## תיאוריות קנייניות

1. **התיאוריה הקלאסית- זכות inrem-** זכויות כלפי העולם מול **זכות inpersonam-** זכות אישית. הזכות לקניין בדרך כלל נתפסת כזכות כלפי העולם, זכות הבעלים כלפי החפץ והחובה של החפץ כלפי הבעלים כאשר שאר העולם מנוע מלהתערב במערכת יחסים זו. בעוד הזכויות החוזיות הן בדרך כלל אישיות, זכות של אדם מול אדם ללא קשר לנכס מסוים. התאוריה הזו מאוד בעייתית כי היא לא עולה בקנה אחד לתפיסה שלנו באשר לזכויות וחובות של אדם וחפצים.
2. **התיאוריה הפרסונלית-** התפתחה מהתיאוריה הקלאסית, לפיה אין הבדל מהותי בין זכויות קנייניות לבין זכויות חוזיות: ההבדל בין שתיהן הוא רק כמותי ולא מהותי. **זכות חוזית היא מול האדם איתו ההסכם נכרת, זכות קניינית היא כלפי שאר העולם**. אין קשר לנכסים, הזכויות והחובות הן תמיד מול בני אדם.
3. **התיאוריה המודרנית-** התיאוריה המאפיינת את דיני הקניין כיום: זכות קניינית מעניקה לבעלים או למחזיק בה את היכולת להפיק מהנכס תועלת במישרין או את הרווח הכספי שנגזר מהבעלות על הזכות. לדוגמה, משכנתא- לבנק יש זכות חוזית לקבל את הנכס, בצורה בלתי אמצעית.

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

1. **בלאקסטון**- אימץ את התפיסה הליברטריאנית העוסקת בחופש וחירות. המדינה צריכה לשמש ״כשומר לילה״ ולסייע לפרטים לממש את חירותם. מבסס את הזכות לקניין על ערך חירות הבעלים- הזכות לקניין היא כל הנראה שיש לבעלים בנכס שלו. כל פגיעה והשפעה שמונעת מהבעלים לעשות משהו ללא הסכמתו מהווה פגיעה בזכות לקניין. גישה מוניסטית, פורמליסטית וליברטריאנית הגורסת כי אין לפגוע בקניין (שלי שלי). ערך יחיד עליון, שרירות הבעלים וחירות הפרט. **ביקורת**- **(1) ביקורת תיאורטית**- בלאקסטון מתאר מצב שלא קיים- הזכות לקניין לא אבסולוטית, תמיד ישנן מחויבויות נוספות **(2) ביקורת דיסקורסיבית**- בלאקסטון לא מאפשר לנהל שיח וכך לא ניתן להתנהל בעולם משפטי מורכב.
2. **הופלד**- מחזיק בתפיסה אחרת לפיה כל פעם לוקחים זכאויות ומרכיבים את הזכות לקניינן בהתאם לזכאויות האלה, לדוגמה- שימוש וניהול. לבחון כל מקרה לגופו. מגוון ערכים ואיזונים. **ביקורת**- **(1)** **אד הוקיזם**- אם הכל תלוי בהרכבה מודולרית של זכאויות ההכרעה תהיה אד הוק בלי יכולת לכוון את הפעילות הקניינית **(2) פריקות יתר של הזכות הקניינית**- יתכן ולא נצליח לתחזק את ענף הקניין כי לא נמצא משהו שמאחד את כל חלקיקי הזכאויות. רלוונטי יותר ויותר לתחום הזכויות הלא מוחשיות.

**דינמיקה של תפיסות קנייניות**

1. **תפיסה פורמאליסטית**- תפיסה צורנית של החוק ע״י היצמדות להגדרה בחוק. מספקת וודאות ויציבות.
2. **תפיסה ריאליסטית**- מסתכלים על המציאות ולא על ההגדרה. לדוגמה, פס״ד בבלי. לפי תפיסה זו התוצאה תקבע לפי תפיסת עולמו של השופט. בדרך כלל יהיה יתרון מבחינת צדק.

**מוניזם מול פלורליזם**

1. **מוניזם**- כל תפיסת הקניין מושתת על ערך חברתי או אנושי אחד. לדוגמה, **ליברטריאניות**- מושתת על חירות הבעלים בלבד. ערכים נוספים הם השאת הרווחה המצרפית- תפיסה דורסנית, נסכים לבנות בריכה על קרקע של אדם פרטי לשם השאת הרווחה המצרפית. יש לאזן בין שני הערכים הללו כדי לא להגיע לתוצאות קיצוניות.
2. **פלורליזם**- פועלים לפי איזון בין הערכים ולא לפי ערך אחד.

**ליברטריאניות מול ליברליות**

1. **ליברטריאניות**- מצומצמת לחירות הבעלים.
2. **ליברליות**- תפיסה שתיתן מקום לפגיעה בפרט באיזון בין הערכים השונים אך תתחשב גם בערכים קהילתיים/תועלתניים וכו.

## מאפייני הזכות הקניינית

כשאנו טוענים לזכות קניינית צריך לנסות לפענח אילו מאפיינים מתקיימים בזכות.

1. **שליטה וניהול-** הבעלים יכול לעשות מה שהוא רוצה בנכס שלו. התפיסה של בלאקסטון אומצה ע״י השופטים **חשין ודורנר** המהווים את הסמן הליברטריאני בשיח הקנייני. לבעלים יש חירות לעשות כרצונו בנכס ולמדינה אסור להתערב. לטענתם זהו המאפיין העיקרי של הזכות. מתקשר לסיפור של סוזט קילו (הפקעות).
2. **שימוש-** בא לידי ביטוי **בס׳ 2**- לעשות שימוש במקרקעין. האם באמת מותר לבעלים לעשות כל דבר בנכס שלו, גם להרוס אותו? אין לכך תשובה חדמ״ש, בתנאים מסוימים אכן לא ניתן כתוצאה מהאיזון שנעשה. גם אם מעניקים זכות שימוש בנכסים הזכות לא בלעדית וניתן להטיל עליה מגבלות. דוגמה, עיצוב הנכס מוגבל בהתאם להוראות העירייה. **הזכות אינה מוחלטת**.
3. **עקיבה ועדיפות-** גם הזכות לעקוב אחרי הנכס שלך (לקחת אותו בחזרה אם נגנב, לדוגמה) אינה מוחלטת והיא מצומצמת ע״י תקנות שוק ודיני תחרויות. ברירית המחדל- לבעלים תמיד יש עדיפות אלא בהתקיים תנאים מסוימים (יעילות, מצב השוק וכו).
4. **עבירות-** האפשרות להעביר את הזכות הקניינית לאחר. עולה השאלה האם כל הנכסים עבירים- ילדים, חלקי גוף וכו. **ס׳ 42 לחוק הירושה**- קובע שזכות עבירה רק ל-2 דורות (לבן ולנכד). יש לכך 2 שיקולים- **(1) שיקול כלכלי**- לא ידוע מה יקרה אחרי שני דורות ויתכן והנכס יגיע לידי אדם שלא ידע להשיא את הרווחה מהנכסים שקיבל **(2) שיקול חברתי**- מניעת קיבוע תפיסות חברתיות ישנות כמו שוביניזם, שימור הכוח בידי ידיים שמרניות.

**שיקולים בעד סחר באיברים-** (1) מלאי האיברים יגדל כי אנשים ירצו להרוויח (2) מניעת שוק שחור וביצוע רגולציה על מה שקיים ממילא- השימוש יהיה מסודר. **שיקולים נגד סחר באיברים**- (1) בעיה חלוקתית- האנשים ייפרדו מהאיברים יהיו החלשים אבל מי שייהנה מכך הם החזקים (2) מחסור של טובין אישיים- חשש מהסחרה- האם ילד יהודי יעלה פחות? (3) החצנות על צדדים שלישיים- סחר בתינוקות, מתעלמים מהילד כאדם ומשתמשים בו כמוצר ללא הסכמתו.

1. **חיובים-** בזכות לקניין גלומים גם **חובות וחיובים באופן מובנה ולא חיצוני**- גרג אלכסנדר. לדוגמה, ישוב עם וועדת קבלה- לא ניתן למכור את הבית אלא אם וועדת הקבלה אישרה את הרוכש. בנוסף לכל בעלי הנכסים ישנה כפיפות להיתרים או חובות כלפי הקהילה- לקהילה יש אפשרות לקחת את הנכסים שלך אם יש בהם צורך הכרחי להקמת שדה תעופה למשל
2. **פומביות-** זכות קניינית צריכה להיות כלפי העולם. במקרקעין הזכות מסתמכת על רישום- **ס׳ 8**- עסקת מקרקעין טעונה רישום.
3. **רכושיות-** לנכסים שבהם יש רכושיות יש גם בדרך כלל ערך כלכלי. ישנם הרבה משאבים שלא היינו רוצים שיכנסו להגדרה הזאת, לדוגמה, בני אדם או איברים.
4. **עקרון הרשימה הסגורה-** מחקר הקנייני חוששים מלהכיר בזכויות קנייניות חדשות ולכן דיני הקניין הם תחום שמרני שלא מתפתח מהר בניגוד לתחומים אחרים. **ס׳ 161** מעקר את הקניין שביושר שהגיע מהדין האנגלי. בישראל רק המחוקק יכול להמציא זכויות קנייניות ולביהמ״ש אסור. מהם הטעמים לרשימה סגורה במקרקעין בדיני קניין? **(1) טעם כלכלי**- למקרקעין יש השלכות על צדדים שלישיים ולכן אנו רוצים שכל העולם ידע על הזכות, יש לקבוע אותה באופן ברור ולא לאפשר שינוי תכוף של הזכות. ביקורת- לעיתים ראוי שביהמ״ש יקדם תהליכים ראויים כדוגמת הלכת השיתוף. (**2) טעם נורמטיבי**- מוסדות קנייניים הם הכרעה חברתית בין ערכים שונים. לפי חנוך דגן לא ראוי שביהמ״ש יבצע קביעות אלה אלא נציגי הציבור, למרות שבפועל ביהמ״ש כן מכריע. בפס״ד טנא-נוגה נשאלת השאלה האם זכות ההפצה היא זכות קניינית או חוזית. השופטת ש״כ בוחנת את הערכים השונים בכדי להגיע לקביעה. לפי חנוך דגן זהו לא תפקידה של השופטת מאחר והחוק קובע כי ניתן להוסיף/לשנות זכויות קנייניות רק עפ״י חוק.

## משטרי קניין

1. **קניין פרטי**- המדינה מאפשרת בעלות פרטית בנכסים. המשטר הנבחר במדינת ישראל.
2. **קניין קולקטיבי**- קיבוץ וקומוניזם, אין בעלות פרטית. בדרך כלל הבעלות היא של המדינה והיא מחליטה על הקצאה זכויות השימוש בנכסים.
3. **קניין משותף**- תת סעיף של הקניין הפרטי. פרטים המחזיקים נכסים במשותף, לדוגמה, חברים שקנו דירה ביחד.

**מדוע נבחר משטר הקניין הפרטי?**

התשובה מורכבת מכמה ערכים שיש לאזן ביניהם. הערכים הם ההצדקות לקניין הפרטי: **קהילה, חירות, צדק חלוקתי, אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, איכות סביבה.**

1. **ערך החירות**- נוזיק כתב בספרו **״אנרכיה, מדינה ואוטופיה״** כי המדינה צריכה להיות מאוד מצומצמת ביחס לקניין כי ההצדקה האולטימטיבית היא חירות הבעלים. הגנה על קניין היא השאת חירות בעולם, ככל שלפרט יש יותר קניין פרטי יש לו יותר חירות מול המדינה. ביקורת- אין התייחסות לאנשים ללא קניין כלל. לפי נוזיק ישנם 3 כללים לפיהם קניין פרטי צריך לעבוד: **(1) תפיסה תקפה**- (מצד הקונה) קביעה **מתי אדם הופך לבעלים בקניין**. תפיסה תקפה בישראל היא קנייה או קבלה במתנה של נכס. אם התפיסה הייתה תקפה התופס הוא הבעלים בנכס **(2) העברה תקפה**- (מצד המוכר) יש לקבוע כיצד מעבירים את הקניין באופן לגיטימי, תמונת מראה של כלל התפיסה התקפה **(3) כלל תיקון**- הכלל מניח שיהיו תקלות בשני הכללים הראשונים ולכן חייבים לקבוע כללי תיקון- תקנת השוק.

* **חירות=אוטונומיה**- לכאורה הקניין מאפשר לאדם להיות אוטונומי ולא כפוף לשלטון. **אוטונומיה מוגדרת כיכולתו של אדם לכתוב את סיפור חיו לפי רצונו-** אך האם באמת נראה לכתוב את סיפור חיינו באמצעות קניין ונכסים?
* **טבלת הזכויות של הופלד**- לפי התפיסה הזו באמצעות הזכות לקניין נגדיל את חירותם של בעלי הקניין ונשלול את חירותם של אלא שאינם בעלי קניין. הטיעון מחייב אותנו לתת זכויות קניין חיוביות ולו מינימליות לכל האזרחים מה שלא קיים במציאות.

1. **עבודה**- ג׳ון לוק טוען כי ברגע שמערבבים כוח בנכס משותף מפקיעים אותו מחזקתם המשותפת של כל בני האדם. ניסה להסביר באמצעות תיאוריה זו את המצב באנגליה בזמנו (רכישת קרקעות ע״י אצילים). התנאים- **(1) נכיר רק כאשר יש כמות מספקת של משאבים באיכות לא פחות טובה שנותרה לאחרים**. לא ניתן לבסס זכות לקניין על הסכמה כי אז המשאבים לא באמת היו מנוצלים **(2) אסור לאדם לקחת יותר ממה שהוא יכול לצרוך**- אסור לאגור ולחסוך.

ביקורת- **(1) חוסר במשאבים**- ״עולם במחסור״ ולכן מתבטל התנאי הראשון- אף פעם אין מספיק לכולם **(2) תיאוריית הערבוב**- נוזיק טען שהכלל מגוחך כי לא יתכן שאדם ישקיע מינימום ויזכה בנכסים, ביקורת על התיאוריה **(3) נמלה 1 צרצר 0**- ביקורת על הפרקטיקה, אין כלל תפיסה ישים. ביקורת על הדיס-פרופורציה בין השקעת הכוח לתוצר.

התיאוריה הזו מצדיקה את דיני הפטנטים וזכויות היוצרים- המשפט רוצה לתגמל אדם שמשקיע אנרגיה וכוח לפיתוח מוצרים או משאבים. התיאוריה התפתחה מהביקורת- **(1) לא חייבים לתת בעלות בכל דבר**- מתגמלים התנהגויות ראויות בלבד **(2) התוצאה של העשייה היא חיובית**- לתוצאה שלילית מבחינה חברתית לא תהיה זכות קניינית (**3) הפרס צריך להיות פרופורציונלי**- נותנים פרס על עשייה ולא רק על רעיון.

1. **בעיית הפעולה המשותפת**- מאמר של הארדינג בשם ״**The Tragedy of Commons**״- כשיש שיתוף כל אחד ינסה לנצל כמה שיותר לטובת האינטרס המיידי שלו. עדיף לחלק את המרעה ל-3 חלקים פרטיים כדי שכל אחד ישמור על שלו. מזכיר לנו את תיאוריית האסיר- בהתקיים **פערי מידע** **הצדדים יגיעו לתוצאה הכי פחות יעילה עבור כולם**. בקניין אנחנו מחצינים את העלויות על השותפים וזה לבסוף פוגע בנו. ביקורת- לפי דמשיץ לא תמיד יהיה משתלם כלכלית לבחור במשטר הפרטי. לדוגמה: **(1) ניתוח כלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת**- צריך לבחון את כל המשטרים כדי לברר מהי התוצאה הראויה מבחינה כלכלית **(2) יש לבחון את כל ההחצנות ולא רק החצנה מסוימת**- יש לבחון גם את הדורות הבאים ואת ההשפעה עליהם ואת זה הארדינג לא עושה **(3) אבולוציה של מושאי קניין**- כשיש לנו דרכים חכמות וזולות יותר למשטר קניין משותף יתכן ומבחינה כלכלית קניין פרטי לא משתלם כי גם לו יש עלויות (בניית גדר לדוגמה).
2. **אישיות**- לפריטים לעיתים יש ערך שעולה על מחיר השוק שלהם, כך לפי מרגרט ראדין. נכסים שקרובים לגרעין האישיות שלנו (בית מגורים) צריכים לקבל הגנה קניינית חזקה ולהפך.
3. **קהילה**- עלינו לחשוב איזה מושג של קהילה נאמץ אל תוך הזכות הקניינית. ישנן 3 סוגי קהילות- **(1) ליברטריאנית**- בני אדם שמקיימים קשרים אבל לא כפופים אחד לשני או לקהילה כמוסד. לא ניתן לכפות על היחיד הקרבה או התחייבות. לפי ניוזיק לקהילות כאלה יצטרפו מרצון והמדינה תדאג רק לביטחון ולשמירת הסדר **(2) קהילתנות**- קהילה שדורשת הקרבה של היחידים מה שמהווה חלק מההגדרה של ההשתייכות לקהילה. עלול להוביל אף למחיקת האינדיבידואל לחלוטין. לפרט יהיה קניין פרטי אבל הוא יהיה מחויב לעשות בו שימוש לטובת הקהילה. בהפקעות אם הדבר נעשה לצרכי ביטחון הליברטריאנים ידרשו פיצוי מלא אך אצל הקהילתניים הפיצוי יכול להיות מופחת **(3) ליברליות**- חנוך דגן ומייקל הלר פיתחו תפיסה המבוססת על אוטונומיה- קהילות עשויות להטיל חובות אבל הן חייבות לאפשר את הזכות לצאת מהקהילה.

סיפור הקהילה פוגש אותנו ב-3 מופעים מרכזיים:

1. **כניסה לקהילה**- קבלה ליישובים. האם לחרדי מותר לא למכור דירה לחילוני בשכונה חרדית? האם נכון אפשר ועדות קבלה ובאילו מקרים?
2. **המשטר בקהילה**- עד כמה אנחנו כמשפט נאפשר לקהילות להשפיע על היקף הזכויות הקנייניות של החיים בקהילה? לדוגמה, תקנון בבניין משותף, האם עלינו להיות כפופים לו? הקהילתנות מאפשרת לדרוס את היחיד לצורך הקהילה.
3. **יציאה מהקהילה**- כאן יש 3 אופציות- (1) הקהילה מחליטה להוציא מישהו- האם ניתן להוציא אדם מקהילה (לטובתה) והאם יינתן על כך פיצוי? (2) האדם מחליט לצאת בעצמו- ההבדל בין ליברלים לקהילתנים היא האפשרות לצאת מהקהילה. ביהמ״ש נמנע מלהכריע מהי קהילה (3) הפקעות.
4. **צדק חלוקתי**- לא ניתן לנתק את שאלת הקניין מהצדק החלוקתי, הטעם לכך כפול- **השלכות חלוקתיות חיצונית ופנימיות**. חוקרים טוענים כי יש בעיה לטפל בשאלות חלוקתיות באמצעות משפט פרטי- במשטר הקנייני לא כולם משתתפים (לא לכולם יש קניין) ולכן עלולים להיווצר עיוותים- יפגעו דווקא אלא שאין להם כלום. נטען כי יש להשאיר שאלות אלו לדיני המיסים והרווחה (מערכות שחלות על כולם). עם זאת, לא ניתן להתעלם משאלות אלו.
5. **סביבה?**- הצדקה זו נמצאת בסימן שאלה. הארדינג טוען כי קניין פרטי מוביל לרישוש משאבים. האם לשימור הסביבה ולתמריץ להוריש משהו לדור הבא יש השפעה על בחירת קניין משותף או פרטי?

## המשטר הקנייני בישראל

1. **מורכב מ-3 גופים**: **רשות מקרקעי ישראל**- גוף ניהולי, **רשות הפיתוח**- מתמודדת עם הפקעות, **קק״ל**- גוף ציבורי לא מדינתי המחזיק בקרקעות המנוהלות ע״י המדינה (לא בבעלות המדינה). מוסדר ע״י אמנה שמאושררת כל כמה שנים בה נקבע שההחכרה של השטחים צריכה להיות תואמת את הערכים של קק״ל (יהודים ולא ישראלים). מכך נוצרת מתיחות שבאה לידי ביטוי בפס״ד קאעדן.
2. **הבחנה בין מגזר עירוני לחקלאי בהעברת זכויות**
3. סקטור עירוני- **חכירה לטווח ארוך**. בעלות של דירה היא למעשה חכירה לטווח ארוך מהמדינה ל-49 שנים + אופציה לעוד 49. פס״ד לוסטיג חכירה היא למעשה בעלות ונרמז כי גם לאחר 98 שנים המדינה לא תשתחרר מהחכירה. אם רוצים למכור דירה חייבים לקבל אישור מרשות מקרקעי ישראל (עד לאחרונה אכן נדרש). **זכות החכירה היא זכות קניינית** ולכן נחשבת זכות חזקה.
4. סקטור חקלאי- ברוב המקרים- **רישיון במקרקעין** (לא זכות קניינית אלא **חוזית**). בין המושבים למדינה ישנו ״הסכם משבצת״. את הרישיון אי אפשר להמחות לאחר (אלא אם יש הסכמה של הבעלים) והוא הדיר (ניתן לחזור ממנו גם בתקופת הרישוי)- פס״ד הקשת המזרחית עתירה כנגד פיצוי הקיבוצים בשווי קרקע מסחרית לאחר הפקעה- הסכמי בר רשות מותנים בתנאי שהמקרקעין מנוצל לצרכים חקלאיים.
5. **המשטר הקנייני בישראל לפי רחל אלתרמן**- ציר בין התערבות מרבית לבין שוק חופשי:
6. הלאמה מלאה של זכויות בקרקע- המדינה מאוד מעורבת עם מונופול על הזכויות בקרקע. מזכיר את ישראל.
7. הפקעה מאסיבית של מקרקעין- בניגוד להלאמה מלאה מדובר בהלאמה מאוד משמעותית אך חלקית.
8. רכישה לצורך בנק קרקעות- לקיחת קרקעות מעבר למה שצריך באותו רגע לצורך עתודת קרקע.
9. איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)- במקום להפקיע קרקע עושים איחוד וחלוקה מחדש לבעלים. זול יותר למדינה- לא צריכה לתת פיצוי, הקרקע החדשה שווה לבעלים יותר.
10. הפקעה נקודתית.
11. תכנון ציבורי- המדינה לא תיקח את המקרקעין לעצמה אבל תקבע מה ניתן לבנות ואיפה.

מטרתה של אלתרמן היא להראות **שניתן להתערב גם מבלי לשמור את כל המקרקעין בידי המדינה** כפי שקורה בישראל.

1. **מדוע יש צורך בתכנון ציבורי**? אלתרמן- (1) כשלי שוק- בעיית הפעולה המשותפת, מחשבה על הדורות הבאים, פערי מידע, טיפול בהחצנות, שליטה בעיתוי הפיתוח (2) הצדקות חברתיות- שוק חופשי לא לוקח בחשבון ערכים של שוויון, התמודדות עם משברים ופערים חברתיים.
2. **מדוע לא לעשות הפרטה מלאה**? (1) כדי **לוודא קיומם של מצרכים בסיסיים** כדוגמת מים או חשמל לכל אזרח (2) קרול רוז אם כל השטחים יהיו פרטיים (פארקים/חופים) **ייווצרו קהילות מוגדרות** שלא יפגשו אחת עם השנייה ולא תהיה חברה.
3. **שוויון במגורים**- בארה״ב- **חוק שוויון במגורים** (1968) עם חריג הגברת מרפי- אדם עם עד 4 דירות בקומפלקס מגורים פטור מחובת השוויון בכל הקשור להשכרה. איזון פוליטי לתפיסת הקניין הליברטריאנית בארה״ב. לפני החוק היה את פס״ד שלי קבע כי תניות גזעניות בקרקע לא יאכפו. המקרה של עוגת החתונה- ביהמ״ש אפשר לאופה לא להכין עוגה לזוג גאה על בסיס פרוצדוראלי- אפשרו פגיעה בשוויון בשם חופש הדת והביטוי.

בישראל- פס״ד דפוס הקשת בישראל ישנו חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, בית הדפוס סירב להדפיס כרזה לתא גאה עוד לפני שידע מה יהיה כתוב ולכן ״שלל את האדם עצמו״ ונדרש לשלם פיצויים. גם בארץ יש הפליה במגורים- בעיקר באזורים חרדים וברצון לא למכור או להשכיר לערבים. מיטל הנדסה- קבוצת מיטל סירבה למכור דירה לזוג ערבי. **מזוז**- דירה היא מוצר ולכן מגורים נכללים בחוק הפיקוח על מוצרים אפילו אם המחוקק לא רצה זאת. **שטיין**- קובע שקבלן שהתקשר עם המדינה הוא גוף דו מהותי ועליו תחול החובה לשוויון (כחלק מתו״ל) בעוד על אדם פרטי לא + לא תהיה אכיפה רק פיצויים. **הנדל**- טוען שאין טעם להכריע. **אין הכרעה בפס״ד לגבי אזרחים פרטיים אך על קבלנים שמקבלים קרקע מהמדינה חייבים בחובת שוויון**!

## כללי

1. **ס׳ 3 לחו״י: כבוה״א-** ״אין פוגעים בקניינו של אדם״- אין הגדרה לקניין, ניתן לפגוע בזכותו של אדם לקניין אבל רק אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.
2. **דוגמאות לכך שהזכות לקניין אינה אבסולוטית-**
   1. **פטנט-** דוגמה לזכות קניינית חזקה מאוד אך לא בלתי מוחלטת- פוקעת אחרי כ-20 שנה + **פרק ח׳ לחוק הפטנטים** קובע כי אם הפטנט לא מנוצל באופן ראוי מבחינה חברתית ניתן להפקיע אותו ולהעבירו לאחר.
   2. **הלכת השיתוף** (דיני משפחה)- בפס״ד בבלי נקבע כי בעת הגירושין הדירה מתחלקת בין שני בני הזוג למרות שהייתה רשומה רק על שם הבעל (מנוגד לקביעה כי מי שעל שמו רשום הנכס הוא בעל הנכס).
   3. **זכויות יוצרים-** זכות פחות חזקה מפטנט כי היא מקנה רק פיצוי במקרה של הפרת הזכות או ביזוי היוצר/היצירה.
3. **ס' 13** - אין תוקף לעסקה בחלק מסוים של מקרקעין. **רציונל**: חשש מפיצול יתר של מקרקעין, כל ״גוש חלקה״ מחולק לפי צרכים תכנוניים ע״י וועדה מקצועית. **הבעיות**: (1) יהיה קשה לאתר את הבעלים (2) עלויות עסקה גבוהות (3) בעיית הפעולה המשותפת **האם השוק לא ידע להתמודד**? התשובה היא לא- (1) כשלי שוק (2) שנאת סיכון ציבורית **חריגים**: **בית משותף** **ס׳ 54**, **זיקת הנאה** **ס׳ 93(ג)**, **הפקעה** אקונס (לא רלוונטי מאז תיקון תלת מימד), **שכירות** **ס׳ 78**,לוסטיג חכירה לשנים היא עדיין השכרה, **ירושה** **ס׳ 6** המרצה- למרות הס׳ מגבילים חלוקות עפ״י ירושה בגלל בעיות פרקטיות.
4. **ס׳ 11**- בעלות על קרקע חלה גם על מה שיש מתחת לקרקע ומה שמעליו (למעט נפט/מים). הבעלות לא מונעת מעבר מטוסים מעל הקרקע. **תיקון תלת מימד**- מבטל את ס׳ 13 וקובע כי ניתן לפצל בין הרבדים השונים ברגע שחלקה מוגדרת כחלקה תלת מימדית לפי **ס׳ 14א** ס׳ 11 כבר לא רלוונטי, פותר את הבעיה באקונס. **ס׳ 14ד** מקנה בעלות נפרדת ברבדים השונים.
5. **ס׳ 12**- הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע ועל כל דבר מחובר חיבור של קבע למעט מחוברים הניתנים להפרדה, לא משנה מי בנה או נטע.
6. **אוצרות טבע ועתיקות**- נספח **לס׳ 11+12**. המדינה מחריגה משאבים שנמצאים בקרקע (בניגוד לארה״ב). פס״ד Samedan השופט חשין ניתח את הזכות הקניינית שנינת **בחוק לעידוד קידוחי גז ונפט** (מוסד קנייני) לפי ערך הרווחה המצרפית.
7. **ס' 14** - בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. התעקשות דווקנית על זכות, לדוגמה.
   1. הררי מואב - נחייב בעלי קניין לאפשר לאחרים לעבור בתוך הקניין שלהם רק אם אין ברירה אחרת (לא נפעיל כשיש פתרון כלכלי לבעיה).
   2. רדומילסקי – פעם ראשונה שהכירו בשימוש לרעה בזכות. המרצה- רצון לא לאפשר לעקוף מוסדות קנייניים. הס׳ לא הופעל מאז פס״ד זה ועד רגינה שוורצברגר. המרצה- טיעון חתרני שכשמדובר על אישה מבוגרת הטיעון יהיה נקמני ולא כלכלי.
   3. רוקר - **ס' 14** הוא רק ס' מגן. הוא נועד רק לגרום לכך שזכויותיו של בעל הקניין לא יפגעו מבעלי קניין אחרים. **אנגלרד**- לבחון לפי מאזן הנזקים. **טירקל, חשין ולוין**- צריך לצמצם כמה שיותר את תחולת ס׳ 14 כי רצון לממש זכות קניינית אינה מהווה אי נוחות לאחר. **ברק, ש״כ ומצא**- אין הכרעה גורפת וההחלטה צריכה להיות תלויה (1) במשאב (2) ובמערכת היחסים- בבית משותף ס׳ 14 יפורש באופן רחב יותר מבית פרטי. אם יש שאלה שיתכן ואחד הצדדים יכול לעלות טענה בניגוד לסעיף 14, כל אחד מהצדדים יתמוך את טענותיו בדעות הרלוונטיות לו מפס״ד רוקר למרות שההלכה מאוד בעייתית מבחינת ההצדקה- יש להתייחס לשלושת הגישות (כמובן כל עוד זה רלוונטי)!!
8. **וועדות קבלה** (זכות הכניסה למקרקעין):
   1. מבוססת על הוראה **מפקודת האגודות השיתופיות**. אדם ביישוב קהילתי שרוצה למכור את ביתו כפוף להחלטת הוועדה בנוגע לזהות הרוכש- לוועדות יש השפעה על זכות הקניין של התושבים הקיימים והחדשים. מאז 2011 יישובים שנמצאים במרכז הארץ או בעלי יותר מ-400 בתי אב לא יכולים לסנן מועמדים ע״י וועדות קבלה פס״ד סבח תוקפים את הסדר הוועדות בטענה שהוא מפלה. השופט ג׳ובראן טוען שחשוב להגיע להכרעה מהם הקריטריונים של אגודות שיתופיות אך גם בפס״ד זה אין הכרעה.
   2. **ס׳ 6 לפקודה**- פסילה בגין אי התאמה למרקם הקהילתי או חשש מפגיעה בו.
   3. מרצה- יש תפיסות עולם מסוימות שהתקהלות מרחבית והיכולת של בני אדם לגור בסמיכות אחד לשני משמעותיות ליכולת לממש את תפיסת העולם שלהם בצורה בה הם היו רוצים לממש אותה. ככל ששיתוף הפעולה בין החברים בקהילה יהיה יותר מכונן בתפיסת הטוב שלהם, אנחנו ניתן אפשרות להדרה גדולה יותר. 3 שלבים (עמ' 50 במחברת):

האם לקהילה יש תפיסת טוב משותפת? את השלב הזה כנראה רוב הקהילות יצליחו לעבור. בשלב הזה לא משנה איזו תפיסת עולם זו, דתית, כלכלית או אקולוגית אלא משנה אם באופן עקרוני יש משהו שמאחד ומחבר את הקבוצה הזו או שהם סתם קבוצה של אנשים שרוצים להכיר יישוב חדש

מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב הרלוונטית? נמצא על ציר:

נאפשר הדרה גבוהה <<< **מכונן** (קיבוצים)– **מוסיף ערך** (דתי/אקולוגי)– **מסייע** (טבעונות) **– לא קיים** (קאעדן) >>> נשלול הדרה

חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה- ברגע שקהילה יכולה לדאוג לעצמה חובת המדינה פוחתת משמעותית.

* 1. קעדאן- ביהמ"ש קבע כי מדיניות החכרה של קרקעות ליהודים בלבד מהווה אפליה אסורה. אין שום קריטריון שמהווה שיתוף פעולה ביישוב ולכן אין אובדן כלשהו של קהילתיות. לכן, ביהמ"ש טוען שביישובים כאלו, בהם האנשים לא נאספים יחדיו לשום מטרה משותפת, אין שום הצדקה להטלת מגבלה כלשהי על זכותם של אחרים לרכוש בהם קניין.
  2. אדלר- עסק בתקנון בית משותף שאסר על מכירת דירות למי שאינו חרדי- ביהמ"ש לא ביטל את התקנון.
  3. **חוק הירושה** הוא החוק היחידי בישראל שעוקף ועדות קבלה!

1. **כשאנחנו נותנים זכות קניינית אנחנו מחפשים את התכלית של מתן הזכות**. השופט **ריבלין** עושה זאת בפס״ד מקדונלד (עימות בין הזכות לפרסום לבין הזכות לפרטיות) אבל מי שאמור לעשות את האיזון הוא המחוקק.
2. **דוגמאות למוסדות קנייניים**
3. **חוק הדיור הציבורי**- זכות קניינית בהיקף שונה מאדם בדיוק פרטי. מאזנים בין היתר גם את ערך המחויבות לקהילה ולכן ס׳ 3 לחוק קובע שהמחיר יהיה לא מחיר השוק.
4. **חוק הדיור המוגן**- היקף הזכות שונה כי מבינים שיש אוכלוסייה שמצריכה הגנה מיוחדת.
5. **חוק המקרקעין בתים משותפים**.
6. **אינטרס הסתמכות** (**סינגר**) – הסיפור עם אנשי העיירה שהסתמכו על המפעל שבעיר שיעבדו בו ולכן צומחת להם זכות קניינית. עמדת הנגד טענה שלא יכולה להיווצר לעובדים הסתמכות שהמפעל יעבוד כל חייהם- ההסתמכות יכולה לבוא רק אם יש כלל משפטי, אם אין כזה הוא לא יכול להיווצר כתוצאה מהסתמכות. סינגר נטש את הטיעון שלו.
7. **״קניין חדש״** (**צ׳ארלס רייך**) - "הקניין החדש" כולל **זכויות כלכליות שמקורן בשלטון**: רישיונות שידור, רישיונות למקצוע, רישוי לעסקים, רישיונות להפקת נפט וגז, זכות לקצבת ביטוח לאומי, סובסידיות, תמלוגים ועוד. ע"פ רייך זה קניין עקב התלות (אנשים מסתמכים). מנחם- קצבאות זקנה- מדובר בחיסכון ולכן זו בוודאות פגיעה בזכות לקניין- אינטואיציה זהה לפנסיה. בפס"ד מנור  רישיונות למוניות- התייחסו לחופש העיסוק ולא לקניין. אם נגדיר משהו כקניין רק הכנסת, בחקיקה ראשית, יכולה לפגוע בזכות חוקתית.
8. **קומודיפיקציה (הסחרה)**- להפוך משהו למוצר שוקי. יש לכך 2 טיעוני נגד- (1) השחתה של משמעות- אנדרסון, כהן ואריאלי ברגע שנתחיל לשלם על משהו (אישי/משפחתי) הוא יאבד את משמעותו שהייתה לפני כן (2) כפייה- ראדיו אנחנו חוששים שאנשים ישכרו בעצמם או בילדיהם כי לא ממש תהיה להם ברירה אחרת, מעין ״כפייה״. דברים הקרובים לאישיות שלנו (ילדים) לא צריכים להיות חלק מהשוק.
9. **מקרקעי ייעוד** **ס׳ 107** (ים, נמל תעופה, נהרות, מסילות ברזל- **רשימה לא סגורה**)- שימור השליטה בתחבורה הפנימית והחיצונית מהמדינה בידיה. **ס׳ 111** לא **ניתן לעשות בהם עסקה הטעונה רישום** (בעלות + חכירה/ חכירה לדורות), אלא אם הממשלה מאשרת. שכירות קצרת מועד אפשר. שאלות שעולות- למה רק על מקרקעין ולא על אוצרות תרבות, למה רק היעדים המוניים ולא עתיקות או גנים לאומיים, למה בכל זאת ניתנים להפרטה?
10. **טענות בדבר הכרעה:**
    1. מאזן המצוקה (אנגלרד בדעת מיעוט בפס"ד רוקר). מה יותר יעיל ומי יפגע פחות?
    2. צדק חלוקתי
    3. מונע הנזק הטוב ביותר
    4. ערך האישיות, העבודה, הגשמה עצמית, כתיבת סיפור חיים.
    5. שיקול אל מול וודאות השוק ושיקולי מדיניות
    6. סיווגה ומיונה של הזכות כזכות חוזית או קניינית- יוכרעו בכל מקרה לגופו, על רקע המאפיינים של הזכות בהקשר הקונקרטי הנידון ללא חשיבות למה הצדדים קבעו בהסכם (שטרסברג-כהן בטנא-נוגה). **ביקורת על שט"כ**-הכרעה לגבי זכות קניינית צריכה להיות אצל המחוקק ולא בביהמ"ש (עקרון הרשימה הסגורה).
    7. זכות קניינית מאופיינת בכך שהיא פועלת כלפי כולי עלמא. אין די בתכונת העבירות כדי להבחין בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית (טנא-נוגה) . מנגד ע"פ המרצה לא צריך לנסות להגדיר זכות קניין מחד וזכות אובליגטורית מאידך כיוון שאין הגדרה מדויקת לזכות קניין.
    8. **בלאקסטון** – גישה מוניסטית, פורמליסטית וליברטריאנית הגורסת כי אין לפגוע בקניין (שלי שלי). ערך יחיד עליון, שרירות הבעלים וחירות הפרט.
    9. **הופלד** – גישה ליברלית פלורליסטית. לבחון כל מקרה לגופו. מגוון ערכים ואיזונים.

# שותפות (עמ' 29 במחברת)

1. קביעת המסגרת הנורמטיבית –האם זו שותפות במיטלטלין או במקרקעין.
2. **יתרונות השיתוף**- מינוף עסקאות, פיזור סיכון, צמצום עלויות, תורם מבחינה חברתית.
3. **חסרונות השיתוף**- ההגבלה על חירויות הפרט, חוסר היעילות (בעיית הפעולה המשותפת-כר המרעה של הארדין) וכן הקושי בקביעת החובות והזכויות (צדק חלוקתי).
4. **שיתוף אינו מצב רצוי!** עקב החסרונות לעיל הדין הישראלי איננו חסיד של יחסי השיתוף גן בועז, בדגני.ניתן לראות זאת גם בחוק- ס' **34+37** (חוהמ"ק) ו**10** (חוהמ"ט)-מאפשרים שק"ד רחב לשותף יחיד והקלה חוקית בפירוק שותפות.

**מנגד**- **דגן** תומך בשיתוף (נובע מתפיסה קהילתנית) – אך עם מערכת כללי ברירת מחדל ברורה.

1. לפי **27** (חוהמ"ק) ו**9(א)** (חוהמ"ט) **הבעלות משתרעת על כל חלק וחלק ולא בחלק ספציפי**. **תנאי** **קוגנטי**! בוקובזה-גם אם הצדדים חילקו חזקות על חלקים אחרים זה לא משפיע על חלוקת הבעלות (ניתן להתנות מבחינת שימוש אך לא על בעלות).
2. לפי **28** (חוהמ"ק) ו**9(ב)** (חוהמ"ט) חזקה (הניתנת לסתירה) כי **חלקי כל השותפים שווים** – ניתן להתנות.
3. **9(ה)** (חוהמ"ט)- הוראות חוהמ"ק בנושא שיתוף יחולו על מיטלטלין בשינויים המחייבים היכן שיש חוסר (חוץ מ**34** ו**37**).
4. לבדוק באיזה שלב אנחנו נמצאים- האם בוצעה כבר כניסה ואנחנו בשלב המשטר? להתעמק בשלבים הרלוונטיים.
5. **כעת אדון בשלב הכניסה** (ס' 29-30)
6. הסכם שיתוף- לבדוק האם יש, האם הוא נרשם, והאם סעיפיו הם במסגרת המותר ב**29**. הסכם במיטלטלין לא טעון רישום כי אין מרשם במיטלטלין.

האם כשר? יש לבחון האם התנאים שנקבעו בהסכם הם תנאים שניתן להתנות עליהם. אם יש תנאים שאי אפשר להתנות עליהם, נפעל עפ"י ברירת המחדל **בס' 29(ב) -> ס'30-36.**

אסור להתנות על:

* 1. במקרקעין- הגבלת זכות של שותף למכור או לעשות עסקה אחרת בחלק שלו לתקופה העולה על 5 שנים (**34ב**).
  2. במקרקעין- הגבלת זכות של שותף לפירוק השותפות בתקופה העולה על 3 שנים – ביהמ"ש יכול לבטלה. (**37ב**)
  3. במיטלטלין- הגבלת זכות של שותף לפירוק השותפות לכל תקופה שהיא – ביהמ"ש יכול לבטלה.(**10א** לחוהמ"ט)
  4. תמיד לנסות לטעון לפירוק השותפות כדי לצאת מהסכם שלא מאפשר יציאה/מכירה!
  5. **ויסמן** –תניה על אופן פירוק השיתוף תהיה בהסכם נפרד. הייתה בהסכם שיתוף? אין לה תוקף.

1. מה שההסכם לא מתייחס אליו או אם אין הסכם – יש הסכם מצוי בחוק. (**30-36**)
2. האם הסכם שיתוף מחייב צד שלישי חליפי (מישהו שהחליף צד בשיתוף)?
   1. מקרקעין- **אם נרשם מחייב את צד ג׳,** תקף לכל אדם שנעשה שותף לאחר מכן ולכל אדם אחר **(29(א)).**
   2. במקרקעין – אם אין רישום ההסכם לא מחייב, **אפילו** אם צד ג' ידע עליו (אשורי מנשה). ביקורת מלומדים-טוענים שאם צד ג' ידע על ההסכם הוא צריך לחייב אותו. הנימוק- תום לב של צד ג', שימוש לרעה בזכות וכו'.
   3. במיטלטלין – אם צד ג' ידע או היה עליו לדעת אז ההסכם מחייב. (**9(ג)**)
3. **כעת אדון בשלב המשטר** (ס' 27, 28, 30-36)
4. **30**- קבלת ההחלטות בשיתוף היא לפי רוב רידלוביץ (באם לא נקבע אחרת בהסכם שיתוף). **סייגים לכך**:
   1. שימוש לא רגיל בנכס (**30(ג)**)- דורש הסכמה של כולם. לפי זולבו **שימוש רגיל הוא פעולות מטריאליות ומשפטיות שנבחנות לפי טיב ייעוד ומהות הנכס**. השכרת הנכס נחשבת כשימוש רגיל. – לבחון את טיב הנכס!

**דוגמאות מהפסיקה לניהול ושימוש רגילים**: השכרת דירה עשויה בהתאם לנסיבות העניין להיחשב כניהול ושימוש רגיל – זולבו. מתן חזקה ייחודית בנכס לשותף או מס' שותפים הוא שימוש רגיל הנקבע בהחלטת רוב (בוקובזה, וילנר וזולבו). אי שימוש בנכס – נפסק כי נוכח חובת תום הלב ואיסור קיפוח המיעוט ספק אם החלטת רוב השוללת שימוש בנכס מהמיעוט תיחשב ניהול או שימוש סבירים בנכס המשותף (גרינר).

* 1. קיפוח המיעוט (**30(ב)**) – יש לבחון האם המיעוט נפגע מהתוצאה עצמה. לעתים יתקבל כשהרוב זוכה באופן שיטתי.
  2. פעולה בחתו"ל (**39 +61(ב) לחוה"ח**) – ביהמ"ש מחליט מה שיעיל וצודק בנסיבות העניין.
  3. פעולה הגורמת אי נוחות/נזק לאחר (**14**) – רלוונטי בעיקר לגבי עמידה דווקנית על זכות. בד"כ ביהמ"ש לא נוטה לראות רצון למימוש זכות כעמידה דווקנית.
  4. וילנר – כל החלטה דורשת התייעצות עם כולם והקשבה לכולם.

1. אל מול טענה של אי נוחות הרוב (ד' לעיל) נטען שזה נובע מסחטנות של המיעוט. הלכות העמידה הדווקנית על זכות:
   1. התעקשות הנובעת מאינטרס כלכלי היא תקינה (שלב).
   2. התעקשות הנובעת מהתעמרות אמיתית היא תקינה (רדומילסקי).
   3. מבחן זה נהנה וזה לא חסר של אנגלרד (מיעוט) ברוקר.
   4. אין להגביל יתר את זכות הבעלים (טירקל-ברוקר).
2. **31(א)**- **רשימת הפעולות המותרות של שותף יחיד ללא אישור השותפים** (כל עוד לא נקבע אחרת ב**30**):
   1. **(1)**- **שימוש סביר** כל עוד איננו מונע שימוש כזה משותף אחר. יש מחלוקת על כך בוילנר (בן פורת היא ההלכה):
      * לגבי השימוש הסביר: **בן-פורת** (רוב)- מבחן שימוש אובייקטיבי. **נתניהו** (מיעוט)- מבחן שימוש אובייקטיבי-סובייקטיבי משולב.
      * לגבי אי המניעה: **בן פורת+בך** (רוב)- רק איסור מפורש להשתמש (החלפת צילינדר שקולה למניעה מפורשת).  **נתניהו** (מיעוט)- אפשרות מעשית להשתמש.
      * בילאר- כאשר שותף א' מרשה לצד ג' להשתמש ומפריע לשותף ב' זה נחשב "מניעת שימוש סביר".
   2. **(2)**- **עשיית על פעולה דחופה ובלתי צפויה** הנדרשת להחזקה וניהול תקין.
   3. **(3)**- **עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק** העלול להיגרם לנכס ולהגנת הבעלות והחזקה בו.
3. **31(ה)**- מי שביצע אחת מאלה **מחויב להודיע בדחיפות לשותפים**.
4. **32**- **תשלום הוצאות**- כל השותפים צריכים לשלם לפי חלקם במקרקעין על כל הוצאות הניהול והתחזוקה. אם אחד שילם יותר רשאי לדרוש מהשאר להחזיר לו.
5. **33**+ **דמי שימוש**- על שותף אחד שהשתמש לשלם דמי שימוש לשאר השותפים. זרקא- רק כאשר השימוש של האחד מונע שימוש של אחרים.
6. שותפות בין בני זוג-
   1. טבעית יותר וביהמ"ש נוטה לפרש אותה בצורה חיובית יותר ולא רוצה לחסלה.
   2. חוק יחסי ממון- חילק את הנכסים המשותפים של הזוג שווה בשווה.
   3. ביהמ"ש נוטה יותר להתערב בפירוק שיתוף בדירת מגורים – כדי לא להשאיר את הזוג/ילדיו ללא קורת גג.
7. **כעת אדון בשלב היציאה** (ס' 37-45)
8. מיטלטלין-**10**. מקרקעין-**37-45**. לדעת **דגן** דרוש הסכם יציאה חזק וברור. **ויסמן**-הסכם פירוק נפרד מהסכם השיתוף.
9. **דגן**- היררכיית הפירוק- (1) עדיפות לקביעות הסכמיות (2) חלוקה בעין (3) חלוקה בעין ע"י הפיכה לבית משותף (4) פירוק ע"י מכירה.
10. במידה והשותפים קבעו הסכם פירוק **(38)(א)**
    1. **הפירוק יהיה לפי מה שקבעו השותפים** (תפיסה ליברלית של תמיכה בקביעות הסכמיות).
    2. אם נקבעה חלוקה בעין- נדרש אישור מפקח שבודק כי ההסכם תואם להוראות חוק התכנון והבנייה בהתאם **לס׳ 13**. לא ניתן לעקוף את ס׳ 13 ע״י חבירה לשותפות ופירוקה.
11. במידה והשותפים לא קבעו הסכם פירוק **(38(ב)**
    1. ביהמ"ש יקבע את מנגנון הפירוק בהתאם ל**39-43** (כמובן שצריך אישור מפקח כמו מקודם).
    2. דרך המלך היא חלוקה בעין. **חשין** ברדילביץ'-אם שותף מתעקש על פירוק אחר - עליו נטל ההוכחה להסביר למה.
12. לפי **חשין** ברדילביץ' **עדיף תמיד חלוקה בעין לפי חלוקה לחלקות**. אם אי אפשר אז עדיף רישום כבית משותף (**42(א)**), זה יותר יעיל כלכלית ומתאים לתיאוריית האישיות. **דגן** תומך בזה.
13. **41**- **סייגים לחלוקה בעין**:
    1. **(א)**- אחד השותפים לא רוצה + יש לו נכס גובל והוא מסכים לצרף את חלקו לנכס הגובל- ניתן לחלק כך.
    2. **(ב)**- כל השותפים לא רוצים אבל חלק הסכימו להתאחד והשאר הסכימו לכך גם-ניתן לחלק כך (חלוקה בעין חלקית).
    3. **(ג)**- רק חלק לא רוצים- ניתן ליטול את חלקם ולהישאר בו במשותף או לחלק בין השותפים אבל צריך לשלם להם את מה שהיו מקבלים אם היינו מוכרים לפי **40**.
14. **40(א)**- **סייג הפסד ניכר**- אם החלוקה בעין גורמת להפסד ניכר נורה על מנגנון חלוקה אחר. מהו הפסד ניכר?
    1. **חשין** ברדילביץ (מצמצם)- הפסד מדרך הפירוק בלבד (ביזור יתר שפוגע במימוש ייעוד כמו בנייה). לא כולל אובדן רווחים פוטנציאליים.
    2. **המרצה** (מרחיב)- אפשר גם להסתכל על פוטנציאל כהפסד ניכר במקרה של קומבינציה שלא הושלמה-הפסד ממשי.
15. **40(א)-** **במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה** (לדוגמה דירת מגורים) חלוקת המקרקעין תהיה דרך מכירתו למרבה במחיר. חובת ההוכחה למכירה בדרך לא פומבית היא על הצד המבקש למכור בדרך אחרת שרף.
16. **42(ב)**- אם חלוקה אפשרית ויש בעיה כספית – ניתן לדרוש תשלומי איזון.
17. **במצב בו הוחלט על מכירה ולא על חלוקה**:

* ביהמ"ש רשאי להורות על מכירת כל הנכס ולהחליט אם זה ילך למכירה פומבית או הוצל"פ (בהתאם לעקרונות) אך **איננו** יכול להחליט איך יתקיים פירוק המכירה (**40(ב)** + פס"ד ויסמן).

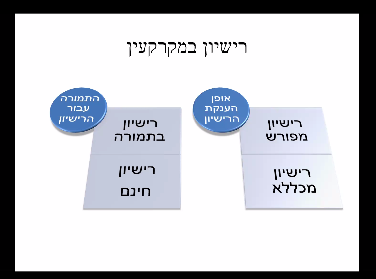
# בתים משותפים

* **עקרונות –**
  + בית משותף הינו משטר שיתופי ייחודי במסגרתו מצומצם באופן מקסימלי הנכס המשותף וניתן ביטוי מריבי לעצמאותו של כל אחד מהשותפים.
  + **מטרות הבית המשותף:**
    - **לדאוג שהחלקים העצמאים הם כמה שיותר עצמאיים: ס' 54 לחוק המקרקעין** בעלי הדירות זוכים לעצמאות נפרדת בדירותיהם (ואף רשאים להצמיד חלקים מן השטח המשותף הנותר לדירות, ובאופן זה להחיל אף לגבי החלקים המוצמדים את דין הבעלות הנפרדת).
      * **סעיף זה מהווה חריג לס'13 לחוק המקרקעין** האוסר עסקה בחלק מחלקה (כלל שלמות היחידה הקניינית).
    - **עיצוב השיתוף בחלקים המשותפים באמצעות דיני שיתוף מיוחדים: ס'56(א) לחוק המקרקעין** הוראות **פרק ה' לחוק המקרקעין – שיתוף במקרקעין** לא חלות על בתים משותפים. ההוראות שחלות על עניין זה הן הוראות **פרק ו' לחוק המקרקעין – בתים משותפים**.
      * **ס'56(ב) לחוק המקרקעין** הוראת סעיף זה לא מונעת בעלות משותף בדירה ופירוק שיתוף בדירה כזאת.
* **חובה! נבחן שאכן מדובר בבית משותף –**
  + **ס'52 לחוק המקרקעין** מבנה יחשב **בית משותף** בהתקיים: **(1)** מבנה של קבע (לרבות הקרקע עליה נבנה); **(2)** המבנה כולל לפחות 2 דירות; **(3)** המבנה עומד על חלקה נפרדת; **(4)** הבית רשום בפנקס הבתים המשותפים.
* אופי הבית המשותף:
  + **חשין,** צ'ודלרהבית המשותף הוא יצור כלאיים שקשה לשבצו באחת המשבצות המסורתיות של הקניין. הבית המשותף הוא המקום של הביחד, בו אנו מכוננים את הזהות הקולקטיבית שלנו. **מלכתחילה הזכות בבית המשותף היא מוגבלת, היא לא הזכות הקלאסית של הבעלות אלא היא מבכרת את הערך השיתופי על פני הערך האישי.**
    - נפסק בפסה"ד כאשר באים לפרש את ס'60 לחוהמ"ק, יש לפרש אותו בצמצום עד כמה שניתן כדי לאפשר להקים מחדש את הבית המשותף. אנו נעדיף את הערך השיתופי על פני הקניין אישי (חשין).
* **אם מדובר בדירה – האם זו באמת דירה**?
  + **ס'52 לחוק המקרקעין** מבנה יחשב **דירה** בהתקיים: פס"ד פרידמן, פס"ד עמליה**:**
    - **יסוד פיזי:** אזור בנוי, אשר גבולותיו החזותיים ברורים ומתוחמים ברצפה, גג וקירות. על מנת לקיים יסוד זה נדרש כי ניתן יהיה לתחום את גבולות היחידה ביחידה שלמה ונפרדת משאר היחידות ומהרכוש המשותף המשמש את כל היחידות במבנה.
    - **ייסוד ייעודי:** **מורכב מ-2 תנאים מצטברים**:
      * ייעוד ספציפי: נועד לשימוש למטרות מגורים, עסק או "לכל צורך אחר". "צורך אחר" לא יכול לכלול מטרה ממטרות הרכוש המשותף (כלומר, שימוש בעלי הדירות כולם או מרביתם, שאחרת ייווצר מעגל שוטה אשר יאיין את הגדרות המונחים דירה ובית משותף).
      * ייעוד ארכיטקטוני נלווה: נועד לשימוש כיחידה שלמה ונפרדת בעלת קיום עצמאי המשרתת את הייעוד הספציפי. (**מבחן הכוונה –** מה הייתה כוונת הקבלן בבניית היחידה האם כדירה, האם כמחסן).
    - **ס'54 לחוק המקרקעין** דירה מהווה נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות. כאמור, חריג ל**ס'13 לחוק המקרקעין**.
* **אם מדובר על רכוש משותף –**
  + **האם זה חלק מהרכוש המשותף?**
    - הגדרה שיורית- **כל מה שאינו דירה הוא רכוש משותף** עמליה.
    - **ס'52 לחוק המקרקעין** **רכוש משותף**: הגדרה שיורית מלווה ברשימה פתוחה. **כל חלקי הבית שאינם רשומים כדירות, ולא הוחרגו מהרכוש המשותף,** לרבות הקרקע עליה עומד הבניין, גגות הבניין, קירותיו החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, מתקני הסקה ומים וכיוצ"ב מתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם ואפילו הם מצויים בתחומי דירה מסוימת.
      * **לעניין זה חל מבחן הייעוד** שלעיל – הרכוש המשותף הם חלקי הבית המיועדים עפ"י מהותם לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם.
      * **הבעלות ברכוש המשותף:** 
        + **ס'55(א) לחוק המקרקעין** לכל דירה צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף לפי גודלה היחסי של הדירה. הבעלות ברכוש המשותף אינה מסוימת מבחינה פיזית, אלא יחסית ומשתרעת על אחוז מסיום מכל אטום מאטומי הנכס.
        + **ס'57(א) לחוק המקרקעין** חלקה של כל דירה ברכוש המשותף נקבע בהתאם ליחס בין שטח הדירה לשטח כלל הדירות.
      * **ס'55(ב) לחוק המקרקעין** אין תוקף לעסקה ברכוש משותף הצמוד אליה בנפרד מהדירה פרידמן חכשורי.
      * **ס'55(ג) לחוק המקרקעין** לא ניתן להוציא מהרכוש המשותף ולהצמיד לדירה מתקנים המיועדים במהותם לשמש את כל בעלי הדירות. אם עקב שינוי נסיבות הופך חלק מוצמד לחלק שהשימוש בו חיוני והכרחי לכלל דיירי הבית דין ההצמדה להתבטל.
  + **הוצאת חלקים מה"רכוש המשותף"**
    - **ס'62(א) לחוק המקרקעין** כלל בעלי הדירות בבית המשותף רשאים להוציא חלק מהרכוש המשותף ולהצמידו לדירה פלונית אך זאת רק בהסכמת כל בעלי הדירות כאשר על ההצמדה להיות מפורשת ומדויקת.
    - חלקים אשר הוצאו מן הרכוש המשותף בדרך של הצמדה, לא יחשבו עוד רכוש משותף וזכות השימוש בהם תופקע מידי כלל בעלי הדירות ותיוחד לבעל ההצמדה.
    - גריעה מהרכוש המשותף צריכה להיות מפורשת וספציפית.
    - קבלן המקים בית משותף רשאי להוציא חלקים מסוימים מגדר הרכוש המשותף באמצעות הצמדת לאחת הדירות.
    - **ס׳ 62(א)(א1)-** ניתן להעביר **רכוש מוצמד לדייר אחר בבניין** ללא הסכמת יתר הדיירים, בהנחה וניתנה לשאר הדיירים זכות טיעון לפי **ס׳ 145(א).**
      * **ס'6(א) לחוק המכר (דירות)** דבר ההצמדה ירשם בהסכם המכר בין הקבלן לרוכשי הדירות וכן במפרט הבנייה (כחלק מ**חובת הגילוי** של הקבלן).
        + רציונל: חובה זו באה להבהיר לרוכש בדיוק על מה הוא משלם.
        + על הקבלן המוכר חלה החובה למפרט בפני הרוכש, **במסמך נפרד** המפרט באופן ספציפי את החלקים המוצאים מגדר הרכוש המשותף, **שייערך במועד החתימה על הסכם רכישת הנכס ולא מאוחר יותר**. (שמעונוף נ' ברוכים, פרדימן).
        + הצהרה כללית לפיה נותרת בידי הקבלן אפשרות עתידית להוצאת חלק מן הרכוש המשותף הצמדתו לדירה מסוימת אינה תקפה. (שמעונוף נ' ברוכים).
* **תקנון הבית המשותף:**
  + מינצר התקנון הוא הסכם ולחן חלה עליו חובת תו״ל לפי **ס׳ 39 לחוק החוזים**.
  + **ס׳ 64** התקנון נערך ע"י האסיפה הכללית של בעלי הדירות, הרשאים לערוך תקנון אישי או לאמץ הוראותיו של התקנון המצוי המופיע בתוספת הראשונה לחוק המקרקעין.
  + בבית משותף בו לא נערך תקנון ולא התנו על הוראות התקנון המצוי, חזקה על הדיירים כי אימצו את התקנון המצוי כלשונו.
  + כאשר במועד רכישת הדירה כבר נרשם תקנון לבניין, יראו את הבעלים החדש כמי שוויתר על תביעה כנגד האמור בתקנון עם קבלת החזקה בדירה עפ"י שטר המכר.
  + שמע כללי הניהול של הבית המשותף הם כלליים, פורמליים ודווקניים **ויפורשו בצמצום.**
  + **ס' 62** תיקון התקנון ייעשה ברוב של בעלי הדירות ש-2/3 מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם.
  + אדלר (בית משותף של קהילה חסידית) **סעיף בתקנון הדן בענייני אורח חיים אינו קשור לשימוש או לחזקה בקרקע** ואין לו תוקף אף בהסכמה.
  + **ס׳ 2(א) לתקנון המצוי**- כל שינוי בנכס משותף מחייב את הסכמת כלל הדיירים, גם אם אין נזק אליאס אך יש לזכור שצריך לפרש בצמצום שמע.
  + סעיפי התקנון המצוי מתייחסים גם ל- כינוס האסיפה, מניין המשתתפים, סדר יומה של האסיפה ועוד.
  + **ס׳ 12(ב) לתקנון המצוי**- שינוי של זכויות או הוספת חובות לא תחייב את הדייר אם לא הסכים לה.
* **שימוש, שינוי ופגיעה בדירה וברכוש המשותף:**
  + צודלר אין בבעלות ובזכויות אחרות של דיירים להצדיק אי נוחות לדיירים האחרים.
  + פרשקרניתן לעשות שימוש בצורה נאותה ובאורח סביר בשטח המשותף.
    - **גולדברג** צריך שיהיו כללים ברורים; אם הם יהיו עמומים – הבית המשותף יקרוס.
  + **הכלל:** בעל דירה רשאי לבצע בקניינו שינויים ותיקונים כרצונו.
  + **החריג:** שינוי או תיקון הפוגע בדירה אחרת או ברכוש המשותף**.**
    - **פרט 2 לתקנון המצוי** שינויים ותיקונים הפוגעים בדירה אחרת או ברכוש המשותף או בערכו יבוצעו בהסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות (לא נאמר הרוב הנדרש). (פגיעה ברכוש המשותף כוללת גם פגיעה בחזותו החיצונית כפי שהייתה בעת גמר הבנייה של הבניין).
      * **פרט 12(א) לתקנון המצוי** מספיק **רוב רגיל** של בעלי הדירות כדי לקבוע את דרכי ניהולו של הרכוש המשותף והשימוש בו.
      * **ויתקון (דעת רוב)**, **שמע** הסכמת הדיירים נדרשת רק כשמדובר בשינוי ותיקון פיזי ואין מדובר בשינוי בייעוד.
      * **ח' כהן (דעת מיעוט)**, **שמע** המונח "שינוי" כולל בנוסף לשינוי המבנה גם שינויי ייעוד. **שינוי בשימוש ובייעוד הדירה עלול להפחית מערך הדירות** ולפיכך אין לבצעו מבלי לקבל את הסכמתם של בעלי הדירות.
      * **זוסמן, שמע** יש לנסות להפוך את הדירה לדבר הכי קרוב לשרירות בעלים.
      * **זוסמן, שמע** שינויים בדירה לעניין **פרט 2(ב) לתקנון המצוי** אינם כוללים שינויים בתוך הדירה אלא שינויים בגוף הדירה.
      * **גולדברג, אליאס נ' שיפר** – **כל פגיעה ברכוש המשותף**, גם בלי שנתלווה לה נזק ממשי – אסורה.
      * **שטנג** כל פגיעה ברכוש המשותף היא פגיעה מהותית, ומותנית בהסכמת כל בעלי הדירות.
* **זכויות בנייה עודפות של חברת קבלן:**
  + **דעת הרוב** **בפרידמן** – הוצאת חלק מן הרכוש המשותף, במישור הקנייני אינה אפשרית בהיעדר רישום במרשם המקרקעין בנוגע להצמדת אותו חלק לדירה מסוימת (ולכן החברה מחזיקה בזכות חוזית בלבד). **דעת המיעוט** **בפרידמן** חברת קבלן אינה חייבת לשייר לעצמה דירה והיא רשאית למכור את הזכויות שלה לצד שלישי גם טרם הרישום.
  + **תנאי לביצוע הצמדה כדין עפ"י פרידמן:** הוצאת השטח תעשה במסמך נפרד לחוזה, המסמך יצורף לחוזה המכר, והגריעה תעשה באופן ספציפי.
  + קבלן יכול לעשות שימוש בטכניקת "הקולב המשפטי" ולשייר לעצמו זכויות "בדירה", שאליה יוצמדו בעת רישום הבית המשותף חלקים שהוצאו מתוך הרכוש המשותף, אך תוטל **חובת גילוי מוגברת מעבר לס'6(א) לחוק המכר,** כך שיש לציין בחוזה המכר ובמפרט האם הוצאת חלקים מן הרכוש המשותף נועדה לשם הצמדתם לדירה פלונית או לשם רשומה "כדירה" שתישאר בידי המוכר (**פרידמן**).
* **התנתקות ממערכת חימום מרכזית:**
  + **ס59 ב(א) לחוק המקרקעין** דייר רשאי להינתק ממערכת ההסקה בהנחה שאינה מערכת משולבת ללא הסכמת יתר בעלי הדירות.
  + **ס'3 לתקנות המקרקעין (תנאים להתנתקות ממערכת מרכזית בבית משותף)** ההתנתקות תלויה בכך שאינו גורם לנזק בעצם ניתוקו**.**
  + הדייר יהיה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתה התקינה של מערכת ההסקה כפי שהייתה בעת גמר הבנייה (**ס' 58 (א) לחוק**) כולל ההוצאות הדרושות להחלפת המתקן. (**ס' 2 לתקנות המקרקעין (הוצאות החלות על מתנתק ממערכת מרכזית בבית משותף**).
* **סרבנות בבית משותף:**
  + **טענות נגד הסרבן:**
    - **ס׳ 60(א)** כל הדירות ישתתפו בהוצאות הכרוכות בכך לגבי הרכוש המשותף, כל אחד לפי החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירתו.
    - בעלי רוב (3/4) הדירות יטענו **לס' 60(ב)**, ויבקשו לכפות את המיעוט להעביר את זכותם ע״י פנייה למפקח.
    - שוורצברגר- טענה של חוסר תו״ל כלפי המיעוט.
    - בצ'ודלר אין חיוב להקים את הבניין החדש באותה מתכונת כמו המקורי.
    - שוורצברגר בחשש ממשי לקריסת הבניין כולו – יש לבחון האם ניתן להקים את הבית המשותף מחדש מלבד הדירות של הסרבנים. במידה ולא יטענו זאת שלא ניתן.
  + **טענות בעד הסרבן:**
    - ניתן לפנות לביהמ״ש בבקשה לבחון את סבירות ההחלטה (החלטה של בעלי דירה סבירים) להקים/לשפץ את הבניין צ׳ודלר (טענה חלשה).
    - שוורצברגר **יתכן והסרבנות 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.
* **רישום בית משותף – עמ' 256-265 במחשבות.**
* **האסיפה הכללית – עמ' 266-271 במחשבות.**

## רישיון במקרקעין (עמ' 117 במחברת)

**רוב הסיכויים שתהיה סוגיה של רישיון באחד המועדים. לרוב היא לא מופיעה בגלוי וצריך לטעון אותה במידה ויש נפקות לגבי אחד הצדדים. דרך הפתרון: לטעון את טענת הרישיון, לסווג אותו (חוזה/מכללא, תמורה/חינם, אך זה לא משנה לעניין הכרעת ביהמ"ש), לבדוק את הקריטריונים השונים ולהצביע על שלוש אפשרויות ההכרעה (קיום, ביטול עם פיצויים, ביטול ללא פיצויים).**

1. הגדרה- בר רשון במקרקעין הוא אדם שיש לו רשות להשתמש במקרקעין שלא לפי אחת מהדרכים המנויות **בס׳ 161 בחוק המקרקעין**- בעלות/שכירות ושאילה, זיקת הנאה, משכנתא וזכות קדימה. **לא מוסדר כלל בחקיקה אלא רק בפסיקה**!
2. מוסד הרישיון בבסיסו **חוזי** ונקלט מהמשפט האנגלי. **נינה זלצמן** הגדירה בתור "היתר או רשות מבעל מקרקעין לאחר להחזיק או להשתמש בנכס". רישיון הוא **לא** זכות קניינית אלא זכות אובליגטורית **אישית**!
3. כיצד הרישיון קם?
   1. מכוח חוזה – בכתב או בע"פ.
   2. הסכמה שבשתיקה=מכללא- אי מחאה של הבעלים או בעל הזכות להחזיק, כמו בגבעת גמל.
4. הבחנה נוספת בין רישיונות:
   1. בתמורה- ההבחנה בין רישיון בתמורה לשכירות היא ששכירות היא זכות קניינית ורישיון הוא זכות חוזית בלבד.
   2. בחינם- מתנה.



1. רישיון יכול להוות **טענת הגנה כלפי משיגי גבול** לכאורה!
2. נויפלד-סוג הרישיון (חינם/תמורה) לא קשור לאפשרות ביטולו. ביהמ"ש יבחן כל מקרה לגופו ע"פ הנסיבות.
3. המטרה העיקרית של רישיון – היכולת לשלול עבירות! (בניגוד לשכירות שם יש עבירות).
4. **רישיון הוא זכות אישית שלא ניתן להעבירה**. חריגים שהוכרו בפסיקה: בירושה, ובמקרה של הסכמת בין הצדדים.
5. **פרשנות הרישיון**- אין כלל אחיד שניתן להגיד שברגע שישנה תמורה לא ניתן לבטל את הרישיון ולהפך. תמיד לטעון לפי תנאי המקרה!
6. **האם רישיון הדיר (ניתן לביטול)?** הקריטריונים המגדירים את היקף ההגנה על הרישיון בבימה״ש (נבחן בבצר/ציזיק):
   1. **היקף ההשקעות שביצע מחזיק הרישיון**- ככל שבעל הרישיון השקיע יותר-ביהמ"ש ייטה לא לבטלו גם אם ניתן ללא תשלום. זהו הקריטריון החשוב והטענה העיקרית שיש להתבסס עליה.
   2. **הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין**- ככל שבעל הרישיון הסתמך והביע ציפייה ותקווה להישאר בנכס כך ביהמ"ש ייטה לא לבטל.
   3. **מהו ותק הרישיון?** ותק מחזק את מעמדו- כביכול יש יותר הסתמכות.
   4. **התמורה בגין הרישיון**- אם ניתנה תמורה זה מחזק, וכן ככל שהיא גבוהה.
7. המגמה היא לא להכריז בקלות על רישיון כבלתי הדיר (בלתי חוזר) כי זכות בלתי הדירה עוקפת את מוסד הרישיון במהותו (ומחזקת אותו לכיוון שכירות). רק ב5 מקרים בהיסטורית הפסיקה הוכר רישיון כבלתי הדיר.
8. **זכות שימוש בלתי הדירה**- לכאורה ניתן לבטל זכות שימוש מכללא בכל עת באמצעות **הגשת תביעה לסילוק יד** אך הדבר תלוי גם בעקרונות של צדק וציפייה סבירה שנטע בעל המקרקעין אצל בעל זכות השימוש. אם ההצדקה העיקרית נובעת מעיקרון הצפיות, מדובר בזכות שלא נינת לביטול.
9. **שמגר** ביצחק רוזן- גם רישיון בלתי הדיר לעתים נתן לביטול ולעתים אף ללא תשלום פיצויים!
10. אלוני- נקבע שאם אדם הסתמך בתו"ל על בעלים והשקיע כסף אז הבעלים יהיה ב"השתק".
11. **סעדים**- תוצאות אפשריות להכרעת ביהמ"ש:

(1) **הודעה מוקדמת סבירה והולמת** לביטול הרישיון מכללא (ללא פיצויים).

(2) **ביטול הרישיון וחיוב הבעלים בפיצוי**. ניתן לפצות גם על השקעה בנכס.

(3) **ביטול הרישיון ללא פיצוי**- באופן מיידי ללא הודעה מוקדמת (במקרים של שימוש קצר בנכס).

(4) **במקרים חריגים, החלטה על רשות בלתי הדירה** (ציזיק).

1. **פיצויים**- עבד אל סלאם- ברישיון בלי תמורה הפיצוי היחידי שיינתן (אם בכלל) יהיה בגין השקעות בעל הרישיון בנכס והשבחתו (ולא עבור הפינוי!).
2. לבחון את עקרונות הקניין המנחים (מאזן מצוקה וכיוצ"ב) אל מול קבלת ההחלטה.
3. במקרקעי ציבור (היפר חליף/חבה)- אין צידוק חוקי להכיר בקיומו של רישיון מכללא אלא בנסיבות חריגות מאוד- המדינה נתנה מעין הבטחה למשיגי הגבול והם הסתמכו עליה (**רובינשטיין** בהיפר חליף). ביהמ"ש הודף פלישה למקרקעי ציבור.
4. **ההבדל בין רישיון לזיקת הנאה**- זיקת הנאה-זכות קניינית, רישיון-זכות חוזית. בנוסף, לא ניתן לטעון זיקת הנאה על חזקה במקרקעין אלא רק על שימוש ספציפי.
5. **מוסד הרישיון מכניס עמימות בפסיקה** ולכן ניתן לטעון את טענת הרישיון **כטענה חלופית** (אם לא תוכר זכות קניינית-לפחות נוציא מזה משהו-פיצוי/דחייה בהוצאה מהמקרקעין וכו')

## הפקעות (עמ' 51 במחברת)

**קודם כל- לאתר צורך ציבורי (רחב מאוד) ואחר כך להפקיע את הבעלות כולה או זכאויות מסוימות בה.**

1. **תמיד לציין במבחן**- אם מדובר בהפקעה של חלק מהקרקע, אסור לעשות עסקאות בחלק מהמקרקעין לפי **ס׳ 13** אך הפקעה היא אחד החריגים לכך (פס״ד אקונס).
2. בארה״ב- לכל מדינה יש חקיקה שלה שמתכתבת עם תפיסת העולם של תושביה. החוקה הפדרלית קובעת בתיקון החמישי כי קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. מאחר ואין הגדרה ביהמ״ש מפרש את המושגים שימוש ציבורי ופיצוי הוגן. פס״ד קילו (ארה״ב) ניתן להפקיע קרקע ולהעבירה **לגורם פרטי** כל עוד שיש תועלת משנית לציבור. **בעקבות הפס״ד** המדינות מאפשרות הפקעה כזו תמורת פיצוי מאוד גבוה מה שמסכל את הפעולות.
3. נטילה שלטונית היא: "רכישה **כפויה** של מקרקעין, לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**, תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין".
4. הצדקות ההפקעה – שימור כוח מדיני / הגשמת צורך בטחוני-משטרתי / תאוריית הסכמה ראשונית של **לוק**.
5. מטרות ההפקעה- בדר"כ למנוע כשל שוק מסוים (סחיטת המדינה), להגשים מטרה חלוקתית מסוימת (גישה למקומות) או לבסס כוח שלטוני קלאסי (/צרכים ביטחוניים).
6. ביהמ״ש יבחן את המתח בין **ס׳ 3 לחו״י: כבוה״א** (לא פוגעים בקניין) לבין **ס׳ 8** (פסקת ההתגברות).
7. **ס׳ 2 לפקודה**- מגדיר מהו צורך ציבורי (תמיד להסתכל בפקודה!!) + הפנייה **לחוק התכנון והבנייה** לצורך בחינת הצרכים הציבוריים. ההגדרה לצורך ציבורי היא מאוד רחבה ולא חלה רק על מבנים אלא על צרכים. **ס׳ 2(2) לפקודה**- עירייה יכולה להפקיע קרקעות כדי להקים שכונה חדשה. **ס׳ 2(10) לפקודה**- כל צורך אחר שיקבע שר האוצר.
8. **ס' 3 לפקודה-** שר האוצר רשאי להפקיע קרקע לכל צורך ציבורי + להפקיע קרקע רק בשביל לכפות על הבעלים להצטרף להתחדשות עירונית.
9. **ס' 2א לפקודה**- לפני הפקעה יש להקים ועדה מייעצת ולקיים שימוע, הוועדה גם תבחן האם הצורך הוא ציבורי.
10. מוסייבה **גולדברג**- לאחר שההפקעה אושרה חובת ההוכחה לכך שההפקעה אינה נחוצה מוטלת על בעלי הקרקע ולא על המדינה.
11. הצד שהפקיעו לו את הקרקע ינסה לתקוף את ההפקעה ולבטלה.
12. אם יש **יבול/מיטלטלין** רלוונטי כלשהו שיתכן ויפגע מההפקעה יש לבחון האם הוא מחובר לפי המבחנים ברובריקת המחוברים!
13. **צורך ציבורי –** נתקוף את הצורך הציבורי (לדעת המרצה לא יעבוד):
    1. אם שר האוצר קבע שזה צורך ציבורי- **בייניש** בקרסיק-הביקורת השיפוטית על דרישת המטרה הציבורית התחזקה בעקבות כניסת חוה"י-ביהמ"ש יחליט מהו צורך ציבורי ואם החלטת הרשות תקינה- בפועל זה לא כך שוורץ/דור.

**דורנר (דעת מיעוט)** במוסייבה- אומרת שלא תמיד נאשרר את פעולת השר.

**מנגד**- כיום שולטת **הלכת** **שמגר** בלובינאניקר- ביהמ"ש מוותר על היכולת שלו להגדיר מהי "מטרה ציבורית" ומי שקובע בסופו של דבר מהו 'צורך ציבורי' זה המחוקק- **קביעתו של השר שמדובר בצורך ציבורי היא זו שמעבירה את הצורך לקטגוריה של צורך ציבורי**.

* 1. לא רשום ממשלה/שר אוצר –
     + **ס' 2(1) לפקודה**- פירוט נרחב לכל מה שמוגדר בחוק כצורך ציבורי.
     + דור- מותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אדם אחר (הפקעות לשיכוני עולים).
     + אתא נ' שוורץ- מקומות העבודה שהמפעל מספק מהווים מטרה מספיק טובה וצורך ציבורי.
     + קילו(ארה"ב)/שוורץ- נקבע כי "פיתוח כלכלי", עונה להגדרה של "שימוש ציבורי".
     + חליל- שטחים ירוקים הם מטרה ציבורית עליונה. ביקורת מהמרצה- ישנו היגיון פחות להפקיע קרקע כדי לשמור עליו כשטח פתוח ללא בנייה.
     + מהדרין- הקמת נתב"ג, באוביטר- בפרויקט גדול לא מפרידים חלקים לגורמים פרטיים (הקמת דיוטי).

1. לציין במבחן שכיוםאין יסודות אובייקטיביים לקביעה מהו צורך ציבורי ומה לא, מלבד החלטתו של שר האוצר; אין לתהות אחר החלטתו של שר האוצר, אלא ניתן לתקוף את הקביעה שהפקעה מסוימת נעשתה לצורך ציבורי, דרך **סוגיית מידתיות הפגיעה**.
2. **מידתיות ההפקעה** – נבחן האם ההפקעה מידתית לפי המבחנים השונים **תמיד ליישם את כל המבחנים!!!!!** (לא מצטברים):
3. ניסיון רכישה הסכמי- עמדת **שמגר כיועמ"ש**- לבדוק אם קדם לפקעה ניסיון רכישה הסכמי. ניסיון כזה לא יכול להיות מגוחך אלא ריאלי, במחירי השוק האמתיים. רק כאשר האזרח סירב להצעה קמה האפשרות להפעיל את סמכות ההפקעה. יש בכך רק כדי **לעכב** את ההפקעה ולא למנוע אותה. לקוח שטוען שלא פנו אליו בכלל לפני שליחת מכתב הפקעה הדבר יכול לטעון לחוסר מידתיות, נכון להיום מדובר על שליחת מכתב ולא מו״מ אמיתי.
4. ביצוע עצמי- מהדרין**, אור** במוסייבה- "מצב של אפשרות ביצוע עצמי מונע את כשרות ההפקעה".

3 סייגים:

* + - אי יכולת ביצוע עצמי.
    - לא ראוי שאדם פרטי יבצע בעצמו (הקמת בית חולים ציבורי).
    - כשנסיבות העניין לא מאפשרות, למשל כשהקרקע של אותו אדם היא רק חלק מפרויקט יותר גדול (מהדרין).

1. איחוד משאבים (פס"ד מקור הנפקות וזכויות)- אם הגענו למצב שבעלי קניין מצליחים להתאחד ולשתף פעולה (באמצעות איחוד משאבים), נחזור למבחן של ביצוע עצמי (מפחית את הפגיעה ומוביל לרווח שלהם).
2. שיהוי- בעל 2 פנים- **(1) ראייתי**- נוסייבה השהייה נתפסת כראיה לכך שלא מתכוונים לנצל את הקרקע (**2) מנהלי**- סוג של פיקוח וענישה על התנהלות לא תקינה של רשות. אם המדינה משתהה יותר מידי זמן עם הקמת הפרויקט. הבעיה: הליכים ברשויות לוקחים זמן- טענה זו מעקרת את כוח המדינה להפקיע. באמיתי - קרקע הופקעה ל26 שנה- פסה"ד היחיד שטענה זו התקבלה. לאחר שנת 2010 כבר אין צורך בשיהוי כי יש כללים ברורים: **7ב לפקודה** הזמן הראשוני הוא עד 8 שנים, הארכה ראשונה עד 15 אח"כ עד 17 (אם שר האוצר חושב שזה נדרש בגלל הבעיתיות במכרזים).
3. תום/ שינוי המטרה הציבורית- **חשין** בקרסיק- נוקט בגישה המשמרת-זיקה (בניגוד למנתקת: ארה״ב)- הבעלים תמיד שומר על זיקתו לקרקע. לכן עם תום/שינוי המטרה הציבורית תמה גם הלגיטימיות של המשך החזקת הקרקע בידי הרשות ולכן (**1) יחזירו לבעלים את הקרקע תמורת תשלום או (2) המדינה תשתמש בקרקע למטרה ציבורית אחרת**. **חשין** מציג שני טיעונים מרכזיים: (1) ימנע הפקעות שאינן יעילות (2) שוויון מהותי-מוצדק להשיב לבעלים כי הוא כבר תרם את חלקו. **המרצה** מתנגד לתפיסתו של חשין ואומר שהיא ליברטריאנית ומאוד אקטיביסטית לדיני קניין על אף שהמחוקק אימץ את עמדתו **בפקודת הקרקעות**- **אם משנים את הצורך הציבורי מזמנים את הבעלים לשימוע בוא הוא יכול לטעון כנגד השימוש החדש כמו בהפקעה הראשונה**.
4. הזכות המזערית (אקונס)- **ס'** **13 לחוהמ"ק** אוסר על עסקה בחלק מסוים במקרקעין, אך לפי **ס' 6** הפקעה אינה עסקה (שכן אינה הקנייה "לפי רצון המקנה") לכן ניתן להפקיע חלק מחלקה. **על המדינה להפקיע את המינימום הנדרש**. **חשין**- אם המדינה צריכה להפקיע זכות הפחותה מבעלות-שלא תפקיע את כל זכות הבעלות (למשל רק את החזקה).
5. מיקום רלוונטי ומיטבי- לבדוק האם המיקום שנבחר עונה בצורה מיטבית בנסיבות העניין על הצורך הציבורי. קרסיק-צריכה להיות זיקה בין המטרה לקרקע. זמר-אם היה שינוי מיקום לבחון למה הוא קרה.
6. הזכות לפיצוי – מהו פיצוי צודק? לפי איזה צדק?
   1. צדק מתקן- **זוהי תפיסת הצדק הנוכחית**. על המזיק לפצות את הניזוק כגובה הנזק (ללא בחינה של ערכים סובייקטיביים).
   2. צדק חלוקתי- ביצוע הבחנות בין שיעורי הפיצוי המגיעים לכל אחד מהבעלים בהתאם למעמדם וחלקם בחברה (עשיר-פחות פיצוי, עני-יותר פיצוי) בעייתי כי יתכן והמשפט הפרטי הוא לא המקום לכך מאחר ונוצרים עיוותים. קאפלו ושבל- להחיל שיקולים חלוקתיים על מערכות שחולשות על כלל האוכלוסייה.
   3. צדק הליכי- נחלק ל-2: (1) ההליך חשוב יותר מהתוצאה (2) ההליך חשוב כמו התוצאה. מנסה להכניס את הבעלים לתמונה לאורך הליך ההפקעה. הבנה שההליך הוא חשוב, כי אם עושים אותו לא נכון- הוא יכול לגרור סעדים נוספים. הפגיעה באוטונומיה היא גם ההתעלמות מבעלי הקרקע.
   4. צדק מאחה- הכנסה של סעדים נוספים חוץ מכסף (לדוג'-פיצוי בעין-קרקע חלופית). נותן מענה גם לקהילה. המרצה תומך.
7. פיצויים (אם לא נאמר מאיזה חיקוק, לנתח לפי שניהם!)
8. **12(ב) לפקודה**- נפצה ע"פ שווי השוק, לפי שיטת ההשוואה, Full Market Value.
9. **מרגרט ראדין** – להוסיף פיצוי בגין פגיעה בערך האישיות (לכן בית מגורים יקבל פיצוי יתר ומגרש לא).
10. **היבטים בעייתיים בפיצוי ע"פ שווי השוק**:
    1. אובדן ערכים סובייקטיביים- דברים אחרים שהאדם מאבד חוץ מהערך הכלכלי של הנכס כמו אובדן קהילה. אפקט הבעלות- גם כאשר אין ערך סנטימנטלי הבעלות מעניקה לנכס שווי גבוה יותר. לא ניתן לאמוד ערכים סובייקטיביים-חשש לניצול יתר. **פרחומובסקי ובל**- הציעו שיטה להתגבר על כך-**הערכה עצמית**-בעל הנכס יכול לאמוד את ערכו הסובייקטיבי של הנכס בעצמו אך אם לא יופקע בגלל העלות הגבוה-מעתה ואילך יתייחסו אל ערך הנכס כמו שאמד בעליו (גם לעניין חובות כמו ארנונה וכו').
    2. כשלי השוק ה"מדומיין"- שווי הנכסים המופקעים בדר"כ נמוך מאוד-הפיצוי לא מאפשר לבעלים לרכוש בית חדש. **בישראל**- הבעלים מפוצים בשווי הדירה החדשה/מקבלים דירה חדשה.
    3. הדרת ערכים כלכליים- יש לבעלים עלויות נוספות של הובלה/תיווך/חיפוש דירה-אלו לא נכללים בפיצוי ע"פ שווי שוק. **בישראל**- כן מפצים על חלק גדול.
11. ארידור- לפי **חשין** לפיצויים יש משמעות של **זכות קניינית** ממש.
12. **אם הפקענו לפי פקודת הקרקעות:**
13. פקודת הקרקעות מקדשת את הפיצוי לפי **מחיר השוק של הנכס**!
14. **הכלל: 12 לפקודה**- הפיצוי בגובה שווי השוק לפני להפקעה. **12(א)-** אין להתחשב בפגיעה באוטונומיה כחלק מהפיצוי.
15. **חריג:** סמכות הפחתה- (1) **20(2)(א)**-לקחת ללא תמורה- עד 25% מהקרקע המדינה לא צריכה לשלם פיצויים בכלל. (2) **20(2)(ב)** (אתא נ' הולצמן)-לקחת בתמורה מופחתת- מעל 25% מהקרקע- הפיצוי שיינתן הוא שווי הקרקע בניכוי שווי של 25% מהקרקע.
16. **סייג לחריג: 20(ג)**- שר האוצר יכול לתת פיצויים נוספים בגין סבל ונסיבות נוספות (מסייג את יכולת ההפחתה).
17. עקב תיקון הפקודה ב2010 **החריג התבטל** ונשאר רלוונטי רק לרשות מקומית! חנוך דגן בעיריות המעורבות של הבעלים כלפי הקהילה גבוהה ולכן ניתן להקריב יותר. הרציונל לפי החוק- גירעונות של הרשויות המקומיות. בכל מקרה **ההנחיה של היועמ״ש היא לשלם מהשקל הראשון**!
18. **אם הפקענו לפי חוק התכנון והבנייה: (190(א)(1) לחוק התכנון והבנייה)**
    1. רחב יותר מפקודת הקרקעות- ניתן להפקיע גם לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות.
    2. הגדלת החריג- (1) מאפשר להפקיע עד 40% ללא פיצויים! מעל 40%-לשלם רק על ההפרש. (2) לא כפוף לתיקון- כל גורם שמבצע הפקעה יכול לעשות שימוש בחריג של הפחתת פיצוי.
    3. **הגבלת סמכות ההפקעה**- לא נאפשר הפקעה אם כתוצאה מהפקעת חלק מהמגרש, **יפחת שוויה של יתרת המגרש**. **ע"פ ביהמ"ש**-לא האם יש פגיעה בשווי, אלא האם לא ניתן לנצל את יתרת הקרקע (לדוגמה- הופקעו 99% ממנה אבל ה-1% שמר על השווי).
    4. **הלכת חממי (רלוונטי רק לחוק התכנון)**- יסוד **ההליך הדו שלבי**- (1) מוכרז שינוי היעוד של הקרקע (2) ההפקעה מתרחשת בפועל. ״תביעות לפי **ס׳ 197**״- הבעלים מקבל כמעט 100% פיצוי כבר בשלב הראשון לפי **ס׳ 197** ואז בשלב השני לתבוע פיצויי הפקעה לפי **ס׳ 190** כאשר ההפחתה של ה-40% אפשרית רק מהשלב השני לכן היא כמעט בלתי אפשרית. במקור- ס׳ 197 נועד לתת מענה לקרקעות סמוכות שנפגעו (רק תכונות המקרקעין ולא ירידת ערך או פחות לקוחות) באמצעות פיצויים לפי **ס׳ 200**.

**על הדיירים לממש את הפיצוי מכוח השלב הראשון תוך 3 שנים** אחרת לא יקבלו את הכסף!

1. **מתי מותר להפחית פיצוי? רלוונטי לשתי דרכי ההפקעות:**
2. אחד הרציונאליים להפחתת פיצויים הוא **עליית שווי הקרקע**-השבחה שנוצרת לבעלי הקרקע שעלולה להוביל לפיצוי ייתר.
3. אם הפקיעו חלקה שלמה-
4. **פעם**- פייצר- מותר להפחית את המקסימום – 40%/25% גם אם החלקה מופקעת בשלמות.
5. הולצמן **(ההלכה)**-אין הפחתה. כאשר מפקיעים חלקה בשלמות אז הפיצוי צריך להיות 100% של שווי השוק.
6. אם הפקיעו חלק מהחלקה (**ס' 12**)- :
   1. רוטמן- **פקודת הדרכים ומסילות הברזל** (כבר לא בתוקף!)- לא הייתה השבחה בפועל וביהמ״ש קבע כי הסמכות של שר האוצר לפצות **הופכת לחובה**.
   2. מסרי- **חוק התכנון והבנייה**- שר הפנים לא חייב להשלים את הפיצוי אם הייתה פגיעה מינורית או מבוזרת בין הרבה בעלי קרקעות.
   3. **פקודת הקרקעות**- אין הכרעה ברורה ולכן צריך **לפרט את כל הגישות**, אם יגיע אלינו מקרה כזה יש לטעון לשני הצדדים (רוטמן ומסרי)- . ניתן להגיד שההסדר זהה למסילות הברזל ולכן נכון יותר להחיל עליו את החובה שקבע ביהמ״ש בפס״ד רוטמן בעוד מהצד השני אפשר להגיד שניתן להפחית את הפיצוי מטעם חוק התכנון והבנייה כי ההפחתה אמורה להתקיים לטובת רשויות מקומיות.

\*להסתכל על תרשים זרימה בסוף המחברת\*

* 1. **דורנר** בהולצמן- גישה בלאקסטונית של שרירות הבעלים-גם בהפקעה מלאה הרעיון של הפחתה לא ראוי. חריג ההפחתה צריך לחול רק במקרים קיצוניים בהם ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים עולה. במילים אחרות-פיצוי מלא.
  2. **ברק** בהולצמן- אין תחולה לחריג ההפחתה במקרה של הנ"ל ובדומיו (הפקעה מלאה). 3 פרשנויות על ברק:
     + **פרשנות צרה**- האיסור להפחית רלוונטי רק בהפקעה מלאה (בהפקעה חלקית-לפי החוק).
     + **פרשנות רחבה**- פיצוי מלא גם בהפקעה חלקית וגם בהפקעה מלאה. ניתן להפחית במקרים מאוד חריגים (**כדורנר**).
     + **פרשנות ביניים** (**דגן**)- נסווג את סוג הקרקע (מכוננים/חליפיים) ואת השימוש שייעשה בה (קהילתני/כללי):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין מכוננים** | **מקרקעין חליפיים** |
| **שימוש כללי** | סמכות הפחתה נמוכה מאוד | סמכות הפחתה בינונית |
| **שימוש קהילתני** | סמכות הפחתה בינוני | סמכות הפחתה מלאה |

1. **בונוס**- בארה"ב לא ייתכנו הפחתות בפיצוי בכלל ובגרמניה מנגד המחיר מתחיל כ-default בהפחתה ורק במקרי קצה נגיע ל100% משווי הנכס.
2. **פיצוי בעין**- רלוונטי לפינוי בינוי. **ס׳ 39 לחוק פינוי בינוי** מחזיק (אפילו לא בעלים) יהיה זכאי לדיור חלופי באותו אזור או אזור סמוך (**לא לשכונת מצוקה**). דוגמה יותר רווחת- **ס׳ 194 לחוק התכנון והבנייה** יש לספק שיכון חלופי סביר- זכות במקרקעין של ממש. הדייר יכול לחפש לעצמו את הדיור ואז יעניקו לו סכום שיאפשר מציאת דיור ראוי. **שתי האפשרויות מדברות על מתן פיצוי בשווי דירה חלופית** (יותר משווי הנכס).
3. **התיישנות בתביעות פיצויי הפקעה**- פס״ד ארידור לא תבעו פיצוי במשך 40 שנה. העליון קבע **שחוק ההתיישנות חל גם על הפקעות** (7 שנים). מתי מתחילים לספור? **ס׳ 6** מרגע שנולדת עילת התביעה: חשין- מהיום שבו הרשות מסרבת לשלם פיצויים (עמדה מרחיבה מאוד) גרוניס- מהיום שבו הרשות תופסת חזקה במקרקעין (מפנה את הבעלים). ארבל- דעת ביניים, כשממומשת המטרה הציבורית. בדיון הנוסף מתקבלת דעתו של **גרוניס**!

## הגנת הבעלות והחזקה (עמ' 77 במחברת)

1. מי הצדדים באירוע? בעלים ומחזיק כדין (או מי מטעמו)/מחזיק שלא כדין/בעל זכות להחזיק/מסיג גבול. (ההגדרה ב**ס׳ 15**).
2. חזקה=אדם שתופס את הנכס מבחינה פיזית. יושב בו, מגדר אותו וכו'.
3. **ויסמן**- יתרונות לנפקות משפטית לחזקה (גם כשהיא לא כדין)- שמירה על הסדר הציבורי, יעילות בהגנה על נכסים, הטלת הנטל על התובע-המנושל (המוציא מחברו עליו הראייה), עידוד שימוש בנכסים פנויים.
4. **ס׳ 8 לחוק המיטלטלין**- סעיפים 15-20 לחוהמ"ק יחולו גם על הגנת הבעלות וההחזקה גם במיטלטלין.
5. יש לבדוק האם מסיג גבול הוא אכן כזה או האם ניתן לטעון כי הוא בעל רישיון להיכנס.
6. סעד עצמי (**18**)- מבטא את שיקול האינסטינקט האנושי למניעת חטיפה.
7. **טבלה מסכמת** (פירוט בהמשך):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **צד א'** | **צד ב'** | **ס' 16** | **ס' 17** | **ס' 18** |
| **בעלים** | **פולש** | **V** | **V רק אם הוא מחזיק בפועל** | **V רק אם הוא מחזיק בפועל** |
| **מחזיק כדין** | **פולש** | **V** | **V** | **V** |
| **בעל זכות להחזיק אבל לא גר בפועל** | **פולש** | **V** | **X** | **X** |
| **מחזיק שלא כדין (פולש)** | **פולש** | **X** | **V** | **X** |
| **פולש** | **בעלים; מחזיק בפועל; בעל זכות להחזיק** | **X** | **X** | **X** |

1. **בעלים נגד פולש:**
   1. **16**- זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין- **פניה לביהמ"ש** (אין סעד עצמי!).
   2. **17** (אם הוא מחזיק)- זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין - **פנייה לביהמ"ש בלבד** (**פרוקצ'יה** בעוקשי).
   3. **18(ב)** (אם הוא מחזיק)- רשאי לנקוט **בסעד עצמי** עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי).
   4. **18(א)** (אם הוא מחזיק)- אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד- רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה. אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר שביהמ"ש יכריע זמן סביר. **המרצה** סובר שזה צריך להיות מוגבל.
2. **מחזיק כדין נגד פולש:**
   1. **16**- זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין- **פניה לביהמ"ש**.
   2. **17**- זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין - **פנייה לביהמ"ש בלבד** (**פרוקצ'יה** בעוקשי).
   3. **18(ב)**- רשאי לנקוט **בסעד עצמי** עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי).
   4. **18(א)**- אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד- רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה. אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר שביהמ"ש יכריע זמן סביר. **המרצה** סובר שזה צריך להיות מוגבל.
3. **בעל זכות להחזיק (אבל לא מחזיק) נגד פולש:**
   1. **16**- זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין- **פניה לביהמ"ש**.
4. **פולש נגד פולש חדש:**
   1. **17**- זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין - **פנייה לביהמ"ש בלבד** (**פרוקצ'יה** בעוקשי).
5. **פולש נגד בעלים/מחזיק בפועל/בעל זכות להחזיק:**
   1. לא עומדים לו אף סעדים או הגנות בחוק!
   2. ניתן לנסות לטעון כהגנה- רישיון במקרקעין
6. רציונאליים לסעד עצמי: א. האופי האנושי- להתנגד ללקיחות. ב. היעדר חלופה מעשית- בעיקר מיטלטלין שאם לא נגיב מיד הנכס יאבד (**ויסמן**). ג. הכלל הקנייני גובר על כלל האחריות (**קלברזי ומלמד**).
7. סייגים לסעד עצמי:
   1. (לא סייג אבל כדאי לציין) בתי המשפט באופן כללי נוטים לצמצם מאוד את הסעד העצמי.
   2. **תאגידים** לא רשאים לבצע סעד עצמי (אין לו רציונל של רגש אינסטינקטיבי).
   3. **18**-כוח במידה סבירה- בד"כ הכוונה לפניה לרשויות החוק. **המרצה**-ניתן להשתמש בכוח "סביר" בלבד ולא "מופרז".
   4. מחזיק מטעם הבעלים לא רשאי לבצע סעד עצמי (אין לו אינסטינקט אנושי שפועל).
   5. **19**- ביצוע של סעד עצמי שלא כדין ב**18(ב)** (בכוח לא סביר, אין הרשאה לפעול, לא תוך 30 יום) יגרור השבת המקרקעין למחזיק (גם אם שלא כדין). ביהמ״ש יכול לדון בהחזרת המקרקעין ובבירור הזכויות בו זמנית!
8. **בונוס**- טענת ius tertii- טענה **שלא התקבלה בישראל** טענת הגנה לנתבע שהזכויות בנכס לא שייכות לתובע אלא לצד ג'.
9. **4(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע)**- פולש שפלש למקרקעין ציבוריים:
   1. הגבלת הסעד העצמי- אין דין עצמי ע"י הפעלת כוח אלא רק צו פינוי+הוצל"פ או פניה לערכאות בן שמחון (אין מרכיב אנושי של ״דם רותח״).
   2. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול- מתן הצו יהיה **בתוך 6 חודשים** מיום שהתברר כי התפיסה אינה כדין, בתקופה **שאינה עולה על 36 חודשים** מיום התפיסה. זמן הפינוי יהיה **לפחות 30 יום** ממסירת הצו. (למדינה יש הרבה מקרקעין ולכן יש קושי בפיקוח).
   3. אין צורך בהחזקה של המדינה- ניתן לבצע בסעד עצמי גם ללא החזקה בפועל, נדרשת בעלות בלבד (אותו רציונל כמו בס׳ הקודם).
   4. סייג לסעד עצמי- אם יש ספק בנוגע לקיום/היקף הפלישה לא ניתן לבצע סעד עצמי ויש לפנות לביהמ"ש (בן שמחון).

## דרכי רכישת זכות קניינית (עמ' 70 במחברת)

* + - 1. **דרכי רכישת זכות קניינית**- (1) ירושה (2) תפיסת חזקה (״התיישנות רוכשת״- לא רלוונטי בארץ) (3) חלוף הזמן + שימוש שאין עמו חזקה- זיקת הנאה מכוח שנים (4) שיפור נכסי הזולת- בעלות בבד לאחר שיוצרים ממנו בגד (5) עסקה רצונית.
      2. **מהי עסקה במקרקעין**- דיני החוזים חלים על כל העסקאות בקניין! במקרקעין העסקה נעשית בכתב כדי לגבש הסכמה ברורה. כל עוד לא התגבשה זכות קניינית בין הצדדים יש מערכת יחסים חוזית ולקונה אין גישה בלתי אמצעית לנכס. פס״ד בוקר כל עוד ישנה רק התחייבות לעסקה אין השפעה על צדדים שלישיים. שונה בפס״ד אהרונוב יש לקונה **זכות ״מעין קניינית״** ולכן ישנה השלכה כלפי צדדים שלישיים.
      3. **נק׳ המפנה**- רישום הזכות בטאבו.
      4. **מדוע ישנו פער זמנים בין העסקה לבין הרישום**?
  1. מיסוי ואישורים- מיסוי מקרקעין/מס רכישה/מכירה/שבח/ועד בית/עירייה וכו. לא ניתן לפתוח תיק בטאבו עד שהוסדרו ענייני המיסים, העניין יכול לקחת גם יותר מחודש.
  2. מימון והסרת משכנתאות- הבנק לא יאפשר לעשות העברה בנכס כשיש עליו משכנתא, המוכר יוכל להסיר את המשכנתא רק לאחר קבלת כסף מהקונה שיועבר רק לאחר חתימת חוזה. גם בשביל קבלת משכנתא צריך להציג חוזה.
     + 1. **מקרקעין לא רשומים/מוסדרים**- מתייחסים אליהם כאל זכויות ולא כאל מקרקעין!!!!!
       2. **הליך הרישום הסטנדרטי**- במעמד חתימת החוזה נחתם גם שטר מכר. עם כל המסמכים פונים לקבל את המסמכים הרלוונטיים. פער הזמנים שנוצר הוא מאוד מסוכן ולכן **חותמים על ה״א** (לא זכות קניינית) שמהווה גם תמרור אזהרה לצדדים שלישיים וגם חסם מפני עסקאות נוספות במקרקעין.
       3. **מה לא מצריך רישום לצורך התגבשות הזכות**? זכות קדימה, זיקת הנאה, שכירות קצרת מועד.
       4. **רכישת זכות קניינית במיטלטלין**- אין רישום. ישנו מרשם עבור **רכבים** אבל הוא נועד לצרכי אחריות ורישוי. **ס׳ 33 לחוק המכר** הזכות מתגבשת בשלב בו החפץ עובר לחזקתו של הרוכש אלא אם הצדדים החליטו אחרת!
       5. **רכישת זכויות קנייניות בזכויות**- כל דבר שאינו מקרקעין או מיטלטלין. **ס׳ 4 לחוק המכר** קובע שהחוק חל גם על זכויות בשינויים המחויבים- מועד כריתת ההסכם הוא מועד העברת הבעלות (אין פער זמנים) אלא אם נקבע אחרת ע״י הצדדים!

## קניית דירה מקבלן (עמ' 74 במחברת)

1. בין הצדדים ישנם **פערי כוחות ומידע**. ישנן סיבות רבות בגינן הקונה הפשוט יכול להתבלבל: הצפת מידע, מסגור, שגיאה הסתברותית, קושי לתפוס מידע אמורפי.
2. החוק חל על דירה ועל חכירה לדורות.
   1. לשים לב האם מי שמכר נחשב לקבלן. אם מי שמכר ישירות זה בעלי הקרקע (ולא מי שבנה) אז לא נתייחס אליו כאל קבלן, אבל ייתכן והוא השקיע כסף בעצמו וניתן לטעון שכן.
   2. ההגדרה רחבה וייתכן ונקבל גם עסקים או חדר בודד.
   3. לא חל על קבוצת רכישה וכמו"כ לא חל על קניית דירה יד שנייה.
3. **חובות הגילוי** שמוטלות על הקבלן [**חוק המכר (דירות)**]: (ממליץ לקרוא בתוך החוק גם בזמן המבחן אם נתגלו **שינויים** בדירה)
   1. המטרה של החוק- להביא לידיעת הקונה את כוונותיו האמיתיות של המוכר על מנת להגבר על הליקויים מקודם.
   2. **2**- מחויב לצרף לחוזה מפרט והוראות תחזוקה ושימוש, ולחתום עליהם. על כל שינוי/תיקון במפרט שני הצדדים צריכים לחתום (אם לא היו במעמד החוזה-ימסור במעמד מסירת הדירה).
   3. **אלון** בשמעונוף- **אופן הגילוי חייב להיות**: (1) מפורט, (2) בהיר, (3) במועד כריתת החוזה (**6(א)** + **ויסמן** תומך).
   4. שמעונוף- אם זה לא במפרט זה חייב להיות במסמך נפרד. לא יכול להיות בחוזה.
   5. **3**- המפרט יהיה בטופס שקבע השר. יכלול מחירון של דברים ברי-ויתור, חייב לציין על מה המוכר מוותר (רשאי להתייחס לחלקים אחרים של הבניין ולקרקע).
   6. **6(ב)**- **הסעד**- אם המוכר לא מסר פרטים לגבי משהו- **הוא** **מחויב לתקנון המצוי**.
   7. **4**- **הקבלן לא עמד בהתחייבות אם**: נתגלה שינוי/אי התאמה בתקופת האחריות או תקופת הבדק, או אם תוך 20 שנה נתגלתה אי התאמה יסודית, או אם לא מסר הוראות תחזוקה ושימוש (לקרוא בחוק).
   8. **4א**- הקונה יכול להסתמך על אי ההתאמה אם הודיע לקבלן/לא היה ניתן לגלותה בבדיקה סבירה.
4. **בטוחות**- לא חל על קבוצות רכישה, דירות יד שנייה ובנייה עצמית.
   1. חל על רכישת דירה (הגדרה רחבה בחוק-כולל עסקים וחדר בודד) ועל **חכירה לדורות**.
   2. בטוחה היא ערבות שנותן הקבלן כדי להבטיח את ההשקעה של הקונה ברכישת הדירה.
   3. הבטוחה משמשת בתקופה שבין חתימת החוזה ועל השתכללות הקניין (רישום בטאבו). לאחר הרישום-חלה תקנת השוק בלבד.
5. למה צריך בטוחות? (1) בעיות כלכליות של הקבלן (פשיטת רגל). (2) בעיות קנייניות- פגמים בזכות הקניין של המוכר (הרבה פעמים הקבלנים הם לא הבעלים של הקרקע).
6. **ס' 2 לחוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של בעלי דירות)**- הקבלן מחויב להעמיד בטוחה, במידה והוא רוצה לקבל מקונה סכום העולה על 7% (ס' קוגנטי!). 5 סוגי הבטוחות:
   1. **2(1)**- **ערבות בנקאית** - הכלי הכי נפוץ, זוהי בטוחה פיננסית.
   2. **2(2)**- **ביטוח אצל חברת ביטוח** - פחות זול ויעיל מערבות בנקאית, בטוחה פיננסית.
   3. **2(3)**- **שעבוד הדירה/קרקע במשכנתא ראשונה** - בטוחה קניינית, הקבלן רוכש משכנתא על הקרקע לטובת הרוכשים. פחות רלוונטי מכיוון וברוב הפעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע.
   4. **2(4)**- **רישום הערת אזהרה לטובת הקונה** - בטוחה קניינית:
      * מצוין לקונה כי אם ערך הדירה/קרקע עלה אז הוא הרוויח.
      * בעייתי כי הקבלן בד"כ יצטרך אישור מבעלי הקרקע.
      * יתכן ויש כבר הערות אזהרה, של גורם מממן או של הבעלים.
      * הערת אזהרה היא זכות מעין קניינית ולא זכות קניינית!
   5. **2(5)**- **העברת בעלות בקרקע אל מול הסכום ששילם הקונה** – שוב, רוב הפעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע ולכן הוא לא יכול להעביר בעלות.
7. הבטוחות נועדו להבטיח את ההשקעה ולא יכולות לשמש כקלף מיקוח בטענות על טיב הבנייה!
8. בוססה **שיטת השוברים**- הבנק נותן ערבות תמורת כל תשלום ובוטל החשבון המיוחד (חקיקה שתוקנה עקב פרשת חפציבה).
9. **2א1**- **חובת המוכר** לידע את הקונה בכתב על זכויותיו לקבלת בטוחה וכן ליידעו אם הפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי, עד למועד החתימה על חוזה המכר (חקיקה שתוקנה עקב פרשת חפציבה).
10. **3ג**- **חובה על הבנק**/הגוף שנותן את ההלוואה להודיע בכתב לקונה על זכויותיו וכן להעביר את כספי ההלוואה לקבלן רק לאחר שווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה (חקיקה שתוקנה עקב פרשת חפציבה).
11. ביקורת על מנגנון הבטוחות – מייקר את העסקה עבור קונים. יש שגורסים שזהו לא מנגנון טוב כי זה אמור ליפול על כתפי הקבלן ולא עליהם.
12. **צבן** במטרי (מקרה חפציבה)- יש להבחין בין רוכש למגורים לבין רוכש להשקעה (מטרת החוק היא להגן על הצרכן).
13. **שמגר** ביועמ"ש נ' גד- נקבע כי איחור במסירה ייחשב לסביר עד 3 חודשים. **המרצה** סובר שזה לא נכון מכיוון שבדר"כ רוכשים שמים לב לתנאי כניסה וזהו לא כשל קוגניטיבי שצריך להתערב בו לטובתם. נקבע בפס"ד זה גם לגבי כמה הגבלות של הקבלן כי הן מקפחות לעניין חוזה אחיד.

## מחוברים (עמ' 32 במחברת)

**יתכן מאוד שיהיה במבחן!!**

1. בדר"כ נקבל מקרה שבו מישהו השקיע בנכס (בנה גלריה/מזגן/מטבח וכו') וחיבר אותו בצורה שקשה לנתק – צריך לעבור על המבחנים ולסווג אם הוא מחובר או לא – **להכריע**! לקבוע למי יש זכאות בו ולהמשיך עם השלכות ההכרעה בפתרון.
2. המבחנים הבאים מטרתם לקבוע האם מחובר הינו חלק מהמקרקעין ולפיכך **ס' 12** חל עליו, או שמא הוא מיטלטלין (חשוב בגלל **ס' 13**). המבחנים הוצעו ע"י **ויסמן**.
3. **נתניהו** בלידאי- משפט הארץ לא מכיר בבעלות במחוברים בנפרד מבעלות בקרקע.
4. **ויסמן** – בוחן את שתי ההגדרות בסעיף: **חיבור של קבע + אינם ניתנים להפרדה**. בעיניו החוק מאפשר לנו להכניס גם שיקולים משפטיים ולא רק פיזיים:
   1. **המבחן** הפיזי- (המבחן העיקרי-תנאי הכרחי) משהו לא מחובר בכלל לא נדון בו (מכונית). כאשר לא ניתן לנתק דבר מבלי להרוס אותו או שייגרם נזק מהותי למקרקעין. **המרצה**- יתכן גם נזק לא מהותי בהתאם למדיניות.
   2. **מבחן** סוג הנכס- האם הטבע של הנכס נועד להיות מחובר באורח קבע? ככל שמאפייני החיבור יתאימו למאפייני החיבור של נכסים מהסוג הזה נראה בכך חיבור של קבע. נבחן גם את סוג החיבור- מזגן עם סלוטייפ.
   3. **מבחן** הכוונה- לבחון את כוונת השימוש בחפץ:
      1. צדדים קרובים (שוכר ומשכיר, לדוגמה) – כוונה **סובייקטיבית**, מה הם שידרו, על פי הכוונה הטיפוסית של הצדדים (לא הצדדים הספציפיים אלא בקטגוריות של מקרים. ניתן להחיל תו''ל מחוזים (הכי חזק).
      2. צדדים רחוקים (לא מעורבים באקט עצמו) - כוונה **אובייקטיבית** שהיה מבין גם צופה מהצד, בין בעל הנכס לצד שלישי (מוכר מזגנים, בעל דירה, רוכש דירה).

שלושת המבחנים לא מצטברים אבל יש לבחון את שלושתם בכל מצב! עם זאת, הרבה פעמים למבחן סוג הנכס אין תשובה חד משמעית ולכן למבחן הכוונה יש יותר משקל.

1. **מבחן** מונע הנזק הזול (מבחן של הפסיקה) – נשתמש בו **במקביל למבחנים של ויסמן**. בדר"כ מונע הנזק הזול הוא מי שרשם את הערת האזהרה. חריג: קונה דירה יכול להיחשב כמונע הזול כי מצופה ממנו לבדוק את הדירה ולשאול את המוכר מה שייך לו.
2. **מבחנים** נוספים של הפסיקה
   1. שיקולי ודאות השוק.
   2. עידוד פעילות כלכלית.
   3. שיקולי יעילות מצרפית- אם זה משהו מסוים שכולם מחברים לקרקע- יכול להשפיע על הפעילות הכלכלית במדינה.
   4. שיקולים חלוקתיים- לעתים נתחשב במאזן המצוקה של הצדדים-מי יפגע יותר.
3. במידה וקבענו כי הם מחוברים למקרקעין- **ייתכן והם צריכים להיכנס לשווי של מקרקעין שהופקעו**.

## זיקת הנאה (עמ' 38 במחברת)

1. זיקת הנאה היא חריג ל**ס' 13**- יכולה לחול על חלק ממקרקעין. מוגדרת **בס׳ 5**- שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם. **זיקת הנאה היא זכות קניינית** בין אם רשומה או לא!
2. **ס' 92**- ראשית, יש לאפיין את הזכאים ליהנות מזיקת ההנאה:
   1. אדם- הדוג' הקלאסית, אדם ספציפי העובר דרך קבע בחצר חברו.
   2. סוג בני אדם- לטובת דיירי בניין מסוים.
   3. כלל הציבור- דרך קיצור כללית. הזיקה נעשית רק מכוח השנים.
   4. מקרקעין- מקרקעין מעניקים זיקת הנאה למקרקעין אחרים, כאשר אין דרך אחרת לגשת למקרקעין האחרים בלעדי המקרקעין המעניקים (ללא תלות בבעלים). מקרקעין זכאים- לטובתם תינתן זיקת הנאה. מקרקעין כפופים יתנו את הזיקה.
   5. תאגיד- לא מופיע בחוק, הוכר בפס"ד קואופ.
3. שנית, נבחן כיצד נוצרה הזכות במקרה דנן:
4. מכוח הסכם.
5. מכוח דין- צוואה, פס״ד או מעשה מנהלי (קיבוץ החותרים).
6. מחמת כורח- לא הייתה ברירה ל-X, הוא היה חייב לעבור בשטח של Y כדי להגיע לשטח שלו.
   * + מכוח שנים- **ס' 94**- "התיישנות רוכשת" את הזיקה,
     + יש לבחון את תנאי בן חורין:
       1. **טיב הזכות**- זכות הראויה להוות זיקת הנאה.
       2. **טיב השימוש (תנאים מצטברים)**-
          1. שימוש הנוגד את זכות הבעלים- אם השכן מסכים לא מדובר בהסכמה מכוח שנים.
          2. שימוש גלוי וחשוף לכל- השכן יכול לראות את המעבר כל יום, לא משהו שקורה בלילה.
          3. שימוש שנמצא בידיעה קונסטרוקטיבית- אין צורך בידיעה בפועל, השכן יכל לדעת בלי להשקיע הרבה מאמצים.
          4. שימוש שלא מכוח זכות חוזית או אחרת שהוענקה ע״י בעל המקרקעין הכפופים למשתמש.
       3. **תקופת השימוש**- 30 שנה באופן רצוף אך גם שימוש לסירוגין עשוי לגבש זיקת הנאה לוי + יתכן שתיחשב גם רציפות יורשים.

**ביטול זיקת ההנאה מכוח שנים**- **ס׳ 94**- זיקת ההתיישנות ניתנת לקטיעה אם (1) הודעה בכתב למשתמש (2) אמירה בע״פ (לאור פרשנות תכליתית) (3) הודעה לציבור בעיתון. התנאים חלופיים!

1. שלישית, נבחן ע"י מבחן הזכויות בקרקע האם הזיקה כלפי בני אדם או כלפי הקרקע. בזיקת הנאה של מקרקעין הקשר נובע באופן ישיר מזכויותיו במקרקעין של הזכאי (המבחן בבן חורין- לוין מגביל את זיקת ההנאה לעומת בן יאיר (מיעוט)- זיקת ההנאה הינה שלמה ומלאה, ולא אפשרי להתנות עליה).
2. **97**- עצם העובדה שמקרקעין חולק לא תפגע בזיקת ההנאה והיא תמשיך לחול בחלק בו ישנה זיקה.
3. **98**-זיקה בין שני מקרקעין בבעלות אדם אחד:
4. בעל 2 חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה.
5. אם החלקות עברו לבעלות אדם אחד הזיקה לא בטלה.
6. אם החלקות מתאחדות לחלקה אחת הזיקה מתבטלת.
7. **93**- זיקת הנאה יכולה לקבוע כי-
8. **זכאות** **לשימוש מסוים של בעל מקרקעין זכאים או לזכאי**- יש זכות לעבור או לחנות, שימוש מוגבל לפעולה מסוימת.
9. **הימנעות מביצוע של פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים**- בעל המקרקעין ימנע משתילת עצים שהשורשים שלהם עשויים לפגוע בצינורות שנמצאים בקרקע.
10. **חובה לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים**- התחייבות של בעל המקרקעין שלא יתנגד בשימוש מסוים בקרקע הסמוכה לשלו, לא ימנע מעבר או יקים גדר.
11. **זיקה הנאה לא מקנה חזקה במקרקעין!**
12. **זיקה מכוח הסכם – חייבת רישום ברשם המקרקעין**.
13. זיקת הנאה מכוח שנים/מכוח דין – אינה חייבת רישום! גנז- למרות שאין חובה, אי רישום יכול להעיד על חתו"ל.
14. **96**- **מתי פגה הזיקה**? כל עוד לא הוסכם אחרת, הזיקה בלתי מוגבלת. **ביהמ"ש יכול להגבילה או לבטלה לאחר פנייה של אחד הצדדים או היועמ״ש ממס׳ סיבות**:
    1. אי הפעלת הזיקה- נסלל כביש וכבר אין צורך בזיקה.
    2. שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה- לדוגמה, פעם הלכתי בשקט ועכשיו ברעש.
    3. שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים- אם מחליטים לבנות על השטח בניין או מחסן.
15. **95**- **העברת הזיקה**- לא ניתן להעביר את הזיקה אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, או מכוח הסכם (ובירושה).
16. **113**- הזיקה אינה חלה על מקרקעי ציבור**,** אך **ויסמן** חולק על קביעה זו כי היא מעקרת את תוכן הזכות.

## זכות קדימה (עמ' 40 במחברת)

1. במידה ומעוניינים למכור נכס ורשומה עליו זכות קדימה יש לפנות קודם כל לבעל זכות הקדימה ולהציע לו את הנכס באותם התנאים.
2. **זכות קדימה היא זכות קניינית אלא אם לא נרשמה ואז זו חוזית בלבד (**זיקת הנאה מכוח דין לא מצריכה רישום**)**!
3. **ס׳ 106**- חלה על חכירה ובעלות לדורות.
4. **ס׳ 104**- החובה להציע לא חלה על מתנות אבל לא מתבטלת ותחול לגבי מי שרכש את המקרקעין ללא תמורה.
5. **סוגי זכויות קדימה**-
   1. מכוח הסכם- **99(א)** יש לרשום מרשם המקרקעין.
   2. מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה- **100(ב)+113 לחוק הירושה** זכות קדימה ליורשים על פני זרים, ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים.
   3. זכות קדימה בין בני זוג- **101** משק חקלאי, בית עסק, דירת מגורים.
6. **ס׳ 113 לחוק הירושה**- כאשר יש נכס שלא ניתן לחלוקה היורש שיציע את המחיר הגבוה ביותר יקבל את זכות הקדימה על פני שאר היורשים.
7. **מכירה על פני זכות קדימה**- מפורטת **בס׳ 102-103** (קודם להעביר הצעה בכתב לבעל זכות הקדימה, אם שילם תוך 30 יום- כאילו הסכים להצעה, אם לא, כאילו סירב. לאחר מכן ניתן להעביר באותו סכום לאחר במשך חצי שנה, ואם עבר יותר מכך צריך להציע מחדש).

## תחרויות (עמ' 82 במחברת)

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | מקרקעין | מיטלטלין | זכויות+ מקרקעין לא רשומים |
| בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל\לא מובטח | אהרונוב – בעל התחייבות בעסקה זוכה. \*לאחר גנז, הלכת אהרונוב נשארה למעט **במקרה בו מדובר בבנק או בעל התחייבות לעסקה מוסדי.** | אהרונוב– בעל התחייבות בעסקה זוכה. | אהרונוב– בעל התחייבות בעסקה זוכה. |
| עסקאות נוגדות : בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה | ס' 9 לחוק המקרקעין+ פס"ד גנז- אם הראשון בזמן לא רשם ה"א, **השני בזמן גובר גם אף לא מילא את שלושת התנאים (למעט חריגים)**. | **ס' 12** לחוק המיטלטלין | **ס' 12** לחוק המיטלטלין מכוח **ס' 13** לחוק המיטלטלין |
| תקנת שוק  בעלים מקורי מול רוכש בתום לב | ס' 10 לחוק המקרקעין. פס"ד מינץ. | **ס' 34** לחוק המכר. | **ס' 4** לחוק המחאת חיובים. |

1. לזהות אם זה עסקאות נוגדות או תקנת שוק – לבדוק באיזה שלב אנו נמצאים- חוזי/קנייני?
2. **עסקאות נוגדות** - כאשר אנו נמצאים בשלב החוזי. התבצעה עסקה אך טרם השתכללה הזכות הקניינית- זכות מעין קניינית!
3. **תקנת שוק** – כאשר אנו נמצאים בשלב הקנייני. כאשר השתכללה זכות קניינית לשני הצדדים (מבחינתם). **אם שותף מוכר יותר ממה שיש לו (זיקת הנאה/חלק אחר בשותפות**)- **נכנסים לתקנת שוק**! כמו זייפן/רמאי שמוכר את מה שלא שלו.
4. מצב של תאונה משפטית לפי **מאוטנר**. לכן נבדוק איזה צד צריך לשאת בהוצאות התאונה. יש לנו 3 שיקולים לכך: מניעת תאונות (מלכתחילה), אם זה לא אפשרי אז- מזעור עלויות התאונה ומזעור עלויות המערכת.
5. התפיסה שלנו היא **צדק מתגמל**- מתגמלים את זה שפעל לפי הכללים ״ומענישים״ את זה שלא מנע את הנזק הזול**. מתחבר לדרישת תו״ל**.
6. **מאוטנר**- יש לבחון את היחסים שבין ב' ל-ג'- שני הצדדים שבתחרות על הנכס (לא מדובר על מערכת של שני הצדדים מול המוכר אלא מערכת משפטית שמתנהלת בין שני המתחרים).
7. השיקולים שביהמ״ש ישקול- שיקולים כלכליים, אחריות חברתית (בנק מול אדם פרטי), צדק חלוקתי (בין בני זוג) ותיאוריית האישיות.
8. **מתי משתכללת הזכות הקניינית?**
9. **מקרקעין**- במועד רישום המקרקעין (**7(א)**). אהרונוב- אם אין רישום זו יכולה להיות זכות מעין קניינית-"זכות שביושר".
   * אם למוכר יש רק הערת אזהרה ולא רישום סופי- אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק. החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה"- סטנדרט אובייקטיבי (מרדכיוב)- יש ללכת לבעלים המקורי ולבדוק האם הוא נתן את הסכמתו.
10. **מקרקעין לא רשומים וזכויות**- **ס' 33 לחוק המכר**- העברת הבעלות והשתכללות הזכות הקניינית היא במועד כריתת ההסכם שהוא גם מועד המסירה, אלא אם הצדדים קבעו ביניהם מועד אחר.
    * זכויות- אין מסירה פיזית כי זה "באוויר" ולכן הבעלות עוברת בכריתת ההסכם.
    * במקרקעין לא רשומים- ניתן לטעון שמועד המסירה הוא מועד תפיסת החזקה במקרקעין (מועד כריתת החוזה מספק).
11. **מיטלטלין**- **ס' 33 לחוק המכר**- קניין משתכלל כאשר הנכס עובר מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה-מועד המסירה. אלא אם התנו ביניהם אחרת. רשותו של הקונה = גם אצל אחר מטעמו.

### תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושיו של החייב

1. מקרה בו אדם רכש נכס אך טרם רשם אותו ומגיע נושה של האדם שמכר לו את הנכס ורוצה לעקל את הנכס.
2. להבין מי הצדדים- בעל התחייבות לעסקה מול מעקל (הנושים של בעל הנכס).
3. לסווג האם הנושה הוא נושה פרטי או נושה מקצועי (בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי וכו').
4. נושה/מעקל- נושה של החייב (בעל הדירה). אדם שבעל הדירה חייב לו כסף והוא רוצה להיפרע ע"י לקיחת הדירה. יכול להיות גם נושה מקצועי (כמו בנק). בנק עם משכון לא רשום=בעל התחייבות לעסקה!
5. **בעל התחייבות לעסקה שרשם ה"א מול מעקל**- הזכות של בעל העסקה גובר על המעקל (**127(ב)**, רוזובסקי, אהרונוב).
6. **בעל התחייבות לעסקה שלא רשם ה"א מול מעקל**-
7. **בעבר** בוקר (1971) – בלי רישום יש רק זכות חוזית מול המוכר. לפיכך, מטיל העיקול יהיה זה שיזכה בתחרות.
8. רוזובסקי (1994) – בוקר. רק אם רשם ה"א יזכה בעל ההתחייבות-גישת מונע הנזק הזול (**127(ב)**).
9. **ההלכה היום**- הלכת אהרונוב (לפי שניהם בעל ההתחייבות גובר אך מנימוקים שונים):

* **שטרסברג כהן (מיעוט)**- דוחה את גישת המונע הזול מ-2 טיעונים: (1) תיאוריית האישיות- מבחינת המעקל הנכס המיר כספית ומבחינת הרוכש לא (2) מאזן המצוקה- בעל ההתחייבות יפגע יותר, לא יתכן שנהפוך את הנושה הלא מובטח למובטח. בעל ההתחייבות יזכה בתחרות גם אם לא רשם הערת אזהרה מכיוון שהזכויות שלהם לא שוות (עיקול הוא סעד דיוני שלא יוצר זכות מהותית בנכס ספציפי). תואם לתפיסת **דגן**.
* **ברק (רוב)**- שם את הערכים בצד. ע"פ **ס' 9** לבעל התחייבות יש "זכות שביושר"-**זכות מעין קניינית** ולכן הוא גובר על נושים אחרים (שהם שניים בזמן) גם אם לא רשם הערת אזהרה.
* **טענת נגד אפשרית**- מדובר בתפיסה ריאליסטית מדי, היוצרת חוסר וודאות, ועשויה להרתיע נושים מלהלוות כספים.

1. גדי- **מחזק את** אהרונוב- גם אי רישום הערת אזהרה במשך שנים לא מקנה את הנכס לנושה, למרות הפסיקה בגנז, מכיוון: (1) מוסד העיקול לא מהווה עסקאות נוגדות. (2) אין הסתמכות של הנושה על נכס ספציפי. (3) עוצמת האינטרס של המעקל בנכס.
2. **חריג: כאשר בעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי**- מה קורה אם בעל ההתחייבות הוא גורם מוסדי חזק והנושה גורם חלש?
3. ע"פ אהרונוב-

* **ברק (רוב)**- לא משנה. לפי **9**-לבעל ההתחייבות יש זכות מעין קניינית ולכן הוא גובר. **ההלכה.**
* **שטרסברג כהן**- מתמקדת בערכים ולכן זה יכול לשנות את ההלכה ודווקא הנושה החלש יגבר.

1. רשף (מחוזי)- כאשר בעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי כן נחיל את גנז- אי רישום הערת אזהרה מעיד על חתו"ל של הבנק ולכן הנושה החלש יותר יזכה בתחרות. **זהו פס"ד מהמחוזי ולכן זו לא ההלכה!**
2. כספי נ' נס- הלכת אהרונוב רלוונטית גם בפשיטת רגל. בעל התחייבות גובר על נושים אחרים (למרות **חשין** באהרונוב).
3. מה קורה אם בעל ההתחייבות שילם רק חלק מהתמורה על הנכס?

* **שטרסברג כהן**- להפעיל את מאזן המצוקה ולחזור לדין האנגלי לפיו בעל ההתחייבות יהיה זכאי לחלק היחסי ששילם.
* **ברק וחשין**- הראשון עדיין גובר, גם אם שילם רק חלק כי הזכות הקניינית צומחת בכל הנכס.

### עסקאות נוגדות במקרקעין (בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה)–

1. מקרה בו שני אנשים רכשו נכס וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים את אותו הנכס.
2. להבין מי הצדדים- לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה. לוודא שזה אותו סוג עסקה. **בנק** עם משכנתא לא רשומה יהיה בעל התחייבות לעסקה!
3. **8**- במקרקעין קיימת דרישה צורנית (כתב). ורטהיימר- זיכרון דברים עונה על דרישה זו. אם באירועון מצוין שהיה רישום בטאבו ככל הנראה דרישת הכתב התקיימה.
4. **ס' 9- הכלל: הראשון בזמן גובר על השני בזמן, אא"כ השני בזמן מילא את שלושת התנאים בסעיף (תמורה, רישום, תום לב) ואז הוא יגבר. גנז- אם הראשון בזמן לא רשם ה"א, השני בזמן גובר גם אף לא מילא את שלושת התנאים (למעט מקרים שלא היה חוסר תו״ל).**
5. **ברק** באהרונוב: ע"פ **ס' 9** התחייבות לבצע עסקה משכללת אצל הקונה "זכות שביושר"- זכות מעין קניינית. אנחנו נותנים קדימות לפי זמן. לכן הראשון בזמן זוכה כל עוד השני בזמן לא מילא את 3 תנאי הסעיף (ולא נדרשת ה"א של הראשון).
6. **ס' 9**- נבחן האם השני בזמן מילא את 3 התנאים בסעיף שהוא צריך למלא כדי לזכות:
   1. **תום לב** 
      * חוות מקורה **ומאוטנר**- הגישה המקובלת היא לדרוש תו''ל **סובייקטיבי** (האם השני בזמן ידע או לא ידע במקרה הספציפי/עצם עיניים).
      * **ברק** בגנז- תו"ל **אובייקטיבי** כלפי שני הצדדים (לוין, שט"כ ומצא לא מסכימים).
      * **דויטש**- תו"ל **אובייקטיבי**.
      * **ברק** בורטהיימר תום הלב צריך להיות לכל אורך הדרך, כולל רישום עצמו.
   2. **תמורה**
      * לדון האם התמורה ששולמה מקיימת את דרישת התמורה בסעיף.
      * **מרצה**- על התמורה להיות משמעותית. מעל ל-50% ניתן לטעון לתמורה משמעותית. גם דירה בהחלפה יכולה להוות תמורה.
      * מקורה- תמורה "בת ערך" ולא "כלשהי". (לא Consideration)
      * **ברק וחשין** באהרונוב- אין רלוונטיות לשיעור התשלום, הראשון גובר.
      * **שטרסברג כהן (מיעוט)** – הזכות הנרכשת היא בשיעור יחסי לתשלום (מאזן מצוקה).
   3. **רישום**- רישום הבעלות בטאבו. על הרישום להיות בתו"ל.

**רישום ה"א אינו עומד בדרישת הרישום-** אךלפי **פרוקצ׳יה** ה״א כן צריכה להוות רישום- ממלאת את אותן פונקציות בכל מה שקשור בתחרויות- לא נפסק כהלכה!).

1. גנז- נבחן האם הראשון בזמן רשם הערת אזהרה: (אם לא, השני בזמן יזכה גם אם לא מילא את 3 התנאים בסעיף)
   1. **ברק** בגנז- אי רישום ה"א היא הפרה של חובת תו"ל. תומך בגישתו של **מאוטנר** (מונע הנזק הזול).
   2. **ברק** בגנז **סייגים לחובת רישום ה"א** (לא מצטברים): [ע"פ **השו' עמית** בביאד- הסייגים יפורשו בצמצום]
2. **אין חוסר תום לב**- לא ניתן לרשום הערת אזהרה או שיקולי מדיניות (בני זוג).
3. **אין קש"ס** **בין אי הרישום של הראשון בזמן לבין הפעולה של השני בזמן**- השני ידע על הראשון ובכל זאת פעל/ השני לא בדק את הרישום/ השני בזמן יכול היה לרדת לשטח לעשות בדיקה ולא עשה כן-לשני יש חובה "לרדת לשטח" ולבדוק מה הוא קונה (הראשון תמיד יטען שהשני יכל לרדת לשטח לבדוק ולראות את הנסיבות).
4. **אם הקונה הראשון מתחייב כלפי המוכר שלא לרשום ה"א לתקופה מסוימת**- לדעת **המרצה** לא ראוי כי זה מבטל את כל הרציונל של גנז (מניעת תחרויות והגנה על קונה שני פוטנציאלי, מונע הנזק הטוב ביותר), אך הוא הוכר בפסיקה כשיקול לגיטימי.

### תקנת שוק במקרקעין רשומים/מוסדרים

1. בתקנת שוק יש לנו לפחות שלושה גורמים- בעלים, לא בעלים שמוכר בעצמו, רוכש). רוכש יטען לתקנת השוק כאשר רכש נכס בתום לב ממי שאינו הבעלים.
2. למה זה שונה מעסקאות נוגדות? כאן התחרות היא בין שני גורמים שמבחינתם השלימו באופן מלא את הרכישה.
3. מכירת דירה עם משכון- תקנת שוק בין הבנק הממשכן לבין הקונה.
4. יש לבדוק האם ההסתמכות על המרשם היא זו שגרמה לטעות. כשמדובר על תקנת שוק במקרקעין צריך להבין שהטעות צריכה לבוא מטעות במרשם ולא מטעות בכל מני הצגות או מסמכים חיצוניים למרשם!!! כשמנתחים סיטואציה כזאת במבחן קודם כל לעשות מעין גרף (אם יש השתלשלות העברות)- תאריכים ומה היו העכבות של כל אחד מהצדדים במרשם (מה בדיוק מופיע במרשם בכל שלב).
5. **ס' 10**- מי שרכש זכות במקרקעין **מוסדרים** (1) בתמורה ובהסתמך (2) בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה (3) אף אם הרישום לא היה נכון.
6. **תמיד לציין במבחן-** חשוב להדגיש כי מפקיעים קניין של אדם למרות שאין אשמה בהתנהלות שלו. אנחנו לא דורשים מאדם להיכנס למרשם כל כמה זמן ולבדוק שהוא עדיין הבעלים. לכן, ע"פ ביהמ"ש יש לקיים בצורה מאוד דווקנית את כל התנאים של הסעיף.
7. המרשם הופך **להיות מטרה בפני עצמה** ולא כלי עזר- לשמור על המרשם כדי שלא יהפוך לחסר משמעות!
8. נבחן האם תקנת השוק חלה ע"פ התקיימות תנאי הסעיף:
   1. **תמורה**- התמורה צריכה להיות תמורה ממשית ומלאה, ולא סמלית!
   2. **הסתמכות על המרשם**-
      * ככל שהרישום עצמו מהווה את הגורם לטעות, כך יש יותר סיכוי להסתמכות על **ס' 10**.
      * אדלר+מינץ- ההסתמכות צריכה להיות על המרשם עצמו ולא על ייפוי כוח, שטרי מכר, תעודות ועוד.
      * להיגי- כאשר המרשם שגוי בגלל זיוף והרוכש הסתמך עליו תחול תקנת השוק.
      * מינץ- **אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק על הסתמכות בתו"ל על ה"א** (ולא על בעלות). **סייג**: החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה" – סטנדרט אובייקטיבי- יש לברר מהו טיב ההתקשרות בין שני המוכרים + פרסית תשלומים- מעיד על זהירות והבנה כי מדובר על סיטואציה מורכבת. \*להסתכל על תרשים בסוף\*
   3. **תום לב**-
      * (בעלי מקצוע) סונדרס- **סובייקטיבי** בלבד-לרוכש לא תהיה שום סיבה לחשוד או לחשוש לגבי הזכות של המוכר שהמרשם נכון והמוכר הוא בעל הזכות במקרקעין. אם הוא חשד- זו **עצימת עיניים ולא תעמוד לו תקנת השוק**. [ברשלנות-(היה צריך לדעת-אובייקטיבי) תחול תקנת השוק].
      * סונדרס + מינץ- תוה"ל צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום- לכל אורך התקופה!
9. שגיאה ברישום-

* יכול שתהיה כתוצאה מפעולת המדינה או כתוצאה מזיוף.
* **בעבר** ס.מ יצירה- אם הטעות הייתה בעקבות זיוף, תקנת שוק לא תחול.

**ההלכה היום**- להיגי-כל טעות במרשם מקנה זכות לתקנת שוק.

* **חריג:** אם המרשם שגוי אבל הרוכש לא הסתמך עליו – לא תחול תקנת השוק!

### עסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות/מקרקעין לא רשומים

1. מקרה בו שני אנשים רכשו מיטלטלין/זכויות/מקרקעין אל רשומים וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים את אותו הנכס.
2. להבין מי הצדדים- לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה. לוודא שזה אותו סוג עסקה.
3. מעמדם של מקרקעין שאינם רשומים-
   1. אין מרשם ולכן לא נוכל להחיל את **ס' 9**. נתייחס אליהם כאל זכויות.
   2. נפנה ל**ס' 12 ו13 לחוק המיטלטלין**. ע"פ **ס' 13**- הוראות **ס' 12** יחולו גם על זכויות (ומתוך כך גם על מקרקעין לא רשומים).
   3. **ס' 12**: "התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו התחייב לאדם אחר בהקניה נוגדת זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה, וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה אז זכותו עדיפה".
4. **ס' 12- הכלל: הראשון בזמן זוכה בתחרות, אבל אם השני בזמן השלים את תנאי הסעיף (קיבל את המיטלטלין, בתום לב ובתמורה) אז הוא זוכה בתחרות על פני הראשון.**
5. השני זוכה למעשה כי אנו מסתכלים על הראשון כמונע הנזק הזול, בכך שלא השתמש בנכס ולא הראה שהוא שלו. **המרצה** מבקר את זה ומציין שזה לא הוגן כי אין פה מוסד כמו ה"א שמראה כי הנכס שלו. **לא ניתן להחיל את הלכת** גנז כאן מכיוון ולבצע רישום בעסקאות מסוג זה יגרום לפגיעה בחיי המסחר התקינים.
6. ניתוח **ס' 12**, כיצד זוכה השני: (1) תמורה + (2) תום לב + (3) השלמת הקניין.
   1. **השלמת הקניין**- **ס' 33 לחוק המכר**-

* בזכויות/מקרקעין לא רשומים- העברת הבעלות תהיה ברגע מסירת הזכות שהוא מועד החתימה על החוזה, אלא אם התנו הצדדים אחרת.
* מיטלטלין- מועד העברת הבעלות והשלמת הקניין הוא במסירה הפיזית אלא אם הצדדים התנו אחרת. נדרש לא להשאיר את המוצר אצל המוכר- פותח פתח לבעיות, יש לדאוג לקבל את המוצר כמה שיותר מהר.
* טקסטיל ריינס-אדם מחויב להעביר את הזכות כפי שהיא ברגע ההעברה.
  1. **תמורה**- התמורה צריכה להיות בת **ערך ממשי** (Full Value) או שינוי מצב לרעה עקב הקניית התמורה. תמורה חלקית לא תספיק כאן.
  2. **תום לב**- סובייקטיבי בלבד או עצימת עיניים.

1. למה השני בזמן זוכה? אנחנו רואים בראשון מונע הנזק הזול (לא דאג לקבל לידיו את הנכס).

### תקנת השוק בזכויות/מקרקעין לא רשומים

1. מקרה בו לאדם אחד הייתה זכות והוא המחה אותה פעמיים לשני אנשים - לשניהם השתכלל הקניין על זכות הזו והם בתחרות. (בזכויות השלב החוזי והקנייני הם בדר"כ בו זמנית)- מדובר **בתקנת שוק!** \*להסתכל על תרשים זרימה בסוף\*
2. להבין מי הצדדים- רוכש ראשון בזמן ורוכש שני בזמן. לוודא שזה אותו סוג עסקה.
3. **ס' 4 לחוק המחאות חיובים**- "המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב (=מנהל מקרקעי ישראל) על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני".
4. **הכלל: הראשון בזמן זוכה, אא"כ הודיעו לחייב על הזכות של השני לפני הראשון ואז השני זוכה. שורה תחתונה- מי שהחייב יודע עליו ראשון הוא הזוכה בתחרות!**
5. **הרציונל:** רצון לתמרץ את הראשון בזמן להודיע למנהל שהוא קיבל את הזכות כדי למנוע תקלות + להוריד לחץ מהחייבים, לא ידעו למי להחזיר את החוב מה שיגרור רצון לא לקחת הלוואות וחוסר תפקוד של השוק.
6. **במקרקעין לא רשומים החייב הוא המינהל**. הראשון שהודיע למינהל על הבעלות שלו במקרקעין הלא רשומים-הוא הזוכה.
7. במבחן **ניתן** לטעון לחוסר תום לב קיצוני מה שיוכל להשפיע על הפסיקה.
8. האם יש להחיל תום לב אובייקטיבי במקרקעין לא רשומים?

* **שמגר** בגנז- מי שלא רשם באחת מהאפשרויות (רישום בספרי החברה המשכנת, רישום במינהל, רישום אצל הקבלן)- הדבר עשוי להשפיע על תוה"ל האובייקטיבי שלו.
* **המרצה**- כיום יש טופס חדש לרישום של זכויות ומקרקעין לא רשומים- מה שיכול לשנות את תפיסת תוה"ל (ואת מונע הנזק הטוב ביותר).

#### תקנת השוק במיטלטלין

1. מקרה של תחרות בין שניים על מיטלטלין כאשר שניהם נכנסו לשלב הקנייני.
2. **תמיד לציין**- כשמדובר במיטלטלין המטרה שלנו ברוב תקנות השוק היא לשמור על חיי מסחר תקינים. הזכות הקניינית מתגבשת **לפי ס' 33 לחוק המכר** במועד כריתת ההסכם שהוא גם מועד המסירה, אלא אם הצדדים קבעו ביניהם מועד אחר.
3. חלה רק על רכישה מבית עסק ולא תחול על מכירה יד 2 או מאדם פרטי!
4. נבחן את **ס' 34 לחוק המכר**- 6 תנאים מצטברים בסעיף:
   1. **הנכס צריך להימכר**- ע"פ **ס' 1 לחוק המכר** מכר הוא "הקנייה של נכס תמורת מחיר".

* צריכה להיות תמורה בת ערך הקרובה לערך השוקי (יכולה להיות גם שירות או עסקת חלופין).
* לא חל על מתנה- הדבר משנה את מאזן המצוקה.
* **ההלכה**- כנען- תקנת השוק דורשת **תמורה "ממשית"** לנכס שנקנה לפי ערכו האמיתי (בדיעבד**). לוין ואנגלרד (מיעוט)**- אין למדוד את התמורה בדיעבד, אלא לפי אמונת הצדדים לחוזה בעת עריכתו.
  1. **נכס נד (מיטלטלין)**- רק מיטלטלין מוחשיים. לא כולל זכויות ומקרקעין לא רשומים. אין הבדל בין מיטלטלין שמתקיים לגביהם רישום ובין מיטלטלין שלא.
  2. **הנכס צריך להימכר ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר** (אין הכרעה בפסיקה)-
* **אייל זמיר**- תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה.
* **חנוך דגן**- המטרה היא תימרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם סוחרים בו.
* **טירקל** בפס"ד כנען- קבע שיש לבחון את סוג הנכס כפי שנראה בעיני המוכרת והקונה ובעיני כל אדם, ולא לפי טיב הנכס האמיתי (לא בדיעבד).
* קנייה מאדם פרטי אינה מהווה קנייה "ממוכר" ולכן תקנת השוק אינה חלה עליה, יש לדון מתי כן.
  1. **המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר**- מתייחס לשעה, מיקום, דרך ביצוע העסקה. מטרת התנאי היא לוודא תו"ל של הקונה. בנוגע לקנייה במזומן- מרצה אומנם בדרך כלל נעשית לצורך אי תשלום מס ולמרות שאין סתירה של תקנת השוק ביהמ״ש ככל הנראה לא יאשר.
  2. **הקונה קנה וקיבל את הנכס**- כלומר חייב להשתכלל קניין. הקניין משתכלל במסירת הנכס והעברת החזקה. רשותו של הקונה=גם אצל אחרו מטעמו כמו שומר. לשים לב **אם הייתה התניה מסוימת לגבי העברת הבעלות-השתכללות הקניין תהיה לפיה**.
  3. **קיום תו"ל**- סובייקטיבי! צריך לחול בכל השלבים מעת כריתת ההסכם ועד שלב המסירה והתשלום.

רוזנשטרייך- לא מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית (תו"ל אובייקטיבי-היה עליו לדעת אותה, למרות שלא ידע בפועל) לדוגמא לא בדק במרשם הרכבים והנכס משועבד- עדיין תחול תקנת שוק.

1. כנען- פתרונות חיצוניים לתקנת השוק לצורך הכרעה בתחרות:

* **ברק ואור**- דיני טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (זכות הביטול מוענקת לבעלים המקורי)- במידה ושני הצדדים טועים אפשר להחזיר לבעלים המקורי. **היה כישלון תמורה בדיעבד**. מרצה- פתרון מאוד בעייתי כי לא מאפשרת מסחר ושוק תקין.
* מרצה- במצב בו יש טעות כל כך גדולה בטעות ובעלות של המוצר שנמכר, לא נחיל את תקנת השוק. לא נגן על מתנות משמיים אלא פגם בשרשרת העברת הנכס.
* **בונוס מפחיד- ברק**- החלת חובת תום לב אובייקטיבי 🡨 תום הלב חל גם לאחר שהחוזה הסתיים. אם צד אינו מבטל את החוזה במקום שראוי היה לבטל, הוא לוקה בחוסר תום לב ולכן ניתן לבטל את החוזה ללא רצונו.
* **במבחן**:

לבדוק האם אלה טעויות כדוגמת כנען.

במידה וכן- לזכור שביהמ״ש כשהוא בודק את תנאי תקנת השוק הוא עושה זאת לפי **טיב ושווי הנכס ברטרוספקטיבה**. ככל שלא מדובר בטעות אלא בתקנת שוק רגילה בודקים את כל התנאים. במבחן זה יגיע בכל מני ניסיונות לשנות את דרכי המכירה. יש לשים לב לכך שהסטנדרט הוא לא רק ״ידע בפועל״ אלא גם ״עצם עיניים״.

הדבר לא רלוונטי למכירה מאנשים פרטיים!!

### תחרות ומתנה

* + - 1. הקניין נכס **שלא בתמורה**- מאוד רלוונטי בגלל ניסיון להבריח נכסים מנושים באמצעות נתינת מתנות.
      2. מתנה יכולה גם להיות= וויתור על זכות/מחילה על חוב או על העברת מקרקעין.
      3. המקבל מוחזק כמי שהסכים אלא אם נאמר אחרת. **ס׳ 3 לחוק המתנה**- החזקה שהמקבל מסכים לקבל את המתנה נינת להפרכה (בגלל תנאים כאלה ואחרים).
      4. במקרקעין- כל עוד לא נרשם, ישנה רק התחייבות לעסקת מתנה ולא מתנה בפועל!
      5. **ס׳ 4 לחוק המתנה**- מתנה יכול להיות על תנאי/תחייב עשיית מעשה/חדילה ממעשה.
      6. ניתן לחזור מהתחייבות לתת מתנה**- ס׳ 5(א) לחוק המתנה**- התחייבות לתת מתנה בעתיד דורשת מסמך כתוב. **ס׳ 5(ב)** אם לא נעשתה הסתמכות על המתנה הזאת ניתן לחזור מהמתנה (כל עוד לא ויתרתי על האפשרות לחזור בי בכתב). הס׳ שמאפשר לנושים להבריח נכסים ״כמתנות״. **5(ג)** ניתן לחזור מההתחייבות אם הייתה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן או שמקבל המתנה התנהג כלפי הנותן בצורה מחפירה.
      7. דרך ההקניה- **ס׳ 6** הבעלות במתנה עוברת למקבל בעת המסירה. מזכיר את ס׳ 33 לחוק המכר.
      8. בעל התחייבות לעסקה מול מקבל מתנה, השפעת העבודה כי אין תמורה- לפי **ס׳ 9** יש צורך בתמורה. **דנציגר**- **עסקת מתנה תידחה כמעט תמיד מפני הראשון בזמן**. במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה שהסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים בגלל **מאזן המצוקה:** למעט במקרים קיצוניים מצבו של בעל עסקת המכר (הראשון בזמן) יהיה גרוע יותר משל מקבל המתנה. ביקורת- (1) עדיין יתכנו מצבים בהם מאזן המצוקה יהיה לרעת מקבל המתנה, לדוגמה כשבעסקת המכר שולם סכום זניח (2) מערער את התפיסה של גנז, אין צורך שהראשון ירשום ה״א. במבחן- צריך לבדוק אם בעל ההתחייבות לעסקת מתנה או שני בזמן. אם הוא ראשון בזמן אז מה ההשלכות? הוא עדיין חייב לרשום הערת אזהרה, אבל אם הוא השני בזמן אז מתחילה הבעיה- פה הראשון בזמן לא חייב לרשום הערת אזהרה עפ"י פס"ד גנז והשני בזמן חייב למלא את תנאי ס' 9- תום לב ורישום + הסתמכות לרעה מאוד משמעותית על המרשם ועל המתנה שקיבל.
      9. נושה לא מובטח מול מקבל מתנה- אין הצדקה לסטות מהלכת אהרונוב- (1) הנושה לא הסתמך על נכס ספציפי אלא על סך נכסי החייב (2) הנושה לא מעוניין בנכס אלא בכסף. סייג- בעל התחייבות לעסקת מתנה מסתמך פחות בגלל שהוא יודע שהנותן יכול לחזור בו ועדיין היא לא רלוונטית לזכויות הנושה!
      10. פס״ד לניאדו- **ברירת המחדל** היא הנושה המעקל המאוחר יותר גובר אם לא נרשמה הערת אזהרה לטובת בעל עסקת המתנה.
      11. פס״ד לניאדו בעל התחייבות לעסקת מתנה **יגבור על נושה מעקל מאוחר** גם אם לא רשם ה״א אם התקיים **אחד** התנאים הבאים:
  1. **כאשר הנסיבות יעידו שמדובר במתנה אמיתית**- בשלב נתינת המתנה הבעלים לא היה בקשיים כלכליים.
  2. **בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה מבחינה כלכלית**- אם מקבל המתנה מכר את הדירה שלו כי קיבל דירה אחרת במתנה- מעיד שהוא לא חושב שייקחו ממנו את המתנה בחזרה.
  3. **כאשר החזרה ממתן המתנה אינה אפשרית**- וויתור בכתב/ייפוי כוח על כך שלא ניתן להחזיר את המתנה.
  4. **אם הנושה המעקל ידע על המתנה**- נראה בכך חוסר תו״ל של הנושה המעקל.

## שעבודים (עמ' 107 במחברת)

1. **הגדרה**- נושה דורש **אחיזה קניינית** בנכסי החייב מהם יוכל לפרוע את החוב במידת הצורך. **משכון/משכנתא במקרקעין**- קידוחי הצפון שעבוד של נכס כערובה לחייב. מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא יסולק החוב. זיקה בלתי אמצעית לנכס- זכות קניינית!
2. **סוגי שעבודים** (מהחזק לחלש, מוסדר **בס׳ 4 לחוק המשכונות**):
   1. **שסל״ן** (שעבוד ספציפי לרכישת נכס)- הראשון בסדר הפירעון כלפי הנכס המדובר. שעבוד לטובת רכישת הנכס. מסייע לחברות להתמודד עם קשיים ולא לקרוס (הנושים יסכימו יותר בקלות לתת כסף).
   2. **שעבוד ספציפי-** שעבוד על נכס ספציפי אבל לא לצורך רכישתו (הנכס כבר נרכש בעבר). מעניק זכות קניינית- ניתן לרדוף אחרי הנכס גם אם הועבר למישהו אחר.
   3. **שעבוד צף-** קודם לנושים לא מובטחים ולא חל על אנשים פרטיים (רק חברות)! שעבוד כללי על הנכסים שיש לחייב שלא חל על שעבודים ספציפיים מול נושים אחרים. לא מאפשר לבעל השעבוד לרדוף אחר נכסיו של החייב אם הוא יעביר אותם לאחרים. רלוונטי בעיקר עבור **חייבים שעושים טרנזקציות בנכסים** שלהם (סוחרים שמעבירים את הסחורה הלאה).

מלווה יכול להוסיף תניה כי החייב לא יוכל לשעבד נכסים ספציפיים.

למלווה עדיף שעבוד ספציפי ולחייב עדיף שעבוד צף כדי שיוכל לעסוק עסקאות בנכסים שלו (כל עוד שומר על המסגרת הכללית של סכום השעבוד). בשעבוד צף הריביות יהיו יותר גבוהות! למלווה עדיף שעבוד ספציפי על פני להיות נושה לא מובטח.

1. **יתרונות השעבוד עבור המלווה**- מייתר את הצורך להסתמך על תניות חוזיות, מעמיד את החייב במדרג גבוה יותר בסדר הפירעון של החייב.
2. **יתרונות השעבור עבור החייב**- מאפשר לקיחת הלוואות זולות ויעילות יותר.
3. **אילו עסקאות נראה כשעבוד**? **ס׳ 2(ב) לחוק המשכון** בודקים עסקת משכון **בצורה ריאליסטית**- מה עשו הצדדים ולא איזה כותרת הם נתנו.
4. **משכון מצריך רישום על מנת שיהיה בר תוקף**- **ס׳ 4(1) לחוק המשכון** רשם המשוכנות/רשם החברות (משכון בנכסי חברה)/רשם המקרקעין (משכנתא). משאין הוראה אחרת בדין, יש לרשום את הזכות ברשם המשכונות **אחרת לא מתגבשת הזכות הקניינית**! לצורך תחרות- משכון לא רשום=נושה בלתי מובטח! נכסים של חברות ונכסי מקרקעין- יש לעשות רישום כפול- גם במרשם הרלוונטי וגם ברשם המשכונות!
5. **ביהמ״ש יכול להחליט שמדובר על עסקת משכון גם אם הצדדים לא קראו לה כך ואז בגלל שהיא לא רשומה הנושה יהיה נושה בלתי מובטח**- **בהתחלה**- פס״ד קולומבו בעסקת קונסיגנציה (הבעלות במשחקים נשארת בידי הספק) היא למעשה משכון שלא נרשם ולכן חברת קולומבו היא נושה בלתי מובטח. מאמא יוקרו כבר הייתה בקשיים ולכן לא מדובר בחלק מהעסקים השוטפים של הנכס אלא ניסיון לעקוף את של הנושים.
6. **ההצדקות קולומבו**- (1) נותן משמעות אמיתית לעסקה שנעשתה (להגן על קולומבו מפני חדלות פירעון) (2) הגנה על רישום המשכונות (בחינה ראויה עפ״י הרציונלים של חוק המשכון).
7. **ביקורת מסחרית על קולומבו**- (1) פגיעה בפרקטיקה המסחרית- שינה את שוק עסקאות הקונסיגנציה מה שגרר בעיה במתן אשראי (2) האלטרנטיבה לא פרקטית- לא ריאלי לרשום שעבוד ספציפי על מלאי ולא ניתן לרשום שעבוד צף על אדם פרטי- למלווים למעשה אין בטוחות מה שגרר בעיות אשראי ומיתון.
8. **ביקורת משפטית על קולומבו**- (1) פגיעה בזכות הקניין של קולומבו (2) ס׳ **2(ב)** לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום- העדיפו את נושיה של מאמא יוקרו (שלא הסתמכו על הסחורה) על פני נושיה של קולמבו (שכן הסתמכו על הסחורה).
9. **צמצום הלכת קולומבו**- קידוחי הצפון קובע שעסקאות קונסיגנציה היא פרקטיקה לגיטימית וצריך **לצמצום את ״הלכת״ קולומבו** רק למצבים בהם יש ניסיון לתעדף נושה.
10. **רישום משכון כפול**- **ס׳ 6 לחוק המשכון** ניתן למשכן נכס פעם שנייה מבלי לקבל אישור מהמשעבד הראשון ב-2 מקרים:
    1. אם המשעבד הראשון לא התנה שלא יהיה משכון נוסף על הנכס (כך בדרך כלל נוהים הבנקים במשכנתא).
    2. בעל השעבוד השני בזמן יכול לגבות רק אחרי שהראשון בזמן גבה את החוב שלו.

למה שהנושה השני יסכים לכך (מבחינה עסקית)? (1) כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החוב (2) כשמועד פירעון החוב הראשון קרוב והסבירו שיפרע גבוהה מאוד (3) הסיכון מתבטא בריבית (4) עדיף להיות נושה מובטח מלא מובטח בכל מקרה.

1. **מהו מעמדו של משכון שני שנעשה בניגוד לתניה**? יש מחלוקת במחוזיים ואין עמדה ברורה בעליון. ויסמן- המשכון בטל מעיקרו. גרוסקופף, זלצמן ולרנר- כל עוד הראשון נפרע במלואו נאפשר גם לשני להיפרע (אחרת מעניקים מתנה לנושים הלא מובטחים). המרצה- כנראה הדעה השנייה תתקבל לבסוף. שטיינמנץ- האם לבנק שמעביר כסף לקונה עבור דירה יש אפשרות לממש את הנכס או רק זכויות חוזיות? לפי ביהמ״ש לבנק יש רק זכויות חוזיות (אין גישה בלתי אמצעית לנכס) ויכול לעשות אחת מ-2 מתוקף **ס׳ 17-18 לחוק המשכון**: (1) למכור את הזכויות בדירה למישהו אחר (2) ס׳ 20 לחוק המשכון מאפשר לבנק להיכנס בנעלי הקונה ולהמשיך במימוש העסקה בלי לאבד את מה ששילם (בנקים לא אוהבים את זה).

## תוספות- אביגיל



