**דיני קניין- חלק כללי/ ויסמן:**

**הזכות הקניינית:**

11-15:

**משמעות הביטויים "דיני קניין", "זכות קניינית", "זכות חפצית", "זכות ריאלית", "jus in rem":**

המלה "קניין" היא מרובת פנים. בין השאר נודעות לה המשמעויות האלה: נכסים, זכות הבעלות בנכסים, הדרכים לרכישת זכות הבעלות בנכסים. בבחירת הביטוי "דיני קניין" לציון law of propertyהשתמשו, איפוא, כמונח הטעון משמעויות מגוונות, דבר המכביד על השימוש בו. לדעת הכותב השם "דיני נכסים" היה מתאים יותר.

גם הביטוי "זכויות קנייניות" סובל מהחולשות של המונח "דיני קניין", אך הוא גם השתרש כבר בלשון המשפטנים בארץ. בראשית ימיו של המשפט הישראלי העדיפו להשתמש בביטוי "זכות חפצא"/"זכות חפצית" כדי לתאר a right of property. אך זה מתאר אותה הזכות כמו "זכות קניינית" או "jus in rem".

הביטוי "זכות ריאלית" המובחן מ"זכות אישית" נפוץ במשפט הקונטיננטלי והוא מבוסס על ההבחנה הפרוצדורלית שנהגה במשפט הרומי בין תביעה אישית (בה הייתה עתירה כלפי נתבע מסוים כדי שיבצע התחייבות) לתביעה קניינית (עתירה להשבת נכס). עם זאת לא היה במשפט הרומי מונח שמתאר בכללותו את כל זכויות הקניין.

המונח "jus in rem" מבוסס על אותה הבחנה דיונית כמו במשפט הרומי שצוין לעיל. המשמעות המילולית היא זכות כלפי נכס ולכן קרוב לביטוי הקונטיננטלי "זכות ריאלית".

עמ' 43-71:

* לפי **קראוס** (Kruse)- אין כללי משפט או עקרונות, המיוחדים לזכויות הקניין והשונים מן הכללים והעקרונות החלים על הזכויות האישיות.
* לפי **פרופ' גינוסר**- יש להתייחס לכל זכויות הקניין מלבד הבעלות כזכויות אישיות (דוחה את ההבחנה המסורתית בין קניין לחיוב).
* למונח 'זכות קניינית' אין משמעות אחידה ומוסכמת. התכונה המשותפת למרבית ההגדרות שניתנו היא המגמה לשקף באמצעות ההגדרה את השוני בין שני סוגי רכוש: אחד, מכונה זכות גברא/ אישית/ אובליגטורית/ חיוביות. הוא כולל דברים שהאדם זכאי להם ביחסו כלפי אדם אחר (זכות מלווה מלווה, זכות לרוכש דירה לקבלה מהקבלן וכו'...). שני, מכונה זכות חפצא/ ריאלית/ קניינית. סוג רכוש זה עוקף את התלות בחייב מסוים (זכות נושה במשכון, בעלות דירה שנרכשה ע"י קבלן וכו'..).
* זכויות קניין מספקות ביטחון רכושי שאינו תלוי באדם.
* שתי תכונות מרכזיות שמבטאות את משמעות הזיקה הישירה בין בעל זכות קניינית ובין הנכס:

1. זכות העקיבה: מאפשרת לבעל זכות קניינית לעקוב אחרי הנכס, ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס.
2. זכות העדיפות: מעניקה לבעל הזכות הקניינית עדיפות על מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס, ועל מי שיטען לזכות אישית ביחד לאותו נכס.

* הגדרות שונות לזכות הקניינית:

1. לפי **בראון**- 'יחסו של האדם לנכסים פיזיים'. לפי המחבר זו טעות מכיוון שיחסו של האדם אל נכס יכול להיות מבוסס גם על זכות שאינה קניינית (למשל אישית).
2. לפי **התיאוריה הקלאסית**- יש להבחין בין זכות אישית כלפי אדם מוגדר לבין זכות שיש לאדם בנכס המחייבת את כולם.
3. לפי **התיאוריה הפרסונלית**- מתנגדים להבדל בין זכות משפטית כלפי נכס לעומת זכות משפטית כלפי בן אדם. לפי גישה זו, יחסים משפטיים ייתכנו רק בין בני אדם (כולל תאגידים). לפי גישה זו, הבחנה בין זכות אישית וזכות קניינית נעוצה ביחס בין בעל הזכות לבין האנשים הכפופים לזכות (מבחינה מהותית אין הבדל בין זכות קניינית לאישית), ההבדל היחיד הוא שבזכות אישית מול הזכות ניצב חייב מוגדר ומסוים וזכות קניינית מחייבת את הכל. כך הם מכנים זכות אישית כ'זכות יחסית' וזכות קניינית כ'זכות מוחלטת'.

עם זאת להשלים תיאוריה זו יש צורך בתכונה נוספת: רכושיות- זכויות רכושיות הן זכויות שניתן להעריך בכסף או לחלופין זכות שניתנת להעברה.

* "קניין ביושר"= בתקופת הבינים בין ההתחייבות להענקת הזכות הקניינית לבין העברת הבעלות. (לפי המאמר מדובר בזכות קניין).
* לרוב בזכות קניינית קיימת על הכלל חובת הימנעות ממעשה אך במקרים בודדים תיתכן חובה עשה.

עמ' 75-87:

* לפי דעת המחבר, הפרט אינו יכול ליצור זכויות קניין חדשות (בשל אי ידוע הכלל וחשש מפיצול נכסים). עם זאת ניתן לעקוף זאת מעט באמצעות שכירות, משכון או זיקת ההנאה.
* המשפט הישראלי אינו חד משמעי באשר להאם הזכות הקניינית מהווה רשימה סגורה, אך נראה כי הוא נוטה לכך שהיא סגורה. במשכון הוא הגדיר שהיא רשימה פתוחה, אך באשר למקרקעין הוא הגדיר שהיא סגורה. הוא מאפשר גמישות מסוימת ע"י:

1. **זיקת ההנאה**.
2. **תקנון בית משותף** (ועד בית).
3. **הסכם שיתוף** (שותפים במקרקעין).
4. **שכירות**.

**קניין פרטי- למה?**

עמ' 16-26:

* הדין הפוזיטיבי בישראל מושתת על הכרה בקניין הפרטי.
* הדין הישראלי מכיר בעיקרון התפישה (השתלטות על נכס ללא בעלים) כבסיס להענקת בעלות (בחוק המיטלטלין).
* **תיאוריית העבודה-** לפיה לאדם זכות טבעית בפרי עמלו. סייג לכך הוא כשמדובר בנכס שהוא נחלת הכלל ומשקיע העבודה לוקח לעצמו יותר ממה שנחוץ לו.

המבקרים לתיאוריה זו טוענים כי אדם העובד בנכס זכאי להטבות על עבודתו אך לא זכאי לנכס עצמו.

היום לתיאוריה זו ביטוי בדיני הקניין למשל בזכויות יוצרים או פטנטים.

* **תיאוריית ההגנה על חירויות האדם**- לפיה הרצון לעשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם, והגנה על רצון זה, זו בעצם הגנה על אישיותו וחירותו. ביטוי לתיאוריה זו בדין ניתן למצוא בחוקות שונות שכוללות את הזכות לקניין תחת חירויות היסוד של האדם.
* **תיאורית התועלתיות**- לפיה הקניין הפרטי נחוץ כי הוא מועיל להשגת תכליות שאנו מעוניינים בהן. הקניין משרת אפוא את צרכי האדם ביחד לסביבה הסובבת אותו, מסיבה זו ניתן לראות את זכות הקניין כמקדמת את הרווחה החברתית. כבר בעבר עלתה טענה זו בצורה מעט שונה -ההוצאות של האדם תחת גישה שאינה מכירה בקניין פרטי (אבטחה, גזלנים וכו'..) עולה על הוצאותיו בגישה שכן מכירה בקניין פרטי. טענה נוספת היא שללא קניין פרטי לא יושג ניצול מירבי של נכסים כי אין עבירות (אדם לא יוכל להעביר את הנכס שלו לאדם אחר שיעשה בו שימוש מירבי).

ניתן למצוא ביטוי לגישה זו היום בדין למשל בדיני ההתיישנות, לפיהם אם אדם לא משתמש במקרקעין שלו תקופה ממושכת הוא יאבד את זכותו בנכס זה.

* **תיאוריית הדין כמקור לקניין**- לפיהם מקור הקניין הוא לא בזכויות טבעיות או במקורות שרחוקים מהדין. לפי גישה זו, הזכות לקניין היא מה שייקבע בדין.

**קניין פרטי- במה?**

עמ' 89-103

**דברים העשויים לשמש כנכסים (מושאים לזכויות הקניין השונות):**

חוק הפרשנות אינו נותן הגדרה ל"נכס", אך בדרך-כלל משתמש המחוקק במילה זו כדי לציין דבר שהוא מושא לזכות קניין: למשל, בחוק העונשין מוגדר נכס כ"חי או דומם היכול לשמש מושא לבעלות".

יתרה מזו, המונח "נכס" בשימוש הרווח בחקיקה כולל רק דברים שבעלות תיתכן בהם ושניתן להעריכם בכסף: למשל, חוק הירושה מדבר על "נכסי עיזבון" בהקשר של דברים שניתן להעריכם בכסף. דבר דומה יש גם בחוק יחסי ממון בין בני זוג ובפקודת פשיטת הרגל.

למונח "נכסים" אין אמנם משמעות אחידה ואולם בשימוש המקובל בדיני קניין הוא מתאר "דברים" שתכונתם המשותפת העיקרית היא היכולת של בעליהם להחליפם בכסף, או היכולת של נושים להיפרע מהם את חובם. לפי גישה זו, דבר שהדרך היחידה להעברתו היא שלא בתמורה (מתנה או ירושה למשל), לא ייחשב כ"נכס".

**דברים שאינם נכסים:**

דבר ששיטת המשפט אינה מכירה באפשרות לרכוש בו בעלות, לא ייחשב כנכס באותה שיטת משפט (למשל גוף האדם). כיום בעקבות התקדמות הרפואה והשתלות האיברים, עולה השאלה באשר להיות גוף האדם "נכס". עם זאת יש מניעה מהתייחסות לאיברים כ"נכס", וחל איסור על מכר גוף האדם, גווייתו או חלקים מהם.

עם זאת מכירה וקנייה של חלקי גוף מתחלפים (שערות, דם, זרע וכו..) הם בימינו תופעה נפוצה. ואולם גם מכירת חלקי גוף שאינם מתחלפים (קרנית, כליה, גוויות) אינה תופעה נדירה. המשפט התפשר עם המציאות הזאת במידה מצומצמת. יש מדינות שבהן מכיר החוק במפורש בכך שמכירת דם, ומוצרי הלוואי של דם, מותרת. יש אף מן המלומדים המוכנים להרחיק לכת ולקבוע כי נוכח המציאות שתוארה לעיל, גוויות וחלקים שהופרדו מגוף האדם הפכו בימינו להיות "נכסים".

**שיקולים הסותרים את הגדרת גוויות וחלקי גוף כ"נכסים":**

* הסכמת אדם למתן איבר מגופו, בתמורה, בשל אילוצים כלכליים, אינה הסכמה אמיתית.
* יש להבטיח את כבוד האדם ולמנוע את המצב שגופו של העני ישמש כמצבור של חלקי חילוף עבור העשיר, ואפילו נותן העני את הסכמתו לכך.
* הועלה החשש שאם יותר מכר אברים, עלול הדבר להביא לביצוע פשעים כדי לספק את הביקוש לאיברים.
* פתיחת שוק של אברים תגרום לכך שיגיעו לשוק אברים פגומים שיוצעו למכירה על-ידי מוכרים שבריאותם לקויה, הנתונים במצוקה כספית.
* הועלתה גם הטענה שאיברים שיגיעו לידי אלה שיהיו מסוגלים לשלם עבורם את המחיר הגבוה ביותר לא יגיעו דווקא לידי אלה שיש להם, מבחינה גופנית, התאמה טובה ביותר לקליטת האיבר. דבר העלול להפחית את מספר ההצלחות בהצלת חיי אדם באמצעות השתלות.

**מענה לשיקולים הנ"ל:**

* הטיעון כי הסכמה הניתנת למכירת איבר בשל אילוצים כלכליים אינה הסכמה אמיתית הוא כוללני מדי. חלק ניכר מפעילותו של האדם נובע מאילוצים כלכליים, ואפילו כאשר כרוך בדבר סיכון בריאותי (כמו גיוס לצבא, מתאגרפים, כורי פחם וכו'..).
* גם הסכמה לתרומת איבר, ללא תמורה, עלולה להיות תוצאה של לחץ חברתי שהופעל על-ידי בני משפחה משותפים לתורם ולמקבל, ועל כן לא להיות הסכמה שהיא לגמרי חופשית. לא כל אילוץ, כלכלי או חברתי, מצדיק פסילת התוקף המשפטי של הסכמה, ואין על כן לומר שעצם העובדה שאדם מציע חלק מגופו בתמורה מעידה על כך שהסכמתו פסולה.
* הטיעון להגנה על כבוד האדם פטרנליסטי.
* המיומנות הנדרשת בהוצאת איברים להשתלה, אכסנתם' פרק הזמן הקצר ממועד הפטירה שבו ניתן להוציא איבר מגווייה לצורכי השתלה, והאשפוז בבית חולים הכרוך בכך, כל אלה אינם מספקים קרקע נוחה להתפתחות של שוק עברייני באיברים. לבד מכך, לא סביר הוא להצדיק הימנעות מפעילות העשויה להביא מרפא לחולים. ולהציל חי אדם, בשל החשש שמא תתפתח בקשר לכך פעילות עבריינית
* סיכון הכרוך במוכרים של חלקי גוף שאינם בריאים ניתן לצמצום על-ידי בדיקות רפואיות קפדניות של "התורמים".
* את התקלה שבהקצאת משאבים מוגבלים של אברים על-פי יכולתם הכלכלית היחסית של המקבלים ניתן למנוע על-ידי כך שרכישת האברים תיעשה על-ידי המדינה, או על-ידי קופות החולים למיניהן, ואילו הקצאת האברים עלי דם לנצרכים תהא שלא על-פי שיקולי יכולת כספית.
* המענה לטיעון האינטואיטיבי בדבר תחושת הסלידה המוסרית ממכירת אברים הוא כי נהפוך הוא – אם התרת מכירה של אברים תגדיל את ההיצע של איברים להשתלה ודבר זה יאפשר להציל יותר חיי אדם, הרי שבלתי מוסרית תהא הגישה אשר תימנע תוצאה זאת.

**פתרונות ביניים:**

* הרופא יחליט אם מכירת חלקי גוף מיטיבה עם המוכר במקרה ספציפי. ויסמן מתנגד, הדבר מטיל על הרופא ביצוע מבחנים מעורפלים.
* התרת מכירת חלקי גוף אך ורק לאחר הפטירה. ההנמקה היא כי בדרך זו נמנע את התופעה הבלתי רצויה של מכירת חלקים מגוף האדם, בעודו בחיים, בשל אילוצים כספיים.

בישראל אין הוראות חוק מפורשות הדנות בשאלה אם חלקים מגוף אדם חי הם בגדר -נכס", ואם ניתן לבצע בהם עסקאות, כגון מכר. ואולם, בקשר לדם יש הסדר מיוחד שיש עמו הכרה באפשרות לקבל תמורה מסוימת עבור מתן דם

ואילו באשר לגווית אדם; גוויתו של אדם אינה נכס מנכסי עזבונו של הנפטר, וכי הנוטל עיניים מגווייה שלא כדין אינו חשוף לתביעה בנזיקין בגין גזל מיטלטלין.

**תחום הבעלות**

131-154:

**מחוברים:**

"מקרקעין" כוללים מלבד "קרקע", גם "כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה", כלשון הגדרת "מקרקעין" שבחוק הפרשנות. את המרכיב הזה של "מקרקעין" נכנה בשם "מחוברים".

הרקע לגישה שבגללה מתייחסים אנו, בנסיבות מסוימות, למיטלטלין שחוברו למקרקעין כאילו הפכו ל"מקרקעין":

1. כאשר מיטלטל רוכש את תכונת הקביעות, המאפיינת מקרקעין, טבעי הוא שנחיל עליו את הדינים החלים על מקרקעין בגלל תכונות הקביעות שלהם.
2. מן הראוי להתייחס למיטלטל שחובר למקרקעין כאילו הפך לחלק מן המקרקעין בנסיבות שבהן ראיית המחובר כנכס נפרד, שניתן לסלקו ולבצע בו עסקאות נפרדות, עלולה לגרום נזק כלכלי ניכר.

**הבנוי והנטוע:**

ניסוח החוק אינו שולל את האפשרות לפרש את הגדרת "מקרקעין" באופן שגם הבנוי והנטוע צריכים להיות מחוברים חיבור של קבע (זולת מחוברים הניתנים להפרדה) בטרם יוכרו כ"מקרקעין". לפי פירוש זה "הבנוי" ו"הנטוע" אינם אלא סוגים מסוימים של "מחוברים", ועל כן, כאשר נאמר בסיפא של ההגדרה "זולת מחוברים הניתנים להפרדה" מוסבות מלים אלה גם על הבנוי והנטוע. חיזוק לכך שבלשונו של נסח חוק המקרקעין "מחוברים" כוללים גם אתה בנוי והנטוע ניתן למצוא בסיפא של סעיף 12 של חוק המקרקעין, בסעיף 21(א) לחוק ובסעיף 157 לחוק.

הטעמים שבגללם ראה המחוקק לנכון להוציא מגדר מקרקעין דברים שחוברו באופן ארעי (ודברים הניתנים להפרדה) חלים גם על מבנים שלא חוברו חיבור של קבע, או הניתנים להפרדה, ומן הדין, איפוא, שמעמדם יהא דומה. אשר לנטיעות, הן מעוררות פחות בעיות, מכיוון שבמרבית המקרים יתקיים בהן התנאי של חיבור של קבע.

**חיבור של קבע:**

יש להבחין בין שני מצבים:

1. מחוברים שהם כה צמודים למקרקעין עד כי אין הם ניתנים להפרדה באמצעים שיגרתים (בתים, גשרים, מזרקות, בריכות, כבישים וכו'). במצב זה בד"כ לא יתעורר קושי בסיווג המחוברים במקרקעין. על דברים כאלה נכון יהיה לומר כי הם מחוברים "חיבור של קבע" אף שמשך הקיום שלהם לא יהיה בדרך-כלל לצמיתות. גם דבר שאין לו קיום במנותק מן המקרקעין שאליהם חובר מן הראוי כי ייחשב כמחובר חיבור של קבע. הקביעות מתבטאת בכך שכל עוד הדבר קיים הוא מחובר. מטעם זה סבורים אנו כי דבר שמידת צמידותו לקרקע כהרבה עד כי אין להסירו ממקומו אלא בהריסתו, או בגרימת נזק רב לדבר, נכון לראותו כ"מקרקעין".

גם אם לא השתמשו בחומר מחבר כלשהו (כגון מלט), אם החיבור לקרקע נובע מכובד משקל ושל הדבר, הגורם לכך שהוא אינו ניתן בנקל להפרדה, מן הראוי לראותו כמחובר שהפך למקרקעין.

לתוצאה אחרת הגיעה דעת הרוב בפרשת שפלן נ' קאופר, ביהמ"ש הגיע למסקנה כי אין לראות את היציע הכבד בדירה, שהיה איתן יותר מהמושכר עצמו, כמחובר חיבור של קבע. הם הגיעו לתוצאה זו בעקבות פרשנות דווקנית של החוק.

מחוברים הניתנים להפרדה:

סייג זה אינו מכוון להוציא מגדר "מקרקעין" דבר שהפרדתו מן הקרקע אפשרית אך כרוכה בהריסתו (או בגרימת נזק רב למחובר). בביטוי "זולת מחוברים הניתנים להפרדה" לא התכוון המחוקק להוציא את כל המחוברים שקיימת אפשרות פיסית להפרידם. נראה לנו כי כוונתו הייתה לדברים שהפרדתם טבעית להם, מתיישבת עם דרך חיבורם לקרקע, ואינה כרוכה באמצעים בלתי שיגרתים.

1. מחוברים שצמידותם לקרקע רופפת, כך שסילוקם ממקומם אינו כרוך בקשיים מיוחדים. החריג "זולת מחוברים הניתנים להפרדה" אינו מוציא בהכרח מגדר "מקרקעין" דברים שניתן בנקל להפרידם מן הקרקע (כמו רעפים, דלתות, חלונות, כיורים וכו'...)

**הבחנה בין המצבים- מבחן הכוונה:**

הייתה הכוונה לחיבור של קבע יהא המחובר "מקרקעין", הייתה הכוונה לחיבור ארעי, יישאר המחובר מיטלטלין גם לאחר חיבורו. מבחן הכוונה כה מקובל משום שההסתמכות הבלעדית על המבחן הפיסי. של מידת החיבור למקרקעין, ועל היכולת להפריד בין המחוברים, מעוררת קשיים רבים. לכאורה אין הגדרת "מקרקעין" שבחוק הפרשנות מניחה מקום למבחן הכוונה. על-פיה, השיקול המכריע הוא השיקול הפיסי. כדי שדבר יחשב כ"מקרקעין", עליו להיות "מחובר חיבור של קבע", ולא להיות "ניתן להפרדה". ואכן,יש המסיקים מן ההגדרה הזאת את המסקנה כי במשפטנו אין להתחשב ביסוד הכוונה שעה שבאים לסווג נכסים למקרקעין ולמיטלטלין. ואולם, סבורים כותבי המאמר, כי מכיוון שההסתמכות על המבחן הפיסי בלבד, שלמידת החיבור, ואפשרות ההפרדה , מולידה תוצאות בלתי סבירות, מן הראוי שייעשה מאמץ פרשני כדי לקרוא את הגדרת "מקרקעין" שבחוק הפרשנות באופן שהמבחן הפיסי לא ישלוט באופן בלעדי על סיווג הנכסים למקרקעין ולמיטלטלין.

**כוונה סובייקטיבית לעומת קיומו של מצג:**

הכוונה שמתחשבים בה היא הכוונה האובייקטיבית, זו שהמתבונן רשאי להסיקה ממכלול נסיבות העניין. מאליו מובן שכאשר שאלת הסיווג מתעוררת במסגרת היחסים שבין שני צדדים לעסקה, וכוונת המחבר הייתה ידועה לצד האחר, תכריע הכוונה למעשה, אף אם החזות החיצונית, הפיסית, אינה מעידה על כוונת המחבר.

**חיבור כדין על ידי בעל מקרקעין:**

המצבים הטיפוסיים שבהם עשוי לבוא לידי ביטוי הקשר שבין התוצאה של הסיווג לבין דרך הסיווג:

1. כאשר מיטלטל נמכר באשראי ונמסר לקונה בכפוף לתנאי שהבעלות תישאר כידי המוכר עד לפרעון מלוא המחיר. אם הקונה יחבר את המיטלטל למקרקעין ולאחר מכן יבצע עסקה במקרקעין, כגון מכר, או משכנתה, תתעורר השאלה למי יש עדיפות במחובר? למוכר שהתיימר לשייר בידו את הבעלות במיטלטל, לקונה המקרקעין, או למקבל המשכנתא?
2. כאשר אדם רוכש מיטלטל, ממשכנו לאדם אחר ולאחר מכן מחבר אותו למקרקעין. האם המשכון יהיה עדיף על מי שרוכש זכויות במקרקעין?

בנסיבות אלה תהא נטייה לראות את המיטלטל כמחובר הניתן להפרדה, ועל כן - כ"מיטלטלין", שכן רק בדרך זו תישמר כהלכה זכותו של המוכר ששייר בידו את הבעלות במיטלטל.

כאשר יש מעורבות של צד שלישי, רשאים רוכשי הזכויות במקרקעין להניח שכל הדברים הנחזים להיות חלק מהמקרקעין כלולים בעסקה שנערכה עמם. במקרים כאלה ראוי שבתי המשפט יפרשו את הביטוי "זולת מחוברים הניתנים להפרדה" על-פי מבחן הכוונה האובייקטיבית. ולא על-פי מבחן הכוונה האקטואלית של מי שחיבר את המיטלטל למקרקעין. או, כהצעתנו, על בתי המשפט ליישם את מבחן המצג. אם נוצר מצג שלחיבור קבע, שעליו סמכו רוכשי הזכויות במקרקעין, ראוי כי הנכס ייחשב כמחובר שאינו ניתן להפרדה, ועל כן- כמקרקעין.

מכיוון שההסתמכות על מצג שלחיבור קבע הוא הבסיס להעדפת רוכשי הזכויות במקרקעין על פני בעלי הזכויות שהיו במיטלטל ערב חיבורו למקרקעין, יש נטייה להבחין, לעניין מקבל משכנתה במקרקעין, בין המקרה שבו חוברו המיטלטלין לפני שנערך הסכם המשכנתא, לבין המקרה שבו חוברו המיטלטלין לאחר שהמקרקעין כבר שועבדו כמשכנתא. הסתמכות על המצג של חיבור קבע יש רק במקרה הראשון. במשפט הישראלי לא זכה עדיין הנושא הזה להסדר חקיקתי.

**חיבור כדין על ידי שוכר מקרקעין:**

במקרים בהם חובר המיטלטל על ידי שוכר, יש להניח כי למחוברים שכאלה לא תהא כוונה לחיבור של קבע למקרקעין אלא לחיבור לתקופה מוגבלת, שמשכה המירבי הוא התקופה שבה רשאי המחבר להיות במקרקעין.

כדי להכריע כיצד יש לסווג את המחובר יש לחוות דעה בשתי מגמות סותרות:

1. כדי לעודד שוכר מקרקעין לייעל את השימוש במקרקעין על-ידי התקנת ציוד במושכר, נחוץ לשריין לו את הזכות ליטול עמו, בתום תקופת השכירות את המחוברים שיש לו עניין בנטילתם. מגמה זו תובטח אם נראה את הדברים המחוברים על-ידי שוכר כ"מיטלטלין".
2. המגמה האחרת חותרת למנוע היווצרות של מצג העלול להטעות צד שלישי, הפועל בהסתמך על חזות חיצונית של מחובר הנחזה להיות מחובר של קבע.

לדעת המחברים, בעת תקופת השכירות, המחובר יהיה בבעלות בעלי המקרקעין, אך אם בתום תקופת השכירות ירצה השוכר להפריד את המחובר ולקחת אותו עימו, יהיה ניתן לעשות זאת אם זה לא יצור נזק ניכר או הריסת המחובר.

**חיבור שלא כדין על ידי בעל מקרקעין:**

בעל מקרקעין שחיבר למקרקעיו מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר, כאשר לא היה רשאי לעשות כן על-פי ההסכם שבינו לבין האדם האחר- סביר להניח כי בית המשפט יטה ככל האפשר לעבר המסקנה כי, ביחסים שבין הצדדים להסכם, לא הפכו המחוברים ל"מקרקעין". כאשר תתעורר שאלת הסיווג של מחוברים שכאלה כשמעורב בכך צד שלישי, אשר רכש זכויות במקרקעין בתום לב, בהתבסס על המצג של חיבור קבע, הנטייה תהיה העדפת אלה שרכשו זכויות במיטלטלין לפני שחוכרו, על פני רוכשי הזכויות כמקרקעין לאחר שהמיטלטלין הוכרו אליהם, ולסווג את המחוברים כ"מיטלטלין", פרט למקרה שבו תהא ההפרדה כרוכה בנזק ניכר לנכסים. נטייה זו מעוגנת בעמדה הכללית של המשפט הישראלי בפתרון ההתנגשות שבין בעל זכויות קודמות בנכס לבין מי שרוכש זכות נוגדת מאוחרת בנכס, כששני הצדדים פועלים בתום לב. הכלל הבסיסי הוא שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו.

עמ' 176-178:

**סיווג מחוברים כלפי גורמי חוץ:**

גמישות פרשנית תידרש גם בבואנו ליישם הגדרה זו כלפי גורמי חוץ, וזאת כדי להגשים את המטרה שלשמה נדרש הסיווג של המחוברים בדבר חקיקה כלשהו. וכן, בעוד שביחסי שוכר ומשכיר עשויה להיות נטייה לראות מחוברים שחיבר השוכר כמיטלטלין, בשל ידיעתם של שני הצדדים כי השוכר מתכוון ליטול עמו את מחובריו עם תום תקופת השכירות, עשוי הסיווג להיות שונה לצורך מס המוטל על מקרקעי הבעלים. ההקשר שבו תתעורר שאלת הסיווג בכל מקרה ומקרה ישפיע על דרך הסיווג, כשניתן לצפות לכך שהמבחן העיקרי יהא, בדרך-כלל, מבחן החזות החיצונית של חיבור קבוע.

**חריגים לכלל שהבעלות בקרקע חלה גם על המחוברים בקרקע:**

מגמת היסוד של חוק המקרקעין הייתה למנוע פיצול בין הבעלות בקרקע לבין הבעלות במה שחובר לקרקע חיבור של קבע עד כדי היותו למקרקעין. מגמה זו באה לידי ביטוי בהוראה שבסעיף 12 לחוק המקרקעין אשר לה חריגים, שהחשוב בהם הוא "בתים מחוברים". כנכס שנרשם במרשם המקרקעין ב"בית משותף" אפשר שהבעלות בקרקע תהא שונה מזו שבדירות הבית. הקרקע עשויה להיות בבעלות משותפת של כלל דיירי הבית בעוד שהבעלות בכל דירה עשוייה להיות נפרדת. ואכן, אחת המטרות העיקריות שלמענן חוקק מוסד "הבית המשותף" היה לאפשר חריגה מהכלל שכל המחובר לקרקע הוא בבעלות בעל הקרקע, כדי שרוכשי דירות בבתים משותפים יוכלו לקבל בעלות ייחודית בדירותיהם.

**המשטר הקנייני בישראל**

עמ' 275-288:

**מקרקעי ייעוד:**

תת-סוג של מקרקעי ציבור. ההגדרה מופיעה בס.107 לחוק המקרקעין.

מקרקעי ייעוד הם מקרקעין שהם מטבעם מיועדים לשימוש הציבור (לעומת מקרקעין ציבוריים סתם שיכולים להיות גם בחכירה לדורות פרטית). התכלית היא להבטיח כי הציבור לא ינושל ממקרקעין המשמשים במישרין לתועלת הציבור. להבטחת מטרה זו יש להגביל את היכולת לבצע במקרקעין אלה עסקאות, ולמנוע העברת בעלות בהם גם שלא כתוצאה מעסקה, כגון מכוח התיישנות.

לעומת בדין הצרפתי, בארץ אין הגבלות על "מיטלטלי ציבור", אבל אפשר למצוא הקבלות להסדר שכזה, למשל, לעניין מוצגים שבמוזיאונים ציבוריים, לעניין עתיקות, ולעניין חומר שבארכיונים ציבוריים....

התנאים כדי להיחשב מקרקעי ייעוד:

1. להיות "מקרקעי ציבור"- צריכים להיות בבעלות המדינה, רשות הפיתוח, קק"ל, רשות מקומית, או תאגיד שהוקם על-פי חיקוק. אם הייתה לאחד הגופים הנכללים ב"מקרקעי ציבור" זכות במקרקעין שהיא פחותה מן הבעלות, כגון חכירה, לא תיחשב החכירה כמקרקעי ייעוד, ואפילו נועדה החכירה לתועלת הציבור. הטעם לכך הוא שזכות במקרקעין הפחותה מבעלות, השייכת לאחד הגופים המנויים לעיל, לא נחשבת, כנראה, כ"מקרקעי ציבור".
2. ייעוד המקרקעין צריך להיות לתועלת הציבור- תנאי זה בא על סיפוקו אם תוכנית המתאר או התוכנית עפ"י חוק רישום שיכונים מועידים את הקרקע לתועלת הציבור. כמו כן לדעת המחבר, יש להבחין בין שני מצבים:
3. השימוש במקרקעין לתועלת הציבור הוא בניגוד לייעוד שנקבע למקרקעין על-פי החוק. במצב הזה נוטים אנו שלא לראות את המקרקעין כמקרקעי ייעוד (לא רוצים לתת גושפנקא להפרה).
4. השימוש לתועלת הציבור נעשה במקרקעין שטרם נקבע להם ייעוד בתוכנית שעל-פי החוק, מכיוון שהשימוש בהם, למעשה, מעיד על ייעודם.
5. על המקרקעין להשתייך לאחת הקטגוריות המפורטות בחוק- מידה מסוימת של גמישות הוכנסה אל תוך הרשימה הסגורה של חמש הקטיגוריות על-ידי כך שהקטגוריה החמישית מאפשרת הוספת סוגים אחרים של מקרקעי ייעוד, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, ובלא צורך בהליכים של תיקון החוק לשם כך. מבין חמש הקטיגוריות שפורטו בחוק יש כאלה שהן, מטבען, מיועדות לתועלת הציבור (דרכים ומסילות ברזל, נהרות, נחלים, נמלי תעופה, וכדומה), ויש כאלה שאפשר שהן לתועלת הציבור אבל אפשר גם שהן משמשות אינטרסים פרטים בלבד(שפת הים וגדת נהר). לדעת המחברים במצב בו המקרקעין מהסוג השני אינם מיועדים לתועלת הציבור, הם לא מקרקעי ייעוד. הסיבות לכך:
6. אחד התנאים בחוק הוא שהמקרקעין צריך להיות לתועלת הציבור. התנאים הם מצטברים לא חליפיים.
7. החוק קובע כי אם ייעודם של מקרקעי ייעוד השתנה, והוא אינו עוד לתועלת הציבור, חדלים המקרקעין להיות מקרקעי ייעוד.
8. מן הבחינה העניינית, אין טעם להחיל על מקרקעין שאינם משמשים לתועלת הציבור דינים שתוכנם, וההצדקה להחלתם, נעוצים בכך שהמקרקעין משמשים את הציבור.

**פקיעת המעמד של מקרקעי ייעוד:**

מקרקעי ייעוד עשויים לחדול להיות כאלה בשתי דרכים:

1. עפ"י אישור הממשלה על יסוד שינוי שחל בשימוש שנעשה במקרקעין- השינוי שחל במעמד המקרקעין הוא המאפשר את רישום השינוי במרשם המקרקעין. אף כי אין הדבר נקי מספקות, כי העובדה שמקרקעי ייעוד חדלו לשמש לייעודם מאפשרת, אך אינה מחייבת, את התוצאה של פקיעת המעמד של מקרקעי ייעוד. הדבר נתון לשיקול דעת הממשלה, או השר שקבעה לכך.
2. על ידי שינוי הייעוד של המקרקעין- ככל שהמוניטין של רשויות התכנון, כגוף השוקד על שמירת האינטרסים של הציבור, גבוה יותר כך יקטן החשש שהדרך הזאת תנוצל לפגיעה באינטרס הציבורי שאותו משרתים מקרקעי הייעוד. השינוי שחל במעמד המקרקעין הוא המאפשר את רישום השינוי במרשם המקרקעין.

**ההוראות החלות על מקרקעי ייעוד:**

חלים עליהם הדינים החלים על מקרקעי ציבור בדרך כלל, חוקים הדנים בסוגים ספציפיים של מקרקעי ייעוד ודינים מיוחדים הנוגעים למקרקעי ייעוד בחוק המקרקעין. התכלית של דינים החלים על מקרקעי ייעוד היא להבטיח כי המקרקעין ימשיכו לשרת את האינטרס הציבורי שלמענו הם נועדו.

חוק המקרקעין קובע כי לא תהא להתיישנות תחולה על מקרקעי ייעוד. המחוקק היה פחות נחרץ באמצעים שנקט כדי למנוע שינוי השימוש שנעשה במקרקעי ייעוד וכדי למנוע ביצוע עסקאות בהם. אמנם, המחוקק הטיל הגבלות מסוימות בנושאים אלה, אך הרשויות הציבוריות, שגורל מקרקעי הייעוד מופקד בידיהן, חשופות לאילוצים ולפיתויים לשחרור מקרקעי ייעוד מן המגבלות החלות עליהם, ונחוצים אמצעים יעילים במיוחד כדי לעמוד בפרץ. אין בחוק כל מגבלה על הממשלה בהפעלת שיקול דעתה, במטרה להבטיח את האינטרס הציבורי שבמקרקעי הייעוד.

הבעלים של מקרקעי ייעוד אינם חופשיים לבצע עסקאות במקרקעיהם. הם כפופים לדעת הממשלה. ואולם, שיקול דעת הממשלה לא הוגבל בחוק כך שתהיה ערובה שיובטח האינטרס הציבורי במקרקעי הייעוד שבהם מבקשים לבצע עסקה. שר המשפטים אשר התקין את התקנות גילה את השיקול שלדעתו יש להביאו בחשבון שעה שדנים בבקשה לאישור עסקה במקרקעי ייעוד. התקנות קובעות כי על המבקש אישור לעסקה במקרקעי ייעוד לפרט "את הייעוד שלו משמשים המקרקעין, את המניעים המחייבים אישור העסקה או ההתחייבות והצעדים הננקטים להבטחת ייעודם של המקרקעין" אם הממשלה תתחשב בפרטים אלה יהיה בכך כדי ליעל את ההגנה על האינטרס הציבור שבמקרקעי ייעוד.

**רישום מקרקעין ותקנת השוק במקרקעין**

עמ' 292-296:

עסקאות במקרקעין שאינן נרשמות חותרות תחת תכליות המרשם. נחוץ על כן תמריץ שיביא לכך שמתקשרים בעסקאות במקרקעין ילכו לרשום את עסקאותיהם. המחוקק בחוק המקרקעין קבע כי עסקה במקרקעין שלא נרשמה, תיראה כהתחייבות לביצוע עסקה במקרקעין. הפיכת עסקה קניינית בלתי רשומה לחיוב חוזי היא פיקציה.

שלילת התוצאות הקנייניות מעסקה במקרקעין שלא נרשמה במרשם יש בה תמריץ חשוב לרישום. כך, למשל, הרוכש זכות במקרקעין, שטרם רשם את זכותו במרשם, חשוף לסיכון שמא נערכה לגבי אותם מקרקעין התחייבות סותרת, הקודמת בזמן, שהוא אינו מודע לה, שתהיה לה עדיפות בהיותה קודמת בזמן. וכן, "תקנת השוק" במקרקעין, המגנה על הרוכש זכות במקרקעין מפני פגמים בזכותו של מי שממנו נרכשה הזכות, חלה רק לטובת רוכשי זכויות במקרקעין שעסקאותיהם נרשמו במרשם.

השיטות השונות של מרשם מקרקעין פועלות, בדרך-כלל, על-פי אחד מבין ארבעת הדגמים המתוארים להלן:

1. הדגם של רישום שטרות: על-פי דגם זה משקף המרשם את העסקאות המתבצעות במקרקעין בלא לערוב לתוצאות המשפטיות הנובעות מן העסקאות שנרשמו. כך, למשל, המרשם ישקף את העובדה שבוצעה במקרקעין עסקת מכר אך בלא לערוב לכך שהקונה אכן הפך לבעלים מכוח עסקת המכר.
2. הדגם של רישום זכויות: דגם זה של המרשם מעניק למסתמך עליו ערובה לתוקפן של הזכויות הרשומות. בדגם זה אין המרשם מסתפק בתיאור העסקאות המבוצעות אלא הוא אף נותן ערובה לתוצאותיהן המשפטיות.
3. הדגם של שטרות נוטריוני: זהו, בעיקרו, הדגם הראשון הנזכר לעיל, עם גיוון מסוים. נוטריון בעל הכשרה מיוחדת נוטל חלק בתהליך של עריכת המסמכים הדרושים לרישום עסקה במקרקעין. הנוטריון בודק את המסמכים ואת המושם, ומוודא שכל הכרוך כרישום עסקה במקרקעין ייעשה כהלכה. התוצאה היא שמרשם השטרות הנוטריוני הוא מהימן הרבה יותר ממרשם שטרות גרידא.
4. הדגם של רישום זכויות נוטריוני: דגם זה הוא ביסודו הדגם השני הנזכר לעיל, בתוספת השכלול שנוטריון בודק בדקדקנות את המסמכים הדרושים לצורך הרישום, מנפה טעויות ומתקן אי דיוקים.

עמ' 299-301:

**מגבלות המרשם:**

המרשם מוגבל, בדרך-כלל, לרישום עסקאות בזכויות קניין. תוצאתה של מגבלה זו היא ששינויים בזכויות קניין שאינם פרי עסקה במקרקעין, אלא פרי הוראת חוק, לא ישתקפו בהכרח כמרשם. עניין מיוחד טמון באפשרות שהמרשם לא ישקף כהלכה את המציאות כתוצאה מבטלות חוזה שעל יסודו נרשמה זכות כלשהי במרשם. המרשם גם אינו משקף זכויות שאינן קנייניות, שעניינן מקרקעין. המרשם מוגבל לזכויות הקניין המוכרות בחוק.

עמ' 305-308:

**מקרקעין רשומים שאינם מוסדרים:**

כלולים בקטגוריה זו מקרקעין שנרשמו במרשם המקרקעין בתקופה העות'מנית ובתקופת המנדט הבריטי, שטרם עברו את תהליך הסדר המקרקעין. אין למעט יתר על המידה מערכו של המרשם במקרקעין שאינם מוסדרים. תוספת חיזוק לערכו של הרישום נבעה מן הנכונות של בתי המשפט להחיל את דוקטרינת 'ההשתק' נגד בעל זכויות במקרקעין שהשתהה בערעורו על רישומו של אחר כבעל אותן זכויות.

המאפיין העיקרי של מקרקעין רשומים בלתי מוסדרים הוא, המהימנות המוגבלת של המרשם, והיכולת העקרונית לסתור את תוכנו. כך, המחזיק במקרקעין רשומים בלתי מוסדרים יכול ליהנות מטענת התיישנות, דבר שאינו אפשרי במקרקעין מוסדרים. וכן, הבונה על מקרקעין שכאלה, מתוך טעות שבתום לב שהם בבעלותו, עשוי להיות זכאי, בהתקיים הנסיבות המפורטות בחוק, לרכוש את הבעלות בקרקע גם כנגד רצון הבעלים.

**מקרקעין מוסדרים:**

שיטת המרשם של סוג זה שלמקרקעין הולמת את "שיטת רישום זכויות". מהימנות המרשם במקרקעין מוסדרים רבה. הרוכש בתום לב זכות במקרקעין אלה, בהסתמך על המרשם, רוכש זכות שאין לערער עליה (ס.10).

מקרקעין מוסדרים הם המקרקעין שנרשמו מחדש בפנקסי הרישום בעקבות האי-דיוקים במרשם העות'מאני.

עמ' 310-311:

**הרישום כראייה חותכת:**

שתי גישות שונות נתגבשו לעניין תוקף המרשם על-פי שיטת טורנס:

1. שריון מידי: מעניק החוק ערובה לתוקף הזכות הרשומה של הרוכש. זכותו של הרוכש נחשבת כתקפה מיד עם רישומה.
2. שריון דחוי: מעניק החוק ערובה לתוקף הזכות הרשומה של המוכר. זכותו שלרוכש נחשבת כתקפה אם הסתמך ברכישתו על רישומו של המוכר במרשם המקרקעין (ס.10 לחוק המקרקעין).

**דיני קניין- החזקה ושימוש/ ויסמן:**

**הגנת הבעלות וההחזקה:**

עמ' 33-34:

**ההגנה על ההחזקה:**

רוב סעיפי החוק שעניינם הגנה על קניינו של אדם בדין הישראלי עוסקים בהגנה על ההחזקה, ולא בהגנה על הבעלות כשהיא לעצמה. תופעה זו עשויה להיות מוסברת בכך שתוכן הבעלות בלא החזקה אינו מושך במיוחד את ליבם של אלה החומדים את נכסי הזולת.

למחזיק שנושל מנכס שבהחזקתו יש בחירה בין שלושה מסלולים בהם הוא יכול לילך כדי לקבל בחזרה את הנכס:

1. להגיש תביעה משפטית רגילה נגד המנשל, ולאחר שיוכיח כי זכותו להחזקה עדיפה על זו של המנשל, יקבל פסק־ דין לטובתו.
2. על המחזיק להגיש תביעה משפטית נגד המנשל להחזרת המצב לקדמותו בה אין מבררים את הזכויות לגופן, אלא מחזירים את המצב לכמות שהיה בטרם נשללה ההחזקה מאת התובע.
3. המחזיק יכול לפעול בעצמו להחזרת ההחזקה בנכס בלא להיזקק לביהמ"ש. ״עשיית דין עצמית״ זו מותרת בנסיבות מיוחדות המפורטות בחוק.

עמ' 37-38:

**הנימוקים שביסוד ההגנה על ההחזקה:**

1. הטעם העיקרי, המקובל על שיטות משפט רבות, הוא שהגנה זו נחוצה למען שמירה על הסדר הציבורי. כדי למנוע סכנה זו של הפרת הסדר הציבורי, יש להגן על ההחזקה כמות שהיא, במנותק מן השאלה אם הזוכה בהגנה הוא אכן הזכאי לנכס. הזכאי האמיתי לנכס ימצא את תקנתו בפנייה לבית־המשפט, אך לא על־ידי תפישת הנכס.
2. טעם אחר שניתן להגנה על ההחזקה, בלא להתנותה בכך שהמחזיק מוכיח שבידו זכות טובה לנכס, היה שבדרך זו מייעלים את ההגנה על הבעלות בנכסים. מכיוון שברוב המקרים המחזיק בנכס הוא גם בעליו, ומכיוון שבדרך־ כלל הוכחת ההחזקה קלה וזולה מהוכחת הבעלות, הרי שעל־ ידי ההגנה על ההחזקה מגנים, ברוב המקרים, גם על הבעלות.
3. טעם נוסף שהוצע לכלל בדבר ההגנה על המחזיק ככזה נעוץ בכך שהוכחת מקור זכותו, המחייבת בדרך־כלל הוכחה בדבר התוקף של שרשרת ארוכה של בעלי הזכויות בנכס שקדמו למחזיק. בשרשרת זו עלולה ל התגלות חוליה רופפת כלשהי, ואין זה צודק שהנתבע ייבנה מכך כל עוד אין מופיע אדם הטוען כי הוא בעל הזכות האמיתי בנכס ומערער על זכותו של המחזיק.
4. יש גם הגורסים כי הגנה על ההחזקה רצויה משום שהמשפט מגן בכך על האינטרס הראוי של שמירה על ההמשכיות.
5. יש הגורסים כי ההגנה על המחזיק מוצדקת במצבים בהם הניח הבעל את הנכס ללא שימוש. ההגנה על המחזיק במצבים כאלה מעודדת את השימוש בנכסים.
6. הנמקה אחרת שניתנה להגנה על ההחזקה היא כי במתן הגנה למחזיק, מגינים על הבעת הרצון של האדם שבאה לידי ביטוי בהחזקה של נכס, ובכך מעניקים בעצם הגנה על אישיותו של המחזיק.

ביקורת על הטיעונים:

1. על הנימוק המרכזי, לפיו הגנה זו נדרשת למען השמירה על הסדר הציבורי, יש המגיבים בטיעון כי דבר זה אינו עניין למשפט הפרטי.
2. וכן לטיעון, כי על־ידי הגנה על המחזיק מגינים ברוב המקרים על הבעלים, יש המשיבים כי ההנחה שרוב הנכסים שבהחזקתו של האדם הם גם בבעלותו נכונה פחות בימינו.
3. לנימוק אחד לפני האחרון, טוענים כי אם נחוץ לעודד שימוש בנכסים שבעליהם אינם מפיקים מהם תועלת, ראוי לעשות זאת על־י די מנגנון ציבורי שיבטיח כי הדבר ייטיב עם הראויים ל כך, ולא על־ ידי קביעת כלל לפיו התופס המקרי הוא הזוכה בנכס.