**מחברת מקוצרת- דיני קניין**

**החזקה בפועל= מגורים/ אפשרות לעשות בקניין פעולות.**

**1. הקניין הפרטי:**

**מהו קניין?**

**ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**- "אין פוגעים בקניינו של אדם..". עם זאת, **ניתן לפגוע בקניין כאשר מכירים בפגיעה ומכשירים אותה.** דוג' לכך **שאין לנו שליטה אבסולוטית בנכס** גם כשהחברה והמשפט מכירים בזכות קניין: דיני הפטנטים (עברו 20 שנה/ לא מנצל את הפטנט באופן הראוי מבחינה חברתית- מפקיעים בלעדיות- פגיעה בזכות לקניין), דיני המשפחה (הלכת השיתוף (קניין בגירושים)- עיצוב מחדש של הזכות לקניין) וזכויות יוצרים (יש הגנות שנותנות אפשרות להשתמש בזכות הקניינית של אדם אחר שיצר יצירה).

**1.א. הזכות הקניינית:**

* **מהי הזכות הקניינית?** אין הגדרה אחידה, אלא מס' תאוריות:
1. **התיאוריה הקלאסית- קיים מתח בין זכות חוזית** (אישית, כלפי אדם אחר, אינפסונם) **לזכות קניינית** (כלפי כל העולם, ביחס לנכס, אינרם). בשל הבעייתיות שקיימת בהגדרת היחסים בין אדם לבין חפץ התפתחה:
2. **התאוריה הפרסונאלית-** **אין הבדל מהותי, אלא כמותי**- מערך חובות וזכויות מול בני אדם ולא מול נכס; זכות חוזית- מול קבוצה מוגדרת של אנשים (בהסכם). זכות קניינית- הסכם דמיוני עם כלל האנושות.
3. **תאוריה מודרנית קלאסית-** זכות קניינית מעניקה **יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת** הניתנת להערכה כספית הנגזרת מהבעלות שלו על הזכות. במערכת יחסים בין הבעלים, המשאב וזרים שהבעלים חייב להם- יש לזר זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של החייב.

**תפיסות קנייניות:**

1. **בלקסטון (תפיסה היסטורית יותר)-** **תפיסה ליברטיאנית-** מקדשת את ערך **חירות הפרט** בצורה אבסולוטית ואולטימטיבית. קניין היא זכות המושתתת על רצון הבעלים, כחלק מהחירות שלו. קניין הוא כל דבר שהפרט רוצה לעשות עם הקניין שלו, ופגיעה בקניין (ע"י המדינה (אין על המדינה להתערב בחופש הפרט)/פרט אחר/ביהמ"ש וכו') היא כל פעולה שמונעת ממני לעשות שימוש בזכות הקניין שלי. **התפיסה הליברטיאנית הקיצונית-** המדינה צריכה להיות שומר הלילה- שיהיו לה רק 2 תפקידים- מניעת מלחמה ושמירה על סדר חברתי. שאר התפקידים חוטאים לתפקיד המדינה.
* ביקורת תיאורטית- לא מציאותי- הזכות לקניין היא לא רק חירות הפרט (גם בתקופתו).
* ביקורת דיסקורסיבית- לא ניתן לנהל איתה שיח והיא לא שיטה שניתן להתמודד איתה בעולם משפטי מורכב יותר.
1. **הופלד** (יחד עם **הונור** ו**חשין** ו**דורנר** תומכים בה)- **אגד זכויות** (**ביהמ"ש כיום נע יותר לכיוון תפיסה זו, לא בצורה קיצונית**). אין הגדרה 1 למושג "זכות קניינית" משום שיש זכאויות קנייניות רבות אשר שונות זו מזו (זכות שליטה וניהול של נכס, שימוש בנכס וכו'). לעתים יש זכאויות שקיימות במקרה מסוים ולפעמים יש זכאויות שלא קיימות בו, הרכב הזכאויות שונה ממקרה למקרה. בבעלות- הזכות העיקרית היא להעביר את המשאב, ובשכירות- הזכאות העיקרית היא להשתמש במשאב. לאחר שקבענו מה הזכאויות שמתקיימות במקרה, נבדוק אם הייתה פגיעה בזכאות. **לא כל גריעה מהווה פגיעה בקניין**.
* ביקורת- אד-הוקיזם- ברגע שאין לנו החלטה ברורה מהו קניין והכל נתון למצב מודולרי ולהרכבה משתנה עפ"י זכויות, לא תהיה יכולת לכוון את הפעילות הקניינית בצורה ברורה ואחידה. **חוסר וודאות**.
* ביקורת- פריקת יתר של הזכויות- פירוק לגורמים קטנים מידי וההרכבה המודולרית של זכאויות לפי מקרה יוצר לנו מצב בו **אין בסיס לזכות הקניינית**, אין לנו מרכיב מאחד (מכנה משותף) בין כל הזכאויות, כך שייתכן שאנו למעשה מאבדים את זכות הקניין- לא נצליח לתחזק אותה, לא נוכל לעקוב אחר הזכויות שמתגבשות בין 2 גורמים, לא תהיה אפשרות/ציפייה מיתר העולם לכבד הסכמים ויהיה קשה מאוד משפטית להבין איך ניתן לעשות שימוש בכל הזכאויות הללו. במצב כזה נתקשר בצורה חוזית בלבד ולא באמצעות זכויות קנייניות. ביקורת זו רלוונטית בעיקר לעולם המודרני, בו יש לנו זכויות שאינן מוחשיות.
* **דינמיקה של תפיסות קנייניות:**
1. **מישור תורת משפטי: פורמאליסטית אל מול ריאליסטית:**
* **פורמליסטית** (תפיסה היסטורית יותר)- היצמדות של המערכת המשפטית להגדרות הצורניות של הזכות הקניינית בחוק. יתרון- וודאות ויציבות אשר מקנים לי יכולת להעריך את סיכויי התביעה. הוודאות חשובה מאוד בדיני הקניין, בעיקר משום שמדובר בנכסים ובהון שעובר מדור לדור הרבה פעמים.
* **ריאליסטית-** הסתכלות על המציאות, נסיבות ומה שקורה בשטח. יתרונות גישה זו הם בחתירתה לצדק, באפשרות להתגבר על עיוותי דין פורמאליסטיים ובמתן האפשרות להתחשבות בנסיבות המקרה הפרטניות. חסרון- חוסר וודאות ויציבות. במצב קיצוני- יהיה לי קשה להעריך סיכויי תביעה.
1. **מישור התחולה: מוניסטית אל מול פלורליסטית:**
* **מוניסטית-** כל תפיסת הקניין מושתתת על ערך חברתי/אנושי אחד. למשל: התפיסה הליברטיאנית היא גישה מוניסטית משום שהיא מושתתת על ערך אחד בלבד- ערך חירות הבעלים. הבעיה: לא ניתן לבסס תפיסות קנייניות על ערך אחד בלבד (תוצאות מסוכנות). יש למצוא איזון בין הערכים.
* **פלורליסטית-** לא מאמצים רק ערך אחד כערך האולטימטיבי, אלא פועלים ע"פ איזון ערכים רבים. האיזון חייב להגדיר מהי זכות הקניין, מה היקפה, לקבוע מתי יש הפרה ומהו הפיצוי שינתן בגינה. גם אם נבצע איזון ערכים עשויה להתרחש פגיעה בערכים מסוימים, אך כנראה שהפגיעה תהיה מינורית לעומת בחירה בערך יחיד.
1. **מישור נורמטיבי: ליברטיאנית אל מול ליבראלית:**
* **ליברטיאנית-** תפיסה המבוססת על חירות הפרט. היא בדר"כ מוניסטית (מאמצת רק את חירות הפרט) ומאוד מצומצמת להגנה על חירות הבעלים.
* **ליברלית-** תפיסת קניין פלורליסטית אשר תמיד תיתן מקום באיזון לערך של חירות הפרט.
* **איך מגדירים את ההיקף של הזכות?** היקף הזכות מוגדרת **מהכרעות חברתיות** (איזונים בין ערכים חברתיים שהחברה עושה) שלבסוף הופכות להיות משפטיות.
* **מאפייני הזכות הקניינית:** לפי **הופלד-**הזכות הקניינית היא **אגד של זכאויות** אשר מקנות לבעלי הזכות הקניינית שימושים שונים או אפשרויות שונות בזכות. כשאנו מפענחים זכות קניינית אנו בודקים אילו מאפיינים קיימים בתוך הזכות. המאפיינים:
1. **מרשם המקרקעין-** אחד הדברים שמבדילים את הזכות מקניינית מהחוזית.
2. **שליטה וניהול-** מאופיין ע"י **בלקסטון** (התפיסה הליברטיאנית)- **הבעלים בלבד צריך להחליט מה קורה עם הנכס שלו. הפקעה** (כאשר הרשות המקומית מחליטה לקחת את הזכויות במקרקעין ולהשאיר את הבעלים עם פיצוי כספי בלבד) זה המצב היחיד בו לוקחים את עקרון השליטה והניהול מבעל הנכס (הסיפור של **סוז'ט קילו**).
3. **פומביות-** מבדילה את הזכות הקניינית מהזכות החוזית- זכות קניינית צריכה להיות זכות כלפי כל העולם, ולכן, יש דרישה לפומביות **והפומביות מסתמכת על הרישום**. **ס' 7(א) לחוק המקרקעין**: "עסקה במקרקעין טעונה רישום.." על כן, כל זמן שאין **רישום של הנכס בטאבו**- לא קיימת זכות קניינית. **עד אז, קיימת רק התחייבות חוזית לעשות עסקה במקרקעין שגם היא טעונה רישום לפי** **ס' 8**.
4. **עקיבה ועדיפות-** זכות קניינית היא מצב בו יש **זיקה בלתי אמצעית על הנכס**. לכן אם למשל גנבו לי טלפון- באופן תיאורטי קיימת לי עקיבה- ניתן לעקוב אחר הנכס שלך ולקחת אותו, ועדיפות- בעל הנכס יהיה בעדיפות ראשונה לקחת אותו. באופן מעשי, לעיתים נעדיף אנשים אחרים לעומת בעלי הקניין בגלל דיני תחרויות ותקנת שוק (תהיה פגיעה קשה בשוק) ונגביל את העקיבה והעדיפות.
5. **שימוש- ס' 2 לחוק המקרקעין** מגדיר בעלות: "הבעלות.. הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר .. ". עם זאת, ניתן להגביל את הזכות לשימוש.
6. **רכושיות-** האם **ניתן לקבל את ההכנסה או לעשות שימוש מסחרי בזכות לקניין** (לא בנכס)? **זכות קניינית**=ערך כלכלי. עם זאת, **זה מוגבל**. יש דברים שאנחנו לא יכולים/רוצים לקבוע להם ערך כלכלי (לשים עליהם תג מחיר). כליה למשל. איך מוציאים דברים כאלו מהקניין? מבטלים להם את הערך הכלכלי ובכך מוציאים אותם מהשוק.
7. **חיובים-** **גרגורי אלכסנדר**- **עצם העובדה כי אתה בעלים של נכס, מצמיחה לך חובות וחיובים כלפי אחרים**. החובה האזרחית, המגבלה, **אינהרנטית** (=מובנית), בתוך הזכות לקניין. למשל- בעל דירה בבניין חב וחייב כלפי כל הדיירים.
8. **עבירות**- **ניתן להעביר למישהו אחר את הזכות שלי. אך זה מוגבל ל2 פעימות.** למשל בירושה אני יכולה להחליט למי להוריש ולמי היורש יוריש וזהו. רק 2 פעימות- יורש אחרי יורש. למה?
9. שיקול כלכלי- כאשר משאירים את הנכס לשנים רבות, אז יש מצב שבעתיד, האנשים שיקבלו את הנכס לא ידעו לפעול איתו ולהתנהל איתו מבחינה כלכלית, ואז הרווחה המצרפית תפגע בצורה חזקה. לכן, ההבנה היא כי אדם יוכל לדעת מה השניים הבאים שיקבלו את הנכס יעשו עמו או לחלופין להחליט להעניק את הנכס לאנשים שלא מבינים אך לפעמיים בלבד. לאחר 2 פעימות- השיקול הכלכלי גובר על השיקול הקנייני.
10. שיקול חברתי- לעיתים הזכות לעבירות **מקבעת תפיסות חברתיות מיושנות**, למשל, להחליט כי רק גברים מקבלים את הדירה. ולכן יש רצון של המדינה להגביל את הקבעון לתפיסות שנראות מיושנות ופוגעות.
11. **עקרון הרשימה הסגורה-** **ס' 161 לחוק המקרקעין**- **כל זמן שלא נקבעו זכויות קנייניות חדשות בחוק (המקרקעין/אחר), אין לביהמ"ש את הזכות להמציא זכויות** (כמו ששטרסברג כהן **בפס"ד טנא נגה** עשתה כשניסתה לקבוע האם מדובר בפגיעה קניינית או חוזית). למה? **פחד וניסיון לשמר את הזכאויות בלי להוסיף.**
12. טעם/רציונל כלכלי- **כדי שהשוק יעבוד כמו שצריך ומכיוון שלקניין יש השפעה על צדדים שלישיים**, אנו רוצים לדעת בדיוק מה מערך החובות והזכויות במוסדות הקניינים ולא רוצים שיקרה מצב בו כל אדם יגדיר את החובות והזכויות בדרך שלו/ לא נדע מי בעל הנכס וכו'. ביקורת- לא מצדיק רגולציה דווקנית וקשוחה.
13. טעם/רציונל נורמטיבי- **חנוך דגן**- כאשר מקנים זכות קניינית למישהו, זה מבטא את ההכרעה החברתית שלנו בין הערכים החברתיים השונים: אוטונומיה של פרט, רווחה מצרפית, יעילות, תמרוץ וכו'. **לא נכון לתת את הכוח להכריע את האיזון, מבחינה חברתית, למי שהוא לא נבחר הציבור שלנו.** זאת בשונה מחוזה אשר אמור להיות מעוצב ע"י הצדדים.
* **שלושת משטרי הקניין:**
1. **קניין פרטי-** אנשים פרטיים יכולים להיות בעלי קניין. משטר הקניין בו בחרה ישראל.
2. **קניין קולקטיבי-** לאף אדם פרטי אין אפשרות לרכוש בעלות/זכות קניינית פרטית בנכס. הבעלות היא קולקטיבית. כל הנכסים מוחזקים בשיתוף מלא ע"י המדינה/קבוצה/קהילה והיא מאפשרת זכויות שימוש לפי צרכים. דוג' קיבוץ.
3. **קניין משותף-** כמה פרטים שמחזיקים נכסים במשותף.

 **4.ב. קניין פרטי – למה? ההצדקות:**

* **בכל פעם שאנחנו רוצים לדבר על זכות קניינית והיקפה אנחנו שוקלים את הדברים הללו.**
* **ערך קנייני-** ערכים שנובעים מהמאפיינים של זכויות לקניין ומהערכים חברתיים. **הצדקות-** ערכים חברתיים מסוימים שלנו שבשמם אנחנו מצדיקים קניין/ קניין פרטי/ מעצבים תפיסות קניין. כשאנחנו מחליטים על משטר לקניין אנחנו צריכים לקחת בחשבון גם את ההצדקות השונות וגם את הערכים.
1. **חירות-** **רוברט נוזיק**- ללא קניין פרטי האדם כפוף למדינה. **קניין הוא אבן דרך מרכזית למימוש החירות.** למה? ללא קניין, אין לאדם מקור הכנסה שהוא יכול להסתמך עליו ולבסס לעצמו את החירות שלו- הוא לא יכול להפעיל שק"ד עצמאי. עם זאת, **קניין פרטי מסובך יותר**, שכן יש הרבה בעלים על הרבה נכסים. צריכים להתקיים 3 כללים כדי שהוא יעבוד:
2. **כלל תפיסה תקיפה-** על המחוקק לקבוע כלל שבעזרתו אנו **מבינים מתי אנשים הופכים להיות בעלים של קניין**. למשל- קבלת מתנה זה כלל תפיסה תקיפה- כשאני מקבלת מתנה אני הופכת להיות הבעלים של הנכס.
3. **כלל העברה תקיפה-** על החברה לקבוע **איך מעבירים את הקניין** באופן לגיטימי ברגע שאנחנו רוצים להעביר אותו.
4. **כלל תיקון-** אנו **מניחים שלפעמים יהיו תקלות בשני השלבים הראשונים**, כך שהעברות והתפיסות לא יהיו תקפות (רמאויות, עיוותים וכו') ולכן עלינו לקבוע כללי תירון כמו תקנת שוק, עסקאות נוגדות במקרקעין וכו'.

**ביקורת**:

1. **אוטונומיה** הוא אחד הערכים שבגללם אנו מעוניינים במשטר קניין פרטי (מעוניינים שכל אחד יממש את האוטונומיה שלו). אם ניקח את האוטונומיה כהצדקה עיקרית לחירות, עולה השאלה האם אנו רוצים להגיד שהדרך היחידה של האדם לממש את עצמו היא דרך הקניין ושאדם לא יכול להיות שלם אם אין לו נכסים? להגדיר את הקניין כמשהו מכונן באישיות שלנו?
2. הופלד מגדיר זכות מול חובה וחירות מול היעדר זכות (בטבלת הזכויות של הופלד). אם ניקח טבלה זו ברצינות, ברגע שנגדיל את חירותם של בעלי הקניין, נשלול את חירותם של אלה שאין להם קניין (פגיעה משמעותית). אם אנו חושבים שחירות היא הבסיס לקניין פרטי, אנחנו צריכים לתת זכות לקניין, ולו המינימלית, לכלל האזרחים. בנוסף, נראה כי אומנם בזכות לחירות מחולקת בצורה שונה, אך היא לא גדלה בצורה משמעותית.
3. **עבודה- ג'ון לוק**- נק' המוצא היא שהקניין משותף לכולם, שה' נתן את הקרקע לכולנו וכולנו בעלים של קניין קולקטיבי על הארץ והיצורים. אך בגלל שאני והגוף שלי הם קניין שלי פרטי, **ברגע שאני מערבב את הכוח שלי בנכס/משאב מסוים, ברגע שאני מערבבת את העבודה שלי, אני למעשה מפקיע את הנכס מהבעלות המשותפת ומעביר אותו לבעלות הפרטית שלי (ובכך מבטל את הזכות של כל בני האדם).** למה השקעת הכוח היא זו שמפקיעה? 1) לכל אחד יש זכות לשמור עצמי ולכן מותר לקחת משאבים. 2) אחרת משאבים לא היו מנוצלים ואנשים לא היו יכולים לאכול ולחיות. משום שאם זה לא יהיה שלנו, לא נעבוד בשביל זה. לכאורה זוהי הצדקה תועלתנית-כלכלית, אך היא לא קלאסית ולכן זו הצדקה של עבודה. נכיר ברעיון זה רק כאשר (סייגים):
4. יש כמות מספקת של משאבים שהיא בכמות גבוהה ובאיכות לא פחות טובה שתספיק לאחרים. זהו סייג בעייתי מבחינה מעשית.
5. בל תשחית- ה' נתן לנו את הדברים עד כדי שובע ואסור לנו לקחת יותר מכפי שהאדם יכול לצרוך (לאגור/לשמור).
* כסף זו שאלה בעייתית לגבי לוק כי בזמנו היה סחר חליפין.

**ביקורת של נוזיק על לוק:**

1. **בעיה בסייג הראשון- חוסר במשאבים-** מדובר בתנאי אוטופי משום שאנו נמצאים בעולם שיש בו תמיד מחסור. לכן, לחשוב שאנחנו יכולים להפקיע תפוחים ושעדיין שיישאר בכמות מספקת לכל העולם זה לא ריאלי. אם היו מספיק משאבים לכולם לא היינו צריכים להגיע למצב של השקעת העבודה וכו'.
2. **תאוריית הערבוב-** אם אני אשפוך מיץ עגבניות לאוקיינוס ואערבב (הפעלת כוח) אני אהפוך לבעלים שלו? כל התאוריה מבוססת על כלל התפיסה של השקעת אנרגיה ולכן לוק מושך את השטיח מתחת לתאוריה ומגחיך אותה.
3. **"נמלה 1 - צרצר 0"- העבודה והתגמול שאדם מקבל-** ביקורת נורמטיבית. לוק לא מביא יחס פרופורציונלי בין השקעת הכוח לבין התוצאה שמקבל אותו בעלים חדש. לכן, עקרונית, יכול להיות שמלהשקות פעם 1 עץ, אני אהיה הבעלים שלו ושל כל פירותיו. בנוסף, אם אדם אחר ירצה להשקות את העץ הוא לא יוכל משום שאני כבר הבעלים של העץ הזה.

**הצדקה לעבודה=גמול (ובעצם יותר לגמול):**

התיאוריה של ג'ון לוק היא התאוריה הפותחת של דיני הקניין בארה"ב, התאוריה המרכזית המצדיקה זכויות היוצרים ופטנטים. אך בארה"ב זו קריאה מודרנית אחרת ומודרנית של התיזה של הצדקת העבודה המסורתית. לפי קריאה זו החברה רוצה לתגמל אדם שמשקיע אנרגיה וכוח ומפתח מוצרים ומשאבים על ידי מתן זכות קניין פרטית. למה זה פותר לנו את הבעיות/ ביקורות שדיברנו עליהם? 1) אנחנו לא חייבים לתת תגמול על כל דבר, אלא רק על התנהגויות ראויות. 2) נתגמל רק על תוצאות עשייה חיוביות. 3) הפרס/תגמול צריך להיות פרופורציונלי ולא אבסולוטי.

1. **אישיות-** לפי **מרגרט ריידין** **נכסים שקרובים לגרעין האישיות שלנו צריכים לקבל הגנה קניינית חזקה** (הגנה כי זה דבר אישי (לא של אוטונומיה- לא מדובר ביכולת לפעול בניגוד לשלטון ולא של יעילות- לא נותנים רווחה מצרפית על ערך כלכלי גבוה יותר). הפגיעה לא תהיה בערך, אלא בי) ואילו נכסים שלא קרובים (יותר קרובים לפן הכלכלי/מסחרי) צריכים לקבל הגנה קניינית חלשה/ לא בטוח צריכים לקבל הגנה קניינית.
* **לא מדובר בעניין סובייקטיבי.** נגדיר מראש את אותם דברים שקרובים לגרעין האישיות (קטגוריזציה/ קלסיפיקציה).
* **ריידין תכיר בהפקעות** מכיוון שהיא מודעת לעובדה שגם אם נעניק זכויות קניין לאנשים, עדיין **אפשר לפגוע בהם בנסיבות מסוימות.** עם זאת, היא **תדרוש פיצוי נוסף** בפגיעה בנכסים שמשמעותיים לאישיות שלנו.
* **בחברות שהן כל כולן שיתופיות, נייחס להצדקה זו משמעות פחותה.** כלומר, עלינו להתייחס למטען הרגשי של החברה כשאנחנו מסתכלים על אישיות.
1. **הצדקה כלכלית- בעיית הפעולה המשותפת-** **הרווין**- דוג' הפרות- כאשר הקניין פרטי הבעלים יפעל באופן יותר יעיל וישמע להוראות על מנת לשמור על החלק שלו פעיל, כי הוא יודע שכל נזק שיגרם למרעה שלו זה נזק פרטי שמשפיע על האינטרסים שלו באופן אישי, וזה לא נזק שהוא מחצין על האחרים, אלא הוא מפנים את העלויות.
* **רווחה מצרפית-** **תאוריית האסיר-** כשיש פערי מידע המצב מבחינת הרווחה המצרפית הוא מצב שבו שני הצדדים לא מקבלים את האידיאל עבורם וזה בדיוק אותה בעיה של הטרגדיה של השיתוף. בטרגדיה של השיתוף, כאשר אנחנו מדברים על קניין משותף, אנחנו מחצינים את העלויות שלנו על אחרים וזה בסוף עלויות שמתנקמות בנו. **כל הדבר הזה מבוסס על ההנחה שיש פערי מידע**- כל אחד מנסה למקסם את הרווחה האישית שלו ולהחצין עלויות.
* **מתי יש לנו בעיית קניין משותפת שמשפיעה על השוק**? בהתפתחות עירונית. צריכים לקבל הסכמה של רוב מיוחס מאוד של מספר דיירים למשל בתמ"א 38/ פינוי-בינוי. במצב כזה כל אחד מהדיירים מקבל הרבה מאוד כוח כדי לנסות לסחוט כספים והרבה פרויקטים מתעכבים בגלל אי היכולת להגיע להסכמה של כלל הדירים. פתרון- כללים משפטיים.

**ביקורת:**

**הרולד דמשטס**- בחלק מהפעמים יהיה עדיף משטר של קניין פרטי, ובחלק מהפעמים יהיה עדיף משטר של קניין משותף. מכאן נשאל- האם לפי ההצדקה של בעיית הפעולה המשותפת, תמיד יהיה עדיף משפטר של קניין פרטי?

1. הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת- **יש לבדוק** איזה ממשטרי הקניין מביא לתוצאה הראויה ביותר מבחינה כלכלית ע"מ לקבוע ניתוח כלכלי נכון.
2. הרווין לא לוקח בחשבון את ההחצנות והעלויות האפשרויות על שותפים/ דורות עתידיים וכו' הדרושות ע"מ לקבוע ניתוח כלכלי נכון וכללים משפטיים. **הוא מסתכל רק על מצב נתון.**
3. **קיימת אבולוציה של מושאי קניין** והדרכים למשטר קניין אותה **אנחנו חייבים לבדוק כל הזמן**. בעוד שכיום קיימות דרכים זולות וחכמות יותר למשטר את הקניין המשותף (מצלמות/גדר ולא אדם שצופה עם משקפת על המרעה), למשטר של קניין פרטי יש עלויות. **יש לבדוק האם העלויות לא עולות על העלויות של המשטר המשותף כדי לדעת אם כדאי לנו כלכלית ללכת למשטר פרטי.**
4. **סביבה?-** מדובר בערך שנמצא בפיתוח, לאט לאט מתחיל להיות מוכר כערך שמצדיק קניין פרטי בעוד ששאר התחומים כבר די מבוססים. **דארווין**- מבחינת הסביבה ושימורה, עדיפה שיטת הקניין הפרטית, משום שכך אומנם לכל אחד יש **תמריץ לגבי חלקו בלבד, אך הוא נשמר מפני פגיעות** בשל התמריץ הכלכלי (גם להוריש- התייחסות להחצנות בין דוריות)- הגיון תועלתני.
5. **קהילה-** יותר ערך קנייני מאשר הצדקה לקניין פרטי. איזה מושג של קהילה יש לנו? איזו תפיסה אנחנו מאמצים לזכות הקניינית? **קיימות 3 תפיסות:**
6. **ימני-ליברטיאני-** קהילה= אוסף של בני אדם שאומנם מקיימים קשרים ביניהם, אך **לחלוטין לא כפופים** אחד לשני או למוסד ואין להם כלל חובות ביחס לקהילה. **הכל וולנטרי. אין אכיפה** המוודאים אם היחידים מקיימים את הכללים של הקהילה, אם בכלל יש כללים. לעיתים יהיו כאלו שישמרו על הסדר הציבורי.
7. **שמאלי-קהילתני-** במופע המזוקק והקיצוני של הגישה- היא דורשת **הקרבה** של היחידים. היקף החובות של היחידים ביחס לקהילה יכול להגיע עד כדי מחיקת האינדיבידואל לחלוטין. אומנם לאדם יש קניין פרטי, אך הוא מחויב לעשות בו שימוש בעיקר/ רק לקהילה.
* התפיסה הליברטיאנית למשל תגיד **שאסור להפקיע** מקרקעין לטובת צרכים ציבוריים, ואם כבר עשינו זאת אנחנו חייבים **לפצות** את היחיד בצורה כזו שהוא יעמוד במצב הקודם שלו ללא שינוי. לעומת זאת, תפיסות קהילתיות טוענות כי אתה **מחייב לתרום** את הקניין שלך לקהילה, בטח שמדובר בצרכים מאוד חיוניים לקהילה והפיצוי יכול להיות מופחת. דוג' נוספת- בית משותף.
1. **אמצעי-ליברלי-** **חנוך דגן ומייקל הלר**- **יש לאזן** בין ההכרה בחשיבות הקהילה לבני אדם לבין הרצון לשמר תפיסה ליברלית שמקדמת את האוטונומיה של הפרט. האיזון- מותר להשתתף בקהילות והן יכולות להטיל דרישות/ "הקרבות" מסוימות על היחיד, אך **עד כללים/ חסמים משפטיים שמונעים את הזכות ליציאה מהקהילה**. לפעמים למרות שאין חסמים כאלו, המציאות לא מאפשרת יציאה. למשל- הקהילה החרדית המטילה חבויות נסתרות ולא מאפשרת בחירה אמיתית (מניעת השכלה אחרת, חסכים כלכליים וכו').

**הסיפור של קהילה פוגש אותנו ב-3 מופעים בדין הקנייני:**

1. **בכניסה לקהילה-** האם יש לקהילה זכות למנוע ממני לקנות דירה כי אני לא תואם את מאפייניה או כי אני לא דומה או מקבל את הערכים שלה? האם זה נכון? מתי? מהו השיקול הנורמטיבי שבא ואומר שיש קהילות שיכולות ויש קהילות שלא? בישראל **שלב הכניסה הוא קריטי מכיוון שרוב הקרקעות שייכות למדינה והיא יכולה להחליט לאיזה קהילות למכור מקרקעין ולאיזה לא.** בישראל יש בעייתיות כפולה: 1) יש מחסור ולכן היא צריכה לתעדף ולשאול שאלות קהילתיות- לפי כללים או לא. שי- **עדיף לאמץ בישראל לפחות תפיסה אחת בקניין** ולהגדיר מהי קהילה כדי למנוע חוסר וודאות ולהקל על המשפט הישראלי, שכן לא כל הקהילות אותו הדבר. עד שביהמ"ש לא יכריע אנחנו נמשיך לחיות **בחוסר וודאות לגבי זכויות הקניין** שלנו. 2) המדינה נותנת בחוק כלים לקהילות עצמן- לקבוע מי כן נכנס לקהילה ומי לא.
2. **המשטר בקהילה/החיים בקהילה-** האם אנחנו רוצים, כמשפט, לאפשר לקהילות להשפיע על חיים ועל היקף הזכויות הקנייניות של אנשים שחיים בקהילה, רק מפני שהם חיים באותה קהילה? משתנה- קהילתני/ ליברטיאני.
3. **יציאה מקהילה-** 3 אפשרויות:
4. כשקהילה מחליטה להוציא מישהו מהקהילה- האם הוא חייב בפיצוי? וכו'.
5. כשאדם מחליט לצאת מהקהילה מעצמו (לא רלוונטי רק לתפיסה הקהילתנית).
6. הפקעות- מה קורה כשמדינה מחליטה להפקיע קהילה שלמה/ חלקים ממנה כשהם משפיעים על הקהילות.
7. **צדק חלוקתי-** **טעם כפול:**
8. **טעם חיצוני-** כל משטר שלא נקבע מחייב אותנו לחשוב על **ההשלכות החלוקתיות** שיש לו (ויש לו- קניין מדבר על משאבים, נכסים, אמצעי ייצור וכו'), בין אם נגיד שזה לא מעניים אותנו או שנתייחס אליהן.
9. **טעם פנימי-** כל ההצדקות/הערכים הקניינים כשלעצמם כוללים השלכות חלוקתיות פנימיות.

**קפל ושבל**- מעלים טענות כבדות נגד שיקולים חלוקתיים במשפט הפרטי- **הדבר ייצור עיוותים משום שהמשפט הפרטי לא תופס/חל על כל האוכלוסייה.** לא לכל האנשים יש קניין משמעותי מספיק ולכן הם יישארו מחוץ לשיח הקנייני ויפגעו מזה יותר מכולם. בנוסף, הם משאירים את שאלת החלוקה למערכות דינים אחרות כמו מיסים.

**1.ג. קניין פרטי – במה? במה אנו מעוניינים להפעיל קניין פרטי?**

* **ההכרעה במה אנו מעוניינים להפעיל קניין פרטי היא הכרעה חברתית (לא טבעית) שאמורה להתבסס על איזון ערכי שאנחנו כחברה למעשה עושים.** אם כן- **1)** **את מה החברה שלנו רוצצה לתגמל ולשמור (בהענקת קניין פרטי)? דברים שהם לטובת החברה** (למשל פטנט- מעודד את הרווחה המצרפית, עבודה וכו').
* **אין לנו חוק קניין אחד כללי גדול. יש לנו** **מוסד קנייני**= **תקנה/חוק שמגדיר לנו את ההיקף של זכות קניין מסוימת. יש לנו חוקים ספציפיים לכל מוסד קנייני וכל מוסד קנייני כזה הוא למעשה ביטוי של האיזון שעשה המחוקק ביחס לערכים הקנייניים השונים.** האיזון נעשה לפי המאפיינים והערכים השונים שמגולמים במשאב. אין רשימה מסודרת וברורה של החוקים הקנייניים הללו (המוסדות). דוג' מהחוק- חוק הדיור הציבורי, חוק הדיור המוגן וחוק המקרקעין- קיימים סעיפים המותאמים לאוכלוסיות החלשות ומיטיבות עמם/ שומרים על הזכויות הקנייניות של שאר הדיירים בבית משותף וכו'. יש התייחסות מתאימה למצב. **אם ביהמ"ש לא קיבל תשובה מהמחוקק, הוא נאלץ לקבוע האם מדובר בזכות קניינית ע"ב דברים דומים.** ביהמ"ש שמרני יגיד לי ללכת למחוקק ולא ייתן לי סעד קנייני (משום שביהמ"ש לא מייצג את הערכים הערכיים). **פס"ד מקדונלד'ס**- **ריבלין** עושה את עבודת המחוקק- בודק את כל הערכים הקניינים וההצדקות, מאזן ביניהם וקובע האם צריך לתת זכות קניינית או לא ומה היקפה- הוא צריך לבדוק למה הזכות דומה בדברים מסוימים ובמה היא שונה מאותם דברים ולפי זה גם להכריע. בפס"ד זה הוא עשה זאת בדבר הזכות לפרסום- אין לנו מוסד קנייני כזה.
* אם נגיד "יש לי זכות קניינית"- לא נומר כלום. **צריך להגיד יש לי זכות קניינית במוסד קנייני מסוים**. למה זה חשוב? כי המחוקק עורך איזון עבור כל זכות קניינית שונה בנוגע להאם לתת ומי זכאי לזכות הקניינית ומה נכלל בתוך הזכות הקניינית הזאת. כשאנחנו יודעים באיזה מוסד קנייני מסודר נוכל להבין למה ומה היקף ההגנה.
* **"קניין חדש"- צ'רלס רייך**- אם מסתכלים על קניין כנותן הבטחה לחירות, אוטונומיה, עבודה וכו': בעבר התייחסו רק לקניין שהוא נכסים/מטלטלין, **והיום מתייחסים גם לזיכיונות/רישיונות/קצבה וכו' גם אם מדובר בהטבה ממשלתית ולא משהו שאדם חסך.** על כן, כאשר המדינה מחליטה לשלול לאדם קצבה/רישיון/פנסיה היא פוגעת בזכות לקניין שלו. המשפט הישראלי דן במאמר זה ב2 הזדמנויות שונות: 1) פיצוץ קצבאות זקנה- משום שמדובר בחסכון של אדם ולא הטבה מהמדינה, לא מדובר בקניין חדש וזו אכן פגיעה בקניין. 2) רישיונות/זיכיונות למוניות **בפס"ד מנחם**- התייחסו יותר לחופש העיסוק. על כן, **אין לנו החלטה בפרקטיקה על קניין חדש**.
* **אינטרס ההסתמכות בקניין-** **ג'ו סינגר**- **מקום העבודה שהסתמכתי עליו עשרות שנים יכול להיות בבעלותי אם המעביד מחליט שהוא סוגר את המפעל** (סוגר ולא מוכר למישהו אחר). **כלומר, צומחת לעובדים זכות קניינית מעצם הציפייה, הסתמכותם על מקום עבודתם.** מדובר ב**תפיסת קניין פרוגרסיבית** (תפיסה חברתית שנותנת חשיבות לרווחה הסוציאלית והדאגה של אנשים, נותנת משמעות לצדק חלוקתי ומבקרת את התפיסות הליברטיאנית, מנוגדות לקפיטליסטיות). סינגר במאמר **לא מצליח לבסס בכמה כמה שנים של הסתמכויות מדובר. בנוסף,** הטיעון של יצירת כלל משפטי בגלל הסתמכות הוא למעשה **טיעון מעגלי** כי ההסתמכות יכולה לבוא רק אם יש כלל משפטי, רק אם יש על מה להסתמך. אם אין כלל משפטי שמעביר את המפעל לבעלות העובדים, אין תנאי בחוזה ואין ציפייה או הסתמכות. על כן, **יש כאן בעייתיות. כשסינגר הבין את זה, חזר בו מהטיעון הזה**.
* **קניין פרטי- במה לא?** **2)** האם יש דברים שאנחנו לא מוכנים שייכנסו לשיח הקנייני כך שיאפשרו את העבירות של הנכס? למשל מכירת איברים ואנשים (עבדות, זנות וכו').

**בעד:** 1) **מלאי האיברים יגדל-** אנשים יתרמו יותר כאשר יציעו להם כסף, יהיה יותר קל להשיג איברים בקנייה ומכירה ויותר אנשים יוכלו לחיות כתוצאה מהתרומה. 2) **ימנע היווצרות של שוק שחור-** מדובר בהיעדר רגולציה על דברים שקיימים ממילא. אומנם ירחיב את השימוש, אל הוא יהיה מוסדר וכזה שאפשר לנסות להתמודד איתו ולפקח עליו מבחינה בריאותית וכלכלית.

**נגד:** 1) **בעיה חלוקתית-** השוק יחזק את החזרים בחברה ויחליש את החלשים (שלא יהיו בצד של הרוכשים ויהיו אלו שיתרמו). 2) **מסחור של טובין אישיים-** קומודיפיקציה שגורמת להסחרה של דברים שעד עכשיו לא היו בשוק. עצם זה שאנחנו הופכים את הדברים ללגיטימיים מבחינה משפטית, אנחנו הופכים אותם ללגיטימיים מבחינה חברתית. בעד: לא תמיד גרוע. למשל- הפיכת להט"ב מאיסור חברתי פלילי לתופעה ראויה. נגד: א) *שחיתות-* יש סיבה שיש דברים לא שוקיים. **אליזבת' אנדרסון** ו**גל כהן**- ברגע שאנחנו מתייחסים למשהו שהוא לא שוקי, למשהו שהוא שוקי, אנחנו משחיתים את המשמעות של המשאב הזה. **דן אריאלי** נתן דוג' לכך- טיפ לחמות בסוף הארוחה יהפוך את העניין לשונה לגמרי. ב) *כפייה*- מתן תג מכיר/ הכנסת אותם מוצרים לשוק תכפה על אנשים להרחיב את השימוש והמכירה של המוצרים כנגד רצונם, בכפייה. משום שברגע שהם יקבלו מאפיין שוקי, אנשים שעד עכשיו לא חשבו למכור את הגוף שלהם כדי לחיות וניסו למצוא פתרונות כאלו ואחרים, ייאלצו לפנות לדבר הזה ובכך ירחיבו את השימוש במשאבים האלו. אל מול טיעוני ההשחתה והכפייה **מרגרט ראדין** טוענת שמסחור טובין אישיים יכול גם להיות פתרון למשל לאישה שיש לה בעיות כלכליות וכעת תוכל לפרנס את 5 ילדיה באמצעות מכירת ילד אחד (היא עדיין מביאה את טיעוני הכפייה וההשחתה). 3) **החצנות על צדדים שלישיים-** ברגע שנתיר ונתמרץ את אותם גורמים אינטרסנטיים (סוכנויות, ממשלות, עשירים וכו') נגרום להחצנות כלפי צדדים שלישיים שלא מודעים (תינוקות) ושלא יכולים להתנגד (חלשים במכירת איברים למשל).

**2. הבעלות:**

**2.א. תחום הבעלות:**

**היקף העסקה במקרקעין**

13.  עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת.

* **איך מקרקעין בישראל מחולקים?** **גוש, חלקה** (=חלקים קטנים יותר בתוך הגוש) **ותת חלקה** (דירות). נחלק את החלקות בתוך הגושים **לפי שימושים, נכסים וצרכים תכנוניים** (רשויות התכנון קובעות שטחים ירוקים, רצון לפחות צפיפות, בתים פרטיים/בניינים (חלקות גדולות יותר) וכו'). **לפני שנקבעת סופית תוכנית חלוקה ניתן להגיש ערעורים עליה**.
* **למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?**
* **תשובה: בשל חשש מפני פיצול יתר של מקרקעין אשר יקשה על ניהול מקרקעין ראוי.** **מה הבעיה בפיצול יתר**? 1) **איתור-** כאשר אם נרצה לאחד/להפקיע מקרקעין למטרה ציבורית כזו או אחרת יהיה לנו קשה לאתר בעלים במידה ויהיו הרבה כאלו. זהו שיקול תועלתני. 2) **עלויות עסקה-** כשיש יותר בעלים שמעורבים אנחנו נכנסים לבעיה של עלויות עסקה גדולות יותר. 3) **פעולה משותפת (בעיית הסחטן)-** כשמדינה רוצה להפקיע מקרקעין עדיף לה שהם יהיו בבעלות של כמה שפחות אנשים כדי שלא יהיה מי שינצל את המצב ויסחוט. בנוסף, קשה להביא הרבה אנשים ביחד להסכמה. 4) ברגע שאנשים פרטיים ינצלו קרקעות לפי ראות עיניהם הם יכולים **שלא לקחת בחשבון את אותם שיקולים של צורכי הקהילה** **וכו'**.
* **האם השוק לא ידע להתמודד עם בעיית פיצול היתר ולסדר אותה בעצמו כך שלבסוף יהיה פיצול אופטימלי?**

1) **כשלי שוק-** השוק המעשי (לא האופטימלי) לא חף מטעויות. הוא פחות יודע להתמודד עם הפיצול הזה ועל כן תמיד יש להשאיר רגולציה. אין באמת תמיד שוק חופשי שכן יש עלויות למעשים וכו'. 2) **שנאת סיכון ציבורית-** בעוד שהאדם הפרטי יכול לאהוב/לשנוא/להיות אדיש לסיכון, כשמדובר בגופים/רשויות שלטוניות והדברים משליכים על הציבור, הם לא אוהבים לקחת סיכונים וייקחו צעדים שמרניים. ס' 13 מבטא את החשש הזה בכך שאוסר על פיצול יתר של השוק- לא סומכים על השוק.

* **שותפות במקרקעין:** אומנם לפי **ס' 13** אני לא יכולה למכור רק חלק מהמקרקעין שלי, אך אני יכולה **להשכיר אותו/ חכירה לדורות.** אך מדובר בסכום נמוך יותר ולא סכום גדול עכשיו. ע"כ, **אפשר להפוך אדם לשותף איתך בקרקע** כך שהוא משלם לך את כל הסכום עכשיו. עם זאת, השותפות היא על כל גרגיר במקרקעין ולא על חלק מסוים ממנו. למרות זאת, ניתן לעשות הסכם עם השותף כך שהוא למשל מקבל את החלק הצפוני ואני את הדרומי. פירוק השותפות יהיה בהסכם בין השותפים. **ניתן לפרק את השותפות כך שכל אחד יקבל חלק של ממש, פירוק מקרקעין בעין, לפי** **ס' 38- רק אם המפקח מאשר ורק אם החלקות ניתנות לחלוקה עפ"י חוק התכנון והבנייה או כל חיקוק אחר (לכן לא סותר את הס' הקודם).**
* **סעיף 13 צופה פני עתיד-** הוא אומר שבמקרים מסוימים יהיה תוקף לעסקה בחלק מסוים של המקרקעין, אך הם חייבים להיות מוסדרים בחוק. **מהם החריגים שצופה החוק?**
1. **ס' 54 לחוק** קובע כי על אף האיסור בס' 13 לחוק, "תהא **דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות**". כלומר, במקרה של דירה ניתן לעשות עסקה בחלק נפרד מהמקרקעין (של הבניין). למה? כי חוק המקרקעין לא אוהב שותפויות והמציאות הישראלית היא בעיקר של בתים משותפים.
2. **זיקת הנאה-** **ס' 93(ג)-** "על אף האמור בס' 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין". **הרחבה בעמ' 19.**
3. **הפקעה-** **פס"ד אקונס**- **ס' 11-** בעלות בקרקע היא בכל רבדי הקרקע (תת, בפני ומעל (חלל הרום) הקרקע). ניתן לעשות הפקעה רק בחלק מרבדי הקרקע משום שלא מדובר בעסקה במקרקעין לפי הגדרת **ס' 6**. אין רצון, אלא כפייה. למה שנפקיע רק חלק? המדינה לא רוצה לשלם כסף על שאר הרבדים אם אין לה צורך בהם.
4. **שכירות-** **ס' 78**- "על אף האמור בס' 13, **ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין**". **פס"ד לוסטיג**- **לא נחשיב את החכירה לדורות כבעלות (גם אם היא ל999 שנים), נחשיב אותה כהשכרה,** על אף שהיא מקיימת את כל הרציונליים והחששות הכרוכים בבעלות. זה מבטל כמעט את ס' 13 משום שרוב ההחזקה שלנו במקרקעין במציאות הישראלית היא תחת חכירה לדורות ולא אחזקה בבעלות.
5. **ירושה-** **ס' 6**. למרות הס' יש הרבה בעיות פרקטיות ולכן למרות הס' נגביל חלוקה עפ"י ירושה.
* **מה מוסיפים סעיפים 11 ו12 לס' 13?**
* **ס' 11 (עומק וגובה)-** **בעלות בקרקע היא בכל רבדי הקרקע** (תת, בפני ומעל (חלל הרום) הקרקע). **זאת בכפוך לכל דין** (אוצרות טבע ועתיקות לדוג' דיני הנפט) **ואין בכך למנוע מעבר בחלל הרום** (מטוסים).
* **תיקון תלת מימד מ2019-** **ס' 14ב.(א)- בעלות בחלקה תלת קרקעית-** למרות שס' 11 אומר שבעלות בקרקע כוללת את שלושת רבדיה, ס' 14 פותר את הבעיה הרישומית (של **הפקעות**, **פס"ד אקונס**) ומאפשר להיות בעלים נפרדים של רובד מסוים בקרקע כל עוד היא הוגדרה כחלקה תלת ממדית בחוק ("הבעלות בחלקה תלת ממדית מוגבלת לגבולותיה הרישומים ואינה מתפשטת מעבר לכך"). ברגע שהיא הוגדרה כבר אין כפיפות לס' 13 (**ס' 14ד**). זוהי גושפנקא חוקית רשמית. אין שוני בהפקעות מבחינת המהות, אלא מבחינה רישומית- בעבר הייתה נרשמת הערה שחלק מהקרקע הופקעה, היום הרישום הוא בצורה של בעלות רשמית נפרדת של המפקיע על הרובד המסוים. לא עוברים על ס' 13 משום שאם חוק התכנון והבניה הגדיר את החלקה כתלת ממדית, הוא כבר לקח בחשבון את השיקולים התכנוניים והחברתיים שמאפשרים את פיצולה.
* **קבלת התיקון הוא חלק משינוי שמדינת ישראל מנסה לעשות כדי להיערך לעתיד מבחינת המקרקעין.** ההבנה בממשלה היא שאנחנו הולכים לניצול משמעותי של תת הקרקע במובן של רכבות, קניונים, מסחר, וכל הדבר הזה יוכל להתקדם בצורה הרבה יותר מהירה וטובה, אם נאפשר רישום בעלויות נפרדות ברבדים שונים של הקרקע.
* **לא מחילים את הס' על אנשים פרטיים, אלא רק על הפקעות של המדינה** בשל הבעיות של פיצול יתר.
* **אוצרות טבע ועתיקות-** הזכות הקניינית בקרקע מחריגה אוצרות טבע ועתיקות אשר נמצאים בסוג של בעלות ציבורית.
* **חשין** ב**Samedam**- **נעודד קידוחי נפט בחוק** (**ס' 53**) בשל הסיכון הכלכלי ועלויות הקדיחה של המדינה (שרק רוצה להנות מהתמלוגים), אך **נאסור הובלת נפט של האדם שקדח בשל הרווחה המצרפית ובשל עידוד ערכים של כלכלה חופשית ותחרות.** ניתן לראות זאת כאקטיביזם שיפוטי כי זה סותר את החוק (בחוק כן מותר להוביל), או כפירוש שהולך לפי החוק משום שמטרת החוק היא מקסום הרווחה המצרפית וזהו ביטוי של איזונים נכונים למוסד הקנייני הזה.
* **ס' 12 (המחובר לקרקע)-** "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת (חוץ מ) מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה (השלכה) אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר".
* למה יש דואליות בס' ("זולת מחוברים...")? **יהושע ויסמן**- החוק פתח לנו אפשרות להכניס שיקולים משפטיים יותר רחבים ולא רק פיזיים (תפיסה ריאלית). על כן, הוא מונה 3 מבחנים שעונים לדעתו על השאלה מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין ומעסקת מקרקעין (**יש לבחון את שלושתם וייתכן במרבית המקרים כי כל אחד מהם יקבל משקל שונה בהתאם**):
1. **מבחן החיבור הפיזי (תנאי סף)-** צריך להיות חיבור פיזי לקרקע (לא מחייב בלתי ניתן להפרדה) (לא גלגלים של אוטו למשל כי המטרה להפוך את הנכס לנייד).
2. **מבחן סוג הנכס-** אם החיבור הפיזי קיים, אך לא חיבור בלתי ניתן להפרדה, יש לבחון את סוג הנכס ומאפייניו, את הקטגוריה של הנכסים והאם הכוונה של האנשים הייתה לחבר אותו בצורה קבועה לקרקע או בצורה זמנית (לבחון פונקציונלית האם המכונה נועדה להיות מיטלטלין). ככל שמאפייני החיבור הפיזיים של הנכס המדובר יתאמו את מאפייני החיבור הפיזי של נכסים מהסוג הזה, ניטה לראות בחיבור הזה כחיבור של קבע.
3. **מבחן הכוונה-** כשמדובר במצב בו אין לנו יכולת לזהות את כוונת הצדדים המקוריים (בגלל שהם לא לפנינו/ אין את החוזה המקורי וכו') ועלינו לתת פתרונות לצדדים שלישיים, נאלץ לפנות לאמות מידה אובייקטיביות של סבירות. כשמדובר בצדדים ספציפיים מקוריים, או כשיש לנו חוזה מפורש לגבי הפעילות (משכיר ושוכר לדוג'), נברר אם מיטלטלין מסוימים מחוברים על פי כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים.

**מבחנים / שיקולים של הפסיקה:**

1. **מונע הנזק הזול-** שיקול משפטי-כלכלי. ההכרעה האם נכס ייחשב מחובר או לא תיגזר מהגורם שעליו נטיל את האחריות בגין אי מניעת התאונה הקניינית. האחריות תוטל על מי שיכול היה למנוע את הנזק במאמצים הפחותים ביותר ולא עשה כן.
2. **וודאות השוק-** בנקים יפחדו לתת אשראי אם נרחיב בדיונים על סוגיית המחוברים. יהיה מחסור באשראי.
3. **שיקולי חלוקה-** מי מבין הצדדים ייפגע יותר מהיותו של הנכס מחובר או לא.

**2.ב. מהות הזכות ומגבלותיה – משפט פרטי:**

* **ס' 14-** "**בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר**".
* **שלב נ' הררי מואב- ברגע שהסיפור/קונפליקט/דרישה של בעל המקרקעין ניתנת לפתרון כלכלי/עסקה/הסדרה שוקית/הסדרה מסחרית בין 2 הצדדים- לא מדובר בנזק/ אי נוחות.** מדובר בשימוש ראוי בבעלות שלך, שזו זכות שיש לה ערך כלכלי. לא ניתן לשלול את הערך הלכלכי הזה. במקרה זה- ניתן לבקש תשלום עבור מעבר בקרקע, שכן לא הוסדרו זיקות מעבר כשרשמו את החלקות. אי מעבר לא שווה אי נוחות.
* **רדומילסקי נ' פרידמן-** **אין הבדל של ממש בין שימוש לרעה בזכות לבין ס' 14.** רדומילסקי שמנסה לסלק דיירת מהדירה (כדי שלא תהפוך ל"דייר מוגן") ומתנכלת לה **גורמת לה לנזק ואי נוחות ללא הצדקה כלכלית משמעותית** (לדעת המרצה יש הצדקה כלכלית משמעותית, אך לא רוצים לתת לדרכים פשוטות לפגוע בחוק דייר מוגן).
* **פס"ד רגינה שוורץ-** **דיירת סרבנית מוגנת** שלא רצתה לעזוב את הבית שלה ולהצטרף לפרויקט של התחדשות עירונית. **קיבלו את העובדה שמדובר בנזק כלכלי משמעותי** (אולי ברדומילסיקי לא כי היא אישה) לפי העמדה של ברק, שטרסברג כהן ומצא בפס"ד רוקר נ' סלומון.
* **רוקר נ' סלומון-** בנייה עם היתר בנייה, אך ללא הסכמת השכנים והם מבקשים לפרק את התוספת. **אנגלרד**- "מאזן נזקים"- **יש להסתכל למי יגרם נזק יותר גדול**- במקרה זה לבונים שהשקיעו את כל כספם. **טירקל, חשין, לוין**- **יש לצמצם את ס' 14 רק למקרים קיצוניים.** מדובר בתפיסת עולם ליברטיאנית אשר חותרת תחת הבסיס של הזכות הקניינית ואין לתת לה מקום. במקרה זה- יש לתבוע את אישור השכנים, שכן המבנה חותר תחת הזכות לקניין שלהם. **ברק, שטרסברג כהן ומצא**- בעלות בזכות קניינית לא יכולה להיות כשלעצמה אי נוחות לאחר. לא צריך לצמצם/להחיל אוטומטית את ס' 14, בכל המקרים אלא **לבדוק פר מקרה: 1) מהו המשאב (מוסד קנייני). 2) מהו המוסד הקנייני הנטוע (למשל בית פרטי או בניין). 3) מהי מערכת היחסים שבתוכה המערכת הקניינית חלה**. במקרה זה- יש להרוס את התוספת משום שהמוסד הקנייני קובע את גבולות השימוש הראוי של הדיירים בבית משותף. במובן מסוים, אומרים שופטים אלו **שהתפיסה שרואה את היחסים וקובעת כללים ברורים בחוק איך צריך להתנהל, מייתרת במובן מסוים את ס' 14**.
* **ברק רואה במובן מסוים את ס' 14 כביטוי לעיקרון תום הלב**. זה נוח לו. לדעת המרצה זה לא יהיה נכון לגמרי לעשות זאת. **בפס"ד רגינה שוורץ מנסים לעשות את ההבחנה בין השניים**.

**2.ג. המשטר הקנייני בישראל:**

* **המשטר הקנייני בישראל- רקע:** בנוי **מבעלות המדינה/ממשלתית ב93% מהקרקע**. 3 גופים מרכיבים את **המדינה**- **רשות מקרקעי ישראל** (הגוף שמנהל עבור המדינה את המקרקעין שבבעלותה), **רשות הפיתוח** (הוקם כדי להתמודד עם ההפקעות/העלמות בקום המדינה) **וקק"ל** (גוף ציבורי אשר קנה את קרקעות ישראל (20%) והמדינה מנהלת אותן (לא בעלים). המדינה יכולה להחכיר את המקרקעין מבלי אישור דחוף של קק"ל אך השימוש צריך להיות מוקצה לפי הערכים והעקרונות של קק"ל (-יהודיים ולא ישראלים- לא שוויוני- **פס"ד קעאדן**). זאת כתוב באמנה בין המדינה לקק"ל אשר יש לאשרר כל כמה שנים).
* **העברת זכויות של המדינה במקרקעין:**
* **במגזר/סקטור העירוני-** **בדרך של חכירה לדורות** ל49 שנים עם אופציה לארכה של 49 שנים נוספות (לפי ביהמ"ש- כשנגמר- יש לתת עוד הארכה). מכירה/המחאה של זכות החכירה בדירה מחייבת את אישור רשות מקרקעי ישראל. כך גם לפי חוק השכירות והשאילה- העברת זכות השכירות לשוכר אחר **מחייבת את הסכמת המשכיר**. זו אומנם שכירות ארוכת טווח (יש לרשום שכירות ברשם מקרקעי ישראל אם היא לתקופה ארוכה מ5 שנים), אך מתייחסים לזה כאל **מעין בעלות** (לכן זו **הזכות הקניינית הכי חזקה שניתן לקבל** כשמדובר במקרקעין של המדינה).
* **במגזר/סקטור החקלאי (לרוב) או הפרטי-** **בדרך של רישיון במקרקעין=הסכם בר רשות**. רוב הקיבוצים והמושבים מאוגדים באגודות שיתופיות חקלאיות אשר מתקשרות עם המדינה ב"הסכמי משבצת" (בשם התושבים), אשר במסגרתם המדינה מקצה לאגודות רישיונות לשבת במקרקעין. **לא מדובר בזכויות קנייניות, אלא חוזיות/אישיות.**
* **מה ההבדל בין בר רשות לחוכר?** 1) **נותן הרישיון יכול לחזור בו מהרישיון כמעט תמיד** (אפילו באופן מידי) לעומת נותן החכירה (כנראה לא יוכל לחזור בו עד תום 98 השנים). 2) ניתן להעביר את זכות החכירה ללא הסכמת הבעלים (אלא בהוראת ביהמ"ש) ואילו **רישיון במקרקעין לא ניתן להמחאה ללא הסכמת הבעלים**.
* **זכות החכירה חזקה יותר מזכויות בר רשות. יש פה אנומליה**- שכן בהתיישבות החקלאית הקשר עם הקרקע הדוק יותר. לכן- בשנים האחרונות **יש מגמה של מעבר מזכויות בר רשות לזכויות חכירה לעניין הסקטור החקלאי**.
* **אפשרויות של מידת המעורבות של המדינה בשוק המקרקעין- רחל אלטרמן:**
1. **הלאמה מלאה של זכויות במקרקעין-** נטילת קניין (פרטי/של רשות מקומית) מידי בעליו ע"י המדינה והפיכתו, לפיכך, לרכוש הלאום. זו **התערבות מרבית בשוק** שקרובה מאוד למה שקורה בישראל.
2. **הפקעה מסיבית של מקרקעין-** הלאמה לא מלאה אבל די משמעותית. מדובר במצב בו המדינה מפקיעה קרקעות באופן לא פרופורציונלי לצרכים שלה.
3. **רכישה לצורך בנק קרקעות-** הפקעה של יותר קרקעות לצורכי ציבור ממה שנדרש לשם עתודות קרקע.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש-** יישום מחדש של [תוכנית מפורטת](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%AA_%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%98%D7%AA) או [תוכנית מתאר מקומית](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%AA_%D7%9E%D7%AA%D7%90%D7%A8_%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%AA). במידה והמדינה צריכה מקרקעין לצורכי מימוש ציבורי היא יכולה לעשות זאת בשתי דרכים: א) הפקעה. ב) איחוד וחלוקה מחדש. מה היתרונות עבור המדינה באיחוד וחלוקה על פני הפקעה? 1) גמישות תכנונית. 2) המדינה לא צריכה לפצות את הבעלים, למרות שלקחה מהם שטח, אם הם מקבלים קרקע עם שינוי ייעוד ששווה הרבה יותר.
5. **הפקעה נקודתית של מקרקעין-** הפקעה לצורך ציבורי מסוים ומוגדר מראש.
6. **תכנון וציבור-** שמירת סמכות התכנון הציבורי בידי המדינה. פחות אגרסיבי משמירת בעלות במקרקעין בידי המדינה. מדוע המדינה צריכה להחליט איפה מותר/אסור לסחור וכו'? למה לא לתת לשוק להסתדר לבד? 1) **כשלי שוק** (בעיית הפעולה המשותפת, שמירה על משאבים לדורות הבאים ולא רק רווח מידי, טיפול בהחצנות, שליטה בעיתוי הפיתוח, פערי מידע וכו'). 2) **הצדקות חברתיות-** שוק חופשי לא לקוח בחשבון ערכים שהם לא שוקיים כמו שוויון וכו'. המדינה רוצה להשפיע על קידום ערכים אלו.
* **למה לא להפריט את כל המקרקעין (ללא מעורבות המדינה)**? 1) קיימים **מצרכים בסיסיים** (מים וכו') שאנחנו לא מעוניינים שיהיו בבעלות פרטית (לא כולם יוכלו לשלם את המחיר). 2) The comedy of the commons- במקרה הזה היינו רוצים שיהיו **מקומות** בבעלות משותפת כדי שלכולם תהיה גישה אליהם (חופי ים, פארקים וכו'- נחוצים לחיים חברתיים תקינים). זאת למרות שברוב המקרים הפעולה המשותפת מביאה לטרגדיה.
* **מקרקעי יעוד**- **ס' 107 לחוק**. אלו **מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור**- שפת ים (לרבות מקרקעין בתחומי נמל), נהרות, נחלים, תעלות וגדותיהם, דרכים ומסילות ברזל (לרבות תחנות של מסילות ברזל), נמלי תעופה או סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמקרקעי יעוד. לפי **ס' 111 לא ניתן לעשות במקרקעי יעוד עסקה במקרקעין הטעונה רישום (למכור או להפריט) אלא אם:** א) המדינה נתנה בהם שכירות לפחות מ-5 שנים (כי זו עסקה שלא טעונה רישום). ב) המדינה (ממשלה/שר) אישרה את העסקה (לא רוצים לכבול את ידה).
* **השוויון במגורים:** **ארה"ב-** **חוק הפייר האוסינגט (1968)** קובע את **חובת השווין במגורים**. החריג של גברת מרפי פוטר בעלי ארבע דירות ומעלה בקומפלקס מגורים אחד מחובת השוויון, כך שהם כן יכולים להפלות. **החריג בא כאיזון בגישה הליברטיאנית הרווחת בארה"ב** שמקדשת את הקניין הפרטי וחירות הבעלים. הגזענות בארה"ב לפני החוק:
* **חוקי ג'ים קרואו (1965)-** מבססים את חובת השוויון בחוקת ארה"ב בצורת הדוקטרינה "נפרד אבל שווה". החוקים בפועל משמרים את עליונות האדם הלבן. **פס"ד פלסי**- ביהמ"ש העליון האמריקאי- חוקי ג'ים קרואו חוקתיים.
* **פס"ד שלי** (1948)- ביהמ"ש אוסר על כתיבת התניות הגזעניות בטאבו, אך לא אוכף אותן.
* **פס"ד בראון** (1954)- דוקטרינת "בנפרד אבל שווים" לא חלה בתחום החינוך כי שם היא מפלה ומשפילה.
* **אספקת שירותים (ולא קניין): פס"ד פיליפס וצבע הקשת-** בארה"ב- זכויות חוקתיות רבות, אך לא משתיקים את חופש הביטוי כלפי להט"ב למשל וכן אפשר לא למכור להם מוצר בגלל השתייכותם לקהילה. בישראל- אין זכויות חוקתיות רבות, אך משתיקים את חופש הביטוי וכן יש את **חוק הפיקוח על מוצרים שאוסר הפליה במתן שירותים**.

**ישראל-** לא קיים חוק שווין במגורים אבל קיימים חוקים ופסיקות שמתייחסות ליכולת להפלות או למנוע כניסה למגורים (וועדות קבלה לישובים לדוגמה). קיימת גם **הפליה בהשכרת דירות** (האוכלוסייה האתיופית והערבית סובלת מכך). וגם **הפליה במכר דירות**- **פס"ד דפוס מיטל הנדסה**- האם ניתן להחיל את חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים גם בתחום הדירות כך שדירה נחשבת מוצר? **מזוז**- **דירה עולה כדי מוצר עפ"י חוק**. ע"כ, **חוק פיקוח על מוצרים ושירותים מחייב גם אדם פרטי לפעול בשווין כשהוא מוכר את הדירה שלו**. **שטיין**- **דירה היא לא מוצר לפי החוק** ולכן אדם המוכר דירה לא כפוף לעקרון השוויון מכוח חוק פיקוח על מוצרים. אך חברה קבלנית שמקבלת קרקע מהמדינה מחויבת בחובת השוויון של המדינה. אם הקבלן מפר את חובת השוויון הוא מפר תו"ל וצריך לשלם פיצוי לאדם שהוא דחה (לא ניתן לחייב). אם לא קיבלו את הקרקע מהמדינה יתכן שחובת השוויון לא תחול עליהם. **הנדל**- אין הכרעה.

**וועדות קבלה לישובים-** **פקודת האגודות השיתופיות** **מאפשרת לישובים קהילתיים (לא קיבוצים/מושבים) להרכיב וועדת קבלה שתפקידה לסנן מועמדים בכניסה ליישוב.** יש לוועדה סיי בזכויות הקניין של התושבים הקיימים, שכן היא יכולה להטיל ווטו על החלטה למכור בית ביישוב לאדם שלא עובר את הוועדה. כיום רק ישובים קהילתיים בנגב או בגליל שמכילים עד 400 בתי אב יכולים להקים וועדת קבלה. **ס' 6**- ניתן לפסול מועמדים על סמך אי התאמה למרקם הקהילתי/ חשש מפני פגיעה בו. **פס"ד קעדאן**- זוג ערבי לא עבר את וועדת הקבלה ליישוב על בסיס חוסר התאמה למרקם הקהילתי או חשש מפני פגיעה במרקם- ס' 6ג(א)(5) (התנאי היה שירות צבאי שהם לא עשו כמובן). נקבע ש:

1. גם הסוכנות היהודית שהיא אורגן פרטי שמחויב לערכים יהודיים ולא ישראליים כפוף לעקרון השוויון, זאת בגלל **שמדינת ישראל היא שמנהלת את הקרקע עבור הסוכנות וחובת השוויון מוטלת עליה**. עם זאת, קרקעות שינוצלו ע״י המדינה לצורך התיישבות ותוטל עליהן חובת השוויון, יוחלפו עם קק״ל תמורת קרקעות אחרות.
2. חשש לפגיעה במרקם הקהילתי קיים כשיש מרקם כזה, לכן **צריך לבחון האם באותו יישוב קהילתי יש אורחות חיים ייחודיות שמצדיקות הגנה**. **ביהמ"ש לא קבע מה כן יצדיק פגיעה** (התחמק) ונקבע שאין חשש לפגיעה.

**פס"ד סבח**. **ביהמ"ש ממציא מנגנון של בשלות מוקדמת ונמנע מלדון בהגדרה של קהילה ראויה להגנה, מתקיפת החוק ומציון קריטריונים נורמטיביים**. **ג'ובראן (דעת מיעוט)**- **לא ניתן יותר להתחמק מהכרעה**. פחות משנה מה יוכרע בסוף אלא יותר משנה שתהיה לנו הכרעה לגבי קריטריונים שאגודות שיתופיות לא יוכלו לעשות מה שהם רוצים, כמו שמתאפשר במצב הנוכחי.

**המאמר של שטרן** **מציע מודל כדי להתמודד עם בעיית הקריטריונים בכל הנוגע לקהילות**: **לפי המאמר תפיסה פלורליסטית מחייבת את המדינה לאפשר לבני אדם לחיות את חייהם לפי רצונותיהם** (ליברלי לא שווה פלורליסטי). יש תפיסות עולם מסוימות שהתקהלות מרחבית והיכולת של בני אדם לגור בסמיכות אחד לשני הם משמעותיות ליכולת של אותם אנשים לממש את תפיסת העולם שלהם בצורה בה הם היו רוצים לממש אותה (לא תמיד לממד הקרקע יש השלכה. למשל- קהילות וירטואליות). אך **מכיוון שיש מחסור בקרקע והקהילות מעוניינות להדיר אנשים אחרים, עלינו לבצע מדרג**- לא כל הקהילות אותו הדבר. עלינו לגבש הבנה לגבי מהי קהילה משמעותית מספיק עבור בני האדם החברים בה והמושג והקריטריונים יהיו רלוונטיים גם לשאלות הקצאת הקרקע, הפקדת אפשרויות סינון בידי וועדות קבלה ופיצוי עבור אובדן הקהילה. לכן נשאל (הקריטריונים):

1. האם לקהילה הדורשת קרקע/הקמת ועדת קבלה/פיצוי על אובדן קהילה יש תפיסת טוב משותפת? בחינת קיומו של גורם שמאחד ומחבר את הקבוצה (דתי, כלכלי, אקולוגי וכו').
2. מה תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב? מודל שבוחן את משמעות שיתוף הפעולה (עד כמה חשוב באותה קהילה) ומתעדף בין הישובים.
3. **לא קיים** (שלילת הדרה)- המדינה לא תקצה קרקעות. אין צורך בשיתוף פעולה מרחבי במסגרת ישוב כדי לממש את תפיסת העולם כמו בקעדאן.
4. **מסייע**- קהילות שצריכות את תמיכת המדינה כדי לממש את תפיסות העולם שלהן (צמחונות). בקעדאן הישוב לא היה צריך את תמיכת המדינה לצורך מימוש תפיסת הטוב שלו.
5. **מוסיף ערך**- מתייחס בעיקר לאספקט דתי או אקולוגי. הפעולה המשותפת מקבלת ערך נורמטיבי גבוה יותר מאשר מימוש עצמי (תפילה במניין).
6. **מכונן** (הדרה גבוהה)- בלי שיתוף הפעולה לא ניתן לממש את תפיסת הטוב. לא ניתן לחשוב על אדם שחי עם ערכים של קיבוץ אבל לבדו.
7. חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה- הרבה פעמים קהילות יכולות להקים את עצמן ללא סיוע של המדינה בהקצאת קרקעות/פיצוי על אובדנן מהמדינה כי הן חזקות מספיק. הן יכולות לממש את תפיסת עולמן לבדן. במקרים כאלה חובת המדינה לסייע פוחתת (שכן התפקיד שלה הוא לסייע. זה עוזר בתיעדוף).

**2.ד. דיני נטילה שלטונית:**

**2.ד.1) כללי:**

* **נטילה שלטונית של מקרקעין:** יכולה להיעשות ע"י: 1) **הפקעה** (רשות מדינתית/מקומית מעבירה את הזכות במקרקעין מהבעלים על שמה/גורם מטעמה בתמורה לפיצוי. פוגע בחו"י: כהו"א + המתח בין ס' 3 (קובע כי לא פוגעים בקניינו של אדם) ל8 (פסקת ההתגברות)). 2) **גריעות תכנוניות** (הבעלים נשאר הבעלים, אך מוטלות עליו מגבלות. מפצים אם ערך הקרקע ירד (בארה"ב מפצים רק כשהגריעה מאוד משמעותית)). קיימים כ-25 דברי חקיקה שמאפשרים את הפגיעה הזאת בקניינו של אדם כשהבולטים שבהם הם **פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה** (מפנים ומסתמכים אחד על השני).
* **מהי הפקעה?**
1. **רכישה כפויה של מקרקעין (בניגוד לרצון הבעלים):**
* המדינה יכולה לשלוח ידה במקרקעין של אדם פרטי (לקחת מקרקעין בכפייה מהבעלים) מכוח:
1. **תיאוריית שימור הכוח**- הקרקע היא של המדינה והשלטון שומר זיקה למקרקעין. כשהוא צריך אותם הוא יכול לבטל את ההסכם בין הבעלים הפרטיים ולקחת אותם בכפייה תוך תשלום פיצוי.
2. **תיאוריית הפוליס פאוור**- יש למדינה תפקידים מוגדרים שכולנו הסכמנו עליהם במסגרת האמנה החברתית ולצורך קיומם המדינה יכולה לקחת מקרקעין.
3. **וההסכמה הראשונית של ג'ון לוק**- כשאנחנו בוחרים את הנציגים שלנו לממשלה אנחנו למעשה נותנים להם כרטיס פתוח לביצוע הפקעות במידה ויצטרכו את הקרקע.
* למה המדינה מפקיעה בכפייה ולא מנהלת משא ומתן? אנחנו מעדיפים לתת למדינה את הכוח להפקיע בגלל **כשלי שוק** (בעיית הסחטן שעלולה לבזבז כספי ציבור), **צדק חלוקתי** (שירותים שאנחנו לא רוצים שיהיו בבעלות פרטית כדי שיהיו נגישים לכלל הציבור (הרתעה)) **וכוח שלטוני קלאסי** (לעיתים אין שווי שוק לקרקעות ולכן אין מה לערוך משא ומתן ואף אחד לא ינדב את הקרקע שלו. דוג'- פינוי גוש קטיף).
1. **לשם הגשמתו של צורך ציבורי:**
* **ס' 2 לפקודת הקרקעות** **כולל רשימה רחבה ולא סגורה של צורך ציבורי** (מחנה צבאי, תחנת משטרה, בית סוהר, או מיתקן או אתר המשמש לצורך צבאי או ביטחוני; הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב; אתר המשמש או המיועד להנצחה, למורשת, לתיירות, או לצורכי דת לרבות תפילה וטקס דתי, או מקום קדוש; מיתקן תשתית; מיתקן תקשורת; מיתקן להתפלת מים ומיתקן מים, לרבות מאגר; אתר סילוק וטיפול בפסולת; מעגן; תחנת גז, תחנת כוח, קווי הולכה והספקה של גז, נפט, דלק ומוצריהם ומיתקנים לאכסונם וכל מיתקן אחר המשמש לצורכי תשתיות; צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הוועדה המייעצת ובאישור ועדת הכספים של הכנסת;), **כולל מה שנובע או כרוך בהם.**
* **ס' 188(ב) לחוק התכנון והבנייה- כולל רשימה רחבה ולא סגורה של צורך ציבורי**: "דרכים, גנים, שטחי נופש או ספורט, שמורות טבע, עתיקות, שטחי חניה, שדות תעופה, נמלים, מזחים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוסים, שווקים, בתי מטבחיים, בתי קברות, מבנים לצרכי חינוך, דת ותרבות, מוסדות קהילתיים, בתי חולים, מרפאות, מקלטים ומחסים ציבורים, תחנות משטרה ותחנות שירות לכיבוי אש, מיתקני ביוב, מזבלות, מיתקנים להספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר האוצר לענין סעיף זה".

בעיה בשני הסעיפים: מעגן כמעט כל דבר כצורך ציבורי למרות שמדובר בפגיעה משמעותית בזכות הקניין. היינו מצפים להגדרה ספציפית וצרה יותר.

* **ס' 3(ג)** מאפשר לשר האוצר, אם החליט כי הדבר נחוץ לצורך ציבורי, "להפקיע כל זכות שימוש בקרקע או **כל זכות אחרת בה**". למשל במידה והבעלים מסרב להצטרך להסדר התחדשות עירונית, ניתן להפקיע ממנו זכות קניינית של שליטה וניהול בקרקע ובכך לכפות עליו להצטרף להסדר.
* **המצב בארה"ב:** לכל מדינה יש את חוקי ההפקעות שלה שבדר"כ מתכתבים עם תפיסת העולם של הבוחרים שלה. ככל שהמדינה יותר רפובליקנית נראה פחות הפקעות (דמוקרטית- יותר סבלניים להפקעות). החוקה הפדרלית של ארה"ב קובעת בתיקון ה-5 כי קניין פרטי **לא יכול להילקח** **לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן**. בתי המשפט מפרשים את החוקה וקובעים סטנדרט מסוים לגבי המושגים הללו. **פס"ד קילו**- העיריה בקונטיקט מפקיעה את הקרקע של סוזט קילו לצורך הקמת מרכז פיתוח שיספק מקומות עבודה לתושבים. היא טענה שההפקעה לא משמשת לצורך ציבורי כי העירייה מעבירה את הקרקע מגורם פרטי אחד (היא) לגורם פרטי אחר (חברת התרופות). **נקבע כי קרקע יכולה להילקח באמצעות הפקעה מגורם פרטי אחד ולהיות מועברת לגורם פרטי אחר, כל אימת שתניב רווח משני או תועלת משנית לציבור** (גם אם היא שולית לשימוש בקרקע). מדינות שמרניות שלא מוכנות שקרקעות יופקעו באופן שרירותי קובעות פיצוי גבוה בעבור הפקעות שכאלה כדי להרתיע את העיריות, כך שהן לא סותרות את דבר ביהמ"ש העליון האמריקאי. פס"ד זה מהווה את נק' השפל בארה"ב מבחינת הסיפור של מטרה ציבורית. לאחריו נראה עלייה בשל מדינות רבות שתיקנו את חוקיהם כך שחייב לפצות בתשלום מאוד גבוה אנשים על הפקעות מקרקעין.
* **המצב בישראל:** **ביניש** אומרת **בפס"ד קרסיק** כי מראשית המדינה בתי המשפט קיבלו על עצמם לבחון את ציבוריות המטרה לשמה הופקעו הקרקעות. המרצה מותח ביקורת ומציג פסקי דין שמוכיחים כי **ביהמ"ש לא בוחן את ציבוריות המטרה ולא מתערב בשיקול דעתו של שר האוצר שקבע האם מדובר בצורך ציבורי אם לאו** (**בג"צ דור נ' שר האוצר**, **שוורץ נ' שר האוצר**, **מהדרין בע"מ** **ומחמוד חליל נ' מדינת ישראל**).

**המצב הקיים במציאות הישראלית משתקף נכונה** **בפס"ד לוביאנקר**- **הצורך הציבורי שנמצא בס' 2 לפקודה לא מעוגן ביסודות אובייקטיביים שמצביעים על צורך או על אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי, אלא אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו (וההחלטה שלו להפקיע) הוא שמקנה לו את המעמד של הצורך הציבורי. בתי המשפט למעשה לא בוחנים את ציבורית הצורך, אלא את מידתיות ההפקעה** (ב92' הפך למבחן העיקרי שלפיו בודקים אם ההפקעה תקינה- **גרף בעמ' 43**). המבחנים (מהפסיקה) שעשויים להעיד על היעדר מידתיות בהחלטת ההפקעה:

1. **ניסיון רכישה הסכמי-** לפני שרשות מתניעה תהליך של הפקעה עליה להזמין את בעלי המקרקעין לנהל מו"מ (קצר משום שמטרת ההפקעה היא להימנע מהתדיינויות ארוכות) כדי למכור את הקרקע מרצון (לא אמיתי מאחר ואיום ההפקעה אופף על הבעלים). כלומר, יש לבדוק תחילה אם ניתן להגיע לאותה תוצאה מבלי לפגוע פגיעה משמעותית בזכות הקניין של הבעלים.
2. **ביצוע עצמי-** **פס"ד נוסייבה**- הקרקעות של המשפחה הופקעו לטובת ביצוע תכנית בניה (לבדוק). הרשות לא בדקה את יכולות הביצוע העצמיות של המשפחה שהיא בעלת מרכזים מסחריים רבים, כך שהיא יכולה להוציא את התכנית אל הפועל בעצמה ולממש את הצורך הציבורי מבלי לבצע הפקעה.
3. **איחוד משאבים-** ביצוע עצמי בנסיבות ייחודיות של ריבוי בעלים. תיאורטית, אין הבדל בכל הקשור למימוש עצמי בין בעלים אחד למספר בעלים, ובלבד שאותם בעלים יאחדו את משאביהם ויוכיחו כי יכולים להוציא את הפרויקט אל הפועל. **פס"ד מקור הנפקות וזכויות**- ביהמ"ש נתן לבעלים לאחד משאבים ולהתקשר עם קבלן תוך שלושה חודשים. הם לא הצליחו לעשות כן בתקופה כה קצרה.
4. **שיהוי-** שיהוי בפאן הראייתי- עשוי להעיד על זניחת המטרה הציבורית כך שהרשות לא מתכוונת לנצל את הקרקע (**פס"ד נוסייבה**). שיהוי בפאן המנהלי- קשור להתנהלות של הרשות ולאופן שבו היא צריכה לעבוד (מעין פיקוח וענישה על התנהלות לא תקינה). **פס"ד אמיתי**- ביהמ"ש מבטל דה פקטו הפקעה ומחזיר את הקרקע לבעלים בעקבות שיהוי. השיהוי מעיד על חוסר מידתיות. כיום אין צורך בשיהוי כדי להביא לבטלות ההפקעה, יש כללים ברורים לכמה זמן רשות יכולה להחזיק במקרקעין מבלי לעשות בהם דבר. **מרגע שהרשות מוציאה הודעה על הפקעה יש לה 8 שנים להתחיל במימוש המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע**. אפשר לקבל הארכה לעד 15 שנים (בדר"כ במכרז, התקשרות עם חברות קבלניות וכו'), מקסימום 17 שנים.
5. **תום/ שינוי המטרה הציבורית- פס"ד קרסיק**- המדינה מפקיעה שטחים על מנת שישמשו שטחי אש לצבא. 40 שנים לאחר מכן היא ממירה את שטחי האש הללו לצורכי שיכון (הצבא מקבל שטחים אחרים בדרום). **חשין- גם לאחר ההפקעה הבעלים שומר על זיקה מסוימת למקרקעין באופן שמחייב את המדינה להשתמש בקרקע שהופקעה רק למטרות ציבוריות, גם אם הן שונות מאלה שעבורן הפקיעה מלכתחילה**. המדינה לא יכולה להשתמש בקרקעות הללו למטרות פרטיות ולהשיא רווחים. **החוק לתיקון דיני הרכישה (2010)** **מטמיע את פסיקתו של חשין.** שר האוצר יכול להחליט על שינוי הייעוד של המקרקעין במידה והוא תם, אבל הוא חייב לזמן את הבעלים לשימוע נוסף. הבעלים יוכל להעלות את כל הטענות כנגד מידתיות ההפקעה לעניין הצורך הציבורי החדש, כי מדובר בהפקעה חדשה. אם הוא יצליח להוכיח שההפקעה החדשה לא הייתה מידתית, הוא יוכל לקבל את הקרקע חזרה. אנחנו מדלגים על התהליך המיותר של להחזיר את הקרקע ולקחת אותה חזרה.
6. **זכות מזערית-** על הרשות להפקיע את המינימום שהיא צריכה לצורך המטרה הציבורית, הן לעניין היקף הקרקע והן לעניין היקף הזכויות היא לוקחת (**פס"ד אקוניס**).
7. **מיקום רלוונטי ומיטבי- פס"ד זמר**- התוואי של כביש 6 הוסט ממועצה אזורית אחת לאחרת. כשאנחנו בוחנים מידתיות של הפקעה לשאלת המיקום האופטימלי יש משמעות. התוואי האידיאלי הוא מה שתוכנן וסטייה ממנו מצריכה הסבר טוב למה התוואי החדש הוא האידיאלי, שאם לא כן, הדבר יעיד על חוסר מידתיות של ההפקעה.
8. **תמורת פיצוי בעל המקרקעין- 2.ד.3) הפקעות- הזכות לפיצוי:**
* **איזה צדק הפיצוי משקף? תפיסות הצדק יכולות לסתור אחת את השנייה ולהביא לתוצאה שונה.**
1. **צדק מתקן (התפיסה שאומצה בישראל)-** במשפט הפרטי. מתעסק בפוגע והנפגע בלבד. מתעלם מנסיבות חיצוניות. מחייב את הפוגע לשלם בעבור הנזקים האובייקטיביים שנגרמו (השבת המצב לקדמותו).
2. **צדק חלוקתי-** המשפט הפרטי הוא אנקדוטלי (תופס אדם מסוים ברגע מסוים בלי קשר לאוכלוסייה כולה ובמצב הזה אנחנו לא יודעים למקם את הנפגעים על פני הרצף החלוקתי) ולא חולש על כל האוכלוסייה. במצב של הפקעות אנחנו מלכתחילה לא מדברים על האנשים הכי חלשים בחברה שהכי צריכים את הכסף (יש להם בית), אלא החלשים בסיפור. על כן, החלה של צדק חלוקתי דווקא תביא לעיוותים במערכת ולשימור פערים חברתיים.
3. **צדק הליכי-** מתחלק ל2 תפיסות: 1) הוגנות הליך ההפקעה יותר חשוב מהתוצאה. סכום הפיצוי פחות מהותי. תפיסה אקסטרימית שלא רווחת בישראל, אבל כן בחלק ממדינות ארה"ב. 2) זה לא שהתוצאה לא חשובה, אך חשוב שגם יהיה הליך הוגן.
4. **צדק מאחה-** מתעסק בפוגע, בנפגע, בהליך, בתוצאה ובהשפעת הדבר על הקהילה והחברה כולה. התפיסה הזו מוחלת בהקשר הפלילי אבל המרצה חושב שצריך לאמץ אותה גם בהקשר של הפקעות, כי מי שפוגע בבעל המקרקעין זה הקהילה כולה ולא אדם פרטי. לכן צריך לשתף את הנפגע בהליכי קבלת ההחלטות בהקשר המקרקעין, לתת לו להביע את עצמו ולשתף אותו במימוש הצורך הציבורי של הקהילה באותם מקרקעין.
* **חובת הפיצוי בדין האמריקאי:** החוקה קובעת פיצוי הוגן בגין הפקעה בגובה שווי השוק של הקרקע ובמובן הזה מאמצת תפיסה של צדק מתקן. לא בטוח שהפיצוי הזה צודק כי הוא מתעלם משלושה ראשי נזק נוספים:
1. **אובדן ערכים סובייקטיביים**- ערכים סנטימנטליים (בית ילדותי), ערכים כלכליים (קרבה למקום העבודה) ו"אנדורמנט אפקט"/"הטייה התנהגותית"/"אפקט הבעלות" (אנשים מוכנים לשלם על הנכס שלהם יותר רק מעצם העובדה שהנכס בבעלותם (ללא קשר לערכים סנטימנטליים/התנהגותיים)). הסיבה שלא לוקחים את הערכים הללו בחשבון בפיצוי היא שקשה לכמת אותם (**הרחבה בעמ' 44 למטה**).
2. **כשלי השוק המדומיין**- בשכונות נחשלות (=בעייתיות עם ערך קרקע נמוך) פיצוי של 100% משווי הקרקע גוזר חיי נדודים, כי ניתן לקנות עם הפיצוי רק קרקע בשכונה נחשלת אחרת (שגם אותה יפנו עוד כמה שנים). השוק האמריקאי לא מתמודד עם זה, בעוד שבישראל הקונספט של פינוי בינוי מטפל בבעיה הזאת ומחייב את היזמים להשאיר את בעלי הדירות במקום כך שגם אם יחליטו לעזוב הם יקבלו פיצוי בגובה שווה הקרקע של הדירה בשכונה החדשה.
3. **הדרת ערכים כלכליים**- שכר טרחת עו"ד, מתווך, דירה חלופית וכו'.
* **חובת הפיצוי בדין הישראלי:**
* **ההסדרים שקובעים את הפיצוי** הם **פקודת הקרקעות** (פקודת הדרכים ומסילות הברזל שבוטלה) רלוונטית כשההפקעה משרתת את האוכלוסייה כולה (נעשית בדר"כ ע"י המדינה) **וחוק התכנון והבניה** רלוונטי כשההפקעה היא בעיקר למטרות קהילתיות (נעשית בדר"כ ע"י רשויות מקומיות). 2 הפקודות מפנות ומסתמכות אחת על השנייה, אך הפיצוי שונה בשתיהן. **במבחן: או שיהיה נתון בקייס מתי משתמשים במה או שנצטרף לעשות את שתי האופציות.**
* **ס' 12** **לפקודת הקרקעות** **קובע כי הפיצוי יינתן לפי מחיר השוק של הנכס ללא התחשבות בפגיעה באוטונומיה** - "פיצויי קניין"- **פס"ד עיזבון המנוח אדוארד ארידור**.
* **ס' 20(2)(א) ו(ב) לפקודת הקרקעות**- כאשר ההפקעה מבוצעת לטובת רשות מקומית, ניתן פטור של 25% לשר האוצר כשהוא מפקיע קרקע. אם הוא מפקיע עד 25% הוא לא צריך לשלם פיצוי בכלל. אם הוא מפקיע יותר מ25% הוא חייב לשלם פיצוי בסכום הדלתא- השיעור שהוא לקח פחות 25%. למשל, אם הוא לוקח 40%, הוא ישלם 15% פיצוי. למה מ2010 רק רשות מקומית? **חנוך דגן** אומר כי מדובר בצורך קהילתי מצומצם שלי, בעיר/ יישוב שלי, המחויבות שלי כבעל קניין כלפי הקהילה היא גבוהה. לעומת זאת, **לפי ההסבר לחוק**- משום שהרשויות המקומיות נמצאות בגירעונות מאוד גדולים, ואם לא ניתן הנחה הם לא יעשו את זה ולא יספקו את השירותים שהאוכלוסיות בעיר צריכות.
* **ס' 20(ג) לפקודת הקרקעות**- לשר האוצר מותר לבטל את ההפחתה או לקבוע פיצוי מעבר ל100% אם ראה שיגרם סבל, לפי שיקול דעתו. ביקורת: אין ביקורת שיפוטית/קריטריונים לשר האוצר, מה שיכול להביא לניצול לרעה של הכוח (דאגה לאינטרסים שלו וכו').
* **ס' 190 לחוק התכנון והבניה:**
* ניתן להפקיע חלק מהחלקה אם הבעלים יכול להמשיך להשתמש בשארית (יכולת השימוש הסביר), אם לא אז לא- מפקיעים הכל או כלום. למה זו הפרשנות? 1) מאפשר לבעלים לשמור על השארית שלו ולהשתמש בה כרצונו באופן סביר. 2) מאפשר לרשות לא להפקיע 100% מהחלקה כשהיא לא זקוקה לכך ואז היא לא תיאלץ לשלם פיצוי גדול יותר ממה שהיא תכננה ולא תהיה קרקע ללא שימוש.
* **לא קיבלנו את הפרשנות לפיה ניתן להפקיע חלק מהחלקה אם השווי של יתרת המגרש ישמור על ערכו.** למה? זה היה מונע את האפשרות לבצע הרבה מאוד הפקעות.
* **במידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק הזה, ההפקעה תבוצע הלכה למעשה לפי פקודת הקרקעות, אך הפטור יינתן מכוח חוק התכנון והבניה.** מה השוני בפטור? מאמצים את הפטור של ס' 20 לפקודת הקרקעות כל פעם שמפקיעים בשל הצרכים המפורטים בחוק התכנון והבנייה (מוסדות, חינוך, בניה, בריאות ועוד), אך במקום פטור של 25%- החוק מאפשר להפחית עד 40% מהפיצוי ולא רק במקרים של רשויות מקומיות. למה? 1) בשל הגורם שמבצע את ההפקעה ובשל מטרות ההפקעה- המטרות שאנו מאפשרים להפעיל לטובתן פה את הפטור אמורות לשרת באופן ישיר את הקהילה (צרכים קהילתיים בסיסיים). 2) הרציונל של ביהמ"ש- מפחיתים פיצוי משום שנוצרת השבחה לבעלי המקרקעין המופעים.
* **הלכת חממי**- האם באמת ניתן להפחית 40% מהפיצוי? ההפקעות אשר נעשות עפ"י פקודת הקרקעות מורכבות מ2 שלבים ומבוצעות לפי **ס' 198 לחוק התכנון והבנייה**:
1. 3 שלבים: 1) הכנת תכנית. 2) הפקדת התוכנית. 3) אישור התוכנית. **הרחבה בעמ' 47**. **ניתן לקבל כמעט 100% (90%- הערכה) מהפיצוי, לאחר שהתוכנית מאושרת מכוח תביעה לפי** **ס' 197 לחוק התכנון והבנייה** (כי לוקח זמן רב עד שההפקעה מתרחשת בפועל- **יתרון 1 בעלים (הרציונל של הלכת חממי)-** העברת רוב הכסף תוך זמן קצר).
* **ס' 197 לחוק התכנון והבנייה** **לא עוסק בהפקעות בצורה מפורשת.** אך אם אושרה תוכנית (ועדיין אין הפקעה- אנחנו בשלב הראשון) ומקרקעין שנמצאים בתחומה או גובלים איתה נפגעו (תכונות של המקרקעין, למשל הפחתת כמות הקומות שניתן לבנות באותו מקרקעין ולא ירידת ערך או הפחתת זרימת הלקוחות), הבעלים זכאי לפיצויים בכפוף לס' 200 (פטור מתשלום פיצויים). כלומר, נסתכל על השלב הראשון כמנותק משלב ההפקעה, כך הבעלים יכולים לתבוע פיצויים מכוח ס' זה בשלב הראשון. על הדיירים ״לרוץ״ כי לפי **ס׳ 197(ב) התביעה צריכה להיעשות תוך 3 שנים**- תקופת התיישנות. **פס"ד חגולי**- במידה ולא תבעתם לפי ס' 197 במשך שלוש שנים, תוכלו לתבוע רק בשלב השני ובו תקבלו סכום נמוך מהפיצוי- 10% כולל הפחתות (**חסרון-** הבעלים עלול להפסיד משום שביהמ"ש ממש את ההליך הדו שלבי בצורה רצינית).
* לא רק בעלי המקרקעין המופקעים יכולים לתבוע מכוח ס' 197, אלא גם בעלי מקרקעין סמוכים שכתוצאה מהפקעה מתוכננת ירד שווי המקרקעין שלהם (גריעה תכנונית).
1. ההפקעה מתרחשת בפועל. **בשלב זה הבעלים יוכל לתבוע את פיצויי ההפקעה מכוח ס' 190 לחוק התכנון והבנייה, ממה שנשאר להם מגובה הפיצוי (10%- הערכה). וההפחתה (של הפטור, של 40%) תהיה רק מהשלב השני. יתרון 2**- מכיוון שההפחתה של הפטור נעשית רק בשלב הזה לא בדיוק מדובר על 40%- ההפחתה נעשית כשבקופה נשאר מעט מאוד כסף. למה הוסיפו שלב זה? הרבה פעמים לא היו עושים אותו. מה הבעיה בכך? ברגע שמאשרים את התוכנית, יעוד המקרקעין משתנה ואז: 1) אף אחד לא ירכוש את המקרקעין כי יש מעליהם עננה של רכוש ציבורי. 2) הערך הכלכלי של המקרקעין ירד בצורה משמעותית. 3) משום שהמדינה לא לוקחת את המקרקעין רשמית, היא לא משלמת פיצוי.
* **מתי ראוי להפחית בפיצוי? פעם:** **פס"ד פייצר**. הפקעה של הקרקע משביחה אותה ואנחנו רוצים למנוע מצב של פיצוי יתר. לכן מותר להפחית עד 40% גם אם החלקה מופקעת בשלמותה. **היום:**
1. **כשמופקעים כל המקרקעין-** **לא ניתן להפחית** פיצוי ואין הבחנה בין חוק התכנון והבניה לבין פקודת הקרקעות. **פס"ד קריית אתא נ' הולצמן**. מתקנים את האבסורד 20 שנה מאוחר יותר וקובעים שבהפקעה של קרקע במלואה לא ניתן להנות מההשבחה (אולי השכנים יכולים להנות) ולכן במצבים כאלו לא ניתן להפחית את שיעור הפיצוי. רק כשנותר חלק מהקרקע בידי הבעלים ונוצרת בו השבחה או שהבעלים נהנים מהנאה שוות ערך אחרת ניתן להפחית מהפיצוי.
2. **כשמופקעים חלק מהמקרקעין ויש השבחה-** **מכוח חוק התכנון והבניה** ניתן להפחית עד 40% רק בשלב השני, **מכוח פקודת הקרקעות כשמדובר בצורך ציבורי** ניתן להפחית עד 25%.
3. **כשמופקעים חלק מהמקרקעין ואין השבחה:**
* **לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל- פס"ד רוטמן**- ההסדר שחל הוא פקודת הדרכים ומסילות הברזל שדומה לפקודת הקרקעות, ניתן להפחית 25% מגובה הפיצוי + לשר האוצר שק"ד שנותן לו אופציה להגדיל את הפיצויים בגין כאב וסבל. במצב של הפקעה חלקית ללא השבחה **סמכות הרשות של שר האוצר הופכת להיות סמכות חובה שמחייבת אותו לתת פיצוי ללא הפחתות.**
* **לפי חוק התכנון והבניה-** **פס"ד מסרי**. לפי **ס' 190(א)(2)** על שר הפנים בהסכמת שר האוצר **לא חלה חובה להשלים את הפיצוי**, זה נתון לשיקול דעתם. אם הפגיעה בבעלים היא מינורית, מבוזרת או שמדובר בהפסקה לצורך קהילתי חיוני, כנראה שלא יושלם הפיצוי.
* **לפי פקודת הקרקעות (מושאי הפקעה שמשרתים את הקהילה כולה)-** מחד, **ההסדר הקיים בפקודת הקרקעות ובפקודת הדרכים הוא זהה** אז יש ללכת לפי **רוטמן** ולחייב את שר האוצר להשלים לפיצוי של 100%. מאידך, **אפשר להפחית בפיצוי רק כאשר מדובר ברשויות מקומיות** ולכן הרציונל אולי דומה לחוק התכנון והבניה כך שהשלמת הפיצוי נתונה לשק"ד לפי **פס"ד מסרי**. אין הכרעה- לטעון לכאן ולכאן.
* **פיצוי בעין-** **ס' 39 לחוק הפינוי בינוי (דיור חלוף)**- מחזיק במקרקעין מופקעים (לאו דווקא בעלים) זכאי לדיור חלופי באותו אזור או באזור סמוך, ובלבד שההעברה לא תהיה לשכונת מצוקה אחרת שמיועדת לתוכנית פינוי בינוי גם כן. הדוג' היותר רווחת: **ס' 194 לחוק התכנון והבניה (שיכון חלוף)**- בהפקעה מכוח פרק זה לא ניתן לפנות בית מגורים שנועד בתוכנית להריסה אם לא ניתן סעד בעין של שיכון חלוף סביר/פיצוי כלכלי שיאפשר לדייר לרכוש שיכון חלוף סביר שרצה למצוא בעצמו (ייתכן שהוא יהיה גבוה משווי השוק של הנכס שהופקע).
* **התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה-** **פס"ד ארידור**- **ס' 6 לחוק התיישנות** קובע שמניין 7 השנים רץ מתחילת הולדת עילת התביעה על פיצויים בהפקעות. מתי היא נולדת?

**חשין**- מרוץ ההתיישנות מתחיל ביום שבו הרשות מסרבת לשלם פיצוי לבעלים. הגישה הזאת נותנת לבעלים יכול לתזמן את תחילת המרוץ. גישה קיצונית לטובת הבעלים.

**גרוניס**- מרוץ ההתיישנות מתחיל ביום שבו הרשות תופסת חזקה במקרקעין (מפנה את הבעלים). גישה קיצונית שלא לטובת הבעלים (מוקדם מידי). **הדעה הזאת התקבלה בדיון נוסף.**

**ארבל**- מרוץ ההתיישנות מתחיל כשממומשת המטרה הציבורית. תפיסת ביניים.

**2.ה. הגנת הבעלות והחזקה:**

מספר סעיפים בחוק המקרקעין שעניינם הוא **יכולת הבעלים או אדם שמחזיק במקרקעין כדין להגן על ישיבתו במקרקעין (=חזקה במקרקעין- לא בעלות/זכות קניינית) או על בעלותו במקרקעין.**

* **למה שניתן משמעות משפטית לישיבה (חזקה) של אדם במקרקעין? ויסמן:**
1. **שמירה על הסדר הציבורי**- מתן משמעות להסדר הקיים במציאות, מונע מצב שבו מקרקעין יעברו מדי יום ביומו לחזקה של גורמים אחרים כתלות בכוח שלהם וביכולות הכלכליות/אלימות שלהם. זה מאפשר הקפאת הליכים עד בירור זכויות הצדדים (מי זכאי להחזיק במקרקעין). האם המשפט הפרטי הוא המקום לשמור על הסדר הציבורי?
2. **יעילות בהגנה על נכסים**- הליך בירור הזכויות יכול לקחת שנים ואנחנו רוצים שבינתיים יהיה מי שיתפעל וישמור על המקרקעין כך שלא יישארו עומדים ריקים. בנוסף, בכל הנוגע למיטלטלין/מחוברים זה יעיל בבירור מערך הזכויות (עד שמבררים למי שייך, ניתן לעשות פעולה נוגדת חזקה).
3. **הטלת הנטל על התובע**- הוא זה שצריך להוכיח את הזכויות שלו.
4. **לעודד שימוש בנכסים פנויים**- אין סיבה שנכסים יעמדו ריקים. העולם לא רווי במשאבים ולכן אנחנו מעודדים אנשים שאין להם זכויות במקרקעין, להשתמש בהם ע"י מתן משמעות משפטית לחזקה שלהם בהם. האם נכון לאפשר את זה באופן פרטי? אולי הממשלה צריכה למנוע מדירות לעמוד ריקות ע"י הטלת מס דירה שניה.
* **השחקנים הרלוונטיים בהגנת הבעלות והחזקה:**
* **בעלים-** בעל זכויות בעלות בנכס, הוא יהיה הבעלים בין אם יחזיק בנכס בפועל ובין אם לאו.
* **מחזיק כדין-** אדם שיש לו סמכות או הרשאה מהבעלים להחזיק במקרקעין ויש לו שליטה פיזית בנכס.
* **בעל זכות להחזיק-** אדם שיש לו סמכות או הרשאה מהבעלים להחזיק במקרקעין, אבל הוא לא מחזיק בהם בפועל כרגע.
* **מסיג גבול/פולש-** מחזיק במקרקעין שלא כדין.
* **ס' 15-** **מחזיק יכול להיות ישיר** (נמצא פיזית בקרקע) **ויכול להיות עקיף** (לא נמצא פיזית אלא מישהו מטעמו נמצא במקומו).
* **ס' 16-** **לא בסעד עצמי** (ביהמ"ש). תביעה למסירת מקרקעין. **בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק** בהם יכול לפנות לביהמ"ש בתביעת **פינוי ממי שמחזיק בהם שלא כדין**. ביהמ"ש מונחה לפסוק לטובת הבעלים או הזכאי להחזיק בנכס.
* **ס' 17-** "**המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת**". חל על **מחזיק, בין שהוא מחזיק כדין ובין שלא**. אנחנו נותנים לו הגנה כדי לשמור על הסדר החברתי ולהביא לניצול של המקרקעין. **מכל מי שאין לו זכות**, מטרת הסעיף היא לעצור את השרשרת הבעייתית ולמנוע מפולש לפלוש לקרקע בה הפולש המחזיק כבר נמצא. לכן, **הסעיף לא יעבוד כהגנה של הפולש כנגד הבעלים או המחזיק כדין של הקרקע**. **הפרעה**, לא ברור האם פלישה נחשבת הפרעה לפי הסעיף. הפרעה יכולה להיות שכן שזורק לי זבל במרפסת.
* **ס' 18(א)-** **סעד עצמי**- "**המחזיק במקרקעין כדין** (שליטה פיזית בנכס ולא פולש) **רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה** (כוח סביר= להתקשר למשטרה/פגיעה גופית קלה- לא נשק) **כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין**". למה אנחנו מכשירים אדם פרטי להשתמש בכוח?
1. **מענה לאופי האנושי-** המחוקק מכשיר פעולה שממילא הייתה קורית באופן אינסטינקטיבי כך שלא ניתן להפליל אותה.
2. **החלופה המעשית והיחידה להתמודדות עם מצבים של אובדן זכויות בנכס-** במיטלטלין בעיקר. אם לא נחטוף את הטלפון בכוח, ככל הנראה נאבד את היכולת שלנו להשיב את הזכויות בנכס.
3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות-** הס' הזה מבטא כלל קנייני שאומר שללא הסכמת הבעלים אין אפשרות לעשות כל פעולה בנכסיו.
* **ס' 18(ב)-** **סעד עצמי**. **שימוש בכוח סביר נגד הסגת גבול- הוצאה מהנכס אדם שתפס את המקרקעין שלא כדין.** רק **מחזיק כדין** יכול להשתמש בסעד הזה. אפשר להשתמש בסעד תוך **שלושים ימים מיום הפלישה** ולא מיום היוודע על הפלישה.
* **ס' 19-** **סעד משפטי למחזיק** (גם אם הוא מחזיק שלא כדין). **אם הוציאו אותו מהנכס שלא בהוראת ס' 18(ב) הוא יקבל את החזקה בנכס חזרה** (הפעילו כנגדו כוח לא סביר/ לא פעלו במסגרת 30 הימים/ מי שהפעיל את הסעד העצמי לא היה מחזיק כדין). הסיפא של הסעיף נותנת לביהמ"ש שיקול דעת באיחוד הליך בירור הזכויות המהותיות של הצדדים. במקום להחזיר את הנכס לפולש ואז לקבוע הליך חדש בו קובעים כי הוא מחזיק בנכס שלא כדין, מבררים את טיב הזכויות באותו הליך.
* **כשמהמדינה היא הבעלים של הנכס או המחזיקה כדין בהם**, לפי **ס' 4 לחוק המקרקעי ציבור**- 1) **אין סעד עצמי**, חייב צו והליך משפטי ולא פעולה כוחנית. 2) למדינה יש מרווח זמן של **עד 36 חודשים לפעול** לפינוי המחזיק שלא כדין (ותוך שישה חודשים). 3) **אין צורך בהחזקה של ממש של המדינה**. מדוע למדינה יש דרישות אחרות? 1) אין מרכיב אנושי ולכן לא ניתן להפעיל כוח. 2) העובדה שמדובר במדינה מרחיבה את מנעד הזמנים, כי כשמדובר במקרקעי ציבור אנחנו לא יכולים לדרוש מהמדינה להיות נוכחת או לפקח על כל המקרקעין שלה כל יום או בכל 30 יום. 3) אנחנו לא מחייבים את המדינה להחזיק בפועל במקרקעין מאותה סיבה שאם המדינה לא מחזיקה את המקרקעין שלה כל הזמן בפועל אנחנו לא מאפשרים לה לפנות מחזיקים שלא כדין ע"י צו, אלא מחייבים אותה לפנות כל פעם להליך משפטי וזה מיותר. 4) "התברר למדינה שתפסו את המקרקעין" ולא מיום התפיסה בפועל, זו דרישה מקלה נוספת על המדינה.

**3. דרכי רכישת זכויות קנייניות/בעלות:**

**הדרכים לגיבוש זכויות קנייניות (לאו דווקא בעסקת מכר):**

1. **ירושה**.
2. **תפיסת חזקה**- אין זכות קניינית בנכסים, אך תפיסת החזקה כשלעצמה יכולה לגבש את הזכות בהם. דוקטרינת "**חזקה נוגדת/ התיישנות רוכשת**"- **במקרקעין ביטלו בישראל את האפשרות** (אם אדם נכנס למקרקעין שהם לא שלו ועשה בהם שימוש, בעוד שהבעלים לא, , אחרי תקופה ארוכה (20-30 שנה בערך) הבעלות במקרקעין עוברת למחזיק), **אך במיטלטלין ניתן**- מציאת חפצים שנאבדו מהווה תפיסת חזקה וגיבוש זכות קניינית באותם נכסים (אין דרישה של זמן משום שהנכס הופקר).
3. **חלוף הזמן + שימוש שאין עימו חזקה**- לדוג' זיקת הנאה. בשונה מתפיסת חזקה, כאן הזכות הקניינית היא המשך השימוש בנכס ולא העברת הבעלות בו.
4. **שיפור נכסי הזולת**- פעולה שמשפרת נכסים (מקרקעין או מיטלטלין) של אדם אחר עשויה להעביר את הנכס כולו אלי. הנכס הוא לא הכישרון שלי, אלא ערבוב הנכסים או מושאי הקניין שנמצאים בבעלויות שונות, בצורה שמשפרת נכס של אחר (בד של אחר עם חוט תפירה שלי/ חיבור מזגן שלי במושכר למשכיר).
5. **עסקה רצונית**- הדרך הסטנדרטית לרכישת זכויות קנייניות במקרקעין (מכר, מתנה, שכירות, משכון וכו'). על העסקאות האלה נרחיב.

**עסקה- רכישת זכות קניינית במקרקעין:**

עסקאות במקרקעין (מקרקעין, מיטלטלין וזכויות) נעשות באמצעות חוזים בכתב (כדי לגבש הסכמה ברורה). **בשלב כריתת החוזה/שלב אובליגטורי (התחייבות לעסקה) אנחנו נמצאים במערכת יחסים חוזית מול האדם שמכר את הזכות**, עדין לא מתגבשת זכות קניינית וכל מה שיש ביד זה התחייבות לעשות עסקה (הפרה של החוזה תביא להחלת חוק החוזים תרופות). בשלב זה יש לקונה **זכות מעין קניינית והשפעה על צדדים שלישיים** (**פס"ד אהרונוב**- למשל מתן קדימות מסוימת ביחס לצדדים שלישיים. זאת בניגוד למה שנאמר **בפס"ד בוקר**- זכות חוזית נקייה בלבד ללא השלכה על צדדים שלישיים). עם זאת, במרבית המקרים הזכות המעין קניינית לא תעזור לרוכש. הוא עלול למצוא את עצמו ללא הנכס, כשהוא יצטרך לתבוע את המוכר, וכשהמוכר לא נמצא הוא עלול לאבד את הזכויות שלו. **בשלב הרישום בטאבו (ס' 7(ב))- שלב קנייני (השתכללות העסקה)- מתגבשת הזכות הקניינית אשר מקנה זיקה בלתי אמצעית לנכס.** קיימת חשיבות להימצאות בכל שלב בעסקה לעניין צדדים שלישיים במקרה של עסקאות נוגדות, כי זכות קניינית חזקה לא רק כנגד המוכר, אלא גם כנגד הקונה השני.

* הסיבה לפער הזמנים בין העסקה לבין הרישום היא **מיסוי ואישורים** (רישום בטאבו מצריך אישורי תשלום מיסים שלוקח זמן לקבל אותם) **ומימון והסרת משכנתאות** (הליך הסרת וקבלת משכנתאות בבנקים לוקח זמן והוא תלוי בחוזה). מה עושים בפער הזמנים בין השלב האובליגטורי לשלב הקנייני? מכיוון שבחתימת החוזה הקונה מעביר את רוב הכסף למוכר (בדר"כ), **רושמים הערת אזהרה על הנכס (זו לא זכות קניינית). היא נרשמת בטאבו לטובת הקונה ע"י הבעלים-** היא משמשת תמרור אזהרה לכל מי שרוצה לעשות עסקה במקרקעין האלה שידעו שיש מישהו שכבר נמצא בשלב של מגעים (מסוכן להתערב במקרקעין/נותן להם לברר מה קורה פה) והיא גם איזשהו חסם מסוים שהבעלים לא יכול לעשות כל מיני טרנזקציות בלי קבלת האישור של אותם בעלי אזהרה. **למה הבעלים רושם אותה?** האינטרס שלו הוא לקבל את הכסף וכמה שיותר מהר וזה פותר את בעיית האמון בינו לבין הקונה. אם העסקה מתפוצצת והקונה מפר את העסקה מפקידים ייפוי כוח לביטול הערת האזהרה וקובעים בחוזה תנאים באיזה שלב עו"ד יכול לעשות זאת.
* **קיימות זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום בטאבו כתנאי להיווצרן** (שכירות קצרת מועד, זכות קדימה מכוח החוק, זיקת הנאה מכוח שנים).
* **אל מקרקעין לא רשומים/מוסדרים** (שעדיין לא עברו את כל תהליך ההסדר ולא מופיעים בטאבו) **מתייחסים כזכויות**, על אף שהם פיזית מקרקעין. לכן כדי לגבש בהם זכות קניינית ולהעביר בהם בעלות לא צריך רישום בטאבו, מהסיבה הפשוטה שהם לא רשומים בטאבו, אך נחיל הסדר קנייני של זכויות.
* **בשביל להעביר את הרישום בטאבו** יש להביא- חמישה עותקים של שטר המכר חתומים ע"י הצדדים, חוזה מכירת הדירה, אישור העירייה ואישורי מיסים.

**רכישת זכות קניינית במיטלטלין:**

* **אין מרשם מיטלטלין** משיקולי יעילות, אם כי קיים מרשם מיטלטלין של **רכבים** (לצורכי אחריות פלילית גרידא, לא מדובר במרשם קנייני).
* **ס' 33 לחוק המכר-** **השלב בו מתגבשת זכות קניינית במיטלטלין הוא** **שלב מסירת הנכס**, אבל הצדדים יכולים להתנות על כך ולקבוע את מועד מאוחר יותר להתגבשות הזכות הקניינית.
* השלב בין הסכם מכירת המיטלטלין לבין מועד המסירה הוא שלב אובליגטורי.

**רכישת זכות קניינית בזכויות:**

* **זכויות** הן **כל מה שלא מקרקעין ולא מיטלטלין**. זה כולל מקרקעין לא רשומים.
* לפי השינוי המחויב של **ס' 33 לחוק המכר**, בזכויות **מועד כריתת ההסכם** **הוא מועד העברת הבעלות בזכות**, אלא אם הצדדים קבעו אחרת.
* המשמעות של גיבוש הזכות הקנייניות גדולה עבור צדדים שלישיים ושאלת "מי יפרע ראשון" תלויה במי שגיבש ראשון את הזכות הקניינית.

**רכישת דירה מקבלן (לא מיד שניה):**

ההסדרים הרלוונטיים הם **חוק המכר דירות וחוק המכר הבטחת השקעות**.

* **החוקים חלים על: רכישת דירה והעברת בעלות בה** (דירה לפי **חוק המקרקעין** מוגדרת גם **כחדר/ מערכת חדרים** למגורים, לעסק או לכל צורך אחר) ו**רכישת חכירה לדורות**.
* **החוקים לא חלים** **על: בניה עצמית** (אני מעסיקה קבלן באופן עצמאי), **מכירה יד שניה** ו**קבוצת רכישה**.
* **פס"ד שמעונוף**- **הסיבה להסדרים הייחודים הללו** הוא שהמחוקק ראה לנכון **להגן על רוכשי הדירות מקבלן לאור פערי המידע, פערי הכוחות והליקויים הקוגניטיביים** שמעניקים עליונות של הקבלן על הרוכשים. **הליקויים**:
1. **הצפת מידע-** חוזה מכר של דירה מקבלן עמוס בפרטים שמבלבלים ומסיחים את תשומת ליבם של הרוכשים מהדברים המהותיים בחוזה עליהם יש לתת את הדעת.
2. **מסגור-** הקבלן שולט במידע ולכן מנגיש אותו לרוכשים בצורה אותה יאהבו לשמוע, הוא יתמקד בכך שיש היתרי בניה אבל יתעלם מבעיות אחרות בפרויקט. הדבר מקשה על הרוכשים לקבל החלטות שקולות, עצמאיות ואובייקטיביות.
3. **שגיאות הסתברותיות-** כבני אדם אנחנו נוטים לתת משקל גדול לנזקים קטנים שמבחינה סטטיסטית ההסתברות שיקרו יחסית גדולה ונוטים לתת משקל קטן יותר לנזקים קטסטרופליים שההסתברות שהם יקרו יותר קטנה. עלינו לתת משקל גדול יותר לנזקים הקטסטרופליים (איחור במסירת מפתחות הדירה לעומת פשיטת רגל של הקבלן).
4. **הטיה בין מידע מוחשי למידע שאינו מוחשי-** רוכשי דירות הם הדיוטות ולכן מסוגלים לנהל מו"מ על מידע מוחשי, אך קשה להם לנהל מו"מ על מידע לא מוחשי כמו זכויות של קבלן להצמיד חלק מהרכוש המשותף לדירה כלשהי.

**מה המחוקק עשה כדי להתמודד עם הליקויים הללו?** המחוקק התערב רגולטורית במערך הזכויות של אותם קבלנים, **וקבע שני סוגים של חובות ייחודיות שמוטלות על הקבלנים:**

1. **חובות גילוי וחשיפת מידע** **(חוק המכר דירות)-** חובות שמחייבות את הקבלן לחשוף לרוכשי הדירות את הפרטים הספציפיים לגבי הדירה שלהם ובנוסף לספק להם הבהרות ביחס לכל הפעולות שהוא עושה בתור בעל הזכויות לפני שהוא כרת עמם את החוזה. הגילוי צריך להיות בהיר, מפורט ובמועד כריתת החוזה. במידה והקבלן לא יעשה כן, כל השינויים יבוטלו ויחזרו לדיפולט שהחוק מציע (התקנון המצוי). **פס"ד שמעונוף**- מצב בו רוכשי דירות יאבדו את כספיהם בגלל קבלנים פושטי רגל הוא מנוגד לאינטרס הציבורי.
2. **חובת בטוחות (חוק המכר דירות הבטחת השקעות)-** **שמטרתה להבטיח את השקעות הקבלן (ולהגן בכל על הקונה).** **פס"ד חפציבה**- בעלי החברה לא סיפקו ערבויות אמיתיות לרוכשים כנגד הכספים ששילמו לחברה.
* האם זה נכון לכפות בטוחות על בעלים? מחד, שוק אופטימלי יגיע לנקודת איזון. מאידך, אנחנו לא מדברים על שוק אידיאלי נוכח פערי הכוחות ולכן חשוב שהמדינה תתערב ולא תשאיר את הכל למשא ומתן בין הצדדים. בנוסף, אפשר לטעון כנגד כפיית הבטוחות שעלויות הבטוחות יגולגלו על רוכשי הדירות מה שיעלה את המחירים, אם כי אפשר להגיד שרוכשי הדירות מעין רוכשים לעצמם ביטוח ולכן אין כל בעיה.
* למה צריך את הבטוחות? למה לצאת מתוך נקודת הנחה שקבלנים לא יספקו את הסחורה? סיכון שנובע מבעיות כלכליות של הקבלן, וכן סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר (פרויקטים שכאלה הם בדר"כ עסקאות קומבינציה, שכן בדר"כ הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע. מערכת היחסים הרגישה והמנוגדת אינטרסים בין הקבלנים לבין רוכשי הדירות לבין בעלי הקרקע היא נפיצה באופן שמעלה את הסיכון של רוכשי הדירות).
* 5 בטוחות שהחוק מאפשר לקבלן להעמיד על מנת להבטיח את ההשקעות: "לא יקבל מוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על שבעה אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה, והכל על אף האמור בחוזה המכר":
1. ערבות בנקאית של הבנק לרוכשי הדירות (**ס' 2(1)**)- הבנק נותן לרוכשי הדירות ערבות על כל שקל (מעל ה7%), כך שהם יכולים להיות אדישים לסיכון הכלכלי. לא ניתן לקבל ערבות בשל טענה על דירה לאחר שהתקבלה (תביעה חוזית נפרדת).
2. ביטוח (**ס' 2(2)**).
* **א' ו-ב': בטוחות שמבטיחות הגנה על ההשקעה הכלכלית של הרוכשים**. הבנק של הקבלן פושט הרגל יכנס בנעליו ויתקשר עם קבלן אחר לצורך השלמת הפרויקט.
* **למה בדר"כ יש יותר ערבויות ולא ביטוח?** הבנק מלווה את כל הפרויקט, כך שהמחיר בו הוא נותן ערבויות הוא זול יותר (מרגיש בטוח יותר לתת אותן), לעומת חברת ביטוח חיצונית.
1. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה (**ס' 2(3)**)- הקבלן מקבל כסף ורושם לטובת רוכשי הדירה משכנתא על שמם על המקרקעין.
2. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש, באישור הבעלים (**ס' 2(5)**).
* **הבעיה בג' ו-ד': הבעלים של הקרקע לא יאפשר רישום שכזה** כי אם הפרויקט לא יצלח יהיו לו שותפים לקרקע. בנוסף, **סביר שהבנק המממן לא יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו** (ירצה להיות בראש רשימת הנושים אם הפרויקט לא יצא לפועל). אם הקבלן הוא עשיר או שהקרקע היא שלו (והוא יכול לתת את הבטוחות על חשבונו בלי להחצין אותן על הבנק/בעלים אחרים), יכול להיות שהאופציה הזאת כן תהיה רלוונטית.
1. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית לטובת רוכשי הדירות מהקבלן, באישור הבעלים (**ס' 2(4)**). בעסקאות קומבינציה בעלי הקרקע מסרבים לרשום הערות אזהרה. בנוסף, הערות אזהרה קודמות (כמו למשל לגורם מממן) שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים, או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים רישום הערות לטובת הקונים.
* **ג' ד' ו-ו': בטוחות אשר נותנות קדימות או עדיפות לרוכשי הדירות במקרקעין עצמם.**
* **פס"ד מטרי**- אמנם **אין הבחנה מילולית בחוק המכר דירות בין רוכש פרטי לרוכש עסקי, אך היא קיימת** כי היא נובעת מתכליתו של החוק להגן על רוכש הדירה שכוחו לעומת הקבלן לא שווה. במידה ומדובר בחברה שרוכשת 20 דירות והיא זהה במעמדה לקבלן, אין סיבה להחיל את החוק כי לא מתקיימים אותם רציונליים צרכניים שאמורים לנטרל את פערי הכוחות. נקבע בפס"ד כי נכון שהחברה רכשה 20 דירות מהקבלן שפשט את הרגל, אך היא לא תקבל את כולן, אלא תיתן קודם כל את הדירות למשפחות שנפגעו. **השלמה עמ' 58-59.**
* **בשביל שלא יהיה ניתן לעקוף את חוק המכר דירות הבטחת השקעות,** כשם שנעשה **בפס"ד חפציבה, נעשו מספר שינויים בחוק בתיקון 2008:**
1. **מתן ערבות על כל תשלום בנפרד או שינוי בפרקטיקת התשלומים לשיטת השוברים** (=התשלום נעשה רק באמצעות שובר מפנקס שוברים המתייחס לכל דירה ודירה, שהונפק על די הבנק המלווה. הדבר מאפשר מעקב טוב יותר על הקבלן ומקשה עליו לרמות).
2. **ס' 2א1**- **הקבלן לא יכול למכור דירה לרוכש אם לא יידע אותו בכתב על זכותו להבטחת הכספים ששילם ועל הדרכים שנקבעו לפי החוק לעניין זה.**
3. **ס' 3ג**- **הבנק/תאגיד אחר שמלווה כסף לרוכש הדירה חייב ליידע אותו בכתב על זכותו להבטחת הכספים ששילם.** הוא לא יכול לתת לו הלוואה כל עוד לא **ווידא כי הרוכש קיבל בטוחות מהקבלן.**

**תחרות:**

* **כללי**: בדרך כלל מה שקורה בתחרות הוא שיש אדם ב׳ שיש לו דירה הוא מוכר אותה לא׳ ולאחר מכן מוכר אותה לג׳. השינוי הגדול של **מאוטנר** היה להבין שדיני התחרויות הם לא מערכת דינים של כל אחד מהצדדים למול המוכר, אלא מערכת משפטית שמתנהלת בין א' לג' (בין שני הקונים שמתחרים על הנכס).למה? בדר"כ ב' נעלם (בורח/פושט רגל וכו'). הוא מציע להסתכל על **תחרות קניינית כעל תאונה משפטית**, **כשההכרעה בין הצדדים המתחרים ביחס לנכס (ולא ביחס לזכות החוזית מול המוכר) תושפע משיקולים של** מונע הנזק הזול, מאזן המצוקה, תו"ל וכו'- אך בדמות של תו"ל ותמורה.
* **דיני התחרויות מבוססים על 2 מושגים עיקריים**:
1. **תו"ל-** **אובייקטיבי**- מנסה להחיל סטנדרטים אובייקטיביים של אותו אדם "היה צריך לדעת". האם ג', שהוא השני בזמן, היה צריך לדעת על העסקה עם א'? נניח לאור הערת אזהרה קיימת על הנכס. **סובייקטיב**י- בוחן את ההתנהלות הספציפית של אותו אדם (א', ב' או ג').
2. **תמורה-** **Consideration**- האם ג' שילם מקדמה כלשהי על הנכס והאם זה מספיק כדי שהיא תזכה בתחרות עליו? **Full value**- כל הערך של הנכס שולם.
* **לפי מאוטנר יש לנו בתאונות 3 סוגי שיקולים**:
1. **מניעת תאונה-** השיקול האולטימטיבי.
* בשלב זה מאוטנר מחזיק **בתפיסה של צדק מתגמל שמתקשרת לתו"ל**. אנחנו רוצים לתגמל את הצד שעמד באותם כללים משפטיים שמטרתם למנוע את התאונה (בצורה זולה וקלה) הקניינית כך שהוא יקבל את הנכס. חוסר העמידה בכללים (גם בלי לגרום לתאונה) מעידה על חוסר תום לב ויכולה להטיל אחריות מלאה.
1. **מזעור עלויות התאונה-** שיקול תועלתני, רק כי לא תמיד נצליח למנוע תאונות.
2. **מזעור עלויות המערכת** (דיונים וכו').
* **בשלב שלאחר התאונה מאוטנר מתחבר לעניין התמורה כחלק מתפיסת הצדק החלוקתי.** מזעור הנזקים ייגזר מהשאלה- מי כבר השקיע כספים ברכישת הנכס.
* **כשביהמ"ש מפרש את חוק התחרויות (השיקולים שרלוונטיים ביחס להכרעה)** הוא מכניס שיקולים **כלכליים**, של **אחריות חברתית** (למשל האם נטיל על בנק אחריות חברתית גדולה יותר מאדם פרטי?), **צדק חלוקתי** ואף **תיאוריות אישיות** כאלה ואחרות (נגיעה אישית לנכס למשל).

**כזכור יש לנו 3 נושאי קניין- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות (כולל מקרקעין לא רשומים). ביחס לכל אחד מהם נלמד 3 סוגי תחרויות: תחרות 1- בעל התחייבות לעסקה מול נושי המכר. תחרות 2- עסקאות נוגדות. תחרות 3- תקנת שוק:**

**תחרות 1- בעל התחייבות לעסקה מול נושי מכר:**

* **בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר- מקרקעין- תחרות בין אדם שהתקשר עם בעלים של נכס בעסקה לרכישת הנכס** (עדין אין רישום בטאבו אז הוא בעל התחייבות לעסקה) **לבין נושה מעקל (לא מובטח) של הבעלים** (אין לו זכות קניינית בנכס, יש לו חסם דיוני מביצוע טרנזקציות בנכס, הוא רוצה לפרוע את החוב שלו ולא אכפת לו מאיפה).
* **המשפט האנגלי-** הכרעה בדרך של **פשרה**. **בעל ההתחייבות** עדיף כמידת המחיר ששילם. אין לו קדימות בנכס אבל הוא **יקבל את כל התמורה שכבר שילם, מהערך שנשאר בנכס יוכלו להיפרע שאר הנושים**.
* **המצב בישראל:**
* בשנת 69' **עם חקיקת חוק המקרקעין לא הייתה כל התייחסות לתחרות שכזו** וכן בוטלו דיני היושר של המשפט האנגלי.
* בשנת 71' התקבל **פס"ד בוקר**-בשלב ההתחייבות לעסקה הבעלות הקניינית עדין בידי המוכר ולכן **הנושה המעקל גובר על בעל ההתחייבות לעסקה.**
* בשנת 72' תוקן **חוק המקרקעין וס' 127(ב)** קבע כי **בעל התחייבות לעסקה שרשם הערת אזהרה על הנכס יגבר על נושה מעקל מאוחר יותר.** אם לא רשם הערת אזהרה, יפסיד את הנכס לטובת הנושה המעקל. כלומר, הלכת בוקר לא מתה לגמרי, התיקון רק נותן כלי לבעל ההתחייבות להתגונן ממנה.
* בשנת 99' **פס"ד אהרונוב**- משנה את התמונה. **בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל, גם אם לא רשם הערת אזהרה.**
* **שטרסברג כהן**- ההכרעה בתחרות לא יכולה להיגזר מרישומה או אי רישומה של הערת אזהרה. למה?
1. **האינטרסים של הצדדים מנוגדים ולכן לא נכון להתייחס אליהם באותו אופן.** בעל ההתחייבות מעוניין בנכס הזה ספציפית והנושה המעקל מעוניין לפרוע את חובו כך שמבחינתו הנכס המיר כספית ותו לא.
2. מבחינה חלוקתית בעל ההתחייבות הוא בדר"כ אדם פרטי והנושה המעקל הוא גוף מוסדי (בנק). **זה בעייתי להכריע את הכף באופן גורף לטובת** הנושה המעקל, שהוא בעל האמצעים**,** כך שלא נטיל עליו שום חובה ביחס לעיקולים בעוד שנטיל חובה על האדם הפרטי להתגונן ע"י רישום הערת אזהרה.
3. היא מדגימה את המעגל השוטה (**עמ' 67**) ועל בסיסו טוענת כי ההיגיון מחייב שבתחרות שכזו בעל ההתחייבות לעסקה צריך לזכות בלי קשר לרישומה של ה"א.
* **ברק וחשין**- מגיעים לאותה מסקנה אבל בהתבסס על **ס' 9- עסקאות נוגדות-** "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.". זאת אמירה נורמטיבית של חוק המקרקעין ביחס לזכותו של הראשון בזמן באופן כללי, שהופכת את הזכות האובליגטורית לזכות מעין קניינית. את התובנה הזאת אנחנו מייבאים לתחרות הזאת וקובעים שבגלל שהראשון בזמן מגבש זכות מעין קניינית,התחרות חייבת להיות מוכרעת לטובתו ללא קשר לרישומה של ה"א **וגם אם שילם רק חלק מהתמורה**.

**ההכרעה לפי פס"ד אהרונוב נכונה לכל אחד ממושאי הקניין לעניין התחרות הזאת, כי אנחנו לומדים את מה שלמדנו מס' 9 גם מס' 12 לחוק המיטלטלין.** עם זאת, **בהמשך נראה הסתייגות קלה מהקביעה** הברורה שבעל ההתחייבות לעסקה תמיד גובר על נושים מעקלים ללא תלות ברישומה של הערת אזהרה. לדוגמה אם בעל ההתחייבות לעסקה בתחרות הזאת הוא גורם מקצועי כמו בנק, והוא לא רשם הערת אזהרה, אז יש אפשרות שהוא יפסיד בתחרות לטובת נושים מאוחרים יותר.

**תחרות 2- עסקאות נוגדות:**

* **עסקאות נוגדות- מקרקעין- תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבעל התחייבות לעסקה על אותו נכס.** **ס' 9-** **ברירת המחדל היא שהראשון בזמן זוכה (זכות מעין קניינית- ברק וחשין באהרונוב- גוזרים מכך שבתחרות 1 הראשון בזמן גובר וגם אם שילם רק חלק מהתמורה), אלא אם השני פעל בתו"ל (סובייקטיבי- בדק את הרישום, ירד לשטח וכו'. לא מדובר רק במעשי- אלא גם בעצימת עיניים), נתן תמורה והעסקה נגמרה ברישום** (לא מספיק ה"א או שכן (פרוקצ'יה בדעת מיעוט)?). **אם השני בזמן לא קיים את התנאים האמורים, לא תהיה לו זכות קניינית אך כן תהיה לו זכות חוזית כך שהוא יוכל לתבוע את המוכר.** הבעיה בתחרויות האלה מתחילה **כאשר אין מוכר לפנות אליו** (לא בר פירעון (פשט רגל) או נעלם) כך ש**שני הצדדים מעדיפים את הקדימות בנכס ולא להסתפק בתביעה חוזית**. הראשון בזמן יזכה בקדימות ברכישת הנכס ולא בקבלת הנכס כך שאם שילם חלק מהתמורה, הוא יצטרך להשלים את ההפרש.
* **פס"ד וורטהיימר**- וורטהיימר הוא הראשון בזמן ובנימיני הוא השני בזמן. לאחר שבנימיני ידע על ורטהיימר, הוא שילם את כל התמורה בעבור הנכס ואילו ורטהיימר שילם רק סכום מזערי. מחד, חוק החוזים תרופות קובע **בס' 3(4)** **שלא נאכוף את החוזה מול וורטהיימר כי הוא מביא לתוצאה בלתי צודקת בנסיבות העניין** (בנימיני יפסיד את כל הכסף). מאידך, לפי **ס' 9** **העסקה עם בנימיני לא נגמרה ברישום ולכן וורטהיימר הוא הזוכה**. נקבע כי **ס' 9 גובר** ולכן וורטהיימר יזכה בתחרות למרות התוצאה הבלתי צודקת.
* **פס"ד גנז**- חברת בריטיש מוכרת מקרקעין שברשותה לחברת נוטריקון. העסקה לא מסתיימת ברישום אז נוטריקון היא בעלת התחייבות לעסקה. נוטריקון מוכרת את המקרקעין האלה לגנז (לא רשם ה"א) ולאחר מכן מוכרת אותם לאפק (רשמה ה"א אבל לא השלימה את הרישום). **למרות שהבעלות הקניינית עדין בידי בריטיש, נקבע כי נוטריקון מעבירה התחייבות בעסקה למקרקעין כך שנדון לפי ס' 9**. באופן שונה מוורטהיימר נקבע כי **אי רישומה של ה"א ע"י הראשון בזמן עשויה להעיד על חוסר תו"ל מצידו כך שנכריע בתחרות לטובת השני בזמן, גם אם לא עמד בכל התנאים של ס' 9.**

**סייגים לכלל:** אי רישום של ה"א ע"י הראשון לא מביאה להפסד באופן קטגורי ולקדימות בנכס לשני בזמן אם:

1. **כאשר אין חוסר תו"ל מצד הראשון בזמן-** נניח לא ניתן לרשום ה"א או שמשיקולי צדק/מדיניות אנחנו לא מצפים ממנו לרשום ה"א (בהעברות נכסים בין **בני זוג** אנחנו לא רוצים שהם ירשמו ה"א כי זו מערכת יחסים רגישה, לכן גם אם בן הזוג לא רשם ה"א, נפעל ע"פ המנגנון הרגיל של ס' 9 והוא עדין יזכה בתחרות, אלא אם השני מילא את כל התנאים).
2. **כאשר אין קש"ס בין אי הרישום לתאונה המשפטית-** נניח אם השני כלל לא הסתכל במרשם לפני שהתקשר עם המוכר.
3. **כאשר המוכר חייב את בעל ההתחייבות לעסקה לא לרשום ה"א לתקופה מסוימת-** לדעת המרצה המקרה לא ראוי. מוכר שרוצה ליצור מצב של עסקאות נוגדות יפעל בצורה כזו. זה פותח פתח לטעויות.
* **פס"ד ביאד נ' לחאם-** פרשנות רחבה לפס"ד גנז. **עמית**- **רישום ה"א היא פעולה כה פשוטה וזולה** ולכן אי רישומה עולה ישר כדי חוסר תו"ל (בגנז זה עשוי היה להעיד על חוסר תו"ל). **אם הראשון בזמן לא רשם ה"א הוא חסר תו"ל ולכן נעביר אליו את הנטל להוכיח** **שאין קש"ס בין אי הרישום לבין הנזק שנגרם.** זה נטל כבד שמטרתו לתמרץ ראשונים בזמן לרשום ה"א.
* **רישום ה"א אזהרה (ע"י השני בזמן) לא ממלא את התנאי לרישום שבס' 9, אבל פרוקצ'יה (בדעת מיעוט) חושבת שזה כן ממלא כי מטרת הרישום היא פומביות שזו פונקציה שה"א משיגה (לכן לא צריך להחמיר עם השני בזמן).**
* האם ניתן לייבא את רישום ה"א כראיה לתו"ל של הראשון בזמן גם לתחרות הראשונה? **פס"ד בנק המזרחי נ' גדי**- גדי הוא בעל התחייבות לעסקה שלא רשם ה"א במשך 7 שנים ובנק מזרחי הוא נושה מעקל. טענת הבנק היא שאי רישומה של ה"א במשך כל השנים הללו עולה כדי חוסר תו"ל כך שהבנק צריך לזכות בתחרות. נקבע כי **לא ניתן לייבא את מוסד העסקאות הנוגדות למוסד העיקול, כי כאן אין הסתמכות על נכס ספציפי והאינטרס של המעקל בנכס ספציפית הוא נמוך.** הלכת אהרונוב נשארת על כנה. **פס"ד רשף נ' יוסף**- **כשבעל ההתחייבות לעסקה הוא שחקן מקצועי (מוסדי, בנק וכו') ובעל מערך לרישום זכויות וחובות, נטיל עליו את חובת תו"ל כך שאם הוא לא רשם ה"א על הנכס, הוא לא יזכה בו** והנושה המעקל יזכה.
* **עסקאות נוגדות- מקרקעין שאינם רשומים, מיטלטלין וזכויות:**
* בעסקאות נוגדות במיטלטלין **הוראת החוק הרלוונטית** היא **ס' 12 לחוק המיטלטלין** (זהה כמעט לס' 9 לחוק המקרקעין), ובעסקאות נוגדות בזכויות הוראת החוק הרלוונטית היא **ס' 13 לחוק המיטלטלין** (מחיל את ס' 12 בשינויים המחויבים).
* **באיזו תחרות אנחנו נמצאים- עסקאות נוגדות או תקנת שוק? פס"ד טקסטיל ריינס**- בכל הנוגע לזכויות ולמיטלטלין **חשוב לוודא במה אנו דנים ובאיזה שלב אנחנו נמצאים (מה הזכויות שיש בידי המוכר). במיטלטלין הבעלות עוברת במסירתם**, **ס' 33 לחוק המכר** **ובזכויות הבעלות עוברת במועד כריתת החוזה** (אלא אם הוסכם אחרת). **דוג'-** המוכר קבע בחוזה שהבעלות במיטלטלין תועבר בעוד שבוע ובינתיים מסר את המיטלטלין לאדם אחר, אנחנו נמצאים בעסקאות נוגדות כי הראשון בזמן לא השלים את העסקה. *הוא נמצא בשלב החוזי* והבעלות הקניינית הייתה עדין בידי המוכר כך שהיה לו מה להעביר. אם המוכר והרוכש הראשון לא היו קובעים כל תניה בחוזה לעניין העברת הבעלות והמוכר היה מוסר את המיטלטלין לראשון ולאחר מכן מוכר אותם בחוזה לאדם אחר, אנחנו נמצאים בתקנת שוק, כי לראשון בזמן כבר התגבשה הזכות הקניינית כך שאין למוכר מה להעביר הלאה.
* **מי מנצח בעסקאות נוגדות בזכויות/מקרקעין לא רשומים/מיטלטלין?** לפי **ס' 12-13**, **ברירת המחדל היא שהראשון בזמן זוכה, אלא אם השני בזמן התקשר וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתו"ל ובתמורה**.
* **קיבל-** חזקה בנכס (שלו או של מי מטעמו) + קניין (אופן ההקניה בהתאם לסוג הנכס- למשל ברכישה אינטרנטית אני לא צריך שהרכישה תהיה בידי בשביל ליצור חזקה).
* **תו"ל סובייקטיבי (לפי ס' 12+13 לחוק המיטלטלין)-** ידיעה של ממש על העסקה הראשונה (על קיומם של נושים אחרים) או עצימת עיניים מצד השני בזמן עשויה להעיד על חוסר תו"ל.
* **תמורה-** ערך ממשי או שינוי מצב לרעה (אם הסתמכתי על הזכות/המיטלטלין). דוג'- אם אני קונה רכב והסתמכתי על הקניה של הרכב החדש ולכן מכרתי את הרכב שלי, זה מרע את מצבי ומראה שהתכוננתי באמת לקיום העסקה.
* למה נאפשר לשני בזמן אופציה לזכות בתחרות? כי **הראשון הוא מונע הנזק הזול שיכול היה למנוע את התאונה המשפטית אם רק היה דואג לקבל את הנכס לידיו.**
* לא ניתן לייבא את **הלכת גנז** למיטלטלין וזכויות כי אין מרשם שאפשר לרשום בו ה"א. ועדיין- למה לא מכילים את ההיגיון שבפס"ד גנז? 1) קשה ליצור מרשם במיטלטלין- עלויות גבוהות מידי שיפגעו בהתנהלות התקינה והזורמת של השוק. 2) הגדרת החזקה כהפגנת תו"ל עשויה לעכב את המסחר השותף.

**תחרות 3- תקנת שוק:**

* **תקנת שוק- זכויות ומקרקעין לא רשומים- נושה בעל זכות ממחה את זכותו פעמיים, זאת כשהעסקה הראשונה כבר הושלמה (כריתת חוזה)** כך שעברנו את השלב הקנייני והועברה הבעלות ולאחר מכן הומחתה הזכות לאחר (הבעלות עברה כשבידי הנושה אין כלום, הוא ממחה משהו שלא ברשותו). הוראת החוק הרלוונטית היא **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**- **ברירת המחדל היא שהראשון בזמן זוכה, אלא אם הודיעו לחייב קודם כל על זכותו של הנמחה השני ואז הוא זוכה**. **כלומר, השאלה מי יזכה תלויה במי ירוץ ראשון להודיע לחייב על הזכות שהנושה המחה לו.**
* **חייב=** **במקרקעין לא רשומים-** מנהל מקרקעי ישראל. **בזכויות-** כל פעם מי שחייב את הזכות (זכות כניגוד לחובה). למשל- אני מלווה לא' וב' 50₪ וג' חייב לי 50₪. אני אומרת לא' וב' לקחת את הכסף מג'. הראשון שיעשה זאת יזכה.
* מה הסיבה להכרעה הזאת בתחרות?
1. **קשור לשוק-** אנחנו רוצים לתמרץ את הראשון בזמן להודיע לחייב על כך שהזכות הומחתה לו כדי למנוע תאונות קנייניות, בזבוז כספים ואי וודאות.
2. **קשור לחייבים-** אנחנו רוצים להוריד מהם לחץ. אם הם לא ידעו למי הם צריכים להביא את הכסף הם ימנעו מלקחת הלוואות והשוק לא יתפקד.
* **תקנת שוק- מקרקעין- תחרות בין בעלים מקורי לרוכש בתו"ל.** שרשרת עסקאות שבאחת החוליות אדם מוכר נכס מקרקעין שלא ברשותו לאחר, בהסתמך על טעות במרשם- האם הרוכש יקבל את הנכס או שהוא יישאר בידי בעליו? הוראת החוק הרלוונטית היא **ס' 10 לחוק המקרקעין-** "**מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום היה לא נכון**". אם עד כה המרשם היה כלי אינסטרומנטלי לבירור ההתנהלות של הצדדים, המרשם הופך כרגע למטרה בפני עצמה, והיא שהוא יהיה וודאי ולא יהיה ניתן לערער עליו, כך שגם אם הוא כולל טעויות אנחנו נכשיר אותן. למה? אנשים לא יסמכו על המרשם אם ידעו שלמרות ההסתמכות, יכול להיות שבסוף הנכס לא יהיה בידיהם.
* **בהסתמך בתום לב על הרישום-** **פס"ד מורדכייב נ' מינץ**- מתחזה הנפיק מסמכים לפיהם הוא בעלים של דירה, כשהוא לא באמת הבעלים שלה. הוא מכר את הדירה. הרוכש, בוהדנה, בדק במרשם וראה כי אכן המסמכים המזויפים תואמים את המרשם. האם הדירה שייכת לבעלים המקורי או שנפעיל תקנת שוק ונביא את הדירה לרוכש? ביהמ"ש קבע כי לא טעות בזהות המוכר במרשם הובילה לעסקה, אלא המסמכים החיצוניים למרשם הובילו לטעות. **בגלל שהמרשם תקין, אין סיבה שהרוכש ייהנה מתקנת שוק.** **פס"ד להיגי**- **הרוכש ייהנה מתקנת שוק ויקבל את הנכס רק אם ההסתמכות על *המרשם* הובילה לטעות.**
* **תו"ל סובייקטיבי-** אמונה אבסולוטית מצד הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין במרשם, **לקונה אין שום סיבה לחשוד או לפקפק בכך** (אם רשומה לזכותו של המוכר **רק ה"א, זו נורה אדומה** וייתכן שלא נפעיל תקנת שוק (2 נק' הבאות פירוט)). **נדרוש תו"ל ברמה מאוד גבוהה כי לתקנת שוק יכולות להיות השלכות מאוד קיצוניות על הבעלים המקורי-** לכן **תו"ל צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום.**
* **תמורה-** צריכה להיות תמורה בת ערך (כסף/שירות בעבור הנכס).
* רוב רוכשי הדירות מחזיקים בה"א בלבד לאור הפערים בין כריתת חוזה המכר לבין הרישום בטאבו. האם נאפשר לרוכש להנות מתקנת שוק אם הוא קנה נכס בהתבסס על רישום של ה"א? **פס"ד מורדכייב נ' מינץ**- בוהדנה רכש את הדירה מהמתחזה וקיבל ה"א. העסקה עמו טרם הושלמה וכבר מכר את הנכס לגברת מורדכייב. האם היא צריכה להנות מתקנת שוק? **נקבע כי אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק, גם אם הדירה נרכשה על בסיס ה"א, וזאת כדי לאפשר ולעודד את קיומן של עסקאות במקרקעין.** **שני תנאים לכך:**
1. **הרוכש על בסיס ה"א חייב לעשות בדיקה יסודית ביחס לטיב ההתקשרות בין מי שמוכר לו לבין מי שמכר לו** (מורדכייב צריכה לבחון את העסקה בין המתחזה לבוהדנה). **הרמה הנדרשת "לבדיקה" היא של** **האדם הסביר**.
2. **הרוכש על בסיס ה"א משלם על הדירה בפריסת תשלומים.** זה מעיד על כך שהוא פועל בצורה אחראית. אם הוא היה משלם ישר על כל הנכס זה היה מעיד על כך שהוא מבין שמשהו פה מסריח, אבל הוא רוצה לתת תמורה גדולה כדי שביהמ"ש יזכה אותו בתקנת שוק.
* **תקנת שוק- מיטלטלין-** כאשר הצד הראשון לעסקה עבר את השלב האובליגטורי והעסקה עמו הושלמה (אחרת אנחנו מדברים על עסקאות נוגדות). הוראת החוק הרלוונטית היא **ס' 34 לחוק המכר-** "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב". מדובר בס' ארוך ורווי בתנאים שאומר את מה שס' 10 אומר לעניין תקנת שוק במקרקעין, **למרות הפגם שהיה בשרשרת ההעברות, בהתקיימם של תנאים מסוימים נאפשר לקונה המיטלטלין להיות הבעלים של הנכס, זאת על מנת לשמור על שוק חופשי. תנאי ס' 34 לחוק המכר (תנאים לתקנת שוק במיטלטלין, בחינה רטרואקטיבית שלהם (פס"ד כנען)):**
1. **נמכר-** **ס' 1 לחוק המכר** קובע שמכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר, כלומר **מתן תמורה** בעד הנכס הוא תנאי בסיסי לשימוש בתקנת שוק במיטלטלין. כשמדובר **במתנה יהיה קשה להפעיל תקנת שוק**.
2. **נכס נד-** כתוב נכס נד ולא מיטלטלין כך שהכוונה היא **למיטלטלין מוחשיים** שניתנים לתפיסה. אם לא, אנחנו מדברים על **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**.
3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר-** יהיה קשה להפעיל תקנת שוק אם קניתי אייפון מחנות ירקות ולאחר מכן גיליתי שהוא גנוב. למה אנחנו צריכים את התנאי הזה? **הש' זמיר-** מדובר **בתנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה**. **הש' דגן-** מטרת התנאי היא **לתמרץ סוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס אותו הם מכניסים לשוק. תקנת שוק לא רלוונטית לרכישה מאנשים פרטיים + רכישת נכס מיד 2 לא יכולה לזכות בתקנת שוק, אלא אם מדובר** **בשחקנים רב פעמיים ביד 2** כך שהרכישה כן יכולה להיות מכירה של נכסים מסוג של הממכר.
4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו-** **אינדיקציה נוספת לתו"ל של הרוכש**. אם המוכר מכר לך את הנכס בסמטה חשוכה ובכך סטה מדרך ממכר תקינה, זה אמור לעורר חשד ונבדוק אם עצמת עיניים לחשד הזה.
5. **הקונה קנה וקיבל-** העברת הבעלות בקנייה ובמסירת החזקה בנכס.
6. **תו"ל-** **לאורך כל ההליך**, משלב כריתת החוזה ועד לשלב קבלת החזקה. **המבחן הוא סובייקטיבי**- נדרוש ידיעה בפועל או עצימת עיניים לחשדות בנסיבות הספציפיות של המקרה. **פס"ד רוזנשטרייך**- האם העובדה שרוכשת לא בדקה ברשם המשכונות האם יש שעבוד על הנכס פוגעת בתום ליבה? לא. **בשונה ממקרקעין,** **אי בדיקה של מרשמים שהם לא חלק מהעסקה עצמה לא פוגעים בתו"ל.**
* **פס"ד כנען**- **בעיות בטיב הממכר והשווי שלו.** **על ביהמ"ש לבדוק את טיב ושווי הנכס האמיתיים באופן רטרוספקטיבי ועל פיהם לבחון את החלת תקנת השוק.** גברת כנען רכשה תמונות בשוק הפשפשים שהתברר שהיו גנובות ממוזיאון בארה"ב ושוויון היה גבוה משמעותית ממה ששילמה. הבעיה העיקרית לא הייתה בשרשרת ההעברות, אלא בנכס עצמו שהיה גנוב. ביהמ"ש מציג שני מסלולים לאיך התמונות יחזרו לארה"ב:
* **מסלול חיצוני- דיני חוזים-** **אין סיבה שאדם שעשה טעות יקבל מתנה משמיים, נפקיע את התמונות מכוח** **עשיית עושר שלא במשפט**. בנוסף, דוקטרינת הטעות המשותפת בחוזים- **עסקה בה טעו שני הצדדים ניתנת לביטול.** ביהמ"ש עושה הבנייה קונסטרוקטיבית של שתי הדוקטרינות.
* **החלת תו"ל-** **ההתעקשות** של גברת כנען להשאיר את העסקה כמות שהיא למרות הפער הכלכלי ולמרות הטעות **עולה כדי חוסר תום לב**, מה שמצדיק לקחת ממנה את התמונות.
* **מסלול פנימי- אי עמידה בתנאי תקנת שוק-** ביהמ"ש **בוחן את תנאי תקנת השוק בדיעבד** באופן מאוד בעייתי. הוא קובע כי **המוכרת לא רגילה למכור תמונות יוקרה** ולכן התנאי לא מתקיים. כמו כן, יש **חוסר תמורה בדיעבד**. למרות הבעייתיות (שכן שני הצדדים היו תמי לב בזמן המכירה), ביהמ"ש לא רוצה להחיל תקנת שוק על מתנות משמיים ולכן מוכן לפסול רטרואקטיבית. מבחינת **מאזן המצוקה**, ממשלת ארה"ב מפסידה יותר מגברת כנען (למרות שמאזן המצוקה כלל לא קשור לבחינה הזאת).
* **מכוניות-** **רכישה של רכב מאדם פרטי לא תזכה בתקנת שוק**. אפשר להימנע מתקנת שוק בהתניית התשלום בהעברת הבעלות ברכב, מה שיחשוף אם יש שעבודים כלשהם על הרכב.

**תחרות ומתנה:**

**מתנה** היא הקניית נכס שלא בתמורה (תמורה כספית/מתן שירות). **העברת הבעלות הקניינית במתנה נגמרת בהקניית הנכס ובהסכמת שני הצדדים** (**במקרקעין נדרש רישום** (**ס' 6**- עסקת מתנה היא עסקה במקרקעין לכל דבר ועניין), אחרת מקבל המתנה הוא בעל התחייבות למתנה). הוראת החוק הרלוונטית היא **חוק המתנה:**

* **ס' 3-** חזקה על מקבל המתנה שהוא מסכים לקבלה, אלא אם הודיע אחרת לנותן תוך זמן סביר.
* **ס' 5(ב)-** "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו (לרעה) בהסתמך על ההתחייבות, **רשאי הנותן לחזור בו ממנה**, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו". הס' הזה מקל על האפשרות להבריח נכסים מנושים.
* **ס' 5(ג)-** נותן שהתחייב לתת בעתיד מתנה, יכול לחזור בו מההתחייבות אם התנהגותו של המקבל היא מחפירה כלפיו או כלפי מי ממשפחתו, וכן אם מצבו הכלכלי של הנותן השתנה לרעה (גם אם מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה).
* **עסקת מתנה משליכה על דיני התחרויות בשני היבטים:**
1. **עסקת מתנה בלתי הדירה (=הנותן לא יכול להתחרט ולקחת אותה חזרה) היא נעדרת תמורה-** **פס"ד סולימאן**- כשמדובר בעסקאות נוגדות ובעל ההתחייבות למתנה הוא השני בזמן, הוא לא יוכל לזכות בתחרות כמעט אף פעם כי **ס' 9** דורש תמורה, ובמתנה אין תמורה. **בשביל למלא את רכיב התמורה צריך להוכיח הסתמכות מאוד גדולה על המתנה ושינוי קיצוני של המצב לרעה.** **דנציגר**- **נכון שכך יהיה בגלל מאזן המצוקה**. בעל ההתחייבות לעסקת מכר, הראשון בזמן, ששילם תמורה כלשהי בעד הנכס ייפגע יותר מבעל ההתחייבות למתנה שהוא השני בזמן שלא שילם דבר. ביקורת על דעתו של דנציגר בפס"ד:
2. מאזן המצוקה יכול לנטות לרעת בעל ההתחייבות למתנה דווקא. ס' 9 לא דורש כי בעל ההתחייבות הראשון ייתן תמורה כלשהי ובמרבית המקרים הוא באמת לא נותן תמורה או נותן תמורה זעומה.
3. **עיקור הלכת גנז-** דנציגר מסתכל על התחרות באופן כזה שמאזן המצוקה הוא חזות הכל. הוא מבטל את בחינת חובת תו"ל האובייקטיבית שהיא רישום ה"א.

**כשבעל ההתחייבות למתנה הוא הראשון בזמן הוא צריך לרשום ה"א לפי הלכת גנז, לאחר מכן נבדוק אם השני בזמן מילא את התנאים של ס' 9 ואז הוא ינצח בתחרות גם בלי למלא את דרישות הס'. אם בעל ההתחייבות למתנה הוא השני בזמן, הראשון בזמן- בעל ההתחייבות לעסקת מכר, לא צריך לרשום ה"א והשני בזמן חייב לקיים את כל התנאים של ס' 9 (תום לב + רישום + הסתמכות לרעה מאוד משמעותית המרשם ועל המתנה שהוא עתיד לקבל).**

1. **עסקת מתנה הניתנת לביטול ע"י נותן המתנה-** ע"פ **הלכת אהרונוב**- כשמדובר בבעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל, בעל ההתחייבות גובר גם אם לא רשם ה"א. האם העובדה שמדובר בבעל התחייבות לעסקת מתנה מצדיקה סטייה מההלכה, כך שתנאי לניצחונו של בעל ההתחייבות למתנה יהיה רישום של ה"א? מחד, הרציונליים כשמדובר בעסקת מתנה או בעסקת מכר כמעט זהים ( **1)** עסקת מתנה היא עסקת מקרקעין לכל דבר ועניין ולכן היא מעניקה למקבל המתנה זכות קניינית. בנוסף, הזכות של הנושה בשני המקרים היא זכות דיונית. **2)** ההסתמכות של הנושה היא כללית ואילו ההסתמכות של בעל ההתחייבות היא ספציפית ביחס לנכס המסוים. אומנם ניתן להגיד כי ההסתמכות של בעל ההתחייבות לעסקה גדולה יותר מההסתמכות של בעל ההתחייבות למתנה, כי תמיד מה שעומד "בבאק אוף מיינד" זה שנותן המתנה יכול לחזור בו מהמתנה. **3)** אין הבטחה לנושה לא מובטח שנכסי החייב יישארו במצבם במועד יצירת החוב). מאידך, ההלכה קובעת אחרת. **פס"ד לאניאדו**- **בגלל החשש מהברחת נכסים מנושים** במסווה של הענקת מתנות לקרובים (כי אפשר לחזור בהם מהמתנה ולקבל את הנכסים חזרה) **ומפגיעה בנושים באמצעות כלים קנייניים, כאן ברירת המחדל היא שנושה מעקל גובר על בעל התחייבות למתנה שלא רשם ה"א.** **בהתקיימם של תנאים חלופיים** (מספיק אחד כדי שבעל ההתחייבות למתנה יגבר) **יוכל בעל ההתחייבות למתנה שלא רשם ה"א לגבור על נושה מעקל (**נטל ההוכחה הפני מקבל ההתחייבות למתנה):
2. **כאשר הנסיבות יעידו כי המתנה אמיתית-** **אם נותן המתנה בזמן מתן המתנה לא היה במצוקה כלכלית**, כך שלא עולה החשש להברחת נכסים, נראה במתנה כמתנה אמיתית שעשויה להעניק את הניצחון לבעל ההתחייבות למתנה גם אם לא רשם ה"א.
3. **בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על המתנה**, זה מעיד על כך שהמתנה אמיתית.
4. אינדיקציה טובה לאמיתות המתנה היא **היותה בלתי הדירה** (הנותן לא יכול להתחרט ולקחת את המתנה חזרה), ואז יורד החשש מהברחת נכסים.
5. **אם הנושה המעקל ידע על המתנה ורק לאחר מכן ביקש להטיל עיקול, זה יעיד על חוסר תו"ל מצידו.**

**4. ריבוי בעלים:**

חוק המקרקעין, סעיפים 27-36 + חוק המטלטלין, סעיפים 9, 13

**מעגל השליטה הפרטית:**

* **ויסמן**- **שיתוף=** בעלות על נכס ללא מטרות רווח. מחילים על שיתוף את חוק המקרקעין.
* **הסכם שיתוף** לפי **ס' 29(א)** ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר. **בפס"ד בוקובזה** נאמר כי מטרת הרישום הינה פומבית בלבד.
* **ס' 30(א)-** "בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם".
* **פס"ד ביאלר**- הרשאת המשך מגורים הוא דבר חורג מהניהול והשימוש הרגיל ולכן דורש את הסכמת כל השותפים לפי **ס' 30(ג)**.
* **פס"ד וילנר**- למרות שלפי ס' 30 החלטת הרוב היא הקובעת בענייני הניהול והשימוש הרגילים במקרקעין, אין בכך כדי לשחרר את הרוב מהחובה להציג את מלוא העובדות למיעוט ולשתפו בקבלת ההחלטה. החלטת רוב שנעשתה במחשכים לא תקפה.
* **פס"ד נתן**- גם על החלטת הרוב בגין שימוש וניהול רגיל של הנכס לפי ס' זה חלה חובת תום הלב, כך שרוב הבעלים לא יכולים לקבל החלטה שמשנה מהותית או ייעודו הרגיל או הטבעי של הנכס.
* **ס' 30(ב)-** "שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות הענין".
* **ס' 30(ג)-** "דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים".
* **ס' 31-** **זכותו של שותף יחיד:**

31.  (א)  באין קביעה אחרת לפי סעיף 30, רשאי כל שותף, בלי הסכמת יתר השותפים –

(1)   להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר;

(2)   לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם;

(3)   לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

          (ב)  עשה שותף כאמור בסעיף קטן (א), יודיע על כך לשותפים האחרים ככל האפשר בהקדם.

* **פס"ד ביאלר**- האם לא יכולה להסתמך על **ס' 31(א)(1)** לעניין זכותו של יחיד בבעלות המשותפת כי: 1) היא לא זו שעושה את השימוש הסביר. 2) בכך שהיא מאפשרת לבנה להשתמש שימוש סביר, היא מונעת משותף אחר, בעלה, להשתמש שימוש סביר.
* **פס"ד וילנר**- **שימוש סביר (ס' 31(א)(1))=** נקבע **לפי אופי המקום לעומת אופי השימוש שנעשה בו, טיבו וטבעו של הנכס. "ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר"-** מספיק שהשותף המשתמש בנכס אינו עושה דבר כדי למנוע מהשותפים האחרים להשתמש עמו בצוותא כאשר הם מעוניינים בכך. **דעת המיעוט גורסת כי לתוך שאלת השימוש הסביר יש להכניס נתונים כמו אישיות השותפים, אפשרויות השימוש והכל בהתאם לתנאי הזמן והמקום.** צריך שמבחינה מעשית התוצאה תהיה דומה לתוצאה המשפטית.

**בתים משותפים:**

* חוק המקרקעין, ס' 52(ו)-77, 141-148, 170 והתוספות הראשונה והשניה (כולל ס' 59ג והתוספת השניה, שנוספו בתיקון 23, וס' 71(ב)-(ד), שנוספו בתיקון 24). סעיף 59ז תוקן בתשע"א).
* חוק המקרקעין (החלפת ספק גז בבית משותף), תשנ"א-1991, תקנות המקרקעין (הוצאות החלות על המתנתק מהמערכת המרכזית בבית משותף), תשנ"א-1991, תקנות המקרקעין (תנאים להינתקות ממערכת מרכזית בבית משותף), תשנ"א-1991.
* **ס' 60(א)- בית משותף שנהרס-** "נהרס בית משותף, כולו או מקצתו, מכל סיבה שהיא, **ובעלי הדירות ששלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם (להלן - המשקמים) החליטו להקים את הבית מחדש או לתקנו**, יישא כל בעל דירה בהוצאות הכרוכות בכך לגבי דירתו, ובעלי כל הדירות ישתתפו בהוצאות הכרוכות בכך לגבי הרכוש המשותף, **כל אחד לפי החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירתו**".
* **פס"ד צ'ודלר**- הביטוי "**להקים את הבית המחדש**" אינו כובל אותנו בשלשלאות אל מסגרתו המדויקת של הבית המקורי, אלא **מקבל גם בית שאינו בדמותו המדויקת של הבית ההרוס**. כשבונים את הבית מחדש יש לקחת בחשבון שני שיקולים עיקריים: 1) אנחנו מקימים מחדש את **משכנו של האדם** ולא סתם רכוש. 2) החלטת השיקום היא של "**בעלים סביר**".
* **פס"ד צ'ודלר**- **זכות הבעלות בדירות מוגבלת בבית משותף והיא לא כמו זכות הבעלות הקלאסית**, היא מוגבלת בזכויות השוכנות בסביבתה והן בזכויות הבעלים בדירות האחרות וברכוש המשותף. לכן **טענת פגיעה בקניין הפרטי די חלשה במקרה הזה**.
* **ס' 2 לתקנון מצוי של בעלי הדירות בבית משותף- שינויים ותיקונים בדירה:**
1. "בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות. לענין זה, "פגיעה ברכוש המשותף" - לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהיתה בעת גמר הבניה".
2. "בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת או מסכנים או עשויים לסכן את קיומה, או משנים או עשויים לשנות את ערכה, אלא אם קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת".
3. "כל שינוי או תיקון אחר רשאי בעל דירה לעשות בדירתו על דעת עצמו".
* **פס"ד שמע- שינוי המטרה** אשר לה הועדה הדירה יכול לפגוע ברכוש המשותף, אבל זה לא השינוי האסור שעליו מדבר **ס' 2(א) לתקנון המצוי**. השינוי/ תיקון שמדובר בסעיף הוא **שינוי במבנה**. השינויים בדירה לעניין הס' דנן אינם שינויים בתוך הדירה או בשימוש שנעשה בה, אלא הם **שינויים בגוף הדירה שבעטיים ניזקה דירה אחרת או הרכוש המשותף**.
* **אליאס-** **קלקול דמותו הארכיטקטונית** או שלמותו הסימטרית והאסתטית של הדירה יש בה משום שינוי/ תיקון אסור לפי ס' 2(א) לתקנון.
* **פרשקר-** כל אחד מבעלי הדירות רשאי לעשות שימוש ברכוש המשותף בצורה נאותה ובאורח סביר, כל עוד התקנון המוסכם לא קבע אחרת והאספה הכללית לא אסרה על כך, לכן חניית רכב ברכוש המשותף אינה בחזקת האסור.
* **ס' 71ב'**:
* **שטנג נ' מינצר-** **ס' 71ב'** לחוק נותן אפשרות לבעלי 75% מהדירות ש2/3 מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם להצמיד אותו רכוש משותף לדירותיהם. הרציונל מאחורי התיקון הוא לאפשר שינויים ברכוש המשותף בבית המשותף, כדי למצוא פתרונות לבעיית צפיפות המגורים בדרך של הרחבת דירות קיימות על הרכוש המשותף. ס' 71ב' לא גובר על סע' 55ג' המעגן אי שינוי במבנים חיוניים.
* **פס"ד עטייה- מבחינה סובייקטיבית** לשון "**הרחבה**" יכולה להיחשב גם **להרחבה שאינה צמודה לדירה** אך **בחינה אובייקטיבית של תכליות החוק** בבית משותף שיש בו גם רצון להגן על הזכויות הקנייניות של כל דייר ודייר וגם שאיפה לקדם מטרות חברתיות של כלל דיירי הבניין שיכולה לצמצם את זכות הפרט, יש לומר כי מדובר בלשון מצמצמת המדברת רק על **"הרחבה" הצמודה פיזית לדירה**.
* **ס' 61(א1)-** "הוצמד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, ניתן להעבירו **לדירה אחרת בבית ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים** ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף 145".
* **ס' 55(ב)-** **אין תוקף לעסקה בחלק מסוים מהמקרקעין**. "עסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה; אין בהוראה זו כדי למנוע פעולה הבאה להקטין או להגדיל את שטח הקרקע שברכוש המשותף".
* **תקנון הבית**:
* מהווה חוזה ועל כן חלה עליו חובת תו"ל ס' 39 לחוה"ח.
* **שינוי התקנון:** **ס' 62(א) לחוק; ס' 12(ב) לתקנון המצוי:** אין לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות/תשלומים מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק זה אלא בהסכמתם. **ס' 62(א) לחוק** מחייב רוב של בעלי שני שלישים של הרכוש המשותף הצמוד לדירותיהם.
* **תנאים לקיום אסיפה שלא מן המניין:** **ס' 6-8 לתקנון המצוי**.
* **אדלר נ' שומרי אמונים**- ניהול אורח חיים מסוים הוא אינו ענין של חזקה או שימוש במקרקעין, אפילו מותנה השימוש בהסכמה לנהל אורח חיים כזה.
* **רגינה שורצברגר נ' שלום מרין**:
* יש לבחון האם התנגדות הדייר **לפרויקט פינוי בינוי** בלתי סבירה. היא יכולה להיות סבירה אם: 1. לא הוצעה בטוחה הולמת לדירתו. 2. לא נמצאה דירה חלופית לזמן שיהיה מפונה. 3. לא הוצעה תמורה הולמת לדירה. 4. ערך סובייקטיבי שהדייר רואה בדירתו (חריג לרוב לא יתחשבו בזה, אלא בשלב הפיצויים). 5. תנאי סל הכולל מקרים חריגים. אם דייר סרבן לא סביר, לא כופים עליו לפנות אלא מחייבים אותו לשלם פיצוי לשאר הדיירים. יש כאן איזון בין פגיעה בזכות הקניינית של הדייר לבין האינטרס הכלכלי של שאר הדיירים והאינטרס הציבורי של המשק שרואה בפינוי בינוי פרויקט חיובי.
* **דוקטרינות לקניין :** 1) **חירות קניינו של הפרט**, חופש גדול ומוגבל רק לדברים אסורים. 2) רואה בקניין מוסד משפטי שנועד **לשרת מטרות חברתיות**, זכות מורכבת שאינה אחידה. **משמעותה של הזכות לקניין תלויה בנסיבות.**
* **פס"ד פרידמן נ' מלי**- **בבית שטרם נרשם כבית משותף**, אין משמעות קניינית מיידית להוצאת חלק מן הרכוש המשותף, זאת כי אין אפשרות לרשום את ההצמדה במרשם המקרקעין. כל עוד הבית לא נרשם כבית משותף, הדירה בבניין היא לא נושא נפרד לזכויות קניין. בטרם הרישום רוכשי הדירות בבניין נחשבים כבעלי זכויות משותפות בנכס המקרקעין כולו. ניתן להחזיק בזכות חוזית להוצאה מהרכוש המשותף והיא תישמר עד שיימצא הקולב אליו ניתן יהיה להצמיד את הרכוש המשותף. הרוכש צריך לדעת על ההוצאה מהרכוש המשותף, אבל לאו דווקא על הדירה אליה יוצמד הרכוש.
* **גריעה מהרכוש המשותף-** **פס"ד עמליה פרנק**- **נאור**- יש **תחילה להגדיר את הרכוש כמשותף או לא**, לאחר שהגדרנו אותו כמשותף יש **לשאול האם ניתן לגרוע אותו-** החוק קובע כי כל מה שאינו דירה הוא רכוש משותף וזו הגדרה שיורית. חלק מהרכוש המשותף אף לא ניתן לניכוס כמו חדר מדרגות ומעלית בהתאם **לס' 55ג' לחוק המקרקעין**. כעת יש לבחון **האם הגריעה היית כדין-** שני תנאים יש לכך: 1. שהמוכר יפרט באופן מדויק את החלקים שהוא מעוניין לגרוע. 2. הפירוט יכתב במסמך נפרד מחוזה המכר ויצורף אליו (סע' 6א1 לחוק המכר). הנשיאה אומרת כי יכולה להיות הגמשה בתנאי השני במקרים חריגים. **סולברג** חולק על הגמשה זו.
* **פס"ד עמליה פרנק**- **נאור**- כל **זכות בנייה** שהייתה קיימת בעת המכירה עברה למשיב, אך לא זכויות עתידיות שצמחו לאחר מכן.

**5. זכויות בנכסי הזולת:**

**זיקת הנאה:**

* **זכות קניינית, אם רושמים אותה ואם לא, כלפי כולי עלמה.** מוצע לרשום אצל רשם מקרקעין מטעמי הוכחה, גילוי וכו'.
* **ס' 5**- "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם". **יסוד חיובי-** בעל המקרקעין חייב לתת לזכאי להנות מהקרקע שלו. **יסוד שלילי-** היעדר זכות חזקה וזכות שימוש ייחודית בקרקע שיש לך זיקת הנאה אליה.
* **ס' 93(ג)-** "על אף האמור בסעיף 13 **יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין**".
* **זיקת הנאה יכולה להיווצר** מהסכם, מכוח דין (צוואה/בני זוג/פס"ד/מעשה מנהלי- **פס"ד קיבוץ החותרים**), מחמת כורח (פיזי) ומכוח השנים.
* **זיקה מכוח השנים**: **ס' 94**- **נבדוק:**
1. **טיב הזכות-** "זכות הראויה להיות זיקת הנאה".
2. **טיב השימוש-** לאור **פס"ד בן חורי**: 1) שימוש הנוגד לזכות הבעלים של המקרקעין הכפופים (אם יש לי הסכמה, לא מדובר על זיקת הנאה מכוח). 2) שימוש שהוא גלוי וחשוף לכל. 3) שימוש הנמצא בידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים (ידיעה בלי להשקיע משאבים עצומים). 4) שימוש שמקורו אינו בזכות חוזית או בזכות אחרת שהוענקה על ידי בעל המקרקעין הכפופים להשתמש.
3. **תקופת השימוש-** בת 30 שנים רצופות. גם שימוש לסירוגין- **פס"ד בן חורין**, **טוינה נ' לוי**). בנוסף, השימוש לא חייב להיעשות על ידי אותו אדם, אלא גם ע"י **חליפיו** (יורשים נכנסו בנעליי הזכאי).
4. **בעל קרקע לא מחה על כך** **בכתב למשתמש (גם בע"פ יתפוס לפי הפרשנות התכליתית)/ הודעה כללית לציבור** (בעיתון למשל)- תנאים מתחלפים.
5. **ס' 113-** **ס' זה לא יחול במקרקעי ציבור (שטח מדינה/ציבורי).**
* בזיקת הנאה יש את **הזכאי והחייב, או את המקרקעין הזכאים** (לטובתם תינתן זיקת הנאה. למשל- הבניין אליו אני רוצה להגיע) **והמקרקעין הכפופים** (=כפופים לזיקת ההנאה. למשל- הבניין דרכו אני צריכה לעבור כדי להגיע לבניין השני).
* **ס' 92- זכאים לזיקת הנאה-** לטובת אדם/סוג בני אדם (דיירי בניין למשל)/הציבור/המקרקעין.
* **ס' 93-** **זיקת הנאה עשויה לקבוע:** 1) זכאות לשימוש מסוים של בעל מקרקעין זכאים או לזכאי. 2) הימנעות מביצוע פעולה מסוימת של בעל מקרקעין הכפופים. 3) חובה לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים.
* **ס' 97-** במקרה של פיצול מקרקעין וחלוקתם, זיקת הנאה תתקיים בחלק של המקרקעין בו מתקיימת ההנאה. עצם הפיצול לא פוגם בזיקת ההנאה.
* **ס' 98- זיקה בין מקרקעי בעל אחד- א)** אם יש לי 2 חלקות שהן בבעלותי אני יכולה לשעבד, לרשום זיקת הנאה של מקרקעין אחד לטובת השני. **ב)** אם שתי חלקות שקודם לכן לא היו בבעלות של אדם אחד, עוברות לבעלות אדם אחד- הזיקה לא בטלה. **ג)** "אוחדו המקרקעין הזכאים והמקרקעין הכפופים לחלקה אחת, מתבטלת זיקת ההנאה".
* תוקף הזיקה- **כל עוד לא הוסכם אחרת, זיקת ההנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת**.
* ביהמ"ש רשאי, עפ"י בקשת צד מעוניין/היועמ"ש, **לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהסיבות:** 1) אי הפעלת הזיקה (כבר אין שימוש בפועל). 2) שינוי שחל בנסיבות השימוש (למשל נבנה שביל גישה אחר/שינוי בתכנון עצמו). 3) שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים/זכאים (למשל החלטתי לבנות על השביל שעליו עברו).
* **העברת זיקת ההנאה- ס' 95-** "זיקת הנאה לטובת אדם ולא לטובת קרקע לא עוברת לחליפיו של הזכאי בלי שבעל המקרקעין הכפופים הסכים לכך". עם זאת, ניתן להתנות על ס' זה בהסכם.

**זכות קדימה:**

* **זכות שמקנה בעל הקרקע לאחר, ולפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה ולמכור לו באותם תנאים שהובטחו בדיוק**. מכירה לאחר ללא זכות קדימה, אך עם הבטחה, מהווה הפרת חוזה. עם זכות קדימה- **לא ניתן למכור לאחר**.
* **חלה בבעלות וחכירה לדורות- ס' 106**.
* **מתי לא חלה?** בהעברה ללא תמורה, אך במקרה שכזה היא חלה על מקבל הנכס במתנה- **ס' 104 לחוק**.
* **חסרונות:** מרתיע קונים אחרים.
* **סוגי זכויות קדימה:**
1. **דין קדימה מכוח הסכם-** **ס' 99(א)**- יש לרשום במקרקעין.
2. **מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה-** **ס' 100(ב)** + **ס' 113** לחוק הירושה: א) זכות קדימה של יורשים על פני זרים. ב) זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים- כאשר יש לי נכס שלא ניתן לחלוקה, היורש שיציע את המחיר הגבוה ביותר יותר לרכוש את הנכס.
3. **זכות קדימה בין בני זוג (מכוח דין)-** **ס' 101**: א) משק חקלאי. ב) בית העסק שלהם. ג) דירת המגורים. למה? החוק מזהה מצבים בעייתיים ומנסה למנוע אותם. הוא מנסה לשמור על הקיים- לפני שמציעים לצדדים שלישיים שכנראה יפרקו את אותו משק/ עסק.
* **בתור קונה יש עליי אחריות כשאני קונה משק חקלאי לבדוק שאין לו יורשים אחרים למשל**.

**רישיון (בר רשות) במקרקעין:**

* **בעל רישיון במקרקעין** הוא **בעל רשות להשתמש במקרקעין שלא באחת הדרכים המנויות** **בס' 161**- בעלות, שכירות ושאילת, זיקת הנאה, משכנתא וזכות קדימה. זכויות בעל רשות הן חוזיות ולא מוסדרות בחקיקה, הן מוכרות בפסיקה.
* **שתי דרכים להיווצרותו של רישיון במקרקעין ע"פ נינה זלצמן:**
1. **הסכם-** זכות שנובעת מחוזה שמגדיר את גבולות השימוש. אדם נותן לאחר הרשאה להשתמש בנכס או להחזיק בו.
2. **שתיקה או אי מחאה (=הסכמה מכללא)-** כשאדם יודע שאחר נכנס לנכס שלו אבל הוא שותק ולא מביע מחאה זה כמו הסכם שלא נאמר מפורשות בין הצדדים, אלא משתמע מההתנהגות שלהם. **פרשת נחום**- בשונה מרישיון שניתן מראש מכוח הסכם שנערך בין הצדדים, או מכוח היתר של חסד, בין אם עסקינן ברשות שבתמורה ובין ברשות חינם, רשות מכללא נלמדת בדיעבד משתיקתו ואי מחאתו של בעל המקרקעין נוכח עובדת החזקתו של פלוני בנכס המקרקעין, **ומקורה למעשה בעוולה של הסגת גבול במקרקעין**. **טענת נגד טובה-** במקרה של הסגת גבול במקרקעין המסיג לכאורה יכול לטעון שהוא קיבל רישיון להשתמש מכללא.
* **מה ההבדל בין זיקת הנאה מכוח שנים לבין יצירת רישיון מכוח הסכם מכללא? זיקת הנאה היא זכות קניינית ורישיון במקרקעין היא זכות חוזית.** הדרך לגיבוש זיקת הנאה מכוח שנים היא מחמירה יותר. בנוסף, **רישיון רלוונטי להחזקה** בעוד שזיקת הנאה לא קיימת לעניין החזקה.
* **סוגי הרישיונות (הבחנה של הפסיקה):**
1. רישיון שניתן בתמורה.
2. רישיון שניתן ללא תמורה (בחינם).
* **עצם העובדה שרישיון ניתן בחינם או ניתן בתמורה לא משליכה על שאלת ביטולו**. ייתכן ורישיון ניתן בתמורה ועדין יהיה ניתן לבטל אותו, או שרישיון ניתן בחינם אבל לא יהיה ניתן לבטל אותו. אין כלל אחיד וגישת השופטים היא שרשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה.
* **היקף ההגנה על הרישיון:** מה הם אותם שיקולים שביהמ"ש ישקול בהגנה על אדם שקיבל רשות?
1. **היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין-** גם אם הרישיון ניתן ללא תמורה, לעיתים אנשים השקיעו כספים/ משאבים/ עבודה בקרקע ולא בנקל ניקח מהם את הרישיון.
2. **הציפיה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין-** אם אדם היה בטוח שהוא יכול להשתקע במקרקעין על בסיס הבטחה של בעליה ופעל בעקבות זאת, יינתן לציפייה הזאת משקל ביחס להגנה. **ברישיון מכללא-** טענה חזקה יותר להכרה ברישיון בלתי הדיר (=הנותן לא יכול להתחרט ולקחת חזרה) היא שעל בסיס אותה ציפייה והסתמכות לגיטימית שזרע הבעלים במחזיק בכך שלא מחה או התכחש למצג שיצר, **הוא שינה את מצבו לרעה**, ואם יילקח מהמחזיק הרישיון זה יפגע בו מאוד. **מעין טענת השתק** (=כלל משפטי הקובע שאדם מנוע מלטעון טענה בבית המשפט) **על בסיס עקרונות צדק**.
3. **משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור-** ככל שאדם פועל בנכס יותר זמן, זה משפיע על ההסתכמות ועל היקף ההסתמכות.
4. **התמורה-** פקטור שכן נידון בביהמ"ש, אך ייתכן שגם אם רישיון ניתן ללא תמורה לא יהיה ניתן לבטל אותו.
* **יישום: פס"ד ציזיק**- אב העניק בכתב לביתו מבנה מסוים שתגור בו עם בעלה. הם השקיעו במבנה משאבים ולאחר מות האב טענו היורשים שיש להתחלק במבנה. היא טענה שהיא מחזיקה ברישיון בלתי הדיר מכוח שיפורים שעשתה בו. ביהמ"ש קבע שיש לה **רישיון בלתי הדיר** להחזיק במבנה ולהשתמש בו על אף שהבעלות לא עברה אל הבת, זאת **מכוח הכספים והעבודה שהשקיעה בו,** ההבטחה שאביה נתן לה שיצרה אצלה **ציפייה והסתמכות**, היא **גרה במקום כבר 25 שנה** ולכן למרות **שלא ניתנה תמורה בעד הרישיון**, לא ניתן לבטל אותו. רשות החזקה שיש בידיה היא רשות חוזית ולא קניינית.
* **עבירות-** רישיון היא זכות חוזית אישית בין הבעלים למחזיק, לכן **לא ניתן להעביר אותה ללא הסכמת הבעלים**. בנוסף, **ברגע שהבעלות במקרקעין עוברת, פוקע הרישיון**.
* **סעדים שעומדים לבעלים לביטול הרישיון:** ביהמ"ש יפעיל אותם בכפוף להגנה שנותן לבעל הרישיון
1. **הודעה מוקדמת סבירה והולמת למחזיק ברישיון-** הכל בשים לב לציפייה שנוצרה אצלו **ולנסיבות העניין** (לא ניתן לתת התראה של יום אחד לאדם שגר 20 שנה בנכס).
2. **ביטול הרישיון ללא פיצוי-** באופן מיידי ללא הודעה מוקדמת. יתכן ויקרה במקרים של שימוש קצר בנכס.
3. **התניית ביטול זכות השימוש בתשלום פיצוי כספי בגין השבחת הנכס-** אם האדם גר בנכס לתקופה ארוכה מאוד, שיפץ את המבנה והשקיע בנכס יינתן לו פיצוי בגלל שהוא הסתמך על עצם נוכחותו בנכס- בין אם ע״י הבטחה ובין אם ע״י אי מחאה (**פס"ד רוזן**).
4. במקרים קיצוניים- יוחלט שיש כאן **רשות בלתי הדירה ולא ניתנת לביטול ע״י בעל המקרקעין** (על אף רצון הבעלים לבטלו) (**פס״ד ציזיק**).
* **זכות שימוש במקרקעי ציבור-** במקרקעי ציבור **אנחנו לא רוצים להכיר ברישיון מכללא** בגלל: (1) אינטרס ציבורי- אנחנו לא רוצים שאנשים יפלשו לשטחים ציבוריים. (2) מקרקעי הציבור הם רבים וקשה לפקח על כולם. (3) לעיתים הרשויות לא מטפלות בפלישות באופן יעיל. **פס"ד היפר חליף**- **רק בהתקיימם של נסיבות חריגות ונדירות** עד מאוד נכיר ברישיון במקרקעי ציבור מכללא. נניח אם המדינה נתנה מעין הבטחה למסיגי גבול כי בחלקה מסוימת הם יכולים להתגורר כאשר בעלי הרישיון השקיעו משאבים ועבודה על בסיס הציפיות הללו.

**בטוחות ושעבודים:**

* **ס' 1(א) לחוק המשכונות- משכון= שעבוד נכס כערובה לחיוב**. החייב חב חיוב כלשהו לנושה לכן הוא מכפיף נכס כערובה לקיומו של החיוב (משעבד אותו), ובכך הופך את הזכות החוזית של הנושה לזכות קניינית שמקנה לו גישה בלתי אמצעית לנכס אם החייב לא יעמוד בחיוביו.
* **היתרונות של מוסד המשכון- עבור נושים**- נושה לא צריך להסתמך על תניות חוזה או על קיום החוזה וכן בתור נושה מובטח הוא זכאי להיפרע מהנכס בקדימות על נושים אחרים. **עבור חייבים**- הלוואה בריביות נמוכות ובתנאים טובים יותר כי הסיכון של המלווים לא לקבל חזרה את כספם קטן.
* **סדר פירעון כשחברה חדלת פירעון:**
1. **שסל"ן (שעבוד ספציפי לרכישת נכס)-** הראשון בסדר הפירעון. פתרון נקודתי שמאפשר לחברות בתחילתו של משבר לצאת ממנו. המלווה מלווה כסף לרכישת נכס ספציפי והלווה רושם שעבוד לטובת המלווה על הנכס הזה. **לעניין הנכס המסוים הזה המלווה יהיה הראשון להיפרע ממנו**. אם שווי הנכס יספיק אין בעיה. אם הוא לא מכסה את כל החוב, המלווה הופך להיות אחרון בתור הנושים לעניין החוב שנשאר (משכנתא על בית). זה פתרון משום שמלווה לא ילווה את כספו לחברה במשבר כי הסיכון הכרוך בכך הוא גבוה.
2. **שעבוד ספציפי-** **שעבוד על נכס ספציפי כבטוחה לפירעון החוב**. הבנק מלווה לי כסף וכדי להבטיח את כספו הוא רושם שעבוד לטובתו על המכונית שלי. **זה שונה משסל"ן** כי כאן ניתנת הלוואה כללית ולא הלוואה לרכישת נכס מסוים. **לא ניתן לעשות עסקאות בנכסים שיש עליהם שעבודים ספציפיים**, צריך להסיר אותם.
3. **שעבוד צף-** **שעבוד על מכלול נכסיו של החייב** (דוגמת הבתים). **כלי שרלוונטי רק לנכסים של חברות ולא לנכסים של אנשים פרטיים**. בשעבוד צף אין אחיזה בנכס מסוים אז **כל שהוא מקנה זה מקום בסדר הפירעון (פחות בטוח למלווה שלא יכול לשים את היד על נכס ספציפי ו"לרדוף אחריו")**, לכן הלוואות שכאלה ניתנות בריבית גבוהה יותר (זה למה בתור נושה אסכים לשעבוד צף). מטרתם היא **לאפשר גמישות מסחרית, שיהיה ניתן לעשות טרנזקציה בנכסים ובלבד שבקופת הנכסים יישאר סכום ההלוואה.** מאחר ושעבוד ספציפי קודם בסדר הפירעון, המלווה בשעבוד צף יכול להתנות את ההלוואה בכך שהלווה לא ייקח יותר הלוואות בשעבוד ספציפי כדי שהמלווה לא ידחק אחורה בסדר הפירעון.
4. **נושים לא מובטחים-** אותם נושים מהתחרות הראשונה. **נמצאים בתחתית סדר הפירעון**. אין להם זכות קניינית בנכס, יש להם חסם דיוני מביצוע טרנזקציות בנכס **והם רצים להטיל עיקולים על הנכס כי אין להם בטוחות שכספם יחזור אליהם.** הם רוצים לפרוע את החוב שלהם ולא אכפת להם מאיפה.
* **רישום של המשכון:**
* **כשאנו מדברים על נכסי מקרקעין-** **שעבוד היא עסקה במקרקעין**,הענקת זכות קניינית לפי רצון המקנה (**ס' 6 לחוק המקרקעין**), **לכן אם היא לא נרשמת בטאבו לפי** **ס' 4(1)** **היא התחייבות לעסקת משכנתא ולא זכות קניינית של משכנתא**, כי אותה זכות לא התגבשה ברישום (ברשם החברות/ רשם המשכונות/ רשם המקרקעין). **אם היא לא רשומה אין לה נפקות לצדדים שלישיים. הטעם לרישום** הוא פומביות.
* **כשאנו מדברים על נכסים של חברות/אגודה שיתופית (אגו"ש)-** אין צורך לרשום ברשם המשכונות, רק אצל הרשם הרלוונטי. **ס' 4(3)**- "אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום". **הטעם לרישום** הוא פומביות. לרוב, נושה שרשם מיטלטלין ברשם המשכונות, ייחשב כבעל התחייבות לעסקה בלבד מכך שהסכם השעבוד מתנה על העברת הבעלות רק בהיעדר פירעון. אך, אם החברה הוגדרה כחדלת פירעון יש לבדוק אם הנושה הוא נשה מובטח של מיטלטלין (אם למשל השעבוד הוא לנכס ספציפי). גם עם זה יכולה להיות בעיה (אם למשל הנכס מחובר לקרקע ומישהו אחר טוען שהוא שלו וכו').
* **כאשר אנחנו רושמים משכון הוא תקף גם לצדדים שלישיים. חריג- ס' 34 לחוק המכר- תקנת שוק-** במיטלטלין עוברת הבעלות נקיה מכל שעבוד כך שהרישום לא תקף גם לצדדים שלישיים**-** "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.". **מטרתה** לשמור על חיי מסחר תקינים.
* **המשכון חזק יותר מנושים אחרים של החייב: ס' 4 לחוק המשכון** מבהיר את סדר קדימויות הפירעון- "לפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה-" **4(1)-** בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה- בהתאם לאותן הוראות; זה רלוונטי בעיקר לדיני חברות (ס' 178-179 לפקודת החברות) ולדיני המקרקעין (ס' 7 לעניין חובת הרישום, 9 ו-10 לעניין דיני תחרויות).
* **אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?**
* **ס' 2(ב) לחוק המשכון**- עסקת משכון נבחנת בצורה ריאליסטית ולא פורמלית- מעניין אותנו האם הצדדים התכוונו לשעבד נכס כערובה לחיוב ולא מה השם שהם נתנו לעסקה. למה? התמודדות עם התופעה של הסוואת עסקאות משכון.
* **פס"ד קולומבו**- **עסקת קונסיגנציה=** בעלי החנויות (הסוחרים)- לא יכולים לשלם על הסחורה בצורה מיידית (כשהספקים חדשים ולא פופולריים וזה סיכון) ונדרשים לאשראי מהספקים. מה עושים? עסקת קונסיגנציה. הבעלות בנכסים נשארת בידי הספק ובעלי החנות סה"כ מקבלים את הסחורה אליהם ומשלמים ליבואן עפ"י הכמות שהם מוכרים. מה שלא נמכר אפשר להחזיר ליצרן (תנאי לטובת בעלי החנויות בשל הסיכון). **בפס"ד זה**: קולמבו- ספק צעצועים. מאמא יוקרו- בעלת החנות. מאמא יוקרו נכנסה לקשיים תפעוליים וחתמה על הסכם קונסיגנציה עם קולומבו. מאמא יוקרו נכנסה לחדל"פ- יש תור ארוך של נושים וקולמבו לא אמורה להיות בכלל בתור. היא לוקחת חזרה את הצעצועים שלה וזהו. **ביהמ"ש קובע**: לא מדובר בעסקת קונסיגנציה, אלא בעסקת משכון ספציפי/צף בסחורה. למה? כי מאמא יוקרו כבר הייתה בקשיים בזמן העסקה. לא מדובר על עסקה כחלק מהעסקים השוטפים אלא ניסיון לעקוף את שאר הנושים. **הבעיה:** קולמבו לא רשמה את המשכון ולכן היא נושה לא מובטח. כעת היא בתחתית סדר הנושים (לכן קטלוג העסקה חשוב בכל הנוגע למעמד הנושים). **המסר של הפס"ד לשוק-** לוותר על עסקאות מהסוג הזה או לחלופין לרשום משכון.
* **רציונליים להלכת קולומבו:**
1. **מתחקים אחר המשמעות האמיתית של העסקה על בסיס כוונות הצדדים, נותנים** **תוקף להיבטים כלכליים ומסחריים של העסקה.**
2. **חיזוק מעמד הרישום** כבסיס להכרה בשעבוד- זה נותן **וודאות וסדר** (שכן בסדר הפירעון יש הגיון) **לשוק.**
* **ביקורות על הלכת קולומבו:**
1. **פגיעה בפרקטיקה המסחרית-**כעת הסוחרים נאלצים לבנות עסקאות משכון על סחורות ולהיכנס לתור כחלק משעבוד צף. הדבר גורר בעיה במתן אשראי.
2. **האלטרנטיבה של רישום שעבוד ספציפי אינה פרקטית-** קשה לנהל שעבוד ספציפי על מלאי ולא ניתן לרשום שעבוד צף על אדם פרטי. בנוסף, מכיוון שהספקים נשארים ללא הבטחה לסחורה שהם נותנים, הם יצטרכו לקחת סחורה בעלות הרבה יותר גבוהה, מה שגם כאן גורר בעיות אשראי ומוביל למיתון.

ביקורת תיאורטית משפטית:

1. **פגיעה בזכות הקניין-** בכך שנתן למרשם חשיבות כל כך גדולה, פגע בזכות הקניין של קולומבו. כולם היו בטוחים שהנכס נמצא בבעלות קולומבו ואז הוחלט שלא כך הדבר.
2. **ס' 2 לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום** ("בכך שנתן למרשם חשיבות כל כך גדולה, פגע בזכות הקניין של קולומבו. כולם היו בטוחים שהנכס נמצא בבעלות קולומבו ואז הוחלט שלא כך הדבר")- העדפת הנושים של מאמא יוקרו על של קולומבו. הנושים של מאמא יוקרו שלא הסתמכו על הצעצועים של קולומבו, יקבלו עוד סכום לקופה בעוד הנושים של קולומבו שכן הסתמכו, יפגעו.

לאור הבעייתיות בפס"ד הגיע **פס"ד קידוחי הצפון**- **עסקאות קונסיגנציה זו פרקטיקה לגיטימית. מצמצמים את התחולה של הלכת קולומבו רק למצבים בהם יש ניסיון לתעדף נושה. בשביל לדעת אם להחיל את ס' 2(ב) על עסקה יש לבחון: א) פרטי ההסכמה וכוונות הצדדים לחוזה/ לעסקה. ב) האם מהותית הסכמת הצדדים מעידה על עסקת משכון, האם יש היגיון כלכלי/ מסחרי לעסקה בצורה בה היא נעשתה. הלכת קולומבו לא תחול על כל עסקת מכר שנכלל בה סעיף של שימור בעלות, גם אם לא ניתן להגדיר את העסקה כעסקת קונסיגנציה קלאסית.**

* **משכון נוסף-** **ס' 6 לחוק המשכון-** החייב יכול למשכן את נכסיו פעם נוספת גם ללא אישורו של המשעבד הראשון. לדוגמה, יש לי נכס ששווה מיליון₪ ושעבדתי חצי ממנו לגורם אחד, אני אוכל אחר כך לשעבד את החצי הנותר לגורם אחר גם ללא האישור של הראשון. כפוף לתנאים:
1. בין החייב לבין המשעבד הראשון אין תניה בחוזה שלא יהיה שעבוד נוסף על הנכס.
2. המשעבד השני בזמן יכול לגבות מהנכס רק כאשר המשעבד הראשון בזמן נפרע מכל חובו.
* המשעבד הראשון בזמן לא יסכים לשעבוד השני בגלל תקופת ההלוואה- אם התקופה של השני בזמן קצרה מתקופת השעבוד של הראשון בזמן, הוא יכול לדרוש את מימוש הנכס ולקבל את כספו חזרה. אמנם הראשון בזמן יפרע ראשון מהנכס, אבל זה יכול לפגוע לו משמעותית בריביות שמתבססות על זמן ההלוואה.
* מתי המשעבד השני בזמן יסכים לקחת שעבוד בנכס בידיעה שהוא השני בזמן לפירעון ממנו? כששווי הנכס עולה על גובה החיוב אז הסיכון שלו נמוך, כשמועד פירעון החיוב הראשון קרב וסיכוי סביר שיפרע, הסיכון יבוא לידי ביטוי בריביות גבוהות, עם כל הסיכונים עדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח וכו'.
* מה קורה אם המשכון השני בזמן נעשה בניגוד לתניה עם המשעבד הראשון? אין עמדה בעליון, מחלוקת במחוזי, מסתמכים על דעות האקדמיה:
* **ויסמן**- אם עשית משהו שלא היה לך סמכות לעשות אז הוא **בטל במובן שלא היה קיים מלכתחילה, לכן המשעבד השני בזמן יהפוך לנושה לא מובטח.**
* **גרוסקופף, זלצמן ולרנר**- העמדה החזקה יותר. **אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני כל אימת שהראשון נפרע במלואו.** כלומר, אף אחד חוץ מהנושה הראשון לא יכול להיפגע מכך שנתייחס למשעבד השני כנושה מובטח. **בעייתיות:** הדעה הזאת מעניקה מתנה לא מוצדקת לנושים לא מובטחים.
* **שטיינמץ נ' בנק משכן**- יש מוכר של דירה וקונה של הדירה ויש בנק שמלווה כסף לקונה כדי לקנות את הדירה. בנסיבות של הפס״ד הבנק העביר את הכסף ישירות למוכר הדירה (אשר נתן כתב התחייבות לבנק) וכל מה שהיה לבנק באותו זמן הוא משכון על הזכויות החוזיות. המוכר מבטל את החוזה כי הקונה הפסיק לשלם את התשלומים. האם הבנק יכול לדרוש מימוש של הנכס (לפנות לקרקע עצמה) או שכל מה שיש לו הן הזכויות החוזיות? התשובה של ביהמ״ש היא שהנכס הממושכן הוא רק הזכויות החוזיות. **אין לו גישה בלתי אמצעית לנכס כי הוא עוד לא גיבש את הזכות הקניינית שלו (עדיין בשלב החוזי).** לכן הבנק יכול לבחור אחד משניים: הבנק יכול לפרוע את החוב ע"י מכירת הזכויות החוזיות שבידיו (לפי **ס׳ 17-18 לחוק המשכון**) או ע"י כניסה לנעליהם של הקונים- להיכנס להסכם עם המוכר במקום הקונה וכך הוא יכול להמשיך במימוש העסקה בלי לאבד את מה שהוא כבר שילם (לפי **ס' 20 לחוק המשכון**).