**גישות ומושגים**

**קניין במה**

זכות קניינית נקבעת ע"י איזון שמבצע המחוקק ומחליט אילו ערכים נמצאים בזכות המצדיקים הפיכתה לזכות קניינית.

בפס"ד **מקדונלד** נשאל האם יש לגדיר את היקף הזכות לפרסום כזכות קניינית ונלקחו בחשבון כל הערכים הרלוונטיים.

**צ'ארלס רייך** מציין בספרו "הקניין החדש" שהיום קניין זה לא רק קרקעות, אלא למעשה עוד המון זכויות וזיקות פיננסות אשר אי התייחסות אליהן כאל קנייניות ייצרו תלות מוגזמת במדינה. זהו עידן של קניין חדש.

בפס"ד **מנור** שאלו האם קיצוץ בקצבת זקנה זה פגיעה בקניין. ניסו להוכיח אל מול "קניין חדש", בסופו של דבר הוכיחו דרך אפיק אחר, לפיו יש פגיעה בנכסים שאדם חסך במשך חייו. גם בפס"ד **מנחם** ציינו את קטגוריית הקניין החדש אך לא השתמשו בה.

לסיכום: "הקניין החדש" כולל זכויות כלכליות שמקורן בשלטון: רישיונות שידור, רישיונות למקצוע, רישוי לעסקים, רישיונות להפקת נפט וגז, זכות לקצבת ביטוח לאומי, סובסידיות, תמלוגים ועוד. "הקניין הישן" הוא בית ורכב. "החדש" הוא הזכות הכלכלית. חשיבות הסיווג היא דרמטית. אם רישיון הוא קניין למשל, הממשלה והרגולטורים אינם יכולים לפגוע בו (לקחת, לצמצם, לשנות תנאים) בצווים, תקנות, החלטות ורפורמות. רק הכנסת, בחקיקה ראשית, יכולה לפגוע בזכות חוקתית. הכרה כזו תגביל את הממשלה והרגולטורים מהתערבות כשזו נדרשת במטרה לשנות או לאכוף מדיניות חברתית וכלכלית.

בשלב זה במחברת הוזכר מאמרו של סינגר לגבי "הסתמכות" כזכות קניינית.

ישנם מקרים בהם לא נרצה לבסס זכות קניינית כמו בתרומות איברים, מכיוון וזה יפגע בצדדים שלישיים (מובא במחברת, הכוונה היא לעניים שאיבריהם יהוו תחליף לעשירים).

## הבעלות

תחום הבעלות

**היקף עסקה במקרקעין**

לפי **ס' 13** עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי ב**סע' 12+13** ואין לבצע עסקה בחלק מסוים של הקרקע, זאת מתוך הרציונל שיהיה יותר קשה לאחות את הקרקע בהמשך לאחר שפיצלנו. לסעיף זה יש חריגים המתירים. מקבל גיבוי **מס' 38(א)** (פירוק שיתוף בקרקע ע"פ הסכם) לפיו אם בוצע פירוק בעין יש לקבל את אישור המפקח. אם יהיה קשה לאחות את הקרקע תיווצר בעיית איתור וזה ייקר עסקאות וייצור מונופולים דו"צ בחלקאות קרקע. הבעיה עם טענות מסוג זה היא שככל שהטענה נכונה גם ככה כוחות השוק ידאגו שנשמור על ניצול יעיל.

לס' 13 חמישה חריגים: **ס' 54** לפיו דירות בבית משותף הינן חריגות. **ס' 93(ג)** לפיו ניתן לקבוע זיקת הנאה בחלק מסוים. **הפקעות** נחשבות לחריג, **בפס"ד אקונס** הפקיעו חלק מעל מקרקעין לבניית מנהרות הכרמל, זאת מכיוון והפקעה איננה עסקה וכן כי אין צורך לשמור על רשות מנהלית מפני עצמה. **שכירות** (**ס' 78**) **וחכירה לדורות** (בייניש **פס"ד לוסטיג**) הינם חריגים. למה בייניש קבעה את החכירה כחריג? בעיקר כדי להגביל את הצמצום על הפרט. **ס' 6** לפיו **ירושה** או הורשה מכוח דין אינם עסקה במקרקעין.

**מחוברים**

לפי **ס' 12** הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור קבע, זולת אם המחוברים ניתנים להפרדה ואין משמעות למי חיבר/בנה/נטע אותם. מה הנפקות בין הקביעה האם מחובר הינו מקרקעין או מטלטלין? נגיד אדם הלווה לי כסף לקניית שמשייה ואת השמשייה שמתי בבית. אם השמשייה תסווג כמקרקעין אז במידה וישעבדו לי את הבית יוכלו לשעבד גם את השמשייה, כי היא חלק מהמקרקעין. יווצר פה מצב בו גם לבנק יש בעלות עליה וגם למי שהלווה לי את הכסף, זו תחרות נושים. השאלה הגדולה תעלה בשכירות, כששוכר מחבר מזגן, למי הוא שייך, לשוכר כמטלטלין או לבעלי הדירה כמקרקעין. לפי **ויסמן**:

* המבחן הפיזי- משהו יסווג כמחובר כאשר לא ניתן לפרקו מבלי להרסו. זהו המבחן העיקרי, המבחנים הבאים נוספו כדי לתמוך.
* מבחן סוג הנכס- משהו יסווג כמחובר כאשר ניתוקו גורם לו לאיבוד אופיו, כמו לבנה שאם נוציאה מבית לא תהיה לה את אותה המשמעות
* מבחן הכוונה- האם המחבר התכוון לכך שהמחובר יהיה חלק מן הקרקע? יש להבחין בין 2 מצבים.
  + מצב של **צדדים רחוקים** – יש להבחין מהי כוונתו האובייקטיבית של בעל הקרקע, האם הוא התכוון שהמחובר יהיה חלק מהקרקע?
  + מצב של **צדדים קרובים** - יש לבדוק מה הצדדים שידרו זה לזה, במקרה כזה אין צורך לפנות למבחן הפיזי. (תו"ל מחוזים גם חל מסביב)

דרך מבחן הכוונה ניתן להכריע באופן הסביר ביותר האם משהו הוא מיטלטל או מחובר. אנחנו רואים שביהמ"ש נוטה לחפש יותר את כוונת הצדדים כאשר היחסים מתקרבים.

ניתן להשתמש במבחן מונע הנזק הזול, כמו שוכר שהתקין מזגן, לא הודיע למשכיר והתקין בצורה כזאת שלא ניתן לנתק. זאת בעיה שלו. המבחן לא יהיה קטגוריאלי (קטגוריות שנקבעו מראש) אלא ייבחן לפי נסיבות העניין.

גם קונה דירה יכול להיות מונע הנזק הזול, אם למשל הוא בודק דירה אחרי שמישהו שכר אותה ולא טורח לשאול מה בדירה שייך לשוכר.

בשורה התחתונה ביהמ''ש מבחין בין 2 מצבים. במצב של צדדים קרובים ביהמ''ש משתדל לכבד כמה שיותר את כוונת הצדדים. במקרה של צדדים רחוקים יש לבחון את הכוונה האובייקטיבית, ניתן לתמוך בעזרת מונע הנזק הזול. שיקולים נוספים שלוקח ביהמ''ש הם:

וודאות השוק. עידוד פעילות כלכלית. שיקולי יעילות מצרפית (החלטה של ביהמ''ש על חפץ מסוים יכולה להשפיע על מדינה שלמה). שיקולי חלוקה (למי ראוי להעניק את הנכס). יש לנושא זה השלכות משמעותיות עם בנקים ומשכנתאות.

לפי **נתניהו** **פס"ד לידאי** משפט הארץ איננו מכיר בבעלות במחוברים לקרקע (נטיעות/בניין) בנפרד מהבעלות בקרקע עצמה.

**אוצרות טבע ועתיקות**

לפי ס' 11 הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכד', וכן מתפשטת בחלל הרום שמעליו אך בכפוף לכל דין אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום. נדגים דרך **פס"ד Samedan**. העותרות חיפשו גז בים ברשות ומצאו, ולאחמ"כ ביקשו לבנות צינורות הובלה להוביל את הגז לחברת החשמל. הממונה על הנפט והגז אמר שבכוונת הממשלה להוציא מכרז מי רשאי לבנות את צינורות ההובלה. לפי **ס' 53(א)** לחוק הנפט בעל רישיון לחיפוש **רשאי** לבנות קווי צינור להעברת מוצרי נפט. **חשין** מאפיין את זכות הקניין של בעלי הנפט. תכליות חיפוש הנפט הן לעודד חיפוש יעיל ולעודד תחרות בתחום. המטרה היא למקסם את הרווחה המצרפית ולכן זכות ההובלה (מונופול טבעי, שכן לא רצוי להעניק את הזכות לכמה אנשים) היא משהו שנרצה לעשות עליו רגולוציה. לכן לפי חשין יש למנוע הצמדה של זכות ההובלה לזכות ההפקה אך יש לקרוא את **רשאי** כ**רשאי, אך במכרז**. בגלל החוק חשין לא שולל לגמרי את זכות המפיקים להוביל, אלא נותן להם אופציה לבצע זאת ע"י מכרז. חשין (ממציא שרירות הבעלים) בעצם סוטה מדרכו בפס"ד זה ומכריז על מוסד קנייני זה ככזה המושתת על "תחרות חופשית".

**בפס"ד רשות העתיקות** העותרים עתרו על כך ששטחם נקבע כאתר עתיקות וטענו שאין בו עתיקות ולכן אי אפשר להכריז. ביהמ"ש קבע כי א. ניתן להכריז אם יש אפשרות סבירה לעתיקות ב. אין לרשות את הסמכות להגיד לבעלי קרקע שבשביל להשתחרר מההכרזה הוא צריך להמתין או לבדוק על חשבונו. ביהמ"ש טוען שלא ניתן להשית את העלות על בעל הקרקע בתור שיקול חלוקתי אבל לפי המרצה יש פה יותר יישום של שיקולים תמריציים.

**מהות הזכות לקניין ומגבלותיה – משפט פרטי**

**בפס"ד** **שלב נ' הררי** חלקת שטח בראשל"צ חולקה לשלוש. החלק שנפל בידי ממ"י הוחכר לשלב, בעוד שחלקו של הררי נמצא בצמוד. בעת הרישום לא נרשמו זכויות מעבר לאף אחד מן הצדדים. שלב סללו דרך גישה ללא רשות (בכדי להגיע לכביש הראשי) כאשר דרך זו עוברת בחלקתו של הררי ובחלקות אחרות. ביהמ''ש הכריע לרעת שלב ולטובת הררי.

**בפס"ד רדומילסקי נ' פרידמן**, פרידמן שכר דירה בבניין כדייר מוגן. רדומילסקי קנתה את הבניין. בתו של פרידמן החלה לגור איתו בשביל לדאוג לשלומו (בן 85). רדומילסקי תבעה את הפינוי בטענה כי חוט אנטנה שהבת התקינה עובר דרך ביתה של רדומילסקי דרך חור שנקדח בקירה וזה לדעתה הסגת גבול. ביהמ"ש מכריע לרעת רדומילסקי ומכריז (בפעם הראשונה והאחרונה) כי רדומילסקי משתמשת לרעה בזכות הקניין ומנצלת את כוחה המונופוליסטי.

לדעת המרצה ניתן להסתכל גם על הררי כעל מנצל לרעה. שכן הם סה"כ ניסו להשיג כסף בעזרת מהלך התביעה. אבל בהררי לפחות השיקול היה כלכלי נטו וברדומלסקי היה גם עניין של קנטרנות.

**בפס"ד רוקר נ' סלומון**, העותרים אשר דירתם הייתה חצי על מקלט וחצי על עמודים סגרו את החלק של העמודים, חיברו אליו חלק מהמקלט והוסיפו תוספת בצד הבניין בשטח הדשא. הם עשו זאת בכפוף להיתר אך ללא הסכמת שכניהם. **ס' 14** קובע כי בעלות/זכות במקרקעין לא נותנת הצדקה לעשיית דבר הגורם לנזק או לאי נוחות לאחר. **אנגלרד בדעת מיעוט** גורס שאין להרוס את מה שרוקר בנו כי הנזק שיגרם להם יותר גדול מהנזק שיגרם לשכנים (מאזן מצוקה), זו הסתכלות כלכלית נטו. דעת הרוב (השבת המצב לקדמותו) מחולקת גם בדרך ההגעה. **טירקל חשין ולוין** הולכים דרך שרירות הבעלים ומבינים שאין להצדיק שום סוג של גריעה מזכות הקניין. לדעת יש לפרש את ס' 14 בצמצום ולהשאיר שק"ד מצומצם לביהמ"ש. **ברק ושטרסברג כהן** פונים דרך 2 שאלות. ראשית מהו המוסד הקנייני? עונים שזהו בית משותף ואין דין בית משותף כדין דירה אחרת. שנית מהי הנפקות? ברק עונה כי ההחלטה מבוססת על המוסד ועל מערכת היחסים שהוא מביא איתו, ולפיכך דיני הקניין לא תמיד יפנו לנושא של שרירות הבעלים אלא גם יכניסו ערכים אחרים.

**המשטר הקנייני בישראל**

93% מהקרקעות במדינה בבעלות ממשלתית (גופים ציבוריים או המדינה). 7% בבעלות פרטית.

**קרקע בבעלות פרטית**

כיצד חיים האנשים על הקרקע הציבורית? הפתרון הוא חכירה ארוכת טווח, ככה המדינה מעבירה לתושביה זכות הקרובה לבעלות ולא מאבדת את בעלותה על אותן קרקעות. לכן מבחינה פורמלית אותם תושבים הם אינם הבעלים אך מבחינה מעשית הם כן. במגזר העירוני זכות החכירה כמעט ולא שונה מזכות הבעלות. במגזר העירוני בעלי/מחזיקי הקרקע נקראים בעלי רשות וזכותם איננה קניינית.

**בפס"ד שיח חדש** הקיבוצים ביקשו לקבל חלק מהנתח הכספי שיתקבל בגלל שינוי הייעוד של חלק מקרקעותיהם. הקשת המזרחית עתרה כנגד זה וטענה כי לא הגיוני שהקיבוצים גם קיבלו את הקרקעות בחינם בעבר וגם יהנו עכשיו מכסף שכולם צריכים להנות ממנו. זוהי טענה חלוקתית. המרצה מציין שמצחיק שדווקא החקלאים אשר יותר מחוברים לקרקע הם פחות חזקים מבחינה קניינית.

כאן נכנס מאמר של **רחל אלתרמן**, להלן סיכומו:

* המאמר מדבר על נושא הבעלות על המקרקעין. כיום 93% מהמקרקעין במדינה מצויים בידי בבעלות ציבורית והמאמר יבחן את הנושא (האם שווה להפריט) דרך 3 נק' תצפית: נק' מבט השוואתית בינלאומית, נק' מבט של מה צפוי בעתיד להביא עלינו משטר שכזה ונק' מבט של "האם ראוי".
* הלאמה מלאה – העברת זכויות הבעלות לידי המדינה. בעיקר כדי להשיג חלוקת נכסים צודקת וקידום אינטרסים ציבוריים.
* הלאמת ערך הפיתוח – הבעלות הפרטית נשארת בידי הבעלים אך זכויות הפיתוח בידי המדינה.
* זכות קדימה לרכישה – משאיר זכות סירוב ראשונה בידי המדינה לרכישת קרקעות.
* הפקעה מסיבית – נושא של זכות הפקעת הקרקעות. בד"כ המדינה משאירה בידיה זכויות הפקעה רחבות. (גוש קטיף)
* רכישה מוקדמת ליצירת בנק קרקעות.
* איחוד בעלויות ורפרפלציה – איחוד מספר חלקות אדמה למגרש אחד גדול (לעומת פרפלציה שמה מפצלים). בעלי הקרקעות מקבלים את חלקם היחסי בקרקע אשר בד"כ ערכה מושבח בתהליך. בישראל ניתן לבצע רפרפלציה גם ללא הסכמת בעלים.
* מס או היטל השבחה – מס הנופל על ערך הקרקע אל מול אישורים של תכניות ממשליות וכיוצ"ב. לא נפוץ מדי בעולם.
* סמכות להקפאת קרקעות – הזכויות על הפיתוח (ולפעמים אף לעשות עסקאות) של האדם הפרטי מוקפאת.
* הפקעה נקודתית – הפקעה להקמת שירותי ציבור.
* הסדרת זכויות השימוש באמצעות תכנון ציבורי (Zoning) – פירוט מוסדר של מה מותר לעשות עם הקרקע, גובה מותר של הבניין וכד'.
* הסדרות זכויות השימוש באמצעות תכנון פרטי – כמו הקודם רק שמשתמשים בהסכמים בין יזמים ומשתכנים או בין המשתכנים עצמם.
* התערבות מזערית – בדומה ליד הנעלמה, הממשלה לא מתערבת במשחקי המקרקעין אלא רק בסוגיות קריטיות נבחרות (כגון כבישים עורקיים). מדיניות זו איננה נפוצה במדינות נאורות.
* מקרקעין – הקרקע ומה שמחובר אליה חיבור קבע. גם אם בנית בעצמך בית על מקרקעין ציבור אתה חוכרו ולא בעליו.
* קיימת "הפרטה זוחלת" בכל הנוגע לזכויות החכירה בישראל, כאשר מתקיימת התגמשות בנושאים כמו זכויות החזקה, העברה, פיתוח, השעיה וזכויות השוק. ע"י הגמשות אלה מוצאים את עצמם החוכרים כבעלי זכויות קרובות לשל בעלי מקרקעין.
* הצדקות כלכליות להתערבות ציבורית – הגנה על מוצרים ציבוריים, שמירה על משאבים מיוחדים, טיפול בהשפעות חיצוניות, התמודדות עם דילמת האסיר (המרעה המשותף), שליטה בעיתוי הפיתוח ורציונליזציה של השקעות ציבוריות בתשתית, ליקוט קרקע הון לפרויקטים ארוכי טווח, טיפול בבעיית המידע הלא שלם ושבירת מונופולים.
* הצדקות חברתיות תכנוניות – קידום ערכים פוליטיים ואידיאולוגיים, הערכות והתמודדות עם משברים, מיתון השיקולים הפוליטיים של קבלת החלטות, מיתון קונפליקטים בין קבוצות.
* מוצר ציבורי – לא ניתן למנוע שימושו ממי שאינו מוכן לשלם (בדרכים יעילות) וההנאה ממנו לא גורעת מהכמות.
* השפעה חיצונית – השפעה חיובית/שלילית הנגרמת בעקבות פעילות מסוימת. שלילית זה כמו זיהום אוויר של מפעל וחיובית זה כמו עליית ערך קרקע אל מול בניית קניון ליד וכיוצ"ב.

**מקרקעי ייעוד**

ישנם מקרקעין אשר לא נרצה להפריט, כמו שאיננו רוצים להפריט אוויר. ישנם משאבים שחשוב שנשמור עליהם. ס' 107 מגדיר מה הוא מקרקעי ייעוד, בעוד שס' 111 קובע כי אין לבצע במקרקעי ייעוד עסקאות הדורשות רישום. המשמעות היא שלא ניתן להעביר בעלות בקרקעות מסוג זה. הדרך היחידה לבצע עסקה הדורשת רישום היא באישור פרטני של הממשלה או השרים.

**זכות הכניסה למקרקעין**

בארה"ב המסגרת החוקית הינה The Fair Housing act, לפיו אדם לא יכול להפלות במגורים ולקבוע מי ישכיר ממנו דירה. החריג בחוק היא שאם לאדם יש עד 4 דירות באותו מתחם הוא רשאי לקבוע מי ייכנס, מעל לכך לא ניתן להפלות.

**זכות הכניסה למקרקעין בישראל**

מה המצב בישראל? בערים כיום לא ניתן ממש לבחור את שכניך, בעוד שביישובים יש קבלות ועדה ליישוב המקנה את האפשרות, אותה ניתן לעקוף רק בעזרת ירושה. לאנשים שונים ישנן "תפיסות טוב" שונות. ככל ששת"פ הוא יותר מכונן ויותר חשוב לדמות המקום המבקש להדיר נפנה לקבל אותה. לא נכפה על קיבוץ להכניס כל אדם (שלא יכנסו קפיטליסטים) או את מאה שערים להכניס גויים. **בבג"צ קעדאן** ביהמ''ש קבע שביחס לקרקע ציבורית אין הרשות יכולה להפלות בעניין המגורים ביישוב. המרצה מציין כי אם היה מדובר בקרקע פרטית, זכות הקניין הייתה מחייבת תוצאות דומות.

**אפליה בהשכרת דירות**

על פניו המשפט בישראל הוא כזה אשר מונע אפליה, אך הוא מאפשר בעולמות התוכן הרלוונטיים. אדם יכול לברר האם לאדם השני יש יכולת להעמיד ערבויות או האם יש לו רקע בהרס דירות ולהחליט על פי זה.

דיני נטילה שלטונית של מקרקעין

מתייחס לשני מקרים:

* הפקעה – המדינה לוקחת פיזית את הקרקע ואינך יכול לבצע בה דבר.
* גריעה תכנונית – המדינה או הרשות לוקחים חתיכה מזכותך בקרקע. מדובר על הטלת מגבלה על המקרקעין אשר נשארת בחזקתך.

הפקעות

ההסדרים הנורמטיביים הם חו"י כבו"א, פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור, דברים בעלי מאפיינים ארציים כמו כביש 6) וחוק התכנון והבנייה (הפקעה יותר מקומית/עירונית).

ההגדרה: נטילה שלטונית היא רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמת צורך ציבורי תמורת פיצוי הבעלים. נעסוק בשלושת החלקים.

רכישה כפויה של מקרקעין – מדוע המדינה יכולה?

* שימור הכוח המדיני, הגשמת צרכים בטחוניים, תאוריית ההסכמה הראשונית של לוק.

לשם מה הצורך קיים? כדי לפתור כשלי שוק שונים, משיקולי צדק חלוקתי וכדי לבסס כוח שלטוני מסוים.

צורך ציבורי – ס' 3 לפק' הקרקעות מקנה לשר את היכולת להפקיע לטובת צורך ציבורי. בארה"ב ההסדר הנורמטיבי הוא התיקון ה5 לחוקה.

במקרה סוזט קילו ביהמ"ש בארה"ב אפשר הפקעת הקרקע מסוזט וחבריה לטובת הקמת מפעל תרופות, כי ראה זאת כצורך ציבורי, אך למעשה חברת התרופות הייתה בבעלות פרטית אז ביהמ''ש הכשיר העברת קרקע כפויה מאדם אחר למשנהו.

בפס"ד קרסיק מגיעה השופטת בייניש וקובעת כי בעקבות חקיקת חוה''י יש לצמצם את סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה. ביהמ"ש הוא זה שיקבע הלכה למעשה מהו צורך ציבורי והאם החלטת הרשות תקינה.

השתלשלות האירועים בתחום ההפקעות לשם הגשמת צורך ציבורי:

* **פס"ד דור**, 1952, הפקיעו קרקע לטובת שיכון עולים. ביהמ''ש קבע כי ניתן להפקיע קרקע לצורך מגורים של אדם אחר.
* **פס"ד אתא נ' שוורץ**, 1977, ביה"ש מפקיע את דירת שוורץ לטובת מפעל מכיוון ומקומות העבודה שהמפעל מעניק הם סיבה מספיק טובה וציבורית.
* **בג"צ מהדרין**, 1994, ביקשו להפקיע את קרקע חברת מקרקעין לצורך בניית נתב"ג 2000. מהדרין טענה כי היא יכולה להקים ולהפעיל את הדיוטי פרי בעצמה ולכן יש לשאול לדעתה. ביהמ"ש קובע כי זהו חלק מבניית כל הקומפלקס ולכן לא ניתן. בפס"ד זה ביהמ"ש משאיר דלת פתוחה לנתינת האפשרות לבעלי הקרקע להגשים את הצורך הציבורי בעצמם.
* **פס"ד מחמוד חליל**, 2007, עיריית נצרת הפקיעה קרקעות בכדי לא להקים עליהן כלום, שיהיו שטחים ירוקים. ביהמ"ש קבע ששטחים ציבוריים הינם מטרה ציבורית עליונה. (המרצה מותח ביקורת על הפסיקה)

**פס"ד לובינאניקר** מסכם יפה דברים אלו, כאשר **שמגר** מציין כי אמת המידה של צורך ציבורי איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיבים אלא פשוט קביעת השר היא זו שמקנה לו את המעמד.

טענה זו קיבלה חיזוק **מפס"ד מוסייבה**, בו הופקעו קרקעות משפחת מוסייבה לטובת הקמת מרכז מסחרי. המדינה יכלה לנקוט גם בדרך פעולה של שינוי ייעוד, ובכך הייתה מתמרצת את משפחת מוסייבה לבצע הקמה. ביהמ"ש תמך במדינה אך **דורנר בדעת מיעוט** ציינה כי יש גבול ליכולת לאשרר את פעולות השר, ושיש מצבים בהם יש לפסול את החלטת השר. טל אלון מציין כי באם נתקלת בסוגיית הפקעה במבחן והודעת ההפקעה קבעה צורך כציבורי, לא ניתן יהיה לתקוף ולהגיד שהצורך איננו ציבורי אלא לדון במידתיות ההפקעה. (נושא שיבוא בהמשך)

**מידתיות ההפקעה**

מהם המבחנים בפסיקה הקובעים האם הפקעה הינה מידתית או לא? מסודר קלנדרית.

* **ניסיון רכישה הסכמי- שמגר**, כיועמ"ש לממשלה, קבע כי אם מדינה איננה ניסתה ראשית לרכוש את הקרקע במחיר השוק מאותו אדם הוא איננו יאשר את ההפקעה.
* **ביצוע עצמי-** לדעת **אור בפס"ד מקור הנפקות וזכויות,** אם האדם הפרטי יכול לבצע בעצמו את מהות הצורך הציבורי יש לתת לו. נושא זה יפול בשלושה מקרים: אם האדם לא יכול להקים בעצמו, אם זה לא נתפס כראוי שיחיד יבצע (בי"ח ציבורי) ואם נסיבות העניין לא מאפשרות (בדומה למהדרין).
* **איחוד משאבים- פס''ד מקור הנפקות וזכויות,** עיריית ירושלים רצתה להקים שכונה והביצוע העצמי לא היה אפשרי מכיוון ואין פה יחיד אלא רבים. **השופט אור** ציין בפני חברי השכונה כי הוא איננו מאשר את ההפקעה ונותן להם שלושה חודשים להתארגן בצורה כזאת בכדי שיוכלו להקים בעצמם (כחברה, שותפות וכיוצ"ב). הם לא הצליחו ולכן הקרקע הופקעה.
* **שיהוי**- ביהמ"ש בוחן כמה זמן המדינה משתהה לצורך הקמת הפרויקט.
* **תום/שינוי מטרה-** אם תמה המטרה או שהיא שונתה יש להחזיר לבעליה. **חשין** מציג 2 שיקולים. האחד הוא שזה ימנע הפקעות לא יעילות כלכלית, ושנית כי זה יוצר שוויון מהותי.
* **זכות מזערית-**
  + גאוגרפית אנכית – **באקונס** (מנהרות הכרמל) נקבע שלמדינה רשות להפקיע לכל היותר את מה שהיא צריכה לצורך השימוש הציבורי בציר האנכי. ההפקעה תהיה מינימלית.
  + אופקית – ברור שמה שחל על האנכי חל על האופקי.
  + מימד ציבורי – הערת אגב של **חשין בקרסיק**, אם יש אפשרות להפקיע זכות הקטנה מבעלות כמו זכות החזקה זה מה שנפקיע.
* **מיקום- פס"ד זמר**, יש לבדוק האם המיקום שנבחר עונה בצורה טובה על הגשמת הצורך. אם יש מחלוקת כמו בזמר בין שני יישובים ביהמ"ש יכול לבוא ולבדוק.

**פיצוי הבעלים**

החלק השלישי של הגדרת ההפקעה. **ס' 12** לפקודה קובע כיצד יש לבצע את שומת הפיצויים. המחוקק וביהמ"ש טוענים כי אין להכניס את מרכיב הפגיעה האוטונומי לפיצוי. **בראיין לי** גורס במאמרו כי יש לתת פיצוי נוסף רק על פגיעה באוטונומיה. **מרגרט ראדין** גורסת כי יש לתת גם על ערך הפרסונליות.

לפי הפקודה ההסדרים הנורמטיביים הם כדלקמן:

* **ס' 12** הוא הכלל והוא קובע כי השומה תהיה לפי שווי שוק עובר להפקעה.
* **ס' 20(2)** – סמכות ההפחתה, מחולק ל2.
  + **ס'20(2)(א)** – לקיחת עד 25% מהקרקע חינם אין כסף.
  + **ס'20(2)(ב)** – הפחתת הפיצוי בגובה של 25% משווי הקרקע.
  + ב2010 חריג זה בוטל ונשאר תקף רק בהפקעה ע"י רשות מקומית.
* **ס'20(2)(ג)** – סייג לסמכות ההפחתה, לפיה רשות יכולה לתת פיצויים נוספים למופקע בגין סבל אל מול שק"ד.

רשות מקומית יכולה לגשת דרך חוק התכנון והבנייה, שמה ניתן להפקיע ללא פיצויים עד 40%, כאשר מעבר לכך ניתן לקבל הפחתת פיצוי בגובה של 40%. החסרון הוא שדרך חוק זה חשופים ליותר תגובה ציבורית.

לחוק התכנון והבנייה רשימת תכליות הפקעה רחבות יותר מלפקודת הקרקעות. נוסף על כך, בחוק זה, אם ההפקעה מורידה משווי יתרת שטחו (מה שלא הופקע) של המופקע אז לא נוכל להפקיע, חרף אם נוכל לפצות אותו יותר על ירידת השווי.

**בפס"ד הולצמן** דנו על נושא ההפחתה. הרציונל מאחורי הפחתת הסכום הוא שלפעמים ערך הקרקע עולה בעקבות ההפקעה. בפס"ד אחר (**שפייצר**) נקבע שניתן לבצע הפחתה גם אל מול הפקעה מלאה (ומה ההיגיון? הרי מה אכפת לי אם שווי הקרקע עולה אם לוקחים לי את כל הקרקע). בהולצמן הדעה הוחלפה ונקבע שאל מול הפקעה מלאה יש לתת פיצוי מלא. בעליון ישנן 2 דעות נוספות. **דורנר** מביאה גישה בלקסטוניאנית לפיה עצם הרעיון של לקיחת קרקע בפיצוי לא מלא הוא רעיון בלתי נסבל. לא ראוי שהעירייה תעשה זאת על אף שהיא יכולה. לגרסתה ניתן להפחית רק כאשר יתרת שווי הקרקע עולה בעקבות ההפקעה. בדעה השנייה **ברק** מציין כי החריג לא חל רק במקרים כמו של הולצמן. למה ברק מתכוון? ניתן לראות בשלושה דרכים:

* **פרשנות מצמצמת** – רק בהפקעה מלאה לא ניתן לבצע הפחתה.
* **פרשנות מרחיבה** – בכל מצב הרצון הוא לתת פיצוי מלא ובשביל שלא ניתן פיצוי מלא הרשות צריכה לספק סיבה ממש ממש טובה (דומה לדברי דורנר)
* **פרשנות ביניים** – הצעה של **חנוך דגן** המצביעה באופן מדויק על המדרג.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין מכוננים (חשובים) למופקע | מקרקעין חליפיים (החזקות נדל"ן וכד') |
| צורך כלל מדיני – כביש/רכבת וכד'. | סמכות נמוכה מאוד | סמכות בינונית |
| צורך קהילתני – מכולת/בי"ח עירוני וכד' | סמכות בינונית | סמכות מלאה |

במבחן יש להתייחס לכל הגישות.

**סעדי ההפקעה**

בארץ שורר **הFair Market Value**, נתינת שווי שוק לפי שיטת ההשוואה. (בגרמניה הדיפולט הוא הפחתה וממנה ניתן להגיע למחיר מלא. בארה"ב אין הפחתות).

האם ניתן להוסיף סעדים נוספים?

* **פרמיה קבועה** – סכום קבוע, ולא אחוז קבוע, שיתווסף לכל הפקעה. דומה טיפה לרעיון מרכיב האוטונומיה של בראיין לי. **בפס"ד קילו** נחקק במקומות רבים שכל הפקעה תזכה בתוספת מסוימת (שמה זה כן נגזר באחוזים משווי ההפקעה)
* **פרמיה משתנה** – מתייחסת ובוחנת את הקשר של האדם עם מושא ההפקעה ולפי זה מחליטה.
* **הסרת חסמים** **בירוקרטיים** – נתינת דברים בעלי ערך כלכלי, כמו משכנתאות נוחות, הפחתות מס, סובסידיות וכיוצ"ב.
* **העתקה** – קבלת בית בתמורה.
* **קרקע חליפית** – עקרונית אפשרי להחליף קרקע בקרקע אך דבר זה כמעט ואיננו קורה.

**פרחומובסקי וסיגלמן** במאמרם דנו באופציה לפצות גם על אבדן הקהילתיות. הם דיברו על 3 סוגי הפקעות:

* הפקעה של בודד – לא ריסקתי את הקהילה, ניתן לתת פרמיה קטנה על האבדן.
* הפקעות Tipping – הפקעה יותר מסיבית אך אין לדעת מה יקרה לערך הקהילה.
* הפקעה של כל הקהילה – לדעת כותבי המאמר יש לתת פיצוי בעין, להעתיק את כל הקהילה למקום אחר.

**חזרה מהפקעות**

בעקבות **קרסיק** המחוקק ביצע 3 תיקונים:

* ביטול הפחתת הפיצוי בפקודת הקרקעות (כפי שציינו מקודם).
* הקמת ועדה מייעצת שתבחן את ההפקעה טרם ביצועה (בכל הפקעה).
* חובת תחימת זמן ההפקעה (**ס' 14(א)+14(ב)** לפקודה), כיום אין הצדקה למצב בו המדינה מפקיעה ולא עושה כלום עם הקרקע, ההגבלה היא ל17 שנה.

שלושת התיקונים חשובים למבחן ויש לדעת אותם.

**פיצויים בגין גריעות תכנוניות**

לפעמים אין הבדל בין גריעה תכנונית לבין הפקעה. מה זה משנה אם המדינה לוקחת לי 20% מהקרקע או מורידה לי 20% משווי הקרקע בעקבות נטילת זכות כזו או אחרת.

ההסדר הנורמטיבי מגיע דרך **ס' 197** אשר קובע כי אם מקרקעין שנמצאים או גובלים לתכנית מסוימת נפגעו אז יש עילה לפיצוי בכפוף לאמור **בס' 200**. הכלל הוא שיש להוכיח פגיעה אך יש להוכיח שמבלי התכנית גם יכולתי לבצע בכלל את מה שרציתי. אם האדמה מראש לא הייתה ראויה לבניית בית אז לא אפוצה בגין קרקע שניתן לבנות עליה בית. צריך לבדוק האם תכונות הקרקע נפגעו. תקופת ההתיישנות לתביעה מסוג זה היא 3 שנים. בשלב זה מופיעה דוגמא ארוכה ומושקעת במחברת של **טל אלון**.

**ס' 200**, החריג לכלל, קובע פטור מתשלום פיצויים באומרו כי לא יראו קרקע כנפגעת אם אם נפגעה ע"י הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה איננה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים.

יש לנו שלושה תנאים מצטברים:

* תנאי תכנוני שמופיע בתכניות המופיעות בסעיף (מנויות 11 תכניות)
* סבירות – הפגיעה איננה עוברת את מתחם הסביר.
* צדק – אין זה מן הצדק לשלם פיצויים.

בפועל הסעיף כולל כמעט את כל התכניות האפשריות ולכן במבחן תמיד נצטרך לתקוף דרך **ס' 200** האם יש לתת פיצויים.

**בפס"ד החברה להפצת פרי** היה מצב בו בעקבות הגדלת תכנית מתאר חלק גדול משטחה של המערערת יועד לשטחים ציבוריים, ונדחו נסיונותיה הראשוניים לקבל פיצוי. בעליון השופט **מלץ** הופך את הדיפולט אשר שרר במדינה (אין לתת פיצויים) וקובע כי יש לבחון את **ס' 197** ואז את **ס' 200** ויש להוכיח כי אין לתת פיצוי. השופט משתמש בשיקולי צדק חלוקתי (**חשין** **בהורוביץ** גורס שמדובר בצדק מתקן) ויעילות כלכלית. מציין כי במבחן הסבירות נבדוק את מבחן ירידת הערך של המקרקעין, אם ירידת הערך היא סבירה הפגיעה תותר. פסה"ד מעניק לנו שלושה דברים. א. יש לתת פיצוי. ב. ניתן להכניס שיקולים נורמטיביים. ג. מבחן הסבירות יעוגן כמבחן כלכלי. לדעת המרצה דעה זו הינה דעה ליברלית (כל הגישות בקובץ המושגים). בשלב זה מופיעה במחברת טבלה המסבירה את ההשלכות של הגישות השונות (יש לתת תמריץ, יש לתת פיצוי) על השוק.

**בפס"ד הורוביץ** בוצעה גריעה תכנונית אשר מורידה את ערכו של שטח המערערים בכ11%. ביהמ"ש קבע כי זו פגיעה לא סבירה ושני הצדדים ערערו. העירייה על עצם ההחלטה והורוביץ על גובה הפיצויים. גישת **טירקל** (מבחן זוטי הדברים, de-minimis) היא שכמעט כל ירידת ערך היא איננה סבירה. רק מתחת ל2-3% ניתן לקרוא לזה פגיעה סבירה. **ברק** חושב בצורה שונה לגמרי. ומציין כי אף מקום בעולם לא מתייחס לכל ערך כמעט כלא סביר. לגרסתו העירייה צריכה לפצות בגלל שגרמה לסחבת, וזה מן הצדק לשלם פיצויים. בד"נ נוספו עוד גישות. השופט **אור** מתקרב לדעת ברק ומאמץ את גישת **מלץ** **בפרי הארץ**. מציב 3 תנאים **מצטברים**-

* שיעור ירידת הערך.
* מנגנון פיזור הנזק (אם זה נופל על אדם אחד זה יהיה יותר לא סביר)
* עוצמת האינטרס הציבורי – יש לבחון לטובת מה הפקענו.

קובע כי בפס"ד המדובר לא נחצה הסף אך יש לשלם פיצויים מכיוון והעירייה התנהגה לא יפה וגרמה לסחבת. ניתן להגיד כי המבחן שלישי טיפה חולק על **דגן**, שהרי בטבלה שהצגנו ככל שהפרויקט הוא יותר כלל מדיני יש פחות סמכות להפחתה. לדעת **המרצה** המבחן השלישי צריך להיכנס בקטגוריית הצדק. **חשין** לעומת זו איננו תומך בכפיית אלטרואיזם על הפרט. הוא הולך לפי גישת שרירות הבעלים ומציג את הפגיעה כלא ראויה ולכן יש לפצות. להלכה נקבעו שלושת התנאים המצטברים של אור.

כעת מופיעה במחברת דוגמא של טל אלון לגבי אנשים שטחם גובל במקרקעין שנפגעו.

מתי שטח ייחשב כגובל? **בפס"ד שרגא ויטנר** (לא בסילבוס) מצוין כי כאשר הקו הכחול בשרטוט נושק לשטח הוא ייחשב לגובל, אך באם יש ביניהם שטח פתוח צר או כביש שכונתי צר זה לא ישלול את מעמדו כשטח גובל. גם **בפס"ד ברעלי** המערער קיבל מעמד של מקרקעין גובלים והשופט **בך** ציין כי ניסוח זה של החוק הוא עניין של פשרה, הוביל לתוצאה הטובה ביותר מבחינה פרשנית.

**נטילות שלטוניות אחרות**

נזכיר, לפי **התפיסה** **הליברטריאנית** כל פגיעה בזכות הקניין תחשב לפגיעה. לפי התפיסה הליברלית יש לבחון האם הנטל העודף שהוטל עליי כפרט בחברה הינו מוגזם. **בפס"ד בנק המזרחי** ביהמ"ש קבע שההסדר שניתן לקיבוצים לדחיית פרעון חובותיהם אכן פוגע בזכות הקניין של הבנקים, אך באופן מידתי. למעשה ביהמ"ש קבע כאן שכל פגיעה בחוק היא פגיעה בקניין. **בבג"צ מנחם** המצב היה הפוך, בוצע מהלך של דה-רגולציה ע"י הורדת המחיר של מספר ירוק (של מוניות) ונהגי המוניות טענו כי זו פגיעה בקניין. **בייניש** אמנם מקבלת את זה שמספר ירוק ייחשב לקניין אך מציינת כי זוהי איננה פגיעה בקניין, המצב שהוביל מראש למונופול הזה היה משיקול מערכתי-פוליטי ולא משהו מכונן מדינית. לכן במצב של דה-רגולציה מפחיתת ערך אין צורך להגיע לס' 8 לחו"י כבו"א. **בבג"צ דודיאן** אשר עסק בוועדת ששינסקי (העלאת תמלוגי הגז והנפט) ננקטה דעה דומה לטענה של **בייניש** כאשר ביהמ"ש ציין שהמדינה יכולה להחליט לשנות את ההסדר אל מול המונופול מכיוון והיא כמדינה נתנה למונופול את כוחו מראש.

**הגנת החזקה והבעלות**

האם להחזקה בנכס צריכה להיות השלכה משפטית? **ויסמן** דן בדבר:

* שמירה על סד"צ- אם לא נאפשר לאדם לשמור על חזקתו לפחות באופן זמני עד שיוברר מעמדו נפגע בסדר הציבורי.
* יעילות בהגנה על הנכס- יש סבירות להניח כי האדם המחזיק בנכס הוא הצודק בויכוח. זאת על אף שיש לשאול האם זהו באמת המצב לאשורו בשוק שלנו והאם זה ככה בכל סוגי הויכוח (בין מקרקעין למיטלטלין). המצב של הטלת נטל ההוכחה על התובע הוא מצב לגיטימי.
* עידוד שימוש בנכסים פנויים- יכול להיות שזה רציונל שיש לתמוך בו. במחאה החברתית של 2011 אנשים רבים נכנסו לדירות ריקות אשר לא היו שלהם והשתלטו עליהם. כיום ניתן להטיל מס על בעלי דירות רפאים.

ארבעת סוגי הבעלות והחזקה הינם בעלים, מחזיק, בעל זכות להחזיק ומסיג גבול. מס' סעיפים בנושא:

* **ס' 15** מגדיר. "מחזיק" – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהיא בידי אדם המחזיק מטעמו.
* **ס' 16** – בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם רשאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. נגיד שוכר (זכאי להחזיק) נכנס לבית ומוצא פולש. הוא נדרש לפנות לערכאות (ולא לעשות דין עצמי)
* **ס' 17** – המחזיק במקרקעין רשאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת. אפילו מי שמחזיק שלא כדין רשאי לדרוש ממישהו שאין לו זכות להחזיק לסלק את דבריו.

**עשיית דין עצמית**

יש מקרים בהם ניתן לאשר עשיית דין עצמית. פעולה זו היא טבעית (התנגדות לחטפנות) ואף חלופה מעשית. **קלברזי ומלמד** הציעו את הכלל הקנייני וכלל האחריות (וכלל אי העבירות) אשר מתקשרים לנושא. **ס' 18(ב)** קובע כי אם אדם תפס שלא כדין את המקרקעין רשאי המחזיק בהם כדין לסלקו תוך כדי שימוש בכוח במידה סבירה עד 30 יום מיום התפיסה. **ויסמן** מציין שזה הגיוני כי אם נחכה אז במקרה של מטלטלין הוא יכול כבר להיעלם, הוא מציין גם כי פרשנות הסעיף מצומצמת: תאגיד לא יכול לסלק, מחזיק מטעם הבעלים לא יכול לסלק, כמו"כ הזמן מוגבל ככל הניתן. לפי **ס' 18(א)** המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

**פס"ד יוסף נ' עוקשי** דן בדבר. עוקשי הוא המחזיק בפועל. יוסף טוען כי הוא החזיק בו ועוקשי פלש אליו ועשה בו נזק. עוקשי טוען כי הוא קיבל את הנכס מהרשות וזו טוענת שאף אחד מהם לא רשאי להחזיק. בימ"ש השלום נענה ליוסף, המחוזי הפך וטען כי יוסף לא הוכיח שיש לו זכות החזקה. בעליון נקבע כי חזקה הינה מאפיין מרכזי של בעלות. מחזיק בפועל, גם אם איננו רשאי להחזיק כדין, זכאי להגנה מפני מסיג גבול ולהשבת הגזלה. **פרוקצ'ה** טוענת כי השלום פסק לפי **ס' 16** אך יש לדון דרך **ס' 17**. ניתן גם להשתמש ב**ס' 19** הדן בתביעה פוזסורית.

**ס' 19** מציין כי אדם אשר ביצע עשיית דין עצמית שלא כפי שהותר **בס' 18(ב)** מחוייב להחזירם למי שהחזיק, אך סעיף זה לא שולל את זכאותו לפנות לערכאות לאחר מכן.



הדין לא נותן הגנה למחזיק שלא כדין אלא כנגד פולש אחר.

אדם שיש לו רק זכות להחזיק לא רשאי לפעול דרך ס' 18 מכיוון ורק החזקה בפועל עוזרת לטובת סעד עצמי.

**תפיסת החזקה במקרקעי ציבור**

לפי **ס' 4** במידה ואדם תופס מקרקעין ציבורי והממונה שוכנע כי תפיסתו אינה כדין, רשאי הוא (הממונה) לתת צו סילוק תוך 6 חודשים מהיום שגילה על התפיסה ועד 36 חודשים מיום התפיסה עצמה, ובלבד שמועד הסילוק לא יקדם מ30 יום מיום מסירתו.

אנחנו רואים שניתן למדינה חופש פעולה יותר גדול. השינוי בא ב3 פרמטרים:

* הגבלת הסעד העצמי – המדינה לא יכולה הלכה למעשה לבוא ולהרביץ לבן אדם שיצא החוצה, היא יכולה להוציא צו או לפנות להוצל''פ או לחילופין לפנות לביהמ"ש כרגיל.
* הרחבת הזמן – מגבלות הזמן הן פחות משמעותיות לגבי המדינה.
* החזקה בפועל – בנוגע למדינה אין צורך בהחזקה בפועל.

**בפס"ד שמחון** הסעיף הזה בא לפועל. נשאלה השאלה האם למדינה יש זכות לפנות פולשים ללא משפט וביהמ"ש הכריע שכן אך בתנאים מסוימים: תפיסת קרקע ציבור, מתן הצו לא יאוחר מפרק הזמן הנקוב, דעת הממונה שהתפיסה הייתה שלא כדין (**מחייב** רמת ודאות גבוהה).

**רישיון במקרקעין**

מוסד אשר נקלט מהמשפט האנגלי והוא בבסיסו מוסד חוזי. בר רשות הוא מי שיש לו רישיון לשבת במקרקעין. **האם זו זכות קניינית?** התשובה היא **לא**. **נינה זלצמן** הגדירה זאת כהיתר או רשות שנתן בעל מקרקעין לאחר, להחזיק או להשתמש בנכס. רישיון יכול לקום באחת משתי דרכים:

* חוזה – חוזה אשר מתיר לאדם לשבת או להשתמש במקרקעין.
* מכללא – עקב אי מחאה של הבעלים. מקרה גבעת גמל.

יש להבדיל בין רישיון לזיקת הנאה ולהדגיש שנית כי זו לא זכות קניינית (לעומת זיקת הנאה). רישיון יכול להיות בתמורה או בחינם.

**פרשנות הרישיון**

כלל חשוב מאוד נקבע **בפס"ד חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן**, שמה ביהמ"ש ציין כי אין קשר מחייב בין סוג הרישיון לבין האפשרות לבטלו. יתכן רישיון שניתן בתמורה וניתן יהיה לבטלו ורישיון שניתן בחינם ולא ניתן יהיה לבטלו. יש לבחון בכל פעם את הרישיון והתוצאה המשפטית תקבע בהתאם לנסיבות.

**היקף ההגנה על רישיון**

לכאורה הכלל הוא שרישיון שניתן בתמורה הוא בלתי הדיר אך עם זאת הפסיקה השאירה לעצמה מרווח שק"ד. לפעמים ניתקל בחוזים אשר לא נוסחו כראוי ולא תחמו את זמן נתינת הרישיון. ההגדרות הבאות הן אלו שלפיהן יקבע היקף ההגנה על הרישיון:

* **היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין** – יתכן וזהו הקריטריון החשוב ביותר
* **הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול מהמקרקעין** – אם הרישיון נקבע לשנתיים אבל באופן ברור הבעתי את דעתי להישאר ליותר זמן זה יתמוך בדעת ביהמ"ש לא לבטל את הרישיון.
* **משך זמן ההחזקה ברישיון** – ככל שהרישיון מוחזק יותר זמן זה אינדיקציה לא לבטלו.
* **התמורה, באם ניתנה** – ככל שהתמורה יותר גבוהה כך ייטה פחות ביהמ"ש לבטל את הרישיון.

ביהמ"ש בוחן האם רישיון הוא הדיר או לא ואת שאלת הפיצויים, אם בכלל.

הרציונל הוא לא להכריז על רישיון כבלתי הדיר מכיוון וזה עוקף את הרציונל של מוסד הרישיון במהותו, יש רק 5 מקרים בהיסטוריה הישראלית בהם הוכרז רישיון כבלתי הדיר. גם **שמגר** **בפס"ד יצחק רוזן** נוטה להגיד שכל רישיון הוא הדיר.

במקרה **גבעת גמל** עו"ד רשם בחוזה שלזוג ישנה זיקת הנאה מכוח שנים של ישיבה וביהמ"ש הנחה אותו לבטל את מה שרשם מכיוון ולא תיתכן זיקת הנאה על החזקת מקרקעין. זיקת הנאה היא זכות קניינית.

**בפס"ד אלוני נ' ארד** נקבע שאם אדם הסתמך על ההרשאה של בעל המקרקעין בתו"ל ובאופן סביר ובכך שינה מצבו לרעה (השקעות) – בעל המקרקעין יכנס למצב שנקרא "השתק", בו איננו יכול לטעון כנגד בר-רשות (ואף כנגד הנכנס בנעליו אח"כ)

**מדוע להשתמש ברישיון**

בעזרת הרישיון ניתן להתחמק ממוסד השכירות, לאלו אשר לא מעוניינים להיכנס אליו. לטענת המרצה אין לכך הצדקה. גם ככה דיני השכירות מניבים את אותן התוצאות והם גם ניתנים להתניה, וכן גם חוק הגנת הדייר. מדוע אם כן? המטרה העיקרית של רישיון היא היכולת לשלול עבירות. רישיון זו זכות אישית אשר לא ניתנת להעברה. עם זאת הפסיקה הכירה באפשרות העברת רישיון אל מול הסכמת הצדדים ובמקרה של ירושה.

יש לציין כי רוב המקרים של ברי רשות יהיו של רישיון מכללא, אל מול ישיבה ממושכת בנכס, כמו מקרה גבעת גמל.

מהן התוצאות האפשריות של רישיון?

* המשך קיומו על אף רצון הבעלים לבטלו.
* ביטול הרישיון אל מול תשלום פיצוי מהבעלים.
* ביטול הרישיון ללא פיצוי.

**בפס"ד עבד אל סלאם** נקבע כי הפיצוי שיינתן אל מול רישיון שניתן ללא תמורה יהיה רק אל מול ההשקעות בדבר הרשות בנכס והשבחתו. במבחן יש לבחון את כל האפשרויות (קיום, ביטול מפוצה וביטול)

**הקיבוצים והמושבים כברי רשות**

הרוב המוחלט נמצא במעמד של בר רשות, דבר אשר יוצר לנו משולשי יחסים מעניינים. חבר המושב הוא בר רשות של המושב, המושב הוא בר רשות של ממ"י, והם כאמור קיבלו את רישיונות הניהול מהסוכנות (אשר גם היא מעניקה את הרישיון למושבים). גם **בבג"צ שיח חדש** היה מדובר במקרה של ברי רשות.

כיצד אם כן המשולש נוצר אם לא ניתן להעביר את הרישיונות? התשובה היא שהתנו מראש בחוזה כי הרישיון עביר.

המצב הזה הוא תוצר של הליך הסטורי בו הסוכנות התעקשה לשמור על מעמד המחזיקים בקרקעותיה כברי רשות. היו כמה מהלכים מחשבתיים אשר ניסו להילחם במצב זה אך לא הגיעו להסכמה על נוסח החוזה, לא יישבו מחלוקות עם ממ"י לגבי גודל וכמות השטח שיוחכר וכן הסוכנות איננה מעוניינת בכך בלאו הכי. הרצון המדיני הוא להפוך את כל הקיבוצים לבעלי זכות חכירה.

**בפס"ד בצר** יושמו כל הקריטריונים לבדיקת היקף ההגנה על רישיון במקרה בו היה סכסוך (מסובך) האם רישיון הוא הדיר או בלתי הדיר. ביהמ"ש פסק שהרישיון הוא בלתי הדיר אל מול אותם קריטריונים (ניתנה תמורה כי המשיבים התחייבו לעזור במשק בתמורה לרישיון, הם הסתמכו עליו והחלו לבנות על הקרקע אחרי שהובטח להם הרישיון וכד')

**מוסד הרישיון (ההדיר) במקרקעי ציבור**

בתיהמ"ש אינם מכירים ברישיון בלתי הדיר במקרקעי ציבור (אקסיומה) וגם הפיצוי שיינתן אם בכלל יהיה נמוך. זאת מכיוון וביהמ"ש מעוניין להדוף פלישות למקרקעי ציבור. **בפס"ד חבה** ביהמ"ש ציין את חובתו לתת מענה שיפוטי הולם לתופעת הקלות בה אנשים מניחים ידם על מקרקעי ציבור.

**דרכי רכישת בעלות**

דרך המלך היא רכישת מקרקעין בעזרת עסקה. הדרך השנייה עוסקת בדיני התחרות בהם ניגע בהמשך. עסקה שנערכת היא חוזה לכל עניין וקיימת דרישת כתב (למעט בשכירות קצרת טווח, עד 5 שנים).

**דרכי רכישת זכות קניינית**

**השתכללות הזכות בנכסים שונים**

לשלב ההשתכללות השפעות הן על מערכת היחסים בין הצדדים והן על מערכת היחסים אל מול צד ג'. שלב ההתחייבות לעשות עסקה הוא השלב החוזי בעוד ששלב השתכללות העסקה הוא השלב הקנייני. יש לי זכות קניינית רק עם העסקה השתכללה.

יש להבחין בין שלושה מקרים – מקרקעין, מטלטלין וזכויות.

**דרכי רכישת זכות קניינית במקרקעין**

מהו המעמד שלנו כבעלי התחייבות לעסקה?

**פס"ד בוקר נ' חברה אנגלו** – כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ונרשמה כאמור ב**ס' 7(א)** זכותו של הרוכש היא חוזית בלבד אשר קושרת את הצדדים אליה אך לא צד ג'. המצב הקלאסי בו מדובר הוא תחרות (**ס' 9**) בו אדם אחד ביצע חוזה מול קבלן לגבי מכר דירה ולאחמ"כ גילה כי הוא מכר את הדירה לאדם אחר. לפי הלכת בוקר האדם השני ינצח אך לפי **ס' 9** הראשון בזמן מנצח. (יוסבר בהמשך)

**פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב** – משנה את כלל המשחק. ההתחייבות מקנה לצד אליו התחייבו יותר מאשר זכות חוזית, היא מקנה לו גם זכות קניינית שביושר. זו איננה זכות מלאה ומושלמת ורק מקנה לו את האפשרות להילחם על זכותו ואולי לזכות כבעל הדירה ולא רק כבעל זכות חוזית. זוהי גם ההלכה היום.

**שלב המעבר**

אם כן מהו אותו שלב בו הזכות משתכללת?

* במקרקעין מוסדרים – רק בשלב בו מעבירים בעלות ברשם המקרקעין.
* במקרקעין לא רשומים (חסרי מס' גוש/חלקה) – אי אפשר לרשום ולכן הוא לא יכול להוות את שלב ההשתכללות. נצטרך למצוא נק' זמן אחרת (ברירת המחדל היא שלב כריתת ההסכם).

**הליך הרישום הסטנדרטי**

מה צריך להביא כדי לבצע העברת בעלות תקינה?

1. שטר מכר ב5 העתקים חתומים ע"י הצדדים ועוה"ד.
2. חוזה המפרט את כלל העסקה. ללא חוזה אין תהליך רישום. חוזה מכר מקרקעין הוא היחיד אשר מנוסח ע"י עו"ד אחד ל2 הצדדים.
3. אישור עירייה (היעדר חובות).
4. אישור מיסוי (בעיקר מס רכישה ומס שבח).

בד"כ לרישום מגיעים עוה"ד ולכן הם נדרשים בייפוי כוח (יש סוג צר של ייפוי כוח וסוג רחב). הבעיה מתחילה כאשר מיופה הכוח משתמש לרעה בכוחו. בהעברת זכות חכירה יש להעביר גם אישור מרמ"י לגבי אישור העברת הזכות.

יש פער של זמן בין חתימת החוזה לבין לבין שלב הרישום, יש לבצע פעולות רבות כמו השגת אישורי מס, אישורי העירייה והסדרת נושא המשכנתאות. אז מה עושים? יש לרשום **הערת אזהרה.** רישום ההערה ימנע מצבים כמו תחרות ומהלכים מלוכלכים. הרישום מתבצע ע"י בעל המקרקעין שרושם את הרוכש.

**הערת אזהרה היא איננה זכות קניינית**, היא פשוט מעכבת את הרישום. כשצד ג' יבוא לרשום הוא יתקל בהערת אזהרה ולא יוכל לבצע את העסקה מבלי לספק הסבר מרושם הערת האזהרה. יש להדגיש שוב כי **ס' 7** חל רק על עסקה הטעונה רישום.

זכויות אשר אינן טעונות רישום – **זיקת הנאה** מכוח שנים **וזכות קדימה** מכוח חוק.

זכויות שהן תוצר עסקה ולא טעונות רישום – שכירות קצרת מועד.

אם רוצים לרשום ניתן לרשום.

**דרכי רכישת זכות קניינית במטלטלין**

גם כאן יש את השלב החוזי ואת השלב בו משתכללת העסקה. שלב המעבר הוא זמן מסירת החפץ אא"כ הוסכם אחרת בין הצדדים. זאת לפי נוסח **ס' 33** שקובע כי הבעלות בממכר תעבור לקונה במסירתו אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות. אם כן במיטלטלין לחזקה יש עמדה מאוד חזקה.

לפי דעת השופט **אשר** **בפס"ד דלרחים**, מי שרכש מטלטלין בתו"ל ובתמורה מידי גנב לא יזכה בבעלות בהם, זאת אל מול דיני הפקר ומציאה ותקנת השוק.

לפי דעת השופט **ברק** **בפס"ד הנדלס**, אבידה שנמצאה ברשות פרטית תהיה שייכת לבעל הרשות ולא למוצא.

לפי דעת השופט **מלץ** **בפס"ד רוטגר**, רכוש גנוב שנמצא ובעליו לא אותר, ייחשב הרכוש כאבידה והמוצא יהיה בעליו.

**דרכי רכישת זכות קניינית בזכות**

העברה של זכות = המחאה. החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר (מלמד איך ממחים בעלות בזכות ומתי) וחוק המחאת חיובים (עוסק בדיני תחרות של המחאת זכויות).

שלב מעבר הבעלות כברירת מחדל הוא בעת כריתת ההסכם, בדומה למקרקעין שאינם רשומים, זאת מכיוון וזכות היא איננה דבר מוחשי. ניתן להתנות על הסדר זה.

דרכי רכישת בעלות – רכישת דירה מקבלן

בשונה מתחומים רבים בקניין החקיקה מטה בצורה בולטת את הכף לטובת הרוכשים, זאת אל מול יחסי הכוחות ואל מול העובדה שרוכשים רבים הולכים לאיבוד במהלך העסקה.

נדון בליקויים הקוגניטיביים:

* הצפת מידע – ככל שיש יותר מידע קל ללכת לאיבוד ולהתפזר. הטענה היא שהקבלנים מציפים בכוונה את הרוכשים במידע לא רלוונטי בכדי שיפספסו את הדברים החשובים.
* מסגור – קל לנו כבני אדם לקבל את מה שאומרים לנו. בעל מקצוע יכול למסגר מצב לא נכון בשביל שנטעה.
* שגיאות הסתברותיות – אנו נוטים לבצע את החשבון בצורה לא נכונה. מתרגשים מסיכון גבוה להפסד נמוך במקום לפחד מסיכון נמוך להפסד גבוה. רוכש יפחד מימי איחור בזמן מסירת הדירה (סיכוי גבוה שזה יקרה, אבל הנזק ניתן לספיגה) לעומת הפחד מכך שהקבלן יפשוט רגל (סיכוי נמוך אבל הנזק עצום). לדעת המרצה זהו הגורם הדומיננטי ביותר בהחלטה להציב רגולציה חריפה.
* קושי לתפוש מידע שאינו מוחשי – קל לנו יותר לראות תמונה מסוימת ולעבד אותה. ישנם פרטים בלתי מוחשיים שקשה לנו להבין.

מה מקנים ההסדרים?

* חובות גילוי רחבות – מפורטות בחוק מכר הדיור בס' 2-6 (ס' 6 הוא העיקרי)
* בטוחות – חוק המכר(דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) כל כולו נועד למניעת הכשל שלנו.

חובת הגילוי

מטרת ס' 6 היא לתת מענה לכשל שלנו להבין נכסים שאינם מוחשיים (רכוש משותף, שטחים ציבוריים וכד'). המחוקק בחר בכוונה דברים שאנשים עלולים לא לשים לב אליהם כדברים אשר יש חובת גילוי לגביהם. בפס"ד שמעונוף קבע השופט מנחם אלון כי על המוכר לצרף חוזה המפרט את תיאור הדירה וכל הכלול בה ואם מבקש המוכר לשנות מן התקנון המצוי בכל הנוגע לזכויות שבבית המשותף הוא צריך לצרף גם את השינוי ופרטיו. ויסמן תומך בכך ומביא ראיה למצב בו הקבלן מצד אחד מוכר לאנשים דירה עם הצמדות נוספות ומקבל כסף נוסף ומצד שני מוכר לאנשים דירה עם חסר בהצמדותיהם ומבלי לתת הנחה.

אם כן אופן הגילוי צריך להיות מפורט, בהיר ובמועד כריתת החוזה (פס"ד צדוק). את הפרט יש לצרף בדף נפרד. או במפרט או בדף שיצורף לחוזה.

מה קורה אם המפרט מובא רק ביום כריתת החוזה? במחברת מצוין שמבחינה פורמלית זה מותר אך אם יש שינויים מסוימים שאינם מקובלים זה יכול להעלות לכדי חתו''ל במו''מ.

לפי פרוקצ'ה בפליצ'ה אין לגרוע מהרכוש המשותף לאחר חתימה על הסכם, רק ע"י הסכמת כל הבעלים.

ס' 6(ב) קובע כי אם המוכר לא מסר פרטים על אחד מהעניינים הנ"ל אז על אף האמור בחוזה יראוהו כמי שהתחייב להוראות התקנון המצוי.

בטוחות

הקבלן מחויב להעמיד ערבות כדי להבטיח את ההשקעה. לפי חוק המכר(דירות) הבטוחה משמשת ככסף בין הרגע שיש חוזה ועד רגע הרישום. ברגע הרישום אני כפוף לתקנת השוק בלבד אך יתכן ויעבור זמן עד רגע הרישום. בפס"ד מטרי (מקרה חפציבה) היה מקרה בו חברה נכנסה לקשיים כלכליים והמון רוכשי דירות נכנסו לדירות עוד לפני שאלה הושלמו, חלקן עוד בשלב השלד, בכדי לתפוס חזקה כלשהי אל מול מלחמה עתידית מול נושים אחרים (בנקים וכד'). השופט צבן הבדיל במקרה זה בין רוכש להשקעה ובין רוכש לדירה. הלחץ על הגבוה על הבנקים לממן חלק גדול יותר מהרכישה בא מול העובדה שהבנק דואג לבטוחות שלו.

יש לציין כי הבטוחה בסופו של דבר מתגלגלת על הלקוח מכיוון ותנאי קוגנטי זה מוביל לייקור עלויות עסקה. למה צריך בטוחות? ראשית מהפחד מבעיות כלכליות של הקבלן. שנית מהפחד מפגמים בזכות הקניין של הקבלן, באם הקרקע לא שייכת לו אלא למישהו אחר בכפוף לס' 9. הקבלן לא יוכל להעביר לי זכות קניינית (אפשר לקבל את הזכות רק בעזרת קיומה של תקנת שוק).

העקרונות הבסיסיים של חוק מכר(דירות)

* חל רק על דירה, אך ההגדרה רחבה ופתוחה גם לעסקים וגם לחדר בודד.
* גם אל מול חכירה לדורות.
* לא חל על בנייה עצמית (קבוצות רכישה) מכיוון שמצופה מהקבוצה שמביאה את הקבלן לבחון אותו. לא חל גם על מכירת דירה יד שנייה (הדירה כבר רשומה). מדובר רק על רכישת דירה יד ראשונה מקבלן.

חמשת דרכי הבטחת ההשקעה

לפי ס' 2 הקוגנטי, לא יקבל מוכר מקונה סכום העולה על 7% ובלבד שעשה אחת מס"ק 1-5:

* ערבות בנקאית - בטוחה פיננסית, הכלי הכי נפוץ בארץ.
* ביטוח אצל חברת ביטוח - גם בטוחה פיננסית.
* שעבוד הדירה או הקרקע במשכנתא ראשונה – בטוחה קניינית, כלי לא נפוץ במיוחד.
* הערת אזהרה – בטוחה קניינית, מצוין עבור קונה אך לא נפוץ (נסביר בהמשך למה)
* העברת בעלות יחסית על הקרקע טרם בניית הדירה – בטוחה קניינית, אם יש דירה ששווה 10 מליון וקניתי דירה ששווה 2 מליון אני אקבל בעלות יחסית על חלק קרקע ששווה 2 מליון.

ס''ק 3 ו5 אינם מעשיים מכיוון וברוב המקרים הקבלן הוא איננו בעל הקרקע. אין הגיון שבעל הקרקע יסכים לכך וכן הבנק באופן מעשי לא יסכים להעביר משכנתא שתתן לגורם אחר להירשם כבעל משכון על הקרקע.

ס"ק 4 - הערת אזהרה – בעיקרון כלי טוב מכיוון ונניח שמחיר השוק עולה אז יש בידי הערת אזהרה ששווה יותר מהכסף שיכולתי לקבל בעזרת ערבות בנקאית או ביטוח. מדוע אם כן המנגנון בעייתי?

* הקבלן כאמור הוא לא הבעלים של הקרקע ויש להניח כי בעלי הקרקע לא יסכים לרישום הערת האזהרה.
* יתכן ויש הערות אזהרה קודמות (לגורמים מממנים) והדבר שולל את ראשוניות הערות האזהרה של הרוכשים.

אי לכך ס"ק 1 ו2 הם הטובים ביותר, אך כמעט ולא נהוג לפנות לחברת ביטוח מכיוון ויותר זול ויעיל להתנהל אל מול הבנק. כשמתחילים פרויקט יש בנק שמלווה לפרויקט ומפקידים כספים בחשבונותיו. התשלום עובד אל מול פנקס שוברים שהבנק מנפיק.

לעניין מועד המסירה נקבע בפס"ד היועמ"ש נגד גד כי מסירה באיחור של עד 3 חודשים תיחשב לסבירה. השאלה נכנסת מה קורה שלא מציבים תנאי לזמן מסירה או שמתנים שאין לאחר בכלל. לדעת המרצה זה מרחיק לכת לחשוב שקונה לא שם לב בכלל לתנאי מסוג זה, זה מהדברים שאנחנו מסתכלים עליהם.

דרכי רכישת בעלות - דיני תחרות

כללי

המקרה הקלאסי הוא מצב בו אלי מבצע עסקה עם בני ומאוחר יותר גדי נכנס לתמונה. גדי יכול לייצג כל מיני סוגים של אנשים. הוא יכול להיות קשור לנכס עצמו מבלי להיות קשור לאלי ובני, הוא יכול להיות אדם שביצע עסקה מקבילה עם אלי, ייתכן על אותו נכס ועוד. בעבר התפיסה הייתה לבדוק את אלי, מהן הזכויות שהעביר לצדדים האחרים והאם נהג בתו"ל. בהמשך מאוטנר במאמרו גרם לשינוי גישה וטען שיש לבדוק את היחסים בין בני וגדי מכיוון והם בתחרות.

לאור גישה זו יש לבחון שני מרכיבים עיקריים:

* תו"ל – אובייקטיבי (ע"י האדם הסביר) וסובייקטיבי.
* תמורה – ישנה תמורה כלשהי (Consideration) ותמורה בת ערך (Full Value)

במקרה של חוות מקורה (לא בסילבוס) נלמד כי נדרשת גם בדיקה של תו"ל אובייקטיבי וכן כי תמורה חייבת להיות בת ערך, על מנת ונוכיח שהצד החדש באמת השקיע סכום שיהיה לו חבל להפסיד.

מאוטנר מתייחס לתחרות כאל תאונה תוך כדי ניסיון לשאוב ערכים מסוימים מדיני הנזיקין. לטעמו על מנת למנוע תחרות מראש יש להשתמש בכלים מתאימים:

* יש להסתכל על מונע הנזק הזול ביותר.
* יש למזער עלויות תאונה אם זו קרתה וללכת לטובת הגורם שנמצא במצוקה הגדולה יותר
* יש למצוא דרך התנהלות בה ימוזערו הכלים המשפטיים ובחינת המאורעות תהיה פשוטה

כלי 1 משפיע לפני מעשה ומתאים לצדק מתגמל, כלים 2+3 משפיעים לאחר מעשה ומתאימים לצדק חלוקתי.

לא ניתן להסתמך על שיקולים כלכליים בלבד. נצטרך להסתכל גם על נושא האחריות החברתית ולבחון מה יקרה לחברה בכללותה בעקבות ההחלטה. יש להסתכל על תאוריית האישיות ולראות למי יש זיקה יותר גבוהה לנכס וכמו כן להתחשב בצדק חלוקתי ולהשתדל לפסוק בצורה מפזרת נזק יותר טובה. כמובן שכל מקרה יעבוד לגופו ודברים רבים ישפיעו על ההחלטה כמו הערת אזהרה, קיום תקנת שוק, עסקאות נוגדות וכד'. אנו למדים אם כן שבדיני התחרות אין כלל אחד מוסדר לכל התחרויות אלא נסתכל על זה בצורה קטגורית.

תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין שאר נושי החייב: עם ובלי הערת אזהרה

יש להכניס את תרשים הזרימה מטל אלון.

עד 1969 דיני היושר שלטו. הסכום אותו העברתי לבעל הקרקע הוא הסכום אותו אני שווה בנכס. אם העברתי 20% מהקרקע אני אקבל 20% מהקרקע בזמן תחרות.

ב1969 חוקק חוהמ"ק וביטל את דיני היושר אך לא התייחס לתחרות בין בעל התחייבות ובין נושה/מעקל. נוצרה לאקונה בחוק.

ב1971 הגיעה הלכת בוקר (נלמד מקודם) הקובעת כי ההתחייבות היא זכות חוזית בלבד ולכן אם מגיע מעקל בעל זכות מעין קניינית הוא זוכה.

לאחר הלכת בוקר המחוקק הוסיף את מוסד הערת האזהרה ע"י ס' 127(ב) ובכך יצר כלי בעזרתו בעל ההתחייבות יכול לגבור על נושה. אם רשמת את הערת האזהרה אז יש לך קדימות בנכס.

ב1994 מגיע פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי ומחזק את ההלכה הקיימת בכך שקובע כי בעל הערת אזהרה אכן יגבר על נושה לא מובטח. נזכיר כי נושה מובטח הוא נושה אשר יש לו אחיזה בנכס, כמו בנק שנותן משכנתא, ואין ספק שאלו יותר חזקים גם מבעל התחייבות שרשם הע"א.

ב1999 מגיעה הלכת אהרונוב אשר קובעת כי אדם בעל התחייבות לבצע עסקה מחזיק בזכות מעין קניינית. בעסקאות נוגדות המוקדם יגבר זולת אם המאוחר רכש את הנכס בתמורה בתום לב וע"פ דין. בדעת מיעוט השופט שטרסברג כהן מציינת כי קונה עדיף על מעקל מכיוון ויש לו אינטרס בנכס ונזקו רב. בין השורות, למרות שמדובר בקרקע, ניתן למצוא את תיאוריית האישיות. השופטת מסתכלת על כל המקרה במשקפיים שבוחנים את הנסיבות ולא דרך הסתכלות דוקטרינרית. היא מכניסה את כל השיקולים שלמדנו בתחילת השנה (עבודה, אישיות וכד').

השופטת מציינת כי הלכת בוקר יצרה מצב אבסורדי בו בתחרות מסוימת יווצר מעגל שוטה, כמצורף בתרשים:



ברק מנגד מצביע על ס' 9 ומציין כי איננו מדברים על ערכים במקרה הזה. הוא מחפש לבסס רצף והיגיון בדיני התחרות ולכן לפי ההלכה שהוא קובע לאדם אשר יש התחייבות לעסקה יש זכות מעין קניינית ולכן הוא יגבר על אדם בעל התחייבות מאוחרת. לכאורה זה מרוקן את ס' 127 של הע"א מתוכן כי אין לה כבר משמעות אך חשין מציין כי הע"א עדיין מאוד חשובה בעניינים של פשיטת רגל, מכיוון וזו הופכת אותי לנושה מובטח. המרצה לא מסופק מהסבר זה וטוען שהסעיף רוקן מתוכן. הלכה זו בעצם הופכת בעל התחייבות ליותר חזק ממעקל.

יותר מאוחר בפס"ד כספי ביהמ"ש קובע שהלכת אהרונוב רלוונטית גם למצב של פשיטת רגל ולכן דבריו של חשין מיותרים.

מה יקרה במצב בו אדם שילם רק חלק מן התמורה? ס' 9 קובע רק שיש להעביר תמורה ולא קובע סכום, אך יש היגיון לתת למעקל לקחת חלק עליו האדם הראשון טרם שילם. לפי השופטת שטרסברג כהן יש להפעיל את מאזן המצוקה ולחזור לדיני היושר האנגליים, לפי ברק וחשין הראשון גובר מכיוון ויש לו זכות מעין קניינית.

עסקאות נוגדות במקרקעין

לפי ס' 9, אם אדם התחייב לבצע עסקה במקרקעין ובטרם זו נגמרה ברישום הוא התחרט והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אלא אם כן האדם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה שלו נרשמה בעודו בתום לב. המשוואה פשוטה – הראשון בזמן זוכה אלא אם כן השני עומד בשלושת התנאים.

בפס"ד ורטהיימר נ' הררי, הררי החזיק בדירת מגורים ומכר אותה למערער בזכרון דברים (מקיים את דרישת הכתב) אשר העביר 50000 לירות מתוך חשבון של מיליון. הם נפגשו אצל עו"ד ולא הגיעו להסכמה והררי מגיע להסכמה עם אחרת בנימיני אשר משלם 350,000 מתוך 800,000. בנימיני לא ידע על העסקה הראשונה וכאשר הוא גילה עליה הוא רץ מהר לשלם את יתרת הסכום (ועדיין לא רושם את הדירה). השופט ברק קובע כי לפי ס' 9, בנימיני לא עמד בתנאים. הוא גם לא קיים את השלב האחרון בתום לב והוא גם לא רשם בכלל.

ברק משאיר 2 שאלות בצ"ע בפס"ד זה. ראשית, האם אין להתייחס למאזן המצוקה? הרי ברור שבנימיני העביר סכום הרבה יותר גדול מורטהיימר. שנית, בהנחה שהיה ניתן לרשום הערת אזהרה ע"ש ורטהיימר (לא ניתן היה), האם העובדה שהוא לא רשם פועלת נגדו?

תשובות מסוימות ניתן למצוא בפס"ד גנז נ' בריטיש, גנז הוא רוכש ראשון אשר נמנע מלרשום הע"א במשך 17 שנה למרות שיכול היה. הרוכש השני, אפק, רשם הע"א, קיבל את ההחזקה וביצע בקרקע השקעות. דעת הרוב קובעת כי מי שהתחייבו כלפיו לעסקה במקרקעין יעשה ככל שביכולתו בכדי לרשום הע"א, מכיוון וכך הוא לא רק מגן על האינטרס שלו אלא גם על של הצד השני. כלומר עקרון תו''ל בשילוב עם מונע הנזק הזול הוא זה שמונע מגנז את זכותו במקרקעין. עם זאת חשוב להדגיש שני מצבים לפי ברק. במקרה בו אי רישום הע"א איננו מצביע על חתו"ל לא נכריע לטובת השני וכן גם במצב בו אין קש"ס בין חוסר רישום הע"א לרכישת הקרקע ע"י השני. חידוש נוסף בפסה"ד הוא שנדרש תו"ל אובייקטיבי כלפי שני הצדדים ולא רק סובייקטיבי.

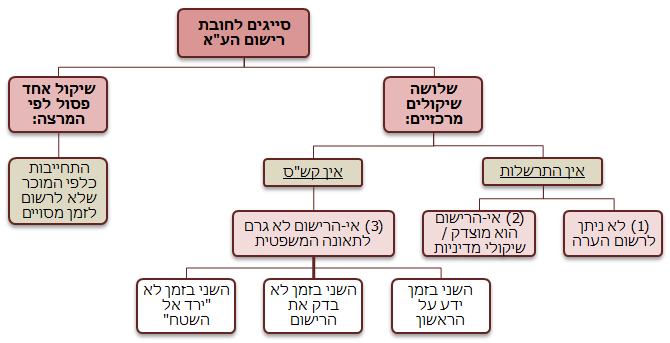
לדעת המרצה ביהמ"ש יכול לוותר לשני על רישום אך לא יוותר לו על תו"ל, וייתכן ויוותר על חוסר בתמורה בת ערך בכדי לתמרץ בעלי מקרקעין לרשום הע"א.

בפס"ד חמוד נקבע שאם הראשון לא רשם הע"א/רשם מאוחר (וזה עלה לכדי חתו"ל) אבל השני ידע זאת ובכל זאת רץ לרשום הע"א – הראשון ייגבר. מתחבר לדעת ברק ממקודם.

איזה תו"ל נדרש?

* גנז - אובייקטיבי. 3 שופטים אחרים (לוין, שטרסברג-כהן ומצא) דורשים סובייקטיבי לגבי השני.
* מאוטנר – סובייקטיבי.
* דויטש – בכל דיני התחרות תו"ל אובייקטיבי.

ההלכה המקובלת היא שלגבי השני נדרש סובייקטיבי. מתי אם כן הראשון יזכה למרות שלא רשם:

****

מספיק אחד מן הסייגים בשביל שהשני יפסיד. חשוב לשים דגש ולראות במבחן אם הקונה החדש ירד לשטח לבדוק או עשה משהו לא נכון. השיקול השני אמנם פסול לפי המרצה אך פס"ד גנז קיבל אותו. יש לציין כי הוא פסול כי הוא לא מתמרץ מספיק לרשום הע"א.

בפס"ד ביאד השופט עמית מציין כי יש לפרש את פס"ד גנז על דרך ההרחבה ולפיכך להטיל את נטל ההוכחה על הקונה שלא רשם הע"א. מי שלא רשם יוחזק כחסר תו"ל ויצטרך להוכיח את אחד הסייגים. הלכה זו מכרסמת בהלכת אהרונוב, כאשר כעת נלמד שבשביל שתשתכלל זכות מעין קניינית יש לבצע רישום הע"א. אך יש לסייג זאת – בפס"ד גדי נקבע כי בתחרות בין מעקל לבין בעל התחייבות שלא רשם הע"א, בעל ההתחייבות ניצח. זאת מ3 סיבות:

* מוסד העיקול איננה מהווה עסקה נוגדת.
* אין הסתמכות למעקל על נכס ספציפי.
* עוצמת האינטרס של המעקל נמוכה.

פס"ד זה מקל על הקונה הראשון ולא דורש ממנו רישום הע"א.

בפס"ד רשף מביהמ"ש המחוזי היה מקרה דומה לזה אך הפעם הצד להתחייבות היה הבנק (משכנתא). השופט אוקון טען כי הפעם יש ללכת לפי הלכת גנז וללכת לטובת הקונה המאוחר שקנה בתמורה ותו"ל. מדוע? מכיוון והבנק הוא גוף מקצועי אשר יכול להתמודד בתחרות ומצופה ממנו שתירשם הע"א. זה לא מכרסם בהלכת אהרונוב. ככל שהצד הראשון יותר מקצועי (עורך דין?) יש יותר כוונה ללכת לצד של הלכת גנז.

עסקאות נוגדות במטלטלין ומקרקעין שאינם רשומים

במקרה של מקרקעין שאינם רשומים לא נוכל לפנות לס' 9 ולכן נתייחס אליהם כאל זכויות. זכויות הם אמנם משהו יותר אמורפי בד"כ אבל ככה יש להתייחס. המסגרת הנורמטיבית אם כן תהיה חוק המטלטלין ותקנת השוק. נפנה לס' 12 אשר קובע כי אם התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במטלטלין, ולפני שמסר או הקנה לו את הזכות חזר בו והתחייב עם אדם אחר בקנייה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המטלטלין בתמורה ובתו"ל זכותו עדיפה.

לפי ס' 33 קיום החוזה, העברת החפץ עצמה היא זו שמחליפה את הרישום ומעבירה את הבעלות.

כיצד יודעים שזה חל לגבי זכות? לפי ס' 13(א) כל הוראות חוק זה יחולו גם לגבי זכויות ככל שהדבר מתאים ובשינויים המחייבים. לפי פס"ד טקסטיל ריינס אדם מחויב להעביר את הזכות כפי שהיא ברגע ההעברה.

יש להבין באיזה שלב נמצאים בעסקה מסוג זה:

* אם אין התניה בין הצדדים אז החתימה על החוזה היא מועד מסירת הזכות.
* אם קיימת התניה אז בהתאם לה. אם נקבע שהזכות עוברת רק אחרי תשלום של 75% אז כך יהיה.

חשוב מאוד במבחן לשים לב באיזה שלב נמצאים בעסקה, חוזי או קנייני.

אם כן, בשלב החוזי השני מנצח כל עוד קיים תו"ל סובייקטיבי + תשלום ערך + השלמת הקניין.

השלמת הקניין לפי מה שהראינו היא שלב כריתת החוזה, מכיוון ולא ניתן למסור את הנכס ממש, אך יש שסוברים (וזו דעה נוספת בלבד) ששלב תפיסת החזקה על המקרקעין הוא שלב המעבר.

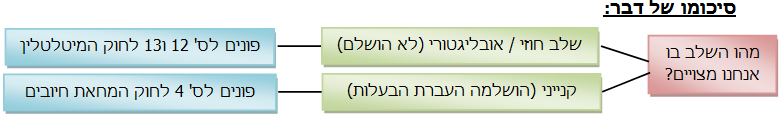
נרחיב לגבי דרישות ס' 12+13:

* קיבל – יש צורך בחזקה ובמעבר השלב הקנייני (בהתאם לסוג הנכס. מטלטלין בתפיסה, זכויות בחוזה ומקרקעין לא רשומים אמרנו שמספיק חוזה)
* תמורה – תמורה בת ערך, ערך ממשי, לא תספיק פה תמורה מהסוג הנמוך.
* תו"ל – סובייקטיבי בלבד, לא נדרשים אובייקטיבי כמו במקרקעין וגם סייגי גנז לא חלים פה. עם זאת יש לציין כי לאחרונה חל שינוי בעולם וניתן לרשום בטאבו גם הע"א על זכויות אך זו מערכת חדשה וניסיונית. ייתכן וזה יכול להצביע על תו"ל אובייקטיבי גם.

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.

מה קורה במצב בו אלי מכר זכות לבני (שהשלים קניין) ואז לגדי (שגם השלים קניין)? במצב זה תעמוד תקנת השוק. תקנת שוק בזכויות מוכרעת לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים, אשר קובע כי אם המחה הנושה זכות לאחד ואח"כ גם לאחר אז זכותו של הראשון גוברת, אלא אם כן החייב (המקורי, זה שחייב כסף לבעל הזכות) שמע על הצד השני לעסקה לפני ששמע על הצד הראשון.

אדגים: נניח שדני חייב לאלי כסף, וכעת אלי מכר את הזכר לבני ולאחמ"כ גם לגדי, אז הראשון שייגש לדני לדרוש את הכסף יזכה ולחילופין הראשון שדני שמע על העסקה איתו.



רישום מקרקעין ותקנת השוק במקרקעין

תקנת שוק הוא הסדר משפטי אשר מחייב שלושה גורמים – בעלים, מוכר אשר איננו הבעלים ורוכש. רוכש יטען לתקנת שוק רק במצב בו הוא רכב את הנכס בתום לב ממי שאיננו הבעלים.

תקנת השוק במקרקעין מוסדרים היא לפי ס' 10 הקובע כי מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

המצב הקלאסי הוא בעלים אשר ביצע עסקה כפולה, אז מה בעצם ההבדל בין זה לבין עסקאות נוגדות? שבמצב שלנו שני הצדדים טוענים להשלמת העסקה. איך זה קורה? זיוף של אישור/ייפוי כוח, התחזות לבעלים, עו"ד שפעל שלא כדין או טעות של הרשם.

המרצה מדגיש כי נדרש להראות את התקיימות כל התנאים בדווקנות, כך למשל אם התמורה היא קטנה ולא חשובה ביהמ"ש ייטה לפסוק נגד תקנת שוק.

מה זה אומר הסתמכות דווקא על הרישום? בפס"ד מרדכיוב נקבע כי הסתמכות על סממנים חיצוניים למרשם כמו אישורים, ייפויי כוח, דרכונים וכיוצ"ב אינם מעלים טענה של תקנת שוק אלא רק טעות פנימית במרשם והסתמכות של הקונה השני על המרשם. זה מקבל חיזוק מפס"ד ג'הנשה.

מה לגבי הדרישה לתו"ל? בפס"ד בעלי מקצוע נקבע שנדרש תו"ל סובייקטיבי, מה זה אומר?

* לא ידע שלמוכר אין זכות או שזכותו מוטלת בספק – תקנת שוק עומדת.
* לא ידע שלמוכר אין זכות או שזכותו מוטלת בספק אבל חשד – אין תקנת השוק עומדת (עצימת עיניים)
* לא ידע שלמוכר אין זכות או שזכותו מוטלת בספק אבל היה צריך לדעת –תקנת השוק עומדת.

כמו כן לפי פסה"ד תו"ל צריך לחול גם בשלב העסקה וגם בשלב הרישום.

מצב בו למוכר יש רק הערת אזהרה:

אלי התחזה לבעל נכס, הלך לעו"ד אשר ביצע עסקה ורשם הערת אזהרה על שם בני, כאשר הרשם לא יכול היה לדעת שיש פה תקלה מכיוון והוא קיבל מעוה"ד את כל האישורים. לאחמ"כ בני מוכר את זכותו בדירה לגדי, ואז התעורר הבעלים המקורי של הנכס.

על פניו אין הכרעה במקרה אך ביהמ"ש במרדכיוב קבע שאין בעיה עקרונית להחיל תקנת שוק גם על מצב כזה בו הקונה החדש סה"כ הסתמך על הערת אזהרה, זאת כל עוד ההסתמכות שלו באמת הייתה בתום לב. הסייג בפסה"ד הוא שנדרשת בדיקה ראויה, וזו מבחינה אובייקטיבית. יש ללכת לבעלים המקורי ולברר ממש את המצב, במיוחד אם יש אינדיקציה להפרדה בין הבעלים המקורי ומוכר הנכס. (במרדכיוב התקשרו לעורך הדין וזה לא היה מספיק)

מדוע אנו מאשרים תקנת שוק גם אם הרישום שגוי?

עיקרון הפומביות אשר נקבע בס' 125 הוא דבר מאוד חשוב בעסקאות מקרקעין. הרישום מהווה ראייה חותכת. תקנת השוק תבטיח את זכיית השני רק במקרים מובהקים של הסתמכות על הרישום.

בפס"ד להיגי, להיגי רכש קרקע. לאחר כמה שנים אלבז נרשם כבעלים של הנכס מתוקף עסקה שכביכול ביצע, הוא מכר למואטי ומואטי מכר לעזורי. לאחר כמה שנים להיגי דרש את הקרקע (היה בחו"ל) וביהמ"ש גילה שעסקת להיגי-אלבז בכלל לא הייתה קיימת. ביהמ"ש קבע שיש להעביר את הקרקע לעזורי אל מול תקנת השוק. הטעות ברישום פה היא אל מול רמאות של אלבז ולא אל מול טעות של המדינה.

לסיכום, תקנת השוק חלה:

* כאשר המרשם שגוי בגלל המדינה והרוכש הסתמך עליו.
* כאשר המרשם שגוי בגלל זיוף והרוכש הסתמך עליו (להיגי).
* כאשר יש למוכר רק הע"א והרוכש הסתמך בתו"ל אובייקטיבי על המרשם בלבד.

תקנת השוק במטלטלין

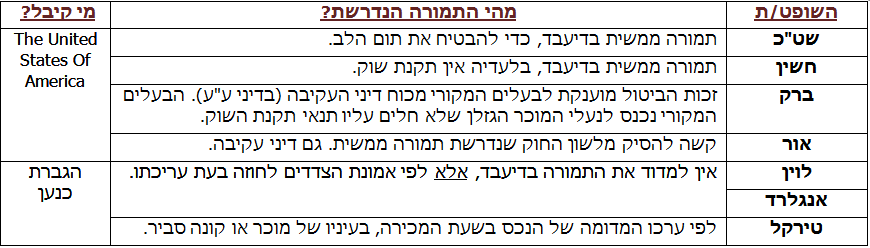
המצב פה יותר מסובך ומתחיל בס' 34 אשר קובע – נמכר נכס נד ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו, של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב.

כלומר מה נדרש?

* מכירת נכס תמורת תמורה בת ערך.
* נכס נד (מטלטלין) – מה שמוציא את הזכויות מחוץ לתמונה, זה לא משנה אם המטלטלין הם בעלי רישום או לא. לא חל על מקרקעין לא רשומים.
* הנכס צריך להימכר ע"י מי שמוכר נכסים מסוג זה. מדוע?
  + אייל זמיר – תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה.
  + דגן – לתמרץ סוחרים לבדוק בצורה יותר טובה את הנכס שהם מכניסים לשוק.
* העסקה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר. שלא יהיה ניחוח בעייתי כמו בעסקאות סמים.
* הקונה קנה וקיבל את הנכס – אנחנו דורשים חזקה משום שזו הדרך הרגילה בימינו לבצע עסקים במטלטלין. אפשר שזה גם יעבור למי מטעמו של הקונה. נהוג לפרש זאת כחזקה + העברת בעלות, שכן שלב העברת הבעלות הוא חובה בתקנת השוק.
* קיום תו"ל – נדרש תו"ל סובייקטיבי בשביל תקינות חיי המסחר, המרצה מדגיש כי יש בעיה להחיל תו''ל אובייקטיבי כי זה יהיה להעניש אנשים שהתנהגו בצורה ראויה. האם אדם אשר לא בדק רכב אשר היה משועבד במרשם יהיה חסר תו"ל? התשובה היא לא, כל עוד לא חשד וכד'. כל נושא תוה"ל הסובייקטיבי קיבל חיזוק מפס"ד רוזנשטרייך.

**פס"ד כנען נ' ארה"ב** הביא מקרה מעניין. כנען קנתה במחיר זעום 2 ציורים שנגנבו מארה"ב, קנתה את זה ברכב כמו אלטיזעכן ובדיעבד הציורים היו שווים הון. כשהיא גילתה שהם שווים הון היא דרשה בעלות עליהם וביהמ"ש פסק לטובת ארה"ב. מדוע?

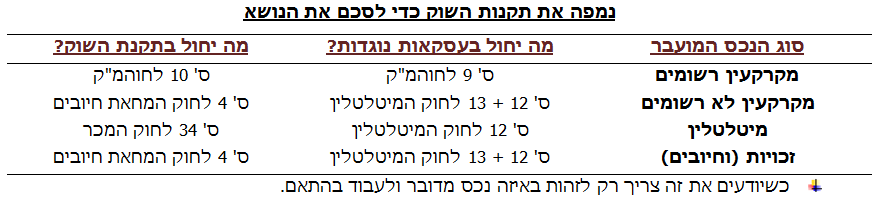
פתרונות הנוגעים לתקנת השוק:

* סוג הנכס - יש לבחון את סוג הנכס בדיעבד ולא מלכתחילה ובדיעבד זה סוג נכס שלא נהוג שיימכר במכונית. המרצה יוצא נגד סיבה זאת מכיוון והיא מתעלמת ממהות תקנת השוק וזה בעייתי נורא.
* התמורה – הייתה חלוקה בין השופטים בפסה"ד מה צריכה להיות התמורה, האם להסתכל בדיעבד או מלכתחילה.

פתרונות שלא נוגעים לתקנת השוק:

* ברק ואור – טעות משותפות (דיני חוזים) + דיני ע"ע. יש פה חסרון מכיוון וזה רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.
* ברק – החלת תו"ל אובייקטיבי.

למבחן – קנייה מאדם פרטי איננה נחשבת קנייה ממוכר ולכן לא תחול תקנת שוק לגבי זה.



ריבוי בעלים

שיתוף במקרקעין

שיתוף = בעלות משותפת בנכס (בני זוג, שותפות, ירושות). האם זה טוב? תלוי בעמדה. זה מועיל למינוף העסקה, פיזור הסיכון, צמצום עלויות ואף תורם מבחינה חברתית. בית משותף הוא איננו שיתוף. יש במצב הזה כמה בעיות: חירות הפרט מצומצמת, יש בעיה של יעילות כי קשה לפעול במשותף (חוקרת בולטת הראתה כי ניתן) וכמו"כ יש לבחון איך נכון לחלק זכויות וחובות אל מול צדק חלוקתי.

הדין הישראלי איננו תומך בשיתוף יתר על המידה ומציגו כמצב לא רצוי:

פס"ד גן בועז – חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה. ביהמ"ש ציין זאת מכיוון ולגרסתו השיתוף משתק את המשק בסוגיות רבות, כמו למשל אל מול פינוי בינוי כאשר שותף מסוים יסרב.

**פס"ד דגני** – מאז ומעולם לא חיבבו שיטות משפט את יחסי השיתוף במקרקעין.

**המרצה** מציין כי זה נכון ואכן שיטות משפט קודמות לא חיבבו את זה.

בשיתוף יש שותפות מלאה על כל חלק במקרקעין ולכן בית משותף, בו יש עצמאות בדירתך שלך, לא נחשב לשיתוף. ייתכן והפיכה לבית משותף יכולה להיות פיתרון לשיתוף שלא פועל כראוי.

את עמדת הדין ניתן לראות דרך **ס' 34 ו37**:

**ס' 34**(זכות השותף לעשות מה שירצה בחלקו): **(א)**כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים. **(ב)**תנייה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור בס"ק א' אין כוחה יפה לתקופה העולה על 5 שנים.

אנחנו רואים שהמדינה משאירה פתח מילוט אינסופי למי שלא רוצה להישאר בשותפות וזה מראה על חוסר אהדתה לנושא.

**ס' 37**(הזכות לתבוע את פירוק השותפות): **(א)**כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק. ניתן לראות שכל שותף זכאי לא רק לצאת אלא גם לדרוש את פירוק השותפות. **(ב)**הייתה בהסכם השיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות לדרוש כאמור העולה על 3 שנים, רשאי ביהמ"ש כעבור 3 שנים להורות על פירוק השיתוף על אף התניה אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

**ס' 10** לחוק המטלטלין מתייחס לשיתוף במטלטלין: **(א)**כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף, הייתה בהסכם השיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשאי ביהמ"ש לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

ניתן להניח שמותר ליחיד למכור זכויותיו וגם שניתן להתנות על כך, אל מול העובדה שלא רשום על כך כלום.

**דגן** גורס כי שותפות היא דבר רצוי, זאת אל מול תפיסה קהילתנית, אך יש להגדיר כללי ברירת מחדל ברורים ליכולת היציאה מהשיתוף כדי לאפשר יציאה מתי שצריך ולמנוע יציאה אופורטוניסטית.

**מעגל השליטה הפרטית**

בשיתוף שלושה שלבים, ובדומה לדיון בנושא קהילה, הרציונלים והחששות דומים (הדרה, חוסר יכולת לצאת, תלות).

* שלב הכניסה – כיצד נכנסים לשיתוף, מה הגדרת השיתוף ועוד (**ס' 29+30**)
* שלב המשטר – מה עושים במהלך השיתוף (**ס' 27,28,30-36**)
* שלב היציאה – כיצד יוצאים מהשיתוף (**ס' 37-45**) – **שלב הפירוק**

**שלב הכניסה**

**ס' 29**(הסכם שיתוף): **(א)**הסכם בין שותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן – הסכם השיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.

אנחנו מעודדים שת"פ שהוא מתוך הסכמה ולכן רוצים שכל הדברים יהיו מוסכמים מראש. בהיעדר הסכם שיתוף יש מנגנון שהוא כמו התקנון המצוי של בתים משותפים ומופיע ב**(ב)** באין הוראות אחרות בהסכם יחולו הוראות **ס' 30-36**.

עם זאת, לפי **ס' 37(ב)** הדבר היחידי בשיתוף בשיתוף שעליו לא ניתן להתנות הוא הגבלה מוגזמת על זכות היחיד לצאת ממנו (במכירה או בפירוק). הסעיף מתיר הגבלה של עד 3 שנים.

במבחן יש לבדוק האם ההסכם שמדובר עליו נכלל בגדר הנושאים שניתן להתנות עליהם לפי **ס' 29(א)**, ואם לא אז ניתן לטעון שזה קוגנטי ויש לפעול ע"פ כללי ברירת המחדל.

האם הסכם השיתוף מחייב צדדים שלישיים חליפיים (שמחליפים צד בשיתוף)?

הסכם שיתוף מחייב צדדים שלישיים אך **אם הוא לא נרשם** הוא לא יחייב. **בפס"ד אשורי מנשה** קבעו שאפילו אם צד ג' ידע על ההסכם אך הוא לא היה רשום הוא לא מחויב לו.

מה קורה במטלטלין? במסחר במטלטלין אין מרשם כלשהו. **ס' 9(ג)** לחוק המטלטלין עוסק בשאלת הסכם השיתוף: הסכם בין השותפים בדבר ניהול המטלטלין המשותפים והשימוש בהם, ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למטלטלין (להלן – הסכם השיתוף) כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר, ובלבד שהשותף האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו.

**אי לכך**, צד ג' שידע על ההסכם ולמרות זאת פעל בצורה הפוכה עדיין מחויב. כנ"ל גם אם רק היה צריך לדעת, זאת למרות שההסכם איננו טעון רישום. בכך אנחנו רואים שאנו נותנים עדיפות מסוימת לניהול תקין של מטלטלין לעומת מקרקעין.

**שלב המשטר**

**ס' 27**(בעלות משותפת במקרקעין): מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

**ס' 28**(שיעור חלקו של שותף): חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.

חזקה זו ניתנת לסתירה. יש להבין כי בבעלות משותפת האחיזה היא בחלק יחסי ביחס לכמות השותפים, זאת לעומת בעלות פרטית אשר מקנה לכל אחד אחיזה מלאה בנכס.

**בפס"ד בוקובזה** היה הסכם שיתוף על מקרקעין בין 2 אנשים אשר החליטו שלכל אחד החזקה בלעדית בחלק אחר, אחר במזרח ואחד במערב. נשאל האם זה יוצר חלוקת בעלות ומאיין את **ס' 27**.

ביהמ"ש טוען שעניין הבעלות הוא קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו מבחינת הבעלות (לכל אחד בעלות על הכל לפי חלקו היחסי) אך כן ניתן להתנות עליו מבחינת השימוש.

מהם הדברים שאפשר לקבוע בהסכם שיתוף? (**ס' 29(א)**)

* **ניהול** המקרקעין
* **השימוש** (למשל, תניות הנוגעות לשכירויות) בהם
* זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין

מה לא ניתן לקבוע בהסכם השיתוף?**(מאוד חשוב למבחן)**

* הגבלת זכות של שותף לפרק את השיתוף (**ס' 34 + 37**) מעבר ל5 שנים ו3 שנים בהתאמה.
* תניה שמדברת על אופן פירוק השיתוף – אופן הפירוק לא צריך ולא יכול להיקבע בהסכם (**ויסמן**). תניה מסוג זה יכולה להופיע בהסכם נפרד, הסכם פירוק השיתוף.

מה שנקבע בהסכם ולא ניתן היה לקבוע הוא בטל וחסר תוקף (Void).

כיצד מנהלים את השיתוף? סוגיות של החלטות משותפות (במקרקעין)

זו אופציה אחרת בשיתוף – שלב שמהווה מדרג נמוך יותר משלב הסכם השיתוף, מכיוון ויש לקבל החלטות באופן דינמי במקרים רבים. הכלל הוא שנדרש **רוב** של בעלי החלקים במקרקעין (51%).

קיימים 4 סייגים:

* דברים שאינם שימוש רגיל בנכס (**ס' 30 (ג)** לחוהמ"ק) – בדברים כאלו צריך אישור של כל הצדדים לשותפות. **בפס"ד זולבו** זה הוגדר כרשימת פעולות מטריאליות ומשפטיות אשר על פי מהות הנכס, טיבו וייעודו ייחשבו לטבעיות (במבחן יש לשים דגש על טיב הנכס). בפסה"ד אף נקבע כי ההחלטות הרובניות כפופות לחובות הגילוי וההוועצות.

לדוגמא: פתיחת עסק בדירת מגורים, הקמת צימר על חלקה חקלאית וכד'. מדובר על פעולות אשר קשורות לשלב המשטר והשימוש ולא להחלטת הפירוק למשל.

* קיפוח המעט (**ס' 30 (ב) לחוהמ"ק**) – במקרים בהם החלטת הרוב מקפחת את המיעוט ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין. יש לבחון את התוצאה ולראות האם היא גורמת למיעוט להיפגע. שני מצבים מרכזיים: א. כאשר המיעוט נפגע ביחס לרווח שנוצר לרוב. ב. מצב בו הרוב זוכה כל הזמן באופן שיטתי. במקרים כאלו ההכרעה תעבור לביהמ"ש.
* פעולה בחתו"ל בנסיבות העניין (**ס' 39 + 61ב לחוה"ח**) – ביהמ"ש יחליט לפי מה שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
* דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר (**ס' 14 לחוהמ"ק**) – רלוונטי בעיקר למקרה של עמידה דווקנית על זכות. ביהמ"ש לא נוטה לראות רצון למימוש זכות כעמידה דווקנית ולכן **בד"כ** סעיף זה לא יהיה רלוונטי. החלטת ביהמ"ש תהיה לפי מה שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.

פעולות אשר שותף בודד יכול לבצע:

שותף יכול לבצע פעולה לבדו באופן בודד לפי **ס'** **31(א)** כל עוד אין קביעה אחרת לפי **ס' 30**:

* שימוש סביר במקרקעין, כל עוד איננו מונע שימוש כזה משותף אחר.
* עשיית פעולות דחופות ובלתי צפויות הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין וניהולם.
* עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

אין הבדל משמעותי בין סעיפים 1 ו2.

**ס' 31(ב)** קובע כי אם השותף עשה משהו מבין אלה הוא מחויב להודיע בהקדם לשותפיו.

**ס' 31(א)(1)** הוא נפוץ במיוחד. נציג את **פס"ד וילנר**:

בעקבות פטירת אב המשפחה והעברת זכות החכירה באופן חלקי לכל אחת מבנות המשפחה, נוצר מצב בו לאחות אחת יש 3/8 מהדירה ול2 אחיותיה החורגות יש 5/8 ביחד והן גרות בדירה. המערערת (ה3/8) דרשה את סילוקן מהדירה וביהמ"ש נדרש לבחון האם הן משתמשות שימוש סביר והאם אין הן מונעות ממנה שימוש סביר (שהרי היא לא באמת תגור יחד איתם):

**בן פורת** –

* שימוש סביר – נדרש מבחן שימוש אובייקטיבי.
* אי מניעה – רק איסור מפורש לביצוע פעולות יעלה לכדי מניעה. במקרה שלנו למרות שהמצב לא אפשרי הלכה למעשה אין איסור מפורש לביצוע פעולות.

**נתניהו** –

* שימוש סביר – נדרש מבחן סובייקטיבי אובייקטיבי. לוקחים את התנאים האובייקטיבים של הנכס ומשקללים זאת עם התנאים הסובייקטיבים כמו השימוש לו נועד הנכס, אישיות השותפים, אפשרות השימוש המשותף בנכס ע"י שותפים. העובדה שלא ניתן לבצע שימוש מקביל מראה שהשימוש לא סביר.
* אי מניעה – בפועל אי אפשר להשתמש באופן סביר וזה מועד לכישלון ולכן זו נחשבת מניעת שימוש סביר.

**בך** – הצטרף לבן פורת לעניין אי המניעה והלכה לפיה.

במבחן יש לטעון לנתניהו ולבן פורת, כל צד יטען למי מהם שעוזר לו.

**דמי שימוש**

**ס' 33**(תשלום בעד שימוש): שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש.

הגיוני שמי שמשתמש ישלם לשאר על השימוש, אך עם זאת לפי **פס"ד זרקא** הוא ישלם רק אם השימוש שלו מונע מאחרים את שימושם שלהם והם מעוניינים להשתמש. אם מחברים את הלכה זו עם ההלכה **בפס"ד וילנר** נוצר מצב מעוות בו כאשר אדם לא מונע בפירוש משותפיו האחרים שימוש הוא יכול להשתמש מבלי לשלם.

**ס' 32 (א)** כל שותף חייב לשאת לפי חלקו בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה וניהולו של הנכס.

**ס' 32 (ב)** שותף שנשא בהוצאות למעלה ממה שנדרש רשאי לחזור ולהיפרע משאר השותפים.

חשוב למבחן ללמוד את כל ס' החוק ופרשנויות החוק ולהבדיל בין מטלטלין/מקרקעין, החלטה של שותף בודד/החלטה משותפת אבל לא לשכוח לדבר על דמי שימוש ונשיאת הוצאות.

**מעגל היציאה מעודדת השיתוף**

**לגבי מקרקעין – ס' 37-45 לחוהמ"ק**

לגבי מיטלטלין וזכויות, **ס' 10**.

**חנוך דגן** מפרש את הסעיפים הללו: ע"מ ששיתוף יפעל טוב יש לבצע מנגנון יציאה חזק וברור. כך למשל בין בני זוג יש צורך לבצע הסכמי ממון והלכות שיתוף. פרשנותו:

* עדיפות לקביעות הסכמיות – תובנות משותפות מתוך ההסכמה לא לפגוע אחד לשני באוטונומיה. יופיעו פה הוראות כמו התמחרות בין שותפים וכד'.
* עדיפות לחלוקה בעין – שמירת חלק מהנכס בידיים תואמת את תאוריית האישיות, חלוקה בעין יכולה להופיע בתור חלוקת החלקות לחלקות קטנות יותר (בהתנאם לתנאי **ס' 39**) או בתור רישום כבית משותף (המרצה אומר שזה חלוקה בעין).
* הוגנות בחלוקה/תשלומי איזון – **ס' 39(ב)** מעודד תשלומים מסוג זה בכדי שנוכל לאזן על כל פגיעה באם זו תעשה.

נרחיב על כל אחת מהקטגוריות.

הסכמה

**ס' 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. **(ב)** באין הסכם כאמור בס"ק הקודם, יהיה פירוק השיתוף על פי צו ביהמ"ש בהתאם ל**ס' 39-43**.

הסעיף מצביע על עדיפות לחלוקה מוסכמת.

לפי **ויסמן** הסדר של פירוק שותפות נדרש להיות בהסכם נפרד ולא בהסכם השיתוף.

יש לבדוק האם לנכס יש "דין חלוקה" לפי **ס' 143** לחוק התכנון והבניה. אם נקבעה חלוקה בעין נדרש אישורו של המפקח.

**ס' 41** מסייג

**(א)**הייתה מניעה לחלוקת המקרקעין בעין רק לגבי אחד השותפים ולאותו שותף היו מקרקעין הגובלים במקרקעין המשותפים והוא הסכים שחלקו יצורף למקרקעין הגובלים, יחולקו המקרקעין לפי זה.

**(ב)**הייתה מניעה לחלוקה בעין בין כל השותפים אך אין מניעה לחלוקה זאת אם שותפים אחדים יטלו חלקיהם במשותף ואותם שותפים הסכימו לכך, יחולקו המקרקעין לפי זה.

**(ג)**הייתה המניעה לחלוקה בעין רק לגבי מקצת השותפים, רשאים האחרים לקיים את המקרקעין בידם במשותף או לחלקם ביניהם, ובלבד שישלמו לאותם השותפים את מה שהיה נופל בחלקם אילו המקרקעין היו נמכרים כאמור ב**ס' 40**.

הכלל הבסיסי הוא הסכם, אם נקבעה חלוקה בעין יש להעביר את זה את אישור המפקח.

אם אין הסכם ולא נקבע אופן יציאה דרך המלך היא חלוקה בעין, זאת לפי **ס' 39(א)**. זה אפשרי רק כאשר חלוקה בעין היא אפשרית לפי חוק התכנון והבנייה. יש לשים לב לחריגים של **ס' 41** על אף שהם עוסקים במקרים ספציפיים.

סייג נוסף לחלוקה בעין – **ס' 40(א)** – כאשר זו גורמת להפסד ניכר

גם אם המקרקעין ניתנים לחלוקה אבל ביהמ"ש מחליט שחלוקה מסוג זה תגרום להפסד ניכר לכל השותפים או מקצתם, הוא רשאי להורות על מנגנון חלוקה אחר (למשל מכירת המקרקעין).

**בפס"ד רידלביץ'** דיברו על מהו הפסד ניכר, כאשר השופט **חשין** דן באפשרויות של הפסד כתוצאה מדרך הפירוק והפסד של רווחים פוטנציאליים. לטעמו הפסד של רווח פוטנציאלי הוא איננו הפסד ניכר מכיוון וזה יפתח את השוק למניפולציות כאלו ואחרות. הפסד ניכר רק יהיה כתוצאה מדרך הפירוק, כמו פרגמנטציית יתר אשר תגרום לכך שלא ניתן יהיה לבנות על החלקים שנותרו.

מה קורה אם נחתם הסכם קומבינצייה להקמת מגדל ואחד השותפים מסרב? אם נסתכל על זה כעל רווח פוטנציאלי אז לדעת **חשין** זהו לא הפסד ניכר, אך לדעת **המרצה** יש להסתכל על זה כעל הפסד ממשי, הפסד כתוצאה מדרך הפירוק.

**חשין** בוחר בפסה"ד באופציה המצמצמת.

מה עוד נלמד מפס"ד זה? רידלביץ' ומודעי נחלקו ביניהם כיצד לסיים שותפות בבניין ישן. המבקשים רצו להופכו לבית משותף והמשיבים ביקשו למוכרו. **חשין** קבע 4 עקרונות:

* יכולת דרישת פירוק השיתוף היא עקרון על שכפוף רק לחריגים ולתו"ל. בפירוק המיעוט יכול לדרוש את דרכו.
* השאיפה היא לנסות להגיע לפירוק וחלוקה בעין.
* מקום שזה לא אפשרי/גורם להפסד ניכר אין לבצע זאת.
* אם אפשר לבצע זאת בעזרת רישום כבית משותף והקצאת דירות אז זה רצוי.

מכיוון ופירוק בעין הוא ההלכה, אדם שמבקש פירוק אחר נדרש להוכיח כי זה איננו רצוי.

**ס' 42(א)** ביהמ"ש רשאי לאחר קבלת חוו"ד מהמפקח, לצוות על פירוק השיתוף בדרך של רישום כבית משותף והקצאת דירות. **(ב)** דרישת תשלומי איזון.

נדרש שהבית יהיה ראוי לרישום כבית משותף וכן דרוש אישור חוו"ד המפקח.

לדעת המרצה זה כמו חלוקה בעין רק יעיל יותר ובלי הנזקים העקיפים.

**מכירת וחלוקת הפדיון**

כעקרון אנו משתדלים לא להגיע למצב של מכירת נכס, וזה גם מתחבר לתאוריית האישיות, אך אם הגענו לשלב זה, מהי הדרך וכיצד נבצעה?

**פס"ד בעלי זכויות** מדבר על מקרה בו נתגלעו מחלוקות בין המשיב אשר החזיק ב5% לבין כל השאר. המשיב ביקש את דרך הפירוק אל מול מכירת כל המקרקעין והשאר רצו למכור רק את זכויותיו. האם ביהמ"ש רשאי להורות על מכירת כל המקרקעין בלבד או גם רק על מכירת חלקה?

ביהמ"ש דוחה את הערעור וקובע כי ביהמ"ש רשאי להורות רק על מכירה של כל המקרקעין. שוב ביהמ"ש מציין כי השאיפה היא לבצע חלוקה בעין אך כשזו גורמת להפסד נלך למכירה וזו תהיה של כל המקרקעין גם אם נפל פגם בהתנהגותו של המשיב.

לפי פס"ד זה, **ס' 40(ב)** לא מאפשר לביהמ"ש לקבוע איך יתקיים פירוק המכירה. הוא קובע האם זה יתבצע בצורה של מכירה ואם כן אז לקבוע שזה לא יימכר בצורה של מכירה פומבית/הוצל"פ.

**בפס"ד ביאלר** אם ואב היו שותפים בדירה, האב דרש כי הבן יפנה את הדירה ואילו האם הרשתה לו להמשיך להתגורר. ביהמ"ש פסק כי למרות שלשותף מותר להשתמש בצורה סבירה כאן מדובר בצד ג' ליחסי השיתוף ונתינת הרשות אליו היא בגדר מניעה.

**במבחן** בכל הנוגע לפירוק שיתוף, ראשית יש לזהות את הנכס (זכויות, מטלטלין, מקרקעין לא רשומים או מקרקעין רשומים). בתחרויות יש כללים שונים משותפויות וכן הלאה.

שעבודים

מהו שיעבוד? ברמה העקרונית זוהי אחיזה כלשהי בנכס. החוק המרכזי העוסק בשעבודים ובאופן בו אנו משתמשים בהם בחיי המסחר הוא חוק המשכון.

**ס' 1(א)** – משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. ב**פס"ד קידוחי הצפון** **חשין** קובע כי ישנם 3 רכיבים עיקריים בעסקת משכון:

* חייב חב לנושה
* החייב מכפיף/משעבד נכס כערובה לקיום החוב. (החוב הופך לבעל אופי מעין קנייני)
* השעבוד משמיע אפשרות לחייב להיפרע ממנו (ס' 3 לחוק המשכון). זהו החידוש של שעבודים, שמקנה אפשרות להפרע מהנכס במידה והחוב לא מקוים.

מוסד זה מזכיר באופיו את נושא הבטוחות, מטרתו להעניק רוגע.

**יתרונות מוסד המשכון**

* למה שחייב ירצה לתת משכון? מכיוון וזה מקטין לצד השני את הסיכון וגורם לשיפור תנאי העסקה של החייב.
* למה שנושה יעדיף נכס כבטוחה?
  + זכות להיפרע מהנכס עצמו. יש פה משהו ממשי שהוא מעבר להתחייבות כספית.
  + זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים (כפוף לדיני הקדימות בעת חדל"פ). במצב של התחייבות כספית ייתכן ונתמודד עם אפילו יותר נושים.
* למה זה טוב לחברה בכללותה? בטוחות מהוות תמריץ לעסקאות יעילות ומשפרות חיי מסחר תקינים

**סדר הפרעון לפי סדר הולך ופוחת**

* **שסל"ן (שעבוד ספציפי לרכישת נכס)** – השעבוד הנקי ביותר עבור נושה. אם חברה הולכת לבנק ומבקשת ממנו סכום מסוים לרכישת נכס והיא משעבדת את אותו הנכס בתמורה להלוואה זה יהיה השעבוד שייגבר בהשוואה לכל השאר. זאת בשביל שנוכל לתמרץ בנקים לתת הלוואות לחברות קטנות.
* **שעבוד ספציפי** (כל זמן שהשעבוד הצף הראשון בזמן איננו מוגבל) – **ס' 166** לחוק החברות
* **זכויות בדין קדימה**:
  + שכר עבודת פועלים + פיצויי פיטורין
  + רשויות המס + דמי רנטה על הנכס
* **שעבוד צף**
* **נושים אחרים וספקים שלא מחזיקים בבטוחות**

רוב האנשים נמצאים בקטגוריה של נושים לא מובטחים. נצטרך לברר מתי נכיר בהתחייבות למתן בטוחה ובאילו סוגי בטוחות נכיר כשעבוד שעונה על החוק.

**עסקאות שיש 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 בסעיף זה מאוד ברורה. כל מה שמעניין אותי במשכון הוא התחרות מול נושים אחרים ולכן אכפת לי רק אם הנכס מוגדר לי כמשכון או לא.

**בפס"ד קולומבו** חברת קולומבו מכרה צעצועים לחברת מאמא יוקרו ואמרה שכל עוד הצעצועים לא נמכרים הם שייכים לקולומבו. הם הגדירו זאת כעסקת קונסיגנציה וביצעו את כל המהלך הזה כי ידעו שחברת מאמא נמצאת בבעיות כלכליות. כשמאמא נפלו כל צעצועיה אשר היו במחסן יועדו לנושים וקולומבו דרשו בעלות עליהם. ביהמ"ש קבע כי למרות שהצדדים רצו להסתכל על זה כעל קונסיגנציה, כל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא חוזה חשוד ובשביל להחריג אותו מנושא המשכון יש לבצע זאת בצורה ברורה. לכן ביהמ"ש קובע שזה משכון והולך לחוק המשכון ומכיוון וההסכם לא נרשם ברשם המשכונות קולומבו נדחקו לסוף תור הנושים.

ביהמ"ש בעצם קובע בפס"ד זה כי כל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא בפועל חוזה משכון. על אף זאת ניתן לאבחן מפסה"ד ולטעון שבמקרה שלנו מדובר בהסכם בעיתוי חשוד, בו החברה כבר עמדה לפני פירוק.

בעסקת מכר מטלטלין הבעלות עוברת לפי ס' 33 לחוק המכר בעת העברת הנכס אא"כ קבעו הצדדים אחרת, כמו פה. מדוע אם כן ביהמ"ש פסק נגד רצון הצדדים? (על פי הנאמר ע"י **בך** **בפס"ד קידוחי הצפון**)

* היבטים כלכליים ומסחריים של עסקה – אין להתעלם מכל הרגולציה והחוקים בנושא. סוחרים לא יכולים לעשות מה שהם רוצים.
* יש להסתכל על מהות העסקה – הכותרת איננה משנה. יתכן ורשום עסקת קונסיגנציה אך התוכן מראה אחרת.
* בחינת הרציונליים של חוק המשכון – אם נאשר את השארת הצעצועים אצל קולומבו נפגע בנושים רבים שלא ידעו למה הם נכנסים.

הביקורת על פסה"ד:

* פגיעה בפרקטיקה המסחרית – מכירה באשראי תוך כדי התניית שימור בעלות היא פרקטיקה ידועה וחשובה מכיוון והיא מאפשרת את מתן האשראי. **המרצה** מסכים עם טענה זו.
* חוסר מעשיות – התניית מתן אשראי ברישום משכון איננה מעשית וכרוכה בעלויות גבוהות.
* רישום שעבוד ספציפי או צף – יש קושי רב ברישום שעבוד ספציפי על סחורה מתחלפת בתדירות גבוהה, ואילו שעבוד צף איננו רלוונטי לנושים קטנים ופרטיים מכיוון **ואין הם** יכולים לרשום.
* חוסר במידע – היעדר מידע משפטי על השינוי שיצרה הלכת קולומבו. לדעת המרצה טענה זו של העליון היא הזויה.
* ביקורת תאורטית –
  + פגיעה בזכות הקניין – יש פה פגיעה ברצון וקניין הצדדים.
  + **ס' 2(ב)** לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום – שכן אחרת אנו מעניקים העדפה לא הוגנת לנושי הקונה על נושי המוכר. יש לבדוק כל עסקה לגופה ולפיכך לקבוע.

**בפס"ד קידוחי הצפון** באו ואמרו שהלכת קולומבו צריכה להתפרש בצמצום. לא בכל הסכם בו יש תניית שימור בעלות נחליט שזה משכון אלא נבחן את הנושא. ייתכנו הסכמים עם תניית שימור בעלות ובלי רישום משכון ונקבל זאת בכל זאת. ההלכה לא בטלה אלא נבחן אותה בצמצום.

כוחו של משכון

**ס' 4(1)** לחוק המשכון: כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של משכון יפה – **(1)**בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה – בהתאם לאותן הוראות.

ככל שיש הסדר ספציפי לפירעון בדין אחר הוא גובר. רלוונטי בעיקר לדיני חברות ודיני מקרקעין. נושים עם משכון הם חלק מהשחקנים המופיעים בדיני התחרות (בחוהמ"ק, **ס' 7,9,10** ובחוק החברות ישנם נושים עם סדר פרעון שונה)

לפיכך, במשכון מקרקעין (משכנתא) סדר הפרעון ייקבע בשונה מהנורמה של חוק המשכון (הראשון לרשום זוכה) והכל לפי סעיפי חוהמ"ק.

**ס' 4(3)** לחוק המשכון(לגבי מטלטלין/זכויות): (יהיה כוחו של משכון יפה .. ) **(3)**בנכסים נדים ובני"ע שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המשכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום. זהו ס' שיורי שכמעט הכל נכנס לגדרו.

בנכסים של חברות/אגודות שיתופיות – אין צורך לרשום גם ברשם המשכונות אלא יש לרשום רק אצל הרשם הרלוונטי. בנקים רושמים גם וגם כדי למנוע תקלות.

בנכסי מקרקעין – יש צורך ברישום בטאבו. במקרקעין לא מוסדר אי אפשר לרשום בטאבו ולכן נרשום ברשם המשכונות. (נתייחס לזה כאל זכות)

מה קורה כאשר רוצים לרשום משכון נוסף (החייב רוצה לשעבד את הנכס לטובת מישהו אחר)

על פניו אפשרי אך יש תנאים. **ס' 6** לחוק המשכון: **(א)** החייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במשכון נוסף ללא נטילת רשות מהנושה; אולם נושה נוסף לא יוכל להיפרע מן המשכון אלא לאחר שסולק החיוב שהובטח במשכון שלפניו והכל באין קביעה אחרת בהסכם המשכון הקודם. **(ב)** בהסכמת הנושה רשאי החייב לשעבד את הנכס במשכון נוסף שדרגתו תהיה שווה לדרגת המשכון של אותו הנושה או עדיפה ממנה.

בעל המשכון השני מודע למיקומו השני בסדר החלוקה ברובריקה של משכון ספציפי וזה סיכון שהוא לוקח. למה שהוא יסכים לכך?

* כאשר שווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב.
* כאשר מועד הפרעון של המשכון הראשון קרוב והסבירות שהשני יפרע גבוהה.
* כשהנושה מוכן ליטול סיכון – בא לידי ביטוי בריבית.
* כשהנושה מעדיף להיות נושה מובטח מאשר נושה לא מובטח - גם אם יש בכך סיכון.

יש לזכור שנושה תמיד ירצה להיות מובטח.

מה במקרה בו הנושה הראשון התנה בשעבודו שאסור לשעבד את הנכס למישהו נוסף ובכ"ז זה שועבד? במחוזי דנו בדבר ואין עמדה בעליון כי בד"כ הדבר נסגר בפשרות, יש 2 דעות בספרות:

* **ויסמן** – עצם ההתניה מונעת את היכולת לבצע משכון נוסף וזה לא תקף (Void)
* **גרוסקופף, ויצמן ולרנר (רוב)** – אין טעם למנוע תקפות המשכון הראשון כל זמן שהראשון נפרע במלואו. גם ככה הראשון אמור להיפרע לפני.

מה קורה כשאנחנו עדיין בשלב החוזי, לקחנו משכנתא והחוזה מבוטל?

השאלה היא האם הבנק יכול לדרוש את הדירה מהמוכר כדי להיפרע מהכסף או שהוא יכול רק לממש את הזכויות החוזיות.

**בפס"ד שטיינמץ** קרה מקרה בו מוכר וקונה ביצעו חוזה, הקונים לא עמדו בחיובים והחוזה בוטל. אלא שהקונים כבר לקחו משכנתא והכסף עבר ישירות למוכר. בגלל שההסכם בוטל הבנק שאל מה דינו? הדירה עדיין רשומה על המוכר הרי. בנוסף בגלל שידעו שהרישום יעבור בסוף ושמדובר בזכות אובליגטורית המוכר רשם כתב התחייבות לטובת הבנק. השופט **אנגלרד** קבע כי הנכס הממושכן הוא **הזכויות החוזיות בלבד** ולכן יש לפעול בהתאם לחוק המשכון לעניין מימוש זכויות חוזיות, 2 אופציות:

* לפנות לביהמ"ש או להוצל"פ – לנסות למכור את הזכויות החוזיות ולקבל עליהן את ערכן. לא ממש ישים בגלל שהחוזה בוטל והזכויות החוזיות לא קיימות. (**ס' 17-18** לחוק המשכון)
* **ס' 20** לחוק המשכון – מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המשכון.

השופט קובע כי זכותו של הקונה לא מקנה לבנק את היכולת לרדת במישרין לדירתו של המוכר ולדורשה. הבנק יכול להגיש תביעה לתשלום ההלוואה ובמסגרתה לבקש להטיל עיקול על הדירה.

מאוחר יותר הגיע **פס"ד משכן** אשר קבע כי גם אם בוטל המכר הבנק יכול לדרוש מהמוכר לרשום משכנתא ולממש אותה. בפס"ד זה נקבע שהחוזה היה מלכתחילה חוזה למראית עין בשביל להוציא כסף מהבנק. זה לא מבטל את **הלכת שטיינמץ** אבל זה מצביע על כך שבכל פעם שייראה לביהמ"ש שביטול החוזה איננו תמים – אפשר יהיה לחייב את המוכר לרשום משכנתא לטובת הבנק.

מאוחר יותר הגיע **פס"ד בירס** אשר בו קבע **רובינשטיין** כי הפסיקה בשטיינמץ מטרתה הייתה להגן על קורת הגג של המוכר, ולכן כאשר המוכר איננו גר בדירה אנחנו נוכל לאפשר לבנק ללכת במישרין ולדרוש את מימוש הדירה.

שני פסקי דין אלה מכרסמים **בהלכת שטיינמץ** ומסדירים קצת את יחסי הכוחות חזרה לטובת הבנק.

עסקאות קומבינציה: יחסי בעל מקרקעין-קבלן-רוכש דירה והשפעתה של הערת אזהרה

עסקה בו בעל מקרקעין מתקשר עם קבלן לצורך בנייה על הקרקע כאשר בתמורה לבנייתו הוא יקבל אחוז מסוים מהדירות הפוטנציאליות. מהן יתרונות העסקה?

* **היתרון המרכזי:** מאפשרת עסקה כמעט ללא הכנסת יד הצדדים לכיס.
* מאפשרת תכנוני מס מקרקעין ל2 הצדדים.
* חסכון בעלויות מימון הפרויקט.
* מאפשרת מימון באמצעות מכר הדירות.

הבעיה מתחילה כאשר הקבלן מתחיל לשווק את הדירות, מכיוון והוא מציע לרוכשים הערת אזהרה למרות שאין הוא הבעלים. אם הקבלן יוצא מהתמונה מסיבה כלשהי הבעלים נשאר מול רוכשי דירה אשר מעולם לא התקשר איתם.

**בפס"ד נחשון** נקבע שביטול עסקת קומבינציה ע"י הצדדים לא גוררת באופן אוטומטי לביטול הערות האזהרה שנרשמו. יש לברר את זכויות הצדדים ואז להכריע.

גם אם הקשר בין הבעלים לקבלן נפגע, הערות האזהרה יצרו קשר ישיר בין הבעלים לרוכשים והקבלן ולכן זה המצב. ניתן להתנות על תנאי זה, ובלבד שהתנאי יהיה ברור בהסכם ובייפוי הכוח כדי שהרשם ידע וכן כי ינוסח בצורה כזו שגם בעל הע"א ידע ויסכים.

**בפס"ד ברוגשטיין** הקונה חתם על הסכם בו נאמר כי זכויות הקבלן במגרש תלויות בהסכם הקומבינציה, אך הקונה לא עבר קורס בקניין ואיננו מבין נוסח מסוג זה ולכן זו איננה תניה מפורשת.

מנגד, **בפס"ד גי.אי.גי** התניה הייתה מפורשת ולכן ניתן היה למוכר למחוק את הע"א.

**בפס"ד בורשטיין** היה מצב בו קונה עם הערת אזהרה ביקש להעביר אותה לקונה חדש. הקבלן כבר לא היה בתמונה והבעלים של הקרקע (שעליהם רשומה גם הדירה) לא הסכימו להעביר את הערת האזהרה לקונה החדש. ביהמ"ש קבע כי מה שיש לרוכש המקורי ביד זה את זכויות הקבלן, זה מה שהקבלן המחה לו, וכי יש 2 דרכים להילחם בסיטואציה הזו: א. להגיד שבעל הזכויות איננו פועל **בתו"ל** ולכן לחייבו. ב. להמחות לרוכש החדש את הזכות מכוח **ס' 5** לחוק המחאת חיובים, ס' זה מקנה גם את היכולת להעביר את הע"א.

**בפס"ד חובני** נרשמו הע"א לטובת הרוכשים והעסקה עם הקבלן נפלה והרוכשים השלימו את הבנייה של דירותיהם בעצמם. ביהמ"ש קובע שזה לא הוגן לבטל את הערות האזהרה מכיוון ובוצעו השקעות בקרקע והבעלים ראו זאת ולא מנעו מהם להוציא כספם. ההתחייבות שהבעלים נתנו לרוכשים הינה חוזית.

**זכויות בנכסי הזולת**

שכירות

ס' 3 – שכירות – שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; שכירות לתקופה של למעלה מ5 שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מ25 שנים תיקרא "חכירה לדורות".

לשכירות שלושה חלקים שיש לעמוד בהם:

* בתמורה – ערך כלכלי ממשי (בניגוד לרישיון)
* להחזיק במקרקעין ולהשתמש – אין דרישה לשימוש או החזקה ייחודי, רק ויסמן דורש זאת אבל הרוב לא מסכימים.
* שלא לצמיתות – בפס"ד עמידר נקבע כי לא קיימת לפי החוק שכירות ללא הגבלת זמן. לכן לא נוכל להסתכל על רישיון לשבת בקרקע בלי הגבלת זמן כעל שכירות.

**סוגי שכירויות**

במקרקעין 3 סוגי שכירויות: שכירות קצרת מועד, חכירה, חכירה לדורות (בפס"ד לוסטיג חכירה לדורות הוכרה כשכירות והחלנו עליה את ס' 78).

במבחן נקבל מקרה בו אדם יושב בנכס ויש לסווגו כמסיג גבול, בר רשות או שוכר. לסיווג יש השלכות בנוגע ליכולתו לבצע שימוש בנכס. בר רשות למשל לא יכול להעביר זכותו לאחר (אא"כ הבעלים מתיר), שוכר יכול להעביר בתנאים מסוימים. צריך להבחין האם זוהי זכות אישית או קניינית, ואם זוהי זכות קניינית אז איזה סוג של זכות ומה מאפייניה.

שכירות היא זכות קניינית, מה ההצדקות להגדרה?

* הגנה מפני צדדים שלישיים בתחרות – ס' 21 לחוק השכירות מגן על שוכר כאשר הנכס נמכר לאחר.
* הכוח לשעבר את השכירות (אם אין התניה נוגדת) – ברגע שהזכות קניינית ניתן לשעבד אותה וזוהי זכות כלכלית.
* העברת השכירות – ס' 22 לחוק השכירות מאפשר להעביר אותה.
* הענקת זיקות הנאה – אם יש לי זכות קניינית אני רשאי להעניק זיקות הנאה בנכס.
* ס' 21 לחוק השכירות והשאילה – ס' זה מאפשר את העברת המושכר. אם בעלי הנכס מוכר אותו אז הקונה מקבל את הנכס בכפוף לשכירות הקיימת בו. זו זכות קניינית כי אין לשוכר זכות חוזית מול הבעלים החדש.
  + חל רק במצב בו השכירות היא קניינית, הסכם שהוא בגדר התחייבות לבצע עסקה לא יעזור פה.
  + ס' 21 חל על שכירות ושאילה אך ס' 22 (העברת השכירות) לא חל על שאילה.

רק ס' 22 הוא קוגנטי, השאר ניתנים להתניה.

ס' 21 מגן על השוכר בכך שנאמר שאין להשית עליו עלויות נוספות בגין ההעברה.

מהן הגבלות העברת הזכות לפי ס' 22?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין (כוח רב לשוכר) | מטלטלין/זכויות |
| המשכיר הגביל עבירות | כפוף לשק"ד ביהמ"ש. המשכיר יסביר סירובו אשר נדרש להיות סביר. | איסור עסקה. אם המשכיר לא מסכים להעברה היא לא תתקיים. |
| אין הגבלת עבירות | הרשאה לביצוע עסקה. ברירת המחדל שניתן להעביר | כפוף לשק"ד ביהמ"ש. המשכיר יסביר סירובו אשר נדרש להיות סביר |

רישיון הוא זכות אישית אשר חוק השכירות והשאילה לא חל עליו

נבחן כמה סיבות משכירים לאי העברה מהפסיקה:

פס"ד חברת הכשרת היישוב: סבירות הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות.

פס"ד אשגרם: מבחן סוג הנכס - במקרה הזה ממ"י סירבו להעברת הנכס שהתקבל ע"י ההסתדרות בפטור ממכרז והנ"ל רוצים להעבירו לגורמים פרטיים. ביהמ"ש מסכים שבמקרה כזה ממ"י יכולים לסרב להעברת הנכס.

פס"ד וייס: מבחן זהות שוכר – ביה"ס רצה להיטיב עם עובדיו ולשפר תנאיהם והשכיר לעובדיו דירה בהנחה. המנהל התחייב לביה"ס לא לתת לשוכרים להעביר זכותם ללא אישור ביה"ס. בעליון נקבע כי השוכרים צריכים להראות שהטעם הוא חסר טעם הוגן וממשי ולכן איננו סביר, כלומר הנטל הוא על השוכר. נתניהו קובעת שאמנם התניה מגבילה את זכויות המשיבים אך יש היגיון ברצון לשמור על ייעוד הקרקע המשמשת את ביה"ס ולכן הסיבה סבירה.

פס"ד בנק הפועלים: מבחן אי העמידה בתשלומים – במצב בו השוכר לא עמד בתשלומיו וביקש להעביר את שכירותו נוכל להתיר למשכיר למנוע את העברת השכירות. על אף זאת צריך שהסירוב יהיה מבוסס על אי העמידה בתשלומים. (צריך להיות מותנה מראש כמובן)

שכירות קצרת מועד

חשוב לציין מועד, "מועד השכלול" אשר הוא המעבר מהשלב החוזי/אובליגטורי לשלב הקנייני. עקרונית עסקת מקרקעין טעונה רישום בטאבו אך שכירות קצרה מוחרגת מכלל זה.

ס' 79(א) על אף האמור בס' 7 (רישום) וס' 8 (עריכת מסמך בכתב) שכירות לתקופה שאינה עולה על תקופה של 5 שנים אינה טעונה רישום, והתחייבות לעשות עסקה כזאת אינה טעונה מסמך בכתב.

(ב) הוראות ס"ק (א) לא יחולו על שכירות שיש עמה ברירה להאריך את תקופתה כוללת העולה על חמש שנים, ולא על שכירות שתקופתה כולה או מקצתה, חלה כעבור 5 שנים מגמירת חוזה השכירות.

ס' 152 לחוק הגנת הדייר: על אף האמור בחוהמ"ק, שכירות לתקופה שלא עולה על 10 שנים בדירה או בבית עסק שחוק זה אינו חל עליה, ואין עמה ברירה להאריכה לתקופה העולה על 10 שנים- אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין; אין בס' זה בכדי למנוע רישום שכירות לתקופה של 10 שנים או פחות אם ביקשו זאת הצדדים.

קרי החוק מרחיב את הפטור לרישום ל10 שנים, אך עריכת מסמך בכתב מחויבת מעל ל5 שנים.

התקופה המנויה כוללת גם אופציות.

חכירה לדורות

בפס"ד לוסטיג הכרנו בזה כשכירות למרות הקרבה של הזכות לבעלות, כך הצלחנו להילחם בסייגי ס' 13. מבחינה פורמלית מדובר בהשכרה אך ביהמ"ש נלחם נגד השבת הקרקעות בתום תקופת החכירה ובפס"ד בסו נקבע כי עניין חידוש החוזה הוא פורמלי בלבד. חרף זאת המרצה מדגיש כי מבחינה פורמלית זוהי שכירות. יש לציין כי בקיבוצים (ברי רשות) המצב שונה ושמה המנהל יכול לקחת את הקרקע. נוסף על כך מדובר על חכירה מהמדינה, בחכירה בין פרטיים יתכן וביהמ"ש לא יתערב.

ניתן לראות 2 פנים לתחום החכירה לדורות:

|  |  |
| --- | --- |
| חכירה לדורות = שכירות | חכירה לדורות = בעלות |
| המגזר החקלאי – תשלום נמוך | המגזר העירוני – תשלום גבוה |
| זכויות חלשות/עבירות מוגבלת – אל מול התשלום הנמוך והנהוג בתחום | זכויות חזקות/עבירות גבוהה – אל מול התשלום הגבוה והנהוג בתחום |

שכירות ליסינג מימוני ותפעולי

מדובר ב2 שיטות בשוק הרכב הישראלי וחברות רבות משתמשות בזה. זהו סוג של שכירות לטווח ארוך (3 שנים). תפעולי = שכירות רכב ארוכת טווח. מימוני = אמצעי מימון לרכישת רכב (מעין פריסת תשלום). הכל מסכימים כי ליסינג תפעולי הוא שכירות.

האם גם ליסינג מימוני הוא שכירות? באופן עקרוני כן.

פס"ד הפועלים ליסינג השופט אור מנה את הקריטריונים להבחנה בין עסקת ליסינג מימוני לעסקת ליסינג תפעולי:

* ככל שהתשלום התקופתי איננו משקף שווי שוק של דמי שכירות הנכס כך יש להחליש את היבט השכירות.
* ככל שהסכום שעובר בתמורה בסופו של דבר מתקרב לשווי הנוכחי כך יש להחליש את היבט השכירות. (כי הסכום הוא כמו של מכר)
* במידה ויש אופציה לרכוש את הנכס בתשלום מינימלי מתחזקת המסקנה בדבר אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר.
* אם בין 2 הצדדים עומד עוד צד יש אינדיקציה לכך שמדובר בעסקת אשראי. (הלוואה)
* השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לביצוע ההסכם.
* נסיבות כריתת העסקה.

בתים משותפים

בצודלר קובע חשין כי זהו מוסד כלאיים. יש בעלות על הדירות ושותפות בבניין. לגישתו יש ערכי שיתוף חשובים אשר באים לידי ביטוי וההדדיות חשובה. ויסמן, דגן ומיגל דויטש יוצאים נגד גישה זו כי מדובר במוסד נפוץ במיוחד אך אמנון להבי תומך בגישה זו.

בצודלר ושמע היה איסור לבצע שינויים בדירה. דעת הרוב גרסה כי שינוי הוא רק שינוי פיזי אך דעת המיעוט של הש' כהן התייחסה גם לשינוי ייעוד.

כדי להחליט אם משהו הוא רכוש משותף נלך לפי מבחן הייעוד (פס"ד גוב אריה)

בסוגיות של פינוי בינוי מופיע פס"ד שוורצברג בו הענישו את הסרבנית שתקעה את הפרויקט וקנסו אותה.

זכות קדימה

מופיעה כבר במשפט העברי בתור "דינא דבר מצרא". המשמעות היא שחייבים קודם להציע לשכן אל מול "ועשית הישר והטוב". הס' הרלוונטיים בחוק הם ס' 99-106.

זכות קדימה היא זכות קניינית, כיצד היא נרכשת?

* מכוח הסכם דו שלבי:
  + שלב חוזי.
  + שלב רישום.
* מכוח דין – לא דורש רישום, הדין כבר רושם את הזכות.

זכות קדימה על פי דין:

* בין יורשים במשק חקלאי – אם אחד היורשים לא רוצה את זכויותיו במשק הוא חייב קודם כל למכור לאחיו ורק אז לשאר העולם. הרציונל הוא שמירה על שלמות המשקים המשפחתיים.
* בין בני זוג- אם בעל רוצה למכור את חלקו בדירה, ראשית עליו להציע את המכירה לאשתו כדי לא להכריע את בן הזוג להיכנס לשותפות אשר איננו מעוניין בה.

כיצד מוציאים לפועל זכות קדימה?

* שולחים הודעה למי שיש לו זכות קדימה ולרשם המקרקעין
* יינתן חודש להגיב
* במידה ולא ניתנה תגובה תוך חודש – יראו אותו כמי שוויתר על זכותו ונחפש קונה.
* לרשות הניצע עומדת חצי שנה – אם מצאתי קונה שמוכן לקנות במחיר גבוה או זהה אני רשאי למכור לו. אם מצאתי רק מישהו שמוכן במחיר נמוך יותר אציע זאת לבעל זכות הקדימה שוב.
* אם עברה חצי שנה ולא מצאתי קונה – אציע שוב לבעל זכות הקדימה

לפי הפסיקה ולפי ויסמן זכות קדימה טעונה רישום.

ס' 104 – מתנה – העברת נכס בלא תמורה משהה את זכות הקדימה ומעבירה אותה עד למכירת הקרקע הבאה. מי שקיבל את המתנה כפוף גם הוא לזכות הקדימה.

זיקת הנאה

זיקת הנאה יכולה להיות גם כלפי ציבור ולא רק כלפי אדם מסוים. כמו לכל זכות גם לזכות זו שני השלבים, השלב החוזי והשלב של הרישום.

ס' 92 קובע 4 סוגי נהנים מזיקת הנאה:

* אדם – נגיד אדם שעובר באופן קבוע דרך חצר חברו.
* ציבור – לדוג': דרך קיצור כללית.
* מקרקעין – זיקת הנאה כלפי מקרקעין מסוימים (מקרקעין זכאים). למשל, מים המועברים בהתבסס על חוזה ממקרקעין מסוימים למקרקעין אחרים.
* סוג בני אדם – כלפי קבוצה. (מופיע גם בפס"ד חיים גת כאשר השופט קבע כי ניתן לבסס זיקת הנאה של כל דיירי הבניין, לכן כל דייר חדש גם יהנה מזה)

מבחן הזכויות בקרקע

כיצד נבחן האם הזכות היא כלפי בני אדם או קרקע? בפס"ד בן חורין הייתה קרקע בה עברו בני הבית במשך 30 שנה. יום אחד בעל הקרקע שם שער שחסם את מעבר הדיירים. דיירי הבית טענו לזיקת הנאה מכוח שנים, אל מול חוסר המחאה של בעל הקרקע. ביהמ"ש קבע כי בעל הבית היה צריך למחות ושהתקנת שער היא איננה מחאה. אסתר-חאן ביקשו לחנות את הרכב בנוסף ולא קיבלו אישור. לוין קבע כי יש גבול גם לזיקת הנאה. בן יאיר במיעוט טען כי זיקת ההנאה היא שלמה ומלאה וניתן להחנות. נשאלה השאלה האם זיקת ההנאה פה היא של בני האדם או של הקרקע. ביהמ"ש קבע בזיקת הנאה של מקרקעין הקשר נובע באופן ישיר מזכויותיו במקרקעין של הזכאי.

ס' 98:

* זיקת הנאה אפשרית במצב בו יש שתי חלקות בידי אותו אדם.
* אם החלקות עברו לבעלות אדם אחד הזיקה לא בטלה.
* אם החלקות מתאחדות לחלקה אחת הזיקה מתבטלת.

ס' 93: זיקת הנאה יכולה לקבוע כי -

* בעל המקרקעין הזכאים או מי שהזיקה ניתנה לו זכאים לשימוש מסוים במקרקעין.
* בעל המקרקעין הכפופים חייבים להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין.
* בעל המקרקעין הכפופים חייבים בביצוע פעולה מסוימת באותה מקרקעין.

כיצד נוצרת הזכות?

* מכוח הסכם
* בשל דין – צוואה, מעשה מנהלי
  + בפס"ד קיבוץ החותרים המדינה נתנה עדיפות לחברה לזכות במכרזים וביטלה את הזכות בחלוף שנים. החברה טענה לזיקת הנאה אך ביהמ"ש סירב וטען כי על פניו זה ייתכן אבל הזכות מצומצמת.
* מחמת כורח – למשל, כאשר הדרך היחידה להגיע לחלקת האדמה שלך היא דרך החלקה של האחר.
* מכוח שנים – ס' 94 – התיישנות רוכשת. כיצד זו תשתכלל?
  + שימוש ממושך של 30 שנה – בפס"ד לוי היה מקרה בו 2 משפחות עברו דרך מקרקעין חבריהם במשך 30 שנה. ביהמ"ש קבע כי יש להם זיקת הנאה מכוח שנים וכן כי הם יכולים להמשיך להעביר את בלוני הגז שלהם (זיקת הנאה גם על זה).
  + הזיקה צריכה להיות פומבית – המבחן הוא האם בעל המקרקעין ידע.
  + בעל הקרקע לא מחה על כך ב2 דרכים:
    - הודעה בכתב למשתמש.
    - הודעה כללית לציבור.

ס' 96: כל עוד לא הוסכם אחרת הזיקה בלתי מוגבלת

ס' 95: לא ניתן להעביר זיקת הנאה ללא הסכמת בעל המקרקעין הכפופים. ירושה מחריגה ס' זה.

ס' 113: ס' 94 לא חל על מקרקעי ציבור. ויסמן טוען כי במצבים מסוימים ניתן ליצור זיקה.