**דיני קניין/ שי שטרן**

מהו קניין?

קניין זה זכות יסוד, אך היא לא מוחלטת (שרירות בעלים), ולכן כשדנים בזכות צריך להסביר מה כלול בה, ואז לבחון את הפגיעה והיקפה. לדוג'-

* פטנט: יש הגנה גבוהה מאוד (כמו ב**טבע**), אך היא לתק' של 20-25 שנים, ויש אפשרות להפקיע את הזכות אם בעל הפטנט לא עושה בו שימוש ראוי.
* הלכת השיתוף: למרות **שס' 7** קובע שהבעלים הוא מי שהנכס רשום על שמו, ב**בבלי** נקבע שביחסי משפחה בוחנים את הזכות הקניינית בצורה מהותית- שני בני הזוג השקיעו ולכן לשניהם יש זכות קניינית של בעלות.
* זכויות יוצרים: אם פוגעים בזכויות יוצרים יש סנקציה כלכלית. בעבר הייתה הגנה של שימוש הוגן, כיום שימוש הוגן הוא שימוש מותר ולא הגנה. המשמעות היא שהיום שימוש הוגן לא נכלל תחת זכות היוצרים ואינו מהווה פגיעה כלל.

תפיסות קנייניות:

התיאוריה הקלאסית: הקניין כזכות בנכס, מע' יחסים של אדם ונכס בניגוד למע' יחסים של אדם ואדם בדיני החוזים. שאר העולם ידיר עצמו ממע' יחסים זו.

התיאוריה הפרסונלית: ההבדל בין דיני חוזים לבין דיני קניין הוא כמותי- בדיני חוזים החוזה הוא מול אדם/ קבוצה מוגדרים (חפצא), ובדיני קניין הוא מול כולם (גברא).

התאוריה המודרנית- קלאסית: זכות קניינית היא היכולת להפיק תועלת מהנכס במישרין, ללא הפרעת גורם אחר= גישה בלתי אמצעית לנכס. זאת בניגוד לדיני החוזים, שם הזכות היא לפיצויים לאחר הפגיעה.

* ההבדל בין משכנתא לבין הלוואה רגילה הוא שמשכנתא מקנה גישה בלתי אמצעית לנכס במקרה של אי פירעון החוב.

דיאלוג בין תפיסות הקניין:

* בלאקסטון: דוגל בתפיסה הליברטריאנית- חירות הבעלים. תפקיד המדינה מצומצם וכולל שמירה על חירות הבעלים. ב**אובמה- קר** הייתה התנגדות ליברטריאנית. כל צמצום החירות יהיה פגיעה בזכות הקניין.
* הופלד: אין הגדרה אחידה לזכות לקניין. מדובר באגד זכאויות לא אחיד. בין הזכאויות- זכות שימוש, ניהול, בעלות, עקיבה. תהיה פגיעה בזכות הקניינית רק אם היא הייתה חלק מאגד הזכויות במקור.

מתחים בין התפיסות:

במישור התורת-משפטי: מתח בין תפיסות פורמליסטיות (וודאות, במיוחד בזכויות חזקות) לבין תפיסות ריאליסטיות (מניעת אי צדק ביישום דווקני, כמו **בבלי**). לא נכון ללכת לאף קיצוניות.

במישור התחולה: מתח בין תפיסות מוניסטיות (כמו חירות הבעלים, רווחה מצרפית, עבודה) לבין תפיסה פלורליסטית (איזון הערכים השונים, לדוג' בבית משותף). בארץ- פלורליסטית.

במישור הנורמטיבי: מתח בין תפיסות ליברטריאניות לבין תפיסות ליברליות (מדגישות את ערך החירות אך לא באופן בלעדי). בארץ- ליברלי.

ביקורת:

על **בלאקסטון**:

1. תיאורית- בעייתי להתייחס לזכות הקניין בתפיסה אחודה, כי במציאות זכויות הקניין לא זהות (לדוג' יש הבדל בין הזכות שמקנה הבעלות לבין זו שמקנה שכירות) ותיאור כזה חוטא למציאות.
2. דיסקורסיבית- זכות הקניין היא יחסית, נסוגה לפעמים מפני זכויות ואינטרסים אחרים, ולכן לא נכון להתייחס אליה כקלף שתמיד יכריע את הדיון.

על **הופלד**:

1. אד הוקיזם- קבלת החלטות לפי מקרים קונקרטיים ללא קו מנחה תגרום לאי וודאות.
2. פריקות יתר- הגדרה קונקרטית ותלוית נסיבות עלולה להוביל לפריקות יתר וחוסר וודאות. היא יכולה להוביל למצב בו דיני הקניין יראו כמו דיני חוזים, למרות שהם דורשים וודאות רבה יותר (משפיעים על כולם).

מאפייני הזכות הקניינית:

* שליטה וניהול: אחד המאפיינים הבולטים. תפיסות ליברטריאניות מתמקדות במאפיין זה (החירות לשלוט ולנהל את הנכס) וכן **חשין ודורנר** במשפט הישראלי. **סוזט קלו-** הפקעת מקרקעין היא שלילת יכולת השליטה והניהול שלהם, ע"י השלטון.
* שימוש: **ס' 2** קובע שהבעלים רשאי להחזיק, להשתמש ולעשות במקרקעין מה שהוא רוצה. לא בטוח שאכן ניתן לעשות מה שרוצים, יש הגבלות כמו היתרי בניה, הגבלות שימוש. שאלה תיאורטית- האם הזכות להשתמש כוללת את הזכות להרוס?
* עקיבה ועדיפות: הזיקה הישירה של האדם לנכס, ללא תיווך, היכולת להשיב אותו לעצמו ללא הזדקקות לאחרים. בפועל הזכות הזו נסוגה מפני אינטרסים חברתיים (תקנת השוק) בדיני תחרויות.
* עבירות: היכולת להעביר את הזכות לאחר, לרוב תמורת ערך כלכלי. שאלה תיאורטית- האם ניתן לראות דברים בלתי עבירים (איברים, תינוקות) כקניין?

חוק הירושה מגביל את העבירות- הורשה לשני שלבים בלבד. זאת כדי ליצור דינמיות:

* כלכלית: לא ידוע בידי מי הנכס ישיא את רווחיו. ההגבלה תאפשר את השאת הרווחה המצרפית (כל 2 יורשים ישקלו שיקולים מחדש).
* חברתית: לא רוצים לשמר נורמות חברתיות ישנות, והפתרון הוא הגבלת היכולת לקבוע הוראות להרבה שנים קדימה.
* חיובים: לפי **גרגורי אלכסנדר** זה מאפיין אינהרנטי לזכות הקניין. זכויות הקניין נובעות מהחוק, ולכן החיובים שנובעים מהחוק הם אינהרנטיים לזכות ולא חיצוניים.
* בבית משותף ויישוב קהילתי ההגבלות הן חלק מהותי מהמוסד הקנייני ומהזכות.
* ביוסטון, טקסס אין דיני תכנון ובניה, ורק שם אין חובות שהן חלק מהזכות.
* פומביות: אחד המאפיינים החשובים, בעיקר במקרקעין. **ס' 7(א)** קובע שהזכות הקניינית (הגישה הבלתי אמצעית לנכס) משתכללת רק ברישום, עד אז יש רק זכות חוזית (ולפעמים מעין קניינית). משמעותי בדיני תחרויות.

עקרון הרשימה הסגורה:

נובע מהצורך להגדיר את המוסדות הקניינים (בשונה מהתפיסה ההופלדיאנית). בישראל הוחלט שתפקיד המחוקק הוא לבצע את האיזונים הערכיים ולהגדיר מוסדות קניינים (היקפם, מתי הם חוזיים), מה שמקנה כוח וכבוד לציבור. כפי שנעשה בנוגע לחוק השכירות ההוגנת (העלאת שכ"ד).

**ס' 161** קובע שאין זכות במקרקעין אלא לפי חוק ולכן משריש עקרון זה, בניגוד לנוהג שהיה לפני- זכויות שביושר ואיזונים ע"י בימ"ש (כפי שעשתה **שטרסברג כהן** ב**נוגה**).

ההצדקות:

* כלכלית: עקרון הרשימה הסגורה מאפשר וודאות ומונע עלויות בירור גבוהות ופערי מידע.
* ביקורת: לא בטוח שעלויות הבירור וודאות כלכלית הן סיבות מספיקות לשלילת החירות לאדם (ולשופט) לעצב את המודל הקנייני המתאים לו.
* נורמטיבית: **חנוך דגן** אומר שהמחוקק מייצג את העם וערכיו ולכן האיזון הערכי צריך להיעשות על ידו.

קניין פרטי

סוגי הקניין:

קניין פרטי- אנשים יכולים לרכוש קניין ולהיות בעלים שלו.

קניין קולקטיבי- רק הריבון בעלים של הקניין, והוא מקצה לפרטים משאבים לשימוש (כמו קיבוץ).

קניין משותף- קניין פרטי שמחזיקים בו מספר אנשים.

הצדקות למשטר של קניין פרטי:

* חירות (חובה לדון במבחן!): ההצדקה הבולטת ביותר. **נוזיק** טוען שרק החירות בנוגע לקניין יכולה להעניק לפרטים יכולת עמידה מול השלטון בכל שאלה (במשטרים קולקטיבים השלטון קובע גם בנושאים לא קנייניים). מודל המשטר הפרטי:

1. כללי תפיסה תקיפה- מה הופך את האדם לבעלים? בישראל רישום.
2. כללי העברה תקפה- איך עוברת הבעלות? לדוג' ירושה, מכר, מתנה.
3. כללי תיקון- מסדירים מצבים שלא עמדו בכללים הראשונים, לדוג' תקנת השוק.

ביקורת:

* חירות היא האוטונומיה של האדם, ולא ברור שמה שמבטא את האדם הוא רק הקניין שלו ולא משהו עמוק יותר.
* כשל פנימי של **נוזיק**: מתן החירות אוטומטית שולל חירות (ממישהו אחר, הטבלה של הופלד). יהיו אנשים שלא תהיה להם חירות, ועקב שרירות הבעלים גם לא יוכלו להשתמש במשאבים, כך החירות המצטברת תיפגע. הפתרון הוא מתן זכויות חיוביות לכולם, ו**נוזיק** לא יסכים להתערבות כזו של המדינה.
* עבודה: תיאוריה של **ג'ון לוק** לפיה הקניין האינהרנטי של אדם הוא גופו, לכל אחד הזכות לשימור עצמי, ולכן אדם יקנה משאבים כשהוא יערבב את גופו/ כוחו בהם (כלל תפיסה). ההצדקה תועלתנית- ללא שיתוף פעולה לא יהיה פיתוח ונמות ברעב.

הסייגים למעבר מקניין משותף לפרטי:

1. נשאר מספיק לכולם ובאותה איכות לפחות.
2. מותר לקחת רק כמה שצריך ולא יותר מדי, וכל עוד זה לא הורס את המשאב.

ביקורת:

* מחסור במשאבים: כשאדם לוקח משאב בהכרח לא יישאר לכולם באיכות דומה.
* ביקורת על הפרקטיקה: **נוזיק** טוען שלא הגיוני שכל ערבוב שאדם יעשה יעביר קניין ציבורי לפרטי (כמו מיץ באוקיינוס, השקיית עץ).
* ביקורת על התוצאה: המבחן של **לוק** לא מידתי, לא יכול להיות שכל ערבוב קטן יעניק בעלות מלאה.

**בארה"ב** אוהדים תאוריה זו ומתמקדים בסוגיית הגמול. ניתן לאדם גמול על עבודתו כאשר:

1. ההתנהגות ראויה
2. התוצאה חיובית לחברה
3. הגמול פרופורציונלי.

זו הצדקה חזקה לקניין רוחני ודיגיטלי.

* רווחה מצרפית: במאמר the tragedy of the commons **הארדין** מסביר שהחלוקה לקניין פרטי תמנע החצנת עלויות ותשיא את הרווחה המצרפית (בניגוד לשדה מרעה, דילמת האסיר). **רוסטרום** מצאה שבטים שמסתדרים עם בעיית הרכוש המשותף, אך לרוב זה לא כך.

הביקורת של **דמשטס**:

* ניתוח כלכלי אמיתי לא מניח שיטת קניין מסוימת אלא בוחן עלויות ורווחים שלה, לטענתו **הארדין** לא עשה את זה אלא התמקד בהפסד ספציפי.
* יש לבחון את ההחצנות על הדורות הבאים (אולי יהיו יותר עלויות למשטר קניין פרטי לעומת המשותף). בשילוב עם הביקורת הראשונה- הוא טוען שיש לבחון את המשטר הנכון בצורה עיתית.
* האבולוציה של מושאי הקניין, המשטרים והמשטור, מפחיתה עלויות ומספקת פתרונות נוספים ופשוטים יותר ממעבר למשטר קניין פרטי. יש לקחת זאת בחשבון בבדיקה מתמדת של המשטר.
* אישיות: **מרגרט ריידין** טוענת שיש חלוקה בין חפצים שהם חלק ממנו ונמצאים בגרעין האישיות, לבין אלו שרחוקים ממנו. כשפוגעים בחפץ שבגרעין האישיות פוגעים בעצם באדם (ולא באוטונומיה). לא מדובר על הערך הכלכלי שנכסים אלו מייצגים, אלא על הפגיעה האישיותית. לכן ההגנה על סוג נכסים זה תהיה חזקה יותר (הנכס האולטימטיבי הוא בית מגורים). הקביעה תהיה קטוגורית ע"י החברה ולא סובייקטיבית.
* קהילה: הצדקה בעיקר לעניין החיובים. יש 3 סוגי קהילות:

1. קהילה ליברטריאנית: **נוזיק** ודומיו רואים חשיבות בהתחברות חברתית, אך היא לא יכולה להיות מקור לכפיית נורמות, והקהילה תעשה רק מה שכולם מסכימים (אחרת החירות תיפגע) – כולם בשביל אחד.
2. קהילה קהילתנית: לקהילה ערך בפני עצמה, היא זו שמכוננת את היחיד וערכיו ולכן היא יכולה לכפות עליו נורמות, תידרש הקרבה מצד הפרטים – אחד בשביל כולם.
3. קהילה ליבראלית: **חנוך דגן** מציע זאת. מצד אחד יש רצון לקהילה, אך מצד שני אוטונומיה היא הערך האולטימטיבי. לכן הקהילה לא תכפה על היחיד הקרבה, אך תדרוש מהיחידים לבצע התאמות, תמיכה סוציאלית- למען החלשים. **הלר ודגן** "השיתוף הליברלי": אבן היסוד של קהילה כזו היא היכולת לצאת מהקהילה (בדומה לנישואין).

מתי תשפיע הקהילה על הקניין?

* בכניסה לקהילה: הקהילה לפעמים מונעת רכישת קניין כדי למנוע ממי שלא מאמין באותה תפיסת עולם להיכנס לקהילה.
* במשטר הקהילה: כשיש שיתוף בקניין כללי ההתנהגות יושפעו מסוג הקהילה (בקהילה ליברטריאנית כל אחד יצא מתי שבא לו ובקהילה קהילתנית ניתן לדרוס את המיעוט).
* ביציאה מהקהילה: האם אפשר לצאת, האם הקהילה יכולה לשים חסמים ביציאה, הפקעות.
* צדק חלוקתי: יש לדון בהשלכות חלוקתיות של הענקת זכות הקניין והיקפה ב2 שלבים:
* טעם חיצוני- הזכות לקניין והמשטר הקנייני עוסקים בהקצאת משאבים, זה בהכרח בעל השלכות חלוקתיות ויש לדון בהן, בין במשטר משותף ובין במשטר פרטי.
* טעם פנימי- ההצדקות למשטר ספציפי הן בעלות השלכות חלוקתיות ויש לדון גם בהן.
* סביבה: היה ? ולא פירטנו.

קניין פרטי- במה?

מתי נעניק קניין פרטי?

מדובר בהכרעה חברתית (האם יש זכות ומה היקפה) שתיעשה ע"י איזון התכליות לעיל. לדוג' פטנט ניתן משיקולי יעילות, רווחה מצרפית, תגמול, לפעמים אישיות. בפס"ד **מקדונלד, ריבלין** נתקל בזכות שלא נקבע לגביה מוסד קנייני ומאזן בין התכליות השונות בזכות לפרסום (ראוי היה שהדבר ייעשה ע"י המחוקק ולא בימ"ש). מוסד קנייני הוא חוק בו קבע המחוקק זכות קניינית, כך שבכל מוסד האיזון בין התכליות שונה וכן הזכות והיקפה.

מוסדות קניינים לדוג':

* דיור ציבורי: בחוק דיור ציבורי יש קביעות שאין לגבי בית משותף כמו מחיר נמוך יותר שמשתקף במענק (**ס' 3)** וקביעת תנאים להורשת הדירה (ס' **4**). זאת מפני שיש אחריות קהילתית, רצון לתת חירות לאנשים בעלי היקף נכסים נמוך- ולשם הגיעו לאחר האיזון.
* דיור מוגן: יש יתרונות להשכיר בית דירות כדיור מוגן ולא בשכירות (כמו מיסוי עסקי), אך בחוק הדיור המוגן יש הגבלות על הבעלים (רישוי, חובת אספקת שירותים ועוד) מתוך הבנה שמדובר באוכלוסייה חלשה.
* בית משותף: יש הגבלות רבות בשונה מהמוסד של בית פרטי, כמו אחזקת הרכוש (**ס' 58(א))** ואפילו הפקעת הזכות הקניינית ע"י המפקח עקב סירוב תיקון או הקמת רכוש משותף (**ס' 60(ב)).**

The new property:

טענה של **צ'רלס רייף** לפיה התלות במדינה בנושאי קצבאות ורישיונות יכולה להפוך אותם לקניין (וכך שלילה או הפחתה שלהם תדרוש פיצוי). ההצדקה לכך חירותית- יש הסתמכות רבה ולכן פגיעה בקצבה/ ברישיון היא פגיעה באוטונומיה. לפי **שטרן** יש מקום להבחנה בין רישיון לקצבה.

בפס"ד **מנור** נקבע שקצבאות זקנה הן חלק מהקניין הישן (חסכון בביטוח לאומי) ולכן לא הכריעו בשאלה. בפס"ד **מנחם** עלתה השאלה לגבי רישיון מונית, אך לא דנו בה אלא פסקו לפי חופש העיסוק.

קניין פרוגרסיבי:

תפיסה פרוגרסיבית מדגישה את החובות לחברה. **סינגר** טוען שיש מקרים בהם אם בעל המפעל סוגר אותו יכולה להיות לעובדים זכות קניינית במפעל מכוח הסתמכות, כמו במקרה ביאנגסטון, אוהיו- שם המפעל סיפק תעסוקה למרבית התושבים. זה למעשה כלל העברה חדש (הזכות עוברת מבעל המפעל לעובדים). הביקורת:

* כלל ההעברה לא מספיק מוגדר.
* כדי להתייחס להסתמכות צריך שיהיה לה בסיס בחוק (כמו בדיני החוזים, וכן לא ברור מה הבסיס שיגרום לעובדים לכזו הסתמכות). זה טיעון מעגלי (לא ניתן לחוקק על ההסתמכות, אך אם היה חוק לא היה צורך).

**סינגר** ירד מהרעיון בעקבות כך.

מתי לא נעניק קניין פרטי (ע"י עבירות והמירות)?

הכרעה חברתית שתתחשב בשיקולים חברתיים שונים. השאלה תעלה לגבי מוצרים אישיים כמו איברים ותינוקות.

יתרונות הסחר בדברים אישיים:

* גידול בהיצע- משמעותי בסחר באיברים לדוג'- פחות אנשים ימותו בהמתנה להשתלה.
* הימנעות משוק שחור- טענה לפיה בכל מקרה יהיה מסחר בדברים אלו (כמו זנות) ולמרות החשש ממתן לגיטימציה, יש לפקח במיוחד בעניינים אלו שכן הזכויות יכולות להיפגע (כמו זכויות עבודה, נושאי בריאות).

חסרונות:

* בעיה חלוקתית- המציעים יהיו העניים והחלשים, הקונים יהיו העשירים החזקים, וכך נגדיל את השוק רק עבורם וניצור בעיה חלוקתית רצינית.
* החצנה על צד ג'- אם לדוג' תינוק נמכר הוא לא אומר מה רצונו ואנו מחצינים עליו עלויות.
* השחתה- הפיכת מוצר לשוקי משחיתה את המשמעות שלו בעייננו (כמו הסתכלות על תינוקות בעתיד).
* כפיה- אם נאפשר מסחר כזה נכפה על אנשים מסוימים לעסוק בו. טיעוני נגד לכך יהיו היווצרות שוק שחור וצביעות בשלילת מקור הפרנסה היחיד (**ריידין**).

בעלות במקרקעין

**ס' 13**: עסקה בחלק מהמקרקעין:

לא ניתן לבצע עסקה בחלק המקרקעין כיוון שהחלוקה (גוש, חלקה, תת חלקה) נעשית ע"י וועדות התכנון והבניה בהתאם לצרכים החברתיים, וכן בשל החשש לקושי בהפקעה עקב פיצול יתר (עלויות, פעולה משותפת, איתור).

אם רוצים לעשות פירוק שיתוף בעין יש צורך לאישור המפקח (**ס' 38**) וכך נשמרות המטרות החברתיות.

* לגבי הטענה שהשוק יתקן את עצמו- יש כשלי שוק, וגם אם לא יש שנאת סיכון ציבורית ולכן עדיף שהרשות תחליט בעניין כדי שבטוח טובת הציבור תתקיים.

חריגים:

* בית משותף- **ס' 54**: כדי לאפשר לכל בעל דירה לעשות עסקאות בחלקו, החלקה מחולקת לתתי חלקות כך שכל אחד בעלים בנפרד של תת החלקה שלו.
* זיקת הנאה- **ס' 93(ג):** כל דבר שאין עימו חזקה. ניתן גם בחלק מהמקרקעין- בין בהסכם, בין מכוח שנים.
* הפקעה- פס"ד **אקונס**: הפקעה לא עונה להגדרת עסקה של **ס' 6**- מכירה מרצון, ולכן היא לא נכללת בגדרי **ס' 13** (מדובר בהפקעת בעלות ולא זכות חזקה ושימוש).
* שכירות- **ס' 78**: ניתן להשכיר רק חלק מהמקרקעין. בפס"ד **לוסטינג** נקבע שלעניין זה דין חכירה כדין שכירות, למרות שמבחינת רציונלים היא דומה יותר למכירה (אין יכולת שליטה וניהול, שימוש).
* ירושה: **ס' 6** קובע שירושה ע"פ צוואה אינה עסקה, אך בפועל לא ניתן לחלק בירושה בשל תקנות שנוגעות לירושה. הקביעה **בס' 6** היא לצורך מיסוי וכדומה.

**ס' 11**: עומק וגובה:

הס' קובע שבעלות במקרקעין מתפשטת לכל העומק- מלבד מכרות, מחצבות, מים) ולכל הרום- כל עוד לא מונעים מעבר. בשנה האחרונה בעקבות **אקונס** תוקן החוק ונוספה אפשרות לרישום חלקה תלת- ממדית (**ס' 14**) שתהיה דומה לבעלות בבית משותף כך שהיא נושא נפרד לבעלות. ניתן לקבוע חלקה כזו רק אם זה אושר ע"י חוק התכנון והבניה או בהפקעה. אולי בעתיד יהיה חשש שפרטים ינסו לנצל את זה.

* בפס"ד **סמדן**, **חשין** קבע שאין חובה לתת רישיון הובלה, כי המטרה היא תחרות ורווחה מצרפית. זו סטייה מגישתו הליברטריאנית.

**ס'** 12: מחוברים:

מה שמחובר לקרקע הוא חלק מהקרקע, במנותק מזהות המחבר. הקביעה אם מדובר במחובר קשורה לאופי החפץ- שאלה משפטית של שיקולי מדיניות. המבחנים:

* מבחני **ויסמן:**

1. חיבור פיזי: חיבור פיזי מינימלי (מכונית בחניה לא, מזגן עם ברגים כן).
2. סוג הנכס: האם הוא מסוג הנכסים הניידים או הנייחים? מנסה להתגבר על אי הוודאות ביחס לנכס הספציפי, לא בהכרח תהיה תשובה חד משמעית (מכונית אספנות).
3. כוונה: סובייקטיבית כשהצדדים קרובים (לדוג' בתנאי החוזה), אובייקטיבית כשרחוקים (צד סביר).

* שיקולי מדיניות:

1. מונע הנזק הזול- המרכזי בפסיקה, הנזק הוא אי הידיעה אם מדובר במחובר.
2. וודאות השוק
3. עידוד פעילות כלכלית
4. שיקולי יעילות מצרפית
5. שיקולי חלוקה- האם יש לקחת בחשבון?

**ס'** **14**: מגבלות הזכות- דבר הגורם נזק/ אי נוחות:

ב**הררי נ' מואב** נקבע שמניעת מעבר בחלקה (שנועד לחסוך בעלויות) כשיש אפשרות מעבר אחרת אינו דבר הגורם אי נוחות, מדובר בהסגת גבול שלגיטימי לשלול. הס' לא חל על כל עסקה ולא נועד כדי לחסוך בעלויות.

ב**רדומילסקי נ' פרידמן** נקבע שמניעת מעבר של חוט מעל החצר (הרום) הוא גרימת אי נוחות. לא מדובר בעסקה למרות שברור שהמטרה היא כלכלית- למנוע ירושת דיירות מוגנת. בימ"ש קובע שלא לגיטימי לעשות זאת ע"י עמידה דווקנית על זכות. גם ב**שוורצברגר** הוחל ס' זה על דיירת סרבנית מבוגרת בגין סירוב לפרויקט התחדשות עירונית.

ב**רוקר נ' סלומון, אנגלרד** קבע שיש לעשות מאזן נזקים ולכן אין להרוס את המחסן, **טירקל, חשין ולוין** קובעים שס' 14 חל רק במקרי קיצון ולכן יש להרוס (תפיסה ליברטריאנית), **ברק, שטרסברג כהן ומצא** קובעים **שס' 14** הוא חובת תו"ל, וייבחן בשני שלבים:

1. מה המוסד הקנייני הנדון (בית משותף)
2. מה מע' היחסים שנמצא בה המוסד הנדון (מע' מוסדרת בין שכנים).

כאן היא הופרה ולכן יש להרוס. ככל שהמוסד יהיה פרטי יותר הס' יהיה מצומצם, ככל שהוא רחב וכולל מע' יחסים סוציאלית הס' יהיה מורחב.

זיקת הנאה

**ס'** **5** קובע יסוד חיובי- בעל המקרקעין חייב לתת לזכאי להנות, ויסוד שלילי- לא מדובר בחזקה או זכות שימוש ייחודית. כדאי לרשום אצל רשם המקרקעין כדי שתהיה רלוונטית כלפי צד ג'.

היווצרות הזיקה:

* מכוח הסכם.
* מכוח הדין- צוואה, פס"ד, מעשה מנהלי (**קיבוץ החותרים**).
* מחמת כורח- כורח פיזי שמחייב מתן זיקת הנאה לאחר כדי לממש את זכותו.
* מכוח שנים, ס' **94**- שנוי במחלוקת כי אין הסכמה אקטיבית של הבעלים.
* טיב הזכות: זכות שראויה להיות זיקת הנאה (לפי הגדרת ס' **5**).
* טיב השימוש: לפי פס"ד **בן חורין**:
* נוגד לזכות בעל המקרקעין הכפופים.
* גלוי לכל.
* ידיעה קונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים.
* מקורו לא בזכות חוזית.
* תקופת השימוש: 30 שנה (רציונל הסתמכותי). יכול להיות לסירוגין (**בן חורין, טוינה נ' לוי**), וכן לא בהכרח ע"י אדם אחד אלא גם חליפיו. תקופה זו תופסק ע"י הודעה בכתב למשתמש/ הודעה לציבור.

הזכאים- **ס' 92**:

* אדם.
* סוג בני אדם (דיירי בית משותף).
* ציבור (בי"כ, בי"ח, בי"ס).
* מקרקעין- ניתן לקבוע שהמקרקעין כפופים/ זכאים לזיקת הנאה ללא קשר לבעליהם.

תוכן הזיקה- **ס'** **93**:

* זכאות לשימוש מסוים (ולא לכל שימוש).
* הימנעות מביצוע פעולות מסוימות ע"י הבעלים הכפופים (כמו נטיעת עץ).
* חובה לביצוע פעולות מסוימות של הבעלים הכפופים ולא להגביל פעולה במקרקעין.

**ס' 97** קובע שבמקרה של פיצול המקרקעין, הזיקה תמשיך להיות בחלק שבו הייתה קודם, באותו אופן.

**ס' 98** קובע שכאשר אדם אחד בעלים של שתי חלקות הוא יכול לשעבד אחת מהן לזיקת הנאה לשנייה, מיזוג הבעלות לא מבטל את הזיקה, ומה שיבטל הוא איחוד החלקות.

**ס'** **96** קובע שזיקת הנאה היא לתק' לא מוגבלת אם לא הוסכם אחרת. בימ"ש רשאי לבטל עקב:

1. אי הפעלת הזיקה.
2. שינוי בנסיבות השימוש.
3. שינוי במקרקעין הכפופים/ הזכאים.

**ס' 95** קובע שזיקה לטובת אדם/ סוג בני אדם לא עוברת אוטומטית לחליפים, הדבר ניתן להתנאה.

אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור (**ס'** **113**).

זכות קדימה

מוכרת במשפט העברי כבר מצרא, ההיגיון הוא ניצול מקסימלי של השטח. זו זכות סירוב ראשונה שחלה בבעלות/ חכירה לדורות (**ס' 106**), לא חלה במתנה, אך מועברת למי שקיבל את המתנה (**ס' 104**).

הזכות יכולה להיות מכוח הסכם (**ס' 99(א))** ואז צריכה להירשם במרשם המקרקעין כדי להפוך לקניינית, מכוח ירושה (**ס' 100(ב) ו114 לחוק הירושה**)- ליורשים ע"פ זרים וליורש ספציפי שמציע את הסכום הגבוה ביותר, וכן בין בני זוג (**ס' 101**) במשק חקלאי, בית עסק שלהם או דירת מגורים.

המשטר הקנייני בישראל

רוב הקרקעות בבעלות המדינה. יש 3 גופים שמנהלים אותן: רמ"י, קק"ל (רמ"י מנהלת גם את שלה מכוח אמנה) ורשות הפיתוח.

**בעלות בידי המדינה:**

* המגזר העירוני: חכירה ארוכת טווח (49+49). לרוב רואים את זה כמעט כבעלות תוך הבנה שזה מודל הבעלות הישראלי. העברת הזכות הקניינית תלויה באישור הרשות, ברגע שמאשרת פעם אחת זה מספיק.
* המגזר החקלאי: רישיון במקרקעין. מדובר בזכות אישית ולא קניינית. המדינה מחדשת את חוזה המשבצת כל 3 שנים ולכן קל לבצע התאמות. החקלאים עצמם הם ברי רשות של ברי רשות (האגודות השיתופיות). בעבר היה למגזר כוח רב, בשנים האחרונות לוקחים להם עודפי קרקעות והם מנסים לדרוש עבורן את הערך העתידי ולא מקבלים.

**רמת התערבות המדינה:**

"מי ימלל מקרקעי ישראל"/ רחל אלתרמן: יש מס' משטרים אפשריים:

1. **הלאמה מלאה**- בערך מה שיש בישראל. המדינה מחזיקה את רוב אם לא כל המקרקעין במדינה. המדינה תמיד הבעלים ולכן יש לה תמיד את האפשרות להשפיע על אלו שיקבלו מטעמה זכויות, אך יש לזה מחיר של התערבות גדולה בשוק ואין שוק חופשי של מקרקעין.
2. **הפקעה מסיבית**- מדינות מפקיעות קרקעות בצורה לא פרופורציונלית למילוי צורך מסוים. קורה לדוג' כשיש צורך ביטחוני. בישראל היה דבר כזה בשנות ה50 בחוק נכסי נפקדים לצורך הקמת המדינה.
3. **רכישה לטובת בנק קרקעות**- מדינות מפקיעות יותר מקרקעין ממה שהן צריכות כרגע, למידה שיצטרכו בעתיד.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרסלציה)**- במקום להפקיע רק מחלק מהבעלים, היא מאחדת את כל הקרקע, ומחלקת מחדש את השטח כך שלכל אחד מהבעלים תהיה חלקה קטנה יותר. זה טוב למדינה כי היא לא צריכה לשלם פיצויים- כיוון שהחלקות הקטנות שמקבלים החקלאים בד"כ משנות ייעוד לייעוד בעל ערך כלכלי גבוה יותר.
5. **הפקעה נקודתית**- הפקעה של מקרקעין מסוימים למטרה ספציפית.
6. **תכנון ציבורי**- המדינה לא מפקיעה, אך שולטת בנעשה במקרקעין באמצעות קביעת ייעוד המקרקעין. כך גם אם הקרקע בבעלות פרטית, בשמירה על משטר של תכנון ציבורי, המדינה שולטת במה שקורה במקרקעין.
7. **שוק חופשי ללא התערבות**- ביוסטון, טקסס יש מודל כזה. אין שום התערבות של המדינה.

היא טוענת שיש למצוא פתרון מעודן יותר מזה שקיים היום בישראל. הצדקות להתערבות ציבורית:

1. כשלי שוק:

* טרגדיית ההמונים- דברים שחשובים לחברה לא יקרו אם לא תהיה התערבות ציבורית.
* שמירת משאבים לדורות הבאים.
* החצנות.
* שליטה בעיתוי הפיתוח.
* פערי מידע.

1. הצדקות חברתיות:

* צמצום פערים חברתיים/ קידום ערכים פוליטיים- כמו שוויון.
* הערכות למשברים.

מדוע לא הפרטה מלאה? (עם שימור כוח מסוים למדינה)

* מצרכים בסיסיים לכל אזרח אי אפשר להפריט (מים, אוויר, בתי כלא).
* קומדיית ההמונים- לפי **רוז** החברה מתגבשת במקומות הציבוריים, אם לא יהיו כאלו נאבד את החברתיות.

מקרקעי ייעוד:

מפורטים בס' **107** (חוף הים, דרכים ועוד). ס' **111** קובע שלא ניתן לעשות בהם עסקאות שטעונות רישום- הכל חוץ משכירות עד 5 שנים, ללא אישור של הממשלה או השר הרלוונטי. שאלות בנושא:

* למה רק מקרקעין? יש עוד נכסים בעלי חשיבות לאומית (יצירות אמנות בצרפת).
* למה דווקא מקרקעין אלו ולא נוספים כמו עתיקות וגנים לאומיים? (יש ס' סל).
* למה יש אפשרות לסטות מההסדר? אפשר לתת לכך הסבר כלכלי- למקרים שהממשלה תזדקק (בעייתי כי אם כבר סומכים עליה לא צריך את הס'), וכן הסבר של ברירת מחדל- לקבוע מהי בנוגע לסוג מקרקעין זה.

הזכות לכניסה:

בארה"ב:

ב1865 מתחילה הפרדה מרחבית בין שחורים ללבנים בעקבות תיקוני חוקה שאוסרים על עבדות. מחוקקים חוקים של הפרדה- **ג'ים קראלו**, ב**פלסי נ' פרוגסון** (1896) ביהמ"ש קובע ש'נפרד אבל שווה' זה חוקתי (קרון נוסעים). ב**שלי נ' קרמר** (1948) נקבע שמותר לבעל מקרקעין להתנות אבל ביהמ"ש לא יכול לאכוף תניה מפלה. ב**בראון** (1954) נקבע שבבי"ס יסודי 'נפרד אבל שווה' זה לא חוקתי בגלל ההשפלה של הילדים, אך בשאר הדברים זה נחשב סבבה. ב1968 נחקק **חוק הדיור ההוגן** בעקבות הפליה קשה של קבוצות מיעוט. הוא קובע שאין להפלות במכירה או השכרה של מקרקעין (יש ירידה בהפליה ע"ב גזע, עליה ע"ב הכנסה). לחוק יש חריגים רבים, המוכר ביותר הוא **חריג גב' מרפי** שקובע שניתן להפלות אם לאדם יש עד 4 דירות במתחם אחד. מדובר בפשרה, מתוך הבנה שבמקרים כאלו האדם בעצם בוחר את שכניו.

שוויון וחופש דת:

ב**מאסטר פיס קייקס** העליון האמריקאי קבע שמותר למוכר להפלות כי יש לו זכות לחופש דת (רוב של 7 מול 2). זה מתווסף לכך שלא ניתן לו הליך הוגן בקולורדו (לא התייחסו ברצינות לחופש הדת שלו) וכן שהוא רותם את יצירתו האישית לשם כך.

ב**דפוס הקשת** נקבע שהמקרים לא דומים כי הסירוב כאן הוא ע"ב נטייה מינית ולא ע"ב התוכן. כמו"כ בישראל יש חוק איסור אפליה במתן שירותים ולכן זה אסור, בעוד שבארה"ב אין ונעשה איזון בין ערכים שונים.

זכות הכניסה בישראל:

מצב של השכרה ומכר דירות לא מוסדרים בחוק. בעניין השכרה אין איסור הפליה, אולי יהיה שונה אם מדובר בגוף ציבורי/ דו מהותי. לגבי מכר, ב**מיטל הנדסה** נקבע (**שטיין**) שחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים לא חל על מכר, אך כאן מדובר בקבלן שקיבל אישור למכרז מהמדינה, וזה שונה מאדם פרטי. לכן מדובר בחוסר תום לב, לא ינתן סעד אכיפה במקרים אלו אך על הקבלן לפצות. **מזוז** בדעת מיעוט מפרש את החוק כך שהוא חל על מכר דירות הן מבחינה אובייקטיבית- אין הבדל בין דירה למוצר אחר, והן מבחינה סובייקטיבית- כך התכוון המחוקק. לדעת **שטרן** מדובר במהלך פסול ולא נכון אינטלקטואלית.

ועדות קבלה ליישובים:

**פקודת האגודות השיתופיות** קובעת שניתן להקים ועדת קבלה ביישובים קהילתיים שתפסול ע"ב אי התאמה למרקם הקהילתי (ס' 6(ג)). ב2011 תוקנה הפקודה וכיום מותר רק ביישובים בנגב ובגליל, עד 400 בתי אב. עושים ראיון ומבחן פסיכוטכני.

ב**קעדאן** נקבע שכדי לפגוע במקרם קהילתי צריך מאפיינים ייחודיים שכניסה של זר תפגע בהם (כמו בדואים, חרדים, ולא רק אי השתתפות ביום העצמאות והזיכרון), כמו"כ לא ניתן לסרב ע"ב אי התאמה למרקם הקהילתי כשהאדמות הן אדמות מדינה שמנוהלות על ידה.

ב**סבח** העתירה נדחית בשל בשלות מוקדמת (התיקון לחוק רק נכנס לתוקפו). **גו'בראן** בדעת מיעוט קובע שצריך להפסיק להתעלם מהבעיה, ולהגיד מהו מרקם קהילתי שפגיעה בו מצדיקה אי קבלה. הבעיה היא שאין הגדרת קהילה לעניין זה.

המודל ששי מציע:

יש צורך להגדיר סוגים שונים של קהילות- הן לצרכי הפקעות והן לצרכים שונים. יש לאמץ תפיסה פלורליסטית ולקבל סוגים שונים של קהילות. כדי שקהילה תתקיים צריכים מס' תנאים:

* תפיסת טוב משותפת: לא מספיק (כמו ב**קעדאן**).
* תפקיד שיתוף הפעולה לצורך מימוש תפיסת הטוב:

ככל שהתפקיד חשוב יותר על המדינה לאפשר את קיום הקהילה, וכן ההבחנה עוזרת לתיעדוף בהפקעות.

1. לא קיים- כמו תפיסות קפיטליסטיות. בעיקר כשתפיסת הטוב של הקהילה היא תפיסת הרוב.
2. מסייע- לדוג' אמירים, טבעונות, חנויות וחינוך שתואמים לתפיסת העולם.
3. מוסיף ערך- ניתן לממש את תפיסת העולם לבד אך הקהילה מוסיפה ערך משמעותי, כמו קהילה דתית.
4. מכונן- חלק מהנורמות של תפיסת העולם תלויות בקהילה, לדוג' הקיבוץ ההיסטורי.

* השפעת מניעת ההדרה על הקהילה
* חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה: ככל שהקהילה חזקה יותר היא תצליח לממש את תפיסת העולם גם ללא תמיכה משפטית או ממשלתית. יכולות להיווצר סתירות כמו הקיבוץ ההיסטורי שהיה חזק אך שיתוף הפעולה הוא מכונן, ויש לבצע איזונים. יש לראות את הקונטקסט (היום קיבוצים השתנו משתי הבחינות).

הפקעות

**ס' 8 לחו"י כבוד האדם וחירותו** קובע שניתן לפגוע בזכות לקניין. הפסיקה אימצה את ההגדרה הספרותית להפקעה:

רכישה כפויה של מקרקעין, לשם הגשמת צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

רכישה כפויה של מקרקעין:

* מכוח מה יש לשלטון כוח לקחת מקרקעין פרטיים?
* תאוריית שימור הכוח: הקרקע בבסיס שייכת לריבון ולכן הוא שומר את הכוח להחזיר אותה לעצמו במידת הצורך.
* תאוריית הפוליס פוואר: אנשים יצרו מדינה למטרות מסוימות, והפקידו בידה את הכוח להפקיע לשמן מקרקעין. לפי תאוריה זו המדינה תפקיע רק להגשמת מטרותיה הבסיסיות.
* תאוריית ההסכמה הראשונית: **ג'ון לוק** טוען שההסכמה להפקעה נטועה בבחירת הנציג. כל אחד נותן הסכמה מראש להפקעה מאחר שלא ידועים הצרכים. תאוריה דמוקרטית ולא רכישה כפויה.
* מדוע יש צורך במתן כוח לרכישה כפויה ולא מסתפקים בהסכמה?
* כשלי שוק: הסיבה העיקרית להפעלת הכוח. לא בטוח שמו"מ יביא לתוצאות טובות, יכולה להיות סחיטה מצד האחרונים לאחר שהמדינה כבר רכשה חלק מהקרקעות.
* צדק חלוקתי: עשירים יכולים לחסום אפשרויות לעניים. כמו **ונוד קיסלה**, שהאיום בהפקעה הוא הכלי בו השתמשו כדי שיאפשר מעבר בשטחו לאלו שאין ביכולתם לרכוש בית על הים.
* כוח שלטוני קלאסי: אנשים לא יתנו את הקרקע שלהם למשהו חסר ערך שוקי כמו כביש או תחנת משטרה, ונדרשת הפקעה לשם הקמתם.

לשם הגשמת צורך ציבורי:

יש רשימות צרכים ציבוריים ב**ס' 2 לפוקדת הקרקעות** וב**ס' 188(ב) לחוק התכנון והבניה**. **ס' 2(10)** **לפקודת הקרקעות** הוא ס' סל לפיו צורך ששר האוצר חושב עליו יכול להיות צורך ציבורי (התייעצות עם ו. מייעצת ואישור ו. הכספים). **ס' 3 לפקודת הקרקעות** קובע ששר האוצר לא חייב לרכוש את הקרקע אלא יכול לנקוט בפעולות אחרות כמו זכות שימוש, חזקה, הגבלה.

בארה"ב התיקון החמישי קובע שלא ניתן להפקיע קניין פרטי אם זה לא צורך ציבורי. ב**סוזן קילו** הייתה הפקעה שנטען שהיא לצורך כלכלי-ציבורי אך בפועל היא הייתה למען גוף פרטי. ביהמ"ש העליון קבע שזה לגיטימי. כתוצאה מכך מדינות רבות בארה"ב הגדילו את הפיצוי שניתן בהפקעה לצורך כלכלי. [בעייתי כי מי שירוויח הם גופים שמקורבים לשלטון].

תמורת פיצוי בעל המקרקעין:

התפיסה היא שהפיצוי צריך להיות הוגן וצודק. מהו צדק?

* צדק מתקן: החזרת המצב לקדמותו, הפיצוי יהיה בדיוק בגובה הפגיעה. בד"כ בצורה אובייקטיבית. התפיסה שאומצה בארה"ב- פיצוי לפי מחיר השוק.
* צדק חלוקתי: פיזור העושר ע"פ האוכלוסייה כולה. גובה הפיצוי יהיה תלוי ברמת ההכנסה.
* ביקורת: לא נכון להחיל תפיסה כזו במשפט הפרטי כי מדובר במקרים פרטניים ולא במערכת מובנית שיכולה להתבונן על כלל האוכלוסייה (כמו מס, ביטוח לאומי), וזה הכרחי להגשמת הצדק.
* צדק הליכי: מה שחשוב לאדם הוא הליך הוגן ולא התוצאה. פגיעה בהליך ההוגן היא פגיעה קשה בצדק. הגישות המתונות יותר סוברות שגם התוצאה חשובה. בהפקעות ההליך ההוגן יהיה הודעה מראש, זמן לפנייה לערכאות.
* צדק מאחה: במקור במשפט הפלילי ומתאים בהפקעות כי הקהילה היא המפקיעה. יש לקחת בחשבון את האינטרסים של כל הצדדים (כולל הקהילה), לדבר ולהגיע להבנות. בדרך זו התוצאה תהיה הצודקת ביותר ותתאים לאינטרס של הבעלים (שאינו תמיד כלכלי). כל הצדדים ירוויחו.

הבעיות בפיצוי לפי מחיר השוק גרידא:

* אבדן ערכים סובייקטיביים: אין הכרה (כמו בארה"ב) בערכים אלו. סוגי הערכים הסובייקטיביים:

1. סנטימנטים.
2. ערכים כלכליים סובייקטיביים (כמו בייביסיטר).
3. אפקט הבעלות- הנטייה להעריך את הנכס יותר משוויו האמיתי. זו הסיבה שהדין האמריקאי לא מתייחס לכך.

- פתרון של **פרחומובסקי ובל** הבעלים ישלם מס עירוני לפי ההערכה שאמר בהפקעה.

* כשל השוק המדומיין: הפיצוי ניתן בשווי הנכס, למרות שהנכס מעפן ולא ניתן לרכוש שום נכס עם פיצוי כזה. לעומת זאת הנכס שהיה בבעלות הנפקע בעבר הושבח. בדין הישראלי יש לכך פתרון.
* הדרת ערכים כלכליים: מחיר השוק מאפשר לקנות מבנה לקיום עסק, אך יש ערך במוניטין ובלקוחות שתלוי במיקום. ערך המבנה לא משקף את פעילות העסק. [המצב בארה"ב מלבד קליפורניה].

ב**ארידור**, **חשין** מתייחס לפיצויים כמעט כאל קניין מתוך תפיסה של צדק מתקן- יש צורך להעמיד את הנפגע במצב הכלכלי שלפני הפגיעה. לפי **ס' 12 לפקודת הקרקעות** קובע שהפיצוי יהיה לפי מחיר השוק של הנכס, ללא התחשבות בכפיה אלא מחיר שהיה מקבל לו היה מוכר מרצונו החופשי.

הפחתת פיצוי:

**ס' 20 לפקוד הקרקעות** קובע שאם ההפקעה לטובת רשות מקומית ניתן להפחית פיצוי עד 25% (בעבר לא רק רשות מקומית). זאת מהסיבה שזה לטובת הקהילה, וכן רשויות מקומיות מצויות בגירעון ויש צורך שיספקו שירותים. סיבה נוספת היא השבחת שאר הקרקע (הנראה הסיבה המרכזית). **ס' 20(ג)** קובע ששר האוצר יכול לבטל את ההפחתה ולהעניק פיצוי נוסף במקרים קשים של עוגמת נפש.

**ס' 190(א)** לחוק התכנון והבניה נותן סמכות להפקעה לרשויות מקומיות. **ס' 190(א)(1)** קובע שניתן להפחית פיצוי בשיעור של 40% ושלא יופקע חלק ממגרש אם זה מוריד את שווי יתרת המגרש. הפרשנות של ביהמ"ש היא שנשארת אפשרות לניצול סביר של יתרת הקרקע ע"י הבעלים. בפועל רשויות לא באמת יכולות לשלם 60% בלבד:

* הלכת חממי: קובעת את ההליך הדו-שלבי (**ס' 189**), אישור התוכנית והביצוע בפועל. בשלב הראשון ניתן לקבל פיצוי בגין גריעה תכנונית לפי **ס' 197** למרות שכתוב שם 'שלא בדרך של הפקעה'. בשלב הראשון יתקבל רוב הפיצוי כי יורד הרבה מהערך, בשלב זה אין הפחתה. בשלב השני יינתן פיצוי על שאר הקרקע ותבוצע הפחתה לפי ס' **190**, אך זה הופך אותה לפחות משמעותית.
* פס"ד חוגלי: ההתיישנות של תביעה על גריעה תכנונית הוא 3 שנים, לכן ההתיישנות תהיה כזו ואם לא תוגש תביעה יפסידו את הפיצוי על ירידת הערך הראשונה. משמע ההליך הדו שלבי פועל לשני הכיוונים.

מתי ראוי להפחית פיצוי?

הרעיון הוא שמפחיתים פיצוי כי יש השבחה של החלק הלא מופקע, ורוצים למנוע התעשרות על חשבון הציבור. ב**פייצר** הפחיתו פיצוי על הפקעה של הקרקע כולה ונוצר אבסורד שתוקן בשנות ה-90. ב**הולצמן** נקבע שלא ניתן להפחית פיצוי אם כל הקרקע הופקעה, אך לא עונים על השאלה מה קורה אם הקרקע לא הושבחה עובדתית.

ב**רוטמן** נקבע שאם הקרקע לא הושבחה עובדתית, הסמכות (של שר התחבורה במקרה זה) להוסיף פיצוי נהיית חובה. הבעיה היא שפס"ד זה ניתן מכוח **פקודת הדרכים ומסילות הברזל** שאינה קיימת עוד. ב**מסרי**, **חוק התכנון והבניה** הוא הרלוונטי, ונקבע שקמה החובה להשלים לפיצוי סבל מלא, אך יש שיקולים לחרוג מכך:

1. פגיעה מינורית.
2. פגיעה שמבוזרת על בעלי קרקעות רבים.
3. הפקעה לצורך קהילתי.

למרות **שחוק התכנון והבניה** מפנה **לפקודת הקרקעות** שההוראה בה זהה לזו **שבפקודת הדרכים**, התוצאה לא זהה. משרד המשפטים מגבש תקנות לגבי החובה להשלמת פיצוי והטעמים להימנע מכך. במקרה של **פקודת הקרקעות:**

* ניתן לטעון שהתוצאה תהיה כמו ב**רוטמן** כי ההוראה בה זהה **לפקודת הדרכים**, שר מפעיל אותה ומדובר בשימוש כללי ולא קהילתי.
* מנגד ניתן לטעון שאחרי החוק לתיקון דיני הרכישה ההוראה בפקודה נוגעת רק לשימושים קהילתיים ולרשויות מקומיות ולכן מתאים יותר להחיל את הלכת **מסרי**.

פיצוי בעין:

* **חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום**: מתמודד עם בעיית כשל השוק המדומיין. **ס' 39(א)** קובע שלא ניתן לפנות מחזיק אם לא מציעים לו דיור חלוף במקום שאינו מועמד לשיקום או שיש לו כזה.
* **חוק התכנון והבניה**: **ס' 194** קובע שבהפקעה יש להעמיד דיור חלוף לבעל זכות או פיצויים לטובת דיור חלוף, לפי בחירתו.

חזרה מהפקעה:

ב**קרסיק**, **חשין** קובע שזיקת הבעלים לקרקע נשמרת ואם מסתיים הצורך הציבורי יש להחזיר לו את הקרקע. מטמיע את היחס הטוב לבעל המקרקעין.

**החוק לתיקון דיני הרכישה**:

1. ביטל את הפחתת הפיצוי.
2. וועדה מייעצת וחובת שימוע בחוק, וכן החזרת הבעלים לשימוע כשנגמר הצורך הציבורי.
3. חובה לתחימת זמן ההפקעה: בעבר היו מוציאים צו אחד שמודיע על ההפקעה ומועדה. היום יש להוציא 2 צווים נפרדים לעניין (**ס' 5 וס' 7**). בצו לפי **ס' 7** צריך להודיע הן על מועד התפיסה והן על מועד תחילת הביצוע (הרבה זמן- 8 עד 15 עם אופציה לשנתיים נוספות, בגלל דיני המכרזים).

התיישנות בפיצויי ההפקעה:

עקרונית 7 שנים. ב**ארידור** חשין קובע שהעילה נולדת כשהרשות מסרבת לפצות, **גרוניס** קובע שכשהרשות תופסת במקרקעין, ו**ארבל** קובעת שכשמתממשת המטרה הציבורית. ב**דנ"א ארידור** מתקבלת עמדת **גרוניס** ולכן הדין הוא שההתיישנות מתחילה מרגע תפיסת החזקה.

דרכי רכישת זכות קניינית

רכישת הזכות הקניינית מעניקה גישה בלתי אמצעית לנכס בניגוד לשלב החוזי, ולכן חשוב להבחין מתי זה קורה.

דרכי הרכישה:

* ירושה
* תפיסת חזקה- התיישנות רוכשת. בוטל בישראל ע"י בימ"ש עליון לגבי מקרקעין בגלל מיעוטים. קיים לגבי מיטלטלין שהופקרו/ אבדו.
* שימוש שאין עמו חזקה בחלוף זמן- זיקת הנאה מכוח שנים.
* שיפור נכסי הזולת- עירוב נכס עם מקרקעין (לדוג' בניה או חיבור) שמשנה את הבעלות.
* עסקה רצונית- הדרך הפשוטה, חלים עליה דיני החוזים ולפעמים יש דרישות מיוחדות כמו דרישת הכתב.

השתכללות הזכות במקרקעין:

לפי **ס' 7 לחוק המקרקעין** הזכות הקניינית היא רק ברישום בטאבו. ב**בוקר** נקבע שכל עוד אין רישום הזכות חוזית בלבד וכלפי המוכר ולא כלפי צד ג'. ב**אהרונוב** נקבע שבגלל חשיבות העסקאות במקרקעין גם בשלב החוזי יש זכות מעין קניינית. קיים פער בין מועד כריתת החוזה למועד הרישום בגלל שמדובר בפרוצדורה שדורשת מיסים ואישורים (שמקבלים לאחר הדיווח על המכירה) וכן הסרת המשכנתאות והשגת המימון המלא לוקחים זמן.

הליך הרישום הסטנדרטי כולל הבאת המסמכים השונים (שטר מכר, חוזה, אישורי עירייה ומיסוי, הסרת משכנתא) וכן רישום הערת אזהרה. הערת אזהרה היא לא זכות קניינית, אך מועילה כי:

* מי שירצה לקנות את הנכס ידע שהקונה בתמונה ולכן ימנע מכך.
* לשכות הרישום לא מעבירות בעלות כל עוד יש הערת אזהרה ואין אישור מבעל ההערה.

הערות אזהרה חשובות בעת חתימת החוזה, בעסקאות קומבינציה ובדיני תחרויות (מניעת נזק זולה).

השתכללות הזכות במיטלטלין:

אין מרשם למיטלטלין ו**ס' 33 לחוק המכר** קובע שהזכות הקניינית תהיה כשהחפץ נמסר, אלא אם הצדדים קבעו אחרת. חשיבות רבה לחזקה.

השתכללות הזכות בנוגע לזכויות:

לדוג' בהמחאת חיובים. **ס' 4(א) לחוק המכר** קובע שהוא חל גם על זכויות, השינוי המחייב כאן הוא שאין החזקה ולכן הזכות תשתכלל במועד כריתת ההסכם (אלא אם הוסכם אחרת). הזכות של הנמחה תתגבש בעת ההסכם בינו לבין הממחה. מקרקעין שלא רשומים בטאבו הם כמו זכויות וגם לגביהם הזכות משתכללת במועד ההסכם.

רכישת דירה מקבלן

ליקויים קוגניטיביים במערכת יחסים בין קונה לקבלן:

* הצפת מידע: הקבלן מכניס פרטים רבים לא חשובים לחוזה וזה מקשה על הקונה מבחינה קוגניטיבית.
* מסגור: הקבלן יודע לנסח את החוזה ולסדרו בדרך שתראה כאילו יש לו הרבה חובות למרות שזה לא המצב. גם זה מקרה על הקורא ההדיוט מבחינה קוגניטיבית.
* שגיאות הסתברותיות: נטייה של אנשים להתמקד בליקויים בעלי תוחלת נזק מזערית והסתברות התרחשות גבוהה במקום להתמקד באירועים שפחות סביר שיתרחשו אך תוחלת הנזק גבוהה מאוד.
* הטיה בין מידע מוחשי ולא מוחשי: נטייה של אנשים להתמקד בדברים המוחשיים בחוזה ולא באלו המופשטים (כמו זכויות), למרות שהם משמעותיים יותר.

בישראל יש לכך 2 פתרונות בצורת הסדרים משפטיים- חובת גילוי ובטוחות.

חובת גילוי ב**חוק המכר (דירות)**:

**ס' 6-2** מחייבים את המוכר לפרט את הממכר בצורה ברורה, נועדו למנוע עמימות ולהביא לידיעת הקונה את כוונתו האמיתית של המוכר, בגלל מעמדו הנחות מבחינת כוח המיקוח (לפי **שמעונוף**).

1. מוכר הדירה חייב לצרף לחוזה מפרט ברור של הדירה ומה שהוא מתחייב לספק.
2. מבנה המפרט. הקונה יכול לוותר על חלק מהתכולה תמורת הנחה.
3. תנאים בגינם המוכר לא מקיים את חיובם (אי התאמות בדירה לדוג'), מתי ייתפס כמפר.
4. אם לא נמסר מפרט מתייחסים כאילו המפרט קובע את הכל באיכות גבוהה.
5. חובה ליידע על התקנון אם אינו המצוי, וכן על הצמדות שנעשו מהרכוש המשותף.

אופן הגילוי- מפורט, בהיר ובמועד עריכת החוזה (טרם החתימה).

אי מילוי החובה- בס' 6 התקנון המצוי יחול כך שלא יתקיים מה שהוא לא גילה.

בטוחות ב**חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות)**:

החוק לא חל על בניה עצמית/ יד שניה. הגדרת הדירה היא לא רק בית מגורים- גם חדר לעסק. לגבי קבוצת רכישה עובדים על הרחבת התחולה.

מצד אחד מצדיקים כפיית בטוחות בגלל הצורך להגן על הרוכש, אך מצד שני יש לה עלות כלכלית שמתגלגלת עליו.

מדוע צריך בטוחות?

* סיכון כלכלי של הרוכש שהקבלן יפשוט את הרגל והוא יישאר ללא כסף/ דירה (כמו ב**חפציבה**).
* סיכון שהשרשור בין הרוכש-קבלן-בעלים לגבי הבעלות בקרקע לא יתממש כי הקבלן אינו הבעלים הישיר. רוצים להבטיח שפגמים בזכות הקניין של הקבלן לא יפגעו שזו של הרוכשים.

סוגי הבטוחות **ס' 2**:

* ערבות בנקאית (פיננסית): עבור כל תשלום הבנק מביא כתב ערבות לרוכש לפיו אם לא תתממש העסקה הבנק יחזיר את הכסף. מתחיל משווי 7% מהדירה.
* ביטוח (פיננסית): מנגנון דומה לערבות בנקאית, רק מול חברת ביטוח.
* הבעיה (רלוונטי גם לערבות בנקאית): הפיצוי הוא רק על קבלת הדירה ולא על נזקים, אינן בידי הרוכש ולא ניתן להתמקח עליהם מול הקבלן. במקרה של נזקים יש ללכת לבימ"ש.
* שיעבוד הקרקע במשכנתא בדרגה ראשונה (קניינית): הקבלן רושם משכנתא במקרקעין בשווי הסכום ששולם לטובת הרוכשים כך שבמקרה של פשיטת רגל הם יפרעו ישר מהקרקע.
* רישום חלק יחסי (קניינית): נפוץ בקבוצות רכישה. הקבלן רושם חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכשים, כספם מוגן כי יש להם בעלות במקרקעין.
* הבעיה (רלוונטי גם למשכנתא): הקבלן בד"כ אינו הבעלים והבעלים האמיתי לא ירצה לעשות זאת. כמו"כ, הבנק ירצה לשמור לעצמו את רישום המשכנתא מדרגה ראשונה ולא ירצה שהרוכשים יעמדו בדרכו במימוש.
* רישום הערת אזהרה על הדירה/ חלק יחסי מהקרקע (קניינית): מגן פחות ממשכנתא או רישום חלק יחסי.
* הבעיה: הקבלן אינו בעל הקרקע ובעל הקרקע יסרב לכך כי הקבלן לא יחשוש להפר חוזה. כמו"כ הערות אזהרה קודמות הופכות את ההערות ע"ש הרוכשים ללא ראשוניות, או שהגורמים שעל שמם הערות האזהרה לא מאפשרים רישום לטובת הרוכשים, כדי שלא יעמדו בדרכם במימוש.

פרשת **חפציבה**:

החובה להקים בטוחות הייתה קיימת לפני **חפציבה**, אך הצליחו להערים על הרוכשים בכ"ז. **צבן** פירש את חוק הבטחת השקעות כחוק צרכני שנועד להגן על קונים פרטיים ולא עסקיים, לגבי האחרונים אין בהכרח פערי כוחות. למרות שהבחנה זו אינה מפורשת בחוק, היא ברורה לפי מטרותיו.

המחוקק תיקן את החוק כך שאין צורך בחשבון מיוחד לשם הערבות, ותמיד הפקדה תחייב ערבות. נוסף **ס' 2א1** שקובע שהמוכר חייב לידע את הקונה בכתה על זכויותיו מכוח החוק וכן ליידע אם הוא בוחר בטוחה שאינה פיננסית. כמו"כ נוסף **ס' 3ג** שקובע שבנק/ תאגיד שנותן הלוואה למטרת רכישת דירה חייב ליידע את הרוכש על זכויותיו לבטוחות וחייב לוודא שניתנה לקונה בטוחה לפני שמעביר אליו את הכסף.

הגנת הבעלות והחזקה

הצדקות למתן אפשרות לחזקה לפי **ויסמן**:

* שמירה על הסדר הציבורי: חזקה נותנת מענה כשלא ברור מה בדיוק הזכויות, גם באופן זמני עד שזה יתברר. אם נשאל כל הזמן שאלות זה יפריע לסדר הציבורי ואם ניתן חזקה זה ייתן שקט יחסי.
* הביקורת: מדובר במשפט פרטי ולא מדיניות ממשלתית. מערכת דינים זו נותנת אפשרות של סעד עצמי ולא בטוח שזה יוביל לסדר ציבורי, אולי אפילו להפך.
* יעילות בהגנה על נכסים: עדיף שמישהו ישב בנכס מאשר שהוא יעמוד ללא שימוש. עלה אחרי המחאה החברתית. בעצם מאזנים בין אלו שצריכים ואין להם לבין אלו שיש להם ולא משתמשים.
* הביקורת: היום ניתן לעשות שימוש בנכס גם כשהוא ריק, מרחוק, לכן התועלתנות לא מיושמת.
* הטלת הנטל על התובע: אין בחזקה ערך קנייני אלא זה כלי עזר דיוני. היא לא קובעת דבר מהותי ולא דיוני.
* עידוד השימוש בנכסים פנויים: טיעון תועלתני לפיו אין סיבה להשאיר נכס פנוי.
* הביקורת: מדובר במדיניות שמיושמת ע"י הפרט. אם באמת רוצים לקדם את זה, זה צריך להיעשות ע"י גורמים ממשלתיים ולא ע"י האדם הפרטי.

הצדקות למתן אפשרות לסעד עצמי:

מדובר בערעור על כך שמי שמפעיל את הכוח הם רשויות השלטון. יש לכך 3 הצדקות עיקריות, אבל גם הן לא גורפות והסעד צריך להיות מוגבל:

* מענה לאופי האנושי: מתן לגיטימציה משפטית לאופי האנושי כדי לא להפוך התנהגות זו לעבריינית, כי ידוע שמי שפוגעים בו יגיב בהפעלת כוח כדי למנוע את הפגיעה.
* חלופה מעשית (בעיקר במיטלטלין): יש מקרים בהם אם אדם לא יוכל להפעיל כוח כסעד עצמי הוא יאבד את הזכות שלו (כמו גניבת פלאפון). גם במקרקעין יש מקרים בהם יהיו נזקים שלא ניתן יהיה להחזיר את המצב לקדמותו לאחר שקרו ולכן זה חשוב.
* כלל קניין לעומת כלל אחריות: לפי כלל קניין אסור לפגוע כלל בנכס של הבעלים. לפי כלל אחריות ניתן לפגוע כל עוד מפצים (כמו הפקעות). אם רוצים להנחיל כלל קניין יש צורך בסעד עצמי כי המחזיק מונע מהפולש לגרום למצב שיצטרכו פיצוי. כלל קניין בגדול מונע סכסוכים ולכן הוא עדיף.

הדין בישראל:

מוגדרים 4 סוגי שחקנים:

1. בעלים- בעל זכות בעלות, יושב/ לא יושב בקרקע. **ס' 16** קובע שהוא רשאי לדרוש את מסירת המקרקעין ממשיג גבול (תביעת פינוי, הסעד יינתן ע"י בימ"ש).
2. מחזיק כדין- מחזיק בפועל שהוא בר רשות מהבעלים להחזיק/ הבעלים עצמו. **ס' 15** קובע שמחזיק יכול להיות מי שהשליטה בידיו/ מי מטעמו. **ס' 17** קובע שהוא יכול לדרוש ממי שאינו זכאי להחזיק להימנע מהפרעה ולסלק מה שמפריע (צו מניעה מבימ"ש).
3. בעל זכות להחזיק- בר הרשאה מהבעלים/ הבעלים עצמו שלא מחזיק בפועל. **ס' 16** קובע שהוא רשאי לדרוש את מסירת המקרקעין ממשיג גבול (תביעת פינוי, הסעד יינתן ע"י בימ"ש).
4. משיג גבול- מחזיק בפועל ללא זכות. **ס' 17** קובע שהוא יכול לדרוש ממי שאינו זכאי להחזיק להימנע מהפרעה ולסלק מה שמפריע (צו מניעה מבימ"ש).

הסעד העצמי בישראל מעוגן בס' **18(ב)** שקובע שהמחזיק כדין יכול להוציא משיג גבול בהתקיים התנאים:

* המחזיק עצמו, לא תאגיד ולא אנשים מטעם המחזיק.
* 30 יום (בעקבות דרישה של הסקטור החקלאי).
* הפעלת כוח במידה סבירה (בד"כ משטרה או הוצאה בעדינות).

**ס' 18(א)** קובע שמחזיק כדין יכול להשתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע השגת גבול/ שלילת שליטה שאינה כדין מראש. **ס' 19** קובע שמי שמוציא מקרקעין מידי מחזיק שלא בהתקיים תנאי **ס' 18(ב)** צריך להחזירם, אך בימ"ש יכול תוך כדי לדון בזכויות הצדדים ולקבוע חזקה אחרת עד להכרעה בזכויות. [תיאורטית ניתן גם להחזיר את משיג הגבול עד תום הדיון].

החזקה כשהמדינה היא הבעלים:

**ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור** קובע שהממונה יכול לתת צו פינוי.

* אין צורך בהחזקה- המדינה יכולה להיות הבעלים ולא חייבת להיות המחזיק כדין, זאת מאחר שאינה מסוגלת להיות המחזיק כדין של כל הקרקעות וזה יעודד פלישה.
* הרחבת הזמן- 6 חודשים מגילוי התפיסה עד 36 חודש מהתפיסה (המדינה לא נמצאת כל הזמן בסביבה).
* הגבלת הסעד העצמי- צו או הליך משפטי ולא כוח.

דיני תחרות

בגישה הקלאסית הכרעת התחרות הייתה לפי הזכויות שיש לשני הצדדים כלפי המוכר. **מאוטנר** מציג תפיסה חדשה לפיה התחרות היא בין הקונים ללא קשר למוכר. מדובר בתאונה משפטית בין השניים, כשהמוכר יוצא מהתמונה (הרבה פעמים גם פיזית- פשיטת רגל, בריחה). לתאונות משפטיות יש מענה בדיני נזיקין, לכן נשאיל את השיקולים משם. 3 השיקולים המרכזיים לפי  **מאוטנר**:

* מניעת תאונות: שיקול EX ANTE. עדיף להשקיע במניעה מוקדמת. לפי **מאוטנר** זה צדק מתגמל- נתמרץ את מונע הנזק הזול למנוע את התאונה. בד"כ באמצעות תו"ל וכן הערת אזהרה.
* מזעור עלויות התאונה: EX POST. לפי **מאוטנר** זה צדק חלוקתי- נטיל את העלויות בצורה היעילה ביותר ולפי שיקולים של זהות הצדדים, מאזן המצוקה, וכן באמצעות תמורה.
* התנהלות מערכתית: EX POST. הצורך להבטיח עלויות זולות- פחות הדיינות, הוצאות לבירור. גם כאן מדובר בצדק חלוקתי, שייבחן לאור הזהות, מאזן המצוקה והתמורה.

שיקולים נוספים שאינם כלכליים:

* אחריות חברתית: האם למישהו הייתה אחריות להרתיע.
* צדק חלוקתי: בעיקר בהקשר של בני זוג מול נושים מוסדיים. הטלת חבות על מוסדיים יותר מעל פרטיים.
* תיאוריית האישיות: נכס שמשמעותי לצד אחד ולא רלוונטי לצד השני (אלא רק ערך הנכס).

**תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה:**

במקרקעין:

ב**דיני היושר האנגליים** הייתה זכות שביושר, לפיה בעל ההתחייבות קודם לנושים בסך הסכום ששילם. בישראל נדחו **דיני היושר** עם חקיקת **חוק המקרקעין** ב1969.

* **הלכת בוקר**: נקבע שמאחר שאין זכות שביושר מעמד בעלי ההתחייבות כנושים, והנושה שמולם גובה לפניהם כי יש לו עיקול. **לנדוי** מכיר בכך שהתוצאה קשה אך אין ברירה כי אין הסדר מיוחד. בעקבות ההלכה מתוקן החוק (1972) ונוסף **ס' 127** שקובע שאם בעל ההתחייבות רושם הערת אזהרה תהיה לו קדימות.
* **בנק המזרחי נ' רוזובסקי**: הכרעה לפי **ס' 127(ב)**, שאם יש הערת אזהרה יש קדימות ואם לא, לא.
* **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**:
* **שטרסברג-כהן** קוראת להכרעה ערכית מכיוון שלא ניתן לפתור את התאונה ע"י שיקול לכתחילה בלבד. יש לשים לב לזהות הצדדים וחשיבות הנכס בעיניהם (תאוריית האישיות) וכן למאזן המצוקה בין נושים מוסדיים לבין משפחה. לא ניתן להכריע בצורה טכנית כי נוצר מעגל שלם (אצל מירון). אם לא שולמה התמורה במלואה מחלקים לפי דיני היושר.
* **ברק** בדעת רוב מכריע שלפי **ס' 9** יש עליונות לראשון בזמן (ברירת המחדל היא שהוא גובר) וזה מצביע על זכות מעין קניינית שיש ברגע שנחתמת עסקה. ההשוואה היא כי **ס' 9** עוסק באותה זכות. לכן אין צורך להידרש להכרעה ערכית ובעל ההתחייבות גובר. לא משנה אם התמורה שולמה במלואה או לא (אם לא, תשולם לכונס הנכסים.
* **בנק המזרחי נ' גדי**: גם לאחר הקביעה ב**גנץ** אין צורך לרשום הערת אזהרה ע"מ לזכות כי:

1. מדובר במוסד שונה ולגבי עיקול הערת אזהרה לא הייתה עוזרת ומונעת את התאונה מלכתחילה.
2. אין הסתמכות על נכס ספציפי מצד הנושה אלא כל הנכסים מעוקלים והצד השני מסתמך על אחד.
3. האינטרס של המעקל בנכס הספציפי נמוך מאוד, הוא מעוניין בשוויו.

* **רשף נ' יוסף**: נושים מקצועיים (בייחוד בנקים) צריכים לרשום הערת אזהרה כדי לזכות. בנוסף בנקים מסתמכים על רישום ויש להם אינטרס בו ולכן ניתן להטיל עליהם חובה כזו (תו"ל). כמו"כ יש להם מחויבות לציבור והם שחקנים חוזרים. כאן מדובר בנושה מקצועי למול נושה רגיל ולכן מאזן המצוקה משתנה. [אחריות מוגברת על בנקים].

במיטלטלין וזכויות:

הלכת אהרונוב, הראשון בזמן זוכה (ס' 12 לחוק המיטלטלין במקום ס' 9).

**תחרות של עסקאות נוגדות:**

במקרקעין:

**ס' 9**  מסדיר את זה וקובע שברירת המחדל היא שהראשון בזמן ינצח, אלא אם השני היה תם לב, רשם את הנכס ושילם את התמורה.

* **ורטהיימר**:נקבע שהראשון בזמן זוכה למרות שמאזן המצוקה הפוך (בעייתי) מכיוון שהשני לא רשם וגם לא בטוח שהיה תם לב. [ניתן היה לפתור מקרה זה ע"י **חוק החוזים (תרופות)** בטענה שלא צודק לאכוף את העסקה].
* **ברק** משאיר בצ"ע את השאלות אם התעקשות לקבלת הנכס למרות מאזן המצוקה עולה כדי חוסר תום לב ומה ההשלכה של אי רישום הערת אזהרה ע"י הראשון בזמן (התשובה ב**גנץ**).
* **גנץ**: נקבע שאדם יכול לעשות עסקה במקרקעין כשיש לו התחייבות לעסקה מהבעלים. **ברק** קובע שאי רישום הערת אזהרה עולה כדי חוסר תום לב של הראשון בזמן (כלפי כולי עלמא), תום לב מחייב את כל הדינים (**ס' 61+39(ב)**) ולכן השני בזמן יזכה. זאת בגלל שהראשון היה יכול למנוע את התאונה ורק אם לא התקיים אחד הסייגים:
* לא ניתן לרשום: לדוג' הלשכות סגורות, ולכן לא מדובר בהתרשלות של הראשון ולא נטיל אחריות.
* אי הרישום מוצדק: ישנם שיקולי מדיניות לפיהם לא נרצה לחייב רישום, כמו התחייבות בין בני זוג. גם כאן אין התרשלות מצד הראשון.
* אין קשר סיבתי: אם אין קש"ס לא ניתן להגיד שהראשון היה מונע נזק זול והוא אחראי לתאונה.

1. השני ידע על הראשון ובכ"ז התקשר.
2. השני לא בדק את המרשם.
3. השני לא ירד לשטח (אם היה יורד היה מגלה שהראשון יושב שם).

* התחייבות כלפי המוכר לא לרשום: יכול לנבוע מצורך בהסרת הערות קודמות או רצון המוכר לשמור על חופש תמרון. **ברק** קובע שכאן אין ברירה לראשון ולכן הוא לא אחראי.
* בעייתי להכיר בצורך של המוכר לתמרון כהצדקה להכנסת תמי לב לתאונות. זה פתח שעלול ליצור תאונות רבות ובעייתי לראות ביחסים המסחריים בין קונה למוכר כהצדקה.

**פרוקצ'יה** מעלה אפשרות לפיה אם השני רשם הערת אזהרה בלבד (ולא את הנכס על שמו) זה מספיק לצורך **ס' 9** כי מטרת הרישום היא להזהיר קונים פוטנציאלים נוספים.

* **ביאד נ' לחאם**: **עמית** מאמץ את **הלכת גנץ** בהרחבה וקובע שבגלל שהראשון מונע הנזק הזול ותוחלת הנזק גבוהה מאוד הנטל עליו להוכיח שהשני על בחוסר תום לב או ידע/ צריך היה לדעת על העסקה אם הראשון.

במיטלטלין וזכויות:

ס**ס' 12 לחוק המיטלטלין** קובע שהראשון בזמן זוכה אלא אם השני:

1. קיבל את המיטלטלין לידיו (לפי לשון החוק). יש צורך שהוא יחזיק את הנכס ויגבש את הבעלות לפי החוזה.
2. שילם תמורה ממשית בת ערך. יכולה להיות גם שינוי מצב לרעה (מראה כוונת התקשרות).
3. פעל בתו"ל סובייקטיבי, השני לא ידע ולא עצם עיניים למכירה הראשונה.

**ס' 13** קובע שזה חל גם על זכויות. העברת הזכות תהיה במועד כריתת החוזה (לכן קשה למצוא מקרים של עסקאות נוגדות בזכויות, זה עובר לתקנת השוק).

לפי **טקסטיל ריינס** יש להבחין בין מצב של עסקאות נוגדות לבין מצב של תקנת השוק. זה תלוי בשאלה מי הבעלים ויש לבחון זאת ברגע ההעברה ע"י בחינת החוזה (במיטלטלין ברירת המחדל היא שהבעלות מתגבשת בחזקה אך ניתן לשנות זאת).

**תחרות של תקנת השוק:**

במקרקעין:

המטרה של תקנת השוק היא לאפשר התנהלות שוקית תקינה, ובמקרקעין המטרה היא לאפשר הסתמכות על המרשם. לכן אם יש טעות במרשם (ולא בזיהוי הבעלים) עדיין העסקה תהיה תקפה לי **ס' 10**. דרישות הס' צריכות להתמלא בצורה דווקנית:

* תמורה: תמורה בת ערך מלאה.
* הסתמכות על המרשם: טעות במרשם עצמו ולא בדבר חיצוני לו (התחזות, ייפוי כוח מזויף).
* תום לב:
* תו"ל סובייקטיבי: לא ידע ולא עצם עיניים לגבי הפגם. יהיו מקרים בהם ייבחן תו"ל אובייקטיבי. תו"ל שמצביע על כך שהרוכש האמין שהמוכר הוא אכן הבעלים כפי שמופיע במרשם.
* תו"ל בכל השלבים: הן בעסקה והן ברישום. לגבי רוכש שרשם על שמו לפני ששולמה התמורה במלואה אין תשובה ויש לבחון לאור מטרות תקנת השוק (התנהלות תקינה, ללא חשדות).

מרשם בצורת הערת אזהרה:

מאחר שזו פרקטיקה נוהגת הגיוני להחיל עליה את תקנת השוק. ב**מרדכיוב**, **רובינשטיין** קובע שזו טעות במרשם ולכן ניתן להחיל את תקנת השוק בהתקיים התנאים (בנוסף לתנאים שלעיל, משמע רק אם בסוף יהיה רישום רגיל):

* בדיקה ראויה של עסקת היסוד: סטנדרט אובייקטיבי. בדיקה של תקינות המסמכים וכו'. גם מבחינה מסחרית הגיוני לבצע בדיקה מעמיקה של עסקת היסוד אם יש הערת אזהרה בלבד, ולכן זו הדרישה.
* התניית התשלומים: תשלום הרוב לאחר הרישום. זו גם פרקטיקה מסחרית. אם הקונה פועל לפי הכללים המסחריים כנראה שהוא פעל בתום לב.

במיטלטלין:

בגלל שאין מרשם החוק קובע תנאים רבים ב**ס' 34 לחוק המכר**:

* נמכר: הקניית נכס תמורת תשלום. המחיר צריך להיות אובייקטיבי במטרה למנוע קנוניות. ב**כנען** השתמשו במחיר אובייקטיבי בצורה רטרואקטיבית וקיצונית וזה בעייתי (אין לזה הצדקה).
* נכס נד: נכס מוחשי (לא משנה אם יש או אין עליו מרשם).
* ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר: לפי גישת **זמיר** זה נועד לוודא את תו"ל של הקונה, היום זה בעייתי כי יש מקומות רבים שמוכרים דברים רבים. לפי גישת **דגן** זה נועד לתמרץ את המוכר לוודא את מקור הסחורה שלו כשמדובר בסחורה שאינו רגיל לסחור בה. אם מדובר בתום לב של הקונה אולי ניתן להחיל את זה על מכירות יד 2, אם מדובר במסחר של המוכר זה יהיה יותר מסובך כי לא מדובר בסוחרים.
* במהלך העסקים הרגיל: אין נסיבות מחשידות (מבחינת מקום, מועד, תנאים) נועד להבטיח תו"ל של הקונה.
* קנה וקיבל: הסטנדרט של הבעלות במיטלטלין. חזקה גם בידי מי מטעם הקונה. יש צורך גם בהעברת החזרה וגם בהעברת הבעלות (במקרה שסיכמו שזה לא ביחד).
* בתום לב: לאורך כל הסיפור. תו"ל סובייקטיבי שמגשים את הרציונל של תקנת השוק. ב**רוזנשטרייך** נקבע שהעסקה תקינה גם אם הייתה יכולה להיות ידיעה קונסטרוקטיבית, לא ייקחו את הנכס בשל חוסר תום לב אבל עדיין יפרעו מהשעבוד במידת הצורך.

ב**כנען** מס' דרכים הובילו להחזרת הציורים.

במסלול החוזי: **אור** קבע שהייתה טעות משותפת של המוכרת והקונה, אך כאן קמה חובה לבטל את החוזה כיוון שמדובר בעשיית עושר. 🡨 בעייתי כי מכניסים שיקולים חיצוניים לכוונת הצדדים. **ברק** קבע שהסירוב להחזיר את הציורים מבטא חוסר תו"ל אובייקטיבי, למרות שהיה תו"ל סובייקטיבי במהלך הרכישה עדיין יש לנהוג בתו"ל. גם יוצרת בעיות אך נכונה יותר משל **אור**.

במסלול של תקנת השוק: בימ"ש קובע שסוג הנכס הוא לא מהסוג שרגילים למכור בחנות כזו. 🡨 נוגד את הרציונל של תקנת השוק מבחינת תו"ל של הקונה (**זמיר**) כי הגילוי המאוחר לא מצביע על חוסר תו"ל. גם אם לפי **דגן** הטיעון הגיוני (היה על המוכרת לברר יותר), עדיין זה חותר תחת הרציונל של תקנת השוק- לאפשר חיי מסחר ללא בירורים. בנוסף הוא קובע שהיה כשלון תמורה בדיעבד. 🡨 בעייתי ביותר כי כל הרציונל של תקנת השוק הוא להכשיר מקרים כאלו. כל רכש בעתיד יצטרך להיבדק לעילא ולעילא. **ברק** מחיל את מאזן המצוקה אך הוא נקבע ע"ב תמורה בדיעבד.

בימ"ש עשה את זה כי רוב המקרים הם לא כאלו והטעות היא לא ביחס לממכר ושוויו, כך שאין פער במאזן המצוקה. לכן זה לא קביעה כ"כ דרמטית מבחינתו כי היא תשפיע רק על מקרים דומים.

סחר פרטי:

תקנת השוק לא חלה על סחר מסוג זה, עולה שאלה ביחס לפלטפורמות כמו יד2, כי מדובר בשחקנים חוזרים שניתן להתחקות אחריהם. כרגע זה לא חוסה תחת תקנת השוק כי קשה לראות בהם כסוחרים. האם ניתן להצדיק החלה על מוכרים פרטיים?

* ככל שהסחר הפרטי יתעצם יהיה קל יותר להסתכל בצורה כזו, כי אנשים יהיו מעורבים כל הזמן במסחר כזה ויהיה מידע מספיק כדי לראות אמינות.
* במקרה כזה תהיה התנאה שהעברת הבעלות היא בתשלום ולא בקבלת המוצר (חייבת להיות בעלות ולא חזקה?).

בזכויות:

**ס' 4 לחוק המחאת חיובים** קובע שהראשון בזמן זוכה אלא אם השני הודיע לחייב קודם (בעצם מי שמעדכן ראשון). רלוונטי במיוחד במקרקעין לא רשומים (הבעלות מתגבשת בכריתת החוזה לפי **ס' 33 לחוק המכר**), ולפי **ס' 4** הזוכה הוא זה שיעדכן ראשון את החייב (רמ"י). הסיבה לכך היא כדי לתמרץ את הראשון לעדכן כדי למנוע תאונות משפטיות, כיוון שזכויות הן מופשטות ורוצים לאפשר שוק תקין.

**מצא בגנץ** מעלה שאלה אם אי רישום של מקרקעין לא רשומים (במסמכי החברה/ המנהל) מראה על חוסר תום לב אובייקטיבי (בדומה ל**גנץ**), אין הלכה בעניין.

תחרויות עם עסקאות מתנה:

לפי **ס' 1 לחוק המתנה** מתנה תהיה רק אם אין תמורה. **ס' 2** קובע שסיום העסקה יהיה כשיש הסכמת שני הצדדים. **ס' 3** קובע חזקה על המקבל שהסכים אם לא אמר תוך זמן סביר. **ס' 5** קובע שניתן לתת התחייבות למתנה (צריכה להיות בכתב) והמקבל יכול לחזור בו כל עוד המקבל לא שינה את מצבו והוא לא ויתר על כך, או אם יש התנהגות מחפירה של המקבל/ מצב כלכלי מחפיר של הנותן. זה יוצר בעייתיות כי ניתן לפי דיני התחרויות להבריח כך נכסים.

הבעיות שיוצרת עסקת מתנה:

* תמורה: מאחר שאין תמורה יהיה קשה למקבל בתור שני בזמן למלא את תנאי **ס' 9**. ב**סולימאן**, **דנציגר** קובע ש:
* מאזן המצוקה ייטה כמעט תמיד לטובת הראשון בזמן כי יש לו יותר מה להפסיד.
* התנאי של תמורה ב**ס' 9** יוכל להתקיים רק אם הוא יראה הסתמכות ממשית (שינוי מצב לרעה).
* אין צורך ברישום הערת אזהרה מצד הראשון בזמן למרות הקביעה ב**גנץ**. [הגיוני כי המקבל לא מסתכל בד"כ].
* נושים: ב**לניאדו** נקבע שלמרות שלפי **אהרונוב** **וגדי** מקבל המתנה צריך לגבור גם אם אין הערת אזהרה, זה לא המצב בעניין מתנה.
* ניתן לטעון שזה לא מוצדק כי יש את הרציונל של חשיבות הנכס מצד מקבל המתנה למול חשיבותו מצד הנושה (רוצה רק את הכסף), הנושה מסתמך על כל הנכסים ומקבל המתנה רק על אחד, ולמרות שהנושה לא מקבל את תמורת הנכס (כי אין תמורה) זו לא הסיבה להעדפתו.

אך **אלון** קובע שבמצב שאין הערת אזהרה הנושה עדיף, אך עדיין מקבל המתנה יגבר רק אם יתקיימו תנאים מסוימים:

* הנסיבות מעידות שהמתנה אמיתית (ולא לצורך הברחת נכסים במקרה של פשיטת רגל).
* בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה.
* חזרה אינה אפשרית (כמו ייפוי כוח בלתי הדיר).
* הנושה ידע על המתנה (מה שמעיד על חוסר תום לב של הנושה).

שעבודים

**ס' 1(א) לחוק המשכון** קובע שמשכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב, כך שאם לא נפרע החוב ניתן להיפרע מהנכס. ב**קידוחי הצפון**, **חשין** קובע שהשעבוד מקנה זכות קניינית לנושה.

יתרונות מוסד המשכון:

* לנושה: מקים לו בטוחה למימוש החוב, נותן לו קדימות בסדר הפירעון.
* לחייב: נותן אפשרות לתנאי הלוואה טובים יותר עקב צמצום הסיכון.
* לחברה כולה: מאפשר יותר עסקאות שלא היו מתאפשרות ללא תנאים טובים.

סדר הפירעון:

1. שסל"ן: שיעבוד ספציפי לרכישת נכס. השעבוד יהיה על הנכס הנרכש, נועד למקרים שלפני חדלון פירעון לצורך מתן אפשרות לחברה להשתקם. המלווה נפרע רק מהנכס הזה וקודם בהקשרו. החייב לא יכול למכור ללא הסכמת המשעבד.
2. שיעבוד ספציפי: המלווה משעבד נכס ספציפי קיים וייפרע ממנו ראשון. גם כאן לא ניתן למכור ללא הסכמה.
3. שכר עבודה + פיצויי פיטורין.
4. מיסים + דמי שכירות על הנכס.
5. שיעבוד צף: מבחינת החייב זה עדיף כי לא מדובר בנכס ספציפי אלא בסכום מסוים שייפרע מכל נכס שהוא, ללא יכולת לדרוש להיפרע מנכס מסוים דווקא. מתאים למקרים שהחייב לא מסכים שיעבוד ספציפי ולמקרים שאופי הנכס לא מאפשר זאת. מלווים מסכימים לזה ממס' סיבות:

* מבטיח להם מקום טוב יותר מאשר ללא בטוחה.
* ייקחו ריבית גבוהה יותר, בהתאם לסיכון (יהיה איזון תמיד בין הריבית לבין הבטוחה).

1. נושים ללא בטוחות: אנשים שהחייב חייב להם, ללא זכות של שעבוד (אחרת הייתה להם זכות קניינית), אלו שבתחרות מהסוג הראשון.

עסקאות קונסיגנציה:

הבעלים מעביר את הנכס למוכר שמוכר אותו ללקוח. פרקטיקה נפוצה שמאפשרת מסחר (חנויות לא תמיד מסכימות לרכוש כמויות גדולות ומעדיפות שזה יישאר בידי הבעלים).

ב**קולומבו** נקבע שלא מדובר בעסקת קונסיגנציה אלא בניסיון לשמור על מקום בסדר הפירעון, כי העסקה עונה על **ס' 2(ב) לחוק המשכון** לפיו ההוראות חלות על כל עסקה שמטרתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, ללא קשר לשמה הפורמלי. בימ"ש קובע שנעשתה כאן העדפת נושים כי לא ניתן לעשות בנכס שיעבוד ספציפי, לכן הנושים היו אמורים להיות בדרגת שיעבוד צף ולא רצו זאת. הם אפילו לא רשמו ולכן הם למעשה נושים לא מובטחים. הוא קובע שזו הייתה מטרת העסקה ומהותה. זו הלכה בעייתית כי היא משמרת תפיסה חשדנית ביחס לפרקטיקה הרווחת בשוק ויכולה להוביל לבעיות בשוק.

* הצדקות:
* מתן תוקף להיבט המסחרי של העסקה ולכוונה האמיתית של הצדדים.
* בחינה ע"פ הרציונלים של חוק המשכון- הגנה על צד ג', פומביות.
* ביקורת: נלמד מ**קידוחי הצפון**, שם נקבע ש**הלכת קולומבו** תתפרש בצמצום ואינה חלה על מקרי מכר בתנאי של שמירת בעלות. הפרקטיקה של עסקאות קונסיגנציה מקובלת ומאפיינת את המסחר. ההלכה תחול רק כשברור שהמטרה היא הברחת נכסים.
* ביקורת מסחרית:
* זו פגיעה בפרקטיקה שנותנת אשראי ולכן הכרחית בשוק.
* דרישת הרישום בעסקאות כאלו יקרה ואינה מעשית.
* לא ניתן לשעבד ספציפית סחורה מסוג זה ושיעבוד צף לא רלוונטי (גופים קטנים, פרטיים).
* השוק לא הפנים הלכה זו ואין עליה מידע משפטי.
* ביקורת תיאורטית:
* ההלכה מרימה על נס את הפומביות אך פוגעת בזכות לקניין [אולי כי מוציאים אותו מהבעלים?] ובחופש ההתקשרות.
* צריך לפרש את **ס' 2(ב)** בצמצום, אחרת בימ"ש יעשה העדפת נושים של נושי המוכר על פני נושי הבעלים ויחטיא את מטרתו.

כוח המשכון:

**ס' 4 לחוק המשכון** קובע את סדר הפירעון, הפרקטיקה המקובלת לפיו היא לרשום פעמיים (במרשם המקרקעין ורשם המשכונות) כדי להימנע מתאונות בבימ"ש. הטעם לדרישת הרישום הוא הפומביות, והתוקף של המשכון כלפי צד ג' יהיה רק משעת הרישום.

* חריג לכך הוא **ס' 34 לחוק המכר** שקובע שבתחרות של תקנת השוק התקנה גוברת על משכונים אם תנאיה מתקיימים, ומי שזכאי לנכס מתוקפה משוחרר מהשעבודים.

**ס' 6** קובע שכל עוד אין התנאה אחרת אין מניעה לרשום משכון נוסף על אותו נכס, כאשר השני יפרע ממה שיישאר לאחר הראשון. זה טוב לשני כאשר:

1. הנכס עולה בהרבה על ההלוואה של הראשון, או שמשלמים את ההלוואה בתשלומים כך שבמועד הפירעון הוא יעלה עליה.
2. כשמועד פירעון החוב הראשון קרוב והגיוני שהוא ייפרע.
3. עדיף להיות נושה מובטח מאשר נושה לא מובטח.
4. הסיכון יבוא לידי ביטוי בשיעור הריבית.

מה קורה כשיש תנאי ולמרות זאת נעשה משכון שני? האם הנושה השני הופך לנושה ללא בטוחה או גובה אחרי הראשון?

יש מחלוקת ב**מחוזי**:

* לפי **ויסמן** ההגבלה שוללת את אפשרות המשכון של הנכס ולכן השני הופך לנושה לא מובטח.
* לפי **גרוסקוף**, **זלצמן** ו**לרנר** כל עוד המשכון הראשון נפרע במלואו אין למנוע את פריעת השני.

ב**שטיינמיץ**, **אנגלרד** קבע שכשמדובר בזכות משכון עתידית, כל עוד הנכס לא עבר לידי הקונה הנכס הממושכן הוא זכויות חוזיות בלבד ויפעלו לפי הוראת החוק בעניין, כך שיש 2 אפשרויות לנושה:

1. לפנות לבימ"ש או להוצל"פ ולמכור את הזכויות החוזיות של הקונה (רק כל עוד החוזה תקף).
2. לבוא בנעלי הקונה בהסכם מול המוכר (לפי **ס' 20 לחוק המשכון**).

רישיון (בר רשות) במקרקעין

הזכויות של בר רשות מוסדרות בפסיקה ולא בחקיקה, ובגלל שאין זכות במקרקעין אלא בחוק המקרקעין רישיון במקרקעין הוא לא זכות קניינית. רישיון הוא רשות להשתמש שלא באחת מהדרכים:

* בעלות
* שכירות ושאילה
* זיקת הנאה
* משכנתא
* זכות קדימה

מקורו במשפט האנגלי ו**נינה זלצמן** מגדירה אותו כהיתר/ רשות להחזיק/ להשתמש בנכס שנלמדת מחוזה/ שתיקה.

רישיון יכול להינתן ע"י חוזה או מכללא- כשיש שתיקה מצד בעל המקרקעין. לפי **נחום** המשמעות היא שרישיון כזה מקורו בעוולת הסגת גבול. הפרשנות של כל רישיון תהיה בפני עצמו ואין כללים מוגדרים בפסיקה.

הקריטריונים להגנה על רישיון:

* היקף ההשקעה: ככל שבעל הרשות השקיע יותר בימ"ש יותר ייטה להתיר את הרישיון.
* ציפייה לגיטימית והסתמכות: ככל שיש יותר הסתמכות על הסכמה שקיבל בעל הרשות בימ"ש ייטה להתיר.
* משך ההחזקה: בימ"ש מתחשב בכך כפי שהיה ב**נחום**.
* תמורה: רישיון לא חייב להינתן בתמורה. גם אם ניתן רישיון בחינם בימ"ש לא בהכרח יבטל אותו, אך זה שיקול נוסף במאזן השיקולים.

ב**ציזיק** נקבע שבגלל שהיקף ההשקעות של הבת היה רציני, הייתה לה ציפייה לגיטימית בעקבות ההבטחה מאביה, היא השתמשה הרבה זמן- ולמרות שהרשות ניתנה בחינם בימ"ש קובע שבידיה רישיון בלתי הדיר.

ציפייה והשתק: כדי שתהיה זכות שימוש צריך קשר סיבתי בין ציפייה לשינוי מצב לרעה, וכשיש כזה יבואו לקראת בעל הרשות. לכן כשבלתי צודק לאפשר התנערות או התכחשות למתן הרשות בימ"ש יחליט שיש זכות בלתי הדירה מכוח השתק. למרות שאין זכות קניינית, ניתן לטעון להשתק גם בהסכמה מכללא (משמע סירוב הבעלים כפוף לעקרונות הצדק) וזה רלוונטי להסגת גבול.

עבירות: בעל הרשות יכול להעבירה לצד ג' בהסכמת הנותן. הרישיון נגמר ברגע שנגמרת הבעלות וחליפו של הבעלים לא כפוף לרשות כזו.

סעדים:

* ביטול ללא פיצוי.
* הודעה מוקדמת סבירה והולמת (תוך התחשבות בנסיבות ובציפייה).
* פיצוי על השבחה כפי שנאמר ב**רוזן**.
* רשות בלתי הדירה (במקרי קיצון).

זכות שימוש במקרקעי ציבור:

ב**היפר חליף** מזוז (בדעת מיעוט) קובע שלא ניתן להכיר ברישיון מכללא במקרקעי ציבור כי:

* כדי לשמר את מוסד מקרקעי הציבור אי אפשר להכיר בכך, לא יישארו מקרקעי ציבור (אינטרס הציבור).
* קושי בפיקוח בגלל שיש הרבה מקרקעין.
* אין הסכמה מצד הרשויות אלא הן מתרשלות בטיפול בפלישה.

גם ב**חבה** הייתה אמירה דומה שיש לדאוג לאינטרס בציבור ולמנוע פלישה.

**רובינשטיין** בדעת רוב קובע שניתן להכיר בהסכמה מכללא במקרקעי ציבור, אבל רק במקרים חריגים מאוד- כשהרשות יישבה את האנשים שם והם השקיעו מכספם על בסיס הציפיות. הפתרון במקרים אלו יהיה פינוי אך עם תמורה ראויה. [**נחום** ישבו 60 שנה על הקרקע בלי שיינקטו צעדים כלל].