תוכן עניינים – דיני קניין – **נועה פינטו**

[**הקניין הפרטי** 2](#_Toc95517057)

[**הזכות הקניינית** 2](#_Toc95517058)

[תיאוריות קנייניות 2](#_Toc95517059)

[תפיסות קנייניות 3](#_Toc95517060)

[מאפייני הזכות הקניינית 3](#_Toc95517061)

[**קניין פרטי – למה?** 4](#_Toc95517062)

[הצדקות לקניין פרטי 4](#_Toc95517063)

[**קניין פרטי במה?** 6](#_Toc95517064)

[מוסד קנייני 6](#_Toc95517065)

[קניין חדש – מתוך שמירה על החירות 7](#_Toc95517066)

[קניין פרוגרסיבי – מתוך חובתו של בעל הקניין 7](#_Toc95517067)

[**קניין פרטי- במה לא?** 7](#_Toc95517068)

[**הבעלות** 8](#_Toc95517069)

[**תחום הבעלות** 8](#_Toc95517070)

[היקף זכות הבעלות 9](#_Toc95517071)

[שכלול הבעלות 10](#_Toc95517072)

[**מהות הזכות ומגבלותיה** 10](#_Toc95517073)

[עיקרון תום הלב 10](#_Toc95517074)

[**זכויות בנכסי הזולת** 11](#_Toc95517075)

[**השכירות** 11](#_Toc95517076)

[שכלול השכירות 12](#_Toc95517077)

[עבירות זכות השכירות 12](#_Toc95517078)

[**הבחנה בין בעלות לשכירות** 13](#_Toc95517079)

[במקרקעין 13](#_Toc95517080)

[במיטלטלין 13](#_Toc95517081)

[**זכות השאילה** 14](#_Toc95517082)

[**זיקת הנאה** 14](#_Toc95517083)

[**זכות קדימה** 15](#_Toc95517084)

[**זכות המשכון/שעבודים** 15](#_Toc95517085)

[הסוואת משכון 16](#_Toc95517086)

[שכלול המשכון 17](#_Toc95517087)

[**המשטר הקנייני בישראל** 18](#_Toc95517088)

[**רקע לאיסור בחוק היסוד** 18](#_Toc95517089)

[**רישום במקרקעין** 19](#_Toc95517090)

[**זכות הכניסה למקרקעין בישראל** 20](#_Toc95517091)

[**הגנת הבעלות והחזקה** 21](#_Toc95517092)

[**דרכי רכישת זכות קניינית** 22](#_Toc95517093)

[**עסקה רצונית** 22](#_Toc95517094)

[מקרקעין 22](#_Toc95517095)

[מיטלטלין 23](#_Toc95517096)

[זכויות 23](#_Toc95517097)

[**רכישת דירה מקבלן** 23](#_Toc95517098)

[**דיני תחרויות** 25](#_Toc95517099)

[**מבוא** 25](#_Toc95517100)

[**הערות אזהרה** 26](#_Toc95517101)

[**עסקאות נוגדות** 27](#_Toc95517102)

[תחרות 1: עסקאות נוגדות במקרקעין 27](#_Toc95517103)

[תחרות 1: מתנה בעסקאות נוגדות 28](#_Toc95517104)

[תחרות 2: עסקאות נוגדות במיטלטלין 29](#_Toc95517105)

[תחרות 3: עסקאות נוגדות בזכויות חוזיות 29](#_Toc95517106)

[**קניין שביושר** 29](#_Toc95517107)

[תחרות 4+5+6: כל סוגי הנכסים 29](#_Toc95517108)

[**תקנת שוק** 31](#_Toc95517109)

[תחרות 7: תקנת שוק במקרקעין 31](#_Toc95517110)

[תחרות 8: תקנת שוק במיטלטלין 32](#_Toc95517111)

[**דיני נטילה שלטונית** 33](#_Toc95517112)

[**הפקעות** 34](#_Toc95517113)

[רכישה כפויה של מקרקעין 34](#_Toc95517114)

[לשם הגשמת צורך ציבורי 34](#_Toc95517115)

[מידתיות ההפקעה 35](#_Toc95517116)

[הזכות לפיצוי 35](#_Toc95517117)

[**גריעות תכנוניות** 37](#_Toc95517118)

[**שיתוף במקרקעין** 37](#_Toc95517119)

[**כניסה למשטר** 38](#_Toc95517120)

[**משטר השיתוף** 38](#_Toc95517121)

[**יציאה משיתוף** 38](#_Toc95517122)

[**בתים משותפים** 39](#_Toc95517123)

# **הקניין הפרטי**

## **הזכות הקניינית**

זכות הקניין מקבלת הגנה חוקתית מכוח *ס'3**לחו"י: כבהו"ח.* אך תיתכן פגיעה בה מכוח פסקת ההגבלה (ס' 8).

**הזכות לקניין אינה מוחלטת וניתן להטיל עליה מגבלות**, למשל:

1. הגבלות על חזקת הפטנט- הגנה קניינית, למי שהמציא אותה יש זכות בלעדית להשתמש בה. אולם הגנה זו כפופה להגבלות: (1)**מוגבלת בזמן**- רק ל20 שנה. (2)**הגנה טריטוריאלית**- ההגנה תחול רק אם הוגשה בקשה באותה מדינה לקבל אותה. (3)**רישיון כפייה**- בנסיבות של ניצול פטנט לרעה, יעניקו זכויות ליצרן אחר לייצר את ההמצאה.
2. דוקטרינת חזקת שיתוף נכסים בין בני זוג- אין חזקת בעלות מוחלטת גם אם פורמאלית אתה רשום בטאבו כבעלים הבלעדיים על הנכס. כל נכס שנרכש בתקופת הנישואין הוא בבעלות כל אחד מבני הזוג.
3. הגנת השימוש ההוגן- חוק זכויות יוצרים נותן זכויות בלעדיות לממציא לזמן ארוך- כל חייו ו70 שנים לאחר מותו. אם אדם עושה שימוש בהמצאתו, הוא חייב בפיצוי. אולם אם ההפרה עומדת בשורה של דרישות והשימוש נעשה למטרות מוגדרות (פארודיה, סאטירה, הוראה, סקירה), זה יחשב לשימוש מותר, גם בלי הסכמת היוצר.

### תיאוריות קנייניות

1. **התיאוריה הקלאסית**: הזכות הקניינית יוצרת מערכת יחסים בין האדם לנכס. לאדם יש זיקה לנכס, זכות הקניין היא בלעדית והיא יוצרת חובה על אנשים אחרים לא להתקרב, להשתמש או לגעת בנכס.

בעייתיות כי קשה לדבר על מערכת יחסים בין אנשים לרכוש. לכן היו התפתחויות בהבנת הזכות הקניינית:

1. **התיאוריה הפרסונלית**: הזכות הקניינית יוצרתהתחייבות של בעל הנכס לגבי הנכס, מול כל העולם. בכך, מובדלת מהזכות החוזית שתקפה רק בין 2 צדדים. לכן הזכות הקניינית חזקה יותר (ההבדל הוא כמותי), כולם כפופים אליה.
2. **התיאוריה המודרנית- קלאסית**: המקובלת כיום. זכות קניינית מעניקה זיקה בלתי אמצעית לנכס;יכולתו של אדם להפיק הנאה מהנכס ללא תלות באדם אחר. הפקת התועלת ניתנת להערכה כספית. לדוג'- משכנתא.

### תפיסות קנייניות

1. במישור תורת-המשפט: התאוריה הבסיסית של מדע המשפט, זרמים לתפיסות העולם:

* **פורמליזם** = התוצאה ידוע מראש. נצמדת ללשון החוק, לכללים ברורים ולדרישות צורניות.יתרון- וודאות משפטית ויציבות.חיסרון- קיבעון.
* **ריאליזם** = בוחנת את ההשלכות של הכלל המשפטי על המציאות, צריך ללכת לפי התכלית וההיגיון.יתרון- גמישות. חסרון- חוסר וודאות. דוג'- הלכת השיתוף**.**

1. במישור התחולה: בהקשר הקנייני, 2 תפיסות עולם:

* **תפיסה מוניסטית** = יש ערך אחד שמכתיב את ההבנה הקניינית שלנו; לגבי התחולה, ההיקף וכו'. דוג'- ערך החירות.
* **תפיסה פלורליסטית** = זכות הקניין מושתתת על שורה של ערכים חברתיים שונים ואיזונים ביניהם; אינה מוגבלת לערך אחד. זו התפיסה הרווחת בהרבה שיטות משפט וגם בישראל. דוג': רווחה מצרפית, קידום בריאות הציבור, יעילות כלכלית. מתבטא בבית משותף.

1. מישור נורמטיבי: תפיסות עולם שעוסקות בתוכן של ערכים:

* **תפיסה ליברטריאנית (בלקסטון)** = תפיסה הדוגלת בערך אחד- חירות; המדינה מהווה שומר לילה בלבד. לפיכך הזכות לקניין היא זכות מוחלטת וקשיחה; כל פגיעה בקניין תצדיק פיצוי. (אין התחשבות בערכים אחרים).
* ביקורות: (1) **תיאורטית**- התפיסה לא מתארת את המציאות נאמנה, בפועל יש הרבה זכויות קניין שלובשות צורות שונות, עם זכאויות שונות. חלק מהזכויות חזקות יותר וחלק חלשות יותר. (2) **דיסקורסיבית**- לא ניתן לאמץ גישה שלפיה על כל פגיעה קניינית יש לתת פיצוי. המציאות צריכה איזונים- זכויות קניין יחסיות, לעיתים נסוגה מפני אינטרסים אחרים וכפופה להרבה מגבלות.
* **תפיסה ליברלית** **(הופלד)** = **זכויות קניין גמישות**, אין להן תוכן אחיד. ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין ולא כל גריעה מהווה בהכרח פגיעה בקניין. כיוון שהזכות הקניינית יכולה ללבוש הרבה צורות עם זכאויות שונות; למשל **בעלות** - הזכות לשלוט בנכס, מול **שכירות** - הזכות להשתמש בנכס.
* ביקורות: נוצרת אי וודאות בנוגע לתוכן הזכות הקניינית: (1)**אד-הוקיזם-** מאלצת לדון בכל מקרה לגופו ולהכריע מהו תוכן הזכות. (2)**פריקות יתר של הזכות**- יהיה ניתן להלביש על המונח קניין הרבה דברים. טשטוש ההבחנה בין זכות קניינית לחוזית.

\*\*הפסיקה הישראלית מאמצת את הגישה הליברלית (שמושתת על תפיסת עולם פלורליסטית, כחלק מהזרם הריאליסטי).

### מאפייני הזכות הקניינית

1. **שליטה וניהול** – ס'2 לחוק המקרקעין (הבעלות). יכולתו של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שבבעלותו. בסיס הזכות הקניינית (כביטוי לחירות הבעלים) לפי תפיסות עולם ליברטריאניות- חשין, דורנר ובלקסטון.
2. **שימוש והחזקה** – היכולת לעשות שימוש בפועל בנכס. **לא מוחלטת** וניתן להגבילה. דוג'- זכות השימוש **לא כוללת** הרס המשאב, ולכן דיני קניין רוחני יכולים להגביל שימוש פוגעני בנכס.
3. **עקיבה ועדיפות** – זיקה בלתי אמצעית לנכס; בעל הנכס בעל עדיפות להחזיק בו, ויכול לעקוב אחרי מי שמחזיק בו לא ברשות. בפועל, דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'. נובע מאינטרסים חברתיים, כמו הרצון לעודד שוק חופשי ומסחר.
4. **עבירות –** **העברת הזכות מאחד לאחר**, כדי שהאדם שיש לו זכות קניינית בנכס יוכל לממש את הערך הכלכלי שגלום בה, הוא צריך להיות מסוגל לשכור בה, דהיינו **להעביר אותה לאחרים**. אולם, יש הרבה הגבלות על עבירות בחוק: לדוג'- *ירושה לדורות*- ס' 42 לחוק הירושה קובע שמותר לאדם להוריש את הנכסים שלו **רק** שני שלבים קדימה (יורש אחר יורש). **למה?** (א) טעם כלכלי- פגיעה ברווחה המצרפית (ביעילות הכלכלית), יתכן שהבחירות של המוריש לא ישיאו את הרווחים הכלכליים המיטביים. רוצים שהנכסים ינוהלו ע"י בני החיים ולא ע"י המת לעולמי עד. (ב) טעם חברתי- לאפשר מוביליות ודינמיות, לא רוצים לשמר הטיות תרבותיות (למשל ירושה רק לגברים).
5. **חיובים קנייניים –** גרגורי אלכסנדר טוען שלבעלים של זכות הקניין יש **גם חובות מסוימות** כלפי החברה לחברה. דוג': בית משותף, ישובים קהילתיים.
6. **פומביות –** תמיד יהיה בזכות הקניינית. ההבדל הדומיננטי ביותר בין זכויות חוזיות לבין קנייניות. זכות הקניין לרוב נוצרת מכוח החוזה, אולם מרגע שיש פומביות היא הופכת לקניינית ותקפה כלפי כולי עלמא (מול כל העולם). **מקרקעין**- נרשמת במרשם פומבי. לפי ס' 7א לחוק המקרקעין, עסקאות מקרקעין טעונות רישום. פומביות = אקט הרישום. **מטלטלין**- פומביות = מסירה והחזקה בנכס. **ההחזקה היא זו שמייצרת את הפומביות** כתחליף לרישום.
7. **עקרון הרשימה הסגורה** –ישנה רשימה סגורה שמגדירה את הדפוסים, ההשלכות והתוכן של זכויות הקניין. קיים בהרבה שיטות משפט. מאפיין זה מעניק וודאות ויציבות. כדי לבטל את הפרקטיקה של בתי המשפט להכיר בזכויות קנייניות או מעין קנייניות מכוח דיני היושר (הדין האנגלי), בחוק המקרקעין נקבע ס' 161 שכותרתו "ביטול זכויות שביושר"- קבע שמתחילת החוק, זכויות קניין יוכרו רק לפי חוק המקרקעין.

הטעמים לעקרון הרשימה הסגורה:

1. טעם כלכלי- העולם כפוף לזכויות קניין. אם היה ניתן ליצור זכויות שלא פורשו בחוק, יהיו פערי מידע גדולים. צדדים שלישיים לא ידעו למה הם כפופים, מה שיפגע בוודאות, ביציבות וביעילות המשפטית. יביא לעלויות גבוהות לבירור תוכן הזכות. *ביקורת*- לא טעם מספיק לרגולציה נוקשה, לפעמים צריך לאפשר חופש לביהמ"ש לעצב זכויות.
2. טעם נורמטיבי- זכות קניין הינה **הכרעה נורמטיבית חברתית**. לכן, זה צריך להיעשות ע"י המחוקק. הוא זה שמייצג את החברה וערכיה. לשופטים אין את רוחב היריעה הנדרש לשיקולים הרלוונטיים.

\*עקרון זה ייחודי לקניין, בחוזים נמצא עקרון הפוך של חופש החוזים.

פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה-בן חמו היה מפיץ של גלידות טנא נוגה. בהסכם הם הסכימו שזכות ההפצה של חמו היא קניינו הבלעדי ולכן, הוא רשאי להעבירה (הוא מפיץ הגלידות). השופטת שטרסברג- כהן קובעת כי זכות ההפצה הבלעדית היא זכות חוזית, שכן אין לה את כל המאפיינים של זכות קניינית. מאפיין מרכזי שלא מתקיים כאן זה עקיבה ועדיפות- לבן חמו אין זיקה ישירה לנכס; הוא לא יכול לקחת את כל הגלידות של טנא-נגה. בעיה נוספת, היא שזכות קניינית היא עצמאית ומיידית, לא תלויה באנשים. *השופטת* *יכלה לקבוע שלפי עיקרון הרשימה הסגורה אין לזכות ההפצה תוקף קנייני, כי היא לא חלק מהרשימה, ולכן לא להיכנס לכל הדיון המשפטי שערכה.*

תכונות נוספות מפס"ד טנא נוגה לזכות הקניינית: 1) עצמאות- דומה לעקיבה, הזכות לא מתווכת ע"י אדם חיצוני. 2)רכושיות- הזכות הקניינית נותנת זכויות כלכליות בנכס. 3) מיידיות- ניתן לממש את הזכות הקניינית מיד.

**הרשימה הסגורה- זכויות קניין מרכזיות**

ההבדל בן זכויות הקניין השונות הוא אגד הזכאויות שכל אחת מהן מעניקה. יש 2 זכויות שקיימות רק במקרקעין.

1. זכות הבעלות: **החזקה ביותר**. נותנת את מירב הזכאויות ביחס לנכס (שליטה, ניהול, "כל דבר וכל עסקה"). חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות.
2. זכות השכירות והשאילה: **זמן מוגבל** **ותוכן מוגבל**. הזכות להחזיק ולהשתמש בנכס שלא לצמיתות- היא תמיד מוגבלת בזמן. לשואל יש יותר כוחות מהשוכר מאחר שהוא יכול להחזיר אליו את הנכס ללא תלות בצד השני. חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות.
3. זיקת הנאה: **תוכן מוגבל** (יותר משכירות). שיעבוד של נכס להנאה, שאין עימה זכות להחזיק בו. קיימת רק במקרקעין. לדוג'- זכות המעבר. ניתן לעשות שימוש בנכס, אבל לא להחזיק בו.
4. משכנתא ומשכון: שיעבוד של נכס כערובה לחיוב. **משכנתא** ביחס למקרקעין. **משכון** ביחס למיטלטלין וזכויות. זכות שמהווה בטוחה אם לא שולם החוב, ניתן יהיה להיפרע מהנכס. היתרון- אם הבעלים יעמוד בתשלומיו, המשכנתא לא פוגמת לו ביכולת השימוש בנכס.
5. זכות קדימה: זכות סירוב ראשונה לרכישת הקרקע. קיימת רק במקרקעין. אותו אדם, יוכל לזכות בה לפני כולם.
6. זכות העכבון: **תוכן מוגבל** (יותר ממשכנתא). זכות לעכב נכס כערובה לחיוב. אם לא שולם החוב, ניתן רק לעכב את העברת הנכס (ולא להיפרע ממנו). חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות.
7. נאמנות: **תוכן מוגבל מאוד.** חלה על מקרקעין, מטלטלין או זכויות. הנאמן הוא הבעלים הפורמאליים של הנכסים, אבל בכפיפות לכך שהוא פועל לטובת הנהנים. משטר משפטי, כדי להבטיח את מטרות הנאמנות, מכניסים בין שני צדדים צד שלישי. אדם **שיוצר** את הנאמנות, ממנה **נאמן** (האדם שינהל) **ונהנה** (מי שנהנה מהנאמנות). הנאמן מקבל זכויות קנייניות על הנכסים שהוא מנהל. אמנם מאוד מוגבלת מאחר שזה לטובת הנהנים.

לסיכום, פרט לבעלות, כל הזכויות הם עבור צדדים שלישיים לנכס. הבעלים יוצר כלפי צד ג'. מרביתן קיימות בכל סוגי הנכסים, **החריגים** שחלים רק במקרקעין הם זיקת הנאה וזכות קדימה

## **קניין פרטי – למה?**

סוגים של משטרים קנייניים:

* **קניין פרטי**: שאנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות הבעלים שלו.
* **קניין משותף**: שלנכס יש יותר מבעלים אחד- אנשים מחזיקים בבעלות משותפת עליו.
* **קניין קולקטיבי**: אין בעלות פרטית על נכסים. הבעלות היא של הריבון (קולקטיבית), יכול להקצות לאנשים פרטיים זכויות לשימוש במשאבים.

### הצדקות לקניין פרטי

1. **חירות:** **נוזיק** (לבירטיאן ממשיכו של בלאקסטון).

התאוריה: משטר של קניין פרטי הוא **עוגן לחירות** האדם מול השלטון. ללא קניין פרטי, כמו במשטר של קניין קולקטיבי, לשלטון תהיה עוצמה רבה מדי. נוזיק מגדיר את ערך החירות כאוטונומיה; הקניין הפרטי נועד כדי שלאדם יהיה מרחב חופשי מהתערבות הריבון, מבלי להיות כפוף לו. כך יוכל לכתוב את סיפור חייו.

יש 3 כללים לקיום משטר של קניין פרטי:

1. **כלל התפיסה התקפה**: צריך שיוגדר **מתי** **ואיך** אדם רוכש בעלות בנכס (בישראל- מרגע הרישום בטאבו = פומביות).
2. **כלל העברה תקפה**: צריך שיוגדר **מתי ואיך** מעבירים נכסים, כדי לנצל את הערך הכלכלי, וכדי לקבוע מתי העברה לא תקפה. דוג: חוק הירושה- ניתן להעביר רק ל2 יורשים לאחת מות המוריש.
3. **כללי תיקון**: צריך כללים **שיתקנו** מצבים בהם יהיו תפיסות או העברות לא תקפות. דוג': תקנת שוק.

\*נוזיק לא קובע את התוכן של הכללים, כל משטר צריך לקבוע לעצמו את התוכן שלהם.

ביקורות על הגישה של נוזיק:

1. **קניין לא מבטא אוטונומיה**- לא נכון לתפוס את הקניין כהגשמה של אוטונומיה. אדם יכול לבטא את עצמו ולהיות חופשי מהתערבות המדינה, גם ללא רכוש. לא רוצים שאנשים יגשימו עצמם דרך רכוש.
2. **חירות סלקטיבית**- לפי הגישה של נוזיק החירות ניתנת רק לבעלי הקניין. *נוזיק* לא מסכים עם זה. טוען שלא לכל אדם צריך שיהיה קניין פרטי כדי שיהיה לו חירות, אלא שקניין בהכרח מביא איתו חירות.

* הביקורת: אם ערך החירות כ"כ חשוב לו, אחד התנאים המרכזיים היה צריך להיות שלכל אחד יהיה קניין פרטי.

1. **עבודה: גו'ן לוק** (יועצו של המלך באנגליה).

התאוריה: נק' המוצא שלו לגבי קניין פרטי היא דתית. כל העולם והמשאבים שבו, ניתנו לכולנו, ולכן כולם בעלים במשותף על הכל. אולם הבעלות הפרטית היחידה של כל אדם היא על הגוף שלו. לכן, **ערבוב עבודה (כח) של אדם עם משאב- היא שמקנה לו את הזכות על המשאב לפרטית ממשותפת.** הצדקה תועלתנית- **יותר יעיל** להסתכל על הכוח שאתה מפעיל במשאב כדרך לקבל בעלות מאשר על הסכמה פרטית. אם היינו צריכים הסכמה לשימוש במשאב, בני האדם היו מתים ברעב.

**אולם,** חלק מהאנשים חזקים וחלק חלשים, לכן העלה סייגים מוסריים:

1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם הוא **משאיר מספיק ובאיכות דומה** לאחרים.
2. אסור לקחת **יותר מכפי שיכול** האדם לצרוך.

ביקורת על הגישה של לוק:

1. **על הסייג הראשון:** העולם במחסור. זה תיאורטי בלבד שיש מספיק לכולם; כל פעם שאני אקח משאב הוא ידלדל ולא ישאר מספיק לכולם- הסייג אף פעם לא יתקיים.
2. **חוסר בהירות:** זו הביקורת של **נוזיק**. כלל הערבוב לא ברור. עולות שאלות כמו: כמה ערבוב נדרש, כמה עבודה נדרשת כדי לקבל בעלות במשאב. אין מספיק פרטים להצדיק בעלות במשאבים. הדרך שלוק מציג לרכישת בעלות היא לא הגיונית (אם אשפוך מיץ עגבניות לאוקיינוס האם זה אומר שהאוקיינוס שלי?).
3. **התאוריה לא מידתית**: צריך להכניס פרופורציונאליות בין מידת ההשקעה או המאמץ לבין קבלת הבעלות. לטענתו, כל השקעת כוח, מקנה 100% בעלות במשאב. אדם שעבד קשה מול אדם שעבד מעט לא שווה ערך.

**הפרשנות המודרנית לגישת לוק**: עבודה = גמול.

התאוריה של לוק מאוד דומיננטית בארה"ב. אולם, ההצדקה עברה שינוי בעיצוב ובלגיטימיות שלה. ההוגים היותר מודרניים ניסו לקרוא את לוק על בסיס של **גמול** **לאדם שעמל**. והרי, גם המשפט מתגמל על התנהגות רצויה. לכן, זכויות קניין הן **גמול** שהחברה נותנת לנו על ההתנהגות שלנו. אולם, עולות הרבה מגבלות לתאוריה. לכן, רק בהתקיים שלושה תנאים, החברה מעניקה את הגמול (הזכות הקניינית):

1. כשמדובר בהתנהגות ראויה.
2. רק כשהתוצאה של ההתנהגות היא חיובית לחברה- והחברה יוצאת נשכרת ממנה.
3. הגמול צריך להיות פרופורציונאלי- למידת ההתנהלות, התרומה וההשקעה שלך.
4. **רווחה מצרפית/יעילות כלכלית:** **הארדין**

תאוריה: בעלות משותפת תוביל לתוצאה בלתי נמנעת בה המשאב ידלדל ויפגע. האינטרס האישי של כל אחד **יגבר** על האינטרס הקולקטיבי של שימור המשאב. כשיש משאב משותף, ישנו ניצול יתר של המשאב והשקעה בו בחסר. יש להעדיף קניין פרטי כי אחרת, כל אדם רציונלי ינסה למקסם את הרווחים הפרטיים שלו באופן מיידי ולהחצין את העלויות שלו לבעלים האחרים. ("טרגדיית המאגר המשותף" ו"דילמת האסיר").

הביקורת של דמסטז על גישה זו:

1. **גישה מכלילה**- ניתוח כלכלי אמיתי לא מניח עדיפות לשיטת קניין מסוימת: אי אפשר לבסס טענה שקניין משותף תמיד פחות יעיל מקניין פרטי רק על ידי בחינה של מקרה פרטני אחד.
2. **הניתוח הכלכלי לא מביא בחשבון החצנות על הדורות העתיד.** הכרחי כדי להצדיק שיטת קניין מסויימת.
3. **אבולוציה של מושאי הקניין ושל הדרכים למשטר קניין-** יש מעבר לעולם מקוון ולכן ייתכנו מצבים בהם משטר הקניין המשותף יהיה יעיל יותר עם פחות עלויות.
4. **אישיות : מרגרט ראדין**

תאוריה: **ככל שחפץ קרוב יותר לגרעין האישיות של האדם כך יש לתת לו הגנה קניינית גדולה יותר וככל שהוא רחוק, ניתן לו הגנה פחותה**. הפגיעה תהיה גדולה יותר, למשל בית, טבעת נישואין אלבומי תמונות וכד', כי אנו נפתח רגש חזק יותר ולכן צריך למנוע פגיעה או שהפיצוי צריך להיות גדול יותר.לעומת הפגיעה בנכסים ברי החלפה (נכס כלכלי, מסחרי, נכס להשקעה וכו'), שהרגש חלש יותר ולכן הפגיעה פחותה. במשפט יש התייחסות להיבטים אישיותיים, לדוג- בני זוג שמתגרשים זכאים לקנות את החלק של השני בנכס לפני כולם.

הביקורת: גישה זו לא יוצקת תוכן להגדרת הקניין- כל אחד מתייחס לנכסים אחרת לכן קשה ליישם את העקרונות שלה.

1. **קהילה:** התפיסה הליבראלית

התאוריה: הקניין הוא ערך שנסמך על **נושא החיובים**. הזכות באה עם מחויבויות של בעל הקניין כלפי הקהילה; האחריות הקהילתית היא חלק מההצדקה של הקניין כאתר של זכויות- אנו נצפה שכל אחד מהקהילה ייתן ויתרום יותר לאחרים. לכן, לא תמיד פגיעה בקניין פרטי תחייב בפיצוי, אם הנזק נעשה למען הקהילה.

דגמים של קהילות (כל אחת מהתפיסות מתייחסות באופן שונה למהות הקהילה):

1. **הקהילה הליברטריאנית (נוזיק)**: רך. קהילה וולונטרית- כל אחד יכול לצאת ולהיכנס אליה בחופשיות; כל קהילה יכולה לקבוע את הערכים שלה (ההגבלה על הקניין) **אך** **לא ניתן לכפות על הפרטים פגיעה בקניינם**, זה מותנה בהסכמתם.
2. **קהילה ליברלית** (**חנון דגן**): אמצע. לא ניתן לכפות על יחידים להקריב לטובת הקהילה כל אחד צריך להיות חופשי לקום וללכת מתי שירצה. אך מצד שני, אם אתה בקהילה, מצפים מהיחידים לעשות התאמות בחיים שלהם גם ביחס לנכסים שלהם כדי לעזור לחלשים בחברה. למשל- להקים מערכת של תמיכה סוציאלית שתאפשר התחשבות באחר (קופת קהילה).
3. **קהילה קהילתנית (גרגוגרי אלכסנדר)**: קשה. קהילה היא לא רק סך כל היחידים שבה, אלא **יש לה ערך כשלעצמה**, היא מכוננת אותם ומשמעותית עבורם. לכן, הקהילה יכולה לכפות על היחידים לתת מקניינם הפרטי, זאת לשם המשכיות קיום הקהילה. יהיה קשה לצאת או להיכנס להקהילה.

**יש שלושה מופעים בהם הקהילה משפיע על הקניין שלנו:**

* שלב הכניסה לקהילה- ישנן מגבלות על יכולת הכניסה לקהילות. הכוח של קהילה משפיע על היכולת של הפרט לרכוש בה קניין. לדוג'- בישובים קהילתיים מפעילים מנגנוני סינון לפי ערכים קהילתיים שהם תופסים כחשובים, כדי לקבוע אם תיכנס או לא.
* המשטר בקהילה- איך לנהל את אורח החיים. לדוג'- ביישוב שאסור להיכנס עם רכבים בשבתות. או בישובים קהילתיים שנכפה עלייך תפיסות עולם.
* שלב היציאה מהקהילה- לעיתים, הקהילה יכולה להוציא אדם מהקהילה ואז חייב לעזוב ולמכור את הבית. או להקשות על אדם לצאת מהקהילה (כמו לא אפשר לו למכור לאנשים מסויימים), למרות שזה הבית הפרטי שלו.

1. **צדק חלוקתי: חנוך דגן**

התאוריה: צריך לקדם ערכים של צדק חלוקתי בתוך השיח של דיני קניין. הקניין הפרטי אינו כלי ליצירת צדק חלוקתי (כמו דיני המיסים) אלא, יש לצמצם או לכל הפחות לא להרחיב את הפערים בין החזקים לחלשים בחברה באמצעות דיני הקניין.

לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על **ההשלכות החלוקתיות**:

* + - 1. ***טעם חיצוני****-* **מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות הקניינית** (עוגן של ביטחון, פרטיות, עצמאות) הזכות לקניין עוסקת במשאבים ובחלוקה שלהם בין הפרטים והאופן שבו שחקנים שונים מקבלים זיקה לנכס מסוים. חלוקה של משאבים קשורה באופן אוטומטי לצדק חלוקתי.
      2. ***טעם פנימי****-* ישנן השלכות חלוקתיות **לכל אחת מההצדקות** עצמן. קניין הוא מקור צבירה של הפרט לכוח כלכלי, שיכול להביא להשלכות חלוקתיות בחברה. כוח כלכלי של אדם פרטי מתורגם לכוח חברתי, פוליטי, תרבותי ולכן זה יכול לסכן את החירות של יתר בני האדם וזה מצריך ריסון באמצעות דיני הקניין כדי להגן על האנשים. כי לכל הצדקה (כל ערך שתאמץ) תהיה השכלה חלוקתית. לדוג' ערך החירות- לרעת מי שאין לו קניין. ערך קהילתי- הגבלת היחיד והקהילה.

ביקורות:

* + - 1. **מעשית***-* מתוך ערך הרווחה המצרפית ויעילות כלכלית. דווקא המנגנונים של מיסוי הכי יעילים לקידום צדק חלוקתי ולא אמצעים שעשויים להיות פוגעניים בקניין של הפרטים האחרים בחברה.
      2. **ערכית***-* מתוך ערך החירות. המדינה צריכה לדאוג לרווחת הציבור. הדאגה לזולת לא צריכה ליפול על אדם פרטי.

דגן מגיב שאפשר להכניס ערכים חלוקתיים דרך דיני הקניין בצורה זהירה מבלי לפגוע בחירות של אנשים פרטיים או ברווחתם.

בג"צ הקשת המזרחית- דוג' למצב בו הצדק החלוקתי היה הבסיס להכרעה השיפוטית. העליון פסל את ההחלטה של רשות מקרקעי ישראל, שהעניקה הטבות למגזר מסויים מבלי לתת הטבות למגזרים אחרים. אדם מבית שאן לא מקבל את ההטבות הכלכליות (הקלות בהרחבות, רכישה בתנאים מוטבים) שמקבלים אנשים בקיבוצים או במושבים. ביהמ"ש ביטל את ההחלטה. \*ועדיין גישתו של דגן מאוד חריגה בדין הישראלי, אך יש לה ביטוי בפסקי דין בבית המשפט העליון.

1. **סביבה:** יש רגולציה מתפתחת הקשורה לערכים סביבתיים.

התאוריה: דיני איכות הסביבה מטילים הגבלות על הקניין של הפרטים בהרבה תחומים- איסור זיהום של נחלים ונהרות ע"י מפעלים, מטרדים על קרקע פרטית. **יש דיון ער לאחריות הסביבתית של בעל הקניין ועל החובות שניתן לכפות עליו מכוח ערכים סביבתיים**, בגלל המציאות בה אנו חיים (לדוגמת משבר האקלים).

**זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית**, המאזנת בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית, סביבה וקהילה. וצדק חלוקתי שמהווה הצדקה שנויה במחלוקת. כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש, הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים. ולכן, משמעות זכות הקניין תהיה תלויה בהצדקה שנאמץ.

## **קניין פרטי במה?**

**במה מעוניינים להעניק קניין?** לא כל נכס יהיה מושא של זכות קניינית, יהיו כאלה שלא נאפשר עסקאות בהן. התשובה היא תולדה של הכרעה חברתית- איזונים בין הערכים הקיימים בחברה בה אנו חיים.החברה לא רק קובעת במה היא מעניקה זכויות אלא גם קובעת את הגבול והתחולה של הזכות הקניינית.

דוגמאות:

* **פטנטים**- מעניקים בלעדיות שיהווה תמריץ לאנשים לעסוק בפיתוח של המצאות - *קידום הרווחה המצרפית*. מצד שני מוסד של רישיונות כפייה **מרסן** את זכות הבלעדיות- *ערכים חברתיים של* ***קהילה*** *(יש לך חובות כלפי הקהילה)* ***ויעילות כלכלית*** *(לא יעיל שיצרן אחד מספק את כל הביקוש).*
* זכויות יוצרים- מעניקים בלעדיות לממציא כדי לקדם *רווחה מצרפית. אבל יש גם מקום להצדקות של* ***אישיות*** *(הם קשורים ליצירות שלהם),* ***ועבודה*** *(הם עובדים ועמלים, צריך לתגמל אותם על כך).*
* פס"ד מקדונלד:הזכות לפרטיות והזכות לפרסום. מקדונלדס עושה פרסומת ומשתמשת בכתבה על השחקן מקדונלד. השופט ריבלין קובע שהזכות לפרסום היא זכות קניינית- כלומר יוצר מוסד קנייני חדש\*\* דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט. וקובע שמגיע למקדולנד פיצוי על פגיעה בזכותו. ההצדקות הערכיות להכיר בזכות הפרסום כקניינית הם: (1) *ערך העבודה*-הפרסום היא פרי עמלו; (2) *רווחה מצרפית*-שימוש יתר בשמו של השחקן יוביל לפגיעה בכלכלה, רוצים לתמרץ אנשים אחרים ליצירה וליוזמה אישית; (3) *אישיות*- הפרסום קרוב לגרעין האישיותי שלו- שהרי אדם קשור לתוצרים שהוא עושה- כמו פיתוח של פרסונה, שמו, קולו. יש לו רגש חזק אליהם ולכן צריך להעניק הגנה.

*\*\* ד"ר מרים*- פס"ד מהווה דוגמא יפה איך לבצע את השיח הערכי אך לא ראוי שביהמ"ש יקבע הסדר כזה, כי לא מתפקידו של שופט לייצר זכות קניינית. **זה שיח ערכי שאנו כחברה צריכים להכריע** ולכן הדרך הראויה היא ע"י המחוקק. כמו כן, לא היה צורך חיוני להכרה בה לשם ההכרעה. יש לציין שבישראל אין ביקוש לזכות זו- כמעט ואין תביעות סביב הנושא הזה.

### מוסד קנייני

המחוקק יוצר **מוסדות משפטיים** (זכות קניינית) והוא קובע את התוכן שתכלול, בהתאם לאיזונים בין ערכים חברתיים.

**מוסד קנייני =** מוסד משפטי מעניק זכות קניינית אפשרית לבני אדם. לכל מוסד קנייני נקבע מועד רכישת הזכות הקניינית וכן היקף ההגנה שניתנת לה.

דוג' למוסדות קנייניים שמבטאים איזונים וערכים שונים:

חוק הדיור הציבורי- ***צדק החלוקתי****.* מוסד קנייני שנוסד בשנות ה50 אך הולך ונשחק מאחר שמלאי הדירות קטן. המוסד מסייע לאוכלוסיות חלשות ע"י הענקות מגוון של זכויות קנייניות.

חוק הדיור המוגן- ***צדק החלוקתי***. בעל בניין יכול להקים דיור מוגן (כלומר עסק) אך מוטלות עליו חובות שונות: חובת רישוי, תנאים לפעילות וכדומה, כדי להגן על אוכלוסייה חלשה.

בתים משותפים בחוק המקרקעין- **יעילות כלכלית** (בגלל אדם אחד לא נפיל את שיקום הנכס) **וערכי** **קהילה** (אחריות חברתית). למי שגר בבית משותף יש חובות, מתוך הבנה שכולם יחד.

*פס"ד צ'ודלר*- בית משותף שנפגע מטיל במלחמת המפרץ ונהרס כתוצאה מכך. כולם רצו לשקם את הבניין פרט לדייר אחד שסירב. ס'60(ב) לחוק המקרקעין קובע שאם אתה מסרב להשתתף בשיקום, לוקחים ממך את הזכות שלך בדירה, לפחות ל6 חודשים. בשם הרצון לחיות חיים משותפים, **ניתן לכפות על בעל הקניין חובות או הגבלות מסויימים.**

**האם אינטרס ההסתמכות יכול להקים משטר של קניין פרטי?** לא.

### קניין חדש – מתוך שמירה על החירות

* *קניין ישן*- האדם קנה רכוש באמצעות הכסף שלו. כמו הבית שלו; זכות שניתנת בזכות ולא בחסד, ע"י עבודה של האדם.
* *קניין חדש*- זכות שניתנת לאדם בחסד, מקבל ללא כל עבודה מצד האדם. כגון- הטבות, קצבאות, זיכיונות וכדומה.

**האם "קניין חדש" מהווה קניין פרטי?** אם כן- כשהמדינה תחליט לבטל או לצמצם את היקפם, תהיה חייבת לפצות על הפגיעה בקניינם הפרטי של מי שההטבה ניתנה לו.

לגישת **צ'ארלס רייך**, זכות שניתנת לאדם בחסד תהווה זכות קניינית (=קניין חדש). מסביר: מרבית האנשים בחברה מסתמכים על ההטבות שהמדינה נותנת. **ההסתמכות לאורך זמן היא שהופכת את ההטבה לקניין פרטי של אותו אדם**. מוצדק ע"ב ערך החירות 🡨 האדם היה תלוי בקניין זה, כדי לנהל את חייו כראות עיניו. כעת אם יבטלו את ההטבה (ויפגעו לו בקניין) זה יביא לפגיעה באוטונומיה. ולכן ככל שהמדינה רוצה לשנות את היקף הקצבה הרי שהיא צריכה לפצות את מקבל הקצבה.

השאלה על הקניין החדש בא לידי ביטוי בשני פסקי דין בישראל:

פס"ד מנור- עסק בקצבאות זקנה. ביהמ"ש סבר שלא צריך לשאול האם מדובר בקניין חדש **מאחר שמדובר בקניין ישן**. כיוון שקצבאות הביטוח הלאומי נגזרות מתשלומים שהופרשו לביטוח לאומי- האדם שילם כל חייו עליהם. לכן ברור שיש פגיעה בקניין. אולם לבסוף הצדיק את הפגיעה דרך מבחני פס' ההגבלה.

פס"ד מנחם- עסק ברישיונות למוניות, שאלו האם המדינה יכולה לעשות שינויים ברישיונות למוניות. בייניש מצדיקה את המדינה וטוענת שיש לה שק"ד לבצע שינויים. **על אף שביהמ"ש לא מתייחס לרישיונות כ"קניין ישן**", אלא כ"קניין חדש", עסקו בסוף בנושא דרך חופש העיסוק.

לסיכום: המושג עלה בפסיקה אגבית, אבל לא יושם בפסיקה.

מרים: טוב שכך! אחרת בכל שינוי מדיניות, המדינה הייתה צריכה לפצות כל מי שנפגע קניינו. היה מביא לעלויות כבדות מאוד.

### קניין פרוגרסיבי – מתוך חובתו של בעל הקניין

התפיסה הפרוגרסיבית מדגישה את **החובות** של בעל הקניין לחברה ולמי שהוא בקשר איתו. הפוכה מהגישה הליברטריאנית, שמדגישה את חירות הפרט.

**זינגר**, מאמין בערך החברתי של **קהילה** ובחובות של בעל הקניין כלפי הקהילה. הוא אחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית לקניין. לפי תפיסה זו, זכות קניינית יכולה לקום כאשר יש אינטרס הסתמכות, כלומר כשהחברה נסמכת על דבר מסוים כדי להתקיים.

טוען שיש מקום להכיר בקניין פרוגרסיבי כי הוא מדגיש את **החובות לחברה**. כתב מאמר לתאוריה זו:

עיר מפעל באוהיו. רוב אנשי העיר התפרנסו ממפעלי הפלדה שפעלו בה. בעל המפעל סגר אותו. העובדים נותרו ללא פרנסה.

טוען כי יש לאפשר להם לקבל זכויות קנייניות במפעל, כמו הזכות לרכוש אותו כדי שיוכלו להמשיך לתפעל אותו.

**למעשה קובע כלל עבירות לפי תפיסה פרוגרסיבית**: 1)ההסתמכות של העובדים על מקום העבודה (לא רכשו הכשרה נוספת); 2)בגלל שהיו להם יחסים ארוכי טווח עם בעל המפעל.

מרים: הפסיקה בארץ כן הכירה באינטרס קנייני במקום העבודה, אבל עם הרבה מאוד הגבלות (ולא בזכאות לקנות את המפעל).

הקושי העיקרי בטענה שלו: יש כלל משפטי שקובע מתי הסתמכות היא לגיטימית, אולם לזינגר אין מקור משפטי לבסס עליו את טענת ה"הסתמכות" ולכן לא יכול לטעון אותה. זאת הסיבה שחזר בו מטענה זו, לאחר שנים.

## **קניין פרטי- במה לא?**

**באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/המרה של נכסים?** יהיו מצבים שבהם המשפט יוצר הגבלות על דברים שאנו לא יכולים לסחור בהם. מבחינה ערכית, לא נרצה לאפשר סחר או שוק בנכסים מסויימים, ולכן הם לא יהוו מושאי קניין. למשל סחר באיברים, צריכה של זנות, סחר בעבדים.

מיסוד שוק לסחר באיברים

בעד:

1. **מלאי האיברים בשוק יגדל**- יטיב עם מי שמחכה להשתלה.
2. **למנוע היווצרות של שוק שחור**- ניתן לפקח יותר, לשמור על התנאים של מי שעוסק בתחום, להגן עליו (נכון גם לגבי זנות, וטענת הנגד שעולה היא שזה יתן לגיטימציה ואז אולי יותר נשים יחלו לעסוק בזנות).

נגד:

**בעיה חלוקתית כפולה**: 1)ההיצע יגיע מקבוצות חלשות בחברה, שזקוקות לכסף, המחירים יעלו, כי הביקוש יגיע מצד העשירים. 2)עני שצריך את התרומה לא יוכל לרכוש זאת.

**מסחור בטובין אישיים**: **מסחור** =לוקחים משהו שבאופן טבעי לא נמצא בשוק והופכים אותו לסחיר. קשה לנו רעיונות שאנשים ימכרו את אברי הגוף שלהם. נתפס כמשהו שלא צריך להיות בשוק.

**החצנות על צדדים שלישיים**: לרוב מי שנפגע מקיום השוק הוא צדדים שלישיים שלא לוקחים את האינטרסים שלהם בחשבון בעת ההליך. למשל- שוק למכירת ילדים.

מסחור של טובין אישיים

טענות נגד למה לא להכניס אותם לשוק: למשל, סחר בתינוקות.

* + - 1. **בעיית ההשחתה**- התייחסות לתינוקות כמוצר תשחית את הערך שלהם. אם יהפוך למוצר סחיר, הוא יאבד את המשמעות הטהורה והערכית שמייחסים לו (אדם עצמאי, חלק ממשפחה).
      2. **בעיית הכפייה** – ברגע שמאפשרים סחר בתחום שלא היה מוסדר לפני כן, זה יאלץ הרבה אנשים להיכנס אליו מכורח המציאות. בעוד שלא היו נכנסים אליו אם השוק לא היה מוסדר.

נגד טיעון הכפייה יש שני טיעוני נגד: (1) יש שוק שחור אז גם ככה אפשר לעשות את זה. (2) מרגרט רדין- האנשים האלו לא נמצאים במצב של כפייה אלא לעיתים מדובר בבחירה. מסחור פשוט מעניק אמצעים נוספים להתפרנס.

משפחה חדשה- דוגמה לכך שהמשפט מגיב לשינויים. ההכרה עסקה בשאלת הזכות לפונדקאות של אישה רווקה שרחמה נכרת. באותה עת, לא הייתה זכאות והעליון מפנה את השאלה למחוקק ולכן לא מקבל את העתירה. היום החוק תוקן, וישנה זכאות.

בעהם- טיוטות מגילת העצמאות שנכתבו ע"י בעהם, יורשיו של בעהם סחרו בטיוטות. המדינה טענה כי מדובר בקניין קולקטיבי ולא בקניין פרטי של בעהם, על כן אין לילדיו זכויות סחירה בטיוטות. *במחוזי* נקבע שמדובר בקניין פרטי של בעהם ולא בקניין של המדינה אך *בעליון* נהפכה ההחלטה ונקבע כי מדוב בקניין קולקטיבי ולכן הוא בחזקת המדינה.

# **הבעלות**

**זכות הבעלות במקרקעין**- הזכות הקניינית הכי חזקה, אך חלות עליה מגבלות מכוח דין או הסכם.

* ס' 2 לחוק המקרקעין: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ועשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".
* ס' 2 לחוק המיטלטלין: "הבעלות במיטלטלין היא הזכות להחזיק ולהשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה, בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

\*כאשר מדברים על זכויות בנכסים, תיתכנה כמה זכויות קנייניות על אותו נכס בו-זמנית. דוג': אדם שהוא **בעלים** של נכס שכרגע **מושכר** ונקלחה עליו **משכנתא**.

## **תחום הבעלות**

**עקרון אחידות הקרקע –** ס' 13 רישא לחוק המקרקעין-קובע שאסור לעשות עסקה על חלק מהמקרקעין.

**למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?**

1. טיעון ציבורי- החשש שאנשים יתעלמו מהצרכים הציבוריים והחברתיים שוועדות התכנון והבנייה **שקלו** כשהם חילקו את הגושים לחלקות **מלכתחילה**, בהתאם לצרכים תכנוניים שונים.
   * + - המסגרת הרחבה של חלוקת הקרקעות בישראל היא לפי גוש וחלקה.החלוקה נקבעת בהתאם לצרכים חברתיים וציבוריים (למשל- בד"כ חלקות בעיר יהיו קטנות יותר וחלקות במושבים וקיבוצים יהיו גדולות יותר).
2. טיעון כלכלי *-* החשש מפני פיצול יתר, שיביא לבעיות במצב בו הרשויות יצטרכו את המקרקעין למטרות ציבוריות כמו הקמת מוסד ציבור או סלילת כבישים. **אילו בעיות?**
3. בעיית איתור- ככל שיש יותר בעלים ויותר פיצול קרקעות יש קושי באיתור הבעלים והקרקעות.
4. עלויות עסקה- ככל שיש יותר אנשים לעשות מולם עסקה, זה יעלה יותר למדינה.
5. פעולה משותפת (בעיית הסחטן)- ככל שיש יותר אנשים על חלקה אחת, הסיכוי שיהיה בעלים שיסרב לעסקה עם המדינה גדל, ובכך זה יעכב את ההליך. יוכל לסחוט את הקונה (המדינה), כי ידע שיש לו כוח גדול.

לסיכום, כל אלו, מקשים על היכולת להגיע לניצול מיטבי של הקרקע, במצב בו האדם מחלק את הקרקע שלו למס' אנשים. ולכן, אותה חלוקה ראשונית של ועדות התכנון (ההקצאות הראשוניות של גושים וחלקות), עונה על הצרכים החבריים שלנו, ולא רוצים לתת לאנשים את הכוח לערער את הסדר שנבנה.

הסדרים משפטיים בהם נראה את המגבלה של ס'13:

**שיתוף מקרקעין** הוא מצב בו קיימת בעלות משותפת במקרקעין, ניתן לקיים **בעלות משותפת על כל המקרקעין**. בכך, הזכויות בנכס מתחלקות באופן יחסי, דהיינו כל אחד מקבל **מנה בלתי מסויימת** מהקרקע. במקום לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין, כך שלכל אחד תהיה בעלות פרטית על חלק.

לפי ס' 38 לחוק המקרקעין בסיום יחסי השיתוף, הצדדים יחלקו את הזכויות לפי אותה חלוקה שהגדירו בהסכם. **אולם,** אם נקבעה חלוקת המקרקעין בעין (פיזית)- **ההגבלות בס'13 עדיין חלות**, לכן צריך לעשות זאת באישור של המפקח של המקרקעין ולאחר שנעשתה בדיקה שזה עומד בחוק התכנון והבנייה. שהרי, המקרקעין חולק לפי רציונל ויש לשמור עליו.

ישנה טענה שהשוק החופשי יכול לתת את המענה, כי הוא יכול להביא לתוצאות יעילות מבחינה חברתית. **אז למה בכל זאת נרצה להתערב משפטית וליצור את ההסדר בס'13?**

1. כשלי שוק – תמיד קיימים כשלי שוק. ישנן תופעות שקשה למנוע כמו סחטנות במצבים של התחדשות עירונית - הסחטן הופך לסרבן. למרות שהיינו חושבים ששוק חופשי מביא לחלוקה אופטימאלית ולתוצאה יעילה, לא תמיד זה נכון.
2. שנאת סיכון ציבורית*-* המדינה רוצה לנקוט בזהירות יתרה, לא רוצה לקחת סיכון שיהיה כשל בהתנהלות השוק ותהיה חשופה לסחטנות, לכן ס'13 יוצר כלל, כדי לא להיקלע מלכתחילה לסיטואציות אלה.

ס' 13 סיפא לחוק המקרקעין- קובע שיש חריגים לכלל, לפיהם ניתן לעשות עסקה על חלק מהמקרקעין. הוסדרו בחקיקה או בפסיקה:

1. מוסד הבתים המשותפים-ס' 54 לחוק המקרקעין מאפשר לעשות עסקאות מכר של דירות בבתים משותפים, כך שמכיר בבעלות פרטית בדירות בבניין, למרות שהבניין נמצא בחלקה אחת. מבחינה רישומית זה מוסדר בטאבו כ-תת חלקה, על מנת שנוכל לעשות בה עסקאות.
2. זיקת הנאה-ס' 93ג לחוק המקרקעין יכולה להיות עסקת מקרקעין בנוגע לזכות שמעניקה לאדם להנות מחלק מסויים של המקרקעין של אחר. **לולא סעיף זה, לא היה תוקף לזכות הקניינית "זיקת הנאה".**
3. הפקעה- פס"ד אקונס (מנהרות הכרמל)- המדינה הפקיעה שטחים תת קרקעיים בחלק מהמקרקעין. בעלי המקרקעין טענו לס'13. אולם, הסעיף **אינו מונע הפקעה** של חלק מהמקרקעין. הוא אוסר לעשות "עסקה" בחלק מסויים מהמקרקעין. אבל עסקה במקרקעין מוגדרת בס'6 כהקניית זכות *"לפי רצון המקנה".* הפקעה לעומת זאת, אינה עסקה רצונית, **אלא אקט כפוי.** לכן ניתן להפקיע חלק מסויים של המקרקעין.
4. שכירות-ס' 78 לחוק המקרקעיןניתן להשכיר חלק מהמקרקעין, בגלל שזו עסקה קצרת טווח (החזקה ושימוש בנכס שלא לצמיתות). הנימוקים לאיסור בס'13 הם עקב מצבים של שימוש לטווח הארוך.

פס"ד לוסטיג- צדדים מנסים לעקוף את האיסור בס'13.

מייזלס היא בעלת המקרקעין, עושה עסקת השכרה בחלק ממנו ל999 שנים עם אפשרות לחידוש ל999 שנים נוספות עם גברת לוסטיג. לוסטיג השוכרת רצתה את זכויות הבנייה היחסיות בקרקע, ומייזלס סירבה בטענה שזו עסקת שכירות וזכויות בנייה כלולות רק בעסקת בעלות. ביהמ"ש קבע **ששכירות לתקופה ממושכת (שמעשית היא לצמיתות), מעניקה את זכות הבעלות בקרקע ולא השכירות**, ולכן מגיעות ללוסטיג זכויות הבנייה היחסיות.

לכאורה **ביהמ"ש מכשיר לעקוף את האיסור בס'13-** מאשר לעשות עסקת מכר **בחלק** **מסויים** מהמקרקעין. אך לא באמת- זה לא פתר את המשכירה מלפצל את החלקה ברישום המקרקעין מבחינה פורמאלית.

1. ירושה- חריג תאורטי. ס' 6 לחוק המקרקעין עסקה במקרקעין **לא כוללת הורשה עפ"י צוואה**. לכאורה ס' 6 מאפשר לחרוג מס'13! מתוך כך אדם יכול להוריש את השטח שלו בשני חלקים (שלא כפי שמופיע בטאבו) וזה יהיה תקף.

**הסבר**: אין שימוש מעשי בחריג. הוא נועד להתמודד עם חובת הרישום לפי ס' 7, כדי שתוקף הזכויות בצוואה יכנסו לתוקף ישר בעת כתיבת הצוואה ולא מתוקף החתימה. לכן **לא** קוראים לזה עסקה. מה שקרה זה שפשוט לא חשבו על ההשלכות שזה יצור בנוגע לכלל בס'13.

1. בעלות נפרדת בחלק של קרקע תלת-מימדית- ככלל, הרישום בטאבו הוא רישום דו ממדי (על מפות). אולם נקבע הסדר חדש - **תיקון חוק המקרקעין 2019**- סימן א'1: בעלות בחלקה תלת ממדית. מנגנון שבא להגיב לשינויים הטכנולוגיים, באופן שלא פוגע בכל חלקות הקרקע האחרות - המנגנון מנסה לאפשר לראות את הדבריםבצורה תלת ממדית. בכך, נוסף חריג לס'13, בסעיף 14ד' לחוק - קובע כי ניתן לעשות עסקה בחלק מסויים מהקרקע, אם היא במרחב התת קרקעי שלי ולרשום אותה במרשם המקרקעין כחלקה תלת ממדית.

בפועל, סעיף 14ה' מגביל את חלוקת הקרקע וקובע שכל החלוקה והיצירה של חלקות תת-קרקעיות, חייבת להיעשות רק בהליך תכנוני שכפוף לחוק התכנון והבניה או ע"י הפקעה (שבכל מקרה אינה נכללת בסעיף 13), וכך לא יפגעו הרציונליים של סעיף 13.

\*נציין כי דירה בבניין לא תהיה לעולם חלקה תלת מימדית (היא נרשמת כתת-חלקה). ובקרקעות שלא עברו הסדר, לא ניתן לעשות חלקה תלת מימדית.

היקף זכות הבעלות

הבעלות לא חלה רק על הקרקע עצמה, אלא גם על העומק והגובה, וגם על כל מה שעלייה כמו בית. סעיפים 11 ו12 מגדירים את היקף הבעלות ותוכן הבעלות.

* **ס' 11 לחוק המקרקעין:** מגדיר ממדי עומק וגובה- ממרכז כדוה"א ועד החלל הרום שמעל שטח המקרקעין.

עם זאת, ישנן החרגות: **"בכפוף לכל דין"**

1. הבעלות על אוצרות טבע ועתיקות שמהווים מורשת תרבותית של כולנו היא ציבורית- כל משאב בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיו"ב.
2. לא ניתן למנוע כל מעבר בחלל הרום- הבעלות היא על מעבר סביר בחלל הרום, מס' מטרים מעל הקרקע בשביל ציפורים, מטוסים וכדו'. ישנה חקיקה חיצונית העוסקת בנושא.

**אוצרות טבע ועתיקות**

לפי ס' 11, אוצרות טבע ועתיקות לעולם לא יהיו בבעלות פרטית. המשאבים האלו הם בבעלות ציבורית. חוק העתיקות נותן לרשות העתיקות את הכוח לעצור בניה קיימת ואף למנועה, וכך למעשה פוגע בזכות הבעלות של בעל הנכס (יוצר קיפאון בנוגע לניצול הקרקע אם מוצאים עתיקות בשטח שלך). יש לציין שכאשר יש פרויקט בניה תלוי ועומד שבמהלכו נמצאו עתיקות, בדר"כ לא יפרקו את המבנה.

פס"ד דנקנר- עוסק בסמכויות של רשות העתיקות. הרשות הכריזה על קרקע בכפר שמריהו כאתר שחושבים שיש בו עתיקות. **ההכרזה מנטרלת את הקרקע**, ואז הבעלים צריך להוכיח שאין שם עתיקות, באמצעות מומחה. זמיר: מבקר את הפרקטיקה. לא סביר לגלגל את האחריות על הבעלים.

פס"ד בענייני גז- המדינה העניקה רשיונות לאנשים פרטיים לחפש גז. ואם ימצאו, יקבלו זכויות במשאב הגז. לאחר שגילתה שהם מצאו גז טבעי, ובכמויות גדולות, היא הטילה מס בדיעבד בטענה שהגז של כולם ולא ניתן להם להתעשר על חשבון הציבור. כל מי שעסק בחיפושים טען לפגיעה בקניין. **בג"צ הכשיר את המיסוי מאחר שהנסיבות של מציאות הגז היו בלתי צפויות**.

פס"ד הממונה על ענייני נפט נ' Samedan- 2 חבורת שקיבלו רישיון לחיפוש נפט מבקשות גם להוביל את הנפט, הממונה על הנפט סירב לבקשתם ורצה להוציא מכרז על מנת לאפשר קיום של שוק חופשי. החברות עותרות על החלטת הממונה. חשין מציג את שתי התכליות של חוק: (1) עידוד אנשים לחפש נפט ולקחת סיכון כלכלי. (2)מיקסום הרווחה המצרפית- ע"י כך שייצור תחרות חופשית עם יתר החברות במשק, כדי להוזיל מחירים לצרכנים. חשין תומך בהחלטת הממונה. לא רוצים להעצים את כוחן של החברות, ולכן אם רוצים לקדם יעילות- יש לפצל בין זכות ההובלה לזכות ההפקה.

מרים: שופט שדווקא בא מתפיסות עולם מסורתיות של קניין (ערכי חירות, הגנה חזקה לקניין), מחליט לפי הערך של רווחה מצרפית כדי לקדם תחרות חופשית. חירות הבעלים היא לא הערך הבלעדי במקרה זה.

* **ס' 12 לחוק המקרקעין:** קובע שסוג מסויים שחובר למקרקעין (שאינם ניתנים להפרדה), הם חלק בלתי נפרד מהקרקע.

סעיף זה קובע שהבעלות בקרקע חלה על 3 דברים מרכזיים: הקרקע, הבנוי והנטוע עליה. כלומר כל מה שמחובר אל הקרקע חיבור של קבע. אולם הבעלות **לא** מתפשטת על מחוברים **שניתנים להפרדה** ואין זה משנה מי בנה/חיבר את המחוברים.

מתי נכס מטלטלין הופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין?אין תשובה חד משמעית. שאלה של מדיניות חברתית**.**

* **ויסמן הציע שלושה מבחנים:** צריך להכריע מה הסטטוס של המחוברים עפ"י כל המבחנים, לפי השכל הישר וההיגיון.

1. *מבחן החיבור הפיזי*: אם **ניתוקו** של מטלטלין מהמקרקעין **יגרום להריסה או לנזק** משמעותי למקרקעין, או שאין למטלטלין קיום ללא החיבור לקרקע, אזי המטלטלין ייחשב למקרקעין. הבעיה- בפועל, יש הרבה נכסים שניתן לנתק לולא שייגרם נזק ועדיין סביר לחשוב שהם חלק מהמקרקעין. למשל, נכסים כמו גופי תאורה, ברזים, מזגנים וכו' אפשר לפרק בקלות אבל זה לא מרגיש מטלטלין, כי הם יותר נוטים לחלק מהמקרקעין.
2. *מבחן סוג הנכס:* מנסה להתגבר על הקושי שמעלה מבחן החיבור הפיזי. מבחן פונקציונאלי שבוחן האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע. נותן אינדיקציה להתרשם מטיב הנכסים, לפי המקובל מבחינה חברתית. הבעיה- לרוב המבחן לא יהיה מבחן חד-משמעי.
3. מבחן הכוונה: מתמקד בכוונת הצדדים בזמן שהם חיברו את הנכס. יש כוונה מ2 סוגים: אובייקטיבית ו.

* **כוונה סובייקטיבית**- ביחס לצדדים קרובים. אם הצדדים גילו את כוונותיהם בצורה מפורשת, בהסכם כתוב או בע"פ, היא זו שתכריע.
* **כוונה אובייקטיבית**- צדדים מרוחקים או כשאין חוזה. נחפש אחר הכוונה של צדדים סבירים בנוגע למחובר בנסיבות אלה, ונשאל מה המתבונן יכול להסיק ממכלול נסיבות העניין.

* **מבחני הפסיקה**:
  + - 1. מבחן מונע הנזק הזול- לפי מבחן זה נטיל את האחריות על הצד שהיה יכול למנוע את המעשה באופן הזול ביותר ולא עשה זאת, לאו דווקא על "האשם" במובן המוסרי. הרציונל- יעילות כלכלית ורווחה מצרפית. מעודד צדדים להתנהג בצורה זהירה, כדי למנוע נזקים.
      2. בנוסף ישנם שיקולים **שביהמ"ש רשאי לשקול**:
* **וודאות השוק**- הצורך לקדם ערכי וודאות השוק ביחס לנכסים הללו. התוצאות של מחובר לקרקע יהיו ידועות, גם ללא הסכם.
* **עידוד פעילות כלכלית**- לקדם רווחה כלכלית. מנק' המבט של השוכרים- יעודד אותם לשפר ולהשקיע בנכסים אותם שוכרים.
* **שיקולי יעילות מצרפית**- ערכים של יעילות כלכלית. מנק' המבט של שוק האשראי- אם רוצים לעודד בנקים לתת הלוואות- צריך להסדיר את העניין, כדי שהם לא יחששו שערך הבטוחות שלהם ירד בגלל מחוברים שיוצאו מהמקרקעין.
* **שיקולי חלוקתיים**- השוכר החלש מול הבעלים החזק. **שיקול שנוי במחלוקת**. לחשוב אם ראוי להתחשב בו.

אלו לא מבחנים מצטברים, ולעיתים תוצאותיהם יהיו מנוגדות. נעזר בכל המבחנים הללו עד שדעתנו תהא נוחה מההגדרה. בבחינה עלינו ליישם את שלושת המבחנים של ויסמן.

\*\*\*מבחנים אלו רלוונטיים רק כשאין הסכם בין הצדדים- בדר"כ הצדדים יגיעו להסכמה בנוגע לרכוש בחוזה.

### שכלול הבעלות

שני שלבים לקיומה של זכות הבעלות:

1. זכות הבעלות **נולדת** דרך חוזה בהסכמת הצדדים.
2. היא מקבלת את עוצמתה **ברגע שהיא משתכללת** (הופכת מחוזית לקניינית).

יש הבדל באופן השכלול בין נכסי מקרקעין לבין נכסי מטלטלין:

* **במקרקעין:** ס'6- עסקה במקרקעין היא עסקה **רצונית.** ס'7- עסקה במקרקעין טעונה **רישום** במרשם המקרקעין (הטאבו). במועד הרישום, היא הופכת להיות תקפה כלפי כולי עלמא.
* **במיטלטלין**: ס' 33 לחוק המכר: זכות הבעלות במטלטלין מקבלת את הפומביות באמצעות **מסירה פיזית**. ברירת המחדל- השכלול יכנס לתוקף **בעת המסירה**, אלא אם הצדדים הסכימו על מועד/דרך אחר בחוזה.

## **מהות הזכות ומגבלותיה**

עיקרון תום הלב – כללי

עם הזמן, בתי המשפט נטשו את הגישה הפורמאליסטית, שנצמדת ללשון החוק, ועברו לגישות ריאליסטיות או ליברליות, בעלות מושגי שסתום כמו "תום לב" או "תקנת הציבור".

מה היתרונות והחסרונות של המעבר?

* **חסרונות**- שימוש במושגי שסתום מייצר עמימות, פוגע בוודאות וביציבות המשפטית, מוסיף עלויות עסקה.
* **יתרונות**- עשיית צדק בין הצדדים, הוגנות, והענשת צד שמנצל דרישות פורמאלית כדי לחמוק מהתחייבויות שלקח.

חוק החוזים: ס'39 - קיום חיוב או שימוש בזכות שנובעים מהחוזה, בדרך מקובלת ובתום לב. ס'61ב'- עקרון תום הלב יחול בכל תחום, ולא רק בחוק החוזים.

לפי ברק, עקרון תום הלב = אנשים צריכים להתנהג ביניהם במפגשים שונים ביושר ובהגינות. לא צריך להיות מלאך אחד לשני, אבל גם לא זאב. במילים אחרות "אדם לאדם אדם".

תום לב בהקשר הקנייני

ס' 14 לחוק המקרקעין **"הגבלת זכויות**": אסור לבעל מקרקעין או בעל כל זכות קניינית אחרת במקרקעין, לגרום נזק לאחרים, אם אין באותה פעולה תועלת לצרכים שלו, וכל מטרתה היא לפגוע באחרים.

כלומר, מכניס אתעקרון תום הלבבגדר זכות הבעלות - **אסור להשתמש בזכות הבעלות שלא בתום לב**.

1. **מתי ס'14 לא חל?** שלב נ' הררי מואב- חלקת אדמה שפוצלה ל3 חלקות בבעלות שונה. ל**שלב** אין זיקת הנאה (זכות מעבר) בחלקה של הררי מואב אך היא עוברת בכל זאת בחלקה שלהם כדי להעביר סחורה מהחלקה שלה החוצה. הררי מואב לא אפשרו לשלב לעבור בחלקה.הטענה של שלב- מדובר בחוסר תום לב לפי ס' 14. ביהמ"ש: ס'14 לא התכוון לאפשר הסגות גבול, להתחמק מעסקה כדי לחסוך עלויות ולבטל את הערך הכלכלי של זכות הבעלות במקרקעין, אלא לשמור על אחרים כשיש ניצול לרעה של זכות הבעלות.
2. **הפעם היחידה שהופעל ס' 14-** רדומילסקי נ' פרידמן-גברת רדומילסקי מנהלת בניין של דיור מוגן. בדיירות מוגנת יש כלל שקובע שאם בן משפחה של דייר בדיור מוגן עובר לגור איתו, לאחר מותו של הדייר המוגן, בן המשפחה מקבל זכות בעלות במקומו על אותה הדירה. הדייר פרידמן התגורר באחת הדירות בבניין. ביתו עברה לגור איתו. פרידמן חיבר את הטלוויזיה לאנטנה באמצעות חוט שעבר מעל החצר של המבנה. רדומילסקי לא רצתה שהיא תהפוך להיות דיירת מוגנת, לכן הגישה תביעה להוצאת הכבל של האנטנה מעל הגג של הבניין, כיוון שמדובר בפגיעה בזכות הקניין שלה, היא הבעלים על הקרקע (עד החלל המרום) ולכן זו השגת גבול (ס' 11). ביהמ"ש: הפעיל את ס'14 **ומנע מרדומילסקי פיצוי בגין הסגת הגבול.** היא הגישה תביעה כי רצתה לנקום ולגרום לו נזק ואי נוחות, ולא כי באמת הפריע לה כבל האנטנה.

* *ההבדל בין שני המקרים-* המניע הנסתר. במקרה דנן, היו ראיות לכך שהיא ניסתה להפסיק את הדיירות המוגנת של פרידמן, כי היא לא רוצה את ההמשכיות.

רוקר נ' סלומון- ממחיש שיח ערכי הקניין. לראשונה דובר על היחס בין עקרון התו"ל לדיני הקניין.

רוקר וסלומון שכנים בבית משותף. רוקר בנו תוספת לדירה שלהם על חשבון חלק מהמקלט (רכוש משותף). זאת עשו לאחר שקיבלו היתר בנייה, אולם ללא הסכמת שכניהם. **סלומון פנו לביהמ"ש השלום** בטענה לפגיעה בזכות הבעלות שלהם, שהוציא צו המחייב את רוקר להרוס כל בנייה שבוצעה ברכוש המשותף כדי להשיב את המצב לקדמותו. רוקר רצו לשלם לסולומון, רק שלא יהרסו להם את הבנייה, כי יגרם להם נזק כלכלי גדול. טענו לס' 14 כטענת הגנה. **ערעורם של רוקר במחוזי נדחה.** הדיון בעליון: האם העמידה על זכות ההריסה של הבנייה מצד סלומון, היא עמידה דווקנית וחסרת תו"ל?

העלין נחלק לשלוש:

**מאזן הנזקים-** השופט **אנגלרד**, קובע שסעיף 14 מעניק שק"ד רחב לבית המשפט, ועושה חישוב של תועלת מול נזק. לדעתו, לא צריך להרוס את המבנה כי הנזק לרוקר יעלה על התועלת לסולמון (עניין עקרוני). יש לתת פיצוי ולא לאפשר הריסה.

**פרשנות מצומצמת לס' 14-** **טירקל, חשין, לוין**. נק' המוצא היא כי **יש להגן על הבעלים ועל קניין שלו.** עמידה על זכויות קנייניות היא לגיטימית! רק במקרים החריגים, לביהמ"ש יש שיקול דעת לייצר חריג בהתבסס על עיקרון תום הלב, שבגדרו רשאי לא להיעתר לתביעה שמטרתה להגן על זכות בעלות. אבל שק"ד מצומצם מאוד!

יופעל שק"ד על בסיס 4 שיקולים:

1. **עוצמת הפגיעה**- לצמיתות/זמנית, משמעותית/שולית, מכוונת/מוטעית. יישום: פגיעה חזקה 🡨 לצמיתות, אופי הבית המשותף השתנה, גודל הרכוש המשותף קטן (הוציאו חלקים מהרכוש המשותף).
2. **איזה נכס**- בעלות על איזה נכס? מקרקעין, מטלטלין, זכויות. יישום: מקרקעין- הנכס החזק ביותר.
3. **התנהגות הצדדים**- כיצד התנהגו בעלי הדין. יישום: רוקר עשה מה שהוא רוצה, לא שאל את סלומון בנוגע להסכמתו.
4. **עוצמת הפגיעה בפוגע בזכות**- מה יהיו התוצאות ביחס לפוגע (שיקול משני).

הכרעתם: לפי הנסיבות האלה, ניתן לראות כי אין פה עמדיה דווקנית של סלומון, ואין לשלול את הסעד שלהם כנגד רוקר. זה אינו מקרה קיצוני. היו צריכים לבקש אישור ולא עשו זאת, לכן יש להרוס את המבנה.

1. **פרשנות מרחיבה- ברק, שטרסברג-כהן, מצא.** לדעת ברק-בנוסף לחבילת הזכאויות שמעניקה הזכות הקניינית, היא גם כוללת את החובה לפעול עפ"י עיקרון התו"ל, גם במחיר פגיעה מסויימת בזכות הקניין. צריך להיעזר בעקרון תו"ל הכללי בסעיף 61 לחוק החוזים, ולא להיצמד לס'14 כדי להכריע. יש לבדוק את כל מערכת הנסיבות ורק אז להחליט אם ליישם את **התו"ל** בעוצמה חזקה או חלשה:

השיקולים להפעלת עקרון תו"ל: אם יפעילו- יכול להביא לשלילת הסעד של בעלי הקניין.

1. **המוסד/המשאב הקנייני***-* אופי האינטרס העצמי. מטלטלין; בית עסק; בית פרטי; רכוש משותף; דירה. ככל שהמוסד הקנייני הוא פרטי יותר, נפרש בצמצום את ס' 14. יישום: ברכוש משותף בבתים משותפים- ציבורי, ניטה להפעיל שק"ד.
2. **מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד נטוע***-* אופי האינטרס הציבורי עליו המוסד נועד לשמור. מה מהות היחסים בין הצדדים, האם בין שותפים או בין אנשים זרים, קשרים נמשכים או יחסים חד פעמיים. יישום: מוסד הבית המשותף כולל יחסים נמשכים בין בעלי דירות 🡨 אינטרס ציבורי חשוב. **נטייה להפעיל שק"ד.**
3. **היקף הפגיעה בזכות הקניין**- פגיעה קשה/שולית; קבע/זמנית; מכוונת או טעויות חישוב/הערכה; יישום: פגיעה מהותית בחלק ניכר של הרכוש המשותף, וקבועה כי זו בנייה לצמיתות שמשנה את האופי של הרכוש המשותף. **כן להפעיל שק"ד.**
4. **המצב הנפשי של הפוגע**- הפוגע היה מודע להיעדר הזכות, כלומר לאי ההסכמה של הדיירים. **לא להפעיל שק"ד.**

ברק קובע שיש לתת צו הריסה (מגיע לתוצאה זהה של טירקל). מאחר שהיחסים ביניהם היו מוסדרים, רוקר ידעו שנדרשת הסכמה. לכן הבנייה לא נכנסת תחת ס'14 והערעור נדחה.

תפיסות עולם שונות לשיקולים חברתיים:

* + - 1. **טירקל (חשין + לוין)-** תפיסת עולם מסורתית לקניין (בלקסטון)- קניין כעוגן של חירות, ריבונות הבעלים, לא לאפשר למדינה להתערב, לא נפגע בזכות לקניין בשם שום ערך אחר.
      * **גישה מצמצמת לשימוש בס'14**. פוגע בחירות הבעלים. יתערבו רק במקרים חריגים, ובצורה זהירה, אם בכלל.
      1. **ברק**- תפיסה קהילתית לס'14 (קניין פרוגרסיבי). זכות הבעלות כפופה לחובות, שכן הקניין הוא לא רק אתר של חירות הפרט, אלא כולל גם היבט ציבורי, ערכים קהילתיים, אחריות חברתית, במטרה לשרת את החברה והקהילה.
      * **יש לביהמ"ש שק"ד בהחלטה**, אבל לא מאמץ מראש כלל מנחה- הפעלת העיקרון תלויה בנסיבות.
      * **ההבנה של ברק את חובת תו"ל**- כללית ורחבה. לא רק בבעלות אלא על כל הזכויות.

מרים: לא נעשה שימוש תדיר בטיעון של תו"ל בסכסוך בין צדדים, וגם אם נעשה- כמעט ולא מתקבל. **אבל ליישם תמיד!!.**

# **זכויות בנכסי הזולת**

## **השכירות**

ס' 3 לחוק המקרקעין: "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות."

* **יסודות השכירות**:
* תמורה – אם אין תמורה, זה לא שכירות, אלא עסקת שאילה.
* תוכן הזכות- זכות השכירות מעניקה זכאויות מוגבלות- החזקה ושימוש.
* שלא לצמיתות- השכירות חייבת להיות מוגבלת בזמן. יכולה להיות אופציית הארכה השכירות אם נקבע במפורש בחוזה.
* **סיפא ס'3 מגדיר**: שכירות עד 5 שנים= שכירות; מעל 5 שנים= חכירה; מעל 25 שנים= חכירה לדורות.

בחוק השכירות והשאילה סימן ו' סעיפים שנועדו להגן על הזכות לתנאי מחייה נאותים וזכויות אחרות של השוכר. אלו סעיפים שפועלים לטובת שוכרים: מה ראוי למגורים, מה לא ראוי, פגמים וליקויים בדירות, מה קורה עם ערובות גבוהות מדי וכו'. אלו רשימה של הוראות קוגנטיות שמגינות על זכותו של השוכר.

### שכלול השכירות

ס'7 לחוק המקרקעין- צריך לרשום את הזכות כדי שתהא קניינית; ס'8 לחוק המקרקעין-עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

אולם, המחוקק לא רצה הסדרים אלו בנוגע לזכות השכירות, כי זו עסקה שכיחה יותר. לכן קבע חריגים:

ס' 79א לחוק המקרקעין- שכירות עד 5 שנים, **לא חייבת בכתב וברישום.**

ס' 79ב-אופציית הארכת השכירות נלקחת בחשבון **לצורך חישוב תקופת השכירות** לא משנה אם יש חובת רישום/כתב או אין.

ס' 152 לחוק הגנת הדייר- ישנו פטור מרישום עסקת שכירות עד לתקופה של 10 שנים בדירה או בית עסק (לא דיור מוגן).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תקופת השכירות (כולל אופציית הארכה)** | **רישום** | **כתב** |
| עד 5 שנים | X | X |
| 5 שנים ועד 10 שנים | X | V |
| מעל 10 שנים | V | V |

**באין רישום, המחוקק לא אומר מהו אקט הפומביות.** לכן תחול ברירת המחדל- שכלול באמצעות חזקה פיזית בנכס (לפי ס'33 לחוק המכר). למשל, קבלת מפתח.

**אולם,** לפי ס'79ג לחוק המקרקעין- אפשר **ששכלול** זכות השכירות בעסקה קצרת מועד **יהיה באמצעות רישום**, אם הצדדים הסכימו לכך (ואז זה מבטל את ברירת המחדל).

### עבירות זכות השכירות

המנגנונים **בחוק השכירות והשאילה** מסדירים היבטים שנוגעים לשכירויות (בכל סוגי הנכסים) שמשלימים לחוק המקרקעין, אם הצדדים לא קבעו את כל הפרטים בחוזה- חובות, בטוחות, אופן מסירת הדירה. קובע הוראות קוגנטיות כדי לשפר מעמד שוכרים.

ס' 21 לחוק השכירות והשאילה:זכות המשכיר

1. לאחר תפיסת חזקה/רישום (תלוי בחוזה) – זכות השכירות משתכללת **ותקפה כלפי כל העולם.**
2. **אם החוזה שותק בנוגע לאפשרות מכירת הנכס תוך** **שיש שוכר בנכס-** המשכיר רשאי לעשות זאת, אולם הבעלים החדש יהיה כפוף להסכם השכירות שקיים בין המשכיר המקורי לבין השוכר **עד סוף תקופת השכירות**.

ס' 22 לחוק השכירות והשאילה:זכות השוכר

אם המשכיר **מסכים**, השוכר יכול להעביר את **זכות השכירות** באחת מ-2 דרכים:(1) המחאת זכות- מכירת הזכות לשוכר חדש. השוכר הישן יוצא מהתמונה; (2) שכירות משנה/סאבלט- השוכר הישן שוכר בזכות שלו והופך למשכיר באמצעות "הסכם שכירות משנה". כך שיש שני הסכמים במקביל.

אם המשכיר **מסרב** או מתנה את הסכמתו **בטעמים בלתי סבירים:**

1. **אם קיימות בחוזה השכירות הגבלת עבירות אז אופן ההעברה תלוי בסוג הנכס** -

* במקרקעין- לביהמ"ש יהיה שק"ד האם לאשר את העברה ע"פ האמור בהסכם השכירות.
* במיטלטלין/זכויות-אי אפשר להעביר את השכירות בנכס.

1. **אם בחוזה השכירות אין הגבלת עבירות** -

* במקרקעין- יש הרשאה להעביר את הזכות לאחר. עשיית **דין עצמי** של השוכר, מבלי לפנות לביהמ"ש.
* במיטלטלין/זכויות*-*ניתן לפנות לביהמ"ש שיפעיל שק"ד בהתאם לנסיבות העניין.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| מצב בו המשכיר מסרב מטעמים בלתי סבירים | | |
|  | **מקרקעין** | **מטלטלין/זכויות** |
| **יש הגבלת עבירות בחוזה** | שק"ד בית המשפט | איסור עסקה |
| **אין הגבלת עבירות בחוזה (מקרה נדיר)** | סעד עצמי- ניתן לבצע את העסקה | שק"ד בית המשפט |

**מהם טעמים בלתי סבירים?** לרוב, ההתנגדויות של המשכיר תהיה סבירה ואז ביהמ"ש לא יחיל את ס' 22.

פס"ד הכשרת הישוב הישראלי בע"מ-בחינת סבירותה של הסירוב תהיה תלויה **בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.**

פס"ד אשגרום- **סוג הנכס** מהווה טעם סביר לסירוב.

רמ"י העניק לגורם ציבורי (ההסתדרות) פטור ממכרז בנכס בעל ייעוד ציבורי. ההסתדרות רצו להעביר את הנכס לידיים פרטיות. רמ"י התנגד להעברת הנכסים. ביהמ"ש: גם עמידה דווקנית יכולה להיות מוצדקת. מדובר בנכס לשימוש ציבורי והעברת הנכס לידיים פרטיות תשנה את הייעוד של סוג הנכס מציבורי לפרטי. מהווה טעם סביר.

פס"ד מדינת ישראל נ' וויס- **זהות השוכר** מהווה טעם סביר לסירוב + **נטל הוכחה** על השוכר.

וייס חוכרים בנכס בשטח ביה"ס שהוענק להם בהטבה מעצם היותם עובדי ביה"ס. הם רצו להעביר את זכות החכירה שלהם בנכס לאחרים, שהם לא עובדי ביה"ס. החוזה הגביל את האפשרות ולכן וייס פנו לביה"ס והם סירבו. הגישו תביעה. ביהמ"ש: **נטל ההוכחה הוא של השוכר**. עליו להוכיח שהסירוב של המשכיר הוא **"סירוב חסר טעם הוגן וממשי".** הטעם יהיה תלוי בנסיבות בכל מקרה ומקרה. במקרה דנן, **ההתנגדות מוצדקת**. יש הגיון מאחורי התנייה רוצים לשמר את הקרקע לצורכי ביה"ס כך שרק המורים יגורו בו. ולא להעביר לזרים. לכן, ההתנגדות סבירה ומותרת.

פס"ד בנק הפועלים- **טעמים כלכליים** מהווים טעם סביר.

שוכר רצה להעביר את השכירות שלו. אולם, המשכיר התנגד בגלל שהשוכר לא עמד בתשלומיו. ביהמ"ש: מאחר שהשוכר הפר את חוזה השכירות, הסירוב סביר. לא ניתן לו את הכוח להעביר את זכות השכירות לאחר.

הרחבה: חשוב לבחון בכל מצב את הנסיבות ולראות על בסיס מה המשכיר התנגד

**התנגדויות מטעמים כלכליים היא לגיטימית**. אולם צריך להראות שיש ידע ממשי כלפי האדם. לא רק חשד. כגון- לשוכר החדש אין עבודה מסודרת, הוא נראה מפוקפק, רקע עברייני, נראה שלא מסוגל לתת בטוחה או לשלם את חובותיו.

**טעמים בלתי סבירים** עשויים להיות על בסיס דת, נטייה מינית, לאום, וכל סיבה מוכרת לאפליה.

## **הבחנה בין בעלות לשכירות**

### במקרקעין

* **חכירה לדורות** = שכירות מעל 25 שנים לפי ס'3 לחוק המקרקעין.

היסטורית, חוק יסוד מקרקעי ישראל **אוסר על העברת הבעלות בקרקעות המדינה לצמיתות**. ולכן, 93% בבעלות מדינתית ולא בבעלות פרטית. **מעשית**- רכישת נכס מקבלן תהיה רק ע"י חכירה לדורות (שכירות). **מהותית**- זכויות החכירה הן לתקופות זמן ארוכות מאוד (49 שנים עם אופציה לחידוש לעוד 49 שנים).

פס"ד לוסטינג- מחדד את המתח **מתי מהות העסקה** היא בעלות על אף שההסכם מכונה "חכירה לדורות".

האינדיקציות המרכזיות לבחינת מהות העסקה (אם שכירות או בעלות) הן:

1. המחיר של העסקה (לעומת מחיר החלקה בשוק חופשי).
2. משך זמן ההשכרה בפועל (חכירה לדורות לכמעט אלף שנים ולחידוש של עוד אלף שנים זה נחשב לנצח).
3. תנאי ההסכם (הם קבעו כי "השוכר רשאי לנהגו בנכס מנהג בעלים").

**כל אלו מעידים על כך שהצדדים התכוונו להעברת בעלות. ולא לשכירות.**

פס"ד בסו נ' מלאך- מהות ההסכם של חכירה לדורות מבחינה מעשית היא בעלות. **נוסח החוזים לא מותיר כל הבדל בין השתיים ולכן חידוש החוזה הוא רק פורמאלי.** שהרי אף אחד לא מפנה אותך בסיום העסקה.

ישנם שני סוגים של חכירה לדורות:

|  |  |
| --- | --- |
| **מגזר עירוני** | **מגזר חקלאי** |
| **העלות גבוהה**- הם משלמים את הערך הריאלי על הנכס ללא הנחות.כאילו רוכשים בעלות. | חוכרים את הנכס **בתשלום נמוך**- יש להם הנחות והטבות, מתוך הכרה לתרומה של פיתוח החקלאות במדינה |
| מקבלים זכויות חכירה **מוגברות,** עבירות גבוהה | זכויות חלשות (חוזה "בר רשות" מעניק זכות חוזית/אישית של רישיון במקרקעין), **העבירות מוגבלת**  \*לא זכות קניינית. |

הרפורמה בשנת 2009 **הפסיקה את המשטר של חכירה לדורות** **במגזר העירוני**. כך שבתום תקופת החכירה, החוכר ירשם כבעלים! מאחר שברור שהייתה כוונה להעביר את הנכס. וכך עד היום, ניתן להעביר בעלות על הנכס (לא חל במגזר החקלאי).

### במיטלטלין

בעיית ההבחנה בין בעלות לשכירות בעיקר עולה בעסקאות **ליסינג מימוני.**

ליסינג היא עסקת השכרה- חברת הליסינג (המממן) רוכשת ציוד = היא הבעלים 🡨 היא משכירה את הציוד למשתמש, בתמורה ל"דמי שכירות". בסוף תקופת השכירות ניתנת למשתמש זכות לרכוש את הנכס בתמורה מינימלית. פורמלית אין חוזה בין הספק לבין המשתמש.

* למה אנשים רוצים לרכוש ליסינג?
* **תקציב-** כאשר לרוכש אין יכולת לממן את רכישת הנכס מכספו והוא **לא** **יכול ליטול הלוואה** רגילה בשוק האשראי. אז הוא פונה לחברת ליסינג שמשכירה לו את הנכס.
* **שיקולי מס**- בעסקת ליסינג יש יתרונות מיסוי- לא תמוסה כעסקת מכר ולא כעסקת הלוואה, היתרון הגדול שבה- מי שמקבל את הנכס יכול לנכות את התשלומים התקופתיים **כהוצאה מוכרת**.
* **שיקול עסקי**- העסקה מעוצבת כך שתנטרל את **אי הוודאות** בנוגע לכדאיות רכישת הנכס.
* מצד חברות הליסינג - **לחמוק מהשיעבוד.** על מנת שחוק המשכון לא יחול, אלא חוק השכירות והשאילה.
* 2 סוגים לסיווג עסקאות ליסינג:

1. **סיווג פורמאלי =** העסקה תיחשב לשכירות **ללא קשר למהותה**.ליסינג תפעולי: במקרה כזה חברת הליסינג נחשבת בעלים והמשתמש הוא השוכר.
2. **סיווג מהותי= העסקה תסווג לפי מהותה**. ליסינג ממוני:עסקת אשראי (מכר והלוואה).המשתמש הוא הבעלים ואילו חברת הליסינג מקבלת משכון (שעבוד) על הציוד שנרכש. משתמשים ב"שכירות" כדי לשמש בטוחה לחברת הליסינג, ולכן מבחינה מהותית **מדובר במכירה עם משכון.**

ס' 2(ב) לחוק המשכון- "הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה אשר יהא".

פס"ד טיפול שורש- פועלים ליסינג רכשה ע"פ בקשתה של טיפול שורש ציוד רפואי מספק למרפאת שיניים והשכירה אותו לטיפול שורש לתקופה של 10 שנים. הפועלים גבתה ריבית גבוהה מאוד. טיפול שורש טענה כי המהות האמיתית היא עסקת **מכר** (דמי השכירות שיקפו החזר של **השווי האמיתי** שלהציוד) **והלוואה** (נלווה לתשלום דמי השכירות **ריבית והצמדה**). כלומר מדובר ב**ליסינג ממוני**. ולכן, הוראות חוק הריבית צריכות לחול (כמו שחלות על כל הלוואה). ודורשת מהפועלים את הפרשי הריביות שאסור היה לה לגבות על ההלוואות. פועלים ליסינג טוענת שמדובר בעסקת שכירות ולכן אין הגבלה על דמי השכירות. ביהמ"ש: **לצורך בחינת חוק הריבית יש לעשות בחינה מהותית ואין להסתפק בסיווגים פורמליים**.

ביהמ"ש קובע שיקולים שיש לבחון כדי להכריע מהי מהות העסקה:

1. **היחס בין התשלום התקופתי לשווי השוק של דמי השכירות בנכס**- לנכסים יש שוק שכירויות, אם התשלום התקופתי דומה לגובה השכירות בשוק על אותו סוג נכס, נגיד שזו עסקת שכירות.
2. **היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין צירוף זרם התשלומים התקופתיים ע"פ הסכם הליסינג**- זו בדיקה של השווי הכולל (ולא התקופתי). במילים אחרות, יש לסכום את כל זרם התשלומים התקופתיים, אם כל אלה מגיעים לשווי השוק של הנכס זה יחזק את הטענה שמדובר בליסינג מימוני שכמוהו כמכירה.
3. **קיומה של אופציית רכישה בסוף התקופה וגובה התשלום לביצועה**- ככל שהאופציה קיימת וערכה מינימלית זה יצביע על אופי העסקה כעסקת מכר ולהפך.
4. **מספר הצדדים לעסקה–** נוכחות גורם מממן (בין בעל הנכס לשוכר הנכס) מחזקת את ההשערה שמדובר בליסינג מימוני.
5. **הרקע או השיקולים** לכניסה להסכם-מהם הסיבות שהביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג.
6. **הכוחות המשפטיים** שניתנו לשוכר ביחס לנכס, אל מול הכוחות שישארו בידי המשכיר. אם הוא רשאי לעשות "כמנהג בעלים" ניטה לראות בכך מכר (פס"ד לוסטיג).
7. **סוג החברה**- חברת הליסינג הממוני משכירה את הנכס פעם אחת בלבד. היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בדר"כ, הנכס עובר ישירות מהספק למשתמש במחיר סמלי. לעומת זאת, חברת הליסינג התפעולי משכירה את הרכב מס' פעמים ללקוחות שונים. לכן לא תמכור אותו.
8. **אופציית יציאה**- בליסינג מימוני לא ניתן לצאת באמצע החוזה, משום שדמי השכירות משמשים לפירעון ההלוואה שמימנה את רכישת הנכס. לעומת ליסינג תפעולי שמאפשר לעצור את העסקה בכל רגע.

ההסכם קבע: 1) שכירות ל10 שנים היא יותר מאשר אורך חיי הנכס. 2) סך דמי השכירות משקף את מחיר הנכס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. 3) אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס עבור 1% ממחירו.

ביהמ"ש פסק: מדובר בעסקת **ליסינג ממוני** = **מכר +הלוואה** שכפופה לחוק הריבית שקובע תקרת ריבית מקסימאלית להלוואה צמודה למדד.

## **זכות השאילה**

ס' 26 לחוק השכירות והשאילה: זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו **שלא בתמורה.**

ס' 27 לחוק השכירות והשאילה קובע שרוב הוראות החוק שעוסקות בשכירות חלות גם על שאילה.

אך בגלל שמדובר **בעסקת חסד בלי תמורה**, החוק שולל הרבה זכויות מהשואל (יש לו כוח מוגבל ביחס למשכיר).

דוגמאות: לחוק השכירות והשאילה

* ס'28 - **שלילת תרופות.** לא ניתן לתבוע אם שללו לך את זכות השאילה.
* ס'29- **סיום השאילה**. המשאיל יכול לסיים את העסקה מתי שרוצה. מערך כוחות שונה מהשכרה.
* ס'30- **לא ניתן להעביר את זכות השאילה**. בשונה מס' 22 לחוק השכירות (העברת זכות השכירות בתנאים מסויימים).

לכן, אמנם לשואל יש זכות קניינית (שימוש ואחזקה), אך היא חלשה יותר מהשכירות.

## **זיקת הנאה**

**זיקת הנאה** חלשה ומוגבלת יותר מהשכירות. *\*לא נדרשת תמורה ביסודות הזכות לקבלת הזכאות*\*

ס' 5 לחוק המקרקעין:זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם**.**

* **ישנם 4 סוגים של זיקות הנאה**: (רשימה סגורה! אין עוד).
* ס' 93א(1): מי שהזיקה ניתנה לטובתו, **זכאי לשימוש** מסויים במקרקעין הכפופים לזיקה.
* ס' 93א(2): בעל המקרקעין **הכפופים** מתחייב **להימנע מביצוע פעולה מסוימת** במקרקעין שלו. מי שזיקת ההנאה היא לטובתו- מקבל יתרון על פני בעל המקרקעין.
* ס' 93(ב): בעל המקרקעין **הכפופים** מתחייב **לבצע פעולה מסוימת** במקרקעין הכפופים. למשל, התחייבות לתחזק את הגדר שמפרידה בין החלקה שלו לחלקה של השכן (מי שזיקת ההנאה לטובתו).
* ס' 93(ב): בעל המקרקעין הכפופיםמתחייב **שלא למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים**. למשל, שלילת הזכות למנוע רעש במקרקעין הזכאים.
* **דרכי היווצרות זיקת הנאה:**

1. מכוח הסכם– זיקת הנאה הנוצרת מכוח הסכם **חייבת ברישום** (מכוח ס' 7), ללא רישום מדובר בזכות חוזית. קובעים את תוכן הזכות (לפי 4 הסוגים), ואת משך התקופה אם מוגבלת או לצמיתות.
2. מכוח דין-צוואה, פס"ד, מעשה מנהלי.
3. מחמת כורח-כורח פיזי המחייב את הענקת זיקת ההנאה כדי לאפשר לאחר לממש את זכותו. למשל מתאפשרת הגישה למקרקעין אחד רק דרך מקרקעין אחר.
4. מכוח שנים **–** ס' 94 לחוק המקרקעיןהזכות הקניינית נוצרת מכוח השימוש הממושך אפילו ללא רישום (**זכאי** לרשום, אך **לא** חייב), בהתקיים: (1) שימוש בזכות מסוג אחד מהרשימה; (2)במשך 30 שנים רצופות (3)השימוש היה גלוי וחשוף לבעל המקרקעין הכפופים, והוא לא הביע התנגדות בכתב (לרבות הודעה לציבור). אם כן- התקופה נמחקת ומתחילים מחדש. חריג לפי ס'113(ג):אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור. **חל רק על אדמות פרטיות.**

* **תוקף הזכות:** ס' 96 קובע שאם לא הוסכם אחרת, זיקת ההנאה היא **לתקופה בלתי מוגבלת.** ביהמ"ש רשאי לבטל את זיקת ההנאה מהסיבות הבאות: (1) אי-הפעלת הזיקה; (2) חל שינוי בנסיבות השימוש בזיקה; (3) שינוי שחל במקרקעין הכפופים\הזכאים;ביהמ"ש רשאי לתת פיצוי למי שנגרם נזק כתוצאה מביטול\שינוי הזיקה.
* **עבירות:** ס' 95
* בזיקת הנאה לטובת אדם\סוג בני אדם, בעלי הזיקה רשאים להעביר את זכותם רק בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים.
* זיקת הנאה לטובת מקרקעין אינה ניתנת להעברה כלל.

## **זכות קדימה**

**זכות קדימה** = זכות סירוב ראשונה, קיימת רק במקרקעין.

**מכוח מה נוצרת זכות קדימה**?

1. *הסכם* (ס' 99)- בדרך כלל הסכמים אלו נוצרים בשל כדאיות כלכלית. רק בעלי המקרקעין או **חוכרים לדורות** רשומים רשאים לבצע עסקה זו (ס' 106). לאחר שנחתם ההסכם, יש לשכלל את הזכות ע"י רישום במרשם המקרקעין (ס'7).
2. *דין* - המחוקק יצר זכויות קדימה קנייניות סטטוטוריות.
3. **זכות קדימה בין יורשים** (ס' 100): בכלמקרקעין של משק חקלאי שעובר בירושה (מכוח חוק/צוואה) ישנה זכות קדימה של יורשים על פני זרים.
   * + - מתוך אינטרס חברתי- המשפחה קשורה אליו יותר מאשר זרים (הם עיבדו אותו במשך שנים).
       - לא נדרש רישום הזכות בשנתיים הראשונות לאחר חלוף שנתיים, נדרש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין.
4. **זכות קדימה בין בני זוג** (ס' 101): במקרקעין הנמצא בבעלות משותפת של בני זוג שהינו משק חקלאי, בית עסק או דירה המשמשת להם מגורים, **בן הזוג צריך תחילה להציע את חלקו בנכס לבן הזוג השני**, ורק אם סירב להצעה- יוכל להציע לאחר. לא נדרש רישום.

**פרוצדורת הרכישה**:

* ס'102- קובע כיצד ממשמשים את הזכות, הן מכח הדין והן מכח הסכם, אלא אם בהסכם נקבע אחרת.
* ס' 103- כאשר בעל זכות קדימה מסרב לרכוש את הקרקע, בעלי הקרקע **לא** יוכל להציע **מחיר נמוך יותר**, במשך חצי שנה.

**אי תחולה על מתנה:** ס' 104: הזכות מתניידת למקבל המתנה וכשהוא ירצה למכור, אז זכות הקדימה תיכנס לפעול, והוא יצטרך להציע למי שיש לו את זכות הקדימה. הטריגר- רק בעסקאות עם תמורה.

## **זכות המשכון/שעבודים**

ס'1(א) לחוק המשכון: "משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב". הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

השיעבוד נוצר בחוזה. ניתן **לשכלל** אותו באמצעות: 1) מסירה פיזית (בעיקר ביהלומים), אך פחות נפוץ. 2) **רישום.**

לשעבוד\משכון של נכס יש 3 יסודות **(**חשין בפס"ד קידוחי הצפון):

1. החייב חב **חיוב** כלשהו לנושה.
2. החייב מכפיף, **משעבד**, נכס כערובה לקיומו של החיוב – הפיכת הזכות לבעלת "אופי" קנייני.
3. השעבוד משמיע **אפשרות להיפרע** מהנכס עצמו.

יתרונות של מוסד המשכון:

1. **לנושים**- (א) זכות להיפרע מהנכס עצמו. (ב) זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים.
2. **לחייב**- תנאי עסקה טובים יותר משום שהנושה מקטין את הסיכוי שלא ייפרע. למשל, ריבית נמוכה.
3. **לחברה בכללותה**- תמריץ לעסקאות מועילות.

סדר הפירעון ממחיש את היתרון של השיעבוד (למי הזכות להיפרע קודם):

1. **שסל"ן** - שעבוד ספציפי לרכישת אותו נכס שהגורם המממן סייע לרכוש.
2. **שעבוד ספציפי**-מוטל על נכס ספציפי, אך לא נכס שהנושה סייע ברכישתו.
3. **שכר עבודה ופיצויי פיטורין**- העובדים יכולים לפרוע את שכרם לאחר המשעבדים.
4. **רשויות המס ודמי שכירות על הנכס**- מדינת ישראל דואגת לעצמה.
5. **שעבוד צף**-קיים רק ביחס לחברות. "צף" כי לא משעבדים נכס ספציפי, אלא על מצבת הנכסים של החברה.
   * + - לחברה- מאפשר את היכולת לקיים פעילות עיסקית. כי רק במצב שהיא לא עומדת בחיוב, השיעבוד נוחת על מה שהוא תופס. אבל עד אז יהיו נכסים שיצאו ממצבת הנכסים, וחדשים שיכנסו.
       - לנושים- מאפשר ביטחון מול חברה שעוסקת במכירת מלאי. **במצב של חדלות פירעון**- נותן קדימות על נושים לא מובטחים.אולם, לא מבטיח שלחברה יהיה מספיק נכסים כדי לפרוע את החוב, כי הוא במקום 5.
6. **נושים לא מובטחים**- ספקים, אין להם בטוחות (שעבוד) לטובתם. אחרונים בתור.

### הסוואת משכון

* אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?

ס' 2(ב) לחוק המשכון יש להתחקות אחר המהות האמיתית של העיסקה, ללא קשר לכותרת שנותנים לה הצדדים.

**עסקאות קונסיגנציה**=חוזה הכולל תניית שימור בעלות. הבעלות נשארת אצל המוכר עד שהקונה מצליח 'להיפטר' מכל הסחורה.המטרה של עסקאות אלו לאפשר לקונה להיכנס לעסקה גם אם יש לו חשש שלא יצליח למכור את הסחורה.

**הטעמים להבניית העסקה בצורה של שימור בעלות (במקום עסקת משכון)**:

* מנוקדת המבט של המוכר, הוא עוקף הוראות קוגנטיות של חוק המשכון כגון הצורך ברישום המשכון וגורם שמפקח על דרכי המימוש. בכך, הוא מקנה לעצמו עדיפות על פני שאר הנושים.
* מנקודת מבט של הקונה- משכון פוגע באינטרסים הכלכליים של חברות, כך שעם חוזה כזה, המצב של החברה נראה יותר טוב, מעודד צדדים שלישיים לעשות איתה עיסקאות.

פס"ד קולומבו-בין חברת הצעצועים קולמבו והחנות מאמא יוקרו נחתם חוזה מכר על צעצועים, מאחר שקולמבו ידעו שיוקרו בקשיים כלכלים הם קבעו תנית שימור בחוזה (=עסקת קונסיגנציה). יוקרו נכנסה לחדלות פירעון. קולומבו טוענים שכיוון שזו הייתה עסקה עם תניית שימור בעלות, הסחורה עדיין שלהם. **השאלה שעלתה היא האם עסקת הקונסיגנציה היא עסקת מכר שבמהותה נועדה להסוות משכון?**

* קולומבו המוכרת: יש לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה זאת מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין. הם קבעו דרך אחרת להעברת הבעלות (מכוח ס'33 לחוק המכר) ועל כן, מאחר שמאמא יוקרו טרם שילמה את מלוא תמורת הסחורה, פורמאלית הסחורה עדיין בבעלות קולמבו.
* טענות כונס הנכסים: לא מדובר בתניית שימור בעלות אלא **בהסוואת משכון**. העסקה מורכבת מ-2: מכר והלוואה עם שעבוד , כדי להבטיח את החזר החוב.

ביהמ"ש: קבע ב2 הערכאות שזו עסקת מכר עם שעבוד כערובה לחיוב. ולכן לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון יש להחיל את חוק המשכון על העסקה ומאחר והשעבוד לא נרשם (ס'178 לפק' החברות), הוא מהווה התחייבות חוזית ולא מקנה עדיפות לקולומבו על פני נושים אחרים.

* **השופט וינוגרד במחוזי**- בוחן את היסטוריית העסקאות בין הצדדים- **מעולם לא עשו עסקאות קונסינגציה**, אלא רק עסקאות מכר. כמו-כן, נעזר ב2 אינדיקציות, שלטענתו מעידות שמדובר בעסקת מכר+ משכון ולא עסקת קונסיגנציה: (א) קולומבו הוציאה חשבונית מס על העסקה, כמו שעושים בעסקת מכר. (2)מאמא יוקרו לא דיווחה באופן שותף לקולמבו בעת מכירת הסחורה כפי שנהוג בעסקאות קונסיגנציה.
* **השופט בך בעליון**- מסתכל על נסיבות כריתת החוזה ובוחן **מה היה המניע להסכם בין הצדדים**. המניע לעסקה קוסניגנציה אמיתית הוא החשש הנובע מאי וודאות בנוגע להיקף המכירה של הקונה. אולם לדעת בך המניע כאן לא היה מהצד של הקונה, אלא מהמוכרת- קולומבו ידעה שמאמא יוקרו במצב כלכלי קשה, לכן **המניע שלה היה כדי לשמור על זכות הבעלות שלה בסחורה.** היא רצתה להבטיח לעצמה עדיפות על פני נושים אחרים במצב שמאמא יוקרו תגיע לחדלות פירעון.

**הלכה:** יש לדבוק בכוונה האמיתית של הצדדים ולא רק בלשון העיסקה. **נתפסת כהלכה ראויה, מעדיפה מהות על פני צורה.**

פס"ד קידוחי הצפון-השופט לוין רומז שלפי הלכת קולומבו, כל תניית שימור בעלות תהיה חשודה. לכן מבטל את ההלכה וקובע כברירת מחדל, שבהעדר טעמים מיוחדים לסתור, **יש לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה.** דהיינו, **ככלל הן תקפות,** אלא אם יוכח אחרת.

מרים: לוין כנראה לא הבין את ההלכה, אין בקולומבו אמירה שרומזת על כך! הנסיבות הספציפיות הן אלה שגרמו לשופט בך לחשוד בתנייה. הלכה ראויה יותר לא הייתה קובעת תנאי גורף, כי תמיד המהות האמיתית צריכה לגבור.

**מה הרציונליים להלכת קידוחי הצפון?**

1. חופש החוזים: עסקת מכר הכוללת תניית שימור בעלות היא עסקה אמיתית, מוצדקת והגיונית מבחינה כלכלית. אין הצדקה להתערב באוטונומיית הרצון של הצדדים לעסקה ולכתוב עבורם חוזה חדש או ליצוק לתוכו משמעויות שלא התכוונו אליהן. (ס' 33 לחוק המכר).
2. כיבוד התנייה לא פוגע באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים לפירעון החוב: 1) ממילא צדדים שלישיים לא יכולים להסתמך על כך שעצם זה שהקונה מחזיק בנכס אומר שהוא הבעלים, הוא יכול לשכור בנכס או לשאול אותו. 2)גם אם נושה יניח שהקונה הוא הבעלים בנכס, תניית שימור הבעלות לא מונעת ממנו למכור אותו (ההפך, זה ייעודה).
3. רציונליים מעשיים-מסחריים:
4. **מסחר עולמי**- רוב מדינות העולם מכירות בה, אם לא נכיר זה יפגע בקשרי מסחר איתם.
5. **פיתרון פשוט**- אם לא נכיר בה, הספקים יצטרכו לרשום שיעבוד על המלאי העיסקי שהם מספקים עם כל קונה. זה לא מעשי וכרוך בעלויות גבוהות. (שעבוד צף אינו רלוונטי כי הוא חל רק על חברות).
6. **מוזיל עלויות**- לולא התנייה, ספקים יגבו בטוחות גבוהות כנגד הספקת סחורה באשראי,דבר שייקר את הסחורה.
7. איזון בין הנושים: צריך לתת פרשנות מצמצמת לס'2(ב) לחוק המשכון, ולהחילו רק במקום שברור שמדובר בהסוואת משכון, אחרת נעדיף באופן לא הוגן את הנושים של הקונה, על פני נושי הספק.

**המסקנה**: צריך לכבד מאוד תניות שימור בעלות

**טעמים לסתור, מהם?** לוין קובע שכאשר מדובר בתניית שימור בעלות שאין בה כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית מדובר בתניית שימור בעלות מלאכותיתשתכליתה היחידה היא הסוואת משכון וניתן לא להכיר בה.

איך נדע מעשית מתי התנייה מלאכותית ?

1. **סובייקטיבית**- לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים, על מה הם הסכימו.
2. **אובייקטיבית**- מסתכלים על ההסכמה בעיניים ביקורתיות כדי לבחון את המהות האמיתית שלה, אם היא עסקת משכון (הקניית עדיפות על פני נושים אחרים). מבלי להתחשב בכינויה ע"י הצדדים.

**הביקורת המרכזית על הלכת קידוחי הצפון**: לוין העדיף את הכינוי של הצדדים לעסקה, על פני המהות האמיתית שלה. אמנם השאיר פתח לחריגים באמצעות כללי הפרשנות, אולם הם לא ברורים מספיק.

* **על הקושי להשלים עם קידוחי הצפון**

הערכאות הנמוכות לא השלימו עם ההלכה וניסו להחזיר את הלכת קולומבו בדלת האחורית. **הפסיקה במחוזי מנסה לפרש את הלכת קידוחי הצפון בצמצום**; דרך אחת, היא לקבוע שתניית שימור הבעלות כלל לא הייתה בהסכם בין הצדדים. דרך שנייה, היא ע"י פרשנות תכליתית לתנית שימור הבעלות, רוב הפעמים המסקנה תהיה שתניית שימור הבעלות היא רק למראית עין.

לב אופיר- לב אופיר סיפקה לשוסטרמן פנסי רחוב ובחשבונית המס שהופקה ע"י לב אופיר, הופיעה תניית בעלות. שוסטרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש כונס נכסים. לב אופיר פירקה את הפנסים ולקחה אותם לחזקתה. בית המשפט אמר שלפי הלכת קידוחי צפון יש לבחון את ההסכמה בין הצדדים; תניית שימור הבעלות הופיעה על החשבונית בלבד ולא בהסכם או בתעודות משלוח, לכן היא לא חלק מההסכמות בין הצדדים.

הלכה: יש להסתכל על פרטי ההסכם בלבד. אם התנייה לא כלולה בו- אין לה תוקף.

טכנוטייר בע"מ נ' אלי פריזאת: סייג ללב אופיר. ניתן להסתפק רק בחשבוניתבעסקאות מזדמנות (מהירות/קטנות) גם בהעדר הסכם כתוב המורה על כך.

תרמועוז: תרמועוז מכרה מכונות לשף הים, וקבעה תניית שימור בעלות. לאחר תשלום חלק מהתמורה, נקלעה שף הים לכינוס נכסים ולא שילמה את השאר. תרמועוז טענה כי יש לקיים את תניית שימור הבעלות שבהסכם המכר ולקבוע שהמכונות בבעלותה. בית המשפט קובע שמדובר בתנית שימור בעלות מלאכותית. וקובע 3 מבחנים יותר מנחים (מאשר קידוחי הצפון) לקביעת מהות העסקה:

* מבחן הפיקוח והזיקה- אינדיקציה למידת האכפתיות של הבעלים כלפי הנכסים, ליצירת וודאות עבורו. נשאל האם המוכר שמר על זיקה לנכס (עפ"י הוראות ההסכם וגם הלכה למעשה)? האם הופעל מנגנון פיקוח כלשהו על המכונות? האם הרוכש היה מחויב להגיש דו"ח תקופתי על מצב הנכס?
* מבחן הרישום החשבונאי- כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלהם? האם הוציאו את הנכס ממצבת הנכסים?
* מבחן יחסי הכוחות- איזה כוחות ניתנו לקונה ביחס לנכס בהשוואה לכוחות שנשארו בידי המוכר.

**למה כ"כ קשה להשלים עם הלכת קידוחי הצפון?**

1. פוגע בעקרון השוויון בין הנושים (מעדיפים אחד על פני האחר רק בגלל תנייה חוזית).
2. זה יפגע בסיכויי השיקום של חברה חדלת פרעון.
3. עשוי להרתיע משקיעים מוסדיים ממתן אשראי לחברות.

פס"ד ויטה פרי גליל- שתי ההלכות יכולות לחיות זו עם זו. מנסה ליצור איזון בין **דיני החוזים** שנותנים תוקף למה שהצדדים קבעו, לעיתים במטרה להבריח נכסים, לבין **דיני חדלות פירעון** ששומרים על הנושים, כדי שלא תפגע אפשרותם להיפרע מהנכסים במצד של חדלות פירעון.

2 אינדיקציות לקביעה אם התנייה אמיתית או לא: (מיישם את קביעות המחוזי, נותן תוקף למבחנים)

1. **מבחן מהותי**- ביסוסה של התנייה **בהסכם כתוב ומפורש** שמתעד את הסכמות הצדדים. לא נסתמך על חשבונית. בנסיבות שיש יחסים נמשכים בין הספק (המוכר) לבין הקונה.
2. **קיומם של** **מנגנוני פיקוח ושליטה** **של המוכר** **על אותה סחורה שהוא מוכר**- אינדיקציה למידת האכפתיות ולשימור הזיקה של הבעלים כלפי הנכס. (יישום פס"ד לב אופיר, טרמועוז).

אם המבחנים מתקיימים, ביהמ"ש ייטה לקבוע תוקף לתניית שימור הבעלות. זו ההלכה הרווחת כיום.

### שכלול המשכון

* ס' 4(1) לחוק המשכון: **כוחו של המשכון** כלפי נושים אחרים של החייב יהיה יפה בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה – בהתאם לאותן הוראות;
  + - 1. **מקרקעין**- ס'7 לחוק המקרקעין – בכל הנוגע למשכון של מקרקעין, צריך לרשום את המשכנתא (שיעבוד מקרקעין) ברשם המקרקעין. לא משנה לטובת מי. כך, שלמרות שלפי ס'178-179 לפק' החברות- כל שיעבוד של חברה ירשם ברשם החברות, (תוך 21 יום) ואם לא נרשמים שם- אין לו תוקף - **אם חברה משעבדת מקרקעין** 🡨 זה רק **ברשם המקרקעין!** לא רשם החברות.אם המשכון לא נרשמת וידעת על המשכון- **לא כפוף לשעבוד.**
      2. **נכסי מטלטלין**– ס'4(2) לחוק המשכון **הפקדת משכון**: הנכס מופקד אצל הנושה כבטוחה. בעת המסירה, המשכון תקף כלפי צדדים אחרים (משתכלל). חיסרון: החייב לא יכול להשתמש בנכס. לדוג'- יהלומים מופקדים בכספת בבנק.
      3. **מטלטלין שלא הופקדו וזכויות**– ס' 4(3) לחוק המשכון: צריך לרשום את המשכון **ברשם המשכונות.** אך אם המשכון לא נרשם ואדם ידע או היה עליו לדעת על השעבוד- עדיין יהיה **כפוף לו.**
      * **חריג לעיקרון הפומביות** המשכון יהיה תקף גם רק עפ"י ידיעה בכוח או בפועל.

חיסרון לשעבוד:

**תקנת שוק במטלטלין** ס'34 לחוק המכר- מצב בו אדם קונה נכס מאדם העוסק במכירת נכסים מסוג זה, בתנאים של שוק פתוח, הבעלות על הנכס עוברת לקונה גם אם היה שיעבוד על הנכס. וכן גם אם יש תנאי שימור בעלות, התניה לא תקפה כלפי הקונה. הנכס **נקנה נקי מכל שיעבוד**.

* **עוקף את עיקרון העקיבה והעדיפות**- מה שמקנה לשיעבוד את היתרון שלו.

**משכון נוסף** ס' 6 לחוק המשכון- "בהיעדר התנאה בין החייב והנושה הראשון – ניתן לרשום משכון נוסף". כלומר, החיסרון בשיעבוד דרגה שנייה: הנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שהנושה הראשון ייפרע ממנו.

למה שהנושה שני יסכים לכך? (בדר"כ החוזה לא מאפשר לשעבד את הנכס פעם נוספת, אלא בהסכמת הנושה הראשון)

1. הנושה השני מעדיף להיות נושה מבוטח מאשר נושה לא מבוטח (רק עם זכות חוזית).
2. אם שווי הנכס המשועבד עולה בהרבה על גובה החוב לנושה הראשון.
3. כשמועד הפירעון של החיוב הראשון קרוב, והסבירות שייפרע גבוהה מאוד.
4. כשנושה מוכן ליטול סיכון- יבוא לידי ביטוי בריבית גבוהה.

# **המשטר הקנייני בישראל**

**רקע לאיסור בחוק היסוד**

* ס'1 לחו"י מקרקעי ישראל קובע איסור העברת בעלות במקרקעי מדינת ישראל.
* החששות שהיו ברקע לאיסור העברת הבעלות לידיים פרטיות:

**חשש ביטחוני**- לאור היסטוריית רוויית המלחמות, ישנו חשש שגורמים עוינים ינסו להשתלט על המדינה.

**כשלי שוק**- ההנחה היא ששליטה מדינתית תמנע ספסרות ביחס לרכישה ומכירה של מקרקעין.

**לשמור על הקשר עם יהודי התפוצות**- על מנת שהקרקעות יהיו בבעלות לאומית.

* מקרקעי ישראל (93%) הם משלושה סוגים:

1. **רשות מקרקעי ישראל**- גוף של המדינה. לפי חוק נכסי המדינה, שיש שטח מקרקעין ללא בעלים- הבעלות עוברת למדינת ישראל (גם שטח ללא יורשים). רשות מקרקעי ישראל פועלת מכוח חוק רשות מקרקעי ישראל תש"כ 1960.
2. **קק"ל-** גוף פרטי, מחזיקה ב-13% מקרקעות המדינה (מרבית הקרקעות הן חקלאיות) והמדינה מנהלת אותן תורת תשלום.
   * + - קק"ל מגבילה את הקצאת הקרקעות במכרזים שלה, רק לאוכלוסייה היהודית. **הגישו עתירה ב2004** נגד מנהל מקרקעי ישראל ונגד קק"ל לבטל את הדרישה. **ב2009** המדינה וקק"ל חתמו על **הסכם** **עקרונות לחילופי קרקעות**, קק"ל החליפה את הקרקעות שלה שמיועדות למגורים שחייבים להפעיל בהן שוויון, בתמורה לקרקעות באזורים עם פחות ביקוש, כדי שתוכל להמשיך בפרקטיקות שלה. מרים: אם יעלה שוב- אין ספק שיבטלו את המגבלה במכרז שלה, ויקבעו שהיא לא חוקתית. יתפסו את קק"ל כגוף דו מהותי שכפוף לעקרונות השוויון.
3. **רשות הפיתוח**- הרשות הוסמכה בחוק (חוק רשות הפיתוח) לרכוש נכסים, לפתחם ולמוכרם. המקרקעין שהגיעו לרשות הפיתוח, הגיעו בעיקר מ-2 מקורות:
4. מקרקעין מכוח חוק רכישת מקרקעין- אישור פעולות ופיצויים שאיפשר לרשות הפיתוח להפקיע ולהקנות לה מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בנק' זמן מסוימת ב1952. מכוח חוק זה הוקנו לרשות הפיתוח 1,200,000 דונמים. החוק קבע גם פיצוי לבעלים של המקרקעין שנעלמו.
5. חוק נכסי נפקדים- חוק מ1950, ע"פ החוק הזה הוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, מקרקעין של נפקדים כהגדרתם בחוק. ב1953 האפוטרופוס עשה הסכם עם רשות הפיתוח, שהקנה לה את כל מקרקעי הנפקדים שהיו בידיו של ושיהיו לו בעתיד.

\*מבחינה טכנית, בנסח טאבו הנוגע לקרקע ששייכות למדינה, ניתן לראות בסעיף הבעלות את אחד משלושת הגופים האלו. מבחינה עקרונית מי שמנהל את כל הנכסים של המדינה זה **רשות מקרקעי ישראל.**

* ס'2 לחוק היסוד מחריג מקרקעין ועסקאות שהחוק מאפשר העברת הבעלות בהן. ס'2 ל'חוק מקרקעי ישראל' מ-1960, ממלא בתוכן את ס' לחוק היסוד וקובע 7 מצבים בהם תיתן העברת בעלות במקרקעי ישראל.
* **הרפורמה (2009)-** סעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל מאפשר להעביר בעלות. הרפורמה עושה רישום בעלים אחורה, כל מי שהיה חוכר לדורות מקבל בעלות בדרך של הודעה. יתר על כן, כל הקצאה של קרקע חדשה היא בדרך של בעלות. התנאים- קרקע עירונית ובלבד שהשטח לא יעלה על 800 אלף דונם.
* **הבחנה בין 2 המגזרים:**
* המגזר העירוני- מ2009 הוחלה רפורמה על קרקעות המגזר העירוני ומכאן שאנשים בעלי מקרקעין עירוני מחזיקים בזכות קניינית.
* המגזר החקלאי- הרפורמה לא הוחלה על קרקעות חקלאיות, מכאן אנשים בעלי מקרקעין חקלאי אינם נושאים בזכות קניינית אלא בזכות חוזית אישית. ההשלכות של דבר זה: (א) ניתן לסיימה בכל עת. (ב) הזכויות של אנשי המגזר החקלאי מצומצמות וחלשות. (ג) רישיונות אלא תקפים ל3 שנים, ויש לחדשם כל 3 שנים, ולכן למדינה מאוד קל לשנות את התנאים של הרישיונות.
* פס"ד תנועת דרור לישראל- תקפו את הרפורמה על בסיס פגיעה בחוק יסוד. הם טענו שהתיקון משנה את חו"י ולכן היה צריך להיעשות בחו"י. **בג"ץ קבע שאין פגיעה** ואין שינוי כיוון שהחוק עצמו קבע דרך לחרוג מהוראותיו (ס'2 לחוק) והכיר בצורך להתאים את הוראות החוק למציאות מבלי לסטות מהעיקרון הכלכלי שנקבעו בו.
* המאמר של רחל אלתרמן: **רמת ההתערבות בשוק**

ספקטרום של מנגנונים להתערבות המדינה מהכי קשה להכי ליבראלי:

* **הלאמה מלאה** **של זכויות בקרקע**- מה שקורה בישראל. המדינה היא הבעלים של הרוב המכריע של הקרקעות.
* **הפקעה מסיבית** - הפקעה לא פרופורציונאלית מטעמים ביטחוניים, למשל, חוק נכסי נפקדים אפשר הרבה הפקעות לטובת הצורך לפתח את הארץ.
* **הפקעה ליצירת בנק קרקעות**-מאגר קרקעות עם רזרבות, שתוכל להשתמש בו לטובת הציבור כשתצטרך.
* **רה פרצלציה**- איחוד בעלויות וחלוקה מחדש - חלק לצורכי המדינה ובחלק שנותר משנים את ייעוד הקרקע מבחינה תכנונית, כך שהערך הכלכלי לא נפגע ואף עולה. אין חובת פיצוי.
* **הפקעה נקודתית**- הפקעה של מקרקעין מסוימים לטובת מטרה מסוימת.
* **תכנון ציבורי**- המדינה לא לוקחת כלום מאף אחד. ועדות תכנון ובנייה ינהלו את מטרת הקרקעות תוך שליטה על השימושים והניצול של המקרקעין גם כשהם בידיים פרטיות.
* **שוק חופשי**- בעלות פרטית ללא התערבות של המדינה. אף אחד לא מתערב לאף אחד בשום דבר.
* **למה לא הפרטה מלאה של הקרקע**?
* מצרכים בסיסיים- כל אזרח צריך מצרכים בסיסים וראוי שהם יהיו ברשות המדינה (כגון- משאבי טבע, בתי כלא).
* קומדיית ההמונים- אנו נאבד את ערך החברתיות. לא יהיו אתרים בהם יכולים להיווצר קשרים בין שני זרים. צריך מקומות משותפים לכולם כדי להתחבר זה לזה.
* **למה כדאי לשמור מידה מסוימת של התערבות המדינה בקרקע?**
* **כשלי שוק:**

1. טרגדיית המאגר המשותף- אם המדינה לא תתערב, המשאב ידלדל ולא ינוצל בצורה יעילה ומיטבית בגלל דרך הניהול שלו והקצאות הזכויות.
2. משאבים ציבוריים- רק המדינה יכולה לספק לנו פארקים, ביטחון, סלילת כבישים. גם לטובת דור העתיד.
3. טיפול בהחצנות שליליות- ללא התערבות ציבורית לא יהיה ניתן לגרום לגופים פרטיים להימנע מלהחצין נזקים לסביבה.
4. שליטה בעיתוי הפיתוח- ללא שליטה על קרקעות לא יהיה ניתן לאפשר פרויקטים גדולים, ארוכי טווח, כגון- בניית ישוב, בנית רכבת.
5. פערי מידע – שליטה מדינתית יכולה לסייע למנוע ספסרות או מונופול. שולטת על המתנהל בשוק.

* **הצדקות חברתיות:**

1. קידום ערכים פוליטיים-אידיאולוגיים- המדיניות הציבורית מבטאת את המובן הסמלי של הלאום היהודי וזיקת העם היהודי לקרקע. **אולם** ניתן לקדם ערכים אלו בדרכים אחרות, כמו המצב כיום- אין תוקף לעסקת העברת בעלות ללא אישור משרד השיכון (מהווה רגולציה לאור החשש הביטחוני שלא יעברו קרקעות לגורמים עוינים).
2. ביטול פערים חברתיים- למשל מיזמים של דיור ציבורי. **אולם,** ניתן להקצות קרקעות רק לפי הכמות הנדרשת.
3. הערכות להתמודדות עם משברים- צריך עתודות קרקע
4. מיתון שיקולים פוליטיים בין קבוצות בקבלת החלטות- שבעלות מדינתית תמנע הטיות בחלוקה של קרקע והחלוקה תהיה מאוזנת. **אולם,** זו הנחה שגויה (לדוג'- רמ"י עשתה הרבה הטיות לטובת המגזר החקלאי).

לסיכום: צריך לתת ביטוי לשיקולים אלו, אך אין הצדקה ל92%. מבחינת כלכלית- הכי אופטימלי זה מצב בו מרבית הקרקעות יהיו בידיים פרטיות (אלתרמן לא מציינת את דרך החלוקה באחוזים).

## **רישום במקרקעין**

* **הבעלות** במקרקעין תשתכלל ברישום באחד **מפנקסי המקרקעין:**

1. פנקס הזכויות- מקרקעין מוסדרים.
2. פנקס השטרות- מקרקעין לא מוסדרים.
3. פנקס הבתים המשותפים- כל המקרקעין שלגביהם ניתן צו לרשמם כבתים משותפים.

* **לרישומים במאגרי מידע אחרים אין תוקף קנייני** (כמו רישום בספרי מנהל מקרקעי ישראל, רישום של דיור ציבורי, רישומים של חברה משכנת וכו'). חריג- נראה שבדיני תחוריות לרישומים אלה יש נפקות.
* תכליות המרשם:
* **מתן פומביות לזכויות הקניין**- ס'7(ב) לחוק המקרקעין- אומר שזכות שלא נרשמה היא חוזית בלבד. כך שברגע שנרשמה, כל העולם כפוף לה.
* **שיקוף בעלי הזכויות השונות במקרקעין**- ס' 124 לחוק המקרקעין- הפנקסים פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם. חשיבות- לאפשר את הפומביות של הזכות הקניינית.
* **הבחנה בין מקרקעין מוסדרים ללא מוסדרים**:
* רקע: בתקופת הממשל העות'מאני, היה מרשם של עסקאות (ולא של זכויות). מרשם זה היה מרשם לא מדוייק. בתקופת השלטון הבריטי, החלו **תהליך הסדר מקרקעין**: (א)מדידות מדוייקות של השטחים- חילקו ורשמו את הקרקע לפי גושים וחלקות; (ב)בירור זכויות במקרקעין: שמיעת טענות והחלטה בנוגע לבעלי הזכויות. (ג)רישום: מחקו את הרישום הישן, ויצרו מרשם חדש לפי גוש וחלקה לכל בעל זכות.
* מקרקעין מוסדרים: 96% מהקרקעות עברו הליך הסדר מקרקעין; מדידה, ניקוי ורישום זכויות.
* מקרקעין בהליכי הסדר: 3% מקרקעות המדינה.
* מקרקעין לא מוסדרים: לא עברו הליך הסדר (1%, בשוק הכרמל ומזרח ירושלים). חלקם מופיעים בפנקס השטרות.
* נפקות ההבחנה: **בעיקר בקשר לתחרויות ותקנת השוק במקרקעין**

ס' 125(א)-רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה **ראיה חותכת** לתכנו; אפשר להסתמך על הרישום לכל דבר ועניין, גם אם הייתה טעות!

ס' 125(ב)- רישום של מקרקעין לא מוסדרים יהווה רק **ראיה לכאורה** לתכנו; ניתן לסתור את הרישום אם יציגו ראיות אחרות.

* **מקרקעין שלא יופיעו בטאבו כלל:**

1. מקרקעין שלא עברו פרצלציה- אין להם גוש וחלקה.
2. יחידות מקרקעין- הגוש רשום, אך טרם עבר פרצלציה, כלומר החלקות בו לא רשומות (התמשכות הליכי התכנון מעכב רישום של אלפי דירות). מצב שכיח- רכישת דירה מקבלן. במצב זה אין יחידה רישומית 🡨 לא ניתן לרשום עליה זכויות 🡨 מדובר בעסקה חוזית! מקבלים התחייבות חוזית לרכישת זכות קניינית.

* **מקרקעי ייעוד:** ס' 107 אומר שמקרקעי ייעוד הם מקרקעי ציבור שמיועדים לתועלת הציבור.
* סעיפים 1+2 מדברים על שטחים של מקורות מים (שפת הים, נהרות, נחלים ותעלות) וסעיפים 3+4 מדברים על תחבורה (מסילות ברזל ותעופה). ס'5 קובע שיש הסדרי חקיקה אחרים שמטפלים בסוגיות אלו.
* ס' 111 קובע איסור- כל עסקה שטעונה רישום בנוגע למקרקעי ייעוד- לא תהיה תקפה. אלא באישור הממשלה. כך שעסקאות שאינן טעונות רישום (שכירויות או עסקאות קצרות), אפשריות בקרקעות אלו.
* השאלות שעולות לגבי ההסדר: 1)למה ההסדר חל רק במקרקעין? 2)למה רק הייעודים הנמנים (ולא עתיקות/גנים לאומיים)? 3)מדוע הסיפא מאפשרת הפרטה במקרים מיוחדים? תשובה אפשרית- שיקולים כלכלים..

## **זכות הכניסה למקרקעין בישראל**

* **המציאות בארה"ב**- בביהמ"ש העליון האמריקאי ההכרעות נעשות על בסיס אידיאולוגיה. יש שם מתח בין השמרנים לליבראליים. בעבר שררה מציאות מפלה בין לבנים ושחורים בכל הנוגע לכניסה למקרקעין שונים. בשנת 1968 נחקק חוק איסור אפליה במגורים, שמנסה להטיל חובת שוויון במישור המרחבי. החריג המוכר ביותר אומר שאם לאדם יש יותר מ4 דירות במתחם אחד, אז הוא יכול להפלות כשהוא רוצה להשכיר את המקרקעין שלו (חריג של גברת מרפי).
* **שוויון למול ערכים אחרים:**
* פס"ד מאסטרפיס קייקשופ:ג'ק פיליפס הוא אדם נוצרי. נכנס למאפיה שלו זוג גברים שמבקשים ממנו לאפות להם עוגה לקבלת הפנים של הנישואין שלהם. ג'ק מסרב להם. הזוג הגיע לוועדה האחראית על יישום זכויות אזרח, שקובעת שג'ק הפר את חובת השוויון בכך שהוא סירב להעניק שירות לזוג.ביהמ"ש העליון האמריקאי:קובע שנפגעה הזכות של ג'ק להליך הוגן. הוועדה לא נתנה מקום לטענות שלו אם בשם חופש הדת אפשר לא לספק שירותים באופן שוויוני. הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית. לכן העליון לא קיבל את החלטת הועדה והחזיר את הדיון לוועדה שתבחן זאת שוב.
* פס"ד דפוס הקשת:בית דפוס בבאר שבע סירב להדפיס מודעה לקהילת הלהט"בים של סטודנטים מאונ' בן גוריון. בטענה שמדובר מבחינתם בתועבה (=חופש המצפון).אפילו מבלי שראה את תוכן המודעות. התוכן היה ניטראלי, בלי אמירות פרובוקטיביות. ביהמ"ש: **חוק איסור הפליה במתן שירותים** מחיל איסור הפליה גורף. החוק אומר את דברו בצורה חד משמעית- אסור להפלות על רקע של נטייה מינית, אין איזונים. מאחר שכך פעל- הערעור נדחה ומחייב אותו בפיצוי, בשל הפליה על רקע נטייה מינית.
* **הצדקות להגבלות על הדרה**-
  + - 1. יעילות- הדרה מגבילה עבירות באופן שאינו יעיל כלכלית (קבוצות גדולות של אנשים אינן יכולות לרכוש נכסים).
      2. קהילה- אינו ראוי במישור היחסים הבינאישיים וערכים קהילתיים שכן הוא שולל קניין מקבוצה מסוימת ובכך פוגע בחירותה (יכולתה לרכוש נכסים ולהיות בעלת זכויות קניניות) **ובערך האישיות** של חבריה.
* **המצב בישראל**- אין חוק האוסר הפליה במגורים. נבחן את המדיניות במספר מופעים בהם יש התנגשות בין שוויון לזכות כניסה למקרקעין: **מידת הציבוריות של הנכס הקנייני המדיר.**

1. **הפליה בהשכרת דירות**- החוק לא מחייב שוויון בשכירות. גוף ציבורי מחויב לעקרון השוויון שבמשפט המנהלי. בנוגע לאדם פרטי, ישנם מספר אוביטרים- אנגלרד-ניתן לייבא את ערכי השוויון דרך עקרון תום הלב (סעיף 39 לחוק החוזים) ולקבוע שמדובר במשא ומתן לקראת כריתת חוזה שלא בתום לב.ברק- הפליה זו הפליה והשפלה זו השפלה, גם במצב של אדם פרטי המפלה בהשכרה או במכירה יש למנוע ממנולפגוע בעקרון השוויון.
2. **הפליה בכניסה למקום ציבורי**- פס"ד פרוז'אנסקי:הדיון נסב סביב **חוק הפליה במוצרים ושירותים**.המועדון הוא "מקום ציבורי" (ס'2(א) לחוק: כל מקום המיועד לשימוש הציבור), ולכן הוא נכנס לגדרי החוק ולא רשאי להפלות בכניסה למקום (ס'3 לחוק). ביהמ"ש קבע כי כוונת המחוקק הייתה איסור כל הפליה, בין אם היא כלפי קבוצה הסובלת מהפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה חזקה. השופט דנציגר, במלאכת האיזון, שם את הדגש על ערך השוויון. השופט ג'ובראן אומר השוויון **אינו ערך מוחלט** במשפט הפרטי ולכן אין בהכרח חובה לנהוג בשוויון. לטענתו, המשפט הפרטי מבוסס על עקרון החירות.
3. **הפליה במכר דירות**- פס"ד מי-טל הנדסה- חברה שסירבה למכור דירה לזוג ערבי. באופן עקרוני לא יכולה להיות מחלוקת שהמחוקק הישראלי לא רצה לכלול את תחום הדיור בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. לא מדובר פה על מכר דירה מאדם פרטי, מדובר על קבלן שקיבל קרקע במכרז מהמדינה והחליט שהוא משווק את הקרקע רק ליהודים.ביסוס הקביעה של השופטים:

* השופט מזוז- מבסס את הקביעה שלו על חוק איסור הפליה: תחום הדיור צריך להיכנס כי זה יותר ראוי. **1.תכלית אובייקטיבית-** אין הבדל בין כל מוצר אחר לבין דירה. 2.**מבחינה סובייקטיבית-** לא בטוח שדברי ההסבר לחוק חד משמעיים.
* השופט שטיין- **בישראל אין איסור מכר דירות בכפוף לשוויון שחל על אדם פרטי.** כיוון שהמחוקק לא רצה לכבול את הידיים של מי שעושה את העסקאות המרכזיות במקרקעין (המדינה או אנשים פרטיים) לחובת שוויון. אולם, הקבלן במקרה זה **הפר את חובת תום הלב**, החובה כוללת את החובה לנהוג בשוויון. לכן, הקבלן היה חייב לשווק את הקרקע בצורה שוויונית. ההכרעה: מכוח הפרת חובת תום הלב, מחייב בפיצוי (ולא סעד של אכיפה).

הקושי- כשהוא קובע שלא יהיה סעד של אכיפה הוא מסביר לקבלנים שהם יכולים, לא למכור את הדירה שלהם לערבים אם הם רוצים כל עוד ישלמו קנס מסוים על הפרת תום הלב.

1. **וועדות קבלה לישובים-**

* פס"ד קעדאן- **לא ניתן להפלות בקרקעות המדינה**. רקע: הישוב קציר סירב לקבל משפחה ממוצא ערבי. הסיבה הרשמית שנתנו להם הייתה שהם לא יחגגו את יום העצמאות ויום הזיכרון, מה שיפגע במרקם הקהילתי.העליון: על המדינה מוטלת החובה לנהוג בשוויון בין כל המבקשים ממנה זכות להקים בית באותו מקום, והיא אינה רשאית להפלות במישרין או בעקיפין על בסיס דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. גם אם יעשו ישוב ערבי נפרד שמיועד לערבים בלבד (מדיניות נפרד אבל שווה) לא אפשרית כי היא לא שוויונית. **אולם, קובע שלעיתים ביישוב בעל מאפיינים ייחודיים ניתן יהיה להתבדל ולהגביל את זכות הכניסה אליו.** הקושי- לא נותן קריטריונים איך ניתן יהיה להדיר.
* ב-2011, בעקבות פס"ד קעאדן, חוקק תיקון לפקודת האגודות השיתופיות שיצר מנגנון שמאפשר לסנן מועמדים שרוצים להתקבל לישוב קהילתי.
  + - 1. **סעיף ההגדרות**- בעבר היה אפשר להקים ועדת קבלה בכל ישוב קהילתי, אולם כעת ניתן רק בישוב בנגב או בגליל, שנרשם כ"אגודה שיתופית", שסווגה ככזאת ע"י הרשם לאגודות שיתופיות, ומספר בתי האב אינו עולה על 400 (הגבלה כמותית
      2. **ס'6ב** מגדיר סמכות לישוב קהילתי להחזיק ועדת קבלה (החוק מונה את הנציגים שישבו בה) שיכולה לסרב, תוך החלטה מנומקת לפי אחת מהעילות, לאדם לרכוש מקרקעין ביישוב. ניתן לערער על סירוב הבקשה בוועדת השגות.
      3. **ס'6ג**קובע את עילות הסירוב שבגינן ועדת הקבלה יכולה לסנן מועמדים: ס'6ג(א)(4)- דחיית מועמד בשל אי התאמה לחיי חברה- על האדם ללכת לאבחון מקצועי. ס'6ג(א)(5)- חוסר התאמה למרקם החברתי והתרבותי של היישוב.ס'6ג(ג)-ועדת קבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד, גיל, השתייכות מפלגתית פוליטית וכיו"ב. הכניסו את כל עילות ההפליה
* פס"ד סבח- **לא נותן הנחיות בנוגע להדרה בכניסה לישובים.** רקע: העותרים הם אנשים שכבר חיים בישובים קהילתיים, והם עותרים כנגד ועדות הקבלה בישובים שלהם. לדעתם מדובר במנגנון גזעני והם מבקשים שהוא יבוטל או יצומצם. **דעת הרוב** דוחה את העתירה מכוח דוקטרינת הבשלות. מדובר בטענה תיאורטית- יש לחכות לעותר קונקרטי שנפגע מהמנגנון הקיים.
  + - * חיות (רוב)- מוסיפה ואומרת שכדי לצמצם את העמימות של ההוראות, צריך לקרוא לתוכן אמות מידה אובייקטיביות. מציעה ריסון: ס'6ג(א)(4)- דחיית מועמד בשל אי התאמה לחיי חברה תתקבל רק אם המכון שעורך את האבחון צריך להיות מכון ניטרלי שלא קשור ליישוב. ס'6ג(א)(5)- דחיית מועמד בשל חוסר התאמה למרקם החברתי תתקבל רק כאשר יש מרקם כזה בפועל, והמרקם הנ"ל חייב לבוא ליידי ביטוי בתקנון. מרים: לא נכון לדבר על מכון מיון כ"בלתי תלוי". יש קשרים עיסקיים, עובדים איתם שנים.
      * **דעת המיעוט:** גו'בראן-עילות הדחייה הן **מכובסות,** שמאפשרות הפליה. זו פרקטיקה נהוגה, יהיה מסר לא נכון אם לא נתערב. הנדל- יש **לבטל** את ההרכב כיוון שהוא בלתי חוקי. ההרכב נותן **רוב** לבני היישוב, אין נציגות של קבוצות מיעוט. עלול לייצר הפליה בלתי מודעת. ארבל- יש לבטל את העילות: במבחני ההתאמה יש **פגיעה בכבוד** המועמדים; ועדות קבלה מורכבות **מאנשים פרטיים,** שהתרשמותם יכולה להיות מושפעת מדעות קדומות; **השלכות ארוכות טווח**- ועדות קבלה משדרות מסר מפריד, מאפשר התבדלות, הדרה של אחרים, מונעת התניידות של אנשים בקבוצות חזקות לחלשות. אומרת שאפשרי לקיים חיי קהילה עם צביון מסויים- אבל צריך אופי קהילתי דומיננטי משמעותי ומיוחד, שכניסה של קהילות אחרות תוביל לפגיעה באופי זה.

**ביהמ"ש מכשיר את החוק וקובע שהוא חוקתי.**

* פס"ד סבא- חברת אמונה זכו במכרז של רשות מקרקעי ישראל והקצו בניינים רק לציבור הדתי לאומי. העליון דוחה את העתירה מאחר והמיזם כבר הושלם והתממש. בייניש- רמ"י מחוייבת **לפקח ולשמור על חובת השוויון** כאשר היא מקצה קרקעות במכרז לחברה פרטית. מוסיפה באוביטר, שייתכן כי הציבור הדתי לאומי אינו בגדר קבוצת מיעוט שדורשת הגנה על בסיס מאפייניה התרבותיים הייחודיים, בייחוד שמדובר על קרקע בתחום של ישוב עירוני (בגלל שיש מחסור במקרקעין, אין מספיק דיור לכולם).
* בג"ץ עמותת שיח חדש- **פעם ראשונה שמתערב בעיקר בגלל שיקולים חלוקתיים**. רקע: מועצת מקרקעי ישראל קיבלה 3 החלטות שנתנו הטבות לישובים חקלאיים. בג"ץ: מבטל את כל ההחלטות על בסיס **חוסר סבירות**. זה בלתי סביר באופן קיצוני, פוגע בעיקרון השוויון ובצדק החלוקתי- אין מקבילה להטבה במגזר העירוני. כמו כן, המדינה יוצרת הסדר בהחלטות של רשות, לא בחקיקה.
* המאמר של שטרן **מהי קהילה?** מנסה למלא את החלל שקעדאן, סבח וסבא לא ממלאים. שואל מתי ניתן להדיר אנשים מקהילה? קובע מודל להדרה:

1. **האם לקהילה תפיסת עולם משותפת**- לא מספיק ערך כללי, אלא תפיסה מגובשת ומפורטת.
2. **מהו תפקיד אותו שיתוף פעולה במימוש תפיסת העולם?**

* לא נדרש שת"פ- אין אפשרות להדיר, כי מימוש התפיסה היא באופן אינדבדואלי. למשל כלכליות.
* שת"פ מסייע- שיתוף פעולה יסייע במימוש תפיסת העולם של כל אחד מהקהילה. למשל צימחונות.
* מוסיף ערך- משפר בצורה משמעותית את המציאות של כל אדם בקהילה. למשל, תפיסות דתיות (מניין).
* מכונן- ללא שת"פ לא תתממש תפיסת העולם, קריטי ליכולת להוציאן לפועל, אין דרך לעשות זאת לבד.

1. **מהי ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה?** מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן מועמדים.
2. **יש לבחון את חוסנה הפוליטי** **כלכלי של הקהילה**. ככל שהקהילה חזקה יותר, לא תתאפשר התבדלות.

## **הגנת הבעלות והחזקה**

* הגנה זו נדרשת להתמודדות עם משיגי גבול ופולשים. ישנם מגוון דינים העוסקים במצב זה אנו נתמקד בדיני הקניין.
* הגנת הבעלות והחזקה מוסדרת בסעיפים 15-20 לחוק המקרקעין, אך היא חלה גם ביחס למיטלטלין, בשינויים מחויבים.
* **"החזקה" מורכבת מ2 יסודות**:
* יסוד נפשי (המרכזי)- **כוונה לשלוט בנכס**, צריך להראות העדה חיצונית.
* יסוד פיזי (לא תמיד)- **שליטה פיזית בנכס**, בדגש על היכולת למנוע מאחרים להתערב בו.

למשל בנעילת הבית עם מפתח, אין שליטה פיזית, אבל יש בפעולה **כוונה לשלוט בנכס**, ולכן במצב זה לא נידרש ליסוד הפיזי.

* מאמרו של ויסמן **– הצדקות להגנה על החזקה:**
* שמירה על הסדר הציבורי:העובדה שניתן קדימות או עדיפות לאדם שיושב במקרקעין תגרום לנו לשקט ורגיעה יחסיים בכל הקשור למשטר המקרקעין, שכן זה ימנע מפולשים להיכנס ולתפוס את המקרקעין. **ביקורת**- נתינת הגנה למחזיק מעניקה לו לגיטימציה להפעיל כח נגד פולשים, לא בהכרח כך שומרים על סדר ציבורי.> תכלית זו לא תמיד באה ליידי ביטוי בהסדר הישראלי.
* יעילות בהגנה על נכסים:יש הרבה נכסים פנויים ויש אנשים שאין להם נכס, הגנה על מחזיקים בנכס יוצרת יעילות במשאבי החברה כי הוכחת ההחזקה בקניין קלה יותר מהוכחת בעלות ומאפשרת סעד עצמי. **ביקורת-** כיום ניתן לעשות שימוש בנכס גם מרחוק (דירה להשקעה מושכרת), הגנת החזקה תפגע בהם כלכלית כי זרים יוכלו להיכנס לדירה עם כוונה לשלוט בנכס ולטעון לחזקה בנכס.>תכלית זו אינה אומצה בישראל.
* הטלת הנטל על התובע: להשתמש בחזקה כראיה עובדתית. אם מישהו כבר מחזיק בנכס, הנטל צריך להיות על התובע, שרוצה לפנותו. **ביקורת**- חזקה אינה קובעת עובדה מבחינה מהותית.
* רצון לעודד שימוש בנכסים פנויים: דומה ליעילות. אין סיבה להשאיר נכסים פנויים. **ביקורת-** פגיעה בסדר הציבורי, אם רוצים לעשות שימוש בנכסים פנויים, זה צריך להתנהל ע"י המדינה.
* **ארבעת שחקנים בסוגיית הבעלות והחזקה:**

1. **בעלים**- בעלים של קרקע. לא בהכרח יושב במקרקעין.
2. **מחזיק**-מחזיק כדין בפועל. אדם שקיבל זכות קניינית (השכרה, השאלה, רישיון במקרקעין) מהבעלים להחזיק את המקרקעין.המחזיק יכול להיות הבעלים עצמו.
3. **בעל זכות להחזיק-** אדם שקיבל הרשאה להחזיק במקרקעין (יכול להיות הבעלים), אבל לא מחזיק בפועל.
4. **מסיג גבול-** אדם המחזיק בנכס שלא כדין.

* ס' 15-לא מחייב **שהמחזיק** ישלוט באופן ישיר, יתכן ויהיה מישהו מטעמו שיחזיק בקרקע.
* ס' 16- **הבעלים** ו**בעל זכות להחזיק** במקרקעין, יכולים להגיש תביעת פינוי. מי שאחראי על הסעד במקרה זה הוא ביהמ"ש (אין צורך בהחזקה בפועל, אלא רק בהחזקה כדין).למשל **תביעת פינוי לשכור שמסרב לעזוב.**
* ס' 17-נותן זכות סילוק גם למחזיק בפועל (כדין ושלא כדין), אם יש משום הפרעה לשימוש במקרקעין. **רציונל**- שמירה על הסדר הציבורי.
* פס"ד יוסף נ' עוקשי: מהי אותה הפרעה לשימוש? אנגלרד:הפרעה לשימוש היא כל הפרעה שלא מגיעה כדי פלישה. ההסבר שלו היה שסעיפים אחרים כבר מדברים על מקרים של פלישה ולכן המסקנה היא שס' 17 לא מדבר על מצבים של פלישה. (מרים תומכת בגישה זו)פרוקצ'יה: טוענת שהפרעה לשימוש כוללת פלישה.
* ס' 18(א):מאפשר למחזיק בפועל כדין להפעיל כוח סביר על פולש למקרקעין שלו כדי למנוע כניסה למקרקעין שלו. (=**סעד עצמי**).לסעיף יש 3 יסודות- מחזיק כדין, כח סביר, מניעה.

הצדקות לעשיית סעד עצמי:(1)מענה לאופי אנושי; (2)חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין); (3)כלל קנייני לעומת כלל אחריות; כלל אחריות-ניתן לפגוע בזכות אך צריך לשלם פיצוי. כלל קנייני-א ניתן לפגוע בזכות. הסעד הוא ביטוי של כלל קנייני, שמהותו למנוע פלישה מלכתחילה. יש יתרון כלכלי בהפעלת הכלל הקנייני(חוסך סכסכוך משפטי).

* ס' 18 (ב):אפשרות של המחזיק בפועל וכדין לעשות סעד עצמי במצב של פלישה. אולם, ישנם **4 תנאים להפעלת הסעד העצמי**:לא חל על פינוי שוכרים

1. **מגבלת זמן-** ניתן להפעיל כח על מסיג גבול עד 30 ימים מיום הפלישה.
2. **מידת כוח סבירה**- מידה סבירה תהיה בד"כ ע"י קריאה למשטרה. אסור לעשות שימוש בכוח ע"י צד שלישי.
3. רק **אדם פרטי** יכול לעשות סעד עצמי, לא אנשים מטעמו ולא תאגידים.
4. יש דרישה **להחזקה כדין ובפועל.**

* ס' 19: מטפל במי שעושה דין עצמי בניגוד להוראות 18(ב)- מי שעשה כן, **חייב להחזיר את המקרקעין למחזיק שלא כדין (לפולש).** לפי הסיפא, ביהמ"ש רשאי לדון בזכויות הצדדיםולקבוע אחרת.
* **המדינה כבעלים**-מאחר שרוב מקרקעי ישראל הם בחזקת המדינה והמדינה לא מחזיקה בהם בפועל, הסדרת הגנת הבעלות והחזקה במצב שהמדינה היא הבעלים נעשית ע"י חוק מקרקעי ציבור, המרחיב את סמכויות המדינה בטיפול בפלישות לקרקעותיה.
* סעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור- **מעניק למדינה הרבה סמכויות לפינוי פולשים ללא בימ"ש**: 1)המדינה יכולה לפעול מ-3 חודשים עד חצי שנה מיום התפיסה בפועל. רציונל- המדינה לא נמצאת במקרקעין כל הזמן. 2)לא נדרשת החזקה בפועל של המדינה כדי להוציא צו (מספיק בעלות ע"י רישום בטאבו). 3) הממונה יכול לתת את הצו (הגבלת הסעד העצמי, לא מדובר על הפעלת כוח). ורק אם הפולש לא הסתלק- למדינה יש זמכות לבצע את הצו (פינוי פיזי) לפי ס'5 לחוק.
* פס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון- מ"י הוציאה לבן שמחון צו סילוק יד ממקרקעין בחיפה ע"פ חוק מקרקעי ציבור בטענה שזה מקרקעין שלה. הוא טען שזה המקרקעין שלו. ביהמ"ש:שיקול דעתו של הממונה מחייב קיומה של רמת וודאות גבוהה בדבר עובדת הפלישה שלא כדין. קיומו של ספק או צורך בהוכחה מחייב להימנע מהפעלת הסמכות המנהלית. הצו בוטל. אם המדינה רוצה- שתתבע במסלול הרגיל ושם יתברר למי יש זכאות.

**דרכי רכישת זכות קניינית**

דרכי רכישת בעלות:

1. **ירושה-** או לפי דין (חוק הירושה) או לפי צוואה.
2. **תפיסת חזקה-** משך הזמן שבו אתה מחזיק בנכס מעביר לך או מגבש לך זכות קניינית על הנכס. היום תפיסת חזקה תקפה רק במיטלטלין.בעבר, ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני אפשר לרכוש זכויות במקרקעין בדרך של התיישנות רוכשת. זה רלוונטי כיום רק לשטחים באיו"ש.
3. **זיקת הנאה מכח שנים-** מעצם העובדה שעובר מספיק זמן (30 שנה) והשימוש גלוי לעיני הבעלים שאינו מתנגד, צומחת זכות קניינית של זיקת הנאה (מעניקה את זכות השימוש שאין עימו החזקה).
4. **שיפור נכסי הזולת-** פעולות של שיפור הנכס, כאשר המטלטלין הופך למחובר למקרקעין (חלק ממנו שלא ניתן להפרדה לפי חוק), הזולת מקנה לי את הבעלות על הנכס שחובר. במצב זה, נוצרת בעלות משותפת במקרקעין.
5. **עסקה רצונית-** מכר, מתנה, שכירות, משכון וכו'. הדרך הרווחת ביותר. עסקה שדיני החוזים חלים עליה (לרבות פגמים בכריתה, תרופות וכו') במקרקעין חלה דרישת הכתב בס'8 (חריג- שכירות קצרת מועד עד 5 שנים).

## **עסקה רצונית**

### מקרקעין

השתכללות הזכות = מעבר בין השלב החוזי לשלב הקנייני. אולם המעבר **לוקח זמן**.

* **פער הזמנים נובע מכמה סיבות:**

1. עסקאות באשראי- לרוב העסקאות מעוצבות כך שהתמורה מחולקת לתשלומים. ואז המוכר לא יתן לרוכש לרשום את הזכויות עד שלא עברה התמורה המלאה.
2. מיסים ואישורים- כדי לרשום את הנכס בטאבו צריך להראות אישורים של כל המיסים (רכישה, שבח, היטלי השבחה של עיריות), והחישובים לצורך הוצאת השומה לוקחת זמן.
3. מימון ומשכנתאות- רישום הנכס כמשועבד לוקח זמן. כמו כן, לעיתים צריך להסיר משכנתא קיימת- גם לוקח זמן

* **הליך הרישום במקרקעין דורש**:1)שטר מכר בחמישה עותקים; 2)חוזה מכירה חתום; 3)אישור עייריה שאין חובות על הנכס (ארנונה, היטלי השבחה); 4)אישורי מיסוי- מס רכישה/שבח או פטור, ואז רשויות המיסוי מאשרות לבצע את הרישום במרשם.
* ס' 7 חל רק על עסקה במקרקעין הטעונה רישום **כאשר הנכס לא רשום במרשם (בטאבו), זו לא עסקה במקרקעין 🡨 לא חל חוק המקרקעין.** הקנייה היא של זכות חוזית לקבל בעלות על מקרקעין.

מה לא טעון רישום? 1)זכויות במקרקעין- זיקת הנאה (נוצרת מכוח שימוש ממושך), זכות קדימה מכוח חוק (למשל, למשך השנתיים הראשונות במשק חקלאי שעובר בירושה במשפחה); 2) זכויות שהן תוצר של עסקה- שכירות קצרת מועד.

* בעבר,הכירו בזכות החוזית כ"זכות מעין קניינית" מכח דיני היושר. אולם בתחילת שנות ה70, המצב השתנה; ס' 161 (הרשימה הסגורה) מבטל את דיני היושר. לפי ס' 7 (ב) כל עוד העסקה לא נרשמה, יש זכות חוזית לעשות עסקה במקרקעין. יוצא שהאדם מחזיק בזכות חוזית למשך זמן ארוך.
* **התעוררו שאלות – מה המעמד של הזכות החוזית?**
* בפס"ד בוקר- כל עוד העסקה לא נגמרה ברישום הזכות(לפי סעיף 7(ב))**,** ישנה רק זכות חוזית. המטרה לעודד אנשים לרשום זכויות, ולנצל את מעמד המרשם. נתפס כהלכה קשה.
* פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב- ברק רוצה להחיות את ההסדר של דיני היושר, אבל מחפש דרך אחרת.

גברת מזל אהרונוב שעשתה הסכם גירושין עם בעלה מקבלת מקרקעין, בטרם היא מספיקה לרשום את המקרקעין, בנק אוצר החייל מעכל את המקרקעין. בית המשפט (ברק) הופך את הלכת בוקר: **לאחר חתימת החוזה, לרוכש יש "זכות מעין קניינית" המקנה לו עדיפות מול מעקלים ונושים-** זו ההלכה כיום. ברק נסמך קביעתו על ס'9 העוסק בעסקאות נוגדות, במצב זה, המחוקק נותן עדיפות לרוכש המוקדם כברירת מחדל, על פני המאוחר. ברק למד ממנו על סטטוס בעל הזכות החוזית המוקדמת בזמן שעדיף על פני המאוחר בזמן.

* **הערת אזהרה**: מאחר והלכת אהרונוב אינה אבסולוטית (חלה רק על היחס בין הקונה הראשון למעקל), המחוקק יצר כלי לרישום עסקאות חוזיות בתקופת הביניים במרשם המקרקעין שיכול להיעשות ישר לאחר חתימת ההסכם. הערות האזהרה הן **פתרון ביניים** בין השלב החוזי לקנייני, **הן נתפסות כזכות מעין קניינית בלבד ואינן מהוות תחליף לרישום**.
* היתרונות/משמעות של הערת אזהרה:

1. **חסם רישומי לזכויות**- לא ניתן לעשות פעולות רישומיות בנכס; רשם המקרקעין מנוע מלרשום זכויות לטובת גורמים אחרים.
2. **תמרור אזהרה**-מעידה שנעשתה עסקה בנכס ומהווה תמרור אזהרה לאחרים המתעניינים בנכס.
3. **בטוחה**- נותנת לרוכש עדיפות על פני רוכשים בהליכי חדלות פירעון וכלפי רוכשים אחרים שירצו לשים יד על הנכס.

הערות האזהרה מתעוררות ב-3 הקשרים מרכזיים:

1. **עסקאות מקרקעין-** הערת האזהרה תהיה השלב הראשון מיד לאחר חתימת החוזה.
2. **עסקאות קומבינציה**- עסקה שבה אדם שהוא בעלים של מקרקעין, עושה עסקה עם קבלן ובמסגרת העסקה הקבלן בונה על המקרקעין ובתמורה הבעלים מקבל חלק מהדירות. הערות האזהרה רלוונטיות למי שרוכש דירות בפרויקט כזה. הן נרשמות לטובת אותם רוכשי דירות בשלבים לפי התקדמות קצב הבנייה.
3. **דיני תחרויות במקרקעין-** הערות אזהרה משחקות תפקיד מרכזי במניעת תחרויות.

### מיטלטלין

במרבית העסקאות המהירות השלב החוזי והשלב הקנייני מתאחדים. אולם בעסקאות ארוכות (ספקים או מתן שירות) יש פער זמנים בין השלב האובליגטורי (חוזי) לבין השלב הקנייני.

* ס' 33 לחוק המכר- קובע שהבעלות בממכר עוברת לקונה **במסירתו**. אך הסעיף מאפשר להתנות על ברירת המחדל אם הצדדים קבעו דרך אחרת או מועד אחר בהסכם ביניהם.
* **הרציונל-** אין מרשם של מיטלטלין ולכן אין יכולת ליצור מנגנון שמתנה את גיבוש הבעלות ברישום.
* לגבי מכוניות- ההעברה היא גם במסירה. הצדדים יכולים לסכם על מועד אחר (מרשם במשרד הרישוי), אך למרשם זה אין שום מעמד של יצירת זכויות קניין.

### זכויות

עסקה בזכות הינה העברת הזכות. החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר + חוק המחאת חיובים.

* ס'4(א) לחוק המכר נקבע כי "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מיטלטלין, ובשינויים המחויבים גם על מכר של מקרקעין וזכויות".
* אם לפי ס'33 לחוק המכר הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אזי משום שאי אפשר למסור פיזית זכויות,השינויים המחויבים הם **שמועד כריתת ההסכם נחשב מועד העברת הבעלות**, אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים. ולכן בדר"כ, השלב הקנייני והשלב החוזי מאוחדים!
  + - * מכירת זכות בקרקע לא רשומה- **מקרקעין שאינם רשומים בטאבו**. בדר"כ הצדדים ייקבעו שהזכות הקניינית תשתכלל ברגע שהקונה יסיים לשלם את כל התשלומים.
      * מכירת זכות לקבל חוב- **אם החייב חייב כסף לממחה**, הממחה יכול להמחות את החוב הזה לנמחה ואז החייב משלם לנמחה באופן ישיר. מרגע החתימה על ההסכם להעברת הזכות לקבל חוב (המחאת חיובים), הבעלות עוברת.

## **רכישת דירה מקבלן**

עסקה רצונית. כשרוכשים דירות יד ראשונה מקבלנים, החוזה מנוסח בצורה חד צדדית (אין מו"מ או שינויים של החוזה) יוצר פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים שמביא לליקויים קוגניטיביים.

**סוגי הליקויים:**

1. הצפת מידע – קבלנים יודעים להכניס לתוך החוזה הרבה מאוד פרטים. הצפת החוזה גורמת לרוכש לפספס חלק מהפרטים החשובים, מקשה עליו מבחינה קוגניטיבית (קשב מוגבל).
2. מסגור – קבלן יודע למסגר דברים בצורה שהוא רוצה, כך שהרוכש לא תמיד יבין מתי מדובר בחובות או בזכויות שלו או של הקבלן בקריאת החוזה. להדיוטות קשה להתגבר על המסגור.
3. שגיאות הסתברותיות– לרוב, רוכש הדירה מתעקש על תניות הנוגעות למועד מסירת הדירה או הפיצויים. נותן **משקל משמעותי** למצב השכיח יותר (סבירות שיקרה גבוהה, אבל תוחלת נזק מזערית) מאשר למצב המזיק יותר (הסתברות נמוכה אבל תוחלת הנזק גבוהה מאוד). למשל- לא לוקח בחשבון פגמים מהותיים בנכס, פשיטת רגל, מצבים שמובילים לאי-מסירה.
4. הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי– יש מפרט שמצורף לחוזה והוא מפרט מה מקבלים בדירה (מטבח, אריחים, שירותים). אנשים נוטים להתעסק עם המידע המוחשי, כי יודעים איך להתייחס אליו. לעומת הדברים המופשטים, שלא מבינים במה מדובר אז מתעלמים. למשל, הוראות משפטיות שקשורות לחבויות וזכויות כאלו ואחרות.

על רקע הליקויים דנן, לכן, המחוקק יצר שני הסדרים משפטיים שמטרתם להגן על רוכשי הדירות מקבלן:

1. **חובות גילוי- חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.**

* **סעיף 2**– הקבלן **חייב לצרף לחוזה מפרט והוראות תחזוקה לשימוש**. פירוט מאוד ברור של המתווה של הדירה עצמה ושל הדברים שהקבלן מתחייב לספק בדירה ברזולוציות של שקעים, ריצוף, גימור, תריסים, דלתות וכו'.
* **סעיף 3**– קובע את מבנה המפרט. מחייב את הקבלן לאפשר לקונה לוותר על חלק מתכולת הדירה בתמורה להנחה על הדירה.
* **סעיף 4**– הסעיף מדבר על מתי תופסים את הקבלן כמי שמפר את חוזה המכר בשל אי התאמה בדירה ס'4(א). הסעיף קובע תקופות אחריות של הקבלן לתקן כל סוג ליקוי שנמנה בסעיף. אם לא מתקן- הוא מפר את חוזה המכר בשל אי התאמה בדירה.
* **סעיף 5** – עוסק במצבים בהם הקבלן **לא מוסר מפרט**: הקבלן חייב לספק לקונה את הדברים בדירה באיכות גבוהה. סעיף 5(ג) חובת ההוכחה שהדבר באיכות גבוהה היא על המוכר.
* **סעיף 6**– עוסק בבתים משותפים. לפני המסירה, קבלנים יכולים להצמיד חלקים מהרכוש המשותף לדירות שונות שבבעלותם. ס' 6 דורש מהקבלן להבהיר את כל ההצמדות שהוא עשה (כל החלקים שהוציא מהרכוש המשותף). ס'6ב- ברירת המחדל העונשית, אם הקבלן עושה דברים אחרת מהמפרט **ולא מעדכן את הדיירים**, הוראות התקנון המצוי **יחולו** ואין נפקות למעשים לשינויים.
* פס"ד שמעונוף- עוסק בסעיפי החוק ומסביר את הרציונל: "מטרתו של חוק המכר דירות היא להביא לידיעת הקונה, בצורה ברורה ומובנת.. מהן כוונותיו האמיתיות של המוכר... הצורך בהגנה על הקונה הוא בשל מעמדו הנחות מול המוכר מבחינת כוח מיקוח, יכולת תמרון, וניסוח החוזה לעומת הקבלן שיש לו כוח רב".
* **הפסיקה קבעה את אופן הגילוי:** 1)מפורט- לפרט בדיוק מה הקונה מקבל; 2)בהיר- לא בשפה משפטית עמומה. 3)במועד עריכת החוזה- כל הפרטים נדרשים טרם חתימת החוזה.

1. **בטוחות- חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974:**

* **תחולת החוק:**

1. החוק חל לגבי **דירה**- למשל דירת מגורים, חדר למגורים, מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.
2. החוק חל על **רכישה** או **חכירה לדורות**.
3. החוק חל רק אם **המוכר הוא קבלן**- ולא על בניה עצמית (קבוצת רכישה- אנשים פרטיים שקונים חלקה ובונים בניין), ולא על מכירה יד שנייה מאנשים פרטיים (כאשר הדירה כבר רשומה).

* **החוק כופה מתן בטוחות בכל עסקת רכישת דירה מקבלן,** בגלל: (1)סיכון שנובע מבעיות כלכליות של החייב- מקרים של פשיטת רגל (פרשת חפציבה); (2)סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר- המקרקעין לא רשומים ע"ש הקבלן.
* **האם כפיית הבטוחות ראויה?** מצד אחד הכפייה מוצדקת, כי מטרתה לשמור על הכסף של הרוכשים הנמצאים בעמדה נחותה. מצד שני, יש לזכור שלכפייה יש עלות כלכלית; הבטוחה הנפוצה ביותר היא ערבות בנקאית. קבלנים משלמים הרבה כסף לבנקים על הערבויות הללו, לכן הקבלנים מגלגלים את העלויות האלו אל הלקוחות. כך שבסופו של דבר כפיית הבטוחות מייקרת את מחירי הדירות. לשיטת מרים, אולי יש צורך להעניק לרוכשים את הבחירה ולא לכפות מראש את הבטוחות.
* **סוגי הבטוחות**- ס' 2 לחוק מחייב את הקבלן לתת בטוחה לרוכשים. הקבלן יכול לבחור בין סוגי הבטוחות:
* בטוחות פיננסיות:
* ס' 2(1) **ערבות בנקאית**– הבטוחה השכיחה והאופטימליות ביותר. מצב בו הרוכש משלם לקבלן תשלומים ישירות לחשבון הבנק שמלווה את הפרוייקט, ועבור כל תשלום מקבלים כתב ערבות מהבנק. כך שאם הקבלן יפר את ההסכם, הבנק יחזיר לרוכש את כל הכסף ששילם.
* ס' 2(2) **ביטוח–** דומה לערבות. חברת הביטוח מבטחת את כל הכסף, אם יקרה משהו לקבלן- היא תחזיר לרוכש.

בעיות בבטוחות פיננסיות: 1)לא מבטיח לקבל את הדירה. 2)אין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כאשר הדירה **כן** נמסרת (אי עמידה בלוחות זמנים, אי-התאמה).

* בטוחות קנייניות:
* ס' 2(3) **שעבוד הקרקע במשכנתא בדרגה ראשונה**– מבטיחה שהחוב יפרע ראשון.קבלן יכול לשעבד את הקרקע לטובת הרוכש, כך שאם הוא יפשוט את הרגל, הרוכש יכול להיפרע ישירות מהמקרקעין. בעיות: 1)לרוב, הקבלן לא הבעלים של הקרקע ולכן לא יכול לתת משכנתא. 2)גם אם כן או שהבעלים הסכים- לרוב המשכנתא מדרגה ראשונה ניתנה כבר לטובת הבנק המלווה את הפרוייקט.
* ס' 2(4) **רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש–** הקבלן נותן לרוכש זכות בעלות יחסית על המקרקעין, בהתאם לגובה התשלום. הבטוחה הנפוצה בקבוצות רכישה. בעיות: 1)לרוב הקרקע לא בבעלות הקבלן, לכן לא יכול להעביר את הבעלות. 2)גם אם כן או שהבעלים הסכים- לרוב יש משכנתא על הנכס, וכדי לרשום בעלות יש צורך בקרקע נקיה מרישום. כלי לא שכיח.
* ס' 2(5) **רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית**– הקבלן יכול לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכש. בעיות*:* 1)לרוב הקרקע לא בבעלות הקבלן, לכן לא יכול להסכים לרוכשים לרשום אותן. 2) גם אם כן או שהבעלים הסכים- בדר"כ מעבר לשיעבוד הקרקע לטובת הבנק, הוא גם דורש לרישום הע"א לטובתו. כדי לא להפריע לו לממש את המקרקעין במידת הצורך. 3)גם אם הע"א ראשוניות ואין משכנתא על הנכס, פרקטית- הע"א לא מבטיחה לקבל את הנכס אם הקבלן פושט רגל, אלא רק מגנה מפני נושים מאוחרים או מפני רישום עסקאות אחרות.

פרשת חפציבה:חפציבה הייתה חברה קבלנית לבנייה שנכנסה לקשיים כלכליים. חפציבה לא פעלה עפ"י חוק הבטחת השקעות, ולא ניתנו בטוחות לרוכשי הדירות. אנשים שמעו והחלו פולשים לדירות שעוד לא סיימו להיבנות.חוק הגנת השקעות היה קיים לפי חפציבה. העובדה שלמרות המחויבות הזו קבלנים מצליחים להערים על רוכשי דירות בצורה כזו אומרת שהחוק לא תפור מספיק כדי להגן על הרוכשים**.** עד 2008 הייתה חובה לתת ערבות בגין 15% תשלום מהעסקה. אחרי חפציבה, כשהבינו שחוק המכר לא באמת עובד, ולכן החוק תוקן כך שאין צורך יותר בחשבון המיוחד, אלא כל הפקדה לכל חשבון מחייבת את הקבלן לתת ערבויות.המשמעות המעשית – **כיום נותנים ערבות על כל תשלום בנפרד, בד"כ באמצעות שוברים. רוכש הדירה מקבל פנקס שוברים מהקבלן התואם את מועדי התשלום.**

לאחר פרשת חפציבה החוק תוקן ונקבע:

* **כל העסקאות בעלות ליווי בנקאי**- קבעו חובה שכל עסקה צריכה להיות עם ערבות בנקאית מתחילתה ועד סופה.
* **אופן התשלום: פנקס של שוברים-** לא משלמים את כל הסכום בפעימה אחת, אלא מפקידים כל תשלום בנפרד ישירות לבנק, והוא מנפיק שוברים שמאשרים כל תשלום ששולם.
* **כל הבטוחות מתחילות ב7% משווי הדירה**- כלומר עד 7% אין כפיית בטוחה. בדר"כ בחוזי מכר התשלום הראשון. טרם התיקון, הסכום היה מעל 15%.
* ס' 2א1- חובת המוכר ליידע את הקונה בכתב על זכויותיו מכוח החוק ולידע אותו אם הפרויקט מבוצע ללא ליווי פיננסי אם הקבלן בחר בבטוחה לא פיננסית.
* ס' 3ג- התיקון לחוק מטיל חובות גם על הגורם המממן של הקונה לרכישת הדירה: המלווה חייב ליידע את הקונה על זכויותיו לקבלת בטוחות מכוח החוק, ואסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם וידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה.

פס"ד מטרי- השופט צבן עמד על הרציונלים מאחורי התיקון לחוק. לדבריו, חוקים אלו הם חוקים צרכניים, שנועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי מתוך ההנחה שהמערכת החוזית אינה שוויונית וישנם פערי כוחות משמעותיים. אולם, רוכשים עיסקיים (רוכשי דירות להשקעה) מתוחכמים, ולא צריכים אותה הגנה. מרים: זאת לא ההלכה, דעה שקיימת לגבי יישום החוק וההגנות שלו. לא חושבת שצריך לעשות את ההבחנה.

# **דיני תחרויות**

## **מבוא**

הגישה הקלאסית בדיני תחרויות: מדובר על מצב בו בעל נכס עושה עסקה עם יותר מאדם אחד על מכירת אותו הנכס ומתחייב להם. כך, שישנם כמה חוזים תקינים ותקפים אך סותרים זה את זה. **איך מכריעים בעימות?**

* בעבר, היו בודקים את מערכת הזכויות של כל אחד מהרוכשים השונים מול המוכר, וההכרעה הייתה על בסיס הזכויות שנוצרו מול המוכר.
* כיום, מסתכלים על התחרות שנוצרה בין שני הקונים כמעיין **תאונה משפטית** (מוציאים את המוכר מתמונה). אין לו חלק בתחרות עצמה, הוא רק יצר אותה. לרוב, המוכרים במצבים אלה לא יהיו נוכחים ממילא (פשטו את הרגל, ברחו מהארץ, מסתבכים).
* דיני הקניין נותנים רק תשובה **לשאלה מי זוכה בנכס**, הם לא אומרים מה קורה עם מי שמפסיד ומה ביכולתו לעשות ביחס להפסדים שנגרמו לו. לשם כך ניתן לפנות לדינים אחרים- חוזים, נזיקין ולעיתים לעונשין.
* דרישות מרכזיות בדיני תחרויות:
* **תום לב**- אובייקטיבי וסובייקטיבי, ידע לעומת היה צריך לדעת\היה צריך לבדוק;
* **תמורה**- התשלום שכל אחד מן הצדדים שילם עבור הנכס. הדרישה היא לתמורה בת ערך (ערך ריאלי של הנכס).
* המאמר של מאונטר **שיקולים כלכליים שניתן לשאוב מדיני הנזיקין לדיני תחרויות**:

1. **מניעת תאונות–** שיקול יעילות לכתחילה (EX ANTE). רוצים למנוע תאונות. נסתכל לפי **צדק מתגמל-** רוציםלתמרץ את מונע הנזק הזול לפעול כדי למנוע את התאונה. לדוג': אם לא תרשום הערת אזהרה (זניח, קל וזול) אפשר להפסיד את הדירה. השיקולים של הצדק המתגמל יכנסו בד"כ לדרישת תום הלב.
2. **מזעור עלויות התאונה**– שיקול בדיעבד (EX POST). קרתה התאונה. עלויות שקשורות לצדדים- רוצים למנוע מצב בו אנו מטילים עלויות גבוהות על המשתתפים ופועלים בצורה לא יעילה. לפי **צדק חלוקתי**- נשאל על מי נטיל את העלויות של הנזק שקרה? נסתכל על מאזן המצוקה לפי זהות הצדדים, (מי יפסיד יותר/יפגע פחות כתוצאה מההכרעה). ניעזר בדרישת התמורה- כמה כסף כל אחד שילם.
3. **התנהלות מערכתית–** שיקול בדיעבד (EX POST). רוצים לצמצם את ההחצנות שהתאונות יוצרות שמביאות לעלויות למערכת כולה (פחות התדיינויות, פחות הוצאות לבירור המקרה). גם כאן, לפי **צדק חלוקתי**- נסתכל על מאזן המצוקה, וגם כאן נעזר בדרישת התמורה.

* **האם יש מקום לשיקולים חברתיים בדיני התחרויות?** מרבית הצדדים שמעורבים בתחרויות בדר"כ חלשים כלכלית.המאמר של מרים בדק עד כמה ביהמ"ש רגיש לשיקולים שאינם כלכליים: **(אין השפעה)**

1. **אחריות חברתית**– קניין בא גם עם חובות. האם יש אחריות לאדם שמוכר נכס, לספק מידע בכל מה שקשור לנכס? אמפירית לא מצאו מקום של שיקול זה בהכרעות, אבל תיאורטית ניתן להכניס.
2. **צדק חלוקתי**– לעיתים בימ"ש כן יתן מקום. בעיקר בהקשר של קניין שביושר.
3. **תיאורית האישיות**– הרבה פעמים עבור צד אחד מדובר בנכס מאוד משמעותי (בד"כ דירות מגורים) , ועבור הצד השני מדובר בנכס כלכלי.

* בתי משפט עובדים בקטגוריות מסודרות- באיזה נכס מדובר, באיזה סוג תחרות מדובר. לא תמיד קל לזהות את התחרות שנקלענו אליה.

## **הערות אזהרה**

**הערות אזהרה** = מנגנון שמדווח על עסקאות במקרקעין. מוסדרת בס' 126, מגשרת על הפער בין השלב החוזי לקנייני.

* הערות נוספות בחוק המקרקעין: הערה על צורך בהסכמה (ס' 128); הערה על הגבלת כשרות (ס' 129); הערה לפי צו בית משפט (ס' 130); הערות שנקבעו ע"י שר המשפטים בתקנות (ס'133).
* ניתן לרשום הערות גם מכוח חיקוקים אחרים למשל בחוק העתיקות אם מתגלה אתר עתיק.
* ישנם **3 יסודות** לרישום הערות אזהרה לפי ס' 126:

1. מי שמתחייב בעסקה במקרקעין הוא **בעל זכות קניינית באותו המקרקעין**
2. **התחייבות רצונית ובכתב**- העיקר שנעשית מרצון (ס'6) ובכתב (ס'8). סיבת ההתחייבות איננה חשובה.
3. **'לעשות בהם עסקה'**- כל עסקה (גם עסקת מתנה) במקרקעין. גם להימנע מלעשות עסקה נחשב עסקה במקרקעין, שבגינה ניתן לרשום הע"א.

* אופן הרישום בפועל:1)בלשכת רישום המקרקעין לבקשת הזכאי או החייב (היום ניתן באופן מקוון); 2)הרישום נעשה לרוב באופן מיידי לאחר כריתת ההסכם; 3)צריך להראות מסמך המעיד על ההתחייבות (חוזה), למלא בקשה ולשלם אגרה.
* **תוקף של תניה השוללת רישום הע"**א-היועמ"ש נ' גד: כלל, **הזכות היא דיספוזיטיבית וניתן להתנות עליה**. אולם, בנסיבות מסויימות, **כאשר המוכר הוא קבלן**, אזי תתאפשר פרשנות שמדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד והיא תיפסל.
* מחיקת הערת אזהרה(ס' 132)- הערות לפי סעיף 126,128,129 , המחיקה שלה אפשרית ב2 עילות חלופיות:

1. צו של ביהמ"ש.
2. הוכח לרשם אחד מאלו (1) שהצדדים מעוניינים במחיקה; (2) עילת ההערה בטלה (קטין שהפך לבגיר, או אדם כשיר נפשית שכבר אין לו אפוטרופוס יותר) ובלבד שהרשם הודיע על כך לצדדים ונתן להם זמן סביר לפנות לבימ"ש.
3. הערה שנרשמה לפי צו בית משפט (ס' 130) יכולה להימחק רק ע"י ביהמ"ש.

* מטרות רישום הערות אזהרה

**מנק' המבט של הזכאי:** נטרול כל הסיכונים שהזכאי חשוף להם בשלב החוזי

1. חסם רישומי ס'127(א)- **לא ניתן לרשום** עסקאות סותרות מאוחרות, אלא בהסכמת הזכאי לה. הגנה טכנית- רשם המקרקעין לא יוכל לרשום זכויות קנייניות שנוגדות את תוכן הע"א.
2. חוסר תום לב ס'127(א)- ניתן לבצע עסקאות סותרות, אך **קיומה של הערת אזהרה תשלול את תום ליבו של צד ג'**. ברגע שזה רשום 🡨 ג' מוחזק כמי שידע או כמי שהיה עליו לדעת.
3. מקנה עדיפות ס'127(ב)-בנכס ביחס למעקלים או נושים מאוחרים שינסו לתפוס את הנכס. **מה המשמעות האופרטיבית?**

* **גישה 1**: אכיפה, הע"א מאפשרת להשלים את העסקה שלו ולקבל זכות קניין במקרקעין.
* **גישה 2**: השבה, הע"א מבטחת את הכסף ששולם בפועל. צריכים להשיב לזכאי מה ששילם.
* **גישה 3**: ההלכה בפס"ד איטונג: יש לבימ"ש שק"ד להחליט איזה סעד לתת, בטווח בין השבה של מלוא התמורה ששולמה, לבין אכיפת סיום העסקה. אבל הכל תלוי בנסיבות.

גינדי נ' ברקאי נקבעו השיקולים שיש להתחשב בהם:

* 1. מידת הזיקה שיש **לזכאי** בנכס (התמורה ששולמה, באיזה שלב העסקה נמצאת);
  2. הזיקה שיש **לנושים** בנכס; לרוב, לא יהיו. ואם כן- הן חלשות יותר (סעד של עיקול הוא **סעד דיוני**).
  3. **מחיר** הנכס ע"פ העסקה לעומת **שווי השוק** של הנכס. אם עסקה אינה כדאית, ביהמ"ש לא יאכוף.

**מנק' מבט של מתקשרים פוטנציאלים**: **1.**תמרור אדום שמזהיר אותם מלהיכנס לעסקה; **2.**רישום הע"א ע"י הרוכש השני יכול למנוע מהרוכש הראשון, או כל רוכש מאוחר יותר, לשכלל קניין ולחייבו לפנות לבית המשפט (אלא אם הרוכש השני כבר רשם זכותו).

**מנק' מבט חברתית**: **1.** מניעת תאונות במינימום בעיות; **2.** שיפור יעילות המרשם- הפיכתו לראי משוכלל יותר; **3.**חיזוק מעמד המרשם ואמינותו (פומביות).

* אפשרויות לרישום מקביל של 2 הערות אזהרה

1. **הערת אזהרה סותרת (אופקית):** א' מתחייב להקנות ל-ב' זכות במקרקעין. ב' רושם הע"א לטובתו. במקביל א' חותם עסקה עם ג' להקנות לו אותה זכות באותו מקרקעין. האם ג' יכול לרשום הע"א על התחייבותו עם א'?כן, בהתאם **לנסיבות הספציפיות הנ"ל יתאפשר רישום של הע"א סותרות!** לפי 3 סיבות מרכזיות:
   * + - טכנית- החסם הרישומי הוא רק לרישום זכות קניינית, והע"א הינה זכות מעין קניינית.
       - חברתית-דיוק במרשם, רוצים שהעולם ידע שבעלי הנכס הוא רמאי, שיקוף מלא של כל העסקאות שנעשו בנכס.
       - מהותית- ייתכן שהעסקה עם ב' תיפול ואז נרצה לתת הגנה לזכות החוזית של ג' על פני צדדי ד'.
2. **הערת אזהרה אנכית:** א' הבעלים בנכס. מתחייב כלפי ב' למכור לו את הנכס, וב' רושם הע"א לטובתו. ב' רוצה למכור ל-ג' את הזכות החוזית שלו בנכס. האם ג' יכול לרשום הע"א לטובתו מכוח ההתחייבות מ-ב'? טכנית לא. כי לפי ס'126, כדי לרשום הע"א האדם שמתחייב צריך להיות בעל זכות קניינית בנכס.אולם **ניתן לייצר התחייבות ישירה**: (1) התחייבות ישירה של א' כלפי ג'; (2) ב' ממחה לג' את הזכויות החוזיות שלו, כך ש-ג' נכנס לנעליו של ב'.

\*בשתי האופציות הרשם יצטרך למחוק את הע"א של ב' כדי ש-ג' יוכל לרשום את ההערה שלו. הכל בהסכמה וגלוי.

פיתרון לפלונטר שנוצר בגלל שס'126 מחייב שהרישום יהיה בהסכמת בעל הזכות הקניינית בנכס.

1. **הערת אזהרה כשעבוד**-ס' 127ב(1):הע"א שנרשמה לפי ס'126, אינה טעונה רישום בכל מרשם אחר המתנהל עפ"י דין. כלומר, יש לרשום רק במרשם המקרקעין.

## **עסקאות נוגדות**

**עסקאות נוגדות** *=* מצב בו נעשתה התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן על **אותו** נכס מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן. העסקה הראשונה בזמן, טרם הסתיימה בשכלול הקניין. לא ניתן יהיה לקיים את העסקה האחת מבלי להפר את העסקה האחרת.

כלל ההכרעה: **המוקדם בזמן עדיף על פני המאוחר בזמן, אלא אם כן מתקיימים שלושה תנאים מצטברים**: המאוחר היה תם לב, שילם תמורה מלאה, רישום. (במיטלטלין, לא צריך רישום אלא מסירה).

### תחרות 1: עסקאות נוגדות במקרקעין

ס'9 לחוק המקרקעין: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתו"ל ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתו"ל – זכותו עדיפה".

* כדי לנצח בתחרות, השני בזמן צריך למלא שלושה תנאים:
  1. **להשלים תמורה** - צריך לשלם את החלק הארי של התמורה (הרוב או הכל), והתמורה חייבת להיות מבוצעת בפועל.
     + - משקפת עקרונות של צדק חלוקתי. כמה ניזקת, כמה שילמת (צד ששילם יותר יהיה שיקול, אבל לא מכריע) מאזן המצוקה. 🡨 בעסקאות **מתנה,** לא תהיה עדיפות לשני בזמן על פני הראשון.
       - מעידה על תום לב- מדליק נורמה אדומה אם רוכש שילם הרבה פחות משווי השוק של הנכס (כנראה יש סיבה).
  2. **תם לב**- שני מבחנים: 1) **סובייקטיבי**- האם הרוכש השני ידע על הזכות של הראשון בזמן? 2)**אובייקטיבי**- האם אדם סביר היה צריך לדעת על קיומה של עסקה לפי הנסיבות? נבדוק אינדיקציות לכך.
     + - דרישה מחייבת מתחילת העסקה ועד תום הרישום הקנייני, כולל.
       - משקפת שיקולים של מונע הנזק הזול 🡨 השני בזמן לעולם לא יזכה אם הוא היה חסר תום לב.
  3. **רישום (שכלול הקניין)-** לא די ברישום הערת אזהרה, יש לבצע רישום במרשם המקרקעין.
     + - לגבי זכויות קנייניות שלא טעונות רישום? למשל, שכירות קצרת טווח- יש לאקונה בחוק.
* הרציונאל של סעיף 9: לעודד כל רוכש להשלים את העסקה במהירות, כי לא ניתן לדעת במציאות אם הוא הראשון או השני. מאחר שלא תמיד אפשר להשלים את העסקה במהירות, אם הוא רשום הע"א זה ישלול את תום ליבו של מי שיבוא אחריו, כך שהמאוחר לו, לעולם לא יזכה.
* פס"ד ורטהיימר: הררי בעל דירה וחותם על זכרון דברים מול ורטהיימר, שמשלם 5,000 לירות כמקדמה, כאשר הסכימו שהתמורה תהיה מיליון לירות. במקביל, הררי מוכר את הדירה גם לבנימיני במחיר של 800,000 לירות ובנימיני משלם 350,000 לירות. לאחר שגילה על העסקה הפוטנציאלית עם ורטהיימר, בנימיני ממהר להשלים את כל הסכום. פסה"ד דן במתח בין שני חוקים:
* ס'3(4) לחוק החוזים (תרופות)- הנפגע זכאי לאכיפת חוזה, אלא אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. בנימיני טוען- לא הוגן לאכוף את העסקה עם ורטהיימר, הוא שילם פחות ממנו. מאזן המצוקה פועל לטובתו, הוא שילם יותר, ניזוק יותר.
* ס'9 לחוק המקרקעין- עוסק בדיוק במצבים אלה, 3 תנאים שצריך לקיים כדי שהשני בזמן יזכה. ורטהיימר תובע לאכיפת החוזה שלו כיוון שהוא הראשון בזמן.

השופט ברק: **בנימיני מפסיד**, אמנם הוא שילם תמורה, אבל הוא לא היה תם לב- דרישה שמחייבת להימשך עד לסיום העסקה (היה צריך לצאת מהעסקה כשגילה, ולא להתקדם בה). ולא היה רישום. **לכן ורטהיימר זכה**. ברק מוסיף: כשמדברים על שיקולי צדק שבנימיני רוצה לעורר לפי ס'3(4), הם לא רלוונטיים בשאלת האכיפה בחוזה של ורטהיימר והררי, כי הם חלים רק כלפיי הצדדים לעסקה **ובנימיני חיצוני להם**.

הוא משאיר שתי שאלות בצריך עיון:

1. האם ההתעקשות של ורטהיימר לקבל את הדירה, למרות מאזן המצוקה שנוטה לטובת בנימיני, היא חסרת תו"ל?
2. האם ניתן לתפוס את הראשון בזמן כאחראי על התאונה המשפטית שקרתה אם הוא לא רשם הערת אזהרה, על שיכול היה לרשום?

פס"ד גנז נ' בריטיש- חברת בריטיש מכרה מקרקעין שבבעלותה לחברת נוטריקון. העסקה לא הסתיימה ברישום. כמו כן, נכרת חוזה לפיו נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז. עסקה זו לא הסתיימה אף היא ברישום. גנז יכול היה לרשום הערת אזהרה, אך לא עשה זאת. 17 שנים לאחר מכן, נוטריקון חתמה על חוזה מכר גם עם אפק, שקנו את המקרקעין בתום לב, בתמורה ותוך רשימת הע"א בדבר העסקה לאחר שקיבלו את הסכמת בריטיש ונוטריקון. מרים: למרות שהעסקה של בריטיש לא הושלמה ברישום, כל עוד נוטריקון (הבעלים) הסכימה להתחייבות מול גנז ומול אפק, שניהם יכולים לרשום הע"א אזהרה לטובתם, כדי לשלול את תום הלב של מי שיגיע מאוחר יותר. לשניהם יש התחייבות לעסקה במקרקעין מהבעלים. לכן הדיון בין גנז לאפק צריך להיקבע עפ"י ס' 9. **האם רישום של הע"א מהווה רישום לפי ס'9?**

* **פרוקצ'יה**: הייתה מוכנה להסתפק ברישום הע"א במקום רישום רגיל לצורך רישום בס'9. טוענת שלא תמיד ניתן לסיים את העסקה ברישום, לכן אולי כדאי להנמיך את הדרישות. אבל הגישה שלה לא התקבלה להלכה. עמדה חריגה, אבל חשוב להיות מודעים אליה ולהכיר.
* **ברק**: אמנם בס' 9 אין דרישה לתו"ל של הראשון בזמן, אך לא הגיוני שהזכויות שלו לא תהיינה כפופות לחובת תום הלב. לכן מחיל את חובת תום הלב בס' 39 וס'61ב בחוק החוזים שחולש על כל המשפט הישראלי. קובע כי אי רישום הערת האזהרה במשך 17 שנים עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן ולהכריע לטובת השני בזמן.

**הרציונאל:** אם הראשון בזמן יכל לרשום הע"א, ולא עשה זאת תוך זמן סביר 🡨 הוא היה מונע הנזק הזול ולא מנע את הנזק ולכן הכניס את הרוכש השני לתאונה. **משמעות אופרטיבית:** השני בזמן יכול לזכות גם אם הוא לא מקיים את כל תנאי ס' 9 (דרישת הרישום או התמורה) ובלבד שהיה תו"ל.

אבל ברק קובע סייגים – אי רישום הע"א ע"י הראשון לא יעלה לכדי חוסר תו"ל:

1. **מניעה בשל התחייבות חוזית**- אם חוזה המכר מגביל את היכולת לרשום הערת אזהרה **תוך זמן סביר** וקובע מועד אחר לרישום או אפילו **שולל את היכולת לרשום הערת אזהרה**, הרי שאז לא נתפוס את הראשון בזמן כחסר תו"ל. אין גם ציפייה שהרוכש ימהר לקיים את חיוביו לפני הזמן לצורך רישום הערת אזהרה. הרציונאל: לא רוצים להתערב בחופש החוזים בעיצוב העסקה או לצפות שהרוכש הראשון ימנע מביצוע העסקה בגלל הגבלה חוזית.

מרים: **לא ראוי –** העלויות גוברות על התועלות מבחינה חברתית. 1)תמיד תהיה אפשרות להתנות את רישום הע"א ובכך להימנע מתחולת הלכת גנז. 2)זה לא מונע תאונות. אלא מתמרץ להכניס תניות שמגבילות בזמן את רישום הע"א ואז יפגע בחברה בכללותה- יותר תאונות תתרחשנה.

1. **מצבים בהם אין התרשלות-**
   * 1. סיבות טכניות- לא ניתן לרשום מסיבות אובייקטיביות. המרשם סגור, שביתה בטאבו, האתר קרס, סגר בגלל מגפת הקורונה. מרים: **שיקול ראוי.**
     2. אי הרישום מוצדק משיקולי מדיניות- לא מצפים מבני זוג או מקרובי משפחה לרשום הע"א, כי הדבר יפגע במאפיינים של התא המשפחתי. לדעתו של ברק, הכרה זו ראויה מבחינה חברתית, זו תפיסה שנובעת מהבנה של מערכת זוגית או משפחתית. **בני זוג הם החריג היחיד שביהמ"ש הכיר בפטור מרישום**. ביקורת: הרבה נכסים מוחזקים ע"י בני זוג, ברגע שצדדים לא משקפים את עסקאות המקרקעין בגלל קדושת התא המשפחתי מעורר בעיות בנוגע לאמינות המרשם.אבל נתפס כחריג מוצדק, לא להכניס חוסר אמון.
2. **אין קשר סיבתי בין אי הרישום לבין פעולת השני שהתרחשה**- נטל ההוכחה על הראשון בזמן לטעון זאת, אם מצליח- על השני בזמן להראות שס'9 מתקיים לגביו. שלושה סוגי מצבים:

* **השני ידע על העסקה הראשונה**-כך שאם הוא ידע, היה עליו לא להיכנס עסקה. הע"א לא רלוונטית.
* **השני לא בדק את המרשם.** כבר לא משנה אם הייתה הערה או לא.
* **השני בזמן לא ירד אל השטח-** (גישת השופט מצא)הרוכש הראשון נמצא במקרקעין, והשני בזמן לא בדק את המקרקעין, אם הם פנויים או לא. במקרה כזה, למרות שלא נרשמה הערת אזהרה- עדיין היה ניתן לגלות שיש ראשון בזמן ע"י תפיסה בנכס של הראשון, ובכך היה יכול להימנע מהכניסה לתאונה.

לסיכום הכלל:כאשר הגענו למסקנה שהראשון בזמן יכול היה לרשום הע"א **תוך זמן סביר** ולא עשה זאת **ולא מתקיימים הסייגים**, אי רישום הע"א **יכול להכריע את התחרות לטובת השני.**

* פס"ד ביאד נ' לחאם-השופט עמית מאמץ את פסה"ד גנז ומחמיר אותו. אימוץ הלכת גנז כקובעת סטנדרטים ראויים של חיזוק מעמד המרשם ועידוד צדדים לרשום הע"א, ע"מ להקפיד עם דרישות הרישום**. הדגש הוא על הערך הגדול למנוע תאונות**, בעלות נמוכה, בפשטות ובזול. עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר.
* פס"ד נעמה- רישום הערת אזהרה צריך להתבצע סמוך לאחר ביצוע העסקה (אולי באותו יום).

תחרות 1: מתנה בעסקאות נוגדות

ישנן כמה בעיות:

1. **עסקה ללא תמורה**- לפי ס'1(א) לחוק המתנה: "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה". אם עסקת המתנה היא השנייה בזמן לא ניתן להשלים את תנאי ס' 9 בהקשר של התמורה.
2. **עסקה שניתן לחזור ממנה**-משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס. יכול להשפיע על עסקאות נוגדות.
   * + - ס'5(א) לחוק המתנה: התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
       - ס'5(ב) לחוק המתנה: אם מקבל המתנה לא משנה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות (למשל לא עשה בה עסקה אחרת), **רשאי הנותן לחזור בו ממנה,** אלא אם נותן המתנה ויתר בכתב על רשות זו ואז הוא לא יוכל לחזור מההתחייבות לתת מתנה.
       - ס'5(ג) לחוק המתנה: כמו כן, **רשאי הנותן לחזור בו מההתחייבות** אם מקבל המתנה התנהג באופן מחפיר כלפיו או כלפי בני משפחתו, או אם חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של נותן המתנה (פושט רגל, נקע לקשיים) ללא קשר לויתור על זכותו בכתב.

* פס"ד סולימאן: דנציגר קובע שבמצב שהעסקה השנייה היא עסקת מתנה שלא ניתן לחזור ממנה, מקבל המתנה נמצא בעמדת נחיתות לעומת הראשון, גם אם מקבל המתנה היה תם לב וזה נגמר ברישום, כי לא הייתה תמורה. מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי.

הקושי בפסק הדין:

1. דנציגר מתעלם מאפשרות **שמאזן המצוקה ייטה לרעת מקבל המתנה**, אם הסתמך עליה, ואולי הוא יזוק יותר.
2. דנציגר **מרוקן את הלכת גנז מתוכן**- בכל הקשור לתום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן. אין דרישת רישום הערת אזהרה מהראשון בזמן כתנאי לעדיפותו על פני מקבל מתנה. הלכת גנז לא תקפה במצב של מתנה.

הסיכוי היחידי של השני בזמן לנצח הוא, אם הוא ישלים את כל תנאי ס' 9 (רישום ותו"ל), ולגבי התמורה, הוא יצטרך להוכיח כי שינה את מצבו **לרעה** בהסתמך על המתנה הזו. הסתמכות ממשית.

**חשוב לזכור-** אם הראשון בזמן עשה עסקת מתנה, הוא יזכה בתחרות, מאחר ויש עקרון של צדק טבעי ואין דרישה כלפיו לתמורה.

### תחרות 2: עסקאות נוגדות במיטלטלין

שכלול זכות הבעלות על מטלטלין עוברת לפי ס' 33 לחוק המכר- אם בחוזה אין התנאה בין הצדדים, **ברגע העברת** המיטלטלין. אם יש התנאה בחוזה, הבעלות עוברת **בהתאם להתנאה.**

**במידה והבעלים לא מסר את הנכס לראשון בזמן + יש הפרדה בין השלב החוזי לשלב הקנייני בחוזה:**

* אנו בעסקאות נוגדות במטלטלין: **מצב שבו יש התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן.**
* כלל ההכרעה יהיה לפי: ס' 12 לחוק המיטלטלין: "התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה."

הראשון בזמן עדיף, אלא אם כן השני התקשר בעסקה ועמד בשלושת התנאים:

1. **תום לב**- נדרש תום לב סובייקטיבי. כך שאם השני בזמן ידע או עצם עיניים לעובדה שיש מכירה ראשונה, גם אם הוא השלים את שני התנאים הנוספים הוא לא יזכה בנכס;
2. **תמורה-** ריאלית, לפי ערך הנכס, ששולמה במלואה. יכול להיות גם הסתמכות על ההתחייבות לעשות עסקה בנכס שהביא לשינוי לרעה.
3. **שכלול הקניין**- "**וקיבל** את המטלטלין" 🡨 יש צורך **במסירה** של המטלטלין לשני בזמן + אין התנאה בחוזה של השני בזמן עם הבעלים בנוגע למועד העברת הבעלות (השלב החוזי והשלב הקנייני מאוחדים), לפי ס'33 לחוק המכר. אלא אם הותנה אחרת ואז התנאי לא מתקיים.

**במידה והבעלים מסר את הנכס לראשון בזמן + אין הפרדה בין השלב החוזי לקנייני 🡨** הבעלות עברה לראשון, וההכרעה תהיה לפי תקנת שוק במטלטלין (בהמשך).

### תחרות 3: עסקאות נוגדות בזכויות חוזיות

מדובר על 2 סוגי זכויות: 1) העברת חוב; 2) התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לא רשומים

**שכלול העברת הבעלות על הזכות החוזית** לפי ס'33 לחוק המכר + ס'4(א) לחוק המכר: דהיינו, מסירת המטלטלין בשינויים המחויבים. אולם, משום שאי אפשר למסור פיזית זכויות,השכלול יהיה לפי:

**פס"ד טקסטיל ריינס** כברירת מחדל, אם הצדדים שותקים, בכוונתם שהבעלות תעבור לרוכש במועד חתימת ההסכם. כלומר, ככלל יש איחוד בין השלב הקנייני לחוזי, אלא אם הצדדים קבעו אחרת (כפי שקובע ס'33).

* + - * *רציונאל לקביעת מועד אחר*: היגיון עסקי, העברת הבעלות תתרחש רק לאחר סיום התשלומים ע"י הרוכש.
      * נראה כי מועד השכלול משפיע על סוג התחרות:

**במידה ויש התנאה בין הבעלים לבין הראשון בזמן = יש הפרדה בין השלב החוזי לשלב הקנייני**

* אנו בעסקאות נוגדות בהעברת זכות חוזית- מצב בו יש התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן מול התחייבות לעסקה מאוחרת בזמן.
* ההכרעה תהא לפי ס'12+ס'13 לחוק המטלטלין: אם השני בזמן מקיים את 3 התנאים הוא יזכה בבעלות בזכות החוזית:
  + - 1. **תמורה-** ריאלית, לפי ערך הזכות, ששולמה במלואה. יכול להיות גם הסתמכות על ההתחייבות לקבלת הזכות החוזית, שהביא לשינוי לרעה במצבו של השני בזמן.
      2. **תום לב-** סובייקטיבי, כך שאם השני בזמן ידע או עצם עיניים לעובדה שיש מכירה ראשונה, הוא לא יזכה בנכס;
      3. **קיבל-** ככלל, שכלול הקניין יהיה במועד כריתת החוזה בין הבעלים לבין השני בזמן, לפי הלכת טקסטיל ריינס. אלא אם קבעו אחרת (לפי ס'33 לחוק המכר), ואז התנאי לא מתקיים.
* **תו"ל אובייקטיבי** של הראשון בזמן: (במקרה של רכישת זכות להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין לא רשומים)

מצא בפס"ד גנז אומר שאם הראשון יכול לרשום זכויות בספרי החברה המשכנת, ולא עשה זאת, אז זה עשוי להשפיע על תו"ל האובייקטיבי שלו (כפי שברק קבע בפס"ד גנז בנוגע לעסקת מקרקעין). כך שבעל העסקה המאוחרת יוכל לגבור עליו.

* *לא ההלכה, אך דעה שיש להכיר.*
* רציונאל: ניתן לראות בראשון את מונע הנזק הזול ביותר, שכן העובדה שלא דואג לרשום את זכותו החוזית בספרי החברה המשכנת, היא שאפשרה את התאונה המשפטית.

**אם אין התנאה בחוזה =** **מועד כריתת ההסכם הוא מועד העברת הבעלות** **בזכות בין הבעלים לבין הראשון בזמן**

* אנו בסוג של תקנת שוק 🡨 "המחאת זכות חוזית"- השלב החוזי והשלב הקנייני מתאחדים למועד כריתת ההסכם. העסקה בין המוכר לבין הראשון בזמן נגמרה מבחינה קניינית, וכעת המוכר הוא מי שאינו בעל זכות בנכס אך עדיין מבצע עסקה עם צד שלישי. ולכן מדובר על **המחאות סותרות** – **אדם מנסה למכור יותר מכמה שיש לו**.
* נכריע לפי ס'4 לחוק המחאת חיובים: הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני:
  + - 1. מסירה- הודיע **קודם** לחייב, שהחוב שלו עבר אליו ואז הוא יזכה (השני בזמן). הראשון הודיע קודם, הוא יזכה.
      2. תמורה + תום לב- זו התפיסה הפרשנית של ס' 4.

לכן, חשוב לבדוק את תנאי החוזה בקרקע שאינה רשומה, אם קבעו מועד להעברת הבעלות כדי לקבוע באיזו סוג תחרות אנו נמצאים. הכל שאלה איך החוזה עוצב. לפי זה מכריעים.

## **קניין שביושר**

### תחרות 4+5+6: כל סוגי הנכסים

מתאר מצב של התחייבות לעסקה מוקדמת בזמן, לא רשם הערת אזהרה ולא רשם במרשם המקרקעין (יש לו רק זכות חוזית) וכעת עומד מול מעקל או נושה מאוחר של בעלי הנכס.

* השתלשלות היסטורית:

1. **דיני היושר במשפט האנגלי** – לפני חוק המקרקעין, הכלל ששלט הוא שאדם שרכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר ששילם על פני שאר הנושים של המוכר. אדם ייפרע כגובה הזכות ששילם ואז היתרה תלך לנושים.
2. **ב-1969 נחקק חוק המקרקעין הישראלי-** מצד אחד החוק לא מתייחס לתחרות מסוג זה. מצד שני, ס'161 מבטל את ההסדר שהיה רווח בארץ. כך שאין מענה בחוק הישראלי לתחרות מסוג זה.
3. **ב-1971 נקבעה** הלכת בוקר **שנתנה מענה:** המשפחה קנתה דירה ונכנסה אליה. היא עוד לא רשמה את הדירה בטאבו. אח"כ מגיע נושה שמטיל עיקול על הנכסים של המוכר. ההלכה מכירה בכך שחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר. לכן, **מאחר שהעסקה עוד לא הושלמה ברישום, מי שגובר הוא הנושים.** הרציונליים: 1)חיזוק מעמד המרשם ע"י עידוד אנשים לרשום זכויות במקרקעין; 2) הנמקה כלכלית- אם יכולת לרשום ולמנוע את התאונה ולא עשית זאת, אזי אתה מונע הנזק הזול.
4. **היו ביקורות על הלכת בוקר כהלכה פורמליסטית**: 1)התוצאה מתעלמת מהאפשרות שלפעמים לא ניתן לרשום את העסקה, כי הקרקע עוד לא רשומה בטאבו לפי גוש חלקה; 2) אין הצדקה להעדיף את המעקל- אין לו זכות קניינית, אלא סעד דיוני. נחות מאשר זכות חוזית; 3) למעקל יש אינטרס חלש יותר בנכס על פני בעלת ההתחייבות המוקדמת שיש לו זיקה ישירה לנכס.
5. **ב-1972 תוקן החוק**– בעקבות פס"ד בוקר המחוקק פועל במהרה והוסיף את היתרון בס' 127(ב) נקבע שהע"א מקנה קדימות לבעל ההערה על פני הנושים האחרים של המוכר. כך שאם בוקר היו רושמים הע"א על הנכס- הם היו מקבלים עדיפות על פני המעקל.
6. **ב-1994 ניתן תוקף לס'127(ב)**-פס"ד בנק מזרחי נ' רוזובסקי ביססו את ההכרעה בדין. אם רכשת וכתבת הערת אזהרה, גברת על יתר הנושים המובטחים. אם רכשת ולא כתבת הערת אזהרה, הרוכשים המובטחים לפניך בתור לגבייה.
7. **ב-1999 נקבעה ההלכה הנוכחית**- פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב

* רקע:זוג שהיה בהליכי גירושין, חתמו על הסכם גירושין במסגרתו העביר לה קרקע מסוימת, הוא קיבל תוקף של פס"ד. האישה עדיין לא רשמה ה"א, והבנק מטיל עיקול על הדירה בגלל חובות של הבעל שנוצר לטענתו לפני שנחתם הסכם הגירושין בין בני-הזוג. האם האישה מקבלת את הקרקע או הבנק? בעוד שהמערער טען להלכת בוקר. **ביהמ"ש קובע בפה אחד שיש לבטל את הלכת בוקר!** כל שופט הגיע לכך בדרך שונה.
* השופט ברק (רוב): אמנם לפי חוק המקרקעין אין סמכות ליצור זכות קניין שביושר מכוח הדין האנגלי, אך ברק עושה זאת מכוח הדין הישראלי. ברק לומד מס'9, שעוסק בעסקאות נוגדות, על טיב המעמד של הזכות של בעל ההתחייבות הקודמת – הוא לא מחוייב לרשום הע"א ועדיין יש לו זכות שמכניעה רוכשים אחרים. כך שאם זכות חוזית נחותה יותר, ודאי שסעד דיוני לא יוכל לגבור על פני מי שיש לו זיקה ישירה לנכס. לכן יצר פיתרון- לפי דוקטרינרית ס' 9 הוא קובע את הקדימות של הראשון בזמן על פני המעקל, ללא צורך ברישום הע"א (כך שהיתרון בס'127(ב) לא רלוונטי להכרעתו).
* שטרסברג-כהן (מיעוט): לדעתה, לא ניתן למצוא פתרון לענייננו בהסדר שבסעיף 9 כי לא מדובר כאן בעסקאות נוגדות. בנוסף, לא נכון להסתכל על תחרות בין בעל התחייבות מול נושה, רק לפי תפיסה של יעילות מלכתחילה (מונע הנזק הזול ע"י רישום הע"א). המעקל הוא לא מסוג האנשים שמסתמך על המרשם (אם יש הע"א או לא). וגם אם כן- הנכס היה יכול להימכר, וזה לא מה שימנע מהמעקל לפרוע את חובו. לכן, ההכרעה בתחרות צריכה להיותלפי שיקולים יותר ראויים-ערכיים:

1. **הזכויות הן לא שוות מעמד**- יישום של **תיאורית האישיות.** לבעל הזכות המוקדמת יש זיקה לנכס הספציפי הזה (רוצה אותו) בעוד שלמעקל יש אינטרס כלכלי בלבד מהנכס, אין לו שום עניין בדירה הזו.
2. **מאזן המצוקה-** כשמסתכלים על **זהות הצדדים הטיפוסית**, ישנו הבדל משמעותי: בד"כ בעל ההתחייבות לעסקה הוא אדם פרטי או משפחה קטנה, ואם היא תפסיד בתחרות יהיה נזק הרבה יותר משמעותי. ומנגד, עומדים נושים מוסדיים, חזקים, שחקנים רב פעמיים שרוצים את הכסף שלהם. מכניסה **שיקולים חלוקתיים** בין הצדדים.

על רקע כל זה שטרסברג-כהן קובעת שלא ניתן להכריע רק עפ"י רישום של הערת אזהרה. בכך היא למעשה מבקרת את הלכת בוקר. **ההכרעה בתחרות צריכה להיות ע"י בחינת זהות הצדדים ומהות הזכויות של כל אחד**.

* הלכת אהרונוב- הראשון בזמן גובר על פני מעקל מאוחר, ללא צורך ברישום הע"א (היתרון בס'127(ב) מתייתר).
* מה יקרה אם שולמה **רק חלק** מהתמורה?
* **שטרסברג-כהן**- ללכת לפי דיני היושר (בדין האנגלי). **לתת עדיפות באופן יחסי** עד גובה הסכום שהוא שילם.
* **ברק וחשין (רוב)**- הזכייה של הראשון היא אבסולוטית ללא קשר לגובה התמורה שהוא שילם. עדיין צריך להשלים את שאר התמורה ולשלם אותה לכונס הנכסים, שיפרע את התמורה לנושים.
* **השפעת הלכת גנז על עקרונות הלכת אהרונוב-**
* פס"ד בנק המזרחי נ' גדי- נמכרה דירה. הקונה לא רושם הערת אזהרה במשך 7 שנים ואז בנק המזרחי מתיל עיקול על הדירה בגלל החובות של המוכר.

הדילמה: **אהרונוב** 🡨 הראשון בזמן גובר על פני מעקל מאוחר, **גם בלי** **רישום הע"א.** **הלכת גנז**🡨 ברק הוסיף שהראשון בזמן **חייב לרשום הע"א תוך זמן סביר**.

ביהמ"ש קובע שלא מייבאים את דרישת רישום הע"א כתנאי לזכייתו של הראשון מ3 סיבות:

1. **מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות**- זו לא אותה התחרות. אין פה חשש שאם הראשון בזמן היה רושם הערת אזהרה זה היה משנה את השיקולים של הנושה המעקל.
2. **אין הסתמכות על נכס ספציפי**- כשמטילים עיקול על נכסי המוכר לא מטילים על נכס מסוים, מטילים עיקול על כל נכסי המוכר. זה לא שעבוד של נכס.
3. **עוצמת האינטרס של המעקל בנכס**- גם אם היו מטילים עיקול ספציפית על הנכס לא הנכס הוא מה שמעניין, רוצים את הכסף. בעצם הערת האזהרה לא הייתה משנה את הרצון לעקל.

* **חריג להלכת בנק המזרחי**-רלוונטי רק למקרקעין משום שרק שם ניתן לרשום הע"א.פס"ד רשף נ' יוסף(מחוזי)- אדם נטל הלוואה מהבנק והתחייב לתת משכנתא על הבית. הבנק טרם שיכלל את המשכנתא ברישום ולא רשם הע"א. לאחר מכן, מוטל עיקול על הנכס (נושה לא מובטח). הטענות: הבנק במקרה זה טען **אהרונוב** (יש לו זכות מעין קניינית מעצם זה שהוא מול מעקל). אולם המעקל טען להלכת **גנז**, הבנק לא רשם הערת אזהרה ולכן יש לו חוסר תו"ל.

השופט אקון מחיל כאן את פס"ד גנז: נושים מקצועיים חייבים לרשום הע"א בתחרות מול מעקל או נושה מאוחר. הרציונאל: **הבנקים הם אחד הגורמים שהכי מסתמכים על המרשם**, לכן יש להם אינטרס עצמי שהמרשם יהיה מדויק וברור. כמו כן, הם נושים מקצועיים, שחקנים חוזרים, מהווים סוכנות חברתית שאמורה לדאוג גם לציבור, יש להם כלים ומערך מקצועי לרשום את זכויותיהם. מרים: מנסים לעשות חיים קשים למעקלים. הלב זה בגלל שהוא שחקן מקצועי. תמיד שירשום את העסקאות שלו. \*לא מעלה ולא מוריד ביחס להלכת אהרונוב.

* **עסקאות מתנה מול מעקל מאוחר-** האם הלכת אהרונוב תקפה?
* אם בעל ההתחייבות למתנה הראשון בזמן, והוא **רשם הע"א** (ביחס לכל עסקה) הוא תמיד מנצח לפי 127(ב).
* פס"ד לניאדו- נקבע שאם בעל ההתחייבות למתנה הראשון הזמן, והוא **לא רשם הע"א** הוא יסוג מפני המעקל. **השיקול המוביל הוא מאזן המצוקה**. הלכת אהרונוב לא תקפה.
* אם מתקיים אחד מ4 תנאים - בעל ההתחייבות למתנה יזכה:

1. כאשר הנסיבות יעידו **שהמתנה אמיתית** ולא בניסיון להבריח נכסים. שאין מצב כלשהו של פשיטת רגל של נותן המתנה.
2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה **שינה מצבו לרעה** בהסתמך על המתנה.
3. כאשר החזרה מהמתנה **אינה אפשרית** (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר).
4. כאשר הנושה המעקל **ידע על המתנה**- לא נגיד שהוא הסתמך על הנכס הזה, ואז תום ליבו נפגם ולכן הוא לעולם לא יזכה (חוסר תום לב סובייקטיבי).

מספיק שתנאי אחד לא יתקיים באופן קיצוני כדי שיקבעו כי הנכס ילך לנושה/המעקל.

**לסיכום- בתחרות של בעל התחייבות לעסקה מוקדמת מול נושה/מעקל מאוחר:**

* + - * מקרקעין, מיטלטלין וזכויות- בעל ההתחייבות לעסקה הוא הזוכה בתחרות, לא משנה אם רשם הע"א או לא(הלכת אהרונוב+ בנק מזרחי נ' גדי).
      * מקרקעין, מיטלטלין וזכויות- כשהעסקה המוקדמת בזמן היא עסקת מתנה **המעקל המאוחר מקבל עדיפות**, אלא אם כן מתקיים אחד מ4 התנאים. (לניאדו).
      * מקרקעין- אם בעל ההתחייבות הראשונה בזמן הוא **בנק** (מהווה נושה מקצועי) והוא לא רשם הע"א, הוא יפסיד בעימות מול מעקל מאוחר (רשף נ' יוסף)

**תקנת שוק**

מצב בו אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו, או שאין לו כלום או שיש לו זכות פחותה מזו שמנסה להעביר. העימות שנוצר הוא בין הבעלים האמיתי, לבין הרוכש שקונה זכות קניינית פגומה. אם הרוכש מנצח בעימות, הוא **מקבל את הנכס נקי מכל רישום** (שיעבוד, עיקול או חוב).

כלל ההכרעה לפי 3 סעיפים רלוונטיים: ס' 10 לחוהמ"ק, ס' 34 לחוק המכר (תקנת שוק במיטלטלין) וס' 4 לחוק המחאת חיובים (תקנת השוק בזכויות).

**חריג לדיני הקניין**, כי ברירת המחדל היא שהנכס חוזר לבעליו בגלל תכונת העקיבה והעדיפות. אולם הדין מאפשר את תוקף העסקה (של תקנת שוק) בגלל אינטרסים חברתיים.

### תחרות 7: תקנת שוק במקרקעין

* סעיף 10 לחוק המקרקעין: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".
* כדי שהרוכש יהפוך את זכותו לתקפה על אף שהיא פגומה, צריכים להתקיים 6 תנאים (במצטבר):

1. **רכישת זכות במקרקעין**- זכות **קניינית** + העסקה נגמרה **ברישום** קנייני.
2. **בתמורה**- הרוכש שילם את **מלוא התמורה** או החלק הארי + המחיר מגלם את **השווי** האמיתי.
3. **בתום לב סובייקטיבי-** פס"ד סונדרס: חייב להיות מתחילת העסקה ועד סופה. המשמעות היא שהרוכש לא ידע שרכש זכות פגומה, עד לשכלול הקנייני, כלומר:

* לא ידע ולא חשד: הרוכש האמין שהמוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם 🡨 **מקיים תו"ל.**
* עצימת עיניים: הרוכש **חשד** שלמוכר **אין** זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק ובמודע נמנע מלברר למרות שהיו אינדיקציות לכך, נחשב כ"ידיעה" 🡨 **שולל תו"ל.**
* התרשלות: הרוכש **לא ידע ולא חשד בפגם**, אך אם היה נוקט אמצעים שקונה סביר היה נוקט הוא היה יודע או היה חושד 🡨 **לא נשלל תום ליבו,** אבל הוא התרשל. רשלנות ותו"ל סובייקטיבי יכולים לדור בכפיפה אחת. מצבים נדירים.
* בעסקאות על סמך הע"א בלבד- הרף מוחמר, נדרשת בדיקה מעמיקה לפי **מדדים אובייקטיביים** (מורדכיוב).

1. **רק במקרקעין מוסדרים**- קרקע שעברה הסדר, בוטחים ברישום (נוצר רישום נקי ומוסדר במקרקעין). מכיוון שרישום ראיה חותכת לתוכנו.
2. **בהסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין-** לא להסתמך על מסמכים חיצוניים לטאבו.צריך לבדוק שהזכות רשומה בטאבו (שכירות קצרת מועד לא טעונה רישום). כל רישום קיים, יחייב את הרוכש (אם יש עיקול- הוא יהיה כפוף לו עד שהעיקול יוסר).

* פס"ד אדלר: "ההסתמכות צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה".
* פס"ד להיגי נ' עוזרי: תקנת השוק לא תחול במצבים שההסתמכות היא על מסמכים מזוייפים. שכן ההסתמכות צריכה להיות על הרישום.

1. **כאשר הרישום לא היה נכון- הטעות צריכה להיות במרשם,** כלומר הרישום שגוי, לא משקף את הבעלות האמיתית בנכס. בכל מצב אחר אין תחולה לתקנת השוק. **מה היה קורה ללא תנאי 6?** מצב בו הרישום נכון, אבל הרוכש נפל קורבן כי הסתמך על מצג שווא של אדם שהציג עצמו כבעלים של הנכס בזמן שהמרשם היה תקין. הוא לא יקבל את הנכס! הרציונאל: אם הוא יקבל את נכס בכל זאת, זה לא יהיה ראוי! יתן פתח להרבה רמאויות שהיא גורם לכך שנאבד בקלות הרבה נכסים.

* רציונל תקנת השוק- לעודד אנשים להסתמך על רישום המקרקעין גם כאשר הוא שגוי, "מ ליצור **תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" על ידי חיוב בבדיקות**, כל עוד מדובר בקרקע מוסדרת. זאת כדי לחסוך בעלויות עסקה ובירור, לגבי מידע על הנכס. לא רוצים לבזבז בזמן שיגרום לעיכוב בעסקאות מקרקעין. אם לא יבטחו במרשם, ידרשו הרבה מאוד בטוחות ותהיה פגיעה בשוק. כדי שתקנת השוק תחול, צריך להערים על פקידי המרשם, כדי שהטעות תהיה במרשם. וזה קשה. נדיר שיש תחולה לס'10 וטוב שכך.
* **מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?**

פס"ד מורדכיוב: מתחזה לבעלים של נכס, רוצה למכור את הנכס לרוכש א', אדם תמים. הם הולכים לעו"ד שחשד בתיעוד של המתחזה. המתחזה חוזר עם תיעוד אחר. חותמים על ההסכם (המתחזה במקרה זה מעביר משהו שהוא לא יכול למכור). רוכש א' רשם לטובתו הערת אזהרה. ולאחר מכן, על בסיס ההערה, החליט למכור את הנכס לרוכש ב'. כשרוכש ב' מגיע למרשם, הוא רואה שהבעלים המקורי הוא הרשום על הנכס, כאשר יש הערת אזהרה לטובת רוכש א'. העו"ד של ב' אמר להם שמשום שיש רק הערת אזהרה בשלב זה, כדאי להם לדחות את עיקר התשלומים עד לאחר שרוכש א' ירשם כבעלים. רוכש ב' לא הקשיב לו, המשיך את העיסקה, שילם את כל התשלומים לרוכש א', לפני שרוכש א' קיבל בעצמו את הזכאות בנכס. אחרי כמה שנים מגיע הבעלים המקורי ותובע את קבלת הדירה.

הבעיה: רוכש ב' לא הסתמך על מרשם שגוי, כי הרישום של הזכות הקניינית עדיין על שם הבעלים המקורי. אולם ישנה הע"א (בטאבו) מטעה! הרישום שלה היה שגוי, כי המוכר לא זכאי לרשום אותה. **האם אפשר להתייחס לזה כאל מרשם לא נכון כך שתחול תקנת השוק?**

השופט רובינשטיין קובע כי אין מניעה עקרונית להחיל תקנת השוק, משום שקיימתטעות במרשם. עם זאת, צריכים להתקיים שני תנאים נוספים:

1. **יש להחיל סטנדרט אובייקטיבי של "בדיקה ראויה"** **בנוגע לכלל הנסיבות בעסקת היסוד** שבין הבעלים הרשום לבין מי שיש לטובתו הע"א. איך? תלוי בנסיבות של כל מקרה. אולם, הפעולה הבסיסית המתבקשת היא ליצור קשר עם הבעלים הרשום (לאתר אותו- טלפון, כתובת). הוא חייב לחזור אחורה ולבקש לראות מסמכים מהעסקה הראשונה, לראות שהכול שם היה תקין, ע"מ להוכיח שהוא בדק בצורה סבירה וראויה שהמתחזה רשום בטאבו כבעלים. אם לא בדק 🡨 אין עמידה בסטנדרט אובייקטיבי.
   * + - **זה משפיע גם על תו"ל סובייקטיבי**- רוכש ב' צריך לברר את הנסיבות למה רוכש א' מזדרז, כי עסקת מכר תכוף ע"ב הע"א בלבד, היא נסיבה שמדליקה חשד. אם לא 🡨 זה עצימת עיניים.
2. **נדרשת התניית תשלומים ברישום**- רוכש ב' צריך להתנות בחוזה, שהמוכר יקבל את מירב התשלומים רק לאחר הרישום ע"מ להנות מההגנה של תקנת השוק.

הלכה: לא רק רישום של זכות קניינית, אלא גם רישום על בסיס הע"א מאפשר הסתמכות על המרשם. **על רוכש ב' לקיים את כל התנאים בס'10 במצטבר + 2 דרישות מחמירות.**

**הרציונל הוא מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות במקרקעין.** השופט רובינשטיין לוקח שתי פרקטיקות מסחריות נוהגות וקובע שאם אנשים שרוכשים נכס על בסיס הערת אזהרה מתנהלים בצורה תקינה מבחינה מסחרית זה מעיד לביהמ"ש על זה שהם תמי לב ועל זה שצריך להחיל את תקנת השוק במקרה שלהם. אם הם פועלים בצורה לא תקינה מבחינה מסחרית, מוותרים על דברים שמגנים עליהם בעסקה, יש פה משהו שמעיד על כך שהם מזדרזים מדי לסיים את העסקה.

### תחרות 8: תקנת שוק במיטלטלין

אדם רוכש נכס מטלטלין מאדם שהזכות בהם לא שלו, והעימות של הרוכש הוא מול הבעלים המקורי. אם תקנת השוק חלה- הנכס מתחיל חיים חדשים. הבעלות עוברת נקייה מכל ההיסטוריה הקיימת.

ס' 34 לחוק המכר: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שיעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב".

* להכרה בקיומה של תקנת שוק כל הקריטריונים צריכים להתקיים במצטבר:

1. **נמכר-** 1)עסקת **העברת בעלות** בלבד, המוכר הוא הבעלים. 2)**בתמורה למחיר** לפי ס'1 לחוק המכר (חידוש: *פס"ד כנען*- התמורה חייבת להיות אובייקטיבית שמשקפת את שווי השוק האמיתי של הנכס).

* פס"ד כנען- ביהמ"ש מכריע על בסיס גילוי הטיב האותנטי של התמונות, שאין תמורה לצורך תקנת השוק, כיוון שיש **כישלון תמורה בדיעבד**- הרוכש שילם את הסכום על מה שהוא חשב שהוא קונה, אבל בדיעבד התברר שיש כישלון תמורה משום שהמוצר שונה. לכן, מעיד ש**דורשים תמורה אובייקטיבית (=שווי שוק אמיתי של הנכס).**

1. **נכס נד-** רק נכסים מוחשיים פיזיים (לא זכויות או קניין רוחני). אין הבחנה אם המטלטלין רשומים או לא.
2. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר-** הגישה הנהוגה לפי **זמיר**בפס"ד כנען: זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה. הקנייה חייבת להיות של נכסים מסוגו של הממכר.כלומר נבחן האם המוכר באמת עוסק במכירת נכסים מהסוג של הממכר (ולא אם הקונה חשב שהוא עוסק).
3. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו-** הגישה הנהוגה לפי **זמיר**בפס"ד כנען: זהו תנאי אובייקטיבי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה. המכירה חייבת להיות בשעות הפעילות הרגילות של העסק. לבדוק **שאין נסיבות מחשידות** לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס – זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של הסכם המכר: תנאי העסקה, זמן (בשעות הפעילות הרגילות), מקום (לא בסמטה חשוכה). לגבי אתרי אינטרנט- ראוי שתקנת השוק תחול, צריך לחשוב איך ליישם.
4. **הקונה קנה וקיבל את הנכס לחזקתו-** חזקה במטלטלין = מסירה כשכלול הקניין, יכול להיות לידי מי מטעמו. אלא אם קבעו שהבעלות תעבור בדרך אחרת (ס'33 לחוק המכר).
5. **תום לב סובייקטיבי-** צריך להתקיים מכריתת ההסכם ועד לשכלול הקניין. אחרת לצאת מהעסקה (מונע הנזק הזול). **המבחן:** הרוכש לא ידע שמקור הזכות פגום + לא עצם את עיניו (כלומר לא נמנע מלברר את החשד במודע ובמתכוון) כי לא היו נסיבות לחשוד. אם כן ידע או כן עצם את עיניו- שולל את תום ליבו. חשוף לאובדן הנכס והוא ישאר בידי הבעלים.

* **רציונאל דרישות 3 + 4** 🡨 **תנאי השוק הפתוח**. לעודד לקנות בשווקים חוקיים וחופשיים ולהימנע להיכנס לשווקים שחורים לעסקאות מפוקפקות, שמקור הנכס לא ברור. דגן- **תימרוץ הסוחרים** לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק (במשרד הרישוי, משטרה אם דווח על גניבה, תעודות מזהות), כדי לוודא שאדם שמולנו הוא הבעלים האמיתיים. *"מי שקונה בתנאי השוק הפתוח רוכש על בטוח".*
* **רציונאל תקנת השוק** 🡨 **לאפשר מסחר מהיר ללא עלויות עסקה גבוהות ועלויות בירור גבוהות**. **תקינות חיי מסחר**, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" על ידי חיוב בבדיקות
* **עולה השאלה האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית?** רלוונטי בעיקר לשוק הרכבים. האם תום ליבו של האדם ייפגם אם לא עשה בירור על רישום שעבודים/ עיקולים?
* נקבעה הלכה פס"ד רוזנשטרייך- "אין מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית". מנחה את הדין עד היום. לא מצפים מאנשים לבדוק עיקולים או שיעבודים שרובצים על הנכס. אין ציפייה לבדיקות מקיפות וכבדות לעמידה בתקנה כי זה לא סביר. מה שצריך לדעת זה שאם יהיו לכך השלכות בשלב מאוחר יותר יצטרכו לשאת בהשלכות. הרציונאל: **סחר חופשי ושוטף במטלטלין.**
* **עד כמה שאלה זו רלוונטית להיום?** כיום יותר קל לעשות את הברורים (באופן מקוון- משרד הרישוי, רשם המשכנות), לכן אולי ראוי היה שכן היו מחילים ידיעה קונסטרוקטיבית בימינו.
* פס"ד כנען- זהבה כנען קנתה שתי תמונות של רובין בשוק הפשפשים. היא קונה אותם ב-250 שקלים לציור. לאחר שהיא קונה את הציורים ולוקחת אותם מתברר שהם מקוריים. הערך שלהם הוא כמה מאות אלפי דולרים. יש פער מאוד משמעותי גם בסכומים וגם בטיב הממכר. כשמגלים שציורים אלו נמצאו ממשלת ארה"ב תובעת את החזרת הציורים האלו משום שהם נגנבו. ביהמ"ש מתמודד עם הדרישה של ממשלת ארה"ב להחזרת הציורים האלו בשתי דרכים משפטיות:
* **מסלול חיצוני**- הרציונל הוא **שאין הצדקה למתנות משמיים**. לא רוצים כמערכת משפטית שאנשים יקבלו לידיהם נכסים שאין הצדקה שיגיעו אליהם. שתי דרכים דרך **דיני החוזים**:

1. דרך א'- **ברק ואור**: במצבים של **טעות משותפת** (פגם בכריתת החוזה) אפשר לבטל את העסקה באמצעות הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (עשיית עושר). לכן ממשלת ארה"ב יכולה להפעיל את זכות העקיבה שלה על הנכס ולבטל את העסקה של כנען. חיסרון- רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.
2. דרך ב'- **ברק**: **חוסר תו"ל** בעת קיום חיובים/במו"מ. אי אפשר להיחשב לתם לב אם קונים נכס במחיר זעום לעומת שווי הריאלי. מדובר על פער עצום.

* **מסלול פנימי**- זהבה כנען לא עומדת **בתקנת השוק** ולכן צריך להחזיר את הנכס. מנסה לערער על שני תנאים **מתוך ס' 34:**
* מהו סוג הנכס? **אולי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור?** האם תמונות מקוריות של רובין הן סוג הנכסים שאותה המוכרת בשוק הפשפשים רגילה למכור? השופטים עושים משהו שחותר תחת הרציונל של תקנת השוק בנכסי מיטלטלין- להימנע מלהטיל על הקונה עלויות בירור. לכן, כאשר הוא עונה על תנאי זה, זה צריך לבטא אינדיקציה לתו"ל של הקונה. אך פה אין ספק שזהבה פעלה בתום לב. לכן, בירור בדיעבד או ניסיון להלביש את הטעות הזו על תקנת השוק מרוקן אותה מתוכן.
* לגבי התמורה- ברק מחיל את **שיקול מאזן המצוקה**. 100 אלף$ לעומת 250₪, אין היגיון שממשלת ארה"ב תספוג נזק כזה, כדי שגב' כנען תזכה. לכן המצוקה נוטה בצורה דרמטית לטובת ממשלת ארה"ב, לכן פוסקים שצריך להסתכל על התמורה בדיעבד. אולם, מבחינת תקנת שוק, ככל שתופסים אותה כמשהו שנועד לאפשר עסקאות בלי בירורים יקרים ומיותרים, כישלון תמורה לא יכול להיעשות רטרואקטיבית אלא רק בשלב העסקה ועפ"י מה שהצדדים האמינו. לא רוצים שכל רכישה של מיטלטלין תעשה בצורה של הבאת מומחה שיעשה בדיקה ויקבע את השווי. רוצים העברה יותר רציפה של נכסים. על כן קביעת כישלון תמורה בדיעבד בעייתית עבור תקנת השק.
* **עסקאות לרכישת רכבים-** מי שקונה רכב מאדם פרטי לא מוגן מכוח תקנת השוק, מפני שזה לא מסחר תקין. איך בכל זאת הקונה יכול להגן על עצמו ממקרים של תחרות? הפתרון- הרוכש צריך להתנות את התשלום בהעברת הבעלות באמצעות רישום **במשרד הרישוי**.

# **דיני נטילה שלטונית**

הנושא שעוסק בפגיעה הכי חמורה בזכויות קניין של אנשים.

יש 2 סוגים של נטילות שלטוניות:

1. **הפקעות**- מצב בו הרשות/שלטון לוקחת פיזית את המקרקעין של אדם פרטי ומעבירה את רישום הזכויות על המקרקעין על שמה או על שם הגורם מטעמה. במצב זה, לא נותר בידי האדם הפרטי דבר- הוא מאבד את המקרקעין.
2. **גריעה תכנונית**- הבעלים נשאר הבעלים של המקרקעין, אך מוטלות על המקרקעין כל מיני מגבלות המונעות ממנו לעשות שימושים שונים. בעל המקרקעין יכול לעשות במקרקעין פחות דברים ממה שיכל לעשות לפני כן.

**בישראל** מפצים על שני סוגי הנטילות הללו. **לעומת זאת,** בארה"ב מפצים על הפקעות, אך בכל הנוגע לגריעות תכנוניות- מפצים רק כאשר הגריעה התכנונית משמעותית ושקולה לפעולה של הפקעה **בפועל.**

החקיקה הרלוונטית ביחס **לנטילות שלטוניות**:

* חו"י: כבהו"ח - ס'3 עוסק בשמירה על הקניין; ס'8- פסקת ההגבלה והיכולת להטיל מגבלות בתנאים מסויימים. יש מתח בין שני הסעיפים שמתעורר בנטילות שלטוניות.
* בישראל יש 25 דברי חקיקה המאפשרים לרשויות להפקיע מקרקעין או להטיל מגבלות תכנוניות על מקרקעין של אנשים פרטיים: שני דברי החקיקה המרכזיים- חוק התכנון והבנייה **+** פקודת הקרקעות, על בסיסן נעשות למעלה מ95% **ההפקעות** בישראל (**גריעות תכנוניות** נעשות בעיקר באמצעות חוק התכנון והבנייה).

**הפקעות**

הגדרת הפקעת מקרקעין = פעולה שלטונית שמורכבת משלושה חלקים:

1. **רכישה כפויה** של מקרקעין- אקט כפוי על הבעלים, אינו מעוניין בכך, אך עדיין הרשות לוקחת מתוקף סמכותה.
2. לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**- בלבד. לא ניתן להפקיע למטרות אחרות.
3. תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין- חייבת לתת פיצוי לבעלים בגין נטילת המקרקעין.

### רכישה כפויה של מקרקעין

* מכוח מה קיימת סמכות הפקעה? **(1)שימור הכוח-** הקרקע שייכת לריבון. הריבון הוא זה שמחליט לחלק את הבעלויות במשטר של קניין פרטי. ולכן הריבון תמיד שומר לעצמו את הכוח הבסיסי הזה להחזיר לעצמו את הקרקע. **(2)תיאוריה של "Police Power"-** המדינה קיימת כדי להגשים מטרות מסוימות. לכן היא צריכה את הכוח לקחת מקרקעין לשם מימוש תפקידיה כמדינה. המדינה יכולה לקחת **רק** לטובת המטרות הבסיסיות של תפקידיה. **(3) ההסכמה הראשונית-** התיאוריה של ג'ון לוק, ולפיה כל אחד מהאזרחים נתן לנציגים שלו (המדינה) את הסמכות להפקיע מקרקעין, ככל שיידרש בעתיד. ההסכמה ניתנה מראש כל ניתן לדעת מתי תידרשנה פעולות הפקעה או איזו קרקע תידרש לאיזו מטרה.
* למה המדינה לא יכולה פשוט לקנות את המקרקעין מהבעלים? **(1) כשלי שוק**- למנוע מבעל הקרקע להפוך למונופול, סחטנות; **(2) להגשמת צדק חלוקתי**- לאפשר מצב שלאוכלוסיות שונות תהיה גישה למקרקעין או למשאבים מסוימים. **(3) כוח שלטוני**- ישנם צרכים ציבוריים, ללא ערך שוק, שאף אחד לא יסכים לתת את הקרקע שלו לטובתם. למשל, כגון סלילת כבישים, הקמת מבנים של כיבוי אש או תחנת משטרה.

### לשם הגשמת צורך ציבורי

**בדין האמריקאי:**

* התיקון ה-5 לחוקה קובע "לא ניתן לקחת קניין פרטי **לצורך ציבורי**, ללא **פיצוי הוגן**". במדינות רפובליקניות, תהיה פחות סובלנית להפקעות ותשמר את זכויות הקניין הפרטי. במדינות דמוקרטיות, תהיה יותר סובלנית להפקעות לצורכי ציבור
* פס"ד קילו- בעיירה ניו לונדון שבקונטיקט, היו הרבה מובטלים. חברת פייזר הסכימה להקים בעיר מרכז פיתוח, כדי לקדם את העיר, אולם דרשה מהעירייה קרקע לצורך הקמת המפעל. העירייה, מפקיעה קרקעות. ביהמ"ש: **מכשיר את ההפקעה**. מדובר פה בצורך ציבורי לגיטימי. גם אם הקרקע עוברת לידיים פרטיות- כל העיר תרוויח, כי החברה תשלם מיסוי עירוני ותעסיק הרבה אנשים.
* **כתוצאה מפסה"ד**- כדי להקשות על ההפקעות (כי כעת גם תועלת ציבורית נכנסת להגדרה), הם העלו את הדרישות לפיצוי. כך שאם בד"כ הפיצוי האמריקאי הוא שווי השוק של המקרקעין שנלקחים, אז במקרה שמטרת ההפקעה היא פיתוח כלכלי הפיצוי יהיה גבוה יותר.

**בדין הישראלי:**

* ס' 2 לפקודת הקרקעות: "צורכי ציבור כמשמעותם לפי ס' 188 לחוק התכנון והבניה, וכן כל אחד מאלה, ולרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם: מחנה צבאי, תחנת משטרה, בית סוהר, או מיתקן או אתר המשמש לצורך צבאי או ביטחוני; ובסעיף קטן 10 נקבע "צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הועדה המייעצות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת".

במילים אחרות, כל דבר ששר האוצר קובע כצורך ציבורי יוגדר כצורך ציבורי לגיטימי.

* ס' 3 לפקודת הקרקעות: קובע שלאחר ששר האוצר איתר צורך ציבורי, **הוא רשאי** (1)לרכוש את הבעלות על כל קרקע; (2)לרכוש חזקה או השימוש בקרקע לתקופה מסוימת; (3)לרכוש כל זכות שימוש או כל זכות אחרת על הקרקע; (4) להטיל כל זכות שימוש או כל הגבלה אחרת על קרקע.
* פס"ד קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל- בייניש אומרת שלאחר חקיקת חו"י כב"א, ביהמ"ש נוקשים יותר כאשר מדובר על סמכות הפקעה לצורך ציבורי, מצמצמים את הסמכויות ומתערבים בהפקעות שלטונית.
* למעשה, זה **לא נכון.** צורך ציבורי מתפרש הרחבה, בתי משפט כמעט לא מתערבים. נראה פסקי דין שמשקפים את המגמה:
* פרשת דור- שנת 52. **הפקעת קרקע לטובת הקמת בתים לעולים חדשים**. בעלי הקרקע, משפחת דור פנו לביהמ"ש שלוקחים קרקע פרטית לטובת הקמת יישוב לאנשים פרטיים אחרים. ביהמ"ש קובע שלא ניתן להעביר ביקורת שיפוטית על החלטת שר האוצר, אם החליט שמדובר בצורך ציבורי שמאפשר הפקעה, ביהמ"ש סומך על שיקול דעתו.
* פרשת שוורץ- המשך של פרשת אתא נ' שוורץ. ביהמ"ש פסק לטובת שוורץ. לאחר המקרה, בעלי המפעל פנו לשר האוצר וביקשו להפקיע את הקרקע של שוורץ, אחרת יסגרו את המפעל ויפטרו עובדים. שר האוצר הפקיע את הקרקע של שוורץ. **שוורץ מגיש עתירה לבג"ץ נגד ההפקעה**. ביהמ"ש מאשר את ההפקעה, וקובע שמהרגע בו שר האוצר החליט שיש צורך ציבורי, אין לו יכולת לבצע ביקורת שיפוטית על הצעתו.
* בג"ץ מהדרין- שנת 94. הפקעת הרבה קרקעות חקלאיות של חברת מהדרין לצורך הקמת נתב"ג. אין ספק שזה צורך ציבורי. אך יש בו גם **צרכים מסחריים**, כמו הדיוטי-פרי. ולכן מבקשת להקים אותו בעצמה. בג"ץ קובע שבגלל שמדובר בפרויקט גדול, לא יתנו לגורם שונים להקים חלקים שונים, אלא יתנו למדינה להקים את כולו.
* מחמוד חליל נ' מדינת ישראל- הפקיעו מחליל קרקעות לצורך **התרת שטח ציבורי פתוח**. ניתן היה לעשות זאת בדרך אחרת (אמצעים תכנוניים ושינוי ייעוד). ביהמ"ש פוסק שלא מתערב בשיקול דעתו של שר האוצר.
* **המסקנה-** האמירה של **בייניש** בפס"ד קרסיק לא מדויקת, אלא זו של **שמגר** בפס"ד לוביאניקר, שאומר שס'2 לפקודה מקנה להחלטה של השר שקיים צורך ציבורי, מעמד של הכרעה החלטית.

### מידתיות ההפקעה

* **אז איפה הרגולציה נעשית?** במידתיות ההפקעה, ולא בשאלה האם היא לצורך ציבורי. **תנאי המידתיות בפסקת ההגבלה** (ס'8 לחו"י: כבהו"ח), הפך להיות המבחן להכרעה האם ההפקעה מידתית. אם לא 🡨 תבוטל.
* שבעה מבחנים נולדו בפסיקה להפקעה מכוח פק' הקרקעות:

1. **נסיון הרכישה ההסכמי (שמגר)**: הרשות צריכה להוציא הודעה לבעלי המקרקעין שיש להם הזדמנות למכור את הקרקע טרם מפקיעה אותה, כי היא זקוקה לה. אמנם זה לא מו"מ רצוני אמיתי, אך אם הרשות לא תפעל כך 🡨 ההפקעה לא תהא מידתית וזו עילת פסילה.
2. **ביצוע עצמי-** פס"ד נוסייבה- למשפחה היו המון קרקעות. הפקיעו מהם קרקע לצורך הקמת מרכז מסחרי. לא עשו שימוש בקרקע כ20 שנה. טענו שמטרת ההפקעה נזנחה ולכן ביקשו חזר את הקרקע. ביהמ"ש קובע מבחן: **אם בעלי הקרקע יכולים לבצע בעצמם את מטרת ההפקעה להגשמת הצורך הציבורי,** ההפקעה אינה מידתית. במקרה דנן, ביהמ"ש קובע שיש להחזיר להם את הקרקע, לא בגלל הזמן הרב שעבר, אלא בגלל שההפקעה לא הייתה מוצדקת- למשפחה הייתה היכולת הכלכלית מלכתחילה לבצע את מטרת ההפקעה.
3. **איחוד משאבים-** תת מבחן של ביצוע עצמי. **ביצוע עצמי בנסיבות של ריבוי בעלים**. מקור הנפקות וזכויות נ' מ"י: עסק בהקמת שכונת הר חומה בי-ם. הצריך הפקעות קרקעות שהיו בבעלות מס' בעלים. הם טענו כי אין סיבה שהמדינה תגזור את הרווח היזמי אם בתור בעלי הקרקע הם יכולים **לאחד את המשאבים** ולהקים את הפרוייקט בעצמם. ביהמ"ש הכשיר זאת (קבע פרק זמן מוגבל של 3 חודשים, אך הכיר בכך).
4. **שיהוי-** (1) פן ראייתי- פס"ד נוסייבה: העובדה שהעירייה השתהתה 20 שנה, מעיד שכוונתה הייתה לזנוח את הגשמת המטרה הציבורית. **אולם ביהמ"ש לא מקבל זאת**. (2) פן מנהלי- הטענה שהעירייה אינה מתפקדת כראוי. משנות ה-50 ואילך, אם העירייה לא מגשימה את המטרה הציבורית תוך זמן קצוב, יענישו אותה- ניתן לבטל את ההפקעה.

* פסד אמיתי (שנת 88) הפעם הראשונה שביטלו הפקעה על רקע של מידתיות בעילת של שיהוי (26 שנים).
* משנת 2010, נעשה תיקון לפקודת הקרקעות שקובע את ברירת המחדל: יש לרשות **8 שנים** להתחיל בביצוע פעולת ההפקעה. אולם, אולם החוק מאפשר לשר האוצר להאריך **עד ל15 שנים** אם חושב שזה ייקח יותר. אם יצטרך עוד, יוכל להאריך **בעוד שנתיים** עם בקשות מנומקות. **המקסימום הוא 17 שנים** להתחיל בביצוע מימוש התועלת הציבורית.

1. **תום/שינוי המטרה-** פס"ד קרסיק- שטחים הופקעו מהבעלים לצורך שטחי אש לצה"ל. לאחר 40 שנה, המדינה המירה את השטחים לצורך שיכון עולים חדשים. בעלי הקרקע המקוריים לא מסכימים לקבל פיצוי על ההפקעה אלא לקבל את הקרקע חזרה כשהמטרה הסתיימה (בתום 40 שנה). חשין הציג את העמדה שמרגע ההפקעה, זיקת הבעלים לקרקע מתנקת אולם דחה גישה זו. וקבע כהלכה:

* ההפקעה לא מנתקת את זיקת הבעלים לקרקע. אם תם הצורך הציבורי- המדינה חייבת לייעד את הקרקע למטרה ציבורית אחרת.
* בתיקון שנעשה ב2010 בפקודת הקרקעות המחוקק אימץ את הגישה: **ס'14א** **שינוי מטרות הפקעה**- אם רוצים לייעד את הקרקע למטרה ציבורית חדשה, יש לבצע את תהליך ההפקעה **מחדש** (הקמת ועדה מייעצת + שמיעת התנגדויות הבעלים לשינוי הייעוד לפי העילות). **ס'14ב**  **זכויות לרכישה מחדש**- אם המדינה חוזרת בה, לבעל הקרקע יש זכות לרכוש את הזכויות בקרקע בתוך אותה תקופה במחיר הרכישה, לפי הודעת שר האוצר.

1. **זכות מזערית-** עלה בפס"ד אקונס. המבחן- **חובת הרשות להפקיע את המינימום הנדרש לצורך הציבורי**. אם הרשות לוקחת יותר מהמינימום הנדרש, ביהמ"ש יתערב וההפקעה תיקבע כלא מידתית.
2. **מיקום רלוונטי ומיטבי-** פס"ד זמר תוואי כביש 6 היה אמור לעבור דרך מועצה איזורית עמק חפר, אך הוא שונה, כך שיעבור דרך מועצה איזורית זמר. לטענתה, ההסתה גורמת להפקעה לא מידתית. ביהמ"ש אומר שאפשר לקבוע שהפקעה לא מידתית ולבטלה אם המיקום אינו רלוונטי ומיטבי.

### הזכות לפיצוי

* בתי המשפט מדברים על "פיצוי" כך שצריך להיות פיצוי צודק או פיצוי הוגן.
* **אולם לפי איזו תפיסת צדק?**  **(1)צדק מתקן –** גישה של השבת המצב לקדמותו; (**2**) **צדק חלוקתי-** לפזר את העושר באופן צודק בחברה. ביקורת: לא ניתן ליישם צדק חלוקתי כי המשפט הפרטי עוסק בהתנגשויות בין שני צדדים פרטניים במקרה קונקרטי. לכן לא יכול להסתכל על כלל האוכלוסייה. (3) **צדק הליכי**- ההליך חייב להיות הוגן, כדי שהצדדים ירגישו חלק מהמערכת. לכן עליהם להיות מיודעים לטענות נגדם, לזכויות שלהם, וכו'. לא משנה התוצאה. ביקורת: ההליך הוא רק חלק, חשובה גם התוצאה. (4) **צדק מאחה**- תפיסה שמגיעה מהתחום הפלילי. לא רק הפוגע והנפגע בתמונה אלא גם הקהילה כולה. אדם שנפגע מקהילה רחבה שנהנית מההפקעה, לכן צריך לאפשר שיח עם בעל המקרקעין.
* **מהו הפיצוי בארה"ב?** מאמצים תפיסה של צדק מתקן = **מטרת הפיצוי היא השבת הבעלים למצבו הכלכלי לפני ההפקעה**. ישנם ראשי נזק שמחיר השוק לא לוקח בחשבון:

1. **אובדן ערכים סובייקטיביים לנכס–** לא בהכרח סנטימנטלי, אלא שהנכס תואם לצרכים מיוחדים שרלוונטי אליי ולא לאחרים, כמו מיקום (לעבודה/למשפחה). סיבה: קשה להעריך ולכמת אותם.
2. **כשלי השוק ה"מדומיין"** - חישוב הפיצוי נעשה לפי שווי הנכס **לפני ביצוע ההפקעה**. עד תחילת שנות ה-2000 רוב ההפקעות לטובת בניית שכונות חדשות בארה"ב, היו בשכונות מצוקה. שווי השוק של הנכס, היה נמוך (מצבו בלוי). הפיצוי לא היה אפקטיבי עבורם, יכלו לרכוש דירהרק בשכונות מצוקה אחרות.
3. **הדרת ערכים כלכליים**– שכ"ט עו"ד, הוצאות מטווח, פגיעה במוניטין, עלויות איתור דירה חלופית, הובלה וכו'.

* **מהו הפיצוי בדין הישראלי?** תפיסה של צדק מתקן. יש להעמיד את הנפגע במעמדו הכלכלי **לפני** ההפקעה. פס"ד ארידור השופט חשין אומר שהפיצויים חשובים ושביהמ"ש חייב להתייחס אליהם כקניין של הבעלים.
* בהקשר של פיצוי, יש שוני בין חוק התכנון והבנייה לבין פקודת הקרקעות:

1. **פקודת הקרקעות** (חוק שנועד לרשויות שלטוניות, שר האוצר)

* ס' 12 לפקודת הקרקעות קובע כי **הכלל הוא פיצוי עפ"י שווי השוק** **של הנכס**. לביהמ"ש אסור להתייחס לעובדה שהקרקע נמכרת בכפייה.
* עד שנת 2010: ס' 20(2)(א) קבע שבסמכות שר האוצר, להפחית פיצוי עד 25% משווי הקרקע. כך שאם הופקע עד רבע מהמגרש, יש פטור מלשלם פיצוי.
* בשנת 2010: תוקנה הפקודה וביטלה את החריג. אולם, **אם ההפקעה מתבצעת ע"י רשויות מקומיות, ניתן להפחית עד 25% מהפיצוי**. ההצדקה- בד"כ זה לטובת צרכים קהילתיים, ולכן הבעלים תורם את חלקו.
* סייג לחריג: ס'20(ג) קובע ששר האוצר יכול לבטל את ההפחתה (משמע לשלם את כל ה-100%) או להוסיף ולהעניק פיצוי נוסף (מעבר לשווי השוק), **לפי שיקול דעתו**, אם יראה שהצמצומים שהוטלו יגרמו סבל, בהתחשב בכל נסיבות המקרה.

לסיכום- מכוח פקודת הקרקעות אין להפחית פיצוי אלא אם ההפקעה נעשה לטובת רשות מקומית ואז ניתן להפחית עד 25%; לשר האוצר יש שק"ד לבטל את ההפחתה או להעניק פיצוי נוסף מעבר לשווי השוק (לפי ס' 20ג).

1. **חוק התכנון והבניה** (חוק שנועד לרשויות מקומיות בלבד)

* ס' 190(א) נקבע שבמידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק התכנון והבניה, הועדה המקומית תבצע את ההפקעה עפ"י ההוראות בפקודת הקרקעות (אופן ההפקעה + מתן פיצוי).
* ס' 190(א)(1) **רישא**: מחיל את ס'20 לפקודת הקרקעות (שמפחית פיצוי עד ל-25%) וקובע שאם **רשויות מקומיות** מפקיעות קרקע מכוח חוק התכנון והבנייה לצרכים ציבוריים (צרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות), **יש להן פטור של עד 40%.**
* סיבות אפשריות לפער בין החוקים: (1)**לטובת הכלל**- הפקעות של רשויות מקומיות הם לצרכים קהילתיים, שמטיבים עם כלל החברה, כולל האדם שמפקיעים ממנו; (2)**מצב כלכלי**- גירעונות כלכליים של רשויות מקומיות; (3)**למנוע פיצוי ביתר**- הרשות המקומית תפחית פיצוי בשל השבחת יתרת המקרקעין שנותרה. כי בקרבת מקום, ישנו בית ספר, גינה או מבנה נופש.
* הגבלת סמכות ההפקעה: לפי ס' 190(א)(1) **סיפא**, לא ניתן להפקיע **חלק** ממגרש אם כתוצאה מההפקעה השווי של **יתרת** המגרש ירד (או להפקיע הכל או לא להפקיע כלל). אולם כל הפקעה מפחיתה את השווי של יתרת הקרקע שלא הופקעה. לכן ביהמ"ש קבע מבחן: **האם ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת הקרקע?** אם הבעלים יכול להשתמש **ביתרת** החלקה באופן **סביר** (יש דרך לנצל אותה) הרשות יכולה להפקיע; אם לא ניתן לעשות שימוש סביר ביתרה, תינתן ההגנה לבעל המקרקעין והרשות תחליט אם מפקיעה הכל או כלל לא. אין קשר לירידת השווי.
* הלכת חממי- **פיצוי דו שלבי, מסתמכת על** ס' 189

1. הרשות המקומית הגישה תוכנית וכעת מאשרים את שינוי ייעוד המקרקעין. יכול לעבור זמן רב עד שההפקעה תצא לפועל ובינתיים הבעלים נותר עם קרקע ללא ערך. לכן בשלב הזה, ניתן לתבוע לפי ס' 197(א) לחוק התכנון והבניה- לפיו **קמה חובת פיצוי** ע"י ועדת התכנון והבנייה אם לאחר אישור **שינוי הייעוד,** שווי המקרקעין יורד (התכונות שלו השתנו, כאמור בס'200). משולם 90% מערך הקרקע (כאן לא ניתן להפחית).
2. **לאחר ההפקעה בפועל**, ניתן להגיש תביעת **פיצוי** לפי ס'190 לחוק התכנון והבניה, הפיצוי שינתן יהיה בערך שווי של 10% מערך הקרקע (כאן ניתן להפחית פיצוי של 40%).
   * + - **התיישנות לתביעה על ההפקעה**: לפי ס' 197(ב) יש **3 שנים** להגיש את התביעה מיום אישור שינוי ייעוד הקרקע.
       - פס"ד חגולי- פיצוי דו שלבי פועל לשני הכיוונים- אם לא תבעת תוך 3 שנים, ניתן לתבוע רק מכוח ס'190.
       - **התיישנות-** פס"ד ארידור: נקבע כי חוק ההתיישנות חל על הפקעות. כלומר יש 7 שנים להגיש תביעה, מהיום בו נולדה עילת התובענה. מתי נולדת עילת התובענה בתביעה על הפקעה?
       1. **גישת גרוניס- ההלכה.** העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה פיזית במקרקעין.
       2. גישת חשין- ביום בו הרשות מסרבת לשלם פיצוי. זו גישה מרחיבה. יכול גם לא לקרות כלל.
       3. השופטת ארבל- גישת ביניים. העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית.

* **האם בכלל ראוי להפחית פיצוי?**
* פס"ד פייצר-סמכות ההפחתה עד 40% **מוענקת רק כאשר יש השבחה בקרקע,** גם אם היא מופקעת בשלמותה.
* פס"ד הולצמן- השופטת דורנר בתפיסה ליברטריאנית: פס"ד פייזר חסר היגיון, אם לוקחים את כל החלקה אין מה שיושבח כי לא נותר דבר. לכן קובעת:
  + - * כשמפקיעים את **כל** הקרקע- אין השבחה ולכן לא ניתן להפחית פיצוי כלל (=יש לשלם פיצוי מלא).
      * כשמפקיעים רק **חלק** מהקרקע- יכולה להיות השבחה (בכסף או בשווה כסף), לכן ראוי להפחית פיצוי.
* **מה קורה כאשר אין השבחה?**
* פס"ד רוטמן- אם מפקיעים **חלק** מקרקע מכוח פקודת הדרכיםוהיתרה אינה מושבחת, **יש חובה להעניק** **פיצויי "סבל".** דהיינו, אין סמכויות הפחתה = הבעלים צריך לקבל 100% משווי הקרקע.
* פס"ד מסרי- אם מפקיעים **חלק** מקרקע מכוח חוק התכנון והבנייהוהיתרה אינה מושבחת, לשר הפנים (והאוצר) יש **שק"ד לתת "פיצויי סבל"** לפי ס'190(א)(2). לא מדובר בחובה. השיקולים לשלילית פיצויי הסבל: 1)אם הפגיעה מינורית; 2)הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים; 3)ההפקעה הינה לצורך קהילתי.
* **סיכום הליך ההפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה**

שלב א'- תביעה לפי 197 (א) על הפגיעה במקרקעין (לאחר שינוי הייעוד) 🡨 משולם כ- 90% מערך הקרקע (אין הפחתה).

שלב ב'- תביעת פיצויי מכוח ס'190 (לאחר ההפקעה בפועל) 🡨 משולם כ- 10% מערך הקרקע. כאן ניתן להפחית, אך תלוי אם ההפקעה היא של כל הקרקע או של חלק:

1. **הפקעה של כל המקרקעין-** אין השבחה ולכן אסור להפחית, נפצה 100% פס"ד הולצמן.
2. **הפקעה של חלק מהמקרקעין-** לפי ס' 190(א)(1) , תלוי:
   * + - ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת הקרקע – **מותר להפקיע.** ולכן מותר להפחית פיצוי עד 40%, האם זה ראוי?
   1. אם יתרת הקרקע **מושבחת-** ראוי להפחית פיצוי עד 40%. פס"ד הולצמן
   2. אם יתרת הקרקע **לא מושבחת**:

* נקבע פס"ד רוטמן שאם מפקיעים לפי פקודת הדרכים- **לא ראוי להפחית פיצוי**. יש חובה לשר האוצר להעניק פיצויי סבל (לשלם 100% פיצוי).
* מכוח ס'190(א)(2) לחוק התכנון והבניה- **לא ראוי להפחית** פיצוי לכן לשר האוצר יש שק"ד אם להעניק פיצויי סבל (פיצוי מלא). נקבעו 3 שיקולים למה לא להעניק פס"ד מסרי
  + - * לא ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת הקרקע - צריך להפקיע הכל או לא להפקיע כלום. (ס' 190(א)(1))
* **אפשרות לפיצוי בעין:**
* ס' 39(א) לחוק בינוי ופינוי של איזורי שיקום- אם רוצים לפנות אדם מאיזור שיקום שגר בה, לפרוייקט "פינוי בינוי", ינתן סעד בעין- דיור חלופי באיזור חזק, שלא מיועד לשיפוץ. דירה חלופית באיזור טוב יותר.
* ס' 194 לחוק התכנון והבניה- במצב של הפקעה, שני סעדים: 1)דירה חלופית פיזית סבירה. 2) פיצוי בשיעור שיאפשר לו רכישה של דיור חלופי סביר (לעיתים יותר ממה שהיה לו מלכתחילה).
* חוק יישום תוכנית ההתנתקות- בהתנתקות. היו סעדים לאנשים שפינו: 1)העתקה קהילתית- כל היישוב זכאי לעבור למקום אחר. 2) פרמיה עבור ותק- ככל שגרת בישוב זמן ארוך יותר, הפיצוי גדול יותר.

**גריעות תכנוניות**

* ס' 197 לחוק התכנון והבנייהדן גם בגריעות תכנוניות. מצבים בהם לא נפרדים מהקרקע אך חלק משוויה נעלם בשל השינוי בטיב הזכויות שנותרות בידי הבעלים. על גריעה תכנונית מפצים מכוח ס' 197 ויש התיישנות של כ3 שנים.
* ס' 200 לחוק התכנון והבניה: אם מתקיימים 3 תנאים מצטברים המנויים בו, לא חייבים לפצות:

1. הפגיעה לא עוברת את **תחום הסביר.**
2. **אין זה מן הצדק לשלם פיצויים.**
3. **התנאי התכנוני-** אם הקרקע נפגעה ע"י הוראה בתוכנית שנכללת באחד מההוראות התכנוניות בס' 200, נקבעת חזקה שלא יראו את הקרקע כנפגעת**.**

* **האם תמיד מפצים בגריעה תכנונית?** **הרי ייתכן שתהיה השבחה**
* פס"ד פרי הארץ-השופט מלץ קבע כי **הכלל הוא שצריך להיות פיצוי מכוח 197 וס' 200 הוא החריג לכלל.** השיקולים הנורמטיביים המנחים את דיני הנטילה השלטונית הם שיקולי צדק חלוקתי ושיקולי יעילות, כדי שרשויות מקומיות תתנהלנה ביעילות, חייבת לרחף מעל ראשן החובה לפצות אנשים. לא ראוי שאדם בודד יישא בכל העלויות לטובת תועלות שנועדו לציבור כולו. מלץ קבע כי המבחן לפיצוי הוא **מבחן ירידת ערך המקרקעין- האם הוא זניח או לא זניח.** אם הפגיעה לא סבירה, חייבים להעניק פיצוי.
* רעננה נ' הורוויץ- השופט אור מוסיף כלים מעבר לכלים שהשופט מלץ נתן. לא ניתן להסתמך רק על ירידת ערך. הוא אומר שקניין זה לא רק שרירות בעלים, אלא הוא כולל גם חובות לסביבה. לכן המבחן לקביעת מידת הסבירות של הגריעה התכנונית מורכב מ3 מבחני משנה:
  + - **שיעור ירידת הערך-** המבחן של השופט מלץ בפס"ד פרי הארץ.
    - **מידת פיזור הנזק**- האם עוד בעלי קרקעות נושאים בו? ככל שהוא יותר שכיח זה יעיד כי הפעולה סבירה. כשאדם אחד נושא בו זה פחות סביר.
    - **קיומו של אינטרס ציבורי חיוני**- בגינו נעשית הגריעה התכנונית. אם עוצמתו רבה, הוא חריף וחשוב, יתכן כי יינתן פטור מפיצויים.

יש לאזן בין 3 השיקולים הללו. זוהי ההלכה.

* **מיקום המקרקעין-** ס' 197 מאפשר להגיש תביעה לפיצוי על כל קרקע שנמצאת בתוך התוכנית או גובלת עמה (כלומר נמצאת על קו הגבול עם התוואי של התוכנית).

מה הכוונה בגובלים עמו?לרוב ההבנה הייתה שהמקרקעין צריכים להיות ממש צמודים לתוכנית.פס"ד ויטנר: הרחיבו וקבעו כי גם שטח צר או כביש צר מפריד, עדיין יהיה מדובר במקרקעין גובלים.

# **שיתוף במקרקעין**

**האם שיתוף הוא טוב או רע?** הבעיות במשטר של "שיתוף"

* **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?

עמדת הדין הישראלי- **שיתוף אינו מצב רצוי**. ביהמ"ש ייטה לפרק שיתופים שלא מצליחים ולא ינסה לשמר אותם. יכול לייצר הרבה סכסוכים ופוגע ביעילות.

* **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 ומעולה לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות.. ומשום כך אף הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קיצם".
* העמדה המנוגדת של **פרופ' דגן**- שיתוף הוא דבר רצוי אך יש להקים כללי ברירת מחדל לדרך הכניסה לשיתוף כדי לחזק את הוודאות המשפטית.
* **ס' 34 + 37 לחוק המקרקעין וס' 10 לחוק המיטלטלין**- ביהמ"ש יכול לפרק שיתוף.

## **כניסה למשטר**

ס' 29-30 לחוק המקרקעין

כדי להקים את ההסכם נדרשת **הסכמה של כל השותפים** (כך אין פגיעה בחירות הפרט).

* **ס' 29(א):** הצדדים יכולים ליצור ביניהם הסכם בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין, והם יכולים לרשום אותו. היתרון- משנרשם ההסכם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר.
* **במקרקעין**- לפי הלכת אשורי **גם אם צד ידע** על הסכם שלא נרשם, הוא לא מחויב אליו. למשל אם אחד השותפים מוכר את החלק שלו, ההסכם **לא** יחייב את מי שבא בנעליו של השותף שיצא.
* **במיטלטלין**- לפי ס'9(ג) לחוק המטלטלין- הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם גם אם לא נרשם, אך צד ג' ידע על ההסכם, הוא מחויב אליו.
* **ס'29(ב)** אומר **שאם הצדדים לא קבעו בניהם** הוראות ספציפיות בהסכם השיתוף יש ברירת מחדל (בדומה לתקנון המצוי בבתים משותפים) והם ס' 30-36 לחוק.

## **משטר השיתוף**

ס' 30-36,27-28 לחוק המקרקעין

* **"בעלות משותפת במקרקעין" ס' 27:** הבעלות במקרקעין של כל אחד מהשותפים לפי חלקו שנקבע באחוזים, מתפשטת **בכל אתר ואתר שבמקרקעין,** כלומראין לשום שותף חלק מסוים בהם. אלא הבעלות היא על כל חלק מהמקרקעין באופן יחסי לשיעור שנקבע.
* **"שיעור חלקו של שותף" ס' 28:** חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים. באין הסכם אחר (חלוקה אחרת באחוזים שהוסכמה על הצדדים), לכל אחד מהשותפים חלק שווה בקרקע. מידת האחוזים משפיעה על החלק שכל שותף יקבל בעת מכירת המקרקעין.
* **הלכת בוקובזה:** הסכם שיתוף המחלק את החזקה בנכס המשותף אינו משנה לעניין הבעלות (ס' 27).

1. **הסכם שיתוף**

מה **לא** ניתן לקבוע בהסכם שיתוף?

* **ס' 34:** להגביל שותף למכור את חלקו.
* **ס' 37:** הגבלת זכות של שותף לפרק את השיתוף. אלא לתקופה של עד 3 שנים.
* **ויסמן מתנגד לחריג**- לא ניתן לקבוע הוראות בדבר פירוק שיתוף, אפילו לא לתקופה של עד 3 שנים. **הרעיון-** אנשים יוכלו לפרק את השיתוף איך שהם רואים לנכון, יש חופש החוזים, אם קבעו כך אולי עומד רווח מאחורי.

1. **החלטות משותפות**

* **ס'30(א)**: הכלל הוא שהחלטות בנוגע לניהול **ולשימוש הרגיל**, צריכות להיעשות **עפ"י רוב השותפים**. שימוש רגיל לפי **פס"ד זולבו**,הוא עשיית כל אותן הפעולות(מטריאליות ומשפטיות) אשר על פי מהותו של אותו נכס, טיבו וייעודו הן לגביו.
* הסייגים לכלל:
* **ס' 30(ג):** כשמדובר בדברים שאינם חלק מהשימוש הרגיל בנכס יש צורך בהכרעת **כל** השותפים.
* **ס' 30(ב):** אם ההכרעה נוגעת בקיפוח המיעוט אז ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין. על המיעוט המקופח להוכיח זאת!
* **ס' 39+61 לחוק החוזים** **וס' 14 לחוק המקרקעין (רוקר נ' סולמון)**: החלטה שעולה כדי חוסר תום לב של **רוב השותפים** כלפי המיעוט, לא תהיה תקפה.

1. **פעולות של שותפים בודדים**-על כל התניות האלה **אפשר להתנות בהסכם שיתוף**.

* **ס' 31(א):** ישנם שלושה דברים ששותף יחיד יכול לעשות במקרקעין, ללא הסכמת השותפים:

1. **שימוש סביר** ובלבד **שלא ימנע שימוש כזה** משותף אחר. לפי פס"ד וילנר יש שתי דעות-

* בן פורת (רוב): 1)"שימוש סביר" נבחן לפי **מבחן אובייקטיבי**- האם האדם הסביר היה רואה בכך שימוש סביר; 2) "שלא ימנע שימוש כזה"- יתקיים במצב בו שותף מעוניין לעשות שימוש בנכס, אך מנוע מכך בגלל השימוש של האחר; אם לא היה מעוניין- לא תהיה מניעת שימוש. **ההלכה כיום**. (יש ליישם את 2 המבחנים)
* נתניהו (מיעוט): 1)"שימוש סביר": נבחן במבחן משולב (אובייקטיבי וסובייקטיבי). 2) "שלא ימנע שימוש כזה": יתקיים רק במצב בו רק לא קיימת אפשרות מעשית לשותף האחר לעשות שימוש במקרקעין. גישה מרחיבה.

1. כל פעולה דחופה ובלתי צפויה הדרושה להחזקה תקינה של המקרקעין.
2. כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

מי שעשה את אחד הדברים האלו- צריך להודיע לשאר השותפים בהקדם האפשרי לאחר מעשה.

* **ס' 32:** קובע שכל שותף חייב לשאת בהוצאות ע"פ חלקו במקרקעין.אתה לא תשלם יותר מהחלק היחסי של הזכויות שלך. אם שילם למעלה מחלקו, הוא רשאי להיפרע משאר השותפים.
* **ס' 33:** אם שותף משתמש במקרקעין משותפים, הוא חייב **דמי שימוש** לשאר השותפים לפי חלקיהם במקרקעין. לפיפס"ד זרקא, שותף יהיה חייב דמי שימוש לשותפים אחרים רק כאשר הוא משתמש במקרקעין משותפים ובכך מונע משאר השותפים שרוצים להשתמש בהם.

## **יציאה משיתוף**

**סדרי עדיפות של דרכים לפירוק השיתוף-**

1)לפי דגן:

1. **קביעות הסכמיות**-יש להעדיף את הפירוק שנקבע בהסכם- מה כל אחד מהשותפים מקבל. זו הצורה האידאלית מבחינתו.
2. **עדיפות חלוקה בעין.**
3. **הוגנות בחלוקה**- אם אחד השותפים קיבל חלק טוב יותר מהשותף השני ראוי, לפי דגן, לשלם פיצוי איזון לצד שיצא מופסד.

2)לפי החוק- ס' 37-45 לחוק המקרקעין וס' 10 לחוק המיטלטלין:

* + - 1. **ס'38(א)** – לציין שככלל **פירוק השיתוף יהיה לפי ההסכם**. אם הוסכם על חלוקת המקרקעין בעין, יש צורך באישור המפקח האם אפשר לחלק את החלקה לכמה חלקים ולרשום כל חלק בנפרד בהתאם להוראות חוק התכנון והבנייה ולפי כל חיקוק אחר בנדון.
      2. **ס'38(ב)**-לציין **שאם לא נקבע בהסכם** - פירוק השיתוף יהיה על פי צו בית המשפט בהתאם למדרג (ס'39-43), כאשר יעדיף חלוקה בעין:
    1. באם המקרקעין ניתנים לחלוקה לפי ס'39(א). **פירוק במקרים מיוחדים** ס'41-כאשר יש קושי בחלוקה בעין לכולם, אז השותפים שלא היה ניתן לחלק את חלקם, יקבלו פיצויי איזון, כך שכל אחד יקבל את החלק שלו.
    2. ס'40(א)-מכירה וחלוקת פידיון- במצבים: 1) במקרקעין שלא ניתנים לחלוקה; 2)קיומו של הפסד ניכר לאחד הצדדים אם יחלקו בעין את המקרקעין פס"ד רידלביץ- ההפסד צריך להיות מדרך הפירוק ולא של רווחים פוטנציאלים. (לציין שעל הצד שטוען זאת מוטל נטל ההוכחה).

**דרך המכירה**- לפי **ס'40(ב)** חייבים למכור את **כל** המקרקעין. אלא אם קבע ביהמ"ש **דרך אחרת** שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין. במכירת המקרקעין- מחלקים את התמורה בין השותפים לפי החלק היחסי של כל אחד.

* + 1. פירוק ע"י רישום הנכס כבית משותף: **ס'42**- הפיתרון הכי פחות יעיל, כמעט ולא נעשה. התנאים: (1)יש לבחון האם ניתן לרשום את הנכס כבית משותף לפי חוק התכנון והבנייה; (2) יש לקבל אישור וחוות דעת של המפקח\ת על המקרקעין בנושא הרישום (פירוק בדרך של רישום בית משותף יכול להיות רלוונטי בשותפות על שטח מקרקעין).

במקרה של בני זוג שרוצים פירוק שיתוף: **דירת מגורים של בני זוג ס'40א**- החוק קובע הסדר בנוגע לפירוק השיתוף, במקרקעין שהם דירה של בני זוג בדרך של חלוקה בעין עפ"י צו בימ"ש.

# **בתים משותפים**

הבית המשותף נוצר ע"י חקיקה מיוחדת שמאפשרת מצד אחד רישום נפרד של הפרט (מתן ביטוי חוקי לזכויותיו הקנייניות בדירה) ומצד שני מסדירה את היחסים בין בעלי הדירות בבית המשותף***.***

**מבנה יחשב בית משותף בהתקיים:** **(1)** מבנה של קבע (לרבות הקרקע עליה נבנה); **(2)** המבנה כולל לפחות 2 דירות; **(3)** המבנה עומד על חלקה נפרדת; **(4)** הבית רשום בפנקס הבתים המשותפים.(סעיף 52 לחוק המקרקעין)

* **מושגים:** (סעיף 52 לחוק המקרקעין)

1. **בית**- מבנה של קבע, ובכלל זה הקרקע עליה נבנה.
2. **דירה**- חדר או תא, או מע' חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר. *תנאים לבחינת דירה*:
3. אזור בנוי ולא שטח רצפה פתוח.
4. יחידה שלמה ונפרדת
5. יחידה בעלת קיום עצמאי לצורך מוגדר.
6. שנועדו למגורים/ עסק / צורך אחר- צורך אחר=לא יכול להיות אותו צורך שנכלל במטרות הרכוש המשותף. מכאן שמחסן או חדר כביסה בעלי כניסה נפרדת ומונה מים/ חשמל עצמאי יכול להירשם כיחידה נפרדת בבית משותף.
7. **בית משותף**- בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים.
8. **בעל דירה**- לגבי דירה שהוחכרה לדורות- החוכר לדורות או חוכר המשנה לדורות, לפי העניין, זולת אם נקבע בחוזה החכירה שלעניין פרק זה לא יראו אותם כבעלי דירה.
9. **רכוש משותף**- **כל החלקים בבית שאינם דירות**, לרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, מתקני הסקה/ מים וכיו"ב, המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם, אפילו הם בתחומי דירה מסוימת.

* איך קובעים מהו רכוש משותף? לוקחים את התשריט של הבית המשותף "מנכים" ממנו את הדירות כולל ההצמדות ומה שנשאר בעצם זה רכוש משותף. תשריט- שרטוט אדריכלי של הבית המשותף.
* שינויים בדירה וברכוש המשותף **:**
* **שינויים בתוך הדירה**-
  1. הכלל- בעל דירה בבית משותף, יכול לעשות ככל העולה על רוחו בדירתו (ס'54+זוסמן בפס"ד שמע). ככל שמדובר בחלק הפנימי של הדירה, ישנה שרירות בעלים, ולכן בעל דירה רשאי להסב את חדרו לשימוש אחר (הלכת סדובסקי(.
  2. חריג- (שינוי שמוריד שווי מחייב הסכמה)- בעל הדירה לא יכול לבצע שינוים/תיקונים בדירתו אם השינוי פוגע/מסכן/משנה ערך דירה אחרת או הרכוש המשותף ללא הסכמה של האסיפה הכללית או בעל הדירה האחרת (סעיף 2 לתקנון המצוי). פגיעה ברכוש המשותף = פגיעה בחזותו החיצונית האחידה כפי שהייתה בעת גמר הבנייה.
* **חוסר תו"ל של בעלי דירה**- הגבלת זכותו של אחד הדיירים לעשות שימוש ברכוש המשותף יכולה להוות חוסר תום לב או שימוש לרעה בזכות הבעלות (רוקר נ' סלומון)
* **פלישה לרכוש המשותף-** לא ניתן לבנות ברכוש המשותף ללא הסכמת שאר הדיירים מאחר והם הבעלים של חלק בלתי מסויים, ככל שלא נקבע אחרת בתקנון (ס'55(ג)). אולם, אם יש חשש ששאר הדיירים לא יסכימו מטעמים של סחטנות גרידא, ניתן להסתפק בסכמת הרוב (מהפסיקה). במקרה של בניה לא ההסכמה, הדיירים יכולים לתבוע על הסגת גבול)סעיף 21 + 46 לחוק המקרקעין; הלכת רוקר נ' סולומון)**.**
* **הסכמת כולם להצמדת רכוש משותף**- הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית צריכה להיקבע פה אחד ע"י כל בעלי הדירות בתקנון המוסכם (ס'55 (ג) רישא) (קירות חיצוניים, קרקע, גגות, מתקני הסקה ומים נחשבים לרכוש משותף כהגדרה בס'52).
* **דין הצמדה כדין הדירה**- ברגע שההצמדה עוברת מרכוש משותף לחלק מדירה היא מקבלת את כל המאפיינים של דירה והופכת להיות חלק מהדירה. (ס'57(ג).
* **עסקה ברכוש משותף**- אי אפשר לעשות עסקאות רק ברכוש המשותף שמוצמד לדירה, אלא העסקה תהיה ביחס לדירה והיא תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה.(ס'55(ב))
* **העברת הצמדה ללא הסכמה**- ניתן להעביר הצמדה מדירה לדירה גם ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים, אך רק אם התקיים ס'145 שקובע שהמפקח רשאי להוציא צו תיקון רישום של הבית המשותף בפנקס, על פי בקשת בעל דירה או בעל זכות בדירה, רק אם הודיעו למי שאינם חלק מהבקשה להצמדה, הודעה מוקדמתבנוגע לשינוי, וניתנה להם הזדמנות לטעון טענותיהם בנוגע לכך. אם אף אחד לא התנגד, המפקח יתקן את הרישום. (סעיף 62(א1))
* **הצמדת רכוש משותף לשם הרחבת הדירה-** נדרש אישור של 3/4 מבעלי הדירות (כאשר 2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם). (ס'71ב)
* **הצמדה להרחבת הדירה לשם בניית מרחב מוגן-** נדרש אישור שלמי שבבעלותם 60% מהדירות. (ס'71ב)
* **התקנת דודי שמש** – בעל דירה רשאי, ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים, להתקין במקום סביר על גג הבית המשותף דוד שמש. (סעיף 59א(א)). אולם, אם בגג אין מקום להתקנת דודי שמש כמס' הדירות, אסור לו להתקין, אלא לאחר שקיבל את הסכמת **כל** הדיירים, במידה ואחד הדיירים התנגד מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים- רשאי המפקח להרשות את התקנת דוד השמש. (ס'59א(ב))
* **הוצאת חלקים מהרכוש המשותף ע"י קבלן-** ס' 52 לחוק מגביל את הקבלן או המוכר בחלקים ספציפיים שאי אפשר להוציאם מהרכוש המשותף, כגון, חדרי מדרגות וכדומה. לגבי מתקנים שלא נקבעו במפורש בסעיף ישנם חוקים נוספים שקובעים הוראות לעניין זה; **למשל** לפי חוק מכר דירות: בעת מכירת הדירות, הקבלן מחויב להסביר באופן ברור מה החלק שצמוד לדירה ואיזה חלק יוצא (חובת הגילוי).
* **סמכות הוראות התקנון**:
* נציין: "לפי ס'61 לחוק המקרקעין בית משותף יתנהל עפ"י תקנון המסדיר את היחסים בין בעלי הדירות ואת זכויותיהם וחובותיהם בבית המשותף ".
* **קביעת/שינוי התקנון**- לפי ס' 12(א) לתקנון המצוי, החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב רגיל. ואם רוצים לשנות את התקנון, צריך רוב של 2/3 מבעלי הדירות המחזיקים ברכוש המשותף (ס'62(א)).
* הוצאות **שניתן לדרוש** מבעל דירה- בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף, התשלום יהיה לפי יחס שטח רצפת דירתו. (ס58(א)).

לבדוק האם התשלום המבוקש מהווה "החזקה תקינה": ההגדרה בס'58(א)- "שמירה על מצבו של הרכוש המשותף כפי שהיה בעת גמר הבניה, לרבות שיפורים שבוצעו בו לאחר מכן בהסכמת בעלי הדירות."

* **כאשר אין תקנון מוסכם**- לפי סעיף 62, ובמידה שאין בתקנון שנרשם הוראה בנדון, יראו את התקנון המצוי שבתוספת כתקנון שנרשם על ידי בעלי הדירות). ס'64).
* **הוראות מחייבות**:
  1. הטלת חובות על בעל דירה-לא ניתן להטיל חובות או תשלום מכל סוג או להגביל את זכותו של בעל דירה אם לא הסכים לכך. (ס'62(א)).
  2. הצמדת רכוש משותף **בהסכמת כולם**- אין לקבוע בתקנון הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות (ס'62(א)).
  3. הצמדת רכוש משותף **שאסורה**- ההצמדה לא יכולה להיקבע ביחס לחלקים המיועדים לשמש את כלל בעלי הדירות, כגון- חדר מדרגות, מעליות, מקלטים. (ס'55(ג)).
* **תקנון בבעלות יחיד**- ניתן לרשום תקנון אפילו שהבית המשותף על כל דירותיו הוא בבעלותו של אדם אחד. (ס'63)
* **תוקף התקנון**- אם נרשםבמרשם המקרקעין- יחייב כל אדם. אם הוא לא נרשם- הוא יחייב רק את מי שהיה צד להסכם- שחתם על התקנון או שהיו בזמן שהתקנון התקבל (גם אם התנגדו לו). (ס' 62(ג))
* **דרישת תשלום מבעלי הדירות:**
* בעל דירה זכאי לדרוש תיקון **מהנציגות** שתבצע **כל תיקון** בבית או ברכוש המשותף, שאי ביצועו עלול לפגוע בדירתו או בערכה. (ס'3 לתקנון המצוי)
* בעל דירה זכאי לדרוש **מבעל דירה אחרת** שיבצע **תיקון** בדירה האחרת, שאי-ביצועו עלול לפגוע בדירתו של דורש התיקון. (ס'3 לתקנון המצוי)
* **רישום התקנון ותוקפו** ס' 62(ג)**:** לאחר שקובעים תקנון ניתן לרשום אותו **בלשכת רישום המקרקעין**, ואם רושמים אותו- הוא יחייב כל אדם. **אם הוא לא נרשם- הוא יחייב** רק את מי שהיה צד להסכם- שחתם על התקנון או שהיו בזמן שהתקנון התקבל (גם אם התנגדו לו).
* **נציגות**: ס' 65 לחוק נדרשת נציגות של וועד בית שיהיה אחראי לנהל את הבית המשותף, לקבל כל מיני החלטות. אם הבית המשותף עדיין לא רשום כבית משותף ואין לו נציגות רשמית כי טרם נבחר תקנון, תהיה נציגה זמנית.
* **סמכות המפקח**: ס' 72 לחוק **למפקח על המקרקעין יש סמכות שיפוטית**- לדון ולהכריע בסכסוכים בין בעלי דירות בבית משותף בקשר לזכויותיהם וחובותיהם לפי התקנון המצוי ו/או התקנון המוסכם; כמו כן, מחליט המפקח על סכסוכים שעניינם חובת בעל דירה להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקת הרכוש המשותף. **וגם סמכות מנהלית**- להורות על רישום הבית המשותף.
* **סדרי רישום בית משותף**: תקנה 50 לתקנות המקרקעין- יש להגיש ללשכת המפקח על רישום מקרקעין את המסמכים הבאים לרישום בית משותף: שני עותקים של הבקשה לרישום בית משותף, תשריט הבית המשותף (תקנה 54(ב)(1) מאושר ע"י הוועדה המקומית לתכנון ובניה, תקנון הבית או הודעה מהמבקשים כי הם מאמצים את התקנון המצוי, המלצה למינוי נציגות זמנית.

* **בית משותף המורכב מכמה אגפים** ס' 142- "שני בתים או יותר שבכל אחד מהם יש דירה אחת או יותר והבתים הוקמו על חלקה או חלקות שאינן ניתנות לחלוקה באופן שכל בית יעמוד על חלקה נפרדת, **ניתנים לרישום בפנקס כבית משותף**."
* תקנה 57א(א) לתקנות: כשיש בית משותף אחד שמורכב ממספר אגפים, כאשר החלקה או החלקות עליהם נבנו המבנים אינה או אינן ניתנות לחלוקה כאמור בס'142 לחוק.
* תקנה 57(ב) לתקנות: **במקרה שיש למפקח ספק אם החלקה או החלקות ניתנות לחלוקה**, כלומר **חושד** כי כן ניתן לחלק את החלקה או החלקות- אז הוא יורה למבקש להוציא אישור ממוסד תכנון שבתחום סמכותו נמצאים המקרקעין, כי החלקה **אינה** ניתנת לחלוקה. רק אם יומצא האישור, ייתן המפקח את צו הרישום.
* סעיף 59 לחוק המקרקעין: כשמדובר בבית משותף מורכב (אוסף של בניינים), כל בניין מנהל את הרכוש המשותף שלו.
* **הליך הגשת בקשה לתיקון צו בית משותף והגשת הטענות לבקשה**: כל בעל דירה או בעל זכות דירה יכול להגיש בקשה לתיקון צו הבית המשותף ולצרף את המסמכים הנזכרים בתקנה 58 לתקנות. המפקח יכול לדון בבקשה על סמך החומר שהוגש לו ומבלי לשמוע את הצדדים הוא יכול להורות על קיום דיון לפניו והוא מחליט אם לאשר את הבקשה או לדחות.

המסמכים הם: (1) תשריט הבית; (2) העתק הבקשה עבור כל בעל דירה/ בעל זכות בדירה חוץ מהמבקש; (3) כל מסמך אחר שנחוץ לדעת המפקח למתן החלטה בבקשה. בד"כ נהוג לצרף נסח רישום.

* **רציונלים**:
* **רישום התקנון ותוקפו-** הרישום יוצר את הפומביות כלפי "כולי עלמא". ההנחה היא שאנשים לפני רכישת דירה בודקים את התקנון של הבית המשותף. אם התקנון לא רשום- מי שיבוא בעתיד לא יוכל לדעת מה החובות שיחולו עליו. לכן הוא לא יהיה מחוייב לתקנון. אבל הוא יהיה תקף כלפי אותם אנשים שידעו על התקנון הזה בזמן שהוא נחתם (בין אם הסכימו ובין אם לא), מכוח ההסכם החוזי.
* **איסור הוספת חיובים/תשלומים על דיירים-**החוק מגן על המיעוט מפני הכוח של הרוב (לפעמים זה אדם שיש לו כמה דירות בבניין והופך לרוב).
* **ערכים**:
* **ערכי החירות** – דירה הינה קניינו הפרטי של האדם, ואין מקום לפגיעה כ"כ קשה בקנין הפרטי. חשוב לזכור שבית משותף עודנו משמר בעלות פרטית לבעל דירה.
* **ערכי יעילות** יכול להוביל לתוצאות שונות – מחד גיסא, פגיעה כלכלית בדיירים. מאידך גיסא, כניסה למשטר של בית משותף מכפיפה אנשים לחובות ביחס לאנשים אחרים, כולל מחויבות לא לפגוע בערך הבית המשותף כולו ומעמד בית המגורים כבניין יוקרה.
* **ערכי קהילה** ניתן לטעון כי קיימים היבטים קהילתיים בבית משותף שחושפים דיירים גם לחובות כלפיי דיירים אחרים בבית המשותף. ניתן יהיה להצדיק את ההגבלות על הדייר על רקע רצון לשמור על צביון ואופי מסוים לכלל דיירי הבית.
* **איזון בין הערכים השונים-** יש לזכור שהמחוקק הישראלי, במוסד הבית המשותף, יצר איזון עדיין בין ערכים של קהילה ושיתוף (מנסה לייצר בניין שכולם חיים על פי תפיסת עולם אחת) לבין ערכים של חירות ואוטונומיה (להגן על המיעוט שלא יפגע מכוחו של הרוב). יש לשים לב שהגבלה על דייר לא תהפוך את השיתוף בין דיירי הבית המשותף לחשוב יותר, בו הקהילה היא העיקר ולא הפרט.
* **לא ניתן לטעון לפגיעה במרקם החיים המשותפים של דיירי הבית המשותף**- הוראות פרק ו' של חוק המקרקעין תופסים את הבית המשותף לא כקהילה, אלא כמוסד משפטי שמבקש להסדיר יחסים בין זרים החיים יחדיו מתוך אילוץ (אין שיתוף פעולה מכל סוג בחיים בבית משותף – לא מכונן/לא מסייע(.