**מחברת מקוצרת דיני קניין – תשפ"ב**

**מבוא – הזכות הקניינית**

ס' 3 לחו"י כבוד האדם וחירותו קובע שלא פוגעים בקניין של אדם. מתי מותר לפגוע בקניין? בהתקיים פסקת ההגבלה.

פגיעה בזכות לקניין או עיצוב מחדש של הזכות הקניינית? **הזכות לקניין לא מוחלטת.** לדוג':

1. פטנט- הומצא ע"י אדם ונרשם על ידו כפטנט. פטנט הוא זכות קניינית= אף אחד אחר לא יכול לעשות בו שימוש ללא אישורו. אולם, זו לא זכות מוחלטת: א. יש הגבלה בזמן (פג אחרי 20 שנה). ב. הבחינה החברתית- אם הוא מנצל את הפטנט באופן ראוי מבחינה חברתית, אפשר להפקיע ממנו את הבלעדיות. מדובר בעיצוב מחדש של הזכות. לדוג' – חיסוני הקורונה.
2. הלכת השיתוף- ס' 7 לחק"מ קובע שרישום הוא חזקה לבעלות. בפס"ד בבלי הדירה רשומה על שם הגבר. מבחינת החוק היבש- רק הוא בעל הדירה. אולם, ביהמ"ש פסק שהם יקבלו את הדירה בחלקים שווים- מסתכלים על הזכות לקניין באופן מהותי ולא פורמלי. מדובר בעיצוב מחדש של הזכות.
3. זכויות יוצרים- ניתנות על זכויות היוצרים ביצירותיהם. בעבר- החוק התייחס לכל שימוש בקניין רוחני כפגיעה זכות הקניינית עם הגנות שפטרו את מפר הזכות מנשיאה באחריות (כמו שימוש הוגן- למשל שימוש להרצאה). היום- ההגנה של שימוש הוגן נכנסה להגדרה של הזכות הקניינית מלכתחילה. השימוש ההוגן לא כלול בזכות שלו.

**תיאוריות להבנת זכות קניינית**

1. התיאוריה קלאסית: לאדם שיש זכות קניינית יש זכות בנכס, דהיינו זכות הקניין יוצרת מערכת יחסים בין האדם אל מול נכס מסוים ולכל האנשים בעולם יש חובה לא להפריע למערכת היחסים הזו. לפי תאוריה זו הזכות לקניין הינה זכות בלעדית המדירה אחרים ונותנת כוח לעשות שימוש בנכס.
* הבעיה- נכסים לא יכולים להיות מקור לזכות או לחובה- כי נכס הוא לא מושא לזכויות/חובות.
1. התיאוריה הפרסונלית- בשתי הזכויות יש יחסים **של חוזה מול בני אדם,** אך ההבדל הוא כמותי.
	* זכות קניינית- זכות שחלה כלפי כל העולם, כולי עלמא. הלכה למעשה שהיא זכות חזקה יותר.
	* זכות חוזית- כמות מצומצמת ומוגדרת יותר של אנשים. הסכם שכותרים עם אדם מסוים (או קבוצה) ואז כל אחד חייב לשני את הזכות הזו.
	* הבעיה- אין הבחנה מהותית בין דיני הקניין לדיני החוזים.
2. התאוריה המודרנית הקלאסית-
	* זכות קניינית- מעניקה יכולת להפיק מנכס איזושהי תועלת, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס. היא מנטרלת את הצורך להישען על מימוש החוזה ע"י אנשים אחרים, מדובר בזכות חזקה יותר שיוצרת זיקה ישירה לנכסים.
	* זכות חוזית- **מותנית ביכולת** של האחר לקיים את החובות שלו כלפי בעל.

\*ההבדל בין זכויות חוזיות לקנייניות לפי תיאוריה זו, נובע מהזיקה של הבעלים למשאב.

**תיאוריות קנייניות**

**בלקסטון**: *"מה ששלי שלי – מה ששלך שלך"*. הוא אימץ **תפיסה ליברטריאנית, שמקדשת את ערך חירות הפרט**. התפיסה מתנגדת לקיומה של מדינה שמתערבת יותר מידי. לפיכך, כל פגיעה בקניין היא פגיעה בחירות ולכן חייבת בפיצוי.

* + ביקורת:
		1. **ביקורת תיאורית** – במציאות המודרנית, המגבלות על זכות הבעלות הן רבות. יש מעט מאוד מופעים של מה שהגישה הליברט' מציגה כגרעין של הקניין. התפיסה לא מתארת את המציאות בפועל.
		2. **בעיה דיסקורסיבית** –הזכות לקניין היא זכות יחסית ולא מוחלטת ותמיד מאוזנת אל מול זכויות אחרות.

**הופלד**: **לזכות קניינית אין משמעות אחידה**, הזכויות לא תמיד קיימות באותו תמהיל (אגד של זכאויות). יש לבדוק כל פעם אילו זכאויות נכללות בזכות. אפשר לפרק את מאפייני הזכות לקניין, ולא כל גריעה מהווה פגיעה (למשל, זכות שליטה וניהול אל מול זכות לשכור נכס – יש אפשרות לשכור אך לא לנהל ולשלוט על הנכס).

* + ביקורת:
		1. **אד-הוקיזם –** גישתו עשויה להוביל לכך שמקבלים הכרעות משפטיות על בסיס כל מקרה לגופו, אין קו מנחה.
		2. **פריקות יתר של הזכות –** יצירת חוסר ודאות לגבי תוכן הזכויות (כמו חוזים), תמיד ניתן לשנות וליצוק לתוכן. קרי, אין קו מנחה לגבי המשותף לזכויות הקניין.

\*ההבדל בין התיאוריות נוגע לתוכן. דהיינו, ע"פ בלקסטון כל גריעה מהזכות מהווה פגיעה, לעומת הופלד שטוען שלאו דווקא כל גריעה מהזכות של הבעלים, בהכרח תהווה פגיעה בקניין.

**מישורים של תפיסות קנייניות**

* מישור תורת משפטי
	+ תפיסה פורמליסטית- שמה דגש על תפיסה צורנית מבנית של החוק – *מה לשון החוק – "החוק היבש"* (לדוג' הצמדות לרישום במקרקעין). יתרון- ודאות, יציבות. חיסרון – קיבעון.
	+ תפיסה ריאליסטית- מסתכלת על האם ישנה התאמה למציאות? (לדוג' הלכת השיתוף). יתרון- צדק. חיסרון – חוסר וודאות.
* מישור התחולה
	+ מוניזם- **כל תפיסת הקניין מושתתת על ערך חברתי/אנושי אחד.** כל החלטה לגבי הזכות לקניין נגזרת מאותו ערך. לדוג' – א. התפיסה הליברט'- מבוסס על ערך חירות הבעלים. ב. תפיסה תועלתנית- מבוסס על ערך השאת הרווחה המצרפית.
	+ פלורליזם- זכות הקניין מושתת על כמה ערכים חברתיים שונים (התפיסה הרווחת בישראל) לדוג' – בית משותף.
* מישור נורמטיבי
	+ תפיסה ליברט'- מייחדת את הזכות לחירות של הבעלים, כל פגיעה בחירותו מחייבת פיצוי.
	+ תפיסה ליברלית- נותנת מקום משמעותי לערך החירות, אך זה אינו הערך היחיד שלוקחים בחשבון.

**מאפייני הזכות הקניינית**

1. **שליטה וניהול**- היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו כרצונו. בדין הישראלי, חשין ודורנר אימצו את תפיסת בלקסטון וביצרו את מאפיין זה כמאפיין מאד חזק של הזכות. פעולת ההפקעה למשל, היא הפגיעה החזקה ביותר במאפיין זה.

**הפקעה=** המדינה פוגעת ביכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את הנכס. ההפקעה נעשית בכפייה- אין מו"מ.

1. **שימוש**- ס' 2 לחק"מ: "להשתמש בהם ולעשות בהם *כל דבר*...". אדם בעל זכות קניינית בעל היכולת להשתמש בנכס או במשאב. ניתן להגביל מאפיין זה, למשל רשויות תכנון.
2. **עקיבה ועדיפות**- תיאורטית, ישנה **עדיפות לבעל הנכס לקבל את הנכס** (למשל לקבל בחזרה פלאפון אחרי שאחר מצא אותו). כמו"כ, תכונת העקיבה אומרת שברגע שיש זכות קניין בנכס ויש זיקה ישירה לנכס, ניתן לעקוב אחרי הנכס ולהוציא אותו מאדם שמחזיק בו אך מעשית ישנם תנאים מסוימים כמו יעילות, תקנת שוק ואז יהיו פעמים שלבעלים לא תהיה עדיפות והוא יפסיד את הנכס (בגלל אינטרסים חברתיים).
3. **עבירות**- **היכולת להעביר את הזכות הקניינית שלי לאדם אחר**. אולם, לא כל הנכסים עבירים. למשל, מוריש יכול לקבוע מי יירש אותו רק עד 2 דורות קדימה- שבמותו בנו יירש, ובמות הבן, נכדו יירש. ההגבלה נוצרת משיקולים של: א. שיקול כלכלי- נכון שהנכסים ינוהלו ע"י בני החיים ולא המתים. כמו"כ לא ידוע אם הנין יידע להשיא את הרווחה המצרפית. ב. שיקול חברתי - עשוי להנציח תפיסות מעוותות שנעוצות בעבר.
4. **חיובים**- **בעל הזכות חב חובות מסוימים לחברה.** למשל, בית משותף. אדם שבעל דירה חב חובות כלפי יתר בעלי הדירות.
5. **פומביות**- זכות קניינית צריכה להיות כלפי כל העולם ולכן מחייבים פומביות (בעיקר במקרקעין), דרך רישום. במקרקעין, רק אחרי הרישום יש זכות קניינית למקרקעין, ומקבלים זיקה בלתי אמצעית לנכס.

**עקרון הרשימה הסגורה**- ס' 161 לחק"מ: *"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".* **קביעת רשימה סגורה של זכויות קנייניות**, דרך החוק על מנת ליצור וודאות. סיבות: א. טעם כלכלי – העולם כפוף לזכויות קנייניות, אם אנשים יצרו כל זכות שרק רוצים, תיווצר חוסר בהירות ואי וודאות. מנגד, יש הטוענים שזה לא טעם מספק לרגולציה נוקשה, יש לתת שק"ד לשופטים. ב. טעם נורמטיבי – המחוקק מייצר את החוק וערכיו, לא מעוניינים לתת כוח לשופט.

פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה: בן-חמו היה מפיץ של גלידות של טנא-נגה. בהסכם נקבע כי זכות ההפצה של בן-חמו היא קניינו הבלעדי של המפיץ, היא תהיה עבירה ולא ניתן לבטל את ההסכם. לאחר כמה שנים, טנא-נגה הפרה את ההסכם, ובן-חמו הגיע עד לביהמ"ש העליון ועמד על כך שזוהי זכותו הקניינית הבלעדית. לכאורה, השופטת ש"כ יכלה לומר שיש עיקרון של רשימה סגורה וזכות ההפצה אינה נכללת כזכות קניינית. אך השופטת מנתחת את זכות ההפצה לפי קריטריונים של זכות קניינית. אמנם היא מגיעה למסקנה כי אין מדובר בזכות קניינית, אלא בזכות חוזית. אך מה היה קורה אם הייתה מגיעה למסקנה הפוכה? זהו לא תפקידו של ביהמ"ש לקבוע זכויות קנייניות חדשות. כמו"כ התלות בטנא נוגה משקפת כי זו לא זכות קניינית, שכן בד"כ זכות קניינית היא *בלעדית ועצמאית*.

כיום ישנה רשימה סגורה של זכות קנייניות בישראל:

1. **בעלות** – הזכות הקניינית החזקה ביותר. זכות זו נותנת לבעל הנכס את מירב הזכאויות בקשר לנכס.
2. **שכירות ושאילה** – זכות מוגבלת בזמן להשתמש ולהחזיק בנכס. בשכירות – הזכות ניתנת בתמורה לתשלום ואילו בשאילה זו עסקת חסד.
3. **זיקת הנאה** – רק במקרקעין. הבעלים מכפיף את המקרקעין לאדם אחר אך רק עבור הנאה. למשל – זכות מעבר, האפשרות להזמין אדם לבריכה ששלי.
4. **משכנתא / משכון** – שעבוד של נכס כערובה לחיוב. משכנתא – שיעבוד מקרקעין ומשכון זה שעבוד מטלטלין.
5. **זכות קדימה** – רק במקרקעין. כלומר, אם בעל הנכס ירצה למכור את הנכס שלו, לאדם X יש זכות לרכוש את הנכס, לפני כולם.
6. **עיכבון ונאמנות** – עיכבון זו זכות מוגבלת שקיימת רק ביחס למקרקעין ומטלטלין והיא מאפשרת לעכב נכס כערובה לחיוב (לעומת משכנתא שניתן ליטול את הנכס אם החוב לא נפרע). נאמנות – משולש בין נאמן, נהנה ויוצר הנאמנות. לרוב מדובר במקרה בו יוצר הנאמנות לא סומך על הנהנה ולכן ממנה נאמן שינהל את הכספים ע"פ זכויות הנאמנות וכך נוצרת זיקה קניינית לנאמן לנכסים שמנהל.

**משטרי קניין**

1. קניין פרטי- משטר בו המדינה מאפשרת בעלות פרטית של קניין- ישראל.
2. קניין קולקטיבי- אין בעלות פרטית אלא בעלות קולקטיבית שאתה מקבל זכאות להשתמש באותו קניין.
3. קניין משותף- משותפת בנכס (כמו בעלים משותפים בדירה).

**קניין פרטי- למה?**

יש לשקול ערכים שונים ולאזן ביניהם כשבוחנים האם לתת זכות קניין פרטי וכמה.

**הערכים/ההצדקות לקניין פרטי:**

1. **חירות**- חירות=אוטונומיה. היכולת של האדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו.

נוזיק- הסיבה לאמץ משטר של קניין פרטי היא כי רק משטר כזה ייתן ליחידים חירות מספקת לעמוד מול השלטון. במשטרים קולקטיביים אנשים כפופים לגמרי למשטר, יש למדינה כוח להחליט מה ייעשה בכל הרכוש. בקניין פרטי אנחנו מטיבים עם היחיד, יש לו חירות והשלטון צריך לכבד את הקניין הפרטי של היחיד. לדעת נוזיק כל משטר של קניין פרטי צריך שלושה כללים:

* + 1. כלל תפיסה תקפה- לקבוע **כללים איך אדם הופך להיות בעלים של קניין**. למשל, ס' 7 לחוק המקרקעין שקובע שבעת הרישום אדם הופך להיות בעל זכות קניינית.
		2. כלל העברה תקפה- לקבוע **כללים איך מעבירים את הקניין מאחד לשני**. למשל חוק הירושה.
		3. כללי תיקון- לקבוע **כללים שיתקנו מקרים בהם 2 הכללים לעיל (תפיסה והעברה) לא התקיימו כנדרש** (למשל, כלל של תקנת שוק- מה קורה כשאדם מוכר יותר ממה שיש לו?)

ביקורת:

|  |  |
| --- | --- |
| **זכות** | **חירות** |
| **חובה** | **היעדר זכות** |

* אם חשוב שלאדם יהיה חירות, אז למה לא לכולם? אם הקניין הפרטי משקף אוטונומיה של אדם, אז צריך להבטיח שכולם יקבלו, כלומר, שיהיה קניין מינימלי לכולם. במילים אחרות, **אם הקניין נשען על החירות, ואם אנחנו מבינים שהקניין שלי הוא היעדר החירות שלך, אז לא ניתן להצדיק את הקניין של מי שיש להם – בלי לוודא שלכולם יהיה איזשהו קניין**.
* התפיסה של נוזיק למעשה מתארת את האנשים ככאלו שצריכים הגנה, אך בסופו של יום יש לנו אמון בבני אדם. נוזיק מתאר את המצב כך שאנשים חוששים וצריכים הגנה, אך תפיסה זו חוטאת במציאות כיוון שכולנו מנהלים מערכות יחסים המבוססות בין היתר על אמון באנשים אחרים.
1. **עבודה**- ג'ון לוק- אלוהים נתן את הארץ במשטר משותף בכל הקרקע לבני האדם. אולם, כל אדם הוא בעל קניין פרטי ביחס לגופו, עבודתו ועמלו. **ערבוב הכוח**- לוק מסביר שברגע שמערבבים את הקניין הפרטי שלי (כמו השקעת כוח), במשהו משותף (כמו תפוח על עץ), הקניין המשותף הזה הופך לקניין פרטי. **קניין משותף (קרקע) + קניין פרטי (גוף/עמל)= הפקעה לקניין פרטי.** סייגים להפקעה: **א.** חייבים להשאיר לאחרים מספיק ובאיכות לא פחות טובה- למשל שיהיו עוד תפוחים טובים על העץ. **ב.** אסור לאדם לקחת יותר ממה שהוא יכול לצרוך.
	* ביקורת: **א.** הסייג הראשון לעיל הוא אוטופי כי העולם תמיד בחוסר משאבים ולפיכך לא תמיד יהיה מספיק לכולם. **ב.** מגוחך, כי אז זה היה אומר שאדם ששופך מיץ עגבניות לאוקיינוס הופך לבעלים הפרטיים של האוקיינוס (ערבוב של כוח +משאב). **ג.** לא תמיד יש פרופורציה בין המעשה לתוצאת ההפקעה- למשל שאדם משקה עץ פעם אחת והופך להיות הבעלים של כל העץ ופירותיו.
	* כיום- קוראים את התאוריה כך שהמשפט רוצה **לתגמל** אדם שמשקיע מכוחו לפיתוח הקניין. **התגמול= הפיכת לקניין פרטי.** סייגים: **א.** מתגמלים רק התנהגות ראויה (ולא רק על השקיה חד"פ). **ב.** תגמול רק אם התוצאה חיובית. **ג.** תגמול רק על עשייה, לא על רעיון.
2. **השאת הרווחה המצרפית-** *"בעיית הפעולה המשותפת/טרגדיית השיתוף"*: הראדין טוען **שרק דרך קניין פרטי אפשר לשמור על המשאבים.** כשיש קניין משותף כל אחד מנסה לנצל כמה שיותר לטובת האינטרס המיידי שלו כך שהמשאב יאבד מהחיוניות שלו בגלל ההחצנה על שאר האנשים. בקניין פרטי לעומת זאת, כל אחד ישמור על חלקו האישי שלו **(דוגמת מרעה הפרות)** כי הוא לא מחצין את הנזק. קניין פרטי גורם לכך שאנשים מפנימים את ההחצנות השליליות של המעשים שלו וגם הפנמת עלויות.
	* ביקורת על גישתו של הארדין (Harold Demsetz): **א.** ניתוח כלכלי חלקי- ניתוח כלכלי אמיתי לא מניח עדיפות לשיטת קניין מסוימת. הדוג' של הארדין היא פרטית ולא ניתן לבסס טענה תמידית שקניין פרטי עדיף על משותף. השאת הרווחה המצרפית יכולה להתקיים גם במשטרים אחרים של קניין. **ב.** דאגה לדורות הבאים- הניתוח הכלכלי צריך להביא בחשבון החצנות שנוגעות לא רק לשותפים הקיימים כעת. **ג.** ביקורת שמסתמכת על אבולוציה- מושאי הקניין בעצמם משתנים עם השנים אזי בהכרח גם הדרכים למשטרם הקנייני ישתנה.
3. **אישיות**- מרגרט ראדין טוענת שיש **נכסים שיותר קרובים לגרעין האישיות שלנו** (כמו בית מגורים בו אנשים משקיעים), **והם צריכים לקבל הגנה קניינית חזקה יותר** כדי לבטא את האישיות שלנו – יש ספקטרום של נכסים.
* ביקורת: קשה ליישם את העקרון הזה ולנהל משטר קנייני שיעבוד. אישיות זה דבר סוב' וכל אחד נותן את הערך הסנטימנטלי שלו לנכסים.
1. **קהילה**- הרצף: ליברט' 🡨 ליברליות 🡨 קהילתנות (מהכי קיצוני לפחות)
	* ליברט'- הקהילה היא אוסף של אנשים שלא מחויבים אחד לשני.קרי, קהילה וולנטרית. **אין מחויבות כלפי הקהילה** אלא אם אנחנו לקחנו את זה על עצמנו (הקהילה תקבע את ערכיה).
	* ליברליות (חנוך דגן)- גישה שאומרת שיש קהילות שיכולות להטיל חובות אבל הן שומרות על **האוטונומיה** של היחיד בכך שחייבים **לאפשר זכות יציאה מהקהילה.** כלומר, אפשר להטיל דרישות על היחיד אבל הן נגמרות ברגע שהוא רוצה לצאת מהקהילה.
	* קהילתנות- הקהילה דורשת הקרבה שיכולה גם להגיע למחיקת האינדיבידואל כמעט לחלוטין. אמנם יש קניין פרטי אבל הוא מחויב להשתמש בו לטובת הקהילה. למשל בהפקעות, לחייב לתרום את הקרקע שלך לצרכים ביטחוניים, כשהפיצוי יכול להיות מופחת. בתפיסה זו, אחד בשביל כולם.

**מופעים של קהילה בדיני קניין:**

1. סף הכניסה – לעתים, הקהילה תציב דרישות לפני הכניסה לקהילה. ההצדקה היא שאנשים בעלי תפיסות עולם שלא מתאימים לקהילה, עלולים לפגוע בה ובערכיה.
2. המשטר בקהילה – הנורמות שיחייבו וינהלו את החיים בקהילה.
3. זכות היציאה מהקהילה – לעתים, הקהילה תפעל להוציא אדם שאינו עומד בדרישות. לעתים, האדם עצמו רוצה לצאת מהקהילה.
4. **צדק חלוקתי**- קניין אינו רק מגן על החירויות של אנשים, אלא צריך גם להגן על הפרטים האחרים בחברה מפני חירויות אלה. באופן טבעי, יכול להיות ריכוז כוח ופערי כוחות משמעותיים יותר אם לא לוקחים זאת בחשבון. אם קניין מבוסס על חירות, צריך להבטיח שהחירות לא מייצרת נזק לאחרים.
* ביקורת: **(1)** יש רתיעה גדולה לבצע חלוקה דרך קניין. כמו"כ דיני הקניין לא עוצבו מתוך מקום שרגיש לערכים חלוקתיים (בשונה מדיני המס למשל). **(2)** מבחינה מעשית, הקניין לא נוצר על מנת לקדם ערכים של צדק חלוקתי. כמו"כ זה לא צריך להיעשות ע"י הקניין הפרטי של יחידים בחברה.
1. **סביבה-** יש שאלה אם זה ערך קנייני. מתייחסת יותר לשאלה אם רוצים לשמור על המשאבים גם לדורות הבאים, ואז נעדיף משטר פרטי (כי ראינו שלפי ראדין לכל אחד יש תמריץ לשמור על המשאבים הפרטיים שלו).

**קניין פרטי- במה?**

1. במה אנחנו מעוניינים לתת קניין פרטי? כאמור, החברה מאזנת את הערכים כדי לשקול אם להעניק קניין פרטי. אז מה החברה בעצם רוצה לתגמל?
2. באיזה מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר העברות/המירות של נכסים? שאלה שמערערת את המאפיין של "עבירות" לעיל. יהיו מקרים שלא נרצה לאפשר זאת. מתי?

**כשנותנים זכות קניינית מחפשים את התכלית של מתן הזכות**. למשל, פטנט: אם נותנים למי שהמציא זכות לפטנט- ההגנה הקניינית ניתנת בגלל התכליות (רווחה מצרפית, עבודה, אישיות, חירות) כמו"כ, לא רוצים שאותו אדם יהיה המונופול של אותה המצאה ולכן מגבילים את הפטנט.

פס"ד מקדונלד: פסק הדין סב סביב הזכות לפרטיות מול הזכות לפרסום. הזכות לפרסום היא זכות כלכלית שנתונה לאדם (ובפרט לידוענים) לשכור בדמות שלו. היא מקנה לאדם שליטה כלכלית על כל שימוש שיעשה בדמות, בשם ובקול שלו לצרכים מסחריים. הזכות הזו נולדה בארה"ב. השופט ריבלין דן בשאלה האם הזכות לפרסום היא זכותו הקניינית של האדם. לבסוף, הוא מגיע למסקנה שיש להכיר בזכות לפרסום כזכות קניינית בדין הישראלי והוא מכניס אותה תחת 'עשיית עושר ולא במשפט'. פסק הדין הוא דוגמא טובה לדרך לייצר שיח ערכי בשאלה איך ראוי להכיר בזכות קניינית.

**מוסד קנייני**

מוסד קנייני= כשיש חוק שמגדיר את ההיקף של זכות הקניין. כל מוסד קנייני (חוק) הוא ביטוי לאיזון שהמחוקק עשה בין הערכים השונים. זה תפקיד המחוקק לקבוע אם יש לתת זכות קניינית ובאיזה היקף, לא השופט.

דוג' למוסדות קניינים שונים שנוצרו בחקיקה הישראלית:

1. **חוק הדיור הציבורי:** מוסד קנייני שהולך ונשחק. בעבר שיכנו עולים חדשים בבנייה של דיור ציבורי, מתוך מדיניות של הפרחת השממה (ולכן עיקר הבנייה הייתה בפריפריה). עם השנים הכמות של דיור ציבורי ירדה, ועלה הביקוש ביחס להיצע. חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה) נועד לאפשר רכישה של הנכסים במחיר מופחת, במטרה להשתמש בכספים לבניית דיור ציבורי נוסף. החקיקה הזו היא סוציאליסטית, חוק זה משקף את האיזונים החברתיים בין שיקולים של צדק חלוקתי לבין השוק החופשי והחירות.
2. **חוק הדיור המוגן:** חוק זה נועד להגן על האוכלוסייה הקשישה. ההבנה הייתה שצריך להגן על האוכלוסייה והחוק בא להסדיר כיצד נדרש לנהל בניין דיור מוגן. זה שונה מדיור ציבורי כי אין התערבות של המדינה בסכומים של הדירות, להפך המחיר יותר יקר משכירות רגילה, אבל יש כאן הטבות אחרות שמיועדות לגיל השלישי (אבטחה, ניקיון, בריאות, העשרה).
3. **בית משותף:** מוסד כלאיים בין קניין פרטי לקניין משותף, הדירות הן קניין פרטי ושאר המבנים בבניין הם בבעלות משותפת. חוק המקרקעין יצר משטר רובני שמאפשר את החיים האלו על בסיס שלטון הרוב בתוך הבית המשותף. כלומר, יש גם חובות על אותם אנשים שיש להם דירה בבית משותף, ישנה אחריות להשתתף באחזקה של הבניין (ס'58 לחוק המקרקעין). כמו"כ, ישנה הוראה שאומרת כי במצב שבו נהרס בית משותף ו75% מדיירי הבית המשותף רוצים לשפצו, ניתן להורות על המתנגדים להעביר את זכויות הקניין שלהם (ס'60 לחוק – סוג של הפקעה פרטית).

**קניין חדש**

"קניין חדש" = מתייחס לתפיסה המשפטית לפיה הגנת הזכות החוקתית לקניין אינה מוגבלת אך לבעלות פרטית במשאבים גשמיים, אלא כוללת גם הענקות מדינתיות בעלות ערך כלכלי (כגון קצבאות, מענקים או רישיונות לפעילות מסחרית).

המושג של קניין חדש עלה במאמר חשוב של צ'ארלס רייך בשם *"The New Property"*. נטען שבנ"א בחברה מסתמכים על הקצאות שהמדינה נותנת (למשל רישיונות, קצבאות וכ'ו). האם אותן הקצאות הופכות להיות הקניין של אותם אנשים? הטענה היא שהתלות הגדולה שנוצרת כתוצאה מקבלת קצבה מהמדינה הופכת את הקצבה לקניין. אך הפחתה של הקצבה תוביל לכך שאנשים לא יוכלו לנהל את החיים שלהם.

בפס"ד מנור, שעסק בצמצום קצבאות זקנה, אנחנו רואים שחלק מהשופטים נוגעים בשאלה האם קצבאות זקנה הינן זכויות קנייניות. בפס"ד זה, לא נזקקו להגיע לתשובה חדמ"ש כיוון שהאדם הפריש כסף כל חייו כדי שבבוא היום הוא יקבל קצבה, לכן ברור שמדובר בקניין.

בפס"ד מנחם (לא בסילבוס) שעסק ברישיונות של מוניות, **השופטת ביניש** מזכירה את המונח "קניין חדש" אך היא אומרת שהיא אינה נדרשת לזה, לא הייתה פגיעה בנהגי המוניות מצד המדינה.

**קניין פרוגרסיבי**

**זינגר** הוא אחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית בקניין, חלק מהקהילה הקהילתנית. תפיסה זו מציגה את עצמה כתפיסה נוגדת לליברטריאנית שנתפסת קפיטליסטית. המוקד אינו חירות הפרט, אלא הדגשת חובות בעל הקניין לחברה.

במאמרו הוא מציג מקרה של חברת פלדה שמפעילה מפעלים בעיר וחלק ניכר מהאוכלוסייה עובדת במפעלים ומסתמכת עליהם. החברה החליטה לסגור את המפעלים בעיר, וזינגר אומר כי לעובדים צריכה להיות זכות קניינית במפעלים אלו. אם החברה מחליטה לסגור, צריך להכיר בזכות שנוצרת על בסיס ההסתמכות של העובדים במפעל. ההכרה הזו תיתן לעובדים את הכוח להמשיך את פעילות המפעלים. זינגר בעצם מדגיש את **אינטרס ההסתמכות** – העובדים מסתמכים במשך שנים על מקום עבודתם וההסתמכות יכולה ליצור זכות קניינית של העובדים במפעלים.

התפיסה הזו אינה פשוטה, מה יוצר את ההסתמכות של העובדים והציפייה הלגיטימית שהמפעל יעבור אליהם? זינגר אומר שזה קצת לא מוסרי, במשך שנים העובדים מסתמכים על התעסוקה שהמפעל נותן להם. חשוב להדגיש שהוא חזר בו בהמשך הדרך כיוון שיש בגישתו לא מעט בעיות שמתעוררות.

**קניין פרטי- במה לא?**

יש דברים בהם לא רוצים לתת קניין פרטי, גם אם הם יכולים להיות מושא קניין באופן מסוים. הרבה פעמים נרצה שיהיו דברים שלא יהיו עבירים. למשל, סחר באיברים: בעד: **1.** מלאי האיברים יגדל. **2.** רגולציה של משאבים כאלו תמנע היווצרות של השוק השחור. נגד: **1.** החלשים בחברה הם שיימכרו ולא יוכלו לקנות. **2**. מסחור של טובין אישיים, קרי יש קושי מבחינה חברתית להכיר בכך שאדם יצטרך למסחר את האיברים שלו כדי להתקיים. **3**. החצנות על צדדים שלישיים - התעלמות מצדדים שלישיים שלא בהכרח מסכימים.

קומודיפיקציה= הסחרה. לקחת משהו שלא בשוק ולהפוך אותו למוצר שוקי. טיעוני נגד: 1. טענת ההשחתה - משחיתים את המשמעות של המשאב הזה עבורנו. למשל, שאם נשלם על תינוקות, הם לא יחזרו להיות מה שהם היו עבורנו לפני ששילמנו עליהם. 2. טענת הכפייה - בקומודיפקציה מרחיבים את הכפייה על אנשים חלשים שאין להם ברירה אחרת מבחינה כספית אלא למכור איברים למשל.

משפחה חדשה: העותרת היא אישה רווקה בשנות הארבעים לחייה שרחמה נכרת, המבקשת להביא ילד לעולם. העותרת מבקשת להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאות אך בקשתה נדחתה עקב העובדה שאין לה בן זוג. חשין אומר כי פונדקאות היא התערבות במעשה הבריאה, לכן זה לא יהיה נכון לקבל את עתירתה של העותרת המבקשת כי ביהמ"ש יורה על הרחבת תחום פרישתו של חוק הפונדקאות על אף הכאב של העותרת. דוג' לפס"ד שבה עוסקים בשאלה - האם אנחנו רוצים למסחר את הפונדקאות?

בעהם: התובענה עוסקת במסמכים שהיו מוחזקים בידיו של עו"ד בהעם, שהיה עובד משרד המשפטים סמוך להקמת המדינה. המסמכים הוצעו למכירה, כשהם מוצגים כטיוטות ראשונות של מגילת העצמאות. המדינה תובעת לאסור על הנתבעים את המכירה ולהשיב את המסמכים לשם הפקדתם בארכיון המדינה. ביהמ"ש העליון קבע שטיוטות בעהם להכרזת העצמאות הן חלק מהנכסים התרבותיים של מדינת ישראל, **סוגייה מרכזית בדיני הקניין התרבותי היא חובת ההשבה של נכסי תרבות.** על כן, אין ספק כי קיים אינטרס ציבורי בהשבת המסמכים לחזקתה של המדינה.

סיכום ביניים

**זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים** (חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה). **כשהמחוקק מכונן מוסד קנייני חדש, הוא עושה איזון בין ערכי הקניין השונים** (חירות, רווחה מצרפית וכו'). **אין משמעות אחידה לזכות הקניין**- לכל מוסד קנייני יש היקף אחר. **החוק הוא תולדה של איזון ערכי שונה בשאלה אם לתת זכות קניינית ובאיזה היקף.**

**בעלות**

זכות הבעלות הנה הזכות הקניינית החזקה ביותר. היא מגיעה עם אגד הזכאויות החזק ביותר – להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש ככל העולה על רצון הבעלים. עם זאת, הסייפא מגבילה בכך שזה כפוף להגבלות ע"פ דין. כמו"כ ייתכנו מס' זכויות קנייניות ביחס לנכס.

**ס' 13 לחק"מ:** "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת."

מה מוסיפים ס' 11 ו12 על הקרקע?

* + **ס' 11**: מוסיף בעלות על **עומק וגובה** של הקרקע (למעט משאבי טבע).
		- תיקון לס' 11, ס' 14ד- **אפשר לפצל בין הרבדים השונים** לבעלויות נפרדות (נועד להקל על הפקעות). פס"ד אקונס- הפקעות תת קרקעיות במנהרות הכרמל. ההפקעות בוצעו לגבי זכות ההחזקה והשימוש בעומק שמתחת לבתי המערערים לצורך המנהרות. המערערים סירבו למסור את החזקה בקרקעות, לפיכך ביקשה המדינה מביהמ"ש צו לפי ס'8 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור) למסירת החזקה. ביהמ"ש העליון קבע שהמדינה חייבת לציין מידות מדויקות להפקעה. הלכת אקונס עוררה שאלה איך מציינים דבר כזה בטאבו? אין רישום תלת מימדי בארץ, הרישום הוא דו מימדי (קרקע וקרקע מופקעת). לפני התיקון, אם היינו מפקיעים את תת הקרקע אי-אפשר היה לרשום בעלות בתת הקרקע לכן היו רושמים הערה של הפקעה של תת הקרקע. תיקון חוק המקרקעין בא להתמודד עם זה. התיקון הוא תולדה של פס"ד אקונס.
		- אוצרות טבע ועתיקות- אוצרות טבע הם אוצרות תרבות והסטטוס שלהם הוא הקניין של הציבור.

פס"ד Samedan (סמדן)- רקע: פס"ד זה עוסק בהסדרים של חיפושי נפט וגז טבעי. המדינה יצרה את חוק נפט על מנת לעודד את החיפוש של נפט וגז בארץ, כחלק מכך ניתנו לחברות רישיונות לחיפוש באזורים מסוימים וכן ישנם הסדרים תמלוגים על המציאה. פס"ד עוסק בשאלה מה הגבול של הרישיון לחיפוש נפט, החברות הניחו שכאשר קיבלו את הרישיון, קיבלו גם את זכות ההובלה (ס'35 לחוק הנפט).

השופט חשין בוחן את תכלית החוק: **(1)** התכלית המרכזית של החוק היא עידוד חיפוש גז ונפט בארץ. **(2)** יחד עם זאת, תכלית נוספת של החוק היא עידוד התחרות על מנת למקסם את הרווחה המצרפית. **חשין מפרש את החוק לפי ערך הרווחה המצרפית, כי כל החוק הזה נועד להגביר תחרות ולהשיא את הרווחה המצרפית.** לפיכך, אם רוצים לקדם יעילות אין לתת את הזכות להובלה בצינור.

* + **ס' 12:** מוסיף בעלות על **מחוברים לקרקע**. כולל בנוי, נטוע וחיבורי קבע.
* נשאלת השאלה, כיצד ניתן להבחין בין מחוברים של קבע למחוברים הניתנים להפרדה? התוצאה המשפטית היא שאם ייקבע שדבר מסוים אינו מחובר חיבור של קבע, אזי הוא ייחשב כמיטלטלין. לעומת זאת, אם ייקבע שמדובר בחיבור של קבע, אזי הוא ייחשב כחלק מהמקרקעין.
* דוג'- בנק לאומי נותן לחיים הלוואה לקנות מכונה למפעל שלו, חיים מחבר את המכונה ומשתמש בה. במקביל, חיים נדרש להלוואה נוספת וממשכן את כלל המפעל שלו בבנק דיסקונט. מה קורה במצב שבו חיים פושט רגל? האם החיבור של המכונה לקרקע הופך אותה לחלק מהמקרקעין ולכן תהיה חלק מהמשכון לדיסקונט או שמא זה מיטלטלין שאז היא שייכת ללאומי? ההחלטה מתקבלת לאחר בחינה של שורה של מבחנים שנוצרו בפסיקה ובספרות, **ויסמן** מציע שלושה מבחנים:

**מבחנים שיש לשקול:**

* + - 1. מבחן החיבור הפיזי- מבחן סף. **שמחובר פיזית.** אם בכלל לא מחובר בשום צורה למקרקעין- אין מה לדון.
			2. מבחן סוג הנכס- יש לבחון את סוג הנכס ואת דרך החיבור. **האם דרך החיבור לסוג הנכס הזה מתאים להוות חיבור קבע?** למשל, מזגן שמחובר עם סלוטייפ בלבד (=מטלטלין).
			3. מבחן הכוונה-
				* כוונה סוב'- נבדוק את הכוונה הסוב' של הצדדים עצמם ביחס לחיבור – האם התכוונו שיהיה חיבור של קבע?
				* כוונה אוב'- מה הצדדים הסבירים היו עושים בחיבור מיטלטלין כזה? האם היו מתכוונים לחבר בחיבור קבע? פונים לכוונה אוב' רק אם אין דרך לברר כוונה סוב'.

\*המבחנים לא מצטברים אבל יש לבחון את שלושתם תמיד! לטעון לשני הצדדים תמיד!

**מבחנים נוספים שיש לבחון- מבחני מדיניות (מהפסיקה):**

* + - 1. מונע הנזק הזול- הטלת אחריות על מי שיכל למנוע את הנזק בצורה הכי זולה ולא עשה זאת.
			2. עוד שיקולים רלוונטיים- וודאות השוק, עידוד פעילות כלכלית, שיקולי יעילות מצרפית, שיקולי חלוקה (מאזן המצוקה שבודק מי ייפגע יותר).

למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין? רקע: שטח מד"י מוגדר כגושים ובכל גוש יהיו חלקות, לכל חלקת קרקע ישנה מעין מס' תעודת זהות. הכלל שב**סעיף 13** אומר שאת יחידת רישום המקרקעין לא ניתן לפצל. רוב המקרקעין בישראל נמצאים בהליכי רישום או שהם כבר רשומים. ההוראות המסדירות את הרישום קובעות את הגודל המינימלי והרוחב המינימלי של חלקה, ביחס לאזורים שונים. הסיבות המרכזיות:

1. החלוקה המקורית נקבעה עפ"י **צרכים חברתיים ותכנוניים.** לא רוצים לאפשר לאנשים לעשות חלוקה מחדש שתתחשב באינטרסים האישיים שלהם בלבד.
2. **חשש מפיצול יתר** של חלקות -יש אי-סימטריה בין הקלות של הפיצול לבין היכולת לחבר את הקרקע חזרה**–**
3. **בעיית איתור** – כדי לחבר חזרה חלקות, יש צורך לאתר את כל הבעלים השונים של הקרקע.
4. **עלויות עסקה** –מדובר בריבוי חוזים ולכן גם יש עלויות עסקה גבוהות.
5. **סחטנות, "בעיית הפעולה המשותפת"** –החשש הוא שכאשר יש הרבה "ידיים" לעסקה, תמיד יישאר בסוף איזשהו אחד סחטן שיעכב את הרשות. למשל, אם יש 10 בעלים לחלקת קרקע, לאחרון יש יותר כוח לסחוט את הרשות.

**ס' 38**- ניתן לפרק שיתוף רק אם אישר המפקח שהחלוקה תואמת את הוראות החיקוק והבניה, וכל חיקוק אחר בנדון.

**ביקורת כנגד הרציונל של סעיף 13 –** אנשים שחושבים שהשוק עובד בצורה יעילה, או למצער שהוא לא פחות יעיל מהמדינה, יכולים להגיד שאנשים רציונליים לא ימכרו דבר באופן שמבזר אותו, אם זה לא יעיל.

**טענות תומכות בס' 13** – בסופו של דבר, התשובות האלה קשורות לשני דברים מרכזיים – מידת הבטחון שלנו בתפקוד של השוק והאופי המיוחד של המשאב.

* **כשלי שוק** – מקרה שבו נותנים לכל אחד לעשות מה שהוא רוצה והתוצאה לא יעילה לכלל החברה. דהיינו, מצבים בהם השוק החופשי אינו "מסתדר" ולא יוכל לתקן את עצמו, בעיית הסחטן היא דוגמא למקרים שבהם השוק לא ידע לפתור את הבעיה שנוצרה.
* **שנאת הסיכון הציבורית** – המדינה לא רוצה לקחת את הסיכון שלא תצליח לספק את צורכי הציבור . כשמדובר על קרקע, שהיא משאב כ"כ משמעותי בחיים של כולנו, כמתכנני ומעצבי מדיניות (כותבים ומפרשים את חוק המקרקעין) ראוי שננקוט בהקשר הזה בגישה של שנאת סיכון ציבורית – לא ניקח סיכונים, גם אם אנחנו חושבים שזה יכול להצליח.

**שכלול הבעלות במקרקעין**: הזכות משתכללת מזכות חוזית לזכות קניינית כאשר מתקיימים תנאיו של ס' 7 לחק"מ- בשלב שבו הזכות נרשמת בטאבו (ס' 7(א)). כמו"כ ס' 7(ב) מזהיר שאם העסקה לא נרשמת בטאבו, הזכות תהיה חוזית בלבד והיא חלשה יותר מזכות קניינית – לפיכך זה מהווה תמריץ לרשום את העסקה.

**שכלול הבעלות במטלטלין**: הזכות משתכללת באופן שונה ממקרקעין משיקולי יעילות (יש אין סוף נכסי מטלטלין). ס' 33 לחוק המכר – הבעלות הופכת להיות קניינית ע"י הפומביות במועד המסירה- ברירת המחדל. הסייפא – אם הצדדים הסכימו על דרך אחרת להעברת הבעלות, הרוכש לא יהיה בעל הזכות במועד המסירה – אלא מתי שנקבע ע"י הצדדים.

**מהות הזכות ומגבלותיה – משפט פרטי**

ס' 14: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר" – יצירת הגבלה על הזכות הקניינית. מחד, יש רצון להנחיל ערכים מדיני החוזים (למשל תו"ל) על מנת לעודד התנהגות ראויה. מאידך, שימוש במושג שסתום יוצר עמימות רבה.

פס"ד שלב נ' הררי מואב: רקע: חלקת אדמה שפוצלה ל3 חלקות נפרדות שנמצאת בבעלות של אנשים שונים. בחלקה ג' יש מחצבה של חול וכשפיצלו את החלקה, לא נרשמו זכויות מסוג זיקת הנאה (מעבר בין חלקות). חברת "שלב" שכרה לפרק זמן מסוים את חלקה ג' וכשהעבירה את החול, החליטה לעבור דרך החלקה של ב'. "הררי מואב" שבבעלותה הייתה חלקה ב', לא הסכימה לכך שיעברו דרך הקרקע שלה. "שלב" ניסו לטעון דרך ס' 14. ביהמ"ש פסק שס' 14 לא נועד לאפשר השגת גבול או פגיעה בזכות הקניינית, למרות שזה לא נוח אם לא מרשים להם לעבור שם. **לא נפעיל את ס' 14 כשהסכסוך ניתן לפתרון כלכלי (מעבר בתשלום), לא מדובר בנזק/אי-נוחות** שהבעלים גורם לאחר אלא במימוש ראוי של הבעלות.

פס"ד רדומילסקי נ' פרידמן: פס"ד היחיד שבו השתמשו בס' 14. רדומילסקי היא בעלים של בניין ובאחת הדירות מתגורר פרידמן כדייר מוגן. הבת שלו עברה להתגורר איתו ורדומילסקי פחדה שהיא תהפוך לדיירת מוגנת בבוא היום לאחר פטירת פרידמן. פרידמן מתח כבל של אנטנה בחלל הרום של החצר שלה ורדומילסקי רצתה להתנכל לבת של פרידמן ולכן טענה להשגת גבול. **ביהמ"ש מחיל את ס' 14 כי מדובר בעשיית נזק ואי-נוחות לאחר ללא הצדקה כלכלית משמעותית.** ס' 14 לא מאפשר לעקוף מוסדות קנייניים אחרים (של דיירים מוגנים).

פס"ד רוקר נ' סלומון: סכסוך שכנים בבית משותף. רוקר, דייר בבניין רצה לקבל היתר בניה ולסגור את קומת העמודים למחסן. קיבל את היתר הבניה אבל לא את אישור הדיירים, שדורשים לפרק את המחסן. הטענה של רוקר כנגד הדיירים היא ס' 14. סלמון יכול לדרוש הריסה (ס' 21(א) לחק"מ) אך מנגד ייגרם לרוקר הפסד כספי.

 חלוקת השופטים:

* אנגלרד: לביהמ"ש יש שק"ד בהריסת המבנה אך הוא מתעלם מס' 14 ומפעיל את **מאזן הנזקים**- קובע שצו הריסה פוגע בזכות הקניינית ברכוש המשותף יותר מאשר הריסה. יש לציין שגישתו פוגעת בעיקרון הבית המשותף – לא ניתן לעשות מה שרוצים, יש להתחשב בשאר הדיירים. לכן שאר השופטים לא מסכימים.
* טירקל, חשין ולוין: נק' המוצא – עמידה על זכויות קניינות אך שק"ד של ביהמ"ש מוגבל, קרי לא ישלול בקלות זכות קניינות על בסיס ס' 14. ישנם 4 שיקולים שינחו את ביהמ"ש בבחינת השאלה – **(1)** באיזה זכות קניינית פגעו? **(2)** מה עוצמת הפגיעה? **(3)** כיצד התנהגו בעלי הדין? **(4)** שיקול משני – תוצאות ביחס לפוגע. במקרה דנן, יש **לצמצם את תחולתו של ס' 14** כי הוא לא ליברט' (מתעלם מהרצון של הבעלים- יתר הדיירים בבניין). אומרים שיש להרוס את המחסן. הרצון של אחרים לממש את זכותם הקניינית לא מהווה אי נוחות אלא חלק משמעותי מזכות הקניין של השכנים.
* ברק, ש"כ ומצא: **תלוי במקרה.** מכיוון שעיקרון תו"ל פוגע בזכות הקניינית כי הוא יוצר הגבלה עליה אך יש לזכור שהזכות אינה מוחלטת. קרי, החבילה של הזכאויות עם הזכות כפופה לעיקרון. ס' 14 תלוי ב: **(1)** מהו המשאב (המוסד הקנייני)? פירוש מצומצם/רחב תלוי במוסד הקנייני. למשל, בבניין משותף חובת ההתחשבות גבוהה יותר מבית פרטי= פירוש רחב לס' 14 בבניין משותף. **(2)** מהי מערכת היחסים שבתוכו נטוע המוסד הקנייני? יש מוסדות קנייניים שכבר קבעו את מערכת היחסים בין הצדדים **(3)** מהו היקף הפגיעה בזכות הקניינית ומה מצבו הנפשי של הפוגע? במקרה דנן, אופי האינטרס זה הרכוש המשותף בבית משותף. מדובר באינטרס מאד חשוב שיש לתת מקום בהכרעה. כמו"כ יש פגיעה חזקה ברכוש המשותף (לצמיתות) ורוקר מודע לכך שהוא פוגע לפיכך מורה על צו הריסה. ברק משקף את תפיסתו הפרוגרסיבית לקניין.

\*יש להשתמש בשלושת הגישות מפס"ד רוקר בשאלות בהן הצדדים יכולים להעלות טענה לס' 14.

**שכירות**

ס' 3 לחק"מ. "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות". יסודות; תמורה, החזקה, שימוש והגבלת זמן. כמו"כ שכירות שהיא למעלה מ-5 שנים נקראת *"חכירה"* ושכירות למעלה מ-20 שנה נקראת *"חכירה לדורות".*

זכות השכירות הנה זכות קניינית ועסקת השכירות (בדומה לבעלות) נולדת באמצעות חוזה ולאח"כ הזכות הופכת לפומבית. מתי הזכות הופכת לקניינית? לכאורה במועד רישום הזכות (ס' 7 לחק"מ), בפועל שכירות הנו חריג. יש לציין שס' 6 חל על עסקאות שכירות, קרי עסקת שכירות היא עסקה קניינית במקרקעין.

* **ס' 79(א)** – חריג לעסקאות שכירות ביחס לרישום ודרישת הכתב. עסקת שכירות עד 5 שנים פטורה מרישום ודרישת הכתב.
* **ס' 152** – תיקון חלקי לס' 79(א) - האריך את התקופה הנ"ל ל10 שנים. אך לא פטור מדרישת הכתב.

לסיכום:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | שכירות עד 5 שנים | שכירות בין 5-10 שנים | שכירות מעל 10 שנים |
| רישום | X | X |  |
| כתב | X |  |  |

* אופציות – ברגע שהחוזה כולל אופציה, האופציה נלקחת בחשבון לחישוב תקופת השכירות.

פס"ד לוסטיג: **מה עושים עם חכירה לדורות?** דיני השכירות הם דינים שצופים שכירות קצרה. ואז, כשיש חכירה לדורות – נשאלת השאלה האם זה נותן מעמד דומה לשל בעלים, בהקשרים של מיסים, זכות הצבעה בבתים משותפים וכיו"ב. לרוב התשובה של הפסיקה הייתה חיובית. חכירה לדורות היא כמו בעלות. כך גם בפס"ד זה.

רקע: מדובר בחוזה שנקבע בין הצדדים לחכירה לדורות (999), בחוזה לא נרשם כי לחוכר יש זכויות בניה, על אף שמדובר בתקופה מאוד ארוכה הקרובה יותר לבעלות מאשר לשכירות. בעלת הקרקע התנגדה לכך שהחוכר יבנה בטענה כי מדובר בחוזה שכירות ולכן אין לו זכויות בנייה. ביהמ"ש קבע: **(1)** חכירה לדורות לתקופת זמן ארוכה מקבלת מאפיינים של בעלות, לפיכך יכלו לבנות. **(2)** למרות שיש מאפיינים של בעלות, אין בעיה משפטית בפיצול הקרקע מכיוון שזה עדיין שוכן תחת שכירות.

לפיכך מתי הזכות הופכת לקניינית? החוק לא מגדיר באופן מפורש. התחליף של הפומביות שנדרש הוא *תפיסת ההחזקה בנכס* (למשל קבלת מפתחות לדירה).

עבירות הזכות: האם אפשר לשכור בזכות השכירות? קרי להעביר אותה לאדם אחר. בחוק השכירות והשאילה ישנה הסדרה של היבטים הנוגעים לשכירויות והם מהווים השלמה של הוראות הסכם ששתקו.

* **ס' 21(א)** – ברגע שיש זכות קניינית בשכירות היא פומבית ופועלת כלפי כל העולם.
* **ס' 21(ב)**- נוגע לכך שהבעלים רוצה למכור את הדירה למישהו אחר. אם החוזה שכירות אוסר על המשכיר לקיים עסקה כזו, זה אסור. כאשר לא קיימת תנייה חוזית, פונים לס' 21(ב) באופן עקרוני המשכיר רשאי למכור את הנכס בזמן תקופת השכירות אך הבעלים החדשים כפוך לזכות השכירות המקורי.
* **ס' 22**- האם לשוכר יש כוח להעביר את זכות השכירות? שוכר יכול להעביר שכירות בשני דרכים: **(1)** המחאת/העברת זכות (חוק המחאת חיובים) **(2)** שכירות משנה (=סאבלט). שתי הפעולות המשפטיות מותנות בהסכמת המשכיר. כמו"כ, במידה והמשכיר מתנגד לכך מטעמים בלתי סבירים נכנס לפעולה הכלל של ס' 22.

**מה הכוונה לטעמים בלתי סבירים**? לרוב ההתנגדויות של המשכיר להעברת השכירות תהיה סבירה. אך כאשר ההתנגדות תהיה לא סבירה, יש לכך מבחנים בפסיקה:

* פס"ד אשגרום: עוסק במבחן **סוג הנכס**. ביהמ"ש אומר כי יש נכסים שהעמידה הדווקנית של בעליהם תצדיק, בגלל מאפייניהם, את אי-העבירות. כלומר, אופי/סוג הנכס מצדיק את אי העבירות שלו. בפס"ד זה הייתה התנגדות להעברת הנכס מצד מנהל מקרקעי ישראל כיוון שהקרקע התקבלה לאחר פטור ממכרז, הגוף שקיבל את הקרקע לא היה גוף פרטי, אותו גוף היה מעוניין למכור אותו לגוף פרטי ולכן ההתנגדות הייתה לגיטימית כי נדרש מכרז לפני שמעבירים את הנכס לגוף פרטי, הנכס היה בייעוד ציבורי, אי אפשר להעביר את הנכס לאדם שהיה חייב במכרז.
* פס"ד מדינת ישראל נ' וייס: **עוסק בזהות השוכר**. מורים שגרו בשטח ביה"ס, קיבלו זכויות שכירות בתנאים של הנחות וטובים יותר ממה שבדר"כ ניתן. עפ"י ההסכם, לא היה ניתן להעביר את השכירות ללא הסכמה של מנהל מקרקעי ישראל, השוכרים רצו להעביר את השכירות ללא אישור המדינה וטענו כי יש להם זכות לעשות זאת ללא אישור. ביהמ"ש אמר כי ההתנגדות כאן (של ביה"ס) היא לגיטימית, זהות השוכר כאן היא קריטית. לא ניתן להעביר את השכירות ממורה ביה"ס לצד שלישי שאינו מורה בביה"ס. ביהמ"ש קיבל את התנגדות המדינה וסירב לתת לעותרים את הסעד המשפטי. כדי ששוכר יוכל להראות שההתנגדות היא מטעם בלתי סביר, הוא חייב להראות שהסירוב חסר טעם ממשי, נטל ההוכחה הוא על השוכר, אם הוא לא מצליח לבסס זאת, הוא לא יהיה זכאי לסעד מכוח סעיף 22.
* פס"ד בנק הפועלים: הסירוב להעברת הזכות היה בגין אי עמידה בתשלומים של השוכר, הוא היה מעוניין להעביר את השכירות לאנשים אחרים. ביהמ"ש אומר כי במצב כזה, לא ניתן את הכוח לשוכר להעביר את הזכות לאדם אחר, השוכר הפר את החוזה ולכן אין בידו להעלות טעמים של התנגדות לא סבירה.

**לסיכום**:

* סבירות הסירוב תלויה בנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה ומקרה. (פס"ד חברת הכשרת הישוב בישראל).
* נטל ההוכחה הינו על השוכר. (פס"ד מדינת ישראל נ' וייס).

**חכירה לדורות**

באופן עקרוני, למדינת ישראל יש בעלות ברוב הקרקעות של המדינה (93%). היסטורית, אסור להעביר קרקעות בישראל לצמיתות (תקף עד היום). כלומר, כאשר רוכשים נכס בישראל, לא מקבלים זכות בעלות, אלא מקבלים זכויות ע"י חכירה לדורות. מאז 2009 הוחלה רפורמה שבה הייתה העברת בעלות של כל החוכרים לדורות כבעלים ומאז, כל פעם שהעבירו קרקע, העבירו גם בעלות. ישנם שני סוגים של חכירה לדורות:

|  |  |
| --- | --- |
| **מגזר עירוני** | **מגזר חקלאי** |
| תשלום **גבוה** מאוד, כפי שהיו משלמים על בעלות. | התשלום הוא **נמוך**, החוזים שנעשים הם בהנחות. |
| זכויות **מוגברות**, נקבע כי מדובר בבעלות יותר מאשר שכירות. | זכויות **חלשות** שרובן אפילו לא קנייניות, המוסד נקרא **רישיון במקרקעין** וזו זכות אישית/חוזית – העבירות מוגבלת.  |

**אבחנה בין שכירות לבעלות במטלטלין (ליסינג)**

גם במטלטלין מתעוררת בעיית ההבחנה בין שכירות לבעלות, בעיקר בעסקאות ליסינג.

**ליסינג** – לדוג' משתמש צריך ציוד יקר והוא פונה לספק לכדי לרכוש ציוד וגם פונה לגורם מממן לקבל מימון. ניתן לעשות זאת ע"י 2 אפשרויות:

1. 2 עסקאות נפרדות-
2. בפרקטיקה לרוב עושים עסקאות ליסינג (=החכרה). לרוב הגורם המממן רוכש את הנכס מהספק ומשכירו למשתמש, כאשר בסוף תקופת השכירות ניתנת לאותו משתמש זכות לרכוש את הנכס בעד תמורה מינ'. פורמלית אין חוזה בין הספק למשתמש, למרות שיש ביניהם מו"מ.

**מדוע עדיף לרכוש בליסינג?**

1. **שיקולי מימון של הרוכש:** צד אשר איננו יכול לממן רכישת נכס מכספו האישי, ומסיבה כלשהי אינו יכול לקבל הלוואה רגילה בשוק האשראי, עשוי לפנות לעסקת ליסינג מימוני כתחליף, כאמצעי מימון, כאשר הנכס משמש כבטוחה.
2. **שיקולי מס:** בעסקת ליסינג (ממוני) שעל-פי מהותה תוכר ככזאת לצורך דיני המס, ולא תמוסה כעסקת מכר ועסקת הלוואה, ולא תיפסל עפ"י סעיף 86 לפקודה, טמונים יתרונות מס רבים. מקבל הנכס, מנכה את התשלומים התקופתיים כהוצאה, כאמור בתקנות מס הכנסה ובכך הוא מקדים את ניכוי עלות רכישתו של הנכס, במקרים בהם תקופת ההסכם קצרה מאורך חיי הנכס לצורכי פחת.
3. **שיקול עסקי:** צד עשוי לכרות הסכם ליסינג כאשר אין לו ודאות לגבי כדאיות רכישת הנכס. ניתן לעצב את העסקה בצורה שתנטרל את הסיכון הכרוך בכך. למשל, לקבוע שהתשלומים התקופתיים הראשוניים ישקפו רק את השימוש והחזקה בנכס (כבכל שכירות), ולאחר פרק זמן מסוים להגדיל את התשלומים. בסוף התק' – אופציית רכישה, ובכל עת – השוכר זכאי לסיים החוזה.

**מה המוטיבציה של חברות הליסינג?** רצון לאפיין את העסקה באופן שלא יחול חוק המשכון ולחמוק מהוראותיו הקוגנטיות של חוק המשכון (כגון ס'16 – מימוש המשכון, רק לפי הוראות ח' המשכון, ס'13 – האפשרות לפדיון המשכון).

**כיצד יש להתייחס לעסקאות הליסינג?**

1. סיווג פורמלי
* העסקה תיחשב לשכירות ללא קשר למהותה האמיתית.
* חברת הליסינג בעלים (משכיר) והמשתמש שוכר.
1. סיווג מהותי (להתחקות אחרי המהות האמיתית של העסקה).
* שכירות אמיתית (ליסינג תפעולי) ובמקרה זה חברת הליסינג נחשבת בעלים והמשתמש הוא שוכר.
* עסקת אשראי (מכר והלוואה – ליסינג ממוני). המשתמש הוא הבעלים ואילו חברת הליסינג מקבלת משכון (שעבוד על הנכס). החברה מתפעלת כמעין בנק שנתן הלוואה וכעת אינה בעלים יותר.

פס"ד הפועלים נ' טיפול שורש: רקע- הפועלים רוכשת עבור שורש טיפול רפואי לרפואת שיניים ומשכירה לה את הציוד ל-10 שנים. דמי השכירות שיקפו החזר של מחיר הציוד בתוספת ריבית והצמדה, כמו"כ דמי השכירות היו צמודים למדד המחירים לצרכן. טיפול שורש טענו כי מדובר בעסקת מכר ואשראי (ליסינג ממוני) וכי הפועלים ליסינג גבו ריבית העולה על סך הריבית המותרת (בהלוואות צמודות מדד) ואילו פועלים ליסינג טענה שמדובר בעסקת שכירות ולכן אין הגבלה על דמי השכירות. השאלה המשפטית – האם מדובר בעסקת שכירות או עסקת מכר ואשראי הכפופה לחוק הריבית? ביהמ"ש מחיל מבחנים מהותיים בהם מסווגים את טיב העסקה (כל מקרה לגופו):

1. היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי שכירות הנכס - ככל שהתשלום התקופתי איננו משקף שווי שוק של דמי שכירות הנכס, יש בכך כדי להחליש את היבטי השכירות בעסקה הספציפית. וניטה לראות בה כעסקת אשראי.
2. היחס בין שווי השוק הנוכחי של הנכס ובין היוון (=חישוב ערך עתידי של הסכום) זרם התשלומים התקופתיים עפ"י הסכם הליסינג - לא נבדוק נקודתית את השווי של דמי השכירות, אלא את שווי הנכס – האם זרם התשלומים מקביל לשווי השוק הנוכחי של הנכס? אם כן, יש כאן עסקת מכר.
3. קיומה של אופציית הרכישה וערכו של התשלום הנדרש למימושה של אופצייה זו - קיומה של אופציית רכישה וערך מינימאלי של התשלום הנדרש למימוש האופציה, מצביעים על אופייה של עסקת הליסינג כעסקת מכר בתוספת עסקת הלוואה.
4. מספר הצדדים לעסקה - אם בין בעל הנכס ושוכרו קיים צד נוסף אשר עניינו האמיתי הוא בעסקת אשראי עם השוכר, יחזק הדבר את הנטייה לראות בעסקה עסקת אשראי.
5. השיקולים אשר הביאו את מקבל הנכס לכריתת הסכם הליסינג.
6. הכוחות המשפטיים שניתנו לשוכר ביחס לנכס אל מול הכוחות שנשארו בידי המשכיר.
7. חב' ליסינג ממוני משכירה את הנכס פעם אחת בלבד -היא אינה חפצה בו בתום תקופת החוזה ואינה ערוכה לאחסנו. בדר"כ, הנכס עובר ישירות מהספק למשתמש. לעומת זאת, חב' ליסינג תפעולי משכירה את הרכב מס' פעמים ללקוחות שונים. בין ההשכרות השונות היא מאחסנת את הנכס ומתחזקת אותו (כדוגמת חברות השכרת הרכב).
8. בליסינג ממוני לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע, משום שדמי השכירות משמשים לפירעון ההלוואה שמימנה בפועל את רכישת הנכס.

**מהכלל אל הפרט:** ההזמנה בוצעה בהנחיית טיפול שורש. **שכירות לעשר שנים היא יותר מאשר אורך חיי הנכס.** כמו"כ, סל דמי השכירות משקף מחיר הנכס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. אופציה בסוף התקופה לרכוש את הנכס ב-1% ממחירו. לאור המאפיינים של ההסכם יש לקבוע כי המדובר בעסקת אשראי הכפופה לחוק הריבית שקובע תקרת ריבית מקסימאלית להלוואה צמודת מדד. אם מתברר שהסכום שנגבה עולה על סך הריבית המותרת (בהלוואות צמודות מדד) אזי יש להחזיר את תשלומי היתר. בסופו של דבר, **ביהמ"ש קבע בפס"ד כי מדובר בליסינג ממוני וכמוהו כמכירה.**

**שאילה**

* **ס' 26 לחוק השכירות והשאילה:** הסעיף אומר כי שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.
* החוק אומר כי רוב הוראות החוק שעוסקות בשכירות חלות גם על שאילה, אך בגלל שמדובר בעסקת חסד, יש דברים שלא יהיו קיימים. לדוג', בשונה מס' 22 לחוק השכירות, **לא ניתן להעביר את זכות השאילה**. לכן, אמנם לשואל יש זכות קניינית, אך בידי המשאיל יש הרבה יותר כוח והוא יכול לסיים את השאילה.

**זיקת הנאה**

זכות קניינית שקיימת במקרקעין בלבד. זיקות הנאה הן מוסד קנייני שלא נעשה בו הרבה שימוש. זכות זו נותנת הנאה במקרקעין לאדם אחר, אבל ללא החזקה, ולכן הזכות הרבה יותר מוגבלת משכירות. **ס' 93** לחק"מ מפרט את סוגי זיקות הנאה:

1. **זכות שימוש במקרקעין הכפופים -** אפשר ליצור זכות הנאה שתוכנה הוא זכות שימוש מסוימת במקרקעין הכפופים לזיקה= הקרקע שלגביה נוצרת הזיקה.
2. **הימנעות מביצוע פעולה במקרקעין הכפופים -** על המקרקעין הכפופים יש מגבלות לביצוע פעולה מסוימת בקרקע ע"י בעל הקרקע לטובת מי שזיקת ההנאה היא לטובתו.
3. **ביצוע פעולה ע"י בעל המקרקעין הכפופים -** חובה על בעל המקרקעין הכפופים לבצע פעולה מסוימת.
4. **בעל המקרקעין אינו יכול למנוע ביצוע פעולה מסוימת במקרקעין** – למשל: שלילת הזכות למנוע רעש במקרקעין הזכאים. התוכן של ההסכמים הללו לא תמיד יהיו זכאים.

חשוב להבהיר, **מקרקעין כפופים** זה המקרקעין שזיקת ההנאה רובצת עליהם. **מקרקעין זכאים,** הוא מצב בו יוצרים זיקה לקרקע X, הקרקע זכאית ליהנות מהזיקה.

איך נוצרות זיקות הנאה?

1. **זיקת הנאה מכוח הסכם:** ניתן לקבוע את זמני הזיקה, לתקופה מוגבלות או לצמיתות. הזיקה תהפוך לקניינית עם רישומה במרשם המקרקעין (סעיף 7 לחוק המקרקעין). ללא רישום: התחייבות חוזית להקנות זיקת הנאה בלבד.
2. **זיקת הנאה מכוח שנים (התיישנות):** **סעיף 94** עוסק בנושא זה. הסעיף אומר שאם מישהו עושה שימוש בזכות הראויה להיות זיקת הנאה במשך 30 שנים רצופות, כולל שימוש לסירוגין, והשימוש נוגד את זכות הבעלות, ללא הודעה בכתב של בעל המקרקעין שהוא מתנגד לשימוש בזכות אזי נוצרת מכוח השימוש הממושך, אף ללא רישום 🡨 תיווצר זכות קניינית. חשוב לחדד כי ההסדר המשפטי הנ"ל לא חל על מקרקעי ציבור, כלומר, אין זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור (**סעיף 113)**.
* **תוקפה של זיקת הנאה:** ס' 96 לחק"מ קובע כי זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה.
* **ביטול הזיקה ע"י ביהמ"ש:** ס' 96 לחוק אומר כי ביהמ"ש רשאי לבטל או לשנות את התנאים, בגלל שינוי בנסיבות, בגלל שלא מפעילים את הזיקה. הפנייה יכולה להיות ע"י צד מעוניין או היועמ"ש. ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק ע"י הביטול או השינוי.
* **מגבלה על עבירות הזכות:** ס' 95 לחק"מ קובע כי בזיקת הנאה לטובת אדם או סוג בני אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא באין הוראה אחרת בתנאי. אם נוצרה זיקת הנאה לטובת מקרקעין, לא ניתן להעביר אותה למקרקעין אחר.
* **שכירות מול זיקת הנאה:**

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

**זכות קדימה**

מדובר בזכות סירוב ראשונה ברכישת מקרקעין.

**זכויות קדימה הנוצרות על-פי הסכם** **(סעיף 99)** - בדרך כלל הסכמים אלו נוצרים בשל כדאיות כלכלית. החוק מבהיר שמי שיכול לבצע עסקה כזו הוא רק בעלי המקרקעין או חוכרים לדורות רשומים (**סעיף 106**). לאחר שנחתם הסכם, נדרש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין = פומביות. כך שאף עסקה מאוחרת לא תוכל לקבל תוקף לפני שבעל הזכות הקדימה יממש אותה.

**זכויות קדימה מכוח דין –** המחוקק יצר זכויות קדימה סטטוטוריות, קוגנטיות שחלות בכל מקרה.

1. זכות קדימה בין יורשים (**סעיף 100**): מקרקעין של משק חקלאי שעוברים בירושה, מכוח חוק או מכוח צוואה, לכמה יורשים במשותף. מתוך אינטרס חברתי, המחוקק קבע כי הנכס יישאר בתוך המשפחה. נקבעה זכות קדימה הדדית בין כל היורשים של הנכס החקלאי, לכל אחד יש זכות קדימה לרכוש את החלקים של האחרים לפני שזה יוצא החוצה. ניתן לומר כי ההסדר הזה מניח שמדובר בנכס שהמשפחה קשורה אליו יותר מאשר אנשים זרים ולכן היכולת לסחור בו צריכה להיות מוגבלת (מזכיר מעט את הרציונל של **רדין**). סעיף קטן (ב) אומר כי בשנתיים הראשונות יראו כל יורש בעל זכות קדימה על חלקו של יורש אחר – לא נדרש רישום לזכות הקניינית, לאחר זמן זה נדרש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין.
2. זכויות קדימה בין בני זוג (**סעיף 101**): במקרקעין הנמצא בבעלות משותפת של בני זוג שהינו משק חקלאי, בית עסק או דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה זכאי בין זוג להעביר את חלקו לאחר אלא לאחר שהציע אותו תחילה לבן זוגו.

**רכישה על-פי זכות קדימה (סעיף 102) והעברת המקרקעין (סעיף 103)** – מפרטים את דרכי הרכישה וההעברה. ניתן לראות כי במידה ובעל זכות מסרב לרכוש את המקרקעין, בעל המקרקעין לא יוכל למכור אותם במחיר נמוך יותר במשך חצי שנה.

**אי תחולה על מתנה (סעיף 104) –** החובה להציע את המקרקעין לבעל זכות קדימה לא תחול על מתנות, אך הזכות לא תתבטל ותחול גם על מי שקיבל את המקרקעין במתנה. כלומר, הזכות מתניידת למקבל המתנה וכשהוא ירצה למכור, יצטרך להציע למי שיש לו את זכות הקדימה**.**

**שעבודים**

ס' 1(א) לחוק המשכון. עסקה זו מבטיחה שהחייב יקיים את חיוביו לנושה.

**שעבוד**- הנושה דורש אחיזה בנכס שממנו הוא יוכל לפרוע את החוב כדי להבטיח את פירעון החוב. הנושה רוצה אחיזה קניינית בנכסי החייב. שעבוד נעשה בדר"כ דרך משכון (=שעבוד של נכס כערובה לחוב). המשכון מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם החיוב לא סולק עדיין. **המשכון מאפשר גישה בלתי אמצעית של הנושה לנכס כדי להבטיח את פירעון החוב**. יש לו זכות קניינית.

\*על מנת שעסקת המשכון תיצור זכות קניינית יש לרשום את העסקה. כמו"כ יש מנגנון הפקדה.

פס"ד קידוחי הצפון: חשין מסביר שישנם שלושה יסודות לשעבוד בנכס: **(1)** החייב חב חוב לנושה. **(2)** החייב מכפיף את הנכס כערובה לפירעון החוב- הפיכת הזכות לבעלת "אופי" קנייני. **(3)** השעבוד משמיע אפשרות לנושה להיפרע מהנכס עצמו.

יתרונות בשעבוד:

לנושים:

1. זכות להיפרע מהנכס עצמו – ייחוד נכס כבטוחה. קרי, הנושה לא חייב להסתמך על חוזה- כי יש לנושה **זכות קניינית** על הנכס שאפשר לממש ולגבות כדי לפרוע את החוב.
2. שעבוד **מעמיד את הנושה במדרגות גבוהות יותר בסדר הפירעון** (קדימות לנושים אחרים בכפוף לדיני הקדימות בעת חדל"פ).

לחייבים: מאפשר למלווים לתת אשראי בצורה קלה יותר, הופך את הנושים לנדיבים יותר.

לחייב ולחברה בכללותה: תמריץ לעסקאות מועילות.

סדר פירעון של שעבודים (מצב של חדל"פ לחברה- יש תור של נושים שיפרעו את החוב)

1. **שסל"ן** **= שעבוד ספציפי לרכישת נכס:** משכון שבו משעבדים נכס ספציפי, הנושה יכול להיפרע מהנכס ביום בו החייב לא ישלם את החוב שלו. השעבוד נוצר בדרך בה הנושה מממן את רכישת הנכס הספציפי (למשל, הבנק נותן משכנתא למימון בית ומשעבד בתמורה את הבית). הבטוחה הכי חזקה והם ראשונים לפירעון החוב.
2. **שעבוד ספציפי:** המלווה מבקש שנכס מסוים יהווה בטוחה לפירעון. ההלוואה לא ממנת את רכישת הנכס הממומן אלא שהמלווה בוחן את הנכסים שיש ללווה ומצביע על נכס מסוים שיש בידיו שישמש לטובת השעבוד. אם כך, ההבדל משסל"ן הוא שבמקרה הנוכחי ההלוואה לא משמשת לרכישת אותו הנכס עליו יוטל השעבוד, אלא השעבוד מוטל על אחד מהנכסים שכבר נמצאים בידי הלווה.
3. **שכר עבודה ופיצויי פיטורין:** עובדים נמצאים במקום השלישי בתור.
4. **רשויות המס ודמי שכירות על הנכס.**
5. **שעבוד צף:** משכון שקיים רק ביחס לחברות. שעבוד על מכלול נכסיו של החייב ולא על נכס ספציפי וכלל השעבוד צף שווה יותר מהחוב. החייב עדיין יכול לשעבד שעבוד ספציפי למישהו אחר אם הנכסים שנותרו עדיין שומרים על סך הנכס של החוב. כמו"כ אפשר להתנות שאותו חייב לא ישעבד ספציפית נכס מסוים לנושה אחר. יתרונות בשעבוד צף: **(1)** ריביות יותר גבוהות. **(2)** גמישות גדולה יותר לחייבים לסחור בנכסים שלהם.
6. **נושים אחרים (ספקים) ללא בטוחות** –הם הנושים הלא מובטחים. אם הם היו מובטחים הייתה להם זכות קניינית בנכס עצמו. אין להם שעבוד לבטוחה ולכן הם אחרונים בתור.

אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?

בפס"ד טיפול שורש אוזכר ס' 2(ב) לחוק המשכון - *"יהא כינויה כל העסקה אשר יהא"* - כאשר בודקים אם יש שעבוד או אין, נדרש לבחון את המהות האמיתית של העסקה.

פס"ד קולומבו: עסקת קונסיגנציה(=הסכם שכיח בין קמנועאים לסיטונאים. הסכמים אלו דוחים את מועד התשלום למועד שבו הקונה מצליח למכור את המוצרים).

* **רקע**: קולומבו= יבואנית משחקים. מאמא יוקרו= חנות צעצועים. הצדדים לעסקת מכר מסכמים כי "הסחורה תישאר בבעלות המוכר עד לאחר תשלום התמורה במלואה" - תניה זו מכונה "תניית שימור בעלות". עסקה זו נעשתה בידיעה שלמאמא יוקרו יש חובות ולכן קולומבו הסכימה לספק סחורה רק במידה והיא לא חושפת עצמה לסיכון הטבוע. חברת הצעצועים נקלעה לקשיים כספיים ומונה לה כונס נכסים (המשיב 2).
* **השאלה המשפטית:** מה טיב התניה של שימור הבעלות בנסיבות המקרה? יש לציין שלרוב העימות קורה שהקונה נקלע לקשיים ונכנסים צדדי ג' שהקונה חייב להם כסף ואז כלל הגורמים רוצים לשים יד על הסחורה.
* **טענות המערערת (המוכרת-קולומבו):** יש לכבד את תניית שימור הבעלות ככתבה וכלשונה וזאת מכוח עקרון חופש החוזים והזכות לקניין. הקונה טרם שילם את מלוא תמורת הסחורה ועל כן הסחורה עדיין בבעלותו של המוכר. **המקור המשפטי לטענה:** ס'33 לחוק.
* **טענות המשיב (הכונס – בנק למסחר):** אין המדובר בשימור בעלות אלא בהסוואת משכון. העסקה מורכבת משתי עסקאות: (1) העברת הבעלות בסחורה לקונה (מכר) (2) שעבוד הסחורה ע"י הקונה לטובת המוכר להבטחת החוב.

ראינו שבהלכת קולמבו השאלה הייתה האם צריך לתת תוקף להסכם הקונסינגציה. **השופט בך** בוחן את התוצאה של המחוזי, אך בדרך שונה. דרכי הבחינה של השופטים:

* **השופט וינוגרט (במחוזי)** שם את הדגש על **האינדיקציות** לכך שההסכם אינו הסכם קונסיגצניה אמיתי. השופט אומר שהצדדים באופן היסטורי עשו עסקאות מכר רגילות בעבר, אבל כשנעשתה עסקת הקונסינגציה, היא לא העידה על קונסינגציה אמיתית כיוון שהספקית הוציאה חשבונית מס רגילה כאילו המלאי עבר למאמא יוקרו. זאת אינדיקציה לכך שמבחינה רישומית הייתה כאן עסקת מכר. בנוסף, מאמא יוקרו לא עשתה מה שמצופה ממנה בעסקת קונסינגנציה אמיתית, לא היו דיווחים עתיים על היקף המכירות שלה בפועל כמו במקובל. אי לכך, השופט וינוגרט השתכנע שלא היה כאן עסקת קונסיגנציה אמיתית.
* **השופט בך**, לעומת זאת, טוען כי יש לבחון את **המניע להסכם** בין הצדדים. בעסקת קוסניגנציה אמיתית, החשש שבגינו לא עושים עסקת מכר רגילה, הוא החשש שהקונה לא יצליח למכור את הסחורה. לדעת בך, למאמא יוקרו לא היה חשש מסוג זה. זאת כיוון שלאורך השנים היא רכשה את הסחורה באופן רגיל וידעה מה היכולת שלה במכירת הצעצועים. המניע במקרה דנן היה להבטיח שהבעלות לא תעבור למאמא יוקרו למרות שהחזיקה בסחורה עברה, המטרה הייתה לשמור על זכות הבעלות של קולומבו בסחורה ולהבטיח את התשלום בסחורה בגלל מצבה הכלכלי הקשה של מאמא יוקרו. הרקע לאימוץ סעיף 2(ב) הוא כל מיני קומבינות של צדדים כשמה שבאמת הם ניסו לעשות זה להסוות את האופי האמיתי של המשכון, וזה בדיוק מה שקרה במקרה דנן.

**הכרעה:** ביהמ"ש קובע שמדובר **בעסקת משכון קלאסית**. זו המטרה של שני הצדדים, ולפי ס' 2(ב) לחוק המשכון אי אפשר להסתכל עליה אחרת בגלל הכותרת שלה. יש לבחון את מהות העסקה, ובמקרה דנן המהות היא עסקת משכון. כיוון שקולומבו היא חברה שלא רשמה את המשכון בכלל וכחברה היא הייתה חייבת לרשום אותו גם ברשם החברות, אין תוקף למשכון הזה ביחס לצדדים שלישיים. **השורה התחתונה היא שלמוכר יש שעבוד שהוסווה ולא נרשם, לכן הוא לא תקף ביחס לצדדים שלישיים.**

הלכת קולמבו מאמצת למעשה את הקו שאומר שתניות שימור בעלות לא יכולות להיות, המהות האמיתית שלהם היא עסקת מכר בהסוואה. מדובר בהלכה בעייתית, ביהמ"ש קבע שכל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא חוזה חשוד, ועל מנת להחריג אותו מנושא של משכון צריך לעשות זאת בצורה ברורה. **המסר שיצא מביהמ"ש הוא שכל חוזה בעל תניית שימור בעלות הוא חוזה משכון**.

**פס"ד קידוחי צפון:** הלכת קולמבו נתפסת כהלכה ראויה, כזו שמעדיפה מהות על פני צורה או תוכן. לדעת המרצה, הקושי הגדול שהתעורר בהמשך נובע מהבנה שגויה של השופט לוין בפס"ד קידוחי הצפון. **השופט לוין** קובע כי ממס' רציונלים כי יש לבטל את הלכת קולמבו:

1. עסקת מכר הכוללת תניית שימור בעלות היא עסקה אמיתית, מוצדקת והגיונית מבחינה כלכלית: הרי אין דבר טבעי יותר מאשר שמוכר נכס יסייג את העברת הבעלות בממכר עד אשר ייפרע מהקונה את תמורת הממכר. **אין הצדקה להתערב באוטונומיית הרצון של הצדדים** לעסקה ולכתוב עבורם חוזה חדש או לצקת לתוכו משמעויות שלא התכוונו אליהן.
2. אין בכיבוד שימור הבעלות פגיעה באינטרס ההסתכמות של צדדים שלישיים :
3. החזקה איננה יוצרת מסר חד משמעי של בעלות. ממילא אין צדדים שלישיים יכולים להסתמך על החזקת נכסים בידי החייב (הקונה) כאות לכך שהזכויות בהן שייכות לו, שהרי ייתכן שנכסים אלה מוחזקים בשכירות, בהשאלה וכיוצ"ב.
4. גם אם הנושים מניחים מצג של בעלות הקונה בנכסים, עדיין הקונה יכול למכור בכל רגע נתון את הנכס כך שההסתמכות עליו חלשה.
5. רציונלים מעשיים:
6. רוב מדינות האיחוד, שישראל קשורה עימן בהסכמי סחר, מכירות בתניית שימור בעלות. אי הכרה בתניית שימור בעלות פוגעת בקשרי המסחר בין ישראל לגורמים אלו.
7. אי הכרה בתניית שימור בעלות גוזרת על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה כאשר הממכר הוא מלאי עסקי. המוכר לא יכול לשעבד את המלאי העסקי מחדש כל פעם שהוא שולח משלוח נוסף. אמנם ניתן ליצור שעבוד צף אך שעבוד צף ניתן לרשום כאשר מדובר בחברה ולא כאשר מדובר ביחיד. כמו כן, ייתכן והמלאי עצמו משועבד בשעבוד צף קודם.
8. אי הכרה בתניית שימור בעלות גורמת לספקים להימנע מלספק סחורה באשראי אלא כנגד בטחונות טובים, דבר שהיה מייקר את הסחורה. למעשה, גם אם תניית שימור בעלות היא בטוחה הרי היא בטוחה זולה יותר מבטוחות אחרות.
9. כדי ללמוד על "כוונת העסקה", קרי האם מדובר בעסקה בעסקה שכוונתה משכון של ממש ללא כל היגיון כלכלי או מסחרי אחר (תניית שימור מלאכותית), **יש לבצע פרשנות דו-שלבית, לפי לשון החוק:**
10. האחת, סובייקטיבית, דהיינו, לבדוק את פרטי ההסכמה בין הצדדים.
11. השנייה, אובייקטיבית, כלומר לבחון האם הסכמת הצדדים על-פי מהותה היא עסקת משכון (הקניית עדיפות על פני הנושים), וזאת ללא קשר לכינויה על ידי הצדדים.

**טעמים לסתור, מהם?** הטעמים לסתור, שמאפשרים החלת חוק המשכון על עסקה עם שימור בעלות (ובכך למעשה מתנים את תוקפה בקיום הוראות חוק המשכון – קרי, רישום משכון כדי לתת למשכון תוקף כלפי צדדים שלישיים), מתקיימים כאשר מדובר בתניית שימור בעלות מלאכותית שתכליתה היחידה הענקת עדיפות למוכר על פני שאר הנושים תוך עקיפת הוראות חוק המשכון. תניה שאין בה כל היגיון כלכלי או תכלית עסקית למעט הסוואת משכון.

**על ההבחנה בין קולומבו לקידוחי הצפון 🡨** בקידוחי הצפון נקבע שאם יתברר כי המדובר בתניית שימור בעלות אמיתית אזי חוק המשכון לא חל עליה וזאת משיקולים של מדיניות: חופש החוזים, זכות הקניין, היעדר הצורך בפומביות בעסקה מעין זו, הקלה על הציבור (שלא להטיל על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה, והקלה בשוק האשראי). **חוק המשכון יחול לפי קידוחי הצפון רק על עסקאות עם שימור בעלות מלאכותית שאין בהן כוונה לשימור הבעלות אלא למשכון.**

**על הקושי להשלים עם הלכת קידוחי הצפון** 🡨 מעיון בפסיקה שניתנה לאחר קידוחי הצפון מתברר כי **הערכאות הנמוכות** (מחוזי ושלום) לא כ"כ משלימות עם הלכת קידוחי הצפון ומחזירים את הלכת קולומבו בדלת האחורית.

פס"ד בנק הפועלים נ' לב אופיר: לב אופיר סיפקה לשוסטרמן פנסי רחוב שהורכבו על ידה באתר באשדוד. בחשבונית המס שהונפקה על ידי לב אופיר לשוטסרמן נכתב "הסחורה נשארת בבעלות לב אופיר כל עוד לא שולמה התמורה במלואה.." שוטסרמן נקלעה לקשיים והבנק ביקש כינוס נכסים. לב אופיר פירקה את הפנסים ולקחה אותם לחזקתה. האם פעלה כדין? לב אופיר טענה לפי ההלכה כי יש לתת תוקף לתניית שימור בעלות אשר הודפסה על חשבונית גם בהעדר הסכם כתוב המורה על שימור בעלות וזאת במצבים של עסקאות מזדמנות, קרי: עסקאות בסדר גודל קטן יחסית או כאלה הנערכות במהירות ללא יחסים מסחריים נמשכים בין הצדדים. לב אופיר הסתמכה על פס"ד קידוחי הצפון בטענה שהיא הבעלים. **ביהמ"ש דחה טענה זו.** לפי הלכת קידוחי הצפון, יש לבחון את פרטי ההסכמה בין הצדדים. תניית שימור בעלות לא הופיעה לא בהצעת המחיר ולא בתעודות המשלוח אלא רק בחשבונית, היא "נדחפה" לחשבונית שיצאה לאחר שהעסקה יצאה לדרך ועל כן איננה מהווה חלק מההסכמות בין הצדדים.

פס"ד תרמועוז אחזקות בע"מ נ' שף ים: תרמעוז התקשרה בהסכם מכר עם שף הים, לפיו רכשה שף הים מכונות מתרמועוז. בהסכם נקבע כי : "המערכת תהיה רכושו של הספק והוא יוכל לקחתה חזרה, והלקוח נותן בזאת הרשאה בלתי חוזרת לספק, או למי מטעמו, להכנס לחצריו, ולקחת המערכת...". לאחר תשלום חלק מסכום התמורה, נקלעה שף הים לכינוס נכסים ולא שילמה את יתרת התמורה. תרמעוז טענה כי יש לקיים את תניית שימור הבעלות שההסכם המכר ולקבוע כי המכונות נשארו בבעלותה. ביהמ"ש דחה את הבקשה - תניית שימור הבעלות היא חלק מההסכמות שבין הצדדים, אך לאחר בחינת ההסכם בכללותו והתנהגות הצדדים, ביהמ"ש קבע כי תנאי שימור הבעלות הוא תנאי מלאכותי שנועד אך ורק למטרה אחת: שעבוד המכונות כערובה לקיום החיוב של שף הים כלפי תרמועוז. **השיקולים בקביעת מהות העסקה : משכון או שימור בעלות**

1. **מבחן הפיקוח והזיקה:** האם המוכר שמר על זיקה כלשהי לנכס (הן לפי הוראות ההסכם והן הלכה למעשה עפ"י התנהגותו). האם הוא הפעיל מנגנון פיקוח כלשהו על המכונות? האם הרוכש היה מחוייב להגיש דו"ח תקופתי על מצב הנכס.
2. **מבחן הרישום החשבונאי:** כיצד הצדדים רשמו את העסקה בספרים שלהם.
3. **מבחן יחסי הכוחות:** יש לבחון את הכוחות שניתנו לקונה ביחס לנכס אל מול הכוחות ששויירו בידי המוכר.

**הקושי להשלים עם קידוחי הצפון** 🡨 למעשה, הפסיקה במחוזי **מנסה לפרש את הלכת קידוחי הצפון בצמצום.**

* ***דרך אחת -*** ע"י קביעה שתניית שימור הבעלות לא כלולה בהסכם בין הצדדים.
* ***דרך שנייה -*** פרשנות תכליתית לתניית שימור בעלות, תוך בחינת התנהגות הספק והזיקה שנותרה לו לסחורה אותה מכר. לרוב, המסקנה תהא שמדובר בתניית שימור הבעלות למראית עין (הסוואת המשכון)

**מהי הסיבה לקושי?**

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

**ההלכה כיום 🡨 פס"ד ויטה פרי גליל בע"מ נ' עו"ד נוב**

בפס"ד זה, ביהמ"ש העליון מכיר בפסקי הדין המחוזיים המאבחנים את הלכת קידוחי הצפון. **אין מקום להלכה נוקשה ודווקנית ביחס לתניות שימור בעלות, כפי שעולה מהלכת קידוחי הצפון.** ביהמ"ש למעשה מנסה ליצור איזון בין דיני החוזים לדיני חדלות פרעון. ביהמ"ש מותיר על כנה את הקביעה העקרונית של הלכת קידוחי הצפון המכירה בתוקפה של תניית שימור בעלות אך ממתן את הרושם לפיו הלכת קולומבו בוטלה: **שתי ההלכות יכולות לדור זו לצד זו והיישום תלוי נסיבות וראיות.** תניית שימור הבעלות אכן עשויה להתפרש כפשוטה ולהותיר את הבעלות בממכר בידי המוכר עד לגמר התשלומים. ואולם, על מנת שהתניה תתפרש כך יש לבחון היטב את מסכת הראיות שעל המוכר, הטון לתוקפה, לפרוש לפני ביהמ"ש. ביהמ"ש קובע מבחנים ברורים:

1. **ביסוסה של תניית שימור הבעלות בהסכם כתוב ומפורש –** מדובר במבחן מהותי, בנסיבות שבהן מתקיימים יחסים נמשכים בין המוכר/הספק לבין הקונה. בנסיבות כאמור, אין להסתפק בהדפסה אגבית של תניית שימור בעלות על גבי חשבונית בלבד לשם ביסוס כוונת הצדדים.
2. **קיומם של מנגנוני פיקוח ושליטה של המוכר –** דוגמת דיווחים שוטפים של הקונה למוכר/ספק, נועד ללמד על הותרת העניין הכלכלי והמשפטי של הבעלות בידי המוכר.

אם מבחני המשנה אינם מתקיימים במקרה מסוים, ייטה ביהמ"ש לפרש את התניה, לכל היותר, כבטוחה, ולא כשימור הבעלות בממכר בידי המוכר.

**כוחו של המשכון**

**סעיף 4** לחוק המשכון – מבהיר את סדר הקדימיות בפרעון:

|  |
| --- |
| ***כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה –******(1)   בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה – בהתאם לאותן הוראות;******(2)   בנכסים נדים ובניירות ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב – עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;******(3)   בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר – עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.*** |

חוק המשכון, המסגרת שדנה בשעבודים, מבהיר כי ככל שיש הוראות נוספות על שעבוד משכון בחוקים אחרים, יפעלו בהתאם לאותן הוראות. למשל, משכנתא במקרקעין נוצרת ע"י רישום במרשם המקרקעין. לגבי חברות, שעבוד נכסי חברה מוסדר לפי **ס' 178-179 לפקודת החברות** ונראה כי שיעבוד חברות נרשם ברשם החברות לפי החוק תוך 21 יום מיצירת השעבוד. דיני החברות יוצרים דין ספציפי בנוגע לשעבוד נכסי חברה.

**רישום משכון**

כשעוסקים בנכסים נדים, ניירות ערך או זכויות חוזיות ישנם שני סוגי משכונות שניתן ליצור בעניינם:

1. **הפקדת משכון:** מדובר בצורה שאינה שכיחה כיום, לפני שהדין המודרני הכיר ברישום משכון, מנגנון זה היה הרווח. מדובר במצב בו הנכס היה נמסר לנושה, או למי מטעמו, כבטוחה. משכון זה רלוונטי לנכסים שניתן להחזיק בהם. הפומביות והתוקף כלפי צדדים אחרים נובע מפעולת ההפקדה, כך שזה אפקטיבי כמו רישום. החסרון הגדול הוא שהחייב לא יכול ליהנות מהנכס.
2. **רישום משכון**: השיטה המודרנית והשכיחה כיום. לפי ס'4(3) ניתן לבצע רישום משכון בהתאם לתקנות, ניתן ליצור משכון כזה גם על זכויות חוזיות. **הטעם לרישום הוא פומביות**, שהיא תכונה משמעותית מאוד בקניין. הסייפא של הסעיף מרחיב את השעבוד גם כלפי מי שידע על השעבוד, על אף שלא בוצע רישום.

דגשים חשובים:

* **המניע לרישום:** רשם המשכונות הינו רלוונטי רק כאשר הייתה עסקת משכון בנכס ויש עניין בפומביות העסקה. יחד עם זאת, אין דרך לדעת שהממשכן הוא בהכרח הבעלים של המשכון. הרישום אינו יוצר את זכות קניינית של בעלות.
* **רישום ברשם החברות:** ככל שעוסקים בחברות ואגודות שיתופיות, לא צריך לרשום את השעבודים גם ברשם המשכונות. אם חברה למשל משעבדת רכב, מספיק שהמשכון יירשם ברשם החברות, אין צורך בכפילות הרישום. יחד עם זאת, בנכסי מקרקעין, יש צורך **תמיד** ברישום במרשם המקרקעין, ולפעמים יידרש רישום נוסף. לדוגמא, אם מדובר במקרקעין של חברה, יהיה נדרש לרשום גם במרשם המקרקעין וגם ברשם החברות.
* **סעיף 34 לחוק המכר** קובע שכאשר מוכרים נכס בתנאי תקנת השוק, הבעלות תעבור בו באופן שלא תרבוץ עליו שום זכות. לדוגמא, אם יתגלה בדיעבד משכון על רכב שנקנה בהתאם לתקנת השוק, זה לא יפגע בקונה. מדובר בחריג לכלל שמשכון תקף כלפי על העולם.

**משכון נוסף**

**סעיף 6 לחוק המשכון** קובע: *"בהיעדר התנאה בין החייב והנושה – ניתן לרשום משכון נוסף"*.

ניתן לשעבד נכסים יותר מפעם אחת, במידה והנושה הראשון לא התנה על כך בחוזה בין הנושה לחייב. **החיסרון** הוא שהנושה השני יוכל להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון. **למה שנושה שני יסכים לכך?**

1. כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה החיוב.
2. כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד.
3. כשנושה מוכן ליטול סיכון – יבוא לידי ביטוי בריבית.
4. כשמעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח – גם אם יש סיכון.

**משטרי קניין בישראל**

רוב הקרקע בישראל שייכת למדינה (93%) והשאר בבעלות פרטית. למה?

* **חו"י: מקרקעי ישראל** – איסור העברת בעלות במקרקעי מד"י. **ס' 2** לחוק קבוע שס' 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שחקיקה אחרת איפשרה.
* שלושה סוגי מקרקעין בישראל שמנוהלים ע"י רשות מנהלי ישראל:
1. רשות מקרקעי ישראל- קרקעות שעברו לבעלות המדינה מהמנדט הבריטי לפי חוק שנקרא נכסי המדינה, לפי חוק זה כאשר יש בשטח מקרקעין ללא בעלים, הבעלות עוברת למדינה (בעלות שיורית). בנוסף, לפי חוק הירושה, אם אדם נפטר ללא יורשים, המדינה יורשת את נכסיו.
2. רשות הפיתוח- הוקם במטרה לפתח את הארץ. הרשות הוסמכה בחוק לרכוש, לפתח ולמכור נכסים. המקרקעין מגיעים לרשות משני מקורות מרכזיים: **(א)** מכוח חוק רכישת מקרקעין, אישור פעולות ופיצויים – איפשר לרשות להפקיע ולהקנות לעצמה מקרקעין שלא היו בהחזקת בעליהם בנק' זמן מסוימת בשנת 1952. כמו"כ, החוק קבע הסדר פיצויים לבעלי הקרקע. **(ב)** חוק נכסי נפקדים (1950) – הוקנו לאפוטרפוס של נכסי נפקדים מקרקעין של נפקדים, נעשה הסכם בינו לבין הרשות את כל מקרקעי הנפקדים שהוקנו אליו או יוקנו אליו בעתיד.
3. קק"ל- לא גוף של המדינה. אלו קרקעות פרטיות של קק"ל. יש **אמנה** (שיש לאשרר כל כמה שנים) בין המדינה לקק"ל שקובעת את העברת **הניהול** של הקרקעות ע"י המדינה (לא העברת בעלות, רק ניהול. הקרקעות עדיין בבעלות קק"ל).
	* בשטחי מד"י יש גם מקרקעין תת ימיים (ס' 108). כלל מקורות המים בבעלות המדינה ונתונים לרשות של מנהל מקרקעי ישראל מכוח חוק רשות מקרקעי ישראל.

כמו"כ בגלל אותה מציאות משפטית מורכבת (איסור העברת בעלות בחו"י), רשות מקרקעי ישראל לא יכלה להעביר בעלות לאנשים פרטיים ולכן פותח המושג של "חכירה לדורות". ב2009, הוכרע שצריך לקבל החלטה לפתרון המצב ולפיכך נעשה רפורמה במקרקעי ישראל דרך ס' 2 לחוק מקרקעי ישראל. דהיינו, יש להפסיק עם הפרקטיקה הנוהגת והמדינה תפסיק לתת חכירה לדורות, אלא בעלות לאנשים פרטיים במגזר העירוני (היה מחיר כבד לשיכוריות ארוכות טווח). בנוסף כל החכירות לדורות תתקונה ואנשים יקבלו בעלות בנכסיהם. יש להדגיש שאיסור בס' 1 לחו"י עומד בתוקפו אך חריג דרך ס' 2.

**המשטר הקנייני בישראל**

**״מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות המקומית על מקרקעין״ (רחל אלתרמן)**

במאמר זה היא בוחנת את ההצדקות לבעלות לאומית, היא מציגה את מדרג ההתערבות הלאומית במקרקעין, מהתערבות מרבית בשוק ועד לשוק חופשי ללא התערבות. השורה התחתונה של אלתרמן היא ששימור בעלות ציבורית אינו תמיד חיוני, אפשר לדאוג לאינטרסיים הציבוריים בדרכים אחרות. לטענתה, כשלי שוק (טראגדיית המאגר המשותף, טיפול בהחצנות) והצדקות חברתיות (קידום ערכים פוליטיים, ביטול פערים חברתיים) הם המצבים שניתן לשמר בגינם מידה מסוימת של התערבות ציבורית. אך חשוב להבין, שלדעתה אי אפשר להצדיק את 93% בעלות המדינה בקרקע, היא מפרטת ובוחנת כל הצדקה ונותנת פתרונות כיצד ניתן להתמודד.

בנוסף, ע"פ ויסמן, מבחינה היסטורית, היו הרבה סיבות שבגללן אומץ משטר זה (מבחינה מהותית, סיבות לא מוצדקות). בין היתר, סיבה ביטחונית וההנחה ששליטה מדינתית תמנע ספסרות ביחד לרכישה ומכירה של מקרקעין והמדינה "תשלט" במחירים של הנדל"ן (שיהיו סבירים). דה פקטו, כל הבעיות בשוק הדיור בארץ היא העובדה שהמדינה לא "משחררת" קרקעות.

המציאות בארץ היא התערבות מדיניתית בשוק וזה החריג בעולם ולא הכלל. בהקשר הזה אלתרמן מתייחסת למנגנונים הבאים (התערבות מרבית בשוק ← שוק חופשי ללא התערבות):

1. **הלאמה מלאה של זכויות בקרקע –** המציאות הנוהגת בישראל. המדינה היא הבעלים של הרוב המכריע של הקרקעות. ברגע שיש הלאמה מלאה, יש למדינה כוח ולהשפיע מה יעשו בקרקעות.
2. **הפקעה מסיבית של מקרקעין** – מדינות שמפקיעות קרקעות בצורה לא פרופרציונלית שלא תמיד קשורות לצורך מסוים של המדינה לרוב זה נעשה בשביל טעמים ביטחוניים (למשל הפקעה של קרקעות של אנשים נפקדים). כמו"כ על מנת להפקיע צריך צורך מיידי וקרוב (ר' בהמשך).
3. **רכישה לצורך יצירה של בנק קרקעות-** לרוב מדינות לא משתמשות בכלים הנ"ל, אלא יוצרות בנק קרקעות עם רזרבות על מנת שביום שיזדקקו לקרקעות הן יוכלו לתת מענה. מנגנון זה יותר מרוסן.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)-** במדינת ישראל יש גוש וחלקה. נניח והמדינה רוצה לבנות כביש והיא צריכה להפקיע קרקע בגודל 60. בעמודה של "הלפני" היא יכולה להפקיע את כל העמודה מצד שמאל וכך תסלל כביש >> שימוש בכלי של הפקעה. הכלי שאלתרמן מתייחסת אליו הוא רפרצלציה. למדינה יש כוח תכנוני לאחד בעלויות. בעמודה של "האחרי" היא מפקיעה קרקעות וסוללת כביש בשטח שהיא צריכה ובחלק האחר מאחדת את הבעלויות ואז מחלקת מחדש לבעלים. על מנת לא לפצות את הבעלים, מבחינה תכנונית היא משנה את הייעוד של הקרקעות ששווה יותר וכך מפצה אותם בפגיעה בערך של הקרקע המקורית וכל זאת למען מטרה ציבורית.
5. **הפקעה נקודתית-** מנגנון של דיני הפקעות במדינות מתוקנות. כאשר מדינה צריכה קרקע במדינה מסוימת היא תפקיע קרקעות מסוימות למען מטרה מסוימת. כלי מידתי שקל להצדיק ופחות פוגעני מהכלים הנ"ל.
6. **תכנון ציבורי-** כלי שמאפשר שליטה למדינה על קרקעות שנמצאות בידיים פרטיות. וועדות התכנון מחליטות.

השאלה בבסיס המאמר של אלתרמן- **האם נכון לשמר בעלות בידי המדינה או שמא האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית?** לדעתה, הכלי הקיים לא ראוי.יש לחשוב על הסיבות שבגינן יש לשמר מידת התערבות מסוימת אך לא במתכונת הנוהגת כיום. יש 2 סיבות מרכזיות למה אין מנגנון של הפרטה מלאה.

1. במדינה ליברלית צריך קבוצה של מצרכים בסייסים לכל אזרח ולכן לא ניתן להפריט הכל במדינה (למשל מים, אוויר וכ'ו). לפיכך, למדינה צריכה להיות שליטה על היקף נכסים מסוים, ביניהם מקרקעין וזאת על מנת לספק צרכים ציבוריים.
2. קרול רוז- "קומדיית ההמונים": אם יהיה מנגנון של הפרטה מלאה, נאבד את הערך של החברתיות של החברה שלנו וזאת מכיוון ולא יהיו אתרים שבהם ייווצרו קשרים בין בנ"א. חלק מהרעיון שיש קרקעות בבעלות ציבורית היא שבנ"א נפגשים ומתחברים כבנ"א.

לדעת אלתרמן, מידת ההתערבות שנדרשת יכולה להיות מוצדקת על בסיס:

1. **כשלי שוק**
	* 1. טרגדיית המאגר המשותף- בנסיבות של בעלות משותפת יש להתערב. טרגדיית המאגר המשותף היא דוג' לחוסר ניצול של משאבים. כמו"כ המדינה צריכה לתת אפשרויות לציבור (למשל חופים ואוצרות טבע) >> טובין ציבוריים ולכן יש להגן עליהם וזאת ע"י בעלות ציבורית בהקשר זה.
		2. שמירה על משאבים לדורות הבאים
		3. טיפול בהחצנות- השפעות שגורמות פעילויות מסוימות שע"פ כללי השוק אם המדינה לא תתערב, השפעות אלו לא תופנמנה. לדוג' מפעל מזהם שמייצר זיהום אוויר שללא התערבות מדינתית, אותו מפעל לא יפנים את הנזקים שזיהום האוויר יוצר. המדינה מכריחה את אותו גורם להכניס למאזן הרווח וההפסד שלו את אותן השפעות שהפעילות שלו יוצרת מבחינה חברתית וכלכלית. על מנת לטפל בהחצנות יש לייצר כלים שיכריחו את אותם שחקנים להבין את ההשלכות של הפעילות שלהם.
		4. שליטה בעיתוי הפיתוח והשקעה בתשתיות- לרוב המדינה צריכה רזרבה קרקעית על מנת להחליט מתי לפתח קרקעות למטרות מסוימות או להשקיע בתשתיות (למשל בניית הרכבת הקלה בתל אביב שעבורה המדינה נאלצה להפקיע המון קרקעות תת קרקעיות בגלל שלא היו לה קרקעות עבור פרויקט זה).
		5. פערי מידע- לפעמים הרבה מהכשלים בשוק נובעים בגלל פערי מידע בין צדדים ולפעמים דווקא שליטה מדינתית על קרקעות יכולה לסייע במו"מ של עסקאות או לשבור מונופולים של נדל"ן.
2. **הצדקות חברתיות**
	* 1. קידום ערכים פוליטיים­- בישראל רואים בבעלות המדינה על רוב הקרקעות, ביטוי אידיאולוגי פוליטי סמלי ללאום היהודי וזיקת העם היהודי בקרקע. בימנו, הסיבה המרכזית היא חשש מפני השתלטות של גורמים עוינים על הקרקע (אך אפשר ליצור רגולציה עבור מקרים אלו- ר' בהמשך).
		2. ביטול פערים חברתיים- לפעמים התערבות מדינתית במקרקעין מוצדקת על רקע של רצון לעשות חלוקה צודקת יותר של הנאות או סבל וקידום יעדים חברתיים לזכאים. עם זאת, בהקשר התערבות מדינתית מוצדקת רק ביחס לכמות מקרקעין שמוצדקת (למשל דיור ציבורי עבור אנשים מתחת לקו העוני).
		3. הערכות להתמודדות עם משברים- אפשר להיקלע למשבר שמצריך נדל"ן בצורה מסיבית (למשל גל העלייה בשנות ה-90) ובמצב זה בוודאי צריך עתודות קרקע שיתנו מענה להתמודדות עם משברים.
		4. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות- בהקשר זה לפעמים שליטה ממלכתית על קרקעות אמורה למתן שיקולים פוליטיים בין קבוצות ע"י כך שתעשה חלוקה צודקת מבחינה כלכלית. מחד, ההנחה היא שבעלות מדינתית תמנע הטיות אך מאידך ישנה הרבה ביקורת על רשות מקרקעי ישראל ועל אי שוויון בחלוקה.

**בעלות בידי המדינה**

**מגזר עירוני:** כאמור, המדינה יצרה מנגנון של **זכויות חזקות** במגזר העירוני בדמות **חכירה ארוכת טווח**, שבתפיסה של מד"י היו שקולות לבעלות. מתוך חשיבה, שבסיום תקופת החכירה, המדינה לא תגיד לחוכר שהיא לוקחת לו את הקרקע, החשיבה הייתה שיימצא פתרון עד אז. תחילה היה פיצול לדמי חכירה ראשוניים ושנתיים בשיעורים שונים, בהמשך נחתמו חוזי חכירה מהוונים. יחד עם זאת, כאשר אדם רצה להעביר את המקרקעין, רשות מקרקעי ישראל הייתה צריכה לאשר זאת. בנוסף, אם היה שינוי בייעוד הקרקע אז גם היה נדרש לשלם על כך למדינה, דמי היתר הנובעים משינוי הייעוד. כך הדברים התנהלו עד לתחילת הרפורמה.

**מגזר חקלאי:** ההסדר היה **חלש** יותר כאשר מדובר בקרקע חקלאית. הקרקע ניתנה מהמדינה לשם עיבוד הקרקע, ההסכמים היו מנוהלים בדרך של **רישיון במקרקעין** – זכות חוזית בלבד, בדר"כ למשך שלוש שנים. התשלומים מצד המעבד היו זניחים באופן יחסי. ההסדרים למגורים במושבים לעומת זאת, היו דומים לאלו שבמגזר העירוני. הרעיון היה לתת זיקה חלשה לקרקעות שהם מעבדים, בשנים האחרונות המדינה נוטה לעשות התאמות בחוזים החקלאיים, לקחת קרקעות שאינן מעובדות בכדי לייעד למגורים.

**הרפורמה ברשות מקרקעי ישראל (2009)**: הרפורמה יצרה חריג **בסעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל** לפיו- העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות לא יעלה על 400 אלף דונם. בעקבות הרפורמה הוגשה עתירה מטעם תנועת דרור ישראל, אשר תקפה את חוקתיות התיקון לחוק מקרקעי ישראל.

**בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל** – הטענה המרכזית של העותרים הייתה שהתיקון פוגע בחוק יסוד מקרקעי ישראל ונעשה בחוק רגיל ולא בדרך של שינוי או תיקון חוק היסוד עצמו. **בג"צ בפס"ד זה מכשיר את הרפורמה.** ביהמ"ש קובע שלא מדובר בהיקף גדול של קרקעות, לכן לא ניתן לומר שהרפורמה משנה את חוק היסוד, אנחנו עדיין נמצאים במסגרת החוקתית של החריג שקובע סעיף 2 לחוק היסוד. כלומר, חוק היסוד עצמו מאפשר מתווה סטייה מהעיקרון המקורי והלאימו למציאות המשתנה, לכן תיקון 7 לא יוצר הסדר חדש המשנה אותו.

הדגשים המרכזיים שחשוב לדעת על הרפורמה:

1. כל הקצאה חדשה של קרקעות עירוניות למגורים **תתבצע דרך העברת בעלות**, אין יותר חוזי חכירה.
2. **הרפורמה לא חלה על קרקעות חקלאיות**. בכל מה שנוגע להרחבות במושבים, בהם מאפשרים למכור קרקע להרחבה, כן ייעשו בדרך של העברת בעלות.
3. **הרפורמה לא משפיעה בצורה דרמטית** על היקף הבעלות של המדינה (הבדל של 1% בלבד), אך הרפורמה נתנה בעלות אמיתית, היא ניתקה את הקשר עם המדינה, את התלות ואת הבירוקרטיה.
4. אחד החששות שעלו בעקבות הרפורמה הוא העברת הזכויות במקרקעין לזרים, אך ישנו הסדר ב**סעיף 2א לחוק מקרקעי ישראל** אשר מפרט את הפרוצדורה שנדרש כדי להעביר מקרקעין לבעלות אדם שאינו תושב ישראל. פרוצדורה זו רגישה לכלל האינטרסים הלאומיים והבטחוניים שיש למדינה ולכן אין הצדקה אמיתית לחשש מסוג זה.

**רישום מקרקעין**

ס' 1 לחק"מ עוסק בכך שבישראל יש לשכות רישום במקרקעין (=טאבו). כמו"כ, מתנהלים 3 סוגים של פנקסים שבהם נרשמות עסקאות במקרקעין:

1. פנקס הזכויות – מכיל רישומים של מקרקעין מוסדרים.
2. פנקס השטרות – מכיל רישומים של מקרקעין שאינם מוסדרים.
3. פנקס הבתים המשותפים- נרשמים כלל הבתים המשותפים בישראל ויש לכך הרבה יתרונות.
* בנוסף למרשמים הנ"ל ישנם מרשמים נוספים שמתנהלים בישראל אך הרישום בהם חסר משמעות מבחינת חק"מ. אך לפעמים יש למרשמים האלו נפקויות במסגרת דיני התחרויות (יבואר להלן).
* מטרתו של מרשם המקרקעין בישראל הוא לתת פומביות לזכויות הקניין. קרי לתת אפשרות לצדדי ג' להיות מודעים לזכויות וכתוצאה מכך הם כפופים אליהם.
* כמו"כ הרישום משקף את בעלי הזכויות השונות במקרקעין ולתת מידע בדבר הזכויות השונות שנרשמות ביחס למקרקעין כאלו או אחרים. התכליות הללו באות לידי ביטוי בהוראות החוק.
* ישנו רצון לתמרץ אנשים לרשום את זכויותיהם במרשם וזאת ע"י ס' 7(ב) – זכות שלא נרשמה, תוקפה חוזי בלבד (ס' הרתעה).
* ס' 124- משקף את אותה תכונת פומביות וקובע שהפנקסים שמתנהלות בלשכות רישום המקרקעין יהיו פתוחים לעיון הציבור, כל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם >> פומביות.

**מקרקעין מוסדרים ושאינם מוסדרים**

תהליך הסדר מקרקעין הוא תהליך שבו יוצרים רישום חדש לגבי הקרקע ועושים בדיקה יסודית לגבי מצב הזכויות במקרקעין מסוימים. תהליך זה מקביל להליך תביעה ויש רצון "לנקות" את המרשם וליצור רישום מדויק.

רקע היסטורי- בתקופה העות' היה מרשם של עסקאות ומרשם זה היה לא מדויק כלל וזה יצר בלבול רב בהקשר של מציאת קרקעות מסוימות (שיטות מדידה ורישומים פרימטייבים). בימי המנדט נעשה סדר ובמהלך השנים עשו פעולות של מיפוי, מדידה ורישום מדויק של קרקעות במדינה. הם למעשה החלו בתהליך חלוקת הקרקעות המדינה לגושים וחלקות. גם, נעשה בירור זכויות במקרקעין ונתנו הכרעה משפטית (ולאחר מכן רישום) האם יש לאותו אדם זכויות. כאשר הקרקע עברה את התהליך הנ"ל >> קרקע מוסדרת (לעומת קרקע לא מוסדרת). רוב הקרקעות בישראל (96%) עברו את ההליך הזה ולכן הסטטוס שלהן זה מקרקעין מוסדרים. יש מקרקעין לא מוסדרים שמצויים בהליך (3%) וכ-1% לא מוסדר (למשל מזרח ירושלים).

להחלטה זו יש נפקות שביטויה מצוי בס' 125 לחק"מ- משמעותו שכאשר מדובר ברישום של קרקע מוסדרת, הרישום הוא ראיה חותכת לתוכנו. במילים אחרות, ניתן להסתמך על המרשם לכל דבר ועניין. מנגד, קרקע שלא עברה את הליך הבירור, כלומר מקרקעין שאינם מוסדרים – לא ניתן להסתמך על המרשם, מדובר בראיה לכאורה לתוכנו. המשמעות היא דרמטית מבחינת הזכויות, בעיקר בקשר לתחרויות ותקנת השוק.

**מקרקעין רשומים ושאינם רשומים**

ישנם שני סוגי מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין:

1. מקרקעין שכלל לא בא זכרם בפנקסי המקרקעין (לא גוש ולא חלקה) למשל מקרקעין בלתי מוסדרים. יש מעט מאד מקרים כאלו.
2. יחידות מקרקעין שהנם חלק מגוש של קרקע מוסדרת אך הגוש טרם עבר תהליך פרצלציה (=פיצול חלקות). למשל הרבה פרויקטים של בנייה נבנים על קרקעות שהגוש רשום אך החלקות לא עברו תהליך של פיצול חלקה. מצב זה הוא שכיח. כמו"כ היחס לסוגי עסקאות הוא לא כיחס של עסקה במקרקעין, אלא התחייבות חוזית.

בפועל, דירות רבות אינן רשומות בלשכת רישום המקרקעין. בדר"כ, מקרקעין שבבעלות ממ"י (פעמים רבות טרם עברו פרצלציה, מוגדרים כגוש בלבד) – חוזה פיתוח עם קבלן – בניית מאות יח' דיור – זכות חכירה לקונים – רישום במנהל מקרקעי ישראל.

**מקרקעי ייעוד**

מוסדרים בס' 107 לחק"מ והם מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור (כמו שפת הים, נתב"ג, מסילות ברזל ועוד). אסור למכור, להפריט וגם אסור לעשות בהם עסקה שטעונה רישום (שכירות מעל 5 שנים), אלא רק אם הממשלה אישרה זאת. כמו"כ, ההסדר המשפטי קובע בס' 111 שאי אפשר לעשות עסקאות טעונות רישום במקרקעי ייעוד.

1. מחד, נשאלת השאלה מדוע הסדר זה חל רק על מקרקעין? ישנם נכסים רבים אחרים שניתן לתת להם הגנה דומה (למשל יצירות אומנות בעלות ערך לאומי) ומאידך יש הסדרי חקיקה אחרים שמטפלים בסוגיות אלו. **מדוע לא ניתנים בכל זאת להפרטה?** לעיתים גופים פרטיים שומרים על נכסים אלו בצורה טובה יותר מאשר המדינה, התחזוקה עשויה להיות טובה יותר.

**הגנת הבעלות והחזקה**

נושא זה עוסק בפלישות והסגת גבול למקרקעין והדרכים שבהם חק"מ מתמודד עם שאלות אלו. נושא זה מוסדר בצורה שנותנת מקום לא רק לבעלים הפורמליים, מבחינה משפטית, אלא גם למחזיק. בפועל, בנכסי מקרקעין שוהים אנשים שלא תמיד הבעלים של הנכס, אלא שואל, שוכר וכ'ו.

על מנת להיחשב כמחזיק בנכס ישנם שני רכיבים מרכזיים: ראשית, יסוד נפשי (שליטה בנכס בדגש על היכולת למנוע מאחרים להתערב בו) ויסוד נפשי של הכוונה לשלוט בנכס.

**ההצדקות** (ע"פ ויסמן):

1. **שמירה על הסדר הציבורי**: ההצדקה המרכזית והמהותית ביותר. מחזיק שאין לו הוכחות בדבר זכותו לנכס יהיה חשוף לבעל זרוע שינשל את המחזיק מן הנכס וכך הלאה לגבי כל מי שיחזיק בנכס. כדי לשמור על הסדר הציבורי צריך לקבוע מערכת דינים שמגנה על הבעלות והחזקה. אנו נותנים משמעות לחזקה בקרקע, בגלל שההנחה היא שמי שמחזיק בקרקע  יש לו סיבה – ואנו נגן על החזקה הזאת בגלל הרצון לשמר את הסדר הקיים ונקדם יציבות ורגיעה ביחס למשטר המקרקעין.
	* **ביקורת**: מדוע ערכים של שמירה על סדר ציבורי זה עניין שהמשפט הפרטי צריך להתמודד איתו? בהקשר זה, אם רוצים לשמור על סדר הציבורי, לא תמיד ההסדר של חק"מ הוא ההסדר הראוי להשגת היעד.
2. **יעילות בהגנה על נכסים:** ישנם הרבה נכסים שאנשים קונים להשקעה שמהוות דירות רפאים ובזמן המחאה החברתית עלתה הטענה שיש לפלוש לדירות אלו, על מנת לתת למי שצריך. האם הטיעון משכנע? האם צריך לראות במחזיק את מי שצריך לשהות בנכס? טיעון זה לא התקבל. כמו"כ, ברוב המקרים מי שמחזיק בנכס זה הבעלים ומכיוון שהוכחת החזקה בקניין היא קלה יותר מאשר בעלות, אז ההגנה על החזקה זה מעין תרופה מידית ויותר קלה במקרה שלוקחים לך את הנכס. נכסים שאם לא נאפשר הגנה עצמית מהירה- אז לא תהיה עליהם הגנה בכלל.
	* **ביקורת:** האם זה רלוונטי למצב השוק הנוהג היום? אולי תפיסה כזו שמגנה על חזקה הייתה רלוונטית בעבר, אבל היום כשיש הרבה נכסים מושכרים– לא בטוח שתפיסת ההגנה על חזקה בכלל רלוונטית לסוג הנכסים שעליהם אנו מדברים.
3. **הטלת הנטל על התובע**: חזקה כשלעצמה אינה מאד משמעותית מבחינה מהותית, אדם המחזיק בנכס אינו בהכרח בעל זכויות. אם מישהו מחזיק בנכס, הנטל על התובע להוכיח שאותו מחזיק נמצא בנכס שלא כדין. מערכות הדינים מטילות הרבה מנטל ההוכחה על הכתפיים של זה שתובע את החפץ על השימוש. המחזיק בקרקע מבחינתו הוא בעל הזכות, ומי שרוצה לתקוף את החזקה הזו הוא זה שצריך לערער בביהמ"ש על החזקה.
	* **ביקורת:** האם מדובר על נטל ראייתי? או שמדובר על נטל הוכחה מהותי?
4. **עידוד שימוש בנכסים פנויים:** יש הגורסים כי ע"י הענקת הגנה למחזיק אנו מעודדים ניצול נכסים שבעליהם אינם משתמשים בהם.
	* **ביקורת:** האם אנו עושים בדין מדיניות של רובין הוד? האם לוקחים מהעשיר ומחייבים בעל דירה לתת אותה לאחרים? האם זה לגיטימי בשיטת המשטר הישראלי?

ישנם 4 שחקנים מרכזיים בהגנת הבעלות והחזקה:

1. **בעלים:** מבחינה פורמלית ומשפטית רשומים כבעלי הנכס, הבעלים יכול לשבת במקרקעין או לא, אבל בכל מקרה יש לו זכות בעלות במקרקעין.
2. **המחזיק:** אדם שקיבל רשות מהבעלים להחזיק בנכס כדין. המחזיק כדין יכול להיות הבעלים עצמו, אך יכול להיות גם אדם שמחזיק מטעם הבעלים.
3. **בעל הזכות להחזיק:** אדם שמבחינה משפטית יש לו זכות והרשאה להחזיק במקרקעין, אך הוא אינו מחזיק את המקרקעין בפועל. למשל: בעלים שקנה דירה אך אינו מחזיק בה בפועל.
4. **מסיג גבול:** סעיפים 15-20 מפרטים כיצד מטפלים במסיג גבול. מדובר באדם שמחזיק במקרקעין או נכנס למקרקעין אבל אין לו זכות כלשהי להחזיק במקרקעין.

סע' החוק רלוונטיים:

* סע' 15- מחזיק יכול להיות אדם שהשליטה הישירה במקרקעין בידיו או שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידי אדם מטעמו.
* סע' 16- בעל המקרקעין ומי שזכאי להחזיק במקרקעין, רשאים להגיש תביעת פינוי כנגד מי שמחזיק בקרקע שלא כדין.
* ס' 17- יש הטוענים שפועלו של ס' 17 הוא ס' שעוסק בהפרעה לשימוש במקרקעין בלבד שלא מגיעה לידי השגת גבול. יש לשים לב, שהס' נותן זכות תביעה למחזיק במקרקעין (כדין או שלא-משיג גבול). הס' שותק בקשר למי שמחזיק בנכס. הס' רחב ומאפשר למחזיק במקרקעין לבוא ולהפסיק את השימוש במקרקעין. המטרה היא לשמור על הסדר הציבורי.
	+ פרשנות ס'17 – היקף ההגנה: פס"ד יוסף נ' עוקשי – ויכוח בין השופטת פרוקצ'יה, לטענתה ס'17 חל גם על הפרעה לשימוש וגם על הסגת גבול ונישול, לבין השופט אנגלרד, שטוען שהסעיף חל רק על הפרעה לשימוש, אחרת קיימת כפילות עם ס'19.
* סע' 18-עוסק בסעד עצמי ,ונותן לאנשים במצבים של פלישות, אפשרות לעשות דין עצמי ולהפעיל כוח במסגרת הסגת גבול. מדוע?
	+ 1. מענה לאופי אנושי- מתן סעד עצמי הוא מנגנון של שחרור קיטור. האינסטינקט הבסיסי הוא להגן על רכושנו ולכן מכשירים את המענה לאופי האנושי מלכתחילה ונותנים לכך לגיטימציה משפטית. אך, יש הטוענים שזהו לא תפקידו של המשפט.
		2. חלופה מעשית יחידה ביחס לנכסים מסוימים- בעיקר במטלטלין. לפעמים אם אנשים לא יעשו סעד עצמי, הם יאבדו את זכויותיהם (למשל בגניבת טלפון).
		3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות- כלל קנייני הוא כלל שמחייב הסכמה של הבעלים על מנת לקחת את הנכס לעומת כלל אחריות שמתיר לפגוע בזכות הקניין אך תהיה חובה של תשלום פיצויים. סעד עצמי נתפס כביטוי של הכלל הקנייני – המחזיק מונע מהפולשים מצב שבו נצטרך לפצות אותם. כלל זה מונע סכסוכים ופלישה מלכתחילה.

לסיכום, ההצדקות לעיל מוצדקים בנסיבות מסוימות, בייחוד במטלטלין, אך צריך להיות מאד זהירים וראוי לצמצם אותו.

* ס' 18(ב)- החוק מתיר 30 ימים מהיום שתפסו את הנכס בפועל על מנת להפעיל את הסעד העצמי (מיום התפיסה). ניתן לפנות את הפולשים "בכוח במידה סבירה" (=עדיפות לכך שהמשטרה תפעיל את הכוח). כמו"כ מתן סעד עצמי נתון רק לאנשים פרטיים.
* סע' 18(א)- עוסק במצב שעדיין לא התרחשה השגת הגבול. המחזיק במקרקעין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה על מנת למנוע הסגת גבול. אין מגבלת זמן לגבי היכולת של המחזיק להפעיל את הכוח כנגד אותם פולשים. אך יש דרישה להחזיק במקרקעין כדין.
* סע' 19- עוסק במצבים שבהם אנשים עושים דין עצמי בניגוד להוראות החוק של 18(ב). ישנו ניסיון להרתיע אנשים שלא להתנהג לא ע"פ חוק. אם נניח עברו 30 ימים, חייבים להחזיר את המקרקעין למחזיק שלא כדין. עם זאת, לפי הסיפא עדיין ביהמ"ש יכול לדון בזכויות הצדדים.

מה קורה אם שוכר לא מתפנה בתום תקופת השכירות? האם ניתן להתייחס לשוכר שלא מתפנה כפולש? אם מתייחסים אליו כך, כעיקרון יש 30 ימים לסלקו. אך, ביהמ"ש העליון פסק שמצב זה לא נכנס תחת ס' 18(ב) ואז נוהגים ע"פ ס' 16 – קבלת סעד מביהמ"ש.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | זכות לתבוע מסירת המקרקעין (ס'16) | זכות למנוע הפרעה לשימוש (ס'17) | זכות להפעלת כוח – סעד עצמי (ס'18) | חובת השבת הגזילה (ס'19) |
| מחזיק שלא כדין | **X** | V | **X** | V |
| מחזיק כדין | V | V | V | V |
| בעל מקרקעין | V | **X (אלא אם מחזיק בפועל)** | **X (אלא אם מחזיק בפועל)** | V |

לסיכום:

**מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים?**

ההוראות בסעיפים 15-19 עוסקות באנשים פרטיים שמנסים להגן על הבעלות או החזקה שלהם מפני פלישה של אנשים אחרים. כשמדובר על מקרקעין של המדינה, יש הנחיות אחרות לטיפול בפולשים מכיוון שהמדינה אוחזת בהמון קרקעות ולפיכך יש לחוקק סע' חוק נפרדים.

* + - 1. סעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור – מאפשר לממונה לתת צו לפינוי הפולש.
			2. הגבלת סעד עצמי – רק צו והליך משפטי, לא הפעלת כוח.
			3. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול – תוך שישה חודשים מגילוי התפיסה ועד שלושים ושישה חודשים מהתפיסה. נותנים זמן רב יותר משום שהמדינה לא נמצאת במקרקעין כל הזמן.
			4. אין צורך בהחזקה של המדינה – מקרקעי הציבור האלו יכולים להיות רק בבעלות המדינה. היא לא צריכה להחזיק אותם בפועל. הסיבה לכך היא שהמדינה לא נמצאת ונוכחת כל הזמן בכל מקרקעי הציבור בישראל. קביעת הוראה שתחייב את המדינה להחזיק בפועל כתנאי מקדים להוצאת צו היא משהו שירחיב את הלגיטימציה לפלישה.

פס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון: עוסק כמה ההסדר בחוק לא ראוי. יש להשתמש בסמכויות החוק בזהירות תוך שמירה על האינטרס הציבורי מכיוון שהוא חוק דרקוני. לפיכך: **(א)** הגבלת סעד עצמי – רק צו והליך משפטי. **(ב)** הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול. **(ג)** אין צורך בהחזקה של המדינה.

ס' 4(א)- עוסק במצבים של חוזה שהסתיים והיכולת להפעיל את הסמכויות בחוק במצב שהמדינה משכירה מקרקעין ואותו גורם לא מתפנה. במסגרת ס' 15-20 לא ניתן להשתמש בסעד עצמי. אך, במסגרת הזו, ניתן להפעיל סמכויות וזאת רק אם תקופת ההשכרה לא עולה על 7 שנים.

**הזכות לכניסה למקרקעין בישראל**

רקע: הפרדה גזעית במקרקעין היא תופעה שהייתה רווחת בארה"ב בשנות ה-60 (רקע של עבדות, אפליות שונות וכ'ו). רק בשנים אלו, החלו לחקוק בנושא זכויות אדם (תקופת מרטין לוטר קינג), ביניהם איסור אפליה במגורים (בשנת 1968). בפועל, לא היה שינוי דרמטי ביחס אל השחורים בארה"ב, בין היתר, מסיבות סוציו-אקונומיות. בארץ אין הסדר פורמלי בהקשר זה ועיקר הפסיקה בארץ עוסקת בקרקע ציבורית והקצאות מטעם המדינה לעומת החקיקה האמריקאית ששם רוב הקרקעות הן בבעלות פרטית. אך בחוק האמריקאי יש הרבה חריגים. למשל, אם לאדם יש 4 דירות במתחם אחד הוא יכול להפלות. חשוב ציין שישנו קשר חזק בין אזרחות לבין קניין.

השאלה שמתעוררת בהקשרים של האפליה היא הרבה יותר רחבה והיא עד כמה ניתן ליצור מגבלות על כניסה של אנשים למקרקעין? בין אם זה בשכירות, שאילה וכ'ו. כמו"כ, המתח בין ערך השוויון לערכים אחרים עולה בצורה חריפה בהקשרים שונים. כיצד מאזנים בין הערכים האלו?

פס"ד מאסטר פיס קייק שופ: ג'ק פיליפס (בעל חנות לעוגות) הוא אדם נוצרי מאמין ויום אחד נכנסים למאפיה שלו זוג הומוסקסואלי שמבקשים ממנו לאפות להם עוגה לקבלת הפנים של הנישואין שלהם. ג'ק מסרב. הזוג הגיע לוועדה האחראית על יישום זכויות אזרח, שקובעת שג'ק הפר את חובת השוויון בכך שהוא סירב להעניק שירות לזוג. המקרה מגיע לעליון האמריקאי. העליון במקרה זה מכריע ברוב של 7 מול 2 שנפגעה הזכות של ג'ק לדת. לא כל השופטים קיבלו את התפיסה של בשם חופש הדת אפשר לא לספק שירותים באופן שוויוני. מה שהם קבעו זה שבנסיבות הספציפיות של המקרה הועדה לא התייחסה בצורה רצינית לטענות של חופש הדת של ג'ק, ולכן במקרה הספציפי הזה אי-אפשר לקבוע שהוא חייב, הואיל והוא לא קיבל הליך הוגן בוועדה.

פס"ד דפוס צבע הקשת: אישה המשתייכת לתא הגאה באונ' בן גוריון שלחה בקשה לקבלת הצעת מחיר לכרזה לבתי דפוס שונים בב"ש. דפוס הקשת ענה שהם לא מפרסמים דברים כאלה ומדובר מבחינתם בתועבה. חשוב לציין שבית הדפוס לא ידע מה נדרש ממנו להדפיס, אלא רק התבקש לתת הצעת מחיר להפקת כרזה. הוא ישר ענה ע"ב העובדה שמדובר על מישהי המשתייכת לקהילה הגאה. פס"ד עצמו נסוב על חוק איסור הפליה על מוצרים ושירותים, האוסר על נותן שירות להפלות אדם ע"ר נטייתו המינית. השלום קובע שדפוס הקשת הפר את החוק והפלה את אותה פעילה של האגודה הלהט"בית ע"ב נטייתה המינית ולכן עליהם לשלם פיצוי.

בהשוואה בין המצבים, ניתן למצוא הבדל מסוים, **פיליפס ידע מה התוכן המבוקש ובדפוס קשת הבקשה נדחתה אוטומטית**, ללא עיון בבקשה להדפסה. הסירוב נבע מהנטייה המינית של המזמין, זה לא היה קשור לתוכן ולכן אין קשר להשקפות העולם של הבעלים באשר לדת ומצפונו. הבדל נוסף הוא שבישראל יש חוק הקובע שאסור להפלות, זאת בניגוד לארה"ב.

**אפליה בהשכרה**

ישנה מציאות משפטית שאנשים מסרבים להשכיר דירה לכל מיני אוכ'. בארץ אין חוק שדומה לחוק האמריקאי שמחייב שוויון בהשכרה. אם אדם פרטי מסרב להשכיר לאדם על רקע כזה אחר, לא נראה שיש חובה בחוק שתוכל לשנות את המצב. הגישה הרווחת היא שניתן יהיה להגיש תביעה על בסיס הפרת חובת תו"ל במו"מ בכריתת חוזה. ככל הנראה, ביהמ"ש לא יאכוף, אלא יפסוק פיצויים כאשר יש אפליה ובהתאמה השפלה.

**מכר דירות**

הדיון העקרוני כשמדובר בדירה בבעלות פרטית, העיקרון יהיה זהה לאפליה בהשכרה.

**פס"ד מיטל הנדסה**: באופן עקרוני לא יכולה להיות מחלוקת שהמחוקק הישראלי לא רצה לכלול את תחום הדיור בחוק איסור הפליה בשירותים ומוצרים. השופט מתפתל בכדי לעשות הבחנה בין תכלית סובייקטיבית ואובייקטיבית, אבל זה פשוט לא נכון. מה שהשופט מזוז עשה הוא מהלך לא ראוי מבחינה אינטלקטואלית ומשפטית. המחוקק הישראלי ללא ספק לא התכוון להכניס את תחום מכר הדירות לחוק איסור ההפליה בשירותים ומוצרים. הסיבה שהמחוקק לא הכניס את זה לחוק היא שהוא לא רצה לכבול את הידיים של מי שעושה את העסקאות המרכזיות במקרקעין (המדינה או אנשים פרטיים) לחובת שוויון. הוא השאיר בצורה די ברורה את מכר הדירות מחוץ לחוק המוצרים והשירותים. זה לא הרשים את ביהמ"ש, **והשופט מזוז** מדבר על זה שזה צריך להיכנס, **בין היתר מאחר ומדובר בתכלית אובייקטיבית (אין הבדל בין כל מוצר אחר לבין דירה) אבל גם מבחינה סובייקטיבית (לא בטוח שהמחוקק רצה להשאיר את זה בחוץ).**

**השופט שטיין** מתאר את המצב העובדתי, המחוקק הישראלי לא התכוון להכניס מכר דירות לחוק הפיקוח. האם זה נכון או לא זו שאלה אחרת, אבל באופן עקרוני, אם מסתכלים על מה החוק הזה כולל, שטיין קובע כי זה לא כולל מכר דירות. עם זאת, אותה חברה שסירבה למכור דירה לזוג ערבי עשתה משהו שאסור לעשות. **לא מדובר פה על מכר דירה מאדם פרטי, מדובר על קבלן שקיבל קרקע במכרז מהמדינה והחליט שהוא משווק את הקרקע רק ליהודים**. השופט מזוז מבסס את הקביעה שלו על חוק הפיקוח, בעוד שהשופט שטיין טוען שאין הפרה של חוק הפיקוח. לפי שטיין, הקבלן במקרה זה הפר את חובת תום הלב. מכוח זה הם יהיו חייבים לשלם פיצוי לאותו זוג שנמנעה ממנו רכישת הדירה. נוסף על כך, שטיין אומר שבמצב זה לא יהיה סעד של אכיפה. כשהוא קובע שלא יהיה סעד של אכיפה הוא מסביר לקבלנים שהם יכולים, אם הם רוצים שלא יגורו זוגות ערבים בדירה, לשלם קנס מסוים על הפרת תום הלב ואכן לא למכור את הדירה.

ההכרעה היא שלא מדובר בהפרה של החוק (הנדל לא מצטרף למזוז). מה שנקבע זה שאסור לאדם שקיבל מכרז מהמדינה להפלות בין רוכשים שונים, הא כפוף לאותן חובות שהמדינה חייבת להן בהקצאת קרקעות (אושרר לאחר הלכת קעאדן). השאלה היא מה קורה עם אדם פרטי. כיום, המדינה מוסיפה תניה כזו במכרזים, לכן יש חובה חוזית בנוסף, כך שיש מחויבות לעקרון השוויון גם דרך החוזה. **אנשים פרטיים כיום יכולים עדיין להפלות,** מאחר שאין חקיקה או פסיקה בנושא. אם יתחדש הדיון ייתכן שיקבע אחרת.

**ועדות קבלה לישובים**

פקודת האגודות השיתופיות מגדירה סמכות של אותו ישוב קהילתי לבוא ו"לסנן" את המועמדים שרוכשים דירה בישוב. זה מצב שמוגדר במפורש בחוק, ניתן להחזיק ועדת קבלה. הפקודה קובעת בס' 6(ג) שאסור להפלות ע"ב דת, גזע וכו'. כן ניתן להפלות ע"ב הטענה שיש חשש לפגיעה במרקם הקהילתי של הישוב. זה מה שהחוק הישראלי וביהמ"ש הישראלי נמנעים מלהתעסק בו.

ב-2011 היה תיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שקבע צמצום של התחולה של ועדות הקבלה ממה שהיה לפני כן. בעבר היה אפשר לעשות בכל ישוב קהילתי, כעת רק בנגב ובגליל. אי-אפשר להקים ועדת קבלה בישוב קהילתי שיש בו יותר מ-400 בתי אב. בפועל מה שעושים זה שיש ראיון לפני ועדת קבלה ושולחים את המתמודד למכון בו עושים מבחנים פסיכוטכניים, שלא ברור מה המבחנים קשורים לקביעה האם אותו מועמד מתאים למרקם הקהילתי. הסיפור הזה עולה פעם אחרי פעם בביהמ"ש.

**בג"צ סבח :** תיקון לפקודת האגודות מאפשר ליישוב להתנות את הקצאת המקרקעין למועמדים המבקשים להתגורר בו באישור של ועדת קבלה. התיקון קובע רשימת עילות בגינן רשאית ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב. עוד קובע התיקון כי אסור לוועדת הקבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין ועוד. **העותרים** תקפו את חוקתיותו של החוק, הוא מציג לטענתם קריטריונים עמומים שיאפשרו הפליה הלכה למעשה, עיקר ההתנגדות נוגע לעילות המאפשרות דחיית קבלה של מועמד בשל אי התאמה למרקם החברתי-תרבותי.

* **שופטי הרוב** קבעו יש לדחות את העתירה מכוח **דוקטרינת הבשלות**. טענות העותרים הן טענות תוצאתיות באופיין ולכן יש להמתין לייישום החוק עד לבחינתן. כמו כן, החוק מכיל מנגנונים שנועדו למנוע אפליה וכן מנגוני אכיפה (הקמת ועדת השגות) שנועדו לפקח על יישום מטרות החוק.
* **שופטי המיעוט** קבעו כי העתירות בשלות להכרעה וכי התיקון מפלה ומאפשר שרירותיות ביחס לחלוקת המקרקעין הציבוריים בישראל.
* העמדה המעניינת פה היא של **ג'ובראן במיעוט**, שאומר שיש להפסיק עם ההתעלמות מהפיל שבחדר. חייבים לחפש מהו אותו מרקם קהילתי שפגיעה בו יכולה להצדיק סירוב לאישור של מועמדות של אדם מסוים. הוא אומר שבמשך כל שנות קיום המדינה נמנעים מלעשות זאת, כמו שרוצים לעשות במקרה זה. הבעיה בלהגדיר מהי קהילה היא שיש בדיני הקניין הגדרה לקהילה לצרכים שונים, אבל לא עבור הצורך של סינון לישוב קהילתי.

**בג"צ קעדאען:** קעדאן ומשפחתו התגוררו ביישוב ערבי וביקשו לעבור ליישוב הקהילתי הסמוך, קציר. האגודה השיתופית של קציר סירבה לאפשר למשפחת קעדאן לרכוש בית ביישוב בטענה שאדמות היישוב מיועדות ליהודים. **טענת הסוכנות** היהודית הייתה כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה – מקרקעי ישראל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. לעתים ההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון, וביהמ"ש יכבד את ההפרדה ולא יתערב.

* **קביעת ביהמ"ש:** 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.

מקרקעי ייעוד

ועדות קבלה ליישובים

* פק' האגודות השיתופיות מאפשרת ועדות קבלה ביישובים מסויימים. לפי פק' זו הועדה יכולה **לפסול מועמדים בשל אי התאמה למרקם הקהילתי** אבל אין למרקם הזה הגדרה ברורה.
	+ פס"ד קעדאן: פסלו זוג ערבי בוועדת קבלה בגלל חוסר התאמה למרקם הקהילתי. ביהמ"ש- ברגע שמדינת ישראל מנהלת את הקרקע, יש כפיפיות לערך השוויון. בנוסף, נקבע שנכיר **במרקם חיים קהילתי במקומות בהם יש אורח חיים ייחודי שמצדיק הגנה.** ביהמ"ש **מתחמק** כי הוא נותן רק דוגמא ולא מדיניות עם קריטריונים.
* לפי הפק', ועדות קבלה מותרות רק לישובים שיש בהם פחות מ-400 בתי אב ורק באלו שבגליל/בנגב (תיקון)
	+ פס"ד סבח: עתירה שמוגשת ע"י חברי אגודות שיתופיות שתוקפת את האפשרות שניתנת בפק' לעשות ועדות קבלה בטענה שהוא מפלה. **ביהמ"ש טוען למנגנון בשלות מוקדמת**- אומר שהעתירה מוקדמת מדי כי כל המקרים שהם מתבססים עליהם לגבי דחיית אנשים בוועדות קבלה הם מקרים שהיו לפני תיקון החוק. יש לחכות שהחוק ייושם בפועל וכשתהיה עתירה רלוונטית אז שיתקפו את החוק. **עוד התחמקות** מדיון מהותי. ג'ובראן (דעת מיעוט)- אומר לחבריו השופטים שהם התחמקו הרבה זמן מהשאלה מהי קהילה. אומר שיש להגדיר זאת עם קריטריונים ברורים כדי שהוועדות לא יעשו מה שהן רוצות.
* המאמר של שטרן: לפי התפיסה הפלור' המדינה חייבת לאפשר לאנשים לחיות את חייהם לפי רצונם. איך נבחן אילו קהילות מספיק משמעותיות כך שניתן להם קרקע, וועדות קבלה ופיצוי על אובדן הקילה המשותפת במקרה של הפקעה? קריטריונים:
	1. תפיסת טוב משותפת לקהילה (תפיסת עולם משותפת)
	2. מה תפקיד השת"פ במימוש תפיסת הטוב? ציר שמראה 4 מצבים/תפקידים שהמדינה נוטלת:
		1. לא קיים- (אין תפקיד למגורים ביחד). למשל, פס"ד קעדאן בו לא היה תפקיד לשת"פ.
		2. מסייע- מטרת המדינה היא לתמוך בקהילות שצריכות את תמיכת המדינה, כדי שחבריהם יוכלו לממש את תפיסת העולם שלהם. למשל, צמחונות/טבעונות.
		3. מוסיף ערך- האדם יכול לממש את תפיסת העולם לבד, אבל אם הוא יממש אותה עם אחרים, אז לפעולה יש ערך נורמטיבי יותר גבוה (כמו תפילה במניין)
		4. מכונן- כמו קיבוצים שלא יכולים לממש את תפיסת עולמם בלי קהילה.
	3. עד כמה הקהילה צריכה סיוע של המדינה בשימור/מימוש תפיסת הטוב של חבריה? כשהן יכולות לדאוג לעצמן, חובת המדינה לסייע פוחתת משמעותית כי **מה שעומד בבסיס הוא שתפקיד המדינה לאפשר להם לממש את תפיסת עולמם.**
* פס"ד מיטל (לא בסילבוס): האם יש להחיל את חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים על מכר דירות? מזוז- כן. דירה זה מוצר לכל דבר. שטיין- לא. גוף פרטי לא כפוף לעקרון השוויון. לסיכום, קבלנים שמתקשרים עם המדינה לגבי לקרקע, לא יכולים להפלות. קבלנים עם קרקע פרטית השאלה לגביהם לא פתורה.

**ז. דיני נטילה שלטונית**

סוגי נטילה שלטונית של מקרקעין:

1. הפקעות- רשות מקומית/שלטונית לוקחת את המקרקעין של הפרט ומעבירה את רישום הזכויות במקרקעין על שמה
2. גריעות תכנוניות- הפרט נשאר בעל המקרקעין אבל מטילים מגבלות על המקרקעין

יש **פיצוי** על שניהם (במנגנונים שונים).

**ז.2 הפקעות – כשרותן**

חקיקה

* חו"י כבוה"א וחירותו- המתח בין ס' 3 שאומר שלא פוגעים בקניינו של אדם לס' 8 של פסקת ההגבלה

חקיקה מרכזית (אפשר להפקיע מכוח כל אחד מהם)

* חוק התכנון והבניה (1965)
* פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943- פק' הרכישה

מהי הפקעה?

מורכבת מ-3 חלקים:

1. רכישה **כפויה** של מקרקעין
2. לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**
3. תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין

רכישה **כפויה** של מקרקעין

מכוח מה יכולה רשות לקחת מקרקעין של אדם פרטי? 1. תיאורית שימוש הכוח- הבעלות הפרטית ניתנה ע"י הריבון ששמר את הכוח שלו לקחת את המקרקעין האלה בכפייה כשהוא צריך. 2.Police Power- למדינה תפקידים מוגדרים שכל אזרח מסכים להם באמנה החברתית, וכדי לממש אותם היא לפעמים חייבת לקחת מקרקעין. 3. הסכמה ראשונית- כשאנחנו בוחרים ממשלה אנחנו נותנים הסכמה מודעת לנציגים להפקיע לצורך ציבורי

(רציונלים) למה שהשלטון ייקח קרקע בכפייה ולא במו"מ? 1. כשלי שוק- לפעמים אנשים מבינים שהמדינה חייבת את הקרקע שלהם, והם ינצלו את הכוח הזה כדי לסחוט אותה- סחטונות. 2. צדק חלוקתי- כדי להנגיש שירותים ומוצרים גם לאוכלוסיות חלשות. 3. כוח שלטוני קלאסי- הקמה של שירותים נחוצים למדינה שאף אדם פרטי לא יקים על הקרקע הפרטית שלו (משטרה, בי"ח, צבא וכו').

לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**

מהו צורך ציבורי? בסע' 2 לפק' הקרקעות יש רשימה של "צרכים ציבוריים" שכוללת גם דברים שנובעים/כרוכים מהם. הרשימה כוללת: 'צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר". כלומר, **זו רשימה רחבה עם אפשרות לקבוע כצורך ציבורי כמעט כל דבר ששר האוצר רוצה.**

ס' 3 אומר ששר האוצר רשאי: "לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או **כל זכות אחרת בה**". ס' 3 מאפשר להפקיע את שליטת הבעלים כדי לכפות להצטרף להסדר של התחדשות עירונית. זו זכות השליטה והניהול שנרכשת (שונה מחזקה ושימוש).

ארה"ב: ככל שהמדינה יותר רפובליקנית כך יהיו פחות הפקעות (ככל שיותר דמוקרטית- יותר הפקעות). בחוקה הפדראלית כתוב שלגבי הפקעות חל התיקון החמישי שקובע שקניין פרטי לא יכול להילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. פס"ד סוזט קילו: במשך שנים העיר ניסתה להביא חברות כדי להקים מרכזי פיתוח לגיוס עובדים ותשלום מיסים עירוניים. העיר מגיעה להסדר עם חברת פייזר שהעירייה תמצא לה קרקע. העירייה מפקיעה את ביתה של סוזט קילו שאומרת שהחוקה מאפשרת לקחת קניין פרטי **לשימוש ציבורי** אבל כאן זה שימוש פרטי. העליון הכריע שמדובר בשימוש ציבורי (העסקת עובדים, הגדלת רווחי העיר- כך שכולם ירוויחו). העליון: אין בעיה שהקרקע תילקח דרך הפקעה מגורם פרטי ותעבור לידיו של גורם פרטי אחר, כל זמן שיש תועלת משנית לציבור. **צורך ציבורי הוא לא רק שימוש ע"י הציבור אלא גם שימוש לתועלת הציבור.**

ישראל:

פס"ד קרסיק: בייניש אומרת **שלביהמ"ש יש אפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על ציבוריות המטרה**. אולם, דבריה של בייניש **לא מדויקים בכלל** (בתיהמ"ש נמנעים מביקורת שיפוטית על ציבוריות המטרה).

פס"ד לוביאנקר: נקבע **שלא** תהיה ביקורת שיפוטית על ציבוריות המטרה, כי **קביעתו של השר שמדובר בצורך הציבורי היא שקובעת.**

המציאות כיום- ביקורת מידתיות

בתיהמ"ש פחות בודקים אם זה צורך ציבורי אלא יש ביקורת דרך בחינת **המידתיות** של ההפקעה של שר האוצר, שמתקשרת לחו"י כבוד האדם. **לכן מבחן המידתיות הוא הקובע אם ההפקעה כשרה.**

מבחן המידתיות- מבחנים שביהמ"ש התייחס אליהם ככאלו שעשויים להצביע על חוסר מידתיות (לא בהכרח):

1. ניסיון רכישה הסכמי- הרשות חייבת לעשות **ניסיון רכישה הסכמי** (הצעה לרכוש את המקרקעין), לפני ההפקעה. מעיד על מידתיות כי הוא אומר שיכול להיות שבכלל לא צריכים לפגוע בזכויות קנייניות
2. ביצוע עצמי- יש לבחון **האם בעל המקרקעין יכול לממש הצורך הציבורי בעצמו** (למשל משפחה עשירה שיכולה להפעיל מרכז מסחרי- פס"ד נוסייבה)
3. איחוד משאבים- ביצוע עצמי עם הרבה בעלי קרקע. בגלל ריבוי הבעלים יש לתת לבעלים זמן לנסות להתאחד ולהגיע להסכמה (בפס"ד מקור הנפקות בע"מ ביהמ"ש נתן רק 3 חודשים)
4. שיהוי-
	* 2 פנים: 1. פן ראייתי- השיהוי בבנייה נתפס כראיה לכוונה שלא מתכוונים לנצל את הקרקע. 2. פן מנהלי- התנהלות הרשות. פיקוח וענישה על התנהלות לא תקינה של רשות
	* אחרי התיקון ב-2010 לא צריכים את השיהוי, כי יש כללים כמה זמן רשות יכולה להחזיק בקרקע בלי לעשות בה כלום:
		+ הוצאת **הודעת** הפקעה 🡨 לרשות יש **8 שנים להתחיל בביצוע** ההפקעה.
		+ שר האוצר צריך **לכתוב בצו** **מתי הרשות תתחיל לממש את המטרה הציבורית** (ברירת מחדל: עד **8** שנים).
			- השר חושב שייקח לו יותר מ-8 שנים 🡨 עליו לפרט למה ותוך כמה זמן, אך לא יכול לחרוג מעל **15** שנים
			- החלה ההפקעה והשר רואה תוך כדי שצריך עוד זמן 🡨 יכול להאריך ללא חריגה מ-**17** שנים
5. תום/שינוי המטרה הציבורית- בפס"ד קרסיק חשין משנה את הדוק' בכל הקשור למקום הבעלים במרחב אחרי שינוי המטרה הציבורית. הוא אומר שיש 2 דוק':
	1. לראות את ההפקעה כמעשה **שמנתק** את הבעלים- בהפקעת הקרקע, הבעלים יוצא לגמרי מהתמונה. לא לזה חשין מתכוון.
	2. לראות את ההפקעה כמשהו **שמשמר** את זיקת הבעלים- חשין אומר שלמרות ההפקעה, הבעלים עדיין שומר על זיקה מסוימת בין הבעלים למקרקעין. כשנגמרת המטרה הציבורית לשמה הפקיעו, המדינה יכולה: **להחזיר** את הקרקע לבעלים שישלמו עליה או לחייב את המדינה להשתמש בקרקע הזו **לצורך ציבורי אחר**.
		* **הרציונל של חשין אומץ בתיקון לחקיקה** (פק' הקרקעות). נקבע שאם רשות ציבורית מפקיעה קרקע והמטרה לשמה הופקעה בוטלה/שונתה, אז היא חייבת **להעביר את הקרקע לייעוד ציבורי אחר, ולזמן את הבעלים לשימוע להתנגד**.
6. זכות מזערית- החובה של הרשות להפקיע את המינימום שהיא צריכה. פס"ד אקונס (מנהרות הכרמל): להפקיע את המינימום גם מבחינת **היקף** הקרקע וגם מבחינת **טיב הזכות** (לא לקחת זכות בעלות אם צריכים רק זכות חזקה ושימוש).
7. מיקום רלוונטי ומיטבי- פס"ד זמר: אם נקבע שההפקעה תהיה במקום מסוים ואז יש הסטה למיקום אחר, צריכים הסבר משכנע.

תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין

**ז.3 הפקעות – הזכות לפיצוי**

פיצוי וצדק

מטרת הפיצוי היא לעשות צדק. סוגי צדק: 1. צדק מתקן- פיצוי מהמזיק לניזוק בגובה הנזק. מתייחסים רק לשלושת השחקנים האלו. **זו התפיסה שתפסה בחוק הישראלי.** 2. צדק חלוקתי- להיטיב עם החלשים. מסתכלים מעבר לנסיבות של הפגיעה. יש בעיה בהחלה בקרקעות כי שם העיסוק הוא לא עם חלשים אלא עם בעלי קרקעות. 3. צדק הליכי- בצורה הרגילה- התוצאה חשובה אבל גם ההליך שיהיה הוגן. צדק הליכי בצורה הקיצונית- ההליך יותר חשוב מהתוצאה (שההליך של ההפקעה חשוב יותר מההפקעה). 4. צדק מאחה- מסתכלת על הקילה כולה ולא רק על הצדדים.

פיצוי על הפקעה לפי שווי שוק בלבד (כפי שנעשה בארה"ב)- האם צודק?

יש 3 ראשי נזק שלא נכללים בשווי שוק: 1. אובדן ערכים סוב'- כמו ערך סנטימנטלי של הנכס. 2. כשלי השוק המדומיין- מתייחס להפקעות בשכונות עם ערך נמוך. הכוונה היא שאין לבעלים האלו הרבה לעשות עם הפיצוי שילך על שכירות או על רכישת בית בעוד שכונה מתפוררת שגם אותה יפקיעו להתחדשות עירונית. מטופל בחוק הישראלי. 3. הדרת ערכים כלכליים- כמו שכר לעו"ד, הובלה וכו'. מטופל בחוק הישראלי.

פק' הקרקעות

* ס' 12: כשביהמ"ש בא לפסוק פיצויים הוא צריך להתנהל לפי 2 כללים: 1. לא לקחת בחשבון שהקרקע נרכשה בכפיה. 2. שהפיצוי יהיה מחיר השוק של הנכס (אילו מכר מרצונו). כלומר, **פיצוי על הפקעה= לפי מחיר השוק של הנכס. אין להפחית את הפיצוי.**
	+ **חריג** ס' 20- הפחתת פיצוי: **בהפקעות לטובת רשויות מקומיות (בלבד!) מפחיתים 25% מהפיצוי**. הפקעה עד 25% מהיקף החלקה- לא חייב לשלם פיצוי בכלל. הפקעה גדולה מזה- משלמים את ההפרש עד 25%. (למשל מפקיע 35%, ישלם 10%)
		- סייג לחריג: ס' 20(ג): למרות החריג, שר האוצר רשאי להעניק פיצויים או פיצויים נוספים לפי שיקול דעתו. פותח שער לפיצויים למקורבי השר ללא ביקורת שיפוטית- שחיתות.

חוק התכנון והבניה

* ס' 190: אם לא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק הזה, ההפקעה תבוצע לפי פק' הקרקעות. לכן, כשעירייה/ועדה מקומית רוצה להפקיע, היא צריכה לפעול לפי פק' הקרקעות, כאילו העירייה/הועדה המקומית היא שר האוצר
* ס' 190(1): **ס' 20 לפק' הקרקעות שמאפשר הפחתת פיצוי בהפקעות לטובת רשויות מקומיות**, **חל גם על חוק התכנון והבניה** (חוק התכנון והבניה עוסק יותר בהפקעות לצרכים של מטרות קהילתיות- ס' 190(1)). **אם רשות מקומית בוחרת להפקיע לפי חוק התכנון והבניה, היא יכולה להפחית פיצויים עד 40%**, ולא רק 25% (כמו פק' הקרקעות). רציונלים להפחתת פיצוי רחבה: 1. צרכים קהילתיים מידיים ובסיסיים. 2. השבחת יתרת הקרקע.
* יתרת הקרקע- א"א להפקיע חלק ממגרש אם כתוצאה מההפקעה, השווי של יתרת הקרקע יפחת- ואז יש להפקיע הכל/כלום (הפרשנות הקלאסית: ההגנה חלה רק אם אי אפשר לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע. אחרת מפקיעים הכל/כלום)
* הפחתת 40% מהתשלום על הקרקע- באופן מעשי רשות לא יכולה להפחית 40% בגלל פס"ד חממי: נקבע הליך דו-שלבי. שלבים:
	1. שלב א': שינוי ייעוד (לצורך ציבורי)- הרשות מעבירה תוכנית לייעוד המקרקעין להפקעה לצרכים ציבוריים ולבסוף מאשרת בהתאם לשינויים.
		+ השלכה: בעקבות שלב א' של שינוי ייעוד הקרקע לייעוד ציבורי, **הערך הכלכלי יורד משמעותית, ללא פיצוי** על כך (כי היא עדיין לא הפקיעה בפועל).
		+ פס"ד חממי: שלב א' נפרד משלב ב'. **אפשר לתבוע לפיצוי מכוח ס' 197 כבר משלב שינוי הייעוד** (כמעט 100% פיצוי, בדר"כ 90%). זמנים: הגשת תביעה מכוח ס' 197 **תוך 3 שנים**
	2. שלב ב': ההפקעה בפועל
		+ **אפשר לתבוע את יתר הפיצוי מכוח ס' 190** (ה-10% הנותרים). **ההפחתה של ה-40% אפשרית רק משלב זה ומופחתת מהכסף ביתרה** (מה-10% הנותרים).

הרציונל של הלכת חממי- לטובת הבעלים: 1.העברת רוב הכסף תוך זמן קצר. 2. ההפחתה נעשית על סכום כסף קטן יחסית..

האם ומתי ראוי להפחית פיצוי?

פס"ד פייצר (לא בסילבוס): הסיבה להפחתת פיצוי היא השבחת הקרקע, כך שפיצוי מלא עלול להיות פיצוי יתר.

* פסד הולצמן: אם קרקע הופקעה **במלואה** = אין השבחה = **אין להפחית מהפיצוי**.
	+ מצבי ביניים-הפקעה חלקית ללא השבחה:
		- פק' הדרכים- פס"ד רוטמן: הפקעה מכוח פק' הדרכים ומסילות הברזל (שבוטל, אך עסק גם בהפחתה של 25% מהפיצויים). נקבע **שהסמכות של שר האוצר להשלמת הפיצוי הופכת מרשות לחובה** (חייב להשלים את הפיצוי לפיצוי מלא)
		- חוק התכנון והבניה- פס"ד מסרי: הפקעה מכוחחוק התכנון והבניה. נקבע **ששר הפנים רשאי** **להשלים את הפיצוי במקרים שהוא חושב שנגרם בהם סבל (=פיצויי סבל)** [פיצוי לפי סע' 190(א)(2)]. עדיף שיפצה אך נתון לשק"ד שלו. שיקולים לשלילת פיצויי סבל: פגיעה מינורית, הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים, ההפקעה לצורך קהילתי חיוני.
		- פק' הקרקעות: עד היום אין הכרעה ואפשר לטעון לשני הצדדים:
			* דמיון בין פק' הדרכים לפק' הקרקעות: הסדר משפטי זהה ומטרות זהות (לאומיות), ולכן נכון יותר להחיל את פס"ד רוטמן (חובה להשלים פיצוי- א"א להפחית פיצוי).
			* דמיון בין חוק התכנון והבניה לפק' הקרקעות: הפחתת פיצוי רק במקרה של רשות מקומית, ולכן נכון יותר להחיל את פס"ד מסרי (נתון לשק"ד השר) בהפקעות לטובת רשויות מקומיות (מטרה יותר קהילתית ופחות לאומית).

פיצוי לפי חוק התכנון והבניה:

1. שלב א', שינוי ייעוד- תביעת פיצויים לפי ס' 197

2. שלב ב', ההפקעה בפועל- תביעת פיצויים לפי ס' 190. הכלל: אם יתרת הקרקע לא נפגעה- אפשר להפחית 40% מהפיצוי.

3. יתרת הקרקע כן נפגעת- שר הפנים רשאי להעניק פיצויי סבל (בכפוף לחריגים)

פיצוי לפי פק' הקרקעות:

1. הכלל: אין להפחית פיצוי

2. חריג: הפקעות לטובת רשויות מקומיות. אפשר להפחית עד 25%.

3. יתרת הקרקע נפגעת- לטעון לפק' המסילות מחד (חייב להשלים פיצוי), ולחוק התכנון והבניה מאידך (רשאי להשלים פיצוי).

**פיצוי כולל גם פיצוי על מחוברים לקרקע (יש לבדוק את מבחני המחוברים)!**

פיצוי בעין (לא כספיים)

* ס' 39(א) לחוק פינוי בינוי של אזורי שיקום: כל מחזיק זכאי לדיור חלופי באותו אזור, בתנאי שאזור לא מיועד לשיקום בקרוב.
* ס' 194 לחוק התכנון והבניה: מדבר גם על סעד בעין במקרים בהם האדם גר בקרקע המופקעת כדין- למצוא חילוף דיור סביר או פיצוי להשגת חילוף סביר. שתי האפשרויות כאן מדברות על פיצוי יותר משווי הנכס.

התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה

פס"ד ארידור: אנשים שמגישים תביעה לפיצויי הפקעה אחרי 40 שנה (מטעם היורשים). ביהמ"ש קובע **שחוק ההתיישנות חל על הפקעות** (7 שנים). תחילת תק' ההתיישנות- **מתחילים לספור ברגע שנולדת עילת התביעה** (לפי ס' 6). **מתי נולדת עילת התביעה?**

* חשין: **העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי** (יכולות לעבור הרבה שנים. אם הוא בכלל לא פנה עדיין- העילה עדיין לא נולדה) [קיצון לטובת הבעלים]
* גרוניס: **העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין** (בפינוי הבעלים) [קיצון לטובת הרשויות]- **זו ההלכה שהתקבלה**
* ארבל: **העילה נולדת כשהמטרה הציבורית ממומשת** [דעת ביניים]

**III. דרכי רכישת בעלות**

גיבוש זכויות קנייניות במושאי קניין שונים: מקרקעין, מיטלטלין, זכויות.

דרכי רכישת זכות קניינית

* **ירושה**
* **תפיסת חזקה** (בעיקר במיטלטלין)- נכסים שהופקרו/אבדו
* **חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה**- זיקת הנאה מכוח שנים.
* **שיפור נכסי זולת**- לפעמים עשייה, פעולה או שיפור במקרקעין/מיטלטלין של אחר יכולות להקנות לו זכות קניינית.
* **עסקה רצונית**- מכר, מתנה, שכירות, משכון וכיו"ב. זו הדרך הרגילה להעביר בעלות.

עסקה רצונית במקרקעין

**דיני החוזים חלים על כל העסקאות בקניין.** עד שלא התגבשה הזכות הקניינית, הצדדים נמצאים במערכת יחסים **חוזית**. במערכת יחסים חוזית, אין לקונה גישה בלתי אמצעית לנכס (גם לא בגלל הפרת חוזה). הנפקות של מערכת יחסים חוזית בלבד קריטית לסעדים (סעדים לפי חוה"ח) ולזכויות של צד ג'. **דרישות מיוחדות**- חלה דרישת **מסמך בכתב- במקרקעין** (חריג- שכירות פחות מ5 שנים).

רכישת זכות קניינית

* **מקרקעין**
	+ שלב חוזי/אובליגטורי: בכריתת חוזה למכירה. פס"ד בוקר: אם כל מה שיש היא התחייבות לעסקה, זו רק התחייבות חוזית לעסקה בין המוכר לקונה, **שלא משפיעה על צדדים שלישיים.** פס"ד אהרונוב: כבר מהשלב האובליגטורי של חתימת החוזה במקרקעין, יש לרוכש **זכות חוזית שהיא זכות מעין קניינית.** המשמעות: **יש להתחייבות לעסקה במקרקעין השלכות על צדדים שלישיים.**
	+ שלב קנייני: נקודת המפנה לשלב הקנייני היא **ברישום הזכות בטאבו**, עד אז- זכות מעין קניינית.
		- יש פער זמנים בין השלב החוזי לשלב הקנייני. סיבות: 1. מיסוי ואישורים- אישורים שלוקח הרבה זמן להשיג שיש להגיש לטאבו כדי לעשות רישום בטאבו. 2. מימון והסרת משכנתאות- תהליך שלוקח הרבה זמן מבחינה פרוצ' כי בדר"כ רוכשים דירה עם משכנתא.
		- **מה עושים בפער הזמנים? חותמים על ה"א.** ה"א היא לא זכות קניינית אבל משמשת נורת אזהרה לאחרים וחוסמת את האפשרות (בפועל) לעשות על המקרקעין עסקאות. המוכר רושם את הה"א על שם הקונה (בתמורה לכסף מהקונה).
		- **לא** נדרש רישום כדי לקבל זכות קניינית:
			* **זיקת הנאה מכוח שנים, זכות קדימה מכוח חוק, שכירות קצרת מועד**.
			* מקרקעין לא רשומים= כשמקרקעין לא נרשם מעולם בטאבו. כדי לרכוש זכות קניינית במקרקעין לא רשומים, לא צריכים רישום בטאבו, אלא נתייחס אליהם **כזכויות**.
* **מיטלטלין**
	+ שלב קנייני: **במסירת החפץ/אא"כ הוסכם אחרת** (ס' 33 לחוק המכר)
* **זכויות**
	+ המחאת זכויות- המחאת זכות לצד ג' (למשל, שי חייב לעידו כסף. עידו יכול להמחות את הזכות שלו בכסף לשני. שי= חייב. עידו= ממחה. שני= נמחית)
	+ שלב קנייני- **מועד כריתת החוזה= מועד העברת הבעלות. אין פער בזמנים- אא"כ הוסכם אחרת** (ס' 4 לחוק המכר). אם הוסכם אחרת (למשל ששני תיקח עוד שבוע את הכסף) יש רק זכות חוזית במועד כריתת ההסכם.
	+ **מקרקעין לא רשומים= זכות**. המשמעות- הבעלות הקניינית על מל"ר עוברת בשלב כריתת החוזה

**יא. קניית דירה מקבלן**

סיבות לקיומו של חוק נפרד לרכישת דירה מקבלן: 1. חוזה קבלן מאוד ארוך ומבלבל. 2. אומרים מה שהקונה רוצה לשמוע. 3. התייחסות מופחתת מצד הקונה להסתברות של חדל"פ הקבלן. 4. חוסר הבנה של הקונה בזכויות הלא-מוחשיות (כמו הצמדת רכוש משותף). ארבעתם פוגעים באפשרות של רוכשים לעשות מו"מ מקיף ושוויוני מול הקבלן.

**חוק המכר דירות**

על מי ומה חל חוק המכר דירות

* החוק חל על רכישת דירה. **ל"דירה" יש הגדרה מאוד רחבה שמכילה כמעט הכל**. לשים לב ש"דירה"= "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".
* **חכירה לדורות** גם נכנסת לחוק הזה (כי מכירה= גם חכירה לדורות)
* החוק **לא** חל על **בניה עצמית, מכירה יד שנייה** כשהדירה כבר רשומה, **קבוצות רכישה**

חובות ייחודיות שמוטלות על קבלנים בחוק (חוק המכר דירות)

1. חובת גילוי וחשיפת מידע- חובה על הקבלן לגלות באופן **מפורט** **ובהיר** פרטים לרוכש במפרט שיינתן **במועד עריכת החוזה** (לא הכריתה). פרטים גם על הבניין וגם על הדירה. חייב לגלות גם פעולות שעשה לפני כריתת החוזה. אם לא יפרט על דברים אלו במפרט, כל השינויים שהקבלן עשה מתבטלים והכל יתבצע לפי **התקנון המצוי.** פס"ד ברוכים: מטרת החוק להגן על הקונה בשל מעמדו הנחות ולהתגבר על הליקויים הקוג'.
2. בטוחות- חובה על הקבלן לספק **בטוחות** לרוכשים. עולות כמה שאלות: 1. האם מוצדק לכפות בטוחות על הקבלן? אולי בעייתי כי זה יכול לייקר את מחירי הדירות אבל מנגד זה מונע נזק אפשרי עצום לרוכש. 2. למה צריכים בטוחות? א. החשש שהקבלן יקרוס כלכלית. ב. בדר"כ הקרקע לא שייכת לקבלן, ולפעמים יש פגם בזכות הקניין של הבעלים האמיתיים, דבר שיכול לשמוט את הקרקע מתחת לזכויות הרוכשים.
	* הקבלן צריך לבחור אחת מ-5 הבטוחות:
		1. ערבות בנקאית
		2. ביטוח
		3. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה (הקבלן מקבל כסף ורושם משכנתא לטובת הקונה) (נדרש אישור הבעלים)
		4. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש (נדרש אישור הבעלים)
		5. רישום ה"א על הדירה או על חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית (נדרש אישור הבעלים)

בעיות בבטוחות- שעבוד ורישום של הקרקע על הרוכש לא בטוחים כי הקבלן הוא לא בעל הקרקע. לכן: לא סביר שבעל הקרקע יאפשר. גם לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו. ה"א- לא סביר שבעל הקרקע יאפשר. ערבות בנקאית וביטוח (בטוחות פיננסיות)- לא נותנות לרוכשים עדיפות במקרקעין. מטרתם להגן על הקונה מאובדן כספו. אין פיצוי על נזקים כמו טיב הבנייה.

פס"ד מטרי: ביהמ"ש אומר שתכלית חוק המכר היא להגן על הצרכנים בגלל פערי המידע והכוחות בין הצדדים. הדבר פחות נוגע ללקוחות מסחריים שיזכו להגנה פחותה. לכן, העדיפו לתת את הדירות למשפחות הפרטיות שנפגעו ולא לחברות המסחריות. **הערכים ותכלית החוק משפיעים** למרות שהעדפת הרוכש הפרטי לא עולה מלשון החוק.

תיקונים לחוק המכר (בעקבות חפציבה) 1. פרקטיקות שוברים היא הנוהגת כיום ומחייבת את הבנק לתת ערבות על כל תשלום. 2. הקבלן חייב ליידע את הקונה בכתב על הזכות לקבל ערבות/בטוחה ושהפרויקט לא מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי. 3. גם הבנק חייב ליידע את הרוכש על הזכות לקבל בטוחות ואסור לבנק להעביר את כספי ההלוואה אלא רק אם וידא שניתנה בטוחה לטובת המוכר.

**ח. הגנת הבעלות והחזקה**

קבוצת סעיפים בחק"מ שמדברים על היכולת של בעלים/מחזיק כדין את הקרקע להגן על הקרקע. בחלק מהמקרים הסכסוך מתנהל בבימ"ש ובמקרים אחרים יש אפשרות לסעד עצמי.

רציונלים לנתינת משמעות לחזקה במקרקעין, ויסמן: 1. אם נאפשר לכל גורם לטעון לזכות שלו במקרקעין הסדר הציבורי עלול להתערער. נשאלת השאלה אם האחריות לשמירה על הסדר הציבורי היא עניין למשפט פרטי. 2. יעילות בהגנה על נכסים- מהבחינה שהנכסים יתופעלו ולא ייתבלו (בלוי). וגם מהבחינה של היכולת לברר למי יש את הזכות בנכס. נשאלת השאלה אם זה עדיין רלוונטי למצב השוק הקיים בו הרבה פעמים המחזיק הוא לא הבעלים (ליסינג). 3. לקבוע על מי מוטל נטל הראיה (המוציא מחברו- עליו הראיה). 4. אם יש למישהו נכס שהוא לא מנצל, עדיף לעודד אותו להשתמש בו. נעודד בכך שניתן משמעות להחזקה בקניין.

מושגים

* בעלים- בעל זכויות קנייניות בנכס. יכול להחזיק ויכול או לא להחזיק בנכס (שהנכס יעמוד ריק)
* מחזיק- מחזיק כדין. בעל סמכות/הרשאה מהבעלים להחזיק את המקרקעין (ס' 15- מחזיק= בין אם השליטה הישירה במקרקעין בידיו ובין אם מאדם שמחזיק מטעמו)
* בעל זכות להחזיק- קיבל את ההרשאה להחזיק במקרקעין, אבל הוא לא תופס אותם בפועל
* מסיג גבול- יכול להיות גם מחזיק, אבל מחזיק שלא כדין.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| צד א' | צד ב' | ס' 16 | ס' 17 | ס' 18 |
| בעלים | **פולש** | V | V (אם מחזיק) | V (אם מחזיק) |
| מחזיק | **פולש** | לא כדין- X | כדין- V | V | לא כדין- X | כדין- V |
| בעל זכות להחזיק | **פולש** | V | X | X |
| פולש | **פולש** | X | V | X |
| פולש | **בעלים/מחזיק/בעל זכות להחזיק** | X | X | X |

סעד בבימ"ש

* ס' 16- בעלים ומחזיק כדין יכולים לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין דרך תביעה לבימ"ש
* ס' 17- מחזיק במקרקעין (גם לא כדין), יכול לדרוש ממי שאין לו זכות במקרקעין, להימנע מכל מעשה שמפריע לשימוש במקרקעין [נוגע לסדר ציבורי כי זה מאפשר גם למסיג גבול לדרוש שמי שאין לו שום זכות במקרקעין שלא יפריע למי שכרגע נמצא במקרקעין]

 סעד עצמי

רציונלים: 1. לא רוצים להפליל מענה לאופי האנושי האינסטינקטיבי. 2. אם לא נאפשר, הנכסים ייעלמו (בעיקר מיטלטלין). 3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות- כלל קנייני= א"א לבצע את הפעולה ללא הסכמת הבעלים. כלל אחריות= אחרי שהפעולה נעשתה, אפשר להטיל אחריות ולקבל פיצוי בדיעבד אבל זה לא בטל מלכתחילה. סעד עצמי מבטא כלל קנייני.

* ס' 18(א)- **לפני** הפלישה למקרקעין, המחזיק כדין רשאי להשתמש בכוח סביר למנוע את הסגת הגבול/שלילת שליטה שלא כדין. צעד מניעתי (כמו הצבת גדר). אין הגבלת זמן.
* ס' 18(ב)- אם אדם פולש למקרקעין שלא כדין, מי שמחזיק את המקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח סביר כדי להוציא אותו, תוך 30 יום מהתפיסה שלא כדין. מדובר על מצב של **אחרי** הפלישה למקרקעין. רציונל: נותנים 30 יום בעיקר בגלל הלובי החקלאי שמחזיק בהרבה קרקעות ולא נמצאים שם באופן יומיומי. פרשנות ביהמ"ש- **מצמצמת:** "המחזיק"= המחזיק עצמו חייב להיות (לא תאגידים, לא מישהו מטעם המחזיק). "30 יום"= מיום התפיסה (לא מיום הגילוי). אחרי 30 יום- פונים לביהמ"ש. "כוח סביר"= להתקשר למשטרה שתפנה את הפולש.
	+ ס' 19- אם מישהו פועל בניגוד לס' 18(ב). יכול לקרות ב-3 מצבים: 1. מפעיל הסעד העצמי לא מחזיק כדין/ללא הרשאה לפעול. 2. הפעיל כוח לא סביר. 3. לא פעל תוך 30 יום.

דינו של כזה- **עליו להחזיר את המקרקעין לפולש**. אולם, ביהמ"ש יכול עדיין לדון בזכויות של הצדדים ולקבוע מי יקבל את ההחזקה. אולם, ברגע שהפולש הגיש את התביעה לקבלת הקרקע, ביהמ"ש עדיין יכול בהליך הזה לדון בשאלת הזכויות של שניהם ובכך גם להחליט שהקרקע לא תוחזר לפולש.

מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים? (ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור)

כשמדובר במקרקעין ציבורי (שהמדינה הבעלים) יש אפשרות לסעד עצמי- של הוצאת צו פינוי. זמן: תוך חצי שנה מגילוי הפלישה ועד 36 חודשים מהתפיסה. בנוסף, לא מחייבים את המדינה להחזיק בפועל במקרקעין (רציונל לפי פס"ד שמחון: 1. זה לא דם רותח ולכן זה שימוש בצו ולא בכוח. 2. הרחבת הזמנים כשמדובר במדינה כי א"א לדרוש מהמדינה לפקח על המקרקעין בתדירות גבוהה. 3. לא מחייבים החזקה בפועל כי יש הרבה מקרקעי ציבור)

**יב. תחרות**

* בעבר- התייחסות בדיני תחרויות לכך שזכויותיהם של א' וג' מושפעות מהזכות שלהם ביחס לב' (א'- קונה ראשון, ב'- מוכר, ג'- קונה שני). מאוטנר חידש בכך שאומר שב' הוא לא גורם שאפשר לנהל מולו מערכת זכויות וחובות כי בדר"כ הוא לא בתמונה בשל בריחה, חדל"פ וכו'. נשאר רק הנכס וצדדים א' וג'. הוא מסתכל על דיני התחרויות כפתרון לבעיה בין א' לג'. **לא מערכת משפטית בין מוכר לקונה, אלא מערכת משפטית קונה וקונה.**
* דיני התחרויות מבוססים על 2 מושגים עיקריים:
	1. תו"ל
		+ תו"ל אוב'- מחילים סטנדרט אוב' של "היה צריך לדעת"
		+ תו"ל סוב'- בוחנים את ההתנהלות הספציפית של אותו אדם, האם ידע על העסקה השנייה
	2. תמורה
		+ תמורה כלשהי- האם ניתנה תמורה כלשהי בכריתת החוזה והאם מסתפקים בה, תמורה סמלית ולא מלאה על הנכס
		+ תמורה בת ערך- תמורה מלאה לערך הנכס
* מאוטנר- מציע להסתכל על תחרות קניינית **כתאונה משפטית בין א' לג'** (בלי קשר לב'), **שתוכרע מהשיקולים המוכרים של דיני הנזיקין** (מונע נזק זול, מאזן המצוקה) שיקולים בתאונות:
	1. מניעת תאונות- כללים שימנעו **מלכתחילה** תאונה. תפיסה של **צדק מתגמל**- מתגמלים את מי שפועל לפי הכללים. הטלת האחריות תהיה על מונע הנזק הזול שיכל למנוע את התאונה (גם אם לא בטוח שהוא הגורם לתאונה). מתחבר לדרישת **תו"ל**. בהטלת חובת תו"ל נחפש את מונע הנזק הזול שיכל לציית לכלל המקדים ולמנוע את התאונה. התמודדות עם תאונות שכבר קרו:
	2. מזעור עלויות התאונה

כללים **בדיעבד** למזעור עלויות תאונה ונפח דיונים לתאונות שכבר קרו. מתקשר **לצדק חלוקתי** שיתבטא **בתמורה** ובמאזן המצוקה

* 1. התנהלות מערכתית
* **השיקולים** בתחרות הם **לא רק כלכליים, ובוחנים גם:** 1. אחריות חברתית (למשל בנק שלא רשם ה"א לעומת אדם פרטי שלא רשם ה"א). 2. צדק חלוקתי. 3. תאוריית האישיות- מתן משמעות אחרת לצדדים שיש להם נגיעה אישית בנכס (אם אכפת להם מהנכס הספציפי או רק מהכסף).

סוגי תחרויות/קניין

מושאי קניין:

* מקרקעין
* מיטלטלין
* זכויות

סוגי תחרויות:

* בעל התחייבות לעסקה מול נושי המכר
* עסקאות נוגדות
* תקנת שוק

**תחרות 1- בעל התחייבות לעסקה מול נושי המכר- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות**

* מצד אחד- אדם שהתקשר עם בעל הנכס בעסקה לרכישת הנכס ועוד לא רשם את הדירה. מאותו רגע הוא הופך להיות **בעל התחייבות לעסקה**.
* מצד שני- נושה של המוכר שלמוכר יש חוב כלפיו (לא קשור לעסקה). הנושה לא רשם את החוב שלו במקרקעין- **נושה לא מובטח**. אין לו זכות קניינית, ואז הנושה יכול להטיל **עיקול** (= חסם דיוני שמנסה למנוע את העברת הנכסים שבידי המוכר החייב. הנושה לא דרש לרשום שעבוד על המקרקעין לטובת פירעון ההלוואה, אלא יודע שיש לו נכסים שעליהם הוא מטיל עיקול כדי למנוע את מכירתם. עיקול הוא **לא זכות קניינית**, אלא רק מונע מהמוכר למכור את הנכס לאחר).

[למשל שיש חוב של 100 אלף שח לבנק. התקשרתי עם אחר למכירת הדירה אך עדיין לא נרשם בטאבו ולכן הוא בעל התחייבות בלבד. אח"כ הבנק מטיל עיקול על הנכס]

מי זוכה בנכס עצמו? התפתחות:

* דיני היושר האנגלי (פשרה)- רוכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר ששילם על פני שאר הנושים [למשל שילם חצי מיליון על דירה ששווה מיליון- יקבל קדימות לחצי מהנכס וביתר הנכס הנושים יכולים לפרוע את החובות]
* חוק המקרקעין (1969)- קובע שאין תחולה לדיני היושר האנגלי, אך גם לא נותן פתרון.
* הלכת בוקר (לא בסילבוס) (1971): נקבע שבתחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל- **בעל ההתחייבות לעסקה מפסיד** את הזכויות שלו בנכס (הנושה המעקל מנצח). כשהבעלות הקניינית לא עברה מהמוכר (ואין הסדר אחר), אפשר להטיל עיקול כדי למנוע טרנסאקציה של הנכסים ולגבור על בעל ההתחייבות.
* חוק המקרקעין (1972): **בעל ההתחייבות (הרוכש) רשם ה"א- עיקולים שיוטלו לאחר הה"א לא יוכלו לפגוע בזכויות שלו** (ס' 127(ב) לחק"מ).
* פס"ד בנק מזרחי (1994): **בעל ההתחייבות רשם ה"א- הוא גובר על הנושים שיעקלו. בעל ההתחייבות לא רשם ה"א- הוא מפסיד לנושים שיעקלו שינצחו.** הלכת בוקר לא מתה אלא תוקנה כך שיש אפשרות לבעל התחייבות לנצח.
* פס"ד אהרונוב (1999): **בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר תמיד, גם אם הוא לא רשם ה"א.**
	+ ש"כ- סיבות (רציונלים): 1. הזכויות לא שוות- כי בעל ההתחייבות רוצה את הנכס הספציפי (הנושה המעקל רוצה את הכסף). נובע מתאוריית האישיות. 2. זהות הצדדים הטיפוסית- בד"כ בעל ההתחייבות לעסקה= אדם פרטי, והנושה=בנקים/גופים גדולים (שחקנים קבועים). במאזן המצוקה, הנפגע העיקרי יהיה בעל ההתחייבות.
	+ ברק וחשין- סיבה (רציונל): ייבוא עקרונות של ס' 9. לפי ס' 9 לחק"מ בעסקאות נוגדות, הראשון בזמן זוכה (מקרה של שני בעלי התחייבות). החוק הופך את הזכות של הראשון בזמן לזכות **מעין קניינית** שמאפשרת לו לגבור על השני. מייבא את הרציונל של ס' 9 לתחרות הזו.

מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה?

* ש"כ- חוזרים לדין האנגלי
* ברק וחשין (דעת רוב)- הראשון עדיין זוכה
	+ **פס"ד אהרונוב: 1. בעל ההתחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם אם לא רשם ה"א, וגם אם שילם רק חלק מהתמורה (נימוק ברק). 2. אין משמעות לרישום ה"א. זה לא יהיה נכון אם בעל ההתחייבות הוא שחקן חוזר ובעל כוח (כמו בנק- כמו בפס"ד רשף נ' יוסף- לא בסילבוס/במחברת). משחקן כזה כן נדרוש רישום ה"א כדי לגבור על נושה מעקל (נימוק ש"כ). 3. ברק מעלה את האפשרות שהפתרון הזה רלוונטי גם למיטלטלין ולזכויות.**

**תחרות 2- עסקאות נוגדות- מקרקעין**

ס' 9: "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". כלומר:

* + **הראשון** בזמן זוכה
		- חריג: **השני** בזמן זוכה אם התקיים במצטבר:
			1. **פעל בתו"ל** (כל הזמן כולל ברישום)
			2. **נתן תמורה**
			3. **עשה רישום** (עם תו"ל)
				* רישום= גם לרשום ה"א. זו דעתה של פרוקצ'יה (לא הלכה), כי זה ממלא את פונק' הפומביות.
	+ השני בזמן עדיין יכול לתבוע **חוזית** אם לא קיים במצטבר את התנאים לעיל
	+ יש לזכור שהזוכה הראשון עדיין צריך להשלים את התשלום- יש לו קדימות לדירה, אבל הוא לא מקבל אותה אוטו' (למשל אם שילם רק 5%, הוא לא יקבל את הדירה ישר בלי להשלים את התשלום)
	+ פס"ד גנז: רקע: בריטיש בעלת מקרקעין. בריטיש מוכרת לנוטריקון. נוטריקון לא רושמת את הזכות במקרקעין. נוטריקון מוכרת את הקרקע לגנז (לא רושמים ה"א). נוטריקון שוב מוכרת את הקרקע לאפק. אפק תופסת חזקה ורושמת ה"א על שמה בקרקע. המקרקעין רשומים בבעלות בריטיש.

ביהמ"ש אומר שנוטריקון יכולים להעביר זכות במקרקעין- התחייבות לעסקה (למרות שיש לה רק זכות חוזית/מעין קניינית). בנוסף, הזוכה בין גנז לאפק הוא אפק (למרות שאפק לא עשו רישום אלא רק ה"א). **נקבע שאי-רישום ה"א ע"י הראשון בזמן- יכולה להעיד על חוסר תו"ל ולהכריע לטובת השני בזמן (גם אם השני לא השלים את כל תנאי ס' 9).**

* + - **סייגים** (הראשון אמנם לא רשם ה"א אבל הוא עדיין יזכה):
	1. אין התרשלות-
		+ אי אפשר לרשום ה"א
		+ אי-הרישום מוצדק/שיקולי מדיניות: למשל העברת נכסים בין בני זוג. רישום ה"א יכול להיתפס כעלבון (חוסר אמון). לא ייחשב חוסר תו"ל אם לא רשמו ה"א.
	2. אין קש"ס לפעולת השני בזמן- חוסר הרישום לא גרם לתאונה המשפטית (למשל, שהשני לא הסתכל בכלל במרשם, ידע מראש שיש קונה ראשון, לא ירד לשטח).
	3. הרוכש הראשון התחייב למוכר שלא ירשום ה"א עד לזמן מסוים (לדעת המרצה- שיקול לא ראוי כי המוכר רוצה לגרום למצב של עסקאות נוגדות).

**[ראשון בזמן- תו"ל אוב', שני בזמן- תו"ל סוב' כמו בדיקת הרישום כולל עצימת עיניים]**

* פס"ד בנק המזרחי נ' גדי: מקרה קלאסי של **תחרות 1** (בעל התחייבות לעסקה מול נושים לא מובטחים- מקרקעין). בעל ההתחייבות לא רשם ה"א במשך 7 שנים. האם אי-רישום ה"א יביא להפסד הנכס? השאלה: לפי אהרונוב (תחרות 1)- לא. לפי גנז (תחרות 2)- כן. האם יש לעדכן את פס"ד אהרונוב לפי פס"ד גנז? לא. **הלכת אהרונוב נשארת בתוקף למרות השינוי בגנז: אי-רישום ה"א ע"י הראשון בזמן לא מקנה את הנכס למעקל (הנושה הבלתי מובטח), גם אחרי 7 שנים של אי-רישום.** אם אין תחרות בין בעל התחייבות לנושה מעקל, אין משמעות לעובדה שהוא לא רשם ה"א. סיבות- השתיים הראשונות של ש"כ באהרונוב: 1. הזכויות לא שוות- הנושה המעקל לא מסתמך על נכס ספציפי. 2. זהות הצדדים- פערי כוחות. 3. מוסד העיקול הוא לא עסקאות נוגדות.

**תחרות 3- עסקאות נוגדות- מקרקעין שאינם רשומים, מיטלטלין, זכויות**

האפשרויות המשפטיות להכרעה:

* עסקאות נוגדות במיטלטלין ובזכויות- סע' 12+13 לחוק המיטלטלין
* המחאת זכויות נוגדות- ס' 4 המחאת חיובים תקנת שוק
* פס"ד טקסטיל ריינס (לא בסילבוס): אדם (א') שמבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר (ב') לאדם שלישי (ג')- מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה.
* לזכור שמקרקעין לא רשומים= זכויות

במיטלטלין וזכויות חייבים להבין איזו זכות יש למוכר ביחס למיטלטלין/זכויות:

* + **יש לזהות לפי עמ' 14 במקוצרת:** [מיטלטלין: ס' 33 לחוק המכר- בהעברת הנכס, אא"כ נקבע אחרת. זכות: ס' 4 לחוק המכר- בכריתת החוזה אא"כ נקבע אחרת]
		- **אם אנחנו בשלב החוזי ביחס לראשון בזמן, ואז מוכרים זאת לשני שוב: אז נכנסים לעסקאות נוגדות.**
		- **אם עברנו את השלב הקנייני ביחס לראשון בזמן, ואז מוכרים זאת לשני שוב: בוודאות לא במצב של עסקה נוגדת. יכול להיות שזה מצב של תקנת שוק, אבל בוודאות לא במצב של עסקאות נוגדות.** אם המוכר מוכר משהו שאין לו עליו בעלות- לא עסקה נוגדת
* בשלב **החוזי** במיטלטלין/זכויות עם הראשון- מפעילים **ס' 12+13** **לחק"מ** שקובעים **שהראשון** בזמן גובר. **עסקאות נוגדות**.
	+ חריג: **השני** בזמן יזכה אם מקיים במצטבר:
		1. תו"ל סוב'
			- **סוב'**- שהוא באופן אישי לא ידע על העסקה הראשונה ולא עצם את עיניו
		2. תשלום ערך
			- תמורה= ביהמ"ש: ערך **ממשי** ביחס לנכס (לא 5 ₪ למשל) (או שינוי מצב לרעה- כמו מכירת הרכב שלי בגלל שהסתמכתי על קניית הרכב הזה)
		3. השלמת קניין (קבלת המיטלטלין/זכות)
			- קיבל= יש צורך בחזקה + קניין (אופן ההקניה- בהתאם לסוג הנכס). בתיהמ"ש- גישה מחמירה: במיטלטלין נדרשת גם **החזקה** בנכס (שלו/מישהו מטעמו), וגם **שהחוזה** יתמוך שהקניין עבר אליו.
* בשלב **הקנייני** בזכויות עם הראשון- **תקנת השוק**
	+ תקנת שוק בזכויות (או מקרקעין לא רשומים): אם הקונה הגיע לשלב **הקנייני** על הזכות והמוכר מוכר שוב את הזכות- זה מצב של תקנת שוק בזכויות/מקרקעין לא רשומים: תקנת שוק לפי **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**- אומר **שהראשון בזמן זוכה אא"כ הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה.** למשל- ב' מעביר את זכותו במקרקעין לא רשומים לא' והזכות הועברה קניינית. אחרי זה ב' מעביר לג' את אותה זכות, אבל הזכות כבר לא שלו. **המנצח בדוגמא: מי שמודיע לרשות מקרקעי ישראל ראשון על הזכות.**

**תחרות 4- תקנת שוק- מקרקעין**

ס' 10 לחק"מ: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים **בתמורה** ובהסתמך **בתום לב על הרישום**, יהא כוחה של זכותו יפה **אף אם הרישום לא היה נכון**"

מטרת הסעיף: לשמור על משמעות המרשם. אפשר להוציא נכס גם מהבעלים החוקיים של המקרקעין כדי לשמור על מעמדו כמרשם שאפשר לסמוך עליו ושלא ניתן לערער עליו.

* תקנת שוק= מדובר על שרשרת העברות, כשבאחד המקומות יש פגם. עוסק בשאלה אם אפשר להכשיר שרשרת אם יש חוליה פגומה בשרשרת. למשל: בעלים שנתן ייפוי כוח רחב 🡨 לעו"ד 🡨 שמכר לרוכשת א' 🡨 שמכרה לרוכש ב'.
* **תמורה= תמורה בעלת ערך**

"בהסתמך בתו"ל על הרישום"

1. **הסתמכות על הרישום דווקא (ולא על מסמכים אחרים)**
	* פס"ד מינץ: רקע: למינץ יש דירה והוא טס לחו"ל. מגיע מתחזה ומוכר את הבית בשמו של מינץ, בהצגת ת"ז מזויפת ע"ש מינץ. הרוכש בדק את המרשם לוודא שהדירה רשומה ע"ש מינץ. **נקבע שהרוכש לא יכול ליהנות מתקנת שוק כי אין טעות במרשם עצמו. התקשרות בגלל מסמכים חיצוניים למרשם לא נחשב תקנת שוק** (כמו ת"ז מזויפת).
	* במבחן: הטעות צריכה לבוא מטעות במרשם ולא מהצגות/מסמכים חיצוניים למרשם. לצייר גרף של השתלשלות העברות עם שמות, תאריכים, ומה בדיוק מופיע במרשם בכל שלב.
2. **תו"ל סוב'**
	* שלרוכש לא תהיה סיבה לחשוד לגבי הזכות של המוכר
3. **התו"ל (הסוב') צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום**
4. **מה הדין כשיש למוכר רק ה"א?**
	* כמו במקרה של מינץ- מתחזה מכר לקונה א' שמקבל בינתיים רק ה"א, ואז הוא מוכר לקונה ב'. האם קונה ב' צריך ליהנות מתקנת השוק? בפס"ד מינץ אומרים שקונה ב' **עשוי** ליהנות מתקנת השוק ב-2 תנאים:
		1. אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במצב כזה
		2. החלה כזו מחייבת "בדיקה ראויה":
			+ ברכישת נכס על בסיס ה"א, חייבים לעשות **בדיקה ביחס לעסקה המקורית.** לבדוק את טיב ההתקשרות בין מי שמוכר לך למי שמכר לו. מוחל **סטנדרט אוב' של תו"ל** (של רוכש מקרקעין סביר) לגבי הבדיקה הזו.
			+ **פריסת תשלומים**- שרוכש ב' יתנה בפני רוכש א' שהוא לא ישלם סכומים משמעותיים עד שהרישום לא יעבור על שמו של רוכש א' (שכרגע רק עם ה"א).
	* הנחזה לבעלים לא שינה את הרישום על שמו- רוכש א' לא ייהנה מתקנת שוק (לא היה פגם ברישום)
	* הנחזה לבעלים שינה את הרישום לשמו- רוכש א' ייהנה מתקנת שוק (העסקה בוצעה בשל הפגם ברישום)
* אם רוכש א' (המוכר) שינה את הרישום (שכתוב ברישום שהוא הבעלים)= רוכש ב' **ייהנה** מתקנת שוק (כי היה רכש על בסיס פגם ברישום)
* אם רוכש א' (המוכר) לא שינה את הרישום בזמן העסקה עם רוכש ב':
	+ הרישום **לא הושלם** אחרי העסקה- רוכש ב' **לא** ייהנה מתקנת השוק
	+ הרישום **הושלם** אחרי העסקה + התנאת תשלומים עד לרישום +בדיקה ראויה של עסקת היסוד- רוכש ב' **עשוי** ליהנות מתקנת השוק

**תחרות 5- תקנת שוק- מיטלטלין**

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

* מצב בו יש גורם בשרשרת ההעברה שלא היה זכאי להעביר את הנכס, ולמרות זאת, יהיו מקרים שאותו אדם בקצה השרשרת שקנה זאת, יהפוך לבעלים של הנכס. התנאים לתקנת השוק:
	1. **נמכר**- הקניית נכס תמורת **מחיר**. חייבים **תמורה אוב'** (קרובה לערך השוקי). אין הצדקה לפסול תמורה בדיעבד, כי היא לא חושפת את כוונת הצדדים (המטרה בתמורה אוב'- כדי ללמוד על התו"ל).
	2. **נכס נד**- מיטלטלין **מוחשיים** (כולל גם רכב למשל למרות שנעשה עליו רישום)
	3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**- לקנות את המיטלטלין מאדם/חנות שמתמחה במוצר (למשל לא לקנות פלאפון מחנות חיות).**לכן, מכירה מיד 2 או מאדם פרטי לא נהנית מתקנת שוק.** גישות: 1. זמיר- תנאי אוב' שמסייע בבדיקת תו"ל הקונה. 2. דגן- המטרה היא לתמרץ את הסוחרים לבדוק את מקור הסחורה שלהם.
	4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו**- למשל, לא שהמוכר מציע להיפגש במקום אחר כדי לעשות את העסקה. נועד לוודא תו"ל של הקונה כי זה אמור להדליק לו נורה אדומה. תשלום במזומן/עסקאות בלי מע"מ למשל לא בטוח יעוררו חשד לגבי הנכס עצמו. לדעת המרצה- כנראה שזה יבטל עדיין את תקנת השוק.
	5. **שהקונה קנה וקיבל**- נקפיד על שניהם: 1. קנה= העברת הבעלות, הזכות הקניינית הושלמה במסירה (אא"כ יש תנאי). 2. קיבל= קבלת ההחזקה בפועל (או שמטעמו יקבלו). מטרה- לוודא שהקונה פועל בתו"ל שהנכס יהיה אצלו.
	6. **תו"ל**- שיתקיים בכל ההליך. תו"ל סוב'- נדרש שלא ידע בפועל/עצם עיניים לדברים חשודים, בנסיבות אותו מקרה. פס"ד רונזשטרייך: התו"ל לא נפגע אם לא בודקים מרשמים שהם לא חלק מהעסקה.
* פס"ד כנען: העובדות הבעייתיות מייצרות משפט גרוע ונקודתי- בגלל ההיבט הפוליטי והייחודי. הבעיה העיקרית היא בין מה שהרוכשת בתו"ל חשבה שקנתה למה ששוויו באמת. ביהמ"ש מציג 2 מסלולים להחזקת התמונה לארה"ב:
	1. מסלול פנימי- **אי-עמידה בתנאי תקנת השוק**. מפקיע את התמונה מידיה כי היא לא עומדת בתנאי תקנת השוקה (תנאי 1 ותנאי 3). ביהמ"ש מחיל את **מאזן המצוקה** ואומר שבודקים את סוג הנכס והתמורה שלו כי ממשלת ארה"ב במצוקה יותר גדולה ולכן לא נרצה להחיל תקנת שוק. אבל יש כשל של בדיקה בדיעבד.
	2. מסלול חיצוני- **אין הצדקה ל"מתנות משמים"** (דרך דיני חוזים). **רוצים להגן על תקנת השוק בפגם בשרשרת ולא במתנות משמיים.** דרך א': טעות משותפת (חוזים) + עשיית עושר. בטעות משותפת העסקה ניתנת לביטול. אין לצדדים אינטרס לבטל אז ביהמ"ש מוסיף עשיית עושר כדי לחייב אותה להחזיר את התמונה. חיסרון- רלוונטי רק למקרים של טעות משותפת. דרך ב': החלת תו"ל אוב'. ברק אומר שאדם סביר לא היה מתעקש.

כלומר, **במקרה בו יש טעות כ"כ מהותית בהבנת טיב ומהות הנכס, לא נחיל את תקנת השוק**.

* מכוניות- הקונה מאדם פרטי לא מוגן ע"י תקנת שוק. הפתרון: להעביר את הבעלות בתשלום. כיום בהעברת בעלות על רכב חייבים לבדוק שעבודים.
	+ **שלבים: 1. לבדוק אם אלו טעויות כמו פס"ד כנען (טעויות של שווי ממכר). 2. אם כן- לזכור שביהמ"ש בודק את תנאי תקנת השוק לפי טיב ושווי הנכס בדיעבד. 3. אם זו לא טעות אלא תקנת שוק רגילה, בודקים את כל התנאים. 4. לזכור שהסטנדרט לא רק "ידע בפועל" אלא גם "עצם עיניים" (לתו"ל). 5. לזכור שתקנת השוק לא רלוונטית למכירה מאנשים פרטיים.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | מקרקעין רשומים | מיטלטלין | זכויות/מקרקעין לא רשומים |
| בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל/לא מובטח | אהרונוב \*לאחר רשף נ' יוסף, הלכת אהרונוב נשארה למעט **במקרה בו מדובר בבנק או בעל התחייבות לעסקה מוסדי**עמ' 18 | אהרונובעמ' 18 | אהרונובעמ' 18 |
| עסקאות נוגדות:בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה | ס' 9 לחוק המקרקעין + פס"ד גנז (ה"א וסייגים)עמ' 19 | ס' 12 לחוק המיטלטליןעמ' 20 | ס' 12+13 לחק"מעמ' 20 |
| תקנת שוק:בעלים מקורי מול רוכש בתום לב | ס' 10 לחוק המקרקעין. פס"ד מינץעמ' 21 | ס' 34 לחוק המכרעמ' 22 | ס' 4 לחוק המחאת חיוביםעמ' 20 |

**תחרות ומתנה (חוק המתנה)**

* + מתנה= הקניית נכס שלא בתמורה (תמורה- יכול להיות כסף, שירות וכו')
	+ מתנה יכולה להיות כל דבר- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות
	+ עסקת המתנה נגמרת בהקניית הנכס בהסכמה של שני הצדדים
	+ חזקה- שהמקבל מסכים אא"כ אמר אחרת. החזקה ניתנת להפרכה כשהמתנה מותנית (כמו תפעול נכסים, תשלום מיסים וכו'). **גיבוש הזכות הקניינית:** במיטלטלין וזכויות- בהקניית דבר למקבל תוך הסכמה שזו מתנה. במקרקעין- הזכות הקניינית מתגבשת רק ברישום. כל זמן שאין רישום מדובר בהתחייבות לעסקת מתנה
	+ עסקת מתנה במקרקעין היא **עסקה לכל דבר**- לכן למשל מתנה יכולה להיות בעסקאות נוגדות
	+ מתנה יכולה להיות על תנאי או שמטילה חובות על המקבל לעשות מעשה (או להימנע ממנו)
	+ ס' 5- התחייבות לתת מתנה:"(א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה **מסמך בכתב**. (ב) כל עוד מקבל המתנה **לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות**, **רשאי הנותן לחזור בו ממנה**, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו. (ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן".

**מצב בעייתי לדיני תחרויות כי זה מאפשר הברחת נכסים** או עסקאות סיבוביות ע"י הבעלים.

* + ס' 6- דרכי ההקניה: "בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל **במסירת הדבר לידו**, **או במסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו**, **ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת** הנותן למקבל על המתנה; **והכל כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון**". במקרקעין יש הוראות מיוחדות (ברישום) ולכן במקרקעין המתנה נגמרת ברישום.
	+ ההשלכות המרכזיות:
		1. עסקה ללא תמורה- משליך על דרישת התמורה **בעסקאות נוגדות במקרקעין** כי כדי שהשני בזמן יזכה הוא צריך לתת **תמורה**. ללא תמורה, האם בעל התחייבות שני בזמן בעסקת מקרקעין יכול לזכות?
			- דנציגר: בתחרות בין עסקת מכר לעסקת מתנה, כשעסקת המתנה שנייה בזמן, הסיכויים של השני לקבל את המתנה קלושים. הסיבה- **מאזן המצוקה** כי המצוקה של מקבל המתנה קטנה יותר
			- ביקורת על דנציגר:
				1. מאזן המצוקה יכול עדיין לפעול לטובת מקבל המתנה אם העסקת המכר מדובר בסכום זניח
				2. מעקר את גנז מתוכן בכל הקשור לתו"ל אוב' של הראשון בזמן- אם הראשון בזמן לא רשם ה"א זה יכול להעיד על חוסר תו"ל ולהכריע לטובת השני, בעל ההתחייבות למתנה (השני)
	+ במקרה של עסקת מתנה במקרקעין שמובילה לעסקאות נוגדות במקרקעין (פס"ד סולימאן- לא בסילבוס):
		- אם בעל ההתחייבות למתנה הוא ראשון בזמן- עדיין חייב לרשום ה"א במקרקעין
		- אם בעל ההתחייבות למתנה הוא שני בזמן- הראשון בזמן לא חייב לרשום ה"א לפי פס"ד גנז. השני בזמן צריך להוכיח ששינה את מצבו לרעה בהסתמך בתו"ל על המרשם, ולא מספיק ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה בלתי הדירה (השני בזמן חייב למלא את כל תנאי ס' 9- תו"ל ורישום + הסתמכות לרעה משמעותית על המרשם ועל המתנה שקיבל).
		1. עסקה שאפשר לחזור ממנה- משליך על ההסתמכות של מקבל המתנה על הנכס. בעייתי בתחרות מול נושים אחרים/צדדים שלישיים.
* האם נכון להחיל את **הלכת אהרונוב גם על עסקת מתנה** כך שבעל התחייבות למתנה גובר תמיד על נושים מעקלים, **גם אם לא רשם ה"א?** או שנרצה להחיל דין שונה על התחייבות לעסקת מתנה שלא נרשמה עליה ה"א כי יש אפשרות לחזור מעסקת המתנה? **לכאורה, אין סיבה לחרוג מהלכת אהרונוב:** הרציונלים של פס"ד אהרונוב לפי ש"כ:
	+ הזכויות לא שוות בין בעל התחייבות לנושה מעקל (זכות בעל התחייבות לעסקה- מהותית. זכות הנושה- דיונית בלבד). נכון לשני המקרים.
	+ הסתמכות הנושה כללית לפירעון החוב, לעומת הסתמכות ספציפית של בעל התחייבות לעסקה שהיא ספציפית ביחס לנכס המסוים. נכון לשני המקרים, אם כי הסתמכות של בעל התחייבות למתנה חלשה יותר מהסתמכות בעל התחייבות לעסקה בתמורה (כי נותן המתנה יכול לחזור בו).
	+ אף אחד לא מבטיח לנושה לא מובטח שנכסי החייב יישארו במצבם בעת יצירת החוב. נכון לשני המקרים.
* פס"ד לניאדו (לא בסילבוס): נסיבות: המנוחה ואחרים במשפחה ערבו לחובות של חברת התכשיטים המשפחתית שלהם למשיבה (הולנד ישראל בע"מ). בזמן החתימה על ההתחייבות לתת דירות, החברה המשפחתית הייתה במצב כספי קשה. המנוחה נתנה את הזכויות בדירה לאנשים במשפחה שלא היו ערבים. כך, המנוחה נמנעה לכאורה מלכלול במקבלי המתנה את הערבים. בנוסף, אף אחד לא הביא את חתימת מסמכי המתנה לידיעת הולנד ישראל בע"מ. בנוסף, אף אחד מהם לא טרח לרשום ה"א.

**אלון קובע שבעל התחייבות לעסקת מתנה לא גובר על נושה מאוחר יותר אם לא נרשמה ה"א לטובת בעל ההתחייבות לעסקת מתנה**. הסיבה- הנושים יזכו בנכס היא כדי למנוע הברחת נכסים דרך עסקאות מתנה. חריג- עמידה בתנאים חלופיים (כך שבעל התחייבות לעסקת מתנה שלא רשם ה"א יגבור על נושה מעקל מאוחר בזמן):

* 1. כשהנסיבות ייראו שמדובר במתנה אמיתית- יש להראות שלא מדובר בתכסיס של הבעלים להברחת נכסים- נסיבות שמראות שנותן המתנה לא היה במצוקה כלכלית בזמן נתינת המתנה. אם זו מתנה אמיתית, ניתן קדימות לבעל ההתחייבות לעסקת המתנה על פני הנושה המעקל.
	2. כשבעל ההתחייבות לעסקת המתנה שינה את מצבו לרעה מבחינה כלכלית- למשל שבעל ההתחייבות לעסקת המתנה מכר את הדירה שלו כי הוא באמת מצפה להשאיר את דירת המתנה בידיו.
	3. כשהחזרה מהמתנה לא אפשרית- דרך ויתור בכתב/ייפוי כוח
	4. כשהנושה המעקל ידע על המתנה (חוסר תו"ל)- אם ידע ורק אז הטיל עיקול על הנכס, נראה בזה חוסר תו"ל של המעקל והוא יפסיד.

**V. זכויות בנכסי הזולת**

**טז. זיקות הנאה (לימוד עצמי)**

**זיקת הנאה**

זכות מנויה במקרקעין ומחייבת כלפי כולם. ס' 5: "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם".

* יסוד שלילי/חיובי
	+ יסוד חיובי- בעל המקרקעין חייב לתת לזכאי ליהנות מהקרקע שלו.
	+ יסוד שלילי- לנהנה **אין זכות חזקה** בנכס אלא רק יכול לעבור שם. גם **אין זכות שימוש ייחודית**. עוד אנשים יכולים לעבור בשטח.
* זיקת הנאה היא חריג לס' 13 (כלל האחדות- שאומר שאין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין). ס' 93(ג): "על אף האמור בסעיף 13 **יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסויים במקרקעין**"
* **יש זיקת הנאה גם אם היא לא רשומה**- (אבל עדיף לרשום אצל רשם המקרקעין שתהיה ראיה)

דרכים ליצירת זיקת הנאה: 1. מכוח הסכם- הסכם שאיש 1 מסכים לאיש 2 לעבור במקרקעין שלו. 2. מכוח הדין- צוואה, פס"ד או מעשה מנהלי (קיבוץ החותרים- ייתכן שמעשה מנהלי לאורך שנים יוצר זיקת הנאה) 3. מחמת כורח- כורח פיזי שמחייב את הענקת זיקת ההנאה, כי אין גישה מלבד הדרך הזו. 4. מכוח שנים- ס' 94: אדם שהשתמש בנכס מעל 30 שנים (פירוט בהמשך)

זכאים לזיקת הנאה (ס' 92): 1. לטובת אדם- אדם מסוים. 2. לטובת סוג בני אדם- כמו דיירי בניין מסוים. 3. לטובת הציבור- אוכ' מסויימת, כמו תלמידים. 4. לטובת מקרקעין- למשל לתת זיקת הנאה לחלקה סמוכה כדי שהנחל יוכל להגיע גם אליו

תוכן הזיקה [טרמינולוגיה: מקרקעין זכאים= הנהנים מהזכות. מקרקעין כפופים= בעל המקרקעין אצלו עוברים. המקרקעין זכאים- לכן כל מי שיבוא בנעלי הבעלים גם כפוף להסכם, כי המקרקעין זכאים, לא האדם עצמו].

זיקת הנאה יכולה לקבוע (ס' 93):1. **זכאות** לשימוש מסוים של בעל מקרקעין הזכאים או לזכאי- שימוש למשהו מסוים. 2. **הימנעות** מביצוע פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים- לקבוע למשל בזיקת הנאה שבעל המקרקעין יימנע מפעולה מסוימת. 3. **חובה** לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים. 4. או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים.

זיקת הנאה במקרקעין- חלוקה ואיחוד- 1. בפיצול מקרקעין וחלוקתם- פיצול המקרקעין לא פוגע בזיקת ההנאה.זיקת ההנאה תמשיך להתקיים באותו חלק של המקרקעין בו הייתה זיקת ההנאה (ס' 97). 2. בעלים אחד לכמה חלקות- (א). בעל החלקה רשאי לשעבד חלקה אחת לטובת השנייה בזיקת הנאה – למשל אם אני משכירה למשל 2 חלקות ל-2 אנשים, הבעלים עדיין יכול לתת זיקת הנאה של חלקה אחת כלפי השנייה. (ב). אם החלקה הזכאית והחלקה הכפופה עברו לבעלות אדם אחד- לא מבטלים את הזיקה. (ג). אם החלקה הזכאית והחלקה הכפופה אוחדו לקרקע אחת- הזיקה בטלה. אי אפשר להכפיף דבר לעצמו (נראלי שהזכאי קונה את הקרקע הכפופה)

**זיקת הנאה מכוח שנים**

**תנאים לקבל זיקת הנאה מכוח שנים: לפי ס' 94 + פס"ד בן חורין:**

1. טיב הזכות- אחד מ-4 התכנים לעיל
2. טיב השימוש- (פס"ד בן חורין)
	1. שימוש **שנוגד** לזכות הבעלים במקרקעין הכפופים
	2. שימוש **גלוי וחשוף** במקרקעין כך שבעל המקרקעין יכול לראות את השימוש
	3. לא חייב שהשכן ידע בפועל, אלא **מספיק שיכל לדעת בלי להשקיע מאמץ**
	4. שימוש שמקורו **לא בזכות חוזית/זכות אחרת** שניתנה ע"י השכן
3. תקופת שימוש של 30 שנים רצופות- תקופת התיישנות (הובהר בפס"ד בן חורין)
	1. גם **שימוש לסירוגין** עשוי להביא לגיבוש זיקת ההנאה
	2. השימוש **לא חייב להיות ע"י אותו אדם** (יכול להיות היורשים שלו, אלו שנכנסו לנעליו)
* לשים לב **לביטול** תקופת ההתיישנות, ס' 94(ב): שבעל המקרקעין נותן **הודעה בכתב** (או לאור פרשנות תכליתית- בע"פ), על כך שהוא **מתנגד לשימוש** (הודעה למשתמש/לציבור).

**סיכום- לזיקת הנאה מכוח שנים יש להוכיח במצטבר:**

1. זיקת הנאה לפי ס' 5
2. טיב השימוש לאור תנאי פס"ד בן חורין
3. תקופת שימוש של 30 שנה

תקופת הזיקה (ס' 96)- **תקופה בלתי מוגבלת, אלא אם נקבע אחרת בהסכם.** אולם, ביהמ"ש יכול לבקשת צד/יועמ"ש לבטל את זיקת ההנאה, בשל אחת מהסיבות: 1. אי-הפעלת הזיקה (חוסר שימוש). 2. שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה (למשל נסלל כביש). 3. שינוי שחל במצב המקרקעין (למשל שהוחלט לבנות שם בניין)

העברת זיקה הנאה (ס' 94)- **אי-אפשר להעביר** זיקת הנאה של אדם לטובת אחר, אלא רק בהסכמת בעלי המקרקעין.

זיקה הנאה במקרקעי ציבור (ס' 113)- **אי-אפשר לתבוע זיקת הנאה בקרקע ציבורית.**

**זכות קדימה (ס' 99-106)**

* אם בעל הקרקע ירצה למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה. זכות שבעל מקרקעין נותן לאחר. זכות סירוב ראשונה.
* **זכות הקדימה חייבת להירשם כדי להיות זכות קניינית** (זכות קדימה מכוח חוק לא חייבת)
* ההצעה לבעל זכות הקדימה חייבת להיות **באותם תנאים** (שיוצעו לאחרים אם יסרב)
* זכות קדימה **חלה על בעלות וחכירה לדורות**. הזכות **לא** חלה בהעברה ללא תמורה- אך במקרה כזה היא חלה על מקבל הנכס במתנה (כלומר, רוצה להעביר במתנה לאחותי דירה- אני לא חייבת להציע במתנה לבעל זכות הקדימה. אבל אם אחותי קיבלה ממני במתנה ורוצה למכור- אותו אדם עדיין נשאר עם זכותה הקדימה)

סוגי זכות קדימה: 1. מכוח הסכם (ס' 99(א))- זכות קדימה מכוח הסכם חייבים לרשום במרשם המקרקעין כדי להפוך לזכות קניינית. 2. מכוח חוק: א. זכות קדימה בין יורשים (ס' 100(ב), ס' 113 לחוק הירושה)- (א). זכות קדימה של יורשים על פני זרים. (ב). זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים. ב. זכות קדימה בין בני זוג (ס' 101)- (א). משק חקלאי. (ב). בית עסק שלהם. (ג). דירת המגורים.

**יח. רישיון (בר רשות)**

רישיון (בר רשות) במקרקעין

* בר רשות במקרקעין= בעל רשות **להשתמש במקרקעין שלא לפי אחת מ-5 הדרכים** המנויות בחק"מ (בעלות, שכירות ושאילה, זיקת הנאה, משכנתא, זכות קדימה)
* **זו לא זכות קניינית** (ה-5 לעיל כן קנייניות, והן כן מחייבות צדדים שלישיים)
* זכויות בר הרשות **לא מוסדרות בחקיקה** אלא רק בפסיקה. בפסיקה קוראים לבטל את רישיון בר הרשות
* פס"ד נחום: "רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה: יש רשות ואין בה תמורה, ואי אפשר לבטלה, ויש רשות ויש בה תמורה, ומותר לבטלה". רשות מכללא נלמדת בדיעבד משתיקתו ואי-מחאתו של בעל המקרקעין.
	+ **כלומר, רישיון מכללא יכול להיות טענת הגנה כלפי משיג גבול במקרקעין** (להגיד שבעל המקרקעין ידע ושתק)

לרישיון במקרקעין יש 4 מאפיינים:

* אופן הענקת הרישיון
	1. רישיון מפורש- **הסכם** שחתמתי עם אחר. כשאדם נותן לשני הסכם להשתמש/להחזיק במקרקעין- זכות שימוש חוזית שמגדירה את גדרי זכות השימוש
	2. רישיון מכללא- התנהגות (לא מחוזה/הנחיה). **שתיקה ואי מחאה (הסכמה מכללא)**. כשאדם יודע שאחר נכנס לנכס שלו אבל הוא לא מוחה. משתמע מההתנהגות
* התמורה עבור הרישיון
	1. רישיון שניתן בתמורה
	2. רישיון שניתן ללא תמורה- "רישיון חינם"

הגנה על הרישיון

* **אין כלל אחיד של התאמה בין העובדה שהרישיון נרכש עם/בלי תמורה לבין היכולת לבטל את הרישיון.** כל רישיון ייבחן לפי **הנסיבות הספציפיות שלו** כדי לבדוק אם אפשר לבטל את הרישיון (לכאורה אפשר היה לחשוב שאם ניתן ללא תמורה, בעל הקרקע יכול לבטלו בכל עת ושרישיון שניתן עם תמורה הוא בלתי הדיר)
* השיקולים שביהמ"ש יבחן אם להגן על רישיון הרשות של אדם:
	+ היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין- ככל שהשקיע יותר כסף כך יותר נגן על הרישיון
	+ הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין- למשל אם בעל המקרקעין הבטיח לו שהוא יכול להשתקע שם. פס"ד ציזיק: רקע: הבת השקיעה במבנה משאבים רבים אחרי שהאב הבטיח לה שהוא מעניק לה מבנה לגור בו עם בעלה. האב נפטר והיורשים טענו שהנכס צריך להתחלק ביניהם. **ביהמ"ש קבע שיש לה רישיון בלתי הדיר** להחזיק ולהשתמש במקרקעין למרות שהבעלות לא עברה אליה. מדברים על ההבטחה שניתנה לה שיצרה ציפייה לגיטימית, למרות שזו הבטחה ללא תמורה. **ההצדקה העיקרית היא הציפייה וההסתמכות ולכן זו זכות בלתי הדירה.**
		- זכות השימוש מותנית **בקש"ס** בין הציפייה שיצר בעל המקרקעין (יכול להיות גם אם לא הייתה מחאה) לבין השינוי לרעה במצב המחזיק. אם בעל המקרקעין ינסה להתנער מההבטחה/למצג שיצר וזה יהיה בלתי צודק, ביהמ"ש יכול לקבוע שיש **זכות בלתי הדירה מכוח השתק.**
	+ משך הזמן שבעל הרישיון מחזיק ברישיון- ככל שיותר זמן כך יותר נגן על הרישיון.
	+ התמורה- אם ניתנה תמורה עבור הרישיון. לא בעל משקל מכריע, אבל פקטור ששוקלים.
* מדובר **בזכות אישית** של בעל הרישיון כלפי בעל המקרקעין. לכן:
	+ זו **לא זכות קניינית**
	+ **אי אפשר להעביר** את הזכות (רק בהסכמת בעל המקרקעין)
	+ הרישיון **פוקע בהעברת בעלות** במקרקעין לאדם אחר
* **זכות שימוש מכללא לא ניתנת לביטול בכל עת** ע"י הודעת בעל המקרקעין שהוא לא מרשה והגשת תביעה לסילוק יד. ביטול זכות השימוש במקרקעין כפופה **לעקרונות של צדק בהתחשב בציפייה הסבירה שנטע בעל המקרקעין ובהסתמכות של המשתמש בציפייה.** אם ההצדקה העיקרית נובעת מעקרון הציפיות, ייתכן וזו זכות שימוש שאינה ניתנת לביטול (כמו בפס"ד ציזיק)

סעדים- איך אפשר לבטל רישיון?

1. **הודעה מוקדמת סבירה והולמת** בהתייחס לנסיבות ולציפייה שנוצרה (למשל, לא התראה של יום למתגורר זמן רב)
2. **ביטול הרישיון ללא פיצוי** באופן מיידי וללא הודעה מוקדמת
3. **התניית ביטול זכות השימוש בתשלום פיצוי כספי בגין השבחת הנכס** למשל כשהוא גר הרבה זמן ושיפץ אותו. פס"ד עבד אל סלאם נ' לידאי (לא בסילבוס): גובה הפיצוי יהיה רק בגין ההשקעות בנכס ובגין השבחתו.
4. במקרים קיצוניים- **הרישיון בלתי הדיר, לא ניתן לביטול**

זכות שימוש במקרקעין ציבור

פס"ד היפר: בפלישה למקרקעי ציבור **אין** הצדקה להכיר ברישיון מכללא. רק בנסיבות חריגות ונדירות מאוד יכירו בזכות מכללא. (רציונל) סיבות: 1. אינטרס הציבור- לא רוצים שיפלשו לשטח ציבורי. 2. קושי בפיקוח כי יש הרבה. 3. לא תמיד הטיפול בפלישות יעיל.

**יט. בטוחות**

משכון נוסף

ס' 6 לחוק המשכון: "בהיעדר התנאה בין החייב והנושה הראשון- ניתן לרשום משכון נוסף".

למשל, שעבוד של חצי מיליון לטובת נושה א', על נכס ששווה מיליון. לפי ס' 6 החייב יכול לשעבד שוב את הנכס (יש חצי מיליון פנויים), לנושה ב'. שני הנושים הם בעלי שעבוד על אותו נכס- כל אחד לפי שווי השעבוד שלו.

* חייב שמשכן אחד מנכסיו, ורוצה **לשעבד שוב** את אותו נכס, **יכול** גם בלי לבקש אישור מבעל השעבוד הראשון. תנאים:
	1. **אי אפשר** לעשות משכון נוסף על אותו נכס אם יש **התניה** בין החייב והנושה הראשון שלא מאפשרת זאת
		+ משכון שני **בניגוד** לתניה: גישות- 1. ויסמן: עצם ההגבלה שוללת את היכולת למשכן שוב. המשכון יהיה בטל מעיקרו והנושה השני הופך ללא מובטח. 2. גרוסקופף, זלצמן, לרנר: כל עוד הראשון נפרע במלואו, אין סיבה לא לאפשר גם לשני להיפרע. כנראה שעמדה זו תתקבל.
	2. **קדימות לנושה א'**. בעל השעבוד השני בזמן יכול לגבות רק אחרי שהראשון גבה את החוב שלו
* למה שהנושה השני יסכים לכך? 1. כששווי הנכס עולה בהרבה על גובה הנכס. 2. כשמועד פירעון החיוב הראשון קרוב והסבירות שייפרע גבוה. 3. נושה ב' מקבל ריביות על הסיכון. 4. כשהוא מעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח, למרות הסיכון.
* פס"ד שטיינמנץ: רקע: קונה הדירה מלווה כסף מהבנק כדי לקנות את הדירה. הבנק העביר את הכסף ישירות למוכר. הקונה משכן לבנק את הזכויות החוזיות שלו. הקונה מפסיק לשלם והמוכר מבטל את החוזה בשל הפרה יסודית. האם הבנק יכול לדרוש מימוש של הנכס (של הקרקע) או שיש לו רק זכויות חוזיות? **ביהמ"ש קובע שהנכס הממושכן הוא רק הזכויות החוזיות** ולכן יכול לפעול באחת משתי דרכים: 1. לפנות להוצל"פ/לביהמ"ש ולמכור את הזכויות החוזיות לאדם אחר- בפועל לא ישים כי החוזה בוטל והזכויות החוזיות לא שוות כלום. 2. ס' 20 לחוק המשכון מאפשר לבנק להיכנס לנעלי הקונה וכך יכולים להמשיך במימוש העסקה.

**ה"א**- ה"א היא לא זכות קניינית מבחינה טכנית. היא באה להזהיר מפני עסקה בנכס, אך היא לא מונעת רישום מקרקעין. בפועל, בלשכת הרישום לא יעבירו בעלות בנכס שיש לו ה"א. יש לה"א משמעות גדולה בדיני תחרות- אם מי שקנה קודם את הנכס היה יכול לרשום ה"א ולא רשם, הוא עלול להפסיד בתחרות בחלק מהמקרים.

אם הממשלה רוצה להפקיע, זה יהיה בד"כ פקודת הקרקעות. אם רשות מקומית רוצה להפקיע זה יכול להיות או חוק התכנון והבניה או פקודת הקרקעות (הרשות מבקשת מהשר להפקיע עבורה).