**דיני קניין/ פרופסור מרים מרקוביץ-ביטון**

**הקניין הפרטי- מבוא**

דיני קניין זה תחום משפטי שיוצר שורה של נורמות משפטיות שמסדירות את היחסים בין בני אדם למשאבים. הם נותנים לנו מענה לשאלה למי יש זכות בנכס בכל נקודת זמן, גם במצבים של תחרויות. האינטואיציה היא שקניין זה משהו ששייך לי. ס' 3 לחו"י כבוד האדם וחירותו קובע ש"אין פוגעים בקניינו של אדם". אם רוצים לפגוע בזכות, צריכים לעמוד בפסקת ההגבלה. נראה שזכות קניינית היא זכות מוחלטת, אך זכות קניינית לפעמים באה עם הרבה הגבלות.

ישנם שלושה מקרי מבחן מרכזיים המדגימים שהזכות הקניינית חזקה, אך היא לא זכות מוחלטת:

1. הפטנט- הגנה קניינית להמצאות שאדם ממציא, בדר"כ המצאות טכנולוגיות. הגנת הפטנט נחשבת כחזקה, אך היא לא זכות קניינית מוחלטת מכיוון שיש לה מספר הגבלות. היא מוגבלת בזמן- בדר"כ הגנה ל-20 שנה; היא טריטוריאלית- צריך להגיש בקשה בכל מדינה שרוצים לקבל בה הגנה; לפי החוק הישראלי, במצבים מסוימים ניתן לתת רישיונות כפייה לייצר את הממצאים (למשל במצבים של ניצול לרעה או אי עמידה בביקוש).
2. חזקת השיתוף- בעבר, הגישה הייתה שמי שרשם את שמו במרשם הוא הבעלים של הנכס במקרה שזוג מתגרש. היה שינוי תפיסתי שאמר שיש חזקת שיתוף שמתעלמת מהרישום הפורמלי כשמסתכלים על קניין של בני זוג. כשאנשים חיים בזוגיות ומנהלים משק בית משותף, אין סיבה שאחד יצא עם הנכס והשני יצא בלי כלום. כל נכס שהזוג קנה בתקופת הנישואין הוא בבעלות משותפת, ולכל אחד יש 50% מהנכס. יש כאן הגבלה של הזכות הקניינית של בן הזוג שרשום במרשם המקרקעין.
3. הגנת השימוש ההוגן בזכויות יוצרים- נותן הגנה ליוצרים על יצירותיהם (אומנות, ספרות, מוזיקה וכו'). החוק קובע שהיוצר מקבל הגנה בחייו ו-70 שנה לאחר מותו. למרות שהגנה זו היא אחת ההגנות החזקות, היא לא מוחלטת. בנסיבות מסוימות, אם משתמשים ביצירה למטרות מסוימות כמו ביקורת, הוראה, סקירה וכו' והשימוש נעשה בצורה הוגנת, שימוש זה מותר ולא נחשב כהפרת זכויות יוצרים.

**תיאוריות בדיני קניין**

**התיאוריה הקלאסית-** לכל האנשים בעולם יש חובה לא להפריע לאדם בינו לבין נכסיו. יש מערכת יחסים בין אנשים לנכס.

**התיאוריה הפרסונלית-** זכות הקניין דומה לזכות חוזית. מדובר רק בהבדל כמותי- זכות חוזית היא כלפי האנשים שכרתו את החוזה, וזכות קניינית היא כלפי כל העולם. הזכות הקניינית חזקה מהזכות החוזית כי היא מכפיפה את כולם. תיאוריה זו הגיעה מהקושי בתפיסה שלאדם יש מערכת יחסים משפטית עם נכס.

**התיאוריה המודרנית קלאסית-** זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מהנכס רק באמצעות אישיותו של חייב. כשיש זכות קניין, היא נותנת לבעלים להנות מהמשאבים ללא קשר לאחרים. אף אחד לא יכול להפריע לאדם לממש את הזיקה שלו בנכס ולהנות ממנו. יש זיקה ישירה להפיק תועלת בנכס.

ישנן שתי תפיסות מרכזיות ביחס לעולם הקניין:

1. Blackstone- הזכות הקניינית היא מוחלטת והיא צריכה לקבל הגנה מאוד חזקה. כל גריעה ממה ששייך לי היא פגיעה בקניין. בלאקסטון היה ליברטריאן- הערך האולטימטיבי הוא חירות הפרט, ולמדינה יש תפקיד מאוד מצומצם בחיי הפרט.
2. Hohfeld- זכות קניינית לא מוגדרת בצורה אחידה, אלא היא דבר שלובש הרבה צורות ואפשר להלביש עליה כל פעם משהו אחר. ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין, וממילא לא כל גריעה מהווה פגיעה בקניין. אין תוכן אחיד והכרחי, והתוכן יכול להשתנות בכל פעם.

ישנו דיאלוג בכמה מישורים בתפיסות הקנייניות:

* **מישור של תורת המשפט-** תפיסות עולם פורמליסטיות אומרות שצריך להיצמד ללשון החוק- מה שכתוב בחוק הוא הקובע. היתרון בגישה זו הוא וודאות ויציבות והחיסרון הוא קשיחות וקיבעון. התפיסות הללו מנוגדות לתפיסות הריאליסטיות שאומרות שצריך להסתכל על המציאות ולבדוק מה ההשלכות של כלל משפטי בנסיבות מסוימות. היתרון בגישה זו הוא גמישות והתאמה למציאות בשטח, אך החיסרון הוא חוסר וודאות.
* **מישור התחולה-** תפיסות עולם מוניסטיות אומרות שקיים ערך אחד שעל פיו מנהלים את ההבנה מהו קניין. דוגמה לכך היא הגישה של בלאקסטון שאומר שהערך החשוב הוא הערך של חירות. מנגד, תפיסות עולם פלורליסטיות אומרות שקיים יותר מערך אחד להבנת הקניין. למשל, חוק המקרקעין לגבי בית משותף- מי שקונה בית משותף כפוף להרבה חובות ביחס לשאר הדיירים, ולכן יש צורך באיזון בין ערכים שונים.
* **מישור נורמטיבי-** תפיסות עולם ליברטיאניות אומרות שהערך המרכזי הוא חירות. מנגד, לפי תפיסות עולם ליברליות, ערך החירות הוא לא הערך הבלעדי אלא יש מקום לתת לערכים נוספים מקום. המישור הנורמטיבי עוסק בתוכן של הערכים בקניין.

ישנן שתי ביקורות על התפיסה הליברטיאנית:

1. ביקורת תיאורית- התפיסה חוטאת למציאות. במציאות יש הרבה זכויות קניין שלובשות תפוסים שונים, חלקן חזקות וחלקן חלשות. לא נכון לדבר על כל הזכויות בצורה אחידה.
2. ביקורת דיסקורסיבית- ברגע שיש ערך של חירות, כל פגיעה בקניין מחייבת פיצוי. לא ניתן לאמץ גישה שאומרת שהדיון מתחיל ונגמר בפיצוי על כל פגיעה קניינית, כי כל זכויות קניין הן יחסיות. לעיתים זכות הקניין נסוגה מפני אינטרסים חברתיים אחרים ולכן אי אפשר לאמץ את הגישה הנוקשה.

ישנן שתי ביקורת על התפיסה הליברלית (ההופלדיאנית):

1. אד-הוקיזם- אין קווים מנחים לשאלת תוכן הזכות לקניין. צריך להכריע כל פעם מחדש אם יש או אין זכות קניין. אין יציבות בגישה זו כי לא אומרים מה זה בדיוק קניין.
2. פריקת יתר של זכויות- עלול להוביל למצב שקניין יכול להיות הרבה דברים וזה מטשטש את ההבחנה בין זכות קניינית לזכות חוזית. אין הגדרה חד משמעית ויש יותר מידי זכויות עם תכנים שונים.

**מאפייני הזכות הקניינית**

**בן חמו נ' טנא נוגה:** נחתם הסכם הפצה בין בן חמו לטנא נוגה, שבמסגרתו טנא נוגה העניקה לבן חמו זכות הפצה בלעדית באזור מסוים. בהסכם נקבע שזכות ההפצה היא קניינו הבלעדית של המפיץ והוא יכול להעביר אותה לכל אחד, ושהצד המפיץ לא יכול לצאת מהחוזה.

השאלה המשפטית: האם זכות ההפצה היא זכות חוזית או זכות קניינית?

נקבע: שטרסברג-כהן נכנסת לדיון של שורת מאפיינים המגדירים זכות קניינית וסוברת שבסופו של דבר הזכות אינה קניינית. בן חמו החליט לתובע דרך זכות קניין כי בחוזים יש יותר מגבלות, לעומת קניין שברגע שנקבע שדבר מסוים הוא קניינו של אדם אין הרבה מה לעשות.

ישנה רשימה של מאפיינים לזכות הקניינית:

* **שליטה וניהול-** אחד המאפיינים הבולטים של זכויות קנייניות הוא היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו. בלאקסטון ביצר את הזכות של שליטה וניהול כבסיס לזכות הקניינית בצורה החזקה ביותר. בדין הישראלי עשו זאת השופטים חשין ודורנר. אחד הדינים הפוגעים באופן החזק ביותר בזכות השליטה והניהול הוא דיני הפקעות, כי שוללים מהאדם את היכולת לשלוט ולנהל במשאב.
* **שימוש-** בדר"כ הזכות הקניינית באה עם הזכות להשתמש בנכס מעבר לשליטה וניהול. דוגמה לכך היא ס' 2 לחוק המקרקעין הקובע שניתן "להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר". הגדרת הזכות הקניינית כוללת את ההיבט של שימוש בנכס. השאלה שמתעוררת היא האם זכות השימוש כוללת גם את הזכות להרוס את הנכס?
* **עקיבה ועדיפות-** מבחינה תיאורטית מדובר בכך שהנכס אינו מתווך ע"י אדם אחר, כלומר יש לאדם זכות בלתי אמצעית לנכס. יש זיקה ישירה להפיק תועלת מהנכס. ברגע שיש זכות קניין, יש לאדם יכולת לעקוב אחרי הנכס ולהוציא אותו ממי שמחזיק בו ללא רשות. בנוסף, יש לו עדיפות על פני כל אדם אחר. מבחינה מעשית, דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים כמו תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'.
* **עבירות-** מי שיש לו זכויות קנייניות צריך להיות מסוגל להעביר אותה לאנשים אחרים ולסחור בהן. זהו מאפיין דומיננטי של זכויות קנייניות אבל גם בזכויות חוזיות. לזכויות אלה יש ערך כלכלי גבוה, ואנחנו רוצים להעניק זכאות לסחור בהן כדי לנצל את הפוטנציאל הכלכלי שלהן. עם זאת, ישנן הגבלות על העבירות (סחר בעבדים, איברי גוף, תינוקות וכו').

דוגמה: כשאדם נפטר הוא יכול להוריש נכסים או ע"י ברירת המחדל בחוק הירושה, או ע"י צוואה הטוענת אחרת. חוק הירושה קובע שמותר להוריש את הירושה שני דורות קדימה (יורש אחר יורש). מדוע הסדר זה קיים?

1. טעם חברתי- לקדם נורמות חברתיות ולמנוע שימור של הטיות חברתיות שנוצרות בהסדרי הירושה.
2. טעם כלכלי- לא ניתן לדעת מראש באלו נסיבות הנכסים יהיו יעילים כלכלית. יותר נכון שהנכסים ינוהלו ע"י בני החיים ולא ע"י המת.

* **חיובים-** גרגורי אלכסנדר פיתח את מאפיין החיובים הקובע שהבעלים של הזכות הקניינית חב חובות לחברה ולאחרים. לדוגמה, בבית משותף יש חובות כלפי האחרים כמו תשלום ועד בית, התנהלות כלפי השכנים וכו'. דוגמה נוספת היא ביישובים קהילתיים יש ועדת קבלה, כפופים לחוקי היישוב, ולא ניתן למכור את הנכס לכל אדם.
* **פומביות-** מאפיין זה הוא מה שמבדיל בין זכות קניינית לזכות חוזית. כששני אנשים עושים הסכם ביניהם, רק הם יודעים על החוזה וכפופים לו. בזכות קניינית, הזכות שנוצרת מקבלת פומביות, והיא נרשמת במרשם פומבי וכל העולם יודע עליה. ס' 7 לחוק המקרקעין קובע שאחרי שעושים עסקה במקרקעין חייבים לרשום אותה כדי להפוך אותה לפומבית וקניינית. באותו הרגע העסקה לא נמצאת רק אצל שני הצדדים, אלא אצל כולם. עד לרגע הרישום אין זכות קניינית, יש התחייבות. במיטלטלין אין רישום וההחזקה היא מה שמייצרת את הבעלות.
* **עקרון הרשימה הסגורה-** לא רוצים לתת לאנשים כוח ליצור זכויות קנייניות לפי כל תוכן שהם רוצים, ולכן יש רשימה סגורה של זכויות קנייניות. המטרה היא לתת לציבור וודאות מהן אותן זכויות קנייניות ומה תוכנן, ולא לאפשר לחרוג מאותה רשימה. ס' 161 לחוק המקרקעין קובע שנותנים כוח למחוקק ולא לצדדים ליצור זכויות חדשות. עד לחקיקת חוק המקרקעין, לביהמ"ש הייתה אפשרות להכיר בזכות קניינית בנסיבות מסוימות, ולא היו כפופים לרשימה הסגורה. ישנן שתי הצדקות לעקרון הרשימה הסגורה:

1. טעם כלכלי- רוצים שאנשים ידעו מה התוכן של הזכות שהם מקבלים. אם לא תהיה רשימה סגורה, יהיו פערי מידע ועלויות גבוהות מאוד כדי לבדוק מה כלול הזכות. העולם צריך להיות מודע למה הוא כפוף, שהרי כולנו כפופים לזכויות אלה. עדיף וודאות ויציבות, ולכן רוצים שזכויות הקניין תוגדרנה בחקיקה.

ביקורת: זה לא טעם מספק לרגולציה דווקנית ונוקשה. לפעמים צריך לאפשר לביהמ"ש לעשות חופש ברמה מסוימת ולייצר זכויות.

1. טעם נורמטיבי- הכרעה נורמטיבית חברתית. אימוץ של זכויות קנייניות צריך להיעשות ע"י המחוקק כי הוא מייצג את החברה וערכיה. לא רוצים לתת לשופטים לקבוע את רוחב הזכות הקניינית, כי לא תמיד יש להם את רוחב הראייה הנדרש כי לשקול את השיקולים השונים.

הרשימה הסגורה של זכויות קנייניות בדין הישראלי:

1. זכות בעלות- הזכות הקניינית הכי חזקה, ונותנת את מירב הכוחות למי שמקבל אותה. מקבלים את הזכות לשלוט בנכס, לנהל ולהשתמש בו, לעשות בו עסקאות וכו'. קיימת ביחס למקרקעין, מיטלטלין וזכויות אחרות.
2. שכירות ושאילה- זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא בצמיתות, כלומר לא לנצח אלא בהגבל זמן. ההבדל בין שכירות לשאילה הוא עניין התמורה- בשכירות מקבלים בתמורה כסף, ושאילה זה בדר"כ עסקת חסד ללא תמורה. זכויות קניין אלה נותנות למי שמקבל אותה כוחות מוגבלים יותר.
3. זיקת הנאה- זכות זו קיימת רק במקרקעין והתוכן שלה מאוד מוגבל. בעל הנכס מכפיף את המקרקעין שלו לטובת מישהו אחר ונותן לו אפשרות לעשות שימוש בנכס, אבל זה לא בא עם זכות החזקה. הדוגמה המובהקת לכך היא זכות המעבר.
4. משכנתא ומשכון- שיעבוד של נכס כערובה לחיוב. אם לא קוים החיוב, אפשר להיפרע מהנכס אך אסור להשתמש בו. משכנתא- ביחס למקרקעין, משכון- ביחס למיטלטלין.
5. זכות הקדימה- זכות סירוב ראשונה לרכוש מקרקעין. אם בעל הנכס ירצה למכור את נכסו, לקונה פוטנציאלי יש זכות ראשונים לקנות אותו. זכות זו קיימת רק במקרקעין.
6. זכות העיכבון- זכות לעכב נכס כערובה לחיוב. הזכות נותנת יכולת רק לעכב נכס כערובה ולא להיפרע מהנכס.
7. נאמנות- מוסד משפטי משולש: נאמן; נהנה; יוצר הנאמנות. חוק הנאמנות מסדיר את הפרקטיקה המשפטית הזו. דוגמה לכך יכולה להיות מוסדות נאמנות שמוקמים עם פטירתו של אדם. כשאדם נפטר הוא מוריש את הכסף לנאמנות שתנהל אותו לפי התנאים המוגדרים. מדובר בזכות קניין מפני שהנאמן מקבל זכויות קנייניות בנכסים, אך הן מוגבלות רק להוראות שהוא קיבל.

**קניין פרטי- למה?**

קיימים מספר משטרי קניין:

* **קניין פרטי-** משטר שאומר שאנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות הבעלים שלו.
* **קניין קולקטיבי-** משטר שאומר שאין בעלות פרטית ואנשים לא יכולים להיות בעלים של נכס באופן פרטי. הקניין שייך לריבון, והריבון יכול להקצות לפרטים זכות לעשות שימוש במשאבים.
* **קניין משותף-** תת פרק של משטר של קניין פרטי. מצב שיש לנכס לפחות שני בעלים. אנשים מחזיקים בבעלות משותפת של נכסים. מתקיים במדינות שמכירים בקניין פרטי.

מהן ההצדקות לזכויות קניין? אלו ערכים מצדיקים את הזכות הקניינית?

**חירות**

רוברט נוזיק הוא אחד הליברטריאנים הגדולים של המאה האחרונה. לטענתו, הסיבה לאמץ משטר של קניין פרטי הוא שרק משטר זה מפקיד בידי היחיד חירות מספקת לעמוד מול השלטון ולא להיות כפוף לו לגמרי. במשטר של קניין קולקטיבי למשל, אנשים כפופים לחלוטין למשטר ולא רק במה שקשור לקניין, וזה משפיע על כל החלטה בחיים. לפי נוזיק, חירות הוא הערך הדומיננטי, וקניין הוא אתר שמבטיח חירות ליחידים מול השלטון. ישנם שלושה כללים לקיום משטר של קניין פרטי:

1. כלל תפיסה תקיפה- אם רוצים משטר של קניין, צריך כלל שאומר מתי תפיסה בנכס היא תקיפה ולגיטימית. צריך להגדיר מתי אדם רוכש בעלות פרטית בנכס.
2. כלל העברה תקיפה- צריך לאפשר לאנשים לסחור בנכסים שלהם ולכן צריך לקבוע כללים מתי אפשר להעביר נכסים ואיך להעביר אותם.
3. כלל תיקון- צריך לקחת בחשבון שהרבה פעמים אנשים לא יקיימו את הכללים הראשונים. כללי תיקון אומרים לנו איך מתקנים מצבים בהם היו תפיסות או העברות לא תקפות של נכסים, לדוגמה תקנת שוק.

הביקורת על נוזיק:

1. לא בהכרח רוצים שאנשים יבטאו את האוטונומיה שלהם דרך קניין.
2. כשנותנים לאדם חירות שוללים מאחרים להתערב. אם חושבים שהאדם צריך קניין פרטי כדי להגשים את חירותו, צריך לתת לכולם קניין ברמה מינימלית. כנגד כל חירות, אין זכות לאדם אחר.

**עבודה**

ג'ון לוק ניסה להסביר איך נוצר המשטר של קניין בעולם. נקודת המוצא של לוק לגבי קניין פרטי היא נקודת מוצא דתית- כולם בעולם בעלים במשותף של הכל, והדבר היחיד שניתן לכל אחד זה גופו. כשאדם מערבב את הכוח שלו במשאב, הוא מעביר את כוחו וכך הופך להיות בעליו. העבודה שעשינו באמצעות הגוף היא הבסיס לתפישת הקניין הפרטי. לוק מצדיק את הקניין הפרטי גם בצורה תועלתנית- לא נכון להבין משטר של קניין פרטי דווקא על הסכמה. אם הולכים לכיוון של הסכמה לקבל בעלות, היינו מתים מרעב כי צריך לבקש רשות מכולם. לוק מניח כמה סייגים:

1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם הוא משאיר מספיק, ובאיכות דומה לאחרים.
2. אסור לקחת יותר מכפי שיכול האדם לצרוך. לקחת רק מה שאתה יכול להשתמש וצריך בו.

הביקורת על לוק:

1. ביחס לסייג הראשון- לוק מדבר על מצב אוטופי שיש מספיק לכולם. יש חוסר במשאבים בעולם.
2. ביקורת של נוזיק על לוק- נוזיק האמין שקניין הוא עוגן לחירות. לוק דיבר על ערבוב כוחו הפרטי של האדם במשאב. נוזיק מגחיך את התיאוריה של לוק, ונותן דוגמה של אדם שזורק מיץ עגבניות לאוקיינוס- האם האוקיינוס עכשיו שייך לו? לא הגיוני ורציני שזאת הדרך לקבל בעלות. יש שאלות כמה עבודה וערבוב נדרש כדי לקבל בעלות, ולא הגיוני שהאדם יקבל אותו ע"י פעולה כל כך פשוטה.
3. לוק לא ניתן מידה של פרופורציונליות. אדם משקיע מאמץ- קטן או גדול, ומקבל בעלות. אין רגישות לרמת ההשקעה.

הוגים מודרניים ניסו לקרוא את התיאוריה של לוק על בסיס של גמול- אדם שעבד צריך לקבל גמול. זכויות קניין הן גמול של ההתנהגות שלנו. גישת הגמול מאוד דומיננטית ביחס לקניין רוחני (למשל זכות הגנת הפטנט). החברה נותנת את הגמול רק אם מתקיימים שלושה תנאים:

1. מדובר בהתנהגות ראויה.
2. התוצאה של העשייה היא חיובית.
3. הפרס צריך להיות פרופורציונאלי.

**רווחה מצרפית**

ההצדקה של הרווחה המצרפית מתחילה במאמרו של הארדין "הטרגדיה של הקניין המשותף" (בעיית הפעולה המשותפת). מדובר על מקרה שיש כר מרעה משותף, שמבחינה אופטימלית הוא יכול להכיל עד 20 פרות. אם מעלים את מספר הפרות, הכר מרעה ייהרס. במצב של בעלות משותפת, לכל אחד מהבעלים יש תמריץ להוסיף עוד פרות כי כל אחד חושב רק על האינטרסים הפרטיים שלו. כל רועה לא חושב על ההשלכות הכלליות, אלא רוצה לזכות ביתרונות האישיים מבלי לשאת בעלויות. במאזן החברתי, כל רועה יוסיף עוד פרות וידללו את המרעה עד שהוא ייחרב. במשאב כזה, יש עידוד להתנהג באופן שמנצלים את המשאב ניצול יתר ולהשקיע בחסר בטיפולו. לכן, משטר של שיתוף הוא לא יעיל והתוצאות הן הרסניות. מבחינה כלכלית, אם נותנים לכל אחד קניין פרטי, זה ימקסם את הרווחה המצרפית כי הרועה יהיה היחיד שיישא בתוצאות פעולותיו, ולכן יחשוב פעמיים לפני כל פעולה שהוא עושה.

הביקורת על הארדין:

1. שיטת הקניין הפרטי לא תמיד עדיפה על קניין משותף, ובנסיבות מסוימות ייתכן וקניין משותף עדיף. הארדין עשה ניתוח כלכלי מאוד מצומצם- הוא רלוונטי לגבי הכר מרעה, אך אי אפשר להסיק מסקנות לגבי כל מצב.
2. הניתוח הכלכלי צריך לחשוב גם החצנות על דור העתיד ולא רק על השותפים המיידיים. אולי מה שהארדין אמר נכון לתקופתו, אך לאו דווקא נכון לגבי העתיד.
3. יש אבולוציה הן של משאי הקניין והן של הדרכים למשטר הקניין. לא תמיד חייבים קניין פרטי כי המציאות משתנה. אי אפשר לחשוב בצורה מוגבלת על קניין.

**אישיות**

מי שהעלתה את הצדקה זו היא מרגרט רדין. לטענתה, לא כל נכס בהכרח צריך להיות משאב בבעלות פרטית, ולא כל משאב צריך לקבל את אותה הגנה קניינית. יש הרבה משאבים שהם קרובים יותר לגרעין האישיות שלנו, ויש כאלה שהם יותר בעלי אופי כלכלי-מסחרי. ככל שיש לחפץ קרבה גדולה יותר לגרעין האישיות שלנו, ניתן הגנה גדולה יותר, כי הפגיעה בנכס היא פגיעה אישית. לדוגמה, טבעת נישואין- כל זמן שהיא בחנות היא שווה ככל טבעת אחרת. אך ברגע שמישהו קנה את הטבעת, היא שווה הרבה יותר. כשהוא מאבד אותה, האבדן הוא הרבה יותר גדול מאבדן הטבעת בחנות. יש לנכס ערך גבוה יותר כשאנחנו קשורים אליו, ולכן ראוי לתת הגנה חזקה יותר.

הביקורת על הגישה של רדין: באופן טבעי, כל אחד מתייחס לנכסים אחרת. העקרונות של הגישה לא תמיד ישימים מבחינה משפטית. יש הרבה עניין של פרשנות וסובייקטיביות, ולכן לא תמיד הניתוח של רדין קל להצדקה.

**קהילה**

קהילה עוסקת בערכי שיתוף וערכים חברתיים במובן של היבטים כלכליים. הדוגמה המובהקת לכך היא במשפט העברי- צריך לתת לחלשים בחברה צדקה, למרות שהכסף הוא הנכס שלי. התפיסה הליברלית תופסת את המושג קניין גם כאתר של חובות כלפי אחרים, וערכים נוספים לחירות גם מקבלים ביטוי. הנושא של אחריות חברתית טבועה בזכות לקניין, וזה יכול לבוא לידי ביטוי בהטלת הגבלות על בעל הקניין למען הערך החברתי.

יש שלוש תפיסות מרכזיות לקהילות שונות:

1. ליברטריאני- קהילה לא יכולה לכפות על פרטים נורמות. קהילה יכולה להיות לגיטימית, אך לא מאפשרים משטר של חובות על יחידים.
2. קהילתני- לקהילה יש ערך כשלעצמה, היא מכוננת את היחידים. קהילה היא משמעותית לאנשים שחיים בה. בקהילות כאלה יש יכולת כפייה על יחידים. אפשר לדרוש מיחידים להקריב מעצמם עבור הקהילה.
3. ליברלי (דגן)- קהילה זה דבר רצוי, אך לא רוצים לכפות על יחידים. הערך חייב להיות האוטונומיה של היחיד, וצריך להתחשב בו. אי אפשר לכפות, אך כן ניתן לדרוש לעשות התאמות לעזור לחלשים בחברה.

איפה ערכי הקהילה באים לידי ביטוי?

* כניסה לקהילה- יש הליך קבלה כדי להתקבל ליישוב קהילתי. בשלב הכניסה, הקהילה יכולה לכפות על האדם תפיסות עולם או מנגנוני סינון כדי לאפשר לך להיכנס לקהילה.
* המשטר בקהילה- יש משטר משפטי שמנהל את החיים גם בהיבטים הקנייניים. המשטר יכול להתקיים ביישוב קהילתי או בקיבוצים, הוא קובע כיצד מתנהלים החיים. הקהילה יכולה לכפות עלייך גם בניהול נכסים.
* יציאה מהקהילה- קהילה יכולה הוציא אדם ולהכריח אותו לעזוב. לפעמים היא יכולה ליצור חסמים ביציאה מהקהילה, לדוגמה מותר למכור את הבית ל-א' אבל לא ל-ב'.

**צדק חלוקתי**

צדק חלוקתי מנסה לצמצם או לכל הפחות לא להרחיב פערים בחברה. חנוך דגן מכניס את הערך של צדק חלוקתי לזכות קניינית כמשהו מובנה ולא כמשהו חיצוני. הכללים בדיני קניין צריכים להיות רגישים לערך של צדק חלוקתי כשמעצבים אותם. דגן חושב שיש מקום לערך של צדק חלוקתי משתי סיבות עיקריות:

1. טעם חיצוני- יש קשר עמוק בין קניין לצדק חלוקתי. קניין הוא עוגן של פרטיות, ביטחון, חירות, עצמאות ומקור של צבירת כוח כלכלי. מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות כעוגן של חירות, נותנים לאנשים הרבה כוח. ברגע שלאדם יש כוח כלכלי חזק, הוא מסכן את החירות של יתר בני האדם. אם לוקחים את הטיעון של צדק חלוקתי, צריך לדאוג לכולם ולוודא שהכוח לא משפיע לרעה על אחרים, גם כשהכוח בא מאנשים פרטיים. הזכות לקניין עוסקת במשאבים ובחלוקה שלהם באופן שמאפשרים לשחקנים שונים לקבל זיקה לקניין, ומעצם העיסוק בזכות שדנה במשאבים, ברור שיש השלכות חלוקתיות.
2. טעם פנימי- השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן. לכל ערך שמאמצים יש השלכה חלוקתית.

הביקורת על דגן:

1. טעם מעשי- המנגנונים לצדק חלוקתי הם דיני המס ודיני ביטוח לאומי. דיני הקניין לא עוצבו מלכתחילה עם רגישות לערך של צדק חלוקתי, ואי אפשר להשתמש בכלים האלו כדי להשיג צדק חלוקתי.
2. שיקולים של יעילות- המנגנונים של מיסוי הם המנגנונים הכי יעילים לקידום צדק חלוקתי.
3. דאגה לזולת כאחריות היחיד- הדאגה לזולת לא צריכה ליפול על היחיד, אלא המדינה צריכה לעשות זאת.

**סביבה**

כיום יש יותר דיון כלפי בעל הקניין לגבי איכות הסביבה, וכמה מקום הם צריכים לקבל בדיני הקניין.

זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית הנשענת על ערכים שונים: חירות; עבודה; אישיות; רווחה מצרפית; קהילה וחלוקה. כשהמחוקק מכונן מוסד קנייני חדש, הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים. **אין משמעות אחידה לזכות הקניין**. כל מדינה מבצעת את האיזונים ע"פ הערכים שנתפסים בעיניה כנכונים.

**קניין פרטי- במה?**

שתי שאלות מרכזיות:

1. במה אנחנו מעוניינים להעניק קניין פרטי?
2. באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/ המירות של נכסים?

זכויות הקניין נקבעות בהכרעה חברתית. המחוקק חושב שיש ערך שמצדיק את ההכרה בזכות לקניין. ישנם מצבים בהם החברה לא תרצה לאפשר לסחור בנכסים מבחינה ערכית אחת או אחרת. לדוגמה, זכות הפטנט וזכויות יוצרים- המוסדות הללו מבוססות על הכרעה חברתית. ההצדקות הן כלכליות ונותנות תמריץ לאנשים לייצר דברים. יש זכות קניינית בהמצאות- מצד אחד יש הגנה משיקולים של רווחה מצרפית, יעילות, עבודה, אישיות וחירות. מנגד, מרסנים אותה באמצעות ערכים חברתיים למשל ערכים של קהילה.

**אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד:** מקדונלד'ס השתמשו בציטוט של אריאל מקדונלד שאומר שהוא מעדיף לאכול במקדונלד'ס, לאחר שאמר שהוא אוכל רק בבורגר קינג.

נקבע: ריבלין מכיר לראשונה בזכות לפרסום. הזכות לפרסום היא זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור בפרסונה שלו- בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית ומונעת מאחרים על השימוש שייעשה בדמותו לצרכי מסחר וקידום מכירות. ריבלין יצר זכות שבמהותה זכות קניינית, דרך הענף של עשיית עושר ולא במשפט. ריבלין מדבר על המתח בין הזכות לפרסום לזכות לפרטיות. ריבלין אומר שצריך להכיר בזכות של הידוען ומדבר על הצדקות של עבודה, אישיות ושיקולים כלכליים.

יש בעייתיות ששופט בודד מכיר בזכות לפרסום בדרך הזו ולא ע"י חקיקה, מכיוון שמדובר בשיח ערכי שכחברה אנחנו צריכים להכיר בה ביחד ע"י הנציגים בכנסת. עם זאת, דרך הניתוח של ריבלין היא טובה וערכית.

דוגמאות למוסדות קניינים שהמחוקק יצר שמוטלת עליהן הגבלות על רקע איזון ערכי:

* חוק הדיור הציבורי- מוסד משפטי שנחלש בשנים האחרונות. היה צריך לספק דיור למשפחות מועטות יכולת. בדיור ציבורי, המדינה באה לקראת האוכלוסיות החלשות ומעניקה להן מגורים בעלות זולה מאוד בהשוואה לשווי השוק. יש כאן חקיקה שרגישה יותר לערכים של צדק חלוקתי ועל רקע זה יוצרים הסדר משפטי.
* חוק הדיור המוגן- המחוקק מבין שמדובר בנכס שתתגורר בו אוכלוסייה חלשה (לרוב בגיל השלישי), ולכן יוצר הסדרים שמגבילים את המוסדות- חובה לספק תנאים פיזיים, סביבתיים, בטיחותיים ותברואתיים, חובת התקשרות בהסכם, חובת רישוי, חובה לספק שירותים לדייר כמו ניקיון, בריאות, תרבות וכו'.
* חוק המקרקעין-בתים משותפים- כשנכנסים למוסד של בית משותף, יש חובות כלפי אחרים. במצב שבית משותף נהרס וצריך להקים אותו מחדש, אם בעל דירה מסרב לתקן אותו, החוק קובע שאפשר לסלק אותו. הוא חייב להיפרד מהזכות הקניינית שלו בגלל שהוא מסרב לשקם את הדירה.

**קניין חדש**

קניין חדש זה הקצאות שאדם מקבל מבלי שהוא פעל לקראתה בצורה מסוימת. צ'ארלס רייך טוען שהרבה מבני האדם מסתמכים על הקצאות והטבות שהמדינה נותנת. האם אותן הקצאות הופכות להיות קניינו של האדם? אם המדינה תחליט לא לתת את ההקצאה, תהיה חובת פיצוי אם מכירים בהם כקניין פרטי. רייך טוען שהאנשים הללו מפתחים תלות גדולה במדינה, וזה הופך את ההקצאה לקניין. אם פוגעים בהטבות הללו פוגעים באוטונומיה של האנשים. **התלות של האדם בהטבות היא מה שהופכת אותו לקניינו**.

**פס"ד מנור:** עוסק בקצבאות זקנה. המדינה רצתה להפחית אותן ושאלו אם מדובר בזכות קניינית.

נקבע: מדובר בקניין ישן (קצבאות הניתנות מהפרשות ישנות של האדם) ולא בקניין חדש. מדובר בחיסכון שאנשים צברו במהלך חייהם ולא בכסף שהמדינה נותנת כהטבה. קניין ישן הוא קניינו הפרטי של האדם, ולכן ברור שיש פגיעה בקניין.

**פס"ד מנחם:** עוסק ברישיון למוניות. שאלו האם המדינה יכולה לעשות שינויים ברישיונות למוניות. סוגיית הקניין החדש עלתה, אך בסוף עסקו בנושא דרך חופש העיסוק.

התפיסה המקובלת היא שקניין חדש הוא לא קניינו של האדם, וביהמ"ש עדיין לא הכיר בקניין חדש.

**קניין פרוגרסיבי-**ג'ורג' זינגר הוא אחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית לקניין. תפיסה זו הפוכה מהליברטריאנית ששמה דגש על החירות, היא שמה דגש על חובות בעל הקניין לחברה. הוא נותן דוגמה למפעל באוהיו שרוב תושביה התפרנסו ממנה. בעל המפעל החליט לסגור את המפעל, וכל נשארה קבוצה גדולה של אנשים נטולי פרנסה. האם יש מקום להכיר בזכות קניין לאותם עובדים? זינגר חושב שקשר ארוך הטווח בין העובדים למפעל וההסתמכות על המקום במשך שנים, גורמת לכך שיש מקום להכיר בזכות קניין של העובדים בעסק. לכן נאפשר להם להמשיך להפעיל את המפעל ולקנות אותו מבעל המפעל. **יחסים ארוכי טווח וטענות של הסתמכות צריכים לאפשר לנו לקבל זכויות קנייניות**. הפסיקה בישראל כן מכירה באפשרות הזו אך עם הגבלות. הקושי עם הגישה היא שאין בסיס משפטי בחקיקה להסתמכות הזו.

**במה לא רוצים לתת קניין פרטי?**

יש נכסים ששיטת המשפט מחליטה שלא לתת לגביהם קניין פרטי. ההחלטה האם משהו מהווה מושא קנייני תלוי בהכרעות חברתיות. דוגמה מובהקת היא סחר באיברי גוף או צריכת זנות. יש שיח ערכי האם לאפשר או לא לאפשר סחר בנכסים הללו.

יתרונות:

* מלאי האיברים יגדל- יהיו פחות אנשים שייפגעו כתוצאה מכך שלא תהיה להם תרומת איברים.
* יימנע היווצרות של שוק שחור- כשיש רגולציה התחום ימוסד ותהיה שליטה על המחירים והתמורות.

חסרונות:

* בעיה חלוקתית כפולה- מצד אחד, ההיצע יגיע מקבוצות במעמד סוציו-אקונומי נמוך, לעומת הרכישה שתהיה מאנשים במעמד סוציו-אקונומי גבוה. מצד שני, גם האנשים במעמד הנמוך יהיו צריכים את האיברים והם לא יוכלו להרשות לעצמם לרכוש את האיברים.
* מסחור של טובין אישיים- יש קושי מבחינה קונספטואלית שאנשים ימכרו את האיברים האישיים שלהם.
* החצנות על צדדים שלישיים- לרוב סחר משפיע על צד ג', למשל תינוק שמוכרים אותו. בעת העסקה לא חושבים על מכלול ההשלכות על אנשים שאינם קשורים ישירות לעסקה.

מסחור- הכנסת דבר שלא נמצא באופן טבעי בשוק אל תוך השוק. ישנן שתי בעיות שנוצרות במסחור:

1. השחתה- כשמעבירים משאב מספירה לספירה, משחיתים את המשמעות של המשאב. אם נתייחס לתינוקות כמוצר, נאבד את המשמעות שאנחנו מייחסים לתינוקות- כחלק ממשפחה. יש כאן פגיעה בנורמות חברתיות.
2. כפייה- ברגע שמאפשרים משהו, הרבה אנשים שעד אז לא עשו אותו יתחילו לעשות זאת. יש כאן אלמנט של כפייה. לדוגמה, אישה שלא רצתה להרות תיכנס להריון כדי להרוויח כסף. מנגד, יש שיטענו שהכפייה היא לא תולדה של מסחור אלא של מצב כלכלי קשה. אנשים בוחרים את הדרך שלהם להתפרנס וזה לא נובע מכפייה.

**בעלות**

**תחום הבעלות**

זכות הבעלות במקרקעין היא הזכות הקניינית הכי חזקה. ס' 2 לחוק המקרקעין וס' 2 לחוק המיטלטלין קובעים שבעלות היא הזכות להחזיק, להשתמש ולעשות כל דבר ועסקה במקרקעין או מיטלטלין. לכאורה, זכות הבעלות נשמעת כזכות מאוד חזקה. מצד שני, הסיפא של הסעיף קובעת שכל הזכויות חייבות להיות כפופות להגבלות לפי דין או הסכם, ולכן בפועל צומצם היקף הזכות והיא מוגבלת. כשמדברים על זכויות בנכסים, תתכן שורה של זכויות קנייניות בו זמנית.

ס' 13 לחוק המקרקעין קובע שעסקה במקרקעין חלה על הקרקע עם כל מה שסעיפים 11-12 מונים לנו, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין. ס' 13 מעלה מספר שאלות:

1. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?
2. ס' 11 עוסק בזכאויות מתחת ומעל לקרקע, וס' 12 במחוברים לקרקע, אז מה הסעיפים הללו מוסיפים?
3. מהם החריגים שצופה החוק?

**למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?**

בישראל, מרבית המרחב הקרקעי עבר הליכים מסודרים של מדידה, רישום ומיפוי, והחלוקה היא גם לגושים וחלקות. כשמדובר בבתים משותפים, מעבר לגוש וחלקה יש גם תת-חלקה המגדירה את הדירה בתוך הבניין. מאחורי החלוקה עמדה חשיבה תכנונית וחברתית, איפה צריך יותר ואיפה פחות. לפעמים צרכים של עיר או יישוב משתנים וצריך לעשות חלוקה מחדש של החלקות.

הסיבה הראשונה שלא מאפשרים עסקה בחלק ממקרקעין היא שיש חשש שאנשים יתעלמו מצרכים ציבוריים-חברתיים. לא רוצים שאנשים פרטיים יעשו כרצונם ויתעלמו מהשיקולים שהגורם שקל כשהוא עשה את החלוקה, ולא רוצים לתת לאנשים את הכוח לעשות חלוקה מחדש. הסיבה השנייה היא סיבה כלכלית- חשש מפני פיצול יתר, ויש שלוש בעיות:

1. בעיית איתור- הבעיה יכולה לעלות כשהרשויות יצטרכו את המקרקעין למטרות ציבוריות. החשש הוא שכשנצטרך להתעסק עם ארבעה אנשים במקום אחד, יהיה קושי לאתר אותם. משכך, יהיה קושי גדול יותר לקחת את המקרקעין ולאסוף אותו בחזרה.
2. עלויות עסקה- ככל שיש יותר אנשים לעשות איתם עסקה, עלויות העסקה גדלות.
3. פעולה משותפת (בעיית הסחטן)- ברגע שיש כמה בעלים, אחד יכול לסחוט יותר מהשני. כשהרשות תרצה את המקרקעין, הפחד הוא שכשיצטרכו להגיע להסדר יהיה מישהו שיקשה עליהם והם יצטרכו לשלם יותר כסף.

שיתוף במקרקעין הוא מצב של חלוקת המקרקעין ע"פ החוזה שנקבע בין הצדדים, אך הבעלות לא מחולקת לשטחים מסוימים, אלא שותפות בכולו. אדם לא מוכר חלק במקרקעין שלו לאחר, אלא הופך אותו לשותף. לדוגמה, בעלים של חצי מהמגרש, חצי מהנדנדה וכו'. כך לא שוללים את ס' 13 אך עדיין מאפשרים שיתוף במקרקעין.

ס' 38 עוסק בפירוק חלקים מהקרקע וקובע שהפירוק יהיה ע"פ הסכם או צו בית משפט. המחוקק יצר הסדרים בפרק השיתוף במקרקעין כדי להסדיר את היציאה מיחסי השיתוף בצורה הטובה והמהירה ביותר. כשהיחסים מסתיימים, הבעלים יכולים לחלק את השטח פיסית- לפי ההגבלות בס' 13. כשעושים חלוקה בעין (כל אחד מקבל חלק שלם מהרכוש. לדוגמה א' מקבל את המגרש, ב' מקבל את הנדנדה וכו'), צריך אישור מפקח שהחלוקה תואמת להוראות חוק התכנון והבנייה. מדוע יש את ההסדר הזה? למה אי אפשר להסתמך על השוק החופשי שהוא יקבע לנו את גודל הקרקע ואם היא צריכה להתפצל או להישאר שלמה. למה יש התערבות משפטית?

1. כשלי שוק- תמיד יש כשלי שוק, ובעיית הסחטן היא דוגמה קלאסית. למרות שהשוק אמור להכתיב את היקפי החלוקה הנכונים, בגלל כשלי שוק לא היינו מגיעים לחלוקה אידיאלית.
2. שנאת סיכון ציבורית- מדובר ברשויות ציבוריות שצריכות לקבל החלטות, והן לא רוצות לקחת את הסיכון להיקלע למצבים של כשלי שוק. מלכתחילה הן לא רוצות להכניס את עצמן למצב בעייתי.

**לכלל בס' 13 יש מספר חריגים:**

* בעלות נפרדת בדירות- בית משותף לא נמצא בתחום של קניין פרטי לגמרי כי חלק מקניינו בבעלות משותפת- חדר מדרגות, גג, חדר אשפה וכו'. המחוקק יצר הסדר שנקרא "רכוש משותף" לכל השטחים הללו. אם עושים עסקה בדירה, לכאורה זה הפרת ס' 13 כי עושים עסקה בחלק ממקרקעין. אלא שס' 54 מחריג את הבתים המשותפים מאיסור החלוקה שבס' 13, ומחלק את הדירות לתת-חלקות.
* זיקת הנאה- זיקת הנאה היא אחת מהזכויות הקנייניות. לכאורה זיקת הנאה היא עסקה בחלק ממקרקעין ואסורה. ס' 93ג' מחריג זאת וקובע שתתכן זיקת הנאה בחלק מהמקרקעין.
* הפקעה- בפס"ד אקונס נקבע שהפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע. ס' 13 מדבר על עסקה, ובגלל שהפקעה היא לא רצונית, לא מדובר בעסקה.
* שכירות- לפי ס' 78 השכרה היא פעילות קצרת טווח ולכן מותר להשכיר חלק מסוים של המקרקעין.
* ירושה- ס' 6 עוסק בעסקה במקרקעין, והסיפא שלו מוציא מהגדרת עסקה הורשה ע"פ צוואה. כלומר, הורשת נכס ע"פ צוואה כן יכול להיות מחולק.

**פס"ד אקונס:** המערערים הם בעלי הקרקע שמתחתיה היו אמורים לבנות את מנהרות הכרמל. המדינה הוציאה הודעה לגבי הפקעה של הקרקעות רק לגבי זכות ההחזקה והשימוש. המערערים טענו שטיב הפעולות שהם עושים זה פעולות של הרס המקרקעין, ואלו לא כוחות שנותנים לאדם שמחזיק ומשתמש אלא לאדם שיש לו בעלות.

נקבע: הפקעה היא לא חלק מס' 13, כי ס' 13 מדבר על **עסקה במקרקעין**, והפקעה היא לא רצונית ולכן לא מדובר בעסקה (לפי הגדרת עסקה בס' 6). הפקעה היא אקט כפוי ולא נכנסת להגדרת ס' 13. לכן מותר להפקיע חלק מהקרקע.

**לוסטינג נ' מייזלס:** בעלת הקרקע רצתה להשכיר חלק מהקרקע ל-999 שנים וכך לעקוף את האיסור בס' 13. בחוזה השכירות נראה שניתנה לשוכר אפשרות לנהוג במקרקעין מנהג בעלים.

השאלה המשפטית: האם חכירה לדורות נחשבת כשכירות לפי ס' 78, או שבגלל שמדובר בטווח ארוך זה נחשב בעלות?

נקבע: מדובר בזכות שקרובה יותר לבעלות משכירות. עם זאת, ביהמ"ש מכשיר עקיפה של ס' 13 ומתיר לבצע עסקה בחלק מהמקרקעין בגלל שיש כאן היבט חוזי.

**מה מוסיפים סעיפים 11 ו-12?**

ס' 11 נותן לכאורה זכות גדולה- הבעלות מתפשטת לעומק שמתחת לקרקע ולחלל הרום. עם זאת, ישנם סייגים- אין בעלות במשאבי טבע, ואי אפשר למנוע מעבר בחלל הרום. הבעלות מצומצמת יותר ממה שחושבים.

במורשת הבריטית שהתקבלה נאמר שכל משאבי הטבע והעתיקות נמצאים ברשות המדינה, גם אם הם נמצאו במסגרת קניין פרטי. מציאה של משאבים כאלו לפעמים מסבכת בנייה או שימוש במקרקעין.

**פס"ד Samedan:** חברות שקיבלו רישיון לחיפוש נפט, רצו לקבל אישור לבניית קו צינור להובלת הנפט. החוק קובע שבעל הנפט רשאי לבנות קו צינור, אך לממונה יש שק"ד אם מוצא הנפט יוביל אותו או שזה יקרה ע"י אדם אחר. הממונה הסכים לרישיון הפקה אבל סירב לרישיון הובלה.

נקבע: חשין עושה שקילות בין ערכי התחרות והשוק החופשי. מטרת החוק היא לעודד אנשים לחפש נפט ולקחת את הסיכון הכלכלי הכרוך בכך. הממונה הסכים רק שיפיקו את הנפט ולא שיובילו את הנפט. הסיבה לפיצול בין הפקה להובלה נובעת ממטרה למנוע מונופול. מה שעומד מאחורי ההסדר של הפקת הנפט הוא הגדלת הרווחה המצרפית, אך הפיצול ראוי על מנת לעודד שוק חופשי.

רישום תלת ממדי של שטח- אחרי פס"ד אקונס העניין עלה, ועל רקע זה יצרו את ההסדר. המנגנון מאפשר רישום מדויק ומתקדם יותר. הרישום מאפשר לעשות תהליך של חלוקה תלת ממדית גם בחלקות שלא הוסדרו, כיוון שהיו לגביהם סימני שאלה לגבי בעלות. השינויים הטכנולוגיים מאפשרים ניצול מיטבי של הקרקע, והצגה מדויקת של החלקות. ס' 14א-14ו מסדירים את הרישום. ביחס לס' 13 הוסיפו חריג בס' 14- ניתן לעשות עסקאות בחלק מהשטח שנמצא במרחב מעל או מתחת לקרקע באישור של מפקח.

ס' 12 מדבר על מחוברים לקרקע- בעלות בקרקע כוללת גם את מה שבנוי, נטוע, וכל דבר אחר שמחובר חיבור של קבע.

מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין? יהושע ויסמן אימץ תפיסה ריאליסטית שמסתכלת על המציאות. הוא נתן שורה של מבחנים, לא בהכרח מצטברים, אך הם מבחני עזר לגבש עמדה מה הסטטוס של מחובר:

1. מבחן החיבור הפיזי- כשנכס חובר לקרקע באופן משמעותי למקרקעין (חיבור פיזי), הסטטוס של המחובר הוא כחלק מהמקרקעין. מסתכלים על אופן החיבור- אם הניתוק יגרום להרס או נזק, מדובר בחיבור של קבע.
2. מבחן סוג הנכס- יש נכסים שמסוגם הם מחוברים חיבור קבע לעומת אחרים שהם חיבור זמני. לדוגמה, מכונית היא חיבור ניידי, לעומת ברז או אסלה שהם נכסים נייחים שמחוברים לקרקע. המבחן אומר שיש נכסים מוגדרים, ונותנים אינדיקציה להתרשם מסוג הנכס ולהחליט לפי מה שמקובל חברתית אם זה מחובר או לא.
3. מבחן הכוונה- ויסמן מדבר על כוונה אובייקטיבית וסובייקטיבית. מבחן הכוונה מתמקד בכוונת הצדדים בזמן חיבור הנכס. הכוונה הסובייקטיבית נעשית כשהצדדים הגדירו את כוונתם בהסכם כתוב. הכוונה האובייקטיבית נעשית כשמדובר בצדדים מרוחקים ולא יודעים מה כוונתם. לכן בודקים מה צדדים סבירים היו מתכוונים בחוזה בנסיבות הקיימות.

הפסיקה הוסיפה מבחני מדיניות נוספים:

* מונע הנזק הזול- שיקול משמעותי בדיני תחרויות. מטילים את האחריות על מי שהיה יכול למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר ולא עשה זאת. מבחינה יעילות כלכלית זה הכי יעיל, ולכן רוצים להרתיע את מי שלא מנע את הנזק.
* וודאות השוק- רוצים לייצר וודאות לגבי מחוברים מסוימים ומה הסטטוס שלהם.
* עידוד פעילות כלכלית- רוצים שאנשים יסחרו נכסים וישפרו אותם.
* שיקולי יעילות מצרפית- יש לבחון מה יעיל יותר או פחות לחברה בכללותה. צריך לבחון את ההשלכות המשפטיות הרחבות להכרעה.
* שיקולי חלוקה- צריך לבחון אם מדובר בשיקול שיש להתחשב בו. מבחן שנוי במחלוקת.

**שכלול הבעלות במקרקעין ומיטלטלין**

שכלול הבעלות במקרקעין- ס' 7 לחוק המקרקעין קובע כיצד משתכללת בעלות במקרקעין. עסקה במקרקעין טעונה רישום, והבעלות הופכת לקניינית בשלב שבו הזכות נרשמת במרשם המקרקעין. ס' 7(ב) קובע שאם העסקה לא נגמרה ברישום, מדובר בהתחייבות חוזית בלבד. המשמעות היא להיזהר כי זכויות חוזיות חלשות מזכויות קנייניות. הסעיף הוא למעשה תמריץ לרשום, ומעין אזהרה. ס' 7 היא הברירת מחדל. **במקרקעין העברת הבעלות טעונה רישום**.

שכלול הבעלות במיטלטלין- העברת הבעלות במיטלטלין לא צריכה רישום משיקולי יעילות כלכלית. ס' 33 לחוק המכר קובע שהעברת הבעלות במיטלטלין היא במסירה, ובזמן הזה משתכללת הבעלות. הסיפא של הסעיף קובע שהמסירה היא העברת הבעלות, אלא אם כן הצדדים הסכימו על מועד אחר או דרך אחרת.

**מהות הזכות ומגבלותיה**

עקרון תום הלב מעורר קשיים רבים. מצד אחד, רוצים להטיל ערכים של צדק, הוגנות ואנושיות. מצד שני, מדובר בנטישת הפורמליות והיציבות לטובת ערכים. החוק מכניס עקרונות שהצדדים לא הסכימו עליהן מראש. בנוסף, תו"ל מושפע מהסתכלות השופט ולכן יוצר עמימות.

בחוק המקרקעין יש הוראה פרטנית- הוראת ס' 14. הסעיף קובע שבעלות וזכויות אחרות במקרקעין אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר. אסור להשתמש במקרקעין כשכל המטרה היא לפגוע באחרים.

**שלב נ' הררי מואב:** הייתה חלקת אדמה שפיצלו אותה לשלוש חלקות נפרדות, כל חלקה בבעלות אחרת. כשפיצלו את החלקות לא יצרו זכות מעבר בין החלקות. בחלקה ג' יש מחצבה של חול, וחברת שלב רצו להוביל את החול החוצה והחליטו לעבור דרך החלקה של ב'. ב' טען שהם מסיגים גבול ואין להם זכות לעבור בחלקו. שלב טענו במישור של הפרת ס' 14- אין ל-ב' שום תועלת כשהוא לא נותן להם לעבור בחלקו.

נקבע: ס' 14 לא התכוון לבטל הסגת גבול ולבטל ערך קנייני. הצדדים היו יכולים ליצור הסכם ביניהם כדי לפתור את הבעיה. ב' עומד על הזכויות הקנייניות שלו והוא יכול למנוע הסגת גבול.

**רדומילסקי נ' פרידמן:** רדומילסקי היא בעלים של בניין ובאחת הדירות מתגורר פרידמן כדייר מוגן. בדיירות מוגנת, אם אחד מבני המשפחה מתגורר עם הדייר חצי שנה לפני פטירת הדייר, הדיירות מוגנת עוברת לבן משפחה. בתו של פרידמן עברה לגור אתו, ורדומילסקי חששה מזה. פרידמן רצה למתוח כבל אנטנה והוא מתח אותו מעל השטח של רדומילסקי. היא תובעת לפנות את הכבל ואומרת שזה פוגע בזכות הקניינית שלה כי נעשה שימוש בחלל הרום של המקרקעין שלה.

נקבע: המערערת חוששת ביחס לדיירות המוגנת של הבת, ובגלל שלא הלך לה בחזית הזו היא מנסה בדרכים אחרות. שיקולי התביעה הם נקמניים כדי לגרום לאי-נוחות לפרידמן.

פס"ד רדומילסקי הוא הפס"ד היחיד בו התקבלה טענת ס' 14. ההבדל בין במקרה הזה להררי מואב הוא שההתנהגות לא נבעה מרצון שלא יסיגו גבול, אלא מניעים נקמניים.

**רוקר נ' סלומון:** רוקר בונים בשטח הרכוש המשותף שלא כדין ללא הסכמה של בעלי הדירות. ס' 55א לחוק המקרקעין קובע שלכל דירה יש חלק בלתי מסוים בדירה. כאן לכל הדיירים יש חלק ברכוש המשותף, אך מדובר בחלק בלתי מסוים. סלומון וברקר הם דיירים בבניין ודורשים להרוס את הבנייה הלא חוקית. רוקר מציע לא להרוס אלא לשלם לדיירים על הנזק. לפי ס' 21 לחוק המקרקעין, סלומון וברקר זכאים לדרוש הריסה כי יש פלישה למקרקעין שלהם, אך מצד שני זה יגרום לנזק כספי גדול לרוקר.

אנגלרד: יש לשקול את האינטרסים של הצדדים, ולאזן בין עלות מול תועלת הריסת הבנייה. צו הריסה מהווה שימוש לרעה בזכות, והנזק עולה על התועלת. מבחינה כלכלית פיצוי מספיק ולא חייבים להשיב את המצב לקדמותו.

טירקל, חשין ולוין: ס' 14 לא מונע מהבעלים לעמוד על זכויותיו הקנייניות, אך מצד שני אי אפשר לפגוע בקניינם של אחרים. שק"ד של ביהמ"ש הוא מצומצם ויופעל רק במקרים חריגים. לא שוללים זכויות מבעל הקניין בקלות בשם ס' 14, והסתמכות להתערב משום תו"ל היא מאוד מצומצמת. יש ארבעה שיקולים לעניין הפעלת שיקול הדעת של ביהמ"ש:

1. עוצמת הפגיעה- האם מדובר במקרקעין או מיטלטלין? פגיעה בזכות חזקה או חלשה?
2. משך זמן הפגיעה- פגיעה גדולה או מצומצמת? מוגבלת בזמן או ארוכה?
3. כיצד התנהגו בעלי הדין?
4. מה התוצאות ביחס לפוגע (שיקול משני)?

בענייננו, עוצמת הפגיעה היא חזקה, היא לצמיתות, היא מקטינה את הרכוש המשותף. יש כאן פגיעה משמעותית. בנסיבות כאלה אין שיקול דעת להפעיל את הכלל של תום לב.

ברק, שטרסברג-כהן ומצא: לא צריך להיאחז דווקא בס' 14. חובות תו"ל הן חובות כלליות, וס' 14 צריך לקבל פרשנות רחבה ביחס לשיטת משפט. לשופט יש שק"ד להעניק סעדים ביחס לזכויות הקניין. ההיקף נגזר מעוצמת פעולתו של עקרון תו"ל בנסיבות מסוימות, כל מקרה לפי נסיבותיו. ישנם שלושה שיקולים לעוצמת הפעלתו של תו"ל:

1. מהו המשאב הקנייני שעולה לדיון- מקרקעין, מיטלטלין, בית פרטי, בית עסק, רכוש משותף וכו'.
2. מה סוג היחס בין האנשים- שותפים, אנשים זרים, קשר מתמשך, קשר חד פעמי.
3. מה היקף הפגיעה בזכות הקניינית ומה מצבו הנפשי של הפוגע- האם מדובר בפגיעה מכוונת או בטעות, פגיעה משמעותית לעומת פגיעה קטנה.

בענייננו, מדובר במוסד של בתים משותפים, ויש אינטרס ציבורי חשוב לשמור על המוסד הזה. היקף הפגיעה הוא חזק ומהותי בחלק ניכר של הרכוש המשותף והפגיעה היא לצמיתות. ברק מגיעה להכרעה שחובת ההגינות לא יכולה להתקיים כאן וצריך לאפשר הריסה של המבנה.

הגישה של טירקל היא להתערב רק במקרים חריגים ובצורה זהירה. תפיסת עולם כזו מייצגת תפיסת עולם של בלאקסטון- קניין כעוגן של חירות. לעומת זאת, ברק מציג תפיסות פרוגרסיביות- קניין כולל גם היבט ציבורי, ערכים קהילתיים ואחריות חברתית. זה לא רק אתר של זכויות אלא גם מקור של חובות כלפי החברה. הגישה של אנגלרד היא גישה תועלתנית שמדברת על רווחה מצרפית.

**שכירות**

ס' 3 לחוק המקרקעין מגדיר לנו את זכות השכירות, ונותן לנו שלושה יסודות:

1. תמורה- הזכות הוקנתה בתמורה. אם אין תמורה מדובר בעסקת שאילה.
2. תוכן הזכות- להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם.
3. שלא לצמיתות- השכירות צריכה להיות מוגבלת בזמן.

שכירות מעל 5 שנים נקראת חכירה, ולמעלה מ-25 שנים נקראת חכירה לדורות. חכירה לדורות הוא מוסד משפטי שכיח כתחליף להעברת בעלויות.

זכות השכירות היא אחת הזכויות ברשימה הסגורה, והיא נולדת בחוזה שכירות. השלב הבא הוא השלב הקנייני בו הזכות הופכת לפומבית ותקיפה כלפי כל העולם. ס' 6 קובע שעסקה במקרקעין היא עסקה שמקנה באופן רצוני זכות במקרקעין. ס' 7 קובע שמועד רישום הזכות במרשם הוא מה שהופך אותו לזכות קניינית. ס' 8 קובע שיש דרישת הכתב בעסקת מקרקעין. המחוקק מביא שני סעיפים שחריגים לכללים האלו:

1. ס' 79(א) לחוק המקרקעין- למרות שיש דרישת רישום ודרישה שההסכם ייעשה בכתב, שכירות שלא עולה על 5 שנים לא חייבת רישום ולא חייבת מסמך בכתב.
2. ס' 152 לחוק הגנת הדייר- תיקון לס' 79(א) הקובע ששכירות עד 10 שנים פטורה מרישום בטאבו, אך עדיין טעונה מסמך בכתב. הסעיף חל רק על שכירות בדירה או בבית עסק, ולא חל על קרקע לא בנויה (ס' 3 לחוק).

מה דינן של אופציות? לדוגמה, חוזה שכירות של 5 שנים עם אופציה להארכה ל-5 שנים נוספות נחשב כ-10 שנים. **אופציה נמנית בתקופה.**

החוק לא מפרט מה הופך את זכות השכירות לקניינית, אך התפיסה היא שהאקט הדרוש הוא תפיסת החזקה בשכירות, למשל קבלת מפתח. עם זאת, ניתן לרשום את הזכות לבחירת הצדדים.

סיכום ביניים: עד 5 שנים אין רישום ואין דרישת הכתב; בין 5 שנים ל-10 שנים אין רישום ויש דרישת כתב; מעל ל-10 שנים יש גם רישום וגם דרישת הכתב.

**עבירות זכות השכירות**

עד כמה אפשר לסחור בזכות השכירות? עד כמה אפשר להעביר אותה?

ס' 21 לחוק השכירות והשאילה קובע שמשהוקנתה זכות השכירות לשוכר, הזכות קניינית והיא תקיפה כלפי כל העולם. ס' 21(ב) קובע שהמשכיר (בעל הנכס) רשאי להקנות את זכותו לאחר, ומותר לו למכור את דירתו, אלא אם כן החוזה אוסר זאת. אם המשכיר מוכר את דירתו, הבעלים החדשים יהיו כפופים לזכויות בגלל שהוא מחליף את המשכיר.

ס' 22 לחוק השכירות והשאילה עוסק בעבירות של זכות השכירות ע"י השוכר. החוק קובע ששוכר יכול להעביר את השכירות בשתי דרכים:

1. המחאת הזכות- למכור את הזכות ולהעבירה לאחר ע"י הסכם.
2. שכירות משנה- מצב בו השוכר הראשוני עדיין חלק מסוים מהשכירות, למשל סאבלט.

שתי הפעולות המשפטיות הללו חייבות להיעשות בהסכמת המשכיר. אם המשכיר מתנגד להעברה מטעמים בלתי סבירים, או מתנה את ההסכמה בתנאים בלתי סבירים, לביהמ"ש יש שק"ד להעברת השכירות.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין** | **מיטלטלין/ זכויות** |
| יש הגבלת עבירות (שכיח) | נתון לשק"ד ביהמ"ש | יש איסור לבצע את העסקה, כי יש חשש להעלמות המיטלטלין. |
| אין הגבלת עבירות (נדיר) | הרשאה לביצוע העסקה | נתון לשק"ד בימה"ש |

מהם תנאים בלתי סבירים? לרוב ההתנגדויות תהינה סבירות. הסבירות תלויה בנסיבות המקרה, והנטל הוא על השוכר להוכיח שהתנאים לא סבירים.

**פס"ד אשגרום נכסים בע"מ:** מנהלי קרקע ישראל התנגדו להעביר את הקרקע כי היא התקבלה במכרז, ורצו להעבירה לממסד פרטי.

נקבע: סוג הנכס יכול להיות קטגוריה שהמשכיר יתנגד מטעם סביר. יש נכסים שהעמידה הדווקנית של הבעלים תצדיק את אי-העבירות. בענייננו, בגלל שהקרקע נועדה לשימוש ציבורי ההתנגדות להעברתה לגורם פרטי סבירה.

**מדינת ישראל נ' וייס:** משיבים גרו בשיכון ביה"ס החקלאי מקווה ישראל, וביה"ס העניק להם זכויות חכירה בתנאים מטיבים. באחד מהסעיפים בחוזה נקבע שלחוכר לא ניתנת האפשרות להעביר את החכירה למי שאינו עובד ביה"ס.

נקבע: כדי להעביר נכס, החוכרים צריכים להוכיח שהסירוב של המשכיר אינו סביר וחסר טעם, והכל בהתאם לנסיבות. בענייננו, ההגבלה מוצדקת כי רוצים לשמר את הייעוד של הקרקע לשימוש ביה"ס ושימוש המורים המלמדים בו.

**פס"ד בנק הפועלים:** שוכר רצה להעביר את השכירות שלו כי הוא לא עמד בתשלומי השכירות.

נקבע: התנגדות המשכיר להעביר את השכירות סבירה, כי השוכר לא עומד בתשלומים ובכך מפר את החוזה.

**שכירות וחכירה לדורות**

ע"פ חוק המקרקעין, שכירות מעל 5 שנים נקראת חכירה ושכירות מעל 25 שנים נקראת חכירה לדורות.

היסטורית, יש איסור להעביר בעלות במקרקעי ישראל. לכן, כשקונים קרקע בישראל, רוב הקרקעות לא בבעלות פרטית אלא בבעלות מדינתית. כשהמדינה עשתה הסכמים, רובם היו בעלי זכויות חכירה לדורות ולא בעלי זכות בעלות. התעוררו שאלות בנוגע לקרקעות הללו, וב-2009 נקבע שכל מי שחכר לדורות יירשם כבעלים של הקרקע. מאז הופסקה הפרקטיקה של חכירה לדורות במגזר העירוני.

פס"ד לוסטינג נותן אינדיקציות לפער בין בעלות לחכירה לדורות, כמו מחיר העסקה והאם הוא דומה למחיר השוק; תקופת ההסכם ותנאי ההסכם. הפסיקה לאורך שנים עסקה במוסד ההשכרות לטווח ארוך. בפס"ד בסו נ' מלאך נאמר שתחת המשטר המשפטי של חכירה לדורות התפיסה היא שבפועל מדובר בבעלות. רואים שחוזי חכירה לדורות הם כמעט כמו חוזים להעברת בעלות, וחידוש חוזה החכירה הוא עניין פורמאלי בלבד.

איך חכירה לדורות עובדת במגזר החקלאי ובמגזר העירוני?

* במגזר החקלאי- התשלומים על זכויות החכירה נעשים בהנחות מופלגות ומחיר מאוד נמוך (בקיבוצים, מושבים וכו'). הדבר נעשה מתוך הכרה בתרומה של המגזר החקלאי למדינה. מצד שני, הזכויות נתונות תחת מגבלות חזקות והעבירות מוגבלת.
* במגזר העירוני- התשלומים גבוהים בהרבה, אך העבירות חזקה יותר והזכויות מוגברות.

**שכירות במיטלטלין**

גם במיטלטלין מתעוררת הבעיה בין עסקת שכירות לעסקת מכר. הבעיה מתעוררת בעיקר בעסקאות ליסינג.

דוגמה: רופא שיניים צריך לקנות ציוד יקר ולכן פונה לספק שירכוש את הרכוש, ואדם אחר שיממן את העסקה. הצורה הפשוטה היא ביצוע שתי עסקאות- אחת מול כל הצדדים. המממן לרוב ירצה בטוחה להלוואה שהרופא שיניים לוקח וידרוש משכון של נכס. לאחר קבלת ההלוואה רופא השיניים יוכל לרכוש את הציוד מהספק.

בפרקטיקה עושים עסקאות ליסינג- עסקאות החכרה. הגורם המממן (חברת הליסינג) רוכש את הנכס מהספק ומשכירו למשתמש. בסוף תקופת השכירות ניתנת למשתמש אפשרות לרכוש את הנכס בתמורה מינימלית. פורמאלית, אין חוזה בין המשתמש לספק למרות שיש ביניהם מו"מ.

למה עושים עסקאות ליסינג?

1. שיקולי מימון של הרכוש- כשצד אינו יכול לממן רכישת נכס ואינו יכול לקבל הלוואה רגילה, הוא עשוי לפנות לעסקת ליסינג כתחליף, והנכס עצמו משמש כבטוחה.
2. שיקולי מס- בעסקאות ליסינג ממוני שע"פ מהותה תוכר ככזאת לצורך דיני המס, ולא תמוסה כעסקת מכר ועסקת הלוואה, ולא תיפסל ע"פ ס' 86 לפקודה, טמונים יתרונות מס רבים. לאורך כל התקופה, המשתמש שמקבל את הנכס יכול לנכות את התשלומים התקופתיים כהוצאה, וככל שיש יותר הוצאות חבות המס נמוכה.
3. שיקול עסקי- צד עשוי לכרות עסקת ליסינג כשאין לו וודאות לגבי כדאיות רכישת הנכס. ניתן לעצב את העסקה בצורה שתנטרל את הסיכון הכרוך בכך. למשל, לקבוע שהתשלומים התקופתיים הראשונים ישקפו רק את השימוש וההחזקה בנכס, ולאחר פרק זמן להגדיל את התשלומים. העסקה מנסה לנהל את הסיכונים של הרוכש בצורה מחושבת.

המוטיבציה של חברת הליסינג נובעת בין היתר מהניסיון לחמוק מהוראותיו הקוגנטיות של חוק המשכון (איך לממש את הנכס (ס' 16), איך לפדות את הנכס (ס' 13)). ברגע שנוצר שעבוד מבחינה מהותית ומשפטית, יש הרבה חובות על האדם שקיבל את המשכון לפעול בכל מיני דרכים. חברות הליסינג מנסות לעצב את העסקה כעסקת שכירות ואז לא חל חוק המשכון, דבר המקל על החברה כי נמצאים תחת הוראות זכות השכירות והשאילה. הרצון לחמוק מהוראותיו של חוק המשכון לא תמיד יעבוד, כי ביהמ"ש הולך אחר המהות האמיתית של העסקה ולא רק לפי השם.

איך מתייחסים לעסקאות הליסינג?

* סיווג פורמאלי- העסקה תיחשב לשכירות ללא קשר למהותה האמיתית. חברת הליסינג- בעלים (המשכיר), והמשתמש- שוכר. בפועל, לא עובד בביהמ"ש.
* סיווג מהותי- מתחקים אחר המהות האמיתית של העסקה.

1. שכירות אמיתית- במקרה זה, חברת הליסינג נחשבת כבעלים והמשתמש שוכר.
2. עסקת אשראי (מכר והלוואה)- ליסינג מימוני. המשתמש הוא הבעלים, וחברת הליסינג מקבלת משכון. ס' 2(ב) לחוק המשכון קובע שהוראות החוק יחולו על **כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב**, יהא כינויה של העסקה אשר יהא. מטרת השכירות הזו היא שעבוד הנכס.

**פס"ד טיפול שורש:** פועלים ליסינג רכשה ע"פ הנחיית טיפול שורש ציוד רפואי למרפאת שיניים והשכירה אותו לתקופה של 10 שנים. דמי השכירות משקפים החזר של קרן (מחיר הציוד) בתוספת ריבית והצמדה, והם היו צמודים למדד המחירים לצרכן. טיפול שורש טענה שמדובר בעסקת אשראי, והפועלים ליסינג גבתה ריבית העולה על סך הריבית המותרת בהלוואות צמודות מדד. פועלים ליסינג טענה שמדובר בעסקת שכירות ולכן אין הגבלה על דמי השכירות.

השאלה המשפטית: האם מדובר בעסקת שכירות או בעסקת מכר ואשראי (ליסינג מימוני) הכפופה לחוק הריבית?

נקבע: יש לבחון כל עסקת ליסינג לגופה ולהכריע ע"פ מאפייניה לאור תכליתו של החוק הרלוונטי. לצורך בחינת חוק הריבית, המבחן צריך להיות מהותי ולא ניתן להסתפק בסיווג פורמאלי. יש שמונה אינדיקציות לסיווג:

1. היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס- ככל שיש פער ביניהם- התשלום התקופתי לא משקף את שווי השוק של דמי השכירות, יש בכך להחליש את היבטי השכירות בעסקה ונראה אותה כעסקת אשראי.
2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון זרם התשלומים התקופתיים ע"פ הסכם הליסינג- בכמה מסתכמים התשלומים התקופתיים בנכס לעומת שוויו באותו תקופה. אם הם קרובים, כנראה מדובר בעסקת מכר.
3. קיומה של אופציית הרכישה וערכו של התשלום הנדרש למימוש אופציה זו. אם זה קיים וצריך להוסיף רק מעט כסף, זה מצביע על אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר (כי רוב התשלום נעשה במהלך השכירות).
4. מספר הצדדים לעסקה- אם בין בעל הנכס ושוכרו קיים צד נוסף שעניינו האמיתי הוא בעסקת אשראי עם השוכר, ניטה לראות את העסקה כעסקת אשראי.
5. השיקולים שהביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג.
6. הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר ביחס לנכס אל מול הכוחות ששוירו בידי המשכיר.
7. חברת ליסינג ממוני משכירה את הנכס פעם אחת. היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בדר"כ הנכס עובר ישירות מהספק למשתמש. לעומת זאת, חברת ליסינג תפעולי משכירה את הנכס מספר פעמים ללקוחות שונים. בין ההשכרות השונות היא מאחסנת את הנכס ומתחזקת אותו (לדוגמה, השכרת רכב).
8. בליסינג ממוני לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע, משום שדמי השכירות משמשים לפירעון ההלוואה שמימנה בפועל את רכישת הנכס.

בענייננו, ההזמנה בוצעה בהנחיית טיפול שורש; שכירות ל-10 שנים יותר מאשר אורך חיי הנכס; סך דמי השכירות משקף את מחיר הנכס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית; אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס ב1% ממחירו. לא מדובר בעסקת שכירות אלא בעסקת מכר והלוואה, וככזו היא כפופה לחוק הריבית ויש להחזיר את תשלומי היתר.

**זכות השאילה**

מבחינה מהותית, זכות השאילה נותנת זכויות שדומות לשכירות. ס' 26 לחוק השכירות והשאילה קובע שזכות השאילה היא הזכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות כשהזכות הוקנתה **שלא בתמורה**. עסקת שאילה היא עסקת חסד. הזכויות שניתנות לשוכר חזקות מהזכויות שניתנות לשואל. בגלל שמדובר בעסקת חסד, החוק שולל הרבה זכויות. למשל, לא ניתן לתבוע על פערים בעסקה, לא ניתן לתבוע אם שללו את זכות השאילה, לא ניתן להעביר את הזכות ועוד.

**זיקת הנאה**

ס' 5 לחוק המקרקעין קובע שזיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה למי שאין לו את הזכות להחזיק בהם, כלומר יש הכפפה של המקרקעין ונותנים לאחר להנות ממנו, אך ללא החזקה. הזכות באה עם כוחות מאוד מוגבלים. זהו ענף משפטי לא נפוץ, וכל עוד בעל המקרקעין לא יוצר אותה היא לא תתרחש.

* מקרקעין זכאים- אלו המקבלים את זיקת ההנאה.
* מקרקעין כפופים- אלו שנותנים זיקת הנאה לאחר.

בחוק יש שורה של זיקות הנאה, ונהוג לדבר על ארבעה סוגים:

1. זכות לעשות שימוש במקרקעין הכפופים- ס' 93(א)(1) קובע שיצירת הזיקה מכפיפה את המקרקעין לזיקה מסוימת, וכך הופכת את המקרקעין לכפופים. יש זכות לעשות שימוש מסוים ומוגבל בקרקע.

דוגמה: ראובן (בעל המקרקעין הכפופים) יכול לתת לשמעון (בעל המקרקעין הזכאים) זכות מעבר.

1. התחייבות של בעל המקרקעין הכפופים להימנע מביצוע פעולה- ס' 93(א)(2) קובע שבעל המקרקעין הכפופים צריך להימנע מביצוע פעולה מסוימת. ההימנעות הזו נותנת יתרון למישהו אחר.

דוגמה: ראובן (בעל מקרקעין כפופים) מתחייב להשתמש בדירתו למגורים בלבד.

1. ביצוע פעולה ע"י בעל המקרקעין הכפופים- ס' 93(ב) לחוק קובע שזיקת טובת הנאה יכולה לחייב את בעל המקרקעין הכפופים לבצע פעולה מסוימת.

דוגמה: ראובן מתחייב לתחזק את הגדר המפרידה בין החלקות.

1. אי מניעת פעולה- ס' 93(ב) קובע שבעל המקרקעין הכפופים לא יכול למנוע מבעל המקרקעין הזכאים לבצע פעולה מסוימת. מדובר בהכפפה דרמטית כי מתחייבים שלא להשתמש בזכות שהייתה עומדת לי.

דוגמה: ראובן מתחייב שלא להעיר לשמעון כשהוא עושה רעש.

**דרכי יצירת זיקת הנאה**

* זיקת הנאה מכוח הסכם- הדרך הקלאסית. בעלי המקרקעין יוצרים הסכם וקובעים איזו זיקת הנאה תהיה. ניתן לקבוע שזיקת ההנאה תהיה מוגבלת או לצמיתות. **כדי שזיקת ההנאה תהפוך לקניינית היא חייבת רישום** לפי ס' 7. ללא הרישום מדובר בהתחייבות חוזית בלבד.
* זיקת הנאה מכוח התיישנות- זיקות הנאה נדירות יותר. ס' 94 קובע שאם אדם השתמש בזיקת הנאה במשך 30 שנים רצופות ללא התנגדות של בעל המקרקעין, ובעל המקרקעין היה מודע לשימוש במקרקעין שלו, הוא יכול להמשיך בזיקת הנאה גם ללא רישום. אם בעל המקרקעין נותן הודעה בכתב שהוא מתנגד לשימוש בזכות, זה מפסיק את השימוש בזכות. ישנו חריג- לפי ס' 113(ג) אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור.

**תקופה של זיקת הנאה**- ס' 96 לחוק המקרקעין קובע שזיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, אלא אם כן הצדדים קבעו לה תקופה בהסכם שביניהם. עם זאת, ביהמ"ש רשאי לבטל זיקת הנאה לפי דרישת אחד הצדדים או היועמ"ש בנסיבות מסוימות, ולתת פיצויים למי שנגרם נזק כתוצאה מביטול הזכות.

**מגבלה על עבירות הזכות**- ס' 95 לחוק המקרקעין קובע שאפשר לתת זיקת הנאה לציבור בני אדם שלמים. לא ניתן להעביר זיקת הנאה אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים.

ההבדלים בין שכירות לזיקת הנאה:

|  |  |
| --- | --- |
| **שכירות** | **זיקת הנאה** |
| זכות קניין בנכס של הזולת | זכות קניין בנכס של הזולת |
| במקרקעין, מיטלטלין ובזכויות | במקרקעין בלבד |
| בתמורה | בתמורה או שלא בתמורה |
| לפרק זמן מוגבל | לפרק זמן מוגבל או לצמיתות |
| כוללת החזקה | היעד זכות החזקה |

**זכות קדימה**

זכות קדימה מתקיימת רק במקרקעין והיא זכות סירוב ראשונית לרכוש מקרקעין- עדיפות לרכישה על פני כולם. ס' 106 קובע שזכות קדימה היא רק לגבי העברת בעלות או חכירה לדורות.

יש שני סוגים של זכויות קדימה- זכויות שנוצרות מכוח הסכם או מכוח הדין. ס' 99 קובע שזכות קדימה ע"פ הסכם נעשית ברמה ההסכמית והיא חייבת רישום כדי שהיא תהיה תקפה כלפי כולם.

ישנן זכויות קדימה מכוח דין שאינן חייבות רישום:

* זכות קדימה בין יורשים (ס' 100)- יש זכות קדימה הדדית בין כל היורשים במקרקעין מסוג משק חקלאי שעברו בירושה. לכל היורשים יש זכות קדימה לרכוש את החלקים של יתר היורשים לפני אחרים. הרציונל הוא להשאיר את הקרקע החקלאית בתוך המשפחה. בשנתיים הראשונות מרגע מתן צו ירושה/ צו אישור צוואה, יש מכוח החוק זכות קדימה קניינית ליורשים. לאחר שנתיים, זכות הקדימה תהיה תקיפה לזמן ממושך יותר רק אם יש רישום.
* זכות קדימה בין בני זוג (ס' 101)- חלה על מקרקעין שבבעלות משותפת של בני זוג- משק חקלאי, בית עסק או בית מגורים. יש זכות קדימה הדדית לרכוש את החלק של האחר ללא צורך ברישום. הרציונל מובא מהרציונליים האישיותיים- יש נכסים שאנשים יותר קרובים אליהם, ובין בני זוג מקום המגורים הוא לרוב הכי חזק.

בס' 102 מפורט איך רוכשים ע"פ זכות קדימה. ס' 103 קובע שכשאדם מסרב לרכוש ע"פ זכות קדימה, המציע יכול למכור את המקרקעין תוך חצי שנה, בתנאי שההצעה שלו לא נמוכה מההצעה שנתן למי שיש לו זכות קדימה.

ס' 104 קובע שזכות קדימה חלה רק בעסקת רכישה ולא בעסקת מתנה. כלומר, מתנה לא נחשבת כעסקה המחייבת הפעלה של זכות קדימה, אך היא "מעבירה" את זכות הקדימה למקבל המתנה והוא כפוף לאותה זכות קדימה.

**שעבודים**

ס' 1(א) לחוק המשכון קובע שמשכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב והוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. עסקת משכון באה להבטיח שהחייב יבטיח את חיובו לנושה. עסקת השעבוד צריכה להיות מעוגנת בחוזה, אך כדי שתיווצר זכות קניינית חייבים לרשום את שעבוד הנכס.

חשין בפס"ד קידוחי הצפון אומר שלשעבוד נכס יש שלושה יסודות:

1. החייב חב חיוב כלשהו לנושה.
2. החייב מכפיף, משעבד, נכס כערובה לקיומו של החיוב. הפיכת הזכות לבעלת אופי קנייני ע"י רישום (in rem).
3. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו.

יתרונות של המשכון:

* לנושים: 1) זכות להיפרע מהנכס עצמו- ייחוד נכס כבטוחה. 2) זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים.
* לחייב: מאחר והמשכון מקטין סיכון- תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר. כשהחייב מציג בטוחה חפצית, בדר"כ תנאי ההלוואה שהוא יקבל יהיו טובים יותר כי הנושה פחות חושש שהכסף לא יחזור.
* לחייב ולחברה בכללותה: תמריץ לעסקאות מועילות. כשיש משכון החייב מצהיר על כוונתו להחזרת החוב והעסקאות שנקבל טובות בהרבה לשני הצדדים.

סדר הפירעון: שסל"ן🡨 שעבוד ספציפי🡨 שכר עבודה+ פיצויי פיטורין🡨 רשויות המס+ דמי שכירות על הנכס🡨 שעבוד צף🡨 נושים אחרים.

שיעבוד בא לידי ביטוי במצב של חדלות פירעון- מצב שחברה או אדם יחיד נקלע למצב שהחובות עולים על נכסיו (פשיטת רגל). במצב כזה יש מדרג של החזרת החובות וסדר קדימויות.

1. שסל"ן- שעבוד ספציפי לרכישת נכס. השעבוד נוצר בנסיבות מיוחדות כשהנושה מימן את רכישתו של הנכס הספציפי ששועבד, לדוגמה רכישת דירה. השסל"ן עומד בקדמת התור בפירעון החוב.
2. שעבוד ספציפי- הנושה מבקש לקיים בטוחה לקיום החיוב. מדובר במשכון רגיל. בשעבוד ספציפי ההלוואה לא מממנת את רכישת הנכס המשמש ערובה לחיוב.
3. שכר עבודה+ פיצויי פיטורים- אם היו לו עובדים שהוא צריך לשלם להם.
4. רשויות המס+ דמי שכירות על הנכס.
5. שעבוד צף- משכון שקיים רק ביחס לחברות. הוא חל על הפעילות הכוללת של החברה ולא על נכס ספציפי, והוא מתגבש כשהמלווה רוצה להיפרע מהחוב. היתרון הוא שהוא נותן לחברה יכולת לקחת הלוואה ולקיים פעילות עסקית על סמך המלאי הקיים.
6. נושים אחרים- ספקים ללא בטוחות שיש להם רק זכות חוזית.

אלו עסקאות נראה כשעבוד? ס' 2 לחוק המשכון קובע שהוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא- יש לבחון את מהותה האמיתית של העסקה.

**פס"ד קולומבו:** מדובר בעסקת קונסיגנציה (מכר מותנה)- חברת קולומבו מספקת למאמא יוקרו צעצועים. קולומבו ידעה שליוקרו יש קשיים כלכליים ולכן קבעה תנאי המכונה שימור בעלות- קבעה שהסחורה תישאר בבעלות הספק עד לאחר תשלום התמורה במלואה. בגלל שקולומבו ידעו על הקשיים, הם רצו להבהיר שהבעלות בסחורה נמצאת בידיהם למקרה ומאמא יוקרו יפשטו רגל. יוקרו פשטה רגל, וכונס הנכסים רוצה לשים ידיו על הצעצועים שקולומבו מסרה.

טענת המוכר: יש לכבד תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה וזאת מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין. הקונה טרם שילם את מלוא תמורת הסחורה ולכן הסחורה עדיין בבעלות של המוכר. הבסיס לטענה הוא ס' 33 לחוק המכר- "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר...".

טענת הכונס (צד ג'): לא מדובר בשימור בעלות אלא בהסוואת משכון. העסקה מורכבות משתי עסקאות: הראשונה, העברת הבעלות בסחורה- עסקת מכר אמיתית. השנייה, שעבוד הסחורה ע"י הקונה לטובת המוכר להבטחת החוב של הקונה למוכר. הבעלות הפורמלית עברה לקונה. אם אכן מדובר במשכון והוא לא נרשם, הספק עובר לתחתית הרשימה כי הוא בעל זכות חוזית בלבד ולא בעל זכות קניינית.

למה לא לרשום משכון? כי מנקודת המבט של המוכר הוא עוקף הוראות קוגנטיות בחוק המשכון ומקנה לעצמו עדיפות.

נקבע: בנסיבות הללו, עסקת הקונסיגנציה היא למעשה עסקת שעבוד מוסווית ולכן הבעלות היא של הקונה ולא של המוכר. בגלל שמדובר במשכון ללא רישום, המוכר בעל זכות חוזית בלבד.

איך ביהמ"ש מגיע למסקנה הזו?

* השופט וינוגרד- צריך לבדוק את נסיבות העסקה. עד אז העסקאות שהצדדים עשו היו עסקאות מכר ולא עסקת קונסיגנציה. בנוסף, לרוב בעסקאות קונסיגנציה הקונה אמור לדווח לספק מה הוא הצליח למכור, אך כאן לא היו דיווחים. כמו כן, הספקית הוציאה חשבונית מס רגילה כאילו מדובר בעסקת מכר רגילה.
* השופט בך- צריך לבחון מה היה המניע לחתימת ההסכם בין הצדדים. בעסקאות קונסיגנציה רגילות החשש הוא שהקונה לא יצליח למכור את הסחורה. כאן המניע הוא בגלל חשש כלכלי, ולכן הכניסו תניה זו. טיב העסקה הוא לקבל בטוחה שתהיה לקולומבו בטוחה לתשלום.
* תוצאה- הקונה הוא הבעלים של הסחורה, למוכר ישנו שיעבוד (משכון ללא רישום). תוקפו של השעבוד ייקבע ע"פ דיני השעבודים. במידה והמוכר הוא יחיד אזי שבידו התחייבות למשכון. במידה ומדובר בחברה אזי אין לשעבוד תוקף לפי ס' 178 לפקודת החברות.

האינטרס העיקרי לו טוענים הנושים של הקונה הוא אינטרס ההסתמכות. הם הסתמכו על החזקת הקונה בסחורה והקנו לו אשראי ועשו אתו עסקים על מצג זה. מי שהיה שותף למצג זה או אפילו יצר אותו הוא המוכר, ועל כן היה עליו לדאוג ליצירת מצב נוגד בצורה של משכון הסחורה.

הלכת קולומבו בוחנת את מהות העסקה האמיתית ולא פורמלית מה כתוב. חלק מהשיקולים היו הנושים האחרים של החייב, ולהבטיח שלא יעשו עסקאות מוסוות שיפגעו בזכויות הנושים.

**פס"ד קידוחי הצפון:** המערערים מסרו ציוד למשיבה על מנת שתמכור אותו במכירה פומבית. השאלה היא למי הבעלות ברכוש שלא נמכר. בין היתר נקבע בהסכם שהמשיבה רשאית למכור את הציוד לפני המכירה רק באישור המוכר.

נקבע: בהעדר טעמים מיוחדים לסתור, בכל מה שנוגע לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות, יש לכבד תניית שימור בעלות ככתבה וכלשונה. הלכת קולומבו צריכה להתפרש בצורה מצומצמת, והיחס החשדתי לתניית שמור בעלות הוא בעייתי. ברירת המחדל היא שתניות שימור בעלות תקפות תמיד, והשיקול העיקרי הוא העדפת חופש החוזים.

הרציונליים להכרעה שלא ראוי לחשוד תמיד בתניית שימור בעלות:

1. מבחינה כלכלית- טבעי ומוצדק שמוכר נכס יסייג את העברת הבעלות בממכר עד שייפרע מהקונה תמורת הממכר. העסקאות מאוד הגיוניות.
2. אין הצדקה להתערב באוטונומיית הרצון של הצדדים לעסקה ולכתוב עבורם חוזה חדש או לצקת משמעויות שלא התכוונו אליהן.
3. אין בכיבוד שימור הבעלות פגיעה באינטרס ההסתמכות של צד ג'. ראשית, החזקה לא יוצרת מסר חד משמעי של בעלות. ייתכן שהנכסים שהקונה מחזיק מוחזקים בשכירות, השאלה וכו'. שנית, גם אם הנושים מניחים שההחזקה היא אות לבעלות, הקונה יכול למכור בכל רגע נתון את הנכס כך שההסתמכות עליו חלשה.

רציונליים מעשיים:

1. רוב מדינות האיחוד שישראל קשורה עימן בהסכמי סחר, מכירות בתניית שימור בעלות. אי הכרה בתניית שימור בעלות פוגעת בקשרי המסחר בין ישראל לגורמים אלו.
2. אי הכרת בתניית שימור בעלות גוזרת על הציבור גזירה שהיא לא יכולה לעמוד בה, במיוחד כשהממכר הוא מלאי עסקי. המוכר לא יכול לשעבד את המלאי העסקי כל פעם שהוא שולח משלח נוסף. אמנם ניתן ליצור שעבוד צף, אך זה רק בחברה ולא ביחיד. בנוסף, ייתכן והמלאי עצמו משועבד בשעבוד צף קודם.
3. אי-הכרה בתניית שימור בעלות גורמת לספקים להימנע מלספק סחורה באשראי אלא כנגד בטחונות טובים, דבר המייקר את הסחורה. למעשה, גם אם תניית שימור בעלות היא בטוחה, הרי היא בטוחה זולה יותר מבטוחות אחרות. אי שימוש בתניית שימור בעלות תטיל נטל גדול על מי שצריך לקנות את הסחורה.

הטעמים לסתור, שמאפשרים החלת חוק המשכון על עסקאות עם שימור בעלות (ובכך למעשה מתנים את תוקפה בקיום הוראות חוק המשכון- רישום משכון כדי לתת למשכון תוקף כלפי צד ג'), מתקיימים כשמדובר בתניית שימור בעלות מלאכותית שתכליתה היחידה הענקת עדיפות למוכר על פני שאר הנושים, תוך עקיפת הוראות חוק המשכון. תניה שאין בה כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית למעט הסוואת משכון.

הפרשנות הנכונה של ס' 2(ב) לחוק המשכון היא שהסעיף חל רק על עסקאות **שכל כוונתן הסוואת משכון**.

כדי ללמוד על "כוונת העסקה", כלומר האם מדובר בעסקה שכוונתה משכון של ממש ללא כל היגיון כלכלי או מסחרי אחר, יש לבצע פרשנות דו-שלבית לפי לשון החוק:

1. סובייקטיבית- לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים.
2. אובייקטיבית- לבחון האם הסכמת הצדדים ע"פ מהותה היא עסקת משכון (הקניית עדיפות על פני נושים אחרים), ללא קשר לכינויה ע"י הצדדים.

לפי הלכת קידוחי הצפון, ברירת המחדל היא שמעדיפים את כוונת הצדדים על פני מהות העסקה. יש על הלכה זו ביקורות רבות- לצאת באמירה גורפת שמעדיפים פורמליזם על פני מהות העסקה היא בעייתית. תמיד צריך לבדוק את תנאי העסקה. מעיון בפסיקה שניתנה לאחר קידוחי הצפון מתברר שהערכאות הנמוכות לא כל כך משלימות עם ההלכה, ומחזירות את הלכת קולומבו בדלת אחורית.

**בנק הפועלים נ' לב אופיר:** לב אופיר סיפקה לשוסטרמן פנסי רחוב שהורכבו על ידה באתר באשדוד. בחשבונית המס שהונפקה ע"י לב אופיר נכתב "הסחורה נשארת בבעלות לב אופיר כל עוד לא שולמה התמורה במלואה". שוסטרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש כינוס נכסים. לב אופיר פרקה את הפנסים ולקחה אותם לחזקתה. האם פעלה כדין?

טענת לב אופיר: מאחר והתמורה לא שולמה אזי היא הבעלים של הסחורה בהסתמך על הלכת קידוחי הצפון.

נקבע: ביהמ"ש דחה את הטענה. לפי הלכת קידוחי הצפון יש לבחון את פרטי הסכמת הצדדים. תניית שימור בעלות לא הופיעה בהצעת מחיר ולא בתעודת משלוח, אלא רק בחשבונית. על כן, היא אינה מהווה חלק מההסכמות בין הצדדים.

**טכנוטייר בע"מ נ' אלי פריואת:** עקרונית ניתן ליתן תוקף לתניית שימור בעלות שהודפסה על חשבונית גם בהעדר הסכם כתוב המורה על שימור בעלות, וזאת במצבים של עסקאות מזדמנות כמו עסקאות בסדר גודל קטן יחסית או כאלו הנערכות במהירות.

**תרמעוז אחזקות בע"מ נ' שף הים:** תרמעוז התקשרה בהסכם מכר עם שף הים, לפיו רכשה שף הים מכונות מתרמעוז. בהסכם נקבע שהספק יכול לבוא ולקחת את המכונות אם אין תשלום. לאחר ששולם חלק מהסכום, שף הים נקלעה לכינוס נכסים ולא שילמה את יתרת התמורה. תרמעוז טוענת שיש לקיים את תניית שימור הבעלות שבהסכם ולקבוע שהמכונות נשארות בבעלותה.

נקבע: ביהמ"ש דוחה את הבקשה וקובע שהתנייה הייתה תניית שימור בעלות מלאכותית.

השיקולים בקביעת מהות העסקה- משכון או שימור בעלות:

* מבחן הפיקוח והזיקה- האם המוכר שמר על זיקה כלשהי לנכס (ע"פ הוראות ההסכם או ע"פ התנהגותו); האם הוא הפעיל מנגנון פיקוח כלשהו על הנכס; האם הרוכש היה מחויב להגיש דו"ח תקופתי על מצב הנכס.
* מבחן הרישום החשבונאי- כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלהם.
* מבחן יחסי הכוחות- יש לבחון את הכוחות שניתנו לקונה ביחס לנכס, אל מול הכוחות ששויירו בידי המוכר.

מדוע יש קושי להשלים עם הלכת קידוחי הצפון?

1. כיבוד גורף של תניות שימור בעלות פוגע בעקרון השוויון בין הנושים, יפגע בסיכויי השיקום של חברה חדלת פירעון, ועשוי להרתיע משקיעים מוסדיים ממתן אשראי לחברות.
2. הלכת קידוחי הצפון מאפשרת נטילת הסחורה ע"י הספקים במצבים של חדלות פירעון של החברה הקונה, תשלול מהחברה את היכולת ליצור מזומנים (על דרך מכירת סחורה) ועסקיה יעצרו, ובכך תסוכל יוזמת ההבראה תוך פגיעה ביתר הנושים ועובדי החברה.

**פס"ד ויטה פרי גליל:** הלכת קידוחי הצפון לא ראויה מבחינה עקרונית, כי אין מקום להלכה כ"כ דווקנית ונוקשה. לא נכון לכבד אוטומטית תניות של שימור בעלות. צריך ליצור איזון בין דיני החוזים המכבדים את הסכמת הצדדים, לדיני חדלות פירעון הפועלים לטובת הנושים (צד ג'). ביהמ"ש לא מבטל את הלכת קידוחי הצפון המכיר בתוקפה של תניית שימור בעלות, אך יש לכבד את הלכת קולומבו. חובת ההוכחה שמדובר בתניית שימור בעלות תעמוד על הטוען שמדובר בכזו, וישנם שני מבחנים להוכחה:

1. ביסוסה של תניית שימור הבעלות בהסכם כתוב ומפורש- מבחן מהותי בנסיבות שבהן מתקיימים יחסים נמשכים בין המוכר (הספק) לקונה. אין להסתפק בהדפסה אגבית של תניית שימור בעלות על חשבונית בלבד לביסוס כוונתם.
2. קיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה של המוכר- דוגמת דיווחים שוטפים של הקונה למוכר. נועד ללמד על הותרת העניין הכלכלי והמשפטי של הבעלות בידי המוכר.

אם המבחנים אינם מתקיימים במקרה מסוים, בימה"ש ייטה לפרש את התניה לכל היותר כבטוחה, ולא כשיור הבעלות בממכר בידי המוכר. כל תניות שימור בעלות צריכות להיבחן באופן ספציפי.

**כוחו של המשכון**

ס' 4 לחוק המשכון מבהיר מה סדר הקדימויות בפירעון. כשיש הוראות מיוחדות לגבי המשכון, יחולו ההוראות הרלוונטיות. זה רלוונטי בעיקר לדיני החברות- שעבוד חברות נכתב בדיני החברות ולא במרשם המשכונות; ולדיני המקרקעין- משכון מקרקעין כותבים במרשם המקרקעין ולא צריך לרשום אותו גם ברשם המשכונות.

ס' 4(3) לחוק המשכון קובע שבמיטלטלין ובניירות ערך שלא הופקדו או מקרה אחר (למשל זכויות חוזיות ששועבדו), צריך לרשום את המשכון ברשם המשכונות. הסיפא של הסעיף קובע חריג- נושה שידע או היה עליו לדעת על המשכון, המשכון תקף כלפיו. אדם כפוף לזכות משכון קניינית אם ידע עליה, גם אם היא לא נרשמה. ניתן לעשות זאת ע"י דוקטרינות אחרות כמו תו"ל, אך ס' 4(3) מציין זאת באופן מפורש.

תוקפו של משכון כלפי צד ג' הוא מעת רישומו. הרישום מעיד שהייתה עסקת משכון וזה יוצר זכות קניינית התקפה כלפי כולם. עם זאת, ישנו חריג לכלל- תקנת השוק במיטלטלין לפי ס' 34 לחוק המכר. הסעיף קובע שאם נמכר מיטלטלין ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך רגיל של עסקים, הבעלות עוברת לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד ג', גם אם המוכר לא היה הבעלים של הנכס. כל זה בתנאי שהקונה קיבל את הנכס בתום לב. לדוגמה, אם אדם קנה שרשרת בחנות תכשיטים במהלך רגיל של עסקים, ובדיעבד התברר שיש עליו תניית שימור בעלות או משכון, אם הוא קנה את התכשיט בתו"ל בשוק פתוח, הנכס הוא של הקונה.

ס' 4 לחוק המשכון מאפשר ליצור פומביות למשכון לא בדרך של רישום אלא באמצעות הפקדה. הפומביות של המשכון ותוקפו כלפי צדדים אחרים נובע מההחזקה בידי הנושה. החיסרון הוא שהוא מונע מהבעלים להשתמש בנכס, בניגוד לרישום שהבעלים עדיין יכולים להשתמש בנכס.

ס' 6 לחוק המשכון קובע שאם הצדדים לא התנו על כך, מותר לשעבד נכסים יותר מפעם אחת. כל עוד הנושה לא אמר אחרת, מותר לשעבד את הנכס שוב. החיסרון הוא שהנושה השני יכול להיפרע מהנכס רק לאחר שהנושה הראשון ייפרע. למה שהנושה השני יסכים לכך?

* עדיף שעבוד רשום, גם אם נמצאים שניים במדרג הפירעון, מאשר שלא יהיה שיעבוד בכלל ולהיות בתחתית הרשימה עם זכות חוזית בלבד. בנוסף, הרבה פעמים שווי הנכס עולה על שיעבוד החיוב.
* כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב, והסבירות שיפרע גבוהה מאוד.
* כשנושה מוכן ליטול סיכון- יבוא לידי ביטוי בריבית. אם הנושה מוכן לקחת סיכון ולהיות שני בקבלת השעבוד, הריבית לא תהיה גבוהה כמו בעסקאות שאין בטוחה, אך לא נמוכה כמו עסקה עם בטוחה במדרגה ראשונה.
* מעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח, גם אם יש סיכון.

**המשטר הקנייני בישראל**

ככלל, ההסדרים המשפטיים של בעלויות במדינות ברחבי העולם הוא שרוב הבעלות של הקרקע היא בבעלות של אנשים פרטיים. בישראל, המשטר הקנייני הוא שמרבית הקרקעות נמצאות בבעלות המדינה (כ-93%), ורק מיעוט קטן מאוד נמצא בבעלות פרטית. הבעלות במרשם המקרקעין רשומה על מדינת ישראל.

למה המצב הוא כזה? ס' 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל קובע שאסור להעביר בעלות במקרקעין שבבעלות מקרקעי המדינה, רשות הפיתוח וקרקעי קק"ל. עם זאת, ישנו סייג- ס' 2 לחוק קובע שס' 1 לא יחול אם יש חוק שמאפשר לעשות עסקאות מסוימות בסוגים מסוימים של מקרקעין. חוק מקרקעי ישראל (1960) הוא המסגרת שדרכה אפשר להעביר בעלות במקרקעי המדינה באופן חריג.

ישנם שלושה סוגים של מקרקעי ישראל:

1. מקרקעין של המדינה- מקרקעין שרשומים במרשם שמדינת ישראל היא הבעלים של הקרקע. מרבית הקרקעות הם כאלו, וכל המקרקעין שקיבלנו בירושה מהבריטים הם מקרקעין שעברו לבעלות המדינה ומנוהלות ע"י רשות מקרקעי ישראל (רמ"י) מכוח חוק רשות מקרקעי ישראל. למדינת ישראל בעלות שיורית בקרקעות, כלומר אם יש שטח שלא ידוע מי בעליו, או ירושה של אדם ללא יורשים- הקרקע עוברת לבעלות המדינה.
2. מקרקעין של רשות הפיתוח- תאגיד סטטוטורי שמנהל קרקעות עבור המדינה. מי שרשום פורמאלית ברישום הוא רשות הפיתוח, והיא יכולה לרכוש ולפתח את המקרקעין עבור המדינה. יש שני מקורות מרכזיים:
3. מכוח חוק רכישת המקרקעין- מאפשר לרשות הפיתוח להפקיע ולהקנות מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בנק' זמן מסוימת ב-1952 (נבע בעיקר מאנשים שעזבו בעת מלחמה). החוק קבע גם מנגנון פיצוי.
4. מכוח חוק נכסי נפקדים- מקנה לאפוטרופוס של נכסי נפקדים מקרקעין של נפקדים, ויצר הסדר שהעביר את כל המקרקעין שהיו בידי האפוטרופוס לידי רשות הפיתוח.
5. מקרקעין של קק"ל- פעילותן הוסדרה באמנה בין מדינת ישראל לקק"ל, ומטרתה של קק"ל הייתה ליישב יהודים במדינה. מקרקעי קק"ל אינם בבעלות המדינה אלא קק"ל משלמת למדינה כסף לניהול הקרקע. חוק קק"ל מסדיר את סמכויותיה ונתן גושפנקה חקיקתית לקק"ל. באמנה שבין מדינת ישראל וקק"ל נקבע שהקרקע תיועד רק ליישוב יהודים.

ברישום המקרקעין, אחד משלושת הגופים יכול להיות רשום כבעלים, אך מבחינה מעשית מי שמנהל את הנכסים זה רשות מקרקעי ישראל. קק"ל הוא גורם בעייתי בהקשר הזה, כי הוא מפלה ולא נותן לכל אחד לרכוש קרקעות, לעומת המדינה שמחויבת לשוויון בניהול הקרקעות שלה.

**הרפורמה בבעלויות שטח המדינה**

בגלל שס' 1 לחו"י מקרקעי ישראל אסר העברת בעלות, רשות מקרקעי ישראל הייתה צריכה למצוא מנגנון להעברת הקרקעות מבחינה חוקית. הפתרון היה חכירות ארוכות טווח, וההבנה הייתה שהמדינה נותנת קרקעות לפרט שהיא לא תיקח בסוף תקופת החכירה. ב-2009 הייתה הבנה שצריך לקבל הכרעה כי תקופת החכירה תסתיים. לכן, נעשתה רפורמה ע"י חריג בחוק מקרקעי ישראל. ס' 2(7) לחוק קובע שהמדינה תיתן בעלות לאנשים **בשטחים עירוניים בלבד**, ומ-2009 הקצאת זכויות במקרקעין תיעשה על דרך הבעלות לאנשים. החכירות לדורות שהיו יתוקנו, כך שכל החוכרים יקבלו בעלות בקרקעות שלהם.

האיסור להעברת בעלות בס' 1 עומד בתוקפו, אך כל הרפורמה נעשתה על דרך החריג. החוק עשה זאת בצורה מאוד זהירה- הוא הקצה מספר מוגבל של מקרקעין שניתן להעביר, והמדינה עדיין מחזיקה ב-92% מהשטח, כך שהרפורמה השפיעה באופן זניח ולא צמצמה את כמות השטחים בבעלות המדינה, כי לרוב היום הבנייה נעשית לגובה.

הסיפא של ס' 2 קובע שהרפורמה על המגזר העירוני לא חלה על אדמות קק"ל.

**"מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל", רחל אלתרמן**- טענתה היא שבעלות מדינתית בשטח גדול היא בעייתית. מבחינה היסטורית, היו הרבה סיבות לכך שאי אפשר להעביר בעלות בקרקעות המדינה והיו מספר חששות:

1. ביטחון- החשש המרכזי, חשש שהקרקעות יפלו לידיים של גורמים זרים שישתלטו על המדינה.
2. מניעת עליית מחירים- השליטה במקרקעין ע"י המדינה תאפשר לה לנהל את מחירי הנדל"ן, ובעלות פרטית תביא לעליית מחירי הדיור. נימוק זה שגוי כי כיום הבעיה של מחסור תמידי בדיור נובע מכך שהמדינה שולטת בקרקעות, ולכן עלות הנדל"ן גבוהה. בנוסף, כך המדינה נהנית ממיסים גבוהים כי היצע הדירות נמוך.
3. שימור הקשר עם יהודי התפוצות- כדי לשמור על הקשר עם יהודי התפוצות, צריך לוודא שהקרקע בבעלות לאומית- יהודית.

אלתרמן אומרת שהסיבות לא משכנעות ואפשר להתמודד איתן בצורה אחרת. היא לא מזלזלת בנימוק הביטחוני, אך היא חושבת שיש למצוא אלטרנטיבות ע"י השוואה למדינות אחרות וכיצד הן פועלות. המשטר הקנייני בישראל הוא לא ראוי, וברוב העולם המשטר המשפטי לא מתערב ברמה גבוהה כמו בישראל.

אלתרמן מציעה מנגנוני התערבות בקרקעות המדינה:

1. הלאמה מלאה של זכויות בקרקע- המדינה מחזיקה ברוב המקרקעין במדינה, וברגע שיש הלאמה מלאה זה נותן למדינה את הכוח להחליט מה ייעשה בקרקעות.
2. הפקעה מסיבית של מקרקעין- מדינות שמפקיעות קרקעות בצורה לא פרופורציונאלית, שלא תמיד קשורות לצורך מסוים של המדינה. יש מדינות שמשתמשות בכלי הזה באופן מסיבי, לרוב בגלל טעמים ביטחוניים.
3. רכישה לצורך בנק קרקעות- לרוב מדינות לא משתמשות בשני הכלים הראשונים, אבל הן כן רוכשות קרקעות כדי שאם הן יצטרכו קרקע יהיה להן מענה. מפקיעים קצת יותר קרקע ממה שצריך כדי שיהיה מאגר לעת הצורך.
4. איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)- המקרקעין בישראל מחלוקים לגושים וחלקות. אם המדינה צריכה שטח למטרה ציבורית, היא יכולה לקחת את הקרקע מבעלים מסוימים ולחלק את השטח מחדש. נניח שיש 120 דונם שטח חקלאי מחולק בין שישה אנשים באופן שווה, והמדינה צריכה שטח של 60 דונם. באופציה של הפקעה, המדינה תפקיע קרקע משלושה בעלים ותיקח לכל אחד 20 דונם, תצטרך לשלם להם פיצוי, ולשלושה בעלים היא לא תיגע בקרקע שלהם כלל. האופציה של איחוד וחלוקה היא שמאחדים את כל הקרקעות, המדינה לוקחת את השטח שהיא צריכה לטובת מטרה ציבורית, ומחלקת מחדש בין כל הבעלים את השטח שנותר, ולכל אחד מהבעלים עדיין נשאר חלק מהקרקע (10 דונם). כך אין צורך לפצות את בעלי הקרקעות.
5. הפקעה נקודתית- כשהמדינה צריכה קרקע למטרה מסוימת, היא יכולה להפקיע נקודתית את הקרקע.
6. תכנון ציבורי- המדינה לא לוקחת מקרקעין, אבל יש לה דיני תכנון ובנייה. וועדות התכנון יכולות להחליט איך להשתמש בקרקע גם כשהיא בידיים פרטיות.
7. שוק חופשי ללא התערבות- המדינה בכלל לא מתערבת. כל הקרקעות נמצאות בבעלות פרטית.

אלתרמן מציגה את כל האלטרנטיבות בהן המדינה יכולה להשפיע על המקרקעין, משיטה שיש התערבות מקסימלית של המדינה, עד להתערבות מינימלית. לדעתה, המנגנון שקיים היום בישראל אינו ראוי. אלתרמן נגד בעלות מוחלטת של המדינה בקרקעות, אך גם נגד הפרטה מלאה משתי סיבות עיקריות:

1. צרכים בסיסיים- במדינה ליברלית צריך להשאיר משאבים מסוימים בבעלות המדינה כדי שהיא תוכל לספק שירותים בסיסיים לאזרחיה, למשל, מים או אוויר. המדינה צריכה לשלוט על נכסים בהיקף מסוים כדי שהיא תוכל לספק צרכים אלו. כמו כן, קיים צורך במקרקעין לכבישים, מבנים ציבוריים וכו'.
2. קומדיית ההמונים- קרול רוז אומרת שהפרטה מלאה תביא לאובדן ערך החברתיות, כי כבר לא יהיו אתרים כדי ליצור קשרים עם בני אדם. אם הכל יהיה בידיים פרטיות, לא יהיו מקומות בהן אנשים יוכלו להתחבר.

ניתן להצדיק את מידת ההתערבות של המדינה בקרקעות על בסיס שני שיקולים:

* **כשלי שוק:**

1. The Tragedy of the Commons- בטרגדיית המאגר המשותף, החשש הוא שהמשאב לא ינוצל בצורה יעילה. לכן במצבים כאלה אנחנו רוצים שהמדינה תתערב.
2. שמירה על משאבים לדורות הבאים- צריך להגן על מוצרים ציבוריים שהם לטובת כולם כמו פארקים, שמורות טבע, שטחים צבאיים וכו'. חייבים בעלות ציבורית בקרקעות כדי שיהיו לנו את המוצרים הציבוריים האלו. בנוסף, צריך בעלות ציבורית כדי לשמור על משאבי טבע כדי שהדור הבא יוכל גם להנות מהם.
3. טיפול בהחצנות והשפעות חיצוניות- השפעות שגורמות פעילויות מסוימות, שע"פ כללי השוק אם המדינה לא תתערב, ההשפעות לא יופנמו. לדוגמה, מפעל מזהם שללא התערבות מדינתית ימשיך בפעילותו. המדינה מכריחה את הגורם להתייחס להשפעות חיצוניות. כדי לטפל בהחצנות, יש צורך בשליטה על משאבים. לא מדובר במצב שלא נפריט קרקעות, אלא שצריך מנגנון המאפשר התערבות בהחצנות אלו.
4. שליטה בעיתוי הפיתוח- המדינה זקוקה לרזרבה של קרקעות כדי שהיא תוכל להחליט מתי לפתח ולהשקיע בתשתיות.
5. פערי מידע- רוב כשלי השוק נובעים מפערי מידע בין הצדדים, ושליטה מדינתית יכולה להתגבר על כך ולשבור מונופולים פרטיים.

* **הצדקות חברתיות:**

1. קידום ערכים פוליטיים- יש הרואים בעלות ציבורית על קרקעות בישראל ביטוי סמלי ללאום היהודי וזיקתו לקרקע. הפן הזה נחלש, והרכיב הדומיננטי היום של בעלות מדינתית הוא כדי למנוע השתלטות של גורמים עוינים על המקרקעין. חשש זה משכנע, אך ניתן להתמודד אתו ברגולציה ואין צורך בבעלות כה נרחבת.
2. ביטול פערים חברתיים- לפעמים התערבות מדינתית מוצדקת כדי לצמצם פערים בחברה ולהקצות מקרקעין לאוכלוסיות חלשות (למשל, דיור ציבורי). עם זאת, אין צורך בבעלות כה נרחבת.
3. הערכות להתמודד עם משברים- משברים דורשים התערבות בשוק הקרקעות ובנייה מהירה ומיידית, כמו בגלי העלייה. לכן צריך שתהיה קרקע שבבעלות המדינה.
4. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות­- בעלות מדינתית תמנע הטיות של חלוקת קרקע לצד מסוים (למשל הקצאת קרקעות למגזרים מסוימים). בעלות מדינתית יכולה למנוע את הפוליטיקה ולעשות חלוקה יותר מאוזנת והוגנת.

**בעלות בידי המדינה**

* מגזר עירוני- רשות מקרקעי ישראל לאורך השנים ניהלה את הקרקעות ע"י חכירה ארוכת טווח. רוב המקרקעין היו מוחכרים ל-49 שנים ואופציה של 49 שנים נוספות. לפני הרפורמה, החכירות נתפסו לאורך השנים כזכויות מאוד חזקות, והתפיסה הייתה שהחכירה לדורות מהווה בעלות ולא שכירות שלא תילקח בסוף תקופת החכירה. כיום מעבירים לחוכרים לדורות בעלות בפעימות, והפרקטיקה היא להעביר את כל החכירות לבעלות. הקצאות חדשות של קרקע במגזר העירוני נעשה בדרך של העברת בעלות מאז 2009, וזה נעשה דרך ס' 2(7) לחוק מקרקעי ישראל.
* מגזר חקלאי- המגזר החקלאי הוא מגזר עם זכויות יותר חלשות, ולרוב לחקלאים שעובדים בעיבוד הקרקע זכויות שטיבן הוא זכות חוזית מסוג רישיון במקרקעין ולא זכות קניינית. רישיון מקרקעין מקנה זכות לעבד את הקרקע, אך הזכות אישית, חוזית ולא עבירה, והבעלים של הקרקע יכול לחזור בו מהעסקה. מדינת ישראל עשתה הסכם עם מושבים, קיבוצים ואגודות שיתופיות "הסכם בר רשות"- חוזה תלת שנתי, שהמדינה נותנת למושב או קיבוץ רישיון לשבת במקרקעין ולעבד אותו. ההסכמים נותנים זכויות מאוד חלשות למגזר. החוזים מתחדשים כל שלוש שנים, לכן קל יותר למדינה לבצע שינויים, לשלוט ולפקח על הקרקעות.

**פס"ד תנועת דרור לישראל:** ניסיון לתקיפת הרפורמה וטענה שהיא מאסיבית מידי ופוגעת בחו"י מקרקעי ישראל. ס' 7(2) היה צריך להיעשות בחוק יסוד ולא בחקיקה כמו חוק מקרקעי ישראל 1960.

נקבע: העקרונות החוקיים שאוסרים העברת בעלות לא באמת נפגעו, כי החו"י עצמו בס' 2 קבע דרך לחרוג מהוראותיו. הוא הכיר את הצורך לסטות מהכלל, והחוק עצמו נתן הכשר לרפורמה. ביהמ"ש הדגיש שמדובר בכמות קרקעות קטנה יחסית, ולכן הרפורמה חוקתית.

כל החשש של העברת קרקעות לזרים הוסדר בחוק מקרקעי ישראל בס' 2א. הסעיף יוצר הגבלה על הקניית זכויות לזרים, ומגביל את העסקאות שאנשים עושים עם זרים. הפרוצדורה אומרת שצריך להגיש בקשה לקבלת אישור לעשות עסקה. יש רגולציה שמפקחת על הדרך שקרקעות עוברות לאנשים ובלעדיה אין תוקף לעסקה.

**רישום מקרקעין וסוגי קרקעות בישראל**

ס' 1 לחוק המקרקעין מגדיר את רישום המקרקעין- רישום בפנקסי המקרקעין בלשכת רישום המקרקעין (טאבו). ישנם שלושה סוגי פנקסים שבהם נרשמות עסקאות במקרקעין:

1. פנקס זכויות- עסקאות במקרקעין מוסדרים, שעברו תהליך של הסדר זכויות.
2. פנקס השטרות- עסקאות במקרקעין לא מוסדרים.
3. פנקס הבתים משותפים- פנקס שנרשמים בו כל הבתים המשותפים בישראל.

בנוסף לרישומים הללו, יש מרשמים נוספים נטולי משמעות לגבי חוק המקרקעין. רישום בפנקסים הנוספים לא נחשב לרישום לצורך חוק המקרקעין. המרשמים האלו הם וולונטריים, ורק לעיתים יש להם נפקויות אך לא לעניין חוק המקרקעין.

מטרת מרשם המקרקעין היא לתת פומביות לזכות הקניין, וכך צדדים שלישיים מודעים לזכויות. ברגע שיש את ההזדמנות הזו, הם כפופים לזכויות הללו. בנוסף, זה נועד לשקף את בעלי הזכויות שונות במקרקעין.

התכליות האלו באות לידי ביטוי בהוראות החוק. רוצים לתמרץ אנשים לרשום את הזכויות ולכן ס' 7(ב) מרתיע אנשים לרשום עסקאות, וקובע שאם לא רושמים את העסקה מדובר בהתחייבות חוזית בלבד. ס' 124 גם משקף את תכונת הפומביות וקובע שהפנקסים שמתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם.

ישנה הבחנה בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים. תהליך הסדר מקרקעין זה כאשר יוצרים רישום חדש לגבי הקרקע, ועושים בירור יסודי לגבי הזכויות במקרקעין. בעבר בממשל העותומני, המרשם לא היה מדויק כי היה רישום של עסקאות ולא זכויות, והיו שיטות מדידה ורישומים פרימיטיביים. במהלך השנים כשהבריטים שלטו, הם באו ועשו סדר, ועשו פעולות של מיפוי ומדידות מדויקות, ובירור הזכויות במקרקעין. קרקע מוסדרת היא כל קרקע שעברה מיפוי, מדידה, רישום ובירור זכויות. מרבית הקרקעות במדינת ישראל עברו תהליך של הסדר מקרקעין, כ-96%. כ-3% מהקרקעות בהליכי הסדר, וכ-1% אינם מוסדרים (שוק הכרמל, מזרח ירושלים).

הנפקות של ההבחנה היא בס' 125 לחוק המקרקעין הקובע מה הסטטוס של הרישום בפנקסי המקרקעין:

* ס' 125(א') קובע שרישום בפנקסים לגבי **מקרקעין מוסדרים** יהווה ראיה חותכת לתכנו, כלומר שניתן להסתמך על הרישום, והראייה חד משמעית.
* ס' 125(ב') קובע שרישום בפנקסים לגבי **מקרקעין לא מוסדרים** יהווה ראיה לכאורה לתכנו, כלומר אין ביטחון לאמיתות הרישום, ולכן הרישום ניתן לסתירה אם מישהו מוכיח שהוא הבעלים של הקרקע.

להבחנה הזו יש נפקות גם בדיני תחרויות וגם בבנייה בתו"ל- אם המקרקעין לא מוסדרים ואדם בנה עליה בטעות מחוברים, ס' 23 קובע שלושה תנאים מצטברים כדי שמקים המחוברים יוכל לרכוש את הקרקע מבעליה:

1. המקים סבר בתו"ל בשעת הקמת המחוברים שהוא בעל המקרקעין.
2. הסכום שהמקים השקיע בשעת הקמת המחוברים עלה.
3. רכישת המקרקעין לא תגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאי אפשר לפצות עליו.

**מקרקעין רשומים ושאינם רשומים**

ישנם שני סוגי מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין:

1. מקרקעין שלא בא זכרם כלל בפנקסי המקרקעין (לא גוש ולא חלקה). יש מעט מאוד קרקעות כאלה.
2. יחידות מקרקעין, המהווות חלק מגוש מקרקעין מוסדרים, כשהגוש טרם עבר פרצלציה- תהליך של פיצול חלקות. (הגוש רשום אבל החלקות אינן. בדר"כ בשל התמשכות הליכי התכנון לחלוקת הגושים לחלקות). במצב כזה שיש חוסר ברישום, היחס לסוגי העסקאות הוא לא כעסקה במקרקעין, אלא כעסקה עם זכות חוזית.

מקרקעי יעוד- מוסדרים בס' 107 לחוק המקרקעין. הס' קובע שזה מקרקעי ציבור שמיועדים לתועלת הציבור. ישנם חמישה סוגים של מקרקעי יעוד:

1. שפת הים לרבות מקרקעין שבתחומי נמל.
2. נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם.
3. דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל.
4. נמלי תעופה.
5. סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת.

מקרקעי יעוד מספקים צורכי ציבור מרכזיים וחשובים מבחינה ציבורית. ס' 111 קובע שיש איסור לעשות עסקאות שטעונות רישום במקרקעי יעוד. עסקאות שאינן טעונות רישום כמו שכירות קצרת טווח הן כנראה אפשריות. אפשר לעשות עסקאות שטעונות רישום במקרקעי יעוד רק אם יש אישור של הממשלה או השר.

ס' 111 מעלה מספר שאלות:

1. למה ההסדר חל רק במקרקעין? ישנם נכסים רבים דומים שהיינו רוצים לתת הגנה דומה כמו יצירות אמנות.
2. למה רק הייעודים המנויים, ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים?
3. אם הקרקעות כ"כ חשובות, למה בכל זאת הם ניתנים להפרטה?

**אפליה בהקצאת קרקעות**

רקע: הנושא של הפרדה במקרקעין היא תופעה שהייתה רווחת בארה"ב. רק בשנות ה-60 התחילה התנועה של זכויות האזרח והקריאה לשוויון. בארה"ב במשך תקופה ארוכה הייתה פגיעה באוכלוסייה השחורה, ועם הזמן רואים שמתחיל שינוי. יש קשר בין אזרחות לקניין- הזכות להיות בעלים במקרקעין קשורה למעמד האזרח כבעל זכויות שוות.

בישראל אין חקיקה שעוסקת באפליה במקרקעין במגזר הפרטי או הציבורי. בישראל בעיקר ניזונים מפסיקה של ביהמ"ש, ומהפסיקה מחלצים את העקרונות של הדין הישראלי.

השאלה שמתעוררת היא הרבה יותר רחבה מקניית והשכרת מקרקעין, אלא נוגעת בהיבטים נוספים למשל כניסה למקומות מסוימים. השאלה היא מהן הגבולות, והאם יש הבדל בין קרקע פרטית לקרקע ציבורית.

המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים עולה בצורה חריפה בכל מיני הקשרים, והשאלה היא כיצד מאזנים כראוי.

**פס"ד מאסטרפיס:** אופה נוצרי סירב להכין עוגת חתונה לזוג הומוסקסואלי משום שזה נוגד את עקרונותיו. הזוג פונה לוועדה שאחראית על יישום זכויות האזרח, בטענה שיש פגיעה בשוויון בכך שהאופה סירב לתת להם שירות.

נקבע: ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שהוועדה לא נתנה מספיק מקום לחופש הדת של האופה, ולכן אי אפשר לקבל את החלטת הוועדה כי הוא לא קיבל הליך הוגן. הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית ולכן פוסקים לטובת האופה.

**פס"ד דפוס הקשת:** סטודנטים מהקהילה הגאה באוניברסיטת בן גוריון פנו לדפוס קשת להדפסת מודעות, ובית הדפוס סירב בלי להסתכל בתוכן של המודעות. הדיון היה סביב גבולות חוק האפליה במוצרים ושירותים.

נקבע: יש אפליה, כי הסירוב לתת שירות הוא על בסיס נטייה מינית. אין רלוונטיות לחופש דת וטענות מצפוניות, כי בית הדפוס בכלל לא ידע את תוכן המודעות. ההתנגדות לא הייתה על בסיס דתי, אלא על בסיס נטייתו המינית של המבקש.

**הזכות לכניסה למקרקעין בישראל**

מתעוררות שאלות בעניינים שונים, גם ביחס לקרקע בבעלות פרטית וגם ביחס לקרקע בבעלות ציבורית.

**אפליה בהשכרת דירות**

יש מציאות משפטית שאנשים מסרבים להשכיר דירות לאוכלוסיות מסוימות. אם אדם פרטי מסרב להשכיר לאדם על רקע מסוים, לא נראה שיש דרך לחייב את בעל הקניין להשכיר את נכסו. ככל שמדובר בגוף ציבורי, המצב הוא אחר כי הם כפופים למשפט הציבורי המחויבים בערך השוויון. אם אדם כן מפלה בהשכרה גם כשהוא בכובעו כאדם פרטי, יהיה אפשר להגיש תביעה לפי חובת תו"ל במו"מ, וככל הנראה יתנו פיצוי ולא תהיה אכיפה.

**אפליה במכר דירות**

כשמדובר בדירה בבעלות פרטית, העקרון יהיה זהה לעקרון בהפליה בהשכרת דירות.

**פס"ד מי-טל הנדסה:** חברה קבלנית זכתה במכרז של רמ"י וסירבה למכור דירה לזוג ערבים.

שטיין: לגבי אפליה במכירה, אין בישראל אמירה משפטית ברורה שהדבר אסור. דירת מגורים אינה נכנסת תחת ההגדרה של המושג "מוצר" שבחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ורואים זאת בדברי ההסבר לחוק, כי המחוקק לא רצה לכבול את ידי אנשים כשהם עושים עסקאות. מוצרים זה רק מיטלטלין, ואי אפשר להחיל את החוק על מכר דירות. עם זאת, קבלן שזכה בקרקע במכרז מהמדינה, החברה מכפיפה את הקרקע במכרז לעקרון השוויון. על בסיס התנאים של המכרז, החברה הייתה כפופה לעקרון השוויון. הקבלן פעל בחוסר תו"ל, ולכן יש לתת פיצויים.

מזוז: דירה נכנסת תחת ההגדרה של "מוצר" שבחוק איסור הפליה שמוצרים ושירותים, ולכן החברה הפרה את ס' 3 לחוק. מזוז מנסה להרחיב את תחולת החוק, ואומר שמבחינת תכלית החוק אין סיבה שנסתכל על מוצרים אחרת מדירה אלא להיפך- שוק הדירות הוא משמעותי לכולם, ולכן צריך להכלילו בפרשנות של "מוצר".

**ועדות קבלה לישובים**

לעיתים רבות ישנן ועדות קבלה לישובים, ויש צורך לאזן בין עקרון השוויון לבין הרצון לשמור על מרקם קהילתי בישוב.

**פס"ד קעדאן:** היישוב קציר מסרב לקבל את משפחת קעדאן הערבית לישוב, בטענה שזה יפגע במרקם הקהילתי. הקרקע היא של הסוכנות היהודית, וכתאגיד ציבורי הם כפופים לעקרונות המשפט הציבורי, ביניהם עקרון השוויון.

נקבע: עקרון השוויון מחייב מניעה של אפליה. בגלל שמדובר בקרקע של תאגיד ציבורי ולא מדובר ביישוב שיש לו מאפיינים מיוחדים, צריך להקצות לזוג קרקע וחייבים לפעול ע"פ עקרון השוויון. גם אם יעשו יישוב ערבי נפרד (נפרד אבל שווה), זה עדיין בעייתי, מפלה ומבזה.

ביהמ"ש לא מחדד את היכולת של יישוב קהילתי להתבדל ולהגביל את הכניסה אליו. יש יישובים שיוכלו להדיר אוכלוסיות מסוימות, כי יש מאפיינים מסוימים ליישוב, ומתן אפשרות לכל אחד להיכנס ליישוב תפגע במרקם הקהילתי. עם זאת, ביהמ"ש לא נכנס לקריטריונים כיצד אפשר להדיר בצורה חוקתית.

אחרי פס"ד קעדאן תיקנו את פקודת האגודות השיתופיות, וב-2011 מתקבל חוק וועדות קבלה שמסדיר את וועדות הקבלה. התיקון יצר מנגנון שמאפשר ליישובים קהילתיים לסנן מועמדים שרוצים להתקבל ליישוב בגלל שהאוכלוסיות הללו פוגעות במרקם הקהילתי. היישובים הקהילתיים שעליהם חלה הפקודה מוגדרים בס' 2, ויש עליהם מגבלות.

ס' 6ב קובע שזכות הכניסה למקרקעין ביישוב קהילתי מותנית באישור וועדת קבלה. יש תנאים למי שזכאי להיות נציג בוועדה, וועדות קבלה רשאיות לסרב מועמדים, אך היא צריכה לספק נימוק. כמו כן, ניתן להשיג על החלטות הוועדה.

ס' 6ג מפרט את עילות הסירוב לקבלת מועמדים, ביניהן קטינות; ללא יכולת כלכלית; למועמד אין כוונה לקבוע את מרכז חייו שם; **המועמד לא מתאים לחיי החברה בקהילה; ואי התאמה למרקם החברתי-תרבותי**.

ס' 6ג(ג) קובע שאסור לסרב לקבל מועמד על בסיס עילות ההפליה- גזע, דת, מין, לאום וכו'.

**פס"ד סבח:** תקיפה של חוקתיות חוק וועדת קבלה, בטענה שהוא מכיל קריטריונים עמומים שישמשו כסות להפליה.

שופטי הרוב: יש בעיה של חוסר בשלות, ומחכים למקרים יותר קונקרטיים שאדם נפגע מוועדת קבלה.

חיות: מצטרפת לשופטי הרוב לעניין הבשלות, אך אומרת שכדי לצמצמם את העמימות שבס' 6ג, צריך לקרוא לתוך ההוראות על דרך של פרשנות ואמות מידה אובייקטיביות. חוות הדעת המקצועית על אי-התאמה חייבת להגיע מגורם בלתי-תלוי. בנוסף, הסמכות לדחות אדם ביחס לעילה של אי-התאמה למרקם החיים הקהילתיים, היא רק במקום שבו המרקם קיבל ביטוי מוצהר בתקנון של האגודה ותורם להוויה הקהילתית. יש להוכיח שאכן קיים מרקם כזה.

ג'ובראן, ארבל והנדל (מיעוט): יש מקום לבטל את עילות הדחיה ולהכריז עליהן כעילות לא חוקתיות. ג'ובראן אומר שהעילות בסעיף הן מכובסות- אם רוצים לדחות מועמד, ילבישו עליו עילה מסוימת. יש פרקטיקה של אפליה שנמשכת הרבה שנים ולכן צריך להתערב.

ארבל אומרת שהיא הייתה פוסלת את העילות של מרקם חברתי ואי-התאמה לחיי הקהילה. היא מדגישה שהעילות עמומות, ומאפשרות ליצוק תוכן שהוועדות קבלה רוצות. וועדות קבלה מורכבות בעיקר מאנשים פרטיים תושבי היישוב, וזה נותן להם כוח לקבל ולסרב לכל אדם כפי שהם רוצים. ההתרשמות סובייקטיבית, ויכולה להיות מושפעת מדעות קדומות. בנוסף, מבחני ההקדמה בעייתיים, כי יש פגיעה בכבוד ובפרטיות של מועמדים שצריכים להוכיח שהם מתאימים ליישוב. ארבל מאפשרת התבדלות וליצור יישוב קהילתי, אך צריך אופי קהילתי דומיננטי ומשמעותי מאוד, שהכניסה של אנשים מסוימים יכולה לפגוע, אך צריכים להיות מאוד זהירים.

הנדל אומר שהפס"ד בשל חלקית, מהסיבה של הרכב וועדת קבלה. הרכב הוועדה הוא בלתי חוקי, וצריך שיהיו נציגים מקבוצות מיעוט. אם הועדת קבלה מורכבת רק מאנשי היישוב, ברור שהם יקבלו רק את מי שמתאים להם.

**פס"ד סבא נ' מקרקעי ישראל:** עתירה נגד החלטה של מנהל מקרקעי ישראל להקצות מגרש ביפו לבנייה של 20 דירות מגורים. המכרז היה פתוח רק ליהודים דתיים לאומיים, והעתירה הייתה בטענה שמדובר באפליה.

נקבע: ביהמ"ש לא מתערב מכיוון שהמעשה עשוי והמכרז הסתיים. הגישו את העתירה בשלב מאוחר מידי. החברה טענה שבגלל שהיא חברה פרטית היא לא מחויבת לעקרון השוויון. פעם המכרזים של רמ"י לא היו כפופים לעקרון השוויון. בייניש אומרת שהסיפור מעורר קשיים בשאלה עד כמה תאגיד פרטי כפוף לשוויון. בנוסף, כאן הקבוצה היא לא קבוצת מיעוט שצריכה הגנה על מאפיין ייחודי כלשהו.

**פס"ד שיח חדש:** העתירה עסקה בחוקתיות של שלוש החלטות בנוגע לשינוי ייעוד בקרקעות- החלטות 717,727,737.

נקבע: ביהמ"ש מחליט לבטל את ההחלטות בגלל שהמדינה יצרה הסדר שלא בחקיקה, ומעניקה הטבות שפוגעות בשיקולי צדק חלוקתי, חברתי וסביבתי. המנהל צריך לפעול בהגינות תוך מתן הזדמנויות שווה לכלל הציבור.

717- אפשרות לקרקעות שנחכרו בידי יישובים לעבור פיתוח תעשייתי. הבעיה בהחלטה זו היא שההטבה ניתנה למגזר מסוים, כאשר גובה ההטבה עולה על הטבות שניתנו לכל מגזר אחר.

727- אפשרות לשנות ייעוד חקלאי לבניית מגורים, תעשייה, מסחר, תיירות וכו'. לחוכרים יתנו פיצויים לפי שווי הקרקע אחרי שינוי הייעוד. הבעיה בהחלטה זו היא שהפיצויים גבוהים לסקטור קטן מהאוכלוסייה על חשבון הקופה הציבורית.

737- שינוי ייעוד קרקעות לצורך הרחבת שטחי מגורים ביישובים חקלאיים, ומתן אפשרות לרכוש את הקרקע בעלויות הנמוכות משווי השוק. ההחלטה פוגעת קשות בעקרון הצדק החלוקתי, ואין סיבה לאפשר את הפער המשמעותי בקבלת קרקע במחיר מוזל כשאין מקבילה לכך בסקטור העירוני.

פס"ד זה חשוב כי לראשונה ביהמ"ש מתערב על בסיס שיקולים חלוקתיים לגבי החלטות שנתנו הטבות לסקטורים שנועדו לפיתוח המדינה. ביהמ"ש ביטל את ההטבות מתוך שיקולי שוויון וצדק חלוקתי.

**פס"ד פרוז'אנסקי:** מועדון לילה קבע גיל כניסה שונה לגברים ונשים. העתירה דנה בחוק איסור הפליה במוצרים.

נקבע: מדובר באפליה לא לגיטימית נגד גברים וגם נשים, ולכן התובע זכאי לפיצוי. מדובר במקום ציבורי שנופל לגדרי חוק איסור הפליה במוצרים, ולכן הם לא רשאים להפלות. השאלה העקרונית היא עד כמה אפליה על בסיס מגדר היא אפשרית או לא. מטרת החוק היא לקדם חברה שוויונית וצודקת יותר עבור כולם. דנציגר סבר שהמועדון לא הצליח להוכיח שוני רלוונטי ומהותי להבחנה, ולכן מדובר באפליה אסורה. טענת המועדון הייתה שבמציאות במרבית הזוגות האישה צעירה מהגבר ולכן מדובר בשוני רלוונטי, אך ביהמ"ש קבע שזו לא סיבה רלוונטית ומוצדקת. ג'ובראן טען שעצם החלוקה לקטגוריות גילאיות משקפת הנחת מוצא מפלה.

כיצד בפועל וועדות קבלה ביישובים יכולות לעבוד? שי שטרן במאמרו מנסה למלא את החלל שפסקי הדין לא נתנו בהלכה מפורשת, ומסביר באלו תנאים ניתן להדיר אנשים מהיישוב. המודל מציע ארבעה שלבים להגדרת קהילה:

1. האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת- לא מספיק ערך כללי שכולם מאמינים בו, אלא תפיסת עולם יותר מגובשת.
2. תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב- עד כמה נדרש שיתוף פעולה קהילתי כדי לממש את אותה תפיסת עולם? ישנם ארבעה סוגים של שיתופי פעולה למימוש תפיסת עולם, מהקל לכבד:
3. לא קיים ולא נדרש שיתוף פעולה. במצב כזה לא ניתן להדיר אף אחד.
4. מסייע- אם אדם גר בקרבה לאנשים אחרים שחולקים תפיסות עולם דומות לשלו, זה יכול לסייע לו לממש את תפיסות עולם הללו. למשל, צימחוני שגר בקרב צמחונים.
5. מוסיף ערך- שיתוף הפעולה מוסיף ערך משמעותי באופן כללי ע"פ תפיסות העולם. למשל, אדם יכול להתפלל לבד, אך יש עניין של תפילה במניין וזה וודאי מוסיף ערך.
6. מכונן- מצבים שבהם ללא שיתוף פעולה אין דרך לממש את תפיסת העולם. למשל, הקיבוץ ההיסטורי- חלק מתפיסת העולם דגלה בשיתוף עם אחרים, ובלי שיתוף פעולה הקיבוץ לא יכול להתקיים.
7. ההשפעה של מניעת ההדרה על הקהילה- צריך לבדוק מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן מועמדים.
8. חוסנה הפוליטי כלכלי של הקהילה- ככל שהקהילה חזקה יותר, הם יצליחו לשמור על המאפיינים שלהם, גם בלי תמיכה ממשלתית.

יש לבחון את כל השלבים הללו על מנת להכריע האם אפשר להדיר אדם מיישוב קהילתי או לא.

**קרקעות קק"ל**

קק"ל מחזיקה ב-13% מקרקעות המדינה, רובן חקלאיות. ב-2009 מדינת ישראל וקק"ל חתמו על הסכם חילופי קרקעות, במסגרתה המדינה קיבלה שטחים נחשקים יותר המחויבים לעקרון השוויון, בתמורה לשטחים נחשקים פחות. קק"ל הגבילה את הקצאת קרקעותיה רק לאוכלוסייה יהודית, ובג"ץ ביקר את הנוהל של קק"ל ושקל להחיל עליו את עקרון השוויון. בשל הסכם חילופי הקרקעות, יש פחות בעיתיות עם המדיניות של קק"ל כי הקרקעות שבבעלותה הם בעיקר קרקעות חקלאיות באזורים פחות נחשקים.

סביר להניח שקק"ל תוגדר בהמשך כגוף דו-מהותי, ולכן יחולו עליה עקרונות המשפט הציבורי והמשפט הפרטי.

**הגנת הבעלות והחזקה**

הגנת הבעלות והחזקה דנה בשאלות של הסגת גבול. הנושא מוסדר בסעיפים 15-20 בצורה שנותנת מקום לא רק לבעלים הפורמאליים, אלא גם למחזיק. נבחן כיצד דיני הקניין מאפשרים לנו להגן על זכות הבעלות והחזקה ושומרים על הנכסים שלנו. הגנת הבעלות והחזקה נעשית גם מכוח דינים אחרים כמו פקודת הנזיקין וחוקים פליליים.

מבחינה מעשית, נראה שנכסים מוחזקים לא רק ע"י האדם שיש לו בעלות אלא ע"י אנשים אחרים- שוכר, שואל וכו'.

כדי להיחשב מחזיק בנכס ישנם שני רכיבים מרכזיים:

1. רכיב נפשי של כוונה לשלוט בנכס- הרכיב המרכזי.
2. ביטוי פיזי של ההחזקה- האדם תופס את הנכס.

ההצדקות להגנת הבעלות והחזקה:

* שמירה על הסדר הציבורי- הנימוק המרכזי שבגללו נותנים הגנה. סכסוכי מקרקעין מאיימים על הסדר הציבורי בכך שלא יודעים מה מצב הזכויות, ומי רשאי לשהות בנכס ומי לא. כשמאתגרים את הנושא של זכויות במקרקעין, מערערים את הסדר שקיים בחברה. אם ניתן קדימות לאדם שמצוי פיזית במקרקעין, זה עשוי לתת תחושת ביטחון בדבר הבעלות במקרקעין מבלי לעשות בירור מעמיק.

הביקורת: המשפט הפרטי אינו צריך להתמודד עם ערכים של שמירה על סדר ציבורי. לא תמיד חוק המקרקעין הוא הכלי להתמודד עם הבעייתיות של סדר ציבורי.

* יעילות בהגנה על נכסים- הייתה מחאה חברתית ב-2011 בטענה שיש הרבה נכסים שאנשים קונים להשקעה, ומדובר בדירות ריקות. אנשים רצו לפלוש לדירות ולנצל אותן, כי הרבה יותר יעיל שישתמשו בהן.

ביקורת: האם הטיעון משכנע? מנסים לטעון שיותר יעיל לראות במחזיק כמי שצריך להיות בנכס כי יש בזה הסדר כלכלי יעיל. יש כאלו שטוענים שהרציונל לא רלוונטי לשוק שאנחנו חיים בו היום. אדם יכול להחזיק במקרקעין גם אם הוא בצד השני בעולם.

* הטלת הנטל על התובע- מי שרוצה לתבוע ולהיפרע מהמחזיק בנכס, צריך להראות שהמחזיק לא זכאי לשבת בנכס, ונטל ההוכחה הוא על התובע.

ביקורת: המשמעות היא רק ראייתית לעניין נטל ההוכחה, והחזקה לא אומרת דבר מהותי על המחזיק בנכס.

* עידוד שימוש בנכסים פנויים- אין סיבה להשאיר נכסים פנויים, ואם יש אדם שמחזיק בהן צריך לתת תוקף להחזקה הזו.

ביקורת: כאנשים פרטיים אי אפשר לבוא לנהל דברים מהסוג הזה, ולעשות מעין "רובין הוד".

יש ארבעה שחקנים מרכזיים בסוגיית ההחזקה: הבעלים; מסיג הגבול; המחזיק- מחזיק כדין בפועל בנכס; ובעל הזכות להחזיק- קיבל הרשאה להחזיק במקרקעין, אך עדיין לא מימש אותה.

ס' 15 לחוק המקרקעין קובע שהמחזיק יכול להיות אדם ששולט באופן ישיר במקרקעין למשל הבעלים, או שהשליטה הישירה היא בידי אדם שמחזיק מטעם הבעלים (אופן עקיף).

ס' 16 לחוק המקרקעין קובע שהבעלים של המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בנכס, זכאים להגיש תביעת פינוי נגד מי שמחזיק בקרקע שלא כדין.

ס' 17 עוסק בהפרעה לשימוש במקרקעין בלבד שאינה מגיעה להסגת גבול (פלישה). בגלל שהסעיף שותק ולא אומר "מחזיק כדין", לכאורה הסעיף רחב ומאפשר למחזיק במקרקעין להיות גם כזה שאינו מחזיק כדין. המטרה היא לשמור על הסדר הציבורי, ומעדיפים למנוע עוד הסגות גבול, ולכן מותר למחזיק במקרקעין לדרוש ממי שאין לו זכות במקרקעין שימנע מכל שימוש שיש בו הפרעה, ושיסלק כל דבר שיש בו הפרעה.

**יוסף נ' עוקשי:** המערער הגיש תביעה בטענה שהוא בעל זכויות החזקה, שימוש ודיירות מוגנת במבנה המצוי בבעלות רשות הפיתוח, והמשיב פלש אליו וגרם לנזקים במבנה ולרכוש. המשיב טען שלמערער אין זכות קניינית או רשות להחזיק. במחוזי קבעו שהמערער לא הוכיח את מהות זכויות להחזקה במבנה, ולכן אינו יכול לסלק את המשיב.

השאלה המשפטית: על מה חל ס' 17 מבחינה לשונית?

אנגלרד: הפרעה לשימוש היא כל הפרעה שלא מגיעה לסטטוס של פלישה, כי שאר הסעיפים (15-20) מסדירים זאת.

פרוקצ'יה: הפרעה לשימוש כוללת פלישה, אך עמדתה מסתדרת פחות עם שאר הסעיפים.

ס' 18 עוסק בסעד עצמי, ונותן לאנשים במצבים של פלישות סמכות להפעיל כוח נגד מסיגי גבול. למה לתת לאדם אפשרות לעשות סעד עצמי? ישנן שלוש הצדקות עיקריות להפעלת סעד עצמי במצבים של פלישה:

1. מענה לאופי האנושי- מתן סעד עצמי הוא מנגנון לשחרור קיטור. המחוקק יודע שכשפוגעים לאנשים בהחזקה ובזכויותיהם במקרקעין, הם יגיבו באלימות ויפעילו כוח. האינסטינקט הבסיסי הוא להגן על רכוש, ונותנים לו לגיטימציה. הרבה מתנגדים לכך, וטוענים שהמשפט לא יכול לאפשר הפעלת כוח.
2. חלופה מעשית במקרים מסוימים- אם לא ניתן סעד עצמי, אנשים יאבדו את זכויותיהם, לדוג' במיטלטלין.
3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות- כלל קנייני מחייב הסכמה של הבעלים לעשות שימוש בנכס, לעומת כלל אחריות שמאפשר שימוש בנכס ולשלם פיצוי. סעד עצמי נתפס כביטוי של הכלל הקנייני- המחזיק מונע מהפולשים להגיע למצב שיעשו שימוש בנכס שלו ויפצו אותו על כך.

ס' 18(ב) קובע שאם מסיג גבול תפס את המקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק כדין במקרקעין תוך 30 ימים מיום התפיסה להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהמקרקעין. יש עדיפות שהשימוש בכוח ייעשה ע"י המשטרה.

הפרשנות מצמצמת- תאגידים לא יכולים להפעיל סעד עצמי אלא רק יחידים, 30 ימים מיום התפיסה, וכוח סביר.

ס' 18(א) עוסק במצב של פלישה שלא התרחשה. למחזיק במקרקעין כדין מותר להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול. אין כאן הגבלת זמן לגבי היכולת להפעיל את הכוח כדי למנוע הסגת גבול.

ס' 19 עוסק במצבים שבהם אנשים עושים דין עצמי בניגוד להוראות החוק בס' 18(ב), ומנסה להרתיע אותם. אם הוציאו מקרקעין מהמחזיק בניגוד לס' 18(ב), חייבים להחזיר את המקרקעין לפולש, לדוגמה אם הפעילו כוח במידה לא סבירה, או לאחר 30 יום. עם זאת, הסיפא של הסעיף קובע שיש לבימ"ש שיקול דעת לפסוק אחרת.

מה קורה עם שוכרים שלא מתפנים בתום תקופת השכירות? האם הוא נחשב כפולש? הפסיקה קבעה שהפעלת סעדים עצמיים נגד שוכרים שלא מתפנים בתום תקופת השכירות לא נכנס לגדרי ס' 18(ב), אלא צריך לתבוע לפי ס' 16.

כל ההסדרים בס' 15-19 הם הסדרים משפטיים שחלים גם לגבי מיטלטלין בהתאמה.

סיכום תוקף הסעיפים של כל שחקן- הבעלים יכולים לתבוע מתוקף ס' 16-18 אם הוא או מישהו מטעמו מחזיקים בנכס; המחזיק כדין רשאי לפי ס' 16-18; הזכאי להחזיק בנכס רשאי לפי ס' 16, מחזיק שלא כדין רשאי לתבוע מפריע לפי ס' 17; ומסיג גבול יכול לתבוע מסיג גבול (מפריע) אחר מתוקף ס' 17.

**החזקה כשהמדינה היא הבעלים**

חוק מקרקעי ציבור מסדיר את הזכות להגן על הבעלות והחזקה ביחס למקרקעי מדינה. כשמדובר במדינה, היא שולטת בשטח נרחב, ולרוב אין לה שליטה באופן מעשי. לכן, יש סמכויות נרחבות, דרמטיות ושורה של יתרונות.

ס' 4(א) קובע שאם יש פלישה לקרקעות מדינה, אפשר להוציא צו לסילוק יד ולפנוי מקרקעי הציבור. מגבלת הזמן היא שישה חודשים מהיום שגילו שפלשו לקרקע, ועד לשלוש שנים מיום התפיסה. אם הצו לא מבוצע, יש סמכות לסלקו מהקרקע. החוק יוצר הגבלה של סעד עצמי- חייבים להוציא צו, ואסור להפעיל כוח.

**מדינת ישראל נ' בן שמחון:** המערערת הוציאה צו סילוק יד ממקרקעין ע"פ חוק מקרקעי ציבור.

נקבע: צריך להשתמש בסמכויות של החוק בזהירות, כי הוא חוק דרקוני, תוך שמירה על האינטרס הציבורי.

ס'4א עוסק במצבים של חוזה שהסתיים כשהמדינה היא צד לחוזה, והיכולת להפעיל את הסמכויות בחוק. ביחס למקרקעי ציבור המחוקק יצר הסדר שאפשר להפעיל את סמכויות החוק גם ביחס למי שלא מתפנה לאחר תקופת השכירות. זאת בתנאי שחוזה השכירות לא עולה על 7 שנים.

**דרכי רכישת זכויות קנייניות**

ישנה הבחנה בין זכויות חוזיות לקנייניות, ויש שלבים חוזיים ושלבים קנייניים בעסקה. בשלב הקנייני מקבלים גישה בלתי אמצעית לנכס, וזה הופך את הזכות לחזקה יותר. המעבר בין הזכות החוזית לקניינית הוא מעבר דרמטי בעוצמת הזכות- מזכות התקפה כלפי שני צדדים, לזכות שתקפה כלפי כולם.

ישנן דרכים שונות שאפשר לרכוש זכויות קנייניות:

* ירושה- מקרקעין, מיטלטלין או זכויות. בין בירושה לפי דין או בירושה לפי צוואה.
* תפיסת חזקה- קיימת בעיקר במיטלטלין ביחס לנכסים שאנשים הפקירו או איבדו. כל אחד יכול לקחת נכס שאדם הפקיר (לדוגמה, ספה שזרוקה בפח), והחזקה יכולה לגבש זכות קניינית. במקרקעין הייתה תפיסה שתפיסת חזקה הייתה מנגנון שאפשר לקבל בעלות במקרקעין. אם אדם מחזיק במקרקעין למשך תקופה ארוכה מאוד, הוא הופך לבעלים של הנכס ומתגבשת זכויות במקרקעין. כיום זה לא רלוונטי בישראל, אלא רק בשטחים מסוימים באיו"ש.
* חלוף זמן+ שימוש שאין עימו החזקה- זיקת הנאה מכוח שנים. עצם העובדה שאדם עושה שימוש מסוים במקרקעין לתקופה ארוכה מאוד והבעלים מודעים לשימוש, נוצרת זכות קניינית. אין כאן החזקה אלא הנאה.
* שיפור נכסי הזולת- ערבוב וחיבור מקרקעין או בניה במקרקעי הזולת. חיבור נכס למקרקעין מעביר את הזכות הקניינית לבעל הקרקע. במיטלטלין, אם לא ניתן להבחין בין הדברים שחוברו זה יוצר בעלות משותפת.
* עסקה רצונית- מכר, מתנה, שכירות, משכון וכיו"ב. לפעמים יש הוראות מיוחדות של הדין ביחס לכל עסקה, כמו דרישת הכתב במקרקעין, או דרישות אחרות לגבי קיום של אותה עסקה.

יש צורך להיות רגישים לסיווג הנכסים בעסקאות. עסקה יכולה להיות במקרקעין, מיטלטלין או זכויות. כשעושים עסקה רצונית שזו דרך המלך, תמיד דיני החוזים חלים על העסקאות- כריתת ההסכם, פגמים בכריתה, יכולת ביטול, ביטול עקב אי-חוקיות, תרופות וכו'.

מתי הזכות עוברת מהשלב החוזי לשלב הקנייני? החשיבות היא למערך היחסים החוזיים בין הצדדים הקרובים לעסקה, ובעיקר במערך היחסים עם צדדים שלישיים. השלב החוזי תקף רק בין הצדדים לחוזה, והמעבר לשלב הקנייני הופך את הזכות לתקפה כלפי כולם.

**רכישת זכות קניינית במקרקעין**

עוברים מהשלב החוזי לקנייני במקרקעין כשרושמים את העסקה במרשם המקרקעין. המעבר לוקח זמן, ולכן בשלב הביניים יש המון התרחשויות שעלולות לקרות, ולכן האדם חשוף כשהוא נמצא בשלב הביניים לזמן ארוך. ס' 7(ב) לחוק המקרקעין קובע שכל עוד לא רשמו את הרכישה בטאבו, יש רק זכות חוזית ולא קניינית.

לפני חקיקת חוק המקרקעין, דיני היושר קבעו שנראה בעסקה שבשלב הביניים כעסקה עשויה. לא רצו לגרום לאדם להפסיד את זכותו, ולכן נכיר בזכות כמעין קניינית, ונראה בעסקאות הללו כעסקאות שנגמרו ותקפות כלפי מעקלים.

לאחר חקיקת החוק, ס' 161 מבטל את דיני היושר. מתעוררת השאלה מהו דינו של רוכש הנמצא בשלב החוזי.

**פס"ד בוקר:** בוקר קונים דירה, משלמים כמעט את כל הכסף, לא מספיקים לרשום בטאבו, ומעקלים להם את הנכס.

נקבע: רוצים לעודד את הצדדים לרשום את הזכויות, ולכן כל עוד העסקה לא הסתיימה ברישום, הזכות היא רק חוזית.

לאחר הלכת בוקר השופט ברק ניסה למצוא דרך לחזור לדיני היושר.

**פס"ד אהרונוב:** הזוג אהרונוב מתגרשים, האישה לא הספיקה לכתוב את הנכס על שמה, והבנק מעקל מאוחר שלוקח את הנכס.

נקבע: ברק אומר שבעימות בין מעקל מאוחר לבעל זכות חוזית בנכס, הזכות החוזית היא מעין זכות קניינית כנגד המעקל המאוחר. ברק מתבסס על ס' 9 שעוסק בעסקאות נוגדות, ולומד ממנו שיש ברירת מחדל שלרוכש הראשון יש עדיפות. לבעל הזכות החוזית יש זכות מעין קניינית שתקפה כלפי צד ג' במצבים מסוימים, כמו מעקל מאוחר.

למה יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום? כשרוכשים זכויות במקרקעין, לוקח זמן עד שהזכות רשומה בטאבו כי לרוב העסקאות מעוצבות בצורה שצריך לשלם בתשלומים, והמוכר לא ייתן את הזכות הקניינית עד שהרוכשים ישלמו את כל התשלומים. ישנן 2 סיבות מרכזיות למה אי אפשר לעשות רישום ישר עם כריתת החוזה:

1. מיסוי ואישורים- ישנם הרבה מיסים שצריך לחשב על מנת להעביר זכויות, וצריך להביא הרבה אישורים, שתהליך קבלתם והעברתם לטאבו לוקח זמן רב.
2. מימון והסרת משכנתאות- אנשים פונים לבנק למשכנתא כדי שהם יוכלו לרכוש את הנכס, וההסדר לוקח זמן.

כשהנכס לא רשום בטאבו, המקרקעין לא רשומים. למשל, בקניית נכס "על הנייר" מקבלן, אין מקרקעין קיימים, ולכן אין עסקה במקרקעין. כשאין נכס רשום בטאבו, מדובר על רכישת זכויות חוזיות בלבד.

בהליך רישום סטנדרטי יש להביא את כל המסמכים לטאבו- שטר מכר שהוא המסמך הרשמי של המדינה; חוזה שנחתם בין הצדדים; אישורי עיריות של תשלומי מיסים, ארנונה וכו' להראות שאין חובות; ואישורי מיסים.

**הערת אזהרה**

מה עושים בתקופת הביניים? הלכת אהרונוב עוסקת רק במקרים בהם העימות הוא כלפי המעקל, אך ביחס לנושים אחרים הפס"ד לא עוסק. המחוקק יצר הסדר של הערת אזהרה, במטרה לתת פתרון לתקופת הביניים, בכך שאפשר לרשום את הזכויות בין השלב החוזי לקנייני, והיא נותנת אינדיקציה לכך שנעשתה עסקה במקרקעין. לרוב, ברגע שמשלמים את התשלום הראשון, הרוכש יבקש לרשום הערת אזהרה. ישנן מספר יתרונות להערת אזהרה:

* בלעדיות- כשנרשמת הערת אזהרה לא ניתן לרשום עסקאות קנייניות אחרות בנכס.
* עדיפות- הערת אזהרה נותנת עדיפות כלפי כל נושה מאוחר שירצה לשים ידו על הנכס, כמו מעקלים ונושים.
* שלילת תום לב- שולל את תו"ל של בעל העסקה המאוחרת, שלא בודק את קיומה של הערת האזהרה.

עם זאת, הערת אזהרה לא נותנת זכות קניינית מלאה אלא רק זכות מעין קניינית. לצורך קבלת זכות קניינית חייבים רישום בטאבו.

ס' 7 הקובע שיש חובת רישום, חל רק על עסקה במקרקעין שטעונה רישום. יש זכויות שלא חייבות רישום כדי שיהיו קנייניות כמו זיקת הנאה מכוח שנים, זכות קדימה מכוח החוק.

**רכישת זכות קניינית במיטלטלין**

גם במיטלטלין יש שלב חוזי ושלב קנייני, אך לרוב השלבים נעשים בו זמנית. בדר"כ מעמד החתימה והמעמד הקנייני נעשים מיד, אך לא ברכישת מיטלטלין יקרי ערך, למשל רכישת רכב.

ס' 33 לחוק המכר קובע שהבעלות עוברת במסירה אם הצדדים לא הסכימו על מועד אחר.

**רכישת זכות קניינית בזכויות**

זכויות הן כל דבר שלא מקרקעין ולא מיטלטלין (למשל, חוב). החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר וחוק המחאת חיובים. המחאת חיובים זה להעביר זכויות, לדוגמה, חובות של אדם- א' חייב לב' הממחה 50 ₪. ב' יכול להעביר ל-ג' הנמחה, את הזכות לקבל את הסכום מ-א'.

ס' 33 לחוק המכר קובע שמועד העברת הבעלות בזכויות הוא מועד כריתת ההסכם, אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים. ההסדר הזה חל גם לגבי מקרקעין לא רשומים, כי עסקה כזו היא עסקה של זכויות.

**רכישת דירה מקבלן**

ברכישת דירה מקבלן יש אי-שוויון בין הצדדים להסכם. המחוקק עשה הסדר בחוק מיוחד שיסדיר את היחסים ויגן על הרוכשים מפני הקבלנים החזקים.

ישנם הרבה ליקויים קוגניטיביים כשמתקשרים בחוזים עם קבלנים:

* הצפת מידע- הקבלנים יודעים להכניס לתוך החוזה הרבה מידע שרק חלקו רלוונטי. לרוב זה מיותר ומקשה על הקונה. קונה צריך הגנה במצבים כאלו.
* מסגור- קבלנים יודעים למסגר דברים מבחינה משפטית בדרך שהם רוצים, כך שהקונה יקרא את החוזה ולא ידע מה חובותיו ומה זכויותיו. הקבלנים מעצבים את החוזה בצורה שתשרת את מטרתם.
* שגיאות הסתברותיות- לרוב הרוכשים יתעסקו בפרטים פחות חשובים כמו מועד מסירת הדירה, במקום להתעסק בפרטים חשובים כמו נזקי בנייה, פשיטת רגל של הקבלן וכו'. מחקרים מראים שהקונים לא מתייחסים לאירועים בעלי תוחלת נזק גבוהה וסבירות נמוכה, אלא בעיקר לנזקים עם סבירות גבוהה אבל תוחלת נזק נמוכה.
* הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי- לרוב ברכישת דירה יש מפרט שמפרט את הנכלל בנכס. אנשים נוטים להתעסק במידע המוחשי (רצפה, מטבח, קירות), ופחות יתעסקו בהוראות המשפטיות (זכויות, פגמים בחוזה וכו').

רואים שיש אי-שוויון משמעותי בין הקבלן לרוכשים, ולכן יש הסדרים משפטיים בהקשר של רכישת דירה מקבלן:

1. חובת גילוי- חוק המכר (דירות) 1973.
2. בטוחות- חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) 1974.

**חובת גילוי- חוק המכר (דירות), 1973**

סעיפים 2-6 עוסקים במידע שהקבלן חייב לגלות לרוכשים בצורה ברורה מה הם מקבלים ממנו:

* ס' 2 קובע שהמוכר דירה חייב לצרף מפרט של הנכס, והוראות תחזוקה ושימוש.
* ס' 3 עוסק בתוכן המפרט, המהווה מסמך מרכזי, ודרכו אפשר לפקח על הקבלן. מדובר ברגולציה מפורטת.
* ס' 4 עוסק באי-התאמה בין המובטח לבין מה שניתן בפועל. מצבים בהם הקבלן לא מקיים את החיובים כלפי הקונה. הסעיף יוצר "תקופת בדק" המעניקה תקופת אחריות לקונה, בה הקבלן חייב לתקן את הליקויים.
* ס' 5 קובע את הסנקציה לגבי קבלן שלא מוסר מפרט לקונה. כל מה שלא נמסר במפרט, צריך לתת אותם באיכות הכי גבוהה, וכך המחוקק מרתיע את הקבלן.
* ס' 6 עוסק בתקנון בבית משותף הנועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים משותפים. אם התקנון של הקבלן משנה או מבטל תקנות של התקנון המצוי, הוא חייב לציין במפורש במפרט את השינויים שסוטים מהתקנון המצוי:

1. הוצאת חלק מהרכוש המשותף חייבת להיעשות בצורה גלויה.
2. איזה חלק ברכוש המשותף צמוד לדירות השונות.
3. שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף.
4. סדרי קבלת החלטות. הרבה קבלנים מביאים חברת אחזקה, ויש לפרט מה העלות וההכרח להשתמש בה.

ברירת המחדל היא שאם קבלן עושה דברים אחרת ולא מעדכן את הקונים, הוראות התקנון המצוי יחולו.

**שמעונוף נ' ברוכים:** המשיבים רכשו דירות מהמערער, והיו חילוקי דעות אם הגג והקומה המפולשת של הבניין הם בגדר הרכוש המשותף. תשעה מהמשיבים חתמו עם קבלת הדירה על מסמך בו אישרו שאין להם תביעות או זכויות לגבי חלקים אלו. המשיב התשיעי סירב לחתום על המסמך.

נקבע: הסעיפים מנסים לתת מענה לכל הקשיים הקוגניטיביים ביחס לנכסים וחוזים מהסוג הזה. מטרת חוק המכר היא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה את כוונותיו האמיתיות של הקבלן. צריך לצרף את המפרט שמציין את השינויים מהתקנון המצוי בעת עריכת החוזה, ובוודאי לא לאחר שעבר זמן רב כמו שקרה במקרה דנן.

חובת הגילוי מכוח החוק הן חובות שחייבות לעמוד בשורה של דרישות:

1. מפורט- לפרט בדיוק מה הקונה מקבל.
2. בהיר- לא בשפה משפטית עמומה, אלא בשפה ברורה שהרוכש יבין.
3. במועד עריכת החוזה- לא בדיעבד.

עסקאות יד ראשונה הן היחידות שהלשכה מאפשרת שייעשו ע"י עורך דין אחד לשני הצדדים, כדי להוזיל עלויות.

**בטוחות- חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), 1974**

ב-2006 פרשיית חפציבה הסעירה את הארץ. מדובר בחברת בניה שבנתה פרויקטים רבים ופתאום נקלעה לקשיים, ובשלב מסוים הבעלים ברחו מישראל. רוכשי הדירות שילמו כסף, אך הכסף לא נכנס לבנק שליווה את הפרויקט. הרבה כספים הוברחו שהיו אמורים לממן את התשלומים של החברה. אחרי שזה קרה, דיירים גילו שהכספים שהם שילמו לחברה לא מבוטחים בערבות בנקאית. המשמעות היא שאין להם ביטחון שהם יכולים לקבל את הדירות.

החוק קוגנטי, כלומר אי אפשר לסטות ממנו. החוק מחייב את הקבלן לתת בטוחה שעומדת בסטנדרט מסוים. למה צריך את הבטוחות?

1. בעיות כלכליות של הקבלן- לא רוצים להגיע למצב שהקבלן פושט רגל והרוכשים נמצאים בלי דירה. כך הרוכשים ידעו שהם יקבלו לפחות את הכסף.
2. פגמים בזכויות הקניין של המוכר- כשקונים דירה מקבלן, הבעלים של הקרקע הוא לא תמיד הקבלן- מדובר בעסקאות קומבינציה. לפעמים הסיכון הוא שלקבלן אין זכויות במקרקעין כי הוא לא בעלי הקרקע. כדי לבטח את הרוכשים, הקבלן והבעלים צריכים לתת להם בטוחה.

סייגים לחוק:

* החוק חל רק על רכישת דירה, אך יש לשים לב שהגדרת דירה כוללת לא רק מטרת מגורים אלא הגדרה רחבה יותר "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".
* מכירה= גם חכירה לדורות. לא חייב להיות בעסקה של העברת בעלות.
* החוק אינו חל על בנייה עצמית ולא על מכירה יד שניה כאשר הדירה כבר רשומה.
* החוק לא חל על קבוצות רכישה (קבוצה של אנשים פרטיים שקונים קרקע ובונים בניין).

בס' 2, החוק מונה חמש דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי דירות, והקבלן חייב לתת לפחות אחת מהן:

1. ערבות בנקאית- בטוחה פיננסית, והשכיחה ביותר. הרוכש משלם לקבלן תשלומים, והתשלומים מופקדים ישירות לחשבון הבנק שמלווה את הפרויקט. בתמורה מקבלים כתב ערבות שהבנק ערב לכל הסכומים ששולמו אם הקבלן לא יממש את חובותיו. זוהי הבטוחה הכי אופטימלית מבחינת החוזה, אולם זה לא מבטיח שהרוכש יקבל את הדירה, אלא רק כסף.
2. ביטוח- בטוחה פיננסית. דומה לערבות בנקאית רק עם חברת ביטוח במקום בנק.
3. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה- בטוחה קניינית. הקבלן יכול לשעבד חלק מהמקרקעין, וכך המשכנתא מבטיחה את הכסף. הבעיה היא שלרוב הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע ולכן הוא לא יכול למשכן את הקרקע. בנוסף, לפעמים הקרקע משועבדת לטובת הבנק (דרגה ראשונה- החוב יפרע ראשון).
4. רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש- בטוחה קניינית. הקבלן רושם חלק יחסי של קרקע על שמם של כל הרוכשים, בהתאם לתשלום. זו בטוחה נפוצה בקבוצת רכישה.
5. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית- בטוחה קניינית. הקבלן רושם הערת אזהרה, אך הן חייבות להיות במעמד ראשוני, כלומר אין הערות אזהרה כלפי אחרים. הערות אזהרה לא נותנות את אותה הגנה שהמשכנתא או רישום נותנים.

בטוחה פיננסית נותנת ביטוח על הכסף עצמו, לעומת בטוחה קניינית שנותנת אינטרס קנייני במקרקעין. החובה לתת בטוחות קמה כשהרוכש משלם 7% משווי הדירה. עם זאת, ישנן מספר בעיות עם הבטוחות:

* שעבוד או רישום של הקרקע על שם הרוכש- בטוחות אלו אינן מעשיות, כי לרוב הקבלן לא הבעלים של הקרקע ולכן לא סביר שבעל הקרקע יאפשר שעבוד כזה. בנוסף, לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה על שמו, שכן הוא רוצה הבטחת השקעה משל עצמו.
* הערת אזהרה- קשה ליישם, כי לפעמים הקבלן לא הבעלים של הקרקע, ובמקרים מסוימים בעלי הקרקע מסרבים לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן. בנוסף, לעיתים הערות אזהרה קודמות שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים, או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים רישום הערות לטובת הרוכשים.
* ערבות בנקאית וביטוח- הן כן מבטחות שהרוכש יקבל רק הכסף אך לא את הנכס. כמו כן, אין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כשהדירה כן נמסרת.

בעקבות פרשיית חפציבה, המחוקק חייב שכל העסקאות של רכישות דירה מקבלן הן עסקאות בעלות ליווי בנקאי, הורדת גובה רף הבטוחות (תשלום 7% במקום 15% מהשווי), וההפקדה ניתנת ישירות לבנק באמצעות פנקס השוברים.

תוספות לאחר תיקון 2008:

* ס' 2א1- חובת המוכר לידע את הקונה **בכתב** על זכויותיו מכוח החוק, וכן לידע אותו על כך שהפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי.
* ס' 3ג- מטיל חובות גם על הבנק או מלווה אחר ליידע את הקונה על זכויות לקבלת בטוחות מכוח החוק, ואסור להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם ווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה.

**פס"ד מטרי:** חברת חפציבה, שבנתה פרויקטים רבים בארץ, קרסה. התברר שלרוכשים לא היו בטוחות על הנכס.

נקבע: השופט צבן דן בשאלה האם יש מקום לעשות הבחנה בין רוכשים שונים. תכלית החוק היא להגן על הרוכש הפרטי שרוצה קורת גג, לעומת רוכש השקעות שהוא שחקן מסחרי חזק, ופחות צריך את ההגנה.

האם כפיית בטוחות מוצדקת? מדובר בחוק קוגנטי, ואין לקבלן שק"ד אם לתת את הבטוחות או לא. מצד אחד, הבטוחות יעילות כי הן מבטיחות שהרוכש יקבל את כספו ונותנות לו הגנה. מצד שני, זה מעלה את מחירי הדירות ואולי יש לתת עדיפות לחופש החוזים ולאוטונומיה של הפרט.

**תחרויות**

דיני תחרות זה מצב כשאנשים מתעמתים ביחס לנכס. לדוגמה, ב' עושה עסקה עם שני אנשים שונים, ואז נוצרת תחרות בין א' ל-ג'. כשמדברים על דיני תחרויות, יש שלושה מושאי קניין- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות (זכויות כוללות את המקרקעין הלא רשומים). בהתאמה יש שלושה סוגי תחרויות עיקריים- עסקאות נוגדות, תקנות השוק וקניין שביושר.

הגישה הקלאסית מדברת על מצב בו אדם עושה עסקה עם כמה אנשים, ונוצרת תחרות ששני האנשים מתחרים על הנכס. בהתחלה כשניסו לייצר הכרעה, בדקו איזה חוזה מתקדם יותר. הגישה של דיני התחרויות השתנתה באופן שאמרו שצריך להסתכל על המצבים שהמוכר לא רלוונטי להכרעה, אלא הצדדים שנקלעו לתחרות. התפיסה הרווחת היא שתחרות היא תאונה משפטית.

ישנם שני פקטורים מרכזיים בדיני התחרויות:

1. דרישת תום הלב
2. דרישת התמורה

**דרישת תום הלב**

תום הלב מכיל שתי אפשרויות פרשניות:

1. סובייקטיבי- האם האדם הספציפי פעל בתום לב בעסקה, או שמא אחד הצדדים ידע שיש עסקה מוקדמת.
2. אובייקטיבי- האם האדם נהג כמו שהאדם הסביר היה צריך לנהוג בנסיבות.

בתו"ל סובייקטיבי בודקים אם האדם בפועל ידע, לעומת תו"ל אובייקטיבי שבודקים אם הוא צריך ויכול היה לדעת.

**דרישת התמורה**

התשלום שכל אחד מהשחקנים שילם תמורת הנכס. יש שני סוגים של תמורה:

1. כלשהי- תמורה מסוימת שמשלמים, אפילו אחוז אחד מהעסקה.
2. בת ערך- הערך הריאלי של הנכס. בדיני תחרויות יש צפייה לתשלום שווי העסקה או לפחות את רובה.

מני מאוטנר כתב במאמרו כי הוא סבר שיש מקור השראה מדיני הנזקין כיצד לטפל במצבים של תחרויות ותאונות במקרקעין. הוא רוצה לייבא את הכללים של דיני הנזיקין בדיני קניין. מאוטנר מונה שלושה שיקולים מרכזיים:

1. מניעת תאונות מלכתחילה (ex ante)- מערכת משפטית טובה רוצה למנוע תאונות מראש, ולכן היא צריכה להשקיע משאבים ולתמרץ אנשים לא להיקלע לתאונות מלכתחילה. כשמעצבים את דיני התחרות, צריך לקחת בחשבון שיקולים של מניעת תאונות מראש וכיצד לתמרץ אנשים. מאוטנר קורא לשיקולים הללו צדק מתגמל, כמו עקרון מונע הנזק הזול. רוצים לתגמל את האנשים שמונעים את העסקה מראש. דוגמה לכך היא רישום של הערת אזהרה. שיקולים של צדק מתגמל נמצאים תחת הדרישה של תום הלב.
2. מזעור עלויות התאונה (ex post)- רוצים לצמצם את העלויות של התאונה, ולכן צריך לשקול גם שיקולים של צדק חלוקתי, ועל מי להטיל את התוצאות של התאונה. נמצא תחת דרישת התמורה.
3. התנהלות מערכתית (ex post)- תאונה יוצרת החצנות לגבי המערכת הכללית, כמו התדיינויות משפטיות, עלויות שיפוט ועוד, והמערכת משלמת על עלויות אלה. גם כאן יש שיקולים של צדק חלוקתי ודרישת התמורה.

בדיני התחרויות עוסקים בהכרעה לגבי הנכס. דיני הקניין לא מתעניינים במפסיד בתחרות, והוא לא מקבל סעד קנייני. במישור דיני החוזים, נוכל לתת מענה למי שהפסיד בתחרות בטענה שהפרו כלפיו חוזה.

שיקולים ביחס לדיני התחרות מעבר לשיקולים כלכליים:

1. אחריות חברתית- עד כמה לבעל הקניין יש אחריות כלפי אחרים, לדוגמה כמה עליו למסור מידע על הנכס.
2. צדק חלוקתי- ביהמ"ש לפעמים רגיש לשיקול הזה ומתחשב בצד החלש, במיוחד בהקשר של קניין ביושר.
3. תיאורית האישיות- לפעמים מדובר בנכס משמעותי עבור אחד הצדדים, לדוגמה משפחה שגרה בבית מול בנק שרוצה לעקל את הנכס.

מבחינה מעשית, ביהמ"ש עובד לפי קטגוריות מסודרות ע"פ חקיקה וספרות, ובודקים באיזה סוג נכס ותחרות מדובר.

**הערות אהרה**

הערות אזהרה מגשרות על הפער בתקופת הביניים כשלא ניתן לסיים את העסקה. מדובר במנגנון רישומי לעסקאות בין השלב החוזי לקנייני. הנושא מוסדר בסעיפים 126-133 לחוק המקרקעין. ניתן לרשום הערות גם מכוח חיקוקים אחרים.

מטרות רישום הערות:

1. הפיכת המרשם לראי יותר משוכלל. מתקבל יותר מידע לגבי הסטטוס של מקרקעין.
2. חיזוק מעמד המרשם ואמינותו (פומביות).

דוגמאות להערות מסוגים שונים:

* ס' 128- הערה על צורך בהסכמה. אפשר לכתוב במרשם שיש צורך בהסכמה של א' כדי שב' יוכל לבצע עסקה. ראוי במצבים שמעבירים נכס על שמו של אדם פזיז. לא יהיה תוקף לעסקאות ללא ההסכמה.
* ס' 129- הערה על הגבלת כשרות משפטית. הערה על בעיית כשרות משפטית של אדם נועדה להודיע שבעייתי לעשות אתו עסקה.
* ס' 130- הערה לפי צו ביהמ"ש. נותן לביהמ"ש סמכות לרשום הערות בכל מיני עניינים.

הערת אזהרה נותנת מידע חשוב על התחייבויות קודמות, ומהווה מכניזם של רישום זכויות חוזיות במקרקעין בעסקה שטרם הסתיימה. הן נרשמות מכוח ס' 126 לחוק המקרקעין. הסעיף קובע שלושה תנאים מצטברים כדי לאפשר לרשום הערת אזהרה:

1. אדם בעל זכות קניינית במקרקעין- שכירות, שאילה, זיקת הנאה וכו'. מותר רק לבעל המקרקעין או בעל זכות קניינית קלאסית להתחייב לעשות עסקה כדי לרשום הערת אזהרה, והרשימה היא סגורה.
2. התחייב בכתב- התחייבות רצונית בכתב. סיבת ההתחייבות איננה חשובה, והעסקה לא חייבת להיות בתמורה.
3. לעשות בהם עסקה- הכוונה לעסקה לפי ס' 6 לחוק המקרקעין, קרי התחייב להקנות במקרקעין זכות קניינית.

\*הערת אזהרה יכולה להירשם גם על הימנעות מלעשות עסקה (לא למכור את הנכס 5 שנים) או על התחייבות לעסקה.

הרישום נעשה בלשכת רישום המקרקעין לבקשת הזכאי או החייב. הוא אינו חובה אלא וולונטרי, ונעשה לרוב באופן מיידי לאחר כריתת ההסכם. צריך להמציא מסמך המעיד על התחייבות, למלא בקשה ולשלם אגרה.

מה קורה במצב שאדם כולל בחוזה תניה הקובעת שאדם לא יכול לרשום הערת אזהרה? מה התוקף של התניות הללו?

**היועמ"ש נ' גד חברה לבניין בע"מ:** בנוסח של חוזה אחיד למכר דירות מגורים יש תנאי השולל רישום הערת אזהרה, והשאלה היא האם לתניה כזו יש תוקף.

נקבע: הזכות לרשום הערת אזהרה הינה דיספוזיטיבית ואפשר להתנות עליה, כלומר המוכר יכול לקבוע שלא תירשם הערת אזהרה. עם זאת, בסיטואציות מסוימות כשהמוכר הוא קבלן, נקבע שתנאי בחוזה אחיד המסייג את זכותו של הרוכש לרשום הערת אזהרה עשוי להיפסל כתנאי מקפח בחוזה אחיד.

ס' 132 לחוק קובע שאם רוצים למחוק הערת אזהרה צריך צו בימ"ש, אלא אם שני הצדדים מסכימים למחיקה, או שעילת ההערה בטלה. הרשם צריך להודיע מראש לצדדים על כוונתו למחוק את ההערה ולתת זמן סביר לפנות לבימ"ש. אם ההערה נרשמה לפי צו בימ"ש (ס' 130), רק בימ"ש יכול למחוק אותה.

**הערת אזהרה מנקודת מבטו של הזכאי**

התפקיד של הערת אזהרה הוא לתת הגנה על הזכות החוזית בשלב הביניים, ולהגן עליו מפני סיכונים. למשל, ראובן עושה עסקה עם שמעון ורושם הערת אזהרה. הערת האזהרה שומרת על שמעון בתקופת הביניים מכל מיני כיוונים, כמו רוכשים מאוחרים, נושים ומעקלים שרוצים לשים יד בנכס.

ס' 127 לחוק המקרקעין עוסק בתוצאות רישום הערת אזהרה. ס' 127(א) קובע שהערת אזהרה מגנה על זכות החוזית מפני עסקאות סותרות מאוחרות. ברגע שנרשמת הערת אזהרה, נוצרת חסם רישומי, ורשם המקרקעין לא יכול לרשום עסקה שסותרת את תוכן ההערה. ההגנה היא טכנית (מניעת רישום), אך התוצאה מהותית.

ס' 127(א) מונע רישום אך לא ביצוע של עסקה סותרת. תיתכן עסקה סותרת ללא רישום, במקרה והשלמת העסקה איננה טעונה רישום (לדוגמה, שכירות קצרת מועד). אם בוצעה עסקה סותרת, הערת אזהרה תשלול את תו"ל של צד ג', מכיוון שהיה עליו לדעת על ההערת אזהרה כי היא פומבית, ולכן הוא לא יוכל לטעון שהוא תם לב.

ס' 127(ב) לחוק קובע שהערת אזהרה מקנה עדיפות במקרים של עיקול וחדלות פירעון. העדיפות היא גם כלפי רוכשים מאוחרים, וגם כלפי מעקלים מאוחרים. העדיפות של רושם הערת אזהרה חזקה מאוד. הסיפא של הסעיף קובע ש"לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה". יש שלוש גישות למהות העדיפות:

* גישה 1- מהות העדיפות היא קבלת סעד של אכיפה, כלומר מי שרשם הערת אזהרה זכאי להשלים את הרישום והפן הקנייני של העסקה.
* גישה 2- מהות העדיפות היא השבה. לפי הגישה הזו, לכל הפחות יקבלו את הכסף, אך לא אכיפה.
* גישה 3- הגישה בפסיקה (פס"ד איטונג ופס"ד חברת אברהם גינדי), הקובעת שהסעד שינתן תלויה בנסיבות, ולביהמ"ש יש שק"ד להחליט איזה סעד לתת. בימה"ש מתחשב בשורה של שיקולים כדי להחליט:

1. מידת הזיקה שיש לזכאי לנכס (התמורה ששולמה; באיזה שלב העסקה נמצאת).
2. הזיקה שיש לשאר הנושים לנכס.
3. מחיר הנכס ע"פ העסקה לעומת המחיר ע"פ השוק וכיו"ב- אם העסקה לא כדאית לפי מחיר השוק לא תינתן אכיפה אלא השבת הכסף.

**הערת אזהרה מנקודת מבט של מתקשרים פוטנציאליים**

רישום הערת אזהרה מהווה תמרור אדום שמזהיר מתקשרים פוטנציאליים. ג' לא ייכנס לעסקה אם יש הערת אזהרה לטובתו של ב'. בנוסף, רישום ההערה ע"י הרוכש השני (ג') יכולה למנוע מהרוכש הראשון (ב') (או כל רוכש מאוחר יותר) לשכלל קניין ולחייבו לפנות לביהמ"ש (אלא אם ב' כבר רשם את זכותו).

**הערת אזהרה מנקודת מבט חברתית**

* מניעת תאונות במינימום עלויות.
* חיזוק המרשם ואמינותו.
* שיפור יעילות המרשם ושכלולו.

**רישום הערות אזהרה סותרות**

הערת אזהרה אופקית: א' הבעלים של נכס מקרקעין והתחייב להקנות ל-ב' זכות בנכס. ב' רשם הערת אזהרה על התחייבות זו. בטרם הושלמה העסקה עם ב', א' התחייב ל-ג' להקנות לו זכות בנכס. האם ג' יכול לרשום הערה על התחייבותו של א'? כן! ב' מקבל את הגנתו ראשון, ואח"כ ג'. יש שתי סיבות עיקריות לאפשר רישום ה"א אופקית:

1. סיבה טכנית- החסם הוא רק כלפי זכויות קנייניות, והערת אזהרה היא זכות מעין קניינית. לכן, הערות אזהרה לא באמת סותרות זו את זו מהותית, אלא את הזכות לרישום הזכות הקניינית המלאה בנכס.
2. סיבה מהותית- ישנם מספר נימוקים חברתיים:
3. מבחינה חברתית נרצה שכולם ידעו שהייתה עוד עסקה, ש-א' רמאי, ושמדובר בעסקאות סותרות.
4. ייתכן ו-ג' נקלע למצב בתו"ל, לדוגמה ב' רשם הערת אזהרה בזמן סביר, אך לאחר ש-ג' התקשר בעסקה. נרצה לתת ל-ג' הגנה על הזכות החוזית שלו כלפי הבאים אחריו.
5. לפעמים העסקה בין א' ל-ב' לא תתממש, לדוגמה אם ב' לא בעל כשרות משפטית. אין סיבה ש-ג' לא יקבל הגנה על הזכות החוזית שלו כלפי הבאים אחריו.

**ניסים נ' דניאלי:** ניתן לרשום הערת סותרת, ובמצב כזה יש על אותה זכות שתי הערות סותרות שמקובל לכנותן "הערות אופקיות". המושג "עסקה" מתייחס להקניית זכות במקרקעין (בעלות, שכירות, משכנתא וזיקת הנאה), כהגדרתה בס' 1-5 לחוק. ביהמ"ש קבע שהערת אזהרה אינה זכות קניינית לצורך ס' 127(א).

הערת אזהרה אנכית:א' הבעלים של נכס במקרקעין. א' התחייב כלפי ב' למכור לו את הנכס, ו- ב' רושם הערת אזהרה על התחייבות זו. ב' מוכר את הזכויות החוזיות ל-ג'. האם ג' יכול לרשום הערת אזהרה? לא! רק מי שיש לו זכות קניינית בנכס יכול לרשום הערת אזהרה לפי ס' 126. בגלל ש-ב' לא בעל זכות קניינית, מבחינה משפטית ג' לא יכול לכתוב הערת אזהרה. יש שתי אופציות כדי שנוכל בכל זאת להגן על הזכויות של ג':

1. התחייבות ישירה של א' כלפי ג'- ב' יכול לבקש מ-א' להתחייב ישירות ל-ג'. מכוח ההתחייבות של א', ג' יוכל לרשום הערת אזהרה כי א' בעל זכות קניינית.
2. המחאת זכויות- ב' מוכר ל-ג' את החוזה שלו מול א', ואז ג' נכנס לנעליו של ב' (בהנחה ש-א' לא מנע את זה בהסכם).

הערת אזהרה כשיעבוד: בעבר, הייתה פסיקה שקבעה שהערת אזהרה נחשבת כשיעבוד שחייבים לרשום אותה ברשם החברות. המצב יצר בלאגן, ולכן המחוקק הוסיף את ס' 127(ב1) הקובע שהערת אזהרה שנרשמה אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל ע"פ דין.

**סוגי תחרויות**

* עסקאות נוגדות- יותר מעסקה אחת ביחס לנכס אחד. התחייבות מוקדמת בזמן מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן. הראשון בזמן עדיף, אלא אם כן המאוחר בזמן מקיים שלושה תנאים מצטברים: תו"ל, תמורה ורישום.
* קניין שביושר- התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול מעקל או נושה אחר של בעלי הנכס. המעקל זה אדם שאין לו קשר לנכס והוא מחפש לשים יד על הנכס.
* תקנת שוק- מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו.

בשני המצבים הראשונים העסקה הראשונה בזמן טרם הסתיימה בשכלול קניין.

**תחרות 1: עסקאות נוגדות במקרקעין**

עסקה נוגדת היא עסקה שלא ניתן לקיים עסקה אחת מבלי להפר את השנייה. **לא ניתן לקיים את העסקאות יחדיו**. לרוב אדם עושה עסקאות נוגדות במקרקעין כשיש לו זכויות קנייניות בנכס. ס' 9 לחוק המקרקעין מסדיר את העניין של עסקאות נוגדות, וקובע כיצד מכריעים במצבים כאלו. כלל ההכרעה הוא כלל בינארי- הראשון בזמן עדיף על השני בזמן, אלא אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים:

1. תום לב- הרוכש השני פעל בתום לב (תום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי).
2. תמורה- הרוכש השני שילם תמורה עבור הנכס, והתמורה בוצעה.
3. רישום- העסקה הסתיימה ברישום בטאבו. אם מדובר בעסקה שאין דרישת רישום, נסתפק בדרך השכלול הקניינית שנדרשת, לדוגמה תפיסה חזקה. הסעיף יותאם לשכלול קנייה בקניין.

על פניו הסעיף שותק לגבי הראשון בזמן, ומספיק שהוא יהיה הראשון כדי שניתן לו עדיפות. לכאורה זה נראה מוזר שדורשים הרבה מהשני בזמן, ומהראשון לא דורשים כלום. מבחינה תמריצית, ס' 9 מנסה לעודד אותנו לקיים את שלושת התנאים, כי לעולם לא נדע היכן אתה ממוקם בעסקה. הסעיף מעוצב בצורה שנותנת תמריץ לסיים את העסקה כמה שיותר מהר. הכלי שנשתמש בו הוא רישום הערת אזהרה, כי לוקח זמן לרשום את הזכות הקניינית בטאבו. ברגע שיש הערת אזהרה, היא שוללת את תום הלב של השני בזמן.

הדרישות של ס' 9 משקפות את המטרות של דיני התחרות. דרישת תום הלב מנסה לעודד צדדים למנוע את הנזק באופן הזול ביותר, ואם האדם לא עשה זאת (לדוגמה ע"י רשימת הערת אזהרה), הוא יישא בתוצאות. כל אחת מהדרישות בסעיף יושבת על ערכים חברתיים מסוימים. אדם שהוא לא תם לב לנצח יפסיד.

**ורטהיימר נ' הררי:** שני צדדים נקלעו לעסקה עם הררי. בשלב הראשון הררי חותם על עסקה עם ורטהיימר תמורת מיליון לירות, וורטהיימר שילם בפועל 5,000 ל"י. לאחר זמן הררי עושה עסקה על אותו נכס עם בנימיני תמורת 800,000 ל"י. בנימיני משלם 350,000 ל"י, ולאחר מכן מגלה שנעשתה עסקה מוקדמת ומשלם את שאר הסכום.

נקבע: תום הלב של השני חייב להימשך עד לסיום העסקה. בנימיני גילה על העסקה המוקדמת באמצע העסקה ולכן כביכול הוא צריך להפסיד. פסק הדין עוסק במתח בין סעיפים 3-4 לחוק החוזים (תרופות), לבין ס' 9 לחוק המקרקעין. כלל ההכרעה לפי ס' 9 קובע שבנימיני צריך להפסיד כי הוא לא היה תם לב. מנגד, ס' 3-4 לחוק החוזים קובע שהנפגע זכאי לאכיפת החוזה. בנימיני טוען שלא הוגן לאכוף את העסקה בנסיבות העניין עם ורטהיימר, כי הוא שילם רק 5,000 ל"י (מתמקד בס' 3(4) לחוק החוזים). בנימיני טוען שהוא שילם יותר ולכן עליו לזכות בדירה. ברק קובע שורטהיימר גובר כי הוא הראשון בעסקה, ובנימיני מפסיד כי הוא לא מקיים את הדרישות של ס' 9 לחוק המקרקעין. שיקולי הצדק שס' 3(4) לחוק החוזים מעלה לא יכול להיות שיקול בשאלת האכיפה בין הררי לורטהיימר. ברק משאיר שתי שאלות בצ"ע: 1) בהנחה שהראשן בזמן היה יכול לרשום הערת אזהרה, מה ההשלכה אם הוא לא רשם? 2) האם התעקשות הראשון בזמן חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן עולה כדי חוסר תום לב?

**גנז נ' בריטיש:** לחברת בריטיש יש מקרקעין, ובשלב מסוים התחייבה למכור אותו לנוטריקון. נוטריקון לא רושמת את הקרקע על שמה, ולכן הוא עדיין בבעלות בריטיש. נוטריקון מגלגלת את זכויותיה הלאה ועושה עסקה עם גנז. גנז משלם את כל הכסף, תופס את המקרקעין, אך לא רושם את הזכויות הקנייניות שלו או הערת אזהרה, ולכן מדובר בזכות חוזית. 17 שנים אח"כ, נוטריקון מוכרת את המקרקעין לקיבוץ אפק. אפק תם לב ולא יודע על העסקה המוקדמת, וגם אין לו דרך לדעת כי גנז לא רשם הערת אזהרה. אפק משלם את כל הסכום עבור הקרקע, ורושם הערת אזהרה.

השאלה המשפטית: מי מקבל את הקרקע? לכאורה קיבוץ אפק צריכים להפסיד כי הם לא רשמו את הזכות בטאבו.

נקבע: השופטים מוסיפים לס' 9 לחוק דרישות נוספות, ומשנים את כלל ההכרעה שבסעיף. ברק אומר שאי אפשר להתעלם מכך שיש עקרון כללי והוא עקרון תום הלב החל על הכל. גם אם אין דרישה מפורשת מהראשון לנהוג בתו"ל, הוא עדיין כפוף לעקרון תו"ל. אם הראשון בזמן היה יכול לרשום הערת אזהרה כדי למנוע את התאונה המשפטית והוא לא עשה זאת תוך זמן סביר, הוא הפר את חובת תום הלב כלפי כל הרוכשים המאוחרים בזמן. גנז ישב בנכס 17 שנה ולא רשם הערת אזהרה, זהו לא זמן סביר ולכן הוא יפסיד את הנכס.

הלכת גנז משנה את דיני התחרויות וכלל ההכרעה, וקובעת שאם הראשון בזמן לא היה תם לב ולא רשם הערת אזהרה תוך זמן סביר, השני בזמן יכול לנצח בעסקה גם בלי שלושת הדרישות של ס' 9, **בתנאי שהשני היה תו"ל**.

ישנה שורה של סייגים שבהם אין חובה לרשום הערת אזהרה:

* הרוכש הראשון פעל בתום לב.
* אין קש"ס בין רישום הערת האזהרה לכניסת הרוכש המאוחר לעסקה.
* התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום הערת אזהרה לזמן מסוים (ההצדקה היא חופש החוזים של הצדדים).

כשאין חוסר תו"ל והתרשלות, יש שני סוגים של מצבים:

1. לא ניתן לרשום הערת אזהרה- למשל, החוזה קובע שהרוכש מנוע מלרשום הערת אזהרה בכלל או לתקופה מסוימת. במצב כזה לא מתערבים בחופש החוזים של הצדדים, ולא רואים את הרוכש הראשון כחסר תו"ל.

הביקורת: השיקול לא ראוי, כי הרוכש יכניס את זה כתנאי לחוזה ויטען שהוא תם לב, ובכך יעקוף את הלכת גנז. הדבר לא מתמרץ לרשום הערות אזהרה.

1. אי רישום משיקולי מדיניות- יש מצבים שבהם לא מצפים לרשום הערת אזהרה, לדוגמה כשהעסקה היא בין בני זוג. לא מצפים מהם לרשום הערת אזהרה כי זה פוגע במאפיינים של התא המשפחתי.

ביקורת: הדבר פוגע באמינות המרשם ועלול להגביר תאונות משפטיות.

ישנם מספר מצבים בהם אין קש"ס בין רישום הערת אזהרה לבין העסקה של הרוכש המאוחר:

1. השני בזמן ידע על העסקה עם הראשון.
2. השני בזמן לא בדק אם יש ה"א, והעובדה שהראשון לא רשם לא גרם לכך שהשני נכנס לתאונה משפטית.
3. השני בזמן לא ירד אל השטח. הרוכש הראשון נמצא במקרקעין, והשני לא טרח לבדוק אם הוא נמצא שם.

ברק קובע שישנם מצבים בהם המוכר לא נותן לרשום הערת אזהרה לזמן מוגבל, לדוגמה נוגע לדרישות השוק או רצון של המוכר לשמור על חופש התמרון. בגלל שזה לא תלוי ברוכש הראשון, לא נראה בו כמי שפעל בחוסר תום לב.

הביקורת: מצב כזה לא ראוי, אלא אם כן יש מניעה טכנית לרישום (לדוגמה, שביתת מרשם המקרקעין).

השופטת פרוקצ'יה שואלת האם רישום של הערת אזהרה ע"י הרוכש השני בזמן מספיק כדי לקיים את התנאי של "רישום" בס' 9. לטענתה, מספיק לרשום ה"א ולהנמיך את הדרישות של ס' 9, אך גישתה לא התקבלה.

**ביאד נ' לחאם:** השופט עמית קובע שרישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול ויכול למנוע תאונות משפטיות קשות. כלומר, עלות מניעת הנזק אפסית מול תוחלת נזק גבוהה. בנוסף, יש לפרש את הלכת גנז בהרחבה כך שנטל ההוכחה שהשני בזמן פעל בחוסר תו"ל יהיה על הראשון.

**תחרות ומתנה**

עסקאות מתנה הן עסקאות ללא תמורה. אחד הכללים בעסקת מתנה הוא שהנותן יכול לחזור בו אם המקבל התנהג בצורה מחפירה, או שהורע משמעותית מצבו הכלכלי של הנותן.

ס' 5 לחוק המתנה קובע שהתחייבות למתן מתנה טעונה מסמך בכתב, והנותן יכול לחזור בו ללא השלכות כל עוד המקבל לא שינה את מצבו בהסתמך על כך (הלוואות, שעבודים וכו').

עסקאות מתנה יכולות להיות גם במקרקעין ולהשפיע על דיני התחרות. ישנן שתי בעיות מרכזיות:

1. מדובר בעסקה ללא תמורה, וזה יכול להשליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות.
2. מדובר בעסקה שניתן לחזור בה בתנאים מסוימים, וזה משליך על ההסתמכות של מקבל מתנה על הנכס.

מה קורה אם העסקה המאוחרת היא עסקת מתנה ולכן אין תמורה, האם הוא יכול לזכות לפי ס' 9?

**פס"ד סולימאן:** לפי השופט דנציגר, אם העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה שהסיכויים להעדפת השני קלושים, כי עסקאות מתנה נחותות לעומת עסקאות שבתמורה. במאזן המצוקה, השיקול המרכזי הוא שהעסקה בלי תמורה, ולכן מצב השני יותר נחות.

פסק הדין מתעלם מהעובדה שבנסיבות מסוימות המאוחר בזמן הסתמך על המתנה, שינה את מצבו לרעה, ולכן מתעלם מאפשרות שמאזן המצוקה יטה לרעת בעל ההתחייבות למתנה. לכן פסק הדין בעייתי, כי דנציגר מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי. בנוסף, הוא מעקר את הלכת גנז מתוכן בכל הקשור לתו"ל אובייקטיבי של הראשון בזמן ולא מתייחס לתום ליבו. להלכה, מקבל מתנה מאוחר ניסוג מפני הרוכש המוקדם.

**תחרות 2: עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות**

הבעיה במקרקעין שאינם רשומים היא שאין מרשם, ולכן אי אפשר לקיים את תנאי ס' 9. לכן ישנן מספר אפשרויות משפטיות כדי להכריע במצבים כאלו:

* עסקאות נוגדות במיטלטלין- ס' 12-13 לחוק המיטלטלין.
* המחאת זכויות נוגדות- ס' 4 לחוק המחאת חיובים- תקנת שוק.

ברירת המחדל היא התייחסות כעסקה נוגדת במיטלטלין. הכניסה לכל אחד מהחוקים מותנית בעיצוב העסקה.

ס' 12 לחוק המיטלטלין קובע עקרונות דומים לס' 9 לחוק המקרקעין. הסעיף קובע שאם אדם התחייב לעסקאות נוגדות במיטלטלין, במקום דרישת הרישום יש דרישה של קבלת/ מסירת המיטלטלין. כלומר, לפי הדרך שמשתכללת הזכות הקניינית. הראשון בזמן עדיף על השני, אלא אם השני היה תם לב, שילם תמורה וקיבל את המיטלטלין.

* קיבל- חזקה+ קניין (אופי הקניין בהתאם לסוג הנכס).
* תמורה- ערך ממשי או שינוי מצב לרעה.
* תום לב- סובייקטיבי.

ס' 13 קובע שמרחיבים את ס' 12 גם לעסקאות נוגדות בזכויות (נכס לא מוחשי).

מה קורה במקרקעין שלא רשומים? עיצוב העסקה הוא כמו עסקה במקרקעין רגילים חוץ מהרישום. הקושי בעסקאות כאלה נובע מהבנת מבנה העסקה, ולדעת מתי הזכות בקרקע עוברת מהמוכר לקונה.

**פס"ד טקסטיל ריינס:** אדם שמעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר, לאדם שלישי, כלומר אדם עושה עסקה של המחאה או העברת זכויות, והצדדים שותקים, ברירת המחדל היא שהעברת הזכויות היא במועד כריתת החוזה. חייבים לבדוק את תנאי החוזה, כי ייתכן והצדדים יקבעו זמן אחר, ותנאי החוזה עדיפים.

במקרקעין לא רשומים, המעבר מהשלב החוזי לקנייני תלוי בתנאי החוזה. אם הצדדים לא התנו, הבעלות עוברת במועד כריתת החוזה לפי ס' 33 לחוק המכר.

השני זוכה אם הוא קיבל את המיטלטלין או הזכות בתום לב ובתמורה כי ניתן לראות בראשון מונע הנזק הזול, שכן העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיו אפשרה לתאונה המשפטית לקרות.

לא מחילים את ההיגיון של פס"ד גנז על מיטלטלין כי קשה ליצור מרשם במיטלטלין כי העלויות גבוהות מידי. בנוסף, הגדרת חזקה כהפגנת תום לב עשויה לעכב את המסחר השוטף.

ס' 4 לחוק המחאת חיובים עוסק בהמחאות סותרות. מדובר במצב של תקנת שוק שאדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו. החייב מתחייב למכור את המקרקעין הלא רשומים שלו לנושה. הנושה רוכש את המקרקעין הלא רשומים מהחייב (הזכות החוזית טרם עברה לנושה מבחינה קניינית, אחרת החייב לא היה נשאר בתמונה), והוא ממחה את הזכות שלו מול החייב לנמחים. במצב של המחאות סותרות, הנושה ממחה את הזכות פעמיים. עסקת ההמחאה הראשונה העבירה את הזכות לנמחה הראשון, ולכן מבחינה קניינית אין לנושה מה להעביר. בעסקת ההמחאה השנייה הוא ממחה את אותו הזכות שהמחה בעסקה הראשונה. לא מדובר בעסקה נוגדת כי בעסקת ההמחאה הזכות הועברה מהנושה לנמחה הראשון. בגלל שמדובר במקרקעין לא רשומים, הזכות הועברה במעמד הכריתה.

לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים, כלל ההכרעה קובע שהראשון בזמן גובר על המאוחר, אלא אם כן החייב קיבל הודעה על עסקת ההמחאה השנייה לפני שקיבל הודעה על עסקת ההמחאה הראשונה, והשני פעל בתום לב ושילם תמורה. הסיבה היא שהראשון הוא מונע הנזק הזול- החוק מתמרץ אותו לערוך בירור אצל החייב. אם הראשון בזמן יעשה זאת, הוא יודיע לו על ההמחאה, וממילא יצלח את תקנת השוק.

אם אנחנו נמצאים בשלב החוזי, מדובר בעסקאות נוגדות והולכים לפי ס' 12-13 לחוק המיטלטלין. אם אנחנו נמצאים בשלב הקנייני, כלומר הושלמה העברת הבעלות בעסקה, הולכים לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים (תקנת שוק).

במיטלטלין ובזכויות אין מרשם, ולכן מועד מסירת הזכות במיטלטלין הוא בעת מסירת הנכס, ובזכויות בעת כריתת החוזה אם לא נאמר אחרת. במקרקעין לא רשומים אנחנו נמצאים בדיון של זכויות, ולכן יחולו ס' 12-13 בעסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים, לעומת עסקאות נוגדות במקרקעין ששם חל ס' 9.

האם יש לבחון תו"ל אובייקטיבי במקרקעין לא רשומים? השופט מצא שואל בפס"ד גנז האם יש חובה לרשום משהו שמקביל למרשמים הרגילים. מצא עונה שאם זאת פרקטיקה נוהגת ושמאפשרת את זה, אפילו אם זה וולונטרי, בגלל שזה הנוהג יש ציפייה שאנשים יעשו זאת. אפשר לרשום בספרי החברה המשכנת/ מנהל/ קבלן. אם הראשון בזמן לא רשם, זה עשוי להשפיע על תום ליבו האובייקטיבי.

**תחרות 3: קניין שביושר**

מדובר במצב שאדם התחייב לעשות עם אדם אחר עסקה, והם רק נמצאים בשלב החוזי. מאוחר יותר מגיע מעקל מאוחר שרוצה להיפרע מהנכס שבו נעשתה העסקה בגלל החוב של בעל הנכס. לא מדובר בעסקאות נוגדות כי אין עימות בין שתי עסקאות.

לאורך השנים הטיפול בסיטואציה הזו נעשה בעיקר בפסיקה. בהתחלה דיני היושר במשפט האנגלי קבעו שאדם שעשה עסקה כזו, הקונה עדיף על פני המעקל המאוחר עד גובה הסכום ששילם. לדוגמה, מרים שילמה לחיים חצי מיליון ₪. באו הנושים של חיים ומטילים עיקול על הנכס. דיני היושר נותנים עדיפות למרים ביחס לסכום ששילמה (חצי מיליון ₪, ואפילו מהנכס עצמו), והשאר ילך לנושים. ההכרעה לפי דיני היושר הייתה שרוכש הזכות החוזית יקבל עדיפות.

ב-1969 נחקק חוק המקרקעין וקבעו את עקרון הרשימה הסגורה בס' 161. הסעיף קובע שהזכויות הן רק לפי החוק, ומשכך בוטלו דיני קניין שביושר. בשנת 1971 הלכת בוקר נותנת הכרעה לגבי העניין. משפחת בוקר לא רשמה את זכויותיהם בטאבו, מגיע נושה שרוצה לעקל את הנכס של בעל הדירה. נקבע בפס"ד שלמרות שהתוצאה קשה היא בלתי נמנעת, כי בעלי הזכות החוזית יכלו לרשום את העסקה ולא עשו זאת, ולכן התוקף של עסקה הוא רק חוזי. לאחר הלכת בוקר, הוסיפו תיקונים לחוק ויצרו את מנגנון ס' 127 שקובע שתינתן עדיפות למי שרושם הערת אזהרה על פני מעקל מאוחר, כלומר יש מענה חלקי. בפס"ד רוזובסקי נקבע שאם לא רשמו הערת אזהרה, תחול הלכת בוקר.

**בנק אוצר החייל נ' אהרונוב:** הזוג אהרונוב מתגרשים, ובמסגרת הגירושין הבעל מתחייב לתת לאישה נכס מקרקעין שרשום על שמו. מבחינת רישום הזכויות, הנכס לא מועבר על שמה של האישה ויש ביניהם רק התחייבות חוזית. האישה לא רושמת הערת אזהרה וגם לא את הזכויות. הבנק שהבעל חייב לו כסף, מטיל עיקול על הנכס כדי שיוכל להיפרע ממנו.

השאלה המשפטית: מי עדיף על מי- הבנק (לפי הלכת בוקר ורוזובסקי) או האישה?

נקבע: ברק הופך את הלכת בוקר, וקובע שס' 9 לחוק המקרקעין הוא המפתח לפתרון של הסיטואציה. ס' 9 קובע שעסקה חוזית מוקדמת בזמן תקפה כלפי צדדים שלישיים. הזכות החוזית היא משודרגת בכך שהיא מעין קניינית, ותקפה כלפי צדדים שלשיים מסוימים. ברק אומר שאם בעל הזכות החוזית המוקדמת גובר על אדם שיש לו זיקה לנכס כי גם הוא עשה בו עסקה, קל וחומר שהוא גובר על אדם שאין לו זיקה לנכס. גם אם לא רשמו הערת אזהרה, לבעל העסקה המוקדמת בזמן יש עדיפות.

השופטת שטרסברג-כהן הייתה בדעת יחיד, ואומרת שהפתרון לעימות הוא לא עסקאות נוגדות כי זה לא הכלל הרלוונטי, ולכן אי אפשר ללמוד מס' 9. בנוסף, לא ניתן להסתמך רק על רישום ה"א, אלא צריך לבחון את התחרות בכמה מדדים וכיוונים. השיקול המרכזי הוא שיקול של יעילות מלכתחילה, איזה כלל הכרעה יעשה עבודה ראויה יותר באופן עקרוני. ישנם שני שיקולים מרכזיים שצריכים להוביל להכרעה שבעל העסקה המוקדמת עדיף:

1. הזכויות לא שוות מעמד- גורם אחד עשה עסקה בנכס (בעל ההתחייבות המוקדמת), והגורם השני לא קשור לנכס, אלא בא להיפרע מהנכס בעקבות חוב. לבעל ההתחייבות המוקדמת יש זיקה חזקה יותר לנכס ויש לו זכות חוזית בנכס עצמו. זוהי זכות חזקה יותר משל המעקל המאוחר (תאוריית האישיות).
2. זהות הצדדים הטיפוסית- לרוב מצבים כאלו הם אדם פרטי שרכש דירה שהיא כל עולמו, מול מעקל חזק שהוא שחקן חוזר ויודע לדאוג לעצמו. יש כאן מאזן מצוקה- האדם שעשה את העסקה נמצא במצוקה גדולה יותר מבנק. בנוסף, בנקים יודעים למנוע נזק כזה.

בנוסף היא אומרת שרישום הערת אזהרה לא יכול לחייב הענקת עדיפות על פני הנושים, כי רישום ה"א לא רלוונטי לנושים. המעקל לא בודק את המרשם, ולכן המרשם לא מעלה ולא מוריד לעניין, כי הוא לא יכול לטעון שהוא עדיף על בעל הערת אזהרה, כי הוא לא בדק מלכתחילה. מבחינת המעקל הכל צפוי, שכן הנכס יכול להימכר לפני שהמעקל הטיל עיקול, ולכן אי אפשר להגיד שהוא הסתמך לעקל את הנכס. רישום ה"א כן רלוונטי למי שעושה עסקאות מאוחרות.

מבחינה תמריצית כדאי לרשום הערת אזהרה, כי לא ניתן לדעת מול מי ניקלע לתאונה משפטית- מעקל או רוכש מאוחר.

אם שולמה רק חלק מהתמורה ואז מוטל עיקול, האם זה משפיע על העדיפות? לפי שטרסברג-כהן יש לחזור לדין האנגלי ולתת עדיפות עד גובה התשלום, כלומר המעקל יכול להטיל עיקול על התמורה שלא שולמה, אך לא על הנכס עצמו. לפי ברק וחשין הראשון תמיד יזכה ללא קשר לגובה התמורה ששולמה.

כיצד השפיעה הלכת גנז על הלכת אהרונוב? בפס"ד גנז נקבע שבעסקאות נוגדות חייבים לרשום הערת אזהרה כחלק מחובת תו"ל של הרוכש הראשון. האם ניתן להחיל את הלכת גנז ולחייב את בעל ההתחייבות המוקדמת לרשום ה"א?

**בנק המזרחי נ' גדי:** נמכרה דירה, הקונה לא רשם הערת אזהרה במשך 7 שנים, ואז הבנק מטיל עיקול על הבית בשל חובותיו של המוכר.

השאלה המשפטית: האם חייבים לרשום ה"א כחלק מחובת תו"ל של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן?

נקבע: הלכת גנז לא חלה כלפי מעקל מאוחר, ואי רישום הערת אזהרה גם לאחר 7 שנים אינה מקנה את הנכס לנושה הבלתי מובטח מכמה סיבות:

1. מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות- הערת אזהרה לא רלוונטית כי לא מדובר בעסקה. הערת אזהרה לא הייתה מועילה בכל מקרה כי מעקלים לא מסתמכים על המרשם.
2. אין הסתמכות על הנכס הספציפי- עיקול זה לא סעד שמוטל על נכס מסוים, אלא על כלל נכסי החייב.
3. עוצמת האינטרס של המעקל בנכס נמוכה משל הרוכש, שכן הוא לא מעוניין בנכס הספציפי אלא בכסף. ה"א לא הייתה משנה את הרצון לעקל.

מה קורה כשיש נושה מקצועי שמתעמת עם מעקל מאוחר?

**רשף נ' יוסף:** אדם רצה לקנות מקרקעין, לקח הלוואה ונתן התחייבות למשכנתא לבנק לאומי. לאחר שניתנה לבנק התחייבות למשכנתא, הוטל עיקול על הנכס. הבנק לא רשם הערת אהרה, והשאלה מי מהצדדים זוכה?

נקבע: אם בעל ההתחייבות המוקדמת הוא נושה מקצועי שמתעמת עם מעקל, צריך להחמיר ולדרוש שיכתבו הערת אזהרה כתנאי לעדיפות. בנקים הם שחקנים מקצועיים ומתוחכמים, ולכן מחמירים את הדרישות ומחילים את הלכת גנז שמחייבת אותם לרשום ה"א. הם תמיד מסתמכים על המרשם ולכן נצפה מהם לרשום ה"א ונקפיד איתם.

האם בעל ההתחייבות למתנה זוכה מול נושה מעקל? אם בעל ההתחייבות למתנה רושם הערת אזהרה, הוא גובר על הנושים המאוחרים לפי ס' 127(ב), בלי קשר לסוג העסקה (עסקת מתנה או עסקת תמורה).

אם בעל ההתחייבות למתנה לא רושם הערת אזהרה?

**לניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ:** ברירת המחדל היא שאם יש עסקת מתנה ובעל ההתחייבות לא רושם ה"א, נעדיף את המעקל על פני מקבל המתנה. הלכת אהרונוב לא תקפה במצבים כאלה. השיקול העיקרי הוא השיקול הכלכלי- עסקת מתנה היא עסקת חסד, מול מעקל מאוחר שחייבים לו כסף. מאזן המצוקה הוא לרוב למי יש יותר נזק.

מתי בכל זאת יגבר בעל ההתחייבות למתנה?

1. כאשר הנסיבות יעידו שהמתנה אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה קודם למתן המתנה) ולא ניסיון להברחת נכסים של החייב.
2. כשבעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה (לדוגמה, אם בעל ההתחייבות למתנה הסתמך על המתנה).
3. כשהחזרה מהמתנה אינה אפשרית (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר).
4. כשהנושה המעקל ידע על העסקת מתנה (חוסר תום לב).

**תחרות 4: תקנות שוק במקרקעין**

מדובר במצב שאדם מוכר יותר ממה שיש לו. למאפייני הזכות הקניינית מאפיינים דומיננטיים, ביניהם עקיבה והדיפות. לפי ההיגיון, אדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו. לכן אם הזכות בנכס פגומה או שאין זכות בכלל, אין תוקף לעסקה. תקנות שוק זה מצב חריג בגלל שרוצים לקדם אינטרס חברתי חשוב, ונותנים תוקף לעסקה.

ס' 10 לחוק המקרקעין קובע שכדי לרכוש זכות פגומה שתהיה תקפה, צריכים להתקיים שישה תנאים מצטברים:

1. רכישת זכות במקרקעין- רכישת הזכות הקניינית הסתיימה ברישום קנייני. לא מספיק רישום הערת אזהרה.
2. תמורה- הרוכש שילם את כל התמורה או לפחות את רובו, והתמורה משקפת את השווי האמיתי של הנכס. יש כאן גם עניין של תום לב- אם רוכשים מקרקעין בתמורה מאוד זולה, צריך לחשוד.
3. תום לב- הרוכש צריך להיות תם לב עד לרגע השכלול הקנייני ושלא ידע על נסיבות העסקה (כלומר לא ידע שהוא רוכש זכות פגומה). מדובר בתו"ל סובייקטיבי.
4. מקרקעין מוסדרים- מקרקעין מוסדרים הם מקרקעין שעברו הסדר ויש ביטחון ברישום. רק במקרקעין מוסדרים אפשר להנות מהתקנה, וזה נובע מהרציונל של התקנה- לתת לאנשים יכולת להסתמך על רישום המקרקעין ולעודד אותם להסתמך על הרישום בלי לפקפק בו. במקרקעין לא מוסדרים אין ביטחון ברישום, ולכן תקנת השוק לא חלה עליהם. לולא תקנת השוק, היינו צריכים לעשות בדיקות ארוכות ורבות לפני רכישת זכות, וזה עולה הרבה כסף כדי לברר את ההיסטוריה של הנכס.
5. הסתמכות על הרישום בפנקסי המקרקעין- העסקה חייבת להיות על בסיס בדיקה של המרשם. אם הייתה הסתמכות על המרשם שהמוכר רשום כבעל הזכויות, ניתן להסתמך על כך. אם בדיעבד התברר שהמוכר היה רמאי- העסקה תקפה. לא ניתן להסתמך על מסמכים חיצוניים (חוזים, שטר מכר וכו').
6. הרישום לא היה נכון- הטעות צריכה להיות במרשם. תקנת השוק במקרקעין חלה רק כשהרישום בפנקסים לא נכון. כלומר, קנית מאדם שהצליח להירשם בטעות או בתרמית במרשם. אם התרמית חיצונית, למשל אדם התחזה לאחר, התנאי לא מתקיים והרוכש יישא בהפסד. במצב של התחזות, הרישום נכון אך האדם רמאי. אם תקנת השוק הייתה חלה גם במצבים של התחזות, מצב של התחזות היה הרבה יותר שכיח ויהיה הפסד נכסים.

כמעט ולא קורה שזוכים בנכס מכוח תקנת השוק, כי יש הרבה תנאים קפדניים, ולהערים על פקידי המרשם מאוד לא קל. יש המון התחזויות, ולכן בעייתי אם כל פעם נפעיל את תקנת השוק. כדי להימנע מהתחזויות מבקשים מספר תעודות מזהות.

תקנת השוק במקרקעין לא פועלת נגד זכויות לא רשומות. זכויות לא רשומות לא נסוגות מפני זוכה מכוח תקנת השוק. אלה זכויות שהמחוקק לא רצה להחריג מכוח התקנה. זכייה היא רק בנוגע לבעלות.

הרציונל של תקנת השוק הוא לעודד אנשים להסתמך על המרשם, ולחסוך עלויות בבירור היסטוריית הנכס.

תקנת השוק יכולה לחול במקרה שהבעל המקורי נותן ייפוי כוח לעו"ד שלו שייצג את הדירה עבורו. עו"ד יכול לזייף ולהעביר את הנכס על שמו. העו"ד עושה עסקה עם א' ומוכר לו את הזכויות בנכס. אח"כ א' עושה עסקה בנכס עם ב'. זהו המצב הקלאסי בו תקנת השוק תחול. לא' אין שום דרך לדעת שהעו"ד רימה את הבעלים המקוריים. העו"ד לא מתחזה להיות הבעלים, אלא עשה שינוי רישומי. לא נצפה מהרוכשים להתעמת מול הבעלים המקוריים.

בהסתמך בתום לב על הרישום, ההסתמכות צריכה להיות דווקא על הרישום; תו"ל סובייקטיבי; ובכל השלבים.

הסתמכות דווקא על הרישום (ולא על מסמכים אחרים):

* ההסתמכות לפי ס' 10 צריכה להיות ממשית, על יסוד הנתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה (פס"ד קורצפלד).
* אם הקונה רוכש זכות במקרקעין על בסיס מסמכים חיצוניים- דרכון; ת"ז; ייפוי כוח- שהם מזויפים, הוא לא זכאי להגנת תקנת השוק גם אם השלים בתו"ל את העסקה (פס"ד מורדכיוב).
* במקרים של התחזות המוכר לבעל הזכות הרשומה, תקנת השוק לא חלה (פס"ד להיגי נ' עזורי).

**בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס:** תו"ל חייב להיות סובייקטיבי. זהו מצב נפשי ומשמעותו יושר הלב. בהקשר של ס' 10, משמעותו אמונה של הקונה שהמוכר הוא בעל הזכות במקרקעין כפי שכתוב במרשם, ושהמוכר רשאי להעביר את זכותו והיא נקייה מכל זכות של אדם אחר. אם הרוכש ידע שמדובר בזכויות פגומות, או שהוא חשד ועצם עיניים, לא תתקבל טענה של תו"ל. במצב שאדם התרשל ולא נקט באמצעים שאדם סביר היה נוקט, התרשלותו לא שוללת את תום ליבו.

תום הלב חייב להיות בכל השלבים- גם בשלב העסקה וגם בשלב הרישום, כלומר עד סיום העסקה.

מה הדין כשהמוכר הוא רק בעל הערת אזהרה?

**מורדכיוב נ' שלמה:** אדם התחזה לבעלי הנכס (אין שינוי של המרשם בשלב הזה). א' עושה עסקה עם המתחזה ורושם הערת אזהרה. א' לא יכול לזכות בנכס לפי תקנת השוק כי לא מתקיים התנאי השישי- לא מדובר ברישום לא נכון אלא בהתחזות. היה גלגול של הנכס, וא' עושה עסקה עם ב', ועכשיו רוכש ב' מתעמת עם הבעלים.

השאלה המשפטית: האם רוכש ב' יכול לזכות מכוח תקנת השוק אם הוא רוכש מאדם שיש לו רק הערת אזהרה? האם ניתן להתייחס להערת אזהרה כאל מרשם שגוי?

נקבע: בעסקה הראשונה, המרשם היה נכון ולכן תקנת השוק לא חלה כי לא מתקיים התנאי השישי. לגבי רוכש ב'- באופן עקרוני אם רכשו מאדם שיש לו הערת אזהרה, זה לא שולל את החלתה של תקנת השוק, אך ביהמ"ש קובע סטנדרטים נוספים- סטנדרט אובייקטיבי לתו"ל ע"י "בדיקה ראויה". רוכש ב' צריך להוכיח שבחן כראוי את עסקת היסוד, בין הבעלים שרשום לבין מי שיש לו הערת אזהרה. חייבים לאתר את הבעלים שרשום במרשם ולבדוק שהוא באמת עשה עסקה עם רוכש א'. אם הרכישה היא על בסיס הערת אזהרה, יש צורך בבדיקה מקיפה ויסודית יותר. בנסיבות של מכר רק על בסיס הערת אזהרה, צריך לבחון מה הנסיבות בהן האדם ממהר למכור את הנכס. אם לא ייבחנו את הנסיבות, זה ייחשב כעצימת עיניים וישלול את תום ליבו של רוכש ב'.

במקרה דנן, רוכשת ב' לא עמדה בתנאי תקנת השוק, שכן היא לא עשתה בדיקה של עסקת היסוד בין הבעלים לרוכש א'. עקרונית ביהמ"ש מאפשר רכישה על בסיס הערת אזהרה, אך יש לעשות בדיקות יסוד.

**תחרות 5: תקנת השוק במיטלטלין**

ס' 34 לחוק המכר עוסק באדם שקונה מיטלטלין מאדם שזכותו פגומה. ס' 34 קובע תנאים מצטברים לקיומו של תקנת השוק במיטלטלין:

1. נמכר- תנאי המקפל בתוכו שתי דרישות:
2. עסקת העברת בעלות.
3. מכר- העסקה היא בתמורה. התמורה חייבת להיות אובייקטיבית שמשקפת את שווי השוק של הנכס.
4. נכס נד- נכסים מוחשיים של מיטלטלין, ולא זכויות מופשטות כמו קניין רוחני. אין הבחנה בין מיטלטלין שמתקיים לגביהם רישום למיטלטלין אחרים.
5. ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר- הדרישה מנסה לעודד אנשים לרכוש מאנשים שהם סוחרים שעוסקים במכירת נכסים בשוק חוקי.
6. המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו- היעדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס. מתייחסים למכלול הנסיבות של המכר הרלוונטי ולמועד כריתת הסכם המכר. רוצים לעודד לרכוש במהלך עסקים רגיל, בשעות הפעילות הרגילות של העסק, במקום הרגיל.

תנאים 3-4 הם לב הרציונל של תקנת השוק. רוצים לתמרץ אנשים לרכוש בשוק הפתוח ומאנשים שעוסקים בממכר הזה. יש שתי גישות לפרשנות של תנאי השוק הפתוח:

1. זמיר- תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה (קנייה מאדם שבאמת בעל חנות תכשיטים).
2. דגן- המטרה היא לתמרץ את הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק.
3. קנה וקיבל- תנאי של מסירת הנכס, כי הדרך הרגילה לביצוע עסקת רכישה היא העברת הנכס מרשותו של המוכר לקונה. ס' 33 לחוק המכר קובע שהעברת הבעלות היא במסירה, אלא אם כן הצדדים קבעו אחרת.
4. תום לב- דרישת תו"ל סובייקטיבי. תו"ל חייב להימשך מעת כריתת ההסכם ועד לקבלה של הנכס, כלומר עד סיום העסקה. צריך העדר ידיעה והעדר עצימת עיניים (נסיבות מחשידות ועצימת עיניים מתוך כוונה להימנע מלברר את החשד). תו"ל סובייקטיבי עולה מהרציונל של תקנת השוק- תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" ע"י חיוב בבדיקות. אין סיבה לחשוד בבעלי עסקים.

יש שאלה לגבי עסקאות באינטרנט- רוכשים כל הזמן ובכל מקום. מהלך העסקים הרגיל באינטרנט הוא כל הזמן, אך גם שם יש תרמיות. ההיגיון אומר שהמציאות המסחרית השתנתה ואין סיבה שתקנת השוק לא תותאם למכר באינטרנט.

עד כמה נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית? האם רוכש רכב המשועבד במרשם יכול להיחשב תם לב? האם יש חזקה שהוא מודע לכך שהרכב משועבד ורשום?

**פס"ד רוזנשטרייך:** לא מחילים את הידיעה הקונסטרוקטיבית על הרוכש, ולא מצפים ממנו לעשות בדיקה האם יש שעבודים על הנכס. רוצים לאפשר סחר חופשי על הנכס.

עד כמה ההלכה הישנה הזאת רלוונטית למצב כיום, שכן הרבה יותר קל לעשות בירורים?

**פס"ד כנען:** בעל תמונה השאיל את תמונותיו למוזאון הפדרלי, והיה ביטוח על התמונה. התמונות נעלמו והתגלגלו לשוק הפשפשים ביפו, והגברת מזרחי מוכרת את התמונות לגברת כנען במחיר נמוך מאוד של 250 ₪. גב' כנען גילתה שזה מהמוזאון הפדרלי, והולכת למשטרה לבירור. העימות הוא בין הגב' כנען לממשלת ארה"ב. כמעט כל תנאי השוק התקיימו חוץ מדרישת התמורה- האם הדרישה היא סובייקטיבית שנובעת מההבנה השגויה של הצדדים, ולכן דרישת התמורה התקיימה, או שמא הפרשנות היא אובייקטיבית וזה לפי הערך הריאלי של התמונות (מעל 100,000$), ואז לא התקיימה דרישת התמורה.

נקבע: דרישת התמורה היא אובייקטיבית, המשקפת את התמורה הריאלית של הנכס. (לוין העלה את השאלה האם מכירת תמונות אומנות בשוק הפשפשים נכללת בתנאי של שוק פתוח). השופטים מגיעים למסקנה דרך שני מסלולים:

1. מסלול פנימי- רציונל של אי עמידה בתנאי תקנת השוק. כיצד יש לסווג את הנכס? הביקורת היא שהייתה בחינה בדיעבד של המציאות. יש גילוי בדיעבד של חסרון תמורה. יש כאן חתירה תחת הרציונל של תקנת השוק.
2. מסלול חיצוני- אין הצדקה ל"מתנה משמים". אין הצדקה להשאיר תמונה בשווי 100,000$ כששילמו עליו רק 250 ₪. מחילים את מאזן המצוקה. יש טעות משותפת (חוזים)+ הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (עשיית עושר). במצב של טעות משותפת אפשר לבטל את העסקה. הביקורת היא שזה רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת. ברק מחיל את תו"ל האובייקטיבי- כשקונים נכס עם ערך ריאלי כ"כ גבוה, לא ניתן להחשיב את הקונה כתם לב.

לגבי מכוניות, אם קונים מאדם פרטי, לא מוגנים ע"י תקנת השוק, ולכן הפתרון הוא להתנות את התשלום בהעברת הבעלות. תקנות התעבורה שעוסקות בהעברת בעלות מחייבות את הבנק המקוון לבדוק את זהות המתקשרים+ אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה. הרישום במשרד התחבורה אינו מקנה זכויות.

לגבי תקנות שוק בזכויות- מדובר על הדיון של המחאת חיובים לפי ס' 4.

**נטילה שלטונית של מקרקעין**

יש שני סוגים של נטילות שלטוניות:

1. הפקעות- לקיחה פיזית של מקרקעין מאדם פרטי ע"י הרשות, והעברת הרישום על שמה או על שם אדם אחר.
2. גריעות תכנוניות- הבעלים נותר הבעלים של המקרקעין, אך מוטלות מגבלות על המקרקעין לעשות בקרקע שינויים מסוימים. לדוגמה, העברת תוכנית בניית עיר המגבילה את בעלי המקרקעין.

בישראל מפצים על שני סוגי הנטילות, לעומת ארה"ב שמפצים על הפקעות, אך מפצים על גריעות תכנוניות רק כשהן חמורות ומשמעותיות.

נטילות שלטוניות מטופלות בין היתר דרך חו"י כבוד האדם וחירותו בס' 3 (הגנה על הקניין), וס' 8 (פסקת ההגבלה).

בישראל יש 25 דברי חקיקה שמאפשרים לרשויות להפקיע מקרקעין ולהגביל מגבלות תכנוניות על מקרקעין של אנשים פרטיים. המרכזיים הם חוק התכנון והבניה (1965); ופקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (1943). על בסיס דברי החקיקה אלו, מתבצעות 95% מהנטילות השלטוניות. יש דברי חקיקה נוספים שמאפשרים להפקיע קרקעות לצרכי מים.

**הפקעות**

הפקעת מקרקעין היא פעולה שלטונית שמורכבת משלושה חלקים:

1. רכישה כפויה של מקרקעין- אקט כפוי על בעלי מקרקעין. למרות חוסר הרצון לתת את המקרקעין, הרשות לוקחת את המקרקעין מכוח סמכותה.
2. לשם הגשמתו של צורך ציבורי- ההפקעה נעשית לצורך ציבורי, וזוהי התכלית היחידה להפקעה.
3. תמורת פיצוי בעל המקרקעין- בגין נטילת המקרקעין.

**רכישה כפויה של מקרקעין**

מכוח מה רשות שלטונית יכולה לקחת קרקע מבעליו? יש שלושה הסברים:

1. תיאוריית שימור הכוח- השלטון שומר זיקה למקרקעין אותם הוא רוצה להפקיע, והוא תמיד יכול להפעיל את הזיקה ברגע שהוא צריך את הקרקע.
2. Police Power- כדי להגשים מטרות מסוימות, המדינה חייבת את הכוח לקחת מקרקעין כדי לממש את תפקידה ואת זכותה.
3. תיאוריית ההסכמה הראשונית של ג'ון לוק- כשבוחרים נציגים שייצגו אותנו, ניתנת להם הסכמה מראש לבצע הפקעות, גם כשאנו לא יודעים מה יילקח ממנו.

למה השלטון צריך את הכוח להתערב בקניין הפרטי?

* כשלי שוק- הסיבה העיקרית. יש מצבים בהם המדינה חייבת את הקרקע של הפרט כדי להגשים צורך ציבורי. לכן בעל הקרקע הופך להיות סוג של מונופול והוא יכול לסחוט מהמדינה לצורך קבלת אישורו לשימוש בקרקע.
* צדק חלוקתי- רוצים לאפשר לאוכלוסיות מסוימות גישה למקרקעין על מנת להגשים מטרות של צדק חלוקתי.
* כוח שלטוני קלאסי- יש דברים רבים שהיינו רוצים שהמדינה תעשה עבורנו, והמדינה צריכה קרקעות לצרכים אלו. יהיה קשה מאוד להשיג את הקרקעות על סמך משא ומתן רצוני, ולכן מאפשרים הפקעה.

**לשם הגשמתו של צורך ציבורי**

ס' 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) קובע שהפקעה תיעשה לצורך ציבורי. צרכי ציבור מוגדרים בס' 188 לחוק התכנון והבניה, ובנוסף כל צורך הנובע מהם או כרוך בהם שלצורך הגשמתן ניתן להפקיע מקרקעין. בנוסף לצרכים הציבוריים המוגדרים, ס' 2(10) נותן סמכות לשר האוצר להגדיר צורך ציבורי שלמענם ניתן להפקיע קרקע. ניתן לראות שהסעיף נותן למדינה סמכות רחבה וההסדר נותן הרבה כוח למדינה.

המשמעות האופרטיבית של הפקעת קרקעות מובאת בס' 3. אם שר האוצר מחליט באמצעות הוועדה המייעצת שקרקע מסוימת נחוצה לצורך ציבורי, המדינה רשאית לרכוש כל זכות בקרקע, וישלמו לבעלים פיצוי.

בארה"ב נושא ההפקעות מעוגן בחוקה האמריקאית/ חוקה פדראלית (לא ניתן לקחת קניין פרטי לצורך ציבורי ללא פיצוי הוגן), וגם דרך חקיקה מדינתית (הסדרת נושא ההפקעות). ככל שהמדינה יותר דמוקרטית היא תאפשר הפקעות, מול מדינה רפובליקנית שפחות תאפשר הפקעה.

**פס"ד קילו:** בעיר קילו היו אחוזי אבטלה גבוהים והיא הייתה במשבר כלכלי, ולכן ניסו להביא תעסוקה לעיר במשך שנים. העיר הגיעה להסכם עם חברת פייזר שתקים מרכז פיתוח, ועל מנת להקים את המרכז צריך להפקיע קרקע מסוימת, ביניהם קרקע של סוזט. היא טוענת שאסור לקחת קרקעות אלא אם כן מדובר בצורך ציבורי, וכאן לא מדובר בצורך ציבורי כי מדובר בהעברת בעלות פרטית אחת לבעלות פרטית אחרת.

נקבע: מדובר בצורך ציבורי כי הפרויקט יעזור לתעסוקה בעיר ויגדיל את רווחיה, ולכן ניתן לקחת לסוזט את הקרקע. למרות שההפקעה אושרה, חברת פייזר החליטה לא להגיע לעיר, אך כבר לקחו לסוזט את הקרקע. בארה"ב לא משיבים קרקע שהופקעה גם אם בסוף לא נעשה בה שימוש, ולכן סוזט הפסידה את הקרקע שלה.

בעקבות הפס"ד הייתה תגובת נגד חזקה בארה"ב, ומדינות שונות לא רצו לאפשר את ההפקעות הפרטיות גם אם יש תועלת ציבורית. כתגובה לפסיקה המדינות הקשו על ביצוע הפקעה והעלו את גובה הפיצוי הנדרש.

לעומת זאת, בישראל צורך ציבורי הוא לא מגבלה אמיתית, אלא מציאות שבה ביהמ"ש מכשירים הכל.

**קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל:** בייניש אומרת שבישראל ביהמ"ש מאוד מקשה בנדון של הפקעת קרקעות. חו"י כבוד האדם וחירותו מבטא את צמצום ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה.

בפועל זה לא נכון, וסמכות ההפקעה שניתנות בישראל בפסיקות רבות מראות שביהמ"ש לרוב לא מתערב בהחלטה.

**דור נ' שר האוצר:** הופקעה קרקע לטובת הקמת בתים לעולים חדשים. בעלי הקרקע טוענים שלא ניתן להפקיע קרקע מאדם פרטי אחד ולתת אותו לאדם פרטי אחר.

נקבע: ביהמ"ש לא מתערב בהחלטה. מהרגע ששר האוצר החליט שמדובר בצורך ציבורי ביהמ"ש לא יכול להתערב.

**שוורץ נ' שר האוצר:** שוורץ התנגדו להקמת פעילות מפעל בטענה שהוא מזהם. בעלי המפעל שהיו קשורים לשר האוצר ביקשו להפקיע את שטחו של שוורץ, אחרת יסגרו את המפעל. שר האוצר מחליט להפקיע את הקרקע.

נקבע: ההפקעה היא לצורך ציבורי בשל האבטלה בעיר. ביהמ"ש לא יעביר ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר.

**מהדרין נ' שר האוצר:** הפקיעו קרקעות חקלאיות בשביל שדה תעופה. בעלי הקרקע טענו שאין חולק שנתב"ג הוא צורך ציבורי, אך יש לו גם אלמנט פרטי (כמו דיוטי פרי). לכן במקום להפקיע את כל הקרקע טענו שייקחו רק את הנדרש לצורך ציבורי, וחברת מהדרין תקים את הדיוטי פרי.

נקבע: שר האוצר החליט שמדובר בצורך ציבורי ולכן לא מתערבים. בנוסף, מדובר בפרויקט גדול ועדיף שגורם אחד יהיה אחראי, ולא לחלק לגורמים שונים להקים חלקים שונים.

**פס"ד חליל נ' מדינת ישראל:** הפקעה לצורך שטח ציבורי פתוח, שלא יעשו בשטח כלום. גם כאן ביהמ"ש לא מתערב.

רואים שהאמירה של בייניש בפס"ד קרסיק אינה מדויקת, והאמירה המדויקת היא של שמגר בפס"ד לוביאנקר. שם נאמר שלשר האוצר יש שק"ד רחב, וברגע שהוא מחליט שיש צורך ציבורי, ביהמ"ש ימנע מלהתערב.

עם זאת, יש התערבות שיפוטית במידתיות ההפקעה, ובודקים שההפקעה היא לפי חו"י כבוד האדם ופסקת ההגבלה. ישנם 7 מבחנים שבודקים האם ההפקעה מידתית:

1. ניסיון רכישה הסכמי- בתקופת שמגר התפתחו הנחיות היועמ"ש הקובעות שכדי שרשויות יוכלו להפקיע, לפני תהליך ההפקעה הן חייבות לבצע ניסיון של רכישה הסכמית. הרציונל הוא שנתחיל בטוב ללא פגיעה בזכויות קניין, ורק אם לא מצליחים להגיע להסכם יפקיעו את הקרקע.
2. ביצוע עצמי- אם הבעלים המקוריים של הקרקע יכולים להגשים את הצורך הציבורי ההפקעה לא מידתית.

**פס"ד נוסייבה:** משפחת נוסייבה הייתה משפחה עשירה שגרה בקו התפר בין ירושלים המזרחית למערבית. הוחלט על תכנית בנייה בקו התפר, ולכן הפקיעו למשפחת נוסייבה קרקע עבור הקמת מרכז מסחרי. לא עשו שימוש בקרקע במשך 20 שנה, ונוסבייה תובעים את הקרקע בחזרה.

נקבע: צריך להחזיר לנוסייבה את הקרקע לא כי לא עשו בו שימוש, אלא כי נוסייבה הייתה יכולה כלכלית להפעיל מרכז מסחרי בעצמה ולהגשים את מטרת הפרויקט. מלכתחילה לא הייתה הצדקה להפקיע את הקרקע ולכן ההפקעה לא מידתית. בדיון נוסף ביהמ"ש קבע שהמטרה לא נזנחה ולכן אפשר להגשים את המטרה גם לאחר 20 שנה. בנוסף, ביהמ"ש אינו יכול להעלות טענת של ביצוע עצמי, אלא בעלי הקרקע עצמם צריכים.

1. איחוד משאבים- תת מבחן של עילת הביצוע העצמי, אך בנסיבות מיוחדות בהם יש ריבוי בעלים שמהם מפקיעים את הקרקע.

**פס"ד מקור הנפקות וזכויות בע"מ:** רצו להקים שכונה בהר חומה בירושלים, ולכן צריך להפקיע קרקעות. בעלי הקרקע טענו שאין צורך להפקיע את הקרקע, אלא יש לנהל מו"מ. כמו כן, אין סיבה שהמדינה תגזור רווח יזמי על הקרקעות, אלא בעלי הקרקע יתקשרו עם קבלים ויבנו את השכונה ע"י איחוד המשאבים שלהם.

נקבע: ביהמ"ש מקבל את הטענה ויש לתת לבעלי הקרקע להתקשר עם קבלנים, אך בגלל שיש ריבוי בעלים, עליהם לאחד את המשאבים תוך 3 חודשים על מנת לפנות לקבלנים. כך נשמרת המידתיות- מצד אחד מאפשרים לתושבים את האפשרות, אך מצד שני בפרק זמן קצר מאוד שמועד לכישלון.

1. שיהוי- לשיהוי יש שני פנים:
2. פן ראייתי- ראייה לכך שלא מתכוונים להשתמש בקרקע למטרה הציבורית (כפי שהיה בפס"ד נוסייבה).
3. פן מנהלי- קשור להתנהלות הרשות ופחות לכוונה. יש פיקוח ומענישים על התנהלות לא תקינה של הרשות. ברגע שיש שיהוי זה מעיד שהרשות לא פועלת כמו שצריך ולא מגשימה את המטרה בזמן הקצוב.

עד לשנת 2010 השתמשו בעילת השיהוי כעילה משמעותית להפקעות לא מידתיות. משנות ה-50 ביהמ"ש אומר לרשויות שאם הגשמת הצורך הציבורי תשתהה, ההפקעה עשויה להתבטל.

**פס"ד אמיתי:** היה רצון להפקיע קרקעות בגבעת שמואל, אך חוץ מלהוציא את הצו, העירייה לא עשתה דבר.

נקבע: לאחר 26 שנים, השיהוי חרג מפרופורציה ויש להחזיר את הקרקע לבעלים. זאת הפעם הראשונה שביהמ"ש ביטל הפקעה על רקע מידתיות מעילה של שיהוי.

ב-2010 עשו תיקון לפקודת הקרקעות לצורכי ציבורי, ויש הסדר משפטי כמה זמן רשות יכולה להחזיק בקרקע מבלי לעשות בה דבר. הכללים קובעים שיש עד 8 שנים שבהן שר האוצר יכול להגשים את מטרת ההפקעה וזו ברירת המחדל. המחוקק יצר אפשרות לשר האוצר להאריך את התקופה ל-15 שנים אם הוא סבור שדרוש זמן נוסף למימוש המטרה הציבורית, אך יש לתת הודעה מנומקת. אם הן לא מספיקות ניתן להאריך עד 17 שנים מיום מתן הודעת ההפקעה, וזו תקופת הזמן המקסימלית למימוש מטרת ההפקעה.

1. תום/ שינוי המטרה- שינוי מטרה יכול להעיד על חוסר מידתיות. אך גם אם שונתה מטרת ההפקעה, כל עוד נעשה בקרקע שימוש למטרה ציבורית אחרת, המדינה יכולה להמשיך להחזיק בקרקע.

**פס"ד קרסיק:** הפקיעו קרקע עבור שטחי אש של הצבא. המדינה החליטה לשנות את ייעוד הקרקע משטח אש לבתים לעולים חדשים. בעלי הקרקע לא הסכימו לקבל פיצוי. לטענתם מגיע להם את הקרקע בחזרה מרגע שינוי המטרה.

נקבע: חשין אומר שצריך לשנות את תפיסת הקניין הישראלית. חשין משנה את הדוקטרינה בכל הקשור למקום של הבעלים במרחב אחרי ביצוע ההפקעה. ישנן שתי דוקטרינות:

1. הפקעה יכולה לבטל את זיקת הבעלים לקרקע- ברגע שהפקיעו קרקע, הבעלים יוצאים לגמרי מהתמונה.
2. ההפקעה משמרת את זיקת הבעלים לקרקע למרות שלקחו להם את הקרקע- חשין מאמץ את הדוקטרינה הזאת לדין הישראלי, ואומר שהגיע הזמן לשנות גישה לפיו לבעלים עדיין יש זיקה למקרקעין. לפי חשין, ברגע שמוצתה המטרה הציבורית, אפשר להחזיר את הקרקע לבעלים. מבחינה אופרטיבית האופציה הראשונה שעומדת בפני המדינה היא להחזיר את הקרקע לבעלים, והבעלים ישלמו עבור הקרקע (יקבלו פיצוי עבור ההפקעה, ואז ישלמו על הקרקע). האופציה השנייה היא ששימור הזיקה של הבעלים לא מחייב את המדינה להחזיר את הקרקע, אך המדינה מחויבת להשתמש בקרקע למטרה ציבורית אחרת.

ב-2010, המחוקק אימץ את הגישה של חשין, והחוק קובע שאם המדינה משנה את הצורך הציבורי, בעלי הקרקע יזומנו לשימוע ויכולים לטעון טענות נגד ההפקעה, בדיוק כפי שעשו לפני ההפקעה הראשונה. למעשה מתחילים את עסקת ההפקעה מחדש, ומייצרים מנגנון שמאפשר לבעלים להתנגד לה.

1. זכות מזערית- חובת הרשות להפקיע את המינימום הנדרש בפעולת ההפקעה עבור הצורך הציבורי.

**פס"ד אקונס:** הוציאו הודעות הפקעה רחבות מאוד לשימוש וחזקה בקרקע, אך לא הפקיעו את הבעלות.

נקבע: יש להוציא הודעת הפקעה מצומצמת יותר, ואין לבצע הפקעה כזו רחבה. אם רשות ציבורית לוקחת יותר ממה שהיא צריכה, ביהמ"ש רשאי לתקן את היקף הזכויות שנלקחות.

1. מיקום- האם המיקום רלוונטי ומרכזי?

**פס"ד זמר:** עוסק בסלילה של כביש 6. התכנון היה שיעבור במועצה האזורית עמק חפר ולאחר מכן הוסט למועצה האזורית זמר. לטענתם ההפקעה לא מידתית כי התוואי המקורי לא היה אמור להיות באזור שלה.

נקבע: כחלק ממבחני המידתיות ניתן לבחון האם המיקום של ההפקעה הוא אופטימלי. אם המדינה מסיתה את התוואי היא צריכה נימוק מפורט מדוע היא עשתה זאת.

בישראל נושא מידתיות ההפקעה הפך להיות מרכזי, ואימוץ חוקי היסוד הפך את המידתיות למבחן המרכזי שעל פיו תוקפים הפקעות ובודקים אם הן תקינות.

**פיצוי בעל המקרקעין**

כשמדברים על צדק ופיצוי, הרכיב הבא החשוב הוא פיצוי האנשים על ההפקעה. ביהמ"ש בישראל מדבר על מושגים של פיצוי נאות, פיצוי הוגן ופיצוי צודק- פיצויים שמשקפים תפיסה של צדק. יש מושגים שונים של צדק, והתפיסות השונות יכולות להוביל לתוצאות שונות.

* צדק מתקן- השבת המצב לקדמותו. מפצים את הניזוק על מידת הנזק המוערך שנגרם לו. מתעלמים מערכים שונים ומנזק סובייקטיבי, ומשלמים רק על נזק אובייקטיבי. זו הגישה הקלה והרווחת בדיני הפקעות.
* צדק חלוקתי- ניסיון להחיל את עקרונות הצדק החלוקתי במשפט הפרטי עבור קידום אנשים מקבוצות חלשות. (זו גישתו של דגן בדיני קניין). הבעיה היא שזה יוצר עימותים רבים מכיוון שהמשפט הפרטי הוא אד-הוקי. העקרונות לא חלים על כלל האוכלוסייה, אלא כל מקרה שמגיע לביהמ"ש הוא ספציפי, ולכן אין ראיה כוללת על פערים חלוקתיים בחברה וניתנת מענה נקודתי בלבד.
* צדק הליכי- גישה זו טוענת שההליך יותר חשוב מהתוצאה, כלומר חשוב לקיים צדק בהליך עצמו. ההליך חייב להיות הוגן בו הצדדים מקבלים את הזכויות שלהם. בדיני הפקעה שלטונית יש תנאים ברורים כיצד לבצע הפקעה כמו חובת שימוע, אך בישראל ההליך הוא רק חלק מהעניין ומה שחשוב זאת התוצאה.
* צדק מאחה- תפיסה שמסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאה, והיא נפוצה בעיקר במשפט הפלילי. יש הטוענים שאפשר להחיל אותה גם בהפקעות כי מדובר על פגיעה שנעשית לא רק ע"י אדם פרטי אלא ע"י קהילה שלמה- רשות או המדינה, ולכן מדובר במערכת יחסים בין נפגע לקהילה. לכן יש הטוענים לשתף את הנפגע יותר בהליך.

בארה"ב חובת הפיצוי ביחס להפקעות קובעת שלא ניתן לקחת קרקע ללא פיצוי הוגן, אך החוקה שותקת לגבי גובה הסכום. ביהמ"ש העליון האמריקאי קובע שפיצוי הוגן הוא שווי השוק של הנכס (תפיסת צדק מתקן). לעיתים יש מענק סיוע קטן עבור העתקת מקום מגורים (20,000$), אך לא פיצוי על שכר טרחה עו"ד, תיווך ועוד.

פיצוי ע"פ שווי השוק של הנכס אינו צודק, כי יש שלושה ראשי נזק שלא נכללים בפיצוי זה, ולא בטוח שהדרתם צודקת:

1. אובדן ערכים סובייקטיביים- יש אנשים עם ערכים סובייקטיביים לנכס, וזה לא תמיד מגולם בפיצוי ההפקעה. לא תמיד מדובר בערכים סנטימנטליים, אלא גם ערך כלכלי כמו קרבה למקום עבודה, ערכי קהילה, משפחה וכו'. לא תמיד קל לכמת נזקים אלו ולכן קשה לפצות בגינם.
2. כשלי השוק ה"מדומיין"- מצבים שבהם מפקיעים בשכונות עם ערך קרקע נמוך. גם אם ניתן פיצוי בשווי השוק, לא יהיה לבעלים מה לעשות עם הפיצוי הנמוך, והם יוכלו לקנות בית במקום עם ערך נמוך שוב. ייגרם מצב שאנשים יעברו ממקום למקום כל הזמן. בישראל מתחשבים בכך בעיקר בפרויקט פינוי בינוי, ומאפשרים לבעלי הקרקע לקבל פיצוי בשווי הקרקע של השכונה החדשה שנבנית ולא של השכונה הישנה.
3. הדרת ערכים כלכליים- פיצוי בשווי השוק לא מפצה על שכ"ט עו"ד, פגיעה במוניטין, שכר מתווך ועוד.

בפס"ד ארידור נ' עיריית פתח תקווה,חשין אומר שפיצוי הוא דבר חשוב וצריך לעשות צדק עם הבעלים שלוקחים לו את המקרקעין. ההסדרים בחוק הישראלי הם פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבנייה, והם שני מסלולים נפרדים. הם מסתמכים אחד על השני למרות שיש להם הוראות שונות.

**פיצוי ע"פ פקודת הקרקעות**

ס' 12 קובע שהכלל בישראל הוא שפיצוי הוא לפי מחיר השוק של הנכס.

ס' 12א קובע שאסור לקחת בחשבון את העובדה שהרכישה נעשתה בכפייה, כלומר לא מפצים על פגיעה באוטונומיה.

ס' 20 נותן סמכות הפחתה לגבי גובה הפיצוי. לפני 2010 היה חריג שנתן סמכות לשר האוצר להפחית את הפיצוי ב-25% משווי הקרקע, כלומר לא חייבים לפצות על רבע מהקרקע. ב-2010 נעשה תיקון לחוק שם בטל החריג, ומותר להפחית את גובה הפיצוי רק אם ההפקעה נעשית ע"י רשות מקומית. שר האוצר לא יכול לעשות הפחתה, רק רשות מקומית.

ס' 20(ג) מאפשר לשר האוצר להפעיל שיקול דעת ולתת פיצוי נוסף או לבטל את ההפחתה, לפי נסיבות העניין. ס' 20(ג) הוא סייג לחריג שבס' 20, שכן שר האוצר יכול להעניק פיצוי נוסף או לבטל הפחתה.

**פיצוי ע"פ חוק התכנון והבנייה**

ס' 190 קובע שההפקעה תבוצע ע"פ פקודת הקרקעות ויש לפצות ע"פ העקרונות של פקודת הקרקעות. עם זאת, יש סמכות להפחתת הפיצוי עד לגובה של 40% כשההפקעה היא לצורך בנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות. כלומר, אם מפחיתים דרך הפקודה ניתן להפחית עד 25%, ואם מפחיתים דרך החוק ניתן להפחית עד 40%. מה הסיבות לפער?

1. חוק התכנון והבניה ההפקעות הן לטובת כל הקהילה, וכולם נהנים מההפקעה כולל הנפגע.
2. מצבן הכלכלי של רשויות מקומיות לא טוב, ולכן מעניקים להן סמכויות הפחתה גדולות יותר.
3. קיימת השבחה של המקרקעין ולכן ערך הקרקע יעלה. לכן אם הבעלים יקבל פיצוי בשווי המלא של הקרקע, הוא ירוויח יותר ממה שהוא היה אמור לקבל על חשבון הפיצוי. מרוויחים בעקיפין דרך ההשבחה.

הרציונל העיקרי הוא הרציונל הקהילתי ורציונל ההשבחה שגם הוא קשור לצרכים קהילתיים.

בסיפא של ס' 190(א)(1) נקבע שאם רשות מקומית מחליטה להפקיע רק חלק ממקרקעין וכתוצאה מההפקעה הקרקע שנותרה ירדה בערכה, הרשות המקומית אינה יכולה להפקיע רק חלק מהמקרקעין. היא יכולה להפקיע או הכל או כלום. אם היינו לוקחים את הסיפא ברצינות לא היינו יכולים לבצע הפקעות, כי תמיד כשמפקיעים חלק מחלקה, הקרקע יורדת בערכה. לכן פירשו את הסעיף בצורה אחרת. הפרשנות הקלאסית אומרת שההגנה תחול רק במקרים בהם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע. אין התייחסות לשווי הקרקע, אלא התייחסות אם אפשר לעשות שימוש סביר בקרקע שנשארה.

דה פקטו, לא מפחיתים 40% מהפיצוי, וישנה מדיניות פעולה מסוימת. יש 2 שלבים להפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה:

* שלב ראשון- הרשות המקומית מכינה תוכנית שמייעדת את המקרקעין עבור צורך ציבורי ולאחר מכן מפקידים אותה. לאחר פרסום התוכנית ניתן להגיש התנגדויות.
* שלב שני- מאשרים את התכנית. ברגע שהתוכנית אושרה היא משנה את ייעוד המקרקעין וזה משפיע על שוויה. הבעלים נקלע למצב קשה- מצד אחד אף אחד לא יכול לרכוש ממנו את המקרקעין שלו כי ברור שהיא מיועדת להפקעה. מנגד עדיין לא הפקיעו את הקרקע כי מדובר רק בתכנון, ולכן הוא לא יכול לתבוע פיצויים מכוח ס' 190 כי הסעיף נכנס לתוקף רק כשמפקיעים את הקרקע.

**פס"ד חממי:** הלכת חממי דנה בפיצויים לבעלי קרקעות שנמצאים בשלב הביניים- שלב אישור התוכנית. ביהמ"ש אומר שצריך להסתכל על התהליך כדו שלבי:

1. שינוי יעוד- השלב הראשון בפרסום תוכנית המתאר להפקעה הוא שינוי יעוד הקרקע. כך נכנסים לס' 197 של חוק התכנון והבנייה, ובעל הקרקע מקבל פיצוי עקב שינוי ייעוד הקרקע וירידת הערך של המקרקעין. זה השלב שבו משלמים לבעל הקרקע את רוב הפיצוי שהוא זכאי לו- 90%.
2. הפקעה- הרשות מפקיעה את הקרקע. הפיצוי השלב הזה נמוך- רק 10% מכלל הפיצויים. הפיצוי שמקבל הבעלים כשמבוצעת ההפקעה היא מכוח ס' 190. זהו שלב זניח כי הקרקע בעל ערך נמוך, ומשלמים רק על הערך שנותר. סמכות הפחתת הפיצוי בגובה 40% חלה רק בשלב הזה, אך ערך הקרקע כבר נמוך, ולכן ההפחתה לא משמעותית.

הבעלים צריכים לתבוע את הפיצוי דרך ס' 197 תוך 3 שנים מיום תוקף התוכנית, אחרת הוא יקבל פיצויים רק בשלב ההפקעה, ויפסיד כי משלמים לו על מחיר הקרקע ביום ההפקעה לאחר שהערך כבר ירד (ס' 197(ב)). ס' 197 לא עוסק בהפקעות אלא בפגיעה בתכונות המקרקעין- שווי המקרקעין נפגע לא בדרך של ההפקעה. שם אין סמכות להפחתה.

הרציונל של הלכת חממי הוא לדאוג לבעלים שמרבית הכסף יועבר להם תוך זמן קצר מרגע אישור התוכנית.

מתי, אם בכלל, ניתן להפחית 40% מגובה הפיצוי? לפי ס' 190 כשיוצאת הודעת הפקעה אפשר להפחית את גובה הפיצויים ב-40%. השאלה היא מתי ניתן לעשות זאת?

**פס"ד אדית פייצר:** ביהמ"ש אומר בצורה ברורה שאפשר להפחית פיצוי אם יש השבחה. לדוגמה, אם הייתה קרקע בשכונה ללא בית ספר, ולאחר ההפקעה בונים בי"ס- ערך הקרקע יעלה ואז אפשר להפחית ב-40% כי הייתה השבחה של הקרקע, גם כשמפקיעים את הקרקע בשלמותה. לכאורה מפחיתים, אך מקבלים שווה כסף שזו השבחת המקרקעין.

**פס"ד הולצמן:** דורנר משנה את הכלל שנקבע בפייצר שם אמרו שגם אם מפקיעים את כל המקרקעין מפחיתים פיצוי. דורנר אומרת שכשמפקיעים חלקה בשלמותה אין השבחה שרלוונטית לבעלים כי לא נותר בידו דבר, ולכן לא ניתן להפחית בפיצוי. יש כאן תפיסה ליברטריאנית.

**פס"ד רוטמן:** הפס"ד עוסק במקרים בהם אין השבחה של יתרת הקרקע, והקרקע לא שונתה בערכה. במצב כזה, ביהמ"ש קובע לפי ס' 7 לפקודת הדרכים ומסילות הברזל שבמקרים שהקרקע הופקעה חלקית והיתרה לא הושבחה, הסמכות של שר האוצר שהייתה סמכות רשות, הופכת להיות סמכות חובה- חייבים לשלם את כל הפיצוי לבעלים.

**פס"ד אחמד מסרי:** עסקו בשאלה מה קורה כשאין השבחה לפי חוק התכנון והבנייה. ההסדר אומר שעקרונית אפשר להפחית 40%, אך לפי פסק הדין, אם יתרת הקרקע לא מושבחת שר הפנים צריך להעניק את אותם פיצויי סבל לפי ס' 190(א)(2). לא מדובר בחובה, אלא בשיקול דעת שר הפנים. השיקולים לשלילת פיצויי הסבל הם אם הפגיעה מינורית; הפגיעה מפוזרת על בעלי קרקעות רבים; וההפקעה היא לצורך קהילתי חיוני. ככל שמדובר במצבים שנכנסים לשלושת שיקולים אלו, לא תהיה חובה להשלים את הפיצוי ל-100%.

סוגי פיצויים נוספים:

* פיצוי בעין (דיור חלופי)- ס' 39(א) לחוק פינוי ובינוי אזורי שיקום קובע שאם אדם מפונה הוא יקבל דיור חלופי. כשהתחילו עם הפרקטיקה של פינוי ובינוי, רצו להיות רגישים לפינוי ובינוי באזורים מוחלשים מבחינה סוציו-אקונומית. אם אדם נאלץ לעבור עקב הפרויקט, הפיצוי צריך לאפשר לו דירה באזור חזק יותר ולא מיועד לשיכון.
* דיור חלופי סביר מכוח חוק התכנון והבנייה- ס' 194 מאפשר שתי חלופות. הראשונה היא דיור סביר, כלומר נכס פיזי חלופי במקום כסף. השנייה היא פיצוי לא 100% מהמקרקעין שנלקחו, אלא פיצוי גבוה מהמקרקעין שהיו לו מלכתחילה על מנת לאפשר לו דיור חלופי סביר.
* חוק יישום תוכנית ההתנתקות- גם בתקופת ההתנתקות היו סעדים נוספים שאינם רק כספיים. ניתנו להם סעדים שלא תמיד קיימים בדיני הפקעות. למשל, העתקה קהילתית- כל היישוב זכאי כיישוב לעבור למקום אחר. דוגמה נוספת היא פרמיה עבור ותק- פיצוי יתר מעבר לשווי השוק שנפגע. ככל שגרת ביישוב זמן רב יותר, הפיצוי גבוה.
* פיצוי עבור אובדן הקהילתיות- כשאומדים את מרכיב הקהילתיות על מנת לפצות בעבורו, ממקמים את כל הקהילות על ספקטרום- ככל שהקהילה חזקה יותר עם ערכים חזקים יותר, כך יקבלו פיצוי גבוה יותר.

פרופ' פרחומובסקי ופרופ' בל טענו שככל שהשפעת ההפקעה על הקהילה יותר דרמטית, כך צריך לתת פיצוי יותר חזק. למשל אם קהילה שלמה נמחקת מול אדם אחד בקהילה שנפגע.

**חזרה מהפקעה**

בפס"ד קרסיק המדינה רצתה לחזור בה מההפקעה. לאחר פסק הדין נעשה תיקון לפקודת הרכישה שקובע שאם המדינה רוצה לחזור בה מההפקעה ולהפקיע קרקע למטרה אחרת יש לעשות את תהליך ההפקעה מחדש:

* ביטול הפחתת הפיצוי (לקחת חזרה את הפיצוי מהבעלים).
* הקמת וועדה מייעצת+ שימוע לגבי הצורך הציבורי החדש.
* חובת תחימת זמן ההפקעה.

**גריעות תכנוניות**

ס' 197 לחוק התכנון והבניה עוסק בגריעות תכנוניות- שינוי מדיניות בנוגע למקרקעין. בשלב הראשון לא מפקיעים את הקרקע, אלא רק משנים את ייעוד הקרקע. הזכויות שנותרות בידי הבעלים הן פחותות ומוסדרות בס' 197. קיימת תקופת התיישנות של 3 שנים לתבוע דרכו.

ס' 200 קובע חריג לפיצוי, ומונה הוראות שקובעות חזקה שבנסיבות מסוימות אין חובת פיצוי. למעשה ישנם שלושה תנאים מצטברים שבהם אין חובת פיצוי אם יש פגיעה בתכונות הקרקע במצבים של גריעה תכנונית:

1. הפגיעה לא עוברת את תחום הסביר.
2. אין זה מן הצדק לשלם פיצויים.
3. אם הקרקע נפגעה ע"י אחת מההוראות המצויות בס"ק 1-11.

**פס"ד פרי הארץ:** השופט מלץ קובע שיש להעניק פיצוי ע"פ ס' 197 כברירת מחדל, וס' 200 הוא החריג לכלל. השיקולים הנורמטיביים המנחים את דיני הנטילה השלטונית הם יעילות וצדק חלוקתי:

יעילות- כדי שרשויות יתנהגו ביעילות הן חייבות לפצות. זה יעיל כי כך הן יחשבו פעמיים אם הגריעה מוצדקת או לא.

צדק חלוקתי- לא ראוי שאנשים בודדים יישאו בעלויות עבור הכלל.

המבחן המרכזי לפיצוי הוא מבחן ירידת ערך המקרקעין- האם ערך המקרקעין שירד הוא זניח או לא, ועד כמה ירידת הערך סבירה או לא. אם מדובר בירידת ערך גבוה חייבים לפצות.

**פס"ד הורוויץ:** פסק הדין נותן כלים קצת יותר טובים כדי להכריע אם יש ירידת ערך שמזכה בפיצוי ומה נחשב זניח. השופט אור קובע שהמבחן לקביעת מידת הסבירות של הגריעה התכנונית מורכב משלושה מבחני משנה:

1. שיעור ירידת הערך- כמה ירידת ערך הייתה ביחס לנכס.
2. מידת פיזור הנזק- האם יש עוד בעלי קרקעות שנושאים בנזק, או רק אדם אחד ואז הפגיעה קשה יותר.
3. קיומו של אינטרס ציבורי חיוני- האם עוצמתו גבוהה או חלשה.

ס' 197 לחוק תכנון והבניה קובע שהזכאות לפיצוי היא כאשר "...מקרקעין נמצאים בתחום התוכנית או גובלים עמו..." מה הכוונה בגובלים עמו?

**פס"ד ויטנר:** בעבר פירוש "גובלים עמו" היה קרקע שממש גובלת עם התוכנית ומשיק לקו הכחול (הקו של התוכנית). פס"ד ויטנר מרחיב את הפרשנות- גם אם אין השקה מיידית ויש שטח פתוח צר או כביש שכונתי צר, עדיין מתייחסים למקרקעין ככאלה שגובלים עם התוכנית.

האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?

**פס"ד ארידור:** בשנת 1962 עיריית פ"ת הפקיעה קרקעות שהיו מצויות בתחומה. לאחר 40 שנה הוגשה תביעת עיזבון ע"י אחד מיורשי הקרקע לקבל פיצויי הפקעה. העירייה טענה שיש לסלק את התובענה על הסף הן מחמת התיישנות והן מחמת שיהוי.

מחוזי: דוחה את התביעה על הסף מחמת התיישנות, ונקבע שהוראות חוק ההתיישנות חלות על תביעה לפיצויי הפקעות.

עליון: העיקרון המוסכם הוא שחוק ההתיישנות חל על הפקעות. המחלוקת היא לגבי ס' 6 לחוק הקובעה ש"תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה". השאלה הפרשנית היא מתי נולדה עילת התובענה בגין ההפקעה.

גרוניס: העילה נולדה כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין, גם אם היא עדיין לא בנתה כלום ולא מממשת את מטרת ההפקעה. מרגע פינוי הבעלים נספרות 7 שנות ההתיישנות. **הגישה של גרוניס נקבעה להלכה**.

חשין: עילת ההתיישנות נולדה מהרגע שהרשות מסרבת לשלם פיצוי. חשין בא לקראת הבעלים.

ארבל: גישת ביניים הקובעת שהעילה נולדה כשמומשה המטרה הציבורית. לא בשלב החזקה שזה שלב מוקדם מידי, ולא בזמן שהרשות מסרבת לשלם פיצויים שזה מאוחר מידי. אין טעם לשלם פיצוי הפקעה לפני מימוש הצורך הציבורי, כי ייתכן והרשות תתחרט ולא תממש את מטרת הקרקע ונצטרך לקחת את הפיצוי בחזרה.

**תרגולים**

**בתים משותפים**

הבית המשותף נוצר ע"י חקיקה מיוחדת שמאפשרת מצד אחד רישום נפרד של הפרט, ונותן ביטוי חוקי לזכויות הקניין של בעל הזכות בדירה עצמה. מצד שני, היא מסדירה את היחסים בין הכלל- בין בעלי הדירות בבית המשותף.

ישנם שלושה מושגים מרכזיים:

1. דירה
2. הצמדה
3. רכוש משותף

**דירה**

ס' 52 לחוק המקרקעין קובע שדירה צריכה להיות אזור בנוי ולא שטח רצפה פתוח. צריכה להיות יחידה שלמה ונפרדת, ויחידה בעלת קיום עצמאי לצורך מוגדר. מחסן או חדר כביסה הממוקמים בקומת קרקע של הבניין ויש להם מונה מים/ חשמל עצמאים וכניסה נפרדת, יכולים להירשם כיחידה נפרדת בבית משותף.

בהגדרת הסעיף כתוב "שנועדו לשמש למגורים...לכל צורך אחר"- לא יכול להיות אותו צורך שנכלל במטרות הרכוש המשותף.

בית משותף הוא בית שיש בו שתי דירות או יותר, והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים.

**הצמדה**

הצמדה היא כאשר מוציאים חלק מהרכוש המשותף ומצמידים אותו לדירה מסוימת. הרכוש שהוצמד נחשב כחלק מהדירה להרבה מאוד צרכים, והזכויות מתרחבות גם על החלק שהוצמד.

ס' 55(א) קובע שלכל בית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף.

ס' 55(ג) קובע שהצמדה צריכה להיקבע פה אחד ע"י כל בעלי הדירות. אותו הדין חל על ההצמדה כמו על הדירה אליה הוצמדה. ההצמדה לא יכולה להיקבע ביחס לחלקים שהוגדרו בסעיף, כגון חדר מעליות, מקלטים ומתקנים שצריכים לשמש את כל בעלי הדירות. הסעיף נותן דרך להחריג את הכלל שמצמידים חלק בלתי-מסוים לכל בעל דירה ברכוש המשותף, והחריג נותן אופציה להצמיד לדירה ספציפית חלק מסוים מהרכוש המשותף.

מטרת הסעיף היא להגן על הדיירים בבית המשותף, גם אם כל בעלי הדירות מסכימים להוציא חלק מסוים מהרכוש המשותף. המחוקק בא להגן על השימוש של כל הדיירים ברכוש המשותף שמטיבו אמור לשרת את כולם. לדוגמה, אנחנו לא רוצים להפוך מקלטים לשימוש של אדם אחד שיוכל לקבוע מי יכול להיכנס ומי לא. המחוקק מגביל את האפשרות להצמיד רק חלקים שאין בהם שימוש משותף של כולם.

החוק מבחין בין שני סוגים של חלקים בבניין:

* חלק שהוא דירה- אתו ניתן לעשות עסקאות שונות (מכירה, השכרה וכו').
* חלק שהוא רכוש משותף- כפוף לדיני רכוש משותף.

ס' 57(ג) קובע שברגע שההצמדה עוברת מרכוש משותף לחלק מדירה, היא מקבלת עליה את המאפיינים של דירה והופכת להיות חלק מהדירה.

ס' 62(א) קובע שהצמדה נקבעת ע"י כל בעלי הדירות, והם רשאים לערוך תקנון ולשנות את ההוראות ברוב של בעלי הדירות ששני שליש של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם. עם זאת, אסור לקבוע או לשנות בתקנון זכויות של בעלי דירות או להטיל עליהם חובות שלא פורשו בחוק אלא בהסכמתם. בנוסף, אי אפשר לקבוע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה בבית המשותף, אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

**רכוש משותף**

ס' 52 לחוק קובע שרכוש משותף הוא כל חלקי הבית המשותף, לרבות הקרקע, גגות, קירות חיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, מתקני הסקה או מים, המיועדים לשמש את רוב/ כל בעלי הדירות. החלקים היחידים שאינם רכוש משותף הם החלקים הרשומים כדירות כולל ההצמדות.

כדי לקבוע מהו רכוש משותף, לוקחים את התשריט (השרטוט האדריכלי) של הבית המשותף, "מנכים" ממנו את הדירות כולל ההצמדות, ומה שנשאר זה רכוש משותף.

ס' 55 לחוק המקרקעין קובע שלכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי-מסוים ברכוש המשותף של אותו "בית משותף". כלומר, לוקחים את האחוז של הדירה מתוך הבניין עצמו, וזה האחוז של הזכויות ברכוש המשותף, והחלק לא חייב להיות צמוד לדירה. עסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מהדירה. למשל, אם יש חניה שמוצמדת לדירה, לא ניתן למכור רק את החניה ולא את הדירה, אלא רק את שתיהן יחד. בעלי הדירות יכולים לקבוע בתקנון שחלק מסוים ברכוש המשותף יהיה צמוד לדירה א', אך זה לא יכול להיות לגבי הרכוש שאמור לשתף את כל בעלי הדירות.

יש שתי צורות להוציא חלקים מהרכוש המשותף:

* ביחסים שבין קבלן לרוכש דירה- ס' 52 מגביל את הקבלן או המוכר בחלקים ספציפיים שאי אפשר להוציא מהרכוש המשותף כמו חדרי מדרגות. לגבי מתקנים שלא נקבעו מפורשות בסעיף, ישנם חוקים נוספים שקובעים הוראות לעניין זה. לדוגמה, כשרוכשים דירה מקבלן חל חוק המכר (דירות) 1973, שקובע שהקבלן חייב לקבוע באופן ברור מה החלק שצמוד לדירה ואיזה חלק הוא מוציא מהרכוש המשותף.
* פגיעה ברכוש משותף- מה קורה כשאחד הדיירים פוגע ברכוש המשותף (לאו דווקא באופן ישיר)? לכן יש את התקנון.

**התקנון**

התקנון מסדיר את היחסים בין בעלי דירות בבית משותף, ואת זכויותיהם וחובותיהם בקשר לבית המשותף. יש שני סוגים של תקנון:

1. תקנון מצוי- ס' 61 לחוק קובע שבית משותף מתנהל לפי התקנון המצוי.
2. תקנון מוסכם- תקנון שבעלי הדירות יוצרים בעצמם כדי להסדיר את היחסים ביניהם. ס' 62(א) קובע שכדי לשנות את ההוראות של התקנון המצוי ולערוך תקנון מוסכם, יש צורך ברוב של 2/3 של בעלי הדירות שהרכוש המשותף צמוד לדירה שלהם (ולא בעלי 2/3 ממספר הדירות). אם יש מקרה שלא מופיע בתקנון המוסכם, הולכים לתקנון המצוי. חלק מהשינויים דורשים את הסכמת כל בעלי הדירות, למשל, הוספת חיובים שלא קשורים לטיפול ותחזוקה של הבניין; שינויים הפוגעים באפשרות דיירים להשתמש בדירה או ברכוש שלהם בבניין (ס' 58).

ס' 62(א1) קובע שניתן להעביר הצמדה מדירה לדירה גם ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים, ובלבד שהתקיימו הוראות ס' 145 לחוק. כלומר, ניתנה הזדמנות לכל בעל דירה או זכות בדירה שלא הגיש את הבקשה להצמדה לטעון טענותיו וניתנה לו הודעה מוקדמת על הבקשה.

ס' 63 לחוק קובע שגם בניין שיש לו בעלים יחידים יכול לערוך תקנון בית משותף. למשל, כשקבלן קונה קרקע והוא רשום כבעלים יחידים בקרקע, הוא יכול לרשום את התקנון ואת הבית המשותף ורק אח"כ להעביר את הזכויות לרוכשים.

ס' 62(ג) קובע שאם התקנון והשינויים שבו נרשמו ברישום המקרקעין, הוא מחייב צדדים שלישיים. אם הוא לא נרשם בלשכת הרישום הוא מחייב רק את אותם בעלי הדירות שהיו צד להסכם.

ס' 65 לחוק קובע שוועד הבית הוא נציג בעלי הדירות האחראי לנהל את הבית המשותף ולקבל החלטות על ניהול ופעילות הבית המשותף. ישנה גם נציגות זמנית שנבחרת ע"י בעלי הדירות עד לרישום הבית המשותף.

ס' 72 לחוק קובע שלמפקח על הבתים המשותפים יש סמכות לדון ולהכריע בסכסוכים שיש בין בעלי הדירות בבית משותף בקשר לזכויות ולחובות לפי התקנון המצוי/ מוסכם. כמו כן, הוא מחליט על סכסוכים שעניינם חובת בעל הדירה להשתתף בהוצאות שדרושות להחזקת הרכוש המשותף. בנוסף יש לו סמכות מנהלית להורות על רישום הבית המשותף.

**בית משותף**

תקנות המקרקעין (ניהול ורישום) 1969 קובעת מהו סדר הרישום של הבית המשותף. לפי תקנה 50, יש להגיש ללשכת המפקח על רישום המקרקעין מספר מסמכים לרישום בית משותף:

* שני עותקים של הבקשה לרישום בית משותף.
* תשריט הבית המשותף מאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובניה.
* תקנון הבית או הודעה מהמבקשים כי הם מאמצים את התקנון המצוי.
* המלצות למינוי נציגות זמנית.

תקנה 54(ב)(1) קובעת שלצורך רישום בית משותף יש להגיש תשריט שמאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובנייה, או תשריט אחר הנותן תמונה נאמנה של הבית המשותף. זה נותן גמישות לעורך התשריט לערוך שינוי שמתאים למצב העכשווי של הבית שאותו מבקשים לרשום, גם אם הוא לא מאושר ע"י הועדה המקומית לתכנון ובנייה. לפעמים עובר זמן מהתאריך שבו הסתיימה בניית הבית ועד לרישום שלפיו נבנו תוספות בנייה או נערכו שינויים בשטח, ולכן הגמישות שבחוק.

תקנה 57א(א) לתקנות המקרקעין קובעת שכשיש בית משותף אחד שמורכב ממספר אגפים, כאשר החלקה או החלקות עליהם נבנו המבנים אינן ניתנות לחלוקה, אז למפקח על רישום המקרקעין הסמכות לתת צו לרשום את הבית כבית משותף, ובלבד שהתמלאו תנאים אחרים למתן הצו.

תקנה 57(ב) לתקנות המקרקעין דנה במקרה שיש למפקח ספק אם החלקות ניתנות לחלוקה. במצב כזה צריך להביא אישור ממוסד התכנון, ואם נקבע שהחלקה אינה ניתנת לחלוקה, המפקח ייתן צו רישום ובלבד שהתמלאו יתר התנאים למתן צו.

הליך הגשת בקשה לתיקון צו בית משותף והגשת הטענות לבקשה מורכבת ממספר שלבים:

1. הגשת בקשה לתיקון צו הבית המשותף וצירוף המסמכים הנדרשים- כל בעל דירה או בעל זכות בדירה יכול להגיש את הבקשה, ועליו לצרף את המסמכים הנזכרים בס' 58 לחוק: תשריט הבית כולו או חלקו מאושר ע"י מוסד תכנון (במקרים מיוחדים אפשר להביא תשריט אחר באישור המפקח); העתק של הבקשה עבור כל בעל דירה או בעל זכות בדירה חוץ מהמבקש; כל מסמך אחר שנחוץ לדעת המפקח למתן ההחלטה.
2. המפקח דן בבקשה- המפקח יכול לדון בבקשה על סמך החומר שהוגש לו ומבלי לשמוע את הצדדים, או שהוא יכול להורות על קיום דיון לפניו.
3. החלטה- אישור הבקשה ומתן צו לתיקון הרישום, או דחיית הבקשה.

**שיתוף בקניין**

האם שיתוף הוא טוב או רע? נבחן במספר מישורים:

* חירות הפרט- האם ניתן לשמר את האוטונומיה של היחיד במסגרת שיתופית?
* יעילות- בעיית הפעולה המשותפת: האם בהכרח טרגדיה?
* צדק חלוקתי- איך מחלקים את החובות והזכויות בצורה הוגנת בין השותפים?

**פס"ד גן בועז:** "חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה. גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין".

**פס"ד דגני:** "מאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות... ומשום כך אף הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קיצם".

לפי הדין הישראלי, שיתוף אינו מצב רצוי כי הוא מקשה ויכול ליצור סכסוכים, ופוגע ביעילות. לפי ס' 34 ו-37 לחוק המקרקעין, וס' 10 לחוק המיטלטלין, ביהמ"ש יכול לפרק שיתוף.

דגן מביא עמדה מנוגדת לעמדה של ביהמ"ש ואומר ששיתוף הוא רצוי, אך חייבים כללי ברירת מחדל לכניסה לשיתוף.

**כניסה לשיתוף**

ס' 29(א) לחוק המקרקעין קובע ששיתוף במקרקעין צריך להיות מנוהל בהסכם שהצדדים מגדירים מראש. אפשר לרשום את ההסכם, אך זה לא חובה. במקרקעין, אם רושמים את הסכם השיתוף הוא תקף גם כלפי צד ג'.

ס' 29(ב) קובע שאם אין הסכם והצדדים לא קבעו הוראות ספציפיות ביניהם, החוק מציע ברירת מחדל לניהול השיתוף בסעיפים 30-36 לחוק.

**פס"ד אשורי:** אם צד ג' ידע על ההסכם אך הוא לא נרשם, הוא לא מחויב להסכם. הרציונל הוא לעודד רישום במקרקעין.

לעומת זאת, במיטלטלין ס' 9 לחוק קובע שאם צד ידע או היה עליו לדעת על ההסכם, תנאי ההסכם חלים עליו, גם אם לא רשמו את ההסכם.

**משטר השיתוף**

ס' 27 לחוק המקרקעין קובע שמקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מתפשטת לפי חלקו, ואין לשום שותף חלק מסוים בהם. אפשר להיות בעלים של 10% מסך כל השטח, אך לא בעלים של חלק ספציפי.

ס' 28 קובע שחזקה שחלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין שווים.

**פס"ד בוקובזה:** הסכם שיתוף המחלק את החזקה בנכס המשותף אינו משנה לעניין הבעלות (ס' 27).

כיצד מנהלים את השיתוף? ישנן מספר דרכים:

הסכם שיתוף- בהסכם שיתוף ניתן לקבוע את דרכי ניהול המקרקעין, ואת זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין. הסכם שיתוף מחייב את הסכמת כל השותפים, וכך לא פוגעים בחירות הפרט.

ס' 37 קובע שאם בהסכם יש תנאי ששולל או מגביל את הזכות לדרוש פירוק לתקופה העולה על שולש שנים, ביהמ"ש רשאי לצוות על פירוק לאחר 3 שנים לפי הנסיבות. ס' 34 קובע שאם יש תנאי בהסכם שמגביל העברה או עסקה במקרקעין, התניה חוקית רק אם היא לא עולה על 5 שנים. ויסמן מוסיף שלא ניתן לקבוע הוראות בדבר פירוק השיתוף.

החלטות משותפות- הכלל הוא שההחלטות הן לפי בעלי רוב החלקים במקרקעין. ישנם כמה חריגים לכלל:

* לפי ס' 30(ג) בדברים שהם לא שימוש רגיל בנכס יש צורך בהכרעת כל השותפים.

**זולבו נ' זיידה:** כל אותן הפעולות (מטריאליות ומשפטיות) אשר ע"פ מהותו של אותו נכס, טיבו וייעודו הן לגביו, יהיו בהכרעת כל השותפים. למשל, הפיכת דירה למחסן.

* ס' 30(ב) קובע שאם ההכרעה נוגעת בקיפוח המיעוט, המיעוט שרואה את עצמו כמקופח יכול לפנות לביהמ"ש, וביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
* ס' 61+39 לחוק החוזים וס' 14 לחוק המקרקעין קובעת שהחלטה שעולה כדי חוסר תו"ל של רוב השותפים כלפי המיעוט, לא תהיה תקפה.

פעולות של שותפים בודדים- ס' 31(א) קובע ששותף יחיד יכול לעשות פעולות מסוימות ללא הסכמת יתר השותפים:

1. שימוש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.
2. עשיית כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם.
3. לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

ס' 31(ב) קובע שמי שעשה את אחת הפעולות הללו חייב להודיע לשאר השותפים בהקדם האפשרי.

ס' 32 קובע שכל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם. אם שותף שילם למעלה מחלקו, הוא רשאי להיפרע משאר השותפים בהתאם לחלקם.

מהו "שימוש סביר" שנקבע בס' 31(א)(1), ומתי נכיר באי מניעה משותף אחר?

**וילנר נ' גולני:** יש שתי דעות לגבי שימוש סביר:

בן פורת (רוב): שימוש סביר הוא מבחן אובייקטיבי- האם האדם הסביר היה רואה בכך שימוש סביר. אי מניעת שימוש משותף אחר זה רק אם השני מעוניין להשתמש והראשון מונע זאת בשימוש שלו, ללא קשר ליכולת לקיים את השיתוף.

נתניהו (מיעוט): שימוש סביר הוא לפי מבחן משולב, כלומר השימוש שאותו אין למנוע מאחרים לעשות צריך להיות סביר. לגבי אי המניעה- רק אם קיימת אפשרות מעשית לשימוש בנכס.

ס' 33 קובע ששותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים לפי חלקיהם במקרקעין שכר בעד השימוש.

**פס"ד זרקא:** שותף חייב לאחר דמי שימוש לשני, רק אם השני מעוניין בשימוש, והשימוש של הראשון מונע זאת ממנו. אם השני לא מעוניין בשימוש או שהשימוש של הראשון לא מונע מהשני בשימוש- אין חובת תשלום.

**יציאה מהשיתוף**

יציאה ממקרקעין לפי ס' 37-45 לחוק המקרקעין, ויציאה ממיטלטלין וזכויות לפי ס' 10 לחוק המיטלטלין.

לפי דגן כשיוצאים מהשיתוף:

1. יש עדיפות לקביעות הסכמיות, כלומר לקבוע בפירוש בהסכם מה כל אחד מהשותפים מקבל (ס' 38).
2. עדיפות לחלוקה בעין.
3. הוגנות בחלוקה- אם שותף אחד קיבל חלק יותר טוב, יש לשלם פיצוי איזון.

האם ניתן לקבוע בהסכם השיתוף הנחיות לפירוק השיתוף? יש לבדוק אם לנכס יש "דין חלוקה". לפי ס' 143 לחוק התכנון והבניה ישנה דרישת תשריט מאושר של חלוקת קרקע כתנאי מוקדם לרישום החלוקה. אם יש תשריט מאושר, אפשר לחלק את החלקה לכמה חלקים ולרשום כל חלק בנפרד. אם אי אפשר לחלק, בדר"כ מציעים את המקרקעין למכירה ומחלקים את הסכום שמתקבל בתמורה בין השותפים לפי היחס שלהם.

כשאין הסכמה, נגיע להיררכית הפירוק:

* חלוקה בעין (ס' 39(א))- במקרקעין שניתנים לחלוקה, פירוק השיתוף יהיה בדרך של חלוקה בעין. יש כמה סייגים:

1. חלוקה אפשרית לפי חוק התכנון והבניה.
2. ס' 41 לחוק מציין חריגים לחלוקה בעין.
3. ס' 40(א) קובע שאם קיים הפסד ניכר. זה יכול להיות כתוצאה מדרך הפירוק או הפסד של רווח פוטנציאלי.

* פירוק ע"י רישום בית משותף (ס' 42)- ניתן לרשום את הנכס כבית משותף. אך יש מספר תנאים: 1) מקיים את הדרישות של בית משותף לפי חוק התכנון והבניה. 2) יש לקבל אישור חוות דעת של המפקח.
* מכירה וחלוקת פדיון (ס' 40)- ס' 40(ב) אינו מאפשר מכירה של חלק מהמקרקעין, אלא רק שינוי של דרך המכירה. בדרך של מכירה חייבים למכור את כל המקרקעין ולא רק חלק.

**הרצאות אורח**

**מטה התכנון הלאומי/ עו"ד שלומי הייזלר**

מטה התכנון הלאומי הוקם מתוך החלטת הממשלה ב-31/05/2020. בממשלות הקודמות התחיל משבר דיור, ולכן הממשלה החליטה שכל גופי התכנון, האוצר והשיכון יהיו תחת שר האוצר. נוצר גוף שהיה אמור לאחד את כל הנושא יחד וייקרא "מטה הדיור הלאומי". היה לזה יתרון עצום מבחינת היכולת של המדינה לטפל בדברים. כשהממשלה התפרקה, התפרק מטה הדיור- רמ"י חזרו למשרד השיכון, מנהל התכינון חזר למשרד הפנים ומשרד האוצר נשאר עם תפקידיו. זה יצר קושי, כי כשמתכננים עיר צריך לשלב הרבה נושאים שונים שהעיר צריכה. לכן אם המדינה רוצה לקדם את נושא הדיור, חייב להיות גוף שמתכנן את כל נושאים- גם קובע את המדיניות וגם אחראי על הביצוע.

כשהבינו שמפצלים שוב את היחידות ל-3, הקימו את מטה התכנון, וזהו גוף אסטרטגי שתפקידו לגבש את מדיניות התכנון הלאומית ברמה הארצית ומחוזית. נקבע שיו"ר מטה התכנון הלאומי יכהן גם כיו"ר ועדות התכנון הארציות וממונה על הוועדות המחוזיות וועדות הערר המחוזיות.

מטרות המטה- תיאום פעולות גורמי התכנון מטעם שר הפנים:

1. מטה התכנון הלאומי הוא גוף מתכלל (גוף עם מידת השליטה הכי גדולה בתחום התכנון הלאומי) המהווה מוטת שליטה בתחום התכנון הלאומי כל כלל היבטיו.
2. ניהול מנגנוני המערכת ברמה הארצית ומחוזית כשראש מטה התכנון ישמש כגורם מוביל של המערכת כולה בצורה רוחבית.
3. קידום מדיניות התכנון תוך הפחתת רגולציה וייעול עבודת התכנון.

מוסדות התכנון הנמצאים באחריות המטה ויש ביניהם היררכיה תכנונית:

* המועצה הארצית לתכנון ובניה- הרכב המועצה הארצית נקבעת בס' 2 לחוק התכנון והבניה, ואחראי על המדיניות הכללית, וקובעת תוכניות ברמה הארצית כמו תמ"א לדרכים. לכל דבר שהוא ברמה ארצית יש תמ"א, והמשמעותית שביניהם היא תמ"א 35,הקובעת איפה יהיו ערים, שטח פתוח, תעשייה וכו'.
* הועדה לתשתיות לאומיות- אחריות על כל נושא התשתיות.
* הועדה הארצית לתכנון ובניה של מתמחים מועדפים (ותמ"ל)- ועדה שהוקמה כדי לטפל במהירות במתחמים מועדפים לדיור. הועדה שווה ברמה כמעט לוועדה הארצית, ודנה במתחמים קטנים. לכאורה זה נוגד את דיני התכנון והבניה, שכן יש צורך בהיררכיה תכנונית וועדה ארצית לא יכולה לדון בנושא ספציפי. בשל מצוקת הדיור, חוקקו את חוק הותמ"ל כי היה צורך בוועדה מיוחדת עם סמכויות רחבות שתוכל לתכנן דירות במהירות. כנגד הותמ"ל יש מספר ביקורות, והעיקרית היא שיש עקיפה של הליכי התכנון והבניה, מתן כוח בלתי מוגבל לוועדה, פגיעה בשטחים פתוחים ונתינת "צ'ק פתוח" שהם יכולים לעשות כפי שהם רוצים. עם זאת, חוק הותמ"ל קבע איזונים ובלמים:

1. הוגבלו מספר המתחמים שניתן להביא פני הותמ"ל בשנה כשמדובר על קרקע בשטח פתוח להרבה דירות- מסלול התחדשות עירונית; מסלול מיעוטים ביישובי מיעוטים; מתחמים גדולים של שטח פתוח.
2. אי אפשר לקחת בבת אחת יותר מ-30% של שטח חקלאי פותח.

* 6 ועדות מחוזיות לתכנון ובניה- בתמ"א נקבעו פוליגונים ושטחים, ובתמ"א המחוזית התכנון יורד לפרטים.
* ועדות מרחביות- יש מקומות שלוקחים ועדות מקומיות קטנות ונותנים להם ועדה מרחבית אחת האחראית לתכנון.
* ועדות ערר- מטפלת בעררים על היתרים ותוכניות שבסמכות הועדה המקומית.

בתוכנית מתאר ארצית קובעי ששטח מסוים הוא מיושב, בתוכנית מתאר מחוזית קובעים שהיה שטח מגורים בעיר, ובתוכנית מתאר מקומית לוקחת מתחם מאוד ספציפי וקובעים כמה בניינים, איפה יעברו הכבישים וכו'.

הועדה המקומית מכינה תוכנית מתאר מקומית, והוועדה המחוזית מאשרת. הוועדה המחוזית מכינה תוכנית מתאר מחוזית, והמוסד הארצי מאשר. המועצה הארצית לתכנון ובניה מכין תוכנית מתאר ארצית, והממשלה מאשרת.

המדינה מתמודדת עם מספר אתגרים:

* דיור- עד שנת 2040 הולכים להיות 13 מיליון נפש, ולכן צפי התכנון לדירות הוא 2.6 מיליון יחידות דיור נוספות. זהו צפי בלתי נתפס. התוכנית האסטרטגית קבעה שצריך לבנות 104,000 יחידות בשנה, אך אנחנו עדיין רחוקים מהיעד של 2.6 מיליון יחידות דיור.
* תחבורה- צריך לדאוג לכל היחידות דיור לפתרונות תחבורה, אחרת זה לא עוזר שיש דיור.
* אנרגיה- האנרגיה לא מתחדשת ולכן צריך להוסיף תחנות כוח. כולם אומרים לשים אותם בנגב, אך אם חסר חשמל בגוש דן, המשמעות היא להתחבר לקו 400 ולהוליך אותו עד למרכז. דבר זה עולה הרבה כסף, מבזבז הרבה אנרגיה בדרך ופוגע במי שעובר לידו.
* תעסוקה- צריך שטחי תעסוקה ליד הדיורים. לא רוצים שאנשים ייסעו רחוק, שכן חוזרים לבעיית התעבורה.
* שטחי ציבור- גנים, בתי ספר, מרפאה וכו'.
* שטחים פתוחים- יש צורך גם בשטח פתוח ליד הדיורים.
* התחדשות עירונית- תמ"א 38 ותוכניות של התחדשות עירונית.

**התחדשות עירונית**

אחת הבעיות הקשות היא איזון בין זכויות בהתחדשות עירונית. כולם מבינים שיש צורך בהתחדשות עירונית, ומעבר לכך זה מחזק את הבניה מול רעידות אדמה, מלחמה וכו'. הבעיה היא שלא לוקחים שטח פתוח, אלא לאדם את זכות הבעלות על הקרקע, ומשנים את ייעודה. כיום, חוק המקרקעין קובע שלשם הריסה ותמ"א 38 צריך רוב של 80% מבעלי הזכויות שיסכימו לכך. גם אם יש רוב של 80%, עדיין יש הליך בפני המפקח שיאפשר את הביצוע. מבחינת תפיסת העולם הקיימת היום, זכות הקניין היא מקודשת. פעם היה כמעט אותו הדבר גם לגבי כל הקשור להתחדשות עירונית ופינוי בינוי.

ההבדל בין פינוי בינוי לתמ"א 38 הוא שתמ"א 38 מדבר על בניין בודד, ופינוי בינוי מדבר על מתחם. לגבי תוכנית פינוי בינוי המחוקק הוריד את הרוב מ-80% ל-67%, אך לא עשה זאת בתמ"א 38, מכיוון שכתפיסת עולם, המחוקק הבין שאי אפשר להסתכל על זה כזכות מקודשת. למשל, בבית משותף א' לא רוצה התחדשות עירונית ושכנו ב' כן רוצה, כי הוא מבין שהבית שלו מסוכן, וזה בא ממקום להגן על הזכות הקניינית שלו. לא מדובר בתחרות בין יזמות לקניין, אלא בין קניין לקניין. בנוסף, יש איזון בין קניין פרטי לקניין ציבורי (הפיכת דיור מ-50 ל-2000).

* תמ"א 38- תכנית מתאר ארצית הקובעת שכל בניין שנבנה לפני 1981 לא מוחזק מפני רעידות אדמה, ואפשר לחזק אותו באמצעות ממ"ד, או להרוס ולבנות מחדש כי אז מגדילים את זכויות הבנייה ובונים עוד 2 קומות ברוב שנדרש לפי כל פעולה. הרעיון הוא שמבינים שלתושבים אין את הכסף לתחזק את הבניין בעצמם, ולכן עשו שותפות בין יזמים לבעלי זכויות בבניין. הרשות יכולה לאפשר ליזום עוד זכויות בניה (למשל בניין בן 3 קומות יבנו אותו עם 5 קומות), והיזם יקבל את הזכויות ב-2 הקומות הנוספות ויוכל למכור אותם, וכך כולם יוצאים נשכרים. תמ"א שמכוחה להוציא היתר בנייה ולבנות את אותו בניין שהופך להיות מחוזק. מדובר בבניין בודד.
* תכנית "פינוי בינוי"- לוקחים מתחם של בניינים, הורסים ובונים מחדש. מכיוון שלוקחים אזור, זה נותן אפשרות לתכנן את המתחם בצורה טובה ויעילה. לכן יש סיבה להעדיף זכות קניינית ציבורית על פני פרטית.

בתמ"א 38 לוקחים רק את הבניין הבודד, וזה יכול להשפיע על שאר האזור (בניין במקום צפוף עם 10 דירות, פתאום הופך לבניין עם 70 דירות). לכן תמ"א 38 נתקל בהרבה בעיות ולכן הרוב יותר משמעותי (80%), כי השינוי יותר דרמטי.

**נושאים מרכזיים העומדים על הפרק**

* חלופה לתמ"א 38- יצירת חלופה חוקית לתמ"א 38. החלופה המוצעת דומה לתוכנית פינוי בינוי.
* מטרו- תכנון קווים 3M, 2M, 1M- יש מחלוקת האם התוכנית הזו טובה או לא. יש צורך גדול במטרו, אך הוא נמצא רק במרכז הארץ. אולי במקום צריך לתכנן עיר גדולה בגליל או בנגב? האופציה השנייה היא לקחת תשתיות ולשים בדרום למרכז, אך גם לפי אופציה זו מרכזי התעסוקה נשארים במרכז. למה שלא ניקח את הכסף לתשתיות בדרום?
* עדכון תמ"א 35- התכנית שמעצבת את התכנון בישראל זה תמ"א 35. בין היתר יש בתמ"א 35 רשימה שמפרטת את מספר היחידות המקסימליות שניתן להקים ביישוב מסוים. יש רציונל שבערים יהיה יותר צפוף מהיישובים כדי שהערים לא יהפכו לחלשות בגלל שאנשים יעזבו אותן. כשיש למדינה אינטרס ליישב מקומות היא תעשה זאת.
* 15 יישובים חדשים ברמת הגולן ובנגב- מחלוקת האם כדאי להקים יישובים חדשים, כי יש חוסר בשטח פתוח; תהיה פגיעה בערים; וכדי להגיע ליישובים יש צורך בתחבורה. יש צורך בתשתיות בסיסיות כמו חשמל, מים, ניקוז וכו', ובלי זה אין יישוב. בנוסף לכך יש צורך בתעסוקה לאנשי היישוב. ההחלטה האסטרטגית שקיבלה המדינה היא שבמכלול האיזונים בין כמות השטח הנדרש לבין כמה זה יעלה, אין ספק שהוא יעלה הרבה כסף. אולם בשטחים בגולן ובנגב יש צורך במשילות ושלא תהיה שם הפקרה. מדינה לא יכולה להרשות לעצמה בלי שליטה על שטחים כ"כ נרחבים.
* חוק הותמ"ל- מתחמים גדולים, התחדשות עירונית, מגזר.

ברפורמת תכונית הדיור, מדובר על מס דירה שניה. קבעו שמי שקונה דירה שניה מס הרכישה שלו יגדל. הייתה שאלה מה עדיף- לצמצם ביקושים ע"י קביעה שצריך לשלם יותר מס, או להיפך ולקבוע שמי שמוכר דירה בשנתיים הקרובות תהיה לו הקלה במס שבח? מס רכישה הוא על הקונה, לעומת מס שבח שהוא על המוכר.

**התחדשות עירונית/ עו"ד ישי איצקוביץ**

התחדשות עירונית התחילה בשנת 2002 במסגרת הטבות מס, וזה למעשה עסקת קומבינציה. יש בעיית דיור במדינה, ומובן כי הדרך לפתור את הבעיה היא ע"י התחדשות עירונית. התחדשות עירונית היא שם משפחה למספר פרויקטים בתחום הפינוי בינוי, כאשר תמ"א 38 מתחלק לתמ"א חיזוק ותמ"א הריסה ובנייה.

הצורך בפרויקטים של התחדשות עירונית:

* מחסור בשטחים לבניה (במיוחד במרכזי הערים).
* חוסר יכולת הרשות והמדינה לטפל במרקמים עירונים מדרדרים.
* אי עמידה בתקני בטיחות ורעידות אדמה.
* צורך חברתי ושיפור מצב סוציואקונומי. ערים שהתחילו עם התחדשות עירונית שינו את פניהן.
* פתרון למשבר הדיור.
* מרחבים מוגנים/ מצב ביטחוני.

יש מספר יתרונות בהתחדשות עירונית:

1. מאפשר שטחים לבניה תוך תכנון וניצול יעיל של הקרקע, שטחין ירוקים, חניות וכיו"ב. יש שיפור של פני העיר והסביבה בפרט בפרויקטים של פינוי בינוי. צריך לבנות לגובה כדי להשאיר מספיק שטחים ירוקים.
2. משביחה נכסים, כי מי שיש לו נכס ולוקח חלק בתוכנית, ערך הנכס שלו יעלה.
3. בניינים העומדים בתקני בטיחות ורעידות אדמה.
4. השפעה חברתית.
5. מיזוג אוכלוסיות.
6. שיפור תדמית העיר.

לכאורה אין חסרונות בהתחדשות עירונית, אך בכל זאת ניתן לטעון שזה גורם לצפיפות, ושזה מבטל מרקמים עירוניים, כלומר בגלל שבונים לגובה, יש ביקורת על רמת התחזוקה של הבניינים.

ישנם שני תמריצים עיקריים להתחדשות עירונית:

* זכויות בנייה- שוויו של שטח מסוים נגזר ממה שניתן לעשות באותו השטח. לכל מקרקעין יש את זכויות הבניה שנקבעות במסגרת תוכניות. כדי לבנות במדינה, יש צורך בהיתר בניה שתואם את התוכניות, והתוכניות מעניקות את זכויות הבניה. כשקונים קרקע, בונים האם הבניה נעשתה בהתאם לזכויות והאם יש זכויות בניה נוספות שטרם נוצלו. המדינה אמרה שהיא תוסיף זכויות בניה למצב הקיים. למעשה, מאפשרים לקחת בניין של 5 קומות, לבנות במקומו בניין גבוה יותר, והקומות הנוספות יהיו בידי המוכר, כך הוא יוכל למכור את יתר הזכויות בשוק החופשי, וזה נותן תוקף כלכלי לתוכנית.
* הטבות מס- ישנן הטבות לפיהן המיסוי מופחת, כדי לתמרץ יזמים לקדם פרויקטים כאלה.

במסגרת התחדשות עירונית, יש מספר שחקנים: בעלי הדירות; הקבלן/ היזם; רשות מקרקעי ישראל; הרשות המקומית (אמורה לאשר את הזכויות בשלב הראשון ולדאוג לפיתוח העיר); רשויות התכנון והבניה (הועדה המחוזית, ותמ"ל); רשות המיסים; ומשרדי הממשלה (משרד הפנים, משרד המשפטים, משרד הרווחה וכו').

מדובר ב-win win situation, כי התחדשות עירונית נבנית על כך שכולם מרווחים- הדיירים, היזם, המדינה והרשות המקומית. אולם זה לא כ"כ פשוט להגשים זאת, שכן מתעסקים עם אנשים ולא כל אחד מעונין בפרויקט שכן יש פגיעה בזכות קניין, מוציאים אנשים מבתיהם וכו'.

להתחדשות עירונית מספר מאפיינים:

* ריבוי בעלים- יזם חותם מול הרבה בעלים. כל אחד חותם על עסקת נדל"ן בפני עצמה, אך יש ערבות הדדית בין הדיירים. כל תוכנית פינוי בינוי כוללת גם הסכם שיתוף- כיצד לחלק את הדירות, מה קורה אם אחד הבעלים לא מתפנה ומעכב את הפרויקט.
* אי ודאות- כדי לאשר זכויות בניה צריך לאשר את התכנון, דבר הלוקח זמן רב. יש הרבה בירוקרטיה, וכדי שיזם יתחיל לקדם את הפרויקט על חשבונו הוא ירצה לחתום על חוזה מול הדיירים. העסקה נחתמת בתנאי אי וודאות, שכן היזם והדיירים לא יודעים מה יאשרו לבנות, מה התמורה הסופית ועוד.
* לוחות זמנים ארוכים- זמן רב חולף, ולכן אנשים ודברים משתנים. זו מסגרת חוזית-קניינית לא פשוטה.

כדי שהתחדשות עירונית תצא לפועל, צריך שכמה עולמות ישתלבו: עולם הקניין; עולם התכנון- החוזה צריך לעלות בקנה אחד עם התכנון; ועולם הכלכלה ושמאות- צריך לאשר זכויות בינה שיהיו מספיק כדאיות ויאפשרו את כלכליות של הפרויקט. בשנים האחרונות גם העולם החברתי נכנס- להסביר לדיירים את זכויותיהם. לרוב, העולמות לא ישתלבו ולכן הפרויקטים לא יצאו לפועל.

**פינוי בינוי**

פינוי בינוי החל להיות מיושם בפועל משנת 2002 לאור הטבות מס. לרוב מדובר במתחמים גדולים, ונדרשת הכרזה על מתחם "כמתחם פינוי בינוי"- התנאי סף הוא מתחם של 24 יחידות דיור קיימות לפחות. נדרש קידום ואישור תכנית בוועדה המחוזית ותכנון מחדש של המתחם. הורסים את הבניינים הישנים ובונים שכונה חדשה ויחידות דיור רבות, ולרוב בניינים גבוהים. בנוסף, יש דרישה של תקן שמאי מס' 21.

מעדיפים פינוי בינוי על פני תמ"א 38, כי פינוי בינוי מאפשר תכנון נכון לסביבה, שטחים ציבוריים, בניית בתי ספר ועוד מכיוון שיש הריסה ובניית הכל מחדש. הבעיה היא שעד שמגיעים לתוכנית מוסכמת לוקח זמן רב.

**תמ"א 38**

תמ"א= תכנית מתאר ארצית. במסגרת חוק התכנון והבניה יש היררכיה, והכל מסודר במובן של מה גובר על מה. יש הרבה מאוד תמ"אות בארץ, וכל תמ"א קובעת עיקרון, ומדובר בתמ"אות ברמה הכי רחבה של תכנון. אח"כ יש תכנית מתאר מחוזית, שכל מחוז מחליט היכן ומה לתכנן. אח"כ אישור מתאר מקומית, ואח"כ תוכנית מפורטת שמסבירה בדיוק איפה ומה מותר לבנות, ורק לאחר מכן מוציאים היתר בניה.

תכנית מתאר ארצית🡨 תכנית מתאר מחוזית🡨 תכנית מתאר מקומית🡨 תכנית מפורטת🡨 היתר בניה.

בשנת 2005 הבינו שיש בעיה קשה לגבי חשש מרעידות אדמה, ולכן אישרו את תמ"א 38. התנאי סף הוא שהיתר הבניה התקבל לפני 1980 (אלא אם ניתן פטור) ושהבניין אינו עומד בתקן רעידות אדמה. הייחודיות שלה היא שהיא מאפשרת להוציא היתר בניה מכוח תכנית המתאר הארצית, ואין צורך בשרשרת ההיררכית. אח"כ קבעו שכל בניין מקבל אוטומטית קומה וחצי, בלי צורך בתוכניות. אולם הבינו זו טעות במובן שמעניקים זכויות זהות בכל הארץ (קומה וחצי בעפולה לא שווה לקומה וחצי בתל אביב). תמ"א 38 יצאו בעיקר באזורי הביקוש, וזה גרם להרבה ביקורת.

בתמ"א 38 לוקחים בניין ומוסיפים לו קומות, ולכן זה לא תמיד תואם את הסביבה של הבניין. ברגע שמוסיפים קומות מוסיפים דיירים, וזה בעייתי כי אין מספיק תשתיות לספק לכל הדיירים שהתווספו. לכן יש עדיפות לפינוי בינוי.

אין חוק שמסדיר את ההתחדשות העירונית באופן מסודר. עם השנים חוקקו סדרת חוקים:

* חוק פינוי ובינוי (פיצויים)- נועד להתמודד עם דיירים שמסרבים לפרויקט.
* חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה)- נועד להסדיר ברמה קניינית את הקשור לתמ"א 38.
* חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית- קביעת הסדרים לעידוד פינוי בינוי.
* חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות)- מסדיר את התופעה של מארגנים שהחתימו דיירים שאינם יזמים, שהחתימו דיירים על מסמכים ואז היו סוחרים בחתימות האלו.

**זכות הקניין בבית משותף**

חוק פינוי בינוי קובע שאם 80% מהדיירים חתמו על הסכם עם יזם, ניתן לתבוע את הדיירים הסרבנים בכך שהם פועלים באופן בלתי סביר. זכות התביעה הייתה נזיקית שכן האדם גורם לנזק לאחרים, כי אפשר לשדרג את הדירה שתהיה שווה יותר. לדוגמה, דירה ששווה מיליון ₪ ואפשר לשרג אותה ל-2 מיליון ₪, לכל התובעים נגרם נזק של מיליון ₪ ולכן מדובר בצעד הרתעתי. רוב התביעות לא היו מתבררות כי בסוף אנשים חתמו על ההסכם כי לא הייתה להם ברירה.

**צודלר נ' יוסף:** עלתה שאלה על הזכות לקניין, שהרי יש פגיעה בזכות זו והיא זכות יסוד. עלתה השאלה האם לזכות הקניין בבית משותף מעמד שונה?

נקבע: הזכות קניין של הפרט בבית משותף מוגבלת, שכן מי שגר בבית משותף הסכים מראש לוותר על חלק מהאוטונומיה שלו. הזכות בבית משותף אינה קלאסית.

**שורצברגר נ' שלום מרין:** פס"ד עוסק במעמד הסרבנים והיחס בין זכות הקניין של הפרט לזכות הקניין של הרוב. אם תהיה התחשבות יתרה לרצונות הסובייקטיביים של סרבנים, זה עלול להותיר בידיהם זכות לסרב לפרויקט שעלולה להוביל לסיכול תכלית החוק. במקרים חריגים מתחשבים בשיקולים סובייקטיביים.

בשנת 2018 תוקן חוק פינוי ובינוי וקבע שלצד העילה הנזיקית, ניתן לפנות לביהמ"ש שיבחן את הטעמים לסירוב. אם הסירוב בלתי סביר ניתן לכפות על הדייר את ההסדר. משרד המשפטים היה קנאי לזכות הקניין, והפחיתו את דרישת הרוב מ-80% ל-67%. המחיר של הפגיעה בזכות היא מאוד משמעותית. התיקון קובע שניתן לתבוע בעילה קניינית.

חנוך דגן במאמרו "קניין על פרשת דרכים" דיבר על זכות הקניין והאחריות החברתית. אם מדברים על הזכות לקניין במישור הציבורי, במסגרת דיני הפקעות המדינה פוגעת בזכות של הפרט. הפגיעה כאן היא אחרת, אך עדיין אפשר לכפות על הפרט הפקעה. בהתחדשות עירונית, יש אחריות חברתית, והרשויות מאפשרות משיקולים ציבוריים (רעידות אדמה) להפקיע קרקע, אך גם במישור הפרטי יש אחריות חברתית של השימוש בקניין.

עיקרי החוק של חוק פינוי בינוי הוא תביעה כנגד סרבנים/ אחריות בנזיקין או אכיפה- הסעד הנזיקי מקדם את מטרה טוב יותר, כי יותר נוח ברמה הפסיכולוגית להעביר אדם לצד שלך ברצון ולא בכפיה; חובת עריכת כנס ומסירת המידע; שמאי פנוי בינוי; בעלות ביותר מדירה אחת; וחובת גילוי ושקיפות.

ס' 2 לחוק פינוי בינוי קובע שכדי שסירוב הדייר לא ייחשב כבלתי סביר, הסירוב צריך להיות אחד מאלה: העסקה לא כדאית מבחינה כלכלית; לא הציעו למסרב מגורים חלופיים עד להקמת הבניין החדש, אם הוא או מי שהתגורר עימו בעל מוגבלות והמגורים החלופיים לא כוללים התאמות; לא הציעו למסרב בטוחות הולמות; נסיבות אישיות מיוחדות. הסיכוי שהתביעה של הסרבן תתקבל מאוד מצומצמת.

היה דיון מיהו הדייר הסרבן ומיהו הדייר הסחטן, וגם דיון לגבי קשישים. לגבי קשישים המצב שונה כי הוא גדל וגר שם רוב חייו, ולא פשוט להגיד לו שהוא חייב לחתום על ההסכם אחרת הוא סרבן. קבעו שקשיש מעל גיל 75 רשאי לסרב וזה נחשב סירוב סביר, אך אם היזם העניק לו את החלופות שבחוק והוא עדיין מסרב, הסירוב לא ייחשב כסביר.

חוק ההסדרים החדש קידם לא מעט הסדרים בנוגע להתחדשות עירונית. אחת הבעיות הנפוצות הייתה של פולשים- דיירים שבנו באופן לא חוקי, והשתלטו על גינות משותפות, ורוב הדיירים הביעו "הסכמה בשתיקה". השאלה מה עושים עם אותם אנשים? הם מבקשים תמורה גדולה עבור שטח גדול שלכאורה בבעלותם. לכן קבעו הסדר שלא סופרים את אותם פולשים כדי להגיע להסכם של רוב הנדרש כדי לאשר את הפרויקט (100 אנשים, 10 פלשו, צריך 67% רק מתוך 90 אנשים).

חלק מהעקרונות של עסקת פינוי בינוי כוללים שההסכם תקף על כל בעלי הדירות- גם מי שלא חתם; החלטת רוב בעלי הדירות בבית המשותף באספה כללית המקנה זכות ביטול למי שחתם על ההסכם; מועדים לקיום אבני דרך; קידום בהתקשרות בהסכמים; קידום תכנון ורישוי.

חוק ההסדרים התערב בחופש החוזים וקבע מועדים בחוק, שאם המועדים האלה לא קיימים, אפשר לבטל את ההסכמים עם היזמים וזה לא יהווה הפרה. להסכמים עם היזמים יש תנאים מתלים, ולפעמים המועדים היו בלתי סבירים עד אישור התוכנית, ולכן ניתן לבטל את ההסכם. החקיקה היא רטרואקטיבית, תוך הבנה שהדיירים נמצאים במצוקה ורוצים לשחרר אותם מההסכם ולזרז את הפרויקט. זהו חוק קוגנטי שגובר על הסכם שרשום בו אחרת. המחוקק מנסה לאזן בין הזכות לקניין לבין התהליכים עצמם שמתקיימים, ולכן יש סמכות לבטל חוזים גם אם החתימה לא נעשתה כראוי.

עקרון יסוד בעסקה הוא שמוכרים את זכויות הבניה כנגד קבלת תמורה. התמורה יכולה להיות:

* תוספת בניה/ דירה חדשה בבניין חדש.
* מרפסת/ חניה/ מחסן.
* דמי שכירות בתקופת הבניה.
* דמי הובלה לדירה החלופית וחזרה לדירה החדשה.
* ערבויות.
* הטבות נוספות.