**מאפייני הזכות הקניינית**

1. **תקפה כלפי כל העולם**- ככזו היא מכפיפה אליה צדדים שלישיים, בשונה מהזכות החוזית אשר תקפה רק כלפי שני הצדדים.

2. **עקיבה/כפיפות**- זכות הקניין נותנת לאדם יכולת לעקוב אחר הנכס ולהוציאו מכל אדם שמחזיק בו, בשונה מהזכות החוזית אשר לא מאפשרת עקיבה.

3. **עדיפות**- הזכות הקניינית נותנת לבעליה עדיפות על פני גורמים מתערבים(למשל מעקלים מאוחרים, נושים במצב של פשיטת רגל).

4. **ייחודיות**- לא ניתן ליצור זכויות קנייניות ללא הגבלה בנכס נתון אחד, בשונה מהזכויות החוזיות שניתן ליצור ללא הגבלה.

5. **עקרון הפומביות של הזכות הקניינית**- הדרכים הקלאסיות הן רישום במרשם המקרקעין וחזקות. ישנם 3 פנקסים: א. למקרקעין מוסדרים- רישום לגביהם מהווה ראיה חותכת לתוכנם. ב. לבתים משותפים. ג. למקרקעין לא מוסדרים- רישום לגביהם מהווה ראיה לכאורה לתוכנם.

**רשימת הזכויות הקנייניות במקרקעין הינה סגורה: זכות השאילה, זכות הקדימה, משכנתא, זכות הבעלות, זכות השכירות וזיקת הנאה. פס"ד רומנו נ' שוחט** עסק בשאלה האם דיירות מוגנת היא זכות קניין. נקבע בו כי אינה נחשבת לזכות קניין. לעומת זאת, **בפס"ד מנדלבאום** נקבע כי דיירות מוגנת אכן נחשבת זכות קניינית, שכן לא הגיוני ששוכר יקבל פיצוי ודייר מוגן, שזכויותיו חזקות יותר, לא יקבל.

**ההבדלים בין הזכות החוזית לזכות הקניינית**

1. **תוקף הזכות**- קניינית תקפה כלפי כל העולם, החוזית רק בין הצדדים לה.

2. **עצמאות השימוש בזכות**- ניתן לעשות בזכות הקניין כרצוני, לעומת זאת בחוזה נדרש שיתוף פעולה בין הצדדים.

3. **פומביות**- לקניינית יש יסוד פומביות, החוזית אינה פומבית.

4. **רשימת הזכויות הקנייניות סגורה**, לעומת הזכויות החוזיות שניתן ליצור.

5. **לזכות הקניינית עדיפות** על פני נושים, לחוזית אין עדיפות על אחרים.

**פס"ד בן חמו נ' טנא נוגה**- נקבע כי זכות ההפצה אינה ייחודית, ולכן הינה זכות חוזית ולא קניינית.

**ההצדקות לזכות הקניין**

1. **ערך העבודה**- **ג'ון לוק** סבר כי בזכות העבודה שלך אתה מקבל זכויות על הנכס.

2. **ערך החירות**- קניין פרטי הוא אמצעי למימוש החירות של כל אחד מאיתנו. **רוברט נוזיק** ניסח כללים למשטר קנייני שיכבד את ערך החירות: א. **כלל שבודק את הצדק ברכישה**- כיצד נוצרת זכות מותרת ונכונה. ב. **כלל של העברה**- מתי העברת נכסים היא חוקית. העברה חוקית חייבת להיות רצונית. ג. **כלל שמתייחס לתיקון המצב**- איך לתקן את המצבים בהם הכללים הקודמים הופרו. הביקורות האפשריות על גישה זו: ההנחה בבסיס תיאוריית החירות אינה נכונה- אנשים אינם חוששים ומתגוננים, אימוץ ערך החירות בצורה מוקצנת יוביל לצבירת רכוש רב ביחס לאחרים, אין מגבלות על צבירת רכוש.

3. **ערך האישיות**- **ראדין** טוענת שזכות השליטה של האנשים בנכסים שלהם הכרחית ולגיטימית, כיוון שהיא חיונית לפיתוח עצמיות האדם. ככל שהנכס יהיה קרוב יותר לאישיות שלי, כך ההגנה הקניינית תהיה חזקה יותר. ביקורות: לא ידוע כיצד בודקים את הקשר בין הנכס לאישיות, לגיטימציה לחברות ענק להתגונן בטענה כי באמת צריכים את הנכסים האלה.

4. **ערך היעילות**- משטר של קניין פרטי הוא המשטר היעיל ביותר לניהול משאבים למקסום תועלת. **ארדין** מציג את **טרגדיית המאגר המשותף** בכדי להצביע על יתרונות המשטר של קניין פרטי(אם מדובר במשאב פתוח לכל, המשאב יתדלדל בסוף לעומת משטר של קניין פרטי בו תהיה אחריות לכל אחד). ביקורות: **הלר** טען שהקצאת זכויות קניין פרטי יכולה שלא להביא לניצול משאבים בצורה יעילה.

5**. צדק חלוקתי**- **חנון דגן** טוען כי דיני הקניין צריכים להיות רגישים גם לנושאים חלוקתיים בנוסף לדיני המס ודיני הביטוח הלאומי שמטפלים בצדק החלוקתי. לצמצם פערים דרך פיזור נכסים. ביקורות: דיני הקניין לא עוצבו לטפל בצדק חלוקתי, השלטון צריך לדאוג לרווחת האנשים ולא הפרטים עצמם, שיפוטים פרטניים שיפגעו בהכרעות משפטיות על שיפוטים בני הכללה. דגן עונה על הביקורת בכך שניתן לעשות בזהירות את אשר הציע. גישתו לא התקבלה.

6. **ערך הקהילה/אחריות חברתית**- גישה זו מניחה שמהות האדם שונה מההבנה של ערך החירות(האדם יצור נבדל ונפרד), בכך שרואה באדם כמקיים קשרים עם אחרים ובעל הקניין מחויב כלפי החברה שבה הוא פועל. **זינגר** מדבר על אינטרס ההסתמכות- הגנה על הצד החלש ודאגה להמשכיות הקשר. **דגן** אומר שקניין הוא אתר קהילתי, בו יש לבעלים חובות כלפי הקהילה בה הוא חי.

**זכויות קנייניות במשפט הישראלי**

**רשימת הזכויות הקנייניות הקיימות בכל סוגי הנכסים(מקרקעין, מיטלטלין וזכויות) הינה סגורה: זכות הבעלות, זכות השכירות והשאילה, זכות המשכון(משכנתא במקרקעין), זכות העיכבון וזכות הנאמנות. ישנן 2 זכויות מיוחדות למקרקעין: זיקת הנאה וזכות קדימה.**

**הסיבות לכך שהרשימה סגורה**: בגלל היכולת של זכות הקניין לפגוע בצדדים שלישיים, נימוק מעשי- אין יותר זכויות קנייניות.

**זכות הבעלות**- **הזכות החזקה ביותר הנותנת למחזיק בה אגד של זכויות**: הזכות להשתמש בנכס, להפיק הנאה אישית מהנכס, הזכות לנהל את הנכס, הזכות ליהנות מההכנסות של הנכס, זכות לשנות את הנכס, להשמיד אותו. ההגנה שניתנת לזכות הבעלות היא הגנה חזקה משני סוגים: **הגנה נזיקית(**גזל, הסגת גבול, עיכוב נכס שלא כדין) **והגנה קניינית**(עילת תביעה קניינית כנגד המחזיק שלא כדין). **חייבת רישום לשכלולה.**

**זכות השכירות והשאילה**-  **זכות השכירות כוללת 3 יסודות: חזקה ושימוש בנכס, תמורה וזמן מוגבל שלא לצמיתות.** ישנם סוגים שונים של שכירויות: **חכירה**- שכירות למעלה מ5 שנים. **חכירה לדורות**- שכירות לתקופה ארוכה שעולה על 25 שנים. **לזכות השכירות יש 3 היבטים מרכזיים**: **א. היבט חוזי**- חוזה השכירות אשר יכול להיות גם בעל פה. **ב. היבט קנייני**- הזכות החוזית הופכת לקניינית אם השכירות נרשמת. **סע' 152 לחוק הגנת הדייר פטר מרישום שכירויות עד 10 שנים, אך מדרישת הכתב אין פטור מעל 5 שנים.** שכירות שאינה דורשת רישום(עד 10 שנים) משתכללת לכדי זכות קניינית עם קרות אחד משניים- מסירת חזקה במושכר או רישום הזכות במרשם המקרקעין. **ג. הכוח של השוכר לעשות עסקאות שונות בזכות השכירות שיש לו**- יכולת להעביר, למשכן את זכות השכירות וכדומה. ההבדל בין זכות השכירות לזכות השאילה היא בתמורה- בזכות השכירות יש תמורה, בשאילה אין. שאלת ההבחנה בין שכירות ארוכה מאוד לבין בעלות הינה בעייתית.

**זכות העיכבון**- זכות שמאפשרת החזקה עד לפירעון החוב.

**זכות המשכון/משכנתא**- זכות הנותנת יכולת להיפרע מן הנכס, למכור את הנכס אם לא יסולק החיוב. זכויות חוזיות הן נכס שניתן לסחור בו ולמשכן אותו. לעסקת המשכון/משכנתא שני שלבים: **א. עסקת יסוד**- עסקה של מתן אשראי שיש בה חייב ונושה. **ב. בטוחה חפצית-** חייב משעבד נכס לטובת הנושה, אשר נותן לו אפשרות להיפרע מן הנכס כדי גובה החוב אם עסקת היסוד נכשלת. הרכיב הראשון הוא **שעבוד של נכס**. הרכיב השני הוא שאותו שעבוד מהווה **ערובה לחיוב**. הרכיב השלישי הוא **היכולת להיפרע מן הנכס** אם החיוב לא סולק. יש הבדל בין עיקול למשכון. עיקול מבטיח את היכולת להיפרע ע"י מניעת בעל הנכס מלהוציא את המעוקל מרשותו או להעבירו לאחר. זכות המשכון תירשם ברשם המשכונות. משכנתא תירשם במרשם המקרקעין. **משכנתא דורשת רישום לשכלולה.**

**זיקת הנאה(רק במקרקעין)-** **סע' 5 לחוק המקרקעין** קובע שזיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם. **ישנן 4 קטגוריות של זיקות הנאה**: 1. **סע' 93 לחוק המקרקעין**- **שימוש מסוים במקרקעין הכפופים ע"י בעל הזיקה**- למשל הענקת זכות מעבר עם הרכב בשביל שמצוי במקרקעין של נותן זכות המעבר. 2. ניתן ליצור זיקות הנאה שתוכנן הוא **הימנעות של בעל המקרקעין הכפופים מביצוע פעולה באותם מקרקעין**. 3. **זיקות הנאה שהן אך ורק לטובת המקרקעין**. 4. **זיקת הנאה לפיה בעל מקרקעין כפופים לא יהיה זכאי למנוע פעולה מסוימת במקרקעין הזכאים**- הפיכת מעשה לא חוקי למותר.

**דרכים ליצירת זיקת הנאה**: 1. **מכוח הסכם- נגמרת ברישום כמו כל עסקה במקרקעין**. 2. **מכוח שנים- המשתמש במשך 30 שנים רצופות רכש את זיקת ההנאה ויכול לדרוש את רישומה- לא חייב רישום!**

**תנאים מצטברים שחייבים להתקיים לקיום זיקת הנאה מכוח שנים**: 1. השימוש חייב להיות מסוג השימושים שהחוק מאפשר אותם. 2. השימוש חייב להיות גלוי, עוין את זכות הבעלות של בעל המקרקע. אם בעל הקרקע לא יודע ולא יכל לדעת, לא ניתן לטעון שנתן זיקת הנאה. 3. משך השימוש צריך להיות לפחות 30 שנים. התקופה נמנית מהרגע שבו החל השימוש וכל עוד לא הביע בעל המקרקעין הסתייגות בכתב מהשימוש האמור.

**ניתן ליצור זיקת הנאה במקרקעי ציבור, אך לא זיקת הנאה מכוח שנים!**

**סע' 96** נותן אפשרות לביהמ"ש לבטל זיקת ההנאה.

**זכות קדימה(רק במקרקעין)**- זכותו של אדם שבעל זכות במקרקעין **מסוג של בעלות או חכירה לדורות** לא יעביר את זכותו במקרקעין לאחר או חלקה אלא אם כן הציע אותה תחילה לבעל זכות הקדימה. **דרכים ליצירת זכות קדימה**: 1. **מכוח הסכם**- **זכות הקדימה משתכללת עם רישומה במרשם המקרקעין.** בהעדר רישום יש רק התחייבות להקנות זכות קדימה. 2. **מכוח דין**- הדין יצר זכות קדימה בשני מצבים: א. **זכות קדימה בין יורשים במשק חקלאי**- **בשנתיים הראשונות ממתן צו הירושה, יש זכות קדימה ללא רישום. בחלוף שנתיים, תהיה זכות קדימה רק אם בוצע רישום**. ב. **זכות קדימה בין בני זוג-** **זוהי זכות קדימה שלא מותנית ברישום.**

העברה ללא תמורה לא מחייבת פרוצדורה לפי זכות קדימה, כלומר זכות קדימה לא חלה על מתנות.

**זכות הקניין כזכות חוקתית**

חו"י כב"ה נותן הגנה חוקתית לזכות הקניין. **להגנה החוקתית שני סוגים**: 1. **הגנה רכושית**- הגנה על מה שיש לאדם. 2. הגנה קניינית על המינימום הדרוש לקיום בכבוד- **רכוש מינימלי**.

העליון לא מאמץ תפיסה קיצונית של ערך החירות, אלא סבור כי יש ערכים נוספים שיש להתחשב בהם כשמפרשים אותה זכות קניינית. **פרשנות המושג "קניין" לצורך חוק היסוד הינה פרשנות רחבה** הכוללת מגוון רחב של אינטרסים(**כל אינטרס רכושי**). **ברק** **בפס"ד בנק המזרחי** אומר כי קניין כולל כל אינטרס שיש לו ערך כלכלי-הבנה רכושית המגנה על רכוש האדם. **שמגר** סבר כי מטרת ההגנה החוקתית על הקניין היא למנוע מהמדינה לשלול מה שיש לאדם. **זמיר** הסתייג מההגדרה הרחבה. בישראל התפיסה היא רכושית ואין הבנה של "קניין חדש"(הגנה חוקתית קניינית לזכויות שמקורן במשפט הציבורי). **פס"ד ד.ש.א**- העותרת טענה כי זכאית לקבל תמריץ מהמדינה שקבוע בחוק מסוים. זמיר סבר כי אין פה פגיעה בקניין, שכן הסובסידיות הללו תלויות במצב המדינה באותה העת.

**מהי פגיעה בקניין?** המבחן הוא רכושי- בודקים את שווי הזכות לפני הפגיעה ואחריה. כל הדיונים הקשים נעשים דרך פסקת ההגבלה. **חשין** הציג את התפיסה הקיצונית ביותר לזכות הקניין כחירות, אך גם אצלו התפיסה אינה מוחלטת. **ברק** סובר כי התכלית הראויה משרתת מטרות חברתיות ראויות התואמות זכויות אדם. **פרופ' דגן** הציג את התפיסה הקיצונית ביותר ביחס לערכים אחרים שמאזנים את ערך הקניין- במסגרת הזכות הקניינית יש **ערכים פנימיים להגדרת הזכות**. **השופטים לעומת זאת, מכניסים את ערך החירות לתוך הגדרת הקניין, אך כל השאר חיצוניים לקניין**. **בפס"ד גמזו נ' ישעיהו** דובר על אדם שלא שילם מזונות לאשתו והיא פתחה נגדו בהליכי הוצאה לפועל. **ברק** אומר כי שיש לאזן בין זכות הקניין של האישה לבין כבוד האדם של החייב. **בפס"ד מנור** מדובר בהפחתת קצבאות זקנה והאם היא חוקתית בטענה שיש פגיעה בקניין. השופטים הסכימו כי מדובר בקיצוץ חוקתי, שכן מבוסס על תוכנית חירום כלכלית.

**תחום הבעלות**

**סע' 11 מגדיר את תחום הבעלות של המקרקעין באופן מגלומני- המרחב התת-קרקעי, הקרקע עצמה והמרחב העל-קרקעי.** למרות השליטה במרחב הרום, אין באפשרות בעל המקרקעין למנוע מעבר בו(מטוסים). לבעלות במרחב התת-קרקעי יש סייגים. **חוק העתיקות** קובע כי **כל העתיקות שנמצאות במקרקעין שייכות למדינה** והמוצאאותן אינו זכאי לפיצוי. ישנן הגבלות בניה בשטח של אתר עתיקות, ניתן גם להפקיע ולפצות את בעל המקרקעין**. גם אוצרות הטבע בבעלות המדינה. בפס"ד אקונס** המדינה החליטה להפקיע את ההחזקה והשימוש במרחב התת-קרקעי בלבד, ולא את כל הקרקע למשך 99 שנים. המערערים טענו כי **הפקעה למשך 99 שנים היא בפועל הפקעה של זכות הבעלות, ולא רק זכות ההחזקה והשימוש.** שנית, טענו כי לפי **סע' 13 לחוק המקרקעין** כלל אחדות נכס המקרקעין אומר כי עסקה במקרקעין חלה על קרקע בשלמותה ולא רק על חלקה. **המדינה ענתה כי מדובר בהפקעה ולא בעסקה רצונית, ולכן לא חל סע'** **13**. העליון קיבל את טענת המדינה, אך הסכים עם הטענה הראשונה של המערערים, היות ומהותית דובר על זכות הבעלות, ולא על זכות ההחזקה והשימוש(שכן הזכות להשמיד את הנכס נגזרת מזכות הבעלות). העליון הציע רישום תלת מימדי.

**סע' 12 לחוק המקרקעין** מגדיר כי הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ומחובר עליה דרך קבע. השאלה היא **מהם חיבורים של קבע ומהם חיבורים הניתנים להפרדה?** **וייסמן** מציע כמה **מבחנים** לא מצטברים לבחינת השאלה: 1. **מבחן תוצאת החיבור הפיזי**- אם ניתן לנתק את הנכס ללא נזק, אז לא ייחשב למחובר והסטטוס יהיה מיטלטלין.

2. **מבחן סוג הנכס**- סוג הנכס יקבע את סיווגו כמחובר או כמיטלטלין.

3. **מבחן הכוונה-** מה הייתה כוונת המחבר בפועל בחיבור הנכס- מבחן סובייקטיבי. במצב של חוסר ידיעה וחוסר הסכמה על הכוונה, ניתן להשתמש במבחן אובייקטיבי- מה אדם סביר חושב על הנכס.

4. **מבחן המשכנתא**- יש לבחון את הסתמכות מקבל המשכנתא בעת יצירתה על אותו נכס מיטלטלין וציפה שהוא יהווה חלק מהנכס שימומש בעתיד. אם החיבור ארע לפני יצירת המשכנתא, יש לבחון את ציפיות הבנק ביחס לנכס שחובר באמצעות המבחנים הקודמים.

**וייסמן** סובר כי בנוגע לנכסים שמחוברים בתקופת שכירות הכוונה הייתה לחברם לתקופה מוגבלת, אלא אם כן הפרדתם כרוכה בנזק רב. אם צד שלישי לא ידע, התוצאה לא תשתנה, שכן אותו צד שלישי יכל לבדוק את הדבר לפני. אם מדובר בהטעיה, אז המטעה יהיה חייב.

**לכלל אחדות המקרקעין שבסע' 13 כמה חריגים**:

1. **בית משותף**- יש חלקים בבית המשותף שמהווים רכוש משותף.

2. **זכות השכירות**- **סע' 78 לחוק המקרקעין** מאפשר להשכיר חלק מסוים במקרקעין.

3. **הפקעה**- **בפס"ד אקונס** נקבע כי הפקעה אינה עסקה רצונית, ולכן סע' 13 לא חל.

4. **זיקת הנאה**.

5. **סע' 157 לחוק המקרקעין** העוסק **במחוברים שנרשמו בנפרד מהקרקע.**

**ההבחנה בין זכות הבעלות לחכירה לדורות**- רק 7% מהקרקעות נמצאים בבעלות פרטית, לכן יצרו חכירה לדורות. **פס"ד לוסטיג נ' מייזלס**- נקבעה חכירה ל999 שנים עם אופציית הארכה ל999 שנים נוספות. ביהמ"ש בוחן את **מהות העסקה ולא מבחינה פורמאלית**- לפי תנאי החוזה האם מדובר בחכירה או בבעלות. **השיקולים לקביעה האם מדובר בחכירה או שמא בבעלות**: א. משך תקופת החכירה, מהם הכוחות המשפטיים שניתנו לחוכר לבצע עסקאות ולבנות על הנכס, האם קיימת זכות חוזית להעביר בעלות בשלב מסוים, מהן הזכויות שהוקנה לחוכר ליהנות מהנכס ע"פ החוזה, אילו כוחות השאיר לעצמו הבעלים ע"פ החוזה, אופן התשלום- האם תשלום גדול מראש או שמא פריסת תשלומים לאורך זמן רב. בלוסטיג הוסק כי מדובר בבעלות, שכן תקופת החכירה ארוכה מאוד, והחוכר נהנה מזכויות של בעלים. **ביהמ"ש נתן אפשרות לעקוף את סע' 13 ואפשר העברת בעלות בחלק במקרקעין.**

**העברת בעלות והחזקה**- **סע' 15** מגדיר מחזיק בתור האדם שהשליטה המלאה במקרקעין היא בידיו או בידי מחזיק מטעמו. להחזקה שני רכיבים: רכיב נפשי(כוונה) ורכיב פיזי(שליטה פיזית על הנכס). **המשפט הישראלי קובע כי די בכוונה לשלוט בנכס גם אם אין לו שליטה פיזית.** ישנם **3 מימדים** שיש להתחשב בהם בהערכת שליטת אדם בנכסים ע"**פ וייסמן**: 1. **עוצמה**- עד כמה אדם יכול למנוע מאחרים להתערב בנכסיו. 2. **מרחב**- עד כמה האדם שולט בכל חלקי הנכס שלו. 3. **זמן**- כמה זמן נמשכת השליטה הפיזית בנכס. עזיבה לזמן ממושך בנכס הופכת לבעייתית. הפסיקה קובעת כי די בשליטה תקופתית בנכסים ולא נדרשת שליטה רציפה בנכסים. היעדרויות זמניות אינן מפקיעות את ההחזקה בנכס. המפתח להחזקה הוא בכוונה. החזקה תישלל כאשר גם השליטה הפיזית וגם הכוונה יחדלו להתקיים. יש כמה סוגי מחזיקים: **מחזיקים כדין**- נמצאים בנכס בהסכמת הבעלים. **מחזיקים שלא כדין-** פולשים, מסיגי גבול. **סע' 16** מאפשר לבעל המקרקעין או למחזיק כדין במקרקעין להגיש **תביעה פטיטורית(מגנה על זכות הבעלות)**- צריך להראות שלתובע יש זכות להחזיק בנכס. **סע' 17** אומר כי כל מחזיק בנכס, בין אם הוא מחזיק כדין ובין אם לא, זכאי לדרוש ממי שאין לו זכות במקרקעין להימנע **מלהפריע לו בשימוש בנכס**. הייתה מחלוקת בפרשנות הביטוי "הפרעה לשימוש". **בפס"ד יוסף נ' עוקשי** **פרוקצ'יה** סוברת שהפרעה לשימוש כוללת גם הפרעות מסוג פלישה**(הפרעה לשימוש+פלישה**), לעומת **אנגלרד** הסובר כי יש להגביל **להפרעה לשימוש בלבד, ללא פלישה**. **סע' 18** מאפשר **עשיית דין עצמית**- המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו בהם. **סע' 18(ב)** מאפשר להפעיל את הכוח במשך 30 ימים מיום התפיסה כדי להוציא את הפולש מהנכס. המשטרה חייבת להיחלץ לעזרת המבקש אם הפלישה ברורה ועד 30 ימים. אם יש ספק בנוגע לזכויות או בשאלת זמן הפלישה, המשטרה יכולה לסרב. **פס"ד כספי נ' דויטש**- **לא ניתן לעשות דין עצמי כלפי שוכרים סרבנים**. לא ניתן לעשות דין עצמי במקרים בהם ההתחלה הייתה חוקית, למשל שוכר שלא מתפנה בתום השכירות. אפשר לתבוע פינוי לפי סע' 16-17. **סע' 19** קובע כי כל מי שעשה דין עצמי שלא במסגרת סע' 18(ב), יש סנקציה והיא השבת המצב לקדמותו(החזרת הפולש לנכס אליו פלש). ניתן להגיש **תביעה פוססורית(לקבלת החזקה)**. מטרת סע' 19 היא שמירה על הסדר הציבורי. הסיפא של הסעיף נותנת סמכות לביהמ"ש לאחד תביעות(בירור התביעה הפטיטורית וגם הפוססורית בדיון אחד), אך וייסמן מתנגד לכך בטענה כי הדבר לא מחזיר את המצב לקדמותו. **בעניין רוזנשטיין** ביהמ"ש קבע **4 מצבים בהם יבוצע איחוד התביעות והשעיית** **סעד השבת המצב לקדמותו**: א. אין ספק כי הפלישה אינה כדין אבל חלפו 30 הימים לעשיית דין עצמית. ב. ביהמ"ש יגלה גמישות יתר בעשיית דין עצמית במיטלטלין. ג. זכייה בפסק דין לפינוי- האדם לא מתפנה ואפשר להשתמש בהוצל"פ. ד. הצדדים מסכימים לאיחוד דיון בתביעות.

**חוק מקרקעי ציבור** נותן סמכות רחבה בנוגע לקרקעות ציבור וקובע כי **ניתן לעשות דין עצמי גם עם שוכרים סרבנים**. בנוסף, יש **פרק זמן של 3 שנים** להוצאת צו לסילוק יד ממקרקעי ציבור, בשונה **מחוק המקרקעין שנותן רק 30 ימים**.

**עקרון תום הלב**

האם ניתן לשלול מבעל זכות קניין את הזכות שלו באמצעות עקרון תום הלב? דברי ההסבר ל**סע' 14 לחוק המקרקעין** אומרים שבעל המקרקעין לא ישתמש בהם שימוש שיזיק להם או למקרקעין שמצוי בסביבתם. **בפס"ד רדומילסקי נ' פרידמן** בעלת הבניין טענה כי פרידמן פלש לחלל הרום שלה. נקבע כי נהגה בחוסר תום לב, שכן לפני כן פרידמן סירב לחתום על כתב ויתור על העברת זכויותיו כדייר מוגן לבתו. לפי **סע' 61 לחוק החוזים** יש הוראה לנהוג בתום לב גם בעניינים משפטים אחרים מחוץ לחוזים. **פס"ד רוקר נ' סלומון**- רוקר בונה ברכוש המשותף שלא כדין ללא הסכמת בעלי הדירות. השאלה שעולה היא האם בקשת צו ההריסה מהווה הפרה של תום הלב? **אנגלרד בדעת מיעוט** סובר הפעלת הזכות הקניינית הינה **ממניע פסול** וכי קיים **חוסר איזון אובייקטיבי** בין התועלת לבעל הזכות ובין הנזק לאחר. **טירקל, חשין ומצא** מציגים גישת פרשנות מצמצמת להיקף שיקול הדעת של ביהמ"ש ויופעל רק במקרים נדירים. הם מדגישים כי סע' 14 לא מונע מבעל זכות קניינית מלהגן על זכותו מפני אחרים שמתנכלים לאותה זכות. השיקולים שינחו את ביהמ"ש הם: עוצמת הזכות הקניינית שנפגעה(בעלות או שכירות למשל (, עוצמת הפגיעה בזכות, התנהגות בעלי הדין, עוצמת התוצאה של הסרת הפגיעה כלפי הפוגע, אופי האינטרס הציבורי(מהות היחסים עם הזולת), מצבו הנפשי של הפוגע(האם התכוון או לא). **משיקולים אלה קובעים כי מדובר בזכות הבעלות שהיא החזקה ביותר והפגיעה הייתה חזקה גם כן. דעת הרוב קבעה כי אין להפעיל את עקרון תום הלב.** **ברק** סובר כי סע' 14 לא חשוב כל כך, משום שלעקרון תום הלב יש תחולה כללית. **טירקל** מדבר על שיקול דעת מצומצם **ותפיסת הקניין כריבונות**, לעומת **ברק** התופס קניין **כמכיל היבט ציבורי, ערכים קהילתיים.**

**פס"ד צודלר נ' יוסף**- מצב של בית משותף שנהרס ע"י סקאד. הסכסוך הוא האם לשקם את הבית או לא. לפי **סע' 60 לחוק המקרקעין** צריכה להיות הסכמה של 75%, ולכן 2 דיירים אינם מספיקים. **חשין** מדבר על עקרון תום הלב ואומר שהזכות הקניינית חזקה והאינטרס האישי של אדם שביתו נהרס הוא גדול. בית משותף הוא יצור כלאיים-יש בו נכסים משותפים וכאלה שהם בבעלות פרטית.

**המשטר הקנייני בישראל**

93% מקרקעות ישראל שייכים למקרקעי ישראל. **ישנם 3 סוגי קרקעות: קרקעות מדינת ישראל, קרקעות רשות הפיתוח וקק"ל.** 7% בלבד מצויים בבעלות פרטית. **ניתן ליצור זיקת הנאה במקרקעי ציבור, אך לא זיקת הנאה מכוח שנים.** לפי **סע' 23 לחוק המקרקעין** הבונה בטעות בתום לב יכול לקבל זכות בעלות פרטית בנסיבות מסוימות. למדינה יש זכות בעלות בכל 3 הסוגים:

1. **קרקעות מדינת ישראל**- 72% מקרקעות המדינה. קרקעות של אדם שלא קבע יורשים, מקרקעין ללא בעלים וקרקעות שהיו תחת שלטון א"י ב48 הופכים להיות נכסים של מדינת ישראל.

2. **רשות הפיתוח**- תאגיד שהוקם ע"י המדינה אשר הוסמך לקנות, לפתח ולמכור נכסים. קונה נכסי נפקדים והפקעת נכסים שלא היו בהחזקת בעליהם.

3. **קק"ל-** מטרתה לקנות קרקעות למען יישוב יהודים. 13% מכלל הקרקעות בבעלות קק"ל.

**הנימוקים למשטר אשר לא מאפשר העברת בעלות במקרקעי ישראל לבעלות פרטית(סע' 1 לחוק מקרקעי ישראל)**: הגברת הזיקה ליהדות התפוצות, הקלה על עלייה ופיתוח קרקעות חקלאיות, בניית משטר חברתי צודק ושוויוני, תכנון קל יותר של השימוש בקרקעות המדינה, בעלות פרטית עלולה לעכב את פיתוח המקרקעין, בעלות ציבורית מונעת עליית מחירי המקרקעין, מניעת העברת קרקעות לזרים.

**בסע' 2 לחוק מקרקעי ישראל** ישנם **7 חריגים לאיסור העברת הבעלות, כלומר אפשור העברה לבעלות פרטית**: רשות הפיתוח יכולה להעביר לבעלות פרטית, נתינת קרקע כפיצוי להעברת בעלות בנכסי נפקדים, התחייבות המדינה להעביר קרקעות לפני חקיקת החוק, העברת בעלות בעסקת חליפין תמורת קרקע פרטית, אישור גבולות או השלמת נחלות ע"י מתן קרקע לבעלות פרטית, החלפת קרקעות בין 3 הסוגים הנ"ל, **העברת קרקע עירונית לבעלות פרטית שתנאי שהשטח לא יעלה על 400,000 דונם(החריג החשוב ביותר המאפשר העברה לבעלות פרטית).**

**רשות מקרקעי ישראל** מופקדת על ניהול כל סוגי המקרקעין. כפופה לנורמות המשפט הציבורי(ביניהן עקרון השוויון). המדינה אפשרה חכירה לדורות עד 49 שנים, עם אופציית הארכה ל49 שנים נוספות. ב1973 נקבע שינוי בנושא דמי החכירה ביחס לקרקע עירונית- **קבעו דמי חכירה מהוונים בשיעור אחד קבוע ששולמו בתחילת החכירה.** במושבים תינתן זכות חכירה מהמינהל רק לחלקה א', ובשתי החלקות האחרות הסטטוס יהיה של "בר רשות"(לתקופה של 3 שנים). **בישראל 3 סוגי קרקעות**:

**1. מקרקעין מוסדרים**- רוב המקרקעין בישראל. נרשמו בפנקס הזכויות לאחר תהליך של הסדר בו בודקים את תוקפן של הזכויות הרשומות בפנקס ומנפים את הרישומים הבלתי מדויקים. **לפי סע' 25א לחוק המקרקעין** **רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים מהווה ראיה חותכת לתוכנו**.

**2. מקרקעין לא מוסדרים**- 6% ממקרקעי המדינה. טרם עברו את תהליך ההסדר ו**רשומים בפנקס השטרות בלבד- רישום לגביהם מהווה ראיה לכאורה בלבד לתוכנם. תקנת שוק לא יכולה לחול במקרקעין לא מוסדרים-סע' 10!!**

**3. מקרקעין שאינם רשומים כלל במרשם המקרקעין-** המשמעות היא שלא ניתן לקבל זכות קניינית בקרקע, אלא זכויות חוזיות בלבד.

**מקרקעי ייעוד** הם מקרקעין שנועדו לתועלת הציבור.

**מקרקעי ציבור** הם מקרקעי ישראל ומקרקעין של רשויות מקומיות ושל תאגידים שהוקמו ע"י חיקוק.

**השאלה שהתעוררה הייתה מה יקרה כשתפקענה החכירה לדורות?** **הרפורמה במינהל מקרקעי ישראל קבעה כי מעתה והילך כל חוכר לדורות יכול לקבל זכות מסוג בעלות על הקרקע שלו.** אם העסקה נעשתה במודל הישן של **דמי חכירה שנתיים וראשוניים**, העברת הבעלות תהיה **מותנית בסוף התשלום.** אם העסקה נעשתה **בתשלום מהוון** העברת הבעלות תיעשה **ללא תשלום נוסף**. גם אחרי הרפורמה היקף השטחים שתועבר בהם בעלות הוא 1% מקרקעות המדינה.

**בפס"ד קעדאן** דובר על יישוב קציר הדוגל ביישוב יהודים בלבד, אשר לא קיבל את הזוג קעדאן בגלל היותם ערבים. **ברק** טוען כי אין לפגוע בשוויון. כאשר מדובר בקבוצת מיעוט שמבקשת לשמור על אורח חיים מסוים ההפרדה יכולה להיות מוצדקת, אך במקרה זה לא דובר על מיעוט. **הקצאת** **קרקעות מדינה כפופה לעקרונות המשפט הציבורי, ביניהם עקרון השוויון.**

**בפס"ד סבא** דובר על קרקע פרטית לעומת קעדאן שדיבר על ציבורית. **בייניש באוביטר** אומרת כי **יש להחיל את עקרון השוויון גם בנוגע לקרקע פרטית**, אך ביהמ"ש החליט שלא להתערב.

**בבג"צ הסוללים** מנעו מבני זוג ערביים להתקבל לקיבוץ הסוללים. **חשין** דוחה את הטענה כי יש בקבלתם משום סיכון חיי הקהילה. **בפקודת האגודות השיתופיות נקבעו 6 קריטריונים לאי קבלת מועמדים ליישובים שמוגדרים בחוק**. 3 הראשונים סבירים, אך הרביעי מדבר על אי התאמה לקהילה, החמישי על אי התאמה למרקם החברתי-תרבותי של הקהילה והשישי מדבר על מאפיינים ייחודיים של היישוב שקיבלו את אישור הרשם. ההגדרות האלה נותנות פתח להדרה, אך **סע' 6ג(ג)** קובע איסור הפליה ע"פ מין, דת, גיל, לאום וכו'.

**פס"ד עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות-** עתירה נגד מינהל מקרקעי ישראל בטענה כי המדינה לא עושה שימוש חוקי בשטחה ע"י מתן יתרונות לא סבירים לקבוצות אוכלוסייה מסוימות. **בג"צ קבע ש3 ההחלטות שהעניקו הטבות יקרות ערך לחוכרים על חשבון קופת הציבור, בטלות.**

**דרכי רכישת בעלות**

1. **עסקאות רצוניות**- הדרך הנפוצה ביותר לרכישת בעלות. הבעלות משתכללת עם רישום העסקה במרשם המקרקעין.

2. **מוסד הירושה**- ירושה אינה עסקה רצונית. **אם יורשים נכס, לא כפופים לחובת רישום.**

3. **בנייה ונטיעה** במקרקעי הזולת בנסיבות מסוימות**- סע' 23** קובע כי אם אדם בונה בטעות בתום לב על קרקע של אחר, אם הקרקע לא מוסדרת הוא יכול לקבל עליה בעלות.

4. **הפקעה**- המדינה מעבירה זכויות אליה. עסקה לא רצונית.

**במיטלטלין דרכי הרכישה הן**: עסקאות רצוניות, ירושה, מציאת אבידה, זכייה מההפקר, ערבוב וחיבור מיטלטלין של אדם אחר.

**הערת האזהרה הופכת את המרשם לראי משוכלל יותר, שכן ישנן זכויות שלא דורשות רישום לשם שכלולן, כגון: זיקת הנאה מכוח שנים, שכירויות עד 10 שנים, ירושה, זכות קדימה בין בני זוג, זכות קדימה בין יורשים במשק חקלאי במשך השנתיים הראשונות ממתן צו הירושה.**

**הערת האזהרה היא כלי שנותן פתרון לסיכונים שנוצרים בתקופת הביניים בין השלב החוזי ולשלב הקנייני(עסקאות נוגדות, פשיטת רגל/פירוק, עיקול וכו').** **סע' 126 קובע כמה תנאים לרישום ה"א**: למתחייב יש זכות קניינית בחוק, ההתחייבות בכתב, ההתחייבות בכתב תהא להקניית זכות במקרקעין.

רישום ה"א הוא וולונטרי ואינו מחייב. ניתן להתנות עליה ולקבוע שלא תירשם ה"א(אם כי לעיתים יכולה להיתפס תניה זו כתניה מקפחת בחוזה אחיד למשל). **סע' 132** מדבר על מחיקת ה"א. **סע' 127** אומר כי לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ה"א אם זו לא נמחקה, אלא אם הזכאי הסכים או שניתן צו ביהמ"ש. ה"א מחסנת מפני אירועים של צדדים שלישיים. **ישנן כמה גישות לגבי מהות הסעדים**: 1. ההצדקה לסעד של **אכיפה** הינה מוצדקת, שכן ה"א היא מעין זכות קניינית. הזכות לאכיפה היא הזכות הכי חשובה שניתנה מכוח חוזה ואם לא ניתן אותה תרוקן כל ההגנה שה"א באה להבטיח. 2. גישה המעדיפה **השבה**. 3. **הגישה הראויה-תלוי בנסיבות**. **בפס"ד איטונג** **הש' לוי** קובע כי **לעיתים ניתן אכיפה ולעיתים השבה, לפי הנסיבות**, לפי הזיקה שיש לנושים האחרים לנכס, באיזה שלב העסקה נמצאת.

**רישום ה"א סותרת(ה"א אופקיות)**- **העליון קובע כי רישום ה"א מאוחרת הוא אפשרי, כי הסעיף מדבר רק על איסור עסקה סותרת ולא ה"א סותרת.** **שתי הערות סותרות נקראות ה"א אופקיות.** הרציונל הוא כי לעיתים ה"א הראשונה לא תהיה תקפה, אם העסקה הראשונה נופלת, אז יש הגנה לרושם ה"א סותרת.

**רישום ה"א של ג' מכוח עסקתו עם ב', אשר רשם ה"א עם א'(ה"א אנכיות)**- **ישנם 3 מודלים של עסקאות שיכולים להתבצע בין ב' לג'**: 1. **המחאת זכויות-** ב' מעביר את זכויותיו החוזיות לג'. זכות חוזית היא זכות סחירה. ג' יכול לרשום ה"א- אין פגיעה בכך בא'. 2. **התחייבות ישירה של א' כלפי ג' להעביר לו זכויות- גם פה ג' יכול לכתוב ה"א.** 3. **ב' מתחייב להעביר לג' את הזכויות בנכס בעתיד כשהזכות תירשם על שמו תחילה- פה כבר נקבע שג' לא יכול.**

**כיום נקבע כי לא ניתן לרשום ה"א אנכית, שכן תנאי סע' 126 לא מתקיימים{לב' אין זכויות קנייניות(כי ה"א לא רשומה כזכות קניינית בחוק), אלא חוזיות בלבד, ולכן ג' לא יכול לרשום ה"א}.** הרציונל הוא שמירה על בהירות המרשם ומניעת מצב בו תהיינה שתי מערכות נפרדות של התחייבויות המובטחות בה"א, לגבי אותם מקרקעין. הביקורת על כך היא כי עסקאות אלה שכיחות וצריך לתת להן הגנה. **בפס"ד טקסטיל ריינס** **נוצרה חזקה שכל פעם שנעשית עסקה כזו בין ב' לג' נראה אותה כעסקת המחאת זכויות.**

**שעבוד** מוגדר כמשכנתא או כל צורה אחרת של מתן נכסים כערובה. **בפס"ד איטונג** נקבע שה"א נחשבת למתן נכסים כערובה ויש לרשמה ברשם החברות. המחוקק בתגובה תיקן את **סע' 127ב** **וביטל את הלכת איטונג בקביעתו כי אין חובה לרשום ה"א במרשמים אחרים כגון רשם החברות.**

**תחרויות- עימותים בין בעלי זכויות לנושים(צדדים שלישיים)- קניין שביושר**

לפני שעסקה במקרקעין נגמרת מגיע **נושה מאוחר** בזמן אשר רוצה לתפוס את הנכס ונוצר עימות. **מאוטנר** קרא למצב זה "תאונה משפטית". במצב כזה מאוטנר אומר כי יש לשקול כמה שיקולים: א. **יעילות מראש**- בדיקה מיהו מונע הנזק הזול ביותר. ב. **יעילות בדיעבד**- עושים מאזן מצוקה בין הנזקים שייגרמו לכל אחד מהצדדים ונעדיף את זה שנזקו רב יותר. ג. לפעול **בכללים ידועים מראש להכרעה** כדי לשמור על יציבות. הכללים העקביים הם **נטייה להעדפת הראשון בזמן. העדפה של המאוחר בזמן תלויה ב3 משתנים: שכלול קניין, האם הרוכש המאוחר היה תם לב והאם הייתה תמורה. אם נרשמת ה"א הרושם אותה נמצא על קרקע בטוחה.** בחוק אין תשובה למצב **בו לא נרשמה ה"א**, אך ניתנו שני פתרונות לאורך השנים: 1. **פתרון פורמאלי**- אין רישום, ולכן ניתן לעקל את הנכס. 2. **פתרון מן הצדק והיושר**- משיקולי צדק ויושר, יש לראות מה שצריך היה לעשות כעשוי, העיקול לא תופס ולב' יש זכות קניין ביחס לנכס.

**פתרון קניין שביושר- הלכת אוצר החייל נ' אהרונוב**- הבנק מטיל עיקול על נכס האישה בגלל חובות בעליה לאחר הגירושין. **העליון הופך את הלכת בוקר וקובע כי המעקל המאוחר נסוג מפני הרוכש המוקדם. ברק** סובר כי **סע' 9** מסדיר את זכות הקונה הראשון ולו יש זכות קניין שביושר. **לפי הלכת אהרונוב נוצרה עדיפות מוחלטת בזכייה בנכס בלי קשר לגובה התמורה ששולמה, לעומת הקניין שביושר בתקופה הראשונה בה הוא כגובה מה ששולם.** **חשין** סבור כי מסע' 9 ניתן ללמוד על תחרויות באופן כללי. הרוכש תמיד יועדף על הנושה המאוחר, כיוון שרישום של עיקול לא יוצר זכויות. **שטרסברג כהן** מעדיפה את הראשון, אך לא מסע' 9 אלא בחינת האינטרסים שרכשו הצדדים השונים ביחס לנכס ושיקולי הצדק. אינטרס הנושה אינו ספציפי וישיר, ולכן הרוכש מועדף.

**גבולותיה והשלכותיה של הלכת אהרונוב**- **שאלה ראשונה- האם הרוכש הראשון חייב לרשום ה"א כתנאי לעדיפות על פני המעקל המאוחר?** הלכת אהרונוב אומרת שרישום לא מעלה ולא מוריד, ולכן אין משמעות לרישום ה"א. **בפס"ד בנק המזרחי נ' גדי**- גדי לא רושם זכויות במשך 7 שנים. הבנק מטיל עיקול. **הלכת גנז** קובעת שתום הלב משמיע חובה למנוע תאונות ודרישה כי א' יכתוב ה"א. **הלכת גדי אומרת שהלכת גנז לא משפיעה, כי אין קשר סיבתי בין רישום ה"א לעימות שנוצר.**

**שאלה שנייה- מה המשמעות אם הרוכש הראשון מקבל מתנה לעומת מעקל?** העליון קבע כי כשמדובר במתנה ללא תמורה הלכת אהרונוב לא חלה. אדם שמקבל מתנה ורושם ה"א תמיד גובר על מעקל מאוחר לפי סע' 127ב. **בפס"ד לוי נ' חיגאזי** הילדים שקיבלו מתנה לא רשמו ה"א. **סע' 5 לחוק המתנה** אומר שאם לא ויתרתי על יכולת החזרה שלי מהמתנה, אז יש אפשרות לחזור מהמתנה. **פרוקצ'יה מציגה פרמטרים להכרעה: עד כמה התרשל מקבל המתנה ברישום זכויותיו והתנהגותו, התנהגות המעקל(האם ידע על קבלת המתנה), והמצב הכלכלי של נותן המתנה(ככל שהמצב גרוע יותר יכולת ההחזרה אפשרית יותר).** **פרוקצ'יה** אומרת כי לפי הפתרון של ברק מקבל המתנה גובר לפי סע' 9. לפי הפתרון של שטרסברג-כהן הציפייה של מקבל המתנה חלשה יותר מזו של אדם שעשה עסקת תמורה. **לניאדו נתן תשובה ברורה שמקבל מתנה שלא רשם ה"א, הכלל תמיד יהיה שהנושה עדיף על מקבל המתנה, אולם הנושא פתוח לחריגים(תום הלב של נותן ומקבל המתנה, מצבו הכלכלי של נותן המתנה, תום לבו של הנושה והאם ידע על קבלת המתנה).**

**שאלה שלישית- האם הלכת אהרונוב חלה גם בנכסים אחרים, למשל מיטלטלין וזכויות?** **ברק** באהרונוב אומר במפורש כי **הלכת אהרונוב חלה לגבי הקניה של כל זכות במקרקעין ובמיטלטלין.** הכלל של עסקאות נוגדות חל גם במיטלטלין-סע' 12. **בפס"ד טקסטיל ריינס** המינהל הרשום כבעלי הקרקע מתחייב להקנות לראובן זכות חכירה. לא ניתן לרשום במרשם. ראובן עושה עסקת המחאת זכויות עם שמעון. העליון קובע כי **אי אפשר לעקל את הזכות של ראובן** כי היא כבר עברה לשמעון.

**שאלה רביעית- האם הלכת אהרונוב חלה גם על זכויות קנייניות אחרות? ברק קבע כי קניין שביושר יחול על כל זכות קניינית.** ישנה הסתייגות מסוימת באשר לרכישת משכנתא. **סע' 4 לחוק המשכון** קובע כי אם המשכון לא נרשם אז צריכה להיות ידיעה או היה עליו לדעת. אם לא מתקיימים התנאים אז אין עדיפות על מעקל- בכך יש סתירה לכלל שקבע ברק.

**שאלה חמישית- האם הלכת אהרונוב חלה גם במצבים של נושים בפשיטת רגל?** אין תשובה ברורה. לדעת **ברק**, **סע' 127ב הוא אות מתה אחרי הלכת אהרונוב, ולכן קניין שביושר כן יתקיים לדעתו במקרה של פשיטת רגל**. **חשין** לעומתו, **סובר כי סע' 127ב איננו מיותר ויש לרשום ה"א במקרה של פשיטת רגל.** **בפס"ד כספי נ' נס** נקבע באמרת אגב כי זכויות שביושר של קונה גוברות גם על נאמן של הנושים. **נימוקים בעד הכרה במצבים של חדלות פירעון**: ההכרעה בין זכויות הרוכש לבין הנושים היא הכרעה מהותית ואילו הליכי חדלות פירעון הם הליכים פרוצדוראליים אשר אינם אמורים לשפר את מעמדו של הנושה אל מול הרוכש, ההגנה על הקניין שביושר צריכה להיות עקבית בכל מצב. **נימוקים נגד**: הליכי פשיטת רגל אינם פרוצדוראליים גרידא אלא הליך מיוחד בו הכל מתגמשים, לנושה אין נכסים אחרים להיפרע מהם, חשש של ריבוי מעשי הונאה אם ייפתח הפתח להכרה בזכויות שביושר.

**עסקאות נוגדות**

לפני שהעסקה הראשונה נגמרת, בעל הנכס מתחייב בהקניה נוגדת לאחר. מצב בו אי אפשר לתת תוקף לשתי התחייבויות בו זמנית. **התנאים לעסקאות נוגדות**: שתי ההתחייבויות חוזיות להקניית זכות קניינית בנכס שהן תקפות, אכיפות ונוגדות(כלומר, אי אפשר לקיים את האחת מבלי להפר את השנייה). **הסיבות האפשריות להתחייבות שאיננה תקפה**: אי מילוי דרישת הכתב, חוזה בטל או חוזה למראית עין, חוזה ניתן לביטול מחמת פגם בכריתה או הפרה ע"י הרוכש.

בניגוד מלא- זכיית האחד דוחקת כליל את זכויות האחר. בניגוד חלקי- זכיית האחד משיירת את זכות השני, אך פוגמת בשלמותה. מצב של העדר ניגוד הוא מצב בו ניתן לקיים את שתי ההתחייבויות יחד(למשל התחייבות למסור רכב לאחר חודש ובחודש הנוכחי להשכירו לאחר). **ניתן להגדיר עסקה נוגדת כתאונה משפטית בין שני צדדים מרוחקים. ההבדל בין עסקה נוגדת לתקנות שוק הוא כי בעסקאות נוגדות הזכות בידי הראשון היא זכות אובליגטורית, ואילו בתקנות שוק הזכות שבידי הראשון היא קניינית.** **שיקולים למניעת תאונות מראש**: **שיקול ex-ante**- מונע הנזק הזול ביותר והטלת האחריות עליו. **שיקול ex-post**- הטלת האחריות על הצד שנזקו קטן יותר. החוק הישראלי יעדיף את השיקול הראשון בד"כ.

**סע' 9 לחוק המקרקעין** **קובע כי הראשון בזמן עדיף, אלא אם השני שכלל קניין בנכס בתום לב ובתמורה.** כלומר, הסעיף יוצר זכות קניין שביושר לטובת הרוכש הראשון-**זכות מעין קניינית**, אך יש חריג בסעיף ולו **3 יסודות**:

1. **יסוד תום הלב**- תום הלב נדרש מהרוכש השני ומתייחס לידיעה שלו ביחס לעסקה שנעשתה עם א'. **יש שתי רמות של ידיעה שאם מתקיימות נשלל תום הלב- ידיעה בפועל או עצימת עיניים**. **שתי רמות של ידיעה שאם מתקיימות לא נשלל תום הלב- אי ידיעה רשלנית או אי ידיעה סבירה. בפס"ד ארוך נ' פאריינטי** נקבע כי אין להטיל חובות מוגברות על בירורים ודרישת תום הלב- תום לבו של ארוך לא נפגע בגלל שלא עשה את הבירורים האלה.

2. **יסוד התמורה**- דרישת התמורה רק מהרוכש השני ולא מהראשון. התמורה של השני צריכה להיות מבוצעת ולא די בהתחייבות לשלם. **אם ההתחייבות לטובת הרוכש השני היא לתת מתנה, הרוכש הראשון גובר**. ההלכה עדיין דורשת את קיום 3 התנאים, אך הפסיקה מנסה להסתפק בשניים מהתנאים שבסע' 9.

3. **יסוד הרישום**- **הרישום** חייב להיות **של הזכות הקניינית** שניתנה ולא דבר פחות ממנה(ה"א לא מספיקה). **בפס"ד דיאב** ויתרו על דרישת הרישום והסתפקו בתמורה ובתום לב, היות ודובר על איבוד השקעה בעסק. מה קורה כשמדובר בזכויות שאינן טעונות רישום? יש לאקונה והרוכש המאוחר גובר.

**מה קורה כאשר הרוכש השני לא מקיים את תנאי סע' 9? מהו היקפו של סע' 3(4)? בפס"ד ורטהיימר נ' הררי** העליון לא מקבל את הטענה לסע' 3(4) כי אכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין. התוצאה היא כי **הרוכש הראשון עדיף למרות שלא שילם תמורה, רק בשל העובדה שהשני לא שכלל קניין בזכותו ע"י רישום.** הביקורת על ההלכה היא העדפת פורמאליות על ערכיות. **בפס"ד אירנשטיין** דווקא התקבלה טענה לסע' 3(4), שכן הרוכש הראשון היה אשם(לא רשם ה"א וידע על פטירת הבעלים) ואכיפה לא הייתה צודקת בנסיבות העניין, למרות שהשני לא ביצע רישום. בנוסף, נקבע כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות בהתאם לעקרון תום הלב. הראשון הפר את חובת תום הלב. ההלכה כיום היא **הלכת גנז**- **גנז לא היה תם לב בכך שלא רשם ה"א במשך 17 שנים, ולכן יש לתת עדיפות לרוכש השני, אפק, אשר היה תם לב, שילם תמורה ורשם ה"א בלבד, למרות שלא ביצע שכלול קניין ע"י רישום הזכות.** **מי שאינו רושם ה"א מקום שיכול היה לעשות כן מפר את חובת תום הלב- דבר השולל את עדיפותו על פני הרוכש השני.** ישנם **3 מצבים בהם אי רישום ה"א ע"י הרוכש הראשון לא שולל את עדיפותו**: 1. **לא עבר זמן סביר לרישום ה"א**- הנטל לרשום ה"א הוא לרשמה תוך זמן סביר, לא חובה באופן מיידי. **ככל הנראה השתהות של חודשים מהווה הפרת הנטל**. עם זאת, אם בוצע הרישום לפני ההתחייבות השנייה גם אם בוצע לאחר שנים, אין בכך משום הפרת הנטל. 2. **מקרים בהם לא מוטל נטל לרישום ה"א**(תניה חוזית השוללת זאת, קיומם של יחסים מיוחדים, הרוכש יוצר מצג פומבי אחר- **גישת מצא בגנז**- מצג פומבי כגון החזקה ממושכת בנכס). 3. **העדר קש"ס בין הפרת הנטל לבין התאונה**- א) כאשר ב' ידע על העסקה לטובת א'(לא היה תם לב), כאשר ב' התקשר בעסקה בלי לבדוק את פנקסי המקרקעין או את מצב הנכס.

**בהלכת גנז נדחתה הדעה של פרוקצ'יה כי ניתן להסתפק בה"א שרשם ב'- ברק דוחה ומסביר כי רישום ה"א ע"י ב' עניינה בהתנגשות עם ג' ולא עם א'.**

**עסקאות נוגדות בשכירות במקרקעין- בשכירויות ארוכות טווח** חל **סע' 9** כלשונו, א' עדיף אלא אם כן ב' שילם תמורה, שכלל קניין ע"י רישום בעודו תם לב. **בשכירות קצרת מועד** שאינה דורשת רישום יחול **סע' 80 לחוק המקרקעין** שקובע כי **זכות הראשון בזמן ששכר את הנכס עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב- זכותו עדיפה. בסוג של התחייבות לשכירות טעונה רישום אל מול שכירות שאיננה טעונה רישום** אם הראשון שכלל קניין הוא עדיף ואין עסקה נוגדת. אם א' לא שכלל קניין, ב' עדיף אם שכלל קניין בתמורה ובתום לב.

**עסקאות נוגדות במיטלטלין**- **סע' 12 לחוק המיטלטלין**- **א' עדיף אלא אם כן ב' משכלל קניין, תם לב ומשלם תמורה.**

**עסקאות נוגדות בזכויות- א) התחייבות להקניית זכות קניין עתידית-** א' מתחייב להעביר לב' זכות קניינית. ב' מתחייב לג' להעביר את הזכות הקניינית לאחר שזו תירשם תחילה על שמו. לאחר מכן מתחייב בהתחייבות דומה גם לד'. מקרה כזה מוכרע ע"י סע' 9 גם אם אין בידי ב' זכות קניינית. הבעלים צריך להסכים לרישום ה"א, שכן מדובר בה"א אנכית. אם הוא מסכים, הנטל הוא על ג', אחרת תישלל עדיפותו על פני ד'. אם הבעלים לא מסכים, אין חובה לשכנע אותו או לצאת מהעסקה. בגנז היה אישור לרשום ה"א, ולכן הלכת גנז לא חלה פה. **האם ניתן להסתפק ברישום ה"א ע"י יהודה? ה**הלכה היא כי **לא ניתן להסתפק בכך**, שכן הסתפקות בכך חושפת את א' לסיכון. **פרוקצ'יה בדעת יחיד** סברה כי יש להסתפק ברישום ה"א ע"י יהודה. **בפס"ד טקסטיל ריינס** **נקבעה חזקה לפיה הצדדים מתכוונים להגן על עצמם במידה המקסימאלית- במצב שבו אין אפשרות להעביר זכות קניינית, התכוונו לעסקת המחאת זכויות- עסקה שתיגמר מהר.** ב) **התחייבות להמחאה מול המחאה מושלמת-** זו עסקה נוגדת בזכויות וחל סע' **12 לחוק המיטלטלין**(אותו כלל כמו סע' 9 לחוק המקרקעין)- **זכות הראשון עדיפה, אלא אם כן השני התקשר בעסקה וקיבל את הזכות החוזית בתמורה ובתום לב.** **סע' 33 לחוק המכר** קובע כי הבעלות בנכס עוברת לקונה עם מסירת הנכס לידיו אלא אם כן הצדדים הסכימו אחרת. בדרך כלל המחאת הזכות מותנית בתשלום תמורה מלאה וקבלת חזקה, למשל בפס"ד ריינס. מכוח עקרון תום הלב, יש להטיל על הרוכש את הנטל לבחון את מהות הזכות אצל החייב, אחרת הדבר יכול להיחשב עצימת עיניים.

**תקנות שוק במקרקעין**

תקנת שוק היא מצב בו **אדם מנסה למכור יותר ממה שיש לו. סע' 10 לחוק המקרקעין** מדבר על תקנת שוק. **ישנם 6 תנאים בהצטברותם ירכוש את המקרקעין למרות המרמה**: **1. רכישת זכות במקרקעין**- הדרישה היא לשכלל קניין ע"י הרוכש. **בפס"ד הרטפלד** נקבע כי **בהעדר רישום אין זכות הרוכש נהנית מהגנת הסעיף והבעלים המקורי גובר.** הנימוק הפורמאלי הוא כי רק קניין מכה קניין- לפי סע' 7 לחוק המקרקעין קניין משתכלל רק עם רישום. הנימוק המהותי הוא כי עד לשלב השכלול הקנייני הרוכש הוא מונע הנזק הזול ביותר. **קדמי בדעת מיעוט** סבר כי ניתן להחיל את תקנת השוק אם הרוכש פעל בתום לב ושילם את רוב התמורה. **2. בתמורה ממשית וריאלית**- אם היא לא ריאלית כנראה מדובר בחוסר תום לב. **3. הרוכש פעל בתום לב**- **בפס"ד סונדרס** נקבע כי **תום הלב חייב להימשך עד הרישום של הזכות.** תום הלב הוא סובייקטיבי(רשלנות לא שוללת). **4. במקרקעין מוסדרים בלבד**- **בקרקע לא מוסדרת לא חלה תקנת שוק.** **5. בהסתמך על הרישום בפנקסי המקרקעין**- אי אפשר להסתמך על מסמכים מחוץ למרשם. **בפס"ד יצירה** נקבע כי תקנת השוק חלה רק במקרים בהם הטעות היא במרשם ולא מקרים בהם המרשם היה תקין ונכון. **בפס"ד קורצפלד** נקבע כי קורצפלד לא קיים את תנאי ההסתמכות על הרישום ועל כן אדלר גובר למרות שקוימו שאר התנאים. **6. כאשר הרישום לא היה נכון- הטעות צריכה להיות במרשם.**

יש לפרש את תנאי תקנת השוק בצמצום לאור הפגיעה בזכותו הקניינית של הבעלים המקורי. תקנת השוק לא פועלת כלפי זכויות שאינן רשומות במרשם המקרקעין. **ההבדל המשמעותי בין תקנת שוק לעסקאות נוגדות הוא כי בעסקאות נוגדות העסקה לא נגמרת, ובתקנת השוק מדובר במצב בו יש עימות בין מי שיש לו זכות קניין לבין אחר שיש לגביו סימן שאלה.**

**תקנות שוק במיטלטלין**

**אדם שזכויותיו בנכס פגומות מנסה להעביר בעלות נקייה בנכס לרוכש**. מבקש להקנות זכות בנכס העולה על הזכות שלו באותו הנכס, למשל גניבת רכב ומכירתו לאחר. **סע' 34 לחוק המכר** מעגן את עקרון תקנת השוק במיטלטלין וקובע כי **רוכש נכס במיטלטלין מקבל זכות בעלות נקייה בנכס גם אם רכש את הנכס ממי שלא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו, בהתקיים 5 תנאים: כריתת חוזה מכר ביחס לנכס נד, הנכס נקנה ממוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, המכירה נעשית במהלך העסקים הרגיל של אותו מוכר, קבלת הנכס לחזקת הקונה(שכלול קניין), תום לב של הקונה.**

**תקנת השוק במיטלטלין חלה רק על רכישת בעלות במיטלטלין**, ולא על שום זכות אחרת, בשונה מתקנת שוק במקרקעין אשר חלה על כל הזכויות הקנייניות. **יסוד תום הלב**- **בפס"ד רוזנשטרייך** 4 התנאים הראשונים התקיימו, והשאלה הייתה האם נהג בחוסר תום לב, בכך שלא בדק ברשם החברות? נקבע כי **רשלנות לא שוללת את תום לבו של הרוכש**. תום הלב שנדרש הוא עד לשכלול קניין(תפיסת חזקה). **יסוד התמורה(עסקת מכר)**- ההלכה הפסוקה היא **תמורה ממשית** ולא סמלית. לכן אם שולמה תמורה סמלית, הבעלים עדיף על הרוכש. האם התמורה צריכה להיות ממשית אובייקטיבית או סובייקטיבית? **בפס"ד כנען** נקבע בעליון כי התמורה הנדרשת היא **תמורה המשקפת את ערכו הריאלי של הנכס, לא די בתמורה סמלית, גם אם מקורה בטעות. לוין, טירקל ואנגלרד בדעת מיעוט** סברו כי די בתמורה סובייקטיבית. **ברק ואור** קבעו פתרון חוזי לפיו הייתה טעות משותפת של הקונה והמוכר ביחס לטיב הנכס שנמכר. **שטרסברג כהן וחשין** קבעו כי התמורה חייבת להיות ע"פ ערכו הריאלי של הנכס. **יסוד החזקה**- ללא החזקה אין שכלול קניין. **שני היסודות האחרים הם תנאי השוק הפתוח**- חייב להיות אדם שעוסק במכירת נכסים מסוג הנכס הנמכר והעסקה תהיה במהלך העסקים הרגיל- בשעות הפעילות הרגילות ולא בתנאי שוק שחור.

**שיתוף נכסים**

המצבים הרווחים בהם יש בעלות משותפת הם ירושה ושיתוף בין בני זוג. כדי שנכס יהיה בבעלות משותפת צריך שיהיה אינטרס משותף זהה. בשיתוף הזכויות מתפשטות לכל חלקי הנכס המשותף- בעלות בלתי מסוימת. בבעלות משותפת עושים **הסכם שיתוף** או **בדרך ירושה**. דרכים נוספות הן **ערבוב וחיבור של נכסים ועיבוד**(עיבוד של נכס הופך את המעבד לשותף בנכס). הסכם השיתוף צריך להירשם במרשם המקרקעין. **סע' 9ג לחוק המיטלטלין** קובע כי ידיעה מחליפה את חובת הרישום בהסכם שיתוף במיטלטלין. יש **2 תנאים מרכזיים לכך שהחלטה בדבר הניהול והשימוש של הנכס המשותף תהיה תקפה**: 1. **תהליך קבלת ההחלטה חייב להתנהל בתום לב**- הרוב צריך ליידע את המיעוט. 2. **תוכנה של ההחלטה חייבת להיות במסגרת ניהול ושימוש רגילים בנכס**- למשל הענקת זכות החזקה ייחודית לבעל משותף אחד. מנגד, מתן רשות לבנות ייחשב לפעולה לא רגילה. שותף יכול לעשות שימוש סביר בנכס. שימוש סביר ייקבע לפי אופי הנכס ונסיבות העניין. לפי גישה אחת, אם **השימוש לא יהיה אפשרי בו זמנית גם לאחר, לא יהיה ניתן לאפשר שימוש כזה.** לפי גישה שנייה, **בפס"ד וינטרס** נקבע כי **שותף יחיד יכול להשתמש בו, אך אם השותפים האחרים ירצו להשתמש בנכס הם יוכלו לדרוש החזקה משותפת בו זמנית, והשותף היחיד לא יוכל להתנגד לכך**. **וייסמן** סובר כי ביהמ"ש מוסמך לעשות חלוקה של זכות ההנאה מהנכס אם צדדים רוצים ליהנות ממנו בו זמנית. כל שותף זכאי לפירות הנכס לפי חלקו במקרקעין. ניתן לבצע עסקאות ברכוש המשותף אם כל השותפים מסכימים להן. אפשר לעשות עסקאות במנה שלי ללא הגבלה, אך לא במנת השותפים האחרים. **סע' 34ב לחוק המקרקעין** קובע כי הגבלות על זכותו של שותף לבצע עסקאות בחלקו יהיו תקפות רק עד חמש שנים. כל שותף רשאי לדרוש את פירוק השיתוף. **בסע' 37ב** נאמר כי תניה השוללת את זכות השותף לדרוש פירוק מוגבלת ל3 שנים. **לעיתים יש הגבלות על ביצוע עסקאות במנה שלי למשל בזכויות קדימה בין בני זוג או בין יורשים במשק חקלאי. אתה מוחזק כיודע עליהן גם אם לא בדקת וגם בלי רישום. תקנת השוק לא תועיל בהכרח במצבים כאלה, שכן תנאי הרישום במרשם לא מתקיים(זכות קדימה לא מופיעה במרשם).** אין מניעה להשכיר מנה בנכס. בעל המנה יכול למשכן את המנה שלו במשכנתא- מרגע עשיית עסקת המשכנתא, הבעלים מאבד את היכולת שלו לתבוע פירוק שיתוף בהסכמה לפי **סע' 11 לחוק המשכון**. **בפס"ד ביאלר** נקבע כי בעל משותף לא רשאי להתיר לאחרים להשתמש בנכס המשותף, כיוון שהזכות הזו היא אישית לבעלים המשותפים. הלכה זו סויגה **בפס"ד וילנר**, בו נקבע כי בעל משותף רשאי להתיר לילדיו ולבן זוגו להשתמש בנכס המשותף. **ישנם חריגים לזכות לצאת(לדרישת פירוק השיתוף)**: 1. **העדר תום לב**- לפי דוקטרינת שימוש הזכות לרעה- **שמגר** מדבר על כך **בפס"ד יעקובי.** מנגד, יש גישה שמתנגדת, כיוון שהזכות לצאת היא זכות יסוד של שותפים. 2. **הסכם להגבלת הזכות לפירוק השיתוף-** יהיה תוקף של 3 שנים להגבלה זו. 3. **סוגי נכסים שאין לפרק בהם שיתוף**- **סע' 56** קובע **שאין לפרק שיתוף בבית משותף**. גם בדירת מגורים שנמצאת בבעלות משותפת של בני הזוג כל עוד לא בוצע הסדר מגורים מתאים לבני הזוג והילדים שנמצאים בחזקתו-**סע' 40א.**

**פירוק שיתוף בהסכמה** אפשרי בדרך של **חלוקה בעין(**חלוקה פיזית בין השותפים) או בדרך של **מכירה**(חלוקת התמורה בין השותפים) או דרך **עשיית הצמדות בבית משותף**(צדדים מסכימים להצמיד לדירות חלקים מסוימים ברכוש המשותף). **סע' 42** קובע כי ניתן להפוך את הנכס לבית משותף והדבר עדיף על מכירה.

**חישוב תקופת שכירות והעברת שכירות**

תקופת שכירות מתחילה במועד שהחוזה מגדיר. מחשבים תקופת שכירות לפי החוזה. התקופה חייבת לכלול גם את תקופת האופציה. אם פחות מ10 שנים יחול כלל תפיסת החזקה. אם יותר מ10 שנים יש חובה לרשום. **סע' 22 לחוק השכירות והשאילה** **קובע כלל לפיו השוכר לא רשאי להעביר לאחרים את הזכות שלו להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה ללא הסכמת המשכיר. החריג לכלל הוא כאשר המשכיר מסרב לתת לשוכר אפשרות להעביר את השכירות מטעמים בלתי סבירים**. אם אין הוראה בחוזה המגבילה ביצוע עסקאות של העברת שכירות והמשכיר מסרב להעברת השכירות, ניתן לפעול לבד ללא פנייה לביהמ"ש. אם יש הוראה מגבילה, יש לפנות לביהמ"ש שיכול להתיר את העסקה.

**במיטלטלין יש איסור גורף על העברת שכירות**. **בפס"ד וייס** ביהמ"ש קובע כי סירוב צריך שיהיה לו טעם צודק, הוגן וממשי. לפי **סע' 81 לחוק המקרקעין** ניתן למשכן את זכות השכירות, אלא אם כן קיימת הוראה בחוזה השוללת זאת. ניתן להעניק זיקת הנאה אם היא רשומה.

**ההבחנה בין שכירות לבעלות במיטלטלין**

**עסקת ליסינג היא עסקת החכרה**- הגורם המממן עומד בתווך בין הספק למשתמש. הספק מוכר את הציוד למממן והמממן משכיר את הציוד למשתמש. בסוף תקופת דמי השכירות ניתן לקנות את הנכס בתמורה מינימלית. ניתן לסווג את **עסקת הליסינג בצורה פורמלית כעסקת שכירות.** **הדרך השנייה והמועדפת ע"י ביהמ"ש היא התחקות אחר המהות האמיתית של העסקה ולא להסתכל רק על לשון החוזה.** המהות האמיתית יכולה להיות מ2 סוגים: 1. **שכירות אמיתית של נכס**- **ליסינג תפעולי**. 2. **העברת בעלות אמיתית ושעבוד הנכס להבטחת החיוב**- **ליסינג מימוני**. **בפס"ד הפועלים ליסינג** העליון קבע **8 שיקולים לקביעה האם מדובר בהעברת בעלות או שכירות(תפעולי או מימוני)**: 1 בדיקת היחס בין התשלום התקופתי ובין שווי השוק של דמי השכירות בנכס. ככל שהתשלום התקופתי לא משקף את העלות של השכרת הנכס בשוק נחלשת הטענה כי מדובר בהשכרה. 2. בדיקת שוויו של הנכס המושכר והיחס בין שווי הנכס הריאלי לעומת הצירוף של כל תשלומי השכירות על פי ההסכם. אם הצירוף קרוב לשווי השוק של הנכס, מתחזקת הטענה כי מדובר בבעלות. 3. קיום של אופציית רכישה בתום השכירות והתשלום שנדרש עבור מימושה. בליסינג מימוני בד"כ הסכום יהיה מינימלי. הנטייה תהיה לבעלות. 4. מספר צדדים לעסקה- אם יש כמה צדדים תהיה נטייה לבעלות. 5. למה השוכר נכנס לעסקה. 6. אילו כוחות ניתנו לשוכר הנכס בהשוואה לכוחות ששוירו בידי משכיר הנכס. 7. חברת ליסינג מימוני משכירה את הנכס פעם אחת בלבד, לעומת תפעולי. 8. במימוני לא ניתן להפסיק את השכירות באמצע.

נוכח כל השיקולים האלה בפס"ד הפועלים ליסינג נקבע כי מדובר בליסינג מימוני.

**הסוואת משכון**

בד"כ בעלי עסק שעושים עסקאות עם ספקים מסכימים להוסיף תניה שנקראת **תניית שימור בעלות**. לפי תניה זו, **הסחורה שהמוכר מוכר לקונה תישאר בבעלות המוכר עד לאחר תשלום התמורה במלואה.** הבעיה נוצרת כאשר צדדים שלישיים רוצים לשים ידם על המלאי העסקי**. הצדדים השלישיים טוענים כי לא מדובר בשימור בעלות אלא בהסוואת משכון- מכר של סחורה+משכון מוסווה של הציוד שנמכר להבטחת קיום החוב ע"י הקונה.** לפי **סע' 2 לחוק המשכון**, אפשר להתייחס לתניה כמשכון מוסווה. אם מדובר במשכון מוסווה, הספק אכל אותה כי לא רשם את העסקה. העליון הופך את הלכת קולומבו **בפס"ד קידוחי הצפון** **וקובע כי יש לכבד תנית שימור בעלות ככתבה וכלשונה, ולא כהסוואת משכון.** **להלכה זו יש סייג**- "אלא אם יש טעמים לסתור"- מקום שברור לנו **שתנית שימור הבעלות הינה תניה מלאכותית שתכליתה לתת עדיפות על פני שאר הנושים, נאמר שתנית השימור הינה הסוואת משכון**. **בתרמועוז** נקבעו 3 פרמטרים ע"י **הש' אלשייך**: מבחן הפיקוח והזיקה(בדיקת התנהגות הספק), מבחן הרישום החשבונאי ומבחן יחסי הכוחות.

גם במקרקעין עלולים להסוות משכון ע"י תנית שימור בעלות.

**עסקאות קומבינציה**

הסכם בין קבלן לבין בעל מקרקעין לפיו הקבלן בונה על המקרקעין מבנה העתיד להירשם כבית משותף. הבעיה בעסקאות אלה היא הבטוחות- חוק המכר מחייב את הקבלן לתת בטוחות. הפתרון השכיח הוא הענקת ערבות בנקאית כדי גובה התשלום שהרוכש שילם. אם העסקות נופלות הערות האזהרה לטובת הרוכשים עדיין תקפות.