**מחוברים**

1. **ס' 11** – עומק וגובה.
2. המבחנים ב**ס' 12** מטרתם לקבוע האם מחובר הינו חלק מהמקרקעין ואז לא ניתן להפריד לפי ס' 13, או שמא הוא מטלטלין. המבחנים הוצעו ע"י **ויסמן**. לידאי - לא ניתן להפריד בין קרקע לבית וכי בעלות על הקרקע משמעותה בעלות על הנכסים בנויים עליה).
3. המבחן הפיזי (המבחן העיקרי) – כאשר לא ניתן לנתק דבר מבלי להרוס אותו. המרצה - בהתאם לשיקולי מדיניות גם נזק שאינו מהותי יכול להיכלל.
4. מבחן סוג הנכס – כאשר ניתוקו גורם לו לאיבוד אופיו. האם נועד להיות מחובר.
5. מבחן הכוונה -
   1. צדדים קרובים – כוונה **סובייקטיבית**, מה הם שידרו, ניתן להחיל תו''ל מחוזים.
   2. צדדים רחוקים - כוונה **אובייקטיבית**.
6. מבחנים נוספים
   1. מונע הנזק הזול
   2. עידוד פעילות כלכלית
   3. יעילות מצרפית
   4. שיקולים חלוקתיים.
7. במידה וקבענו כי הם מקרקעים, ייתכן והם צריכים להיכנס לשווי של מקרקעין שהופקעו.

**הפקעות**

1. נטילה שלטונית היא: "רכישה כפויה של מקרקעין, לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין".
2. הצדקות ההפקעה – שימור כוח מדיני / הגשמת צורך בטחוני / תאוריית הסכמה ראשונית של **לוק**. מטרת ההפקעה היא בד"כ למנוע כשל שוק מסוים או כדי להגשים מטרה חלוקתית מסוימת.
3. ע"פ **תיקון 3** לחוק הקרקעות להלן "התיקון" לפני הפקעה יש להקים ועדה מייעצת ולקיים שימוע, הועדה גם תבחן האם הצורך הוא ציבורי.
4. הצד שהפקיעו לו את הקרקע ינסה לתקוף את ההפקעה ולבטלה.
5. **מוסייבה** **גולדברג–** לאחר שההפקעה אושרה חובת ההוכחה לכך שההפקעה אינה נחוצה מוטלת על בעלי הקרקע ולא על המדינה.
6. **צורך ציבורי –** נתקוף את הצורך הציבורי (לדעת המרצה לא יעבוד)
   1. שר האוצר קבע שזה צורך ציבורי - ע"פ **בייניש בקרסיק** הביקורת המשפטית על דרישת המטרה הציבורית התחזקה בעקבות כניסת חוק היסוד. גם **דורנר** **במוסייבה** אומרת שלא תמיד נאשרר את פעולת השר. יחד עם זאת, ע"פ הפס"דים **חליל ולובינאניקר** ביהמ"ש מוותר על היכולת שלו להגדיר מהי "מטרה ציבורית" ומי שקובע בסופו של דבר מהו 'צורך ציבורי' זה המחוקק.
   2. לא רשום ממשלה/שר אוצר –
      1. **דור** - מותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אדם אחר.
      2. **אתא נ' שוורץ** - מקומות העבודה שמפעל מספק מהוות סיבה מספיק טובה וציבורית.
      3. **קילו** (ארה"ב)- נקבע כי "פיתוח כלכלי", עונה להגדרה של "שימוש ציבורי".
      4. **חליל** – שטחים ירוקים הם מטרה ציבורית עליונה. ביקורת מהמרצה.
7. נבחן האם ההפקעה מידתית לפי המבחנים השונים (לא מצטברים) –
8. ניסיון רכישה הסכמי – לבדוק אם קדם לפקעה ניסיון רכישה הסכמי. ניסיון כזה לא יכול להיות מגוחך אלא ריאלי, במחירי השוק האמתיים. רק כאשר האזרח סירב להצעה קמה האפשרות להפעיל את סמכות ההפקעה. יש בכך רק כדי **לעכב** את ההפקעה ולא למנוע אותה.
9. ביצוע עצמי **-** **אור** **במוסייבה-** "מצב של אפשרות ביצוע עצמי מונע את כשרות ההפקעה".

**סייגים :**

* + 1. אי יכולת ביצוע עצמי
    2. לא ראוי שאדם פרטי יבצע בעצמו (הקמת בית חולים)
    3. הקרקע של אותו אדם היא רק חלק מפרויקט יותר גדול **(מהדרין)**

1. איחוד משאבים **(פס"ד מקור הנפקות וזכויות)** - אם הגענו למצב שבעלי קניין כן מצליחים לשתף פעולה, נחזור למבחן של ביצוע עצמי.
2. שיהוי – **מוסייבה** **בעליון ע"פ דב לוין ומצא** -אם עברו 20 שנה בלי שהמדינה עשתה שימוש בקרקע המדינה לא באמת צריכה אותה. מנגד, **ע"פ גולדברג בד"נ** 20 שנה זה שיהוי סביר**. ע"פ** התיקון הזמן הראשוני הוא לא מעל 8 שנים, הארכה ראשונה ל15 אח"כ ל17.
3. תום/ שינוי המטרה הציבורית **(קרסיק)** - לבעלים לשעבר זיקה משפטית לקרקע, לכן תנאים שהיו בלעדיים להפקעה יוסיפו ויתקיימו גם בתקופת ההפקעה השנייה/שיהוי. **עם חלוף המטרה הציבורית חולפת עמה גם הלגיטימיות של המשך החזקת הקרקע בידי הרשות**. יש להבחין בין שינוי מהותי לבין שינוי שאינו מהותי, כאשר רק שינוי מטרה מהותי יטיל על הרשות את החובה להשיב את הקרקע.
4. הזכות המזערית **(אקונס)** - **ס'** **13** לחוק המקרקעין אוסר על עסקה בחלק מסוים במקרקעין, אך לפי **ס' 6** **הפקעה אינה עסקה** (שכן אינה הקנייה "לפי רצון המקנה") לכן ניתן להפקיע חלק מחלקה. אנחנו צריכים להפקיע את המינימום הנדרש.
5. מיקום – ע"פ **קרסיק** צריכה להיות זיקה בין המטרה לקרקע.**מועצה מקומית זמר:** אם היה שינוי מיקום לבחון למה הוא קרה.
6. פיצויים
7. ע"פ **סעיף 12** נפצה ע"פ שווי שוק, לפי שיטת ההשוואה, Full Market Value.
8. **בראיין לי** (לא התקבל בפסיקה) – להוסיף על ראש נזק של אוטונומיה.
9. **מרגרט רדין** – ניתן להוסיף גם אל מול ערך האישיות.
10. אם הפקענו לפי חוק הקרקעות :
11. רלוונטי רק לרשות מקומית בעקבות **ס' 13 בתיקון 3**. **ס' 20(2)(א)** עד 25% אנחנו לא משלמים פיצויים. **ס' 20(2)(ב)(הולצמן)**- שווי הקרקע שלקחתי בניכוי השווי של 25%. **סעיף 20(ג):** שר האוצר יכול לתת פיצויים נוספים.
12. אם הפקענו לפי חוק התכנון והבנייה: (**190(א)(1)**)
    1. ניתן להפקיע גם לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות + אפשר לא לשלם לו עד 40%, ואם הפקיעו לו יותר מ-40% אז לשלם לו רק על ההפרש שמעל 40%. לא כפוף לתיקון. כל גורם שמבצע הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה יכול לעשות שימוש בחריג של הפחתת פיצוי.
    2. לא נאפשר הפקעה אם כתוצאה מהפקעת חלק מהמגרש, יפחת שוויה של יתרת המגרש – ע"פ ביהמ"ש לא האם יש פגיעה בשווי, **אלא האם לא ניתן לנצל את יתרת הקרקע.**
13. המשך פיצויים שרלוונטי לשתי דרכי ההפקעות-
14. אם הפקיעו חלקה שלמה -
15. **פייצר** - מותר להפחית את המקסימום – 40%/25% גם אם החלקה מופקעת בשלמות.
16. **הולצמן זאת ההלכה -** כאשר מפקיעים חלקה בשלמות אז הפיצוי צריך להיות 100% של שווי השוק.
17. אם הפקיעו חלק מהחלקה – (לפי **ס' 11**)
    1. **דורנר** **בהולצמן** – חריג ההפחתה צריך לחול רק במקרים קיצוניים, במילים אחרות פיצוי מלא.
    2. אולי בעלי הקרקע ידרוש שיפקיעו לו את כל הקרקע בשביל לקבל פיצוי מלא.
    3. 3 פרשנויות אפשריות לדברי ברק **בהולצמן :**
       1. **פרשנות צרה** – אסור להפחית רלוונטי רק ב100%
       2. **פרשנות רחבה** – מגיע לי פיצוי מלא וניתן להפחית במקרים מאוד חריגים.
       3. **פרשנות מאוזנת ע"פ** דגן – קודם נסווג את סוג הקרקע ואת השימוש –

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

1. אם מפקיעים לי חלק גדול מהקרקע, אנסה לטעון שיפקיעו לי כבר הכל כדי שלא תהיה מחלוקת לגבי הפיצוי.
2. בונוס - בארה"ב לא ייתכנו הפחתות בפיצוי בכלל ובגרמניה מנגד המחיר מתחיל כ-default בהפחתה ורק במקרי קצה נגיע ל100% משווי הנכס.
3. סעדים נוספים – ניתן לבחון סעדים מסוג:
   1. פרמיה קבועה - סכום קבוע.
   2. פרמיה משתנה - לפי נסיבות, קשר האדם לקרקע.
   3. הסרת מחסומים בירוקרטיים – בקשיש בסגנון הנחות מס, משכנתא נוחה.
   4. העתקת הבית למקום אחר
   5. קרקע חליפית - כמעט ולא קורה.
4. האם אפשר לפצות יותר ממחיר שוק ?
   1. ע"פ זיגלמן ופורחמובסקי במידה ויש אבדן קהילה (בודדים – רק להם, טיפינג – לשני הצדדים, קליירנגס – העתקה).
   2. **דוויק -** הרשות מחוייבת לשלם גם עבור הוצאות נלוות להפקעה (כאשר בעל העסק באמת מעוניין לפתוח את העסק במקום אחר). ניתן לדרוש גם פיצויים לאובדן המוניטין.
   3. **לב הגליל –** בהפקעה מתוקף חוק התכנון והבנייה הכניסו את החריג של יתרת הקרקע לשלב הפיצויים.
5. לשים לב אם יש מחוברים, ואם כן, במידה והם חלק מהמקרקעין הם ייכנסו לחישוב הפיצוי.

**גריעות תכנוניות :**

1. ס' **197(א)** לחוק התכנון והבנייה: נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גבולים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בס' **200**. נוסח זה הוא פשרה של המחוקקים לפי **ברעלי**.
2. זה שיש כביש צר או שטח פתוח לא רלוונטי בין השטח הנפגע לבין תחום התכנית לא שולל את החשבתו של השטח הנפגע כגובל (**שרגא ויטנר**)
3. ההתיישנות לתביעה זו היא 3 שנים.
4. נבחן את ס' **200** - מדבר על שלושה תנאים מצטברים לשם שלילת פיצוי לפי ס' **197**:
5. **תנאי תכנוני** (=כמעט כל תכנית נכללת כאן, זו הרשימה שבסעיף).
6. **סבירות** - הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין
   * + 1. **טירקל** **בהורוביץ** מבחן המינימום רק פחות מ2-3%. ברק ואור דוחים דבריו.
       2. **אור** (הלכה) מציע מבחן חלופי מצטבר – שיעור ירידת הערך+ פיזור הנזק (אם פוגע רק באחד פחות סביר)+ עוצמת האינטרס הציבורי.
       3. ע"פ **חשין** ירידת הערך היא התנאי העיקרי לבדיקת הסבירות.
7. **צדק** - אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים (**ברק** **בהורוביץ** – אם רשות גרמה לסחבת תפצה).
8. לפי **מלץ** ב**פרי הארץ** תמיד נשתדל ללכת לפי **197** ולא לשלול פיצויים.
9. לפי **ברעלי** יש צורך להראות קשר סיבתי בין התכנית לבין הפגיעה.
10. לא הצלחנו לשלול את **197** לפי **200** נמשיך להוכיח את **197**.
11. בעל המקרקעין צריך להוכיח שמשהו פגע בתכונות מקרקעין ולא מספיקה רק פגיעה בשווי (הקפאה ויש לך גם ככה אדמת טרשים). מנגד ע"פ **מלץ בפרי הארץ** מבחן שיעור ירידת ערך מספיק.

**הגנת הבעלות והחזקה**

1. מי הצדדים באירוע? בעלים ומחזיק כדין/מחזיק שלא כדין/בעל זכות להחזיק/מסיג גבול. (ההגדרה ב**15**)
2. יש לבדוק האם מסיג גבול הוא אכן כזה או האם ניתן לטעון כי הוא בעל רישיון להיכנס.
3. בעלים נגד פולש:
   1. זכאים לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם- **פניה לביהמ"ש** (**16**).
   2. (אם הוא מחזיק) לא עברו 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי)- רשאי לנקוט **בסעד עצמי** (**18(ב)**).
   3. (אם הוא מחזיק) אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד- רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה (**18(א)**). אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר זמן סביר.
   4. (אם הוא מחזיק) זכאי לדרוש (פניה לביהמ"ש **בלבד**) הפסקת ההסגה או ההפרעה ממסיג גבול (**17**+ **פרוקצ'ה** ב**עוקשי**).
4. מחזיק בפועל נגד פולש:
   1. זכאי לדרוש (פניה לביהמ"ש **בלבד**) הפסקת ההסגה או ההפרעה ממסיג גבול (**17**+ **פרוקצ'ה** ב**עוקשי**).
   2. לא עברו 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי)- רשאי לנקוט **בסעד עצמי** (**18(ב)**).
   3. אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד- רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה (**18(א)**), אין הגבלת זמן אבל **ויסמן** אומר זמן סביר.
   4. (אם הוא מחזיק כדין) זכאים לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם- **פניה לביהמ"ש** (**16**).
5. בעל זכות להחזיק (אבל לא מחזיק) נגד פולש:
   1. זכאים לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם- **פניה לביהמ"ש** (**16**).
6. פולש נגד פולש חדש:
   1. זכאי לדרוש (פניה לביהמ"ש **בלבד**) הפסקת ההסגה או ההפרעה ממסיג גבול (**17**+ **פרוקצ'ה** ב**עוקשי**).
7. רציונאלים לסעד עצמי: א. האופי האנושי- להתנגד ללקיחות. ב. היעדר חלופה מעשית- בעיקר מיטלטלין שאם לא נגיב מיד הנכס יאבד. (**ויסמן**) ג. הכלל הקנייני גובר על כלל האחריות. (**קלברזי ומלמד**)
8. סייגים לסעד עצמי:
   1. **תאגידים** לא רשאים לבצע סעד עצמי (אין רציונאל רגש אינסנקטיבי).
   2. כוח במידה סבירה- בד"כ הכוונה לפניה לרשויות החוק. במידה והמשטרה לא מוכנה להתערב, **לפי המרצה-**ניתן להשתמש בכוח "סביר" בלבד ולא "מופרז".
   3. ביצוע של סעד עצמי שלא כדין **ב18(ב)** יגרור השבת המקרקעין למחזיק (גם אם שלא כדין)- תביעה פוססורית, אך לא שולל את אפשרות הפניה לערכאות במקביל (**19+אנגלרד בעוקשי**).
   4. (לא סייג אבל כדאי לציין) בתי המשפט באופן כללי נוטים לצמצם מאוד את הסעד העצמי.
9. בונוס- טענת ius tertii- טענה **שלא התקבלה בישראל** טענת הגנה לנתבע שהזכויות בנכס לא שייכות לתובע אלא לצד ג'.
10. פולש שפלש למקרקעין ציבוריים **(ס' 4(א)) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע)**:
    1. ההליך שעל הרשות לבצע בסעד עצמי: תפיסת המקרקעין שלא כדין🡨 פקח נתן דו"ח לאחר שביקר במקום🡨 ניתן לתופס אפשרות לטעון את טענותיו🡨 מתן צו פינוי ע"י הממונה (**4(א)+בן שמחון**).
    2. מסגרות הזמנים בסעד עצמי: מתן הצו יהיה **בתוך 6 חודשים** מיום שהתברר כי התפיסה אינה כדין, בתקופה **שאינה עולה על 36 חודשים** מיום התפיסה. זמן הפינוי יהיה **לפחות 30 יום** ממסירת הצו.
    3. סייג לסעד עצמי- אם קיים ספק בנוגע לקיום פלישה שלא כדין לא ניתן לבצע סעד עצמי ויש לפנות לביהמ"ש (**בן שמחון**).
11. ההבדלים בין סעד עצמי פרטי לסעד עצמי של המדינה:
    1. המדינה לא יכולה להפעיל כוח (מלבד ע"י כוחות הביטחון) אלא בצו פינוי+ הוצל"פ או פניה לערכאות.
    2. למדינה פרק זמן ארוך יותר לביצוע (היקף קרקעות, משאב של כלל החברה, שלטון החוק).
    3. אין צורך בהחזקה בפועל ע"י המדינה, אלא רק בבעלותה.

**רישיון**

1. מוסד אשר בבסיסו חוזי ונקלט מהמשפט האנגלי. **נינה זלצמן** הגדירה בתור היתר או רשות מבעל מקרקעין לאחר להחזיק או להשתמש בנכס. **לא** זכות קניינית אלא זכות **אישית**.
2. כיצד הרישיון קם? יכול להגיע בתמורה או בחינם:
   1. חוזה
   2. מכללא (אי מחאה של הבעלים או בעל הזכות להחזיק, כמו **בגבעת גמל**)
   3. אם מדובר בקיבוצים/מושבים זה מצב טיפה שונה, נא לפתוח מחברת.
3. נקבע ב**נויפלד** שסוג הרישיון (חינם/תמורה) לא קשור לאפשרות ביטולו. ביהמ"ש יבחן מול הנסיבות.
4. טענות ל2 הצדדים הנוגעות להחלטה האם רישיון הדיר: (נבחן **בבצר**)
   1. היקף ההשקעות שביצע מחזיק הרישיון.
   2. האם מחזיק הרישיון הביע דעתו להישאר בנכס (ציפה והסתמך)
   3. מהו ותק הרישיון? ותק מחזק את מעמדו.
   4. אם ניתנה תמורה זה מחזק, וכן ככל שהיא גבוהה.
5. **שמגר** **ביצחק רוזן** – עקרונית כל רישיון הוא הדיר, קביעת רישיון כבלתי הדיר עוקפת את הרציונל של מוסד הרישיון (ומחזקת אותו לכיוון שכירות). רק ב5 מקרים בהיסטוריית הפסיקה הוכר רישיון כבלתי הדיר.
6. **באלוני** נקבע שאם אדם הסתמך בתו"ל על בעלים והשקיע כסף אז הבעלים יהיה ב"השתק"
7. זכות אישית שלא ניתן להעביר. חריגים: בירושה, וייתכן כאשר יש הסכמה בין הצדדים.
8. ביהמ"ש צריך לקבוע האם הרישיון ממשיך להתקיים / מתבטל / מתבטל ויש לתת פיצויים. (ניתן לפצות גם על השקעה בנכס)
9. **בעבד אל סלאם** נקבע שברישיון בלי תמורה הפיצוי היחידי שיינתן (אם בכלל) יהיה אל מול ההשקעות בדבר הרשות בנכס והשבחתו.
10. לבחון את עקרונות הקניין המנחים (מאזן מצוקה וכיוצ"ב) אל מול קבלת ההחלטה.
11. במקרקעי ציבור – אין רישיון בלתי הדיר. אם יינתן פיצוי הוא יהיה נמוך מאוד. ביהמ"ש חייב להילחם בפולשים (**חבה**)

**קניית דירה מקבלן**

1. ישנן סיבות רבות בגינן הקונה הפשוט יכול להתבלבל: הצפת מידע, מסגור, שגיאה הסתברותית, קושי לתפוס מידע אמורפי.
2. החוק חל על דירה ועל חכירה לדורות.
   1. לשים לב האם מי שמכר נחשב לקבלן. אם מי שמכר ישירות זה בעלי הקרקע (ולא מי שבנה) אז לא נתייחס אליו כאל קבלן, אבל ייתכן והוא השקיע כסף בעצמו וניתן לטעון שכן.
   2. ההגדרה רחבה וייתכן ונקבל גם עסקים או חדר בודד.
   3. לא חל על קבוצת רכישה וכמו"כ לא חל על קניית דירה יד שנייה.
3. חובות הגילוי שמוטלות על הקבלן: (ממליץ לקרוא בתוך החוק גם בזמן המבחן אם נתגלו **שינויים** בדירה)
   1. אופן הגילוי חייב להיות מפורט, בהיר, ובמועד כריתת החוזה. (**6** + **מנחם אלון** **בשמעונוף** + **ויסמן** תומך)
   2. המוכר לא מסר פרטים לגבי משהו? הוא התחייב לתקנון המצוי (**6(ב)**)
   3. מחויב לצרף מפרט עם הוראות החזקה, ולחתום עליהם. על כל שינוי שני הצדדים צריכים לחתום (ס' **2** לחוק המכר(דירות))
   4. המפרט יהיה בטופס שקבע השר. יכלול מחירון של דברים ברי-ויתור, חייב לציין על מה המוכר מוותר (רשאי להתייחס לחלקים אחרים של הבניין ולקרקע) (ס' **3**)
   5. הקבלן לא עמד בהתחייבות אם נתגלה שינוי בתקופת האחריות/בדק (לקרוא בחוק), או אם תוך 20 שנה נתגלתה אי התאמה יסודית, לא מסר הוראות תחזוקה ושימוש. (**4**)

הקונה יכול להסתמך על אי ההתאמה אם הודיע לקבלן/לא היה ניתן לגלותה בבדיקה סבירה (**4א**)

1. **גד** **שמגר** - אין הגבלת זמן למסירת הדירה + הגבלת רישום ה"א – תניות מקפחות בחוזה אחיד.
2. הקבלן מחויב להעמיד בטוחה לפי חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של בעלי דירות) לפי **ס' 2**, במידה והוא רוצה לקבל מקונה סכום העולה על 7%. סוגי הבטוחות:
   1. ערבות בנקאית, הכלי הכי נפוץ, זוהי בטוחה פיננסית.
   2. ביטוח אצל חברת ביטוח, בטוחה פיננסית, פחות זול ויעיל מערבות בנקאית.
   3. שעבוד הדירה/קרקע במשכנתא ראשונה, בטוחה קניינית, פחות רלוונטי מכיוון וברוב הפעמים הקבלן הוא לא בעלי הקרקע.
   4. רישום הערת אזהרה לטובת הקונה, בטוחה קניינית:
      1. מצויין לקונה כי אם ערך הדירה/קרקע עלה אז הרווחתי
      2. בעייתי כי הקבלן בד"כ יצטרך אישור מבעלי הקרקע.
      3. יתכן ויש כבר הערות אזהרה, של גורם מממן או של הבעלים
   5. העברת בעלות בקרקע אל מול הסכום ששילם הקונה – שוב, רוב הפעמים הקבלן לא בעלי הקרקע ולכן לא יכול להעביר.
3. ביקורת על מנגנון הבטוחות – מייקר את העסקה עבור קונים. יש שגורסים שזו לא ביקורת טובה כי זה אמור ליפול על כתפי הקבלן ולא עליהם.
4. לפי **צבן** **במטרי (מקרה חפציבה)** יש להבחין בין רוכש למגורים לבין רוכש להשקעה.
5. **ביועמ"ש נ' גד** נקבע כי איחור במסירה ייחשב לסביר עד 3 חודשים. המרצה מציין שבד"כ קונים שמים לב לתנאי כניסה ולא שוכחים אותו.

**עסקאות קומבינציה**

1. כל סעיפי "רכישת דירה מקבלן" מתקיימים ואמנם יש לשים לב לכללים הבאים.
2. אם נרשמו הערות אזהרה (רלוונטי בעיקר לצד ג') והעסקה בוטלה – ההערות לא מבוטלות אוטומטית, יש לברר את זכויות הצדדים ולהכריע. (**נחשון**). ניתן להתנות ובלבד שהתנאי ברור מספיק שהרשם יבין ושבעל ה"א יבין ויסכים(**גי.אי.גי)**.
3. קונה חתם על הסכם בו רשום "זכויות הקבלן תלויות בהסכם הקומבינציה" – הסכם זה לא תקף כי איננו ברור לרוכש הפשוט (**ברוגשטיין**)
4. כיצד נעביר הערת אזהרה לקונה חדש במקומנו אם הבעלים לא מסכים? (**בורשטיין**)
   1. נגיד שהבעלים חתו"ל.
   2. נעביר לקונה החדש מכוח ס' 5 לחוק המחאת חיובים.
5. הקבלן נפל והשלמת את הבנייה בעצמך? השקעת ולא נרצה לבטל לך את הע"א. אם בעלי הקרקע התריע בפניך ואמר לך לא להשקיע אז נוכל לבחון. (**חובני**)

**משכון**

1. לפי **ס' 1(א)** לחוק המשכון – שעבוד נכס כערובה לחייב, מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. **חשין** מגדיר זאת **בקידוחי הצפון** דרך 3 רכיבים:
   1. החייב חב לנושה
   2. החייב משעבד נכס כערובה לקיום החוב (אשר הופך לבעל אופי מעין קנייני)
   3. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע ממנו. (**3** לחוק המשכון)
2. יתרונות המוסד (לדלג באירועון):
   1. יותר טוב לחייב: מקטין סיכון ומשפר תנאי עסקה לחייב.
   2. יותר טוב לנושה:
      1. יש פה התחייבות ממשית אשר יותר חזקה מכספית.
      2. מקנה זכות מוקדמת להיפרע לפני נושים אחרים.
   3. יותר טוב לחברה: מתמרץ עסקאות.
3. סדר הפרעונות לפי סדר הולך ופוחת:
   1. שסל"ן (שעבוד ספציפי לרכישת הנכס) – כאשר הכסף שניתן לחייב הגיע ספציפית בשביל לרכוש נכס והנכס שועבד בתמורה.
   2. שעבוד ספציפי – יש תיאום לס' 166 לחוק החברות. (כאשר מישהו שיעבד נכס ספציפי)
   3. זכויות קדימה לפי דין – שכר עבודת פועלים / פיצויי פיטורין / רשויות המס / דמי רנטה על הנכס.
   4. נושים אחרים וספקים שלא מחזיקים בבטוחות –
4. קיימות עסקאות נוספות אשר נוכל לראות כשעבוד:
   1. לפי ס' 2 – הס' קובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה לשעבד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.
   2. **הלכת קולומבו** – כאשר יש הסכם תניית שימור בעלות (כמו עסקת קונסיגנציה) החוזה יוגדר כחשוד ולכן הדרך היחידה להחריג אותו מנושא המשכון היא להגדיר באופן ברור. אי לכך מדובר במשכון, ומכיוון והצדדים לא רשמו את המשכון ברשם המשכונות הם ידחקו לסוף תור הנושים. ביהמ"ש בעצם צפצף פה על כוונת הצדדים.
   3. **קידוחי הצפון** – יש לפרש את הלכת **קולומבו** בצמצום. לא כל תניית שימור בעלות משמעותה משכון. (הרציונלים לכך תחת הביקורת)
   4. השיקולים שהנחו את השופטים **בקולומבו** –
      1. היבט כלכלי ומסחרי – הצדדים לא יכולים להתעלם מרגולציה וחוקים ולעשות מה בראשם.
      2. יש להסתכל על מהות העסקה – הכותרת לא משנה אלא התוכן.
      3. בחינת הרציונלים של חוק המשכון – לאפשר תניית בעלות יהיה משום פגיעה בנושים.
   5. הביקורת על הלכת **קולומבו** – (נטען ע"י העליון **בקידוחי הצפון**)
      1. פגיעה בפרקטיקה מסחרית – זה פוגע במהלך מוכר, של נתינת אשראי תוך כדי שימור בעלות. **המרצה** מסכים.
      2. חוסר מעשיות – זה כרוך בעלויות גבוהות ופחות מעשי, נתינת אשראי תוך כדי רשימת משכון.
      3. סחורה מתחלפת – הסחורה מתחלפת רבות וקשה לרשום שעבוד על כך. בעוד ששעבוד צף לא רלוונטי לנושים קטנים ופרטיים (הם לא יכולים לרשום).
      4. חוסר במידע – ההלכה הקודמת גורמת לחוסר במידע משפטי על השינוי. (המרצה שואל איך לעזאזל העליון טוען דבר שכזה)
      5. ברמה התאורטית – יש פה פגיעה בקניין ורצון הצדדים, וכן כי **ס' 2(ב)** לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום, בכדי שלא נעדיף את נושי הקונה על נושי המוכר.
5. **ס' 4** קובע, כוחו של משכון יפה מול ..
   1. **(1)** כאשר יש הסדר ספציפי בחוק אחר, נלך לפי ההסדר (ולכן גם לפי דיני תחרות של משכון אשר מופיעים בחוק המקרקעין ב**ס' 7,9,10**)
   2. **(3)** במיטלטלין/מקרקעין לא רשום ובניירות ערך צריך להתבצע רישום אצל רשם המשכונות. קיימים סייגים:
      1. אם נושה ידע או שהיה עליו לדעת על המשכון זה בעיה שלו והמשכון חזק ממנו.
      2. בנכס של חברות/אגודות שיתופיות יש מרשם אחר ולכן אין חובה. (מי שרשם יוצא גבר)
      3. בנכס מקרקעין הרישום צריך להיות בטאבו.
6. האם ניתן למשכן את אותו הנכס פעמיים?
   1. לפי **6(א)** – מותר בלי לבקש רשות, אבל הממושכן הראשון יהיה יותר ראשון להיפרע. זאת כל עוד אין התניה בהסכם המשכון הראשון.
   2. לפי **6(ב)** – בהסכמת הנושה אפשר לבצע שוויון בין דרגת הנושים.
   3. מה קורה במצב בו הייתה תניה במשכון הראשון שאוסרת רישום משכון נוסף?
      1. **ויסמן** – המשכון הנוסף לא תקף כי ההתניה מנעה ממנו (Void)
      2. **גרוסקופף, ויצמן ולרנר** (רוב הדעות) – אין טעם למנוע כי גם ככה המשכון הראשון יותר חזק בסדר הפרעונות.
   4. למה שבעל המשכון הראשון יסכים למשכון נוסף?
      1. במקרה ששווי הנכס שווה גם ככה הרבה יותר מהחוב.
      2. כאשר מועד הפרעון של המשכון הראשון קרוב והסבירות שהשני יפרע גבוהה.
      3. נטילת סיכון מגדילה את הריבית
      4. אם זאת התנייה אבל זה הופך אותו למובטח הוא יעדיף את זה גם ככה.
7. מצב בו הבנק רשם משכנתא לטובת קונה, כסף רב עבר למוכר והחוזה בוטל. איך הבנק יציל כספו?
   1. **שטיינמץ** – מה שלבנק יש זה זכויות חוזיות בלבד ולא קנייניות, הוא איננו יכול לדרוש את הדירה מהמוכר. הוא יכול לפעול דרך חוק המשכון בעזרת 2 דרכים:
      1. ס' 17-18 – הבנק יפנה לביהמ"ש או להוצל"פ ובעזרתם ינסה למכור את הזכויות החוזיות ולקבל את ערכן. לא ממש ישים בגלל שהחוזה בוטל אז הזכויות פחות רלוונטיות.
      2. ס' 20 – יכול להגיש תביעה מול המוכר לתשלום ההלוואה ואל מול כך להטיל עיקול.
   2. **משכן** – כאשר יש חוזה שנראה לא תמים בין קונה למוכר וניתן לחשוב שמטרתו היא להוציא כסף מהבנק ניתן לתת לבנק לחייב את המוכר לרשום משכנתא (ובעצם לשלם לבנק על הדירה).
   3. **בירס** – **רובינשטיין** קובע כי יש להבדיל בין מוכר שגר בדירה לבין מוכר שלא גר בדירה. אם הוא לא גר ניתן לתת לבנק לדרוש מהמוכר לרשום משכנתא.

**תחרויות :**

1. לזהות אם זה עסקאות נוגדות או תקנת שוק.
2. תקנת שוק תתקיים כאשר השתכללה זכות קניינית לשני הצדדים.
3. **מקרקעין** - המועד בו משתכללת זכות קניינית במקרקעין הוא מועד רישום המקרקעין (**7(א)**). אם אין רישום זו יכולה להיות זכות מעין קניינית (**אהרונוב**).
   1. אם למוכר יש רק הערת אזהרה ולא רישום סופי - אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק. החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה" – סטנדרט אובייקטיבי (**מרדכיוב**). יש ללכת לבעלים המקורי ולבדוק האם הוא נתן את הסכמתו.
4. **מקרקעין לא רשומים וזכויות** - הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם שהוא למעשה מועד המסירה של הזכות, בהתאמה ל**ס' 33 לחוק המכר** אלא אם הצדדים קבעו מועד אחר.
   1. החתימה על החוזה היא מועד מסירת הזכות.
5. **מיטלטלין** - קניין משתכלל כאשר הנכס עובר מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה אלא אם התנו אחרת. רשותו של הקונה = גם אצל אחר מטעמו.

**עסקאות נוגדות במקרקעין –**

1. להבין מי הצדדים - בעל התחייבות אל מול מעקל / בעל התחייבות נ' בעל התחייבות / האם יש נושה מקצועי.
2. ע"פ **מאוטנר** יש לבחון את היחסים שבין ב' ל-ג'.
3. השלב האובליגטורי-חוזי- במקרקעין קיימת דרישה צורנית (כתב). זיכרון דברים עונה על דרישה זו. (**ורטהיימר)**.
4. בעל התחייבות שלא רשם ה"א אל מול מעקל - **בעבר בוקר** (1971) – בלי רישום יש לך רק זכות חוזית מול המוכר. לפיכך, מטיל העיקול יהיה זה שיזכה בתחרות. **בנק המזרחי** (1994) – כמו בוקר. רק אם רשם ה"א יזכה בעל ההתחייבות.
5. בעל התחייבות לעסקה שרשם ה"א אל מול מעקל- הזכות של בעל העסקה גובר על המעקל (**ס' 127 ב**).
6. בעל התחייבות לעסקה שלא רשם ה"א אך היה ראשון מול בעל התחייבות לעסקה שרשם ה"א אך שני- בעל העסקה הראשון גובר (**ס' 9). סייג מפורט בס' 8 של הצ'קליסט.**
7. **ההלכה היום – הלכת אהרונוב:**
   1. **שטרסברג כהן (מיעוט)- רלוונטי אם מדובר בהתחייבות אל מול מעקל** – בעל התחייבות יזכה אבל מסיבות אחרות. דוחה את גישת המונע הזול כמדד יחידי להכרעה.
      1. לטענתה הזכויות הן לא שוות מעמד – יש כאן גורם שקנה זכויות מהותיות בנכס ומנגד עומד נושה לא מובטח שמחזיק בחוב והוא פשוט רוצה להיפרע מהנכס (סוג של אישיות).
      2. מכניסה מאזן מצוקה (אדם פרטי אל מול בנק).
      3. עמדותיה של שטרסברג כהן הולמות את תפיסתו של דגן.
   2. **ברק (רוב)**- שם את הערכים בצד. ע"פ **ס' 9** התחייבות לבצע עסקה משכללת אצל הקונה "זכות שביושר"- זכות מעין קניינית. אנחנו נותנים קדימות לפי זמן. **לא חייב לרשום ה"א.**
   3. **חשין** – ה"א משמעותית בפשיטת רגל. מנגד. 🡨 בפס"ד **כספי** נפסק כי אין חובה לרישום הערת אזהרה גם במקרה של פשיטת רגל.
8. נבחן האם השני בזמן יכול לזכות - ע"פ **ס' 9** חייב לקיים שלושה תנאים (תום לב, תמורה ורישום).
   1. תום לב –
      1. **חוות מקורה** **ומאוטנר** - הגישה המקובלת היא לדרוש תו''ל סובייקטיבי אך יש עוד דעות-
         1. **גנז** - אובייקטיבי כלפי 2 הצדדים (לוין, שט"כ ומצא לא מסכימים)
         2. **דויטש** – אובייקטיבי
      2. לכל אורך הדרך כולל הרישום (**ברק** **בורטהיימר).**
      3. אי רישום ה"א היא הפרה של חובת תו"ל (**גנז**). תומך בגישתו של **מאוטנר** (מונע הנזק הזול). מנגד נטען לפס"ד **גדי -** מאמץ את עמדתה של **שטרסברג כהן** ב**אהרונוב** - יש לבחון את העסקאות הנוגדות גם במישור ה**ערכי**. במקרה של בעל התחייבות אל מול מעקל לא נחייב את הראשון בזמן לרשום ה"א כדי שהוא יזכה. יחד עם זאת ע"פ **רשף נ' יוסף** אם מדובר **בנושה מקצועי** (בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי וכו') חייב לרשום הערת אזהרה (לציין שזאת לא הלכה ורק פס"ד מחוזי).
      4. **סייגים לחובת רישום ה"א** לפי **ברק** **בגנז** (לא מצטברים) יש להדגיש כי ע"פ **ביאד** **השופט עמית** – הסייגים יפורשו בצמצום:
         1. אין התרשלות – לא ניתן לרשום הערת אזהרה + שיקולי מדיניות (בני זוג).
         2. קש"ס בין אי הרישום לבין התנהגות הקונה השני (השני ידע על הראשון/השני לא בדק את הרישום/השני בזמן יכול היה לרדת לשטח לעשות בדיקה ולא עשה כן (תמיד נטען שיכל לרדת לשטח לבדוק).
         3. אם הראשון לא רשם הע"א, השני ידע ורץ לרשום בגלל זה, זה לא חתו"ל (**חמוד**)
         4. אם הקונה הראשון מתחייב כלפי המוכר שלא לרשום הערת אזהרה לתקופה מסוימת. לדעת **המרצה** לא ראוי כי זה מבטל את כל הרציונל של פס"ד **גנז.**
   2. תמורה –
      * 1. **אהרונוב ברק וחשין** – אין רלוונטיות לשיעור התשלום, הראשון גובר.
        2. **שטרסברג כהן (מיעוט)** – הזכות הנרכשת היא בשיעור יחסי לתשלום (מאזן מצוקה).
        3. **מקורה-** תמורה "בת ערך" ולא "כלשהי".
        4. **מרצה** - כלל אצבע שבד"כ תמורה תהיה רק לאחר תשלום של 50%.
   3. רישום – רישום ה"א אינו עומד בדרישת הרישום שבסעיף.

**תקנת שוק במקרקעין –**

1. **ס' 10**: מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.
2. **תמיד לציין במבחן-** חשוב להדגיש כי מפקיעים קניין של אדם למרות שאין אשמה בהתנהלות שלו. אנחנו לא דורשים מאדם להיכנס למרשם כל כמה זמן ולבדוק שהוא עדיין הבעלים. לכן, ע"פ ביהמ"ש יש לקיים בצורה מאוד דווקנית את כל התנאים של הסעיף.
3. נבחן האם תקנת השוק חלה :
   1. **תמורה** - התמורה צריכה להיות תמורה ממשית ומלאה, ולא סמלית!
   2. **הסתמכות על המרשם** –
      1. ההסתמכות צריכה להיות על המרשם עצמו. לא יספיק שנסתכל על ייפוי כוח/תעודות (**אדלר +מורדכיוב**). בנוסף, אם הסתמכת על רישום מדויק, ולא על רישום מזויף לא חלה תקנת שוק(**להיגי**). ככל שהרישום עצמו מהווה את הגורם לטעות, כך יש יותר סיכוי להסתמכות על ס' 10.
      2. אם למוכר יש רק הערת אזהרה ולא רישום סופי - אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק. החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה" – סטנדרט אובייקטיבי (**מרדכיוב**). יש ללכת לבעלים המקורי ולבדוק האם הוא נתן את הסכמתו.
   3. **תום לב** -
      * 1. **(בעלי מקצוע) סונדרס** – סובייקטיבי**. אם** לא ידע שלמוכר אין זכות או שזכותו מוטלת בספק – תקנת שוק עומדת, אלא אם חשד בכך (עצימת עיניים). ברשלנות (היה צריך לדעת) כן תחול תקנת השוק.
        2. צריך להיות בכל שלבי העסקה, כולל הרישום – (**סונדרס + מורדכיוב**)
4. שגיאה ברישום - כתוצאה מפעולת המדינה או כתוצאה מזיוף - בעבר, לפי **ס.מ יצירה**, נאמר כי אם הטעות הייתה בעקבות זיוף, תקנת שוק לא תחול. ההלכה שונתה ב**להיגי** וכל טעות במרשם מקנה זכות לתקנת שוק.

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

1. מעמדם של מקרקעין שאינם רשומים -
   1. אין מרשם ולכן לא נוכל להחיל את **ס' 9.**
   2. נפנה לס' **12 ו13 לחוק המיטלטלין** –סעיף 12: " התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו התחייב לאדם אחר בהקניה נוגדת זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה, וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה אז זכותו עדיפה".
   3. ע"פ **ס' 13** הוראות **ס' 12** יחולו גם על זכויות. מקרקעין שאינם רשומים הם זכויות. על כן יש להחיל **ס' 12.**
2. השני זוכה למעשה כי אנו מסתכלים על הראשון כמונע הנזק הזול, בכך שלא השתמש בנכס ולא הראה שהוא שלו. **המרצה** מבקר את זה ומציין שזה לא הוגן כי אין פה מוסד כמו הע"א שמראה כי הנכס שלו. לא ניתן להחיל את הלכת **גנז** כאן מכיוון ולבצע רישום בעסקאות מסוג זה יגרום לפגיעה בחיי המסחר התקינים.
3. ניתוח **ס' 12**, כיצד זוכה השני: תמורה + תום לב + השלמת הקניין.
   1. השלמת הקניין- ע"פס' **33 לחוק המכר** – העברת הבעלות בזכויות/מקרקעין לא רשום תהיה ברגע מסירת הזכות (חתימה על החוזה), אלא כן התנו הצדדים אחרת. מיטלטלין יועברו פיזית. **טקסטיל ריינס-** אדם מחויב להעביר את הזכות כפי שהיא ברגע ההעברה. זוהי זכות חוזית ולכן ניטה לתת ניצחון לבעל הזכות יותר מלמעקל.
   2. תמורה– התמורה צריכה להיות בת ערך ממשי או שינוי מצב לרעה עקב הקניית התמורה.
   3. תום לב - סובייקטיבי בלבד.
   4. למה השני זוכה ? אנחנו רואים בראשון מונע הנזק הזול (לא דאג לקבל לידיו את הנכס).
4. תקנת שוק בזכויות/מקרקעין לא רשומים - מה קורה אם צד ב' המחה זכויות לשני הצדדים ? (בזכויות השלב החוזי והקנייני הם בו זמנית) - מדובר **בתקנת שוק !** בתקנת שוק נפנה ל**ס' 4 לחוק המחאות חיובים** "המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב (=מנהל מקרקעי ישראל) על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני".
5. תקנת שוק במיטלטלין - נבחן את **ס' 34 לחוק המכר** :
   1. **"**נמכר" - הנכס צריך להימכר - **ס' 1 לחוק המכר** אומר שמכר הוא "הקנייה של נכס תמורת מחיר". צריכה להיות תמורה התמורה בת ערך. (חל רק במכירה ולא במתנה). ההלכה- **כנען** - תקנת השוק, דורשת תמורה "ממשית" לנכס שנקנה לפי ערכו האמיתי (בדיעבד). לוין ואנגלרד (מיעוט) אין למדוד את התמורה בדיעבד, אלא לפי אמונת הצדדים לחוזה בעת עריכתו.
   2. נכס נד (מיטלטלין) – כלומר בלי זכויות רק מיטלטלין מוחשיים.
   3. הנכס צריך להימכר ע"י מי שעוסק בממכר של נכסים מסוג זה. **פס"ד כנען** – בניגוד **לשטרסברג-כהן וברק** , **טירקל** קבע שיש לבחון את סוג הנכס כפי שנראה בעיני המוכרת והקונה ובעיני כל אדם, ולא לפי טיב הנכס האמיתי (לא בדיעבד).
   4. המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר (שעה, מיקום, דרך ביצוע העסקה)- כדי לוודא תו"ל של הקונה.
   5. קניה מאדם פרטי אינה מהווה קנייה "ממוכר" ולכן תקנת השוק אינה חלה עליה, יש לדון מתי כן.
   6. הקונה קנה וקיבל את הנכס – כלומר חייב להשתכלל קניין. לשים לב אם הייתה התניה מסוימת לגבי העברת הבעלות.
   7. קיום תו"ל – סובייקטיבי! צריך לחול בכל השלבים מעת כריתת ההסכם ועד שלב המסירה והתשלום.

לא מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית (היה עליו לדעת אותה, למרות שלא ידע בפועל) לדוגמא לא בדק במרשם והנכס משועבד – עדיין תחול תקנת שוק. (**רוזנשטרייך**).

1. **כנען** **אור בהסכמת ברק** - דיני טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (זכות הביטול מוענקת לבעלים המקורי) – במידה ושני הצדדים טועים אפשר להחזיר לבעלים המקורי.
2. **בונוס מפחיד- כנען ברק** – החלת חובת תום לב אובייקטיבי 🡨 תום הלב חל גם לאחר שהחוזה הסתיים. אם צד אינו מבטל את החוזה במקום שראוי היה לבטל, הוא לוקה בחוסר תום לב ולכן ניתן לבטל את החוזה ללא רצונו.

**שותפות**

1. קביעת המסגרת הנורמטיבית – שותפות במטלטלין / מקרקעין.
2. הדין הישראלי איננו חסיד של יחסי השיתוף, בעיקר בגלל ההגבלה על חירויות הפרט, חוסר היעילות וכן הקושי בקביעת החובות והזכויות. ניתן לראות דוגמא לכך **בגן בועז** **ובדגני.** כמו"כ ניתן להבין מתוכן ס' **34+37** המאפשרים שק"ד רחב בפירוק שותפות. **דגן** תומך בשיתוף אל מול תפיסה קהילתנית.
3. לפי **27** (מקרקעין) ו**9** (חוהמט למטלטלין) הבעלות משתרעת על כל חלק וחלק ולא בחלק ספציפי. תנאי זה הוא קוגנטי, ולפי **בוקובזה** גם אם הצדדים חילקו חזקות על חלקים אחרים זה לא משפיע על חלוקת בעלות.
4. לפי **28** (מקרקעין) **ו9** (חוהמט למטלטלין) חזקה (הניתנת לסתירה) כי חלקי כל השותפים שווים.
5. הוראות חוהמ"ק בנושא שיתוף יחולו על מטלטלין בשינויים המחייבים היכן שיש חוסר. (**9(ה)**)
6. באיזה שלב אנחנו נמצאים? האם בוצעה כבר כניסה ואנחנו בשלב המשטר?
7. כעת אדון בשלב הכניסה.
8. לבדוק האם יש הסכם שיתוף, האם הוא נרשם, והאם סעיפיו הם במסגרת המותר ב**29**. אסור להתנות על:
   1. מקרקעין- העברת חלק/עשיית עסקה אחרת בחלק לתקופה שמעל ל5 שנים (**34ב**).
   2. מקרקעין-הגבלת פירוק השותפות בתקופה שמעל ל3 שנים – ביהמ"ש יכול לעקוף. (**37ב**)

אם נמצא בתוך ה5 שנים של 34 ורוצה למכור יכול לבקש מביהמ"ש פירוק ע"פ 37.

* 1. מטלטלין-הגבלת פירוק השותפות לכל תקופה – ביהמ"ש יכול לעקוף.(**10א** לחוהמט)
  2. **ויסמן** –תניה על אופן פירוק השיתוף תהיה בהסכם נפרד. הייתה בהסכם שיתוף? Void.

1. מה שההסכם לא מתייחס אליו או אם אין הסכם – יש הסכם מצוי. (**30-36**)
2. האם הסכם שיתוף מחייב צד שלישי חליפי (מישהו שהחליף צד בשיתוף).
   1. במקרקעין – יש רישום – מחייב. אם אין רישום ההסכם לא מחייב, **אפילו** אם הצד ג' ידע עליו (**אשורי מנשה**)
   2. במיטלטלין – אם צד ג' ידע או היה עליו לדעת אז ההסכם מחייב. (**9(ג)**)
3. כעת אדון בשלב המשטר.
4. מנגנון קבלת ההחלטות, באם לא נקבע אחר בהסכם שיתוף, יהיה לפי רוב (**30**). **הסייגים לכך**:
   1. שימוש לא רגיל בנכס (**30(ג)**)- דורש הסכמה של כולם – לפי **זולבו** מדובר ברשימת פעולות מטריאליות ומשפטיות, יש לבחון לפי טיב ייעוד ומהות הנכס. דוגמא - פתיחת עסק בדירת מגורים.
   2. קיפוח המעט (**30(ב)**) – יש לבחון האם המיעוט נפגע מהתוצאה. לפעמים יתקבל במקרים בו הרוב זוכה באופן שיטתי. במקרים אלו ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
   3. פעולה בחתו"ל (**39 +61(ב) לחוה"ח**) – ביהמ"ש מחליט מה שיעיל וצודק בנסיבות העניין.
   4. פעולה הגורמת אי נוחות/נזק לאחר (**14**) – רלוונטי בעיקר לגבי עמידה דווקנית על זכות. בד"כ ביהמ"ש לא נוטה לראות רצון למימוש זכות כעמידה דווקנית.
   5. לפי **וילנר** – כל החלטה דורשת התייעצות עם כולם והקשבה לכולם
5. אל מול טענה של אי נוחות הרוב יטען שזה נובע מסחטנות של המיעוט. נזכור את הלכות העמידה הדווקנית על זכות:
   1. התעקשות הנובעת מאינטרס כלכלי היא תקינה (**שלב**), מנגד ע"פ **רדומילסקי** לא יתקבל**.** ברדומילסקי התעמרות אמיתית לא תקינה.
   2. מבחן זה נהנה וזה לא חסר של **אנגלרד** (מיעוט) **ברוקר**.
   3. אין להגביל יתר את זכות הבעלים (**טירקל** **ברוקר**)
6. רשימת הפעולות של יחיד ללא אישור אשר מותרות לפי **31(א)** כל עוד לא לא נקבע אחרת ב**30**:
   1. שימוש סביר כל עוד איננו מונע שימוש כזה משותף אחר. יש מחלוקת לגבי כך **בוילנר**:
      1. **בן פורת** – מבחן שימוש אובייקטיבי. **נתניהו** – מבחן שימוש אובייקטיבי סובייקטיבי.
      2. **בן פורת+בך** – אי מניעה = רק איסור מפורש. **נתניהו** (מיעוט) – גם חוסר יכולת מעשית להשתמש.
      3. כאשר שותף א' מרשה לצד ג' להשתמש ומפריע לשותף ב' זה נחשב "מניעת שימוש סביר" (**ביאלר**)
   2. עשיית פעולות דחופות ובלתי צפויות הנדרשות להחזקה וניהול תקין
   3. עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם לנכס/הגנת הבעלות+החזקה
7. מי שביצע אחת מהפעולות ב14 מחויב להודיע בדחיפות לשותפים.
8. לפי **32** כל השותפים צריכים לשלם באופן שווה על ניהול וכל ההוצאות. אם אחד שילם יותר רשאי לדרוש.
9. לפי **33** + **זרקא** – דמי שימוש זה רק במקום בו השימוש של האחד מונע מהאחר שימוש.
10. כעת אדון בשלב היציאה
11. חוק רלוונטי של מטלטלין זה **10**. מקרקעין זה **37-45**. לדעת **דגן** דרוש הסכם יציאה חזק וברור.
12. במידה והשותפים קבעו מנגנון פירוק
    1. מנגנון הפירוק הוא לפי מה שקבעו השותפים **(38)(א)**
    2. אם נקבעה חלוקה בעין – לפי **38(א)** צריך אישור מפקח שבודק כי אכן זה תואם לחוק התכנון והבנייה וכן לבדוק אם קיים דין חלוקה קיים **ב143** לחוק התכנון והבנייה.
13. במידה והשותפים לא קבעו מנגנון פירוק
    1. אם שותף מתעקש על דרך – **חשין ברדילביץ'** טוען שזה עקרון על שכפוף רק לתו"ל ולחריגים ולכן המיעוט יכול לדרוש. אם הוא לא רוצה חלוקה בעין אז שיסביר למה.
    2. לפי **38** ביהמ"ש יקבע את מנגנון הפירוק בהתאם ל**39-43**. (כמובן שצריך אישור מפקח כמו מקודם)
14. לפי **חשין ברדילביץ'** עדיףתמיד חלוקה בעין לפי חלוקה לחלקות. אם אפשר (חוו"ד מפקח) אז עדיף רישום כבית משותף(**42(א)**), זה יותר יעיל כלכלית ומתאים לתיאוריית האישיות. **דגן** תומך בזה -אם יש צורך בתשלומי איזון יש לדרוש אותם. (**39(ב) + 42(ב)**)
15. סייגים לחלוקה בעין **ב41**:
    1. אחד השותפים לא רוצה + יש לו נכס גובל והוא מסכים לצרף את חלקו לנכס הגובל.
    2. אי אפשר לחלק בעין אא"כ חלק יסכימו להתאחד והשאר יסכימו לכך. (חלוקה בעין חלקית)
    3. אם חלק לא רוצים, ניתן ליטול את חלקם ולהישאר/לחלק אבל לשלם להם את מה שהיו מקבלים אם היינו מוכרים לפי **40**.
16. סייג הפסד ניכר – אם החלוקה בעין גורמת להפסד ניכר נורה על מנגנון חלוקה אחר. (**40(א)**)
17. מהו הפסד ניכר?
    1. **חשין ברדילביץ** – הפסד מדרך הפירוק בלבד (הסתמכות)(דוג'-חלוקת יתר). **לא** פוטנציאל/ציפייה.
    2. **המרצה** – אפשר גם להסתכל על פוטנציאל כהפסד ניכר במקרה של קומבינציה שלא הושלמה.
18. במצב בו הוחלט על מכירה ולא על חלוקה:
    1. ביהמ"ש רשאי להורות על מכירת כל הנכס ולהחליט אם זה ילך למכירה פומבית או הוצל"פ (בהתאם לעקרונות) אך **איננו** יכול להחליט איך יתקיים פירוק המכירה (**40(ב)** + **בעלי זכויות**)

**שכירות**

1. נגדיר לפי **3** האם החוזה מדבר על שוכר ק"ט (5)? חוכר (5<)? חוכר לדורות (25<)? אם הגדרנו כחוכר לדורות, לפי **לוסטיג** הכרנו כשכירות למרות הקרבה של הזכות לבעלות.
2. הדרישות המצטברות:
   1. בתמורה – צריך לעבור ערך כלכלי ממשי.
   2. בשביל להחזיק במקרקעין ולהשתמש – **לדעת הרוב**- כל שימוש והחזקה. **וייסמן** טוען ששימוש והחזקה ייחודי.
   3. שלא לצמיתות – לפי **עמידר** אין שכירות ללא הגבלת זמן (זה כבר הופך לרישיון)
3. אין חובת רישום עד 10 שנים (שילוב של **79(א) + 152**)
4. האם הזכות הקניינית השתכללה?
   1. בשכירות ק"ט אין צורך ברישום. לפי **79(ב)** בחוזה עם אופציות שעולה על 10 שנים **יש חובת רישום** (כתב חייב מעל 5 שנים). לא רשמת? אתה בעל התחייבות.
   2. אם אין חובת רישום, ברירת המחדל זה בקבלת הנכס אך ניתן להתנות.
5. ניתן להעניק זיקת הנאה בנכס מכיוון וזוהי זכות קניינית.
6. ניתן לשעבד את השכירות (דיספוזיטיבי)
7. הגנת **21** – כאשר המשכיר מעביר את בעלותו, השוכר עובר ביחד עם הנכס.
   1. לא יחול כאשר הזכות הקניינית לא השתכללה, כלומר כאשר אנחנו בעלי התחייבות בלבד.
   2. חל גם על שכירות וגם על שאילה.
8. העברה לפי **22** (קוגנטי)
   1. מקרקעין:
      1. המשכיר הגביל ומסרב – ביהמ"ש יבדוק אם הסירוב סביר.
      2. לא הגביל ומסרב – ברירת המחדל היא שמותר להעביר.
   2. מטלטלין/זכויות:
      1. המשכיר הגביל ומסרב – לא ניתן להעביר אם המשכיר לא הסכים.
      2. לא הגביל ומסרב – ביהמ"ש יבדוק אם הסירוב סביר
9. מה נחשב לסירוב סביר?
   1. **חברת הכשרת היישוב** – נבדוק כל מקרה ונסיבותיו.
   2. **אשגרם** – **מבחן סוג הנכס** – נבדוק את סוג ומהות הנכס. מפטור ממכרז העבירו לגורמים פרטיים.
   3. **וייס** – **נתניהו, מבחן זהות השוכר** – נבדוק האם יש היגיון לדרוש שוכר מסוים. בית ספר.
   4. **בנק הפועלים** – **אי עמידה בתשלומים** – במידה והשוכר לא עמד בתשלומים לא ניתן לא להעביר במידה והסירוב מבוסס על כך.
10. בחכירה לדורות – במגזר החלקאי הזכות חלשה(זולה) ובמגזר העירוני חזקה(יקרה). לפי **בסו** חידוש החוזה הוא עניין פורמלי בלבד ולא באמת דורשים את הקרקע בסוף החכירה (המרצה מדגיש כי פורמלית זו שכירות).
11. ליסינג מימוני לעומת ליסינג תפעולי – עקרונית ברכב, אך אולי ניתן להקיש לחוזים אחרים כאשר החוזה לא ברור. בכדי להבחין האם זו עסקת שכירות או לא נא לפנות למחברת.

**זיקת הנאה**

1. ראשית, יש לאפיין את 4 הזכאים להנות מזיקת ההנאה **(ס' 92)** :
   1. אדם- הדוג' הקלאסית, אדם עובר דרך קבע בחצר חברו.
   2. ציבור- דרך קיצור כללית.
   3. מקרקעין- זיקת הנאה כלפי מקרקעין מסויים, כגון דוג' המים שמועברים ע"ב חוזה דרך מקרקעין.
   4. סוג בני אדם- קבוצה מסויימת עם מאפיין משותף, הזיקה נעשת רק מכח השנים (**חיים גת**).
2. שנית, נבחן ע"י מבחן הזכויות בקרקע האם הזיקה כלפי בני אדם או כלפי הקרקע. בזיקת הנאה של מקרקעין הקשר נובע באופן ישיר מזכויותיו במקרקעין של הזכאי (המבחן ב**בן חורין**. לוין מגביל את זיקת ההנאה לעומת בן יאיר (מיעוט) - זיקת ההנאה הינה שלמה ומלאה, ולא אפשרי להתנות עליה).
3. **(98)** זיקה בין מקרקעי בעל אחד**:**
4. זיקת הנאה אפשרית במצב בו יש שתי חלקות בידי אותו אדם.
5. אם החלקות עברו לבעלות אדם אחד הזיקה לא בטלה.
6. אם החלקות מתאחדות לחלקה אחת הזיקה מתבטלת.
7. **(93)** זיקת הנאה יכולה לקבוע כי-
8. בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לו זכאים לשימוש מסוים במקרקעין.
9. בעל המקרקעין הכפופים (זה שנהנים מהקרקע שלו) חייבים להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין.
10. בעל המקרקעין הכפופים חייבים בביצוע פעולה מסוימת באותה מקרקעין.
11. על אף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסויים במקרקעין.
12. נבחן כיצד נוצרה הזכות במקרה דנן:
13. מכח הסכם.
14. מכח דין- צוואה, מעשה מנהלי (**קיבוץ החותרים**).
15. מחמת כורח- לא הייתה ברירה ל-X, הוא היה חייב לעבור בשטח של Y.
16. מכח שנים **(ס' 94)** של התיישנות ש"רוכשת" את הזיקה-
    * 1. שימוש ממושך של 30 שנה (**לוי**). גם לסירוגין.
      2. על הזיקה להיות פומבית, האם בעל המקרקעין ידע? (כמו ב**בן חורין התקנת שער היא לא מחאה**).
      3. בעל הקרקע לא מחה על כך ב-2 דרכים:
         1. הודעה בכתב למשתמש.
         2. הודעה כ ללית לציבור.
17. מתי פגה הזיקה? כל עוד לא הוסכם אחרת, הזיקה בלתי מוגבלת **(ס' 96)**. אפשר לפנות לביהמ"ש כדי לבטל את הזיקה או לבטלה.
18. האם הזיקה ניתנת להעברה? לא ניתן להעביר את הזיקה ללא הסכמת בעלי המקרקעין, למעט בירושה **(ס' 95).**
19. הזיקה אינה חלה על מקרקעי ציבור **(ס' 113)**, אך **ויסמן** כי ישנם מצבים מסוימים שהיא כן חלה.
20. ביטול זיקת הנאה רק ע"י: א) אחד הצדדים פנה לביהמ"ש. ב) היועמ"ש בכבודו ובעצמו.

הביטול יתרחש רק במקרים הבאים:

1. אי הפעלת הזיקה.
2. שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה (דוג'- הלכתי בשקט בשביל ועכשיו אני אלך ברעש גדול).
3. שינוי שחל במצב המקרקעין של הכפופים או של הזכאים

כללי

**כללי**

1. **ס' 13** - אין תוקף לעסקה בחלק מסוים של מקרקעין (חריגים - בית משותף, זיקת הנאה, הפקעה, שכירות,ירושה)
2. **ס' 14** - בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.
   1. **קאופרטיב** - נחייב בעלי קניין לאפשר לאחרים לעבור בתוך הקניין שלהם רק אם אין ברירה אחרת. זכות כלכלית.
   2. **פרידמן** – פעם ראשונה שהכירו בשימוש לרעה בזכות
   3. **סלומון** - ס' 14 הוא רק ס' מגן. הוא נועד רק לגרום לכך שזכויותיו של בעל הקניין לא יפגעו מבעלי קניין אחרים.
3. וועדות קבלה –
   1. מרצה - ככל ששיתוף הפעולה בין החברים בקהילה יהיה יותר מכונן בתפיסת הטוב שלהם, אנחנו ניתן אפשרות להדרה גדולה יותר.
   2. **קעדאן -** ביהמ"ש קבע כי מדיניות החכרה של קרקעות ליהודים בלבד מהווה אפליה אסורה. אין שום קריטריון שמהווה שיתוף פעולה ביישוב ולכן אין אובדן כלשהו של קהילתיות. לכן, ביהמ"ש טוען שביישובים כאלו, בהם האנשים לא נאספים יחדיו לשום מטרה משותפת, אין שום הצדקה להטלת מגבלה כלשהי על זכותם של אחרים לרכוש בהם קניין.
   3. **פס"ד אדלר** עסק בתקנון בית משותף שאסר על מכירת דירות למי שאינו חרדי – ביהמ"ש לא ביטל את התקנון.
   4. חוק הירושה הוא החוק היחידי בישראל שעוקף ועדות קבלה
4. **אינטרס הסתמכות** (**סינגר**) – המחויבות לא נוצרת עם כריתת חוזה אלא במשך הזמן כשנוצרת הסתמכות וציפייה לגיטימית בין הצדדים. מנגד ניתן לטעון כי יש כאן הפיכה של דיני הקניין לדיני חוזים. (**רדין**) - המפעלים מכוננים את אישיותם כי בזכותם יש להם בית, עבודה וקשרים חברתיים.
5. **קניין חדש** (**רייך**) - "הקניין החדש" כולל זכויות כלכליות שמקורן בשלטון: רישיונות שידור, רישיונות למקצוע, רישוי לעסקים, רישיונות להפקת נפט וגז, זכות לקצבת ביטוח לאומי, סובסידיות, תמלוגים ועוד. ע"פ רייך זה קניין עקב התלות (אנשים מסתמכים). **מנחם** - ביהמ"ש "מדבר" עם הקטגוריה הזו אך לא מאמץ אותה. **בפס"ד מנור** ברק אומר שמדובר בקניין החדש אבל מדגיש שהאדם שילם על זה כסף, וזו לא ההצדקה של **רייך**. אם נגדיר משהו כקניין רק הכנסת, בחקיקה ראשית, יכולה לפגוע בזכות חוקתית.
6. מקרקעי ייעוד עמ' 21 (ים, נמל תעופה, נהרות, מסילות ברזל) - לא ניתן לעשות בהם עסקה הטעונה רישום (בעלות + חכירה לדורות), אלא אם הממשלה מאשרת. שכירות קצרת מועד אפשר.
7. הפליה עמ' 24 במחברת.
8. טענות בדבר הכרעה:
   1. מאזן המצוקה (אנגלרד מיעוט בסלומון). מה יותר יעיל ומי יפגע פחות ?
   2. צדק חלוקתי
   3. מונע נזק
   4. שיקול אל מול וודאות השוק ושיקולי מדיניות
   5. סיווגה ומיונה של הזכות כזכות חוזית או קניינית, יוכרעו בכל מקרה לגופו, על רקע המאפיינים של הזכות בהקשר הקונקרטי הנידון ללא חשיבות למה הצדדים קבעו בהסכם (בן חמו שטרסברג-כהן).
   6. זכות קניינית מאופיינת בכך שהיא פועלת כלפי כולי עלמא. אין די בתכונת העבירות כדי להבחין בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית (בן חמו) . מנגד ע"פ המרצה לא צריך לנסות להגדיר זכות קניין מחד וזכות אובליגטורית מאידך כיוון שאין הגדרה מדויקת לזכות קניין.