# **נושא #1 – הקניין הפרטי**

# **א. הזכות הקניינית**

* **שלוש תאוריות למשמעות הזכות לקניין:**

1. **תיאוריה קלאסית** - מדובר בזכות של אדם בנכס וקיים קשר בינו לבין אותו הנכס- זכות מדירה.
2. **תיאוריה פרסונאלית (ווסלי הופלד)-** זכות אישית בנכס, שמשמעותה זכות מול כל אדם אחר.
3. **תיאוריה מודרנית קלאסית-**זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית(זכות בערכה הכלכלי).

* **שתי גישות הפוכות לתפיסות קנייניות:**

1. **William Blackstone-** ליברטריאני, מה ששלי שלי ומה ששלך שלך, מדיר. למדינה אין זכות לעשות דבר בקניינו אלא רק במקרים חריגים- וגם אז יהיה צורך בפיצוי מלא (גם **חשין** דוגלת בגישת שרירות הבעלים).
2. **Wesley Newcomb Hohfeld**- אין הגדרה לזכות לקניין מכיוון שאין לה משמעות אחת- לכל היותר ניתן להגדיר אותה כאגד של זכאויות, ברמות שונות.

* **תפיסות שונות לגבי קניין:**

1. **מישור נורמטיבי-**

* **ליברטריאנית-** יש ערך אחד ואיתו אנו הולכים. גישה מדירה.
* **ליברלית-** גמישות ופתיחות ללא בחינת רצונו של האזרח הקטן.

1. **מישור תורתי משפטי-**

* **פורמאליסטית-** זכות הקניין היא זכות אחידה שמוגדרת ע"פ צורתה, יש צורך בוודאות ברורה.
* **ריאליסטית-** העדפה לסוגים רבים של זכויות קניין שיעמדו בדומה למציאות, מאשר לסוג אחד מקיף וכללי.

1. **מישור התחולה** (**חנוך דגן**)-

* **מוניסטית-** זכות הקניין מוכתבת ע"י ערך יחיד.
* **פלורליסטית-** טיעון כלכלי של רווחה מצרפית – ניתן את הקניין למי שיהיה הכי נכון לתת לו אותו- לפי ערכיי הקניין.

**שי שטרן**- יש למצוא דרך ביניים שתמצא איזון בין הגישות. הדרך הנכונה לאיזון היא להתייחס לזכויות כאל "מוסדות קניינים " ובתוכם לבחון כל מקרה פרטני לגופו.

* **מאפייני הזכות הקניינית:**

1. **מאפיין השליטה והניהול בנכס-** אלמנט זה אינהרנטי להגדרת הזכות לקניין ובלעדיה יש אובדן משמעותי של היבטי זכות קניינית.
2. **מאפיין השימוש-** שימוש הוא מאפיין חשוב של הזכות לקניין והוא מהווה לרוב אינדיקציה לשליטה וניהול. אין חובה לשימוש עצמי בנכס וניתן להעניק את יכולת השימוש לאחר כדי לספק את הדרישה.
3. **מאפיין העקיבה והעדיפות (**פחות רלוונטי)- תאורטית הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר. מעשית- דיני הקניין מגבילים זאת באמצעות תקנת שוק.
4. **מאפיין עבירות הזכות-** בעל הזכות הקניינית רשאי להעביר את זכותו לאדם אחר. זכות זו מוגבלת **בס' 42(א)** לחוק הירושה**.**
5. **מאפיין החיובים-** **גרגורי אלכסנדר** קבע שזכות הקניין, מעבר לכל הזכויות שהיא מקנה לנו, כוללת בתוכה חיובים כלפי אחרים.
6. **מאפיין הפומביות-** מאפיין זה מופיע **בס' 7(א)** לחוק המקרקעין.
7. **מאפיין הרשימה הסגורה**- מופיע **בס' 161** לחוק המקרקעין, הוראת ס' זה קובעת שמעתה במקרקעין - הכל מתנהל לפי החוק בלבד ונעצרות הפסיקות בעניין. כל דבר אחר למעשה לא ייחשב לזכות קניינית. מאפיין זה נדון  *בפס"ד בן חמו נ' טנא נוגה*- נשאלה השאלה האם זכות ההפצה היא זכות קניינית? **שטרסברג**, קבעה שהזכות אינה קניינית ולפיכך החוזה ניתן לביטול. סיווג זכות כקניינית לטענתה לא הופכת אותה לצמיתה ומה שמשמעותי זה מאפייני הזכות עצמם ולא עצם הזכות. ההחלטה היא שהזכות של בן חמו היא זכות חוזית בלבד הניתנת לביטול ולא מדובר בזכות קניינית.

# **ב. קניין פרטי – למה?**

* **הערכים שעומדים ביסוד הקניין הפרטי:**

1. **ערך החירות- רוברט נוזיק -**המדינה צריכה להיות מעורבת כמה שפחות, המטרה היא להגיע לחירות הבעלים. **נוזיק** ולברטריאנים אחרים לקחו את החירות למקום קיצוני כך שהמדינה לא יכולה לעשות מאום מבלי להיחשב כפוגעת בזכות הקניין של האדם. מנגד בתפיסה הליברלית - החירות כן קיימת כערך אך היא לא נחשבת לערך יחיד ובלעדי.
2. **ערך העבודה- ג'ון לוק-** לפי התאוריה שלו כאשר אדם מערבב את עבודת כפיו (כשזו מוחזקת תחת ההנחה שהיא שייכת לו) עם משאב ששייך לכולם במצב הטבעי התוצר יהיה שייך לו. עם זאת, הדבר יהיה נכון בכפוף לסייג הלוקיאני – אם השארתי מספיק ובאיכות לא פחות טובה לאחרים**.** בנוסף אסור לקחת כדי לבזבז. בעיתיות הערך- משאבים מוגבלים, מיץ עגבניות (**רוברט נוזיק**) ומשל הנמלה.
3. **ערך הרווחה המצרפית/יעילות-** רווחה מצרפית מדברת על השאה / מקסום / העדפת הרצונות שלנו. **הארדין** אומר במצב של מאגר משותף, כל עוד אנשים פועלים בנפרד, עתיד להיות פער בין האינטרס המצרפי לבין האינטרס האינדיבידואלי (דוגמת כר המרעה, טרגדיית ההמונים). **דמסץ** מוסיף שזה לא רק שמאגר משותף מייצר תמריצים הרסניים, אלא שהוא גם מעקר את האפשרות שלנו להתגבר על התמריצים האלה. המצב של הפרטה (קניין פרטי) יוביל ל"הפנת עלויות ותועלת" מבלי צורך ב"שוטר". יתרונות הקניין הפרטי לפי **דמסץ** הם- עלויות זולות וחשיבה על הדורות הבאים.
4. **ערך האישיות-** לא תמיד לנכסים יש ערך כלכלי רב אך יש להם ערך סמינטלי. יש דברים שלא נהיה מוכנים לוותר עליהם גם אם נקבל עליהם סכום הרבה יותר גדול ממה שהם שווים, בגלל שהם כבר חלק מהאישיות שלנו. ניתן לראות זאת בדוגמתה של **מרגרט ראדין**- לבית מגורים מתייחסים באופן שונה מאשר לנדל"ן אחר.**Jeremy Waldron** - תיאוריית האישיות במיטבה מדברת על משהו שיש לו ערך מוסרי- האינטראקציה שלי עם הנכס הזה משתתפת בהבניה של עצמי את עצמי.
5. **ערך הקהילה**- אנחנו כחברה חיים במסגרת חברתית מסוימת והמשמעות היא שהזכות הקניינית שלנו צריכה לקחת בחשבון גם את האחרים שבאים מסביבנו. **גרגורי אלכסנדר ופלנבר** אומרים שבהחלט יכול להיות מצב שאדם יידרש לוותר על הקניין שלו לחלוטין עבור הקהילה. לפי התפיסה הליברלית, **חנוך דגן**, יהיה מותר לקחת מחבר קהילה כי מדובר הדדיות ארוכת טווח, אבל אי אפשר לדרוש מאדם הקרבה של כל הקניין שלו או הקרבה לא מידתית ביחס לאחרים. תפיסה ליברטריאנית -אי אפשר לגעת בקניין ללא פיצוי. בקהילה יש 3 שלבים- כניסה, משטר (*פס"ד קעדאן*)- בשלב זה יש שלוש רמות שיתוף פעולה: 1.שת"פ מכונן, הוא מכונן את היכולת של אותה הקהילה לממש את המהות שלה ואת ותפיסת הטוב שלה(קיבוץ). 2.שת"פ מוסיף ערך (דתיים). 3.שת"פ מסייע (טבעוניים). השלב האחרון הוא שלב היציאה.

# **ג. קניין פרטי – במה?**

* **כדי להכריע בשאלה האם יש זכות קניין**, אנחנו בוחנים את תוקפן וחוזקן של ההצדקות האפשריות לקניין ביחס למשאב שמתיימר להיות נשוא לקניין. *פס"ד מקדונלד*, האם זכות פרסום היא זכות קניין? השופט בפס"ד עושה איזונים בין ההצדקות השונות לקניין והערכים, זה מה שהחוק היה צריך לעשות.
* **הקניין החדש, צארלס רייך,** אומר שכל הזמן המציאות נותנת לנו מושאי קניין חדשים. אמר שאנחנו צריכים להסתכל על הטבות מהמדינה, זכויות כלכליות, בתור קניין של מקבלי ההטבה- לדוגמא *פס"ד מנחם* (מוניות), *פס"ד מנור*- דובר על קיצוץ בקצבת זקנה בהמ"ש קובע שכן נפגע הקניין, אבל לא בגלל "הקניין החדש" אלא בגלל שזה הקניין שהם חסכו כל חייהם.
* **מאמר סינגר- כשבעלים של מפעל מחליט להעתיק את המפעל מהמקום בו הוא יושב ובמצב של עיר מפעל - האם יש לעובדים זכות כלשהי במפעל**? הוא טוען שכן, שיש להם אינטרס הסתמכות במפעל. לדעותו, על מנת לעשות משפט בצורה ראויה יש לקחת בחשבון גם את האפשרות של פיצול זכויות לגבי אותו משאב. יש 3 ביקורת על סינגר- 1. התפקיד של המשפט הוא לא לזהות הסתמכויות, אלא לחוות את דעתו עליהן. 2. לאורך יחסים יש Shifting של זכויות 3.האם זה באמת עוזר לחלשים.

# **נושא #2 – הבעלות**

# **ד. תחום הבעלות**

# 

**\*\*בבחינה של אירועון תמיד נתחיל מס' 13 ורק לאחר מכן נדון בס' 11 ו12. לרוב יתפתח דיון בנושא \*\***

# **ד.1 היקף עסקה במקרקעין**

* **ס' 13. לחוהמ"ק** - *עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכול כשאין בחוק הוראה אחרת.*
* **למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין**? **כדי שיתבצע שימוש יעיל בקרקע יש צורך ב"מינימום" מסוים שיישאר יחד.** הכלל אומר שאת יחידת הרישום במקרקעין לא ניתן לפצל במרבית המקרים. **ס' 38(א) לחוק** מגבה את **ס' 13** בכך שהוא אומר שפירוק שיתוף ניתן לעשות בעין - חלוקה לחתיכות ברורות, רק אם אישר המפקח שהחלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, וכל חיקוק אחר בנדון.
* **למה הגבלה שבסעיף מוצדקת**? **הבעיות בפירוק**- איתור קשה, עלויות וסחטנות. **הביקורת** על אלו שמתנגדים לחלוקת מקרקעין היא- שאם החלוקה מובילה למצב לא טוב- אז כוחות השוק ימנעו את זה. **התשובה של המתנגדים לביקורת** זו היא שתמיד יש כשלי שוק ושקיימת שנאת סיכון ציבורית.
* **לחוק זה יש חמישה חריגים**:

1. **בעלות נפרדת בדירות** (בבית משותף**, ס' 54**)
2. **צורת הזיקה** (ס' **93(ג))** – יכולה להיות זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין.
3. **הפקעות -** ניתן לומר שהפקעה היא לא "עסקה" ולכן היא מותרת. *פס"ד אקונס* (מנהרות הכרמל)- **ס' 13** בא להגן על החלוקה הגיאוגרפית של הקרקע ולהשאיר את הכוח בידיי הרשויות המנהליות, לכן לא צריך להגן על הרשויות המנהליות בפניי עצמן.
4. **שכירות** (**ס' 78**)- *פס"ד לוסטינג*- האם העסקה שבענייננו (חכירה לדורות) צריכה להיות כפופה להיגיון של **ס' 13**, או לא? הש' **בייניש** מתירה לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין כשמדובר בחכירה לדורות. פסה"ד קובע שזכות חכירה דומה מאוד במהותה לבעלות על אף שהיא נחשבת שכירות.
5. **ירושה (ס' 6)**- ירושה היא לא עסקה במקרקעין.

# **ד.2 מחוברים**

* **ס' 12.לחוהמ"ק** - *הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר.*
* **מתי נכס של מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה, והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין**? **המבחן הפיזי:** **ויסמן** מנסה ללהטט בין שתי ההגדרות בסעיף: חיבור של קבע + אינם ניתנים להפרדה - נחשיב את הנכס כמחובר כאשר לא ניתן לפרק אותו מבלי להרוס אותו. הוא מוסיף מבחנים ל"**מבחן הפיזי**", והם:**(המבחנים מצטברים)**

1. **מבחן סוג הנכס**- הם סוג נכס זה מייעודו נועד להיות בחיבור של קבע? האם הנכס שומר על האופי שלו כאשר מנתקים אותו?
2. **מבחן הכוונה**- בהחלטה האם נכס מסוים הוא מחובר לקרקע או לא, יש לבחון למה התכוונו כשעשינו זאת? כשמפעילים את מבחן זה יש לשים לב האם מדובר במצב של צדדים רחוקים- הדגש מושם על הכוונה האובייקטיבית ולא הסובייקטיבית. ומצב של צדדים קרובים- יש לבחון את גישתם הפרסונאלית לאותו המחובר ולבחון את כוונתם (במקרה זה לא צריך לגשת אל המבחן הפיזי בכלל). לא יורדים בהכרח לכוונתם הסובייקטיבית של הצדדים אלא מדברים בקטגוריות של מקרים.
3. **מבחן מונע הנזק הזול**- זה שלא מנע את הנזק בצורה הזולה ביותר הוא זה שיישא בעלויות. מבחן זה מתאים למצב של צדדים רחוקים.
4. **שיקולים רלוונטיים נוספים-** נעלה אותם רק אם יהיו רלוונטיים: שיקוליי ודאות שוק, עידוד פעילות כלכלית, שיקולי יעילות מצרפית ושיקולי חלוקה.

* **מה המשמעות של סיווג מחובר כמיטלטלין או מקרקעין**? אם הוא מוגדר כמקרקעין יכולות להיות לכך השלכות– לדוגמא, האם זה נכלל בתחרות מול נושה?
* **לא ניתן להפריד בין קרקע לבית, בעלות על הקרקע משמעותה בעלות על הנכסים הבנויים עליה.** (פס"ד לידעי)
* **הערה יישומית**: מקרה בו יש מישהו שהשקיע בנכס (למשל מישהי שבנתה גלריה מעץ בבניין) ומחבר אותו לנכס בצורה שלא קל לנתק (דוגמא אחרת – מזגן או מטבח) – **בשלב זה אמורה לקפוץ השאלה האם זה נחשב מחובר או לא**? כשהשאלה הזו עולה יש לעבור על המבחנים ובד"כ להכריע/ אם הגדרנו שזה מחובר אם לאו – יש להראות כיצד המקרה ימשיך להתפתח משם. **יש להגדיר את סיווגו של הנכס כמיטלטלין או מקרקעין וכתוצאה מהסיווג לקבוע למי יש את הזכאות בו.**

# **ד.3 אוצרות טבע ועתיקות**

* **ס' 11 לחוהמ"ק** - *הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום.*
* ***פס"ד Samedan Mediterranean Sea -*ס' 53(א)** לחוק הנפט קובע שמי שחיפש את הנפט ומצא אותו **רשאי** גם להוביל אותו. **חשין** אומר שבעל המונופול בזכות ההובלה יכול להעדיף את מוצריו על פני מוצרים של מישהו אחר ולכן זה רע. המסקנה של **חשין** היא שעלינו, ככל האפשר, למנוע את ההצמדה הזו של זכות ההובלה עם זכות ההפקה. השורה התחתונה היא, שיש לקרוא לתוך המילה "רשאי" את המילים "רשאי, אם זה במכרז". **מדובר במוסד קנייני המושתת על תחרות חופשית, לטובת יעילות, רווחה מצרפית. כלומר עקרון שרירות הבעלים נחלש (מאתר הגז). לא מדובר בפגיעה אלא לא הייתה זכות קניין על המציאה מלכתחילה.   
  \*חידוש אצל חשין-ערכים שונים יכולים להכתיב היקף שונה של זכויות קניין.**
* **חשין טוען שהחוק מיועד לדבר מאוד מסוים וכל היקף של הגנה קניינית שתינתן מהחוק הזה ייגזר מאותה התכלית הספציפית**. **חשין** למעשה מוביל כאן מהלך שהוא מנוגד ביסודו לגישתו הכללית לקניין – לא הכל זה חירות הבעלים אלא יש דברים שמלכתחילה במוסד דעות של ערכים קניינים – הם לא קניין במהותם. לפי גישתו אין פגיעה בקניין שלהם כי מלכתחילה לא היה להם קניין.

# **ה. מהות הזכות לקניין ומגבלותיה – משפט פרטי**

* **מגבלות הזכות לקניין -** ס' 14. לחוהמ"ק - בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. מתי אנו נגדיר פעולה של בעל נכס כמפריעה לאחרים?
* ***"שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ נ' נווה הררי מואב בע"מ*:** רצו להעביר דברים דרך חלקה של אחר, בהמ"ש פסק שיש לשלם לו.ביהמ"ש קובע **שבמישור העקרוני ניתן להכיר במצבים מסוימים בהם נחייב בעלי קניין לאפשר לאחרים לעבור בתוך הקניין שלהם.** המצבים האלה יהיו רק במצבים בהם יש כורח. כשיש אפשרות אחרת, גם אם היא יקרה ו"מעיקה" ביהמ"ש לא יחייב זכות מעבר לאחר. ולכן הוא פוסק כנגד בעל החלקה שסלל את הכביש.
* ***רדומילסקי נ' פרידמן***: **שושנה רדומילסקי היא האדם היחיד במ"י שביהמ"ש הגדיר כמשתמש לרעה בזכות לקניין** - טוענת להסגת בדיור מוגן. ביהמ"ש אומר שרדומילסקי מנצלת את הכוח המונופוליסטי שלה ומכריע נגדה. המרצה מציע תזה לפיה הררי מואב עושה את אותו הדבר – אין הבדל לטענתו בין שני הדברים והמניע הוא הרצון להרוויח כסף.
* **פרשנויות שונות לס' 14 *- רוקר נ' סלומון:*** רוקר, בעלי הדירה בקומה הראשונה שחלקה היה על עמודים וחלקה על מקלט סגרו את חלל העמודים, חיברו אליו חלק מן המקלט והוסיפו תוספת בצד הבניין בשטח הדשא. הכול לאחר קבלת היתר בנייה, אך ללא הסכמת שכניהם וללא קבלת החלטת ועד הבית, כנדרש בחוהמ"ק.

1. **אנגלרד** בדעט מיעוט אומר לנו שעצם הבעלות לא משנה לתוצאה, **אלא מה שחשוב זה רק מה יותר יעיל במקרה הספציפי, איפה יגרם פחות נזק**. (מתנגד להריסת התוספת)
2. **טירקל, חשין, לוין** –תפיסתם היא תפיסת שרירות בעלים. לפי התפיסה הזו **לס' 14 לחוהמ"ק** יש לתת פרשנות מאוד מצמצמת! **ע"פ פרשנות זאת ס' 14 הוא רק ס' מגן, הוא נועד רק לגרום לכך שזכויותיו של בעל הקניין לא יפגעו מבעלי קניין אחרים***.*
3. **שטרסברג-כהן, מצא וברק** (שרלוונטי לנו) - **ברק** אומר שלפני שנבחין אם יש או אין זכות קניין וממילא אם היא נפגעה – **עלינו לברר שתי שאלות**: **מהו המשאב** (=מהו המוסד הקנייני)? **מהי מע' היחסים שבתוכה פועל המוסד הקנייני המדובר**? (=מהו ההקשר החברתי שבתוכו המוסד הקנייני הזה נטוע?). לכן צריך לשים לב שמדובר בבית משותף שיש בו אלמנטים של שיתוף. **היקף זכות הקניין ייקבע ע"פ מהות המוסד הקנייני וחשוב לא פחות**, ואולי זה מה שמגדיר לנו בסופו של דבר את המוסד הקנייני – **מע' היחסים שבתוכה המוסד הקנייני פועל.**תומך בלהרוס.

# **ו. המשטר הקנייני בישראל**

## ו.1 בעלות ציבורית במקרקעין

* **93% מהמקרקעין בישראל הם מקרקעין ציבוריים** (בבעלות ציבורית / קק"ל). עם זאת, רוב האנשים כן מחזיקים דירות וקרקעות. **הפתרון הוא חכירה ארוכת טווח. המדינה מתייחסת לחכירה לדורות כאל בעלות כמעט מלאה.**
* **במגזר החקלאי, רוב בעלי הקרקע (או המחזיקים בה) נקראים "בעלי-רשות" ורישיון במקרקעין הוא לא זכות קניינית.** *בג"ץ עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות*- הקיבוצים טענו שהם רוצים ליהנות מהתשואה הכלכלית שמפיקים משינוי היעוד של הקרקעות (שפיים). אנשי הקיבוצים והמושבים טענו שלא ייתכן שהם השקיעו בשטח ועכשיו יזרקו אותם. מנגד נטען, לא ייתכן שגם כל החיים נהניתם מכל ההטבות שהמדינה סיפקה להתיישבות העובדת ועכשיו תבקשו גם לקחת נתח מכספים שכולם יכולים ליהנות מהם. זוהי טענה מהפן של צדק חלוקתי.
* **אלתרמן במאמרה** - יש לבחון את כל משטרי הקניין. היא טוענת **שיש רמות שונות של התערבות במקרקעין** (מהקשה לקל)- הלאמה של זכויות בקרקע, הפקעה מסיבית, רכישה לצורך בנק קרקעות, איחוד בעלויות וחלוקה מחדש, הפקעה נקודתית ותכנון ציבורי. **התערבות מדינתית עשויה להיות מוצדקת מאחת משתי קבוצות טעמים**: (1) כשלי שוק ; (2) הצדקות חברתיות. לגבי **רמת ההתערבות**, השאלה תלויה בנסיבות ועד כמה הטעמים מצדיקים את ההתערבות הזו, או מה הם מחייבים את המדינה לעשות. עם זאת, אין ספק לפי אלתרמן **שהחזקת בעלות מלאה של כל הקרקעות במדינה בידיה, כמו גם במצב הישראלי הקיים של 93% מקרקעות המדינה שבבעלותה, זו צורת התערבות מסיבית מדי** גם אם היא תתייחס לטעמים (המקומיים) שמצדיקים התערבות – גם אם יש כשלי שוק והצדקות חברתיות, הם לא מצדיקים התערבות מסיבית כזו.

## ו.2 מקרקעי יעוד

* **מקרקעי ייעוד הם מקרקעין שנמצאים בבעלות ציבורית**. השוני ביניהם לבין מקרקעין אחרים הוא שהם מקיימים צרכים שמפורטים **בס' 107**.
* ס 107. *בפרק זה – "מקרקעי יעוד" - מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור, והם: (1) שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל; (2) נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם; (3) דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל; (4) נמלי תעופה; (5) סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת כמקרקעי יעוד לעניין פרק זה*.

111. *במקרקעי יעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך.*

* **לא ניתן להעביר בעלות במקרקעי ייעוד**. ניתן לבצע עסקה הטעונה רישום אם העסקה אושרה באופן פרטני ע"י הממשלה או אחד השרים.

## ו.3 זכות הכניסה למקרקעין

* **עד כמה המדינה מאפשרת לי לבחור את השכנים שגרים מסביבי?** **בערים** לא מאפשרים לאנשים למתוח את גבולות הקניין שלהם עד כדי יכולת לבחור שכנים בעוד **שבוועדות קבלה ליישובים** כן מאפשרים זאת.
* **כדי שההסדר הנ"ל יוצדק יש לשאול** – (1) האם יש תפיסת טוב משותפת לחברי הקהילה ו-(2) מה תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב הרלוונטית.
* **יש 3 רמות של שת"פ** – מכונן > מוסיף ערך > מסייע > (ובהמשך לא קיים). ככל שהשת"פ קרוב יותר למכונן – נתיר הדרה גבוהה יותר.
* ***פס"ד קעדאן*-** הקרקע הייתה שייכת למדינה (לסוכנות) והדירו ערבים - ביהמ"ש קבע כי מנהל **מקרקעי ישראל חייב בחובות של המשפט המנהלי כלפי כולנו, ולכן הוא לא יכול להפלות ערבים לרעה.** מה היה קורה אם היה מדובר בקרקע פרטית? אי אפשר לדעת.
* **נקודת המוצא היא שהקניין הוא לא בהכרח שרירות בעלים**. זכות הקניין היא אוסף של מוסדות שבאים לשרת ערכים של קניין. ההגדרה הספציפית של כל מוסד, נגזרת מהערכים שאותו מוסד קנייני בא לשרת
* **באגודות שיתופיות וקהילות מקרקעיות** המדינה התגייסה כדי לאפשר לאנשים להשיג טוב קהילתי במקרקעין. לולא ההסדרים האלה, היינו נקלעים לצורך בריבוי הסכמים, ומעבר לעלויות העסקה – היינו נתקלים בבעיות של הצורך והקושי שבפעולה משותפת.
* **עצם העובדה שאנשים הם בעלי המקרקעין**, לא בהכרח מחייבת שיש להם זכות הדרה מקסימאלית.
* **בנוגע להשכרת דירות** - עקרונית המצב המשפטי בישראל לא מאפשר זאת. עם זאת כן ניתן להדיר כאשר הסיבה רלוונטית (כמו – היסטוריה של אי תשלום שכ"ד)

# **ז. דיני נטילה שלטונית**

## ז.1 כללי

* **נטילה שלטונית מתייחסת לשתי קבוצות של פעילויות ממשלתיות** - הפקעה, המדינה לוקחת פיזית את הקרקע ואתה לא יכול לעשות דבר בקרקע. וגריעות תכנוניות- מדובר על הטלת מגבלות על המקרקעין שנשארים בבעלותך-פגיעה בחלק מהזכות.

## ז.2 הפקעות

* **נטילה שלטונית מורכבת מ-3 רכיבים: נטילה שלטונית היא רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמת צורך ציבורי תמורת פיצוי הבעלים. במבחן –** לתקוף כל אחד מהרכיבים!
* **רכיב א – רכישה כפויה של מקרקעין - מדוע המדינה יכולה לבוא ולקחת מקרקעין**? תאוריית שימור הכוח, תאוריית כוחות שיטור ותאוריית ההסכמה הראשונית. **מדוע היא צריכה לעשות זאת**? כשלי שוק, צדק חלוקתי וביסוס כוח שלטוני קלאסי. פס"ד *סוזט קילו*-המשמעות הדקה של פסה"ד הייתה שפיתוח כלכלי עונה על ההגדרה של שימוש ציבורי בארה"ב והמחאה כנגד הפסיקה הזו העלתה ביקורת ציבורית חריפה ביותר**.**
* **רכיב ב – הגשמת צורך ציבורי - השתלשלות אירועים בתחום ההפקעות לשם הגשמת צורך ציבורי בישראל**:

1. 1952 -*פס"ד דור* שעוסק בהפקעה של קרקעות לשיכוני עולים: **ביהמ"ש אומר שמותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אדם אחר.**
2. 1977-*פס"ד אתא נ' שוורץ*: ביהמ"ש משאיר את המפעל ומפקיע את הדירה של שוורץ כיוון ש**מקומות העבודה שהוא סיפק מהוות סיבה מספיק טובה וציבורית.**
3. 1994- *בג"ץ מהדרין:* ניתן ללמוד מבג"ץ זה **שביהמ"ש לא שולל בשלב זה את חובת הבחינה של יכולת ההקמה העצמית של הגוף הפרט**י (כחלופה להפקעה – זה עשוי להיות אמצעי שפגיעתו פחותה יותר).
4. 2007- *מחמוד חליל נ' מדינת ישראל:* עיריית נצרת ע**ילית הפקיעה קרקעות כדי לא להקים עליהן כלום** (באמתלה של שטחים ירוקים). ביהמ"ש קבע ששטחים ציבוריים זו מטרה ציבורית עליונה
5. *לובינאניקר נ' שר האוצר*, **שמגר**: **בסופו של דבר מי שקובע מה זה צורך ציבורי הוא המחוקק** (שר האוצר או מיופה כוחו). הם קובעים מה זה צורך ציבורי ולכן מהקמת המדינה ועד היום דרישת הצורך הציבורי בישראל נשארה דיי סטטית והיא נתונה להחלטה שלטונית. כלומר, **לא קרה מקרה שבו שר האוצר קבע צורך ציבורי וביהמ"ש שלל את טענת השר.**
6. *בפס"ד קורסיק -* **בייניש** אומרת- שביהמ"ש הוא זה שיחליט מהו צורך ציבורי והאם החלטת הרשות היא למעשה תקינה. **בפועל בית המשפט מתעלם מקביעה זו**.

* **על מי מוטל נטל ההוכחה**?- בשלב הראשון, טרם הושלמה ההפקעה, נטל הוכחת נחיצות ההפקעה מוטל על כתפי **המדינה**. לאחר שההפקעה מושלמת, נטל ההוכחה בכל תקיפה של ההפקעה יהיה על **התוקף**-בעלי המקרקעין שהופקעו.
* **כיום - כל מה ששר האוצר ייקבע שעונה להגדרה של צורך ציבורי – יהיה צורך בעל תוקף ויוכר כמכשיר את ההפקעה, וביהמ"ש לא יתערב בשיקול הדעת של השר.** (שמגר)

## שאלת המידתיות – מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה

* **לאור הוויתור על ציבוריות המטרה, נתקוף אותה, ומיד לאחר מכן ננסה לתקוף את מידתיות ההפקעה. לשם כך נקבעו מספר** מבחני פסיקה למידתיות:

1. **ניסיון רכישה הסכמי** – ניסיון להגיע להסכמה הדדית טרם ההפקעה (עמדת היועמ"ש **שמגר** ).
2. **ביצוע עצמי**- (מופיע פס"ד מקור הנפקות וזכויות + בפס"ד מוסייבה וכן בפס"ד מהדרין) – השופט **אור במוסייבה**: "מצב של אפשרות ביצוע עצמי מונע את כשרות ההפקעה". ביצוע עצמי ייפול על שלושה: (1) כשהיחיד לא יכול לבצע זאת בעצמו, (2) כשזה לא נתפס כראוי שיחיד יקים אותו (לדוגמא, בה"ח ציבורי). (3) כשנסיבות העניין לא מאפשרות (מהדרין).
3. **איחוד משאבים** – *פס"ד מקור הנפקות וזכויות* – אם אנשים פרטיים יכולים להתארגן לביצוע במשותף – ביהמ"ש יעדיף שהם יעשו זאת כי זה פוגע בהם פחות – גם מהפן הנפשי של לקיחת הקרקע וגם בהיבט הכלכלי.
4. **שיהוי** – חלק מההליכים ברשויות הם ארוכים מאוד וביהמ"ש ייבחן כמה זמן המדינה משתהה בהקמת הפרויקט / הצורך שלשמו הופקע הנכס. **כמה זמן השיהוי בפועל**? בפס"ד קרסיק נקבע ששיהוי של 20 שנה היה לגיטימי. מאוחר יותר הגיע תיקון 3 לפקודת הקרקעות רכישה לצורכי ציבור 1943-שתחם באופן ברור את הזמן שבו הרשות יכולה להתחיל ל-17 שנה.
5. **תום /שינוי המטרה** –עניין זה נדון *בקרסיק.* כל אחד מהש' בסופו של דבר אומר למחוקק לחוקק כדי שזו לא תהיה ההלכה. מה שקובע הן ההוראות שישנן **בס' 14 לפק' הקרקעות** ואילך. *בקרסיק*, **חשין** מציג שני שיקולים מרכזיים שמניעים אותו: זה ימנע הפקעות שאינן יעילות כלכלית נימוק שוויון מהותי – מטעמי סולידריות חברתית.
6. **זכות מזערית** – המימד הגיאוגרפי האנכי – *בג"ץ אקונס* (מנהרות הכרמל) – לרשות מותר להפקיע לכל היותר את מה שהיא צריכה לצורך השימוש הציבורי בציר הגיאוגרפי האנכי. **יש לברר מהו המינ' הנדרש להפקעה ורק את המינ' ההכרחי לטובת העניין**. המימד הגיאוגרפי האופקי- ברור לגמרי שאם זה נכון לגבי הציר האנכי, זה נכון גם לציר האופקי. המימד הציבורי - *פס"ד קרסיק*, **חשין**: אם הייתם צריכים להפקיע זכות שהיא פחותה מהבעלות, לא תפקיעו את כל זכות הבעלות. אם הייתם צריכים רק את זכות החזקה זה מה שתפקיעו – **יש להפקיע מינ' זכויות.**
7. **מיקום** - *פס"ד זמר:* (כביש 6) ביהמ"ש מוכן להיכנס לזירה ממש – בחזקת "הכול בדיק", כולל שאלת המיקום. ביהמ"ש מבקש חוו"ד ומשווה מטר-מטר. **ביהמ"ש דורש מהרשות להסביר מדוע הוא העדיף להשתמש בקרקע זו ולא אחרת לצורך מילוי מטרותיו.**

**למבחן**- לבדוק האם היה שינוי במיקום ההפקעה. אם היה שיוני, לתקוף את השינוי ולטעון שהיה ראוי שההפקעה תיעשה במקומה המקורי.

* **מדובר במבחנים שאינם מצטברים וכל מבחן כשלעצמו יכול להפיל או לפגוע בלגיטימיות של הפקעה**. אם נרצה לתקוף הפקעה מהבסיס בצורה חזקה יש לתקוף את מידתיות ההפקעה (ע"פ המבחנים) ולא את ציבוריות המטרה (אך במבחן כן להזכיר זאת).

## ז.3 הפקעות – הזכות לפיצוי

* **החלק השלישי של ההגדרה – "תמורת פיצוי הבעלים"**. החוקים הרלוונטיים הם **ס' 12 לפקודת הקרקעות וס' 190 לחוק התכנון והבנייה.**
* **על בסיס מה ניתן פיצוי**? **בישראל הולכים לפי מחיר השוק של הנכס בלבד**, לעומת זאת **Bryan Lee** תומכת בגישה של מחיר השוק ובנוסף לקחת בחשבון את הפגיעה באוטונומיה. **מרגרט ראדין** תומכת גם בפיצוי על פגיעה בפרסונאליות. *הועדה המקומית לתכנון ולבניין קריית-אתא נ' הולצמן.*
* **שלוש בעיות עקרוניות בפיצוי לפי שווי שוק: אובייקטיבית**- ייתכן שאדם שיופקע ממנו נכס בשוו שוק עדיין לא יוכל לקנות נכס אחר במחיר זה מכיוון שהנכס היה במחיר נמוך מאוד (נגיד אדם שגר בשכונת מצוקה). בכך אנו עלולים להפוך בעל דירה להומלס. **סובייקטיבית**- לא מכלילים בפיצוי את השווי האישי של הנכס לאדם**. עלויות נלוות**- ישנן עלויות נלוות להחלפת נכס, פיצוי בשווי שוק לא נותן מענה לעלויות אלה.
* **חריגים לסטנדרט שווי שוק:** ס' 194 לחוק התכנון והבניה – **שיכון חלוף**. תנאים לכך: א. בית מגורים ב. הבעלים של בית המגורים גר בו ג. ההפקעה נעשית מכוח חוק התכנון והבניה.ס' 14ג לפקודה – **פיצוי באמצעות זכויות בקרקע (**במסגרת תכניות איחוד וחלוקה)- אמור לתת לאדם זכויות שוות לזכויות שהיו לו לפני התהליך. **פיצוי עבור הוצאות -** 3471/11 – דוויק נ' מע"צ (2014) – הרשות מחויבת לשלם גם עבור הוצאות נלוות להפקעה (כאשר בעל העסק באמת מעוניין לפתוח את העסק במקום אחר). ביהמ"ש קבע שלא הגיוני להתעלם מההוצאות האלה, **וקבע גם פיצוי על אובדן מוניטין**.
* **הפקעה מכוח פקודת הקרקעות:**

1. **הכלל** (**ס' 12 לפקודת הקרקעות**): **גובה הפיצוי הוא כשווי השוק עובר להפקעה**. כלומר, **הערך המוסף** שצומח מעצם העברת הקרקע לשימוש החדש, **הוא ערך שבעל המקרקעין המקוריים לא מקבל.**
2. **החריג** **[ס' 20(2) א+ב לפקודה]:** דיני ההפקעות במ"י, מכירים גם בחריג – **"סמכות הפחתה"**. רוב הדיון (כמו *בהולצמן*) היא סביב השאלה של היקף החריג. סמכות ההפחתה נחלקת לשתי אופציות:
3. **לקחת ללא תמורה** **[ס' 20(2)(א)]** – ניתן לקחת בלי פיצוי עד 25% מהקרקע, מכוח פקודת הקרקעות.
4. **לקחת בתמורה מופחתת** **[ס' 20(2)(ב)]** – אם לקחתי יותר מ25%, הפיצוי שאני אתן הוא שווי הקרקע בניכוי שווי 25% מהקרקע.

**בשנת 2012 החוק לתיקון פקודת הקרקעות בא וביטל את החריג הזה**! על פי התיקון, **כשמפקיעים על פי פקודת הקרקעות, אי אפשר להפחית פיצוי**! **רק** **אם רשות מקומית** (עירייה, מועצה איזורית) פונה לשר האוצר ומבקשת ממנו להעניק לה את הסמכות לבצע את ההפקעה לפי פקודת ההפקעות, רק במקרה כזה, היא עדין יכולה לנקות עד 25% מהפיצוי.

1. **הסייג [ס' 20(2)(ג)]:** במצבים שבהם חל החריג של סמכות ההפחתה, יש לרשות סמכות שבשיקול הדעת לתת פיצויים נוספים בגין סבל, ובהתחשב בכל נסיבות העניין. הסייג בעצם **מסייג את יכולת ההפחתה.**

* **הפקעה מכוח חוק פקודת התכנון והבנייה:**

1. רשות מקומית יכולה לגשת לחילופין לחוק התכנון והבנייה. ג**ורמים שמבצעים הפקעה יעדיפו כמעט תמיד לעשות זאת דרך חוק זה שמאפשר להם להפקיע ללא פיצויים עד 40%** **[לפי ס' 190(א)(1)]. ובלי שהם צריכות לעבור דרך שר האוצר.** למה הציבור יעדיף שהפקעות יבוצעו דרך חוק זה? כיוון שעושים זאת במסגרת תוכנית כוללת ומראים לציבור מה הולכים לעשות עם הקרקע.
2. שני הבדלים טכניים בין **פקודת הקרקעות לחוק התכנון והבניה**
3. **תכליות ההפקעה:** **פקודת הקרקעות**- סמכות ההפקעה חלה על רשימה מאוד צרה של תכליות -בניית מגרשי משחקים ונופש, סלילת דרכים. **חוק התכנון והבניה** - יותר מתירני לרשות.
4. **רף הפיצוי בהפקעה:** **פקודת הקרקעות** -מותר להפקיע עד 25% ללא תשלום. חוק **התכנון והבניה**- מותר להפקיע עד 40% ללא תשלום.
5. מהם שני הדברים **שחוק התכנון והבנייה** מוסיף על **פקודת הקרקעות**?
6. **הגדלת החריג** - שהחריג בפקודת הקרקעות היה הפחתה של עד 25% וצומצם בשנת 2010 רק למקרים של רשויות מקומיות. חוק התכנון והבנייה מרחיב את החריג בשני מובנים: הוא מאפשר הפחתה של עד 40% (ולא 25%). הוא לא כפוף לתיקון פקודת הקרקעות (=כל גורם שמבצע הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה יכול לעשות שימוש בחריג של הפחתת הפיצוי).
7. **הגבלת סמכות ההפקעה**- הפקעה תתאפשר רק כל עוד שווי יתר החלקה שלא הופקעה לא פוחת **(ס' 191)**. פרשנות בימ"ש- ההגבלה תחול רק שעה שלא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשווייה של יתרת הקרקע. *פס"ד לב הגליל* -ביהמ"ש הרחיב מעט את הפרשנות שהוא נותן להגנה הזו וקבע שניתן לטעון לזה גם בשלב של פיצויי ההפקעה ולא רק בשלב תקיפת ההפקעה עצמה. **למעשה ביהמ"ש מאפשר הפקעה במצב בו ישנה ירידת ערך תמורת פיצוי נאות לירידת הערך**

* **מתי, אם בכלל, ראוי להפחית מהפיצוי**? **הטענה** היא שבעקבות ההפקעה שווי הקרקע עולה - לכן ניתן להפחית את הפיצוי. **הבעיה** היא בהפקעה מלאה של הקרקע כי אז הבעלים לא יכול להנות מעליית מחירים זו. *פס"ד פייצר*- לקחו לה את **כל הקרקע** והופחתו 40% מהתמורה. הטענה הייתה שראוי להפחית לה את הפיצוי כי שווי הקרקע עלה! הש' אמרו **שאין בחוק דבר וחצי דבר לעניין ההפרדה בין הפקעה חלקית להפקעה מלאה ולכן ניתן להפחית פיצוי גם בהפקעה מלאה.**
* **כיום - אם מפקיעים חלקה בשלמותה -הפיצוי צריך להיות בגודל של 100**% - *הועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ׳ הולצמן-* שתי קרקעות הופקעו– האחת בצורה חלקית והשנייה בהפקעה מלאה. בפס"ד זה המחוזי מתנער מההלכה ש*בפייצר*. ערערו לעליון- (**להציג את כל הדעות במבחן)**

1. **דורנר**- מציגה דעה חזקה ובלקסטוניאנית של קניין ושרירות בעלים, היא אומרת שלא יכול לעלות על הדעת שהעירייה תיקח את הקרקע אך לא תשלם פיצוי מלא (כלומר לדעתה המקרים החריגים צריכים להיקרא כ"הרשות יכולה, ומומלץ מאוד שלא תעשה זאת"). **דורנר תכיר בכך שהמידתיות לא נפגעה, רק אם הגריעה מהפיצוי מתקזזת עם תוספת שוות ערך** **בכל צורה של הפקעה (חלקית או מלאה**).
2. **ברק**- **אין תחולה לחריג במקרה שמפקיעים את כל הקרקע**. **מה יקרה כשלא כל הקרקע מופקעת**? ייתכנו שלוש פרשנויות לדבריו של **ברק**: **פרשנות צרה**: איסור ההפחתה רלוונטי רק למקרים שבהם 100% מהקרקע מופקעים בכל שאר המקרים – החריג נשאר בדיוק כפי שהיה טרם לכן ומותר להפחית. **פרשנות מרחיבה**: כמו **דורנר**- הכוונה כאן לקבלת פיצוי מלא ע"פ שווי שוק בכל מקרה ובכל אחוז אותו לקחו לי מהמקרקעין. **פרשנות ביניים**: זוהי הצעה של **חנוך דגן** שאומר שכדאי לנו לקבוע איך ומתי כדאי לנו לקבוע את הסמכות-

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **הטבלה נועדה רק למקרים של הפקעה חלקית!** | **מקרקעין מכוננים** (=עבור בעל המקרקעין הם חשובים מאוד – בית מגורים או עסק שעבר במשך שנים) | **מקרקעין חליפיים** (=החזקות נדל"ן כאלה ואחרות שעיקרן השקעה) |
| **שימוש** (או צורך) **כללי** (=משהו כלל מדינתי – כביש 6, נתיב מהיר, נתב"ג, תחנות רכבת...) | סמכות הפחתת פיצויים **נמוכה מאוד** | סמכות הפחתת פיצויים **בינונית** (כלומר ניתן יהיה להפחית חלק מהפיצוי) |
| **שימוש** (או צורך) **קהילתני** (=משהו שמיועד לסקטור מסוים – בי"ח באשדוד, מכולת ו/או בית כנסת ביישוב ועוד) | סמכות הפחתת פיצויים **בינונית** (כלומר ניתן יהיה להפחית חלק מהפיצוי) | סמכות הפחתת פיצויים **מלאה** |

## סעדים בהפקעה

* **מה הסעד בהפקעה? פיצוי. הפיצוי ניתן לפי - FMW -** הכלל הוא מחיר השוק ניתן לראות זאת **בס' 12 לפקודת הקרקעות**: 1.הפיצוי יהיה ע"פ שווי של מכירה מרצון. 2.לא מתחשבים בעובדה שהמכירה נעשתה בכפייה.
* האם נכון (והאם רצוי) לחשוב גם על סעדים אחרים בהפקעה (חוץ מחיר השוק)?

1. **פרמיה קבועה**- תוספת פיצוי קבועה שלא תשתנה בין בעל קניין אחד לבעל קניין אחר (בדומה לאוטונומיה אצל **Bryan Lee**) *בפס"ד קילו* זה בא לידיי ביטוי. מה היתרון? זו פרמיה קבועה שחוסכת עלויות. מה החיסרון? לא נותן פיצוי הולם בהכרח – יש אנשים שאינם קשורים לבית המגורים שלהם למשל.
2. **פרמיה משתנה**- נבדוק פר אדם עד כמה עוצמת הערכים שבגינם אנחנו מפצים היא מהותית עבורו.
3. **הסרת חסמים בירוקרטים**- מתן סעדים שאינם ישירים – משכנתאות נוחות, סובסידיות, הפחתות במס ועוד. מדובר בדברים בעלי ערך כלכלי אך לא ניתן לקשור אותם באופן ישיר להפקעה. באפשרות זו יש גם חיסרון: מדובר במגוון רחב ומשתנה של סעדים וייתכן שהדברים ייצאו מכלל שליטה .

**שלושת הסעדים הראשונים יינתנו במקביל ובנוסף למחיר השוק, והם לא מגולמים בו.**

1. **העתקה** - קבלת בית בתמורה.
2. **קרקע חליפית**- החוק בישראל מאפשר החלפה של קרקע בקרקע (אך זה כמעט ולא קורה).

* **פיצויים עבור אובדן קהילה**? תחום שעלה לראשונה לדיון אקדמי במאמר של **גדעון פרחומובסקי ופיטר סיגלמן**. הם **טוענים שבמקרה שבו הקהילה נלקחת הסעד צריך להיות גבוה יותר**. לטענתם, פיצוי על קהילתיות זה גם הוגן וגם יעיל. **השניים דיברו על שלושה סוגים של הפקעות (שמשפיעים על האוכלוסייה):**

1. **הפקעות של בודדים (Isolated)** - באתי ולקחתי קרקע של אדם אחד מתוך קהילה שלמה. לא פגעתי בקהילה וריסקתי אותה. לכן, הדבר היחיד שניתן לחשוב עליו במצב כזה הוא פרמיה קטנה על האובדן.
2. **הפקעות Tipping**- מגיעים בהפקעות לאיזון שעשוי לסכן את קיום הקהילה.
3. **הפקעות Clearings (מלשון ניקוי**) – עקירת הקהילה בשלמותה ובמצב כזה לדעתם יש לתת פיצוי In kind - פיצוי בעין (כלומר – העתקת היישוב).

* **חוק יישום תוכנית ההתנתקות -** המחוקק הישראלי מכיר בצורה ברורה בעובדה שלא כל הפקעה צריכה להתבצע בצורה דומה.למעשה, חוק זה מכיל מאפיינים שאנחנו לא מכירים ממקומות אחרים. מטרת החוק היא לתת פיצויים הוגנים בנסיבות. **מה הפיצוי שניתן? ראשית, פיצוי של FMV** על בית מגורים, עסק, עבודה ועוד (100% משווי האובדן שלך).בנוסף, חוק היישום **נותן שני סעדים מרכזיים** (שלא דנו בהם עד כה): **פרמיה בגין ותק** - זהו הפיצוי עבור הפגיעה באישיות. בנוסף, ניתן כאן פיצוי עבור ותק גם לדיירי הבית (וביניהם ילדים) ולא רק לבעלי הבית. **העתקה קהילתית-** **בס' 85 לחוק** נאמר שכל 20 אנשים מיישוב כלשהו בשטח המפונה יכולים לתבוע ולדרוש העתקה קהילתית. החוק נשאר מאוד עמום בכוונה והשאיר שיקול דעת רחב למנהלת סלע והתנה כל הסכם כזה בחתימה של הממשלה על ההסכם.
* **איך מגדירים קהילה לשם מודל של פיצוי עבור קהילות** – נבדוק (1) **האם לקהילה יש תפיסת טוב משותפת?** לחלק מאנשי גוש קטיף למשל הייתה תפיסת טוב משותפת ולחלקם לא הייתה. חלק מהיישובים היו "יישובי שינה" (באו רק לישון בהם) והם היו נטולי זיקה כלשהי.(2) **מה תפקיד שתה"פ במימוש תפיסת הטוב?** שת"פ מכונן, שת"פ מוסיף ערך, שת"פ מסייע ושת"פ שלא קיים. (3) **מה השפעת ההפקעה על הקהילה?** הרציונל הוא שלפני שנשפוך כספים וניתן פיצוי לא מובחן על רקע קהילתי, נכון לבחון את מהות ההפקעה ותוצאותיה. (4) **מהו החוסן הפוליטי-כלכלי של הקהילה?**
* **חזרה מהפקעות (=הבעלים הקודם חוזר להיות הבעלים של הקרקע**)- *בפס"ד קרסיק* ביהמ"ש המליץ למחוקק לתקן את החוק ולאפשר זאת. התיקון שהומלץ התרחש 15 שנה מאוחר יותר והורכב משלושה תיקונים עיקריים לפק' הקרקעות: (1) **ביטול הפחתת הפיצוי** (דרך הפקודה ולמעט רשויות מקומיות). **(2) הקמת ועדה מייעצת ושימוע טרם ביצוע הפקעה** (בכל הפקעה). **(3)חובת תחימת זמן ההפקעה** **(ס' 14א ו14ב לפק' הקרקעות) -** בניגוד למצבים שקדמו לתיקון הזה בהם רשויות שלטוניות החזיקו קרקעות רבות בידם מבלי לעשות בהם שימוש, כיום אין לכך הצדקה (המקסימום שניתן להחזיק – 17 שנה).

## ז.4 פיצויים בגין גריעות תכנוניות

* מצב בו המדינה לוקחת לי חלק מהזכויות בקרקע, לא נוגעת בגודל, אלא בזכויות שיש לי בו. **מבוסס על פרק ט, סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה**
* נראה שהפרק בנוי בצורה של כלל וחריג. **ס' 197** תביעת פיצויים: (א) *נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200*
* **הכלל - אם תכונית גרמה לפגיעה במקרקעין שכנים (לא כהפקעה אלא כדרך אגב) נוצרת זכאות לתבוע פיצויים מתוקף ס' זה (בכפוף להגבלות של ס' 200)**
* **מה שמשנה זה האם נפגעו תכונות של הקרקע** (=היכולת הריאלית שלי לממש אותה). יש צורך להראות שבעקבות הגריעה יש פגיעה בתכונות של הקרקע ולא רק בשווי שלה.
* **תקופת התיישנות מיום תחילת תוקפה של התוכנית** (=שאושרה) היא שלוש שנים ושר הפנים יכול להאריך זאת אם אין סיבה דרמטית שלא להאריך.
* **החריג לכלל (לכאורה) - ס' 200 - פטור מתשלום פיצויים**: *לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים*- החריג מלווה ב-11 סעיפים קטנים.

ס' זה מדבר למעשה על **שלושה תנאים מצטברים לשם שלילת פיצוי לפי** **ס' 197:** (1) אם זו תוכנית שרשומה באחת מ-11 התוכניות המנויות; (2) סבירות – הפגיעה אינה חורגת ממתחם הסבירות; (3) צדק - אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים.

* **שלילית התפיסה שרווחה במשפט הישראלי לפיה לא מעניקים פיצויים עקב גריעות תכנוניות**- *פס"ד החברה להפצת פרי הארץ בע״מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא:* המחוזי קבע כי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה פטורה מתשלום פיצויים למערערת מכוח **סעיף 200 לחוק התכנון והבניה** ומכאן הערעור. **הש' מלץ** **קודם ניגשים לס' 197 ורק אז בוחנים את ס' 200 ואם זה מתאים לתנאים שבו- לא ישלמו**. כיום, הנחת המוצא היא שכן ישלמו ולא ההיפך כמו בימים עברו. **השיקולים הנורמטיביים שמנחים את דיני הנטילה השלטונית** - **השיקול הכלכלי-ענייני (שיקול יעילות)** - אנחנו רוצים לתמרץ את הרשות השלטונית לפעול באופן יעיל. כדי שהיא תפעל באופן יעיל, היא צריכה ש"הכיס יכאב", ולא רק ש"הפה יזוז". השיקול הזה תומך בפיצוי. **שיקול צדק חלוקתי**- זה בא לידי ביטוי במשהו שנתפס כמובן מאליו – לא ראוי שפלוני יישא בעלויותיה של פעולה שמיטיבה עם כולנו לבדו, ולכן גם שיקולים אלה מובילים באופן חזק למדי לפיצוי (כ**שחשין** ב*פס"ד הורוויץ* מלמד אותנו שמלץ מדבר על צדק מתקן ולא על צדק חלוקתי). מלץ מוסיף **מבחן לקביעת רמת הסבירות**: **מבחן ירידת הערך של המקרקעין.** **אם שיעור ירידת הערך הוא סביר – הפגיעה תותר.**
* **כיצד נקבע האם נחצה גבול הסבירות -** *הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ:* שמאי שמונה קבע כי שווי החלקה פחת בל-11.8% משווי החלקה. ביהמ"ש קבע כי פגיעה שגבוהה מ-10% מערך המקרקעין אינה סבירה לפי **ס' 200 לחוק** וחייב את הוועדה המקומית לשלם למשיבה סך של 24,000$, כערכם בשקלים. הורוויץ ערערו על כמות הפיצויים והועדה ערערה על עצם הפסיקה לפיצויים. מכאן הדיון שעיקרו – האם נחצה גבול הסבירות?

1. **טירקל**- **רק פגיעה שפחותה מ-2-3% תהיה סבירה ולא ישולמו פיצויים בגינה.** זוהי גישת שרירות בעלים (כמו **חשין**). אם זה עובר את האחוז הזה- פיצוי מלא.
2. **ברק** - יש לשלם פיצויים בגלל **תנאי הצדק**. ברק טוען שהסיבה לפיה העירייה תחויב לפצות היא לא שאלת הסבירות אלא העובדה שהיא פעלה בצורה לא צודקת ופוגענית (גרמה לסחבת).
3. **הש' אור** (בדיון הנוסף) מצודד בגישת ברק **ומציע 3 מבחנים**: **(1) שיעור ירידת הערך** (כמו מלץ). עם זאת, הוא אומר שיש להרחיב את הדיון ואת מאזן השיקולים. **(2) פיזור הנזק**- רוחב כמות הנזק מעידה על סבירות. **(3) עוצמת האינטרס הציבורי** - אם המדינה מחליטה לגרוע זכויות מקרקע לטובת הקמת פרויקט חשוב, יש להכיר ביכולת הפחתת פיצוי יותר גבוהה מאשר במצבים בהם האינטרס נמוך (גינה למשל).לפי אור **המבחנים הם מצטברים**.
4. **חשין** (בדיון הנוסף) מצודד בגישת טירקל - ירידת הערך היא התנאי העיקרי לדעתו.

**ההלכה כיום בקביעת הסבירות היא גישת הש' אור ושלושת המבחנים שהוא מציג!**

* **איפה הפיצוי מוטל בספק? באותם השטחים שגובלים בתוכנית עצמה**.

**מהי משמעות המונח "גובלים עימו" לפי ס' 197**? *שרגא ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים*"- ביהמ"ש ניסה לתת הגדרה **הנחת המוצא של ביהמ"ש היא שכל מה שמשיק בתוכנית נכנס תחת ההגדרה "גובלים עימו", אך אם הקרקע לא משיקה באופן ישיר בגלל שטח פתוח צר, או ע"י כביש שכונתי צר היא עדיין תיחשב כגובלת**.

**מה זה שטח פתוח צר**? הכוונה היא בעיקר למשהו קטן (עצי נוי, תעלת מיים) ולא למשהו מהותי (בנינים לדוגמא). **למבחן – לנסות לדחוף דברים תחת ההגדרה הזו.**

## ז. 5 נטילות שלטוניות אחרות

* **מצבים בהם שינוי רגולציה פוגע בזכות קיימת, בד"כ זכות עם משמעות כלכלית**.
* **האם העובדה שהמדינה שמטה חלק מהחובת לבנקים פוגעה בזכות הקניין שלהם?** *בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי:* ביהמ"ש אומר שכן נפגעה זכות הקניין של הבנקים אבל הפגיעה הזו מידתית. מה שחשוב להבין מפס"ד זה שביהמ"ש בפס"ד מרכזי קבע **שכל פגיעה בקניין ע"פ חוק היא פגיעה בקניין. משקבענו זאת יש לבדוק האם צריך לפצות או לא.**
* **האם הפחתת רגולציה, הגורמת להקטנת ערך רשיון, היא פגיעה בקניין? -** *בג"ץ מנחם:* במקרה זה יש צעד הפוך – לא מפקיעים קניין אלא מבצעים תהליך הפוך. זהו מצב שבו הרשות לא מכבידה ברגולציה, אלא להפך - היא מושכת ומקטינה את הרגולציה שלה. המשמעות של הקטנת הרגולציה הזו, היא הורדת ערך הרישיון. אם עד עכשיו היא ביקשה 200,000 ₪ למשל עבור הרישיון תחת רגולציה – כעת המחיר יהיה נמוך יותר. זה מה שאומרים נהגי המוניות- מחיר נמוך יגרום לכך שכ"א יכול להשיג רישיון והשוק ייפול לגמרי. **בייניש לא מקבלת את הטענה הזו ולא מכירה בפגיעה בקניין**. היא אומרת שמדובר במונופול מסוים לקבוצה מאוד מסוימת ומוגדרת להחזקת הזכות לרישיונות. **בייניש מוכנה להכיר בכך שמונופול לעיתים הוא חיובי ואף הכרחי. עם זאת, כאן היא טוענת שדרך ייסוד המונופול לא נבעה מפעולה שיש לה חשיבות מהותית למ"י אלא משיקולים מערכתיים-פוליטיים** ואין קשר בהכרח בין מי שיש לו זכות להחזיק במספר לבין נהג. לפיכך, במקרה הספציפי הזה בייניש טוענת שלא מדובר בפגיעה קניינית.
* **האם הגברת הרגולציה לאחר שכבר נחתם חוזה היא פגיעה בקניין**? *בג"ץ דודיאן:* העתירה הוגשה לאחר קבלת דוח ששינסקי והטענה הייתה שהעוסקים יצאו לדרך חיפוש הנפט בידיעה שהם הולכים להרוויח X אחוזים וכעת, תו"כ תנועה המדינה משנה זאת וגורעת מהם נתח אחוזי עצום. זוהי למעשה נטילה שלטונית של קניין לטענתם. **ביהמ"ש אומר (בטענה דומה לבייניש בפס"ד במנחם): אין פגיעה בקניין, כי אנחנו כמדינה נותנים לכם מונופול מסוים וכוח מאוד גדול להשתמש במשאבי הטבע של כולנו ולהרוויח מהם כסף. לכן, ההחלטה לגבי היקף הזכות במשאבים האלה לא נתונה לכם אלא נתונה לנו כמדינה מלכתחילה**.

# **ח. הגנת החזקה והבעלות**

* **חזקה = אדם שתופס את הנכס, יושב בו, מגדר אותו מבחינה מעשית וכולי**
* **למה מגנים על החזקה**? **ויסמן** מציג מספר טעמים לדבר:

1. **שמירה על הסדר הציבורי** – ההנחה היא שמי שמחזיק במקרקעין כבר יושב שם, מפתח סנטימנט למקרקעין ומשקיע בו. אם לא נאפשר לו לשמור על החזקה באופן זמני עד הכרעה משפטית בעניין זכויותיו, נגיע למצב של פגיעה בסדר הציבורי
2. **יעילות בהגנה על נכסים** – סביר להניח שמי שיושב בנכס הוא בעליו או בעל הזכות להיות בו. הטלת נטל על התובע – החזקה היא לא משהו מהותי, והיא גם לא לחלוטין משהו דיוני מבחינת המחזיק בנכס, אלא, היא מהווה הטלת נטל על התובע (המנושל)
3. **עידוד שימוש בנכסים פנויים** –אפשר להסתכל על זה כתפיסה תועלתנית - יש לנו נכסים פנויים ועדיף שמישהו יעשה בהם שימוש לטובת הכלל.

* **ס' 15 לחוהמ"ק מנסה להגדיר מה זו חזקה כדין** – "מחזיק" - בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.
* **ס' 16 לחוהמ"ק מגדיר את זכות התביעה כלפי מחזיק שלא כדין** – *"בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין"* **מישהו יושב במקרקעין שלא כדין ומותר לבעלים / למוטב לפנות לביהמ"ש ולתבוע סילוק לאחר שהוא דרש את מסירת המקרקעין וסורב.** האם דרישת המסירה היא **דרישה בנעימים או בכוח**? לפי ה-Default לא נוקטים בסעד עצמי - על מנת שאנשים לא ייקחו את הדין לידם ויפרצו את גבול הסביר.
* **ס' 17 לחוהמ"ק** – *"המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת"* **מי שמחזיק במקרקעין -ואין חובה שזו תהיה החזקה כדין- יכול לתבוע מכל מי שאין לו זכות החזקה במקרקעין להפסיק כל כניסה למקרקעין או הפרעה לשימוש בו.**

# **ח.1 עשיית דין עצמי**

# 

* **הרציונאליים של הסעד העצמי** -

1. **האופי האנושי:** אנשים נוטים להתנגד לגניבות ולקיחות באופן פנימי.
2. **חלופה מעשית**: במיטלטלין בהחלט ייתכן שאדם לוקח נכס ואם לא תגיע תגובה מיידית, הנכס אף פעם לא יחזור אלינו.
3. **כלל קנייני מול כלל אחריות**: **קלברזי ומלמד** מציעים שלושה סוגים של כללים - כלל ראשון הוא **כלל קנייני** (Property Rule) שאומר שכשיש שני אנשים ולאחד יש נכס – הרוצה לא יכול לקחת את הנכס אא"כ הבעלים מרשה לו. כלל שני הוא **כלל האחריות** (Liability Rule) אומר שניתן לאפשר את עשיית הפעולה (וכאן הלקיחה) אבל יש לכך עלויות מתומחרות. **כלל שלישי הוא אי עבירות** (Inalienability) שאומר שלא ניתן להעביר את הנכס הזה בכל צורה וגם לא בהסכמה (שוק איברים, שוק תינוקות). **מה קורה עם הסעד העצמי**? **הוא מבטא התקרבות לכלל הקנייני והתרחקות מכלל האחריות. אני יכול למנוע ממך בכוח את הלקיחה ואתה לא תצטרך לפצות אותי כי לא יהיה על מה לפצות.**

* **ס' 18(ב) לחוהמ"ק** -"*תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם*" **הפעלת סעד עצמי דרך ס' זה היא כלפי מסיג גבול למקרקעין** **שיושב בהם מישהו כדין**.
* **פרשנות בתי המשפט לסעד עצמי הייתה מאוד מצומצמת** – (1) **לא נכללו תאגידים** - אין להם רציונל של אינסטינקט. (2) **מחזיקים מטעם הבעלים לא רשאים לבצע סעד עצמי** כי התפיסה הייתה שיש להתיר סעד עצמי רק במקרים שבהם יש באמת ביטוי לאינסטינקט האנושי שפועל. (3) **ימי התפיסה** – יש לצמצם משמעותית את טווח הימים שבהם מבצעים סעד עצמי. (היום הרחיבו את זה ל30 יום בגלל החקלאיים)
* "**כוח במידה סבירה" - הכוונה להפעלה מידתית וסבירה של כוח ובד"כ בצורה של פנייה לרשויות החוק**. מה הבעייתיות במשטרה? לא נרצה לתת לה סמכות שיפוטית. **לנסות תמיד לטעון לשימוש בכוח לא סביר!**
* **שוכר שיושב בדירה שמסגרת של חוזה שכירות ואולם אינו משלם את שכר הדירה**, **האם ניתן לפנות אותו**? האם יש לספור את ה-30 יום החל מרגע ההפרה כיוון שאז הוא נקרא תופס שלא כדין או שיש שה"תפיסה" מתחילה עוד מרגע שהוא נכנס לדירה **ואז לא ניתן להשתמש בסעיף**.
* **ס' 18(א) לחוהמ"ק** - "*המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין*" **ס' זה עוסק במצב בדיעבד. פה, בניגוד לס' 18(ב) אני, כמחזיק כדין, יכול להדוף את מסיג הגבול מלכתחילה ולמנוע את הפגיעה בי.**
* **כדי להיחשב למפעילי כוח בצורה סבירה במקרה של ס' 18(א)** – הפעלת הכוח צריכה להיות רציונאלית. יש פה הרחבה מאוד גדולה של היכולת להפעיל כוח, כי הורדנו את התנאים שקיימים בס"ק (ב) – אין הגבלה של 30 יום, אני יכול למנוע את זה לאורך זמן ויש פה בעיה מאוד קשה מבחינת המקבילה לס"ק (ב).
* **המחזיק בפועל זכאי להגנה מפני מי שמנסה לנשלו מחזקתו, גם כאשר אין לו זכות חוקית לחזקה** (*פס"ד יוסף נ' עוקשי, עוסק בעימות בין* מחזיק בפועל (כדין או לאו) לבין מסיג גבול*)*
* **למחזיק בפועל יש זכות להשבת הגזלה לידיו אפילו אם הוא בעצמו מסיג גבול ומחזיק שלא כדין.** (יוסף נ' עוקשי)
* **מה קורה במקרה של ביצוע סעד עצמי שלא כדין - ס' 19:** "*מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור* ***בסעיף 18(ב)*** *חייב להחזירם למחזיק*". **כשמישהו מוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כדין הוא צריך להחזיר לפולש את המקרקעין. עם זאת- זה לא שולל ממנו את האפשרות לפנות לערכאה ולטעון לזכאותו**. ס' זה הוא סנקציה בחוק כנגד מפעילי סעד עצמי שלא כדין.
* **החוק הישראלי לא מגן על אנשים שמחזיקים במקרקעין שלא כדין למעט כנגד פולשים אחרים (ס' 17) או במקרים בהם הוציאו אותם שלא כדין (ס' 19)**

# **ח.2 תפיסת החזקה במקרקעין ציבורי**

* רוב המקרקעין בארץ הם מקרקעי ציבור, וזה נותן כוח מאוד גדול לרשויות שלטוניות מסוימות לפעול בצורה שיפוטית-עצמאית כנגד פולשים**.**
* **ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור קובע כי מסגרת הזמן הכללית היא 3 שנות ביצוע**. מיום היוודע לממונה על פלישה שלא כדין יש לו 6 חודשים להוציא צו פינוי לפולש.
* **מה הסעיף** מאפשר למדינה לעשות (הבדלים בין המדינה לאדם פרטי)?

1. **הגבלת סעד עצמי**- לא ניתן למדינה הרשאה לבצע פעולות כוחניות כנגד אזרחיה באופן שאינו מבוקר (מעבר לכוחות הביטחון שמוסמכים בחוק). אפשר להוציא צו, ואם הוא לא מקוים הוצל"פ או לחילופין לפנות לביהמ"ש ולפתוח בהליך משפטי רגיל.
2. **הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול** – הקרקעות לא תמיד מצויות בפיקוח ולכן נכון לבצע הרחבה.
3. **אין צורך בהחזקה של המדינה** - **ס' 18** מדבר על המחזיק כדין בלבד ואילו המדינה יכולה להשתמש בכלי זה כשהיא לא מחזיקה.

* **האם למדינה סמכות לפנות פולשים ללא משפט**? ביהמ"ש קבע כי השימוש בסמכות הוצאת צו סילוק פולש ע"פ החוק מחייב עמידה בכמה תנאים: (1) **תפיסה של קרקע ציבור**; **(2) מתן הצו לא יאוחר מפרק הזמן הנקוב בחוק; (3) דעת הממונה כי תפיסת הקרקע הייתה שלא כדין –** רמת וודאות גבוהה שאכן הייתה תפיסה**.**  *פס"ד מ"י נ' בן שמחון*

# **נושא #3 – דרכי רכישת בעלות**

# **ט. תפיסת חזקה**

## ט.1 כללי

* **כיצד אתה בעצם משיג חזקה במקרקעין** - דרך המלך לרכוש מקרקעין היא **בעסקה.** דרך שנייה עוסקת במצבים שבהם יש **תחרויות, כששני צדדים מנסים להשיג את אותו הדבר**
* **עסקה שנערכת היא חוזה לכל דבר ועניין. הדבר היחידי שבולט מאוד בדיני החוזים וקשור לעסקאות הוא דרישת הכתב** (**ס' 8 לחוהמ"ק**). רק שכירות קצרת מועד שבחוהמ"ק מוגדרת כשכירות לפחות מ-5 שנים ללא אופציה להארכה מוחרגת מדרישת הכתב.
* **יש שני שלבים -** **השלב הראשון (חוזי / אובליגטורי)** **אין לנו זכות קניינית(!)** אלא יש לנו זכות חוזית בלבד. רק בש**לב השני, של השתכללות העסקה, אנחנו למעשה מחזיקים בזכות קניינית בידנו.**

## ט.2 דרכי רכישת זכויות קניינית (תפיסת חזקה): זכויות במקרקעין מסודרים

* **השלב האובליגטורי הוא שלב ההתחייבות לעסקה. כלומר, שלב זה הוא שלב קיומו של הסכם או חוזה רשום** (כולל זיכרון דברים).
* **מה המעמד שלנו כבעלי התחייבות לעסקה -** *בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות*: כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום כדרוש **לפי ס' 7(א)** לחוק נשארת **זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא קושרת לכך צד שלישי**. הלכה זו באה לידיי ביטוי בדיני תחרויות.
* **שדרוג הזכות - שהזכות של בעל התחייבות לביצוע העסקה היא משמעותית יותר מסתם זכות חוזית גרידא**, **ומדיני היושר היא מצמיחה לבעל ההתחייבות לעסקה זכות קניינית שביושר**, זכות מעיין קניינית. במצבים מסוימים המחזיק בהתחייבות לעסקה מקבל נופך קנייני- היכולת להתחרות על אחיזה בנכס עצמו. (*אוצר החייל נ' אהרונוב***) זוהי ההלכה** **כיום לעניין המחזיק בהתחייבות לעסקה בלבד בשלב החוזי / אובליגטורי!**
* **שלב המעבר מהשלב האובליגטורי לשלב החוזי (בו משתכללת זכות קניינית)** -

1. **במקרקעין מוסדרים:** מעבר הזכות מחוזית לקניינית הוא בדיוק **שלב העברת הבעלות ברשם המקרקעין (=טאבו)** משם אחד לשם אחר **(ס' 7ב).**
2. **במקרקעין לא רשומים (חסרי מס' גוש/חלקה):** שלב זה לא קיים ולכן הוא לא יכול להוות את שלב ההשתכללות ונצטרך למצוא נק' זמן אחרת שתוגדר כשלב ההשתכללות (De**fault – שלב כריתת ההסכם**).

* **מה צריך להביא כדי לבצע העברת בעלות במקרקעין**? (1) שטר מכר ב-5 העתקים חתומים ע"י הצדדים ועוה"ד שלהם. (2) חוזה כתוב שמפרט בדיוק את כל העסקה שנסגרה בין הצדדים. חוזה מכר מקרקעין הוא החוזה היחידי בכל עולם המשפט שמנוסח ע"י עו"ד אחד לשני הצדדים. (3) אישור עירייה (היעדר חובות בארנונה, במים וכולי). (4)אישורי מיסוי (בעיקר מס רכישה ומס שבח ). מי **שמגיע לרישום הם לרוב עוה"ד** ולכן הם צריכים להגיע עם ייפוי כוח. בהעברת זכות חכירה צריך לצרף גם מסמך של רשות מקרקעי ישראל שמאשר העברת זכות החכירה.
* **מדוע יש פער (של זמן) בין שלב העסקה (החתימה על ההסכם) לבין שלב הרישום**? משום שאנחנו צריכים זמן מסוים להשלמת ההתחייבויות בחוזה לפני שהמוכר יסכים להעביר את הזכות הקניינית.
* **אז מה עושים עוד הרישום שמשכלל זכות קניינית**? **רישום הערת אזהרה** (לפי **ס' 126 לחוהמ"ק**)! אנחנו עדיין מצויים בשלב החוזי / אובליגטורי ויש לנו זכות מעין קניינית (לפי *הלכת אהרונוב*). הערה זו **נרשמת ע"י הבעלים** של הנכס והוא רושם את ההערה **לטובת אדם** **אחר** (לרוב הקונה). הערת אזהרה **לא נותנת זכות קניינית בנכס**. **אבל צד ג' שיבוא ויבקש לעשות שינוי במרשם לא יוכל לבצע** את הרישום ואת העברת הנכס על שמו מבלי למחוק את הערת האזהרה ככל שיש כזו ומבלי שהוא יידרש לתת הסבר בגינה. ההסבר הזה מצריך לרוב אישור של בעל הערת האזהרה שהוא מסכים לכך. **ההערה גורמת לפומביות הסטאטוס** העדכני של הנכס. הערת אזהרה **לא מחייבת שהמקבל אותה יהיה צד לחוזה**. היא יכולה למשל להיות ערבות לחוב.

## ט.3 דרכי רכישת זכויות קניינית (תפיסת חזקה): זכויות במיטלטלין

* **מתי מתבצע שלב המעבר**? התשובה ניתנת ע"פ **ס' 33 לחוק המכר** שעוסק בהעברת בעלות. הבעלות עוברת בנק' **מסירת הנכס**. זוהי קביעה דיספוזיטיבית כי **הצדדים יכולים להסכים על אפשרות אחרת להעברת הבעלות.**

## ט.4 דרכי רכישת זכויות קניינית (תפיסת חזקה): זכויות בזכויות

* **העברה של זכויות היא המחאה**. החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר (כמו במיטלטלין) + חוק המחאת חיובים. חוק המכר **מלמד איך ממחים בעלות בזכויות ומתי**, וחוק המחאת חיובים **עוסק בדיני תחרויות של המחאת זכויות.**
* **כשמחפשים את מועד העברת הבעלות בזכויות אנו מחפשים את מועד כריתת ההסכם כ-Default**, אך ניתן להתנות על מועד זה. מה עוד נכנס תחת העברת זכויות? מקרקעין שאינם רשומים. לפיכך, גם בעניינם שלב המעבר הוא מועד כריתת ההסכם.

## יא. קניית דירה מקבלן

* **החקיקה מטה את הכף בצורה דיי בולטת לטובת הרוכשים שמקבלים עדיפות מאוד משמעותית ביחס לקבלנים**. למה? בריבוי ליקויים קוגניטיביים:

1. **הצפת מידע**–ככל שאדם מוצף ביותר מדי מידע קל לו להתפזר והוא פחות יכול ולהתמקד במה שחשוב.
2. **מסגור** – קל לנו מאוד לקבל את מה שאומרים לנו. בהקשר של עסקאות – אדם מקצועי לרוב ממסגר את התמונה בדרך שהוא רוצה למסגר ולהציג אותה ומעלים פרטים רבים שצריכים להילקח בחשבון.
3. **שגיאות הסתברותיות** – פעמים רבות נראה לנו שדברים שהם בעלי סיכון זהה מבחינה הסתברותית, הם דווקא בעלי הסתברות שונה.
4. **הטיה בין מידע מוחשי ומידע שאינו מוחשי** – יש לנו נטייה להבין דברים שאנחנו רואים בעיניים אבל כל שיח שבאוויר הוא בעייתי עבורנו וקשה לנו כבני אדם להבין אותו.

* **מה מקנים אותם ההסדרים? חובות גילוי** – חובות אלה מפורטות בחוק המכר דירות **(ס' 2-6) דרישת בטוחות** – **חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)** נועד כולו כדי למנוע את הכשל שלנו בהבנת הסיכונים הכרוכים ברכישה של דירה.

## יא.1 חובת הגילוי

* **נשענת על ס' 6 לחוק המכר (דירות) בעיקר.** סוג הדברים שהמחוקק בחר לחייב גילוי לגביהם הוא סוג הדברים שאנשים שוכחים לשים לב אליהם**,** הקבלן חייב לשים הכל על השולחן.
* **הסיבה לקיום ההגנה – פערי הכוחות** *(פס"ד שמעונוף נ' ברוכים*)
* **צורת חובת הגילוי** (*פס"ד שמעונוף*) –

1. **גילוי במפרט** – מנחם אלון אומר שצריך לגלות את הפרט **במפרט או לצרף לחוזה המכר**, **העיקר שיהיה בנפרד ולא בתוך החוזה**. יש לפרט כל דבר שניתן בדירה ו**כל דבר שהוא מוציא מהתקנון המצוי של בית משותף**. אם הקבלן עושה שינויים – הוא חייב להבהיר את זה לכל הרוכשים האחרים בצורה מפורטת.
2. **בהירות** – יש לומר את הדברים ברחל בתך הקטנה, בבירור, במובלט, לא במשתמע, לא בניסוחים כלליים / גורפים.
3. **מועד גילוי המפרט** **הוא במועד כריתת החוזה ולא מאוחר יותר**. צריך לשים לב **לתוצאה של היעדר גילוי כזה** **[ס' 6(ב) לחוק המכר]** – מוכר שלא מסר פרטים על עניין מהמנויים בס"ק (א) יראוהו על אף האמור בחוזה המכר כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו עניין יחולו על הבית המשותף.

## יא.2 בטוחות

* **בטוחה היא ערבות מסוימת שהקבלן נותן כדי להבטיח את ההשקעה של אדם ברכישת דירה**. **חוק הבטחת השקעות** מחייב את הקבלנים להבטיח את ההשקעות של רוכשי הדירות.
* **כשהולכים לעסקה של דירה צריכים לקבל ע"פ חוק את אחת מתוך חמש הבטוחות שהחוק מציע**. **האם כפיית בטוחות היא דבר מוצדק**? השיקול הראשון (לחיוב) הוא המראות הלא קלים שהיו לאחר מקרה חפציבה. מנגד (ולשלילה), החובה של הקבלן לספק בטוחות היא סיבה נוספת לייקור עלויות הדירות בישראל. המחוקק הישראלי קבע חובה חוקית. **למה צריך בכלל בטוחות**? (1) סיכון שנובע מבעיות כלכליות של החייב (=הקבלן) (2) סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר – פה לא מדובר על בעיות כלכליות אלא פגמים בזכות הקניינית.
* **העקרונות הבסיסיים של חוק המכר (דירות) -** (1) **זה חל רק על דירה** אבל ההגדרה של דירה בחוק היא מאוד רחבה ופותחת את זה לעסקים וגם לחדר בודד. (2) מכירה של דירות שווה **גם** **לחכירה לדורות**. (3) החוק **אינו חל על בנייה עצמית** (=קבוצות רכישה).
* **חמש סוגי בטוחות אפשריים (ס' 2)** -

1. **ערבות בנקאית** – מדובר במצב שבו על כל סכום ששמים מקבלים ערבות מבנק כך שאם הקבלן לא יעמוד בתנאי החוזה למשל או יפשוט רגל הבנק ישלם את הסכום בצורה מלאה. זוהי **השיטה הנפוצה ביותר** בישראל.
2. **ביטוח אצל חברת ביטוח** – זוהי אפשרות אחרת של הקבלן אם הוא לא רוצה לעבוד עם בנק. חברת הביטוח תספק פוליסת ביטוח. **כמעט ולא מתקיים כי זה יקר יחסית.**
3. **שיעבוד הדירה או הקרקע במשכנתא ראשונה** – **זה לא יקרה לרוב** כי זה אומר שקבלן שבונה ייתן משכנתא על שם הקונה. כזכור, משכנתא היא שיעבוד של הנכס, הבנק לא יאפשר את זה באופן מעשי.
4. **הערת אזהרה** – זהו רישום של הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית. זוהי האופציה הטובה ביותר עבור הרוכש אבל לא נוטים להשתמש בה כ"כ כי יש אתה בעיה - **הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע** לרוב וכדי לרשום הערת אזהרה חייבים לקבל אישור מהבעלים לרישום ההערה שלא תמיד מסכימים. במקרים אחרים, **ה"א קודמות** (כמו למשל לגורם מממן) **שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים** (אינו עומד בתנאי ס' 2).
5. **העברת בעלות יחסית על הקרקע טרם בניית הדירה –** כך למשל, אם יש קרקע ששווה 10 מיליון ₪ ופלוני רכש דירה ששווה חמישית מגודל השטח הוא יירשם כבעלים של קרקע ששווה 2 מיליון ₪. **בטוחה לא מעשית** - לרוב הקבלן הוא לא בעל הקרקע ולכן הוא לא יכול להעביר זכויות במקרקעין עצמם

* **בטוחות לא פיננסיות** - שיעבוד, רישום חלק יחסי מהנכס ורישום הערת אזהרה –הן בטוחות קנייניות. הן לא בהכרח יספקו לרוכש את סכום הכסף ביד אבל מה שהן יעשו זה לאפשר לרוכש לשים יתד כלשהו או אחיזה מסוימת בנכס עצמו. **בטוחות פיננסיות** – ערבות בנאית וביטוח – לא יבטיחו את הקניין, אלא את הכסף.
* **החוק קובע שעד 7% מסכום העסקה הקבלן פטור ממתן בטוחה אבל מעבר ל-7% - הקבלן חייב לתת בטוחה כבר מהשקל הראשון**. לפיכך, ברגע שמגיעים לבנק כדי להפקיד את הכספים בחשבון של הקבלן או בחשבון נאמנות כלשהו – מקבלים ערבות מלאה. ברגע התחלת הפרויקט מקבלים פנקס שוברים והולכים ע"פ מועדי התשלום שבחוזה המכר, משלמים ומקבלים חתימה.
* **יש הבחנה בין מי שרוכש דירות למגורים לבין מי שרוכש דירות להשקעה**, כי זה חוק שמטרתו להגן על הצרכן. יש מדרג בין סוגי הרוכשים השונים לפי יקבע מי מקבל מה (צבן, *מטרי נ' מלכו/חפציבה*)
* **עיכוב במועד מסירת הדירה** - טווח האיחור במסירה שנחשב למותר ע"י ביהמ"ש הוא שלושה חודשים. (שמגר*, פס"ד היועמ"ש נ' גד חברה לבניין*)
* **המשמעות המעשית של התיקון לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) היא כפולה: (1) חייבים לתת בטוחה כלשהי** (2) **שינוי שיטת פרקטיקת התשלומים**: קובעים מראש את הסדרי התשלומים כי יודעים כיצד צריך לחלק אותם בכל שלב בפרויקט ומחלקים פנקס שוברים שפורט את ההסכמות בחוזה לשוברים מעשיים. כך נצייד את הקונה ההדיוט באמצעי מעשי שלא ישאיר מקום לסימני שאלה.

**יב. דיני תחרות (עסקאות נוגדות ותקנת שוק):**

**יב.1 כללי**

* **עסקות נוגדות** - מצב בו שתי עסקאות הנערכות על נכס מסוים מתנגשות זו בזו. העסקה הראשונה נמצאת עדיין בשלבה ה[חוזי](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%94) (לא הועברה תמורה ולא היה רישום) בעוד העסקה השנייה הושלמה.
* **תקנת שוק** - הסדר משפטי המטפל בתוצאה של מכירת נכס על ידי מי שאינו בעליו. תקנת השוק מאפשרת לרוכש, אם מילא אחר תנאים מסוימים, לזכות בבעלות בנכס למרות הפגם בהעברה הקניינית.
* הקלאסיקה היא שיש בעל נכס (ב') שעושה עסקה בנכס הזה עם גורם אחר (א') ובהמשך נכנס לתמונה גורם שלישי (ג'). **אנחנו נתמקד במערכת היחסים בין א' ל-ג'**
* **בבחינת מע' היחסים בין א' (הרוכש הראשון בזמן) ל-ג' (השני בזמן) אנחנו בודקים שני רכיבים מרכזיים** (מגיעים מפס"ד חוות מקורה):

1. **תום לב**: אובייקטיבי – האדם הסביר. סובייקטיבי – הוא עצמו .
2. **תמורה**: תמורה כלשהי – Consideration – ניתן ערך כלשהו ; תמורה בת ערך – Full Value.

* **גישתו של מאוטנר** – **נעצב את הכללים כך שמי שיפסיד הוא מי שהוא מונע הנזק הזול ביותר (צדק מתגמל).** מגדיר תחרות כתאונה משפטית- **ראשית** יש לבחור שיקול של יעילות מלכתחילה של מניעת תאונות- מיהו **מונע הנזק הזול ביותר**. זוהי פעילות Ex Ante. לפיכך, יש לתת מענה בצורה של צדק מתגמל. כך למשל יש לעודד שימוש במנגנון כמו הערת אזהרה שיהווה כתם ויגביל עשיית עסקאות עתידיות. **דגן** אומר שצריך ללכת גם לשיקולי Ex Post ולכן חייבים לבחון גם את המשמעות של קרות התאונה. **שנית**- **מזעור עלויות התאונה** (אם זו כבר קרתה): נמצא את הגורם שנפגע הכי הרבה מהתאונה ונצמצם את הפגיעה בו. **שלישית**- התנהלות מערכתית: יש למצוא מצב שבו הכללים שיינתנו הם הכללים שיקטינו את ההתנהלות המשפטית ובחינת המאורעות בצורה הפשוטה והברורה ביותר. כשהבחינה תהיה כזו היא תהיה גם הזולה ביותר.
* **גישות אחרות** - **אחריות חברתית** - מה יהיה נכון יותר לעשות ומה הקצאת הזכות תעשה לחברה בכללותה. **תיאוריית האישיות** - שמקבלת נתח משמעותי בדיני התחרויות. **צדק חלוקתי** - יש לבחון כאן קטגוריות של צדדים – אם א' ו-ג' משתייכים קטגורית לסוגים מסוימים של צדדים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סוג הנכס המועבר | מה יחול בעסקאות נוגדות? | מה יחול בתקנת השוק? |
| מקרקעין רשומים | ס' 9 לחוהמ"ק | ס' 10 לחוהמ"ק |
| מקרקעין לא רשומים | ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין | ס' 4 לחוק המחאת חיובים |
| מיטלטלין | ס' 12 לחוק המיטלטלין | ס' 34 לחוק המכר |
| זכויות (וחיובים) | ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין | ס' 4 לחוק המחאת חיובים |

**יב.3 תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין שאר נושיו של החייב**



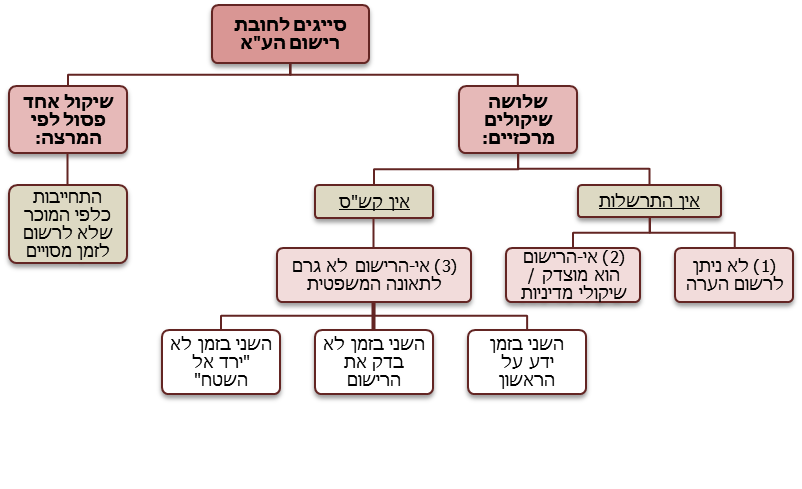
* **הדוג' הקלאסית היא שב' מכר לא' את הדירה**, **הם ערכו חוזה מכר למהדרין והנכס לא נרשם** (אנחנו עדיין בשלב החוזי / אובליגטורי). **בהמשך, ג' מגיע** **ורוצה להיפרע מהדירה כי ב' חייב לו סכום מסוים**. **מי זוכה בדירה?**
* **לשים לב אם מדובר בנושה מובטח או לא מובטח** – אם מובטח לא מתקיימת בכלל תחרות– ידם של המובטחים על העליונה כי יש להם אחיזה בנכס.
* **ביטול זכות שביושר** – *(הלכת בוקר*) **בעל זכות לעסקה** שלפני כן היינו רואים אותו כבעל זכות שביושר **לא יקבל עדיפות קניינית** (כי אז מבטלים את משמעות חוהמ"ק). לכן, *הלכת בוקר* נותנת משקל מאוד משמעותי דווקא לרישום וכל זמן שלא רשמת כלום אין לך כלום חוץ מזכות חוזית מול המוכר.
* **יציאת הערת אזהרה** - ס' 127(ב) נוסף בעקבות *הלכת בוקר* –בעל התחייבות לעסקה יקבל את המעמד של ס' 9 בעסקאות נוגדות מול נושים רק אם הוא ירשום ה"א שתקנה לו קדימות.
* **חיזוק הלכת בוקר** - (*פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי)*- רישום הערת אזהרה אכן יגבר על נושה לא מובטח בעוד שהתחייבות לעסקה ללא רישום הערה יהיה הפסד.
* **המצב כיום -** ***הלכת אהרונוב****:* מצב בו לא נרשמה הערת אזהרה ועל הנכס הוטל עיקול –

1. התחייבות לבצע עסקה משכללת אצל הקונה "זכות שביושר" - זכות מעין קניינית, **בעל** **ההתחייבות המוקדמת גובר על המאוחר, גם אם לא רשם הערת אהרה, חוץ ממקרה שהאחרון רכש את הנכס ועמד בתנאים של – (1) תמורה**, **(2) תום לב** **ו-(3) על פי דין (ביצע רישום)**.
2. **קונה עדיף על פני מעקל -** שטרסבורג כהן (דעת מיעוט) כי העיקול במהותו הוא כלי סעד דיוני בלבד **שלא יוצר זכות מהותית בנכס הספציפי** (בעוד שלרוכש יש אינטרס בנכס).
3. **נסתכל על "מאזן המצוקה" של הצדדים ונתייחס לזהות הצדדים במקרה הספציפי ונפסוק בהתאם** יש לבחון בצורה הרבה יותר משמעותית גם את השיקולים האחרים המהווים חלק מההגדרה של זכות הקניין, לדוגמא – מצב של נושה מסחרי (בנק) מול אדם פרטי – **בעצם אנחנו מכניסים לכאן את הערכים מהפרק הראשון.** שטרסבורג כהן.
4. **בעל התחייבות לעסקה מחזיק בזכות מעין קניינית ולכן אין הבדל בינו לבין מישהו אחר – (ברק**) לא צריכים להגיע לערכים -כי יש את **ס' 9**. שניהם מחזיקים בהתחייבות ובשניהם יש זכות מעין קניינית. הרי הזכות של הראשון לא צומחת ברגע שהשני הגיע לתחרות אלא כבר לפני. כלומר, **לראשון יש זכות חזקה יותר מאשר סתם זכות אובליגטורית**. לפי תפיסה זו- **הערת האזהרה לא משפיעה פה והיא לא מצביעה על שום קדימות**, **מרוקן את הס' מתוכן.**
5. **ס' 127 עדיין חשוב כי הוא משמעותי בעניינים של פשיטת רגל** (ולאו דווקא בעיקול). (חשין) למה? כי בפשיטת רגל – אם רשמתי הערת אזהרה זה ממקם אותי במעמד של נושה מובטח בעוד שבעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה לא מובטח ואז אני מנצח.

* ההלכה של פס"ד זה, שהופכת את הלכת בוקר, היא **שבעל התחייבות לעסקה קודם לגורם מעקל! כמו כן, אין באמת צורך לרשום הערת אזהרה כדי לנצח נושים אחרים (לא נושים מוגנים)**
* **אהרונוב חל גם במצב שבו אדם פושט את הרגל**. גם במצב כזה בעל התחייבות לעסקה עשוי לגבור על נושים אחרים (פס"ד כספי).
* **מה קורה אם בעל התחייבות לעסקה לא שילם את כל התמורה על הנכס**? למה כן להקצות לו- כי **סיפא לס' 9** דורש תשלום של תמורה ולא קובע באיזה שיעור. למה לא להקצות לו- הרי האדם שילם פה רק על חלק ואם ניתן לו לזכות בכל הנכס ולא נתיר למעקל לקחת את החלק שהוא לא שילם בגינו – אנחנו גורמים לבעיה מאוד קשה מבחינת הנטל. **שטרסברג כהן**: יש להפעיל את מאזן המצוקה ולחזור לדין האנגלי שהיה בעבר. **ברק וחשין:** הראשון עדיין גובר. למה? כי הזכות המעין קניינית צומחת בכל הנכס ואין שום רלוונטיות לתשלום שלך ולשיעורו.

## יב.4 עסקאות נוגדות במקרקעין

* **ס' 9 לחוהמ"ק** "*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*".
* **הכלל** - **הראשון בזמן הוא זה שזוכה והשני בזמן חייב לקיים שלושה תנאים – (1) תמורה. (2) רישום (3) תום לב- לכל אורך הדרך כולל הרישום, כדי שהוא יהיה זה שיזכה. אם אחד מהתנאים האלה לא מתקיים הראשון זוכה.**
* **מצב בו הקונה הראשון זוכה בגלל חוסר תום הלב של השני -** *ורטהיימר נ' הררי*: מצב של עסקאות נוגדות- הקונה השני שילם את כל התמורה לנכס בחוסר תום לב, כי שמע על קיומו של הרוכש הראשון. ביהמ"ש הניח שזיכרון דברים מקיים את דרישת הרישום בס' 8 לחוהמ"ק.
* **אי רישום הערת אזהרה יכול לעלות לכדי חוסר תום לב** - *גנז נ' בריטיש קולוניאל:* מצב בו הרוכש הראשון במשך 17 שנה לא רשם הע"א והרוכש השני סיים את תהליך הרכישה. **דעת הרוב** - **אי הרישום עשוי להצביע על חוסר תום הלב של הקונה הראשון,** הוא גרם לתאונה.ייתכן שגם אם השני לא עומד בכל תנאי ס' 9 – עדיין השני בזמן ינצח**. לכלל זה סייגים** (מפורטים מטה)**. בנוסף - שצריך תום לב אובייקטיבי כלפי שני הצדדים ולא רק תום לב סובייקטיבי**. פס"ד גנז הוא שיקוף קלאסי של דוקטרינת מונע הנזק הזול ביותר.
* **באיזה מצבים, למרות שהראשון בזמן לא רשם את הערת האזהרה הוא עדיין יזכה בתחרות (**סייגים של ברק מפס"ד גנז לדרישה לרישום הערת אזהרה)?



* **התקיים אחד מהסייגים**? הכלל לא חל, ולמרות שהראשון לא רשם הערה – יש לו עדיפות בס' 9. הוא יפסיד רק אם השני עמד בכל הנדרש ממנו (תמורה, תו"ל, רישום).
* **חשוב להתעסק בס' 9 בשאלה האם השני בדק את הרישום וירד לשטח.** כך למשל, אם קונים דירה בחו"ל ולא בודקים אותה – הקונה לוקה בחסר, הסייג לא יעמוד לטובתו, הכלל יחול והוא יפסיד בתחרות. **יודגש** - לא בכל עסקה יש באמת טעם לרדת לשטח אבל הראשון תמיד יטען שאם היו יורדים לשטח היו רואים את הנסיבות הקיימות (הראשון נמצא שם, הקרקע לא ריקה...).
* **איזה תו"ל נדרש לס' 9?** **נדרש תום לב משני הצדדים**. אין הכרעה סופית בעניין אך כאמור הגישה המקובלת יותר **לגבי הרוכש השני** היא כי נדרש ממנו תום לב סובייקטיבי.
* **עוד ביסוס לחשיבות של פס"ד גנז ורישום הערת האזהרה** – ב*פס"ד ביאד נ' לחאם*. ע"פ פס"ד זה המשמעות היום של פס"ד גנז היא שהוא הלכה במובן זה שאם יגיע מצב של קונה ראשון שלא רשם הערת אזהרה – זה יפורש על דרך ההרחבה כחוסר תו"ל, הסייגים יפורשו בצמצום ויקצו את זה לקונה השני בזמן. **כלומר, מי שלא רשם הערת אזהרה צפוי להפסיד בתחרות**.
* **ויתור על דרישת הרישום במקרה של מעקל – (***פס"ד בנק המזרחי נ' גדי)* – מצב של תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח (מעקל). פה, **למרות שלא היה רישום ה"א במשך 7 שנים לא זכה הרוכש השני בתחרות**. **הסיבות לכך הן** – (1) מוסד העיקול לא מהווה עסקאות נוגדות, (2) אין הסתמכות על נכס ספציפית ו-(3) עוצמת האינטרס של המעקל בנכס. למעשה ב**יהמ"ש מאמץ כאן את עמדתה של שטרסברג כהן** באהרונוב בכך שהוא קובע שיש לבחון את העסקאות הנוגדות גם במישור הערכי. פס"ד זה, בניגוד לגנז, **מקל את הדרישה על הקונה הראשון.**
* **דרישת רישום הערת אזהרה מנושה מקצועי -** *רשף נ' יוסף* (הש' אוקון – בימ"ש מחוזי – לא הלכה): מצב בו יש 2 נושים - אחד הבנק והשני נושה לא מבוטח שרוצה להטיל עיקול. **אוקון** מכריע לפי הלכת *גנז* באומרו כי **על הבנקים חלה חובת תום לב מוגברת, וכי הבנק הוא נושה מקצועי וכשמדובר בנושה מקצועי – כן נחיל את הדרישה לרישום הערת אזהרה**. למה? כי **לבנק יש את הכלים להתמודד בתחרות**. לדעת **אוקון**, דברים אלה לא מכרסמים *בהלכת אהרונוב* (שמייתרת את חשיבות הערת האזהרה).משום שלא מדובר בסתם בעל התחייבות או בשחקן חד פעמי שאינו מקצועי, אלא בנושה מקצועי.
* **אם תגיע תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה** – **כדאי לבדוק מיהו בעל ההתחייבות ומיהו הנושה**. אם **יש מצב של נושה מקצועי** – ניתן לטעון שכן מצופה ממנו לרשום הערת אזהרה ולא ללכת להלכת גדי שמייתרת את הרישום שנדרש מפס"ד גנז. ככל שהנושה הוא יותר מקצועי – נדרוש ממנו יותר את הלכת גנז ואת רישום הערת האזהרה. **זה לא חייב להיות בנק וזה יכול להיות גם** חברת ביטוח, חברת אשראי, מלווה מקצועי ועוד. ככל שהצד הוא יותר מקצועי יש לחשוב על החלה של גנז
* מקרים ופתרונות:
* **אדם שרכש נכס וגילה לאחר מכן שיש אדם אחר שקנה לפניו -** צריך לבחון: תו"ל, תמורה (מאזן מצוקה) ורישום. אם זה נכנס בול לדרישות של ס' 9 – אין בעיה.

**ברק בגנז** נותן לבעל ההתחייבות השנייה גלגל הצלה במקרה שהראשון לא רשם הערת אזהרה תוך הכלה של חובת תום הלב. **בעל ההתחייבות הראשונה** יטען שאין קש"ס בין אי הרישום לטעות של השני ולחילופים שהוא לא יכול היה לרשום.

* **במקרה של אדם שרכש נכס וגילה לאחר מכן שיש מעקל -** הלכת אהרונוב – הראשון בזמן זוכה.
* **מקרה של התחייבות אובליגטורית שלא רשם הערה אל מול מעקל -**הראשון יזכה.
* **מקרה של התחייבות לזכות קניינית (משכנתא) שלא רשם הערת אזהרה - לבין מעקל -** במקרה בנק (וכל נושה מקצועי אחר- משקיעים מוסדיים, חברות ביטוח וכדו' וכן חברות נדל"ן גדולות וכדו') נדרוש רישום הערת אזהרה.
* **נושה מקצועי שלא רשם הערת אזהרה מול נושה מקצועי -** לא ברור מה הדין

### **יב.5 עסקאות נוגדות (ותקנת שוק) במיטלטלין ובמקרקעין שאינם רשומים**

* **מה זה מקרקעין שאינם רושמים?** – מקרקעין שלא מופיעים בספרי הטאבו (אבל כן קיימים במנהל מקרקעי ישראל ולכן לא ניתן כלל לבצע בהם רישום (באותו הזמן). **נתייחס אליהם כזכויות וכך נתייחס אליהם גם בעסקאות נוגדות**. זכות ניתן להעביר אבל זו עסקה שלא יכולה להירשם. **הכלל:** המחאת זכויות תהיה לעולם as is לא ניתן להעביר זכויות שונות מהקיים אצל המוכר (פס"ד טקסטיל ריינס).
* יש לבחון האם ע"פ בוצעה העברה של הקניין כבר או לא. **אם הזכויות עוד לא עברו** יש כאן עסקאות נוגדות. אם הזכות **כבר עברה לראשון** אז אנחנו נמצאים במקרה של "תקנת שוק".

מהו השלב בו

אנחנו מצויים?

שלב חוזי / אובליגטורי (לא הושלם)

קנייני (הושלמה העברת הבעלות)

פונים לס' 12 ו13 לחוק המיטלטלין

פונים לס' 4 לחוק המחאת חיובים- תקנת שוק

* **חשוב לבדוק מהו השלב בו אנו מצויים** - שלב חוזי או קנייני? בהיעדר קביעה אחרת בין הצדדים - החתימה על החוזה היא מועד מסירת הזכות/ העברת הבעלות. אם קיימת קביעה אחרת - הבעלות עוברת בהתאם לה.
* **השלב החוזי** – **עסקאות נוגדות** (אם הזכויות עוד לא עברו): סעיף 12 ו-13 לחוק המיטלטלין –
* **ס' 12**. *התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני* ***התקשר*** *בעסקה* ***וקיבל*** *את המיטלטלין או את הזכות* ***בתום לב*** *ו****בתמורה*** *– זכותו עדיפה.*
* **מה שמחליף פה את הרישום הוא ההתקשרות בעסקה**. לפי **ס' 33 לחוק המכר** – העברת הבעלות מתרחשת בעת קיום חוזה המכירה (=במסירת הנכס).
* **ס' 13 לחוק המיטלטלין** **מחיל את החוק** (כל עוד לא נאמר אחרת) **גם על זכויות** (מקרקעין לא רשומים).
* **הראשון מנצח, אלא אם השני עמד בדרישות של** **ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין שמזכות את השני ולא את הראשון** **בשלב החוזי**: **קיבל**- יש כאן צורך בחזקה + מעבר לשלב הקנייני (מיטלטלין יועברו פיזית, זכויות יועברו בחוזה). **תמורה** - התמורה צריכה להיות בת ערך, צריך שיהיה פה ערך ממש ולא סתם ערך קטן. **תום לב**- סובייקטיבי בלבד, וזאת בשונה ממקרקעין רשומים שם צריך תום לב סובייקטיבי ואובייקטיבי.
* **השלב הקנייני (שלב תקנת השוק) -**
* **מה עושים במצב בו יש פה שני אנשים שטוענים לבעלות על אותו הנכס?** (הראשון שהשלים קניין והשני שהשלים קניין גם כן). **תקנת השוק** בזכויות מוכרעת בעסקאות סותרות לפי **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**: 4. *המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.*
* **הכלל מהחוק** - **הראשון בזמן זוכה אלא אם הודיעו לחייב (שזה מנהל מקרקעי ישראל) על השני לפני הראשון ואז השני הוא זה שזוכה.**
* **הנושא של תמורה ותו"ל לא מופיעים בחוק ואולם הפסיקה הכילה אותם: מצא** בגנז קובע שיש לרשום אצל המינהל/החברה המשכנת/הקבלן ואם הראשון לא רשם זה יכול להעיד על התו"ל האובייקטיבי שלו. בנוסף, כיום יש טופס חדש המאפשר רישום של הערת אזהרה גם של זכויות, זה עלול לשנות את תפיסת תום הלב.

## יב.6 תקנת השוק במקרקעין (ס' 10 לחוהמ"ק)

* **רוכש ייטען להגנת תקנת השוק רק כאשר הוא רכש את הנכס בתום לב ממי שאינו הבעלים**.
* **מעוגן ב ס' 10 לחוהמ"ק** - *מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.*
* **מה ההבדל בין המצב הזה לבין עסקאות נוגדות**? בס' 10 יש מלחמה בין שני גורמים שמבחינתם שניהם השלימו באופן מלא את הליכי הרכישה, את בעלותם בקרקע ואת הקניין שלהם.
* **איך זה יקרה**? זיוף אישור או ייפוי כוח, התחזות לבעלים, עו"ד שפועל שלא כדין או טעות של הרשם.
* **הדרישה הבסיסית כדי להיכנס לסעיף** –

1. מי שרכש **בתמורה (תמורה של ממש)** – העברת הקניין התבצעה
2. ובהסתמכות **בתו"ל**
3. הסתמכות על **המרשם**- הוא עדיף גם אם המרשם עצמו לא נכון.

* **בתקנת שוק צריך להראות בצורה מאוד דווקנית את מילוי תנאי הסעיף**, תמורה נמוכה מקטינה סיכוי לקבל
* **הסיטואציה הקלאסית של תקנות שוק**: נכס שיש לו בעלים חוקיים. אדם נחזה **לבעלים** (כולל תעודת זהות מזויפת וכדו') ומוכר את הנכס לרוכש הראשון. הרוכש הראשון מוכר לרוכש השני גם בתום לב. **הבעלים-** שמו רשום במרשם כחוק. **המתחזה-** אדם שטוען שהוא הבעלים. **הרוכש הראשון-** מי שיבדוק בטאבו ייראה את שמו של הבעלים האמיתי כבעל הנכס - **המרשם עצמו לא שגוי** ולכן הטעות של **הקונה הראשון לא הייתה תוצאה של ההסתמכות על הרישום** (אלא של ההסתמכות על מצג השווא, תעודת הזהות וכו'). כיוון שכך הרוכש הראשון **לא** נכנס תחת הגנת התקנה. **הרוכש השני-**טעה בגלל הטעות ברישום עצמו ולכן הוא זה שהסתמך בתו"ל על הרישום והוא נופל בגדר הסעיף.
* **מה זה אומר הסתמכות על הרישום דווקא** (ולא על מסמכים אחרים)? *פס"ד מורדכיוב נ' מינץ*- רק אם בדקתי בעצמי את המרשם ורק אם הסתבר שיש טעות ברישום תתקיים התקנה. הרעיון כאן הוא לנטרל הסתמכויות על כל דבר שהוא לא המרשם. מהפס"ד – "קונה הרוכש זכות במקרקעין ע"ב מסמכים – דרכונים; ת"ז; יפויי כוח – שהם מזויפים, אינו זכאי להגנת תקנת השוק"
* **הסתמכות על כל דבר אחר חוץ מהמרשם תשלול תקנת שוק -** אם אדם הסתמך על משהו חיצוני למרשם, כמו ייפוי כוח מזויף לממכר הנכס – תקנת השוק לא תחול (פס"ד להיגי נ' עוזרי)
* **דרישה לתום לב סובייקטיבי בלבד** (בפס"ד *בעלי מקצוע*) – "בהקשר של סעיף 10 לחוהמ"ק משמעותו אמונה, הלכה למעשה, של הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר". אמונה כזו אינה קיימת אם הקונה יודע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק. **עצימת עיניים** – חוסר תום לב. **רשלנות** (הקונה לא ידע מקום שאדם סביר יכול היה לדעת) – לא חוסר תום לב. **תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום (בכל שלבי העסקה).**
* **כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה**- *פס"ד מורדכיוב*- האם רוכש שני יכול להסתמך על הערת האזהרה על שמו לטובת קיום תקנת השוק? **כל עוד הייתה הסתמכות על הערת האזהרה בתום לב** –**ניתן להחיל את תקנת השוק ע"ב הערת אזהרה.** בפסה"ד נקבע גם **סייג** שאומר **שהחלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה".** בדיקה זו היא סטנדרט אובייקטיבי. הדרישה היא ללכת ולדבר עם הבעלים עצמו (לדבר עם העו"ד זה לא מספיק).
* **אנחנו מרשים לרוכש לזכות בתקנת השוק אף אם הרישום לא היה נכון** **בשל עיקרון הפומביות** (שנקבע **בס' 125 לחוק**).
* *בפס"ד להיגי* הסתמכו על הרישום, שהיה שגוי ולא בגלל שהרשם עצמו הוא טעה, אלא בגלל זיוף עסקה. כלומר, כן **הוכר כאן רישום מוטעה, על אף שזו לא טעות רשם, ועדיין הוחלה תקנת השוק.** כי הייתה פה מכירה של מתחזה לצד ב', צד ב' מכר לצד ג', ועל ג' חלה הגנת התקנה.

## יב.7 תקנת השוק במיטלטלין (ס' 34 לחוק המכר)

* **מבוסס על ס' 34 לחוק המכר** -  "*נמכר* ***נכס נד*** *על ידי מי שעוסק במכירת נכסים* ***מסוגו של הממכר*** *והמכירה* ***היתה במהלך הרגיל של עסקיו****, עוברת הבעלות לקונה נקייה 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****"*
* **הקריטריונים בהם צריך לעמוד כדי לזכות להגנה (במבחן נבדוק וניישם את כולם) –**

1. **הנכס צריך להימכר**- התמורה צריכה להיות תמורה בת ערך. אם מישהו גונב ואז מעניק את הנגנב במתנה למישהו, המישהו לא יכול ליהנות מהגנת תקנת השוק.
2. **נכס נד (מיטלטלין מוחשיים)**- זה מוציא את הזכויות (ומקרקען לא מסודרים).
3. **ע"י מי שעוסק בממכר של נכסים מסוג זה -** למה הכניסו את הדרישה הזו? 1.זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה (**אייל זמיר**). **2.** המטרה היא תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק (**דגן**).הרעיון הוא שאם באת לקנות טלוויזיה אצל סוחר מכוניות, כנראה שיש כאן משהו מוזר.
4. **המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר**- זהו תנאי שנועד לחלוטין לוודא תו"ל של הקונה. מבחן שיכול להיות רלוונטי למיקום של העסקים, לשעות, לדרך ביצוע העסקה וכו'.
5. **הקונה קנה וקיבל את הנכס**- האינדיקציה להעברת בעלות היא מסירת הנכס לרוכש (או לאחר מטעמו). אם קבענו תניה לפיה הבעלות עוברת בשלב מאוחר יותר, **תקנת השוק לא תעמוד לטובתו של אדם עד לשלב העברת הבעלות כפי שזו נקבעה.**
6. **קיום של תו"ל** - תום הלב צריך להתקיים בכל השלבים מעת כריתת ההסכם ועד שלב המסירה והתשלום. המבחן הוא של **תו"ל סובייקטיבי** – תו"ל של האדם הספציפי במקרה הספציפי (וזאת בניגוד לתקנת שוק במקרקעין שהופכת אט אט לאובייקטיבית במקום לסובייקטיבית). פס"ד ע"א 716/72 רוזנשטרייך קבע **שלא מחילים דרישה לתום לב אוביקטיבי**

* **קניה מאדם פרטי אינה מהווה קנייה "ממוכר" ולכן תקנת השוק אינה חלה עליה**. לכןקניה של רכב מאדם פרטי אינה נכללת בגדר של "תקנת השוק".
* מבחינת סוג הנכס - **במיטלטלין לא בוחנים את מה שהיה בזמן העסקה עצמה אלא** **מבצעים בחינה רטרואקטיבית עם הידע שיש בהווה (בדיעבדית**) על כל רכיבי התקנה. **מה שחשוב זה בדיעבד ולא מה שהיה במהלך העסקה ומה שהצדדים חשבו בעת קיום העסקה** (לתקוף את זה במבחן!)(פס"ד כנען נ' ממשלת ארצות הברית)
* **מהי התמורה הנדרשת לצורך קיומה של "תקנת השוק"?** (פס"ד כנען)



## יב.8 עסקאות קומבינציה: יחסי בעל מקרקעין-קבלן-רוכש דירה והשפעתה של הערת אזהרה

* מתארת מצב בו בעל מקרקעין מתקשר עם קבלן בהסכם לבניה על הקרקע כאשר במקום לשלם לקבלן עבור הבנייה, הוא מעביר אחוז מסוים מהדירות הפוטנציאליות לקבלן.
* **ציר הבעלים-רוכשים הוא הציר הבעייתי** המרכזי בעסקאות שכאלה. **מתי זה יהיה משמעותי**? אם הקבלן ייצא מהתמונה ואז נשאר ציר מתנדנד בין רוכשי הדירות לבין בעל המקרקעין.
* **מה קורה עם השותפות בין הקבלן לבעל הקרקע מתפרקת -** *נחשון נ' שי:* נקבע שהערות אזהרה באו להבטיח את מימוש הפן הקנייני של ההסכם בין הקבלן לקונה, **ואין בביטול הסכם הקומבינציה כדי לבטל הערות אזהרה**, ויש לברר את זכויות הצדדים לפי שחורצים את גורלן. ביהמ"ש כן מכיר באפשרות של הבעלים המקורי להתנות.
* **ניתן להתנות על קיום הערת האזהרה אם החוזה בטל, אך יש תנאים לכך** – (1) ההתניה צריכה להיות מפורשת גם בהסכם וגם בייפוי הכוח. (2) התנאי צריך להיות שבעל הזכות להערה מבין את התנאי ומסכים לו.

**ההתניה חייבת להיות מפורשת** - *בפס"ד ברוגשטיין נ' לב ההר* הקונה חותם על הסכמה שאומרת שהובהר לו שזכויות הקבלן במגרש תלויות בהסכם קומבינציה - **לא מדובר בהתניה מפורשת לקונה סביר ולכן נקבע בפסה"ד שההערות האזהרה עומדות בתוקפן**.

* **מהו הדין כשיש לי הערת אזהרה ואני רוצה להעביר אותה למישהו אחר אך הבעלים לא מסכים**? אם הבית היה נרשם כבית משותף, לא היה צריך את הסכמתו, אך הבית עוד לא נרשם כמשותף ולכן הבעלים חייב לתת אישור – **ביהמ"ש מציע שני פתרונות משפטיים** (פס"ד בורשטיין): 1. תו"ל- לומר שבעל הזכויות פעל שלא בתום לב. אין סיבה לא להעביר את הערת האזהרה. 2. המחאת זכות- לרוכש יש נכס של התחייבות חוזית ואותה יעביר לקונה החדש. ס' 5 לחוק המחאת חיובים קובע שכאשר נעשית המחאה מומוחות גם זכויות נלוות הכוללות הערת אזהרה.

# **נושא #4 – ריבוי בעלים**

# **יג. שיתוף במקרקעין**

## יג.1 כללי

* **שיתוף משמעו בעלות משותפת בנכס** (בני זוג, שותפויות, ירושות)
* **יתרונות של שיתוף** - מינוף עסקאות, פיזור סיכון, צמצום עלויות, תורם מבחינה חברתית/
* **חסרונות של שיתוף** - חירות הפרט - האם ניתן לשמר את האוטונומיה של היחיד במסגרת שיתופית? צדק חלוקתי –איך נכון לחלק זכויות וחובות בין שותפים? יעילות – בעיית הפעולה המשותפת –קשה מאוד לפעול במשותף וליצור מנגנון שמסדיר זאת.
* **עמדת הדין הישראלי- שיתוף אינו מצב רצוי!** *פס"ד גן בועז* "חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין".
* **בתים משותפים הם לא שיתוף**. במסגרת שיתופית כל אחד מהשותפים בעלים במשותף בכל גרגיר של הנכס, לא המצב בבתים משותפים. ברכוש המשותף יש שיתוף אבל בדירות יש שליטה ועצמאות לכל אחד מהבעלים בנפרד. הפיכה לבית משותף יכולה להיות גם דרך יעילה לפירוק שיתוף.
* **סעיפי החוק שממחישים את עמדת הדין הישראלי שהשיתוף לא רצוי - ס' 34 ו-37 לחוהמ"ק:**

1. **ס' 34.** (א) *כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים*.- ס' זה מדבר על האופן שבו שותף במקרקעין יכול לממש את זכותו לצאת מהעסקה. למה זה משקף את אי האהדה שלנו לשיתוף? כי זה מהווה **זכות יציאה בלתי מוגבלת**, ובלי הסכמה של השותפים האחרים.
2. **ס' 37 (א)** אומר פחות או יותר אותו הדבר: (א) *כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק.* - **החוק מקנה את היכולת לשותף במקרקעין לדרוש בכל עת את פירוק השותפות** (ולא רק לצאת ממנה).

* **ס' 10 (א) לחוק המיטלטלין מתייחס לשותפות במיטלטלין**: (א) *כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף; הייתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשאי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין*.
* **הבחנה משמעותית בין החוקים**: (1) במקרקעין יש את ס' **37(ב)** שאומר שעד 3 שנים זו הגבלה לגיטימית על יכולתו של שותף לבקש פירוק. לעומת זאת, **ס' 10(א)** אומר שאין הגבלת זמן לדרישת פירוק השיתוף. (2) חוק המיטלטלין שותק בכל הקשור ליכולת הפרישה מהשותפות דרך מכירה (אין מנגנון שדומה **לס' 34 בחוהמ"ק**). כלומר, **קל יותר לדרוש את פירוק השיתוף במיטלטלין, אבל יהיה קשה הרבה יותר למכור את החלק שלנו לאחר.**
* **דגן מנגד אומר שהשיתוף הוא דבר רצוי** (זה נובע מתפיסה קהילתנית).

## יג.2 מעגל השליטה הפרטית

**חשוב – קודם כל נזהה מה הנכס מולנו – מקרקעין רשומים, מקרקעין לא רשומים, זכות, מיטלטלין**

בשיתוף יש שלושה שלבים -

**שלב הכניסה**: כיצד נכנסים לשיתוף, מה הגדרת השיתוף ועוד (ס' 29-30)

**שלבים שיתופיים!**

**שלב המשטר**: מה עושים במהלך השיתוף (ס' 27,28,30-36)

**שלב היציאה**: כיצד יוצאים מהשיתוף (ס' 37-45) – **שלב הפירוק!**

**שלב הכניסה (שלב שיתופי)**

* **הכלל הבסיסי** לכניסה לשיתוף הוא **ההסכמה** בין השותפים ודורשים **הסכם שיתוף** - **29. (א)** הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן - הסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.
* **בהיעדר הסכם שיתוף –** יש כללי ברירת מחדל לניהול משותף **(**דומה לתקנון המצוי) – כלל זה מצוי **בס' 29(ב)** - "באין הוראות אחרות בהסכם יחולו הוראות ס' 30 עד 36". **יש לבדוק** **האם ההסכם שמדובר עליו נכלל בגדר הנושאים שניתן להתנות עליהם** לפי ס' 29 א', אם לא, ניתן לטעון שלא ניתן להתנות על זה ויש לפעול ע"פ כללי ברירת המחדל. **עם זאת, לפי ס' 37(ב) -** הדבר היחיד בשיתוף שעליו לא ניתן להתנות הוא **הגבלה מוגזמת על זכות היחיד לצאת** **ממנו** (בין במכירה, בין בפירוק השיתוף). הגבלה של עד 3 שנים היא לגיטימית לפי הס'.
* **האם הסכם השיתוף מחייב צדדים שלישיים חליפיים** (שמחליפים צד בשיתוף)?

1. **במקרקעין** - הסכם שיתוף מחייב צדדים שלישיים. אולם, **אם א' וב' עשו הסכם שיתוף ולא רשמו את זה ברשם המקרקעין, הוא לא יחייב צדדים שלישיים**! פס"ד ע"א 193/75 אשורי מנשה נ' חיה לוי - גם אם צד ג' ידע על ההסכם וההסכם לא היה רשום הצד ג' **לא** מחויב להסכם. יש כאן מעין ההעצמה של הרישום.
2. **במיטלטלין -** ס' 9(ג) לחוק המיטלטלין עוסק בשאלת הסכם השיתוף: "(ג) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם, ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין (להלן – הסכם שיתוף) **כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר**, ובלבד שהשותף או האחר **ידע או היה עליו לדעת** על קיום ההסכם ותנאיו". **הסכם שיתוף אינו טעון רישום והוא יחייב מחייב צד שלישי בכל מקרה (כל עוד הוא ידע עליו).**

**יג.3 מעגל השלטון הדמוקרטי - שלב המשטר (שלב שיתופי)**

* **בעלות משותפת היא על כל גרגיר של הנכס –** ס' 27. מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.
* **הבעלות מתחלקת ע"פ אחוז שיעור הבעלות של השותפים שהוא שווה בשווה.** ס' 28. חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.
* **הסכם שיתוף המחלק את החזקה בנכס המשותף אינו משנה לעניין הבעלות -** *בוקובזה נ' הממונה על הרשם*: הסכם שיתוף שחילק את החזקה בנכס המשותף בידי שני בעלים. הבעלים קבעו ששותף אחד מחזיק בצד המזרחי והשני בצד המערבי. השאלה שעלתה היא האם הסכם שנותן חזקה בלעדית לכ"א מהם בחצי יוצר חלוקת בעלות (ומבטל **את ס' 27**)? **הסכם כזה לא מאיין את ס' 27, הס' הוא קוגנטי לעניין הבעלות, אבל כן ניתן להתנות עליו מבחינת השימוש.**
* **הדברים שאפשר לקבוע בהסכם שיתוף** - ניהול המקרקעין, השימוש בהם וכן זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין **[ס' 29(א)].**
* **מה לא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף** –

1. הגבלת זכות של שותף לפרק את השיתוף מעבר ל-5 שנים **(ס' 34)** ו-3 שנים **(ס' 37)**
2. תניה שמדברת על אופן פירוק השיתוף - תניה כזו יכולה להופיע בהסכם נפרד לפירוק השיתוף (ויסמן)

**מה שלא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף יהיה בטל ואין לו תוקף אם הוא נקבע.**

* **איך מנהלים את השיתוף במקרקעין** - דרך קבלת החלטות משותפת,הכלל הוא שצריך **רוב** של בעלי החלקים במקרקעין עצמם.סייגים-

1. **דברים שאינם שימוש רגיל בנכס** **[ס' 30 (ג) לחוהמ"ק]** – בדברים כאלו צריך אישור של כל הצדדים לשותפות *(זולבו נ' זיידה)***.** לדוגמא **-** פתיחת עסק בדירת מגורים, הקמת צימר על חלקה חקלאית. במבחן – **חשוב לבדוק היטב את טיב הנכס.**
2. **קיפוח המיעוט [ס' 30 (ב) לחוהמ"ק**] – במקרים שבהם החלטות הרוב מקפחות את המיעוט ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין. מהו קיפוח המיעוט? **בוחנים את התוצאה** שני מקרים מרכזיים בהם זה יקרה: (א) אם המיעוט נפגע ביחס לרווח שנוצר לרוב כתוצאה מהפעולה. (ב)יש מצב שבאופן **שיטתי** יש רוב שזוכה בכל הצבעה ומיעוט שמפסיד בה.
3. **פעולה בחוסר תו"ל בנסיבות העניין** **[ס' 39 + 61ב לחוק החוזים]** – ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
4. **דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר** **(ס' 14 לחוהמ"ק)** – לרוב עמידה דווקנית על זכות. ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין. ביהמ"ש לא יראה בד"כ רצון לממש זכות קניינית בנכס כחלק משותפות כעמידה דווקנית ולכן **ס' זה** **לא יהיה רלוונטי** בד"כ בעניינינו.

* **מה קורה כששותף בודד מחליט לעשות מעשה מסוים במקרקעין**? החוק **[ס' 31 (א)]** קובע שכל שותף רשאי, ללא הסכמת יתר השותפים:

1. להשתמש במקרקעין המשותפים שיתוף סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.
2. עשיית פעולות דחופות ובלתי צפויות (למשל הזמנת כבאית, הזמנת משטרה ועוד).
3. עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

לפי ס"ק(ב)-**אם השותף עשה משהו מתוך הרשימה עליו להודיע לשאר השותפים בהקדם.**

* **מהו שימוש סביר ומתי נכיר באי מניעה משותף אחר**?  *וילנר נ' גולני:* נקבע שהשימוש ששותף רשאי לעשות בנכס המשותף הינו כזה שאינו מונע שימוש דומה משאר השותפים. נקבע גם ששותף רשאי לתת לבני משפחתו לעשות שימוש בנכס. **2 עמדות, במבחן לטעון אותן לכל צד** -

|  |  |
| --- | --- |
| בן פורת (בך תומך)  שימוש סביר – נבחן מבחן אובייקטיבי (=עבודה בקטגוריות).  אי מניעה – אין מניעה אם צד לשיתוף לא אוסר מפורשות על ביצוע פעילות בנכס (ללא קשר ליכולת קיום השיתוף בפועל). זוהי ההלכה. מניעה תתרחש רק במצב של איסור מפורש. | נתניהו  שימוש סביר – מבחן משולב (אובייקטיבי וסובייקטיבי) – השימוש צריך לאפשר שימוש דומה מקביל ליתר השותפים.  אי מניעה – תהיה רק אם קיימת אפשרות מעשית להשתמש בנכס במשותף. |

* **דמי שימוש** (**ס' 33**)- שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש. עם זאת, *זרקא נ' פארס סלמאן* ,השותף יידרש לשלם את דמי השימוש רק אם השימוש שהוא עושה **מונע מאחרים לעשות את השימוש שלהם**.
* **נשיאת הוצאות**:**ס' 32. (א)** כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם. **(ב)** שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין.

## יג.4 מעגל היציאה מעודדת השיתוף (פירוק השיתוף)

* **לגבי מיטלטלין וזכויות** – **ס' 10 לחוק המיטלטלין**, זה המקור.
* **לגבי מקרקעין (עליהם נרחיב כאן**) - **ס' 37-45 לחוהמ"ק.**
* **חנוך דגן** **מפרש את הסעיפים הללו כך**: ע"מ שהשיתוף יפעל טוב אנחנו צריכים להקפיד על זכות יציאה מאוד ברורה וחזקה של כל שותף מהשיתוף. מהי הפרשנות שלו -

1. **עדיפות לקביעות הסכמיות-** כ"א יכול לעצב את האופן שבו ייגמר השיתוף שלו.
2. **עדיפות לחלוקה בעין**- שמירת חלק מהנכס בידיים היא **חלק מתיאוריית האישיות**. אנחנו שומרים/מנסים לשמר את הזיקה של האדם לנכס עצמו. סיבה אחרת היא שמקרקעין הם משאב במחסור ולכן נקפיד שלא לחייב אנשים למכור את המקרקעין.
3. **הוגנות בחלוקה**- הצורך בתשלומי האיזון **ס' 39(ב)** - גם אם מחליטים החלטות שפוגעות לכאורה בחלק מהשותפים ננסה תמיד ליצור איזונים מבחינת תשלומים.

* **יש מדרג וסדר עדיפות לפירוק** -

1. **הסכמה**: **ישנה עדיפות לחלוקה מוסכמת ע"פ סעיף**  **38** - (א)פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, וכל חיקוק אחר בנדון. (ב) באין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

**יש לבדוק אם לנכס יש "דין חלוקה"** - **ס' 143 בחוק התכנון והבנייה**- דרישת תשריט מאושר של חלוקת קרקע כתנאי מוקדם לרישום החלוקה - אם נקבע בהסכם הפירוק פירוק בעין- ההסכם צריך לקבל אישור של המפקח על המקרקעין.

1. **מה קורה כשאין הסכמה?** **ס' 39(א)** קובע שדרך המלך תהיה **החלוקה בעין** ( זה יכול להתבצע רק כשהחלוקה בעין היא בכלל אפשרית לפי חוק התכנון והבנייה).

**סייג לחלוקה בעין**, ס' **40(א),** **גם אם המקרקעין ניתנים לחלוקה אבל ביהמ"ש מגיע למסקנה שחלוקה בעין תגרום להפסד ניכר** לכל השותפים או למקצתם, הוא יכול להורות לחלוקה שאינה חלוקה בעין. **מהו אותו הפסד ניכר**? *בפס"ד רידלביץ' נ' מודעי* **הש' חשין**- יש 2 אופציות – (א) אובדן של רווחים פוטנציאלים - זה לא הפסד ניכר כיוון שזה פותח את השוק הזה למניפולציות רבות שייתנו כוח רב לשותף החזק והרבה פחות כוח לשותף החלש. (ב) הפסד כתוצאה מדרך הפירוק – זו ההלכה שלו.

**מה קורה אם נחתם הסכם קומבינציה להקמת מגדל ושותף להסכם מתחרט ברגע האחרון**? יש כאן הפסד ניכר או לא? לפי הפרשנות של חשין לא כי הפסד רווח פוטנציאלי אינו הפסד ניכר.

1. **פירוק על ידי רישום בית משותף – ס' 42 לחוהמ"ק -** לפי ס' זה, ביהמ"ש רשאי לאחר שקיבל חוו"ד מפקח לצוות על פירוק השיתוף בדרך של רישום כבית משותף והקצאת דירות. לא זו אף זאת, ס' 42(ב) אומר שצריך גם לבצע תשלומי איזון. לפי ס' 42 דרוש: (1) שהבית יהיה ראוי לרישום כבית משותף; (2) אישור חווה"ד של המפקח. חשין **בפס"ד רידלביץ** מציין שזו הפיתרון הקל והפשוט ביותר.
2. **מכירה –** זה המצב שאנחנו מנסים להימנע ממנו. **כיצד היא תתבצע**? *בעלי זכויות בחלקה.. נ' ויסמן:* פירוק השיתוף יעשה ככלל על-ידי חלוקה בעין של הנכס, אך מקום בו סבור בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, רשאי הוא להורות על פירוק השיתוף בדרך של מכירה. ככלל, **פירוק השיתוף בדרך של מכירה יעשה כך שהנכס כולו יימכר, והפדיון יחולק בין השותפים בהתאם לחלקם היחסי בנכס**. אף אם נפל פגם בהתנהגותו של המשיב, אין בפגם זה כדי להצדיק את פירוק השיתוף תוך מכירת חלקו בלבד, בניגוד לרצונו. **ביהמ"ש מונע מעצמו את הסמכות לבוא ולומר שהוראה על דרך המכירה כוללת גם אפשרות להורות לחלק מהצדדים למכור לצד השני** (=לעשות התמחרות פנימית).

# **טו. דיני הבתים המשותפים**

* **בית משותף הוא גם בעלות על הדירות וגם שותפות על הבניין**. **חשין** נוטה יותר לכיוון השיתוף. **ויסמן ודגן (וגם מיגל דויטש)** לא מסכימים איתו. **אמנון להבי** מנגד אומר שהבית המשותף הוא מוסד קהילתני שנועד להאדיר את ערכי השיתוף.
* **שינויים בדירה -**  *בפס"ד צודלר* *ובפס"ד שמע*- דיון על איסור לעשות שינויים בדירה **ס' 2(ב).** **דעת הרוב**- שהשינוי הוא רק שינוי פיזי - אסור, ושינוי ייעוד, מותר. **דעת המיעוט כהן**- שינוי יעוד גם אסור.
* **ההבדל בין דירה לרכוש משותף -** החוק מגדיר את הדירה וכל השאר שאינו מוגדר כדירה – הוא רכוש משותף. **הפסיקה פירשה את הדירה במובן הרחב** (גם סתם חדר) - ה**מבחן הקובע הוא מבחן הייעוד**- מה הקבלן או הדיירים שבתחילה בנו את הבית תכננו כלפי החלק הרלוונטי הזה? פס"ד *גוב אריה*- היה בניין שהיו בו הרבה מחסנים שהוצמדו לדירות והיו גם מחסנים שיועדו להיות צמודים לדירות בקומה הרביעית (שמעולם לא נבנתה בפועל). מה דינם? ביהמ"ש קבע שמדובר ברכוש משותף. אף אחד הרי לא חשב מראש שזה יהיה דירה -אלה הם הרי מחסנים.
* **רכוש משותף ניתן להצמיד רק לדירה ולא לרכוש משותף אחר.** *בפס"ד אתגר*- היה בבניין חדר בקרה (בבעלות פרטית) עם מכונות שנועדו לשמש את כלל הדיירים. הקבלן טען שמדובר על דירה ורצה להשאיר זאת לעצמו. ביהמ"ש קבע שאמנם יש בחדר מכונות שהן רכוש משותף אבל זה לא מעיד על החדר עצמו ולכן הוא מגדיר את החדר כדירה (תומך בקבלן).
* **הגדרת בית משותף** - בניין שיש בו לפחות שתי דירות (**ס' 52**) או שני בניינים נפרדים שיש להם חלקה משותפת או שיש לבניינים מתקנים משותפים. **ס' 59**- **בבניין מורכב** שהוא למעשה שני בניינים נפרדים או בניין אחד עם כמה אגפים, הדיירים יכולים להחליט בתקנון שהוא יתנהל בנציגות נפרד, על אף זאת- הבית נרשם כבית משותף אחד- בניין אחד עם כמה כניסות. הס' הזה הוא מאוד משמעותי ולניהול שלו יש השלכות פיננסיות.
* **לבעל דירה בבית משותף** – היחס בין חוכר לדורות, חוכר משנה (=חוכר מחוכר לתקופה של 5 עד 25 שנים) ובעלים הוא זהה
* **הצמדות**- תיתכן הצמדה של רכוש משותף מסוים ובלתי מסוים.

1. **מסוים**- זוהי הצמדה פיזית של רכוש מוגדר לדירה שלי, כמו חניה. **ס' 62(א)** לחוק אומר שאם אני רוצה להצמיד רכוש משותף לדירה פלונית – אני צריך לקבוע את זה בתקנון ולקבל את **הסכמתם של כל בעלי הדירות**. חריגים:

* **ס' 55(ג)** שקובע שיש מספר מקומות שלא יכולים להיות מוצמדים. מקלט, חדר מדרגות, מעליות ומתקנים משותפים לשימוש כל בעלי הדירות (סוג של סעיף סל שנתון לפרשנות). דויטש וויסמן אומרים על החריג הזה שאפשר להוכיח שמשהו מהרכוש המשותף הזה לא ממש משמש את כולם (למשל 3 מדרגות אחרונות בכניסה לדירה ספציפית), ואז כן יהיה אפשרי להצמיד אותו למרות שהוא חלק מהחריג שבס' 55(ג).
* **ס' 71ב** - **אם ההצמדה היא לטובת הרחבת דירה**, מספיק רוב של 75% מבעלי הדירות שמחזיקים ב-66% מהרכוש המשותף הבלתי מסוים. במקרה הספציפי של ממ"ד דרושה הסכמת רוב של 60% מבעלי הדירות. **בעל דירה שקיבל בעצמו אישור להרחבה לא יכול להתנגד להרחבה דומה** (=מאותו סוג ובאותו הגודל) של בעל דירה אחר.
* **[ס' 62א)]** - **הגבלות דרך התקנון** - ההחלטות בתקנון נחלקות ל-2: הצמדה והחלטה רגילה. **דרך התקנון ניתן גם להטיל הגבלה כלשהי (לא רק כסף) על שאר בעלי הדירות**. במקרה כזה צריך את הסכמתם של כול. לדוגמא – להחליט שמעכשיו כולם טבעוניים.

1. **בלתי מסוים**- בחוק קבוע שלכל בעל דירה באשר הוא יש רכוש משותף שמוצמד לדירתו בהתאם לשטח רצפת דירתו באופן יחסי לשטח הבניין.מה המשמעות של רכוש משותף בלתי מסוים: (א) **כוח ההחלטות באסיפה הכללית** – לא מספיק רוב של בעלי דירות אלא צריך גם רוב של מחזיקי רכוש משותף בלתי מסוים – כלומר לבעל פנטהאוז למשל יש יותר כוח באסיפה הכללית; (ב) **דמי אחזקת רכוש משותף** – התשלום היחסי מתבצע בהתאם לחלק היחסי של הדירה ברכוש המשותף הבלתי מסוים (בעל הפנטהאוז שבענייננו ישלם יותר מיסי ועד בית מבעל דירה קטנה יותר).

* **יישוב סכסוכים בבית משותף** - יש מפקח שמטרתו ליישב סכסוכים ויש גם את האגודה לתרבות הדיור.
* **בתים משותפים שלא נרשמו** **ס' 77 א'– ו'** דן בנושא זה. במה ס' זה לא דן? בכלל של **ס' 54** ["על אף האמור בס' 13 (איסור עסקה בחלק מהמקרקעין) דירה בבית משותף היא נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות"]. בנוסף, **ס' 77** לא דן בחוסר היכולת לרשום תקנון מוסכם. כלומר, **כל זמן שהבית המשותף אינו רשום – לא ניתן לרשום תקנון מוסכם (ותלויים בתקנון המצוי).**
* **סוגיות של פינוי בינוי**- *פס"ד שוורצברגר נ' מרין*- בפרויקט כזה יש התנגשות בין זכות קניין אישית לאינטרס חברתי וצורכי הציבור. ס' 1 לחוק פינוי בינוי אומר: מקבץ = בית משותף / כמה בתים משותפים שיפונו להקמת פרויקט. עוד מס' 1 עולה שכדי ליישם את הפרויקט דרוש: (1) רוב של 80% מדיירי המקבץ שלפחות 75% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם; (2) 67% לפחות מכל אחד מדיירי הבתים הסכימו; (3) 67% לפחות מהרכוש המשותף בכל בית צמוד לדירותיהם של אלו שהסכימו.

אם הושג הרוב בשלושתם: ס' 2(ב) לחוק פינוי בינוי מציג רשימת סיבות סירוב סבירות. אם הסירוב בלתי סביר – המסרב יחוב בנזיקין לפי ס' 2(א) בשל הנזק שייגרם לשאר מהסירוב שלו.

# **נושא #5 – זכויות בנכסי הזולת**

# **יט. זכות קדימה ו-טז. זיקת הנאה**

**זכות קדימה**

* **אדם המוכר קרקע חייב להציע אותה לאדם אחר בתנאים מסוימים לפני שהוא מציע אותה לציבור הרחב**. הס' לעניין זכות הקדימה הם סעיפים 99-106 לחוק המקרקעין.
* **מתי חלה**: בבעלות ובחכירה לדורות. **מתי לא חלה**: בשכירות קצרת טווח
* **זכות קדימה היא זכות קניינית. כיצד היא נרכשת?**

1. מכוח הסכם דו שלבי (ס' 99): (1) שלב חוזי ; (2) שלב רישום. במצב כזה ניתן לרשמה בלשכה לרישום המקרקעין (הטאבו), כמו כל עסקה.
2. מכוח דיני ירושה (ס' 100(ב) + ס' 113 לחוק הירושה) – (א) זכות קדימה של יורש על פני זרים (ב) זכות קדימה של יורש ע"פ יורשים אחרים. **לדוגמא - בין יורשים במשק חקלאי** - אם אחד היורשים לא רוצה זכויות במשק, הוא חייב קודם כל למכור את הקרקע לאחיו ורק אח"כ לשאר העולם.
3. בין בני זוג **(ס' 101)** - אם בעל רוצה למכור את חלקו בדירה, ראשית עליו להציע את המכירה לאשתו, כדי לא להכריח את האישה להיכנס לשותפות שהיא לא מעוניינת בה (כולל: דירת מגורים / משק / בית עסק). לא דורש רישום היות והדין כבר רושם את הזכות

* **איך מבצעים את זכות הקדימה -** בהיעדר תנאים אחרים בהסכם -

1. שליחת הצעה למי שיש לו זכות קדימה ולרשם המקרקעין.
2. יינתן חודש להגיב עליה.
3. אם הניצע לא הגיב – נראה אותו כמי שוויתר על זכותו ונחפש קונה.
4. כעת עומדת לרשות הניצע חצי שנה - אם מצאתי קונה שמוכן לקנות את הקרקע במחיר זהה או גבוה מזה שהצעתי לבעל זכות הקדימה 🡨 אוכל למכור לאדם הזר. אם מצאתי קונה שמוכן לקנות במחיר נמוך יותר, אציע שוב לבעל זכות הקדימה באותו המחיר הנמוך.
5. אם עברה חצי שנה ולא מצאתי קונה – יש להציע שוב לבעל זכות הקדימה.

* **זכות קדימה טעונה רישום ברשם המקרקעין**, הן לפי הפסיקה והן לפי דבריו של ויסמן.
* **ס' 104 – מתן מתנה**: העברת הנכס בלא תמורה משהה את זכות הקדימה עד למכירת הקרקע בפעם הבאה ומקבל המתנה כפוף לזכות הקדימה המקורית. החוק לא יכול לקבוע לאדם למי לתת מתנה.

**זיקת הנאה (ס' 5 לחוהמ"ק)**

* **הזכות ליהנות מהנכס, יכולה להיות גם כלפי הציבור ולא רק כלפי אדם מסוים**
* **לזכות זיקת ההנאה במקרקעין, כמו כל זכות, יש שני שלבים**: (1) השלב האובליגטורי / חוזי; (2) שלב הרישום – השלב שבו משתכללת הזכות.
* **לזיקת הנאה יש ארבעה סוגים של נהנים** (ס' 92 לחוהמ"ק)

1. **אדם**- ספציפי שנהנה מזיקת הנאה. למשל, אדם העובר באופן קבוע דרך חצר חברו.
2. **ציבור**- לדוג': דרך קיצור כללית מאד.
3. **מקרקעין-** זיקת הנאה כלפי מקרקעין מסוימים (נקרא מקרקעין זכאים). למשל, מים המועברים בהתבסס על חוזה ממקרקעין מסויימים למקרקעין אחרים- זה יכול להיות גם זיקת הנאה. **מקרקעין אינם נחשבים "חייבים" אלא "כפופים".**
4. **סוג בני אדם**- זיקת הנאה כלפי סוג בני אדם.

* **המבחן שנקבע לבירור האם זיקת ההנאה היא כלפי בני אדם או כלפי הקרקע** - מבחן הזכויות בקרקע **פס"ד אסתר-חאן נ' בן חורין** – קרקע שעברו בה דיירי בית במשך 30 שנה. יום אחד, בעל הקרקע החליט לשים שער שחסם את דיירי הבניין מלעבור בקרקע. דיירי הבית (אסתר חאן) טענו לזיקת הנאה מכוח שנים: הם אומנם לא רשמו זאת באף מקום אבל מצד שני, גם הוא לא מחה. הדיון הגיע לביהמ"ש שאמר שבעל המקרקעין היה צריך למחות ושהתקנת שער אינה בגדר מחאה. ואולם חאן לא עצרו כאן, הם גם דרשו להחנות את רכבם על הקרקע. את זה הם כבר לא קיבלו מביהמ"ש. **השופט לוין**: יש זיקת הנאה ואולם היא מוגבלת. **השופט בן יאיר** (מיעוט): זיקת ההנאה היא שלימה ומלאה (ולכן יכולים גם להחנות רכב)

**נשאלה השאלה האם מדובר בזיקת הנאה של בני אדם או מקרקעין**?- **ביהמ"ש קבע את המבחן הבא: בזיקת הנאה של מקרקעין הקשר נובע באופן ישיר מזכויותיו במקרקעין של הזכאי, לעומת זיקת הנאה, בה הקשר נבוא באופן אינהרנטי מזכאי.**

* **זיקת הנאה במקרקעין - ס'** 98: אפשרי במקרה בו שתי החלקות בבעלות אותו אדם, אם שניהם עברו לבעלות אדם אחר- הזיקה לא בטלה. אם אוחדו לחלקה אחת- הזיקה כן מתבטלת.
* **מקרה של חלקות המקרקעין – ס'** 97 – כל חלקה מקבלת את הזיקה שהייתה קרובה אלי.
* **תוכן הזיקה -** ס' 93: זכאות לשימוש מסוים של בעל המקרקעין הזכאים או הזכאי, הימנעות מביצוע פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים, חובה לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים.
* **כיצד נוצרת הזכות:**

1. **מכוח הסכם** – ברגע שעשיתי הסכם עם אדם בו אני מאפשר לו לעבור בקרקע שלי, ההסכם הופך להיות זכות קניינית שאני מקנה לאדם אחר.
2. **בשל דין** – צוואה (מוריש לבן שלי בתנאי שהוא שומר לי זיקת הנאה), מעשה מנהלי.

פס"ד קיבוץ החותרים- המדינה הגיעה להסכם עם חברות מסוימות לקבל עדיפות בזכייה במכרזים ממשלתיים בתחום כריית החול. בשנת 2000 יצאה הנחיה המבטלת את העדיפות. החברות שקיבלו עדיפות (ובכללן קיבוץ החותרים) עתרו כנגד הביטול. **אחת מטענותיהם הייתה שנוצרה להם זיקת הנאה כלפי העדיפות**. **ביהמ"ש לא קיבל את הטענה** ואולם הוא לא דחה זאת על הסף, כלומר, י**ש אפשרות עקרונית לקבל זכות קניינית בדרך זאת ואולם הזכות מצומצמת.**

1. **מחמת כורח** - למשל, כשהדרך היחידה להגיע לחלקה שלך היא דרך החלקה של האחר.
2. **מכוח שנים** - ס' 94 – "התיישנות רוכשת". **תנאים להשתכללות הזיקה:**

* **שימוש ממושך של 30 שנה**, גם לסירוגין – פס"ד טוינה נ' לוי – שתי משפחות שעברו דרך המקרקעין של חבריהם במשך 30 שנה (טוינה עברו דרך לוי). ביהמ"ש קבע שיש להם זיקת הנאה למקרקעין וזאת על אף שהמעבר נעשה לסירוגין במשך ה30 שנה. עניין נוסף שעלה מפסה"ד הוא האם מותר למשפחה להעביר את בלוני הגז שלהם דרך חלקת שכניהם. ביהמ"ש קבע שיש להם גם על זה זיקת הנאה. **אופציית הכניסה לנעלים** – אפשרית. לדוגמא – האבא הלך באותו שביל 20 שנה והיורשים שלו הלכו עוד 10 שנים , משתכלל לדרישת ה-30 שנה.
* **הזיקה צריכה להיות פומבית** – המבחן הוא מה היה צריך בעל הקרקע לדעת – מה שאדם סביר היה צריך לדעת בנסיבות (בן חורין)
* **בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים**: א. הודעה בכתב למשתמש. ב. הודעה כללית לציבור.
* **תוקף הזיקה - ס' 96 -** כל עוד לא הוסכם אחרת- בלתי מוגבל.
* **העברת זיקת הנאה – ס' 95 -** ללא הסכמה של בעל מקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת אדם. ירושה מהווה את החריג לסעיף.
* **בית המשפט מוסמך לבטל את זיקת ההנאה בשל** – (א) אי הפעלת הזיקה. (ב) שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה (פעם הלכת בשקט, עכשיו אתה הולך עם תזמורת) (ג) שינוי שחל במצב המקרקעין הפופים או הזכאים. **הדרכים לביטול זיקת הנאה –** א. אחד הצדדים פונה לבהמ"ש. ב. ע"י היועמ"ש
* **תחולה במקרקעי ציבור - ס' 113-** מלשון החוק לא משתמע שזיקת הנאה לא חלה שם. ויסמן חולק על כך וטוען שניתן ליצור זיקה במצבים מסוימים (יש לזכור שרוב הקרקעות בארץ הן של המדינה)

# **יז. שכירות**

* **מעוגנת ב ס' 3 לחוק המקרקעין -** *3*. *שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".*
* **לשכירות שלושה תנאים שצריכים להתקיים** – לבחון אותם:

1. **בתמורה** - ערך כלכלי ממשי (בניגוד לרישיון למשל).
2. **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם**
3. **שלא לצמיתות**- *עמידר נ' מנדה* - לא קיימת ע"פ חוהמ"ק שכירות ללא הגבלת זמן. שכירות חייבת להיות תחומה בזמן והיא יכולה להיות עם אופציה להארכה.

* **במקרקעין יש לנו שלושה סוגים של שכירויות**:

1. **שכירות קצרת מועד-** לתקופה של עד 5 שנים (כולל אופציות – גג עד 5 שנים).
2. **חכירה-** תקופה של למעלה מ-5 שנים ועד 25 שנים.
3. **חכירה לדורות-** למעלה מ-25 שנים.

* **השכירות היא זכות קניינית - ס' 21 לחוק השכירות** קובע שהשוכר ימשיך לשבת במקרקעין גם אם יעבירו את הנכס יימכר לאדם אחר (חל גם על שאילה), זה מגן עליו במקרה של תחרות. **ניתן לשעבד את השכירות** (אם אין התניה בחוזה כנגד זה). **ניתן להעביר את זכות השכירות לאחר -** **ס' 22 לחוק השכירות. ניתן להקנות לאחר זיקת הנאה**. **העברת המושכר**: **ס' 21** קובע כלל לפיו קונה של נכס שכרגע מושכר לאדם אחר רשאי לעשות את עסקת המכירה, אבל הקונה מקבל את הנכס בכפוף לשכירות הקיימת בו.
* **כלל סעיפי חוק השכירות והשאילה ניתנים להתניה ורק ס' 22 מוגבל להתניה**.
* **מה קורה אם הצדדים הגבילו את עבירות השכירות בחוזה עצמו**?(**ס' 22)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין (החוק נותן כוח רב יותר לשוכר) | מיטלטלין / זכויות |
| יש הגבלת עבירות | **כפוף לשיקול דעתו של ביהמ"ש**. המשכיר צריך להסביר את סיבות הסירוב שלו, ועל הסירוב להיות סביר. | **איסור עסקה.** אם המשכיר לא מסכים להעברה היא לא תתקיים ולא משנה מהן הסיבות שלו להתנגדות. |
| אין הגבלת עבירות | **הרשאה לביצוע העסקה.** אם הצדדים לא הסכימו ביניהם על מגבלות אז אין מגבלות (זוהי ברירת מחדל – המשכיר אם ירצה יכול לגשת לביהמ"ש ולתבוע מטעמים שהוא יצטרך להוכיח כסבירים). | **כפוף לשיקול דעתו של ביהמ"ש**. המשכיר צריך להסביר את סיבות הסירוב שלו, ועל הסירוב להיות סביר. |

* **ישנם מצבים שבהם אנחנו נראה בהתנגדויות של המשכיר** **לעבירות הזכות** **כהתנגדות סבירה**

1. *אשגרם נכסים בע"מ* **מבחן סוג הנכס** - הקטגוריה שבה הכיר ביהמ"ש כטעם סביר להתנגדות היא סוג הנכס. יש נכסים, אומר ביהמ"ש, שהעמידה הדווקנית של בעליהם תצדיק לפי המאפיינים שלהם את אי העבירות.
2. *מדינת ישראל נ' וייס*- **מבחן זהות השוכר** - נקבע, שעל החוכר להראות כי התנאי שממנו נובע הסירוב הוא חסר טעם הוגן וממשי ולכן הינו בלתי סביר. עוד נקבע שסבירות הסירוב תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.
3. *פס"ד בנק הפועלים* -**מבחן אי עמידה בתשלומים**- מדובר במצב בו השוכר שביקש להעביר את שכירותו לא עמד בתשלומיו- כשיש הפרה של חוזה השכירות ע"י השוכר הראשון והוא לא עומד בתשלומיו – הוא לא יכול להעביר זאת לאחר.

**נטל ההוכחה יושב על השוכר שצריך להראות שטעמי הסירוב של המשכיר אינם סבירים** (*מ"י נ' וייס*).

* **השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים** **יש הגבלת עבירות בחוזה**-

1. השוכר יעביר את השכירות או יכניס שוכר-משנה (למורת רוחו של המשכיר ומבלי אישורו).
2. המשכיר ייקח אותו לביהמ"ש- הוא ייטען שהשוכר חרג מהחוזה ושטעמי הסירוב שלו הם סבירים.
3. נטל ההוכחה להסביר שהטעמים להתנגדות בלתי סבירים הוא על השוכר.
4. 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**- השוכר יוכל לבצע את הפעולה בכל זאת רק באישור ביהמ"ש.
* **אם זה מיטלטלין**- בכל מקרה השוכר לא יוכל להעביר את השכירות ללא אישור המשכיר.
* **השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים** **אין הגבלת עבירות בחוזה**-

1. **במקרקעין** - מותר לשוכר להעביר את השכירות או להכניס שוכר-משנה (וזה לא תלוי רשות).
2. **במיטלטלין** - מותר לשוכר להעביר את השכירות כתלות באישור ביהמ"ש שיצהיר שהטעמים הם בלתי סבירים.

* **שכירות קצרת מועד -** עד 5 שנים **– לטובת שכלול השכירות חשוב לציין מועד.** 'מועד השכלול'הוא מועד המעבר מהשלב האובליגטורי לשלב הקנייני.

1. **חוהמ"ק ס' 79 (א' + ב') פוטר בשכירות קצרת מועד משני דברים** - חובת רישום (הדרישה מופיעה במקור בס' 7) וחובת עריכת מסמך בכתב (הדרישה מופיעה במקור בס' 8).
2. **חוק הגנת הדייר ס' 152** - **פטור מרישום בפנקסי מקרקעין**.סעיף זה מרחיב את הפטור לעשר שנים ולכן הזכות במקרקעין תקיפה כלפי כולי עלמא גם אם היא לא רשומה.

**שכירות שאינה עולה על 10 שנים אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין**. עם זאת – ס' זה לא לגמרי שולל את תוקפו של **ס' 79** כי לפי ס' זה **בשכירות של מעל ל-5 שנים עדיין יש צורך בעריכת הסכם בכתב.**

* **חכירה לדורות -**

1. **האם מדובר בשכירות או בבעלות -** *בפס"ד לוסטיג נ' מיילס* ביהמ"ש קובע כי ניתן לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין כיוון שהזכויות בחכירה לדורות מקבילות לבעלות. לכן, יש להתיר ביצוע עסקה רק בחלק מהמקרקעין.
2. **מה קורה עם נגמרת תקופת החכירה?** *בסו נ' מלאך*בפס"ד זה ביהמ"ש מונע שמיטת קרקעות ויהיה קשה מאוד לאכוף ולהצדיק השבת קרקע למדינה בתום חכירה. **רלוונטי לחכירה מהמדינה, לא מאדם פרטי.**
3. **חכירה יכולה להתבטא בשני צורות –**

|  |  |
| --- | --- |
| **חכירה לדורות = שכירות** | **חכירה לדורות = בעלות** |
| (1) **במגזר החקלאי – תשלום נמוך**. חוזי החכירה שנעשים מול המגזר החקלאי נעשים **בהנחות** עבור הזכויות עצמן. כלומר, הם משלמים פחות ממה שהם היו משלמים אם הם היו מקבלים את הקרקעות במגזר העירוני. | (1) **במגזר העירוני – תשלום גבוה**. חוזי החכירה שנעשים מול המגזר העירוני לא נעשים **בהנחות** עבור הזכויות עצמן. כלומר, הם משלמים יותר ממה שהם היו משלמים אם הם היו רוכשים את הקרקעות במגזר החקלאי. |
| (2) **זכויות חלשות – עבירות מוגבלת**. חוזי השכירות שנכרתים איתם הם לרוב **תחת מגבלות רבות יותר** מאשר חוזי השכירות שנכרתים במגזר העירוני (חוסר הרצון לאפשר להם להעביר את הקרקעות לגורמים לא רצוניים). | (2) **זכויות מוגברות – עבירות גבוהה**. חוזי השכירות שנכרתים איתם הם לרוב **תחת מגבלות נמוכות יותר** מאשר חוזי השכירות שנכרתים במגזר החקלאי (ולכן הם יכולים לעשות במקרקעין את כל אשר ייבחרו לעשות). |

* **שכירות ליסינג מימוני ותפעולי-**

1. **סוג מסוים של שכירות לטווח ארוך יחסית** (לרוב של שלוש שנים). ההבדלים- **תפעולי**- שכירות רכב ארוכת טווח; **מימוני**: אמצעי מימון לרכישת רכב חדש (מעין פריסת תשלומים).
2. **הכול מסכימים כי ליסינג תפעולי הוא** **שכירות**. **האם גם ליסינג מימוני הוא שכירות? ליסינג זה מהווה הלוואה לרכישת הרכב ולכן גם פה מדובר באופן עקרוני בסוג של שכירות**.עם זאת, ביהמ"ש קבע שיש הבדל גדול אם יש לך שכירות או אם מדובר בהלוואה שמישהו נתן לך ואתה רק פורע אותה.
3. *הפועלים ליסינג בע"מ נ' טיפול שורש*- השופט **אור** מנה את הקריטריונים להבחנה בין עסקת ליסינג מימוני לעסקת שכירות כעסקת ליסינג תפעולי, וביניהם: (1) **היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס**, כך שככל שהתשלום התקופתי איננו משקף שווי שוק של דמי שכירות הנכס, יש בכך כדי להחליש את היבטי השכירות בעסקה; (2) **היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים על-פי הסכם הליסינג**, כך שאם היוון זרם התשלומים התקופתיים על-פי הסכם הליסינג קרוב לשווי השוק הנוכחי של הנכס, יש בכך לחזק את אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר בתוספת עסקת הלוואה; (3) **קיומה של אופציית רכישה וערכו של התשלום הנדרש למימושה של אופציה זו**, כך שבמידה וקיימת אופציה לרכוש את הנכס בתשלום מינימאלי, מתחזקת המסקנה בדבר אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר בתוספת עסקת הלוואה; (4) **מספר הצדדים לעסקה,** במובן זה שאם בין בעל הנכס לשוכרו קיים צד נוסף אשר עניינו האמיתי הוא בעסקת אשראי עם השוכר, יחזק הדבר את הנטייה לראות בעסקה עסקת אשראי; (5) **השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג**; (6) **נסיבות כריתת העסקה.**

# **יח. רישיון (בר רשות)**

* **בר רשות הוא מי שיש לו רישיון לשבת במקרקעין**. רישיון **לא מוגדר כזכות קניינית** אלא הוא זכות אובליגטורית ואישית שניתנת לאדם לשבת במקרקעין. רישיון שונה מזיקת הנאה- זיקת הנאה היא זכות קניינית **רישיון הוא לא זכות קניינית אלא זכות חוזית**. הגדרת **נינה זלצמן** -רישיון הוא הרשאה והיתר לשבת או לעשות שימוש מסוים במקרקעין.
* **חשוב להבין שלרוב בעלי רשות יהיו אנשים שנכנסו שלא ברשות לקרקע וצברו שם ותק** (ראה ערך גבעת עמל). מנגד, אדם שרוצה להיכנס למוסד קנייני כמו רכישת או שכירת מקרקעין הולך ופועל לטובת העניין – רישום חוזה, התדיינות וכו.
* **הרישיון אינו ניתן, ככלל, להעברה**, אבל היו מקרים חריגים של העברה, בד"כ באישור הבעלים.
* **למה משתמשים ברישיון -** המטרה העיקרית שנותרה לרישיון כיום היא **היכולת לשלול עבירות**! הרישיון הוא זכות אישית ובניגוד לשכירות **(ס' 22)** לא ניתן להעביר את הזכות שלך ברישיון.
* **בכל רישיון יהיו לעולם שתי הבחנות בסיסיות** (כל ארבעת האפשריות יכולת להתקיים כולל רישיון מכללא ורישיון תמורה שיקרה כשהתופס השקיע בנכס):

|  |  |
| --- | --- |
| אופן הענקת הרישיון | התמורה עבור הרישיון |
| רישיון חוזי מפורש (ערכנו חוזה המאפשר לאדם להשתמש במקרקעין) | רישיון בתמורה |
| רישיון מכללא (אי מחאה של הבעלים) | רישיון חינם |

* **פרשנות הרישיון -** *חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן ואח':* ביהמ"ש הודף טענות של התאמה בין העובדה שהרישיון נרכש בתמורה מסוימת ליכולת הביטול שלו. **אין קשר בין איך הרישיון נרכש לזכות הביטול וכל רישיון ייבחן בנסיבותיו ויישקל אם יש לבטלו ואם לאו**.
* **קריטריונים להיקף ההגנה על הרישיון-**

1. **היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין**
2. **הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול מהמקרקעין** – מידת ההסתמכות של אדם על הרישיון לפעול במקרקעין תקים ותפיל דבר.
3. **משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור** – ככל שמשך זמן החזקת הרישיון גבוה יותר – כך ביהמ"ש ייטה פחות לבטל את הרישיון ולהיפך.
4. **התמורה, ככל שניתנה ,בגין הרישיון**- ככל שהתמורה שניתנה בגין הרישיון גבוהה יותר – כך ביהמ"ש ייטה פחות לבטל את הרישיון ולהיפך.

* **נק' המינימום בזכות הרישיון** **היא שהרישיון ייקטע באופן מיידי** והוא אף ייאלץ לשלם עבור השנים בהם הוא עשה שימוש במקרקעין. **נק' המקסימום היא שהרישיון יהיה בלתי הדיר**, כלומר, שלא ניתן יהיה לבטל את זכות הרישיון של מחזיק הרישיון כלל.
* **היחס להדירות הרישיון -** *יצחק רוזן נ' יגאל סלונים*- **שמגר** אומר שיש להירגע עם הטענות המהירות לרישיון בלתי הדיר. יש מקומות שבהם למרות הפרה של חוזה כתוב הרישיון ניתן לביטול ולכן גם רישיון יהיה נתון לביטול וישולמו פיצויים, ויש אפילו מקרים שבהם ביטול הרישיון לא יחייב בתשלום פיצויים בכלל. **התוצאה הכמעט תמידית ברישיון היא שהרישיון הוא הדיר וניתן לביטול**. לפיכך לפי **שמגר** - גם רישיון בלתי הדיר ניתן לביטול ולעיתים אף ללא תשלום פיצויים.
* **מה האופציות שלנו בתביעת רישיון** – (א) המשך קיומו של הרישיון (על אף רצון הבעלים לבטלו). (ב) ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים בתשלום פיצוי (ג) ביטול הרישיון ללא פיצוי.
* **בעת ביטול רישיון שניתן ללא תמורה בנכס מקרקעין** **הפיצוי הוא רק בגין השקעות בדבר הרשות בנכס והשבחתו** (*עבד אל סלאם חיר נ' לידאי*).
* **חשוב להבין שלרוב בעלי רשות יהיו אנשים שנכנסו שלא ברשות לקרקע וצברו שם ותק** (ראה ערך גבעת עמל). מנגד, אדם שרוצה להיכנס למוסד קנייני כמו רכישת או שכירת מקרקעין הולך ופועל לטובת העניין – רישום חוזה, התדיינות, תחילת בנייה וכולי.
* **איך ננתח רישיון במבחן – (א) נסביר מה הוא. (ב) נסביר את הסוג שלו. (ג) נבדוק את ההגנה על הרישיון ע"פ 4 הקריטריונים. (ד) נצביע על 3 האופציות בתביעה.**
* **הקיבוצים והמושבים כברי רשות –**  הם ברי רשות ומחזיקים בזכות מאוד מוגבלת (אישית ולא קניינית) שמתחדשת כל 3 שנים. **התושבים** (חברי המושבים) **הם ברי רשות של ברי רשות** (כלומר הם גלגול שלישי). כל מה שיש להם מבחינת זכויות זה רשות מטעם האגודה השיתופית. **מה הבעייתיות בכך**? כרגע אמרנו שרישיון הוא זכות אישית ולא דבר עביר. **איך זה מסתדר?** ניתן בכ"ז להעביר רישיון אם הרשות ניתנה במפורש גם להעברת הזכות לאדם אחר. **למה המבנה הזה קיים** – כדי להבטיח לסוכנות שליטה בישוב ובתושבים.

*עמותת שיח חדש* טענת הארגונים החברתיים כנגד הקיבוצים שלמעשה ניסו ליהנות משינוי ייעוד של מקרקעין סמוך לקיבוצים. מה שקורה שם זה שלמעשה, קרקע שהוקצתה ליישוב במסגרת הסכם, כשחידשו את זה גרעו להם חלק מהקרקע וייעדו את זה למרכז מסחרי. עקרונית הם לא היו אמורים לקבל כלום. כל פסה"ד נסב סביב ההחלטה של רשות מקרקעי ישראל לפצות את המושבים והקיבוצים ביותר ממה שמגיע להם. כשהקיבוצים והמושבים באו וטענו כנגד זה, ביהמ"ש ביטל את ההחלטה ופסק להם פיצוי מעט יותר גבוה מהקרקע.

*פס"ד בצר נ' צילביץ:* בית המשפט קבע בפסק הדין שמדובר ברישיון בלתי הדיר. אין להורים זכות לחזור בהם מהמתנה שנתנו לילדים. בעיקר בשל: **כוונת הצדדים** -בעת מתן הרישיון, **היקף ההשקעות שבוצעו, לא רישיון חינם.**

* **מוסד הרישיון (ההדיר) במקרקעי ציבור-** בתי המשפט לא מכירים ברישיון בלתי הדיר במקרקעי ציבור (עובדה זו היא בחזקת אקסיומה) וגם הפיצוי שיינתן, אם בכלל, יהיה מאוד נמוך. למה? כי ביהמ"ש הודף פלישה למקרקעי ציבור.(*חבה נ' מינהל מקרקעי ישראל)*

# **יח. בטוחות (שעבודים)**

* **מהו שיעבוד?** שיעבוד ברמה העקרונית הוא אחיזה כלשהי בנכס. החוק המרכזי שעוסק בשעבודים ובאופן שבו אנחנו יכולים להשתמש בהם בחיי המסחר שלנו הוא חוק המשכון.
* ס' 1(א) לחוק המשכון - *"משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב"*.**חשין** *בפס"ד קידוחי הצפון* **שלושה רכיבים עיקריים בעסקת משכון**:

1. **החייב חב חיוב כלשהו לנושה** -כל הסיפור של משכון מתחיל למעשה מחוב.
2. **החייב מכפיף, משעבד, נכס כערובה לקיום החיוב**- מה שהופך את זכותו של הנושה לבעלת "אופי" קנייני (In rem).
3. **השעבוד משמיע אפשרות לחייב להיפרע ממנו** **(ס' 3 לחוק המשכון).**

* **יתרונות מוסד המשכון** –

1. **למה שהחייב ירצה לתת משכון** - מוסד המשכון מאפשר לנו לבצע עסקאות עם פחות חשש, סיכון קטן יותר, וזה מוזיל בצורה משמעותית את העסקה. **למה שנושה יעדיף שיהיה לו נכס כבטוחה?** (א) זכות להיפרע מהנכס עצמו. (ב) זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים. **למה זה טוב לחברה בכללותה**? הרציונל שעומד בבסיס כל הפעילות הקניינית והמסחרית הוא לאפשר חיי מסחר תקינים.

* **סדר הפירעון-**

1. שסל"ן (שיעבוד ספציפי לרכישת נכס). זהו השעבוד הנקי ביותר עבור הנושה.
2. **שיעבוד ספציפי** (כל זמן שהשעבוד הצף הראשון בזמן אינו מוגבל). **ס' 166(ב)** **לפקודת החברות.**
3. **זכויות בדין קדימה** - שכר עבודה של פועלים + פיצויי פיטורין **>** רשויות המס + דמי רנטה על הנכס.
4. **שיעבוד צף**.
5. **נושים אחרים וספקים שלא מחזיקים בבטוחות** (רוב האנשים)

* **אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?** **ס' 2(ב) לחוק המשכון** – "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא". המטרה פה היא מאוד ברורה.

***הלכת קולומבו:*** **ביהמ"ש קבע שכל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא חוזה חשוד, ועל מנת להחריג אותו מנושא של משכון צריך לעשות זאת בצורה ברורה – באמצעות רישום**. המסר שיצא מביהמ"ש הוא שכל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא בפועל חוזה משכון.

**למי שייכים הצעצועים (המשכון)?** בעסקת מכר **במיטלטלין**: **הבעלות עוברת ע"פ ס' 33 לחוק המכר בעת העברת הנכס** אא"כ הוסכם אחרת בין הצדדים. זה מה שקרה במצב של קולומבו. אם כך, **למה ביהמ"ש פסק בניגוד להסכמת הצדדים**?

1. **מתן תוקף להיבטים הכלכליים והמסחריים של העסקה.**
2. **עלינו להסתכל על מהות העסקה -** אי אפשר לפי ה-Title של החוזה להחליט באיזו עסקה מדובר.
3. **בחינה ראויה של הרציונאליים של חוק המשכון** – החוק והפומביות שבו נועדו להגן על צדדים שלישיים, שידעו למה הם נכנסים. אם אנשים נכנסים לעסקאות שאינן נכונות, אנו פוגעים בצדדים שלישיים – אנו מאפשרים לאנשים לעבוד על אחרים ולהקדים את עצמם בסדר הקדימות.

**הביקורת על הלכת קולומבו** (מופיע גם *בפס"ד קידוחי הצפון):***פגיעה בפרקטיקה המסחרית-** הפרקטיקה של מכירה באשראי תוך התניית שימור בעלות חשובה לעולם המסחר. **חוסר מעשיות-** התניית מתן אשראי ברישום משכון אינה מעשית וכרוכה בעלויות גבוהות. **רישום שעבוד ספציפי או צף**- יש קושי רב ברישום שעבוד ספציפי על סחורה מתחלפת בתדירות גבוהה, ואילו שעבוד צף אינו רלוונטי לנושים קטנים ופרטיים. **חוסר במידע** –סתם טענה מטומטמת **ביקורת תיאורטית**- **פגיעה בזכות הקניין** -אם נאמץ את הלכת קולומבו ונאמר שכל תנית שימור בעלות היא טענה מלאכותית, נפגע בזכות הקניין עקב הענקת משמעות רבה לפומביות ע"ח זכויות הקניין של הצדדים. בנוסף, **ס' 2(ב) לחוק המשכון** **צריך להתפרש בצמצום** – שכן אחרת, אנו מעניקים העדפה לא הוגנת לנושי הקונה על פני נושי המוכר.

* **היפוך הלכת קולומבו** *- פס"ד קידוחי הצפון* בעצם אומר ש"**הלכת" קולומבו צריכה להתפרש בצמצום**, ומכל מקום **זה לא שכל הסכם שבו תהיה תנית שימור בעלות אוטומטית בטל, או שהתניה הזו בטלה, אלא עלינו לשאול האם זה משכון או לא**. ייתכנו מצבים שבהם יהיה הסכם בלי רישום של משכון ועם תניית שימור בעלות, ועדיין ההסכם הזה יתקיים - למעשה, זה כאילו נאמר שהלכת קולומבו עברה מן העולם.
* **כוחו של המשכון מוגבל במקרה בו יש סדר פירעון בדינים אחרים, ואז נלך לפי ההסדר האחר (סדר פירעון אחר קיים בעיקר בדיני החברות ודיני המקרקעין) ס' 4(1) לחוק המשכון.**  למשל, במשכון במקרקעין (=משכנתא) **סדר הפירעון ייקבע בשונה מחוק המשכון** (=הראשון לרשום זוכה), אלא **לפי סעיפי חוהמ"ק**.
* **לגבי מיטלטלין וזכויות - ס' 4(3) לחוק המשכון** - זהו ס' שיורי, כמעט הכול נכנס לגדרו. **מהרגע שרשמנו משכון על נכס הוא נכנס לתוקף, וכל נושה אחר יהיה מחויב ע"פ סדר קדימויות**. בנוסף, **אם נוכל להוכיח שהנושה השלישי ידע או שהיה עליו לדעת- כלפי אותו נושה המשכון יהיה בר תוקף גם אם הוא לא נרשם**.
* **הרישום מתבצע ברשם המשוכנות והטעם לרישום הוא פומביות**, שהיא תכונה משמעותית מאוד בקניין בכלל ובדיני התחרות בפרט.
* **בנכסים של חברות / אגודות שיתופיות** - אין צורך לרשום גם ברשם המשוכנות אלא יש לרשום רק אצל הרשם הרלוונטי.
* **בנכסי מקרקעין מסודרים** - יש צורך ברישום בטאבו **[לפי ס' 4(1) לחוק המשכון – ראה לעיל]. במקרקעין לא מוסדרים** לא ניתן לרשום בטאבו ולפיכך רושמים את המשכון ברשם המשכונות.
* **תוקפו של משכון כלפי צד שלישי מתחיל משעת הרישום, אך יש חריגים** (=דברים שלא חייבים לרשום). **החריגים הם ס' 169 לפקודת החברות וס' 34 לחוק המכר (תקנת השוק).**
* **מה קורה אם החייב רוצה לשעבד את הנכס גם לטובת מישהו אחר? אפשרי**, אבל, יש תנאים לכך **(ס' 6 לחוק המשכון) -** בהיעדר התניה בין החייב והנושה הראשון- ניתן לרשום משכון נוסף. **מה החיסרון**? הנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון. **למה שהנושה השני יסכים לזה**? (**1)** כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב. **(2)** כשמועד הפירעון של המשכון הראשון קרוב והסבירות שהוא (השני) יפרע היא גבוהה מאוד. **(3)** כשהנושה מוכן ליטול סיכון – זה יבוא לידי ביטוי בריבית. **(4)** כשהנושה מעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח – גם אם יש בכך סיכון.
* **מה המעמד של משכון שני בזמן שנעשה בניגוד לתניה של הנושה הראשון?** שתי הדעות העקרוניות בספרות: **ויסמן** - עצם ההתניה מונעת את היכולת לבצע משכון נוסף. לפיכך, המשכון השני לא תקף (Void) כי אין לו בסיס משפטי לגיטימי לחול בו. **גרוסקופף, זלצמן ולרנר (=רוב**) -אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני, כל זמן שהראשון נפרע במלואו.
* **מה קורה למשכון אם כשאנחנו עדיין בשלב החוזה (=עוד לא קיבלנו דירה), לקחנו משכנתא והחוזה מתבטל?**

*בפס"ד שטיינמץ:*השופט **אנגלרד** אומר **שהנכס הממושכן הוא הזכויות החוזיות בלבד** ולכן יש לפעול בדרך עליה מורה חוק המשכון לעניין מימוש זכויות חוזיות. במקרה זה יש שתי אפשרויות: **א.לפנות לביהמ"ש או להוצל"פ –** מוכרים את הזכויות החוזיות לאחר ומנסים לממש את הערך שלהן. זה לא ישים, בגלל שהחוזה בוטל וכבר אין זכויות חוזיות בפועל. **ב.ס' 20 לחוק המשכון** –ניתן לפעול במקום הקונה עפ"י ההסכם עם המוכר – קרי, הבנק יקנה. **באף מהאופציות לא זכאי בעל המשכון (הבנק) לרדת במישרין לנכס מושא הזכות החוזית**.

פס"ד משכן: **אם מדובר בחוזה שיש בו פגם בביטול החוזה (חוזה למראית עין) ביהמ"ש כן יאפשר לבנק לממש את המשכנתא ובעצם לרדת לנכס עצמו.**

פס"ד בירס: **אם מדובר בנכס שאינו דירת מגורים אנו נאפשר לבנק לממש את המשכנתא ולרדת לנכס עצמו.** אם זו דירת מגורים – לא נאפשר, הגנה של ערך האישיות.