

**זיהוי הנושא/הסוגיה ← ציון הכלל המשפטי ← יישום הנושא על הכלל ← מסקנה**

4 קודם כל יש לתאר את מצב המקרקעין – מקרקעין רשומים (מוסדרים) / לא רשומים:

- אם המקרקעין מוסדרים – נפעל לפי **חוק המקרקעין (ס' 12-13)**.
  - אם המקרקעין לא מוסדרים – נתייחס כזכויות לכל דבר ועניין ונדון לפי **ס' 33 לחוק המכר, ס' 4 לחוק המחאת חיובים**.
- 4 כשאני מעבירה למישהו במתנה מקרקעין או שמקרקעין עוברים בירושה – הזכות היא חוזית לחלוטין – עד שרושמים אותה בטאבו שהוא השלב שהופך את הזכות החוזית לקניינית (למעט: זיקת הנאה מכוח שנים, וזכות קדימה של בני זוג/משק חקלאי של יורשים).
- 4 **תמיד לזכור לדון בהצדקות לזכות הקניינית הפרטית! (תמיד יהיה עניין לחירות) + מחוברים + תחרויות.**

**בעלות במקרקעין**

✓ **הבעלות השונה בין סוגי המקרקעין השונים:**

○ **מקרקעין חקלאיים** – בעלי רשות שימוש והחזקה בלבד. זכות מוגבלת וחלשה – חוזית ולא קניינית (בניגוד לזיקת הנאה). רוב המגזר החקלאי בארץ מנוהל כך, המדינה היא הבעלים של הקרקע והאגודות השיתופיות מקבלות רישיון בלבד.

**דרכים לרכישות רישיון במקרקעין:**

- **הסכם** – מתן רשות ע"י בעלי המקרקעין להיכנס ולהשתמש בו.
- **פעילות ושיבה של אדם במקרקעין שלא בהסכמה מודעת של הבעלים** (ללא רשותו), הבעלים שתק. לא מדובר בזיקת הנאה המצריכה זמן ארוך, בעוד את הרישיון ניתן לקבל תוך זמן קצר וזיקת הנאה לא מאפשרת החזקה במקרקעין. אדם המחזיק במקרקעין יכול לטעון להחזקה בו.
- **מקרקעי ייעוד** – **ס' 107 לחוק המקרקעין** אלו מקרקעין ציבוריים המיועדים לשימוש ותועלת הציבור, בס' מוגדרת רשימת קרקעות ייעוד; **עמ' 27**

▪ **הרציונל: (1)** מדובר במשאבים ציבוריים מהותם שנועדו לטובת שירותים לציבור; **(2)** אלו אזורים שיש בהם תהליכי חברות.

▪ **עסקה במקרקעי ייעוד: ס' 111 לחוק המקרקעין** לא יינתן תוקף לעסקה במקרקעין שטעונה אישור (אלא באישור שר/ממשלה).

- **חריגים: (1)** העסקה אינה טעונה רישום (שכירות קצרת מועד היא העסקה היחידה במקרקעין שאינה טעונה רישום), **רציונל:** אין חשש בטחוני או שהקרקע תהיה בבעלות אחרת; **(2)** העסקה אושרה ע"י שר/הממשלה, **רציונל:** נועד להתמודדות עם כשלי שוק, כמו משיכת משקיעים ע"מ לאפשר פרויקטים שאין ביכולת המדינה לבצע).

**מקרקעי ייעוד הם מקרקעים רשומים/מוסדרים!!**

- **אוצרות טבע ועתיקות ס' 12 לחוק המקרקעין** – דין אחר מהבעלות הרגילה על הקרקע **Samedan** חשין סוטה מתפיסתו הליברטריאנית ומבין שבדיני קניין ישנם גם ערכים נוספים. **אם זיהינו שחוק מסוים הוא חוק קנייני עם ערך דומיננטי מסוים, כל הוראות החוק צריכות להתפרש בצורה שתגשים את הערך** – באוצרות טבע המטרה במקסום הרווחה המצרפית. **עמ' 22**
- **קרקע פרטית טהורה/חכירה לדורות** – **7%** בעלות פרטית טהורה. **93%** בבעלות המדינה ומוכר לדורות. **לוסטיג** – חכירה לדורות דומה במאפייניה לבעלות. המדינה תתערב במקרים קיצוניים בלבד. זכות חזקה.

**טענת סף –**

- הקרקע בבעלות המדינה וניתן להגדירה **כציבורית**, ממילא היא כפופה לנורמות ציבוריות.
  - המדינה היא הבעלים של הקרקע, ויש לה אחריות לגבי אפליה המתבצעת בקרקע. **קעדאן** – למדינה אחריות על הפליה המתבצעת בקרקע שלה, גם כאשר ההפליה מתבצעת ע"י **גוף שלישי**. (לדוג': ועדות קבלה)
- מנגד** – **לוסטיג** חכירה לדורות דומה במאפייניה לבעלות. המדינה תתערב במקרים קיצוניים בלבד.

✓ **מקור זכות הבעלות: ס' 2 לחוק המקרקעין** – הבעלים יכול לעשות מה שהוא רוצה בכפוף לכל דין.

✓ **יש לבדוק/להניח את מצב המקרקעין – נניח שמדובר במקרקעין רשומים (מוסדרים) ולא במקרקעין אחרים:**

- **ס' 7 לחוק המקרקעין** – כדי שתהיה זכות קניין במקרקעין, המקרקעין צריכים להיות רשומים בלשכת הרישום (הטאבו) ← עד הרישום בטאבו, הזכות היא חוזית בלבד ולא קניינית.
  - **בבלי** – **הלכת השיתוף** – במצב בו יש חלוקת רכוש בין זוג שמתגרש, ויש להם דירת מגורים ששניהם מתגוררים ביחד, ורק הבעל רשום בלשכת הרישום כבעלים, ביהמ"ש יצמצם את זכות הבעלות שלו לחצי, למרות **ס' 7**.
- **ס' 161 לחוק המקרקעין** – אין זכויות שבייחוד, אלא רק זכויות קנייניות שהוגדרו עפ"י חוק. שופט לא יכול להגדיר זכות קניינית שאינה מוגדרת בחוק.
  - **אלוניאל נ' מקדונלד** – **זכות לפרסום** – בהמ"ש לא הגדיר מוסד קנייני יש מאין, אלא הותיר את האיזון בידי המחוקק.
  - **בן חמו נ' טנא נוגה** – **זכות להפצה** – **שטרסברג-כהן** ערכה איזון ערכי במקום להותיר זאת בידי המחוקק.

✓ **בבולות זכות הבעלות / עסקה במקרקעין: ס' 13 לחוק המקרקעין חל רק על מקרקעין רשומים (מוסדרים)!**

**פיצול חלקה:**

○ **כלל: ס' 13 לחוק המקרקעין** – אין תוקף לעסקה בחלק מסוים של מקרקעין. כלומר, לא ניתן למכור רק חלק מחלקה. יחידת הבסיס במקרקעין זו חלקה. **עמ' 15**

- **הרציונל:** חשש מפני פיצול יתר של מקרקעין שעלול לגרום ל: **עמ' 16**
  - **קושי באיתור** – פיצול יתר עשוי להקשות עלינו מאוד לקבץ מחדש את המקרקעין בשל הקושי באיתור המוני הבעלים.
  - **עלויות העסקה** של החזרת המצב לקדמותו יהיו גבוהות מאוד, וככלל שיהיו יותר בעלים כך זה יהיה יותר יקר.

- **בעיית הסחטן** – אם אנו רוצים לבנות בחלקה המחולקת ל-5 חלקות, האדם ה-5 יכול לסחוט אותנו כשיבין שאנחנו מעוניינים בכל החלקה. הדבר יוביל לפגיעה ביעילות ולעלויות עסקה מאוד גבוהות.
- אם החלקה הייתה מפוצלת לבעלותם של המון אנשים, יהיה קשה מנשוא לפרק שיתוף בחלקות כיוון שהפירוק דורש שיתוף והסכמה של כל השותפים.
- **הנחת היסוד בס':** החלוקה שנעשתה ע"י המדינה נעשתה מתוך מחשבה והגיון ונועדה להיטיב עם החברה בצורה הראויה והאופטימלית ביותר. מגולמות בה מטרות ציבוריות, חברתיות, סביבתיות וכו'.
- **הצדקות לחלוקה ע"י המדינה ואיסור הפיצול: עמ' 16 למטה**
  - **כשלי שוק** – השוק לא מצליח להתנהל בעצמו בצורה יעילה ולכן אין לסמוך עליו ויש לייצר רגולציה.
  - **שנאת סיכון במשאבים ציבוריים** – יכול להיות שהשוק יהיה יעיל יותר, אבל כשמדובר במשאב ציבורי כ"כ חשוב כמו קרקע לא מאפשרים פיצול עצמאי עקב שנאת הסיכון.
  - **פתרון: שותפות בחלקה** – (הרחבה בפרק ריבוי בעלים בעמ' 20 בצ'קליסט)
    - מותרת עפ"י חוק אבל הבעלות תתפרס על החלקה **בשלמותה** בהתאם לאחוז הבעלות בה.
    - פירוק השיתוף יהיה עפ"י הסכם שיתוף או עפ"י צו בהמ"ש. (ראה פירוק שיתוף בעמ' 22)
    - **גם פירוק השיתוף ניתן לראות את החשש מפני פיצול יתר והעדפת החלוקה שהמדינה עשתה.** עפ"י ס'38(א) לחוק המקרקעין אם נקבעה חלוקה בעין בהסכם, ההסכם טעון אישור המפקח על המקרקעין כי זו תואמת את הוראות דיני תכנון והבניה (לא ניתן לחלק את החלקה) – עמ' 16 למטה
- **חריגים לכלל:** אם מדובר באחד החריגים לס'13 איסור הפיצול לא תקף וניתן לפצל את המקרקעין:
  - **בית משותף** – ס' 54 לחוק המקרקעין מאפשרים בעלות נפרדת על דירות בבית משותף. נעשה ע"י חלוקת החלקה לתתי חלקות (כל דירה מהווה תת חלקה ונושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות). עמ' 17 למעלה
    - **רציונל:** ס'13 לחוק המקרקעין לא מאפשר עסקאות רק בדירה היות ומדובר בחלק מחלקה. אנחנו רוצים שהמוסד של בתים משותפים (יעילות) יתפקד ולכן יש לאפשר החרגה זו.
    - **הגבלה:** אנחנו עדיין מגבילים עסקאות בחלוקה פנימית של הדירות.
    - **אם מדובר על בית משותף – נעבור לעמ' 23 בצ'קליסט.**
  - **זיקת הנאה** – ס'93 לחוק המקרקעין מאפשר זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין. עמ' 17 למטה
    - **מהי זיקת הנאה?** זכות קניינית לעשות שימוש כלשהו במקרקעין. לא מאפשרת החזקה בו, אלא רק שימוש מוגדר בו. לדוג': יכולת לעבור בו.
    - **דרכי רכישת זיקת הנאה:** (1) הסכם (ניתן לרישום בטאבו); (2) מכוח הפעולה עצמה לאורך 30 שנים ללא מחאת בעלי הקניין (גם ללא הסכמתם) ובאמצעות רישום בטאבו.
    - **הרציונל:** זיקת הנאה לא מפצלת את המקרקעין (הבעלות וההחזקה בחלקה נותרת של אדם אחד), ולכן החוק לא אוסר מתן זיקת הנאה בחלק מחלקה, אין חשש מפיצול יתר.
    - **אם מדובר על זיקת הנאה – נעבור לעמ' 26 בצ'קליסט.**
  - **הפקעה** – ניתן להפקיע חלק ממקרקעין מכיוון שהפקעה אינה עסקה במקרקעין (אין התקשרות מול הבעלים) אלא רכישה כפויה של המקרקעין ע"י המדינה/עירייה (אקוונס). עמ' 18 למעלה
    - יש להפקיע את המינימום הנדרש לשם מימוש המטרה הציבורית, אם ניתן להפקיע חלק מחלקה ולא את כולה יש לעשות זאת.
    - הפקעה בדרך כלל כן לוקחת בחשבון שיקולים סביבתיים תכנוניים בניגוד לפיצול פרטי.
    - היום יש אפשרות לרישום תלת ממדי בטאבו של הפקעה ולהבחין בין הרובדי הבעלות בקרקע.
    - **אם מדובר על הפקעות – נעבור לעמ' 4 בצ'קליסט.**
  - **שכירות** – ס'78 לחוק המקרקעין ניתן להשכיר חלק מסוים במקרקעין. עמ' 18 למטה
    - **הרציונל:** לא גורם לפריקות יתר, אין צורך להתמודד עם בעלויות רבות כשרוצים לקבץ את החלקים.
    - **חכירה לדורות** (שכירות ארוכת טווח)
      - חכירה לדורות היא פסע לפני בעלות בישראל, אבל בגלל שזו עדיין שכירות, גם היא מוחרגת מס'13 ומותרת עפ"י ס'78 (לוסטיג) – מרוקן כמעט מתוכן את האיסור בס'13.
      - **אם מדובר על שכירות – נעבור לעמ' 17 בצ'קליסט.**
  - **ירושה** – ס'6 לחוק המקרקעין ירושה אינה עסקה במקרקעין, אלא סוג של מתנה לכן, לפי קריאה דווקנית של ס'13 מותר לפצל חלקה לבעלות נפרדת של 2 יורשים. אולם, דיני הירושה מונעים זאת, ומכפיפים זאת לדיני התכנון והבנייה (איזון ערך המשפחה מול סדר ותכנון תקין).
    - **הבעלות בקרקע כוללת גם את ס'11-12 לחוק המקרקעין:**
  - **התפרסות הבעלות: ס'11 לחוק המקרקעין** הבעלות במקרקעין מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע ובחלל הרום שמעליו. עמ' 19
  - **החרגה:** (1) בכפוף לכל דין, אין בהוראת ס' זה כדי למנוע מעבר בחלל הרום (מטוסים); (2) יש מערכת דינים נפרדת למחצבים (נפט, מכוורות וכו') הקובעים כי אלו אינם חלק מהבעלות של בעל המקרקעין גם אם נמצא בשטחו. רציונל: אלו משאבים מוגבלים הנמצאים במחסור ואמורים לשרת את כולנו כקהילה.
  - **מחוברים: מחוברים הם גם תחרות קניינית!** (יש להכריע מי יקבל את הנכס) עמ' 22-19

**ס' 12 לחוק המקרקעין** הבעלות בקרקע כוללת גם את **(1) הבנוי והנטוע** – בית שבנוי על הקרקע נחשב כחלק מהקרקע לעניין בעלות; **(2) מחובר**.

• **נבחן ונכריע: (1) אם החפץ הוא מיטלטלין** – הוא לא חלק מהקרקע ולא חל עליו **ס' 12**; **(2) אם הוא מחובר** – הוא ממש חלק מהמקרקעין ומהבעלות על הקרקע חלה גם עליו עפ"י **ס' 12** (חשוב בשל האיסור ב**ס' 13**).

• **מבחנים לקביעה האם חפץ הוא מחובר? מבחנים מצטברים** – **ויסמן** (ריאליסט) **חיסרון**: מקטין וודאות – המבחנים פחות טכניים מכוונת הסעיף.

1. **תנאי הכרחי – מבחן החיבור הפיזי** – נבדוק האם המיטלטלין מחוברים בצורה שלא ניתן יהיה להפרידם מהמקרקעין מבלי להרוס מהותית את המיטלטלין/מקרקעין (לדוג': ניתוק לבנה). יש לבדוק את הנזק שייגרם. ניתוק פשוט לא יחשב לחיבור. מבחן הקבוע בבירור בהוראת **ס' 12**.

2. **מבחן מהותי – מבחן סוג הנכס** – נבדוק את סוג הנכס והאם מטבע הנכס להיות מחובר למקרקעין באורח קבע או שמא הוא נכס נד? (דוג': יציע, מתקן כבד המעיד על חיבור לקרקע). מבחן אובייקטיבי.

3. **מבחן הכוונה** – נבדוק האם היה בכוונה הצדדים שהנכס יהיה מחובר או לא? (לדוג': דרך החוזה). נבחין האם מדובר בצדדים קרובים או רחוקים ונבחן במבחן אובייקטיבי/סובייקטיבי בהתאם.

א. **צדדים קרובים** – הייתה ביניהם תקשורת ישירה לגבי הנכס.

• **מבחן סובייקטיבי** – נחפש ראיות לכוונה הסובייקטיבית של הצדדים ונסה להסיק האם כוונתם שמדובר בחלק מהמקרקעין או מיטלטלין. דוג': בשכירות נבדוק האם הכוונה הייתה שהמזגן הוא חלק מהנכס. ניתן להחיל תו"ל מחוזים. נתון לשיקו"ד השופט.

ב. **צדדים רחוקים** – צד מהאינטראקציה (בעלים/שוכר וכו') מתמודד לגבי המחובר מול גורם שלישי שלא היה חלק מהליך קבלת החלטות לגבי הנכס באותו זמן.

• **מבחן אובייקטיבי** – נכריע עפ"י סטנדרט האדם הסביר ולא עפ"י הכוונה הספציפית של בעלי הדין – האם אנשים סבירים התכוונו להוציא או להשאיר את המכונה? נשתמש כשלא ניתן לברר מה הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים. לדוג': בנקים שנלחמים על מחובר (אחד נתן משכון על המחובר והשני על הקרקע), לא ניתן לדעת מה כוונתם הסובייקטיבית כי הם רחוקים.

• **מבחני מדיניות במחוברים** – שיקולי מדיניות מהפסיקה, תלויים בנסיבות המקרה. **עמ' 21 למטה**

3 המבחנים של ויסמן הם העיקריים וחשוב לבחון אותם, אבל גם השיקולים הבאים יכולים להשפיע, לרוב נכניס אותם במצב של צדדים שלישיים כיוון שלא ניתן לבחון את הקשר מבחינה סובייקטיבית:

- **מונע הנזק הזול** – הגורם שהיה לו קל/זול יותר למנוע את התוצאה עשוי להפסיד את הנכס. דוג': כשמגיע קונה חדש של הנכס לדירה שכורה, השוכר יכול לומר שהמזגן לא חלק מהדירה.
- **וודאות השוק** – רוצים לתת תמריץ לבנקים/לווים להמשיך להלוות. כשבנקים מעורבים – נשקול איך לא נשתק את המשק.
- **עידוד פעולה כלכלית**.
- **שיקולי יעילות מצרפית** – יש להחליט איזו הכרעה תגדיל את העוגה המצרפית.
- **שיקולי חלוקה** – לעיתים נתחשב במאזן המצוקה של הצדדים – מי יותר יפגע, אולי נעדיף את הקבוצה החלשה. צדק חלוקתי. דוג': שוכר לעומת בעלים.

✓ **הגבלת זכות הבעלות: ס' 14 לחוק המקרקעין** אין אפשרות להשתמש בזכות הבעלות כדי להזיק/לגרום אי נוחות לאחר. **עמ' 24-22**

○ **מקרים בהם נפנה לס' 14 ונגביל את זכות הבעלים**

- **עמידה דווקנית על זכות** כדי להזיק לאחר ולגרום לו לאי נוחות – **רודמילסקי נ' פרידמן** (דייר מוגן, כבל טלוויזיה).
- **במצב של כורח לעבור בשטח של אחר** (ייתכן שכורח לעשות שימושים אחרים גם יכנס בחריג זה) – **שלב נ' הררי**.
- **יש לפרש את הסעיף באופן מצומצם ביותר והמקרה צריך להיות מאוד קיצוני כדי שנגיד שהבעלים עשה שימוש לרעה בזכות** (מבוסס על תפיסה שמבססת את חירות הבעלים – ליברטריאנית) – **השין, טירקל, לוין ברק נ' סלומון** (לא הגבילו את זכות המשיבים (סלומון) למרות שהסעד שקיבלו גרם נזק למערערים (רוקר) – אחרי מעשה הבנייה).
- **יופעל עפ"י מבחן כלכלי** – מאזן נזקים. האם הפעלת הסעיף תביא לנזק גדול יותר מאי ההפעלה? **אם כן** – לא נפעיל; **אם לא** – נפעיל. **אנגלרד (מיעוט) ברק נ' סלומון** (הנזק הכלכלי לבונים גבוה יותר מהנזק של יתר הדיירים).

○ **מקרים בהם לא נפעיל את ס' 14**

- **כשיש אפשרות אחרת, גם אם היא מסרבלת ויקרה** – מניעת שימוש של אחרים בנכס היא דבר בסיסי ביותר בזכות הבעלות. חסכון עלויות, אינו חוסר נוחות כה גדולה המצדיקה שימוש בקניין הבעלים. **שלב נ' הררי** (מעבר דרך חלקה של אחר כשיש דרך חלופית).
- **פגיעה במוסד קנייני** – כשפעולת בעלים במקרקעין מסכנת מוסד קנייני אחר (דוג': דיירות מוגנת), ניטה שלא לתת הגנה על זכותו הקניינית של הבעלים (תועלת מצרפית, **רודמילסקי נ' פרידמן**).
- **כשהשימוש בסעיף והתנהלות הטוען לפגיעה נעשו בחוסר תו"ל** – **ברק ומצא ברק נ' סלומון**.
- **דייר סרבן בפניו בינוי** – עפ"י החוק נשללת ממנו הזכות הקניינית ולכן לא ניתן לעשות שימוש ב**ס' 14** כדי לפנות אותו (לטעון שהוא עומד באופן דווקני על זכות). מכיוון שכבר לא קיימת לו זכות.

○ **מבחן אחר** – מתי נכריע האם בעל מקרקעין עשה שימוש לרעה בזכות? מבחן שלא מסתפק רק ב'מאזן הנזקים' וגם לא מקבל רק תפיסה ליברטריאנית. **שטרסברג-כהן, ברק, ומצא ברק נ' סלומון** – נבחן את השימוש בסעיף עפ"י 2 מבחנים:

- **נבחן מהו המשאב/המוסד הקנייני** – זכות הקניין שונה ממוסד למוסד.
- **נבחן מהי מערכת היחסים בתוכו המוסד הקנייני נטוע** – כלומר, מערכת היחסים בין בעל הזכות הקניינית לנפגע. ככל שיש מחויבות גדולה יותר ביניהם (לדוג': קהילתנית) ניטה למנוע מבעל הזכות לפגוע באחרים על אף זכותו (דוג': דייר מוגן ובעלי דירה, בעל דירה בבית משותף ובעלי דירות אחרים).

הערה – ס' 14 בא למעשה לבצע איזון בין זכויות שונות, איזון ערכי שרוב המקרים המחוקק כבר ביצע בעצמו בכל מוסד קנייני, איזון המשליך על חירות הבעלים – לכן למעשה, אם לא מדובר בחוסר תו"ל במסגרת חוק המקרקעין, השימוש בס' זה די מתייטר.

### כניסה למקרקעין בישראל (שוויון מול ערך הקהילה) עמ' 27-30

#### השכרת דירה פרטית:

- חוק איסור אפליה: לא חל על אפליה בדיור (ניתן להפלות). יש ניסיון החלה שלו על קבלנים/זומים/מכרזים.
- בארה"ב: איסור הפליה בדיור, חריג מרפ: אדם שיש לו 1-4 דירות במתחם יכול להפלות (מעל לכך, אסור)
- וועדות קבלה (ערך הקהילה)
- למי מותר להשתמש בוועדות קבלה? (ס' 2 לפקודת האגודות השיתופיות)
  - מושבים, קיבוצים – מותר לעשות וועדות קבלה.
  - יישובים קהילתיים בנגב ובגליל – רק אם יש להם פחות מ-400 בתי אב.
- מתן סירוב למועמד מותר רק מהטעמים הבאים: (ס' 6ג' לפקודת האגודות השיתופיות)
  - קטין
  - המועמד נעדר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק זמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין
  - אין למועמד כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי
  - עקב חשש לפגיעה במרקם הקהילתי (הדרה מרחבית)
- כדי שניתן יהיה להפלות ולמנוע כניסה ליישוב, יש צורך באופי ייחודי לקהילה, מרקם קהילתי ייחודי שיצדיק את ההפליה. אופי יהודי ליישוב אינו מספיק מפני שרוב המדינה הם יהודים (קעדאן, ברק).
- ס' 7 לחו"י: הלאום – ס' "עוקף קעדאן" – מדינת ישראל רואה בעין חיובית התיישבות יהודית נפרדת ויכולה להשקיע משאבים לשם כך.
- יש צורך בהבנה של המונח "קהילה" ובאילו קהילות נכון לאפשר הדרה מרחבית ובאילו לא (ג'ובראן, סבח). מענה: שטרן (למטה).

- מענה – מאמר שטרן: כדי להבין אם יש קהילה וצורך לשמור על מרקמה הקהילתי, נבדוק (תנאים מצטברים): תפישות פלורליסטיות – עמ' 29 (סיכום תיאורטי – עמ' 9)
  - א. האם לקהילה יש תפישת טוב משותפת? לא חייבת להיות תרבותית/אתנית/דתית. יכולה להיות גם כלכלית (דוג': קיבוץ, שיתוף).
  - ב. עד כמה בקהילה זקוקה לבדלנות גאוגרפית כדי לתפקד כראוי? נסתכל על תפקיד שת"פ במימוש תפישת הטוב. רק אם שת"פ הכרחי – ניתן להתיר סינון מועמדים. אם ניתן לממש את תפישת הטוב בכל מקום (ולא זקוקים לשת"פ) – לא נתיר הדרה. ככל שננוע לשת"פ חזק יותר – נתיר ליישוב לבצע סינון/הדרה גבוהים יותר. עמ' 30

נאפשר הדרה גבוהה >>> שת"פ מכוון (קיבוץ) – שת"פ מוסיף ערך (יישוב דתי/קהילה אקולוגית) – שת"פ מסייע (תפישת טוב שניתן לממש בעצמנו) – תפישות טוב שלא מצריכות שת"פ עם אחרים (דוג': ארסוף) <<< נשלול הדרה.

- ג. מה ההשלכה של מניעת הדרה על הקהילה?
- ד. מהו חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה? ככל שהקהילה יותר חזקה אנו ניתן לה פחות הגנה משפטית – כי יש להם יותר השפעה והיא יכולה לדאוג לעצמה.

#### חוק הירושה הוא החוק היחיד בישראל שעוקף ועדות קבלה!

#### דיני נטילה שלטונית – הפקעות

#### כללי: עמ' 30

- נטילה שלטונית היא: "רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין" – הגדרה מהפסיקה, אין הגדרה בחוק.
- סוגי נטילה שלטונית של מקרקעין:
  - הפקעה – לקיחה פיזית ורישומית של בעלות במקרקעין מאדם מסוים, הבעלים מאבד לחלוטין את הקרקע.
  - גריעה תכנונית – הבעלים נותר הבעלים של הקרקע, והמדינה לוקחת חתיכה מהזכויות שלו במקרקעין. הפעולה התכנונית השלטונית מטילה מגבלות ויוצרת פגיעה בתכונות ובשימוש שהבעלים יכולים לעשות במקרקעין.
  - הפקעה מהווה חריג לס' 13 לחוק המקרקעין האוסר על עסקה בחלק מחלקה (מכיוון שהפקעה היא אינה עסקה).
  - הצדקות ההפקעה (תיאורטי – עמ' 10) – שימור כוח מדיני/הגשמת צורך בטחוני/תאוריית הסכמה ראשונית של לוק. מטרות ההפקעה הן בד"כ למנוע כשל שוק מסוים, להגשים מטרה חלוקתית מסוימת או לבסס כוח שלטוני קלאסי (צרכים ביטחוניים).

#### הפקעות

כשרות ההפקעה: הצד שהפקיעו לו את הקרקע ינסה לתקוף את ההפקעה ולבטלה (הכי חשוב לבחון מידתיות, בצורך ציבורי להתמקד בשמגר)

- תנאי סף ליכולת ההפקעה: 2 דרכים להפקעה:

#### הפקעה מכוח פקודת הקרקעות:

- **ס'2א לפקודת הקרקעות** לפני הפקעה יש להקים ועדה מייעצת ולקיים שימוע, היא גם תבחן האם הצורך הוא ציבורי.
  - **ההפקעה היא דרך שר האוצר.**
  - **סמכות שר האוצר: ס'3 לפקודת הקרקעות שר האוצר רשאי להפקיע קרקע/להעביר זכויות מסוימות בה/להטיל מגבלות על שימושה בכל זכות הקשורה לבעלות בקרקע, ככל שהדבר נחוץ לכל צורך ציבורי.**
  - **ס'12(1) לפקודת הקרקעות** מפרט מהם צרכים ציבוריים (ר' חוק). **בין היתר (ס'12(1)(10))**: צורך ציבורי הוא כל מה שהשר יגדיר כצורך כזה (באישור וועדת הכספים והוועדה המייעצת) וזה ייחשב כחוק.
    - הפקודה מגדירה כ"צורך" גם את כל הכלול בחוק התכנון ובנייה ומכאן שהפקודה רחבה יותר.
  - **החובות המקדמיות של שר האוצר:**
    - **ס'4 לפקודת הקרקעות** חקירה מוקדמת לגבי הצורך.
    - **ס'5 לפקודת הקרקעות** פרסום על הקרקע/בסמוך לה ולשלוח את זה לכל בעלי הקרקע הרשומים.
    - **ס'5א לפקודת הקרקעות** לאפשר "זמן סביר" לטענות כנגד ההפקעה.
  - **הפקעה מכוח חוק תכנון ובנייה (כולל את שינוי ייעוד הקרקע):**
    - רשימה צרה יותר לאפשריות להפקעה – **ס'188 לחוק תכנון ובנייה רשימת התכליות** לשמן מותר להפקיע.
    - **הרשויות יכולות להפקיע באופן עצמי ללא אישורו של שר האוצר.**
      - **בפועל** – רק וועדה מקומית מפקיעה מכוח חוק זה.
    - **ס'189 לחוק תכנון ובנייה סמכות הוועדה המקומית והתנאים להפקעה.**
    - **ההפקעה תבוצע לפי האמור בס'190 לחוק תכנון ובנייה.**
  - **הרשות יכולה לבחור בכל אחד מדרכי ההפקעה, בהתחשב בשינוי ייעוד הקרקע.** רוב הפקעות במישור העירוני הן מתוקף **חוק תכנון ובנייה** (לא נדרש אישור השר), ורוב ההפקעות במישור הלאומי נעשות מתוקף **פקודת הקרקעות**.
  - **ההפקעות שנעשות מתוקף חוק תכנון ובנייה, בצורה מעשית נעשות לפי הוראות פקודת הקרקעות. חוק התכנון ובנייה דורש הרבה יותר זמן, השקעה מראש ופרוצדורה מורכבת.**
- **האם הייתה רכישה כפויה של מקרקעין? כן? נעבור לבחון האם נעשה לצורך ציבורי ובאופן מידתי.**
- **נטל ההוכחה על הצורך בהפקעה: (דנג"ץ נוסייבה)**
- לפני ההפקעה – הנטל על המדינה.
  - לאחר ההפקעה – להוכיח שכבר אין צורך, על המופקע.
- **צורך ציבורי – נתקוף את הצורך הציבורי של ההפקעה (לא להרחיב מידי, בהמ"ש החליט לא להתערב בסוגיה זו אלא להתמקד ביישום מבחני המידתיות בסעיף הבא): עמ' 32-33**
- **ס'12(1) לפקודת הקרקעות** מפרט מהם צרכים ציבוריים (ר' חוק). **בין היתר (ס'12(1)(10))**: צורך ציבורי הוא כל מה שהשר יגדיר כצורך כזה (באישור וועדת הכספים והוועדה המייעצת) וזה ייחשב כחוק.
    1. **אם שר האוצר קבע שזה צורך ציבורי –**
      - א. חקיקת חוק היסוד מבטאת את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית לשמה נועדה וביהמ"ש יכול לבקר את החלטת שר האוצר על סמך חוקי היסוד (**בייניש, קרסיק**).
      - ב. **העמדה המקובלת:** אין טעם לערער לביהמ"ש על החלטת שר לבצע הפקעה ועל המאפיינים הציבוריים של הצורך הציבורי שהוגדר על ידו, כיוון שסמכות השר היא רחבה ולא מעוגנת ביסודות אובייקטיביים, אלא נובעת רק ממעמדו (**ס'12(1)(10) לפקודת הקרקעות, שמגר, לוביאנקר**).
    2. **לא רשום ממשלה/שר אוצר –**
      - **ס'12(1) לפקודה** פירוט נרחב לכל מה שמוגדר בחוק כצורך ציבורי.
      - **דור** מותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אדם אחר (**הפקעות לשיכוני עולים**).
      - **חליל** שטחים ירוקים הם מטרה ציבורית.
      - **הפקעה מידיים פרטיות והעברה לידיים פרטיות אחרות:**
        - ניתן להפקיע קרקע מידיים פרטיות ולהעבירה לידיים פרטיות של אחר, כשזה נעשה למען תועלת הציבור, ייחשב כצורך ציבורי וממילא לא ניתן לערער לביהמ"ש על קביעת השר (**אתא נ' שוורץ** – יצירת מקומות עבודה)
        - בארה"ב פורש "שימוש ציבורי" כ"שימוש לתועלת הציבור" וכך אפשרו הפקעה שלטונית של קרקע והעברתה לידיים פרטיות (כאשר ההעברה תועיל לציבור, **קילו**). מדינות בארה"ב שלא רוצות לקיים- קבעו פיצוי גבוה על הפקעה כזו. **עמ' 31-32**
        - **מהדרין** – **שיקולי יעילות כלכלית** – אם הבעלים יכול לבנות חלק קטן, זה לא משתלם כלכלית (הקמת נתב"ג).
  - **שורה תחתונה:** לציין שכיום אין יסודות אובייקטיביים לקביעה מהו צורך ציבורי ומה לא, מלבד החלטתו של שר האוצר, אין לתהות אחר החלטתו של שר האוצר (**שמגר, לוביאנקר**), אלא ניתן לתקוף את הקביעה שהפקעה מסוימת נעשתה לצורך ציבורי, דרך סוגיית מידתיות הפגיעה.
  - **מידתיות ההפקעה: נתקוף את מידתיות ההפקעה עמ' 33-35**
    - **ס'3 לחו"י: כוה"ח** נותן הגנה לקניינו של אדם. **המשמעות:** הפקעה צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה **ס'8 לחוה"י**.
    - **המבחנים השונים – לא מצטברים, לא מחייבים עמידה בכלום, אך כן נבחן את כולם – כמו כן, אין מדובר ברשימה סגורה. (מבחנים מלכתחילה: 1-3; מבחנים בדיעבד: 4-5)**

- **ניסיון רכישה הסכמי – תמיד נבחן זאת.** כדי שהפקעה תהיה מידתית, קודם להפקעה המדינה צריכה לנסות להגיע לרכישה בהסכמה. רק כאשר האזרח סירב להצעה קמה האפשרות להפעיל את סמכות ההפקעה (**שמגר כיועמ"ש**).
- ניסיון כזה לא יכול להיות מגוחך אלא ריאלי, במחירי השוק האמתיים. שווי הקרקע נקבע כשוויה ברגע שהודיעו לבעלים על ההפקעה, גם אם יעלה לאחר מכן – אין בכך כדי להעלות את שווייה לצורך הפיצוי/התשלום ההסכמי על לקיחת הקרקע.
- אם ההפקעה בוטלה כיוון שלא נעשה ניסיון רכישה הסכמי – יש בכך רק כדי **לעכב** את ההפקעה ולא למנוע אותה אך הרשויות נוטות להפסיק את הניסיון לחלוטין.
- **ביצוע עצמי** – עקרונית בתי המשפט פתוחים לקבלת טענה של ביצוע עצמי, כלומר שאם הבעלים של הקרקע יכול לבצע את המטרה הציבורית לשמה הופקעה הקרקע בכוחות עצמה אין להפקיעה ממנו וכן הופקעה אזי זו אינה כשרה. אולם הבעלים צריכים לטעון זאת **בזמן ההפקעה** (לא ישאיר לפרשנויות בהמשך), ועליו הוכיח את יכולתו לממש את המטרה הציבורית (**נוסייבה, מהדרין**).
- **סייגים – ביצוע עצמי ייפול על:**
  1. חוסר יכולת של היחיד לבצע בעצמו.
  2. לא ראוי שאדם פרטי יבצע בעצמו (הקמת בית חולים ציבורי)
  3. כשנסיבות העניין לא מאפשרות, למשל כשהקרקע של אותו אדם היא רק חלק מפרויקט יותר גדול או שהדבר יעכב את הבנייה מידי (**מהדרין, מקור הנפקות והזכויות, נוסייבה**).
- **איחוד משאבים** – תת סעיף של ביצוע עצמי – ריבוי בעלים הוא לא סיבה אוטומטית להפקעה. כשיש מספר בעלים בנפרד על מספר קרקעות שהופקעו למטרת פרויקט מסוים, והבעלים הטוענים שהם יכולים לבצע את המטרה בעצמם, יש לתת להם אפשרות לביצוע עצמי (פרק זמן מסוים, מפחית את הפגיעה ומוביל לרווח שלהם, **מקור הנפקות והזכויות**).
- **שיהוי** – אם המדינה הפקיעה את הקרקע אך משתהה עם תפיסת החזקה והקמת הפרויקט בה אי עשיית דבר עם הקרקע מעיד על זניחת התוכנית (פן עובדתי – **נוסייבה**), וממילא התנהגות הרשות לא הוגנת, לא מידתית, ולכן לא נאשר אותה (פן מנהלי).
- **השיהוי יכול להיות בין כל אחד משלבי ההפקעה:** (1) הצעת ההצעה והפקדה; (2) מועד אישור התכנית; (3) לקיחה פיזית של הקרקע; (4) הוצאה לפועל של המטרה הציבורית על גבי הקרקע. **עמ' 34**
- **77 לפקודת הקרקעות** שר האוצר חייב לרשום תקופת ביצוע בצו. עד 8 שנים בצו עצמו, עד 15 שנים בהודעה כתובה ומנומקת, וראשי להאריך עד 17 שנים בשה"כ.
- אם עברו 20 שנה בלי שהמדינה עשתה שימוש בקרקע המדינה לא באמת צריכה אותה (**דב לוי ומצא בנוסייבה**). מנגד, 20 שנה זה שיהוי סביר כשמדובר בתוכנית רחבת היקף שהחלה בחלק מהאזורים (**גולדברג בנוסייבה ד"ר**).
- **ס' 14(ב1) (ב) (1) לפקודת הקרקעות:** אי תחילת ביצוע + תום הצורך הציבורי = החזרה לבעלים.
- **ס' 14(ב1) (ב) (2) לפקודת הקרקעות:** התחלת ביצוע = גם התחלה קטנה.
- **הבעיה:** הליכים ברשויות לוקחים זמן (סיבות כלכליות/פוליטיות/מכרזים) – טענה זו יכולה לעקר את כוח המדינה להפקיע.
- **קרקע הופקעה 26 שנה** – פסה"ד הראשון שטענה זו התקבלה (**אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה**).
- **תום/ שינוי המטרה הציבורית –**
  - **דוקטרינת שימור הזיקה – הפקעה משמרת זיקה** לבעלים למרות שהקרקע כרגע לא ברשותו, ולכן אם בטלה המטרה הציבורית / שינוי במטרה הציבורית – תמה גם הלגיטימיות של המשך החזקת הקרקע בידי הרשות, הבעלים המקורי חוזר לתמונה ויש צורך להתחיל את הליך ההפקעה מחדש (כולל שימוע לבעלים, הקמת וועדה מייעצת וכו') (**חשין, קרסיק**).
  - ⚡ **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.
  - **תיקון פקודת הקרקעות** הבעלים משמר את זיקתו לקרקע לאחר הפקעתה (אימוץ דוקטרינת שימור הזיקה לחוק, **קרסיק**). אבל השר רשאי לאחר תום המטרה הציבורית:
    - ⚡ להחליט אם להחזיר את הקרקע לבעלים (והוא יאלץ להחזיר את הפיצוי).
    - ⚡ לשנות את הייעוד הציבורי של המקרקעין לייעוד ציבורי אחר, בכפוף למתן זכות שימוע לבעלים והתייעצות עם הוועדה המייעצת (הליך הפקעה כמו הפקעה מחדש, כדי לאפשר לבעלים לטעון שהייעוד החדש אינו מידתי ולנסות לקבל את הנכס חזרה).
  - ⚡ **סעיפים רלוונטיים לעניין מפקודת הקרקעות:**
    - **סעיף 14א(ב)** התנאים לשימוש למטרת הפקעה חדשה.
    - **סעיף 14א(ג)** כאשר מומשה כבר המטרה הראשונה.
    - **סעיף 14א(ה)** פיצויים בהפקעה נוספת.
    - **סעיף 14א(ו)** שר האוצר יכול לעשות זאת פעם אחת בלבד.
    - **סעיף 14ב(ב)** זכות לרכישה מחדש של בעל הקרקע.
    - **סעיף 14ב(ד)** חישוב סכום הרכישה.

- לאחר 25 שנה שהמדינה עושה שימוש במקרקעין, ניתקת הזיקה של הבעלים והמדינה יכולה לעשות כרצונה במקרקעין.
- **הזכות המזערית – (אקונס)** יש להפקיע את הזכות המינימלית ואת החלק המינימלי הדרוש לשם מימוש המטרה הציבורית: מבחן מלכתחילה
  - חלק מינימלי:
  - **ס' 13 לחוק המקרקעין** אוסר על עסקה בחלק מסוים במקרקעין, אך לפי **ס' 6 לחוק המקרקעין** הפקעה אינה עסקה (שכן אינה הקנייה "לפי רצון המקנה"). לכן ניתן להפקיע חלק מחלקה. על המדינה להפקיע את המינימום הנדרש (**חשין אקונס**).
  - אם המדינה צריכה להפקיע זכות הפחותה מבעלות – שלא תפקיע את כל זכות הבעלות (למשל רק את זכות החזקה והשימוש, **חשין אקונס**).
- **מיקום רלוונטי ומיטבי** – כשרשות רוצה להפקיע קרקע עליה לבחון את המתווה ואת הקרקע ולבחור את המיקום האופטימלי להפקעה. כלומר, המיקום שיענה בצורה מיטבית בנסיבות העניין על הצורך הציבורי (ולא מסיבות פוליטיות למשל) (**זמר**). ננסה להצביע על מקום טוב אפשרי יותר לקיום הפרויקט.
  - **קרסיק** – צריכה להיות זיקה בין המטרה לקרקע. **זמר** – אם היה שינוי מיקום לבחון למה הוא קרה.
- **לבחון האם החוק / הנטילה מקיימת את עקרונות דיני הנטילה השלטונית (ראה בהמשך – נעבור לעמ' 10 בצ'קליסט)**
- **אם הוכרע שההפקעה לא מידתית:** יתכן שהקרקע תוחזר לבעלים ואז הוא יאלץ להחזיר את הפיצוי שהוא קיבל עם הצמדה וריבית (בד"כ שווי הקרקע גבוה מערך הפיצוי והריבית כי הקרקע מתייקרת ולכן יעדיף זאת).

**פיצוי בעל המקרקעין:** ✓

- **תיאורטי (סיכום תיאורטי – עמ' 10-11) – הזכות לפיצוי – מהו פיצוי צודק? לפי איזה צדק? עמ' 35-36 במחברת**
  - **צדק מתקן** – זוהי תפיסת הצדק הנוכחית. על המזיק לפצות את הניזוק כגובה הנזק. **ביקורת:** קשה להעריך ערכים סובייקטיביים, אי מתן פיצוי אינו מחזיר את האדם למצב בו היה בטרם הפגיעה **עמ' 35**
  - **צדק חלוקתי** – ביצוע הבחנות בין שיעורי הפיצוי המגיעים לכל אחד מהבעלים בהתאם למעמדם וחלקם בחברה (עשיר ← פחות פיצוי, עני ← יותר פיצוי). **ביקורת:** **קפלוט ושביל בסיכום תיאורטי בעמ' 10-11**
  - **צדק הליכי** – כמעט מתעלם מהתוצאה, יש לבצע הליך צודק – מתן זכות טיעון, שקיפות, הפעלת שיקוי"ד וכו'. מנסה להכניס את הבעלים לתמונה לאורך הליך ההפקעה. הבנה שההליך הוא חשוב, כי אם עושים אותו לא נכון – הוא יכול לגרום סעדים נוספים. **המרצה** תומך.
  - **צדק מאחה** – בוחן את ההליך והתוצאה במקביל. יצרת הליך שנותן ביטוי לכל הצדדים ומאפשר להתייחס פרטנית לגורם שעומד מולנו. נראה הכנסה של סעדים נוספים חוץ מכסף (לדוג-פיצוי בעין, קרקע חלופית) כדי להכניס חזרה את האדם לקהילה, איחוי של הפגיעה בגורמים השונים. נותן מענה גם לקהילה, לנפגע ולפוגע (בד"כ נהוג בפלילי).
- **תיאורטי – היבטים בעייתיים בפיצוי ע"פ שווי השוק:**
  - **אובדן ערכים סובייקטיביים** – דברים אחרים שהאדם מאבד חוץ מהערך הכלכלי של הנכס כמו אובדן קהילה. **בראין לי** – החברה לא צריכה לשאת בערך המוסף של האדם לנכס; לא ניתן לאמוד ערכים אלו; חשש לניצול יתר.
  - **כשלי השוק "מדומיין"** – שווי הנכסים המופקעים בד"כ נמוך מאוד-הפיצוי לא מאפשר לבעלים לרכוש בית חדש.
  - **הדרת ערכים כלכליים** – יש לבעלים עלויות נוספות של הובלה/תיווך וכו' – אלו לא נכללים בפיצוי ע"פ שווי שוק.
- **הפיצוי:**
  - לפיצויים יש משמעות של זכות קניינית ממש, הם תחליף הנכס שנלקח, יש לדאוג שהבעלים לא יפגע מהתחליף הזה (**חשין, אדוארד**).
  - **התיישנות:** **ס' 6 לחוק ההתיישנות** חל במקרה על פיצויי הפקעה. כלומר, ההתיישנות נספרת מהיום בו קמה עילת תביעה. (**אדוארד**) **עמ' 48-49** (מדובר על ס' 6 ולא ס' 5 לחוק ההתיישנות כי זו תביעת פיצוי כספי ולא מקרקעין)
    - **חשין** – העילה נולדת מהיום בו הרשות מסרבת לשלם את הפיצוי (כל עוד לא סירבה לא התחילה הספירה).
    - **ארבל** (ביניים) – העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית (כל עוד לא נסתיימה הבנייה לא ניתן לתבוע).
    - **גרוניס (ההלכה)** – מתחילים לספור את ההתיישנות מהיום בו הרשות תופסת חזקה במקרקעין (זה גם היום בו נולדת עילת תביעה), 7 שנים מיום זה תתיישן התביעה (שלב 2 בהפקעה עפ"י חוק תכנון ובנייה).
  - **הכלל לפיצוי בישראל: ס' 12(ב) לפקודת הקרקעות** הפיצוי יהיה על פי מחיר השוק של הנכס לפי שיטת ההשוואה – שומה לפי מכירה מרצון. **ס' 12(א) לפקודת הקרקעות** אסור לעובדה שהקרקע נלקחה בכפייה לבוא בחשבון הפיצויים.
    - **הצעות מלומדים לחריגה מהכלל:**
      - **בראין לי** (לא התקבל בפסיקה) – להוסיף על מחיר השוק גם פיצוי על פגיעה באוטונומיה.
      - **מרגרט ראדין ופרחומובסקי** – להוסיף פיצוי בגין פגיעה בערך האישיות (לכן בתי מגורים יקבלו פיצוי יתר ומגרש לא).
    - **חריג:** הפחתת פיצוי – **ראה בהמשך** (כתלות עפ"י איזה חוק בוצעה ההפקעה).
  - **פיצוי בהפקעה לפי פקודת הקרקעות: עמ' 37-38**
    - **ס' 3 לפקודת הקרקעות** שר האוצר רשאי הפקיע את הקרקע אבל עליו לשלם פיצוי לבעלים, או תמורה כפי שיוסכם עליהם או יוחלט עפ"י הפקודה.
    - **שיעור הפיצוי:**
      - **הכלל: ס' 12(ב) לפקודת הקרקעות** הפיצוי בגובה שווי השוק לפני ההפקעה.
      - **חריגים:**

- **סמכות ההפחתה – רק כאשר מדובר בהפקעה של רשויות מקומיות מכוח פקודת הקרקעות.** הרציונל: ההנחה היא שלרשויות המקומיות יש גרעון תקציבי וללא ההפחתה לא יבצעו הפקעות וזה יפגע בהן.
  - **לקחת ללא תמורה: ס'20(2)(א) לפקודת הקרקעות** עד 25% מהקרקע המדינה לא צריכה לשלם פיצויים כלל.
  - **לקחת בתמורה מופחתת: ס'20(2)(ב) לפקודת הקרקעות** מעל 25% מהקרקע – הפיצוי שיינתן הוא שווי הקרקע בניכוי שווי של 25% מהקרקע.
- **הרציונל להפחתה:** אנחנו מניחים שיתרת הקרקע נותרת בידי הבעלים, וכתוצאה מהקמת הצורך הציבורי שהוליד את הפקעה, החלק הנותר של הקרקע של הבעלים תושב ולכן ערכה יעלה. ההנחה היא שהערך ההשבחה יעלה על ערך 25% מהקרקע ולכן, מאפשרים הפחתה כדי לא "לתת" פיצוי כפול.
  - הפיצוי בגין השבחה לא יכול להיות סיפור תיאורטי בלבד, יש לבדוק כל מקרה לגופו ולוודא כי אכן הייתה השבחה. **אם לא הייתה השבחה, על שר האוצר להורות על תשלום הפיצויים המלא, ללא ההפחתה (פוגלמן, פס"ד רוטמן).**
    - גם אם ההשבחה עלתה על 25% מהקרקע, 25% היא תקרת ההפחתה.
  - **סייג לחריג – פיצוי מוגדל: ס'20(2)(ג) לפקודת הקרקעות** שר האוצר רשאי לפי ראות עיניו לבטל את ההפחתה ואף להעניק פיצוי נוסף (אפילו מעבר לשווי השוק של הנכס).
  - **פגיעה באוטונומיה: ס'12(א) לפקודת הקרקעות** (רכישה בכפיה) לא ניתן לצורך קביעת שיעור הפיצוי להתחשב באוטונומיה של הבעלים שנפגעה.
- **פיצוי בהפקעה לפי חוק תכנון ובנייה: עמ' 39-42**
  - מתוקף ס'190(א) לחוק התכנון ובנייה חל ס'3 לפקודת הקרקעות – לפיו ניתן להפקיע קרקע אבל עליו לשלם פיצוי לבעלים, או תמורה כפי שיוסכם עליהם או יוחלט עפ"י הפקודה.
  - **אופן ההפקעה והפיצוי:**
    - הליך ההפקעה מופרד ל-2 שלבים שונים וגם הפיצוי יינתן בהתאם (הלכת חממי):
      - **הרציונל לפיצול שלבי ההפקעה** – עובר זמן רב בין 2 השלבים, עד לאותה נקודה ראו בהם שלב 1. בזמן בין השלבים הבעלים תקוע בשלב ביניים בו הוא לא יכול לפתח את הקרקע והוא לא מקבל פיצוי עד להעברת החזקה.
        1. **לקראת ההפקעה: שינוי הייעוד/גריעה תכנונית – ס'197 לחוק תכנון ובנייה** אדם שהמקרקעין שלו נפגעו כתוצאה מאישור תכנית ולא בדרך של הפקעת מקרקעין זכאי לתבוע פיצויים על הפגיעה שנגרמה לו. (מטפל בגריעה תכנונית ולא בהפקעה). הרשות משנה את ייעוד הקרקע והבעלים רשאי לתבוע בגין שינוי הייעוד את 100% ההפסד שספג בעקבותיו (אם ירד 90% מערך הנכס זה הפיצוי שהוא יקבל (חממי)).
          - i. ניתן לתבוע מיום תפיסה חזקה של הרשות במקרקעין, זה היום בו נולדת עילת תביעה (גרוניס, אדוארד)
          - ii. **התיישנות:** אבל יש לו 3 שנים מרגע שינוי הייעוד לתבוע פיצויים על ההפסד בשל הגריעה, מעבר לכך – יפסיד את הפיצוי בעבור שלב זה (ס'197 לחוק תכנון ובנייה, סמירה).
          - iii. גם מקרקעין הגובלים בתכנון (לא אלו ששונה להם הייעוד) זכאים לתבוע פיצוי (ס'197 לחוק התכנון ובנייה).
      - 2. **ההפקעה בפועל: תפיסת חזקה של הרשות** – לאחר ההפקעה הבעלים יכול לתבוע את הערך הכלכלי של הקרקע שנשארה ברשותו על בסיס ס'190 לחוק התכנון ובנייה (הלכת חממי). הרשות יכולה להפחית 40% בשלב זה בלבד (בשל צמצום הפגיעה בבעלים – רוב הערך של הקרקע משולמת בשלב הראשון, חממי). אופן הפיצוי בשלב זה:
        - i. ס'190(א) לחוק התכנון ובנייה, ס'12(ב) לפקודת הקרקעות שווי הפיצוי הוא מחיר השוק של הקרקע.
        - ii. ס'20 לפקודת הקרקעות מאומץ לחוק התכנון ובנייה לפי ס'190(א), בשינויים המתחייבים. **שיעור ההפחתה: (1) לקחת ללא פיצויים:** עד 40% מהקרקע הרשות לא צריכה לשלם פיצויים כלל. **(2) לקחת בפיצויים מופחתים:** מעל 40% מהקרקע – לשלם רק על ההפרש. **כל גורם שמבצע הפקעה יכול לעשות שימוש בחריג של הפחתת פיצוי (לא רק רשות מקומית).**
  - **הרציונל להפחתה:** אנחנו מניחים שיתרת הקרקע נותרת בידי הבעלים, וכתוצאה מהקמת הצורך הציבורי שהוליד את הפקעה, החלק הנותר של הקרקע של הבעלים תושב ולכן ערכה יעלה. מאפשרים הפחתה כדי לא "לתת" פיצוי כפול. זה למעשה "מס רכוש" בשיעור קבוע שמוטל על הבעלים שהופקעה מהן הקרקע (פיצור).
    - **האם הרשויות יכולות באמת להפחית 40% מהקרקע?**
      - הפקעת החלקה בשלמותה:
        - ← **פיצור** – מותר להפחית את המקסימום (40%) גם אם החלקה מופקעת בשלמותה.



← **דורנר, הולצמן (ההלכה)** – נוצר אבסורד בשל פס"ד פייצר כיוון שבמצב זה לא מתאפשרת השבחה, לכן אם החלקה הופקעה בשלמותה – הפיצוי יעמוד על 100% מהקרקע.

○ **אם הופקעה חלק מהחלקה ולא הושבחה:** אין חובה אוטומטית על השר להשלים את הפיצויים, אך הנטייה צריכה להיות כן להעניק "פיצויי סבל", בכפוף ל**חריגים (כרמיאל)**:

א. **ככל שהצורך הוא קהילתי**, נאפשר לרשויות להפחית את הפיצוי והשר לא צריך להשלימו עקב חובה חזקה של האדם כלפי קהילתו לאפשר לה לספק צרכיה גם אם זה פוגע בחירותו.

ב. **ביזור הפגיעה על בעלי קרקע רבים** – לא יחויב להשלים פיצויים כי אין סבל של אדם ספציפי.

ג. **פגיעה מינורית** – לדוג': הופחתו רק 10 אחוז משווי הקרקע, אז אין חובה של השר להשלים את הפיצויים כיוון שהבעלים יכול לשאת פגיעה מזערית לטובת הקהילה והציבור.

← **דורנר, הולצמן** כשההפחתה גדולה מעלית הערך של הקרקע שנשארה ההפחתה אינה מידתית ואין לאפשר אותה.

← **חנוך דגן הציע מודל להפחתת הפיצוי:** (אומץ חלקית **כרמיאל**) **עמ' 41** יש לבחון 2 צירים: (1) עוצמת הזיקה של האדם לנכס; (2) מהו השימוש שלטובתו מפקיעים במטרה לבדוק מה רמת המחויבות של האדם לצורך.

מקרקעין חליפיים (זיקה חלשה)	מקרקעין מכוננים (זיקה חזקה)	
סמכות הפחתה בינונית	סמכות הפחתה נמוכה מאוד	<b>שימוש כללי (חזק)</b>
סמכות הפחתה מלאה	סמכות הפחתה בינונית	<b>שימוש קהילתני (חלש יותר)</b>

▪ **הגבלת סמכות ההפקעה – ס' 190(א)1 לחוק התכנון ובנייה** לא ניתן להפקיע חלק ממגרש אם כתוצאה מההפקעה (בתשלום או שלא בתשלום) יפגע שווי יתרת המגרש.

• פירוש "שווי המגרש" – רק אם לא ניתן לנצל לשימוש סביר את יתרת הקרקע לא נאשר את ההפקעה (כלומר, אין התייחסות כלל לשווי היתרה בניגוד למה שצוין בחוק, **כרמיאל**)

○ **רציונל:** אם היינו מאמצים פרשנות שכל פגיעה בשווי של יתרת המגרש לא מאפשרת הפקעה היינו מגיעים למצבים של הפקעת יתר/לא היו מבוצעות הפקעות. בנוסף, ברוב המקרים שווי יתרת המגרש פוחתת מהטעם שהשלם פשוט שווה יותר מסך חלקיו.

▪ **פיצוי מוגדל: ס' 20(2)ג לפקודת הקרקעות** שר האוצר רשאי לפי ראות עיניו לבטל את ההפחתה ואף להעניק פיצוי נוסף (אפילו מעבר לשווי השוק של הנכס).

▪ **לשים לב אם יש מחוברים – ואם כן, במידה והם חלק מהמקרקעין הם ייכנסו לחישוב הפיצוי.**

▪ **בנוס – בארה"ב לא ייתכנו הפחתות בפיצוי בכלל.**

○ **פיצוי בעין: עמ' 42**

▪ **ס' 39 (א) חוק פיננוי ובינוי של אזורי שיקום:**

מחזיק הגר במקרקעין מופקעים או שיש לו בהם עסק לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיור חלופי באותו אזור או באזור אחר ובלבד שהדיור החלופי לא יהיה באזור המיועד לשיקום בעתיד הקרוב לעין (כדי לא לאלץ אותו לעבור שוב ושוב). אם יסרב – ניתן לפצות אותו בכסף.

• הדיור החלופי יהיה באותו סטנדרט לפי הערכת שמאי.

• **מחזיק = גם בעלים (בעל זכות קניינית בנכס) וגם מחזיק (שהוא רק מחזיק בנכס ולא בעליו) יקבלו דיור חלופי.** גם אם המחזיק מחזיק בנכס כדין (קיבל רשות מבעליו) וגם אם לא כדין (פולש) אין הבחנה ביניהם בחוק.

▪ **ס' 194 חוק התכנון והבנייה:**

במקרים שאדם גר על קרקע מופקעת, הוא לא יפונה מביתו שנועד להריסה בתכנית עד לאחר שהועמד לו שיכון חלופי (אפילו מעל למחיר השוק של הדיור הנוכחי). או לחלופין, אם בחר בכך, ניתן לשלם לו פיצויים שיאפשר לו לשכן את עצמו בשיכון חלופי סביר.

○ **פיצוי מדינה על אובדן קהילה: עמ' 44-43**

▪ **חוק יישום תכנית ההתנקות** – ניתן: (1) פיצוי על אובדן הקהילה (גודל הפיצוי תלוי בוותק); (2) אפשרות להעתקה קהילתית (זהו פיצוי על אובדן הקשרים בקהילה).

• **בפועל:** ישוב חזק (גני טל בהתנתקות) מסוגל לתבוע את זכויותיו הפוליטיות וחלש פחות.

▪ **ביקורת על החוק:** השימוש בחוק נעשה בצורה שלא ממש משקפת את אובדן הקהילה. המחוקק ניסה להתייחס לעובדה שמדובר בקהילות מגורים שנעקרות, אך מצד שני לא ידעו בדיוק איך להתמודד עם המוסד הכללי של קהילה.

הרציונל לניתנת פיצויים עבור קהילה הוא צדק מתקן – השבת המצב לקדמותו. אבל התוצאות של יישום החוק היה שרק מעט מאוד קהילות הצליחו לעבור כקהילות שלמות.

- **התנאים/הצדקה לניתנת פיצוי לקהילה – שי שטרן – נבדוק (תנאים מצטברים): (סיכום תיאורטי – עמ' 9)**
- **האם לקהילה יש תפישת טוב משותפת?** יש עדיפות לניתנת פיצוי לישובים שבהם הקהילה אדוקה ומגובשת, בעלי תפישת טוב משותפת ומשמעותית. לא חייבת להיות תרבותית/אתנית/דתית. יכולה להיות גם כלכלית (דוג': קיבוץ, שיתוף).
- **עד כמה בקהילה זקוקה לבדלנות גאוגרפית כדי לתפקד כראוי?** נסתכל על תפקיד שת"פ במימוש תפישת הטוב. ככל שהשת"פ הכרחי יותר, כך ניטה יותר לתת פיצוי על אובדן הקהילה. **עמ' 30**

נאפשר פיצוי >>> **שת"פ מכונן** (קיבוץ) – **שת"פ מוסיף** ערך (יישוב דתי/קהילה אקולוגית) – **שת"פ מסייע** (תפישת טוב שניתן לממש בעצמנו) – **תפישות טוב שלא מצריכות שת"פ עם אחרים** (דוג': ארסוף) <<< נשלול פיצוי.

- **מה ההשלכה של ההפקעה על הקהילה?**
- **Isolated** – הפקעת קרקע לאדם אחד או אנשים בודדים שלא פוגעים בקהילה ולא הגיוני לפצות את כלל אנשי הקהילה עבור הפקעה כזו.
- **Tipping** – מצב ביניים. מפקיעים חלק משמעותי מהקהילה, אך לא את כולה ולא את רובה, ההפקעה מהווה סכנה להריסת הקהילה. אז נפגעים האנשים שהקרקע שלהם הופקעה, והקהילה שאיבדה חלק משמעותי מחבריה. יש לבדוק מה יקרה לקהילה מנק' זו ואילך.
- **Clearing** – הפקעת כלל הקרקע והריסת הקהילה מהיסוד, גם היחידים וגם הקהילה בכללותה נפגעים. במקרה עזה המחוקק מציע סעד של "העתקת הקהילה" (אם לא ירצו – אז פיצוי כספי).
- **מהו חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה?** ככל שהחוסן של הקהילה גדול יותר, החובה של המדינה להגן על הקהילה נמוך יותר כיוון שסביר שהיא תצליח לדאוג לעצמה (כי למדינה משאבים מוגבלים). אולם, ככל שהקהילה חלשה יותר ולא יכולה לדאוג לעצמה, חובת המדינה כלפיה גדלה.

#### ○ עקרונות יסוד של דיני הנטילה השלטונית/מנגנוני הגנה (מה הופך הפקעה ללגיטימית) (סיכום תיאורטי – עמ' 13-14)

- **חששות בדיני הנטילה השלטונית: (1) השחתת הכוח השלטוני; (2) היעדר הוגנות של הנטל; (3) אי יעילות.**
- **מנגנונים שעונים על החששות: (1) הליך הוגן; (2) צורך ציבורי; (3) פיצוי.**
- לא ניתן לבטל לגמרי את אחד המנגנונים ואם מתפשרים על מנגנון אחד צריכה להיות עמידה ברף גבוה של השניים האחרים.
- אי עמידה בעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית אינה עילה לפסילת חוק, אך ניתן לטעון:
  - אי התקיימות אחד מעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית מעיד על הפקעה לא מידתית.
  - כלי הנטילה השלטונית שלא עומד בעקרונות אלו מאיים על השלטון הדמוקרטי, ושימוש בו באופן לא מידתי פוגע בערכיה של מדינת ישראל.
  - הדין שבחוק שלא עומד בעקרונות אלו מבקש לחול בענף ההפקעות השלטוניות ולכן חייב לקיים את עקרונותיו.
- **יישום על חוק ההסדרה: (עוקף בג"ץ)**
- **הליך הוגן:** למפקד בשטחים אין שיקו"ד להחליט האם להפקיע את זכויות ההחזקה והשימוש מהבעלים הפלסטיני שעל שטחו הפרטי הוקמו התנחלות. הוא חייב לעשות זאת.
- **פיצוי:** פלסטיני שהופקעה ממנו קרקע על פי חוק זה, זכאי ל-2 פיצויים חלופיים:
  - קבלת 125% משווי הקרקע.
  - קבלת קרקע חלופית.
- הבעלים הפלסטיני רשאי לערער רק במידה והוא לא מסכים לשומה שנקבעה לקרקע שלו.
- **צורך ציבורי:** קשה לומר שיש פה צורך ציבורי, מעבירים קרקע מפרט אחד לשני.
- **טענות נגד החוק:** אין סמכות לחוקק בשטחים, פוגע בזכות לקניין.

#### פיצויים בגין גריעות תכנוניות

- ✓ **מהווה גם כשלב הראשון לפני ההפקעה עפ"י חוק תכנון ובנייה – עמ' 8 בצ'קליסט.**
- ✓ **הגדרה –** מגבלות מכוח תכנית תכנון על הקרקע המונעות מהבעלים לעשות שימושים מסוימים בה או להשתמש בתכונות הקרקע לשימושים מסוימים. הזכויות של הבעלים נשארות בבעלותו, אך התוכן נפגע. **עמ' 47**
  - שינוי ייעוד – שינוי ייעוד המקרקעין בתוכנית. לדוג': ממגורים לשטח פתוח
  - שינוי שימוש – הייעוד לא שונה אבל השימוש הוגבל. לדוג': לא ניתן לבנות בחלק מהמקרקעין.
- ✓ **הכלל – תנאים למתן פיצוי בגין גריעה תכנונית מהוועדה המקומית: ס' 197(א) לחוק התכנון ובנייה עמ' 48**
  - **ס' 197** הוא נק' המוצא שמפצים – נפצה אלא אם מתקיימים תנאי ס' 200 שמהווה פטור לרשות ועליה נטל להוכחה. **מלץ, פרי הארץ**
  - **רציונל: (1) יעילות –** שהרשות תפנים את מלוא העלות וההשלכות על הפרטים; **(2) צדק חלוקתי –** שהעול לקיים את צרכי החברה לא ייפול על כתפיהם של אנשים חלשים ושל פרטים.
  - הנפגע הוא הבעלים או בעל הזכות בקרקע הנפגעת ביום תחילתה של התכנית.
  - פגיעה – פגיעה ריאלית מהתכנית.
  - מיקום – פגיעה במקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו. **עמ' 48**

- **מקרקעין גובלים** – כל מקרקעין שסמוכים לקו הכחול של התכנית בצורה מפורשת (משיק ונוגע פיזית) **(ויטנר)**.
- **עדין יכללו ב"גובלים עמו" – החריגים (ויטנר):**
  - **כביש שכונתי צר** לא ייחשב כחוצץ בין הקרקע לתוכנית ולכן ניתן יהיה לראות בה כגובלת.
  - **שטח פתוח צר** – מס' מטרים של שטח ללא בנייה משמעותית. דוג': שורת עצים. אם הנכס שלי במרחק 10-20 מטרים מהתכנית הוא לא ייחשב לגובל בה ולא יזכה בפיצויים.
- בכפוף לאמור בס' 200 לחוק.
- ✓ **חריגים שלא מזכים בפיצוי – ס' 200 לחוק התכנון ובנייה** הרשויות צריכות להראות שההוראה בתוכנית היא אחת מההוראות בס' 200, שלא עברו את תחום הסביר, וזה צודק שלא ישלמו פיצוי לנפגע. **שלושה תנאים מצטברים: עמ' 48**
  - **תנאי תכנוני** – התוכנית צריכה להימנות על אחת התוכניות המופיעות בסעיף (כמעט כל תכנית כלולה בחריג).
  - **סבירות** – הפגיעה לא עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין, סבירות תיקבע ע"י איוון בין **3 קריטריונים מצטברים (אור, הורוויץ):**
    - א. **שיעור ירידת הערך** – ככל שהפגיעה במקרקעין נמוכה ניטה לראות בה כלא חוצה את גבולות הסביר וככל שהיא גבוהה נכיר בה כחוצה את גבולות הסביר (10 אחוזים ומעלה – ניתן לדון בפגיעה משמעותית במקרקעין).
      - אם מוצאים כי הערך לא נפגע אלא הושבח אין צורך לבדוק את הקריטריונים הבאים.
    - ב. **מידת פיזור הנזק** – ככל שהתוכנית פוגעת ביותר קרקעות ניטה לראות בה כיותר סבירה מכיוון שנעשה ניסיון לפזר את הנזק על כמה בעלים. ככל שהתוכנית מטילה את הנטל על בעלים אחד/קב' מצומצמת ניטה לומר שהיא חוצה את גבולות הסביר. גם אם שיעור הפגיעה גבוה – אם הנזק מתפזר על הבעלים ניטה לראות בה כסבירה. אולם, אם הפגיעה קטנה יחסית אבל מספר מצומצם של בעלים נפגע – ניטה לראות בתוכנית כלא סבירה.
    - ג. **קיומו של אינטרס ציבורי חיוני** – ככל שהאינטרס הציבורי בפרויקט חיוני יותר, ניטה לראות כפגיעה כסבירה. יש רצף חיוניות של הצורך הציבורי – מביטחון וכו' ועד שימוש פרטי לתועלת הציבור.
      - **צדק** – אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים. פרמטרים לבחינת צדק:
        - טענות מהראש לגבי נסיבות המקרה.
        - **ברק, הורוויץ** – אם רשות גרמה לסחבת או נהגה בבריונות היא תפצה.
        - עוצמת האינטרס הציבורי – (לקוח מהמבחנים של **אור, הורוויץ**).
        - **חשין, דנג"ץ הורוויץ** – ירידת ערך לא סבירה פוגעת גם בצדק, מהווה פגיעה בשוויון.
  - ✓ אם לא הצלחנו לשלול את ס' 197 לפי ס' 200 נמשיך להוכיח את ס' 197.
  - ✓ **התיישנות – ס' 197(ב) לחוק התכנון והבנייה** על התביעה להיות מוגשת בתוך 3 שנים מיום תחילת תוקפה של התוכנית.

#### מחברים

תחת נושא בעלות – עמ' 3-2 בצ'קליסט.

#### זכויות בנכסי הזולת – רישיון במקרקעין

- ⚡ **במבחן – מוסד הרישיון מכניס עמימות בפסיקה, ולכן תמיד לטעון לקיומו של רישיון כיוון שיכול להיות שטענת השכירות תדחה.**
- ⚡ לרוב סוגיית הרישיון לא מופיעה בגלוי וצריך לטעון אותה במידה ויש נפקות לגבי אחד הצדדים.
- ⚡ **הערה** – בהמ"ש רוצה לשמר לעצמו את היכולת לעשות צדק לפי ראות עיניו, ולכן הוא משמר את תפישת מוסד הרישיון באופן פתוח. הרישיון הוא הפתח של בהמ"ש להפעיל שיקולי צדק ולתת לבר הרשות פיצויים גם אם אין לו זכות קניינית.
- ⚡ **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).
- ✓ **הגדרות ומאפיינים: עמ' 49**
  - מוסד הרישיון בבסיסו חוזי ונקלט מהמשפט האנגלי. עפ"י **נינה זלצמן** רישיון הוא (1) הרשאה שנותן בעל מקרקעין לאדם/גורם אחר לחזקה או שימוש במקרקעין שלו; (2) **אינו מהווה זכות קניינית**, אלא **זכות אובליגטורית אישית**, כלומר, חוזית.
  - **בר רשות** – אדם שקיבל רישיון לפעול במקרקעין, אין לו גישה ישירה ובלתי אמצעית לנכס, אלא התחייבות חוזית מהבעלים.
  - **רישיון היא מעין זכות סל במובן מסוים ולכן תמיד נוסף אותה לתביעה (תביעת חילופין במקרה ולא יכירו בזכות קניינית).**
  - **הבחנה בין רישיון לזיקת הנאה** –
    - **זיקת הנאה היא זכות קניינית אך אין חזקה במקרקעין.**
    - **רישיון היא זכות אובליגטורית אישית (חוזית) ונטען לקיומה רק כשהאדם מחזיק במקרקעין.** אין צורך לחכות 30 שנה כדי שתקום זכות לרישיון, זה יכול לקרות גם תוך כמה חודשים.
  - **עבירות – המטרה העיקרית של מוסד הרישיון היא לשלול עבירות** (למנוע מצב שבר הרשות יעביר הלאה את זכותו בקרקע), לכן עקרונית לא ניתן להעביר רישיון במקרקעין (בניגוד לשכירות), זוהי זכות אישית.
    - **חריגים מהפסיקה:** ירושה; הסכמת הצדדים.

#### אופן השתכללות הרישיון: עמ' 49

- **סוג הרישיון:** רישיון הניתן בצורה מפורשת מהבעלים (חוזה בכתב או בע"פ) / רישיון **מכללא** (שתיקה/אי מחאת הבעלים).
- **תמורה בעבור הרישיון:** רישיון הניתן **בחינם** / רישיון הניתן **בתמורה** למשהו (לא חייבת להיות כספית).
- ✓ **שיקולים להגנה שתינתן לרישיון/להכרה בו: עמ' 49-50**
  - ← העובדה שהרישיון הוא בתמורה/חינם/מפורש/מכללא – לא מגדרת את התוצאה המשפטית ביחס למה נכלל/לא נכלל בתוך הרישיון ולכילול לבטלו, נבחן כל מקרה עפ"י נסיבותיו (**נויפלד**).
  - **כאשר בהמ"ש ידון בהגנה על רישיון הוא ישאל 2 שאלות במקביל: (נבחן בבצר)**

- האם הרישיון הדיר (ניתן לביטול)/לא הדיר (לא ניתן לביטול)?
- מהו היקף הפיצויים במצב של ביטול הרישיון/היקף הפיצויים אם הוחלט שהרישיון הדיר?
- **קריטריונים על פיהם ידון בהמ"ש (ב-2 השאלות):**
- היקף ההשקעה שביצע בעל הרישיון במקרקעין (בממון/בעבודה) – ככל שיותר השקיע, ניטה לפצות/לא לבטל. זהו קריטריון חשוב והטענה העיקרית שיש להתבסס עליה.
- הציפיה הלגיטימית וההסתמכות הסבירה של בעל הרישיון לפעול במקרקעין – ככל שבעל הרישיון הסתמך והביע צפייה ותקווה להישאר בנכס, ניטה לפצות/לא לבטל.
- משך הזמן שהמחזיק החזיק ברישיון – ככל שהזמן ארוך יותר ניטה להכיר ברישיון ולא לבטל אותו.
- תמורה – אם שולמה וגובהה, זה אינדיקציה לרישיון משמעותי. זוהי עדות לחוזה בין בעלי הנכס לבעל הרשות.

- ← יש להתחשב בעקרונות הקניין המנחים לצורך הכרעה: (1) חירות הבעלים; (2) מאזן מצוקה/רווחה מצרפית; (3) עבודה; (4) אישיות; (5) קהילה. (סיכום תיאורטי – עמ' 5-3)
- ← אלונגי – נקבע שאם אדם הסתמך בתו"ל על בעלים והשקיע כסף אז הבעלים יהיה ב"השתק".
- ← נוטים לא להכיר בקלות ברישיון כבלתי הדיר (בלתי חוזר) כי זכות בלתי הדירה עוקפת את מוסד הרישיון במהותו (ומחזקת אותו לכיוון שכירות), לכן בדר"כ יקבע כי הרישיון הדיר ובעל המקרקעין יכול לחזור בו ולבטלו. (סלונים)

- **תוצאות אפשריות להכרה ברישיון:**
- רישיון בלתי הדיר על אף רצון הבעלים בביטולו – ביהמ"ש רשאי להחליט שלא ניתן לפנות את בר הרשות.
- ביטול הרישיון – פינוי בעל הרשות. לרוב גם כשמכירים ברישיון מכללא/רשות התוצאה היא פינוי בר הרשות.

## 2 אפשרויות:

1. **חייב הבעלים בפיצוי בר הרשות – כשהצדק יכתוב זאת בעל המקרקעין יחויב לשלם פיצויים עבור השקעות/הסתמכות של המורשה בגין סילוקו מהנכס. גובה הפיצוי יקבע עפ"י הקריטריונים לעיל.**
2. **ללא פיצוי לבעל הרשות – בעיקר במקרים בהם בר הרשות לא השקיע במקרקעין עצמם או שתקופת ההחזקת במקרקעין הייתה מאוד קצרה. שמגר בסלונים קובע כי תיתכן קביעה שרישיון הדיר גם ללא פיצויים. הכל תלוי בנסיבות העניין.**

## רישיון במקרקעי ציבור: עמ' 51

- **הגדרה למקרקעי ציבור: ס' 107 לחוק המקרקעין** "מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ומקרקעין של רשות מקומית או של תאגיד שהוקם על ידי חיקוק".
- הכוונה למקרקעין המשמשים רשויות שלטוניות ובעלותם של מקרקעי ישראל (דוג': שדה תעופה).
- אין רישיון במקרקעי ציבור. אין טעם לטעון טענות של רישיון במקרקעי ישראל (הדיר/בלתי הדיר), כיוון שבמקרים אלו לעולם לא יכיר בהמ"ש ברישיון (חבה נ' מנהל מקרקעי ישראל). בנוסף, לא יעניק בהמ"ש פיצויים לאדם שנכנס לקרקע ציבורית. לא ניתן להכיר אפילו ברישיון שמאפשר פינוי ללא פיצוי.
- **רציונל:** מניעת מכת מדינה – פלישה לקרקעות ציבור. אם יכירו ברישיון במקרקעי ציבור, הקרקע תעבור לחזקה פרטית וכלל הציבור עלול להיפגע מכך.

## דרכי רכישת הבעלות

## דרכי רכישת זכות קניינית: עמ' 51

- ירושה – היורשת מקבלים זכות קניינית.
- תפיסת חזקה – לעיתים הופכת את המיטלטלין לשלנו (בעיקר בנכס שהופקר או אבד).
- זיקת הנאה – כתוצאה משימוש תכוף בנכס לאורך שנים (זיקת הנאה לעולם לא תחיל חזקה במקרקעין).
- שיפור נכסי זולת – לעיתים בנייה/הקמת מחוברים יכולה להכריע מי יהיו הבעלים בנכס.
- עסקה רצונית – כולל מכר, שכירות, מתנה ומשכונות, לא חייב לעבור כסף. עשיית עסקה במקרקעין מעניקה לאחר זכותו בו.
  - עסקה – רכישת זכויות בנכסים (מקרקעין/מיטלטלין/זכויות) היא עסקה שדיני החוזים החלים עליה. לרבות כריתת ההסכם, פגמים בכריתה, יכולת ביטול, השלמת חוזה, בטלות עקב אי חוקיות, תרופות וכו'.
  - דרישות מיוחדות – יש לעמוד בדרישות המיוחדות לגבי נכסים מסוימים. דוג': דרישת הכתב במקרקעין – ס' 8 לחוק המקרקעין (חריג – שכירות קצרת מועד).
- **התיישנות רוכשת** – נלמדת מס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני שקובע כי אדם שמעבד את המקרקעין במשך תקופה מסוימת יכול לרכוש זכות בעלות במקרקעין בעוד הבעלים יצא מהתמונה ויפסיד את המקרקעין שלו בשל שתיקתו/חוסר פעילותו בקרקע במשך תקופה מסוימת. עמ' 52
- פס"ד ג'יבלי ביטל את תחולת התיישנות הרוכשת בישראל. רציונל: אנחנו לא רוצים שמתיישבים זרים יתפסו חזקה בקרקע באמצעות התיישבות בה.

## מקרקעין רשומים (מוסדרים):

- ס' 7 לחוק המקרקעין הדרך היחידה לרכוש זכות קניינית (ולקבל זיקה בלתי אמצעית וישירה לנכס) במקרקעין רשומים (מוסדרים) היא ע"י העברת הרישום בטאבו.
- ס' 7 לחוק המקרקעין חל רק על עסקה שטעונה רישום (כלומר, רק בעסקאות בהן הזכות הקניינית מתגבשת רק ברישום).
  - זכויות במקרקעין בהן גיבוש הזכות הקניינית לא מותנה ברישום בטאבו:
- זיקת הנאה מכוח שנים – צומחת מהרגע שעברו סך מסוים של שנים ואין חובת רישום לצורך קימת הזכות הקניינית.
- זכות קדימה מכוח החוק – מתגבשת רק כאשר יש מצב של חדלות פרעות, ואז מכוח החוק מתגבשת זכות קדימה ואין צורך ברישום במקרקעין.

- **עסקת שכירות קצרת מועד** – העסקה היחידה במקרקעין שאינה טעונה רישום.

○ **שלבי הרכישה: עמ' 51-52**

▪ **השלב הראשון – השלב החוזי האובליגטורי:** התחייבות לעסקה.

- נחתם חוזה למכירת הדירה, שולם כסף על חשבון הדירה, אך **עדיין מדובר רק בהתחייבות לעסקה**.
- **ס'7(ב) לחוק המקרקעין בשלב זה יש רק זכות חוזית**, התחייבות לעסקה ביחס לדירה אבל אין עוד זכות קניינית.
- **בוקר** – כל עוד לא נגמרה העסקה ברישום לפי **ס'7(א) לחוק המקרקעין**, הזכות בידי הרוכש היא זכות חוזית בלבד.
- **אוצר החייל נ' אהרונב** – יש להכיר בעסקה במקרקעין **כזכות מעין קניינית** מיד לאחר שלב החוזה.
- **רציונל**: מקרקעין הם נכס חיוני ואנחנו לא רוצים שאנשים יפסידו אותו לאחר כי לא ניתן לרשום בעלות בטאבו מיד לאחר חתימה החוזה.
- כשמכניס את החוזה יש להתייחס לנכס הטאבו (בו רשום הערך האמיתי של הנכס, שרשרת בעלויות, הערות אזהרה, פרטי הנכס, משכנתאות וכו') **עמ' 54**

▪ **השלב השני – השלב הקנייני:** השתכללות העסקה. **שלב חשוב לדיני תחרויות**

- **ס'7(ב) לחוק המקרקעין** בשלב זה מבצעים רישום של העסקה בטאבו. ברגע שעברנו לשלב זה אנחנו **הופכים לבעלי זכות קניינית**.

○ **למה יש פער זמנים בין השלב החוזי (חתימה על העסקה) לבין השלב הקנייני (רישום):**

- **מיסוי ואישורים** – כדי לרשום עסקה במקרקעין בטאבו יש צורך באישורים נוספים מלבד החוזה עצמו וזה דבר שלוקח זמן.
- **מימון והסרת משכנתאות** – אם יש משכנתא על קרקע כלשהי יש לכך רישום בטאבו – כדי לדאוג שכל ההעברה של הקרקע הזו תעשה באישור של הבנק. מבחינה מעשית, רשויות הרישום של המקרקעין לא יעבירו נכס בין אנשים לפני שנמחקו חובות המשכנתא על המקרקעין. גם לקונה עצמו יש אינטרס שהמשכנתא תיסגר – והבעלים הקודם ימכור לו קרקע נקייה משעבודים. זה לוקח זמן, וכשהיא מוסרת אפשר להתקדם.

○ **הליך הרישום בטאבו:** דורש קיומם של מס' קריטריונים: **עמ' 53**

- **שטר מכר 5x** – שטר מכר עם פרטי המוכר, הקונה, הדירה, כל הצדדים חותמים.
- **חוזה המכירה** – החוזה שנעשה ונחתם בזמן המכירה.
- **אישור עירייה** – אישור הנוגע לחובות על הקרקע. מוודאים (1) שאין חובות ארנונה על הקרקע; (2) שאין חבות בהיטלי השבחה על הקרקע; (3) שאין פעולות לא חוקיות וקנסות שנעשו מבחינת תכנון המקרקעין.

• **היטלי השבחה:**

- אם ההשבחה נולדה כתוצאה מתכנית שחלה על המקרקעין / היתר בניה – יגבה 50% מההשבחה שנגרמה.
- אם ההשבחה נולדה כתוצאה משינויים בשוק – היא שייכת לבעלים בלבד (טבעי, לקח על עצמו סיכון).
- **אישורי מיסוי** – כאשר נכרת חוזה לגבי דירה יש למלא טופס שנקרא "מש"ח" – במסגרתו אפשר לבחור אחד מ-2: (1) צירוף שומה של שמאי למקרקעין; (2) שומה עצמית של המקרקעין – זהו הסכום שבה נמכר המקרקעין. רשות המיסים מחליטה מה לדעתה צריכה להיות השומה. ואז העירייה מוציאה אחד מ-2: (1) שובר/פטור מתשלום מס מקרקעין במידה ומדובר בדירה אחת שנמכרת (והבעלים לא מוכר המון דירות), ואז אפשר ללכת ישר לטאבו, (2) אישור של סכום התשלום – ואז לאחר התשלום אפשר ללכת לרישום בטאבו.

○ **הערת אזהרה: עמ' 54 מאוד רלוונטי וחשוב לדיני תחרויות! ס'126-127 לחוק המקרקעין**

▪ **מאפיינים:**

- רישום הערת האזהרה נעשה בין השלב החוזי לשלב הקנייני (שלב הרישום בטאבו).
- **הערת אזהרה היא לא זכות קניינית.**
- **הערת אזהרה לא אמורה למנוע רישום קנייני**, למרות שבפועל לשכות הרישום לא יבצעו שינוי אם יש הערת אזהרה כללית על הנכס (לא בשל החוק, כעניין פרקטי).
- **מטרה:** לשמש כתמרור אזהרה. לזהיר כל אחד שנכנס לנכס, שידע שיש מישהו שיש לו השגות/טענות ביחס לנכס.
- **בפועל, הערת אזהרה משמשת כתמרור אזהרה לצדדים שלישיים** – אדם שמעוניין לרכוש נכס ולהיפטר מהערת אזהרה שרשומות עליו, הרבה פעמים פשוט ישלם כסף לבעלי הערות האזהרה כדי שישירו את ההערות.
- **רושם הערת האזהרה הוא מונע הנזק הזול בדני תחרויות.**

✓ **מיטלטלין: עמ' 54-55**

- במיטלטלין אין לשכת רישום. **רציונל**: ישנן עסקאות רבות במיטלטלין ואם היינו מקיימים לשכות כאלה הן היו קורסות תחת העומס ועסקאות אל היו מתבצעות.
- מימד החזקה במיטלטלין מאוד חשוב לקביעת בעלי המיטלטלין.

○ **שלבי הרכישה:**

- **השלב הראשון – השלב החוזי האובליגטורי:** התחייבות לעסקה
- **השלב השני – השלב הקנייני:** השתכללות העסקה

- **ס' 33 לחוק המכר** זכות הבעלות במיטלטלין צומחת במסירת המיטלטלין, אך יש אפשרות להתנות על כך ולקבוע מועד אחר להעברת הבעלות.

**זכויות: עמ' 55** ✓

- העברת זכויות = המחאה.
- **החוקים הרלוונטיים: חוק המכר + חוק המחאת חיובים.**
- **בהמחאה יש 3 שחקנים: (1) חייב (האדם שחייב כסף לממחה); (2) ממחה (האדם שמוכן לוותר על זכותו לקבל כסף מהחייב ולהעביר אותה לממחה כדי לבטל את חובו כלפיו); (3) נמחה.**
- **מתי מתגבשת הזכות הקניינית של הנמחה?**
  - **זכויות מפעילים את ס' 33 לחוק המכר** שקובע שכל מה שקובע לגבי מיטלטלין יהיה רלוונטי גם לגבי זכויות וחיובים בשינויים המתבקשים.
  - **מועד מסירת הזכויות (שהוא מועד כריתת ההסכם) הופך להיות מועד מסירת הבעלות בזכות, אלא אם נקבע אחרת ע"י הצדדים.**
- **רציונל:** אין מסירה פיזית, לכן מועד העברת הזכויות תפורש בתור שלב כריתת החוזה, השלב בו הממחה אומר לחייב להעביר את הכסף לממחה.

**מקרקעין לא מוסדרים (לא רשומים): עמ' 55** ✓

- **במקרקעין לא רשומים (לא מוסדרים) מבחינה משפטית קניינית אינם מהווים מקרקעין אלא זכויות. המעבר מהשלב החוזי לקנייני במצב זה יהיה כמו הדין למעבר זכויות ולא כמו הדין למעבר מקרקעין רשומים. לכן, יש לפעול עפ"י הנחיות ס' 33 לחוק המכר – אז השלב בו עוברת הבעלות במקרקעין לא רשומים יהיה השלב בו נכרת החוזה ביחד למקרקעין, אלא אם הצדדים קבעו אחרת.**

**קניית דירה מקבלן**

- ✓ **סיבות להסדר המיוחד הנוגע לרכישת דירה מקבלן:** (הצפת מידע, מסגור, שגיאה הסתברותית, קושי לתפוס מידע אמורפי). **פירוט בעמ' 56-57 (סיכום תיאורטי – עמ' 14)**

**עקרונות: עמ' 59** ✓

- **תחולה: חוק המכר (דירות) + (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) לא חל על רוכשי דירות מיד שניה** (פה יכנסו דינו התחרות), **עסקאות קומבינציה (בין הקבלן לבעלי הקרקע – כי לבעלים תשמר הזכות הקניינית), וקבוצות רכישה (בניה עצמית),** מכיוון שההנחה היא שפערי הכוחות במקרה זה אינם גדולים כמו פערי הכוחות בין קונה לקבלן. החוק לא חל גם על פינוי בינוי כי יש חוק ספציפי הנוגע לכך. הוא חל רק על רוכשי דירה מקבלן.
  - **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 ניתן לטעון שגם הוא קבלן.
    - אם נדרש לפרשנות של מקרה ביניים, יש לראות את **טובת הקונה** לפי **חוק המכר** ולפרש את המקרה לאורו.
- החוק חל על רכישת דירה, אך **לאו דווקא** למטרת מגורים – לפי הגדרת "דירה" בס' 1 לחוק המכר, אלא רחבה יותר: "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".
- **ס' 1 לחוק המכר** מכירה = גם חכירה לדורות (וגם שכירות ללמעלה מ-25 שנה).

**חובת גילוי – ס' 6-2 לחוק המכר (דירות) בעמ' 57-58** ✓

- **ס' 2 לחוק המכר (דירות)** חלה חובה על הקבלן לצרף לחוזה המכר מפרט ברור והוראות תחזוקה ושימוש ולחתום עליהם. על כל שינוי/תיקון במפרט שני הצדדים צריכים לחתום. אם לא היו למוכר את הוראות התחזוקה והשימוש במועד חתימת החוזה ימסור אותם במעמד מסירת הדירה.
  - המפרט הוא סוג של מסמך המפרט כל דבר שניתן בדירה ויותר חשוב מכך – מפרט כל דבר שהוא מוציא מהתקנון המצוי של בית משותף (הצמדת שטחים, הוצאת מקומות מסוימים ועוד).
  - **עפ"י מנחם אלון, שמענון – על המפרט להיות: מפורט –**
    - על המפרט לכלול פרטים לגבי מה הרוכשים מקבלים בהסכם הזה, הוראות לגבי רכוש משותף, כולל כל ההצמדות או הפעולות שהקבלן מתכוון לעשות מול קונים אחרים (ס' 3, 6 (א) לחוק המכר (דירות)).
    - המפרט צריך להכיל פרטים לגבי כוונותיו האמתיות של המוכר, ומהן הזכויות שהקונה רוכש (שמענון).
  - **מועד מסירת מפרט –**
    - **ס' 2 לחוק המכר (דירות)** על המוכר לצרף את המפרט לכל המאוחר במועד חתימת החוזה (לא יכול להחתים קונים מבלי שראו קודם את המפרט).
    - **רציונל:** כשהרוכש מתקרב למועד המסירה קשה מאוד לסגת מהרכישה כבר.
  - **להיות בהיר –** להביא לידיעת הקונה, ברחל בתך הקטנה, בצורה ברורה ומובנת וללא הסתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים (שמענון)
- **ס' 3 לחוק המכר (דירות)** – המפרט יהיה בטופס שקבע השר. יכלול מחירון של דברים ברי-ויתור, חייב לציין על מה המוכר מוותר (רשאי להתייחס לחלקים אחרים של הבניין ולקרקע).

- **ס'4 לחוק המכר (דירות)** – 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).
- **ס'4 לחוק המכר (דירות)** – הקונה יכול להסתמך על אי ההתאמה אם הודיע לקבלן/לא היה ניתן לגלותה בבדיקה סבירה.
- **תוצאות העדר חובת גילוי:**
  - אם המפרט לא מילא את חובת הגילוי לגבי תקנון הבית המשותף: כל מה שהקבלן שינה לגבי תקנון הבית המשותף בטל והולכים לפי התקנון המצוי.
  - **ס'5(א) לחוק המכר (דירות)** – 'מוכר שלא מסר לקונה מפרט בהתאם לסעיף 2, יראוהו, על אף האמור בחוזה המכר, כמי שהתחייב למסור את הדירה לקונה כשכל דבר שצריך היה לפרט במפרט הוא באיכות גבוהה בהתחשב בנסיבות העניין'.
  - **ס'6(ב) לחוק המכר (דירות)** – מוכר שלא מסר פרטים על עניין מהמנויים בס'6(א) יראוהו על אף האמור בחוזה המכר כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו עניין יחולו על הבית המשותף.
- **הפסיקה באופן עקבי מחמירה עם הקבלנים.**
- **רציונל חובת הגילוי, מהפסיקה:** הצורך בהגנה מיוחדת זו על קונה דירה נובעת מעמדו הנחות של הקונה מבחינת כוח המיקוח, יכולת התמרון, וניסוח החוזה לעומת הקבלן בונה הדירה, וזאת כאשר מדובר במצרך חיוני, הן לפרט והן לאינטרס הציבורי והחברתי ובסכומי כסף גדולים. (שמעוניף)
- ✓ **חובת בטוחות – חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) עמ' 61-58**
  - **למה צריך בטוחות?** (1) בעיות כלכליות של הקבלן (פשיטת רגל); (2) בעיות קנייניות – פגמים בזכות הקניין של המוכר.
  - **מטרת החוק היא להבטיח שאדם לא יוותר ללא קורת גג, וככזו היא יותר רלוונטית לרוכש פרטי** מאשר רוכש מוסדי (מטרי). כלומר, המשמעות היא שאם יש סך משאבים מוגבל (למרות חובת הבטוחות), ויש להכריע מי יקבל עפ"י חוק המכר, אנו נכריע לטובת הגורם הפרטי כי זו מטרת החוק.
    - הצדקות לתפישה זו – הצדקות הקניין הפרטי (סיכום תיאורטי – עמ' 5-3)
  - **5 דרכים חלופיות להבטחת השקעה של רוכש דירה (= בטוחות):** ס' 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) "לא יקבל המוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על 7% מהמחיר, אלא אם נתן לקונה אחת מאלה, והכל על אף האמור בחוזה המכר" זה ס' קוגנטי!
    - **ערבות בנקאית (ס'12(1))** – בטוחה פיננסית. מנגנון החזרה של כל הכסף אם העסקה לא תתממש. לשם ערבות זו על הקבלן לשלם לבנק.
    - **ביטוח (ס'2(2))** – בטוחה פיננסית. ביטוח אצל חברת ביטוח – זוהי אפשרות אחרת של הקבלן אם הוא לא רוצה לעבוד עם בנק אך זה פחות זול ויעיל מערבות בנקאית. גם כאן – אם הקבלן לא ימסור את הדירה הדיירים יקבלו כסף בחזרה.
    - **שעבוד הקרקע במשכנתא מדרגה ראשונה (ס'3(3))** – בטוחה קניינית. רשימת משכנתא בשווי העלות שהקונים שילמו. המשכנתא חייבת להיות מדרגה ראשונה (הקונה הראשון לגבות).
      - בעיה: פחות רלוונטי מכיוון וברוב הפעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע, והבעלים לא יסכים לרשום משכנתא לרוכשים. בנוסף, לא סביר שהבנק, שמסייע לקבלן במימון, יסכים לוותר על רישום משכנתא בדרגה ראשונה על שמו.
    - **רישום הערת אזהרה לגבי הדירה, או לגבי חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית (בהתאם להוראות ס' 126 לחוק המקרקעין) (ס'4(2))** – ובלבד שלא נרשמו עליהם כל זכות, שעבוד או עיקול שעדיפים על ההערה.
      - לא זכות קניינית אלא תמרור אזהרה. משאיר את הקונים בתמונה. המחשבה היא שאם הקבלן יפשוט רגל, בעל הקרקע יפרע את חובו לקונה (כי אף אחד לא ירצה לקנות ממנו קרקע עם ה"א). מניחים שיגיע קבלן חדש והוא יאלץ להתחשב בהם.
      - בעיה: בעייתי כי הקבלן בד"כ יצטרך אישור מבעלי הקרקע, בנוסף, יתכן ויש כבר הערות אזהרה, של גורם מממן או של הבעלים. הערת אזהרה היא זכות מעין קניינית ולא זכות קניינית!
    - **רישום כל/חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש (ס'5(2))** – העברת בעלות לרוכש על חלק יחסי מול הסכום ששילם קונה מהקרקע עליה הדירה הנבנית, או זכות אחרת בדירה. כשהדירה או הקרקע נקיים מכל שעבוד, עיקול או כל זכות של צד שלישי.
      - בעיה: פחות רלוונטי מכיוון וברוב הפעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע, והבעלים לא יסכים לרשום זכויות יחסיות לרוכשים. בנוסף, לא סביר שהבנק, שמסייע לקבלן במימון, יסכים לוותר על רישום משכנתא בדרגה ראשונה על שמו.
  - לרוב הבטוחה שהקבלן ייתן תהא ערבות בנקאית (ס'12(1)), משום שהוא ממילא עובד עם הבנק ויותר זול לו לשלם תשלום נוסף לבנק על עקבות מאשר לשלם לפרמיית ביטוח.
  - הבטוחות הפיננסיות (ערבות בנקאית (ס'12(1)) וביטוח (ס'2(2))) לא מקנות זכות קניינית, אלא רק הבטחה פיננסית שהכסף שהשקיעו הקונים לא יעלם.
  - **עקרונית – אין פיצוי לקונה על נזקים שנגרמו לו כשהדירה כן נמסרת** (בשל אי עמידה בלוי"ז או פגמים בדירה), כי מטרת הבטוחות היא להבטיח את אי העמידה של הקבלן למסירת הדירה ע"י מניעת אובדן כספו של הקונה.
  - **ס'1א2 חובות המוכר:** (בנוסף למתן אחת מהבטוחות שבס' 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)) (חקיקה שתוקנה עקב פרשת הפציבה). – **ללא תלות בסוג הבטוחה!**
    - **ס'1א2(א)** חלה חובה על המוכר ליידע בכתב את הקונה על זכויותיו מכוח החוק.
    - **ס' 1א2(ב)** ככל שהמוכר לא נותן הלוואה פיננסית עליו ליידע את הקונה על כך בכתב.
  - **ס'3ג חובות הבנק הנותן משכנתא לקונה:** (חקיקה שתוקנה עקב פרשת הפציבה). – **ללא תלות בסוג הבטוחה!**

- **ס' 3ג(1)** ליידע את הקונה בכתב על זכויותיו לקבלת בטוחות לפי החוק.
- **ס' 3ג(2)** אסור לבנק להעביר למוכר (הקבלן) את כספי ההלוואה של הקונה מבלי שוידא שניתנה לקונה בטוחה.
- **ביקורת על מנגנון הבטוחות** – מייקר את העסקה עבור קונים. יש שגורסים שזו לא ביקורת טובה כי זה אמור ליפול על כתפי הקבלן ולא עליהם.

### ✓ תניות מקפחות בחוזה אחיד ברכישה ע"י קבלן:

- **שמגר, היועמ"ש נ' גז** נקבע: (1) אין להתנות רישום הערת אזהרה לטובת הרוכש ללא סיבה מוצדקת ולגיטימית מצד הקבלן; (2) אין להתנות איחור של מעל 3 חודשים במסירת הדירה.

### הגנת הבעלות והחזקה

- ✓ **ויסמן** – יתרוונות למתן נפקות משפטית לחזקה (גם על מקרקעין וגם על מיטלטלין) (גם כשהיא לא כדין) – (1) שמירה על הסדר הציבורי; (2) יעילות בהגנה על נכסים; (3) הטלת הנטל על התובע-המנושל ("המוציא מחברו עליו הראייה"); (4) עידוד שימוש בנכסים פנויים. **עמ' 61 (סיכום תיאורטי – עמ' 14)**
- ✓ **מי הצדדים באירוע? ס' 15 לחוק המקרקעין** – "מחזיק" – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו". ← **הם**: בעלים/מחזיק כדין(בעל זכות החזקה)/מחזיק שלא כדין (מסיג גבול)/מחזיק בקרקע בפועל.
- ✓ **החזקה = אדם שתופס את הנכס מבחינה פיזית, יושב בו, מגדר אותו וכו'.**
- ✓ **תחולה על מיטלטלין: ס' 8 לחוק המיטלטלין – ס' 15-20 לחוק המקרקעין** יחולו גם על הגנת הבעלות והחזקה גם במיטלטלין.
- ✓ **ס' 18 לחוק המקרקעין** סעד עצמי – מבטא את שיקול האינסטינקט האנושי.

### ✓ בעלים נגד פולש –

- **ס' 16 לחוק המקרקעין** הבעלים זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. (תביעת בעלות, **סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **נקודת המוצא היא שלא נוקטים בסעד עצמי ולכן פונים לבהמ"ש.** כדי שאנשים לא ייקחו את החוק לידיים מחוץ לגבולות הסביר.
- **ס' 17 לחוק המקרקעין** אם הבעלים מחזיק בפועל במקרקעין, הוא זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת. (**סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **פרוקציה בעוקשי** בהמ"ש רואים בס' זה לא רק כהפרעה לשימוש אלא כהוצאה עכשווית ונטילת חזקה.
- **הרציונל לסעיף:** לא מאפשרים בעיות בסדר הציבורי גם כשמדובר במחזיק שלא כדין.
- **סעד עצמי: לבחון סייגים לסעד עצמי**
- **ס' 18(ב) לחוק המקרקעין** אם הבעלים מחזיק בפועל במקרקעין הוא רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי) כדי למנוע הסגת גבול ושליטתו שלטתו בקרקע.
  - **הפעלת סעד עצמי שלא כדין?** נבחן את **ס' 19 לחוק המקרקעין** בסייגים לסעד עצמי!
- **ס' 18(א) לחוק המקרקעין** אם הבעלים מחזיק בפועל במקרקעין ואם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד – הוא רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה.
- **פרשנות:**
  - **הפלישה מתרחשת באותו רגע** – (1) אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר שביהמ"ש יכריע זמן סביר; (2) **המרצה** סובר שזה צריך להיות מוגבל. **מדובר על תגובה מיידית, אינסטינקטיבית, אנושית (שי דרומי).**
  - **כוח סביר** – בדר"כ פורש כזימון של משטרה וגורמי אכיפת חוק (למרות שהסעיף מנוסח כסעד עצמי). המשטרה לא יכולה להכריע בוויכוח בין צדדים. היא יכולה לפעול לטובת אחד הצדדים שיציג לה ראיה מוחצת שהוא צודק. כמו: שטר בעלות וכדו'.

### ✓ מחזיק כדין נגד מחזיק שלא כדין –

- **ס' 16 לחוק המקרקעין** המחזיק כדין זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. (תביעת בעלות, **סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **נקודת המוצא היא שלא נוקטים בסעד עצמי ולכן פונים לבהמ"ש.** כדי שאנשים לא ייקחו את החוק לידיים מחוץ לגבולות הסביר.
- **ס' 17 לחוק המקרקעין** מחזיק כדין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת. (**סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **פרוקציה בעוקשי** בהמ"ש רואים בס' זה לא רק כהפרעה לשימוש אלא כהוצאה עכשווית ונטילת חזקה.
- **הרציונל לסעיף:** לא מאפשרים בעיות בסדר הציבורי גם כשמדובר במחזיק שלא כדין.
- **סעד עצמי: לבחון סייגים לסעד עצמי**
- **ס' 18(ב) לחוק המקרקעין** המחזיק כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי) כדי למנוע הסגת גבול ושליטתו שלטתו בקרקע.
  - **הפעלת סעד עצמי שלא כדין?** נבחן את **ס' 19 לחוק המקרקעין** בסייגים לסעד עצמי!
- **ס' 18(א) לחוק המקרקעין** אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד – המחזיק כדין רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה.
- **פרשנות:**
  - **הפלישה מתרחשת באותו רגע** – (1) אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר שביהמ"ש יכריע זמן סביר; (2) **המרצה** סובר שזה צריך להיות מוגבל. **מדובר על תגובה מיידית, אינסטינקטיבית, אנושית (שי דרומי).**



- **כוח סביר** – בדרי"כ פורש כזימון של משטרה וגורמי אכיפת חוק (למרות שהסעיף מנוסח כסעד עצמי). המשטרה לא יכולה להכריע בוויכוח בין צדדים. היא יכולה לפעול לטובת אחד הצדדים שיציג לה ראיה מוחצת שהוא צודק. כמו: שטר בעלות וכדו'.

### ✓ בעל זכות להחזיק (אבל לא מחזיק) נגד פולש –

- **ס' 16 לחוק המקרקעין** בעל זכות להחזיק זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. (תביעת בעלות, **סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **נקודת המוצא היא שלא נוקטים בסעד עצמי ולכן פונים לבהמ"ש**. כדי שאנשים לא ייקחו את החוק לידיים מחוץ לגבולות הסביר.

### ✓ פולש נגד פולש חדש –

- **ס' 17 לחוק המקרקעין** אם הבעלים **מחזיק בפועל במקרקעין**, הוא זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת. (**סעד משפטי** – נתון לשיקו"ד בהמ"ש).
- **פרוקציה בעוקשי** בהמ"ש רואים בס' זה לא רק כהפרעה לשימוש אלא כהוצאה עכשווית ונטילת חזקה.
- **הרציונל לסעיף**: לא מאפשרים בעיות בסדר הציבורי גם כשמדובר במחזיק שלא כדין.

### ✓ פולש נגד בעלים/מחזיק בפועל/בעל זכות להחזיק –

- לא עומדים לו אף סעדים או הגנות בחוק!
- ✓ **רציונאליים לסעד עצמי**: (1) האופי האנושי – להתנגד ללקיחות; (2) היעדר חלופה מעשית – בעיקר מיטלטלין שאם לא נגיב מיד הנכס יאבד (**ויסמן**); (3) הכלל הקנייני גובר על כלל האחריות (**קלברזי ומלמד**).

### ✓ סייגים לסעד עצמי:

- (לא סייג אבל לציין) בתי המשפט באופן כללי נוטים לצמצם מאוד את הסעד העצמי.
- תאגידים לא רשאים לבצע סעד עצמי (אין לו רציונל של רגש אינסטינקטיבי).
- **בנוס – טענת יוס טראצי** – מחזיק מטעם הבעלים לא רשאי לבצע סעד עצמי (נעדר אינסטינקט אנושי שפועל). (**מזוז, אלג'עברני**)
- פולש לא יכול להעלות טענת הגנה על פי לתובע אין זכות בנכס, ושהזכות למעשה של צד ג'.
- **ס' 19 לחוק המקרקעין** ביצוע של סעד עצמי לפי **ס' 18(ב)** שלא כדין יגרור: (1) השבת המקרקעין למחזיק (גם אם שלא כדין) – תביעה פוזסורית (חזקה); אך זה לא שולל פניה לערכאות במקביל (**אנגלרד, עוקשי**) (2) לאחר מכן יבוצע הליך של תביעה פטיטורית (בעלות) ע"י הבעלים/מי שזכאי להחזיק בהם לבירור הזכויות במקרקעין.
- **פרוקציה ואנגלרד, עוקשי** – סעיף זה חל גם על מחזיק שלא כדין. (**במבחן לטעון גם שמסיג גבול לא יכול לתבוע לפי ס' 19**).
- בהמ"ש יכול לדון בעת ובעונה אחת בזכויות 2 הצדדים ולהסדיר את החזקה ככל שיראה לו נכון וצודק.
- **המרצה** – בתביעה כזאת, בהמ"ש ידון קודם בשאלת הזכאות בהחזקה, כדי למנוע מצבי אבסורד.

### ✓ תפיסת חזקה במקרקעי ציבור – עמ' 64 ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים)

#### ○ **הבדלים בין המדינה לבין מחזיק פרטי שנאלץ להתמודד עם פגיעה בחזקה שלו:**

- הגבלת הסעד למדינה – אין סעד עצמי ממשי ע"י הפעלת כוח אלא רק צו פינוי + הוצל"פ או פניה לערכאות.
- הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול – מתן הצו יהיה בתוך 6 חודשים מהיום שהתברר כי התפיסה אינה כדין, בתקופה שאינה עלה על 36 חודשים מיום הפלישה. זמן הפינוי יהיה לפחות 30 יום ממסירת הצו.
- **רציונל**: למדינה יש הרבה מאוד קרקעות ואין לה את המשאבים לשלוח סיורים לכל הקרקעות כל יום, לכן יש לאפשר לה זמן רחב יותר לזהות פלישות לקרקעותיה.
- אין צורך בהחזקה בפועל של המדינה במקרקע – מספיק שהקרקעות נמצאות בבעלותה כדי להפעיל את הסעד.
- **רציונל**: לא אפשרי שהמדינה תחזיק בכל רגע נתון בכל הקרקע ששייכת לה, כיוון שיש לה קרקעות רבות.
- **4 תנאים מצטברים להפעלת סמכות הממונה ליתן צו לסילוק פולש (ללא משפט): (מ"י נ' בן שמחון)**
  - אדם תפס מקרקעי ציבור. (הגדרה בס' 1 לחוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים))
  - דעת הממונה כי התפיסה אינה כדין:
    - שיקו"ד של הממונה לעניין זה מחייב רמת וודאות גבוהה בדבר עובדת הפלישה לקרקע.
    - קיומו של ספק או אי הוכחה – מונע המשך ההליך לסילוק ודורש פנייה לערכאה משפטית.
    - בהפסקת ההליך ניתן לפנות לבהמ"ש.
  - הצו ניתן תוך 6 חודשים מיום שהתברר לממונה דבר התפיסה שלא כדין.
  - הצו ניתן לא יאוחר מ-36 חודשים מיום התפיסה.
- ← כשהתנאים לא מתקיימים, תבורר דרישת המדינה לסילוק דרך בהמ"ש.

#### זכויות בנכסי הזולת – שכירות

### ✓ עקרונות כלליים – עמ' 65-66

- כל סעיפי חוק השכירות והשאיילה ניתנים להתניה (דיספוזיטיבים), פרט לס' 22 המוגבל להתניה (קוגנטי).
- **ס' 78 לחוק המקרקעין ניתן להשכיר חלק מסוים של מקרקעין** (חריג לס' 13 האוסר עסקה בחלק ממקרקעין).
- חכירה לדורות דומה מאוד לבעלות, אך מבחינה פורמלית מדובר בשכירות, ולכן אפשר לעשות חכירה לדורות בחלק מהקרקע (**לוסטיג**).
- זכות השכירות היא זכות קניינית המאפשרת לשוכר זיקה ובלתי אמצעית לנכס.

▪ **ביטוי להיותה של זכות השכירות זכות קניינית:**

- **ס' 81 לחוק המקרקעין** לשוכר יש הכוח לשעבד את זכות השכירות שלו אצל רשם המשכונות (דיספוזיטיבי – אם אין התנאה של בעל הדירה לעשות זאת). **בפועל**, רוב חוזי השכירות יתנו על נושא זה, כיוון שזה לא עונה על אינטרס המשכיר.
- הענקת זיקת הנאה לאחר בנכס. זיקת הנאה תהא תקפה עד תום תקופה השכירות.
- **דין דיספוזיטיבי – ס' 21(ב) לחוק השכירות והשאיילה: (ראה עבירות הזכות בהמשך ליישום)**
  - לשוכר יש הגנה מפני צדדים שלישיים (בתחרות) כי הוא מחזיק בנכס באופן בלתי אמצעי. **רלוונטי גם לדיני תחרויות.**
  - יש לשוכר הגנה מפני מצבים בהם בעל הדירה מחליט למכור את הדירה לאחר במהלך תקופת השכירות – השוכר נשאר במקרקעין עד תום חוזה השכירות ונהנה מאותם תנאים שהוסכמו בחוזה גם אם הקונה לא ידע על השכירות בכלל.
  - ← **סעיף זה לא יחול אם לא השתכללה לשוכר זכות קניינית**, והוא עדיין בשלב ההתחייבות לעסקה.
  - ← סעיף זה חל הן על שכירות והן על שאילה.
- **דין קוגנטי – ס' 22 לחוק השכירות והשאיילה** לשוכר יש היכולת להעביר את זכות השכירות לאחר. **(ראה עבירות הזכות בהמשך ליישום)**
  - ← סעיף זה לא חל על שאילה.

✓ **בחינת קיומם של 3 דרישות מצטברות לקיומה של שכירות לפי ס' 3 לחוק המקרקעין – עמ' 65**

- **בתמורה –** מדובר על ערך כלכלי ממשי, ולא בהכרח כסף. תמורה משמעותית ובעל מאפיינים כלכליים.
- **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם – ויסמן** דורש חזקה ושימוש ייחודיים (= שוכר ספציפי), אך **מרבית המלומדים והחוק** סוברים כי אין דרישה לשימוש או חזקה ייחודיים ודי בכל שימוש והחזקה.
- **שלא לצמיתות –** אין שכירות ללא הגבלת זמן (אם אין הגבלת זמן אולי יתייחסו כהעברת בעלות/רישיון בלתי הדיר). חייבת להיות תחומה בזמן ויכולה להיות עם אופציה להארכה. היא יכולה להיות קצובה להרבה מאוד זמן (כמו חוזה חכירה). **(עמידר)**

✓ **נזהה את סוג השכירות בה מדובר – עפ"י ס' 3 לחוק המקרקעין עמ' 65**

- **שכירות קצרת מועד –** שכירות לתקופה של 5 שנים. (אלו רוב השכירויות בישראל).
- **חכירה –** שכירות מ-5 שנים ועד 25 שנים.
- **חכירה לדורות –** שכירות לתקופה של למעלה מ-25 שנים.

✓ **שכירות קצרת מועד –**

- **חובת רישום –** מקור חובה ב**ס' 7 לחוק המקרקעין**; אך שכירות קצרת מועד פטורה מרישום (ס' 79(א) לחוק המקרקעין).
- **חובת עריכת מסמך בכתב –** מקור החובה ב**ס' 8 לחוק המקרקעין**; אך שכירות קצרת מועד פטורה מעריכת מסמך בכתב (ס' 79(א) לחוק המקרקעין).
- כשאין חובת רישום, הזכות הקניינית משתכללת בקבלת הנכס בעוד הזכות האובליגטורית משתכללת בעת החתימה על ההסכם. (דיספוזיטיבי – ניתן להתנות שתשתכלל בחתימה ההסכם).

✓ **שכירות קצרת מועד עם אופציה להארכה מעל ל-5 שנים ועד 10 שנים –**

- **חובת רישום –** מקור חובה ב**ס' 7 לחוק המקרקעין**; אך זו פטורה מרישום (שילוב ס' 79(א) לחוק המקרקעין + ס' 152 לחוק הגנת הדייר). (אם יבקשו לרשום את הזכות, ניתן).
- חוזה לשכירות קצרת מועד עם אופציה להארכה מבטל את היותה של השכירות "קצרת מועד", ולכן ס' 79(ב) דורש את רישומה, אך ס' 152 לחוק הגנת הדייר פוטר רישום זו (מתחשב באופציה).
- **חובת עריכת מסמך בכתב –** מקור החובה ב**ס' 8 לחוק המקרקעין**; הפטור מ**ס' 79(א) לחוק המקרקעין** לא חל על שכירות מעין זו ולכן היא חייבת ברישום (ס' 79(ב) לחוק המקרקעין).
- **רציונל:** חוזה עם אופציה להארכה מבטל את היותה של השכירות "קצרת מועד".
- כשאין חובת רישום, הזכות הקניינית משתכללת בקבלת הנכס בעוד הזכות האובליגטורית משתכללת בעת החתימה על ההסכם. (דיספוזיטיבי – ניתן להתנות שתשתכלל בחתימה ההסכם).

✓ **שכירות מעל 10 שנים –**

- **חובת רישום –** מקור חובה ב**ס' 7 לחוק המקרקעין**; הפטור מ**ס' 79(א) לחוק המקרקעין** לא חל על שכירות מעין זו ולכן היא חייבת ברישום (ס' 79(ב) לחוק המקרקעין).
- **חובת עריכת מסמך בכתב –** מקור החובה ב**ס' 8 לחוק המקרקעין**; הפטור מ**ס' 79(א) לחוק המקרקעין** לא חל על שכירות מעין זו ולכן היא חייבת ברישום (ס' 79(ב) לחוק המקרקעין).
- במידה ולא התקיימה דרישת הרישום – השתכללה זכות חוזית בלבד ולא זכות קניינית (ס' 7(ב) לחוק המקרקעין).

✓ **חכירה לדורות –**

- חכירה לדורות היא פסע לפני בעלות, אך מבחינה פורמלית מדובר בשכירות. **(לוסטיג)**.
- המדינה לא יכולה להתנהל כמשכיר רגיל במצב של חכירה לדורות. כשהחכירה לדורות נגמרת למדינה נותרות חובות כלפי החוכר לדורות (הארכת תקופת השכירות, מדובר בעניין הצהרתי בלבד). **(בסו נ' מלאך)**

- **חובת רישום** – מקור חובה בס'7 לחוק המקרקעין; הפטור מס'79(א) לחוק המקרקעין לא חל על שכירות מעין זו ולכן היא חייבת ברישום (ס'79(ב) לחוק המקרקעין).
- **חובת עריכת מסמך בכתב** – מקור החובה ס'8 לחוק המקרקעין.
- במידה ולא התקיימה דרישת הרישום – השתכללה זכות חוזית בלבד ולא זכות קניינית (ס'7(ב) לחוק המקרקעין).

### ✓ העברת זכות השכירות – ס'21-22 לחוק השכירות והשאלה עמ' 66-69

- אפשר להתנות על עבירות בחוזה הזכות בחוזה, אך לא ניתן להתנות על הוראות ס'22 לחוק השכירות והשאלה הנוגע להסכמת המשכיר להעברת הזכות.
- **ס'22(ג) חוק השכירות והשאלה** אם המשכיר הסכים להעברת זכות השכירות, עליו לעשות זאת מראש ובכתב.
- **הגבלות על המשכיר – ס'21 לחוק השכירות והשאלה** מציב הגנה על השוכר מפני מצבים בהם בעל הדירה מחליט למכור את הדירה לאחר במהלך תקופת השכירות – השוכר נשאר במקרקעין עד תום חוזה השכירות ונהנה מאותם תנאים שהוסכמו בחוזה גם אם הקונה לא ידע על השכירות בכלל.
- **הגבלות על השוכר: ס'22 לחוק השכירות והשאלה**

#### ▪ השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים יש הגבלת עבירות בחוזה?

- השוכר יעביר את השכירות או יכניס שוכר-משנה (למורת רוחו של המשכיר ומבלי אישורו).
- המשכיר ייקח אותו לביהמ"ש ← הוא ייטען שהשוכר חרג מהחוזה ושטעמי הסירוב שלו הם סבירים.
- נטל ההוכחה להסביר שהטעמים להתנגדות המשכיר הם בלתי סבירים הוא על השוכר (מד"י נ' וייס).
- בחינת סבירות הטעמים להתנגדות המשכיר עפ"י נסיבותיו של המקרה (חברת הכשרה היישוב) (ראה סעיף הבא):
  - אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם סבירים ← אסור לשוכר לבצע את הפעולה.
  - אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם בלתי סבירים ← צריך לבדוק מהו הנכס:
    - אם זה מקרקעין – כפוף לשיקו"ד בהמ"ש. השוכר יוכל לבצע את הפעולה בכל זאת רק באישור ביהמ"ש.
    - אם זה מיטלטלין/זכויות – איסור עסקה. בכל מקרה השוכר לא יוכל להעביר את השכירות ללא אישור המשכיר.

#### ▪ השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים אין הגבלת עבירות בחוזה?

- השוכר יעביר את השכירות או יכניס שוכר-משנה (למורת רוחו של המשכיר ומבלי אישורו).
- המשכיר ייקח אותו לביהמ"ש ← הוא ייטען שהשוכר חרג מהחוזה ושטעמי הסירוב שלו הם סבירים.
- נטל ההוכחה להסביר שהטעמים להתנגדות המשכיר הם בלתי סבירים הוא על השוכר (מד"י נ' וייס).
- בחינת סבירות הטעמים להתנגדות המשכיר עפ"י נסיבותיו של המקרה (חברת הכשרה היישוב) (ראה סעיף הבא):
  - אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם סבירים ← אסור לשוכר לבצע את הפעולה.
  - אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם בלתי סבירים ← צריך לבדוק מהו הנכס:
    - במקרקעין – הרשאה לביצוע העסקה. מותר לשוכר להעביר את השכירות או להכניס שוכר-משנה (וזה לא תלוי רשות).
    - במיטלטלין/זכויות – כפוף לשיקו"ד בהמ"ש. מותר לשוכר להעביר את השכירות כתלות באישור ביהמ"ש שיצהיר שהטעמים הם בלתי סבירים.

#### ▪ תנאים בלתי סבירים למניעת ההעברה: עמ' 67

- ← סבירות הסירוב תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (חברת הכשרה היישוב).
- **מבחן סוג הנכס** – נבדוק את סוג ומהות הנכס. כאשר נותנים זכות שכירות על נכס בהתאם לטעמים הייחודיים של הנכס, שינוי של סוג הנכס עשוי להצדיק סירוב של בעל המקרקעין לשינוי הייעוד של הנכס (אשגרום).
- **מבן זהות השוכר** – יש חשיבות לזהות השוכר. כאשר יש רצון לשמור על הייעוד המסוים של המקרקעין, ניתן לסרב להשכיר לשוכר מסוים שאינו מתאים וזה ייחשב כסביר. יש לבחון האם יש היגיון בדרישת שוכר מסוים (מד"י נ' וייס).
- **מבחן אי עמידה בתשלומים** – כשיש הפרה של חוזה השכירות ע"י השוכר הראשון והוא לא עומד בתשלומיו – לגיטימי למנוע ממנו להעביר את זכות השכירות לאחר (בנק הפועלים).

### ✓ החובות המוטלות על המשכיר כלפי השוכר:

- **ס'6א לחוק השכירות והשאלה** קובע כי אסור למשכיר להכניס את השוכר למצב של שכירויות נוגדות עם צדדים שלישיים ולהשכיר את הדירה פעמיים וכי עליו לנהוג בתום-לב.
  - **רצינות**: לחזק את זכויותיו של השוכר.
- **במסגרת סימן ו' לחוק השכירות והשאלה הוגדר:**
  - **ס'25 לחוק השכירות והשאלה** קובע ששר המשפטים רשאי לקבוע חוזה מצוי שיכלול הוראות הגונות ביחס לזכויות משכיר-שוכר כברירת מחל הוגנת לצדדים הקובע איזון ראוי בין זכויותיהם (אין הם חייבים להשתמש בו).
  - **ס'25 לחוק השכירות והשאלה** קובע שעל המשכיר למסור לשוכר דירה ראויה למגורים, ובמידה ולא עשה כן הדבר מהווה הפרת חוזה מצד המשכיר והשוכר יוכל להשתחרר מהחוזה (בהתאם להוראות 'אי-התאמה' בחוק המכר).

- **ס'25(א) לחוק השכירות והשאלה** קובע באילו **תשלומים חב השוכר וס'25(ב) לחוק השכירות והשאלה** קובע באילו **תשלומים הוא לא חב** (ככלל דמי ביטוח, תיווך, מערכות קבועות וכו').
- **ס'25 לחוק השכירות והשאלה** קובע **הגבלת ערובות** אותן יכול לגבות המשכיר מהשוכר (עד לגובה של שליש מתקופת השכירות או עד פי 3 מדמי השכירות).
- **ס'25ג לחוק השכירות והשאלה** קובע כי **אסור למשכיר לקבוע תניה בחוזה של ביטול שכירות ללא עילה**, אלא אם כן גם לשוכר עומדת זכות ביטול כזו.
- **ס'25ד לחוק השכירות והשאלה מגדיר סעיפים קוגנטים** (עליהם לא ניתן להתנות) בחוק זה אלא אם התניה הינה לטובת השוכר.
- **ס'25טו לחוק השכירות והשאלה** מגדיר **סייגים לתחולת חוזה שכירות** למגורים בדירה שהיא אחת מאלו המופעים בסעיף.

### ריבוי בעלים

#### שיתוף במקרקעין

#### עקרונות: ✓

- **יתרונות השיתוף** – מינוף עסקאות, פיזור סיכון, צמצום עלויות, תורם מבחינה חברתית.
- **חסרונות השיתוף** – ההגבלה על חירויות הפרט, חוסר היעילות (בעיית הפעולה המשותפת – כר המרעה של **הארדין**) וכן הקושי בקביעת החובות והזכויות (צדק חלוקתי).
- **שיתוף אינו מצב רצוי!** עקב החסרונות לעיל הדין הישראלי איננו חסיד של יחסי השיתוף **גן בועז**. ניתן לראות זאת גם בחוק – **ס' 37+34 לחוק המקרקעין וס'10 לחוק המיטלטלין** המאפשרים שיתוף רחב לשותף יחיד והקלה חוקית בפירוק שותפות.
  - **מנגד – דגן** תומך בשיתוף (נובע מתפיסה קהילתנית) – אך עם מערכת כללי ברירת מחדל ברורה.
- ✓ **קביעת המסגרת הנורמטיבית:** האם זו שותפות במיטלטלין או במקרקעין, ולפעול לפי הכללים הרלוונטיים.
- ✓ **לבדוק באיזה שלב אנחנו נמצאים:** האם בוצעה כבר כניסה ואנחנו בשלב המשטר? להתעמק בשלבים הרלוונטיים.
- ✓ **שלב 1: הכניסה למשטר ס' 29-30 לחוק המקרקעין**

#### מקרקעין:

#### ○ הסכם שיתוף – סעיף 29 לחוק המקרקעין

- **האם יש?** מדובר על הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין.
- **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 ב**ס'29(ב) לחוק המקרקעין** ← **ס'36-30 לחוק המקרקעין**.
  - **אסור להתנות על: אם נקבעה תניה בהסכם שיתוף שלא ניתן לקבוע היא בטלה ואין לה תוקף.**
    - **ס'34 לחוק המקרקעין** זכות של שותף למכור או לעשות עסקה אחרת בחלק שלו לתקופה העולה על 5 שנים.
    - **ס'37 לחוק המקרקעין** זכות של שותף לפירוק השותפות בתקופה העולה על 3 שנים – ביהמ"ש יכול לבטלה.
    - **ויסמן** – תניה על אופן פירוק השיתוף תהיה בהסכם נפרד (=הסכם פירוק שיתוף). הייתה בהסכם שיתוף? אין לה תוקף.
- **תוקף כלפי צדדים שלישיים: ס'29(א) לחוק המקרקעין** אין חובה לרשום הסכם שיתוף במקרקעין, אך רק משנרשם הוא תקף לכל אדם שנעשה שותף לאחר מכן ולכל אדם אחר.
- מה שההסכם לא מתייחס אליו או אם אין הסכם – יש הסכם מצוי ב**ס'29(ב) לחוק המקרקעין** ← **ס'36-30 לחוק המקרקעין**.

#### מיטלטלין:

#### ○ הסכם שיתוף – ס'9(ג) לחוק המיטלטלין

- **האם יש?** מדובר על הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם, ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין
- **האם כשר?** יש לבחון האם התנאים שנקבעו בהסכם הם תנאים שניתן להתנות עליהם. אם יש תנאים שאי אפשר להתנות עליהם, **היא בטלה ואין לה תוקף**.
- **אסור להתנות על: ס'10(א) לחוק המיטלטלין** זכות של שותף לפירוק השותפות לכל תקופה שהיא – ביהמ"ש יכול לבטלה.
- **תוקף כלפי צדדים שלישיים: ס'9(ג) לחוק המיטלטלין** הסכם במיטלטלין לא טעון רישום כי אין מרשם במיטלטלין. כוחו של הסכם שיתוף יהיה יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר חתימת ההסכם בין השותפים ובלבד שהשותף האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו.
- **ס'9(ה) לחוק המיטלטלין** מה שההסכם לא מתייחס אליו או אם אין הסכם – יחולו הוראות **ס'33-30, 34(א), 35-36 לחוק המקרקעין** גם על מיטלטלין.

#### ✓ **שלב 2: שלב המשטר (השלב השיתופי) ס' 27, 28, 30-36 לחוק המקרקעין**

#### מקרקעין:

- **בעלות משותפת במקרקעין – ס' 27 לחוק המקרקעין** הבעלות משתרעת על כל חלק וחלק ולא בחלק ספציפי. **תנאי קוגנטי!**
  - **בנקובה** – גם אם הצדדים חילקו חזקות על חלקים אחרים זה לא משפיע על חלוקת הבעלות (**ניתן להתנות מבחינת שימוש אך לא על בעלות**).
- **שיעור חלקו של שותף – ס'28 לחוק המקרקעין** חזקה (הניתנת לסתירה) כי חלקי כל השותפים שווים – ניתן להתנות.

- הדברים שאפשר לקבוע בהסכם שיתוף: ס'29(א) לחוק המקרקעין (1) צורת ניהול המקרקעין; (2) השימוש (למשל, תניות הנוגעות לשכירות) בהם; (3) זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין.
- מה לא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף: ראה לעיל, תחת שלב הכניסה למשטר ← מקרקעין ← האם כשר.
- ניהול הרכוש המשותף:
  - סעיף 30(א) לחוק המקרקעין הכלל: ניהול יהיה עפ"י רוב של בעלי החלקים במקרקעין עצמם (באם לא נקבע אחרת בהסכם שיתוף).
  - זולבו שימוש רגיל בנכס יקבע עפ"י שימוש שבדר"כ נעשים בסוג הנכס המדובר. (טיב ייעוד ומהות 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).
  - סייגים לניהול עפ"י רוב:
    - ס'30(ג) לחוק המקרקעין דבר החורג משימוש רגיל בנכס טעון הסכם כל השותפים. יש לבחון היטב את טיב הנכס והפעולות המתאימות לו.
    - ס'30(ב) לחוק המקרקעין קיפוח המיעוט – זכות המיעוט לפנות לביהמ"ש מקום שקופח, ולכן על הרוב להשהות את יישום ההחלטה ע"מ ליתן למיעוט שהות לפנות לביהמ"ש בטענת קיפוח (וילנר).
    - במקרים שבהם החלטות הרוב מקפחות את המיעוט ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין (גרינר).
    - מהו קיפוח המיעוט? בוחנים את התוצאה – האם המיעוט נפגע ממנה? שני מקרים מרכזיים בהם זה יקרה:
      - אם המיעוט נפגע ביחס לרווח שנוצר לרוב כתוצאה מהפעולה.
      - יש מצב שבאופן שיטתי יש רוב שזוכה בכל הצבעה ומיעוט שמפסיד בה.
    - ס' 39 + 61(ב) לחוק החוזים פעולה בחוסר תו"ל בנסיבות העניין – ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
      - זולבו – עקרון תו"ל בעניין החלטות הרוב בא לידי ביטוי בחובה המוטלת על הרוב להיועץ במיעוט לפני קבלת ההחלטות בנוגע לניהול המקרקעין ולשימוש בהם, לגלות לו את מלוא העובדות הרלוונטיות ולהעמידו על צורך בפעולה.
      - וילנר, זולבו – רוב אשר שמע את המיעוט, אך נדבר מראש לדחות את עמדתו, מפר את חובת תו"ל המוטלת עליו.
    - ס'14 לחוק המקרקעין דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר – ס' זה רלוונטי בעיקר במקרה של עמידה דווקנית על זכות. ביהמ"ש לא יראה בד"כ רצון לממש זכות קניינית בנכס כחלק משותפות כעמידה דווקנית ולכן ס' זה לא יהיה רלוונטי בד"כ בעניינינו. ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
  - שותף יחיד העושה פעולות במקרקעין המשותף שלא מכוח החלטת הרוב:
    - ס'31(א) לחוק המקרקעין אם לא נקבע אחרת בס'30 לחוק המקרקעין (ניהול ושימוש), שותף יחיד צריך לעמוד באחד מהתנאים הבאים כדי לעשות פעולות במקרקעין המשותף שלא מכוח החלטת הרוב:
      - ס'31(א)(1) להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.
      - מה נחשב שימוש סביר/מניעה משותף אחר להשתמש?
        - בן פורת, בך בוילנר (ההלכה) – שימוש סביר – מבחן אובייקטיבי. עבודה בקטגוריות ע"פ סוג הנכס. מניעה – רק מניעה מפורשת נחשבת מניעה. מניעה שאינה מפורשת, אלא מכורח המציאות אינה נחשבת מניעה.
        - נתניהו בוילנר – שימוש סביר – מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי משולב – שימוש אובייקטיבי, תוך התחשבות בתנאים הסובייקטיביים של הנכס/שאר השותפים. שימוש סביר הוא שימוש שיאפשר שימוש דומה במקביל ע"י שותף אחר. מניעה – מניעה מעשית תחשב מניעה, לא רק מניעה מפורשת.
        - מתן אפשרות לאדם נוסף לגור בדירה – לא נחשב שימוש סביר (ביאלר).
      - ס'31(א)(2) עשיית פעולות דחופות ובלתי צפויות הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין וניהולם (למשל הזמנת כבאית, הזמנת משטרה ועוד).
      - ס'31(א)(3) עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות והחזקה בהם.
      - ס'31(ב) לחוק המקרקעין אם השותף עשה משהו מתוך הרשימה שלעיל – עליו להודיע לשאר השותפים בהקדם.
    - תשלומים שהשותפים צריכים לשלם:

## • נשיאת הוצאות –

- ס'32(א) לחוק המקרקעין כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם.
- ס'32(ב) לחוק המקרקעין שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין.
- השותפים רשאים להסכים ביניהם כי לצורך הנשיאה בהוצאות וחלוקתן, יחולקו המקרקעין לחלקים מסוימים וכל שותף יישא בהוצאות הניהול והחזקה התקינה של אותו חלק מסוים אשר הועד לו (בוקובזה).
- ס'33 לחוק המקרקעין תשלום בעד שימוש – שותף שהשתמש במקרקעין המשותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש.
  - מהו שימוש המזכה את השותפים בשכר ראוי? לא כל שימוש בנכס המשותף ע"י אחד מהשותפים מזכה את השאר באופן אוטומטי בדמי שימוש.
    - גרינר אם לא נמנע שימוש בנכס המשותף מן השותפים האחרים ואפילו לא השתמשו בפועל בנכס אין השותף חייב בתשלום כלשהו לשותפים האחרים. לטעון ל-2 הצדדים – האם הסעיף דורש מניעה מפורש או מניעה בפועל (בן פורת ובך מול נתניהו) – ראה לעיל.
    - שימוש בחלק מן הנכס המשותף: שותף המשתמש רק בחלק מן הנכס המשותף ישלם ע"פ השימוש אלא אם הוחלט אחרת. עם זאת דמי השימוש באותו אתר יהיו פחותים מדמי שימוש בהם יחוב לו השתמש בנכס כולו. (וילנר).
    - התנגדות שותף לשימוש ייחודי בנכס: התנגדות זו אינה שוללת זכותו לדמי שימוש ראויים, בהתאם להוראות החוק רשאי שותף להתנגד לשימוש בנכס המשותף ובו זמנית לדרוש שכר ראוי בגין השימוש שכבר נעשה הלכה למעשה. אף שותף המתנגד לשימוש רשאי לתבוע שכר ראוי בגין השימוש לו הוא מתנגד כל עוד השימוש נעשה בפועל (ס'31).
- ס'35 לחוק המקרקעין פירות – כל שותף זכאי לחלק מפירות המקרקעין המשותפים לפי חלקו במקרקעין.
  - במקרים בהם הנכס משמש להפקת רווחים (למשל פרדס), עלתה הרבה פעמים השאלה בפסיקה האם השותפים זכאים לדמי שימוש לפי ס'33 לחוק המקרקעין או לחלוקת רווחים לפי ס'35 לחוק המקרקעין – היות וגובה הסכום שונה בין המקרים. בהמ"ש מכריע בהתאם לנסיבות העניין בין שני מסלולים אלו והם לא יחולו במקביל.
  - מקום שמי מן השותפים משקיע עבודה או הוצאות בנכס המשותף, ראשית יש לקזז את ההוצאות ושכר העבודה ולאחר מכן מחלקים את הרווח בין השותפים.
- ס'36 לחוק המקרקעין חובות שהשותפים חייבים זה לזה עקב השיתוף ניתנים לקיזוז.

## מיטלטלין:

- בעלות משותפת במקרקעין – ס'9(א) לחוק המיטלטלין 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).
  - שיעור חלקו של שותף – ס'9(ב) לחוק המיטלטלין חזקה (הניתנת לסתירה) כי חלקי כל השותפים שווים – ניתן להתנות.
  - הדברים שאפשר לקבוע בהסכם שיתוף: ס'9(ג) לחוק המקרקעין (1) צורת ניהול המיטלטלין; (2) השימוש בהם; (3) זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למיטלטלין.
  - מה לא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף: ראה לעיל, תחת שלב הכניסה למשטר ← מיטלטלין ← האם כשר.
  - ניהול הרכוש המשותף: ס'9(ה) לחוק המיטלטלין מה שההסכם השיתוף במיטלטלין לא מתייחס אליו או אם אין הסכם – יחולו הוראות ס'33-30, 34(א), 35-36 לחוק המקרקעין גם על מיטלטלין.

## שותפות בין בני זוג –

- טבעית יותר וביהמ"ש נוטה לפרש אותה בצורה חיובית יותר ולא רוצה לחסלה.
- חוק יחסי ממון – חילק את הנכסים המשותפים של הזוג שווה בשווה.
- ביהמ"ש נוטה יותר להתערב בפירוק שיתוף בדירת מגורים – כדי לא להשאיר את הזוג/ילדיו ללא קורת גג.
- ✓ שלב 3: שלב פירוק השיתוף ס'45-37 לחוק המקרקעין רלוונטי גם למיטלטלין וגם למקרקעין
- ס'37(א) לחוק המקרקעין וס'10(א) לחוק המיטלטלין הכלל: ניתן לתבוע פירוק שיתוף בכל עת.
  - דגן – דרוש הסכם יציאה חזק וברור. ויסמן – הסכם פירוק נפרד מהסכם השיתוף.
  - חריג לזכותו של שותף לפרק את השיתוף ע"פ יוזמתו:
    - תניה בהסכם שיתוף המגבילה או שוללת את הזכות לדרוש פירוק: ס'37(א) לחוק המקרקעין במקרקעין – תוקפה של תניה בהסכם שיתוף המגבילה או שוללת את הזכות לדרוש פירוק מובטח ל-3 שנים בלבד וחלוף תקופה זו עשוי בהמ"ש לבטלה בנסיבות העניין. ס'10(א) לחוק המיטלטלין במיטלטלין – אין הגבלת זמן לדרישת פירוק שיתוף. אם הייתה תניה בהסכם שיתוף המגבילה או שוללת את הזכות לדרוש פירוק, רשאי בהמ"ש לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.
    - בקשת פירוק המוגשת בחוסר תו"ל קיצוני – בהמ"ש יפעיל שיקו"ד ועשוי לסרב לפירוק (רידלביץ).
    - הפעלת שיקול דעתו של ביהמ"ש ביחס לבקשה לפירוק שיתוף: בעבר נפסק כי אין לביהמ"ש כל שיקול דעת בעניין פירוק השיתוף, ועל כן, כאשר מוגשת תביעה לפירוק עליו להורות על פירוק השיתוף (פס"ד רובינשטיין). במהלך השנים, השתנתה מגמת הפסיקה, שיקול דעת זה שמור למקרים בהם התביעה מוגשת בנסיבות קיצוניות של חוסר תו"ל וקנטרנות לשמה. נקבע כי הזכות לפירוק שיתוף בכל עת כפופה לדוקטרינת תום הלב ולעיקרון איסור השימוש לרעה בזכות הנגזר ממנה (פס"ד רידלביץ).

## ○ סדר/צורת הפירוק:

- **מי רשאי לתבוע פירוק:** כל שותף במיטלטלין, בכל עת, וכל שותף במקרקעין, כתלות בתניה המגבילה או שוללת זכות הפירוק.
- **צורות הפירוק השונות: (עפ"י סדר עדיפות – חנוך דגן)**
  1. אם קיים **הסכם פירוק בין שותפים** – הולכים לפיו – **ס'38(א) לחוק המקרקעין**.
    - הפירוק יהיה לפי מה שקבעו השותפים.
    - אם נקבעה חלוקה בעין – נדרש **תנאי סף** – אישור מפקח שבדק כי ההסכם תואם להוראות חוק תכנון ובניה (**ס'143 לחוק תכנון ובניה**) + תסריט חלקה מאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובניה.
  2. **חלוקה בעין – דרך המלך**. (נדרש תנאי הסף האמור). – **ס'39(א) לחוק המקרקעין**.
    - כל שותף זוכה בבעלות עצמאית ונפרדת על חלק מסוים מהקרקע לפי חלקו היחסי בבעלות (**גן בועז**).
    - אין אפשרות בדרך של חלוקה בעין להפריד את חלקו של אחד השותפים מיתר החלקים, באופן שיתר השותפים ימשיכו להיות בעלי משותפים בחלק הנותר (**גן בועז**).
    - **חשין, רדילביץ'** – שותף שמתעקש על פירוק אחר – עליו נטל ההוכחה להסביר למה.
    - **תשלומי איזון** – במידה וחלוקה בעין אפשרית רק בצירוף תשלומי איזון, בהמ"ש יכול להורות על כך אם יעיל וצודק בנסיבות העניין (**ס'39(ב)**).
    - **מתי לא תהיה חלוקה בעין ונורה על מנגנון חלוקה אחר:**
      - מקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה (**ס'40(א)**).
      - החלוקה תגרום הפסד ניכר לחלק מהשותפים (**ס'40(א)**).
  - **חשין, רדילביץ'** זה הפסד מדרך הפירוק בלבד (ביזור יתר שפוגע במימוש ייעוד כמו בנייה). לא כולל אובדן רווחים פוטנציאליים. (**במבחן – כל צד יטען לפי מה שנוח לו**)
  - סייגים לחלוקה בעין (**ס'41**):
    - לא ניתן לחלק את המקרקעין בעין ביחס לשותף אחד – נחלק בעין אם יש לו נכס גובל + הוא מסכים לצרף את חלקו לנכס הגובל (**ס'41(א)**).
    - הרשויות התכנון לא מוכנות לאשר את החלוקה כי זה יביא למספר רב מידי של חלקות אז נחלק את הקרקע למספר חלקים שישארו בבעלות משותפת – המחוקק מתיר לפרק את הנכס המשותף למספר נכסים שכל אחד מהם מצוי בבעלות משותפת של חלק מן השותפים. הסכמת השותפים להיוותרותם בעלים משותפים בנכס לאחר החלוקה הינה **תנאי בלעדי ומחייב**. (חלוקה בעין חלקית) (**ס'41(ב) (גן בועז)**).
    - רכישת חלקם של חלק מהשותפים – אם קיימת מניעה לחלוקה בעין רק לגבי חלק משותפים, ניתן ליטול את חלקם ולהשאירם בו במשותף או לחלק בין השותפים אבל צריך לשלם להם את מה שהיו מקבלים אם היינו מוכרים לפי **ס'41(ג)**.
- 3. **חלוקה בעין ע"י הפיכה לבית משותף – ס'42 לחוק המקרקעין**.
  - **תנאים: (1)** הבית הינו עיקר המקרקעין המשותפים; **(2)** הבית ראוי להירשם כבית משותף לפי **ס'142 לחוק המקרקעין**; **(3)** חוות דעת של המפקח על המקרקעין; **(4)** לעיתים נדרשים תשלומי איזון.
- 4. **פירוק ע"י מכירה – ס'40 לחוק המקרקעין**.
  - הטוען כי לא ניתן לפרק את הנכס המקרקעין המשותף אלא על ידי מכירה – עליו הנטל להוכיח כי החלוקה תסב נזק ממשי (**גן בועז**) (ראה לעיל הפסד ניכר).
  - המכירה תבצע במכירה פומבית, אך מקום שסבור בהמ"ש כי הנסיבות העניין דרך מכירה אחרת תהיה צודקת יותר, רשאי הוא לנקוט בה, אם כי מדובר בחריג אשר יופעל לעיתים נדירות בלבד. הטוען מן הדין להחיל את חריג זה לכלל, נדרש להוכיח טענתו (**חזקיהו**) (**ס'40(ב)**).
  - בעת פירוק שיתוף לא ניתן לחייב שותף אחד בלבד למכור את חלקו, ללא הסכמתו, אלא יש למכור את הנכס כולו או לערוך התמחרות פנימית (**בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן ואחרים**).
  - אין למכור חלק מהנכס שבשותפות אלא בהסכמת כל השותפים (**בעלי זכויות בחלקה 10 נ' ויסמן ואחרים**).
- **ס'43 לחוק המקרקעין** בפירוק השיתוף במקרקעין יתחשב בהמ"ש ככל האפשר במשאלותיהם של השותפים, כולם או מקצתם. גישה זו מבטאת יחס של כבוד מצד המחוקק לאינטרסים הקנייניים של השותפים במקרקעין ונכונות ליתן להם ביטוי הלכה למעשה.
- **ס'44 לחוק המקרקעין** בהמ"ש רשאי להורות, על פי שיקו"ד כיצד ינוהל נכס המקרקעין עד לסיום הליכי הפירוק (**רובינשטיין נ' פיין**).

## בתיים 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 העצמאיים הם כמה שיותר עצמאיים: ס' 54 לחוק המקרקעין בעלי הדירות זוכים לעצמאות נפרדת בדירותיהם (ואף רשאים להצמיד חלקים מן השטח המשותף הנוטר 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'ודלר קניין הוא מאפשר שרירות הבעלים, אך החריג לכך הם מוסדות לבר קנייניים, בהם נכנס מוסד הבית המשותף. הבית 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 לחוקה"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 לס' 13 לחוק המקרקעין.

### ✓ אם מדובר על רכוש משותף –

#### ○ האם זה חלק מהרכוש המשותף?

- ס' 52 לחוק המקרקעין רכוש משותף: הגדרה שיווית 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 מסוים 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.
    - 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 ראשי להוציא חלקים מסוימים מגדר הרכוש המשותף באמצעות הצמדת לאחת הדירות.

- **ס'6(א) לחוק המכר (דירות)** דבר ההצמדה ירשם בהסכם המכר בין הקבלן לרוכשי הדירות וכן במפרט הבנייה (כחלק מחובת הגילוי של הקבלן).
  - **רצינונל**: 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 רכישה הנכס ולא מאוחר יותר**. (**שמענונוף נ' ברוכים**, **פרדימון**).
  - הצהרה כללית לפיה הקבלן אפשרות עתידית להוצאת חלק מן הרכוש המשותף הצמדתו לדירה מסוימת אינה תקפה. (**שמענונוף נ' ברוכים**).

#### תקנון הבית המשותף: ✓

- 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 ו**יפורשו בצמצום**.
- **ס'62 לחוק המקרקעין** תיקון התקנון ייעשה ברוב של בעלי הדירות ש-2/3 מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם.
- **אדלר** (בית משותף של קהילה חסידית) **סעיף בתקנון הדין בענייני אורח חיים אינו קשור לשימוש או לחזקה בקרקע** ואין לו תוקף אף בהסכמה.

#### שימוש, שינוי ופגיעה בדירה וברכוש המשותף: ✓

- **צודלר** אין בבעלות ובזכויות אחרות של דיירים להצדיק אי נוחות לדיירים האחרים.
- **פרשקר** ניתן לעשות שימוש בצורה נאותה ובאורח סביר בשטח המשותף.
  - **גולדברג** צריך שיהיו כללים ברורים; אם הם יהיו עמומים – הבית המשותף יקרוס.
- **הכלל**: בעל דירה ראשי 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 שינוי ייעוד. **שינוי בשימוש** ו**בייעוד 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: ✓

- **59 ס' ב(א) לחוק המקרקעין** דייר ראשי 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 לחזקת 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).

### ✓ סרבות בבית משותף:

- טענות נגד הסרבן:
  - בעלי רוב (3/4) הדירות יטענו לס' 60 לחוק, ויבקשו לכפות את המיעוט להעביר את זכותם.
  - בצ'ודלך נקבע שהביטוי להקים את הבית מחדש אינו כובל למסגרת המדיקת של הבית המקורי.
  - רגינה בחשש ממשי לקריסת הבניין כולו – יש לבחון האם ניתן להקים את הבית המשותף מחדש מלבד הדירות של הסרבנים. במידה ולא יטענו זאת שלא ניתן.

### ✓ רישום בית משותף – עמ' 265-256 במחשבות.

### ✓ האסיפה הכללית – עמ' 271-266 במחשבות.

### זכויות בנכסי הזולת – זיקת הנאה

- ✓ הגדרת זיקת הנאה – ס' 5 לחוק המקרקעין זכות חוזית שמשתכללת לזכות קניינית שמאפשרת לאדם להנות מזכויות קנייניות במקרקעין של אחר, אך זו אינה מקנה חזקה במקרקעין.

### ✓ כיצד השתכללה זיקת הנאה במקרה דנן? עמ' 95 למטה

- מכוח הסכם – בעל המקרקעין כורת הסכם עם אדם אחר ומעניק לו זכות שימוש במקרקעין (עשוי להיות תמורת תשלום).
  - זיקת הנאה מכוח הסכם תהא זכות אובליגטורית עד שתירשם במרשם!!
- מכוח דין – גם אם לא נרשמה, זיקת הנאה מכוח דין מהווה זכות קניינית! 2 אפשרויות:
  - צוואה.
  - מעשה מנהלי – באופן עקרוני ניתן לקבל זכויות ממעשה מנהלי, אך הזכות מצומצמת. לדוג': בשל דינים המחייבים מתן נגישות לנכים אלו מקבלים זיקת הנאה במקומות מסוימים (קניון החותרים – טענו שנוצרה להם זיקת הנאה).
- מחמת כורח – לאדם אין דרך אחרת להגיע לחלקה שלו/להעביר תשתית וכו', אלא דרך חלק של אחר. מתקיימת לרוב כשהכורח הוא מוחלט, ודורשת הוכחה לבית המשפט. כשהכורח קיים, היא תוכר באופן כמעט אוטומטי. החוק למעשה גם מרשה לעבור וגם נותן זכות קניינית. לכורח אין קשר לחלוף זמן. גם אם לא נרשמה, זיקת הנאה מחמת כורח מהווה זכות קניינית!
- מכוח שנים – ס' 94 לחוק המקרקעין. שימוש ממושך מקנה למשתמש זכות להמשך השימוש. גם אם לא נרשמה, זיקת הנאה מכוח שנים מהווה זכות קניינית!

### ▪ הסעיף מתנה קבלת זיקת הנאה מכוח שנים ב-4 תנאים מצטברים:

- זכות הראויה להוות זיקת הנאה – כלומר ראוי שיעבוד המקרקעין להנאה, לעומת שלילת זכות החזקה שלא תתאפשר.
- דרישת הרציפות – השימוש המקיים את הזכות נעשה לפחות במשך 30 שנים רצופות.
  - דרישת הרציפות מתקיימת גם כשמדובר בשימוש לסירוגין במקרקעין, ואין צורך השימוש בלעדיו בו (לא רק בדרך אחת) (טוינה נ' לוי).
- פומביות השימוש – השימוש שנעשה במהלך השנים היה גלוי באופן אובייקטיבי (האם האדם הסביר צריך היה לדעת) (אסטרחאן). מקום שבעל הקרקע לא ידע ולא היה עליו לדעת על עצם השימוש, לא ניתן לומר כי ויתר על זכויותיו והשלים עם השימוש.
- ללא מחאת הבעלים – ס' 94(ב) לחוק המקרקעין בעל הקרקע צריך למחות על השימוש 2 דרכים מצטברות: (1) הודעה בכתב למשתמש; (2) הודעה בכתב לציבור.
  - במניין השנים ניתן לצרף מקרים של "כניסה לנעליים" – לדוג': שימוש הורה לחלק מ-30 השנים, ויורשו השלים את יתרת השנים. צריכה להיות זיקה בין שני הגורמים שהמשיכו זה את זה (אסטרחאן).
  - זה ביטוי לכך שהמחוקק מכיר בטענת ההסתמכות, בנוסף, נותן ביטוי להכרה בהצדקת העבודה והצדקת האישיות.

### ✓ יש לאפיין את הזכאים להנות מזיקת הנאה – ס' 92 לחוק המקרקעין עמ' 96

- אדם – זיקת הנאה יכולה לחול על אדם ספציפי.
- סוג בני אדם – קבוצת אנשים שיש להם מאפיינים משותפים שיוצרים להם זכות משותפת להשתמש במקרקעין, אוכלוסייה מסוימת. לדוג': קבוצת מתפללים.
- הציבור כולו.
- מקרקעין – למקרקעין זכאים (בעלי הזכות) יש זיקת הנאה ביחס למקרקעין כפופים (עליהם ניתנת זיקת הנאה). זיקת הנאה משויכת לקרקע ולא לבעלים, גם אם התחלפו הבעלים זיקת הנאה נשארת על הקרקע והבעלים החדשים יינה מהזיקה כעת.
- ⚡ הבחנה בין זיקת הנאה כלפי בני אדם/אדם ספציפי לבין זיקת הנאה כלפי מקרקעין: (אסטרחאן)
  - בזיקת הנאה במקרקעין – מקום שהזיקה משרתת את הזכאי באופן בלתי נפרד מזכויותיו בקרקע – תהיה נטייה לראות בכך זיקת הנאה לטובת המקרקעין.
  - בזיקת הנאה של אדם – כאשר זיקת הנאה הינה אישית ומקורה בזהות המשתמש, ללא קשר לזכויות בקרקע – מן הראוי לראות בכך זיקת הנאה לטובת האדם.
- ✓ נשקול את השיקולים למתן זיקת הנאה – ככלל, נטיית בהמ"ש היא לרוב לא להרחיב את זיקת הנאה שלא לצורך. (לוי, אסטרחאן).
- סוג השימוש ותכליתו – האם השימוש שולל מאחרים את היכולת להנות מהקרקע? האם הוא סביר?
- הצורך בשימוש לאור בחינת החלופות – אם יש חלופה אחרת למקרקעין החייב, ייתכן ונשלול את הזכות גם אם יש עמידה בכל הדרישות הפרוצדורליות.

- **עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים** – אם השימוש תדיר ומפריע זה יכול למנוע את זיקת ההנאה מלהתקיים, גם אם הדרישות הפרוצדורליות מתקיימות.
- **פומביות השימוש** – האם השימוש היה פומבי? נבחן זאת במבחן אובייקטיבי (מה היה על בעל המקרקעין לדעת ולא מה ידע בפועל). מקום שבעל הקרקע לא ידע ולא היה עליו לדעת על עצם השימוש, לא ניתן לומר כי ויתר על זכויותיו והשלים עם השימוש.
- ✦ **הערה – בטוינה נ' לוי** הרחיב השופט את היכולת של זיקת ההנאה לחול – אין זו הגישה המקובלת.

### ✓ **חובות בעל המקרקעין וזכויות בעל זיקת ההנאה – גבולות זיקת ההנאה: ס' 93 לחוק המקרקעין**

- בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לו זכאים לשימוש מסוים במקרקעין.
- בעל המקרקעין הכפופים חייבים להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין. למשל אם זיקת ההנאה היא על נחל שעובר דרך המקרקעין הכפופים, הבעלים של המקרקעין הללו עליו יש זיקת הנאה לא יכול לפגוע בזיקה ולחסום את הנחל.
- בעל המקרקעין הכפופים חייבים בביצוע פעולה מסוימת באותה מקרקעין.
- **ס' 93 לחוק המקרקעין זיקת הנאה היא חריג לס' 13 לחוק המקרקעין** – היא יכולה לחול על חלק ממקרקעין.

### ✓ **מתי פגה זיקת ההנאה – ס' 96 לחוק המקרקעין** כל עוד לא סוכם אחרת, הזכות היא בלתי מוגבלת בזמן, בהמ"ש לבטלה או להגבילה.

### ✓ **איך ניתן לשנות את תנאי הזיקה או לבטלה – ס' 96 לחוק המקרקעין 2 תנאים מצטברים:**

- **סמכות** – בהמ"ש רשאי לעשות זאת אם אחד מאלה פנה לבהמ"ש בבקשה כזו: (1) אחד הצדדים; (2) היועמ"ש לממשלה.
- **סיבות** – הביטול/השינוי בתנאים יתבצע רק במקרים הבאים:
  - אי הפעלת הזיקה.
  - שינוי שחל בנסיבות השימוש במקרקעין. למשל: אין כבר כורח.
  - שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.

### ✓ **האם מתאפשרת העברת זיקת ההנאה – ס' 95 לחוק המקרקעין** ללא הסכמת בעל המקרקעין הכפופים, לא ניתן להעביר את זיקת ההנאה לטובת אדם אחר. **רציונל:** כדי שלא יהיה ניתן להרחיב את זיקת ההנאה ללא הגבלה.

- **חריג** – במצב של כניסה לנעליים, במקרה של ירושה.

### ✓ **מקרים מיוחדים –**

#### ○ **זיקת הנאה בין שני מקרקעין בבעלות אדם אחד – ס' 98 לחוק המקרקעין**

- זיקת הנאה אפשרית במצב בו שתי חלקות בבעלות אותו אדם – זו תהיה זיקת הנאה של מקרקעין 1 ביחס למקרקעין ה-2.
- דוג': אדם יכול לרשום זיקת הנאה על מקרקעין אחד שלו, מכוחו הבעלים, כדי לא לאבד זכות גישה לחלקה השנייה במידה וימכרה.
- אם שתי החלקות עברו בעלות לאדם אחד זיקת ההנאה בין החלקות **תישמר**.
- אם החלקות אוחדו לחלקה אחת – זיקת ההנאה **כן** מתבטלת.

#### ○ **חלוקת המקרקעין הזכאים/הכפופים – ס' 97 לחוק המקרקעין** כאשר מחולקים המקרקעין הזכאים/הכפופים זיקת ההנאה תוצמד לחלקה שלטובתה או לחובתה היחסית הייתה זיקת ההנאה.

#### ○ **תחולה במקרקעי ציבור – ס' 113 לחוק המקרקעין** זיקת הנאה לא חלה על מקרקעי ציבור.

- **רציונל** – הרשות לא יכולה לעקוב אחרי כל הקרקעות שלה; אפשר רישום זיקת הנאה על תגביל את היכולת של הרשות לעשות שינויי ייעוד בקרקעותיה; אפשר רישום זיקת הנאה על קרקע ציבורית מכוח שנים תביא למצב של השתלטות של פרטים על קרקעות המדינה; אין רלוונטיות לזיקת הנאה כי במקרקעי ציבור יש זכות שימוש לכולם (לא מדויק – יש שימושים שאסור לעשות בקרקע ציבורית).
- **ויסמן והשופט עמית בעיריית ר"ג** – חולקים על הקביעה הזו. הסיבה: 93% מקרקעות המדינה הן מקרקעות ציבור ואלו 7% בלבד נמצאות בידיים פרטיות כך קביעה לפיה ב-93% מן הקרקעות אין זיקת הנאה מרוקנת את הזכות מתוכן.

### ✓ **נק' נוספות:**

- זיקת הנאה מכוח שנים/דין/כורח אינה מחייבת רישום ע"מ שתחול. **אך, למרות שאין חובה, אי רישום יכול להעיד על חוסר תו"ל (גנז).**
- **ס' 126 לחוק המקרקעין** (לא בטוחה בזה) ניתן לרשום ה"א על זיקת הנאה, אך ה"א לא היא שמקנה את הזכות הקניינית.
- גם אם הבעלים מתחלפים, עדיין לזכאי לזיקת הנאה יש זכות במקרקעין הכפופים.

### **זכויות בנכסי הזולת – זכות קדימה**

### ✓ **הגדרת זכות קדימה – ס' 99 לחוק המקרקעין** זכות קדימה היא עדיפות ראשונה ברכישת זכויות במקרקעין בתנאים שקבע בעל הקרקע. היא מחייבת את בעל המקרקעין או בעל חלק בלתי מסוים במקרקעין משותפים לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה, במצב בו הוא מוכר את המקרקעין, ולאפשר לו **זכות סירוב ראשונה** לפני שהוא מעמיד אותה למכירה לכל אדם אחר. **אם הנכס נמכר כשיש עליו זכות קדימה – זכות הקדימה לא כובדה, למכירה לא יהא תוקף.**

- **רציונל:** "דינא דבר מצרא" מוזכר במשפט עברי וקובע שלפני שאדם מציע קרקע לכולי עלמא, עליו להציע את הקרקע לשכנו. זאת כיוון שכך ניתן למקסם את הרווחה המצרפית. הנאתו של השכן בקניית בית שכנו גדולה מהנאתו של קונה חדש.

### ✓ **מתי כן חלה זכות הקדימה? ס' 106 לחוק המקרקעין** חלה על בעלות וחכירה לדורות בלבד.

**מתי לא חלה זכות הקדימה?** ✓

- בכל שכירות שהיא לא חכירה דורות.
- **בהעברה ללא תמורה – ס'104 לחוק המקרקעין** כאשר הנכס נשוא זכות הקדימה מועבר שלא בתמורה, אין חובה להציע את הנכס לבעל הזכות והדבר תלוי ברצון הצדדים.
- **רציונל:** בהעברה בתמורה המוכר אדיש לשאלה מי קנה את חלקו בקרקע שכן כל עניינו בתמורה, ולכן יש לאפשר עדיפות ברכישה לגורם שהינו בעל עניין מיוחד בנכס (היינו בעל זכות הקדימה), אך בהעברה ללא תמורה עיקר הדגש הוא על רצון הנותן מתוך הנחה שקיים יחס אישי מסוים בין נותן המתנה למקבלה.
- **זכות הקדימה לא בטלה בשל העברה ללא תמורה** – היא מושעית וחלה על מי שקיבל את הנכס ללא תמורה ביחס לבעל זכות הקדימה. מקבל הנכס במתנה חייב להציע לבעל זכות הקדימה לרכוש תחילה את הנכס לפני שמוכר לאחר.

**סוגים של זכויות קדימה –** ✓

- **מכוח הסכם – ס'99(א) לחוק המקרקעין.** כל עוד לא נרשמה זכות הקדימה, לא יהיה לה תוקף קנייני אלא חוזי בלבד.
- **מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה** – היא אינה חייבת ברישום כדי שיהיה לה תוקף קנייני. **רציונל:** זו זכות קדימה שמוקנית מסיבות אישיות ורגשיות.
- **זכות קדימה של רוכשים על פני זרים:**

- **רכישת משק חקלאי מאת יורשים – ס'100(א) לחוק המקרקעין** יורש משק חקלאי אינו רשאי להעביר את זכותו בחלק מהמקרקעין לאדם אחר, לפני שהציע ליורשים האחרים לרכוש את חלקו.
  - רציונל: העדפה של שלמות הנכס גוברת על זכות הירושה הפשוטה לרשת "חצי בעין" של הנכס.
- **תוקף זכות קדימה בין יורשים על מכירת מקרקעין שנתקבלו בירושה – ס'100(ב) לחוק המקרקעין** זכות קדימה מוקנית לכל יורש לגבי חלקו של יורש אחר מיום מתן צו הירושה או צו קיום צוואה והיא תקפה למשך שנתיים מיום תחילתה. **בחלוף שנתיים תעמוד הזכות בתוקפה רק אם נרשמה במהלך תקופה זו במרשם המקרקעין.**
- **רכישת נכסי העיזבון שאינם ניתנים לחלוקה ולפיכך מוצעים למכירה – ס'113(ב) לחוק הירושה** כאשר לא ניתן לחלק את הנכס בין היורשים, ניתנת עדיפות לאחד מן היורשים לרכוש את הנכס כולו מידי היורשים האחרים על פני מכירתו לזרים
- **זכות קדימה לירוש ספציפי על פני יורשים אחרים:**
- **סילוק חובות העיזבון ע"י מכירת נכסיו – ס'100(ב) לחוק הירושה** כשמנהל העיזבון רוצה למכור את נכסי העיזבון כדי לכסות על חובותיו, עליו להציע אותם למכירה קודם ליורשים להתמחרות פנימית ביניהם. אם לא עשה כן, לא יוכל למכרם לאחר.

○ **איך זה פוגע בנושי העיזבון?** לכאורה, המחיר שיתקבל יכול להיות נמוך יותר ממה שהיה מתקבל בשוק החופשי, מאחר שמנהל העיזבון חייב לפנות תחילה ליורשים. אך, החוק לא מאפשר ליורשים לעשות מה שהם רוצים, הוא מגן על הנושים, וקובע מחיר מינימום להתמחרות - מחיר השוק. אולם, בכל זאת תתכן פגיעה בנושים, כיוון שיכול להיות מצב בו המחיר הפוטנציאלי (המחיר שבעל המקרקעין היה מוצע בשוק) עשוי להיות גבוה יותר מערך השוק, או מהמחיר שמציע היורש.

- **זכות קדימה לירוש המרבה במחיר בנכס שאינו ניתן לחלוקה – ס'113(א) לחוק הירושה** כאשר ירשו מספר יורשים נכס שאינו ניתן לחלוקה או נכס שעלול לאבד מערכו בשל חלוקתו, יימסר הנכס לירוש מרבה במחירו. זאת רק כאשר המחיר המוצע ע"י יורש זה אינו נמוך ממחיר השוק.
- **זכות קדימה בין בני זוג – ס'101 לחוק המקרקעין** אדם שהינו בעלים במשותף עם בן זוגו ב: (1) משק חקלאי; (2) דירה המשמשת את בני הזוג למגורים; (3) בית עסק משותף, לא יהיה זכאי להעביר את חלקו ברכוש השותף לאחר, אלא אם הציעו תחילה לבן הזוג שותפו. זכות הקדימה אינה חייבת ברישום כדי שיהיה לה תוקף קנייני. זכות קדימה שמוקנית מסיבות אישיות ורגשיות. **רציונל:** זו זכות קדימה שמוענקת מתוך התחשבות בהצדקת האישיות (היחס המיוחד שרוכש אדם אל נכסי המקרקעין המשותפים לו ולבן זוגו) וכן כדי למנוע תקלות בחיי המסחר הנובעות מיחסי שיתוף כפויים.
- **לשים לב במבחן!!** אם אדם רכש דירה למשל, והוא רשום כרווק, אולם הוא ידוע בציבור וימכור את הדירה לאחר לפני שיציעה לבן זוגו, יכנסו המבחנים של תקנת שוק במקרקעין (רשומים/לא רשומים).

**תחרויות**

✓ **לזכור!!! מחוברים זה גם תחרות, לשים לב אם מדובר במחוברים, אם כן לעבור לעמוד 2-3 בצ'קליסט!**

**הגדרות – (פחות חשוב)** ✓

- **בעל התחייבות לעסקה** – אדם הנמצא בשלב האובליגטורי. נחתמה עסקה אבל לא הועברה זכות הקניין.
- **עסקאות** – משכנתא, קניית נכס (ללא רישום בטאבו), שכירות, חכירה.
- **נושה/מעקל/בעל חוב** – אדם שיש לו זכות כלכלית כלפי אדם אחר. יכול להיות גם נושה מקצועי (כמו בנק). לדוג': בעל הדירה (החייב) חייב לו כסף והוא רוצה להיפרע באמצעות הנכס.
- **נושה מובטח** – קיבל בטוחה בתמורה לחוב האדם כלפיו (דוגמה: **משכנתא**). הוא בעל גישה בלתי אמצעית לנכס אם המלווה לא פורע את חובו. כלומר, מתגבשת לו זכות קניינית ← הוא לא בשלב אובליגטורי אלא בשלב קנייני.
- **נושה לא מובטח** – לא קיבל בטוחה עבור כספו. בעל זכות אובליגטורית בלבד. אין לו גישה בלתי אמצעית לנכס הוא יכול רק להטיל עיקול עליו (אין לו זכות קניינית על הנכס אלא רק על החוב). **לא בעל התחייבות לעסקה, אלא מעקל/נושה!**
- **הערה:** חוב הוא זכות קניינית. ממחה יכול להעביר חוב של חייב אל הנמחה – כלומר חוב הוא עביר ומהווה זכות כלכלית קניינית של בעל החוב. אבל **עיקול אינו זכות קניינית בנכס!**

- ✓ **אופן פתרון – לעבוד בצורה סכמטית! (שטרסברג-כהן, אהרונוב)** קודם לזהות את התחרות ולפעול לפי הכללים הרלוונטיים לה
- לזהות את זהות הצדדים:**
    - בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל.
    - בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה אחר – **ס'9 לחוק המקרקעין** עסקאות נוגדות.
    - בעלים מול רוכש בתו"ל (תקנת שוק).
  - אם יש בעיה בזיהוי הצדדים:** לזהות באיזה שלב הצדדים נמצאים (אובליגטורי/קנייני). ר' למטה.
    - אם בשלב האובליגטורי (חוזי) – עסקאות נוגדות – התבצעה עסקה אך טרם השתכללה הזכות הקניינית.**
    - אם בשלב הקנייני – תקנת שוק –** כלומר השתכללה זכות קניינית לשני הצדדים (מבחינתם).
    - נושים לא מובטחים –** יש לבדוק האם אחד מהם הוא בעל התחייבות לעסקה שלא נרשמה (דוג': משכנתא שלא נרשמה בטאבו). נושה לא מובטח שהוא בעל התחייבות לעסקה (דוג': משכנתא שלא נרשמה עדיין) הוא לא נושה מעקל (**בנק המזרחי**). 2 אופציות:
    - **שניהם בעלי התחייבות לעסקה** ← מדובר בתחרות 2 – עסקאות נוגדות
    - **אחד בעל התחייבות לעסקה ו-1 נושה מעקל** ← תחרות 1 – בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל.
    - **פושט רגל/חדל פירעון –** גורם (חברה/אדם פרטי) בעל חוב גדול שהוא לא יכול לעמוד בו.
  - מהו המשאב?** מקרקעין/מיטלטלין/זכויות.
  - בהתאם לכל אלה לעבוד לפי הכללים הרלוונטיים.

✓ **שינוי תפיסתי בדיני תחרויות – (תיאורטי, עמ' 70-72 במחברת)**

- **תחרות –** מצב של תאונה משפטית (לפי **מאוטנר**). לכן נבדוק איזה צד צריך לשאת בהוצאות התאונה. נשקול שיקולים נזיקיים: מזעור עלויות התאונה, מניעת תאונות עתידיות ע"י מנגנון משפטי (הרתעה), ניסיון גיבוש מערכת משפטית שתוכל להתמודד עם המקרים בצורה ראויה. **עושים זאת ע"י מונע הנזק הזול ביותר שמוטמע דרך תו"ל.**
  - **מאוטנר –** בגלל שזו תאונה משפטית, יש לבחון את היחסים שבין ב' ל-ג' – שני הצדדים שבתחרות על הנכס (לא מתעסקים בא' – מי שלא בתחרות על הנכס כמו למשל בעל נכס שמכר אותו פעמיים).

✓ **שיקולים שנשקול – להתייחס במבחן!**

○ **2 השיקולים המרכזיים בדיני התחרויות: (חוות מקורה)**

- **שיקול תום לב:**
  - **תו"ל אובייקטיבי –** עמידתו של האדם בכללים משפטיים שחברה קובעת, שמבחינתנו אלה הכללים שמשקפים את האדם הסביר/הראוי.
  - **תו"ל סובייקטיבי –** האם האדם הספציפי הזה יכול להוכיח כי הוא פעל בתו"ל.
- **שיקול התמורה:**
  - **תמורה כלשהי –** תמורה עבור חלק מהנכס/הזכות. תמורה חלקית בעבור הנכס מעידה על כוונה ורצון לעשות עסקה.
  - **תמורה בת ערך/משמעותית –** תמורה בשווי של כל הזכות/הנכס שקיבלנו. לא מסתפקים בניסיון להעיד על רצינות העסקה/הכוונה אלא רוצים להראות מאזן מצוקה שאם נכריע כנגד האדם ששילם את הסכום תרגם לו מצוקה. לא רואים בתמורה כלשהי כתמורה.
- **מאוטנר – תו"ל והתמורה נועדו לבדוק 3 שיקולים כלכליים:** (הטמעת גישה נזיקית לטיפול ב"תאונה המשפטית")
  - **שיקול מניעתי –** נרצה ליצור כלל משפטי שנועד ליצור הרתעה כדי למנוע מ**מלכתחילה** את התאונה. במקרה התחרויות נדון **במונע הנזק הזול ביותר** ונמשג זאת המושגי **תו"ל** (סובייקטיבי/אובייקטיבי). דוג': אי רישום ה"א מעיד על חוסר תו"ל של הראשון בזמן. יש פה **צדק מתגמל** כיוון שהאדם שהתנהג בצורה הראויה לפי המשטר שנקבל יקבל לבסוף את הנכס ויזכה בתחרות.
  - **מזעור עלות התאונה –** נבצע **מאזן מצוקה** ונבדוק לאיזה מהצדדים עלות ההכרעה גבוה יותר. נעשה זאת האמצעות דרישת **התמורה** (תמורה כלשהי/תמורה בת ערך). זוהי דרכו של מאוטנר להכניס צדק חלוקתי – נשקול מי מפסיד יותר כסף (לא לטיפוס הרוכשים). **שיקול בדיעבד –** מזעור נזקים.
  - **שיקולים מערכתיים –** נבדוק איך התאונה/נזקיה משפיעים על המערכת כולה, ומה תהיה תוצאת ההכרעה על המערכת כולה (**עלויות למערכת**) נעשה זאת האמצעות דרישת **התמורה** (תמורה כלשהי/תמורה בת ערך). לדוג': בתקנת שוק נבחן את ההשפעה של ההכרעה על יכולת השוק להתנהל, בתחרות נדון בהרתעה של אנשים מעשיית עסקים בעתיד. **שיקול בדיעבד –** מזעור נזקים.
- **שיקולים נוספים:**
  - **אחריות חברתית –** כמה האדם **חב לחברה בכללותה**. דוג': אחריות האדם לדוגמה לבצע פעולה מסוימת שתימנע **כניסה** של אנשים לתחרות מלכתחילה כמו רישום הערת אזהרה (נוגע לתו"ל).
  - **צדק חלוקתי –** לא מדובר בהסתכלות על 2 צדדים ספציפיים (מאזן המצוקה של מאוטנר מתייחס אליהם דרך דרישת התמורה), אלא נתייחס גם ל**טיפוס הרוכשים** כשיקול חברתי חלוקתי רלוונטי. לדוג': בנק יכול להפסיד מיליון שקל, לעומת אדם שמפסיד חצי מיליון. כאן אנו לא לוקחים בחשבון רק את סכום ההפסד אלא גם מיהו הגורם המפסיד.
  - **תיאוריית האישיות –** יש נכסים שיותר קרובים לאישיות האדם (**מרגרט ראדין**), נכסים אלו יזכו להגנה יותר גבוהה מצדנו. דוג': נושה מעקל מול בעל דירה למגורים. משמעות הבית למתגורר בו גבוהה מלמעקל שמשמעות הבית עבורו היא כלכלית בלבד (ולכן גם חליפית).

✓ **מעבר משלב אובליגטורי לקנייני – (רלוונטי לשלב 2 בפתרון שאלה)**

- **מקרקעין רשומים – ס' 7(א) לחוק המקרקעין** כאשר המקרקעין נרשמו בלשכת הרישום עוברת בעלות.

- **בפועל:** בגלל צורך במיסוי ואישורים ובמימון ומשכנתאות, יש פער בין מועד החתימה על העסקה לבין מועד הרישום בטאבו. לכן ← נרשום הערת אזהרה (לא זכות קניינית, תמרוז אזהרה, נרשמת בנסח טאבו, לא מונעת עשיית עסקאות במקרקעין).
- **ס' 7** חל רק על עסקה במקרקעין הטעונה רישום – עסקאות לא טעונות רישום: שכירות קצרת מועד, זיקת הנאה, זכות קדימה לא טעונות רישום.
- **מיטלטלין – ס' 33 לחוק המכר** הבעלות עוברת לקונה במסירתו (בהעברת החזקה), אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר או דרך אחרת להעברת הבעלות. **אם הבעלות עברה לקונה והמוכר עשה עוד עסקה** ← **תקנת שוק (ס' 34 לחוק המכר), אם הבעלות לא עברה לקונה והמוכר עשה עוד עסקה** ← **תחרות עסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות (ס' 12+13 לחוק המיטלטלין).**
  - אם הצדדים לא התייחסו למסירה ← הבעלות עוברת כשהמפתחות והרכב נמסרים לבעלים.
  - אם התנו (לדוג': שהבעלות תעבור בתאריך מסוים) ← גם אם הרכב נמסר הבעלות תימסר רק בהתקיים התנאי עלי הסכימו.
  - **הערה:** בעלות ברכב לא עוברת בשלב רישומו בלשכת הרישום אלא רק במסירתו (אלא אם הצדדים התנו אחרת). מטרת הרישום של הרכב היא העברת האחריות הנזיקית והפלילית מידי המוכר לרוכש בלבד ולא רישום קנייני.
- **מקרקעין לא רשומים וזכויות** – מועד כריתת ההסכם (בכתב/בע"פ) הוא מועד העברת הבעלות אלא אם הצדדים קבעו אחרת (לגבי דרך/מועד, **ס' 33 לחוק המכר, ס' 13 לחוק המיטלטלין**). **אם הבעלות עברה לקונה והמוכר עשה עוד עסקה** ← **המחאת זכויות נוגדות (ס' 4 לחוק המחאת חיובים), אם הבעלות לא עברה לקונה והמוכר עשה עוד עסקה** ← **עסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות (ס' 12+13 לחוק המיטלטלין).**
  - חוק המיטלטלין יחול גם על זכויות בשינויים המתחייבים (**ס' 13 לחוק המיטלטלין**).
  - **זכויות:** מקרקעין לא רשומים (לא מופיעים בטאבו), זכות כלכלית (חוב של אדם כלפי ממחה, הממחה יכול להעביר את הזכות הכלכלית הזו לנמחה).

### תחרות 1 – בעל התחייבות לעסקה (עם/בלי הערת אזהרה) מול נושי המוכר: (ס' 127(ב) לחוק המקרקעין)

- ✓ **הסיטואציה – מקרה בו אדם רכש נכס אך טרם רשם את זכותו במרשם המקרקעין ומגיע נושה של מוכר הנכס ורוצה לעקל אותו.**
- ✓ **להבין מי הצדדים –**
- **בעל התחייבות לעסקה** (שכירות/משכנתא/קנייה) שטרם התגבשה הזכות הקניינית שלו מול נושה מעקל (נמצא בשלב האובליגטורי לפני רישום המקרקעין). (לפי ברק יש לו זכות מעין קניינית – **ברק, אהרונב** מסתמך על ס' 9).
- **נושה מעקל פרטי/מקצועי** (בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי וכו') – הגוף שבעל המקרקעין חייב לו סכום כסף ומחכה למועד פירעון החוב.
  - **אם מקצועי מול פרטי – לציין שיקול אישיות/צדק חלוקתי! מונע נזק זול ביותר וכו'.** (שטרסברג-כהן, **אהרונב**)
  - **נושים מעקלים לא מובטחים** – יש לבדוק האם אחד מהם הוא בעל התחייבות לעסקה שלא נרשמה (דוג': משכנתא שלא נרשמה בטאבו). נושה לא מובטח שהוא בעל התחייבות לעסקה (דוג': משכנתא שלא נרשמה עדיין) הוא לא נושה מעקל (**בנק המזרחי**). 2 אופציות:
    - שניהם בעלי התחייבות לעסקה ← מדובר בתחרות 2 – עסקאות נוגדות.
    - אחד בעל התחייבות לעסקה והשני נושה מעקל ← תחרות 1 – בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל.
- ✓ **ראשית נבחן האם מדובר בבעל התחייבות לעסקה?**
- **נבחן האם מדובר בהתחייבות לעסקה במקרקעין: (תנאים מצטברים)**
  - **עסקה במקרקעין: ס' 6 לחוק המקרקעין** הקניה של בעלות או כל זכות אחרת במקרקעין (שכירות, חכירה, בעלות, משכנתא, זיקת הנאה) לפי רצון המקנה, למעט הורשה עפ"י צוואה.
    - ירושה (נכנס בנעליו), והפקעה אינם עסקה במקרקעין (ס' 6).
  - **ההתחייבות לעסקה בכתב:** התחייבות לעסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב (ס' 8).
  - **ורטהיימר** – זיכרון דברים עונה על דרישה זו.
- **לא נרשמה: ס' 7 לחוק המקרקעין** עסקה במקרקעין טעונה רישום, **טרם הרישום** בעל התחייבות לעסקה בשלב האובליגטורי. כלומר, בעל התחייבות לעסקה בלבד.
- **הוראות נוספות:**
  - נושה לא מובטח שהוא בעל התחייבות לעסקה הוא אינו נושה מעקל ונתייחס אליו כבעל התחייבות לעסקה (**מזרחי**).
- ✓ **ס' 127 לחוק המקרקעין – תוצאות הערת אזהרה:**
  - **ס' 127(א) לחוק המקרקעין** נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט. כלומר, לא ניתן לרשום 2 ה"א זהות.
  - **ס' 127(ב) לחוק המקרקעין** נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהייתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.
- ✓ **אופן הפתרון:**
  - **בעל התחייבות לעסקה שרשם ה"א מול נושה מעקל:** הזכות של בעל התחייבות לעסקה גוברת על המעקל והוא יזכה במקרקעין (127(ב), **רוזובסקי, אהרונב**).

○ **בעל התחייבות לעסקה שלא רשם הערת אזהרה מול נושה מעקל:** לכאורה, עפ"י ס'127(ב) בעל התחייבות לעסקה אמור להפסיד. אבל:

▪ **לפי ברק, באהרונוב – ההלכה:** הראשון בזמן, בעל התחייבות לעסקה, גובר על הנושה המעקל גם אם לא רשם ה"א והוא מקבל את הנכס.

**נימוקים: (במבחן) ← לציין את 2 הנימוקים במיוחד אם היוצרות מתהפכות)**

• **ניתוח דוקטרינרי – ע"פ ס' 9 לחוק** לבעל התחייבות לעסקה (הגורם הראשון בזמן) יש "זכות שבישור" – זכות מעין קניינית, כי החוק נותן עדיפות לראשון בזמן בתחרות בעסקאות נוגדות וזה מעיד על הכרה בזכות שבישור – זכות מעין קניינית. לכן, למרות שס' 9 נוגע לתחרות אחרת, ניתן לשאוב את הזכות שבישור גם לתחרות זו, והתוצאה היא שבעל התחייבות לעסקה גובר על נושים אחרים (שהם שניים בזמן) גם אם לא רשם הערת אזהרה (ברק, אהרונוב) ← **ההלכה.**

• **נימוק ערכי –** אי רישום הערת האזהרה ע"י בעל התחייבות לעסקה לא צריכה לגרום להפסדו מול נושה מעקל – זכות בעל התחייבות לעסקה נוגעת למקרקעין עצמו וזכות הנושה המעקל היא זכות שישלמו לו כסף ולכן הזכויות אינן מאותו מעמד (שיקול אישיות – מרגרט רדין). בנוסף, בד"כ בעל התחייבות לעסקה הוא אדם פרטי ונושה הוא גורם חזק. לכן, בעל התחייבות לעסקה הוא בעל זכות מהותית וגורם חלש והכף נוטה לטובתו גם אם לא רשם ה"א (צדק חלוקתי (חברתי) + מאזן המצוקה (כלכלי)). כהן מחזירה אותנו לדיני הישור האנגליים, לכן, אם בעל התחייבות לעסקה שילם רק חלק ממה שווי הנכס, לפי כהן הוא יזכה רק בחלק הזה ולא בכל הנכס (אהרונוב, שטרסברג-כהן) ← **דעת מיעוט אבל דעתה אומצה בפסיקה, לציין.**

▪ **אם החייב פשט רגל: פס"ד אהרונוב** רלוונטי גם למצב של פשיטת רגל (מכירת נכס וטרם רישום הקונה המוכר פושט רגל ומוטל עיקול). כלומר, גם אם המוכר פשט רגל לגמרי מכירים בזכותו של בעל התחייבות לעסקה (כספי נ' נס).  
○ **האם יקבל את כל הנכס גם אם לא שילם את כל התמורה?** אם בעל התחייבות לעסקה שילם רק תמורה קטנה ואילו החוב לנושה גדול מאוד –

▪ **שטרסברג-כהן, אהרונוב** ← פועלת בצורה ריאליסטית ומנסה לכוון למאזן מצוקה. יש לחלק באופן יחסי (כי לדעתה יש להתחשב בנסיבות ולא להחליט אוטומטית).

▪ **ברק וחשין, אהרונוב (הלכה)** ← הראשון בזמן זוכה תמיד, הוא יזכה בכל הנכס ולא בהתאם לחלק היחסי ששילם על הנכס. אבל עדיין יאלץ להשלים את יתרת התמורה בגינו (והנושה שהפסיד יאלץ להיכנס לתור הנשייה).

○ **לבחון חריג: כשבעל התחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי – היחס בין גזו לאהרונוב:**

▪ **הכלל (בנק המזרחי נ' גדי): כשמדובר בבעל התחייבות לעסקה הוא גורם פרטי** לא מחילים את הלכת גזו על התחרות הראשונה (תחרות בין נושה מעקל לבעל התחייבות לעסקה). כלומר, גם אם לא נרשמה ה"א בעל התחייבות לעסקה יכול לנצח.

• בפס"ד משתנה הנימוק להלכת אהרונוב (ברק מאמץ את הנימוק הערכי של **שטרסברג-כהן**).

○ לכן, כשבעל התחייבות לעסקה הוא גורם פרטי אין צורך ברישום ה"א והוא ינצח.

○ אבל כשהוא גורם מקצועי יש צורך ברישום לפי טעמיה של השופטת **שטרסברג כהן** ואז נכנסים לסייג:

▪ **סייג: בעל התחייבות לעסקה מקצועי שלא רשם ה"א (לדוג' בנק):** (במבחן: הבנק יטען לאהרונוב ובתגובה הנושה יטען לגזו מכוח רשף).

• **הגדרה – בעל התחייבות לעסקה מקצועי –** גורם בעל ידע וכוח שהוא שחקן חוזר המסתמך באופן קבוע על רישום המקרקעין (יודע את חשיבותו, **אקון, רשף**).

• **2 אופציות:**

○ **אם מדובר בבעל התחייבות לעסקה מקצועי מול נושה פרטי לא מקצועי –** נחיל את הלכת גזו (אי הרישום יגרום להפסד בתחרות אלא בהתקיים אחד הסייגים – **ראה תחרות 2; אקון, רשף**). במקרה זה למרות אהרונוב (שדוחף להכרה בבנק **פננשה מנצח** כמנצח כי הוא בעל זכות מעין קניינית) יכול להיות שהחלה של גזו תגרום לכך שלא נכיר בבנק כזוה אלא כנושה לא מובטח והוא יאלץ להיכנס חזרה לתור הנשייה.

○ **אם מדובר בבעל התחייבות לעסקה מקצועי מול נושה מקצועי –** אין הכרעה בנושא זה ויש לדון על הרציונאלים ולשקול האם לפיהם יש להחיל את גזו על המקרה (**אקון, רשף**). **השיקולים:** העובדה שהבנק מקצועי ויודע את חשיבות המרשם, הוא גורם מקצועי, חזק, רב פעמי בעסקאות מעין אלו ומוטלת עליו אחריות למניעת תאונות משפטיות באופן חמור יותר מעל אדם פרטי. להתייחס גם לטעמי השופטת כהן (דעתה אומצה במזרחי) לבחון לפי הרציונליים שהיא נותנת (הצדקת האישיות, מאזן המצוקה).

**תחרות 2 – עסקאות נוגדות במקרקעין (בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה) – (ס' 9 לחוק המקרקעין)**

✓ **סיטואציה –** מקרה בו שני בעלי התחייבות לעסקה בנכס וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים אותו.

✓ **קודם להבין מי הצדדים –** לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה, **לוודא שזה אותו סוג עסקה** (הן חייבות להיות בהכרח נוגדות. **לשים לב –** שכירות מול מכירה זה לא עסקאות נוגדות!).

✓ **ראשית נבחן האם מדובר בבעל התחייבות לעסקה?**

○ **נבחן האם מדובר בהתחייבות לעסקה במקרקעין: (תנאים מצטברים)**

▪ **עסקה במקרקעין: ס' 6 לחוק המקרקעין** הקניה של בעלות או כל זכות אחרת במקרקעין (שכירות, חכירה, בעלות, משכנתא, זיקת הנאה) לפי רצון המקנה, למעט הורשה עפ"י צוואה.

• ירושה, והפקעה אינם עסקה במקרקעין (ס' 6).

- ההתחייבות לעסקה בכתב: התחייבות לעסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב (ס' 8).
- **ורטהיימר** – זיכרון דברים עונה על דרישה זו.
- לא נרשמה: **ס' 7 לחוק המקרקעין** עסקה במקרקעין טעונה רישום, **טרם הרישום** בעל התחייבות לעסקה בשלב האובליגטורי. כלומר, בעל התחייבות לעסקה בלבד.
- **הוראות נוספות:**
  - נושה לא מובטח שהוא בעל התחייבות לעסקה אינו נושה מעקל, אנו נתייחס אליו כבעל התחייבות לעסקה (**מזרחי**)
  - זהות המוכר: לא משנה מה סטאטוס המוכר, גם בעל התחייבות לעסקה שהמוכר לו הוא בעל התחייבות לעסקה בעצמו יהיה בעל התחייבות לעסקה לצורך תחולת **ס' 9 לחוק המקרקעין (ברק, גנז)**.
- ✓ **ס' 9 לחוק המקרקעין – עסקאות נוגדות:**
  - "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה".
- ✓ **מי יזכה בתחרות?**
  - **הכלל – מתחילים מפה:** הראשון בזמן גובר על השני בזמן, אא"כ השני בזמן מילא את שלושת התנאים בסעיף (תמורה, רישום, תום לב) ואז הוא יגבר (**ס' 9 לחוק המקרקעין**).
  - **נבדוק אם השני בזמן מקיים את תנאי סעיף 9:** אם קיים – ינצח (גם אם הראשון רשם ה"א), לא קיים – נבחן רישום ה"א של הראשון בזמן.
- **תום לב**
  - **ברק בורטהיימר** תום הלב צריך להיות לכל אורך הדרך, כולל רישום עצמו. יש מחלוקת בסוג תוה"ל הנדרש:
    - הגישה המקובלת היא **תו"ל סובייקטיבי**: האם השני בזמן ידע או לא ידע במקרה הספציפי (**חנות מקורה + מאוטנר + לוין, שטרסברג-כהן ומצא בגנז**).
    - **תו"ל אובייקטיבי**: כלפי שני הצדדים (על הרוכש הראשון ואם ניתן להשליך גם על השני) (**דויטש + ברק בגנז**).
- **תמורה בת ערך (צריכה להיות משמעותית, אם חתם ולא שילם – יפסיד)**
  - לדון האם התמורה ששולמה מקיימת את דרישת התמורה בסעיף.
  - **מרצה** – על התמורה להיות משמעותית. מעל ל-50% ניתן לטעון לתמורה משמעותית.
- **רישום** – ההלכה כרגע היא שמדובר ברישום הבעלות בטאבו בלבד (לשכת רישום המקרקעין, **דעת פרוקציה** היא מיעוט), על הרישום להיות בתו"ל.
  - **האם די ברישום ה"א** – יש מחלוקת לגבי זה, מספר גישות פרשניות לאמירה של פרוקציה (**פרוקציה, גנז**):
    - גישה מרחיבה – ה"א עונה תמיד לדרישת הרישום של **ס' 9 (פרוקציה, גנז)**. הסבר: סיווג ה"א כקניינית או לא איננו מכריע לענייננו, חשיבותה משתקפת בממד הפומביות הנלווה לה, ההופכת את זכותו המעיין קניינית של השני בזמן לזכות הנחשפת לעיני הציבור, ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות הצדדים. במובן זה יש דמיון בינה לבין רישום זכות קניינית ולכן יש להכיר בה"א כממלאת את דרישת הרישום לצורך **ס' 9**.
    - גישה מצמצמת – ה"א עונה על דרישת הרישום לצורך **ס' 9** רק כשמדובר בבעל התחייבות לעסקה שהמוכר לו הוא בעל התחייבות לעסקה אחר (**פרוקציה, גנז**).
- **רישום ה"א של הראשון בזמן (גנז):**
  - **הראשון בזמן לא רשם ה"א:** אי רישום ה"א בזמן/בכלל מעיד על חוסר תו"ל של הראשון בזמן, כיוון שבפעולה פשוטה וזולה הראשון בזמן יכול היה למנוע מהשני בזמן להיכנס לתאונה המשפטית (מאמץ את גישת **מאוטנר** – מונע הנזק הזול ביותר), לכן הראשון בזמן יפסיד בתחרות גם אם השני בזמן לא מילא את תנאי **ס' 9 (ברק, גנז)**. כל זאת בתנאי שאי הרישום של הראשון בזמן מעיד על חוסר תו"ל – התנאים למטה צריכים להתקיים (מצטברים).
    - **התנאים (מצטברים): (ברק, גנז)**
      - **העדר רישום לא מוצדק** – הראשון בזמן יכול היה לרשום ה"א ולא עשה זאת – מעיד על חוסר תו"ל (בחינה אובייקטיבית).
      - יש קשר סיבתי בין אי הרישום לכניסה לתחרות עם השני בזמן – אי הרישום גרם לכניסה לתחרות.
      - **סייגים (ברק, גנז):** נטל ההוכחה להתקיימותם על הראשון בזמן (**לחאם**)
        - אי הרישום אינו חוסר תו"ל אם (**ברק, גנז**):
          - הראשון בזמן לא יכול היה לרשום ה"א – לדוג' (**מתוך גנז**): עבר זמן סביר לאי הרישום (עד חצי שנה זה סביר), שביתה בטאבו, הייתה ה"א קודמת והיה צורך להסיר (הראשון לא יכול היה לרשום) וכו'.
          - הראשון בזמן יכול היה לרשום ה"א אבל משיקולי מדיניות לא מחייבים אותו: לדוג': הראשון בזמן הוא בן/ת זוג של המוכר (**שטרסברג כהן, אהרונוב**).
          - הקונה הראשון התחייב בפני המוכר שלא ירשום ה"א.
            - **טענת נגד של שטרן** – החיוב ברישום ה"א הוא כדי למנוע מאחרים להיכנס לתאונה ולכן אין היגיון בסייג הזה. אם הקונה מוכן לקחת את הסיכון הוא צריך לשאת בו ולא הציבור. (**לציין במבחן**)
            - במקרה של מאזן מצוקה לא שווה – האם התעקשות דווקנית של אחד הצדדים עלולה לעלות כדי חוסר תו"ל? (צ"ע **ברק, ורטהיימר**)



○ אין קש"ס אם אי הרישום לא גרם לתאונה המשפטית (ברק, גנז): לדוג' (מתוך גנז):

- השני לא בדק אם נרשמה ה"א במרשם.
- השני בזמן ידע/היה צריך לדעת על העסקה הראשונה ולמרות זאת עשה את העסקה השנייה (חשוב).
- השני בזמן או מישהו מטעמו לא "ירד אל השטח" – לא בדק את הדירה (אם היה יורד יכול היה לדוגמה לגלות שמישהו גר בה).

● אם הראשון בזמן לא רושם ה"א והוא לא יכול להצדיק את אי רישום ה"א, אז גם אם השני לא עמד בתנאים של ס' 9 – הוא למעשה יזכה בתחרות (שטרן) – אך בהמ"ש לא יוותר על דרישת תו"ל של השני בזמן).

● אם בעלת ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי ניתן לציין את אקון ברשף משיקולי שטרסברג-כהן באהרונב – הוא נושא חובות כלפי הציבור, גורם חזק, רב פעמי בעסקאות מעין אלו ועליו מנוע תאונות משפטיות באופן חמור יותר, לכן מוטל עליו אחריות רחבה יותר מאשר על אדם פרטי.

▪ הראשון בזמן רשם ה"א: נבחן האם השני בזמן מילא את 3 התנאים בס' 9' (למעלה). מילא ← זכה, לא מילא ← הפסיד.

✓ הערה: אם הכרענו לפי ס' 9 את התחרות והשני טוען לאי אכיפה בגלל שאכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין לפי ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות – נאמר שיש הסדר ייחודי שמטפל בעניין ושקילה של ס' 3(4) יכולה לרוקן אותו מתוכן ולכן לא נתייחס לכך (ורטהיימר)

## תחרות 2 – עסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות/מקרקעין לא רשומים (ס' 12+13 לחוק המיטלטלין)

✓ הסיטואציה – מקרה בו שני אנשים רכשו מיטלטלין/זכויות/מקרקעין לא רשומים ולראשון בזמן לא התגבשה זכות קניינית וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים את אותו הנכס.

▪ הערה – נראה בשכירות מעל 24 שנים כעסקת מכירה/חכירה לדורות.

○ הוראות חוק המקרקעין לא חלות על מקרקעין לא רשומים, הם נחשבים לזכויות (גם דברים מופשטים כמו מניות וכו') נחשבים לזכויות). הבעלות בהם היא לא בעלות במקרקעין אלא בעלות על זכות.

✓ להבין מי הצדדים – לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה. לוודא שזה אותו סוג עסקה.

✓ נבחן האם הראשון בזמן בשלב אובליגטורי או קנייני – לשם כך נבדוק את ההתנאה בחוזה על העברת הבעלות (אם אין חוזה לא ניתן להכריע, ריינס): אם אין תניה בחוזה – לפי החוק. אובליגטורי – תחרות עסקאות נוגדות וניתן להמשיך; קנייני – יש לראשון זכות קניינית מגובשת ואנחנו בתחרות של תקנת שוק.

○ מיטלטלין – הבעלות עוברת לקונה במסירתו, אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר או דרך אחרת להעברת הבעלות (ס' 33 לחוק המכר).

▪ הנכס נמסר ואין תניה בחוזה להעברת הבעלות ← הראשון בזמן בשלב הקנייני – ראה תקנת שוק במיטלטלין.

▪ יש תניה בחוזה להעברת הבעלות והיא התקיימה ← הראשון בזמן בשלב הקנייני – ראה תקנת שוק במיטלטלין.

▪ הנכס לא נמסר ואין תניה בחוזה להעברת הבעלות ← הראשון בזמן בשלב האובליגטורי – ניתן להמשיך.

▪ יש תניה בחוזה להעברת הבעלות והיא לא התקיימה ← הראשון בזמן בשלב האובליגטורי – ניתן להמשיך.

○ מקרקעין לא רשומים וזכויות – מועד כריתת ההסכם (בכתב/בע"פ) הוא מועד העברת הבעלות אלא אם הצדדים קבעו אחרת (לגבי דרך/מועד) (ס' 33 לחוק המכר, ס' 13 לחוק המיטלטלין, ריינס).

▪ יש תניה והיא לא התקיימה ← הראשון בזמן בשלב אובליגטורי אנחנו בעסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות – ניתן להמשיך.

▪ אין התנאה בחוזה של זכויות (ומקרקעין לא רשומים) ← עברה הבעלות לראשון בזמן במועד החתימה על ההסכם. כלומר, הוא גיבש זכות קניינית. אנחנו בתקנת שוק בזכויות! (ס' 4 לחוק המחאת חיובים)

▪ יש תניה בחוזה והיא התקיימה ← עברה הבעלות לראשון בזמן במועד קיום ההתנאה והוא גיבש זכות קניינית. אנחנו בתקנת שוק בזכויות! (ס' 4 לחוק המחאת חיובים)

✓ מקרקעין לא רשומים – לציין שאין מרשם ולכן לא נוכל להחיל את ס' 9 לחוק המקרקעין נתייחס אליהם כאל זכויות.

✓ אם מדובר בזכויות (כולל מקרקעין לא רשומים) – נתחיל מלציין שס' 12 לחוק המיטלטלין חל גם על זכויות (ס' 13 לחוק).

✓ ס' 12 לחוק המיטלטלין – עסקאות נוגדות – (חל גם על זכויות לפי ס' 13 לחוק המיטלטלין)

התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות (כלומר- הראשון בעל זכות אובליגטורית בלבד) חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה.

✓ אם אנחנו בשלב האובליגטורי – אופן ההכרעה: (קודם כמובן לציין שהראשון בזמן בשלב אובליגטורי בזמן המכירה לשני)

○ הכלל: הראשון בזמן זוכה בתחרות, אלא אם השני בזמן קיבל את המיטלטלין או הזכות בתום לב ובתמורה ואז הוא יזכה בתחרות (ס' 12 לחוק המיטלטלין).

○ התנאים שהשני בזמן צריך למלא כדי לזכות (מצטברים) (ס' 12 לחוק):

▪ קיבל את המיטלטלין/הזכות – יש צורך בחזקה + קניין. אופן ההקניה בהתאם לסוג הנכס: (נבחן את החוזה)

הבהרה: הכוונה היא שהשני בזמן צריך להיות בשלב הקנייני בעסקה ושגם תהיה לו חזקה (אם יש לו רק חזקה הוא לא ניצח) – אם לא הראשון בזמן יזכה לפי ס' 12.

● מיטלטלין – הבעלות עוברת לקונה במסירתו (העברת החזקה), אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר או דרך אחרת להעברת הבעלות (ס' 33 לחוק המכר).

● מקרקעין לא רשומים וזכויות – מועד כריתת ההסכם (בכתב/בע"פ) הוא מועד העברת הבעלות אלא אם הצדדים קבעו אחרת (לגבי דרך/מועד) (ס' 33 לחוק המכר, ס' 13 לחוק המיטלטלין).

- **תום לב** – סובייקטיבי כי אין איך להחיל סטנדרט אובייקטיבי היות ואין רישום ודרך לרשום את המכירה (לא ידע על הראשון, **ריינס**).
- **תמורה** – תמורה בת ערך ממשי או שינוי מצב לרעה (**ריינס**). (צריכה להיות משמעותית).
  - לדון האם התמורה ששולמה מקיימת את דרישת התמורה בסעיף.
  - **בת ערך ממשי: מרצה** – על התמורה להיות משמעותית. מעל ל-50% ניתן לטעון לתמורה משמעותית.
  - **שינוי מצב לרעה**: יש להוכיח שנעשתה פעולה בעקבות העסקה ולכן המצב שונה לרעה. מספיק להראות כוונה להעביר את הכסף (גם אם לא הועבר עדיין). דוג': האדם מכר נכס כדי לממן את הקנייה או לקח הלוואה. זה יכול להיחשב כתמורה מספקת (גם אם עוד לא העביר את הכסף). הערה: הוא עדיין יצטרך לשלם את הכסף.
- ✓ **הרציונל לזכיית בשני בזמן**: השני זוכה במקרה כזה כי ניתן לראות בראשון מונע הנזק הזול ביותר שכן העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיה היא שגרמה לקרות התחרות המשפטית.
  - למה לא מחילים את **גנז** – דרישת רישום (תו"ל אובייקטיבי)? אין מרשם – קשה לנהל מרשם מיטלטלין העלויות יהיו גבוהות מידי וזה יכול לעכב את הסחר השוטף.
  - מנגד, במקרים בהם כן יש רישום (כמו רכב)/אינדיקציות אחרות כדי לברר את מצב המיטלטלין – להעלות את פס"ד גנז ואת חובת תום הלב אך לציין כי לרישומים אלו אין תוקף קנייני.

### אם אנחנו בשלב הקנייני – תקנת שוק בזכויות ומקרקעין לא רשומים: (ס' 4 לחוק המחאת חיובים)

- 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.
- **ס' 4 לחוק המחאת חיובים – המחאת סותרות**: המחאה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על המחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.
- **אופן פתרון שאלה**:
- **מקרקעין לא רשומים** – לציין שאין מרשם ולכן לא נוכל להחיל את **ס' 9 לחוק המקרקעין** נתייחס אליהם כאל זכויות ולכן נחיל עליהם את **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**.
  - **מקרקעין לא רשומים** – יתכן שתופיע שאלה שרשות מקרקעי ישראל משכירה את הקרקע הזו לאדם מסוים (כלומר, חייבת לו את השכירות) והוא מעביר את זכותו על המקרקעין הלא רשומים האלה לגורם א' (כלומר, ממחה זכותו לנמחה א') ולאחר כן לגורם ב' (ממחה זכותו לנמחה ב'). מבלי שמופיעה תניה בחוזה של א' ולכן ברגע החתימה על החוזה הזכות שלו והוא בשלב קנייני. ואז יש לדון לפי תקנת שוק בזכויות וחוק המחאת חיובים יחול.
- **להבין מי הצדדים** – לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה.
- **נבחן האם הראשון בזמן בשלב קנייני (השלים קנייתו)** – לשם כך נבדוק את נוסח החוזה:
  - **מקרקעין לא רשומים וזכויות** – מועד כריתת ההסכם (בכתב/בע"פ) הוא מועד העברת הבעלות אלא אם הצדדים קבעו אחרת (לגבי דרך/מועד) (**ס' 33 לחוק המכר, ס' 13 לחוק המיטלטלין**).
    - אין התנאה בחוזה של זכויות (ומקרקעין לא רשומים) ← עברה הבעלות לראשון בזמן במועד החתימה על ההסכם. כלומר, הוא גיבש זכות קניינית. **אנחנו בתקנת שוק בזכויות – ניתן להמשיך.**
    - יש תניה בחוזה והיא התקיימה ← עברה הבעלות לראשון בזמן במועד קיום ההתנאה והוא גיבש זכות קניינית. **אנחנו בתקנת שוק בזכויות – ניתן להמשיך.**
    - יש תניה והיא לא התקיימה ← הראשון בזמן בשלב אובליגטורי **אנחנו לא בתקנת שוק אלא עסקאות נוגדות במיטלטלין/זכויות!**
- **באופן עקרוני**: הראשון בזמן שהשלים את קנייתו זוכה, אלא אם השני הודיע על המחאה השנייה לחייב בטרם הראשון הודיע על המחאה הראשונה (**ס' 4 לחוק המחאת חיובים**).
  - **האם יש לבחון חובת תו"ל** –
  - **מהראשון בזמן** – חובת תו"ל אובייקטיבי – עקרונית אם הראשון בזמן יכול היה לרשום במקום כלשהו את זכותו (רישום בספרי החברה הממשכת/מנהל מקרקעי ישראל/קבלן) ולא עשה זאת זה יכול להשפיע על תו"ל של הראשון בזמן (והוא עלול להפסיד בתחרות, **גנז**). כלומר, גם אם הודיע על זכותו לחייב/השני לא הודיע ← הראשון עשוי להפסיד בתחרות (זו לא הלכה!).
  - **אין דרישה לתו"ל מהשני בזמן** (גם אם ידע על הראשון זה לא משנה). **הרציונל**: ← לאפשר חיי מסחר תקינים ולעודד הודעה לחייב על המחאת החוב מהממחה לנמחה.
- **הרציונל של תקנת שוק בזכויות/מקרקעין לא רשומים**: להסדיר את השוק באופן ברור ביותר. הראשון בזמן הוא בדרי"כ מונע הנזק הזול, שכן העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיה ולהודיע למי שנתן את הזכות היא שאפשרה את התאונה המשפטית. החוק מתמרץ לעשות בירור אצל החייב (הבעלים) – ממי קיבל את הזכות ולמי הנמחה צריך להודיע על כך שקיבל את הזכות.

### תחרות 3 – תקנת שוק במקרקעין: (ס' 10 לחוק המקרקעין)

- ✓ **רציונל של תקנת שוק במקרקעין**: אינטרס שוקי. כדי לא לגרום לאנשים לפחד לעשות עסקאות במקרקעין, ולשמור על חיי מסחר תקינים נכבד את הרישום במרשם גם אם הוא שגוי וכשיר טעויות, גם אם זה פוגע מאוד באותו גורם שממנו נלקח הנכס. יש פה פגיעה מאוד קשה בבעלים של המקרקעין.

✓ **הסיטואציה – הבעלים/בעל הזכות במקרקעין, לא חשב לעשות עסקה בנכס שלו וגורם שלישי הגיע, הצליח לזייף את המרשם (מרשם המקרקעין) ועשה עסקה בניגוד לרצונו של הגורם הראשון. כלומר – בעלים מול רוכש בתו"ל.**

✓ **ס' 10 לחוק המקרקעין – רכישה בתו"ל:**

מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

✓ **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.**

✓ **נבחן האם תקנת השוק חלה ע"פ התקיימות 4 תנאי הסעיף המצטברים:**

○ **רכש זכות במקרקעין** – שילם תמורה וקנה את הדירה (השלים זכותו).

○ **תמורה** – התמורה צריכה להיות תמורה ממשית ומלאה, ולא סמלית!

▪ **מרצה** – על התמורה להיות משמעותית. מעל ל-50% ניתן לטעון לתמורה משמעותית.

○ **הסתמכות על המרשם** –

▪ **הסתמכות על מסמכים חיצוניים למרשם לא מקיימת את דרישת הרישום, יש להסתמך על המרשם עצמו ועליו להיות שגוי (מורדכיב) דוג': ייפוי כוח, דרכונים, ת.ז. מזויפות לא מקיימים דרישת הטעות במרשם.**

• **דוג':** עו"ד בנאמנות שעשה עסקה ורשם אותה בטאבו (מכוח ייפוי הכוח שבידו) וכל זאת בניגוד לרצון הבעלים. אם הקונה הסתמך על ייפוי הכוח – לא מקיים את דרישות הסעיף. אם הקונה מוכר שוב את הקרקע לגורם אחר לאחר שרשם זכותו במקרקעין והקונה השני הסתמך על רישום זכותו של הראשון – מתקיימת דרישת הרישום. **(ס.מ יצרת השקעות ופיתוח נ' מוזאפאר)**

• **הרציונל:** גיבוש המרשם כמקור אמין לעסקאות, שלא יפחת מעמדו מאחר ואם יפחת אנו נאבד את תקינותו ורצף העסקאות במקרקעין (אחריות חברתית).

▪ **ההסתמכות צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה (אזלר).**

▪ **אם המוכר התחזה לבעל הזכות הרשומה והקונה הסתמך על כך זה לא מספיק (לדוג': הציג ייפוי כוח) לשם תקנת שוק, שכן ההסתמכות אינה על הרישום והטעות חיצונית למרשם (עזורי).**

▪ **ההסתמכות על רישום ה"א על שם רוכש א' – אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק על ההסתמכות בתו"ל על ה"א, למרות שאין טעות במרשם כי המקרקעין עדיין רשומים על שם הבעלים (ולא על בעלות) (רובינשטיין, מורדכיב). אבל החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה" – סטנדרט אובייקטיבי, במקרה כזה יש לנו 2 אופציות:**

• אם הרישום לא הושלם לאחר העסקה (המוכר לא רשם את זכותו במרשם לאחר העסקה עם הקונה) – הרוכש לא ייחנה מתקנת שוק גם אם הייתה ה"א לטובת המוכר (אין פגם ברישום).

• אם המוכר (המזיף) רשם את זכויותיו במרשם לאחר מכירת הנכס לקונה (גורם ב') – כדי שהקונה (גורם ג') ייחנה מתקנת שוק צריכים להתקיים **2 תנאים מצטברים** בחוזה שלו עם המוכר:

○ **התנאת תשלומים עד לרישום הנכס על שמו של רוכש א':** הרוכש ב' התנה את תחילת מתן התשלומים למוכר בכך שהמרשם ישונה ויהיה על שמו של המוכר והוא יוכיח שהוא בעל הזכויות על המקרקעין. זה מעיד על ההסתמכות על המרשם.

○ **בדיקה ראויה של עסקת היסוד:** הרוכש קרקע על בסיס ה"א בלבד, עליו לבדוק את מסמכי העסקה הראשונית (בין המוכר לבעלים) וכן לקבל את הסכמת הבעלים הראשוני. אם עולה חשש (לא ניתן למצוא את הבעלים המקורי, לא מצליחים למצוא כתובת וכו') יש לוודא שהעסקה הראשונית היא עסקה תקינה וכי באמת התקבל אישור מהבעלים ברישום ה"א והוא עומד מאחורי העסקה שלו עם זה שרשומה על שמו ה"א. הדרישה היא לבדיקה רחבה יותר (סטנדרט סובייקטיבי ואובייקטיבי).

○ **תום לב** –

▪ **הקפדה יתרה על תו"ל בתקנת שוק. דרישת תו"ל חלה גם בכל שלב מהעסקה והרישום (סונדרס).**

▪ **דרישת תו"ל סובייקטיבי** – הרוכש האמין, הלכה למעשה, אמונה שהמרשם נכון והמוכר הוא בעל הזכות במקרקעין כאמור במרשם ושהמרשם נקי מכל זכות של אדם אחר **(סונדרס)**.

• **עצימת עיניים** – אם הוא חשד ונמנע מלברר את הדבר זה שקול כנגד ידיעה ויראו בו כחסר תו"ל **(סונדרס)**. נבדוק אם היו תמרורי אזהרה שהתעלמו מהם (זה מספיק לשלילת תו"ל).

• **נטען לחוסר תו"ל אם לא ירד לשטח ובדק את הדירה בעצמו.**

• **עוה"ד הוא שליח של הצד שמינה אותו, לכן כל התנהגות בחוסר תו"ל של עוה"ד מיוחסת למי שמינה אותו.**

• **רשלנות** – היה צריך לדעת או לנקוט אמצעים שקונה סביר היה נוקט (זוהי דרישת תו"ל אובייקטיבי) אין בכך כדי לשלול את תום ליבו.

### תחרות 3 – תקנת השוק במיטלטלין (ס' 34 לחוק המכר)

**סיטואציה** – קניה של מיטלטלין ממי שאינו הבעלים (מיטלטלין גנובים/מיטלטלין שאבדו וכו'). בעלים מול רוכש בתו"ל של מיטלטלין.

✓ **סעיף 34 לחוק המכר – תקנת שוק:**

**מכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקו, עוברת הבעלות לקונה נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב.**

**תמיד לציין במבחן – חשוב להדגיש כי בתקנת שוק מפקיעים קניין של אדם למרות שלא הייתה אין אשמה בהתנהלות שלו. לכן, ע"פ ביהמ"ש יש לקיים בצורה מאוד דווקנית את כל התנאים של הסעיף.**

✓ **כדי שתתקיים תקנת שוק – יש לקיים את 6 התנאים המצטברים בס' 34 לחוק המכר.**

הערות:

נטל ההוכחה הוא על התובע. אך מהר יועבר לנתבע כאשר הדרישה היא סובייקטיבית והוא מבקש ליהנות מתקנת שוק. **במבחן – לבדוק את כל התנאים, אם יש משהו שמעיד על תו"ל באחד התנאים – לציין זאת ואין צורך לחזור לכך אח"כ בבחינת התנאי של תו"ל.**

ההכרעה בסעיפים לא קשורה לזהות הצדדים אלא להשפעת ההכרעה על השוק בכללותו!

○ **נתחיל מהמסלול פנימי – בתוך דיני הקניין; תקנת השוק במיטלטלין – חוליה שחורה בשרשרת ההעברות.**

- **הנכס צריך להימכר – מכר הוא "הקנייה של נכס תמורת מחיר" (ס' 1 לחוק המכר).** כלומר, הממכר צריך להימכר תמורת תמורה בעלת ערך כלכלי. דוג': אם ניתן במתנה התנאי לא מתקיים.
- **ההלכה – תקנת השוק דורשת תמורה "ממשית" לנכס שנקנה לפי ערכו האמיתי האובייקטיבי ואין להסתפק בתמורה סמלית (מבחן בדיעבד) (שטרסברג כהן וחשין, כנען).**
- **ליון ואנגלרד (מיעוט), כנען – אין למדוד את התמורה בדיעבד, אלא לפי השווי בעיני הצדדים לחוזה בעת עריכתו (תמורה סובייקטיבית ולא אובייקטיבית).**
- **טירקל (יחיד), כנען – הערך של הנכס בעיני "המוכר הסביר" בעת המכירה.**
- **נכס נז (מיטלטלין) – מדובר בנכסים מיטלטלין מוחשיים (משהו שניתן לתפוס ביד) (ויסמן ופס"ד כנען).** לא כולל זכויות ומקרקעין לא רשומים. אין הבדל בין מיטלטלין שמתקיים לגביהם רישום ובין מיטלטלין שלא.
- **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר (אין הכרעה בפסיקה) – אם קניתי מאדם שזה לא מסוג הממכרים שהוא מוכר בד"כ – לא תחול תקנת שוק.**
- **סוג הנכס – יש לבחון את סוג הנכס כפי שנראה בעיני המוכרת והקונה ובעיני כל אדם, ולא לפי טיב הנכס האמיתי – האם ניתן להתייחס לנכס כסוג הנכסים שהמוכר עוסק במכירתם? (לא בדיעבד) (טירקל בפס"ד כנען).**
- **ניישום על מקרה את ההבחנה הנ"ל: הרציונל להחלת התנאי – האם תנאי סובייקטיבי/אובייקטיבי? 2 גישות:**
  - תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה, כלומר המטרה היא לחשוך במשהו שאינו כשורה (אייל זמיר).
  - המטרה היא תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם סוחרים בו וליצור מעין מנגנון הגנה שוקי (חנוך דגן).
- **קנייה מאדם פרטי לא מהווה קנייה ממוכר ולכן הקונה לא מוגן בתקנת שוק! (לכן קנייה של רכב מאדם פרטי לא נופלת בתקנת השוק במיטלטלין).**
- **המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר – נועד להבטיח את תו"ל הקונה – העדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויות הקונה בנכס. זה מבחן שמתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד מכירתו של הממכר, בבחן: שעה (מחוץ לשעות הפעילות), מיקום (מקום לא טבעי – חנות לעומת סמטה חשוכה), דרך ביצוע העסקה (מזומן לעומת אשראי).**
  - אם מדובר בפעולה מוזרה אבל כך המוכר מבצע עסקיו – יש לטעון שהתנאי מתקיים למרות החריונות.
  - אם המוכר ביקש שהקונה יגיע אחרי שעות הפעילות – התנאי לא מתקיים. אבל אם הקונה ביקש מהמוכר להרחיב שעות עסקיו – התנאי כן יתקיים.
- **הקונה קנה וקיבל את הנכס לרשותו – כלומר חייב להשתכלל קניין + חזקה. רשותו של הקונה יכול להיות גם אצל מי מטעמו.**
  - הבעלות על מיטלטלין עוברת לקונה במסירתו (העברת החזקה), אלא אם הצדדים הסכימו על מועד אחר או דרך אחרת להעברת הבעלות (ס' 33 לחוק המכר). לשים לב אם הייתה התניה מסוימת לגבי העברת הבעלות ← אם אין תניה, ברגע תפיסת החזקה הועברה גם הבעלות.
- **תום לב –**
  - צריך להתקיים מעת כריתת ההסכם ועד להשלמת התנאים של חזקה + קניין.
  - **המבחן הוא תו"ל סובייקטיבי – כולל 2 סטנדרטים: (1) היעדר ידיעה; (2) היעדר עצמית עיניים (אם היו נסיבות מחשידות בנוגע לכוחו או זכותו של המוכר לעשות את העסקה והקונה נמנע מלברר – אז זה חסר תו"ל).**
    - **מנגד ברק, כנען – תו"ל אובייקטיבי בלבד.**
  - **החלת מאזן המצוקה – יישום תו"ל אובייקטיבי – עמידה דווקנית על תקנת שוק למרות שבדיעבד התגלה לקונה שתמורתו לא הייתה בת ערך, וערכו של האמיתי של הממכר התגלה עשויה לעלות לכדי חוסר תו"ל. (ברק, כנען)**
  - לא מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית (= תו"ל אובייקטיבי – היה עליו לדעת אותה, למרות שלא ידע בפועל, רוזנשטרייך) לדוג' לא בדק במרשם והנכס משועבד – עדיין תחול תקנת שוק.
    - **הרציונל: מטרת תקנת השוק היא לאפשר חיי מסחר חופשיים ושוטפים, אם נקשה יותר מידי על סחר במיטלטלין ולא נחיל את תקנת השוק, אנשים לא ירכשו מיטלטלין ולכן האינטרס השוקי-חברתי גובר.**
  - **במקרים בהם כן יש רישום (כמו רכב)/אינדיקציות אחרות כדי לברר את מצב המיטלטלין – להעלות את פס"ד גנז (רישום ה"א כמעיד על תו"ל) ואת חובת תום הלב אך לציין כי לרישומים אלו אין תוקף קנייני.**

- **עמדנו בתנאי תקנת השוק? עדיין אפשר לפסוק נגד התקנה (כנען) – מסלול חיצוני – דרך דיני החוזים ודיני עשיית עושר**  
 תוקף את המכירות/החוזים מטעמים חיצוניים לשיח הקנייני. תקיפה חיצונית של הקנייה (דרך דיני החוזים). מצב בו היה שינוי במהות וטיב הנכס – נבחן בדיעבד את סוג הנכס והתמורה עפ"י קריטריון אובייקטיבי:
  - דרך 1 – טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (עשיית עושר ולא במשפט)
    - **אור וברק** – ישנה טעות בכריתת החוזה של 2 הצדדים וכן אין הצדקה שאדם יקבל מתנות משמיים ולכן יש להחזיר את הנכס ללא קשר לתקנת שוק במיטלטלין.
      - **חיסרון** – רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.
    - דרך 2 – החלת תו"ל אובייקטיבי
      - **ברק** – גילוי בדיעבד של הערך האמיתי ועדיין עמידה על אכיפת החוזה היא חוסר תו"ל.
        - **ניתן לאמץ לדיני הקניין! זהו מאזן מצוקה**, נאמר שאם מגלים את ערך הנכס בדיעבד ועדיין מתעקשים על תקנת שוק זהו חוסר תו"ל.
  - **ביקורת על בדיקות בדיעבד (של התמורה וסוג הנכס):** חותרת תחת המטרה של תקנת שוק. מטרת תקנת שוק לאפשר נסיגה מהאמת המוחלטת במטרה לאפשר מסחר חופשי ואם נאלץ כל הזמן לבדוק מה הטיב האמיתי של הנכס זה פוגע בשוק החופשי. מתחבר לטענת **דגן** – שמטרת תקנת השוק היא להבטיח מומחיות של סוחרים.