

הזכות הקניינית

חויי כבוד האדם וחירותו, ס' 3: אין פוגעים בקניינו של אדם.

← **מדוע יש להכניס קניין לזכות יסוד בסיסית בחו"י?** משום שבעלות על קניין נותנת חירות (שהיא חלק מכבוד האדם). סייג: החוג לא מגן על מי שאין לו קניין רק נגד פגיעה במי שיש לו.

זו לא זכות טבעית, אלא יצירת החברה. נקבע את היקף ההגנה באמצעות איזונים בין הזכות לבין צרכי החברה.

הגבלת הזכות הקניינית:

1. **חוק הפטנטים** - פטנט = זכות קניינית המגינה מפני שימוש או פגיעה באמצאה של בעל הפטנט ובהכנסות ממנה. זכות קניינית חזקה לכן לא פשוט לקבל פטנט. ומשום כך נקבעו לה סייגים: (1) מוגבלת בזמן (20 שנה) (2) רישיון כפייה - במידה שהבעלים לא משתמש בפטנט לטובת הציבור, מאפשר לאחר להשתמש בו.
2. **הלכת השיתוף** - בימ"ש קבע שהדירה שייכת לשני בני הזוג גם אם רשומה על שם אחד מהם (במקום רק לגבר שמעולם לא היה הבעלים של הכל).
3. **סייגים בחוק זכויות יוצרים** - הצדקים, כמו שימוש הוגן. כלומר, מלכתחילה אין זכות קניינית או פגיעה משום שלאחר היה הצדק להשתמש או לפגוע בה.

תיאוריות קניין

- **תיאוריה קלאסית: in personam** - זכות אישית. הזכות הקניינית היא זכות מול חפץ (בשונה מדיני החוזים שם הזכות היא מול אדם אחר - שונה במהות). החפץ חב לי חובות. תיאוריה בעייתית.
- **תיאוריה פרסונלית:** זכות קניין היא זכות כלפי כל האנשים בעולם על החפץ הזה. (ולכן המהות הפעם זהה לדיני חוזים) השוני הוא בכמות - כריתת חוזה אוטומטי עם כל האנשים בעולם.
- **תיאוריה קלאסית - מודרנית: in rem** - זכות כלפי כל העולם. החוזה משולש: בין אדם לחפץ לאנשי העולם. זכות קניינית - ישנה זיקה בלתי אמצעית לנכס, כלומר ניתן להפיק תועלת בישירות ממנו, תועלת הניתנת להערכה כספית. (בשונה מזכות אישית, כמו בחוזים, שם הזכות היא לא ישירה כלפי הנכס אלא ניתן להפיק תועלת ממנו רק באמצעות זכויות כלפי מתקשרים אחרים בחוזה). הנפקות: למשל, הסעדים ינתנו כלפי החפץ ולא כלפי המתקשרים.

תפיסות קניין

- **זכות קניינית כמכלול (בלקסטון)** - כוללת את כל הזכויות הקנייניות, ובכל מצב לכל זכות בתוכה יש היקף שונה. מבסס את זכות הקניין על חירות הבעלים. ולכן כל פגיעה והשפעה שמונעת ממני לעשות משהו בנכס שלי ללא הסכמתי, מהווה פגיעה בזכות לקניין.
- זכות קניינית כאגד פריק של זכויות (הופלד) - לזכות קניינית אין משמעות אחידה. יכולה להיות תרכובת שונה של זכויות שונות. (למשל לבעלים של נכס יכולה להיות זכות ניהול אבל לא זכות שימוש בפועל).

מישור תורת המשפט

- **תפיסות קניין פורמליסטיות:** מבוססות תבניות, חוקים שיגדירו מה הכלל ואיך מבצעים אותו. כל הנדרש זה ליישם את הכללים הללו. דוג' הלכתה שיתוף. **תתרונות:** תשובה אחת, צפיות וודאות, אחידות. **חסרונות:** חקיקה היא מקובעת, קשה לשינוי מול מציאות משתנה, לפעמים תוצאה לא צודקת.

- **תפיסות קניין ריאליסטיות:** בהחלה מכנית תיתכן לתוצאה לא צודקת. יש להחיל את הכלל ולהתאימו למציאות העובדתית. **יתרונות:** תוצאה צודקת. **חסרונות:** חוסר ודאות- ובזכויות קניין נדרשת יציבות. ***** היום ביהמ"ש בישראל מאמץ גישה יותר ריאליסטית מאשר בעבר.**

מישור התחולה

- **תפיסות קניין מוניסטיות- מוניזם- יחידנות.** תפיסות המובססות על ערך חברתי אחד.
- **תפיסות קניין פלורליסטיות- מאזנת בין ערכים חברתיים שונים. *** זו הגישה של ביהמ"ש בישראל שמאזן בין ערכים שונים כדי להבין האם יש זכות קניינית ומה היקפה.**

מישור נורמטיבי

- **תפיסות קניין ליברטריאליות- מקדשות את ערך החירות כערך היחיד עליו מבוסס קניין.** תפקיד המדינה להיות "שומר הלילה"- לגבות כסף רק למטרות סדר ובטחון, והיחיד צריך להיות משוחרר ממנה כמה שיותר. **חסרון:** (1) זה קיצוני, כמעט כל פעולה תפגע בחירות שלי בקניין שלי (2) מייחסים לשיטה זו הרבה אנשים קיצוניים ואנרכיסטיים.
- **תפיסות קניין ליבראליות- יש מקום לערך החירות של הבעלים אבל לא ערך בלעדי, ישנם ערכים נוספים ביניהם יש לאזן.**

ביקורת

ביקורת על התפיסה הליברטריאנית של בלאקסטון:

1. **תיאורטית- הוא מתאר מצב שלא קיים- דיני הקניין תמיד כפופים לעוד ערכים חוץ מחירות לכן בעל הקניין לא באמת יכול לעשות מה שרוצה בשל החירות**
2. **דיסקורסיבית- זו תפיסה אבסולוטית שלא מאפשרת לנהל שיח וזה לא מציאותי בעולם משפטי מורכב.**

ביקורת על התפיסה ההופלדיאנית

1. **אד הוקיזם- לפי הופלנד אין משמעות אחידה לזכות הקניין וזה מחייב את בימ"ש לבחון את הנסיבות ולקבל את החלטות כל מקרה לגופו, מה שמקשה על יצירת תקדימים וצפיות הלאה.**
2. **פריקות יתר של הזכות- יכולה לייתר את הזכות לקניין. משום שאין מכנה משותף לזכויות, אין סיבה שנגדיר את הזכות לקניין, תתבטל מערכת הקניין.**

זכאויות בתחום הקניין

במבחן- כשטוענים לזכות קניינית צריך לפענח אילו מאפיינים מתקיימים בזכות.

1. **הזכאות לשליטה וניהול- המשמעות העיקרית של הזכות לקניין היא היכולת לשלוט ולנהל את המקרקעין לפי רצונו, כל התערבות חיצונית תהיה פגיעה בזכות הקניין ואין מקום לאיזונים. הזכות אף דוחה את רעיון הסבירות (חשין).**
 2. **שימוש- זכות הקניין כוללת את הזכות לשימוש הבעלים כרצונו. לפי ס' 2: הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם.**
- ← **סייג:** תפיסת קניין פלורליסטית לא תאפשר לאדם לעשות הכל, אלא תתחשב בשיקולים חברתיים.
3. **עקיבה ועדיפות- ברירת המחדל היא שזכות קניין מעניקה זיקה בלתי אמצעית לנכס. אולם דיני הקניין ובהם מנגנונים של תקנת השוק מצמצמים את הזיקה הישירה בשל טעמים חברתיים ושיקולי שוק.**

4. **עבירות** - היכולת להעביר או למכור את הנכס לאחר. אולם, מדוע נתערב בעבירות? (1) שיקול כלכלי - לפעמים הבעלים שאליו יש להעביר יפגע בנכס (למשל בירושה של חברה) (2) שיקול חברתי - משום שקניין עוסק במשאבי החברה וקובעי הכללים הם ממעמדות מסויימים, נרצה להילחם בפערי כוחות לשמור על איזון מעמדות (למשל, קביעת ירושה גם לנשים).
5. **חיובים** - זכות קניינית מטילה גם חובות כלפי אחרים, שיש להם קשר ספציפי לקניין: אדם ספציפי או אנשים בכלל.
6. **פומביות** - חייב שלזכויות קנייניות יהיה ביטוי פומבי רחב. בזכויות קנייניות שאין מרשם (כמו מיטלטלין) נודא פומביות באמצעים אחרים. דוג' לפומביות: מרשם מקרקעין - טאבו ולפי חוה"מ הזכות מתגבשת רק לאחר רישום המקרקעין ועד אז מאז כריתת החוזה יש רק זכות חוזית.
7. **עקרון הרשימה הסגורה** - דיני הקניין שואפים להיות ברורים וזה מוביל לשמרנות. עקרון הרשימה הסגורה אומר שרשימת הזכויות היא סגורה ואין זכות מעבר לחוק (למשל זכות שביור).
- ס' 161: מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.
- הצדקות: (1) טעמים כלכליים:** אם כל אחד יקבע זכות בנוגע למשאב, צדדים שלישיים לא ידעו עליה. **ביקורת:** הצדקה כלכלית היא מעגלית: אם כולם ידעו שמדובר ברשימה פתוחה אז הם יתנהו בהתאם. (2) **נימוק נורמטיבי:** חנוך דגן - הדרך הנכונה לקביעת זכויות והיקפן היא על ידי המחוקק שיעשה איזונים יותר טוב משופט אקראי. **ביקורת:** קניין זה תחום שמרני וסטטי, קשה להתאימו ונדרשת פעולה רצינית של המחוקק שלא תמיד מצליח לעמוד בקצב.

קניין פרטי מול קולקטיבי:

- **קניין פרטי** - לכל אזרח פוטנציאל להיות בעל זכויות קנייניות במשאבים. קניין פרטי יכול להיות גם קניין משותף.
 - **קניין קולקטיבי** - הקולקטיב הוא בעל הקניין. הפרט לא יכול להיות בעל קניין, גם אם יש לו קצון או הון.
- ← בישראל רוב המקרקעין הוא בבעלות המדינה (רק 15% בבעלות פרטית), אולם בימ"ש פירשו חכירה כקניין פרטי. ואין מחלוקת כי בישראל ישנו משטר קניין פרטי.

ההצדקות לקניין פרטי:

- במבחן**, יש לאזן את הערכים העולים לקניין. למשל חירות מול ערכים אחרים.
1. **חירות:** ערך מרכזי בקניין הפרטי. קניין (ואפילו רק פוטנציאל לקניין) יוצרים אוטונומיה וסביר כי האנשים יוכלו לכוון את חייהם כפי רצונם ולא יהיו כפופים למדינה או ישות אחרת.
- נוזיק (ליברטריאן):** על מדינות לאמץ משטר קניין פרטי כי הוא משיא את חירות האזרח ומאפשר חיים אוטונומיים שלא כפופים לקולקטיב.
- כדי לייסד מערכת קניין פרטי צריך שלושה סוגי כללים:**
- א. **כלל תפיסה תקפה** - יש להגדיר כללים שיקבעו כיצד נכון עבורנו שאנשים יהפכו לבעלי זכות קניינית (מתנה, ירושה, רכישה...)
 - ב. **כלל העברה תקפה** - כיצד לגיטימי בענייננו שאנשים יעבירו קניין, איך נותנים לאחר זכות קניינית.
 - ג. **כלל תיקון** - יש להתייחס למצבי ביניים, אם אחד הכללים מעלה לא התקיים כראוי. בעולם אוטופי השניים הקודמים היו מספיקים, אבל בעולמנו מצבים לא אידיאליים (כמו תקנת שוק).

ביקורת:

- 1) קישור של קניין לאוטונומיה יכול להתפרש כאילו הוא קניין הוא הביטוי הבלעדי לאישיות שלי, לא בטוח שנרצה לעודד תפיסה כזו.
- 2) טבלת הזכויות של הופלד - לפיו, כל זכות בעולם המשפטי יוצרת חובה לאחר (או למדינה), ומול הזכות לחירות יש היעדר זכות. זה אומר שמשטר קניין פרטי שמטרתו הייתה ליצור חירות, בעצם יוצר מצב שמי שאין לו קניין אין לו חירות כלל. לעומת מצב של קניין קולקטיבי, בו יש חירות לכולם (גם אם במידה נמוכה).

2. עבודה: ג'ון לוק: העבודה = "הערבוב" של כוח הפרט, הוא המנגנון דרכו נרכשת זכות הקניין.

מתחיל מתפיסה דתית: ה' נתן את האדם ולכל אדם בעלות טבעית על גופו, ואם הוא מערבב את כוחו הפרטי במשאב, הוא מפקיע את המשאב מהקניין הכללי לקניינו הפרטי. יש לעודד קניין פרטי, אחרת האדם היה זקוק להסכמת כל האנושות על כל דבר. מצב הטבע הוא קניין משותף.

שני תנאים למנגנון: (1) קניין פרטי יתקיים רק אם יישאר בקניין הקולקטיבי כמות מספיקה ובאיכות לא פחותה בשביל אחרים (2) בל תשחית - אסור לקחת יותר ממה שיכול לצרוך, אסור לחסוך או לאגור.

ביקורת

- 1) לא נותן מענה על קניין שלא השקעת משאבים כדי שיגיע אלייך.
- 2) חסר במשאבים - הסייג הזה כמעט לא אפשרי בעולם בו יש תחרות על משאבים ומשאבים לא מנוצלים נכון. אדם שייקח בהכרח לא ישאיר מספיק באיכות זהה.
- 3) תיאוריה של נוזיק - מה זה ערבוב? לא ברור במהותו ובהיקפו.
- 4) פרופורציונליות - לפי התיאוריה כל מי שערבב כוח זוכה ב-100% מזכות קניינית, בלי להתייחס לכמות הכוח שהופעל ועוצמתו.

מונזר: תיאוריית העבודה של לוק היא תיאוריה של גמול: אדם שמשקיע נרצה לגמול לו על עמלו. החברה תקבע מהי התנהגות ראויה שמזכה בגמול ורק היא תקנה זכות קניינית. בנוסף, הגמול (הזכות הקניינית וההגנה עליה) יהיה פרופורציונלי להיקף העשייה.

3. יעילות - הצדקה כלכלית: התועלת שנקבל מכך שלכל אחד יהיה קניין פרטי גדולה יותר מזו שתקבל על

קניין קולקטיבי. בעיית הפעולה המשותפת (the tragedy of the commons) - סיפור המרעה. כשאנשים חולקים במשאב ציבורי, הם ישמרו עליו פחות ויפעלו לטובתם האישית, וכך יהיה ניצול יתר של משאבים ותוצאות לא יעילות. מדוע כך יפעלו? אינטרס עצמי, פערי מידע, דילמת האסיר.

ביקורת: הרולד דמשץ - (1) ניתוח כלכלי לא יכול לקבוע תפיסה קבועה: שכל קניין פרטי יעיל וציבורי לא. אלא יש להביא בחשבון את כל הנסיבות הספציפיות בכל מקרה. (2) דיני קניין עוברים אבולוציה וצריך להתחשב בתקופה הנוכחית ובתקופה המתפתח (3) יש לקבוע מה יעיל תוך הסתכלות על מה יקרה בדורות הבאים.

4. אישיות: (מרגרט רדין) - הסיבה להעניק קניין פרטי או להגן עליו תלויה באישיות האדם. על נכסים אליהם

יש לנו קרבה אישיותית ניתן יותר הגנה קניינית. דוג' מהדין הישראלי: הגנת בית המגורים בהפקעה. יש לעשות קטגוריזציה של נכסים שבדרי"כ יותר קרובים לאישיות.

ביקורת: קרה לאישיות זה סובייקטיבי לכל אדם.

5. קהילה: יש שלושה סוגים:

- (1) **קבילה ליברטריאנית**- וולנטרית- האדם בוחר אם להיות שם, מסגרת טכנית שלא יכולה להטיל חובות ללא הסכמה ומבלי תשלום בעבור כך. אמצעי השאת תועלת היחיד.
- (2) **קהילה קהילתנית**- עמוקות יותר. בעלות תפיסת עולם. יכולות לדרוש מהיחיד להקריב קניין למען הקהילה ואפילו לא חייב לשלם פיצוי מלא (קיבוץ).
- (3) **קהילה ליבראלית (חונך דגן)**: קבילות זה דבר רצוי, אך אוטונומיית היחיד- ערך עליון. אין לה כוח לכפות על היחיד הקרבה למען הקהילה. אלא רק לדרוש לבצע התאמות לטובת החלשים בחברה- הקמת מע' תמיכה סוציאלית. שיתוף זה חיובי אך לצד זכות יציאה מהקהילה- הדבר הכי חשוב (בשונה מקהילה קהילתנית).

הקהילה משפיעה על הקניין בשלושה מופעים:

- א) **הכניסה לקהילה**- רכישת קניין יכולה להימנע או להיפגע על ידי הקהילה משום שהיא משתמשת בקניין כדי לשמר עצמה לפי אופייה (דוג': ועדות קבלה ביישובים- פס"ד קעדאן, רכישה במאה שערים).
- ב) **המשטר בקהילה**- לקהילות קנייניות לרוב משטר משלהן, בו המשפט הישראלי מחליט שלא להתערב (למשל לגרש מהקיבוץ).
- ג) **היציאה מהקהילה**- שלושה מצבים אפשריים להגבלת הקניין ביציאה מהקהילה: (1) בשל קשיי כניסה לקהילה- של אחר במקומך או שלך למקום אחר. (2) הקהילה מחליטה להוציא אותך- האם יש צורך בפיצוי? (3) הפקעה של קהילה על ידי המדינה- האם נדרש פיצוי נוסף על אובדן הקהילה מעבר לאובדן הקניין?

6. צדק חלוקתי: לכל הסדר קנייני (פרטי או קולקטיבי) ישנן השלכות חלוקתיות. הסדר קניין = הסדר המשאבים בחברה. כל זכות היא יחסית ומשפיעה על זכותו של האחר. בעיה: דיני קניין זה משפט פרטי, האם מקומו לבצע צדק חלוקתי? בדר"כ משפט פרטי מסתכל על אינטרקציה בין שני אנשים ולא על החברה בכללותה, ולכן קשה יותר לבצע צדק חלוקתי אובייקטיבי.

קניין פרטי- במה?

נקבע לפי הערכים שדיברנו עליהם לא תמיד כל הערכים הללו רלוונטיים. למשל, בפטנט: האם זה תורם לרווחה המצרפית? נרצה לתת הגנה על פטנט כדי לתמרץ אותך לעבוד (עבודה), אנחנו בוחנים את הערך של החירות שלך בנכסים שלך, את הערך של האישיות (האם הפטנט קרוב אליך), אולם ערך האישיות יותר בולט בזכויות יוצרים.

פס"ד מקדונלד: הזכות לפרסום מול הזכות לפרטיות. פרסומת לבורגר קינג ע"י שחקן כדורסל- מקדונלד. מקדונלדס מפרסמים סרטון שלו אומר שאוכל מקדונלדס. השחקן תובע אותם. **ריבלין:** יש זכויות שהמחוקק לא התייחס אליהן, ולכן מנהל דיון על כל ההצדקות מעלה: על אילו נכסים ניתן זכות קניינית ואילו לא ובכך מגדיר את המוסד הקנייני של פרסום. אולם זה לא תפקיד בימ"ש לקבוע את הזכויות הקנייניות אלא **תפקיד המחוקק:** מוסד קנייני הוא חוק שנקבע ע"י המחוקק ויוצר את גודל הזכות הקניינית. הוא קובע לפי איזון ערכים שונים, ההצדקות מעלה. בהתאם לקביעתו, משתנים הזכויות והחובות, והיקף ההגנה של כל מוסד קנייני. (למשל ההבדל בין זכות בבית פרטי לבין בית משותף. בין זכות בדיוור ציבורי לבין דיוור פרטי, דיוור מוגן ועוד)

על מה נעניק קניין פרטי? ומה יהיה היקף ההגנה?

1. **The new property - (צ'ארלס רייב):** הקניין החדש- לדעתו, ברגע שהמדינה דומיננטית ונותנת לנו זיכיונות, רישיונות, קצבאות, מרגע נתינתם הם הופכים להיות קניין פרטי של האדם. **ביקורת:** (1) חבות גדולה מדיי על המדינה בארה"ב להיות אחראית על כל הרישיונות (2) הכבדה גדולה על המדינה- אם זה קניין פרטי המדינה לא תוכל לקחת חזרה בלי פיצוי. ← ובאמת אף מדינה לא אימצה את הרעיון הזה. **פס"ד מנור:** טענו כי המדינה לא יכולה להפחית קצבאות זקנה כי זה "קניין חדש". **בימ"ש:** לא מדובר בקניין חדש. קצבאות של ביטוח לאומי אלו כספים שאנחנו משלמים בעצמנו, זה קניין של ממש ולא קניין חדש.

פס"ד מנחם: טענו כי רישיון למונית הוא קניין חדש, ולכן המדינה לא יכולה להקל את התנאים לרישיון באופן שיאפשר לאנשים חדשים לרכוש את הרישיון ובכך להרחיב את ההיצע. פעולה זו תפגע בקניין החדש שלנו. בימ"ש אישר את פעולת המדינה.

2. **קניין פרוגרסיבי (ג'וסף סינגר):** דרך חדשה ליצור זכות קניינית: לא רק במכירה או העברה מפורשת, אלא כשלאדם יש אינטרס הסתמכות על הזכות הוא הופך להיות בעלים קניינים. (מפעל על סף סגירה- צריך לתת לעובדים הרבים אפשרות לרכוש ושיהפכו לבעלים) **הוא חזר בו:** כי אינטרס ההסתמכות זו טענה מעגלית: לא ניתן להסתמך על משהו אם אין בסיס עובדתי או משפטי להסתמכות, אחרת, גם אם ההסתמכות לא בטוח שהמשפט ייתן לזה תוקף.

האם הזכות ניתנת להעברה לאחר או להמרה בכסף?

1. **ג'ון לוק:** הגוף הפרטי הוא ללא עוררין בבעלותי ואם ערבבתי בקניין ציבורי את העבודה שלי, זה הופך את המשאב לקנייני. כביכול, אם הגוף שלי הוא קנייני, האם ניתן לעשות בו כל דבר לפי רצוני? האם זה לגיטימי?

יתרונות: (1) יזרז וירחיב תרומת איברים (2) ימנע היווצרות של שוק שחור באיברים, אלא בסביבה בטוחה **חסרונות (מכריעים):** (1) בעיה חלוקתית- החלשים יסחרו באיברים (2) מסחור של טובין אישיים (3) החצנות של צדדים שלישיים- אחרים ירוויחו על חשבון צד ג (למשל לקיחת איברים של מתנגדים פוליטיים, ילדים וכו').

2. **Commodification - מסחור:** להפוך דברים שאנחנו לא רוצים שיהיה להם תג מחיר, הופכים אותם לסחורה. יש לכך עלויות חברתיות וכלכליות משמעותיות.

התנגדות: (1) corruption - השחטה- יש דברים שאנחנו פשוט לא מעוניינים שיהיו בעולם שוק, למשל קשר בין הורה לילד. **(2) coercion - כפייה-** ככל שפותחים את השוק ליותר משאבים מרחביים את הפערים בחברה.

תמיכה: (1) יש לנו בעלות על הגוף (2) במדינה קיים שוק חופשי.

סיכום: זכות הקניין היא הכרעה חברתית. המחוקק מקים מוסד קנייני תוך איזון בין ערכים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה. לעיתים רחוקות בימ"ש נדרש לעשות זאת כשהמחוקק לא עשה זאת מספיק טוב. כלומר, לזכות לקניין אין משמעות אחידה.

תחום הבעלות

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

מדוע לא ניתן לפצל מקרקעין? היחידה הרישומית הבסיסית בישראל היא חלקה. לא ניתן לפצל אותה עצמאית. מוסדות התכנון קובעים את חלוקת הקרקע, לפי השימוש היעיל ביותר. החשש הוא מפני פיצול יתר שיוביל ל(1) בעיית איתור (2) עלויות עסקה (2) פעולה משותפת (בעיית הסחטן)

מה כן ניתן לעשות? (1) במקום זאת ניתן להכניס שותף, אולם זה לא לתת לו חצי מהחלקה אלא בעלות במשותף בכל החלקה. (2) פיצול שותפות יהיה לפי הסכם פירוק השיתוף: אם כתוב בו חלוקה בעין, נדרש גם אישור המפקח. ז"א שכל מצב של פיצול קרקעות ידרוש אישור. (3) ניתן להגיש בקשה לפרצלציה- חלוקה מחדש של השטח על ידי מוסדות התכנון.

חריגים = מתי יש בחוק הוראה אחרת?

1. **דירות בבניין משותף:** ס' 54: על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות.
2. **זיקת הנאה:** זכות במקרקעין, שימוש במקרקעין של אחר ללא חזקה במקרקעין. תוקפה (1) מכוח הסכם או (2) מכוח שנים: שימוש מעל 30 שנה, גם ללא אישור הבעלים. לפי ס' 93 (ג) על אף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסויים במקרקעין.
3. **הפקעה:** פס"ד אקונס: לפי ס' 11 הבעלות היא מלמטה עד למעלה (כולל תת"ק). המדינה רוצה להפקיע תת"ק לטובת מנהרות הכרמל, אולם ס' 13 קובע שאין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין ולכן טענו שהם לא מפקיעים את הבעלות אלא את זכות החזקה והשימוש. **בימ"ש:** זו כן הפקעה של בעלות ולא רק שימוש. אבל גם הפקעת בעלות היא בסדר משום שזה לא עסקה והיא כן מותרת בחלק מהמקרקעין. על הפקעות לא חל ס' 13, כדי שנוכל להפקיע את המינימום ולא נצטרך להפקיע את כל המקרקעין. **הרצינוול:** אם ס' 13 בא למנוע סתירה של תכנון יעיל של הרשויות, המדינה שמפקיעה מממשות תכניות של רשות התכנון ולא סותרת אותם.
4. **שכירות:** ס' 78: על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסויים של מקרקעין. פס"ד לוסטינג: חלוקת מקרקעין באמצעות הסכם שכירה לשנים ארוכות (999). **בימ"ש:** שכירה לדורות זהה לבעלות (בגלל מאפייניה) אבל זה עדיין כמו שכירות ולכן אפשר לחכור בחלק מהמקרקעין, לפי ס' 78.
5. **ירושה:** ס' 6: עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה, לכן ירושה היא לא עסקה, ומכאן שמתרת לפיצול. אולם מעשית לא יתנו לרשום חלקת ירושה מפוצלת.

הגדרת מתחם הבעלות

- שלושה רבדים:** ס' 11: הבעלים של הקרקע הוא בעלים גם על שאר הרבדים: פני קרקע, תת קרקע, על קרקע. סייג: כפוף לדיני מים, נפט, מכרות (מחצבים) שאינם במתחם הבעלות.
- **חוק תלת מימד:** כתוצאה מחקיקתו ניתן לפצל את הרישום לבעלויות ברבדי קרקע שונים, בנסח טאבו יהיה כתוב שזו חלקה תלת מימדית ועל כל רובד תהיה בעלות נפרדת. החוק רלוונטי היום רק להפקעות

או פעולות שלטוניות, כדי למנוע פיצול יתר לפי ס' 13: רק רשויות התכנון יכולות לפצל בעלויות, ורק אם החלקה מוגדרת תלת מימדית.

• **פס"ד אקוניס**: הופקע החלק התת קרקעי, עוד לא היה ניתן לרשום בעלות בנפרד על רובד זה. הפתרון שהיה: הבעלות הייתה על הבעלים ובנסח טאבו הערה שהתת"ק הופקע.

מחברים: ס' 12: הבעלות חלה גם על בנוי, נטוע, וכל דבר המחובר לקרקע חיבור קבע, אלא אם המחובר ניתן להפרדה. לא משנה אם הוא חובר ע"י בעל המקרקעין או אחר.

דיני תחרויות- מצב בו שני אנשים מתחרים על נכס מסוים, הדין נותן פתרונות להכרעה.

נבחן זאת לפי שלושה מבחנים (ויסמן)

1. **מבחן החיבור הפיזי**- האם ניתן לנתק את המיטלטלין מבלי לגרום לו או לקרקע נזק. כלומר לא מעשית האם ניתן, אלא תוך בהתחשבות בתוצאות הניתוק.

2. **מבחן סוג הנכס**- האם הנכס מסוג נועד להיות מחובר, מסוג הנכסים שהם בדר"כ חלק ממקרקעין.

3. **מבחן הכוונה**- כוונה מפורשת ביחס לחיבור או אי חיבור הנכס (למשל הצהרה בחוזה).

- כאשר מדובר בצדדים קרובים: יש להתחקות אחר כוונת הצדדים-סובייקטיבית. והמבחן גובר על כל המבחנים.

- כאשר מדובר בצדדים רחוקים: נבדוק כוונה אובייקטיבית- מה אנשים סבירים היו מתכוונים לעשות עם הנכס (דומה למבחן סוג הנכס).

הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים:

4. **מונע הנזק הזול- המבחן העיקרי במבחן**: להרתיע ולהניע לפעולה את מי שיכול למנוע את המצב בקלות. ← סה"כ 4 מבחנים.

5. **שיקולים נוספים**- רלוונטים בעיקר לחיים האמיתיים ופחות למבחן: (1) וודאות השוק (2) עידוד פעילות כלכלית (3) שיקולי יעילות מצרפית (4) שיקולי חלוקה

← **במבחן** יש לבחון את כל המבחנים ולקבוע האם זה מחובר שצריך להיכנס לשווי המקרקעין.

סייג לבעלות: אוצרות טבע ועתיקות:

לפי ס' 11, לא יהיו שייכים לבעלי הקרקע, אלא כברירת מחדל למדינה.

פס"ד samedan: חשין מפרש את ס' 35(ב) לחוק הנפט: "בעל חזקה רשאי להוביל", כך שגורם שקודח ומוצא נפט לא רשאי להקים קווי הובלה ואספקה, אלא באישור המנהל. זאת לאור שיקול הערך המרכזי אליו התכוון המחוקק: רווחה מצרפית: עידוד תחרות בשוק, עידוד קדיחה וחיפוש נפט ומניעת מונופול על אספקת משאבים אלו ופגיעה בה.

מהות הזכות ומגבלותיה

ס' 14: בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.

- "אי נוחות"- ניתן לפרשנות סובייקטיבית שונה.

- מאפשר דיון ב"דייר הסרבן"- התחדשות עירונית דורשת הסכמה של כל בעלי הדירות (שוורצנברג- מואשמת בס' 14 משום שגורמת לאי נוחות וחויבה שפיצויים לשכניה)

פס"ד שלב נ' הררי מואב: בעל חלקה א' בה מכרה מעוניין להוציא את המשאבים דרך חלקה ב' שבעליה מסרב. הסיורב לא גורם לא' נזק אך טוען שגורם לו אי נוחות. **בימ"ש:** הסעיף כפשוטו בעייתי כי כל אחד יצטרך להסכים לפגיעה בקרקע שלו. כשהבעלים מתעקש דווקנית או כשהקונפליקט ניתן לפתרון כלכלי לא מדובר בנזק או אי נוחות, יש להשתמש בסעיף רק במקרים בהם בעלים רוצים למנוע פגיעה בקרקע שלו. לכן לא ניתן להשתמש בסעיף 14.

רדומילסקי נ' פרידמן: בעלים של בניין תובעת לפגיעה בבעלותה על החצר, משום שבת הדייר המוגן מתחה כבל מעל לחצר. עמידה דווקנית על ס' 11. **בימ"ש:** מחיל את ס' 14: עמידתה הדווקנית גורמת לאי נוחות לדייר המוגן ואין היא מוצדקת. **שוני מול מואב:** (1) לא ניתן לפתור את הקונפליקט באופן כלכלי (2) מדובר לא רק בעמידה דווקנית ללא הצדקה משמעותית (גם לא כלכלית) אלא בניסיון לביטול של זכות משפטית, לפי ס' 31 לחוק הגנת הדייר.

רוקר נ' סלומון: רצו לבנות בבניין. קיבלו היתר בנייה מרשויות התכנון אבל לא הסכמה קניינית מכל הבעלים. התחילו לבנות. שאר הדיירים ביקשו להרוס את המבנה- ביטוי של ס' 14 עמידה דווקנית על פירוק. **בימ"ש:** **אנגרד:** בודק את מאזן הנזקים- למי יגרם נזק גדול יותר בהריסה, אין להרוס כי כך ייגרם נזק גדול יותר מאשר בהמשך בנייה, אולם ייתכן שיש לפצות על בנייה ללא הסכמה. **טירקל, חשין, לוין:** ס' 14 בעייתי כי הוא דורש מבעל קניין (המסרבים) להתחשב באחר. לכן יש לצמצם אותו כי פוגע בקניין, יש להשתמש רק במקרים במאוד פוגעים באחר, וכאן בהריסה אין פגיעה גדולה. **ברק, שטרסברג-כהן ומצא:** אין לצמצם אותו. ס' 14 מבטא את חובת תום הלב. יש לבחון את חובת תום הלב בהתאם לנסיבות ובעיקר לפי שני גורמים (1) סוג הנכס (2) סוג מערכת היחסים (ככל שיש מערכת יחסים מיוחדת כמו בית משותף או דיור מוגן נחיל יותר את ס' 14). לכן אין להחיל את ס' 14 בשל נסיבות אי ההסכמה.

← **במבחן** יש לטעון לפי הגישות השונות ברוקר.

המשטר הקנייני בישראל

90% מהקרקעות הן בבעלות המדינה, רשומות בטאבו על שלושה גופים שמנוהלים כולם ע"י רשות מקרקעי ישראל.

1. **רשות מקרקעי ישראל**- הגורם היחיד שאחראי גם על החזקה וגם ניהול של מקרקעין בבעלות המדינה.
2. **רשות הפיתוח**- רשות ממשלתית שהייתה אמונה על קרקעות שהופקעו.
3. **קק"ל**- לא גוף ממשלתי. אמנה בין קק"ל לבין המדינה בה מסרה קק"ל את המקרקעין לניהול מדינה. **נפקות משפטית לבעלות של קק"ל:** הקרן מעוניינת להמשיך לשלוט בניהול הקרקע שלה, למשל קביעה של מה יעשו בקרקע ומי יגור בה. אולם בימ"ש קבע שהם מאין גוף ציבורי ולכן מחוייבים לשוויון. קק"ל מאיימים למשוך את הקרקעות באמנה המתחדשת. ולכן יש הסדר שקט: הצרחה של קרקעות.

בעלות בידי המדינה

ניהול קרקעות:

מגזר עירוני- ניהול בחכירה 49 שנים עם אופציה להכפלה. בימ"ש: בתום 98 שנים רמ"י לא תוכל להתכחש לזכויות. הבטחה להמשך ולכן זו זכות קניינית מאוד חזקה. בנוסף, מרגע שקיבלת אישור קבוע מרמ"י אתה רשאי להעביר זכויות חכירה ללא אישור נוסף. יש מגמה של הפרטה של קרקעות וכיום ניתן לרכוש **מגזר חקלאי/כפרי**- מנגנון של רישיון במקרקעין. החזקת הקרקע היא לא מתוקף זכות קניינית, אלא מתוקף "רישיון ברשות"- בין האגודה השיתופית לבין רמ"י יש הסכם שנקרא חוזה משבצת (המתחדש כל 3 שנים)

מתוקפו ניתן לאגודה השיתופית רישיון לפעולה במקרקעין, ואשות לחלק את הרישיונות לחברי האגודה (ברשות של בר רשות). במסגרתו רמ"י יכול לצמצם את הקרקעות, משום שלא מדובר בזכות קניינית. מגמה של מעבר לחכירה לטווח ארוך, משום שרישיון נועד להתחמק משכירות.

רמת ההתערבות בשוק

משטרים אפשריים להתערבות המדינה בקרקע

רחל אלטרמן: "מי ימלא קרקעות ישראל": יש מספר משטרים אפשריים להתערבות המדינה בקרקע במדרג מהתערבות מלאה עד פחותה:

1. הלאמה מלאה של הזכויות בקרקע- ישראל- המדינה מחזיקה את מרבית המקרקעין, ומתוקף בעלותיה, כל שינוי או מתן זכויות יתבצעו על ידי המדינה.
2. הפקעה מסיבית של הקרקע- המדינה מפקיעה באופן לא פרופורציונלי או ללא צורך ממשי (לרוב מטעם ביטחוני). למשל: חוק נכסי נפקדים בשנות ה-50 למען הקמת המדינה.
3. רכישה לטובת בנק קרקעות- הפקעה של מקרקעין מעבר לצורך העכשווי (בריכה וחניה)
4. איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (פרצלציה)- הלאמת מקרקעין מבלי לבצע הפקעה. המדינה לא מוציאה מכיסה, בגלל שאמנם בעלי הקרקעות מקבלים קרקע קטנה יותר אך משנים את ייעודה לקרקע עם ערך כלכלי גבוהה יותר.
5. הפקעה נקודתית- הפקעה למען מטרה מסויימת.
6. תכנון ציבורי- לא מפקיעה מקרקעין אך שולטת בו ע"י תכנון: קביעת ייעוד לפי ועדות מקומיות.
7. בעלות פרטית- ללא התערבות במדינה כלל (למשל יוסטון)

רחל אלטרמן: שתי שאלות שונות: האם יש לשמר בעלות בידי המדינה והאם נכון לשמור על מידת התערבות ציבורית. נדרשת המדינה התערבות במקרקעין, אולם הפתרון של בעלות מוחלטת הוא קיצוני וניתן למצוא פתרון מספיק אחר אך עדין יותר.

שני נימוקים להתערבות ציבורית:

(1) כשלי שוק:

- א. טרגדיית ההמונים- לא יקרו דברים שצריכים לטובת הכלל.
- ב. שמירה על משאבים לדורות הבאים- מניעת ניצול מקסימלי של משאבים
- ג. טיפול בהחצנות
- ד. שליטה בעיתוי הפיתוח- ע"י מי שרואה את התמונה הגדולה.
- ה. פערי מידע- המדינה יודעת יותר מהציבור.

(2) הצדקות חברתיות- למדינה מחויבויות כלפי האזרחים

- א. קידום ערכים פוליטיים
- ב. ביטול פערים חברתיים- למשל התערבות בעת הפליה במקרקעין
- ג. הערכות להתמודדות עם משברים
- ד. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות

מדוע לא הפרטה מלאה?

אלתרמן מצדיקה הימנעות מהתערבות מוחלטת, אך מה לגבי הפרטה מלאה?

1. **מצרכים בסיסיים לכל אזור** - יש מצרכים שלא ניתן להפריט משום שכל אזור צריך אותם: מים, אוויר, כלא.
2. **קומדיית ההמונים - קרול רוז**, הפרטה מלאה תפגע בערך החברתיות משום שלא יוספקו טובין ציבוריים, בהם נוצרת "החברות" של החברה שלנו, בהם הפרטים מתקשרים זה עם זה.

מקרקעי ייעוד

ס' 107: מקרקעי ייעוד = מקרקעין ציבוריים המיועדים לתועלת הציבור: (1) שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל; (2) נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם; (3) דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל; (4) נמלי תעופה; (5) סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמקרקעי ייעוד לעניין פרק זה. ← מדובר בעיקר על משאבי כניסה, יציאה ועורקי תנועה במדינה.

ס' 111: לא יהיה תוקף לעסקה במקרקעי ייעוד הטעונה רישום, או להתחייבות לעשות עסקה כזו, אלא אם אושרה ע"י המדינה. (עסקאות שלא טעונות רישום במקרקעי ייעוד, כן מותרות - פחות מ-5 שנים).
שאלות: (1) למה רק מקרקעין ולא נכסים נוספים עם חשיבות לאומית? (2) למה רק הייעודים שצוינו ולא אחרות (3) למה בכלל מאפשרים להפריט ע"י אישור אם לא נרצה בהם עסקאות. תשובה אפשרית: (א) הסבר כלכלי (ב) מדובר בבירור מחדל, תוך פרשנות מצמצמת.

הזכות לכניסה**ארה"ב:**

- **פלסי נ' פרגסון:** דוקטרינת "נפרד אבל שווה" - ניתן לקבוע תניות מגבילות על המקרקעין
- **שלי נ' קרמר:** ניתן להכניס תניות כאלו, אולם בימ"ש לא יאכוף תניות כאלה.
- **פס"ד בראון:** "נפרד אבל שווה" זה לא חוקתי, כי נפרדות יוצרת פגיעה בשוויון. אין להפריד, אולם שומרים רק בתחום החינוך היסודי.
- **חוק לאיסור אפליה במגורים** - חוק הדיור ההוגן קובע חובת שוויון במגורים לכל מוכר או משכיר נכסיו.
 - למוסדות דת יש פטור מחוק הדיור ההוגן
 - **חריג גברת מרפי:** בעלים של עד 4 דירות בקומפלקס פטור מחובת השוויון, בשל תפיסה ליברטריאנית.

שוויון מול ערכים אחרים:

1. **מאסטר פיס קייק שופ (אמריקאי):** העליון קובע שנפגעה זכותו לדת אולם רק במקרה הספציפי ולא שניתן להימנע מהספקה באופן שוויוני בשל הזכות לדת (סירב למכור לזוג הומוסקסואליים).
2. **דפוס הקשת:** מאשימים אותם בהפליה במוצרים ובשירותים על בסיס נטייה מינית. בישראל יש חוק איסור אפליה במוצרים ובשירותים. (לעומת ארה"ב שם מבצעים איזון בין ערכים)

ישראל: לעומת החוק האמריקאי אין חוק איסור אפליה במגורים. אלא רק חוק שקובע איסור אפליה במתן שירות. ולבעלים תמיד יש שיקולים והעדפות, שנכיר בהם אם הוא בעל השפעה על הנכס (למשל פגיעה בו על ידי בע"ח).

הזכות לכניסה בישראל

1. **הפליה בהשכרת דירות**: לא ניתן לחייב אדם פרטי לפעול בשוויון.
2. **הפליה במכירת דירות**:
 - א. **אדם פרטי** לא כפוף לחובת השוויון ויכול למכור למי שהוא רוצה.
 - ב. **חברה קבלנית** - מותר להפלות, **אלא אם** בונה על קרקע של המדינה (לפי מכרז או הקצאה של המדינה) **פס"ד מי-טל הנדסה**: **מזוז**: חוק איסור אפליה חל גם על מכר דירות, אם מדובר באדם שזהו עיסוקו (למכור דירות) ולכן אסור להפלות **שטיין (רוב)**: הקבלן הוא ידו הארוכה של רמ"י כי זכה במכרז ולכן חלות עליו חובות השוויון של המדינה.

3. **וועדות קבלה**:

פקודת האגודות השיתופיות קובעת סמכות של ישוב קהילתי לסנן את המועמדים לרכישת דירות. לפי **ס'6(ג)** לוועדה אסור להפלות על בסיס דת, גזע וכו'. אבל ניתן להפלות בשל אי התאמה למרקם הקהילתי של הישוב.

תיקון לפקודה: (1) מותרות ועדות קבלה רק בנגב ובגליל. (2) מותרות רק אם יש פחות מ- 400 בתי אב. **פס"ד קעדאן** - יישוב קציר סירב לקבל משפחה ערבית בשל פגיעה במרקם הקהילתי. בימ"ש: כדי להשתמש בנימוק זה, על הקהילה להיות בעלת מאפיינים ייחודיים שבונים מרקם קהילתי כלשהו שניתן לפגוע בו. **פס"ד סבת** - (לאחר התיקון): טוענים נגד ועדות בישוב שהם גרים. בימ"ש: זו עתיקה לא בשלה משום שהתיקון רק נכנס. ג'ובראן (מיעוט): יש לבחון מהו "מרקם קהילתי" שעלול להיפגע ולהפסיק להתעלם.

מהי קהילה שצריכה לקבל יחס משפטי?

שטרן: תפיסה פלורליסטית - כל אדם זכאי לחיות עפ"י תפיסת עולמו, ויש תפיסות שדורשות קרבה מרחבית או פעולה בשיתוף עם אחרים. **מספר שלבים להגדרת קהילה**:

1. **תפיסת טוב משותפת** - לרוב הקהילות תפיסת עולם משותפת. (למשל ציונית).
2. **תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב** - עד כמה מימוש התפיסה, דורשת שת"פ.
 - **לא קיים** - שת"פ לא נדרש למען מימוש התפיסה, למשל כלכלי.
 - **מסייע** - מגורים בקהילה צמחונית מסייע לשמירה על תפיסת העולם.
 - **מוסיף ערך** - ניתן לממש את תפיסת העולם לבד, אבל אם שת"פ יוסיף ערך, למשל מניין.
 - **מכונן** - שת"פ הוא תנאי הכרחי למימוש תפיסת העולם, למשל הקיבוץ בעבר.



- ← תפקידים אלו נועדו כדי לתעדף קהילות מבחינת מתן קרקע, קהילה בה שת"פ מכונן עדיפה.
3. **ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה** - מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן? האם זה יפגע ביכולתה לממש את תפיסת עולמה?
 4. **חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה** - קהילות חזקות פוליטית-כלכלית, יצליחו כנראה לאפשר לחברים שלהם לממש את תפיסת עולמם ללא סיוע משפטי.

← ← יש לאזן בין השיקולים השונים, כדי לתעדף סיוע משפטי לכל קהילה.

נטילה שלטונית

פעולת השלטון שפוגעת במקרקעין. שני סוגים:

1. הפקעה - לקיחה פיזית של מקרקעין ע"י המדינה והעברת זכויות על שמה.
2. גריעה תכנונית - לקיחה שפוגעת במקרקעין אבל משאירה את הבעלות אצל הבעלים, ורק הזכויות במקרקעין עוברות למדינה.

מול נטילה שלטונית: **3' ס' ו 8' ס'** לחו"י כב"ה: אין פוגעים בקניינו של אדם, אין פוגעים בזכויות חו"י זה אלא עפ"י פסקת ההגבלה.

הפקעות - כשרות

במבחן - (1) לאתר צורך ציבורי (2) לטעון להפקעת בעלות מלאה או זכויות מסויימות בה. אם מדובר בהפקעה של חלק מהקרקע, יש לטעון לפי ס' 13, ומנגד שהפקעה היא חריג.

הפקעות נעשו ונעשות בעיקר מתוקף: חוק התכנון והבנייה 1965 ופקודת הקרקעות (רכישות לצרכי ציבור) 1943

הפקעה = רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמה של צורך ציבורי תמורת פיצוי של בעל המקרקעין.

רכישה כפויה של מקרקעין

שלוש תפיסות המצדיקות זכות לקחת קרקע פרטית:

- א) תיאוריית שימור הכוח - ריבונות השלטון, היא עדיין מעל משטר הקניין הפרטי ולכן יש לה את הזכות להחזיר קרקעות פרטיות אליה בתמורה לפיצוי
- ב) Police power - כחברה החלטנו להתאגד במדינה ומסכימים שהיא תשלוט בנו, לשלם מחירים תמורת תמורות אחרות שהיא נותנת. הסמכות של המדינה היא רק מה שבביל מה שיעזור לנו האזרחים.
- ג) הסכמה ראשונית - (גיון לוק) - השתתפות במופעים מדיניים (בחירות וכו'), מהווה הסכמה לבעלותה של המדינה גם לקחת קניין פרטי. הסמכות של המדינה מאוד רחבה.

למה צריך להגיע לכפיה?

1. כשלי שוק - למען צורך ציבורי, נצטרך כפייה במקרים של כשלי שוק, כמו מונופול, סחיטה, סרבנות, נמנעים מלנהל מו"מ עם מספר רב של בעלים.
2. צדק חלוקתי - יש מצבים בהם רשויות יאלצו להשתמש בכוח השלטוני כדי לאפשר גישה או לספק משאבים לאוכלוסיות חלשות.
3. טעמים שלטוניים קלאסיים - תקנות שעת חירום, פינוי שטחים, מלחמה, הקמה של טובין ציבוריים - לא יוקמו בשטחים פרטיים.

לשם הגשמת צורך ציבורי

צורך ציבורי - **2' ס'** לפקודת הקרקעות: צרכי ציבור המפורטים בסעיף 188 לחוק התכנון והבניה: ועוד צרכים ציבוריים שמפורטים בסעיף 2. ולא רק המוסדות האלה אלא כל מה שקשור בהם.

צמצום סמכות ההפקעה

פס"ד קרסיק: בייניש: חקיקת חו"י כב"ה הופכת את הזכות לקניין לחוקתית ובכך מצמצמת את סמכות ההפקעה למטרה ציבורית בלבד, דורשת ביקורת שיפוטית חמורה יותר על הפקעות ומטרות ציבוריות.

הסיפור שונה במציאות

פס"ד לוביאנקר: שמגר: אין יסוד אובייקטיבי לקבוע מהו צורך ציבורי. ולכן: אם מדובר בהחלטה של שר האוצר, בימ"ש אימץ גישה שלא להתערב משום שניתן לשר שק"ד רחב והחלטתו מסתמכת כמכריעה.

1. **אם קבע שר האוצר צורך ציבורי לפי ס'2(10),** בהתייעצות עם הועדה המייעצת (ס'2א) ובאישור ועדת הכספים של הכנסת.

א. נבדוק האם מדובר בצורך ציבורי- בקצרה. **אבל**

ב. **דור נ' שר האוצר, שוורץ נ' שר האוצר, מהדרין בע"מ נ' שר האוצר:** בימ"ש אומר שלא יכול להתערב ולבקר את שר האוצר שהגדיר זאת כצורך ציבורי. ובחלק מפסקי הדין אף הסכים עם שר האוצר שמדובר בצורך ציבורי גם אם היה מתערב.

2. **אם לא נקבע ע"י שר האוצר, הוכרו צרכים ציבוריים בפסיקה:**

א. **פס"ד דור:** בניית שיכונני עולים היא צורך ציבורי.

ב. **פס"ד שוורץ:** מניעת אבטלה היא צורך ציבורי.

ג. **פס"ד חליל:** שמירה על שטחים ירוקים היא צורך ציבורי.

ד. **פס"ד מהדרין:** גם אם צורך ציבורי מכיל חלקים קטנים שאינם נראים ציבוריים, נסתכל על הפרוייקט כמכלול.

ה. **ארה"ב: פס"ד סוזט קילו** (עירער את תפיסת הקניין האמריקאית): בימ"ש עליון פסק כי צורך ציבורי הוא יצירת תועלת לציבור (למשל פיתוח כלכלי) ולא רק שימוש על ידי הציבור. פסיקה בעייתית- פיתוח כלכלי הוא סיבה להפקעה, ולכן יש מדינות בארה"ב שקבעו פיצוי מוגבר.

אם יש צורך ציבורי: ס'3: אפשר להפקיע ולהעביר בעלות, או דרכי ביניים: לרכוש זכות שימוש, העברה לתקופה מסיימת, להגביל שימוש.

בגלל שבימ"ש בפועל לא מתערב בצורך ציבורי, נבחן את מידתיות ההפקעה:

מידתיות נבדקת ע"י שלושת מבחני המידתיות. בנוסף, יש 7 אינדיקציות ספציפיות למידתיות:

1. **ניסיון רכישה הסכמי:** היועמ"ש קבע כי לפני הפקעה יש חובה לנסות לרכוש את הקרקע בצורה מוסכמת. לרוב מדובר בצעד סימבולי- מציעים את תנאי ההפקעה רק בדרך של הסכמה ואז לא מדובר בהפקעה.

2. **ביצוע עצמי:** אם הבעלים יכול לממש צורך ציבורי בעצמו, אין סיבה להפקיע אלא לתת לו לשנות את ייעוד הקרקע.

א. **פס"ד מהדרין-** טענו כך, אך נדחה משום שמדובר בפרוייקט גדול עם אופי ציבורי, שלא יכול לבצע אדם פרטי).

ב. **פס"ד נוסייבה-** (1) המטרה הציבורית נזנחה ולכן אין להפקיע/ יש להחזיר (2) ביצוע עצמי- ניתן לשנות את ייעוד הקרקע באופן מידתי יותר, נוסייבה יכולים להקים מרכז מסחרי בעצמם. – השלכות בעייתיות של החזרת קרקעות רבות.

ד"נ: גולדברג: טענת ביצוע עצמי צריכה להיטען ע"י הבעלים וגם נדרש להוכיח אותה. **דורנר (מיעוט):** היכולת העצמית כל כך ברורה כך שההפקעה היא לא מידתית.

3. **איחוד משאבים- תחת ביצוע עצמי**: פס"ד מקור הנפקות וזכויות בע"מ: ביצוע עצמי לא מתכוון רק בעלים בודד אלא גם לכמה בעלים שיש להם אפשרות להתאחד ולקיים את המטרה הציבורית באופן עצמאי.
4. **שיהוי**: אמיתי נ' הועדת המקומית לתו"ב: שיהוי של 25 הוביל לאי מידתיות, ולכן יש לבטל את ההפקעה. כיום, אין צורך בשיהוי כי קיים חוק: ס'7ב לפקודה: הזמן הראשוני הוא עד 8 שנים, הארכה ראשונה עד 15 אח"כ עד 17 (לפי קביעת שר האוצר ובדרישה מנומקת בכתב).
5. **תוס' שינוי המטרה הציבורית**: קרסיק: חשין: הפקעה זה מעשה משמר זיקה, הבעלים ממשיך לשמור על זיקה לקרקע, זה לא אומר שצריך להחזיר לו אותה, ואפילו ניתן לשנות צורך ציבורי, אבל הרשות מחויבת להמשיך לעשות בקרקע שימוש לצורך ציבורי כלשהו.
- החוק (ס'14ב(ב)3 לפקודת הקרקעות): אם מסתיימת או משתנה המטרה הציבורית להפקעה שהתבצעה, הרשות צריכה להחזיר את הקרקע לבעליה- להציע לו לרכוש בחזרה.
- סייג: ניתן להשאיר אצלה בתנאי ששר האוצר מחליט לשנות את הקרקע למטרה ציבורית אחרת, ואז הוא צריך לבצע את כל שלבי הפקעה רגילה (להחזיר את הבעלים לשימוע).
- ניתוק הזיקה: אחרי 25 שנה, אם התבטלה המטרה הציבורית, נותקה הזיקה והרשות יכולה להשתמש בקרקע כרצונה.
6. **זכות מזערית**: פס"ד אקונס: יש להפקיע את המינימום הנדרש למטרה הציבורית ולא מעבר, ואם מספיק רק חלק מחלקה אין להפקיע את כולה.
7. **מיקום רלוונטי ומיטבי**: מועצה אזורית זמר: יש לבדוק האם המיקום שנבחר עונה בצורה מיטבית בנסיבות על הצורך הציבורי. כלומר, נדרשת זיקה בין המטרה לקרקע.

תמורת פיצוי של בעל המקרקעין

מהו פיצוי הוגן? תלוי תפיסות צדק:

1. **צדק מתקן**- להחזיר את הנפגע למצב בו עמד לפני הפגיעה. תפיסה סובייקטיבית (הנזק שנגרם לאדם המסוים) אך מתמקדת רק בפוגע ובנפגע ולא בצדדים נוספים. – **אומצה יותר בדין הישראלי**.
2. **צדק חלוקתי**- לא ניתן לבודד את הנזק במערכת היחסים הספיציפית, ויש להתייחס לרקע האדם- מעמדו החברתי והסוציאקונומי.
- האם נכון להכניס תפיסות כאלה במשפט הפרטי? נוצרת בעיית היחסיות (קפלון ושבל):** כדי ליצור תוצאה מחלקת כראוי יש להתייחס למצב החברתי הכולל ולא רק למערכת היחסים הספיציפית. למשל- בהפקעות ניתן פיצויים רק לבעלי קרקעות וחסרי הקרקעות לא יקבלו. לכן יותר נכון להכיל צדק חלוקתי במערכות משפטיות שרואות את כל האוכלוסייה: מיסים, רווחה.
3. **צדק הליכי**- שהאדם יקבל הליך הולם ותקין, תוך קבלת כל זכויותיו. בקיצון, גישה זו מתעלמת מהתוצאה ומצדיקה רק את הצדק בהליך. לכן זו גישה שמתווספת לצדק תוצאתי. למשל: הליך ההפקעה.
4. **צדק מאחה**- בהפקעות זה שיקול משמעותי, משום שזו פעולה עם השלכות רגשיות, פסיכולוגיות וכלכליות. יבוא לידי ביטוי בסעדים ופיצויים, לפעמים יתווספו להליך ההפקעה גם צעדים תומכים השלכות אלו, כמו הסברים ותמיכה.

פיצוי הוא זכות קניינית: פס"ד ארידור- חשין: פיצוי הפקעה אופיים אופי של קניין. פגיעה בהם היא פגיעה ממשית בזכות הקניין של הבעלים.

ארה"ב: החוקה קובעת שהפקעה תהיה בפיצוי הוגן. בימ"ש קבע מהו **מחיר הוגן** = מחיר שוק.

מחיר שוק לא מספיק

לפי צדק מתקן אינו מספיק משום שיש ערכים שלא נכללים בו:

- (1) ערך אישי - לפי תפיסת צדק מתקן צריך לקחת בחשבון. אולם בימ"ש האמריקאי לא כולל אותם במחיר השוק, כי קשה לאמוד אותם: (1) לא תמיד האדם יודע להעריך שווי. (2) יכולים לרמות. האם אפשר ליצור מנגנון שמצד אחד יקבל ערך סובייקטיבי ומצד שני לא ישקר: (גזעון פרחומובסקי ואבי בל) הרשות תציע מחיר שוק ובעל המקרקעין יציע את הערך שלו, או שהרשות תשלם מה שביקש או שתתבטל ההפקעה. הבעלים יציע ערך מתאים משום שהגזמה תגרור ביטול ההפקעה ומס (עירוני תקופתי) גבוה.
 - (2) ערכים סובייקטיבים כלכליים - ערך כלכלי גבוה שנובע מכל מיני נתונים שרלוונטים רק לי בתור הדייר (קרבה להורים)
 - (3) אפקט הבעלות - אדם מייחס יותר ערך לדבר שנמצא בבעלותו. לא בטוח שיש להתחשב בכך בפיצוי על הפקעה משום שהערך המתווסף כאן אינו רציונלי.
 - (4) כשלי השוק המדומיין - מחיר השוק לא מספיק למשל בהפקעה של דירה בשכונת עוני - מחיר השוק לא יאפשר רכישה של דירה דומה שלא תועמד להפקעה בהמשך. ולכן בישראל הפקעת דירה באזורי שיקום מחייבת הצעת דיור חלוף במקום שלא מועד לפינוי, וגם שמירה על בעלות, כלומר פינוי בינוי ולא הפקעה.
 - (5) הוצאות כלכליות נוספות: שמאי, עו"ד, הובלות.
 - (6) פגיעה במוניטין - פגיעה במוניטין ובקהל לקוחות בשל מעבר נכס.
- ** בישראל: הפקעה של קרקע שאינה בית מגורים - מחיר שוק. בית מגורים בשכונה רגילה - הצעת דיור חלוף (ס' 194 לחוק התו"ב), ובשכונת עוני - הצעת חלופה שאינה במקום שמועד להפקעה וגם שמירה על בעלות.**

כיצד נקבע הפיצוי?**פיצוי לפי פקודת הקרקעות**

ס' 12 לפקודת הקרקעות: סטנדרט הפיצוי הוא **מחיר שוק**, ואין משמעות לכך שהקרקע נלקחה בכפייה (כלומר אין מקום לתביעות פגיעה באוטונומיה).

- **פטור לרשות מקומית**: ס' 20 לפקודת הקרקעות מאפשר לשר האוצר שמפקיע קרקע, להפחית רבע מהפיצוי (בשונה מהפטור שהיה קיים לפני התיקון). ס' 13ב(2) לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור קובע שהפטור יינתן רק להפקעה שבוצעה ע"י רשות מקומית, ואז ניתן פטור על רבע. **(חנוך דגן: הקרבה של בעל המקרקעין לקהילה הקרובה שלו + בשל גרעון הרשויות שצריכות להחזיר למדינה את הפיצויים ששילמה לתושבים)**
- **ביטול הפטור או הוספת פיצויים** - ס' 20ג) קובע ששר האוצר יכול לבטל את הפטור ואף להוסיף פיצויים אם ייגרם סבל לנפגעים לאור הנסיבות.

פיצוי לפי חוק התו"ב

ס' 190 לחוק התו"ב: קובע שהפקעות יבוצעו לפי **פקודת הקרקעות**, אלא אם יש הוראה אחרת בחוק התכנון והבנייה. הוראות אחרות:

- **שינוי פטור הפיצויים**: ס' 20 בפקודת הקרקעות שקובע פטור 25% יהפוך לפטור של 40%.

- הגנת יתרת החלקה - לא ניתן להפקיע חלק מחלקה אם הערך של יתרת החלקה יירד לאחר ההפקעה: אם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את הבעלים כראוי על ירידת השווי.

התמודדות עם הפחתת הפיצוי

פס"ד חממי: בימ"ש מפרש את ס' 189 באופן כזה שפיצוי על הפקעה לפי חוק התו"ב יכול להתבע **בהליך דו שלבי**:

(א) **הליך תכנוני- שינוי ייעוד**- הבעלים רשאי לתבוע פיצויים לפי ס' 197: המאפשר פיצוי על פגיעה שנגרמת למקרקעין כתוצאה מאישור תכנית- **גריעה תכנונית**. ← כך יקבל את שווי ירידת הערך (לעומת פיצוי בשלב שני בו שווי הקרקע כבר ירד ב-90% כי עברה לבעלות ציבורית) ולא יחול עליו פטור של 40% (בשונה מפיצוי בשלב ב)

(ב) **שלב קנייני- הפקעה**- הבעלים רשאי לתבוע פיצויים לפי ס' 190 על ערך הקרקע שנשאר, כאן תחול הפחתת פיצוי 40%.

- בנוסף, הסעיף קובע כי בהתבסס על ס' 20 לפקודת הקרקעות, אם נגרם נזק לקרקע, שר האוצר יכול להחליט על ביטול ההפחתה ועל הוספת פיצוי.

התיישנות: אם הבעלים לא תבע את ס' 197 עד שלוש שנים, הוא לא יכול לתבוע. ← המשמעות היא שאז יוכל לתבוע רק לפי השלב השני, כלומר לפי ס' 190.

מתי ראוי להפחית פיצוי?

רציונל ההשבחה:

- פס"ד פיצ'ר: ניתן להפחית פיצוי עד 40% לקרקע שהופקעה בחלקה או בשלמותה ובהפקעה הובילה להשבחה לקרקע. **בעיה**: חל על כלל ההפקעות ללא הבחנה.
- פס"ד הולצמן: **דורנר**: רציונל ההשבחה לא מתיר הפחתה של פיצוי אם הופקעה הקרקע בשלמותה.

וכשאינן השבחה, ונשארת יתרת חלקה:

1. הפחתה לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל: פס"ד רוטמן: כאשר אין השבחה ליתרת החלקה חייב לשלם 100% (אולם הפקודה לא בתוקף).
2. הפחתה לפי חוק התו"ב: פס"ד מסרי: ס' 190(א)2 קובע ששר הפנים יכול להשלים את הפיצוי ל-100%, אולם בשונה מפס"ד רוטמן זה לא חובה אלא משאיר לשר הפנים שק"ד **מתי להפחית את הפיצוי כשאין השבחה לפי שלושה קריטריונים**: (1) כשהפגיעה במקרקעין מינורית (2) הפגיעה מפוזרת על אנשים שונים (3) כשהפגיעה לצורך קהילתי- כלומר, שהצורך לקהילה המצומצמת שלך ולא צורך לאומי, אתה נידרש להקריב יותר. לכן נפחית פיצוי גם אם אין השבחה.
3. הפחתת פיצוי כשההפקעה לפי פקודת הקרקעות: כשאין השבחה ונשארת יתרת קרקע, עוד אין הלכה ולכן במבחן נטען לשתי האפשרויות. ולכן ניתן להפחית פיצוי לפי הפקודה רק במקרים של רשות מקומית (פטור לרשות מקומית עמ' 16).

הצדקות למתן פיצוי

1. **הוגנות**- גישת בימ"ש בישראל ובעולם : אין סיבה שהפרט יישא בנטל בשביל החברה בלי להחזיר לו.
2. **יעילות**- **אשליה פיסקלית**- הרשויות רואים לנגד עיניהם רק את המטרה הציבורית ומתעלמים מההשלכות הכלכליות, ויכולים לעשות הרבה הפקעות בלי להתייחס להשלכות. ולכן יש צורך בפיצוי.
3. **חשש מעיוותים/ השחתה פוליטית**- אם לא היה פיצוי היה שחיתות בהפקעות.

פיצוי בעין

ברירת המחדל היא פיצוי כספי אולם ישנו גם פיצוי בעין :

1. **דיור חלוף**- **חוק פינוי בינוי של איזורי שיקום** (קדם לחוק פי"בי ולא חל יותר) **ס' 39** : קבע שיש להציע דיור חלוף באזור שלא מיועד לשיקום. הוראה מרחיבה : נותנת אפשרות לדיור חלוף לכל מחזיק (גם לא כדין).
2. **שיכון חלוף סביר**- **חוק התו"ב ס' 194** : יש להציע שיכון חלוף סביר למי שהיה גר בבית מכוח זכות בדין או ביושר, או מתן פיצויים להשגת שיכון חלוף סביר.
3. **דוגמה נוספת** : **חוק יישום תכנית ההתנתקות** : באיו"ש לא חל חוק המדינה, אין להם זכויות קנייניות, אלא רק רישיון במקרקעין ולכן נדרש חוק מיוחד. התייחסו לזה כהפקעה אבל נקבעו כמה הוראות לפיצויים מיוחדים. למשל על אובדן הקהילה, אולם איפשרו להם גם **פיצוי בעין** : העתקה קהילתית, לא צלח כי לא הגדירו מהי קהילה.

התיישנות בביעת פיצוי הפקעה

- פס"ד ארידור : לפי ס' 6 לחוק ההתיישנות, שחל גם על הפקעות, תקופת ההתיישנות היא **7 שנים**. היא מתחילה ביום בו נולדה עילת התובענה. **מתי חלה עילת התובענה בהפקעות?**
- **חשין** : מתחילים לספור רק כאשר הרשות מסרבת לשלם את הפיצוי או לא עונה. גישה לטובת הבעלים, משום שהוא יכול להתניע סירוב ובכך מתאפשר לתבוע + מצד שני יכול לעבור זמן רב מבלי שתסרב ולא יוכל לתבוע.
 - **גרונס** : נולדת כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין, ועד אז לא ניתן לתבוע פיצוי. + **זו ההכרעה בד"נ**.
 - **ארבל** : מתחילים לספור כשממושה המטרה הציבורית. עד שמומשה- הבעלים לא יכולים לתבוע פיצוי.

הגנת הבעלות והחזקה

ישנם ארבעה שחקנים :

- (1) **בעלים** - לא חייב בהכרח להחזיק במקרקעין (**לדוג'** : בעלים שמשכיר).
- (2) **מחזיק בפועל כדין** - נמצא במקרקעין בהסכמת הבעלים מכוח זכות קניינית או רישיון.
- (3) **מחזיק בפועל שלא כדין** - משיג גבול, כנס או מאיים להיכנס שלא כדין.
- (4) **בעל זכות להחזיק** - אדם בעל זכות החזקה שאינו מחזיק בפועל (למשל חתם על חוזה שכירות ולא עבר).

בעלות וחזקה במיטלטלין : ס' 8 לחוק המיטלטלין - **סעיפים 15-20 לחוה"מ** יחולו גם על הגנת הבעלות והחזקה במיטלטלין.

מדוע להגן על חזקה?

הרי זה לא בעלות והיא לא מבטאת בהכרח זכות בנכס. הצדקות לפי **ויסמן**:

- (1) **שמירה על הסדר הציבורי**- שימור מצב קיים, מפחית מצבים בהם אנשים פרטים יעשו סעד עצמי של הוצאת אחרים משטחים. אלא הכפפה לבימ"ש שייקבע במקרים אלה. **ביקורת**: משפט פרטי לא אמור להיות אמון על סדר ציבורי.
- (2) **יעילות בהגנה על נכסים**- מאפשר מנגנון קל לזוהות מי הבעלים ולאפשר לו לשמר את נכסיו משום שהוא הגורם שיותר יעיל שימנע תאונות (כמו מונע הנזק הזול).
- (3) **הטלת נטלים**- מטיל על הבעלים גם את נטל ההוכחה- המוציא מחברו עליו הראיה- מי שרוצה להוציא מהנכס צריך להוכיח.
- (4) **ניצול יעיל של נכסים**- מתמרץ אנשים המחזיקים במקרקעין (גם אם לא שלהם) לעשות בו שימוש יעיל, כשהבעלים לא עושים זאת. השאת רווחה מצרפית.

מיהו מחזיק? ס' 15- בעל שליטה ישירה או שליטה ישירה אצל אדם מטעמו.

סילוק מחזיק: ס' 16- שגורם מחזיק במקרקעין לא כדין גם הבעלים וגם המחזיק כדין יכולים לדרוש מביהמ"ש את פינויו.

זכות המחזיק: ס' 17- כל מי שמחזיק במקרקעין (בין אם כדין ובין אם לא) יכול לפנות לביהמ"ש בבקשה להפסיק פלישה.

סעד עצמי

ס' 18 (א): המחזיק כדין יכול להשתמש בכוח סביר על מנת למנוע הסגת גבול.

הצדקות: (1) מענה לאופי האנושי- מערכת המשפט צריכה לתת מקום לטבעו של האדם שבמקרים אלו ירצה להגיב (2) ללא סעד עצמי לא יהיה פתרון אחר (בעיקר מיטלטלין) (3) נוטים לכלל קנייני (קלברזי ומלמד) אדם יכול לעמוד על זכותו הקניינית (לעומת כלל אחריות) ולכן ניתן לו סעד עצמי.

צמצומים לסעד עצמי

1. **הגבלה ב-30 יום לפי ס' 18 ב:** המחזיק בדין רשאי לנקוט בסעד העצמי תוך 30 יום מהפלישה.
2. **תאגידים** לא רשאים לבצע סעד עצמי (אין להם את הצורך האנושי שמצדיק)
3. **מידה סבירה של כוח:** במציאות זה אומר בעיקר הזמנת משטרה ללא צורך בצו בימ"ש.
4. הפסיקה מפרשת את ס' 18 כך שהסעד העצמי יעשה ע"י **המחזיק עצמו**.

התאמות בדינים אחרים:

1. **דיני הנזיקין:** ס' 124(1) **לפקני"ז:** הגנה לתוקף אם פעל בסבירות כדי להגן על פגיעה ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר שהיה נגרם מהתקיפה לבין הנזק שסביר שהוא מנע בתקיפה הוא סביר. ס' 24(2): אם המחזיק, או מי מטעמו, השתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע להיכנס שלא כדין למקרקעין או להרחיקו לאחר שנכנס שלא כדין, בתנאי שקודם ביקש וניסה לתת לו לצאת בדרכי שלום.
2. **דיני העונשין:** ס' 189 **לחוק העונשין:** מאסר למי שנכנס למקרקעין בדרך אלימה, גם אם זכאי להיכנס. ס' 190: מאסר לאוחז מקרקעין של אדם שזכאי להחזיקם עפ"י דין. ס' 447: הסגת גבול כדי לעבור עבירה, דינה מאסר. **תיקון שי דרומי:** הגנה עצמית למי שפועל כדי למנוע כניסה לשטחו.

עונש על סעד עצמי לא כדין:

ס' 19: ביצוע של סעד עצמי שלא כדין 18(ב) (בכוח לא סביר, אין הרשאה לפעול, לא תוך 30 יום) יגרור השבת המקרקעין למחזיק (גם אם שלא כדין). ביהמ"ש יכול לדון בהחזרת המקרקעין ובבירור הזכויות בו זמנית.

פלישה למקרקעין ציבוריים - סעד מדיני ולא עצמי

ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) - פולש שפלש למקרקעין ציבוריים שלא כדין, רשאי הממונה לפנותו בצו.

זמני הצו: הצו צריך להיות תוך 6 חודשים מרגע גילוי התפיסה שאינה כדין (ולא 30 יום כמו שמקרקעין פרטיים מעלה), ולא יאוחר מ36 חודשים מיום התפיסה.
זמני הפינוי: הפינוי יקבע רק לאחר 30 ימים מיום הצו.

סיכום: נבדוק לפי הטבלה + מערכות דינים אחרות

צד א'	צד ב'	ס' 16 - סילוק המחזיק	ס' 17 - זכות למחזיק	ס' 18 - סעד עצמי
בעלים	פולש	V	V רק אם הוא מחזיק בפועל	V רק אם הוא מחזיק בפועל
מחזיק כדין	פולש	V	V	V
בעל זכות להחזיק אבל לא גר בפועל	פולש	V		
מחזיק שלא כדין (פולש)	פולש		V	
פולש	בעלים; מחזיק בפועל; בעל זכות להחזיק			

בעלים נגד פולש

- ס' 16 -** בעלים זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא דין ע"י פניה לביהמ"ש.
- ס' 17 -** הבעלים (אם הוא מחזיק) זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין ע"י פנייה לביהמ"ש בלבד.
- ס' 18(ב) -** הבעלים (אם הוא מחזיק) רשאי לנקוט בסעד עצמי עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי).
- ס' 18(א) -** הבעלים (אם הוא מחזיק) רשאי בעת הפלישה להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה.

מחזיק כדין נגד פולש

- ס' 16 -** זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין ע"י פניה לביהמ"ש.
- ס' 17 -** המחזיק זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין ע"י פנייה לביהמ"ש בלבד.
- ס' 18(ב) -** רשאי לנקוט בסעד עצמי עד 30 יום מהפלישה (ולא מרגע הגילוי).
- ס' 18(א) -** אם הפלישה מתרחשת באותו רגע ולא בדיעבד הוא רשאי להפעיל כוח סביר למניעת הפלישה.

בעל זכות להחזיק (אבל לא מחזיק) נגד פולש

- **ס' 16 -** זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין ע"י פניה לביהמ"ש.

פולש נגד פולש חדש

- **ס' 17 -** זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות חזקה במקרקעין הפסקת כל כניסה או שימוש במקרקעין ע"י פנייה לביהמ"ש בלבד.

פולש נגד בעלים/מחזיק בפועל/בעל זכות להחזיק

- לא עומדים לו אף סעדים או הגנות בחוק.
- ניתן לנסות לטעון כהגנה- רישיון במקרקעין.

דרכי רכישה של זכויות קנייניות

דרכי רכישת זכות קניינית:

1. ירושה - העברה של מקרקעין או מיטלטלין מאנשים שהולכים לעולמם. גם על ירושה קיימות מגבלות,
2. תפיסת חזקה - תפיסת חזקה מעצם ההחזקה בנכס.
3. חלוף הזמן ושימוש שאין עמו חזקה - זיקת הנאה משימוש ממושך ללא התנגדות. השימוש הממושך הוא שיוצר בעצמו זכות קניינית.
4. שיפור נכסי הזולת - העברת בעלות של מיטלטלין בגין חיבורם למקרקעין.
5. עסקה רצונית - כל דבר שמבוצע כעסקה רצונית: מכר, מתנה, שכירות, משכון ועוד.

השתכללות הזכות הקניינית

גם בעסקאות קניין חלים דיני החוזים. אולם חתימה על חוזה לא משכללת זכות קניינית, אלא רק זכות חוזית. המעבר משלב ההתחייבות האובליגטורית לשלב הקנייני משמעותי בכל הנוגע לדיני התחרות וביחס לגורמים שלישיים.

מקרקעין

1. לפני המעבר: התחייבות לעסקה. חלים דיני החוזים. הזכויות הן חוזיות. כל הפרה תוביל לסעדים מתוקף חוק החוזים. בנוסף, עסקה כזו במקרקעין דרושה בכתב (ס'8).
- פס"ד בוקר - כל עוד לא התבצע רישום אין השפעה על צדדים שלישיים.
- פס"ד אהרונב- ברק: אין לו זכות קניינית אבל יש לו יותר מרק זכויות חוזיות. יש לו זכות מעין קניינית. ולכן ישנה השלכה כלפי צדדים שלישיים.
2. המעבר: ס'7 לחוק המקרקעין - קובע כי המעבר מהשלב החוזי לקנייני מתרחש ברישום הזכות בטאבו.

מדוע תמיד ישנו שלב אובליגטורי, קרי פער זמנים בין העסקה לבין הרישום?

- מיסוי ואישורים - (1) מס שבח- משלם המוכר, יש פטורים (2) מס רכישה- משלם הקונה. מיסוי נוסף: ועד בית/ עירייה וכו'. לא ניתן לפתוח תיק בטאבו עד שהוסדרו ענייני המיסים: הפטורים והתשלום, אישורים על תשלום.
- מימון והסרת משכנתאות - הבנק לא יאפשר לבצע את העברת הנכס כשיש עליו משכנתא, המוכר יוכל להסיר את המשכנתא רק לאחר קבלת כסף מהקונה שיועבר רק לאחר חתימת חוזה. גם בשביל קבלת משכנתא צריך להציג חוזה.

פתרון: הערת אזהרה

מתנים את העברת התשלום הראשון ברישום הערת אזהרה. זוהי לא זכות קניינית אבל מטרותיה: (1) מעין תמרוז אזהרה שמהיר אחרים מעשיית עסקה בנכס (ב) בטוחה שניתנת לרוכש בעבור הסכומים שהשקיע בינתיים, שאם הבעלים ירצה לעשות משהו בנכס דרוש אישור של הרוכש, שיכול למנוע ממנו לבצע עסקאות אחרות.

אי רישום הערת אזהרה מצד הקונה עלולה להיתפס כחוסר תום לב אשר יביא להפסד בתחרות. כיום, לא ניתן לבצע רישום ללא אישור בעל הערת האזהרה.

זכויות קנייניות המתקבלות ללא רישום: יש מקרקעין שמקנים זכויות קנייניות ללא צורך ברישום (ללא צורך בס"7) וביצוע עסקה. זכויות אלה נוצרות ישירות עפ"י חוק: זכות קדימה, זיקת הנאה מכוח שנים ועוד.

מיטלטלין

כל חפץ מוחשי שאינו מקרקעין, גם כאן ישנם 2 שלבים: (1) אובליגטורי; (2) השתכללות הקניין.

המעבר מהשלב החוזי לשלב הקנייני: **העברת החזקה במיטלטלין**. ס"33 לחוק המכר - הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אלא אם הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברתו.

כלומר: **שלב חוזי** - אם לא נעשה המסירה, המיטלטלין בבעלות הבעלים הקודמים. **שלב קנייני** - נעשתה המסירה, המיטלטלין בבעלות החדשה. ** אלא אם נקבע מועד אחר למעבר הזכויות.

זכויות

כל דבר שאינו מקרקעין או מיטלטלין (כולל מקרקעין שאינם רשומים).

ס' 4 לחוק המכר: קובע שהחוק (שחל על מיטלטלין) חל גם על זכויות בשינויים המחויבים.

המעבר מהשלב החוזי לשלב הקנייני: כמו מיטלטלין, חל ס"33 לחוק המכר: מועד המעבר הוא במסירת הבעלות, אולם משום שמדובר בזכות, הוא מועד כריתת ההסכם. אלא אם נקבע אחרת ע"י הצדדים (התנו על כך).

קניית דירה מקבלן

בין הצדדים ישנם **פערי כוחות ומידע**. ישנן סיבות רבות בגינן הקונה הפשוט יכול להתבלבל: הצפת מידע, מסגור, שגיאה הסתברותית, קושי לתפוס מידע אמורפי (על הנייר).

התמודדות עם פערי הכוחות

ליקויים קוגניטיביים: (1) **הצפת מידע** לאדם הפרטי (2) **מסגור** - מסגור החוזה הוא בידי הקבלן שקובע את הפרקים, הסעיפים וכו'. לעומת קנייה יד 2 מאדם פרטי בו הצדדים שווים מעמד בקביעת החוזה. (3) **שגיאות הסתברותיות** - האדם הפרטי יתעסק ביתר שאת בפיצוי על דברים שאמנם בעלי סבירות גבוהה אך עם נזקים זניחים, אבל פחות דואגים להגן מנזקים חמורים יותר כמו פשיטת רגל של הקבלן. (4) **מידע מוחשי ולא מוחשי** - יש מידע לא מוחשי עבור הקונה שלא מבין בכל מיני נושאים, אך זה בעל השלכה כלכלית גדולה.

הסדרים משפטיים רלוונטיים: (1) חוק המכר דירות - עוסק ב**חובות הגילוי** של קבלן לרוכשים; (2) חוק המכר הבטחת השקעות - נועד לתת **בטוחות** כלכליות לקונה.

רוכש פרטי ורוכש עסקי: פס"ד מטרי (מקרה חפציבה) - שני החוקים הללו הם חוקים צרכניים שנועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי המחפש קורת גג, ואם צריך לתעדף בין רוכש פרטי לבין רוכש עסקי, נבחר ברוכש הפרטי, בשל היות החוקים דיניים צרכניים וגם אם החוק יוצר עבורם את אותה ההגנה, המערכת החוזית אינה שוויונית.

**** קבוצות רכישה** לא נכנסות לחוקים אלה משום שלא מדובר ברכישה מקבלן, אלא בנייה עצמית לכן אין להם הגנה כלכלית למרות שמתקיימים כל הרציונליים להצדקת ההגנה. עם זאת, הרשות תתערב ותחיל את החקיקה במקרים בהם המארגן הוא שמכריע בפרויקט בעצמו ועל כן יש לראותו כמוכר דירה.

חובות גילוי

- **המטרה של החוק** - להביא לידיעת הקונה את כוונותיו האמיתיות של המוכר על מנת להתגבר על הליקויים, פערי ידע וכוח: בניסוח החוזה ומיקוח. (פס"ד שמעונוף).
- **מה כוללת חובת הגילוי?**
 - (1) מפורט (ס'2)
 - (2) בהיר, ברור ומסודר (פס"ד שמעונוף)
 - (3) במועד כריתת החוזה (למרות שגם זה תיאורטית לא כ"כ הוגן שרק אז יקבלו מפרט).
- ← ס'2 - מחייב לצרף לחוזה מפרט והוראות תחזוקה ושימוש, ולחתום עליהם. על כל שינוי/תיקון במפרט שני הצדדים צריכים לחתום.
- ← ס'3 - המפרט יהיה בטופס שקבע השר. יכול מחירון של דברים ברי-ויתור עליהם ניתן לוותר תמורת הנחה.
- ← 6(א) - מחויב להבהיר במידה וביצע הצמדות והוצאה של חלקים מהרכוש המשותף
- **אי מילוי חובת גילוי:** ס'4 - הקבלן לא עמד בהתחייבות אם: נתגלה שינוי מהמפרט, אי התאמה, אי התאמה יסודית או אי מסירת פרטים (לפי התנאים המפורטים בסעיף 4 - **לקרוא**)
הדין:
- 1. ס'5(א) ו(ב) - דינו של מוכר שלא מסר מפרט/ המפרט לא כדין - מחויב לרמת איכות הכי גבוהה.
- 2. ס'6(ב) - יראוהו על אף האמור בחוזה המכר, כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו עניין יחולו על הבית המשותף, כלומר מחויב להוראות התקנון המצוי ולא התקנון שהוא קבע.
- ← רלוונטי **לקבלנים שמשאירים דירות ברשותם** ולא מודיעים על הצמדות לדירותיהם, לא חלה חובת הגילוי ונחיל תקנון מצוי.

בטוחות

- בטוחה היא ערבות שנותן הקבלן כדי להבטיח את ההשקעה של הקונה ברכישת הדירה, משמשת בתקופה שבין חתימת החוזה ועד השתכללות הקניין (רישום בטאבו). לאחר הרישום - חלה תקנת השוק בלבד.
- ס'2 לחוק המכר דירות (הבטחת השקעות) - הקבלן מחויב להעמיד בטוחה אחרי ששולמו 7%.
- חוק המכר להבטחת השקעות חל:**
1. **רק על עסקאות לרכישת דירה** (הגדרת דירה יכולה להיות למגורים, עסק או לכל צורך אחר)
 2. **מכירה** - גם חכירה לדורות
 3. **רכישה מקבלן** - ולא בנייה עצמית (ובתוכה גם קבוצות רכישה) ורכישה יד שנייה.
- האם כפיית בטוחות מוצדקת?** זה עולה כסף לקבלן והעלות הזו מגולגלת למחיר הדיור בארץ. כלומר החוק מחייב אנשים לבטח את עצמם

למה צריך בטוחות? (1) בעיות כלכליות של הקבלן (פשיטת רגל) שלא ידועות לרוכש. (2) בעיות קנייניות- הרבה פעמים הקבלנים הם לא הבעלים של הקרקע- עסקאות קומבינציה בהן הקבלן מוכר לרוכשים זכויות קנייניות שכרגע אין לו, ז"א שיש להם רק זכויות חוזיות. מטרת הבטוחה לבטח מבעיות בחוזה בין בעלי הקרקע לקבלן.

ס'2: חמישה סוגי בטוחות:

בטוחות פיננסיות (מבטיחות רק את הכסף)

1. ערבות בנקאית- ס'2(1)- הכלי הכי נפוץ, הרוכשים מפקידים כסף בחשבון הפרויקט בתמורה לערבות בנקאית. לקבלנים עולה כסף ולכן מגולגל למחיר הדירה.

← בימ"ש מחיל חובה של ליווי פיננסי בשיטת השוברים, ובעקבותיו גם המחוקק ס'3ב (ג). מטרה: מתן ערבות ספציפית על כל תשלום וביטול החשבון המיוחד.

2. ביטוח- ס'2(2)- בטוחה פיננסית שניתנת ע"י חברות ביטוח. במקום שטר ערבות מקבלים פוליסת ביטוח. הבטוחה אינה קניינית ולא מקנה פיצוי במקרה ואין עמידה בסטנדרט החוזה.

בטוחות קנייניות (מבטיחות גם סעדים על חוזה)

3. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה- ס'2(3)- הקבלן רושם משכנתא על הקרקע לטובת הרוכשים כך שבמידה ויפשוט רגל יפרעו מהקרקע.

4. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש- ס'2(5) - הקבלן רושם חלק יחסי מהקרקע על שם הקונים.
← 3+4 אינן בטוחות מעשיות: לרוב הקבלן אינו בעל הקרקע. (1) לא סביר שהבעלים יאפשר רישום כזה (2) לא סביר שהבנק יסכים לרשום משגנתא ראשונה על שם הרוכשים ולא על שמו (סדר נשייה).

5. רישום הערת אזהרה לטובת הקונה- ס'2(4)- לרוב הבעלים לא יסכימו לרשום ה"א בשלבים ראשוניים כדי להימנע מדין וחשבון לרוכשים במקרה של חדל"פ הקבלן. יעדיפו ערבות בנקאית שלא יוצרת זיקה קניינית. בנוסף, פס"ד דרך התאנה - ביהמ"ש לעיתים יסיר הערות אלה.

חובת המוכר: ס'2 (א) (1)- חובת המוכר לידע את הקונה בכתב על זכויותיו לקבלת בטוחה וכן לידעו אם הפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי, עד למועד החתימה על חוזה המכר (חקיקה שתוקנה עקב פרשת חפציבה).

חובת הבנק: ס'3- חובה על הבנק/הגוף שנותן את ההלוואה להודיע בכתב לקונה על זכויותיו וכן להעביר את כספי ההלוואה לקבלן רק לאחר שוידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה (חקיקה שתוקנה עקב פרשת חפציבה).

דיני תחרויות

זכויות + מקרקעין לא רשומים	מיטלטלין	מקרקעין	בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקלולא מובטח
אהרונוב – בעל התחייבות בעסקה זוכה.	אהרונוב – בעל התחייבות בעסקה זוכה.	אהרונוב – בעל התחייבות בעסקה זוכה. *לאחר גנו, הלכת אהרונוב נשארה רשף- אם מדובר בבעל התחייבות מקצועי, הוא לא גובר.	
ס' 12 לחוק המיטלטלין מכוח ס' 13 לחוק המיטלטלין	ס' 12 לחוק המיטלטלין - הראשון בזמן זוכה אלא אם השני: (1) קיבל את המיטלטלין; (2) שילם תמורה; (3) תו"ל.	ס' 9 לחוק המקרקעין + פס"ד גנו- אם הראשון בזמן לא רשם ה"א, השני בזמן גובר גם אף לא מילא את שלושת התנאים (למעט סייגים).	עסקאות נוגדות : בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה
ס' 4 לחוק המחאת חיובים. הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני	ס' 34 לחוק המכר.	ס' 10 לחוק המקרקעין - המקרקעין יינתנו למי שהסתמך בתו"ל על מרשם שיש בו טעות והשלים את התמורה עבור הנכס. לשים לב למקרים של הסתמכות על הערת אזהרה.	תקנת שוק בעלים מקורי מול רוכש בתום לב

**** טבלה מלאה בעמ' 34

רקע

תחרויות הן סיטואציה שמתרחשת בחיים השיגרתים בה המערכת המשפטית מתלבטת למי להעניק את הנכס. איזה צדדים נבדוק? הגישה הקלאסית לדיני תחרויות מדברת על מצב בו ב' מוכר את הדירה שלו לא' ולאחר מכן מוכר את הדירה שלו לג' - עסקאות נוגדות. כלומר, דיני תחרויות הקלאסיים היו בתפיסה שהזכות של א' וגי' תוכרע על בסיס הזכויות שיש להם מול ב' - שתי תביעות נפרדות. הגישה המודרנית: בשלב מסוים הגיע מאוטנר והציע להוציא את ב' מהתמונה, יש פה תחרות בין א' לג' בה ב' פחות רלוונטי כי לרוב אינו נוכח. מערכת דיני התחרויות היא מערכת כללי Ex post שמטרתה להתמודד עם התאונות שלא הצלחנו למנוע.

מושגים:

(1) תום לב-

- א. אובייקטיבי- כיצד היה פועל אדם סביר בנסיבות
- ב. סובייקטיבי- האם האדם הספציפי פעל בתו"ל

(2) תמורה-

- א. תמורה כלשהי- כל תמורה שנתת
- ב. תמורה בת ערך/ שוות ערך- תמורה מלאה לנכס

תחרות- תאונה משפטית (מאוטנר)

3 כללים למזעור תאונות (שיקולים כלכליים להכרעה בתחרות):

1. **מניעת התאונה - ex ante** - שיקולי **צדק מתגמל**, נתגמל מי שפועל בצורה מסויימת למניעת התאונה, כלומר נתגמל מי שפעל **בתו"ל** (כמו מונע הנזק הזול).
2. **מזעור עלויות התאונה + התנהלות מערכתית - ex post** - **עדיין יתקיימו תאונות לכן נפעל למניעתן גם לאחריהן: ex post**, **שיקולי צדק חלוקתי** - לפי שיקול התמורה נטיל את הנזק באופן יעיל לפי מי שנפגע יותר "מאזן מצוקה".

שיקולים להכרעה בתחרות (לא רק שיקולים כלכליים):

1. **אחריות חברתית** - האם לבעל הקניין יש אחריות לגבי אנשים אחרים
2. **צדק חלוקתי** - בעיקר בהקשר של בין בני זוג, נטיל חובות גדולות יותר על נושה מוסדי לעומת אדם פרטי.
3. **תיאוריית האישיות** - למי מהצדדים יש יותר זיקה לנכס

!! שלבים מקדימים !!

• **זיהוי התחרות והשלב בהשתכללות הזכות הקניינית:**

1. **בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**
2. **עסקאות נוגדות** - כאשר אנו נמצאים **בשלב החוזי**. התבצעה עסקה אך טרם השתכללה הזכות הקניינית.
3. **תקנת שוק** - כאשר אנו נמצאים **בשלב הקנייני**. כאשר השתכללה זכות קניינית לשני הצדדים (מבחינתם).

← ואפילו אם לא השתכללה ע"י רישום אלא גם באמצעות ה"א (פס"ד מורדכיב, בנושא תקנת שוק)

- **זיהוי המשאב:** מקרקעין רשומים, מטלטלין, זכויות (מקרקעין לא רשומים).
- **האם השתכללה הזכות:** לפי נושא: השתכללות הזכות הקניינית, עמ' 21-22.

תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**במקרקעין**

מקרה בו אדם רכש נכס אך טרם ביצע רישום (**הזכות הקניינית לא השתכללה**) ומגיע נושה של המוכר ורוצה לעקל את הנכס.

- **מיהו נושה?** יכול להיות נושה רצוני או לא רצוני. פרטי או מקצועי (למשל בנק, הסבר מטה). התחרות לא מתקיימת מול נושה מובטח משום שיש לו זיקה בלתי אמצעית לנכס, רק מול לא מובטח.
- **עיקול** זו אינה זכות קניינית בנכס, אין זיקה בלתי אמצעית לנכס, אלא רק דרך להיפרע באמצעות הנכס.

אם יש הערת אזהרה על הנכס-

1. אם לבעל התחייבות לעסקה רשומה הערת אזהרה על הנכס, הזכות של בעל התחייבות לעסקה גובר על המעקל - פס"ד רוזובסקי.
2. **127(ב)** - כל עוד נרשמה הערת אזהרה ע"י בעל התחייבות לא ניתן להטיל עיקול.
3. פס"ד אהרונוב - בכל מקרה גובר בעל התחייבות, בלי קשה לה"א, (מטה)

אם אין הערת אזהרה:

בעבר – פס"ד בוקר (1971) – בלי רישום יש רק זכות חוזית מול המוכר. לפיכך, הנושה המעקל יהיה זה שיזכה בתחרות - מכניס את שיקולי מונע הנזק הזול.

היום:

1. פס"ד אהרונוב: בעל ההתחייבות לעסקה גובר, ללא צורך בה"א.

• **ברק וחשין**: גם אם לא רשם ה"א, בעל ההתחייבות גובר: אין קשר לקיום ה"א, אלא ישנן זכויות שונות: עפ"י ס' 9: לבעל התחייבות זכות מעין קניינית משום שהוא הראשון בזמן, ולכן הוא גובר על נושים אחרים (שלהם יש רק זכות חוזית רגילה).

• **שטרסברג כהן**: בד"רכ בעל ההתחייבות יזכה גם אם אין הערת אזהרה. אין להחליט רק לפי קיום ה"א או לא (יעילות ex ante - מונע הנזק הזול), זו רק אינדיקציה. יש לשקול בנוסף שני נימוקים: (1) **טיב הזכויות- תיאוריות אישיות**: זכות מהותית על הנכס המסויים לבעל ההתחייבות מול זכות דיונית למען פירעון לנושה. (2) **מאזן המצוקה- זהות הצדדים**: יש צד חלש שהשפעת ההפסד עליו היא דרמטית (אדם פרטי מול בנק).

אם שולמה רק חלק מהתמורה (1) שטרסברג כהן- נחזור לדיני היושר האנגליים: יקבל את החלק היחסי עליו שילם. (2) **ברק וחשין**: הראשון עדיין זוכה, אין קשר בין התמורה לזכייה. עליו להשלים את שארית התמורה ולכן הנושה לא בהכרח יפסיד הכל.

2. פס"ד בנק המזרחי: **חיזוק לאהרונוב**: רקע: גנו (בעסקאות נוגדות) קבע שהראשון בזמן גובר רק אם רשם ה"א, אהרונוב קבע הראשון גובר ללא תלות בה"א. **כאן**: בתחרות של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל לא נדרוש ה"א כתנאי לניצחוננו של הראשון, כלומר גנו לא חל בסוג תחרות זה. **מדוע? (1)** בשל ההצדקות שהציגה **שטרסברג כהן** בפס"ד אהרונוב (טיב הזכויות וזהות הצדדים). (2) מוסד העיקול לא מהווה עסקאות נוגדות. (3) אין הסתמכות של הנושה על נכס ספציפי. (4) עוצמת האינטרס של המעקל בנכס.

3. **נושה מקצועי**: פס"ד רשף - מאמץ את דעת המיעוט של **שטרסברג כהן** באהרונוב (מאזן המצוקה). גם אם לבעל ההתחייבות יש זכות מעין קניינית, כאשר מדובר בנושה מקצועי ובעל יכולת להביא לרישום, נטיל עליו חובת אמון מוגברת, ונראה באי הרישום בעיה בתום ליבו. כלומר, נושה חלש יגבר על בעל התחייבות חזק.

מיטלטלין וזכויות

פס"ד אהרונוב- אמנם עוסק במקרקעין אך בימ"ש מחיל אותו גם על מיטלטלין וזכויות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל ללא צורך בה"א.

עסקאות נוגדות

מקרה בו שני אנשים רכשו וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים את אותו הנכס. רק במצב בו **הראשון עוד לא שיכלל את זכות הקניין** שלו והוא עדיין בשלב האובליגטורי.

לזהות את הצדדים - לציין מי הראשון בזמן ומי השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה (לוודא כי אלו עסקאות מאותו סוג הנוגדות אחת את השניה).

מקרקעין**מהי עסקה במקרקעין?**

- עסקה במקרקעין היא הקניית בעלות או כל זכות אחרת במקרקעין (ס'6 לחוק).
- לבחון עמידה בדרישה הצורנית (ס'8) - אם לא נתון מידע להניח שכן.

הכלל

ס'9 לחוק - הראשון בזמן גובר **אלא אם** (1) פעל בתום לב (2) שילם תמורה (3) העסקה לטובתו נרשמה (ואז שיכלל את הזכות הקניינית), ואז השני יזכה. **(תנאים מצטברים)**.

(1) **תום לב** - מתבטא בירידה אל השטח, בדיקת המרשם ואי ידיעה על הקודם בזמן. פס"ד ורטהימר - רוכש שני בזמן שלא היה תם לב יפסיד בתחרות אף אם שילם תמורה.

(2) **תמורה** - על התמורה להיות "בת ערך", לדעת המרצה מעל 50% משווי הנכס יחשב תמורה.

(3) **רישום** - רישום הבעלות בטאבו, על רישום זה להיעשות בתום לב.

האם רישום ה"א על ידי השני מספיק כדי להיות רישום כאשר מתקיימים שני התנאים מעלה? הכלל הוא שלא אולם, פס"ד גנז - **(פרוקציה במיעוט)** - הערת אזהרה שנרשמה ע"י השני יכולה להוות רישום לצורכי ס'9 במצבים מסויימים, כי המטרה היא הפומביות של הרישום (ולכן ה"א מספיקה).

ואם ניתן לרשום ה"א

1. פס"ד גנז: אי-רישום הערת אזהרה עשוי להעיד על חוסר תו"ל של הראשון. למעט 3 סייגים בהם יזכה הראשון גם בלי רישום ה"א:

א. אי הרישום נעשה בתום לב (1) בעל מעביר לאשתו נכס ולא נרשמה הערה, או (2) שפיזית לא ניתן היה לרשום (שביתה בטאבו)

ב. אין קשר סיבתי בין חוסר רישום ההערה להחלטת הצד השני להתקשר בעסקה - כלומר לצד אי הרישום, השני פעל בחוסר תו"ל.

כלומר, גם אם השני בזמן לא מקיים את התנאים של ס'9, הוא עדיין זוכה בתנאי שהראשון יכול היה לרשום ה"א ולא עשה זאת (מונע הנזק הזול וחוסר תום לב של הראשון).

2. פס"ד ביאד - נוכח הקלות בה ניתן לרשום ה"א, נפרש את ההלכה בהרחבה, לפיה יש להטיל את מלוא האחריות על הראשון שלא רשם, כלומר נפרש את הסייגים בצמצום.

** בנק עם משכנתא לא רשומה - הוא בעל התחייבות לעסקה ולא נושה מעקל, שכן ע"פ ס'4 לחוק המשכון ישנה חובת רישום משכון.

** בתחרות בין 2 אנשים **שנרשמה לטובתם זיקת הנאה** לציין שאין בהכרח תחרות ותלוי מה הזכות אותה מעניקה הזיקה. ראו זיקת הנאה עמ' 38.

מיטלטלין

מקרה בו שני אנשים רכשו אותם מיטלטלין לא רשומים וביהמ"ש צריך להכריע למי אנו נותנים את אותו הנכס (רק כאשר המיטלטלין עוד לא הועבר לידי **הראשון**, הוא בשלב האובליגטורי, כלומר לא השתכללה עוד זכות קניינית).

← להבין מי הצדדים - לזהות את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעה כל עסקה ולוודא שהעסקה היא על אותו מיטלטלין.

הכלל: 12 ס' לחוק המיטלטלין - הראשון בזמן זוכה בתחרות, אלא אם השני בזמן: (1) קיבל את המיטלטלין (העברת בעלות); (2) בתום לב; (3) תמורה. אז הוא זוכה בתחרות על פני הראשון.

1. **השלמת הקניין** – כמו בס' 33 לחוק המכר - מועד העברת הבעלות והשלמת הקניין הוא במסירה הפיזית אלא אם הצדדים התנו אחרת.
2. **תום לב** - סובייקטיבי בלבד.
3. **תמורה** - התמורה צריכה להיות בת **ערך ממשי או שינוי מצב לרעה** עקב הקניית התמורה. תמורה חלקית לא תספיק כאן.

למה השני בזמן זוכה אם כל התנאים מתקיימים? כי מסתכלים על הראשון כמנוע הנזק הזול, הוא יכול היה למנוע את המצב אם היה משלים את הקניין. אבל לא נחייב את הראשון בפעולת בתו"ל כמו בגנו, כי אין במיטלטלין מוסד רישומי או אפשרות להצהיר על חזקה כתו"ל, אלו יפגעו בשוק.

זכויות ומקרקעין שאינם רשומים במרשם

פס"ד ריינס: אדם (א') המבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר (ב') לאדם שלישי (ג') – מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה.

13 ס' לחוק המיטלטלין - מחיל את 12 ס' על זכויות בשינויים המחייבים. **השינוי המחייב:** אין מסירה של הקניין (הזכות), אלא מועד השתכללות הזכות הקניינית הוא כריתת חוזה.

לפי ס' 12+13: בעסקה נוגדת בזכויות, הראשון בזמן זוכה אלא אם השני התקשר בעסקה: (1) קיבל את הזכות-חזקה והשתכללות זכות קניינית (נעשית בחוזה או לפי התנאה בחוזה). (2) היה תם לב- סובייקטיבי (3) שילם תמורה- ערך ממשי או שינוי מצב לרעה.

תקנת השוק

מקרים בהם **הראשון בזמן שיקלל את הזכות הקניינית** ולמרות זאת, הנכס נמכר ע"י המוכר לאדם נוסף. פה אין עסקאות נוגדות כי הראשון השלים את הקניין ולשני בזמן אין זכות. עם זאת, הוא עדיין בתמונה ושילם בתום לב. אנו מתמודדים עם סיטואציות אלה באמצעות **תקנת שוק**.

מקרקעין

בתקנת שוק במקרקעין יש לנו לפחות שלושה גורמים- בעלים, לא בעלים שמוכר את הנכס, רוכש. רוכש יטען לתקנת השוק כאשר הנכס נרכש בתום לב ממי שאינו הבעלים.
שונה מעסקאות נוגדות? כאן התחרות היא בין שני גורמים שמבחינתם **השלימו** באופן מלא את הרכישה.

10 ס' לחוק המקרקעין - מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים (1) בתמורה (2) ובהסתמך על הרישום (3) בתום לב, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.
הרציונל: למנוע פגיעה באמינות המרשם.

(1) **הסתמכות על מרשם** – כלומר טעות בשל רישום שגוי של הבעלים במרשם (למשל כי המתחזה שינה את המרשם), ולא טעות שנגרמה מהסתמכות על מסמכים חיצוניים לו (יפוי כוח, שטרי מכר, תעודות) פס"ד אדלר, פס"ד מינץ. אם זה לא ממרשם, אין תקנת שוק.

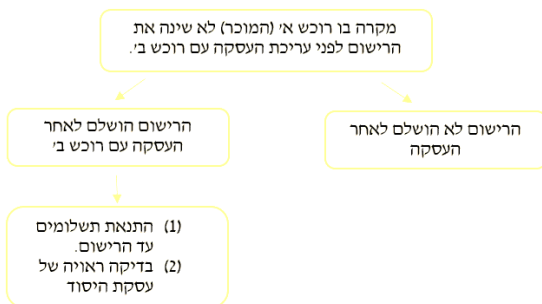
- פס"ד להיגי - מרשם שגוי בשל זיוף יביא לתחולת תקנת השוק. (המשד בעמ' הבא)

- פס"ד מינץ - אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק על הסתמכות בתו"ל על הערת אזהרה, (פירוט מטה פס"ד מורדכיוב)
- (2) **תום לב** - פס"ד מורדכיוב - נדרש תום לב סובייקטיבי, ולא תו"ל אובייקטיבי (לא סטנדרט חיצוני) בוחנים אם (1) בנסיבות המקרה הבן אדם ידע או (2) עצם את עיניו (עצימת עיניים לא תאפשר את הגנת התקנה). פס"ד סונדרס;
- מינץ - תום לב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום.
- (3) **תמורה** - תמורה בת ערך שמשקפת שווי יחסית משמעותי מהעסקה.

במבחן! חשוב להדגיש כי מפיקעים קניין של אדם (הבעלים) למרות שאין אשמה בהתנהלות שלו. אנחנו לא דורשים מאדם להיכנס למרשם כל כמה זמן ולבדוק שהוא עדיין הבעלים. לכן, ע"פ ביהמ"ש יש לקיים בצורה מאוד דווקנית את כל התנאים של הסעיף, כי פוגעים באדם למרות שהוא היה בסדר.

הסתמכות על הערת אזהרה: נחזה לבעלים (לא שינה מרשם) ← רוכש א' (רשם לטובתו הערת אזהרה ועל בסיסה מכר ל) ← רוכש ב'. עולה השאלה מה קורה אם הנכס עבר מא' לב' כאשר המרשם היה תקין אך לרוכשת א' הייתה הערת אזהרה? פס"ד מורדכיוב - רמאי מבצע עסקה מול רוכש א' שרושם הערת אזהרה ומוכר את הנכס לב'. הבעלים המקורי מגיע ותובע את השבת הדירה, האם חלה תקנת השוק? עצם העובדה שרוכש ב' קנה על בסיס הערת אזהרה בלבד (המרשם תקין) אינה פוסלת את האפשרות שהוא ייהנה מתקנת השוק.

יש חשיבות לשאלה האם רוכש א' השלים את הרישום לאחר המכירה: (+) אם הרישום לא הושלם לאחר העסקה - רוכש ב' לא ייהנה מתקנת השוק. כי לא היה פגם ברישום בשום שלב. (+) אם הרישום הושלם לאחר העסקה - רוכש ב' ייהנה מתקנת השוק בעמידה ב 2 תנאים: (1) רוכש ב' התנה את התשלומים עד הרישום - אם אין התניה הוא לא ייהנה מהתקנה; (2) רוכש ב' עשה בדיקה ראויה של עסקת היסוד - יש לבחון את העסקה הראשונית בין הבעלים המקורי למי שעל שמו הערת האזהרה.



זכויות ומקרקעין לא רשומים

מקרה בו לאדם אחד הייתה זכות והוא המחיה אותה לשני אנשים שונים - **לשניהם השתכלל הקניין** על זכות הזו (גם אם לא הייתה קבלה בפועל) והם בתחרות. (בזכויות השלב החוזי והקנייני הם בדרי"כ בו זמנית).

← להבין מי הצדדים - רוכש ראשון בזמן ורוכש שני בזמן. לוודא שזה אותו סוג עסקה.

הכלל: ס' 4 לחוק המחאות חיוביים - הראשון בזמן זוכה, **אלא אם** הודיעו לחייב על הזכות של השני לפני הראשון ואז השני זוכה. **מי שהחייב (כלומר מי שמעביר את הזכויות) יודע עליו ראשון הוא הזוכה בתחרות.**

הרצינות: לתמרץ את הראשון בזמן (מונע הנזק הזול) להודיע לחייב שהוא קיבל את הזכות או ללכת לממש אותה - העברת מידע מהירה. כדי למנוע מצב שאנשים יפחדו לקחת הלוואות ויפגע השוק התקין.

האם אי רישום מקרקעין לא רשומים במרשם פרטי (אחר שאינו טאבו) על ידי הראשון מהווה חוסר תום לב?
 אמנם אין מרשם על זכויות אך לפעמים מקרקעין ל רשומים יכולים להירשם במרשם פרטי. האם במצב זה יש להחיל את הלכת גנו, שקבעה כי אי רישום ה"א יהווה חוסר תו"ל? **מצא**: מי שלא רשם באחת מהאפשרויות (רישום בספרי החברה המשכנת, רישום במינהל, רישום אצל הקבלן, הערת אזהרה)- הדבר עשוי להשפיע על תוה"ל האובייקטיבי שלו. (צ"ע)

(1) **במקרקעין לא רשומים החייב הוא המנהל.** הראשון שהודיע למינהל על הבעלות שלו במקרקעין הלא רשומים-הוא הזוכה.

מיטלטלין

מקרה של תחרות בין שניים על מיטלטלין כאשר שניהם נכנסו לשלב הקנייני.

במבחן! לציין כשמדובר במיטלטלין המטרה שלנו בתקנת השוק היא לשמור על חיי מסחר תקינים. הזכות הקניינית מתגבשת לפי ס' 33 לחוק המכר במועד כריתת ההסכם שהוא גם מועד המסירה, אלא אם הצדדים קבעו ביניהם מועד אחר.

ס' 34 לחוק המכר: הקונה גובר אם התקיימו כל התנאים (מצטברים):

- נמכר**: ע"פ ס' 1 לחוק המכר מכר הוא "הקנייה של נכס תמורת מחיר". כלומר לא מתנה או העברה בחינם.
 - צריכה להיות **תמורה בת ערך**.
 - **מתי נבחן את התמורה?** פס"ד כנען – **ברק** יש פער גדול במאזן המצוקה (שנוצר בגלל כשלון התמורה), לכן נחשב את התמורה ה"ממשית" לנכס לפי ערכו האמיתי (כלומר בדיעבד ולא על התמורה בעת הרכישה). **לוי וואנגלרד (מיעוט)**- אין למדוד את התמורה בדיעבד, אלא לפי אמונת הצדדים לחוזה בעת עריכתו.
- ← אם אין פער במאזן המצוקה, נחשב את התמורה בשווי שלה לפי אמונת הצדדים, משום שאין כשלון תמורה שמוביל לפער במאזן.
- נכס נד (מיטלטלין)**: רק מיטלטלין מוחשיים.
- נמכר ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**: קנייה מאדם פרטי אינה מהווה קנייה "ממוכר" ולכן תקנת השוק אינה חלה עליה.
 - **זמיר- הרציונל**: תנאי אובייקטיבי שמטרתו לסייע בבדיקת תו"ל של הקונה- הוא תם לב אם רצה לעשות עסקה עם מומחה ולא אדם אקראי.
 - **חנוך דגן**- המטרה היא לתמרץ את הסוחרים שיכניסו לשוק רק אם הם מומחים ומקצועיים במוצר, כי אחרת יודעים שלא יקנו מהם.
 - **מתי נבחן את סוג הנכס?** פס"ד כנען- בשל מאזן המצוקה, ניתן לבחון את סוג הנכס, כפי שהוא באמת (ובדיעבד) ולא לפי איך שראו הצדדים בעת הרכישה. **טירקל**: קבע שיש לבחון את סוג הנכס כפי שנראה בעיני המוכרת והקונה ובעיני כל אדם, ולא לפי טיב הנכס האמיתי (לא בדיעבד).
- המכירה במהלך העסקים הרגיל של המוכר**: מתייחס לשעה, מיקום, דרך ביצוע העסקה. מטרה: לוודא תו"ל של הקונה: אם אין נסיבות מחשידות כנראה שפעל בתו"ל.
- הקונה קנה וקיבל את הנכס**: חייב להשתכלל קניין: מיטלטלין משתכלל בהעברת הנכס והחזקה לרשותו של הקונה (או אחר מטעמו), **אלא אם** הותנה אחרת בחוזה!

6. **קיום תו"ל**: סובייקטיבי: לא ידע על העסקה וגם לא עצם עיניים. צריך לחול בכל השלבים מעת כריתת ההסכם ועד שלב המסירה והתשלום.

- פס"ד רוזנשטרייך - לא מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית (היה עליו לדעת, תו"ל אובייקטיבי).
- כנען - ברק: החלת חובת תו"ל אובייקטיבי גם לאחר העסקה (פירוט כאן מטה).

כנען - פתרונות חיצוניים לתקנת השוק לצורך הכרעה בתחרות:

- **טעות משותפת**: ברק ואור - דיני טעות משותפת (חוזים) - החוזה ניתן לביטול.
- **דרישת תו"ל אובייקטיבי - ברק** - החלת חובת תום לב אובייקטיבי - תום הלב חל גם לאחר שהחוזה הסתיים. אם צד אינו מבטל את החוזה במקום שראוי היה לבטל, הוא לוקה בחוסר תום לב ולכן ניתן לבטל את החוזה ללא רצונו.

במבחן! לבדוק האם אלה טעויות כדוגמת כנען. במידה וכן - לזכור שביהמ"ש כשהוא בודק את תנאי תקנת השוק עושה זאת לפי טיב ושווי הנכס בדיעבד ולא לפי הסתכלות הצדדים בעת העסקה. ככל שלא מדובר בטעות אלא בתקנת שוק רגילה בודקים את כל התנאים.

** **מכוניות** - בשל שקנייה מאדם פרטי לא מוגנת ע"י תקנת השוק, הפתרון הוא: להתנות את התשלום בהעברת הבעלות.

תחרויות ומתנה

מתנה - הקניית נכס **שלא בתמורה** (ס' 1 (א) לחוק המתנה), בעייתי כי מאפשר הברחת נכסים ופגיעה בנושים. מה הנכס הניתן? ס' 1 (ב) לחוק המתנה - דבר-המתנה יכול שיהיה מקרקעין, מיטלטלין או זכויות". מתנה יכולה גם להיות וויתור על זכות/מחילה על חוב או על העברת מקרקעין.

עסקת המתנה: ס' 2 לחוק המתנה - עסקת המתנה נגמרת כשצד א' מקנה לצד ב' את המתנה, והם מסכימים שהנכס ניתן במתנה.

- אולם במקרקעין נדרש גם רישום, בלעדיו תהיה רק התחייבות לעסקת מתנה ולא תשתכלל העסקה.
 - **מתני תהיה הסכמה?** ס' 3 לחוק המתנה - המקבל מוחזק כמי שהסכים אלא אם נאמר אחרת.
- מעבר הבעלות** - השתכללות הזכות - ס' 6 הבעלות במתנה עוברת למקבל **בעת המסירה**. מזכיר את ס' 33 לחוק המכר. או במסירת מסמך לידי המקבל המזכה אותו לקבלו, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה.

מתנה בתנאי או בחיוב: ס' 4 לחוק המתנה - מתנה יכול להיות על תנאי/תחייב עשיית מעשה/חדילה ממעשה. התחייבות למתנה עתידית: ס' 5 (א): טעונה מסמך בכתב

חזרה מהתחייבות למתנה:

- ס' 5(ב) - ניתן לחזור מהמתנה, **בתנאי ש(1)** לא ויתר בכתב על אפשרות החזרה **(2)** לא נעשתה הסתמכות על המתנה.
- רשאי לחזור בו גם אם הייתה הסתמכות, ס' 5(ג): אם **(1)** הייתה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן או **(2)** שמקבל המתנה התנהג כלפי הנותן בצורה מחפירה. **** המשך בעמ' הבא

← אם כך במקרקעין, עד שלב הרישום מדובר רק בהתחייבות שניתן לחזור ממנה, גם אם הייתה הסתמכות.
 ← הסדר בעייתי: אפשרות החזרה, וגם חוסר התמורה מאפשרים להבריח נכסים. בשעה שיודעים שעומדים לפני פשיטת רגל, לא יוכלו לפרוע מהם את הנכסים כי התחייבו לתת במתנה לאחר, יוכלו לבטל אח"כ התחייבות.

בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות למתנה (השני בזמן)

לפי ס' 9 יש צורך בתמורה של השני בזמן על מנת שיגבור.
פס"ד סולימאן: דנציגר - אם עסקת המתנה היא שנייה בזמן היא ברוב המקרים תדחה, בשל מאזן המצוקה, בעל התחייבות למתנה מפסיד פחות כי לא שילם.
אבל! הוא יוכל לזכות אם בנוסף לתנאי ס' 9 יראה במקום תמורה, **הסתמכות ממשית** - כי שינה את מצבו לרעה, ואז יפעל מאזן המצוקה לטובתו.

סתירה מול פס"ד גנז: בשונה מפס"ד גנז, הראשון לא מחויב ברישום ה"א, ועדיין זוכה. כלומר, כשהעסקה השנייה היא עסקת מתנה, לא מחילים את פס"ד גנז. רציונלים: משום שהסיבה לה"א היא שהשני יוכל לגלות על העסקה הקודמת, וכאן לא נצפה מבעל התחייבות למתנה לעשות בדיקות כאלה. בנוסף, מבחן זה של גנז מטרתו לאפשר לשני בזמן לזכות ולא נעשה זאת במקרה של מתנה בשל מאזן המצוקה)

במבחן! תחילה נבדוק אם בעל ההתחייבות לעסקת מתנה הוא ראשון או שני בזמן.

- ראשון בזמן - עדיין חייב לרשום הערת אזהרה (פסד גנז).
- השני בזמן - הראשון בזמן לא חייב לרשום הערת אזהרה עפ"י פס"ד סולימאן והשני בזמן חייב למלא את תנאי ס' 9 - תום לב ורישום + הסתמכות לרעה מאוד משמעותית על המתנה שקיבל.

נושה לא מובטח מול מקבל מתנה

הלכת **אהרונוב**: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל (גם אם לא רשם ה"א (אהרונוב + בנק המזרחי) **כביכול אין סיבה לחרוג**, ובעל ההתחייבות למתנה צריך לגבור גם אם לא רשם ה"א נימוקים: (1) טיב הזכויות - הבדל בין זכות מהותית של מקבל המתנה לנכס הספציפי לבין זכות דיונית של הנושה לנכס ספציפי אלא על סך נכסי החייב, מעוניין בכסף ולא בנכס. (2) סוג ההסתמכות - בעל התחייבות למתנה מסתמך על הנכס לעומת הנושה שמסתמך על כסף (3) לנושה גם ככה אין הבטחה שנכסי החייב ישארו כפי שהם עד שיגבה את חובו ביקורת: בעל התחייבות לעסקת מתנה מסתמך פחות בגלל שהוא יודע שהנותן יכול לחזור בו.

למרות זאת!!!

ההלכה: פס"ד לניאדו - אלון: ברירת המחדל היא שאם לא נרשמה ה"א לטובת בעל ההתחייבות למתנה, הנושה המעקל המאוחר יותר גובר.

- אם נרשמה ה"א, בעל ההתחייבות גובר
 - גם אם לא נרשמה ה"א, מקבל המתנה יכול לגבור, אם התקיים אחד התנאים:
1. **כאשר הנסיבות יעידו שמדובר במתנה אמיתית** - בשלב נתינת המתנה הבעלים לא היה בקשיים כלכליים.
 2. **בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה מבחינה כלכלית.**
 3. **כאשר החזרה ממתן המתנה אינה אפשרית** - ויותר בכתב/ייפוי כוח על כך שלא ניתן להחזיר את המתנה.
 4. **אם הנושה המעקל ידע על המתנה** - נראה בכך חוסר תו"ל של הנושה המעקל.

זכויות (+ מקרקעין לא רשומים)	מיטלטלין	מקרקעין	
ראשון בזמן זוכה (אהרונוב + בנק המזרחי נ' גדי)		ראשון בזמן זוכה, אלא אם הוא נושה מקצועי, ואז נדרש לרשום הערת אזהרה (אהרונוב + בנק המזרחי נ' גדי + רשף נ' יוסף) כאשר בעל ההתחייבות הוא בעל התחייבות למתנה: אם רשם הערת אזהרה הוא זוכה. אם לא רשם, ברירת המחדל היא שנושה מעקל זוכה, אלא אם כן בעל ההתחייבות עומד באחד מהתנאים: 1. הנסיבות יעידו על כך שהמתנה היא אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה). 2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה מצבו לרעה. 3. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית (למשל יפוי כוח בלתי הדיר). 4. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (חוסר תום לב).	תחרות 1 בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל
הראשון בזמן זוכה אלא אם השני קיים שלושה תנאים מצטברים: 1. קיבל את הזכות (נכרת החוזה); 2. שילם חלק משמעותי מהתמורה עבור השווי האמיתי של הזכות; 3. תו"ל סובייקטיבי. (ס' 12+13 לחוק המיטלטלין)	הראשון בזמן זוכה אלא אם השני קיים שלושה תנאים מצטברים: 1. קיבל את המיטלטלין; 2. שילם חלק משמעותי מהתמורה עבור השווי האמיתי של הנכס; 3. תו"ל סובייקטיבי. (ס' 12 לחוק המיטלטלין)	הראשון בזמן זוכה אם: הוא רשם הערת אזהרה / היה פטור מרישום הערת אזהרה / הוכיח שאין קשר סיבתי בין אי-רישום הערת אזהרה לפעולה של השני. אם הראשון לא רשם הערת אזהרה ולא הצליח להוכיח שהיה פטור מרישום או שאין קש"ס, השני בזמן זוכה, גם אם הוא לא השלים את כל תנאי ס' 9. (ס' 9 + פס"ד גנז) כשהעסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, השני בזמן בד"כ יפסיד (אלא אם כן מילא באופן משמעותי את דרישות ס' 9). אין דרישת רישום הערת אזהרה מהראשון בזמן.	תחרות 2 עסקאות נוגדות שני בעלי התחייבות לעסקה
ס' 4 לחוק המחאת חיובים. הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני	ס' 34 לחוק המכר.	ס' 10 לחוק המקרקעין. המקרקעין יינתנו למי שהסתמך בתו"ל על מרשם שיש בו טעות והשלים את התמורה עבור הנכס. אם ההסתמכות הייתה על הערת אזהרה, יש לקיים שני תנאים: 1. בדיקה ראויה (סטנדרט אובייקטיבי) של העסקה המקורית; 2. התניית התשלומים עד השלמת העסקה המקורית.	תחרות 3 תקנת שוק בעלים מקורי מול רוכש תם לב

שיעבודים ובטוחות

שעבוד = זכות קניינית, ס'1(א) לחוק המשכון: "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".
למשל: משכון/משכנתא במקרקעין.

פס"ד קידוחי הצפון (חשין):

- (1) מדובר בזכות קניינית, זיקה בלתי אמצעית של הנושה לנכס.
- (2) החייב מכפיף נכס כערובה לקיומו של החיוב. כלומר הופך את הזכות לבעלת אופי קנייני (in rem)
- (3) השיעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו.

יתרונות מוסד המשכון

לנושים:

- זכות להיפרע מהנכס עצמו- ייחוד הנכס כבטוחה (בגלל זה למשל ריבית על משכנתא היא נמוכה כי הבנק רגוע שיש לו ערובה.
- זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים (לפי דיני קדימויות בחדל"פ)

לחייב:

- תנאי עסקה טובים יותר- משום שהמשכון מקטין לנושה את הסיכון לכן יתפשר על תנאים טובים לחייב (למשל ריבית נמוכה על משכנתא)

לחברה בכלל:

- תמריץ לעסקאות מועילות

סדר הפירעון

1. שס"ן- שעבוד לנכס ספציפי: מלווה כסף לרכישה של נכס מסויים ומטיל שעבוד על אותו הנכס.
2. שעבוד ספציפי- הלוואה כללית שלא קשורה לנכס (כלומר ייתכן שזהו נכס שכבר קיים) אבל המשכון הוא על נכס מסויים שיהיה ערובה לפירעון.
3. פיצויי פיטורין ושכר עבודה- פרעון חובות לעובדים, בגלל שלרוב קיימים הרבה שיעבודים ספציפיים הם לא תמיד יקבלו הכל.
4. רשויות המס ודמי שכירות
5. שעבוד צף – בדר"כ שעסקים עם מלאי מתחלף. הטלת שיעבוד על כל נכס החייב, בשווי הלוואה שניתנה. מאפשר לחייב לעשות עסקאות בנכסים שלו כל עוד שומר על סכום הלוואה. המלווה יכול לקבוע תנאי שלא יוכל החייב להטיל שעבודים ספציפיים על נכסים, כדי שלא יתמקמו לפני המלווה בתור הפירעון.
6. נושים לא מובטחים- נושים אחרים בעלי זכויות, למשל נושים שלא רשמו משכון או נושים לא רצוניים.

אילו עסקאות יש לראות כשיעבוד?

ס'2(ב) לחוק המשכון: הוראות חוק המשכון יחולו על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

עסקת קונסיגנציה- מכר מותנה: על אף לפי ס'33 לחוק המכר, לפיו הבעלות בעסקת מיטלטלין עוברת במסירתו. בקונסיגנציה מתנים על העברת הבעלות: הבעלות עוברת הספק נותן אשראי מסויים (מוצרים למשל) אבל משמר את הבעלות הקניינית בו. כך מתחמקים מסדר הפירעון, כי הנכס נשאר אצל הספק והחייב לא חייב לו.

פס"ד קולומבו: קולומבו עשו עסקה שהבעלות על המוצרים שקולמבו מספקת תעבור למאמא יוקרו רק כאשר היא מוכרת אותם ללקוחות, אחרת הם נשארים בבעלות קולומבו ולא נכנסים לקופת הפירעון. המטרה: לעקוף את דיני הנשייה, כי פחדו מסיכון לחדל"פ של מאמא יוקרו (הוכחה: עסקאות קודמות ביניהם לא היו כך).

בימ"ש: לפי ס' 2(ב) לחוק המשכון, הוראות חוק המשכון יחולו לאל קשר לאיך הצדדים כינו את העסקה, כלומר קולומבו לא בעלים אבל **אולי בעלים של משכון**: במקרה זה העסקה נועדה לוודא שלקולומבו ישנה זיקה ספציפית למוצרים שהיא סיפקה, זה דומה לשסל"ן.

אבל! כדי להפוך לבעל משכון צריך (1) הפקדת הנכס בידי בעל המשכון- להחזיק את המשכון אצלך (2) רישום המשכון (ס' 4 לחוק המשכון) // במקרה של קולומבו שני אלו לא מתקיימים ולכן היא הופכת לנושה לא מובטח. כלומר לא רק שהם לא בעלים, הם גם לא בעלי שסל"ן אלא רק **נושים לא מובטחים**.

הצדקות להלכת קולומבו:

1. מתן תוקף להיבטים הכלכליים והמסחריים של העסקה
2. בחינה ראויה עפ"י הרציונלים של חוק המשכון: (1) הגנה על צדדים שלישיים, (2) מתן פומביות למשכון.

ביקורות על הלכת קולומבו:

ביקורת מעשית- מסחרית:

1. פגיעה בפרקטיקה המסחרית- מטרתה אמנם היא עקיפת סדרי הנשייה אך מטרתה גם שימור בעלות ומאפשרת מתן אשראי ובכך מסחר תקין.
2. חובת רישום לא מעשית ועלויות גבוהות- אם נפרש כל עסקת קונסיגנציה כמשכון ונחייב רישום על כל עסקה.
3. לא ניתן לדרוש משכון ספציפי ומשכון צף: לא ניתן לרשום משכון ספציפי על סחורה מתחלפת ושעבוד צף לא רלוונטי לנושים קטנים.
4. אין מידע משפטי על ההלכה- ובפועל השוק ממשיך להשתמש בפרקטיקה הזו. [ביקורת של שי: השוק עוד יכיר, זו ביקורת שיכולה לפסול כל הלכה חדשה].

ביקורת תיאורטית:

5. פוגע בזכות לקניין של קולומבו וגם בחופש החוזים שמאפשר להם להתנות כרצונם על ס' 33 לחוק המכר. והעדיפו את עקרון הפומביות.
6. יש לפרש את ס' 2(ב) לחוק המשכון בצמצום- אחרת נעניק העדפה לא צודקת לנושים של הקונה לעומת הנושים של המוכר (קולומבו הופכת לנושה לא מובטח, היא תפסיד מכך וגם הנושים שלה יפסידו לעומת הנושים של הקונה- מאמא יוקרו).

פס"ד קידוחי הצפון- קובעים כי יש לפרש את קולומבו בצמצום. כלומר לא נפרש כל עסקת קונסיגנציה (עסקת מכר עם תנאי בעלות) כמשכון, כי לא תמיד מטרתה זה לעקוף את הנושים. נחיל את ההלכה, רק אם נוכיח שהיא נועדה לשמש כמשכון או לעקוף את הנושים.

כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים

ס' 4 לחוק המשכון: כוחו של משכון יקום:

1. **בנכסים שיש לגביהם הוראות מיוחדות בדין אחר:** למשל, במשכנתא הזכות תקום בעת רישום ברשם המקרקעין. ← רלוונטי בעיקר לדיני חברות: ס' 178-179 לפקודת החברות. ולדיני מקרקעין: ס' 7- חובת רישום וס' 9-10 דיני תחרויות.
2. **במיטלטלין (נכסים נדים) וניירות ערך שאין לגביהם הוראות מיוחדות:** אם הופקדו בידי הנושה או אדם מטעמו.
3. **במיטלטלין (נכסים נדים) וניירות ערך שאין לגביהם הוראות מיוחדות שלא הופקדו ובכל מקרה אחר:** עם רישום המשכון. סייג: גם אם לא היה רישום ונושה נוסף ידע או היה עליו לדעת שיש משכון, יש לו כוח מול נושה נוסף זה.

רישום משכון:

- **איפה?** החוק קובע כי יש לרשום משכון (ס' 4(3) לחוק המשכון) אבל יש נכסים שיש להם דינים מיוחדים, למשל, משכנתא על מקרקעין תרשם ברשם המקרקעין- טאבו ולא ברשם המשכונות ס' 1(4).
- **מטרת הרישום:** פומביות

תוקפו של משכון כלפי צד שלישי

תוקף המשכון הוא מעת רישומו.

חריג: ס' 34 לחוק המכר: תקנת שוק מבטלת משכונים ושעבודים.

"תקנת השוק: 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."

רישום משכון כפול

ס' 6 (א) לחוק המשכון- ניתן למשכן נכס פעם שנייה מבלי לקבל אישור מהמשעבד הראשון ב-2 תנאים:

- אם המשעבד הראשון לא התנה שלא יהיה משכון נוסף על הנכס.
- בעל השעבוד השני בזמן יכול לגבות רק אחרי שהראשון בזמן גבה את החוב שלו
- **אלא-** לפי ס' 6 (ב) לחוק המשכון, אם הסכים הנושה החייב יכול לרשום משכון נוסף עם דרגה זהה לראשון, או עדיפה ממנה.

למה שהנושה השני יסכים לכך? (1) כשווי הנכס עולה בהרבה על גובה החוב, יהיה מאיפה לגבות את השיעבוד; (2) כשמועד פירעון החוב הראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוה מאוד; (3) הסיכון מתבטא בריבית- כלומר הוא יקבל ריבית גבוהה בעבור כך; (4) עדיף להיות נושה מובטח עם סיכון מאשר נושה לא מובטח כלל.

ואם הנושה הראשון התנה שאסור לעשות עוד משכון, ובכל זאת נעשה, מה מעמד המשכון השני?

יש מחלוקת במחוזיים ואין עמדה ברורה בעליון:

- **ויסמן-** התניה הזו שוללת את היכולת לעשות משכון נוסף ולכן המשכון בטל מעיקרו והנושה השני בלתי מבוטח.
- **גרוסקופף, זלצמן ולרנר-** המשכון השני תקף כל עוד לא מפריע לראשון. כל עוד הראשון נפרע במלואו נאפשר גם לשני להיפרע.

זיקת הנאה

זיקת הנאה = זכות קניינית לאדם אחר שאינו הבעלים לשימוש מסוים במקרקעין. זוהי זכות מוגבלת.

ס' 5 לחוק המקרקעין: שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם. כלומר שני יסודות:

- (1) **יסוד חיובי** - שיעבוד, זכות להנות מהנכס
- (2) **יסוד שלילי** - היעדר חזקה וזכות שימוש ייחודית (למשל אין זכות לחלק ספציפי, כי זה יותר שכירות).

רישום: הזכות קיימת גם ללא רישום אולם מומלץ לרשום בעיקר עבור מקרים מול צד ג' (למשל שיקנה את המקרקעין מהבעלים)

זיקת הנאה בחלק מהמקרקעין: לפי ס' 93(ג) לחוק המקרקעין, זיקת הנאה יכולה להתבצע מחלק מהמקרקעין, ללא מחוברים או לא בכל רבדי הקרקע. זאת בניגוד לסי' 13 שקובע כי אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והיא תעשה כולל 3 רבדי הקרקע (סי' 11) ומחברים (סי' 12).

מי זכאי לזיקת הנאה?

לפי ס' 92 לחוק המקרקעין, זיקת הנאה יכולה להיות לטובת:

1. **אדם** – למשל אדם ספציפי העובר דרך קבע בחצר חברו.
2. **סוג בני אדם** - לטובת דיירי בית משותף מסוים.
3. **כלל הציבור** – למשל דרך קיצור כללית למקום ציבורי. הזיקה נעשית רק מכוח השנים.
4. **מקרקעין** - מקרקעין מעניקים זיקת הנאה (נקראים מקרקעין כפופים) יתנו למקרקעין אחרים (נקראים מקרקעין זכאים). זה נשאר גם אם הבעלים מתחלפים. למשל: כאשר אין דרך אחרת לגשת למקרקעין שלא דרך המקרקעין הזה.
5. **תאגיד** - לא מופיע בחוק (בפס"ד קואופ).

דרכים ליצירת זיקת הנאה

- (1) **מכוח הסכם**
 - (2) **מכוח דין** - צוואה, פס"ד או מעשה מנהלי (פס"ד קיבוץ החותרים).
 - (3) **מחמת כורת** - לא הייתה ברירה ל-X, הוא היה חייב לעבור בשטח של Y כדי להגיע לשטח שלו.
 - (4) **מכוח שנים** - ס' 94 - זיקת הנאה מכוח התיישנות: אם השתמש לאורך שנים ולא הייתה התנגדות לכך, עפ"י החוק הוא יכול להמשיך להשתמש באותה זיקת הנאה. ++ **ראו פירוט מטה.**
- ← זיקת הנאה יכולה להיות קצובה בזמן או קבועה.

תוכן הזיקה

ס' 93 לחוק - זיקת הנאה יכולה לקבוע:

- **זכאות לשימוש מסוים של בעל מקרקעין זכאים או לזכאי** (בעל הזיקה). כלומר שימוש מוגבל לצורך מסויים בלבד.
- **הימנעות מביצוע של פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים.**
- **חובה לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים** או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים.

השפעת חלוקה ואיחוד על זיקת ההנאה

ס' 97 לחוק - עצם העובדה שמקרקעין חולק לא תפגע בזיקת ההנאה והיא תמשיך לחול בחלק הרלוונטי לזיקה.

ס' 98 לחוק - זיקה בין שני מקרקעין:

- בעלים אחד של 2 חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה.
- אם החלקות עברו לבעלות אדם אחד זיקת הנאה בהן לא בטלה.
- אם מקרקעין זכאים וכפופים מתאחדים לחלקה אחת הזיקה מתבטלת.

תוקף זיקת ההנאה

ס' 96 לחוק - זיקת הנאה היא **לתקופה בלתי מוגבלת**, אלא אם נקבע אחרת. ביהמ"ש יכול להגבילה או לבטלה

לאחר פנייה של אחד הצדדים או היועמ"ש ממס' סיבות:

- אי הפעלת הזיקה - נסלל כביש וכבר אין צורך בזיקה.
- שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה.
- שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.
- זוהי לא רשימה סגורה: שיקולים נוספים שרשאי ביהמ"ש לשקול: אם השעבוד מסכל פיתוח, אם ביטול הזיקה יגרום להפסד וכו'. כאשר הרציונל הוא: איזון בין זכותו של מקבל זיקת ההנאה לבין זכות הבעלים.

העברת זיקת ההנאה

ס' 95 לחוק - זיקת הנאה שהיא לטובת אדם או סוג בני אדם, **לא ניתן להעביר** את הזיקה אלא בהסכמת בעל

המקרקעין הכפופים. אולם ניתן להתנות על הצורך בהסכמה, בהסכם זיקת ההנאה. **(ובירושה?)**

זיקת הנאה מכוח שנים

1. **טיב הזכות**: לפי **ס' 94(א)**, הזכות צריכה להיות ראויה להיות זיקת הנאה. **ס' 5 לחוק המקרקעין** מגדיר

זכות ראויה: יסוד חיובי ויסוד שלילי (ראו מעלה).

2. **טיב השימוש**: **פס"ד בן חורין** קובע תנאים מצטברים:

- שימוש הנוגד לזכות הבעלים של המקרקעין הכפופים
 - שימוש גלוי וחשוף לכל - השכן יכול לראות את המעבר כל יום, לא משהו שקורה בלילה.
 - שימוש שנמצא בידיעה קונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים - אין צורך בידיעה בפועל.
 - שימוש שלא מכוח זכות חוזית או אחרת שהוענקה ע"י בעל המקרקעין הכפופים למשתמש.
3. **תקופת השימוש** - לפי **ס' 94(א)** 30 שנה רצופות. **פס"ד בן חורין** - זיקת הנאה מכוח שנים הופכת לזכות קניינית בתום 30 שנה.

פס"ד טוינה - גם שימוש לסירוגין עשוי לגבש זיקת הנאה. בנוסף, השימוש לא חייב להיעשות ע"י אותו

אדם, אלא יתכן שגם מעבר של יורשיו בנכס שלו יביא לזיקה בנכס האחר.

ביטול זיקת ההנאה מכוח שנים - **ס' 94(ב)** - זיקת ההתיישנות ניתנת לקטיעה אם (תנאים חלופיים): (1) הודעה

בכתב של בעל המקרקעין למשתמש (2) הודעה כללית לציבור (3) **אמירה בע"פ** (לאור פרשנות תכליתית הסעיף).

זיקת הנאה מכוח שנים במקרקעי ציבור

ס' 113 לחוק - קובע כי **ס' 94** לא יחול על מקרקעין ציבורי הזיקה אינה חלה על מקרקעי ציבור: לא ניתן לקבל

זיקת הנאה מכוח שנים על קרקעות המדינה. בשל שיקולי מדיניות: המדינה לא יכולה לאכוף זאת.

- **ויסמן**: חולק על קביעה זו וטוען היא מעקרת את תוכן הזכות.

שיתוף

יתרונות השיתוף: מינוף עסקאות, פיזור סיכון, צמצום עלויות, תורם מבחינה חברתית.
חסרונות השיתוף: הגבלת חירויות הפרט, חוסר יעילות (הארדין- בעיית הפעולה המשותפת), הגבלות על עבירות הנכס שמקשה על עסקאות וקושי בקביעת חובות וזכויות (צדק חלוקתי).

הבחנה בין בעלות משותפת (שיתוף) / שותפות

1. מבחני ויסמן

- א. דרך היווצרות הבעלות המשותפת: שותפות- מכוח הסכם; בעלות משותפת- מכוח הנסיבות.
 - ב. מטרה משותפת: שותפות- מטרה משותפת ודינאמית; שיתוף- מטרה סטטית.
 - ג. קיימת מטרה להפיק רווחים? שותפות- איחוד משאבים להפקת רווח וחלוקה בו + נטילה הדדית בהפסדים.
 - ד. היחסים בין השותפים: שותפות- חבים בחובת אמון, קיימת רמת זהירות, הם בבחינת שלוחים זה לזה; שיתוף- רשאים לעשות עסקאות בחלקם ע"פ דעתם.
2. פס"ד יוצר- כשברור כי מדובר בנכס בבעלות משותפת, המקרה יידון לאור מערכת הדינים החלה על בעלות משותפת בקניין (גם אם הצדדים שותפים עסקיים).

חשוב לציין במבחן-

- ס' 27 לחוק המקרקעין + ס' 9(א) לחוק המיטלטלין: הבעלות משתרעת על כל חלק וחלק והיא איננה על חלק ספציפי בנכס.
- ס' 28 לחוק המקרקעין + ס' 9(ב) לחוק המיטלטלין: אם לא הוסכם אחרת, חלקי כל השותפים שווים.

שיתוף הוא לא מצב רצוי. איפה רואים את זה?

בפס"ד גן בועז- חיסול השיתוף במקרקעים הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית.
 בס' 34 ו-37 לחוק המקרקעין ובס' 10 לחוק המיטלטלין "מקדשים" את זכויות היחיד שהינו חלק משותפות ומאפשרים לו לעשות בחלקו כל עסקה כרצונו ואף לתבוע את פירוק השותפות בכל עת.

כניסה לשותפות

שותפות במקרקעין ס' 29-30 לחוק המקרקעין:

1. נבדוק האם קיים הסכם שיתוף- ס' 29(א)

- א. הסכם בדבר ניהול ושימוש במקרקעין המשותפים ובדבר זכויות וחובות השותפים.
- ב. ההסכם יכול להיות בכתב אך יכול גם להתגבש מכללא מתוך מסוכמות והתנהגויות השותפים. פס"ד בוקובזה- חלופת מכתבים עשויה להיחשב כהסכם שיתוף.

2. נבדוק האם מדובר בהסכם כדין- ס' 29(ב)

אם ההסכם לא כולל / סותר את אחד התנאים שלהלן, נפעל ע"פ ברירת המחדל שבחוק (סעיפים 30-36 לחוק המקרקעין). התנאים עליהם לא ניתן להתנות:

- א. ס' 34(ב)- הגבלת זכותו של שותף לעשות עסקה בחלקו, לתקופה העולה על 5 שנים. לאחר 5 שנים תוקף תניה כזו יפוג מעצמו.
- ב. ס' 37(ב)- הגבלת זכותו של שותף לפרק את השותפות, לתקופה העולה על 3 שנים. לאחר 3 שנים ביהמ"ש רשאי לצוות על פירוק אם הדבר נראה לו צודק.
- ג. ויסמן- תניה על אופן פירוק שיתוף, תהא בהסכם נפרד. איננה נפרדת=חסרת תוקף.
- ד. פס"ד בוקובה: (1) הסכם שיתוף לא מהווה עסקה במקרקעין המקנה זכויות קנייניות. כלומר, לא ניתן להתנות על בעלות. (2) הסכם שיתוף יכול להכיל שלילה של זכויות בעלות וזכויות החזקה, רק אם מדובר בשלילה אובליגטורית המחייבת את בעלי ההסכם בלבד.

3. האם ההסכם מחייב צדדים שלישיים + חובת רישומו ברשם

- ככלל, אין חובה לרשום את הסכם השיתוף. עם זאת, מרגע שהסכם נרשם אצל רשם המקרקעין כוחו יפה גם לצד ג' שנעשה שותף רק לאחר מכן.
 - במידה ולא נרשם, איננו תקף כלפי צדדי ג' גם אם ידעו עליו.
 - פס"ד דהאן נ' שמחון- ברק-ארז: (1) מטרת רישום ההסכם במרשם המקרקעין היא הבאת ההסכם לידיעת כולי עלמא ומניעת תאונות. (2) במקרים מסוימים העדר הרישום לא ישלול את תוקפו כלפי צדדים שלישיים:
- א. מערך האיזונים מפס"ד גנז- תחרות בין רוכש זכויות מכוח הסכם השיתוף לבין קונה מאוחר יותר.
- ב. על צד להסכם חלה החובה לנהוג בתוו"ל ולהביא את הסכם השיתוף לרישום תוך זמן סביר. במידה ולא נהג כך, ייתכן שתהא לכך השלכה על ה"מאזן" בינו לבין הקונה המאוחר.
- ג. מנגד, קיים סטנדרט של בדיקה על הקונה השני בזמן- עליו לברר ולו בשאלה לגבי קיומו של הסכם.

המלומדים מ' דויטש וחי' דגן- אם צד ג' ידע על ההסכם, ההסכם יחייב אותו בשל החובה לנהוג בתוו"ל.

שותפות במטלטלין:

1. **נבדוק האם יש הסכם שיתוף- ס' 9(ג) לחוק המיטלטלין**
 - הסכם בדבר ניהול ושימוש במיטלטלין המשותפים ובדבר זכויות וחובות השותפים.
 - ההסכם יכול להיות בכתב אך יכול גם להתגבש מכללא מתוך מסוכמות והתנהגויות השותפים.
 - הסכם שיתוף במיטלטלין איננו ניתן לרישום (אין רשם).
2. **נבדוק האם מדובר בהסכם כדין- ס' 9(ה) לחוק המיטלטלין**

אם ההסכם לא כולל / סותר את אחד התנאים שלהלן, נפעל ע"פ ההוראות שבחוק המקרקעין בס' 33-30, 34(א), 35-36. התנאים עליהם לא ניתן להתנות:

א. ס' 10(א)- הגבלת זכותו של שותף לפירוק השותפות- ביהמ"ש רשאי לצוות על פירוק אם הדבר נראה לו צודק.
3. **האם ההסכם מחייב צדדים שלישיים? ס' 9(ג) לחוק המיטלטלין**

הסכם במטלטלין לא טעון רישום (אין רשם מיטלטלין). כוחו של הסכם יפה כלפי שותפים עתידיים או אחרים אשר ידעו או היו צריכים לדעת על ההסכם ותנאיו.

← לבחון האם המבחנים מפס"ד דהאן לעיל מתאימים גם כאן.

המצאות בשותפות

שותפות במקרקעין

- בעלות משותפת במקרקעין: ס' 27- הבעלות משתרעת על כל חלק וחלק במקרקעין ולא בחלק מסוים.
- פס"ד בוקובה- גם אם השותפים חילקו חזקות על חלקים מסוימים במקרקעין, הדבר לא משפיע על חובותיהם כבעלים של כלל השטח (ניתן להתנות על השימוש אך לא על הבעלות).
 - שיעור חלקו של שותף: ס' 28- חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.
 - בחירת הסכם השיתוף: לפי ס' 29- לעיל.

ניהול ושימוש במקרקעין

- ס' 30(א)- קבלת ההחלטות בדבר **ניהולם ושימושם הרגיל** של המקרקעין, תתקבל ע"י בעלי רוב החלקים. כלומר, מי שבבעלותו/ם יחד +51% מהמקרקעין.
- פס"ד רידלביץ'- ס' 30(א) יחול אלא אם בהסכם השיתוף נקבע אחרת ולא מדובר בהחלטה בדבר שימוש לא רגיל.
 - בעלי 50% מחלקי הנכס אינם נחשבים לרוב מספיק.
 - פס"ד זולבו- אין לתת לביטויים "ניהול" ו"שימוש" שבס' 30 פירוש מצמצם ודווקני אלא פירוש שיאפשר לבעלי הרוב להפיק תועלת ובלבד שהפעולות אינן יוצאות דופן.

ניהול ושימוש רגיל:

- פס"ד זולבו- (1) שימוש וניהול רגילים- עשיית פעולות אשר ע"פ מהות הנכס, טיבו וייעודו, טבעיות הן לגביו. היקף פעולות אלה יקבע בהתאם לנסיבות העניין. (2) המושגים "ניהול ושימוש" מבטאים גם פעולות פיזיות וגם משפטיות.
- סייג: ס' 30(ג)- דבר החורג מניהול או שימוש רגילים טעון הסכמת כלל השותפים.

קיפוח המיעוט:

- ס' 30(ב)- שותף הרואה עצמו מקופח ע"י החלטת הרוב רשאי לפנות לביהמ"ש בבקשת הוראות.
- פעולת הרוב שאינן נעשות בתו"ל (פס"ד זולבו):
 - פס"ד וילנר- (1) על אף שהרוב קובע בדבר ניהול ושימוש רגיל, יש לשתף את המיעוט ולהיוועץ בו תוך מתן הזדמנות למיעוט לפנות לביהמ"ש בטענת קיפוח אם יחפוץ בכך. (2) הסכם בין בעלי הרוב אשר היו נחושים לדחות את כל טענות המיעוט מראש, ייפסל כי אינו מתיישב עם עקרון תו"ל.
 - איסור שימוש לרעה בזכות ופעולות הגורמות לאי-נוחות (פס"ד זולבו):
 - פס"ד גרינר- אין הרוב חופשי לקבוע כי לאף צד לא תהיה הנאה מהנכס.
 - עמידה דווקנית על זכות (ראו -"מהות הזכות ומגבלותיה")

זכויותיו של שותף יחיד במקרקעין כולו

- ס' 31(א)- זכויותיו של שותף יחיד לפעול בנכס באין קביעה אחרת לפי ס' 30, וללא הסכמת יתר השותפים:
- א. שימוש סביר ולא מונע: ס' 31(א)(1)- שימוש סביר במקרקעין המשותפים ושאנינו מונע שימוש משותף אחר.

פס"ד וילנר- בן- פורת : שני התנאים אינם תלויים זה בזה ואינם מתפרשים האחד לאור משנהו.

• **שימוש סביר :**

פס"ד וילנר- בן- פורת (רוב) : מבחן שימוש אובייקטיבי : סבירות השימוש תקבע ע"פ אופי המקום אל מול אופי השימוש.

תניהו (דעת יחיד) : מבחן שימוש אובייקטיבי-סובייקטיבי : נפרש גם בהתאם לתנאים המשתנים כמו אישיות השותפים, אפשרויות השימוש המשותף וכו'.

• **מניעת שימוש של שותף אחר**

פס"ד וילנר- (1) : השותף המשתמש אינו עושה דבר המונע מהשותפים האחרים להשתמש עמו בצוותא כאשר הם מעוניינים בכך. **(2) (בד) :** בהעדר בקשה לחזקה משותפת, אין לצוות על סילוק השותף המשתמש מכוח טענה ספקולטיבית לפיה השימוש המשותף איננו אפשרי.

פס"ד גרוס- (1) : כששותף מנוע מלהשתמש, המניעה מאפילה על כך שלא ביקש להשתמש בנכס **(אמירה הפוכה מוילנר)**. **(2) :** השכרת חלק ניכר מהנכס לצד ג' משמעה שימוש בלעדי בנכס המונע בפועל שימוש של יתר השותפים.

פס"ד ביאלר- : כאשר שותף מתיר שימוש לאחר ללא הסכמת יתר השותפים, שימוש של האחר עשוי למנוע מהיתר לעשות את אותו שימוש בנכס.

ב. **החזקה תקינה :** ס' 31(א)(2)- שותף רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה הדרושה **לשם החזקתם התקינה** של המקרקעין.

ג. **מניעת נזק והגנת בעלות :** ס' 31(א)(3)- שותף רשאי לעשות פעולות סבירות **למניעת נזק** העלול להגרם למקרקעין **ולהגנת הבעלות וההחזקה** בהם.

ד. **הודעה לשותפים :** ס' 31(ב)- פעל שותף באחת מהדרכים הללו- **יודיע בהקדם** על כך ליתר שותפיו.

נשיאת הוצאות

א. ס' 32(א)- כל שותף חייב לפי חלקו במקרקעין, לשאת בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה של המקרקעין.

ב. ס' 32(ב)- שותף שנשא בהוצאות למעלה מחלקו, זכאי להיפרע מיתר השותפים ע"פ חלקם.

תשלום בעד שימוש

ס' 33- שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים ע"פ חלקם שער ראוי בגין השימוש.

- **אבל- פס"ד זידאני-** רק שותף שהשתמש בלעדי (ע"פ מבחן השלילה בוילנר) יהיה חייב בשכר שימוש ראוי.

- **חריג: פס"ד גרינר-** שותף לא יהיה חייב בדמי שימוש אם השותף האחר לא השתמש מיוזמתו ומרצונו.

- **סייג לחריג: פס"ד פלונית-** בן זוג שעזב את הדירה המשותפת בתקופה של פירוק הקשר, אף אם מרצונו החופשי, לא ייחשב בהכרח כמי שוויתר על דמי שימוש ראויים.

זכות השותף לעשות בחלקו

א. ס' 34(א)- שותף רשאי להעביר את חלקו מהמקרקעין המשותפים או לעשות בהם כל עסקה אחרת. ס' 6'- עסקה מקרקעין = הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין.

ב. ס' 34(ב)- תניה בהסכם שיתוף המגבילה זכות זו לא תהיה תקפה לתקופה ארוכה מ-5 שנים. לאחר 5 שנים תוקף תניה זו יפוג מאליו ללא צורך בפניה לביהמ"ש.

הזכות לפירות

ס' 35: שותף זכאי לפירות שצמחו מהמקרקעין לפי חלקו.

פס"ד יוצר- פירות לפי ס' 35 הם רווחים נטו שהופקו מהנכס. יש להפחית מכלל ההכנסות את הסכום המגיע לשותף הפעיל כשכר ראוי על עבודתו בנכס ולאחר מכן לחלקם ע"פ יחסי הבעלות.

קניזו

ס' 36- חובות שהשותפים חבים זה לזה עקב השיתוף ניתנים לקניזו.

שותפות במטלטלין

בעלות משותפת במטלטלין: ס' 9(א)- בעלות כל אחד מהשותפים משתרעת על כל חלק במטלטלין ע"פ חלקו של השותף.

שיעור חלקו של שותף: ס' 9(ב)- כל עוד לא הוסכם אחרת, חזקה שחלקי השותפים שווים.

הסכם שיתוף וניהול: ס' 9(ג)- הסכם שיתוף במטלטלין, ניתן להתנות על: (1) אופן הניהול; (2) אופן השימוש; (3) זכויות וחובות הבעלים.

- פס"ד בוקובה- הסכם השיתוף לא מקנה זכויות קנייניות. כלפי כולי-עלמא כלל השותפים הם הבעלים של כל חלק במטלטלין. (ניתן להתנות על שימוש אך לא על הבעלות ועל החובות הנגזרות ממנה).

- ס' 9(ה)- אם הסכם הניהול, לא כולל / סותר את ההוראות לעיל, נפעל לפי ס' 33-30, 34(א) ו- 35, 36 לחוק המקרקעין.

שותף שמעביר את זכותו: ס' 9(ד)- אם שותף מעביר את זכותו בחלק המשותף עליו: (1) להודיע ליתר השותפים על כך; (2) להודיע לאדם אליו הוא מעביר את הזכויות על קיומו של הסכם השיתוף ותנאיו. - אם לא פעל כך, ניתן לחשוב על יישום הדברים של ש' ברק ארז בפס"ד דהאן נ' שמחון לעיל.

יציאה משיתוף- מקרקעין ומטלטלין

במקרה בו שותף מעוניין לצאת מהשיתוף, נדון באופן היציאה (=מהי הדרך הכדאית + יישום). הוראות הדין החלות: פס"ד רידלביץ'- בעת חיי השותפות יחולו הוראות סימן א' בהן קיים עקרון דמוקרטי של שלטון רוב. הוראות סימן ב' (יציאה משותפות) הן נפרדות ובהן המיעוט יכול זכאי לכפות את רצונו על הרוב.

הסכם פירוק: ויסמן- הסכם פירוק צריך להיות נפרד מהסכם שיתוף; דגן- דרוש הסכם יציאה חזק וברור.

פירוק שיתוף- למימוש זכויות ולא להתעשרות

מוטיב חוזר בפסקי דין על פירוק שיתוף: פירוק שיתוף זה לא כלי להתעשרות של אחד השותפים. כאשר מפרקים שיתוף נותנים ערך רב לזכויות הקנייניות של השותפים (פס"ד גן בועז). כשותף משתמש בכלי של פירוק כדי לנסות להשיג מטרות כלכליות, בד"כ, ביהמ"ש יחסום אותו.

הזכות לתבוע פירוק

- ס' 37 לחוק המקרקעין וס' 10 לחוק המיטלטלין - כל שותף זכאי לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת.
- פס"ד רובינשטיין - זוהי זכות מוחלטת. ככלל, לביהמ"ש אין כל שק"ד בעניין זה.
 - פס"ד רידלביץ' - "עקרון-העל" שבס' 37, כפוף לדוקטרינת תו"ל ולעקרון איסור השימוש לרעה בזכות שבס' 14.

תניות המגבילות את הפירוק:

- א. ס' 37(ב) לחוק המקרקעין - תניה בהסכם שיתוף השוללת את הזכות לדרוש פירוק לתקופה העולה על 3 שנים, ביהמ"ש רשאי כעבור 3 שנים לצוות על פירוק אם הדבר נראה לו צודק.
- חריג:** פירוק בשל הקמת מחוברים שלא כדין: ס' 46 - אם שותף הקים מחוברים במקרקעים המשותפים שלא כדין או ע"פ הסכם עם יתר השותפים - רשאי כל אחד מיתר השותפים לדרוש את פירוק השיתוף אפילו אם קיימת הגבלה לכך בהסכם השיתוף.
- ב. ס' 10(א) לחוק המיטלטלין - אם קיימת תניה בהסכם שיתוף השוללת את הזכות לדרוש פירוק, ביהמ"ש רשאי לצוות על פירוק אם הדבר נראה לו צודק.

היררכית הפירוק:

פס"ד רידלביץ':

- (1) ע"פ הסכם פירוק בין השותפים.
- (2) חלוקה בעין
 - מקרקעין סתם - חלוקה בעין.
 - בית הראוי להרשם כבית משותף - רשימה בפנקס הבתים המשותפים וחלוקת דירות.
- (3) במידה ולא ניתנים לחלוקה או שחלוקתם תביא להפסד ניכר - מכירה וחלוקת הפדיון לשותפים לפי חלקם.

עדיפות ראשונה: פירוק ע"פ הסכם או צו ביהמ"ש:

- א. ס' 38(א) לחוק המקרקעין - אם נקבע הסכם פירוק, נלך לפיו. הסכם המורה על חלוקת המקרקעין בעין, טעון אישור ע"פ ס' 143 לחוק התכנון והבניה.
- ב. ס' 10(ב) לחוק המיטלטלין - אם נקבע הסכם פירוק, נלך לפיו. אם אין הסכם - רשאי ביהמ"ש לצוות על חלוקה בעין / מכירה וחלוקת הפדיון / איך שנראה לו יעיל וצודק בנסיבות.

פירוק בהיעדר הסכם:

ס' 38(ב) לחוק המקרקעין - פירוק ע"פ צו משפט בהתאם לס' 39-43 (חלוקה בעין או מכירה).

חלוקה בעין לפי סוג המקרקעין:

- עקרון היסוד שעומד בבסיס החלוקה בעין:**
- פס"ד רידלביץ' - (חשינו): משאב הקרקע הוא מוגבל וייחודי, והחוק המתייחס בכבוד לרצונו של האדם להמשיך ולהחזיק ולו בחלק מן הקרקע שהיה שותף בה בחלקים.

(1) פירוק דרך חלוקה:

- ס' 39(א) - מקרקעין הניתנים לחלוקה - פירוק השיתוף יהיה דרך חלוקה בעין.
- ניתנים לחלוקה = לפי ס' 143 לחוק תכנון והבנייה.
- פס"ד גן בועז - (1) פירוק הוא הפרדת שלם לחלקים ולא הפרדת חלק אחד מיתר החלקים. (2) סטיה מעקרון של פירוק הנכס לחלקים תיתכן רק בהסכמת השותפים ולא דרך כפייה ע"י צו ביהמ"ש.
- פס"ד רידלביץ - (חשין): מצוות המחוקק היא כי במקרקעין הניתנים לחלוקה, חייב ביהמ"ש להורות על פירוק השיתוף דרך חלוקה בעין כאשר מדובר במקרקעין "סתם";
- פס"ד רוטשילד - הטוען שמקרקעין אינם ניתנים לחלוקה בין או שהחלוקה תגרום למי מן השותפים להפסד, עליו הראיה.
- תשלומי איזון: ס' 39(ב) - אם חלוקה בעין אפשרית רק באמצעות תשלומי איזון, ביהמ"ש רשאי לחייב את השותפים בתשלומים כאלה.
- פירוק בחלוקה עם מחוברים: ס' 47 - בפירוק ע"י החלוקה, יקבע בית המשפט ככל האפשר את חלקתו של השותף המקיים בצורה שתכלול את המחוברים.

(2) פירוק דרך הפיכה לבית משותף:

- ס' 42(א) - אם עיקר המקרקעין הוא בית הראוי להירשם כבתי משותף, ביהמ"ש רשאי, לאחר קבלת חו"ד מפקח, לצוות על פירוק שיתוף דרך רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים. מהו בית הראוי להירשם כבית משותף? הגדרה בס' 142 -
- פס"ד רידלביץ - (חשין): (1) פירוק ע"י רישום כבית משותף, אינו אלא טכניקה של חלוקה בעין של בית. (2) הטוען לפירוק השיתוף ע"י דרך אחרת, עליו הראיה.
- תשלומי איזון: ס' 42(ב) - אם פירוק ע"י רישום כבית משותף אפשרי רק באמצעות תשלומי איזון, ביהמ"ש רשאי לחייב את השותפים בתשלומים כאלה.
- מניין נובע שק"ד שיש לביהמ"ש בפירוק דרך הפיכה לבית משותף (ביהמ"ש רשאי... ס' 42)?
- פס"ד רידלביץ - (חשין) - בפירוק של מקרקעין "סתם" ע"י חלוקה בעין, השותפים נפרדים לגמרי אחד מהשני ואילו במודל הבית המשותף, הם ממשיכים להיות קשורים. השוני הזה מסביר את סמכותו של ביהמ"ש שלא להורות על פירוק ע"י רישום כבית משותף, הרי שמטרת הפירוק היא להרחיק את השותפים זה מזה. בייחוד אם הם מסוכסכים. כלומר, יש לקחת בחשבון את היחסים שבין הצדדים.

פירוק במכירה - סייג לחלוקה בעין

- ס' 40(א) - במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, או אם הוכח לביהמ"ש כי חלוקה תגרום הפסד ניכר לשותפים או לחלק מהם - הפירוק ייעשה דרך מכירה וחלקת הפדיון.
- אינם ניתנים לחלוקה: בשל חו"ד מפקח / אי-התאמה לס' 143 לחוק התנו"ב.
- הפסד ניכר: פס"ד רידלביץ -
- פרשנות מצמצמת: (א) הפסד שנובע במישרין מהחלוקה בעין; (ב) נזק שלילי - החוק לא עוסק בשיקולי כדאיות. השאלה איננה כיצד ניתן לנצל את מלוא הפוטנציאל הממוני.
- סייג: אין לשלול כל אפשרות כי ישנם מקרים בהם נחרוג מהפרשנות המצמצמת. אך זה ייעשה בזהירות ויש לזכור כל הזמן את עקרון היסוד של חלוקה בעין (לעיל).

- **רישום כבית משותף:** "הפסד ניכר" אינו רלוונטי למניעת רישומו של בית כבית משותף. **עם זאת**, כחלק משק"ד שיש לביהמ"ש **בס' 42**, ביהמ"ש ייתן דעתו על שאלת ההפסד. כך נושא "ההפסד הניכר" שבס' 40 יוכל לבוא לתוככי הוראת **ס' 42**.
- **ד"ר שטרן-פרשנות מרחיבה יותר:** ניתן לראות באי-מימוש הפוטנציאל הכלכלי כהפסד ניכר במקרה של עסקת קומבינציה שלא הושלמה- זה יחשב להפסד ממשי.

פס"ד רובינשטיין- (1) שותף זכאי למחיר הוגן עבור חלקו לפי ערך החלק בעת המכירה; **(2)** אין השותף זכאי לדחות את המכירה מן הטעם שבעתיד עשוי ערך הרכוש לעלות.

פירוק במכירה עם מחוברים:

ס' 48- (1) אם המחוברים העלו את מחיר מכירת המקרקעין, השותף אשר הקים אותם זכאי לקבל את החזרת השקעתו אולם לא יותר מההפרש בין מחיר המכירה לבין מחיר המכירה אלמלא המחוברים. **(2)** אם המחוברים הורידו את מחיר מכירת המקרקעין, השותף המקים ישלם לשותפים האחרים את ההפרש לפי חלקיהם.

אופן המכירה

ס' 40(ב)- כמו שנמכרים מקרקעין **מעוקלים** בהוצ"פ, זולת אם ביהמ"ש מורה על דרך אחרת שנראית לו **יעילה וצודקת יותר**.

(1) מעוקלים-

- **פס"ד חזקיהו- (1)** הדרך הרגילה שנקבעה למכירת מקרקעין שלא ניתנים לחלוקה היא מכירה פומבית למרבה במחיר וחלוקת הפדיון בין השותפים לפי חלקם; **(2)** דרך של מכירה תחרותית בין השותפים היא יוצאת מן הכלל. על המבקש אותה להוכיח שבנסיבות העניין זהו הדבר היעיל והצודק.
- **פס"ד ויסמן-** גם אם נפל פעם בהתנהגות השותף, אין בכך כדי להצדיק את הפירוק דרך מכירת חלקו בלבד בניגוד לרצונו.

(2) יעילה וצודקת-

פס"ד ויסמן- (1) הפירוש ל"יעילה וצודקת" שבסעיף, מתייחס רק לשאלה אם יש לבצע את המכירה על דרך מכירה פומבית או בדרך אחרת, אין בכך כדי לאפשר לביהמ"ש להורות על מכירת חלקים מסוימים מהנכס לצורך הפירוק- הוראה כזו שקולה לנישול שותף מזכויותיו הקנייניות.

חריג לפירוק דרך מכירה- דירת מגורים של בני זוג: **ס' 40א**

- **עיכוב הפירוק:** **ס' 40א(א)-** פירוק שיתוף בדירת מגורים של בני זוג ע"י מכירת הדירה לא יוצא לפועל עד שיימצא הסדר למגורי ילדי בני הזוג הקטינים ובן הזוג המחזיק בהם.
- **ס' 40א(ב)-** הוראות **ס' 33 לחוק הגנת הדייר** לא יחולו על דירת מגורים של בני זוג שביהמ"ש הורה על פירוק השיתוף בה. להרחבה, **ר' חלק על ס' 33 לחוק הגנת הדייר בצ'קליסט**.

פירוק במקרים מיוחדים

- (a) **שותף עם מקרקעין גובלים:** ס' 41(א)- אם מנת השותף לא ניתנת לחלוקה (שטח קטן מידי / יגרם הפסד מחלוקה כזו), ואותו שותף הוא בעלים של מקרקעין גובלים- ניתן בהסכמתו לצרף את חלקו למקרקעין הגובלים.
- (b) **פירוק תוך איחוד חלקים:** ס' 41(ב)- במידה וניתן לחלק רק בתנאי שחלק מן השותפים ייטלו את חלקיהם במשותף לאחר הפירוק- ניתן לעשות זאת בהסכמתם.
- (c) **חלוקה ע"י קניה:** ס' 41(ג)- אם מנת שותף לא ניתנת לחלוקה (שטח קטן / יגרם הפסד), השותפים האחרים יכולים לקנות את חלקו של שותף זה בתנאי שיסכים ובתנאי שיסכמו היתר לשלם לו מה שהיה מקבל אילו הייתה נמכרת הקרקע לפי ס' 40.

הוראות נוספות בפירוק**משאלות השותפים**

- ס' 43- ביהמ"ש יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם ובשאר משאלותיהם של שותפים.
- המוטיב:** לתת משקל רב לזכויות קנייניות. לא למהר לפרק ולאלץ מכירת שותפים למכור את קניינם.
- **פס"ד מרדכי:** ס' 43 לא יחול במקרה בו ישנם שני שותפים בלבד, משום שהחלתו תשולל את זכות השותף המעוניין בפירוק, לצאת ממנו. הס' יחול רק במקרה בו ישנם מספר שותפים המעוניינים להמשיך בשיתוף, למרות ששותף/ים אחרים דורשים את פירוקו.

ניהול ושימוש עד לפירוק

- ס' 44- ביהמ"ש רשאי לתת צו זמני בדבר סדרי ניהול המקרקעין והשימוש בהם עד לסיום הליכי הפירוק.

שיתוף בזכויות אחרות

- ס' 45- ההוראות על יחסי השיתוף ופירוק השיתוף יחולו לא רק על זכות הבעלות אלא גם על זכויות אחרות במקרקעין (כמו החזקה, שימוש ניהול).

פירוק חברה המחזיקה במקרקעין

- ככלל, חברה תפורק ע"פ דיני פירוק חברות ולא ע"פ דיני פירוק השיתוף שבחוק המקרקעין.
- **פס"ד אולשטיין- (1)** החלתם של דיני הפירוק בחוק המקרקעין על חברות תתבצע רק בנסיבות חריגות בהן החברה לא היוותה אלא כלי להגשת מטרה שאינה קשורה בעצם ההתאגדות. **(2)** עצם העובדה חברה מחזיקה בבעלותה אך ורק במקרקעין, אין בכל כדי להחיל את החריג.

ס' 33 לחוק הגנת הדייר**בעל בית שהיה לדייר**

- **והפסיק להיות בעלים:** ס' 33(א) לחוק הגנת הדייר- אדם החזיק בנכס והוא בעליו או חוכרו-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת (מאחת הסיבות המנויות בסעיף- מכירה בהוצאה לפועל של פס"ד או משכנתא או פשיטת רגל, חלוקת הנכס לפי משפט, או חלוקה לבית משותף). יהיה אותו מחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס.

- **אם הבעלים שמחזיק גם נפטר:** ס' 33(ב) לחוק הגנת הדייר- אם נפטר בעל הנכס לפני שנהפך לדייר מוגן בו, יהפוך בן-הזוג לדייר ואם אין אז ילדיו- בתנאי שהתגוררו עמו בנכס חצי שנה סמוך לפטירתו ולא הייתה להם דירה אחרת למגורים.
- **שותפו מכר חלקו:** ס' 33(ד) לחוק הגנת הדייר- אדם החזיק בנכס שהוא אחד מבעליו, וזכותו פקעה מכיוון ששותפו מכר את חלקו- יהיה אותו מחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס.

עיקול מקרקעין

- **הגנת דירת מגורים:** ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל- רשם ההוצאה לפועל אינו יכול לפנות חייב מדירת מגוריו שעוקלה עד שיוכח כי קיימת לחייב יכולת כלכלית לממן מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותו דיור חלוף.
- **הגנת חקלאי:** ס' 39 לחוק ההוצאה לפועל- ר' קובץ חקיקה.
- **חייבים שדינם כפסק-דין:** ס' 81 לחוק ההוצאה לפועל- הוראות חוק ההוצאה לפועל יחולו על משכנתאות, החלטות, צווים, פסקי דין ומסמכים שנקבע לגביהם כי יש לבצעם כפס"ד של בימה"ש.

תנאי להחלת ההגנה ע"פ ס' 33: החזקה ייחודית

- **פס"ד פלונית-** בעלים ייחשב לדייר מוגן רק אם החזקתו ייחודית כדון, כלומר בהסכמת השותפים.
- **החזקה ייחודית של בן זוג:** פס"ד אריאלי- הסכמה פוזיטיבית שהובעה מפורשות דרך דיבור או ע"י התנהגות חד-משמעית.

חריגים לס' 33

1. **פולש- פס"ד מרדכי-** ס' 33 מאפשר לבעלים המתגורר בית לאחר המכירה, להשאר לגור בו כדייר מוגן, **אלא אם**, יוכרז הבעלים כפולש.
2. **תום לב- פס"ד אדמיר- (שמגר):** מי שכורת חוזה בחוסר תו"ל, ומבקש פירוק כתכסיס להשגת מטרתו (דיור מוגן), לא יכול להנות מההגנה שקובע ס' 33.
3. **טענת הגנה בלבד- פס"ד אדמיר- (בן-פורת):** יש להעניק לס' 33 פירוש מצמצם ההופכו למגן ולא לחרב. אין להתיר לבעלים המחזיק להנות מתוצאות ס' 33 מקום שהוא יזם את הפירוק.

עיקול מקרקעין של בני-זוג

- **פס"ד כובשי- (1)** ס' 40 לחוק המקרקעין לא יחול על מקרה של פירוק שיתוף דירת מגורים של בני-זוג ע"י כונס לצורך פירעון חוב. **(2)** המקרקעין יימכרו, הנושה יקבל את חלקו, הבעלים המחזיק יישאר כדייר מוגן בבית.

בתים משותפים

הגדרת בית משותף: ס' 52-

- "בית": מבנה של קבע, ובכלל זה הקרקע שעליה נבנה;
- "בית משותף": בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים.

רישום הבתים המשותפים בפנקס: ס' 141-148

אופי הזכות בבית משותף

- פס"ד צ'ודלר- (חשיף): הזכות הקניינית בב"מ היא מוגבלת. היא לא הזכות הקלאסית לבעלות אלא יש עדיפות לערך השיתופי על פני הערך האישי.
- ס' 54- בעלות נפרדת בדירות: על אף ההוראה בס' 13 (אין תוקף לעסקה רק בחלק מהמקרקעין), דירה בב"מ היא נושא נפרדת לבעלות, לזכויות ולעסקאות.
- ס' 56(ב)- תחולת פרק ה': ההוראות בנושא שיתוף ופירוקו יחולו על בעלות בדירה ולא על רכוש משותף.

דירה בבית משותף:

- ס' 52- "דירה": חדר, תא או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.
- פס"ד עמליה- דירה היא כל חלל בנוי במבנה של קבע, התחום ברצפה, בגג ובקירות, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת בעלת קיום עצמאי למטרת מגורים/עסק/ כל צורך אחר.

רכוש משותף

הגדרת "רכוש משותף": ס' 52- כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסויימת.

- הגדרה שיווית: פס"ד עמליה- שטח שאינו "דירה" ייחשב לרכוש משותף.
- מבחן הייעוד: פס"ד פרידמן- מיועד לשימוש כלל הדיירים או מרביתם + ניתנה לדיירים זכות שימוש ברכוש זה.

ס' 56- אי-תחולת פרק ה': ההוראות הנוגעות בשיתוף ופירוקו לא חלות על הרכוש המשותף.

הבעלות ברכוש המשותף

חלקי הרכוש המשותף הצמודים לדירות

- ס' 55(א) + ס' 57(א)- לכל דירה צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף, שיעור החלק הצמוד לכל דירה יקבע לפי יחס שטחה אל שטח כלל הדירות.
- ס' 55(ב)- אין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בלבד במנותק מהדירה.

נשיאת הוצאות

ס' 58- בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות **להחזקתו התקינה** וניהלו של הרכוש המשותף, לפי שטח יחסי רצפתו אל מול שטח כלל הדירות- זולת אם נקבע אחרת.

- החזקה תקינה- שמירה על מצב הבית בגמר הבניה או לאחר שיפור שהוסכם.

הוצאת חלקים מהרכוש המשותף

ס' 55(ג)- אפשר להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת בהסכמת כל בעלי הדירות (ס' 62(א) סיפא). אם הוצמד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת, הוא ייחשב לחלק מהדירה שאליה הוצמד. חריגים:

- אין להצמיד מתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות (מדרגות/מעלית מקלט וכו').
- פס"ד שטנג- כל פגיעה בשטחים המיועדים לשימוש כל בעלי הדירות, היא **פגיעה מהותית** שאין להרשותה אלא בהסכמת כלל בעלי הדירות.
- ב. **(לא בסילבוס)** פס"ד ביבי- זכויות בנייה בבית משותף אינן "רכוש משותף" ולא ניתן להצמיד אותן לדירה מסוימת (אך בעלי הדירות יכולים להגיע להסכמות חוזיות לגביהן).

אופן הוצאה**א. בתים משותפים מאוכלסים:**

ס' 62(א) סיפא- ניתן להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית רק (1) בהסכמת כל בעלי הדירות (2) ובהוראה מפורשת וספציפית.

- חלקים אשר הוצאו מן הרכוש המשותף בדרך של הצמדה, לא יחשבו עוד רכוש משותף וזכות השימוש בהם תופקע מידי כלל בעלי הדירות ותיוחד לבעל הצמדה.
- סינג: ס' 71 **ראו מטה**- הצמדה לשם בניה שמטרתה הרחבת הדירה.
- העברת חלק שהוצמד: ס' 62(א)(א)- אם חלק מסוים מהרכוש המשותף הוצמד לדירה מסוימת, בעל הדירה רשאי להעבירו לדירה אחרת בבית המשותף ללא הסכמת בעלי הדירות האחרים, ובלבד שצו הרישום תוקן וניתנה לדיירים האחרים הודעה מוקדמת והזדמנות לטעון את טענותיהם (ס' 145).

מבחן דו-שלבי: פס"ד עמליה-

- (1) האם מדובר ברכוש משותף? (א) הגדרה שיווית; (ב) מבחן הייעוד; (ג) ר' לעיל.
- (2) האם הגריעה מהרכוש המשותף נעשתה כדין, כלומר האם הגריעה מפורשת, ברורה וספציפית.

ב. בתים משותפים חדשים מהקבלן:

ס' 6(א) לחוק המכר (דירות)- **מוכר** רשאי להוציא **חלקים מסוימים** מהרכוש המשותף ולהצמידם לדירה מסוימת, בתנאי שעשה זאת באופן ברור וחד משמעי במפרט או במסמך המצורף לחוזה המכר.

- **מוכר:** ס' 1 לחוה"מ- (1) מי שמוכר דירה בבית שבנה או יבנה בעצמו או ע"י מישהו מטעמו; (2) מי שקנה דירה מהבונה במטרה למכור אותה.
- **חלקים מסוימים:** עשויים להיות מחסן או חניה וכו', כל עוד אינם מיועדים לשימוש כלל בעלי הדירות (פס"ד עמליה + ס' 55(ג))

מבחן דו-שלבי: פס"ד עמליה-

(1) **האם מדובר ברכוש משותף? (א) הגדרה שיווית; (ב) מבחן הייעוד; (ג) ר' לעיל.**

(2) **האם הגריעה מהרכוש המשותף נעשתה כדין? פס"ד פרידמן- תנאים לביצוע הצמדה כדין: (ע"פ ס' 6(א)+ הפסיקה)**

(1) הוצאת השטח תיעשה במסמך נפרד לחוזה;

- **חריג: פס"ד עמליה- (ש' נאור):** במקרים חריגים תתכן אפשרות לסטות מן העיקרון המחייב כי הגריעה תיעשה במסמך נפרד מהסכם המכר או במפרט.

(2) מסמך זה יצורף לחוזה המכר בעת עריכתו;

(3) הגריעה מן הרכוש המשותף תיעשה באופן קונקרטי, ספציפי ומסוים.

תקפות הגריעה: פס"ד פרידמן- טרם רישום הבית כבית משותף, אין משמעות קניינית להצמדת הרכוש לדירה- ההצמדה תחשב להסדר חוזי ותשתכלל לזכות קניינית רק לאחר הרישום כב"מ.

השארית חלקים אצל הקבלן: פס"ד פרידמן- קבלן המבקש לשייר חלקים שניתן להתנות עליהם מהרכוש המשותף, יוכל לעשות כך ע"י טכניקת "הקולב המשפטי" המאפשרת לו לרשום "תא" מסוים כ"דירה" ולהצמיד אליה שטחים. חובת הגילוי שתחול עליו לעניין זה תהא גבוהה מהנטל הרגיל שקובע ס' 6(א) כך שיצוין בחוזה המכר ובמפרט האם הוצאת חלקים מהרכוש המשותף נועדה לשם הצמדתם לדירה פלונית או לשם רישומם כ"דירה" שתישאר בידי המוכר.

הצמדה לשם הרחבה

ס' 71ב(א)- ניתן להרחיב דירה ע"י הרכוש המשותף ע"פ החלטה של בעלי ¼ מהדירות שלפחות 2/3 מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם. ואם מטרת ההרחבה היא בניית מרחב מוגן, מספיק רוב של 60% מהדירות.

רציונל: (פס"ד עטיה)- מטרת החיקוק היא להקל על מצוקת הדיור ולאפשר ניצול יעיל יותר של הקרקע ע"י הרחבת הדירות ע"י הפחתת כוחו של המיעוט וניטלת "זכות הווטו". ס' 71ב הוא חריג לכלל שבס' 62. לפי ס' זה כאשר ההצמדה היא לצורך "הרחבה" לא נדרשת הסכמת כל בעלי הדירות ודי ברוב מיוחד.

מהי "הרחבה": פס"ד עטיה- (1) מהדיונים בוועדה בכנסת לא עולה כי נשללה האפשרות ש"הרחבה" תכלול בנייה שאיננה בסמיכות פיזית לדירה המורחבת. עם זאת, (2) הדרישה לסמיכות פיזית בין הדירה לשטח ההרחבה היא נקודת האיזון הנכונה בין עיקר תכליתו של התיקון, לבין מזעור הפגיעה בזכויות הקניין של המיעוט ברכוש המשותף.

תנאים להרחבה:

1. **ס' 71ב(ב)-** ההחלטה אינה פוגעת בזכויות בנייה יחסיות של בעלי הדירות האחרות.

2. **ס' 71ב(ז)-** ההחלטה אינה מונעת מבעל דירה אפשרות לבנות סוכה אם נהג כך גם לפני.

לצורך קבלת רוב מיוחד: ס' 71ב(ג)- בעל דירה שהורחבה יראה אוטומטית כמי שהסכים להרחבה דומה של דירה אחרת באותו בניין.

תשלומי איזון: ס' 71ב(ד)- בעל דירה שהורחבה בשיעור העולה על חלקו היחסי ברכוש המשותף, ישלם במועד ההחלטה תשלומי איזון לבעל דירה שהרחבת דירתו קטנה מחלקו ברכוש המשותף או שאיננה אפשרית כלל.

שימוש שינוי ופגיעה ברכוש המשותף

אופן השימוש

- **איך נקבע?** אופן הניהול והשימוש ייקבעו ע"י האסיפה הכללית (ס' 5 לתקנון המצוי) וההחלטות באסיפה יתקבלו ע"פ הרוב (ס' 12(א) לתקנון המצוי).
- **איזה שימוש מותר?** פס"ד פרשקר- כל בעל דירה רשאי לעשות שימוש ברכוש המשותף בצורה נאותה **ובאורח סביר**.
 - שימוש באורח סביר: (פס"ד פרשקר)- אין בשימוש משום תפיסת חזקה או הסגת גבול של שאר בלי הדירות. שימוש חולף שאין בו כדי למנוע מאחרים לעשות שימוש דומה.

שינוי

פס"ד שמע-

- **(זוסמן + ויתקון): (1)** ס' 2 לתקנון המצוי נוגע לשינויים פיזיים בגוף הדירה שבגללם ניזקה דירה אחרת או הרכוש המשותף. **(2)** שינוי ייעודה של הדירה לא נחשב לשינוי המצריך את אישור לפי תקנון.
- **(כהן, מיעוט):** המונח "שינויים" בס' 2 לתקנון המצוי, כולל גם את שינוי הייעוד ועל כן יתבצע רק בהתאם לתקנון.

פגיעה ברכוש המשותף

- הגדרה: ס' 2(א) לתקנון המצוי- "לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהייתה בעת גמר הבניה". **לדעתי**, כל פגיעה או שינוי של קבע ביחס למצבו בעת גמר הבניה או לאחר שיפור שהוסכם.
- א.** פס"ד אליאס- **(1)** כל פגיעה ברכוש המשותף, גם בלי שנתלווה לה נזק ממשי, מצדיקה צו מניעה. **(2)** אין לפגוע ברכוש המשותף ללא הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות. **(3)** העובדה שאחד הדיירים עשה דין לעצמו ברכוש המשותף בעבר, לא מצדיקה דייר אחר לפעול באותו אופן.
- ב.** פס"ד שטנג- כל פגיעה ברכוש המשותף המיועד לשימוש כל בעלי הדירות, היא פגיעה מהותית שאין להרשותה אלא בהסכמת כל בעלי הדירות.

תקנון הבית המשותף

- ס' 61- ב"מ יתנהל ע"פ תקנון המסדיר את היחסים בין בעלי הדירות ואת זכויותיהם וחובותיהם בקשר לבית המשותף. תקנון וכל שינוי בו ניתנים לרישום, ומשנרשמו יפים כלפי אדם שנעשה בעל דירה לאחר מכן (ס' 62(ג)).
- תקנון מצוי: ס' 64-** אם לא נרשם תקנון לפי ס' 62, או שיש תקנון אך הוא חסר, יראו את התקנון המצוי כתקנון שנרשם ע"י בעלי הדירות.

יצירת התקנון ועריכתו

- ס' 62(א)- בעלי הדירות רשאים לערוך תקנון ולשנות אותו ברוב של בעלי דירות 2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, **אולם**, אין לקבוע או לשנות זכויות או להטיל חובות מסוג או בשיעור שלא פורשו בחוק דרך התקנון אלא בהסכמת בעלי הדירות (ס' 62(א) + ס' 12(ב) לתקנון המצוי).

החלטה ברוב רגיל: פס"ד פרשקר- החלטה בתקנון שהושגה ברוב רגיל איננה בטלה, אך גם איננה משוריינת מפני שינוי שיתקבל ע"י אסיפה מאוחרת, באם יושג בה הרוב הדרוש כדי להפוך אותה לחלק מהתקנון המוסכם. **אסיפה כללית והחלטות:** אם לא נקבע תקנון, בעלי הדירות יקיימו אחת לשנה אסיפה כללית לשם קביעת דרכי ניהולו של הרכוש המשותף והשימוש בו (ס' 5א לתקנון המצוי). החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב דעות (ס' 12א לתקנון המצוי).

קיום התקנון

- א. **דרישת תו"ל:** פס"ד שטנג- תקנון ב"מ הוא הסכם, על כן חלה עליו במישרין הוראת ס' 39 לחוק החוזים, וקיימת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתו"ל בקיום חיוב הנובע מהחובה.
- ב. **דרישה בתקנון לניהול אורח חיים מסויים:** פס"ד אדלר- ניהול אורח חיים מסויים אינו עניין של חזקה או שימוש במקרקעין. תניה מסוג זה בטלה מעיקרה.
- ג. **אסיפה כללית והחלטות:** בעלי הדירות יקיימו אחת לשנה אסיפה כללית לשם קביעת דרכי ניהולו של הרכוש המשותף והשימוש בו (ס' 5א לתקנון המצוי). החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב דעות (ס' 12א לתקנון המצוי).

יישוב סכסוכים בין בעלי הדירות

סמכות להכריע בסכסוכים: ס' 72(ב)- סכסוך בין בעלי דירות בב"מ בדבר השגת גבול לדירה או לרכוש המשותף, רשאי התובע לתבוע בפני בימ"ש או בפני המפקח.

הזכות לתבוע: ס' 73- כל בעל דירה, מחזיק מטעם בעל הדירה, חוכר, חוכר משנה או נציגות הב"מ זכאים להביא סכסוך להכרעתו של המפקח.

סמכויות המפקח: ס' 74- למפקח סמכות שיש לשופט בבימ"ש השלום.

דיון בסכסוך: ס' 75- מפקח הדן בסכסוך רשאי לסטות מדיני הראיות ומסדרי הדין הנוהגים בבתי-המשפט אם הוא משוכנע שהדבר יוביל לעשיית צדק.

ערעור: ס' 77- כל צד לסכסוך הרואה עצמו נפגע מידי החלטת המפקח רשאי לערער למחוזי.

סרבנות בבית משותף: ראו חלק 3 בעמ' 56: הפער בין הבעלות הפרטית בדירות לבין בעלות משותפת ברכוש המשותף.

התחדשות עירונית

מהי? שם להרבה סוגי תהליכים של שיקום המרקם הבנוי הקיים ושיפורו תוך התייחסות למצב הפיזי של המבחנים והמצב חברתי של התושבים: שיפוץ בניינים קיימים, הרחבת דירות, עיבוי המרקם הקיים ע"י הוספת קומות ויחידות דיור, בניה חדשה בשטחים בנויים, הריסת קיים ובנייה חדשה (פינוי בינוי) ופרוייקטים לשיקום חברתי של האוכלוסיה.

רציונלים ראשוניים:

1. מתן סיוע עירוני/ ממשלתי לשכונות חלשות ותיקות- המטרה הראשונית של חוק פינני בינוי.
2. הגנה מפני רעידות אדמה- מבנים שנבנו לפני 1980 לא יחזיקו מעמד, לכן מתקנים בתמ"א 38 או מחליפים בפינוי בינוי.

רציונלים נוספים חדשים:

3. הזדקנות מרכזי הערים- שגורמת לנטישת אוכלוסיה
4. חוסר יעילות-גסיסה כלכלית
5. השוואת תנאי המחיה- שיקום שכונות- אינטרס של העירייה למשוך אוכלוסיות חזקות ומבוססות כלכלית יותר, המשלמות ארנונה.
6. משבר הדיור- בהוספת דירות היצע גדל.
7. בטיחות

שני מסלולים עיקריים:

- **תמ"א 38**- היקף קטן על מבנה אחד-שניים. ללא הריסה.
 - הרציונל: התמודדות עם רעידות אדמה
 - מסלול תכנוני: באמצעות תמ"א 38.
 - מסלול קנייני: חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008.
- **פינוי בינוי**- היקף רחב על מקבץ בניינים. כולל הריסה.
 - הרציונל: שיקום שכונות
 - מסלול תכנוני: חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו-2016
 - מסלול קנייני: חוק פינוי בינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), תשס"ו-2006

בעיית הפעולה המשותפת

(the tragedy of the commons) - **ראו עמ' 4**. פתרונות: הפרטה, רגולציה, הפקעה.

המדינה מתעכבת בהתחדשות עירונית בשל שתי בעיות מרכזיות:

1. התחום מופרט- הקבלן מנהל בעצמו מו"מ עם הדיירים, חשש לניצול בייחוד בשכונות חלשות כי לקבלן יש אינטרס לקבל כמה שיותר. ולכן נקבעה רגולציה.
2. התחדשות נקבעת ברגולציה- כרגע המדינה לא מבצעת הפקעות לטובת התחדשות מכיוון שזו פגיעה קשה בקניין (שי מבקר זאת), וכך התחדשות עירונית מבוצעת ע"י רגולציה (זו הדרך הישראלית להתמודד עם בעיית הפעולה המשותפת). ברגולציה הרבה פרויקטים לא יוצאים לפועל או מתעכבים, וזה סותר את הרציונלים שהצגנו, כמו בטיחות. מדוע מתעכבים? ליזם פרטי אין אינטרס להיכנס לפרוייקט.

סיבות נוספות לעיכוב בהתחדשות עירונית

1. **הדיירים מסרבים**- למטרות סחטנות או בתמימות, בעיקר אצל אנשים מבוגרים.
2. **בחברה החרדית**- מספר סיבות:
 - לא ניתן לבנות לגובה כי בשבת אסור מעלית, לא כדאי לקבלן.
 - יש פסיקות רבנים שאוסרים הצטרפות להתחדשות עירונית, כי לפי דיני קניין במשפט עברי לא ניתן לחייב אדם לשנות קניינו נגד רצונו, זה גזל. הלכות שכנים דורשות 100% הסכמה- מצמצם פרויקטים.

- קיימת בניה בלתי חוקית- התחדשות עירונית תפגע בקניין שלהם (כמו גזל במ"ע).
- שטרם מציע שהמדינה תכיר בבנייה הלא חוקית כדי שיסכימו להתחדשות ולשיפור בטיחות הבניין.
- לא מעוניינים שיכנסו לשכונה אנשים חדשים שלא מתאימים למרקם הספציפי השכונתי (בייחוד בפינוי בינוי)

3. הפער בין הבעלות הפרטית בדירות לבין בעלות משותפת ברכוש המשותף

בבית משותף יש מתח בין

בעלות פרטיות:

- ס' 54: דירה בבית משותף היא נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות.
- ס' 55(א): לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.

מול בעלות משותפת ברכוש המשותף

- ס' 60(א)- כל הדירות ישתתפו בהוצאות הכרוכות לגבי הרכוש המשותף, כל אחד בהתאם לחלק ברכוש המוצמד לדירתו.
- ס' 60(ב)- בעלי 3/4 מהדירות יכולים לכפות על המיעוט את ההחלטה ע"י פנייה למפקח

פס"ד צ'ודלר: חשין: הבית המשותף הוא מוסד קנייני אחר מבית פרטי זו לא הזכות הקניינית במיטבה, מעין יצור כלאיים: מצד אחד יש אוטונומיה וחירות ומצד שני מחויבות לקהילה.

← מצד שני, זה לא חידוש אצל חשין שחושב כי הזכות הקניינית מאוחדת מזכויות שונות.

← משמעות נוספת להלכה של חשין: בבית משותף יש כללים, המבנה הרגולטורי של הבית המשותף מחייב אותי לפעול לא רק באוטונומיה אלא גם לטובת האחרים. ולכן למשל יש כללים שמתמודדים עם בעיות התחדשות עירונית, למשל דרישת רוב מיוחס.

מנגנוני הכרעה בבעיית הפעולה המשותפת:

1. מתן זכות וטו

2. דרישת רוב מיוחס

3. הכרעת רוב

בישראל- דרישת רוב מיוחס

חוק פינוי בינוי (פיצויים) קובע דרישת רוב מיוחס: לפחות 66% מן הדיירים במקבץ.

וגם צריכים להתקיים שני התנאים:

1. 60% לפחות מדיירי כל אחד מהבתים המשותפים הסכימו לעסקה.

2. 51% לפחות מן הרכוש המשותף בכל בנין צמוד לדירותיהם.

המגמה היום: הורדת הרוב הנדרש. מדוע? כי המדינה מצד אחד רוצה להשאיר את התחום תחת רגולציה (ללא הפקעות וללא הלאמה והתערבות כלכלית רצינית של המדינה) ומצד שני רוצים להקל על יזמים להתקדם.

גם אם הושג רוב מיוחד, עדיין יש סרבנים

בימ"ש יבחן את סבירות הסירוב.

- **סירוב שאינו מוצדק:** ס'2 לחוק קובע את הסעדים (פירוט מטה: "החוק שונה")
- **סירוב מוצדק:** (פס"ד רגינה שוורצברגר)

- עסקה לא כדאית (אובייקטיבית ולא סובייקטיבית לדייר, קשה להוכיח)
- לא הוצעו מגורים חלופיים לתקופת הביניים
- החלופה לא מתאימה לבעל מוגבלות
- לא הוצעו בטוחות הולמות
- נסיבות אישיות מיוחדות- מה זה אומר? בפועל בימ"ש לא הכיר בזה כסירוב מוצדק:

פס"ד נבט: לא הכירו בטענה בדבר היות הדיירת חד הורית

פס"ד רגינה שוורצברגר:

- **נסיבות אישיות:** לא הכירו בטענת ערך סובייקטיבי וגם לא בטענה כי זכות הקניין היא שונה כי הבעלים גם מתגוררת בנכס.
- **הוכרע לפי ס' 14 לחוק המקרקעין:** היא עמדה דווקנית על הזכות שלה וכך פעלה שלא בתו"ל ופגעה באחר.
- **אחריות נזיקית לסרבנים:** לאור חוק פינוי בינוי, דייר סרבן (**סירוב בלתי סביר**) בבית משותף חשוף לאחריות נזיקית: נפסקו פיצויים על ההפסדים שיגרמו לדיירים. (**היום החוק שונה!**)

היום החוק שונה

ונוספה אפשרות נוספת לסעד במקרה של **סירוב בלתי סביר:**

לפי ס'2(א) לחוק פינוי בינוי (פיצויים) בימ"ש יכול לקבוע:

1. **סעד נזיקי- כמו שהיה קיים בפס"ד שוורצברגר.** פיצוי על אובדן שווי הדירות הפוטנציאלי לכל דייר- אמצעי לחץ גדול.
2. **בנוסף, אישור העסקה ומינוי עו"ד או רוא"ח שיקשר בעסקה בשם הדייר הסרבן- ינהל את התהליך בשמו.**
בעיה: אמנם שומרים על זכות הקניין אך לוקחים את אפשרות הבחירה.

לסיכום: מגמות בשוק לקידום ההתחדשות העירונית

1. הפחתת הרוב הנדרש
2. הפחתת יכולת הדייר הסרבן לעצור פרויקטים גם בעונש קנייני וגם נזיקי.