדות: חוכרים שזכותם לא נרשמה מכרו את הנכס לקונים ששילמו תורמה והחזקה בנכס נמסרה לידיהם. עיקול שהוטל לטובת נושה של אחד החוכרים מנע את רישום הזכויות בנכס על שם הקונים. שטרסברג:זכות חכירה במקרקעין שאינם רשומים הינה זכות חוזית ולא זכות קניינית- שהעברתה מושלמת בהמחאה. הזכות שביקשו החוכרים להעביר לקונים היא זכותם החוזית מהמנהל לקבל את הנכס לכשיירשם- עסקת המחאת זכות. 2.מקום שהרישום אינו אפשרי(הע"א אנכית) לא יכולה להרכש זכות קניינית, וכל שנרכש הוא זכות חוזית לקבלת הזכות הקניינית בעתיד שיתאפשר רישום הנכס. 3. מועד העברת הזכות החוזית מהחוכרים לקונים- עסקת מכר זכויות כזו הינה במהותה עסקת המחאת זכויות כלפי צד שלישי. בעסקה לא נדרשת מסירה פיזית של הממכר, אלא הסכם ההמחאה מעביר את הזכות בזמן המתאים לרצון הצדדים וכוונתם. במקרה הנדון עולה כי החוכרים התכוונו להעביר את זכויותיהם לקונים עם תשלום מלוא התמורה ומסירת החזקה בנכס, ומאחר ותנאים אלה התמלאו לפני הטלת העיקול, יש לקבל כי זכות המוכרים הועברה לקונים. 4. תוקפה של תניה חוזית- רק בין הצדדים לחוזה ולא ניתן למערערת לטעון כנגד כשרות המחאת הזכויות בין החוכרים לקונים. 5. תוקף תניה המגבילה עבירות הזכות- יבחן לפי טיב ההגבלה- במקרה דנן החוזה מעיד על כך שלא הייתה כוונה לשלול את תוקף ההעברה אלא דרושה הסכמה בלבד. הערעור נדחה, העיקול אינו תקף וזכויות הקונים נקיות מכל שעבוד. זכות חכירה בנכס שאינו רשום במרשם אינה זכות במקרקעין אלא זכות חוזית גרידא שהעברתה נשלמת עם המחאתה לקונה. בפס"ד ביהמ"ש נותן חזקה שתמיד עסקאות בין ב' וג' הינן עסקות המחאת זכויות שכן הצדדים רוצים להגן על עצמם.

**ניסים נ' דניאלי:** מר ניסים ואשתו התקשרו בשני הסכמים לרכישת דירה מגברת אייזיק. לפני ההסכמים היו על הדירה שתי הערות אזהרה לטובת אנשים אחרים, לכן לא נמסרה להם החזקה בדירה למרות ששילמו 3/5 ממחירה. שטרבסרג-כהן: האם הערת אזהרה הינה זכות קניינית? עד לאחרונה הייתה גישת הפסיקה שהע"א אינה זכות במקרקעין,אך לפי הגישה החדשה יש לבחון כל הערת אזהרה לגופה. בכ"מ ניתן לרשום הערת אזהרה הסותרת ה"א קודמת, לפיכך אי רישומה מהווה רשלנות מקצועית של עו"ד. ניתן לרשום הע"א אופקית.

**גנז נ' בריטיש:** חברת בריטיש מכרה מקרקעין לנוטריקון ללא רישום. נוטריקון מכרה לגנז, גם הוא לא רושם, ואז לאפק שקונה בתו"ל בתמורה ונרשמת הע"א. **ברק:** ישנה חובת תום הלב על הרוכש הראשון, אולם לא תמיד נשלל תו"ל של הרוכש הראשון באי רישום הע"א- זה תלוי נסיבות. **שטרסברג**: 1. במקרה שלפנינו ס' 9 לא חל שכן העסקה לא נרשמה לטובת אפק ולכן החריג לא מתקיים. 2. חולקת על ברק, אין חובת תו"ל לראשון לרשום הע"א זה לא כתוב בס' 9. זה מעורר שאלות האם הוא היה יכול לרשום וכו', וגם אם היה יכול ולא רשם- לדעתה זה לא מחדל שעולה כדי חוסר תו"ל, וזה לא מידתי לקחת ממנו את הנכס עקב כך: ככלל, אי רישום הע"א ע"י בעל העסקה הראשונה אינו מחדל המעיד כשלעצמו על חוסר תום ליבו. אין באי רישום כזה כדי לפגוע בזכות הקניינית העדיפה המוקנית לו מכוח ס' 9. אולם בנסיבות המקרה- גנז לא רשם הע"א 17 שנה, ומנגד אפק בדק את המרשם ואף רשם הע"א- בנסיבות אלה אף שטרסברג בדעה כי אי הרישום הע"א ע"י גנז עולה כדי חוסר תו"ל ואין להעדיפו ע"פ אפק. לוין: אי רישום הע"א במשך שנים רבות יש בו משום הפרת חובה אבליגטורית כלפי השני, הפרת חובת תו"ל אובייקטיבית ששונה מחובת תו"ל של השני. **פורקצ'יה:** בצד העדיפות שבס' 9 לבעל העסקה הראשונה ישנן נסיבות שאכיפת זכותו מחייבת בחינת תו"ל שלו. לפי ברק אפק לא עדיף שכן לא רשם את העסקה. לדעתה יש להתאים את כלל התחרות של ס' 9 לעסקאות הנוגדות המעין קנייניות שבהן המוכר אינו בעלים רשום- שאז לא ניתן לרשום את העסקה, ולכן במקום רישום העסקה מוכנה להסתפק פה ברישום הע"א ע"י השני כתנאי לחריג.כך לא נדרש לבחינת תו"ל של הראשון כלל- לא בעסקה קניינית ולא במעין קניינית. אנגלרד: לא מסכים עם פורקצ'יה, ביהמ"ש לא יכול לעשות הנחות ברישומים. מצא: יש להמנע מקביעת כלל שלפיו תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה מחוייב ברישום ולהסתפק בכלל שעקרון תו"ל דורש שהוא יפעל בהגינות וסבירות. ריבלין:בנסיבות החריגות של המקרה- בעל העסקה הראשונה לא יהנה מעדיפות.

**בנק המזרחי המאוחד נ' גדי-** העובדות: אברהם רכש דירה, אך זכותו לא נרשמה ולא נרשמה הע"א במשך 7 שנים. הוטל עיקול על זכויות המוכרים. האם חובת תו"ל של קונה בעל קניין שביושר כלפי מעקל מאוחר מופרת אם לא רשם הע"א? ברק: הזכות שביושר כפופה לעקרון תו"ל, אי עמידה בדרישתה עלולה להביא לשלילת עדיפותו של הקונה. אולם- אי רישום הע"א אינו מפר את עקרון תו"ל כלפי מעקל. עצם ההתנגשות בין קונה לנושה לא מצדיקה שלילת עדיפות מכוח עקרון תו"ל (מעקלים לא מסתמכים על המרשם, האינטרס בנכס ועוד) ציפיית המעקל להפרע מן הנכס אינה גוברת על זכותו של הקונה. אין למעקל זכות הסתמכות לגיטמית המולידה זכות ראויה להגנה כמו של הקונה השני בעסקאות נוגדות.

**סולימאן נ' מד"י:** זכויות שהועברו לקק"ל לא נרשמו ולא נרשמה עליהם הע"א, ואז הועברו ליורשים. דנצינגר: בוחנים את ס' 9- עסקת מתנה-ירושה היא עסקה רגילה במקרקעין. התמורה לא התקיימה פה- עסקת מתנה. בגנז נקבע שאי רישום הע"א מפר את תו"ל של הראשון- במקרה זה עליו להוכיח שאי רישום הע"א ע"י הקונה הראשון גרם לתאונה. בדיקת תו"ל- סובייקטיבית(האם הקונה השני ידע) ואובייקטיבית(בדיקת הרישום). במקרה זה הקונה השני ידע על העסקה ולכן קק"ל לא גרמה לתאונה המשפטית בכך שלא רשמה הע"א- אין קש"ס.

**זגייר ואח'**: אי רישום הע"א ע"י הקונה הראשון לא גרם לתאונה שכן הקונה השני ידע על העסקה, לפיכך זאיד הוא בעל הנכס לפי ס' 9-הקונה הראשון.

**לוי נ' חגז'אזי** –– נושים מאוחרים לעומת מקבלי מתנה –דרך הניתוח תלויה בבחינת עוצמת האינטרסים של הרוכש לעומת המעקל ומאזן המצוקה בין שני הצדדים. מקבל המתנה בהשוואה למעקל, כמו רוכש ראשון רגיל, יש לו ציפייה לנכס מסוים אך מצד שני בחוק המתנה יש כללים לגבי חזרה מהמתנה ולכן הציפייה שלו חלשה מהציפייה של אדם שרכש נכס ולכן יש להעדיף את המעקל על פני מקבל המתנה- הפתרון הוא לא גורף אלא יש לקחת בחשבון כמה פרמטרים: (1) איך התנהג מקבל המתנה- עד כמה הוא התרשל ברישום זכויות? (2) התנהגות המעקל ומידת הידיעה שלו על המתנה (3) המצב הכלכלי של נותן המתנה. יש לשים לב שזה אוביטר ולא הלכה.

**לאניאדו נ' הולנד:** הסכם מתנה בעקרון הוא עסקה במקרקעין. אולם יש הבדל- במתנה, הנותן יכול לחזור בו כל עוד מקבל המתנה לא הסתמך עליה, או אם חלה הרעה במצבו הכלכלי, מכך יוצא שרמת הציפיות והאינטרס של המקבל חלשה יותר מעסקה רגילה. והזכויות המעין קנייניות שנוצרות אצל המקבל חלשות יותר. הלכת אהרונוב מיוסדת ברובה על אינטרס ההסתמכות שחלש כאן. אולם יש להתחשב בנסיבות- ככל שהסיכוי שהנותן יחזור בו מן המתנה גבוה יותר, כך ההגנה על אינטרס ההסתמכות של מקבל המתנה חלש יותר. במקרה זה לנושה יש אינטרס הסתמכות בנכס לכך שחובו ייפרע. ההסתמכות גוברת יותר שעה שמקבל המתנה לא רשם הע"א. נק' המוצא היא העדפת הנושה על פני מקבל המתנה,אולם הדרך פתוחה בפני מקבל המתנה להוכיח כי עניינו נמנה על אותם חריגים שבהם במאזן הציפיות המוגנות שלו ושל הנושה הכף נוטה לטובתו.(לא מחילים פה את הלכת אהרונוב). החריגים בהם יגבר מקבל המתנה:הוכחת תו"ל של נותן המתנה ונסיבות, הסרת ספק שהמתנה נועדה להבריח נכסים מנושים, אין סיכוי שהנותן יחזור בו.

**בנק איגוד לישראל נ' צרפתי:** במקרה שנרשמה הע"א ע"י מקבל המתנה, אין תחולה להלכת לניאדו ומקבל המתנה גובר על המעקל המאוחר.

רישום ותקנ"ש במקרקעין

**מד"י נ' בנק אמריקאי**:עסקת משכנתא לא נרשמה עקב טעות של הפקיד במרשם ונעשתה עליו עסקת משכנתא נוספת. 1. בהעדר רישום, עסקת משכנתא תחשב כהתחייבות בלבד לביצוע עסקה. מקום שהעסקה לא הסתיימה ברישום ומאידך חזר בעל המקרקעין והתחייב בעסקה נוגדת, נכנס פה הכלל ס' 9- בעל הזכות הראשונה עדיף אלא"כ השני שילם תמורה, היה תם לב והעסקה נרשמה לטובתו. 2. המועד הקבוע בו יש לראות בעסקה מושלמת הוא מועד הרישום בפועל ולא מועד האישור לרישום לפי ס' 7. לעיתים נדירות יקבעו איזה עסקה קודמת לפי האישור לרישום. במקרה שלפנינו- המועד הרלוואנטי להשלמת העסקה הוא מועד הרישום בפועל- ולכן הקונה השני גובר. מי שאינו מוודא שהמשכנתא לטובתו נרשמה בפועל- לוקח סיכון שמוטל עליו באופן שזכותו תיסוג מפני זכות אחר שהסתמך על הרישום.

ס.מ יצירה השקעות:

**בעלי מקצוע נ' סונדרס:** סונדרס היה בעל זכות חכירה שהשכיר לשוכרים שונים. נוראיני טען שהזכות נמכרה לו, בטרם הושלם הרישום על נוראיני הוא התקשר עם חברה למכירת זכויותיו בדירה, סונדרס תובע והחברה נרשמה כבעלת הזכות בדירה. מהו מועד הקובע לקיומו של תו"ל לפי ס' 10? האם בעת עריכת העסקה(ואז החברה תמת לב) או בעת הרישום(שאז כבר לא הייתה תמת לב)?. אנגלרד:1. המבחן לתו"ל הוא סובייקטיבי- לפי הידיעה בפועל של הרוכש. במקרה שלפנינו יש עצימת עיניים. 2. רכישת הזכות במובן הוראת ס' 10 משמעותה רכישת הזכות הקניינית בדרך של רישום- אדם שקונה בתו"ל ובתמורה ולא משלים את קנייתו ברישום לא נהנה מהגנת ס' 10. רק מעשה הקניין בנכס הופך את הקונה לרוכש זכות במקרקעין, לפיכך ראוי שיסוד תום הלב יימשך עד שעת הרישום.

**ס.מ. יצירה והשקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר** - הטעות בתקנת השוק חייבת להיות טעות במרשם ולא טעות שלך – אם עשית עסקה עם מישהו שמתיימר להיות בעלי הנכס זאת בעיה שלך, אתה צריך לבדוק עם מי אתה עושה עסקאות.

**עניין הרטפלד**– רישום הע"א אינו מספיק לצורך תקנת השוק אלא יש צורך ברישום מלא – לעומת זאת השופט קדמי סבור בדעת מיעוט כי לעיתים הע"א תספיק משום שיש מקרים בהם לא ניתן לבצע רישום מלא.

**קורצפלד נ' אדלר**- יש להסתמך על מרשם המקרקעין בלבד ולא על מרשמים אחרים או מסמכים אחר כמו שטרות מכר וכו' לעניין תקנ"ש.

תקנ"ש במטלטלין

**פס"ד רונזשטרייך** – נקבע שהוא תם לב למרות שלא בדק האם קיים משכון על הרכב ברשם החברות. כמו כן נקבע כי תום הלב הוא סובייקטיבי ולכן רשלנות לא פוגמת בחובת תום הלב.

**כנען נ' ממשלת ארה"ב**: דיון על התנאי השלישי של ס' 34- התמורה. אובייקטיבית/ סובייקטיבית? שטרסברג:לעניין תקנ"ש נדרשת תמורה ממשית-אובייקטיבית שנועדה להבטיח את תו"ל של הקונה, ומזעור הנזק. בהעדר תמורה ממשית תגרום שלילת הנכס מן הבעלים נזק רב לבעלים ולקונה נזק קטן.

חשין:הצורך בקיומה של תמורה ממשית הוא תנאי בלעדיו אין לקיומה של תקנ"ש.

אור: קשה להסיק שנדרשת תמורה ממשית אובייקטיבית מלשון החוק אולם זוהי הפרשנות העדיפה.

ברק: תקנ"ש דורשת תמורה מספקת.

דעת המיעוט: לוין ואנגלרד: בשאלת סוג הממכר- זה נקבע לפי נתונים אובייקטיבים מלכתחילה, בהעדר סיבה מיוחדת אין לסווג דבר אחד לסיווגי משנה- לכן אין סיבה מיוחדת לסווג את הציורים המיוחדים בנפרד. התמורה תבחן סובייקטיבית לפי אומד דעת הצדדים בעת המכירה. בשאלת המכירה "במהלך הרגיל של עסקיו"- אין מניעה שהעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר יהיה עיסוק עיקרי, מכירת הנכסים לא צריכה להיות בבית עסק קבוע. טירקל: התמורה סובייקטיבית . נבחנת לפי ערכו המדומה של הנכס בשעת המכירה בעיניו של מוכר מן השוק ולא לפי הערך האמיתי.

שיתוף בנכסים

**וילנר נ' גולני –**נקבע כי הענקת זכות החזקה ייחודית לשותף אחד עשויה להיות החלטה שנופלת בגדר "שימוש וניהול רגיל" שעליהם יכולים לקחת החלטות בלי רוב החלקים במקרקעין המשותף. כמו כן מסייגים את הלכת ביאלר ונקבע כי בעל משותף רשאי להתיר לבן זוגו ולילדים הסמוכים על שולחנו להשתמש בנכס המשותף.

**וויטרס נ' זמורה** – מה נחשב לשימוש סביר ע"י שותף יחיד? בעניין זה נקבע כי אם שותף יחיד מחליט לעשות שימוש בנכס הוא יכל לעשות כן ללא אישור של השותפים האחרים ובלבד שהוא לא מנע מהשותפים האחרים לעשות שימוש דומה אם יש להם עניין לעשות כן.

**ביאלר נ' ביאלר** האם רשאי אחד השותפים לבטל רשות שימוש שניתנה לאחר ע"י אחד השותפים? הענקת זכות שימוש במקרקעים איננה עסקה במקרקעין במובן חוק המקרקעין. כאשר שותף אחד מתיר לצד שלישי להשתמש בנכס, או בחלק כלשהו ממנו, בניגוד לרצונו של השותף השני, הוא חוטא בשני דברים: ראשית, המשתמש במקרקעין זה לא הוא עצמו אלא אחר. שני, ע"י התרת שימוש לצד שלישי הוא מונע מהשותפים האחרים עשיית שימוש כזה באותו זמן 🡨 השותף רשאי לבטל את רשות השימוש.

**זולבו בע"מ נ' זיידה** – מחשבות עמ' 51 – האם רשאים בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים להשכיר נכס משותף על אף התנגדות בעלי מיעוט החלקים? ההשכרה בהחלטת הרוב הינה מותרת.

בית משותף- מהחומר עזר המצו"ב

**צודלר נ' יוסף** -שיקום בית משותף. ס' 60 כפוף לחובת תום הלב – אותם מתנגדים לא יכולים לכפות על הרוב את הזכות לשקם את הבית ובכך לשלול בהם את המנגנון של הבית המשותף. **חשין**: זכות הבעלות בדירה בבניין משותף אינה זכות בעלות קלאסית והיא מוגבלת בזכויות הבעלים האחרים ברכוש המשותף.

**שמע נ' סודוסבסקי-** הגישה שבעל דירה הוא בעל זכות קניינית נפרדת, יכול לעשות בקניין מה שבא לו ואף אחד לא יוכל להתערב.

**אתגר*-***נטען שחדר הבקרה שנרשם כדירה אינו כזה והוא חלק מהרכוש המשותף **-**רשמו את חדר הבקרה כדירה ותלוי עליו הצמדות של חניות, ולכן בעלי הדירות תקפו את הסיווג של דירה- כי לרכוש משותף לא ניתן להצמיד. ביהמ"ש אומר שזה שנמצאים בדירה מתקנים משותפים זה לא הופך אותה לרכוש משותף(ס' 52) ולכן נקבע שם שהמחסן אכן נחשב כדירה- כך הוא נרשם מלכתחילה.

**מאיר נ' וייץ** הכירו גם בחלק פתוח שלא היה חלק אינטגרלי מדירה כחלק שניתן לרושמו כדירה עצמאית בגלל שהיה מיועד להיות סגור

**גוב אריה**- ביהמ"ש קבע כי מאחר והמחסנים לא נועדו להיות יחידה נפרדת אלא לשרת בעלי דירות הם נחשבים לרכוש משותף.

**מזרחי נ' חביב, ביבי נו הורברט-**הגדרת רכוש משותף עוסקת בכל חלקי הבית המשותף- כמבנה, ולא מה שלא בנוי- מופשט כמו אחוזי בנייה.

**בפס"ד מ"י נ' מרקוביץ-** העיר ביהמ"ש שאין מניעה שההצמדה תעשה גם לשורה של דירות.

**בעניין פומרנץ**- החיל ביהמ"ש את דיני העסקאות הנוגדות על עימות בעניין הצמדות.

**עניין גלבורט, יוסף נ' בכר-** ניצול אחוזי הבנייה טעון הסכמת כל בעלי הדירות, עצם ההצמדה של הגג לאחת הדירות באמצעות התקנון איננה כורכת עימה באופן אוטומאטי גם את העברת אחוזי הבנייה המתאימים.

**בעניין טרוצקי**- חזר ביהמ"ש על העמדה לפיה בעל זכות מעין קניינית זכאי לתת לבעלים הוראות איך להצביע, באופן דומה גם לשוכר יש זכאות כזה.

**ע"א נציגות הבית המשותף-** תפקידה של הנציגות היא לטפל בכל העניינים הכרוכים בניהול הפנימי והשוטף של הבניין, ובכל הנוגע לרכוש המשותף- אופן השימוש בו, החזקתו , ביצוע תיקונים בשעת הצורך וכו'. לפי ס' 69 יש לנציגות כשרות להיות צד לפעולת משפטיות שונות, אולם הכשרות מוגבלת לענייני החזקה תקינה וניהול הבית המשותף

משכון

**מ.ש. קידוחי הצפון בעמ נ' גוילי** -הופך את הלכת קולמבו וקובע כי יש לכבד תניות שימור בעלות ככתבן וכלשונן בהיעדר טעמים מיוחדים לסתור. יש לתת תוקף לתניית שימור בעלות וזאת בניגוד להלכת קולמבו שהתייחסה לעסקאות כעסקאות הסוואת משכון. להלכה זו יש סייג: מקום בו יהיה ברור לנו שתניית שימור הבעלות בין הספק לקונה היא תניית שימור מלאכותית שהתכלית שלה היא לתת לספק עדיפות על פני צדדים שלישיים תוך עקיפת הוראות חוק המשכון – אז פה נגיד שזוהי הסוואת משכון.

**בנק הפועלים נ' אופיר -**צריך לבדוק טכנית איפה הופיעה תניית שימור הבעלות – אם היא הופיעה רק בחשבונית ולא הופיעה בהצעת המחיר ובתעודת המשלוח – אז לא נכבד אותה ונחשיב אותה בתור הסוואת משכון.

**טכנוטייר בע"מ נ' אלי פריואת** –-עקרונית ניתן ליתן תוקף לתניית שימור בעלות אשר הודפסה על חשבונית גם בהעדר הסכם כתוב המורה על שימור בעלות וזאת במצבים של עסקאות מזדמנות, קרי: עסקאות בסדר גודל קטן יחסית או כאלה הנערכות במהירות ללא יחסים מסחריים נמשכים בין הצדדים-כלומר לא בין שחקנים חוזרים.

**פס"ד תרמו עוז** – במחברת: נותן לנו שלושה שיקולים כדי לבדוק האם זוהי תניית שימור או הסוואת משכון –

א. התנהגות הספק – האם פיקח על המלאי ובא לבדוק אותו מידי פעם?

ב. חשבונאית – איך הם רשמו את זה בספרים שלהם – עסקת מכירה או לא?

ג. יחסי הכוחות בין הצדדים – אילו כוחות שויירו בידי הספק בהשוואה לקונה ביחס לנכס ומה סוג הכוחות הללו?