דיני הקניין למעשה הם **דיני הנכסים** העוסקים בעיקר במצבם הסטטי של הנכסים אצל אנשים. למילה נכס אין הגדרה מסוימת, למרות שהמחוקק הישראלי מרבה להשתמש במונח זה. **דיני הקניין עוסקים בנכסים שניתן לעשות בהם עסקאות**. רק נכסים שניתן לעשות בהם עסקאות הם נכסים לעניין דיני קניין. מקובל לחלק את הנכסים ל3 סוגים: מקרקעין, מיטלטלין וזכויות.

1. **מקרקעין-** ההגדרה הינה לפי חוק המקרקעים תשכ"ט- 1969. זהו החוק המרכזי. בס'1 מוגדר כ- ' קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה'. אנו דנים בטיב הזכויות האפשריות במקרקעין, על כן עלינו לקבוע את גבולות המקרקעין.
2. **מיטלטלין-** ההגדרה לפי חוק המיטלטלין- 'נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין'.
3. **זכויות-** ההגדרה נגזרת מחוק המיטלטלין- נכסים שאינם מוחשיים, ההיפך ממיטלטלין. אנו לא יכול לחוש בנכסים האלו, הם לא נמצאים בטבע, נכס זה הוא יציר המשפט. קניין רוחני- פטנטים, זכויות יוצרים, סימני מסחר. ההתקדמות הטכנולוגית נכנסת תחת כותרת הקניין הרוחני. לכל אלו אנו קוראים **זכויות קנייניות**. בניגוד לזכויות הקנייניות, מצויות **זכויות חיוביות**- אדם חייב לבצע פעולה מסוימת כלפי אדם אחר, מוטל על החייב לבצע משהו לטובת הנושה. החובה המוטלת על א' כלפי ב' יכול לנבוע ממקורות משפטיים שונים, בראש ובראשונה זכות חוזית או נזיקית, זכות מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט, זכויות מכוח הדין. **חוק המחאת חיובים**- אם לא נאמר אחרת בחוק ספציפי ניתן להמחות זכויות למשל אם א' וב' עשו ביניהם חוזה וא' חייב לב'. ב' יכול להעביר את זכותו זו לצד ג' בחוזה עימו.

**היכן קו הגבול בין דיני החוזים לדיני הקניין**? דיני החוזים עוסקים בעיקר במערכת היחסים הפנימית בין א' וב'. מנגד בדיני הקניין אנו מתמקדים בעסקה של ב' וג'. במעגל החיצוני, ב' יכול לבצע עסקאות בנכס, בזכות החוזית עם צד ג'. זכויות חוזיות שכיחות הן פיקדון בנק ופוליסת ביטוח. פיקדון בבנק- הוא סוג של משכנתא. כאשר אדם מפקיד כסף בבנק, הוא 'מלווה' כסף לבנק. למפקיד בבנק יש מעין חוזה, כאשר המפקיד הוא הנושה והבנק הינו החייב. פוליסת ביטוח- היא חוזה בין מבוטח לחברת ביטוח, כאשר המבוטח הוא נושה וחברת הביטוח חייב.

**נכסי מקרקעין (נדל"ן- נכסים לא נדים)**- החוק חל על כלל סוגי הנכסים. לעיתים גם אם מופיע המונח נכס, אין הוא מתיחס לכל שלושת הנכסים, לדוגמא חוק השומרים- אין בחוק זה הגדרה **למהו נכס**. חשיבות ההחזקה הפיזית בנכסים אינה כבעבר, היא פוחתת. זאת מפני **שבנכסים בלתי מוחשיים לא ניתן להחזיק פיזית**. אחד התנאים להיחשב כשומר הינו 'החזקה', שאיננו יכול להתקיים בכל הנוגע לזכויות על כן, **בחוק זה, המונח נכס אינו מתייחס לזכויות.** ישנם חוקים בהם ישנה הגדרה למונח נכס. לדוג' ס' 4א לחוק המכר- החוק חל בעיקר על מיטלטלין, אך מחילים אותו, בשינויים המחייבים, גם על מקרקעין וזכויות. ס' 13 לחוק המיטלטלין- חוק זה עוסק גם בזכויות. **מה מיוחד במקרקעין?**

1. מקרקעין אלו נכסים ייחודיים לעומת מיטלטלין, שכן אין הרבה נכסי מקרקעין דומים,
2. כמו כן כמות נכסים זו מוגבלת.
3. במקרקעין יש מעמד- מעלה שאלות פוליטיות.
4. השווי הכספי של המקרקעין גבוה יחסית, לכן יש דרישת כתב.
5. מקרקעין הינו נכס ניצחי (אלמלא אסונות טבע וכו'), לעומת מיטלטלין להם אורך חיים קצר יותר (ערך השוק לאחר שנים ספורות שווה ל0).
6. קשר פסיכולוגי למקרקעין.

תחומו של נכס מקרקעין פחות מוגדר מיתר הנכסים. במקרקעין העניין יותר סבוך ולכן באים ס' 11-13 על מנת לתחום את גבולות המקרקעין ועוסקים בעסקאות בחלק מסוים במקרקעין. **הבעלות בשטח מקרקעין מסוים מתפשט לעומק ולגובה אך כמובן בחפוף לכל דין מקומי**. למשל אם יש עתיקות, אז לפי חוק המקרקעין בעל המגרש הינו בעל העתיקות, או יכול למנוע מעבר של רכבת תחתית או כלים אוויריים מעל שטחו- אך אין כך הדבר היות וגם חוק המקרקעין כפוף לדינים אחרים. הבעלות בקרקע חלה גם **על כל מה שבנוי ונטוע עליה**. מי שהוא הבעלים של המקרקעין, הוא גם הבעלים של המבנה הבנוי על השטח. אם אדם בנה על שטח לא שלו, זה הופך להיות בבעלותו של בעל המקרקעין, הפיצוי על הנכס שבנה בקרקע משוייך לדיני עשיית עושר. **אין תוקף לעסקה בחלק מסויים** **במקרקעין**. יש להבדיל בין חלק מסוים לחלק לא מסוים- **חלק לא מסוים** זה כאשר יש לזוג או לשותפים חלק מהבעלות על השטח, יש להם חלק בלתי מסוים בשטח מקרקעין, דוגמא נוספת לכך יכולה להיות במצב של יורשים. במקרה כזה לא ניתן להצביע על חלקו של כל אחד במקרקעין. בהינתן קרקע גדולה, לא ניתן למכור חלק ממנה, אלא באחוזים בלבד. לפי **פס"ד הווארד נ' ארז**- יש להבדיל בין השלב החוזי לשלב הקנייני. ישנם **שני שלבים בכל עסקה**: בשלב החוזי נוצר בין שני הצדדים חוזה תקף ע"פ דיני החוזים. השלב הקנייני- העברה בפועל של הזכות בנכס בין המוכר לקונה. בפס"ד מדובר על חוזה בין שנים, להעברת חלקה מסוימת במקרקעין. לפי דעת הרוב, לא ניתן לבצע את העסקה מבחינה קניינית, אך במישור החוזי יש תוקף לעסקה, ועל כן ניתן להעניק סעדים בגין הפרת חוזה. בעולם המודרני השיטה הרצויה היא לחלק את האזורים לגושים, כשכל גוש מחולק לחלקה. חלקה= **יחידת רישום במקרקעין**. החלוקה של חלקה גדולה ליחידות נקראת **פרצלציה.** המגמה הינה לא לאפשר חלוקה ליח' קטנות מידי לכן הרשויות מגבילות את גודל היח'- על מנת למנוע צפיפות.

**זכויות קניין וזכויות חיוביות (אובליגטוריות)-** בעבר זכות קניינית הייתה נקראת זכות בנכס ואילו זכות חיובית הייתה נקראת זכות בפרסונה- כלומר לאדם מסוים. אך אין זה מדויק לומר כי יש זכות בנכס שכן אין יחסים משפטיים בין בני אדם לנכסים. ההגדרה **לזכות חיובית**- **זכות כלפי בני אדם, אחד או יותר, אך מוגדרים.** לעומת זאת באמירה 'יש לי מכונית' אין זכות כלפי אדם מסוים, זוהי זכות בנכס באופן ישיר- זוהי **זכות כלפי כל העולם**- זכות קניינית**.** בעל הזכות **עצמאי**- הוא יכול להפיק את ההנאה מהזכות בלי סיוע של מישהו אחר. **בפס"ד בן חמו** ביהמ"ש לא קיבל את הסיווג של הזכות לפי הצדדים, אלא קבע שהיא זכות הסכם הפצה בין יצרן למפיץ. ליצרן בלעדיות הפצה באזור מסוים. מסיבה מסוימת עוה"ד כינה את הזכות בחוזה כזכות קניינית. ביהמ"ש בפסק דינו פסק כי אינה זכות קניינית כי הזכות הזו נעדרת את **תכונת העצמאות**- זאת משום שבן חמו יוכל לממש את זכותו רק אם טנא נגה תספק לו את מוצריה. בזכות קניינית כל העולם מצווה **לא להפריע לשימוש של בעל הזכות.** דבר נוסף המייחד את הזכות הקניינית הוא **העדיפות והעקיבה.** שכירות רגילה לפי כולם היא זכות קניינית. במידה והמשכיר פושט רגל ומגיע לידי חדלות פירעון, לשוכר- יש **עדיפות** על פני הנושים מפני שיש לו זכות קניינית בנכס מול זכות חיובית של הנושים. **זכות העקיבה-** זכות קניינית המקנה זכות לעקוב אחר הנכס. כלומר נניח ובעל המכונית מוכר את המכונית לסטודנט, ששילם לבעל המכונית את מלוא השווי של המכונית, אך הוא לא הבין שהמכונית ממושכנת לאחר. אם הבעלים הראשון לא פורע לבנק את המשכנתא, לבנק נותרת הזכות לעקוב אחר הנכס ולממש את זכותו. חילופי הבעלים לא פוגעים בזכות הקניינית. אותה זכות קניינית לא יכולה להיות לשניים שונים אלא אם כן הם שותפים. אולם יכול להיות שלנכס אחד יהו מס' זכויות קנייניות- בעלות, משכנתא וכו'. **עבירות**- זכות חיובית ניתנת להעברה, אף על פי כן, ישנן הגבלות על עבירות. על זכות חוזית- אם מגדירים בחוזה את העברתה יש לכך תוקף נוסף מאשר לזכות קניינית. אם חוזים מגבילים העברה של זכות קניינית הפסיקה מתייחסת לכך בחשדנות. בזכויות חוזיות יש יותר תוקף להגבלה על עבירות. **אם יהיה בחוזה ס' האוסר על ס' להמחות את הזכות, להגבלה זו יש תוקף**. הביטוי קניין כולל בתוכו גם חיובים חוזיים- **פס"ד מזרחי**. ס' 3 לחו"י כבוד האדם וחירותו קובע הגנה חוקתית על הרכוש. פס"ד מזרחי- הראשון של המהפכה החוקתית- קובע כי קניין גם כולל זכויות חוזיות. ההסבר לכך הוא כי הגנה על הקניין מבטאת חירות ולכן יש צורך לתת הגנה חוקתית על הקניין. המילה קניין או זכות קניינית לא יפורשו אוטומטית כביטויים שבאו למעט זכויות חיוביות אלא אם ההקשר בתכלית החוק מחייבים זאת, ועל כן המילה קניין בחוקים שונים באם נפגוש בהם שם יתייחסו גם לזכויות חיוביות- **מדוע אם כן להבדיל בין זכות קניינית לחיובית?**

1. החלוקה לקבוצת מסייעת להבין את המוסדות המשפטיים.
2. בפסיקה יימצא לא פעם את ההבחנה בין זכות חיובית לזכות קניינית. **פס"ד מנדלבאום**- מדובר על זכות קניינית. המחוקק לא השתמש בביטוי זכות קניינית, אלא 'זכות במקרקעין'. ביהמ"ש פרש את הביטוי **כזכות קניינית ביחס למקרקעין**. כלומר מי שיש לו רק זכות חיובית ביחס למקרקעין (למשל- מי שבעל המקרקעין התחייב לתת לו משהו ביחד למקרקען ולא התקדם בעניין) לא יפוצה. הזכות שסווגה בפס"ד זה נקראת **דירות לפי החוק, דירות מוגנת**. אולם, יש פס"ד **סותר** לפס"ד זה- **רומנו נ' שוחט**- נקבע שזכותו של דייר מוגן היא זכות חיובית ואילו **פס"ד מנדלבאום** קובע שזו זכות קניינית. מכאן כי הסיווג אינו קובע את התוצאה המשפטית. **פס"ד רומנו** דן בס'8 לחוק המקרקעין, **דרישת הכתב**. אם נעשה עסקה בזכויות חיוביות ס' 8 אינו חל ובכך יכול ביהמ"ש להיחלץ מהפלונטר שמציב ס' 8. ב**פס"ד מנדלבאום** מתאים לביהמ"ש להגיע לתוצאה הפוכה. לא הגיוני שדייר סטטוטורי (דייר מוגן- שכירות) במשך 20 שנה יצא ללא פיצוי ולכן ביהמ"ש קבע שזכותו היא זכות קניינית. שמגר יכל להגיע להגיע **בפס"ד מנדלבאום** לתוצאה הרצויה מבחינתו בה יכל להעניק לדייר הסטטוטורי פיצויים- אם היה מפרש את ס' 197 'זכות במקרקעין' ככוללת זכות חיובית במקרקעין, ולא רק זכות קניינית במקרקעין. **שמגר** לא רצה לעשות זאת על מנת למנוע קשת רחבה של זכאים.

לאור כל זאת, הרושם המתקבל הוא כי **הזכות הקניינית הרבה יותר חזקה מזכות חיובית**- וזה מה שעומד מאחורי ניסוח עוה"ד **בפס"ד בן חמו.** למרות זאת, לפעמים זכות חיובית עדיפה על זכות קניינית. לדוגמא- הפקדת כסף בבנק- האדם הממוצע יפקיד סכומים גדולים במזומן בבנק- כלומר הוא הופך זכות קניינית לזכות חוזית שבידי הבנק- למעשה זו הלוואה לבנק. כאשר הכסף מצוי בחזקתו של אדם, הוא עשוי לאבדו. בדומה לכך, בהינתן זכות קניינית בנכס מסוים, אם הוא נעלם לא ניתן לעשות דבר בעניין, מנגד כאשר הכסף מופקד בבנק אין דאגה- הבנק הוא החייב ובעל הכסף הוא הנושה. זכות חיובית זו אינה פגיעה אלא אם כן הבנק פושט רגל. **פס"ד רייזמן**- עוסק בזכות קדימה, לפעמים מכל הקונים הפוטנציאלים של זכות מסויימת יש קידמה למישהו מסוים. **זכות קדימה** מנויה בחוק המקרקעין, אך בגלל מבנה מוטעה של חוק המקרקעין לא ניתן לומר בקלות שמדובר בזכות קניינית כמו יתר הזכויות המוזכרות. את זכות הקדימה המחוקק לא מנה בסעיפי הפתיח, שם הסדיר את יתר הזכויות הקנייניות. יש סיטואציות שחוק המקרקעין מונה אותן ורק בסיטואציות אלו יש זכות קדימה- למשל בין יורשים של משק חקלאי, בין בני זוג כפי שהיה בפס"ד לעיל. הסיווג של זכות הקדימה כקניינית או חיובית אינו מעניין שכן יש ס' כה מפורש בחיקוק. בפס"ד אחד מבני הזוג נפטר ויש לו יורשים המעוניינים למכור הנכס לגוף שלישי. בת הזוג שחיה מעוניינת במקרקעין וטוענת כי יש לה זכות קדימה- עלתה שאלה האם זכות הקדימה עדיין תקפה כאשר אחד מבני הזוג לא בחיים? בייחוד בפס"ד זה לעומת קודמיו היא שעד כה, לאור שני הפס"ד הקודמים ראינו כי לא קובעים קביעה- פסיקה אבסולוטית. הקביעה אם הזכות קניינית או חיובית היא תלוית הקשר. **בפס"ד רייזמן ביהמ"ש קבע כי זכות הקדימה היא קניינית ומכאן גזר תוצאה משפטית**. ניתן לומר כי לזכות קניינית שיש לה את שתי תכונות ניתן לייחס לה את התכונה השלישית- כך גוזרים אם הזכות קניינית או לא. **השופטת בן פורת** קבעה כי **זכות הקדימה היא קניינית**- היא לא החליטה מכך שמצאה תכונה מסוימת אלא מהיותה של הזכות עוסקת בחוק המקרקעין, המסדיר זכויות קנייניות בלבד. לפי השופטת בן פורת **תכונת העקיבה** היא זו שגרמה להכרעת פסה"ד- תכונת העקיבה פותרת את השאלה המשפטית, זכות העקיבה ממשיכה כלפי יורשיו של הבן זוג. 50% בנכס עבר בעלות מכח ירושה (מבן הזוג ליורשיו)- זוהי תכונה עקיבה, כי זכותה של האישה, בת הזוג שחיה, יפה גם כלפי היורשים של הבן זוג. מפסה"ד עולה כי המוסד של הזכות קדימה הוא מוסד רצוי. **השופט שלמה לוין** יוצא נגד זכות הקדימה שכן הדבר עלול לפגוע בבעל הנכס הכפוף לה (פחות אנשים יגישו הצעה). עצם קיומה של זכות הקדימה מצמצמת הצעות של אנשים זרים המעוניינים בנכס. לפי **השופטת בן פורת**, זכות הקדימה כן רצויה, היא נוטה להרחיבה- יש להכיר בה לשם מניעת סכסוכים. **רשימת זכויות הקניין**- **בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה. זכות הקדימה** מאוזכרת רק בהמשך החוק ולא בהתחלה כיתר הזכויות. **ס' 161**- זכות במקרקעין צומחת לפי חוק, ולא לפי הסכם/ חוזה. לא ניתן ליצור זכות קניינית במקרקעין מכח חוזה. כלומר, **זכות תהא קניינית רק אם היא מוכרת ע"י החוק**- כל הזכויות הקנייניות נוצרות בד"כ ע"י חוזה אך אלו זכויות המוכרות ע"י המחוקק. אם זכות מסויימת מוכרת ע"י חוק אחר שאינו חוק המקרקעין זה גם בסדר- ישנן חוקים אחרים בהם עשויה להיות גם זכות קניינית במקרקעין (חוק הירושה). עד קבלת חוק המקרקעין, גם בדיני הקניין היה הדין העות'מאני, עם השלמה של הדין האנגלי שנקלט בארץ באמצעות סימן 46 לדבר המלך, שבאו לידי ביטוי בדיני היושר האנגליים. דינים אלו קבעו שבמידה ויש מוכר מקרקעין ויש קונה- אע"פ שהצדדים לא השלימו את השלב הקנייני (מסתיים ברישום) ונמצאים בשלב החוזי בלבד, יש לקונה **זכות שביושר** (במיוחד עבור קונה ששילם את מלוא כסף התמורה). עד 1969 ההלכה בארץ בפסיקה הייתה שיש מצב שהוא בין זכות קניינית לזכות חוזית. הפרוש הפשוט של ס' 161 לאחר תוספת מידע זו הוא **שאין זכויות שביושר יותר**. **רשימת זכויות הקניין היא רשימה סגורה** מנגד, זכויות חוזיות ביחס למקרקעין הן ללא הגבלה לפי **ס' 24 לחוק החוזים**, תוכן החוזה יהא כשם שהסכימו עליו הצדדים. אם חוזה תקף, כזה שתקף ולא נופל לפי ס' 30- למעשה זכיות חוזיות ביחס למקרקעין העולות ממנו תקפות. בעלים של מקרקעין יכול באמצעות חוזה למעשה ליצור כל זכות חוזית העולה על רוחו. זכות הקניין מחייב צדדים שלישיים זרים לגמרי ואף צדדים שלישיים שירכשו את הנכס לאחר מכן, זאת משום שקניין תקף כלפי כולם, מסיבה זו אי אפשר להכליל זכויות קנייניות ללא הגבלה. טיעון זה נחלש במשך השנים. **זכות קניינית תהא תקפה כלפי צדדים שלישיים אך ורק בהינתן פומביות**. בד"כ לזכות קניינית ניתנת פומביות באמצעות **רישום**. **בעלות**- לכאורה מדובר בזכות הבסיסית ביותר, תכונותיה מאפיינות גם את השכירות. דיני הנזיקין **מגבילים** את הבעלות- לא ניתן לעשות במקרקעין כל דבר במידה הם עלולים להוות מטרד לשכנים. לעיתים בעל מקרקעין הסכים עם אחד משכניו או מישהו אחר להימנע משימוש מסוים במקרקעין. ההסכם תופס והוא לא רשאי לעשות כל דבר. למרות זאת, הבעלים יכול לעשות הכל חוץ ממה שלא ע"פ חוק או לא ע"פ חוזה לעומת שכירות שיכול לעשות רק מה שכתוב לו שמותר. **הבדל נוסף**- שוכר גם זכאי להחזיק ולהשתמש אך זאת **בהגבלת זמן**, שלא לצמיתות. **המשכנתא**- היא מישכון של מקרקעין'. על כל משכנתא חלות הוראות חוק המקרקעין והוראות חוק המשכון. המשכון למעשה מבטיח את החיוב, החייב מייחד נכס מסוים כמשכון **שמזכה את הנושה להיפרע, אם לא סולק החוב**. כלומר הנושה רשאי למכור את המשכון, באם החייב לא יפרע את חובו. משכנתא מהבנק- לוקחים הלוואה מהבנק, ונותנים לבנק משכנתא (דירת המגורים שלשמה נלקחה ההלוואה). לזכות המשכון יש את כל האפיונים העיקריים; תכונת העדיפות- **במצב כלכלי קשה של החייב, לבעל המשכון קדימה על פני נושים אחרים. זוהי תכונת העדיפות, למעשה**. ב' יקבל אך ורק את גובה חובו. אם יש יתרה היא תלך ליתר הנושים. תכונת העקיבה- אם א' מוכר את הנכס הממושכן לד', אין הדבר פוגע במשכון. אם א' לא פורע את החוב כלפי ב' **ב' רשאי לממש את המשכון ולהיפרע מהתמורה.** תכונת העצמאות- ב', בעל זכות המשכון, **רשאי לפעול בעצמו ולממש את המשכון** (באמצעות ההוצאה לפועל), הוא אינו צריך שיתוף פעולה של החייב. ב' "חכם" ינסה לקבל משכון על נכס היקר יותר מגובה הסכום, שכן עשוי להימכר בערך נמוך יותר. ערך המקרקעין עשוי לרדת. **זיקת הנאה**- **זכות הנאה שאין בצידה זכות להחזיק, נקראת זיקת הנאה**. לדוג' זכות מעבר. זכות המעבר אינה אך ורק כלפי א' אלא גם כלפי צד ג', שוכר, כפוף לזכות המעבר של ב'. ישנם מקרקעין הכפופים לזיקת הנאה. **מוסד הנאמנות-** מוסד הנאמנות נוצר בארץ רק בשנת 1979, מכח חוק הנאמנות. מדובר על יחסים בין שני צדדים- **נאמן ונהנה**. הנאמן מחזיק בנכס או פועל בו, הוא פועל לטובת נהנה. **כל הפעולות בנכס הם בידיים של הנאמן, שפועל אך ורק לטובת אדם/ גוף- נהנה.** נאמנות היא **זיקה לנכס**. לנהנה יש זכויות קניין בנכס. לפי הפשט, הנהנה מחזיק בזכויות הקניין בנכס והנאמן פועל בנכס של אחר, לטובת אחר. **באנגליה**, גם הנהנה וגם הנאמן הם בעלי קנין- **בעלות שביושר**. בעלים שבדין- הנאמן. בעלים שביושר- הנהנה. פרשנות אחרת לא רואה בכך משהו קנייני, אלא זיקה כלשהי לנכס. **מנהל מקרקעי ישראל**- הרוב המכריע של המקרקעין בישראל הם מקרקעי ישראל- ישנה בעלות ציבורית במרבית המקרקעין בארץ. בעלות פרטית- קרקע פרטית, שאדם יכול לרכוש באופן פרטי, והבעלות תרשם על שמו. קרקע מנהל- מקרקעי ישראל- מנהל מקרקעי ישראל הוא הגוף אשר מנהל את מקרקעי ישראל. המנהל הינה רשות מרשויות המדינה, אישיות משפטית אחת- הזרוע הביצועית המנהלת את מקרקעי ישראל. הבעלים של מקרקעי ישראל מבחינה קניינית הם- מדינת ישראל, רשות הפיתוח או קק"ל.

* מקרקעין בבעלות המדינה- שטחים שהופקעו ע"י המדינה. ס' 3 לחוק נכסי המדינה קובע כי מה שהיה בידי השלטון הבריטי עובר לרשות מדינת ישראל. בנוסף, קובע שמקרקעין ללא בעלים הם גם נכסים של המדינה. המדינה רשאית לרכוש מקרקעין שהיו נכסי השטחים שהופקעו ע"י המדינה.
* מקרקעין בבעלות רשות הפיתוח- תאגיד שהוקם מכח החוק, על כן מדובר באישיות משפטית נפרדת. רשמית הבעלות הינה של רשות הפיתוח, ולא של המדינה, אך המדינה היא זו השולטת בפועל ברשות זו. לרשות הפיתוח מקרקעין שבבעלותה, בעיקר מקרקעין של נפקדים (שברחו מהארץ בתקופת קום המדינה).
* מקרקעין של קק"ל- זהו תאגיד (ממשלתי) שהוקם ע"י העם היהודי בגולה, שתפקידו המוצהר הוא לרכוש מקרקעין בא"י להתיישבות יהודית. **פס"ד קעאדן**- עסק במקרקעי ישראל, מקרקעין שבבעלות המדינה.

ס' 1 לחוד יסוד מקרקעי ישראל- אומר כי לא ניתן להעביר בעלות המקרקעין. החוק מבוסס על השקפה לפיה הרוב המכריע של המקרקעין בישראל צריך להיות בבעלות ציבורית, בעוד בעלות פרטית במקרקעין תהיה מועטה- מתאים לתפיסה הקומוניסטית. פסה"ד משנת 2010 של **תנועת דרור ישראל** בא בעקבות תיקונים לחוק שנעשו ב2009 והרחיבו מאוד יחסית בכמות המקרקעין את האפשרות כן להעביר בעלות במקרקעי ישראל לבני אדם פרטיים. אם המקסימום העברה המקורי בקרקע עירונית במקור דיבר על 100,000 דונם- התיקון לחוק אומר כי ניתן להעביר כ400,000 דונם ולאחר 5 שנים 400,000 דונם נוספים. התיקון לחוק טוען כי אין באמת חשיבות מי הבעלים של הקרקע כאשר מדובר בשטח עירוני. העתירה נגד החוק נדחתה **בפס"ד תנועת דרור נ' מ"י** ביהמ"ש קבע כי הכמות של המקרקעין מבעלות המדינה מוגבלת למקרקעין עירוניים, הכמות עדיין נמוכה ביחס לכמות מקרקעי ישראל. מדובר בחריג, אין פגיעה מהותית בכלל המופיע בס' 1 לחו"י מקרקעי ישראל- ועל כן אין מקום להתערבותו של ביהמ"ש. המשמעות המעשית של הכלל הקבוע בס' 1 לחו"י- **דירת מגורים**- המדינה ממשיכה להיות הבעלים. מבחינה משפטית, קונה דירה אינו קונה דירה, אלא יש לו לכל היותר, זכות שכירות. קונה הדירה ירשם **כחוכר**- שכירות ארוכה (חכירה לדורות- מעל ל20 שנה). החוקים הסטנדרטים של מנהל מקרקעי ישראל קובעים שהשכירות מוגבלת ל49 שנים, עם אופציה ל49 שנים נוספות. עם תום תקופת השכירות (98 שנים), הבעלים (מדינת ישראל או קק"ל) רשאי לבקש את החזר המקרקעין מבחינה משפטית. עד 1970, היות והמקרקעין היו בבעלות קק"ל או מדינת ישראל, שילמו דמי שכירות תקופתיים למדינה- **'דמי הסכמה'**. כשבונים מבנים חדשים על קרקע המנהל, מלכתחילה מהוונים את דמי השכירות, כחלק ממחיר הדירה שהם רוכשים. אותו הדבר חל גם על דמי ההסכמה. דבר זה מקרב מאוד את מחיר המקרקעין של מקרקעי ישראל למחיר של קרקע בבעלות פרטית. הדבר מעניק את הרושם שההחזקה בדירות על קרקע מנהל לא תפגע כשתסתיים תקופת החכירה למרות שאין כך הדבר. מנהל מקרקעי ישראל מוציא שטחים לבנייה, פרוייקטים גדולים שכאשר במכרז קבלן או קבוצת רכישה זוכים בו- והם חותמים על חוזה על המנהל- 'חוזה פיתוח' בו היא מתחייבת לפתח את האזור ולבנות דירות למגורים. החברה הקבלנית מוכרת את הזכויות בדירות, והקונה הראשון של הדירה עושה חוזה חכירה עם המנהל. יש מקרקעין- דירות של המנה שכבר נרשמו הכל בטאבו וגם זכות החכירה של הדייר שגר שם גם כבר רשומה בטאבו. את הזכות הזו ניתן להעביר למישהו אחר ואין צורך בשת"ף של המנהל. רוב המקרקעין שנבנו עליהן דירות מנהל עדיין לא רשומות בטאבו לכן מתנהל במקביל גם מרשם זכויות במנהל מקרקעי ישראל. בספרי המנהל מוחקים את שמו של החוכר הראשון ורושמים במקומו את החוכר השני. המנהל הוא זרוע ממשלתית- מצד אחד כל הזמן הממשלה מנסה להוביל להוזלת מחירי הדירות מצד שני עלות הדירות תלויה מאוד במחיר הקרקע אותה מנהל מקרקעי ישראל יכול להוזילה ולווסתה. יש כאן **גישה סוציאליסטית**- לפי גישה זו, בעלות פרטית במקרקעין תגרום לספסרות במקרקעין, להיווצרות קבוצה של בעלי הון שתחזיק במקרקעין. על כן, הקרקע צריכה להיות בבעלות המדינה, ואז היא תחולק בשכירויות. האתוס- ערב הקמת המדינה, אין רצון בקפיטליזם. **סיבות נוספות**- 'כלי כל הארץ'- הארץ שייכת לה', ולא לאנשים פרטיים. הנוסף הדבר יעזור בקליטת עלייה, בתכנון השטח, יגביל מכירת שטחים לזרים (בחוזי החכירה של מנהל מקרקעי ישראל, החוכר מנוע מהעברת הקרקע למי שהוא איננו אזרח ישראלי, בלא הסכמת המנהל). אם יש צורך במקרקעין מסויימים לצרכים ציבוריים ניתן להפקיע אותם. אם המדינה היא בעלת המקרקעין היא מקצה קרקעות להתיישבות עירונית וחלקלאית. המדינה ניצלה את הבעלות במקרקעין כדי להקצות אזורים ליהודים ואזורים לערבים. זאת עד **פס"ד קעאדן**- הסוכנות היהודית הקצתה את האזורים ליהודים בלבד. הכיצד המדינה רשאית לנהוג במקרקעין שבבעלותה? המדינה או קק"ל הינם גופים ציבוריים אך מדובר בפעילות פרטית ולא ממשלתית. הקצאת מקרקעין קשורות למשפט הפרטי- במקרה זה הגוף שמקצה הינו גוף ציבורי אך זהו עניין פרטי. בפס"ד קעאדן הסוכנות הקצתה קרקע להקמת היישוב היהודי קציר. משפ' קעאדן המתגוררים בישוב הערבי הסמוך פנו לאגודה השיתופית במטרה לרכוש בית בישוב וקיבלו תשובה שלילית. פהס"ד בדק את החוקתיות של פעילות המדינה. **פס"ד המועצה המקומית כפר שמריהו**- הפס"ד עסק באולם שהיה בבעלות המועצה ולא הסכימו משיקולים דתיים להשכיר לקהילה רפורמית. נקבע שכרשות ציבורית מבצעת פעילות בתחום המשפט הפרטי- חלים על הפעילות הזו כללים שונים של הפעילות הציבורית- כלל השיוויון שעומד במרכזו של פס"ד זה ושל **פס"ד קעאדן**- מנוגד לעקרונות הקניין הקלאסיים. הקניין הקלאסי פרושו- שבעל המקרקעין רשאי לעשות במקרקעיו ככל העולה על רוחו ואינו חייב בשום עקרונות של המשפט הציבורי. בעל קניין לא חלים עליו עקרונות החירות השוויון וכו'- ניתן למכור את המקרקעין למי שרוצים בלבד- זהו הקניין הקלאסי וכן החוזים הקלאסי. פעילות פרטית של גופים ציבוריים- יחולו עליהם עקרונות המשפט הציבורי, כמו סבירות ושוויון. ברק לא מהסס לומר כי זהו עקרון על- עקרון השוויון. **פס"ד און נ' בורסת היהלומים** משקף את המצב ההפוך- פעילות ציבורית מסויימת של גוף פרטי- מתאגד לפי המשפט הפרטי. כך גם **בפס"ד חברת קדישא**- אינו גוף ציבורי אך עוסק בפעילות ציבורית הניתנת לכלל הציבור- הפסיקה מחילה על גופים אלו עקרונות של המשפט הציבורי. **פס"ד קעאדן** החיל על הקצאת מקרקעין ע"י המדינה עקרונות של המשפט הציבורי, את ערך השיוויון. הדבר לא מהווה חידוש. כיצד ניתן היה להימנע מהתוצאה של השופט ברק (ללא החלת עקרונות של המשפט הציבורי)? לפי דעת המיעוט, יש שיקולים ביטחוניים ביישוב ספר, המאפשר ייחוד מקרקעין ליהודים בלבד. בנוסף ניתן היה להתחמק מתוצאות פסה"ד לפי הכלל של **'נפרד אבל שווה'**- ייחוד מקרקעין מסוייים לאוכ' ערבית. המקור- **פס"ד בראון** האמריקאי בו הגיע ביהמ"ש למסקנה, לפיה הנפרד פוגע בשוויון, למרות שלנפרד מקצים משאבים מקבילים. **בפס"ד קעאדן** אין מדובר בסיטואציה דומה,, אלא ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת- יכול להיות שהפגיעה בערך השוויון נובעת מהקצאה אי שוויונית של מקרקעין (השופט חשין). הגישה המקובלת היא שמגזר מיעוט שרוצים לחיות ביחד כקהילה סגורה על מנת לשמר את קווי האופי המיוחד של המיעוט הזה- גם לאחר פס"ד קעאדן- ביהמ"ש מאפשר ויאפשר להקצות קרקע שבבעלות המדינה שלא על בסיס שוויוני- למשל יישוב הבדואים בנגב. דוגמא נוספת היא הציבור החרדי שיש לו הקצאות למקרקעין מוסיימים. זאת משום שמדברים על מיעוט עם קווי אפיון מיוחדים, המסוגרים מהחברה הישראלית בכללותה. אך התיישבות שאינה ייחודית של ציבור חילוני ללא קווי אפיון מיוחדים השייך לרוב ולא למיעוט יהיה קשה להקים ישוב קהילתי על בסיס חילוני בכלל ולא לאפשר לאחרים לגור בו. יותר מקובל זכויות מיעוטים בהקצאת קרקעות. לפני כמה שנים תיקנו את החוק ובהקשרים מסויימים אכן ניתן לסנן בצורה מסויימת ועל כן אכן מתקימים כיום ישובים מסויימים שלהם ועדות קבלה. ההקצאה האי שוויון בפס"ד קעאדן נעשתה ע"י הסוכנות היהודית, אבל במישרין ע"י המדינה. ברק קבע שהמדינה לא יכולה לעשות זאת גם בעקיפין. פסה"ד ניתן ביחס למקרקעי ישראל שהם בבעלות המדינה- מה עושים במקרקעי המדינה שהם בבעלות קק"ל? מראש בתקנות קק"ל נכתב כי הכסף נאסף לטובת הציבור היהודי וכו'. הנהלת קק"ל מאוד התלבטה בנושא ושופט ביהמ"ש העליון- זמיר נתן לה חוו"ד- שעל-פיה הלכה דומה של קעאדן במקרקעין בבעלות של קק"ל עשויה להיקבע ולכן קק"ל מראש נמנעים ממצבים כאלו. הם מחליפים בעלות בין מקרקעין בבעלות המדינה לבין אלו שלה. **פס"ד קעאדן הכיר בדבר לא שוויוני בין הציבור היהודי לערבי (גושפנקא להפלות בין ציבור יהודי לערבי)- חוק השבות**. בחוק זה, ישנה הפליה בין הציבור היהודי לערבי. שאלו זו יורדת לשורש הזהות היהודית של מדינת ישראל. ההסבר לכך הוא שמרגע שכולם אזרחים- חלים עליהם עקרונות השוויון. **פס"ד און נ' הבורסה ליהלומים** משקף את המצב ההפוך- פעילות ציבורית של גוף פרטי, היות שגוף מעין זה פועל למען הציבור הפסיקה מחילה עליהם עקרונות של המשפט הציבורי. **הקניין כזכות חוקתית-** בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצויה הגנה על הקניין. מדוע הגנה על זכות הקניין מצויה בחוקה? הגנה על הקניין נקשרת להגנה על הכבוד והחירות של האדם. כשאדם יודע שקניינו מוגן הוא מרגיש חופשי יותר להתבטא. אך רבים, בעיקר מהשמאל הסוציאליסטי, מתנגדים להכנסת הקניין לתוך חוק יסוד כיוון וזה מגן על בעלי ההון, הם סבורים כי במסגרת ההגנה על הקניין, יש לכלול בחוקה רק קניין מינימאלי כמו קורת גג. **פס"ד בנק מזרחי נ' מגדל** עסק בזכויות חוזיות טהורות ולא זכויות קניין- פסה"ד עסק בזכותם של אנשים לקבל את כספם בחזרה. מדובר היה בהלוואות לא מובטחות- אם הבנקים היו מקבלים שיעבודים, הם היו נושים מובטחים, אך לא כך היה בפס"ד זה. הדעה המקובלת היא כי קניין כולל גם זכויות חוזיות-אולם ניתן לראות בפסה"ד נימוקים לכאן ולכאן. הנימוק למתן פרשנות רחבה (כולל זכויות חוזיות)- בעולם המודרני יותר ויותר נכסים הם מסוג הזכויות. כלומר חלק גדל והולך של עושר בני האדם מקורו בזכויות חוזיות- פקדונות בנק וביטוחים למיניהם. אם לא נפרש את ההגנה על הקניין ככוללת זכויות חוזיות אז אנחנו עלולים להשאיר חלק נכבד מרכושו של אדם מחוץ להגנה על זכויותיו. הנימוקים נגד מתן פרשנות רחבה- הנימוק העיקרי נגד הכללת זכויות חוזיות במסגרת הקנין היא כי יש **חקיקה פיסקאלית** רבה (חקיקה בענייני כספים)- אם ההגנה על קניין תכלול ג זכויות חוזיות זה יקשה על המחוקק בבואו לשנות חוקים פיסקאליים שונים- כי חוק כזה יצטרך לעמוד בקריטריונים של ס' 8 לחוק היסוד, ועל כן רצוי לא להרחיב את ס' 3. כמו כן, לא צריך לכלול בכלל בחוקה הגנה על קניין- אם לא ניתן להיפטר מס' 3 אז יש לפחות לפרשו **באופן מצומצם**. ההשקפות הסוציאליסטיות טוענות שהגנה על הקניין היא בעצם הגנה על בעלי ההון- לכן זה **מפריע לחלוקה צודקת**- צדק חלוקתי, ומונע חלוקת רכוש הוגנת יותר. בסופו של דבר ביהמ"ש החליט שפגיעה בנושים מצד רשות ציבורית היא כן פוגעת בקניין- הקניין **כולל גם זכויות חוזיות** אך פגיעה זו עומדת במבחן ס' 8 לחו"י בשל חשיבות המגזר החקלאי ובשל הפגיעה בכל המגזר הזה באותה עת אז אכן זה למטרה ראויה ואין כאן חוסר מידתיות. **בפסק הדין מזרחי, התקבלה ההשקפה כי נוכח מרכזיות הזכויות החוזיות בעולם המודרני יש לכלול זכות חוזית במילה "קניין" המצויה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מניעת שימוש מאחרים** ישנן מוסדות שלמרות שהם מאוגדים לפי המשפט הפרטי, הם פתוחים לציבור, ועל כן ישנה דואליות נורמטיבית- עשויים לחול עקרונות מהמשפט הפרטי והציבורי גם יחד. יש כאן חדירה של עקרונות מהמשפט הציבורי ובראש ובראשונה עיקרון השוויון- עקרון השוויון עוד לא חדר לחלוטין להקשרים של משפט פרטי לגמרי- זאת אומרת שבעלים של דירה רשאי להפלות בין הקונים הפוטנציאליים. מצד אחד זו הפלייה מצד שני אנחנו במגזר הפרטי- אנשים קנו כדי לחיות בסביבה מסויימת והם עשויים להיפגע בעקבות זאת. דיני החוזים הקלאסיים אפשרו הפלייה- **חופש החוזים**. **אחריות חברתית** מאפשרת לביהמ"ש לתת תוצאות גמישות יותר שקשה לחזות אותן מראש- זו באה לצמצם את הקניין. לבעל הקניין גם אחריות חברתית, אך היא בהחלט מצמצמת את כוחו של בעל הקניין הקלאסי, ודרך להחדיר שוויון במשפט הפרטי- בעיקר בהקשרים ציבורים. גם **תוה"ל (תום הלב) החוזי** אינו מצטמצם רק לחוזים ועבר גם לקנין- שדרכו בתיהמ"ש יכולים להכניס ערכים חיצוניים וציבוריים. **חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים**- התפיסה העומדת בבסיס החוק סוטה מתפיסת הקניין הקלאסי, ובאה לידי ביטוי ב**פס"ד און נ' מפעלי בורסת היהלומים** ישנה התערבות בקניין, רק כלפי מי שמספר מוצר או שירות ציבורי. גם כאן, יש הצדקה מסוימת, אין מדובר בהפליה לצורך החוק, לדוג' ס' 3ד לחוק (למשל, חופי רחצה נפרדים לנשם וגברים- לא מדובר בהפליה, אם ישנן אלטרנטיבות). חוקים צרכניים שונים קובעים הוראות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן- גם אם הצרכן הסכים לפגוע בזכות מסוימת שהמחוקק התנה לו למעשה הסכמה זו נעדרת תוקף. העיקרון של אבסולוטיות הקניין היא המקבילה לחופש החוזים. חוק איסור הפליה הוא השחיקה בעקרונות אלו. **פס"ד אדם נ' עיריית רעננה**- ישנו ניסיון לקרוא תיגר על כסף שנגבה לשם צמצום הכנסה, על סיס הפליה. גובים כסף רק מכאלה שאינם תושבי אותה עיר. האם יש הצדקה להפליה זו? ביהמ"ש מכיר בהפליה זו כרלוונטית והיה קשה למכור תוצאה אחרת אע"פ שהסתמכו על עקרונות כלליים וכו'. נקבע כי אין בזה פגיעה בחופש התנועה. נקבע כי אין כאן מניעת כניסה אלא רק חיוב בתשלום. החיוב השונה למיש אנם תושבי העיר מוצדק שכן הפרק נבנה מכספי משלמי המיסים שלה עירייה, ולכן נכון שמתושבי עיריית רעננה לא יגבה תשלום נוסף. ס' 3 לחוק קובע שמי שמספק או נותן שירות ציבורי אינו מורשה להפלות בין אנשים אך הוא גם מפרט מספר מקרים שלא ייחשבו הפלייה. לדוג' כאשר הדבר מתחייב מאופי המוצר/ השירות/ המקום, כאשר הדבר נעשה לשם קידום צרכים ציוחדים של קבוצה ספציפית, כאשר אי הפרדה מגדיר תמנע מחלק מהציבור את הספקת המוצר/ השירות/ הכניסה למקום וכו'. העותרים טענו כי לא ניתן לפגוע **בקניין הציבור**. מבחינת דיני הקניין, **הפארק איננו קניין הציבור, אלא מדובר בקניין לטובת הציבור.** כל מקום ציבורי רשום על שם אישיות משפטית מסוימת- העירייה/ מדינה מהווים אישיות משפטית. **לציבור אין אישיות משפטית, ועל כן אין לו קניין**. **הפקעות** בכל מדינה דמוקרטית ישנם חוקים העוסקים בהפקעות. גם המדינה הדמוקרטית ביותר מבינה ומכירה בפגיעה מסויימת בקניין הפרט. יש צורך להפקיע קרקע שבבעלות פרטית, כלומר להעביר הקניין לגורם הציבורי. ההפקעה מושתת על חוק. החוקים המרכזיים הם פקודת ההפקעות (רכישה לצרכי ציבור) וסעיפים מחוק התכנון והבנייה, חוקים ספציפיים לצרכים חיוניים שונים (למשל חוק העוסק ברכבת, חברת חשמל ועוד). מטרה ציבורית קלאסית היא ענייני חינוך- הקמת בתי ספר או גני ילדים אך יש גם דברים נוספים כמו הקמת דירות מגורים בהקשרים שונים יכולים להוות מטרה ציבורית ראויה. למשל בשנים שמתרחש גל עירייה משמעותי אז הממשלה רוצה לבנות במהירות רבה הרבה דירות ויש דרך למדינה וזה לרכוש מקרקעין במו"מ חופשי מאזרחים וע"י כך ליזום בנייני מגורים. במקרה כזה המדינה מכירה ביתר קלות בהפקעה, זכות ההפקעה של המדינה צריכה למלא אחר כל המבחנים המנויים בחוק.אנו זקוקים לכך מהסיבות הבאות:

* שמירה על כספי ציבור - יש סיכון שבעלי המגרש יעלו את המחיר ויש אינטרס לשמור על כספי הציבור.
* מניעת עיכוב – פעמים רבות קיימת בעיה להגיע להסכמה בדבר המחיר עבור הנכס שכן קיימים מספר רב של בעלים. על מנת למנוע עיכוב מיותר של זמן, ניתנת למדינה היכולת להפקיע קרקעות.
* קידום מטרות שונות ע"י המדינה – כאשר מדובר בפרויקטים אזרחיים (בניגוד לצבאיים), בעלי קרקע יכולים להגיד שהם רוצים להיות היזמים של הפרויקטים. מקרה כזה נידון בפס"ד קרסיק, עת מטרת ההפקעה הייתה הקמת דירות מגורים.

**מה ההשפעה של ס' 3 לחו"י על דיני ההפקעות?** ההגנה המקסימלית על קניין הפרט תהא כאשר יינתן פיצוי מלא, בשווי השוק, על כל הפקעה. אולם, הסדר כזה לא קיים בישראל. ישנה חקיקה ישנה, מלפני חוק היסוד, המתירה הפקעה של עד 40% מחלקת מקרקעין, ללא מתן פיצוי. זהו ס' חוק שבתוקף, בטרם קבלת חוה"י (הכולל ס' של שמירת הדינים), ועל כן הוא בתוקף גם בימינו. בפסיקה תחילה הצדיקו זאת בכך שאם מפקיעם למישהו 40% יש עליית ערך ב60% הנותרים- מקימים לו משהו שמשביח את ערך המקרקעין שלו בסמוך למקרקעין שנשאר לו. זאת בלי לבדוק האם יש ביסוס עובדתי במקרה ספציפי. **בפס"ד קרן תורה ועבודה** השופט דנציגר (דעת מיעוט) סותר את דברים אלו- ומתייחסים גם לנימוקים שעומדים מאחורי ההלכה הזו שטעונה הסבר על כך שעד 40% ניתן להפקיע בלי לתת פיצוי כלל. בעיניו ה40% שמשביחים את ה60% הנותרים הם הצדקה לחוק לא צודק. נימוקים אחרים:

* מס רכוש בשיעור קבוע, מס שמטילים על בעל מקרקעין בשל ההנאה שהוא יפיק מהמקרקעין עקב המטרה הציבורית, עקב ההשבחה והפיתוח.
* **אחריות חברתית-** יש אחריות חברתית לבעל הקניין- יש לו אחריות לחברה שהמקרקעין שלו ישמשו לו רק אותו אלא את תועלת הציבור. למעשה הם הופיעו כבר **בפס"ד הולצמן.** יש כאן גישה סוציאליסטית.

**פס"ד הולצמן-** ההלכה הקודמת פגעה בפרט לטובת הציבור. עיקרי ההלכה הקודמת היו כי לא ניתן פיצוי על עד 40%. וכן כאשר ההפקעה הייתה של 100% נתנו פיצוי רק של 60%. הולצמן הייתה ההלכה הראשונה בדיני הפקעה ששונתה בעקבות חוה"י. הפסיקה בהולצמן אומרת כי בהחלט חוק היסוד, וההגנה החוקתית בס' 3 על הקניין- מובילים לכך שצריך לגרום לנק' איזון בין ההגנה על קניין הפרט לאינטרס הציבורי. נכון זהו חוק שקדם לחו"י- ולכן אומנם יש שמירת דינים וחו"י אינו משנה חוקים קודמים אך מאפשר לפרש אותם באופן שהולם את חוה"י. כלומר חוה"י נתן משקל להגנה החוקתית על הקניין. בוטלה ההלכה הקודמת והלכת הולצמן קובעת שאם מפקיעים 100% מהמקרקעין אז צריך לפצות על 100% ולא רק 60%- הכלל של 40% חל רק כאשר זה עד 40% ולא במקרים אחרים. ההשלכה של הביטוי **אחריות חברתית**- מאוד מצומצמת- **האחריות החברתית שיש לכל אחד גורמת לכך שניתן להפקיע קרקע פרטית לצרכי ציבור, אך לא ניתן להפקיע ללא פיצוי הולם. פס"ד קרסיק**- ביהמ"ש הוביל להגבלות שונות על אפשרות ההפקעה. הפקיעו קרקע בשנות ה50, לצרכים צבאיים. כשהצבא העביר את שטח המטווחים לאזור אחר, המטרה המקורית כבר לא מתקיימת. המדינה רצתה לשמר את ההפקעה למטרה ציבורית שונה- לבנייה מסיבית של דירות, בשל גל העלייה. ביהמ"ש מעניק משקל לקניין הפרט, וקובע כי ההפקעה תאושר רק כאשר היא נדרשת, כשיש צורך להפקיע לקיומה של המטרה. ההישענות על ההגנה החוקתית על הקניין מוליכה לפירוש דווקני של צרכי המטרה. יש לצמצם את כל אפשרויות ההפקעה. ההפקעה תאושר רק כאשר הרשות מוכרחה להפקיע את הבעלות לצורך מימוש המטרה. לעיתים ניתן לממש את המטרה ע"י הפקעת האחזקה והשימוש ולא את הבעלות עצמה- הזכות הקניינית הגבוה יותר. השופט חשין (דעת מיעוט) השתמש במינוח כי יש עדיין **זיקה** מסויימת של בעלי הקרקע לקרקע שהופקעה מהם. יש דעה בפסיקה ובספרות כי הזיקה הינה היבט קנייני ועל כן גם כשמפקיעים למישהו מקרקעין יש לו זיקה נמשכת אל המקרקעין, והזיקה הזו גורמת לכך שאם בטלה המטרה המקורית של ההפקעה הזיקה כביכול מתחזקת והופכת לבעלות רגילה שלו במקרקעין. כפי שכל השופטים טענו זה מיותר לנסות לבנות מושג לא ברור בתחום המשפט הפרטי. דיני ההפקעה עוסקים בקניין פרטי אך למעשה כל כולם נטועים ומעוגנים במשפט הציבורי. המשפט הציבורי קובע כי רשות ציבורית בהתמלא תנאים מסויימים רשאית להפקיע- ואז אם מתבטלת המטרה יש חובה מבחינת הרשות הציבורית להחזיר את המקרקעין לבעלים המקוריים ואין צורך למצוא הגדרות מתחום המשפט הפרטי כדי להסביר זאת. ס' 200 הינו חריג **לס' 197** לפיו יש להעניק פיצויים על ירידת ערך ללא הפקעה בשל שינוי תוכנית מתאר, המשפיעה על מקרקעין סומכים וגובלים, כמו העברת כביש ראשי ליד דירה פרטית. ישנה רשימה ארוכה של חריגים בס' 200. בעניינו החריג הרלוונטי הינו ס' 2- 'הפגעה תהא סבירה'. **בפס"ד הורוויץ ניתן לראות אבחנה בין שופטים שמרניים שנוטים לכיוון הקניין הקלאסי לשופטים הנוטים לאחריות החברתית**. השופטים הנוטים לקניין הקלאסי טוענים כי יש להעניק הגנה רחבה על הקניין הקלאסי (שליטה מלאה של אדם במקרקעין שבבעלותו)- על פי פירושם פגיעה סבירה צריכה להיות מינימאלית. **השופט טירקל** שהינו חלק מזרם זה היה מוכן לירידה של 2-3 אחוזים מערך הקרקע. לגישתו פגיעה של כדי 10% אינה סבירה כלל. **השופט אור** מאידך הינו חלק מהזרם השני, התומך **בעיקרון האחריות החברתית**- ההגדרה החדשה אומרת כי האחריות החברתית הינה חלק מהגדרת הקניין- הקניין איננו רק בשליטה של אדם במקרקעין שלו אלא מתקשר לעיתים לאחריות חברתית- לתועלת חברתית. הצדק החלוקתי מוכנס פנימה אל דיני הקניין- יש יותר הצדקה לצמצום קניין הפרט, שכן האחריות החברתית הינה מתוך דיני הקניין. **בפס"ד קרן תורה**- השופט דנצינגר ייצג את הדעה שהקניין הינה דבר חיצוני- שופטי הרוב מייצגים את האחריות החברתית כחלק מדיני הקניין.

**פומביות הקניין-** משמעות הרישום בפנקסי המקרקעין- עסקה במקרקעין היא הקניה רצונית של זכות במקרקעין ממעביר לנעבר. סעיף זה הוא בגדר **הוראה נורמטיבית בלבד**. ירושה ע"פ דין מתקיימת כאשר אדם נפטר ולא הותיר צוואה- במקרה זה חוק הירושה עוסק בשאלה כיצד נכסיו מתחלקים לאחר מותו. ירושה ע"פ צוואה- במקרה שיש- הנכסים מתחלקים ע"פ הצוואה ולא ע"פ הדן המקובל. ירושה ע"פ צוואה משקפת את רצון המקנה- אך אינה נחשבת כעסקת מקרקעין ולכן לא חל עליה ס' 7. למשל אם ס' 7 אומר שעסקה במקרקעין טעונה רישום- אז הורשה בין ע"פ דין או צוואה אינה טעונה רישום- ההשלכה לכך היא **שליורש יש זכות קניינית במקרקעין גם אם לא נרשם. סעיף 7 גמר העסקה**- רישום מוגדר בסעיף 1 לחוק המקרקעין כרישום בפנקסי המקרקעין. אם עסקה לא הסתיימה ברישום, לא הושלם השלב הקנייני שלה, אך רואים בה חוזה. **סעיף 8 – צורתה של התחייבות**- התחייבות להעביר בעלות, להשכיר, לתת משכנתא, להקנות זיקת הנאה או להעביר זכות קדימה היא עסקה במקרקעין ולפיכך דרוש לשם ההתחייבות מסמך כתוב. כלל זה חל גם על זכויות קניין אחרות במקרקעין. לדוגמא: נאמנות. **הס' העיקרי המבחין בין חיוב לקניין הוא ס' 7-** כלומר כל עסקה שבה א' מעביר לב' בעלות, משכנתה שכירות וכו' טעונה רישום. בעסקה שלא נרשמה- לא מועבר קניין, כלומר כאשר יש עסקה בין א' (מוכר) לב' (קונה)- כל עוד לא מתקיים רישום ע"פ ס' 7 **הזכות של ב' היא חוזית או חיובית אך לא קניינית.** אם א' בעצמו לא רשום כבעלי המקרקעין בפנקסי הרישום הוא בעמו אינו יכול להעיר זכויות קנייניות לב'. אם א' מפר את החוזה ולא מוסר חזקה במקרקעין ל-ב', עומדות בפני ב' כל **התרופות החוזיות (ובהן אכיפה**). אולם רק כאשר יחידת המקרקעין תירשם בטאבו על שמו של ב', תהיה לו זכות קניינית במקרקעין. בין השלב החוזי לשלב הקנייני יש, כאמור, פער זמן שעשוי להימשך לעיתים אף מספר חודשים או שנים. עד להעברה בטאבו, לקונה אין זכות קניינית בנכס, אלא רק זכות חוזית. לעומת זאת **במיטלטלין וזכויות, השלב הקנייני יכול לקרות בו-זמנית עם השלב החוזי. במקרקעין, השלב הקנייני בא לאחר השלב החוזי והוא מתקיים רק עם הרישום בפנקסי המקרקעין.**  במקרקעין מועד העברת הבעלות, ע"פ ס'33 לחוק המכר, במועד שהצדדים מסכימים עליו, ואם לא בברירת מחדל שקובע החוק. לכן לרוב עסקאות במקרקעין משלמים בשלבים- אף מוכר לא יסכים להעביר את הנכס על שם הקונה לפני שיקבל את מלוא המחיר. יש סטייה מחופש החוזים בחוקים צרכניים- זאת משום שגם אם החוזה מדבר בלשון קניינית, מתערב המחוקק וקובע כי הבעלות במקרקעין אינה עוברת לפני שינוי במרשם לשמו של הקונה. ההתערבות נועדה להגן על "הצד החלש" שהסכמתו החוזית עשויה להינתן שלא מתוך רצון מודע או שלא "בלב שלם". המחוקק רוצה לדאוג **לדיוק ומהימנות המרשם**. מרשם אמין הוא מאוד חשוב בכלכלה המודרנית. בכל קניית מקרקעין יש לבדוק מי רשום כבעל הזכויות, האם מי שעומד בפניו אכן בעל אותה זכות וכן לבדוק כי אין על זכות זו שכירות משכנתא וכו'. מטרת ההוראה היא להכריח את מקבל הזכות לרשום אותה לטובתו, **היא נותנת לו תמריץ**, כי אם לא יעשה כן תהא לו רק זכות חיובית ולא זכות קניינית. כל עוד לב' יש לו זכות חיובית בלבד הוא חשוף לבעיות שונות- מתחרים פוטנציאליים. **מתחרים פוטנציאליים** הם צד ג' שרוכש את הנכס, נושה של א'- נושה רגיל שאין לו ערובה או משכון- במקרה כזה עומדת לו זכות העיקול. הוא רשאי לפנות להוצל"פ ולדרוש לעקל נכסים של חייב שאינו מחזיר את החוב. במידה וב' אינו מחזיר את התשלום או אינו מעביר את הנכס צד ג' רשאי למכור נכסים שעיקל. גם רשות מנהלית יכולה כסעד עצמי לעקל נכסים ללא צורך בהוצל"פ. הבעיה המשפטית החריפה ביותר היא כשהם נמצאים בין השלב החוזי לשלב הקנייני. העימות בין ג' נושה מעקל לבין ב' קונה של מקרקעין מאוד נפוץ בפרקטיקה. במקרה כזה העיקול תופס ומונע עסקאות מאוחרות יותר. עד שזכותו של הקונה נרשמת בטאבו אין לו זכות קניינית אלא חוזית בלבד- כלומר נושיו של א' רשאים להטיל עיקול. **בפס"ד מורדוב נ' שכטמן**- עלתה השאלה לגבי רישום של שכירות. צריך לדעת שבשכירות יש חריג לס' 7ב. ס' 79א לחוק המקרקעין אומר כי שכירות לתקופה שאינה עולה על 5 שנים אינה טעונה רישום. ס' 152 לחוק הגנת הדייר הופך את זה **ל-10 שנים**. במילים אחרות **שוכר לזמן קצר- עד 10 שנים הוא בעצם בעל זכות קניינית על כל השלכותיה גם ללא רישום.** זכות קניינית לשוכר מגינה עליו מפני סילוק מהדירה ע"י בעלים חדשים של הדירה. **פס"ד מורדוב**- עסק בחובת הרישום לפני חוק המקרקעין אומנם הייתה חובת רישום אך הסנקציה הייתה חריפה יותר. בעבר היה אפשר לקבוע שאם לא התבצע רישום אז בכלל זכותו של ב' לא תקפה- כלומר לפגוע גם במישור החוזי ולא רק בקנייני. בעבר לפני חוק המקרקעין כדי להימנע מהתוצאה החריפה הפסיקה אמרה כי אין חובת רישום כי מה שא' מתכוון להעביר לב' אינה זכות קניינית אלא זכות חוזית. **פס"ד בנק אמריקאי העלה את השאלה- מה נקרא רישום?**- התקנות שהזכרנו לא מצריכות מוכר וקונה להגיע לטאבו- יש שטר מכר שניתן לחתום עליו בפני עו"ד (נוטריון) –במקרה כזה ניתן להעביר בטאבו ללא נוכחות הצדדים. פקיד הטאבו בודק שישנם כל המסמכים הנדרשים ע"פ החוק ואז מקבלים חותמת אושר לרישום. בטאבו צריכים הפקידים להכניס את הקונה לרישום- לעדכן המרשם. במקרה מסוים לא עידכנו את המרשם אע"פ שעו"ד העביר את המסמכים והם אושרו. היו שתי משכנתאות של הנכס והמחסן והפקיד חשב כי מדובר בנכס אחד והעתק וכך קרתה טעות. בנק מס' 2 רצה לקחת משכנתא לטובתו והיה זהיר ע"פ כל הכללים הנדרשים ממנו מהחוק. הנושה אכן עשה את הבדיקות ראה כי אין משכנתא קודמת וכן רשם משכנתא לטובתו. כשקם הצורך להפעיל משכנתא, מתעוררת הבעיה של עיסקאות נוגדות. השאלה המשפטית האם זה נחשב רשום או לא? ביהמ"ש פסק כי זה לא נחשב רשום אע"פ שזה אומר לרישום. מי שמסר את המסמכים עומדת לו טענה חזקה כי הוא פעל כפי שהיה צריך. תכלית המרשם לספק מידע לצד שלישי, אם זה מידע שצד שלישי לא יכול לחשוף אותו אז זה לא נקרא רשום. ישנם מרשמים שלא פתוחים לציבור- למשל אם נרצה לבדוק מי הבעלים של רכב מסוים- לא ניתן אלא אם כן באים עם ייפוי כוח מהבעלים או בהצגת ת.ז כבעלים רשום. הרישום הישן במקרקעין לא היה לפי גוש וחלקה- מרבית המקרקעין בישראל היום הם **מקרקעין מוסדרים**- וע"פ ס' 125 זוהי ראיה חותכת לתוכנו- כלומר ניתן להבין מכך כי הרישום הוא נכון. **למרות זאת** לא תמיד הרישום גם במקרקעין מוסדרים מעיד על זכויות נקיות. **ס' ב125**-נטל הראיות לסתור את מה שכתוב מוטל על הצד השני- בקרקעות שטרם הוסדרו ע"י המדינה לא בטוח כי הזכויות הרשומות בפנקס הן האמיתיות. **ס' 123**- בטאבו ניתן לרשום עסקאות של חילופי מקרקעין, פס"ד והחלטות בימ"ש. כמו כן כדאי לרשום צווי ירושה אם מישהו נפטר צריך להוציא צו ירושה- מסמך של עמוד אחד הקובע מי הם יורשיו של אותו אדם שנפטר ואז המקרקעין הרשומים יש להעבירם בטאבו. חשוב גם לכתוב עיקולים- רישום עיקולים הוא אינטרס של הנושה שהשיג את הרישום לטובתו. **בחוזה מכר** יש שלבים ובתום פרק הזמן יש מועד מסירת החזקה במקרקעין ולרוב בהגעה לשלב זה כבר נגמרים התשלומים. **בפס"ד ליפקין נ' דור הזהב** הייתה עסקה לא סטנדרטית בה המוכר הסכים להעביר את הנכס על שם הקונה בטרם קיבל את כל התשלומים. זהו דבר מאוד לא שכיח. התברר כי המוכר לא קיבל חלק מן התשלום. דיני החוזים נותנים כאן תשובה פשוטה על הפרת חוזה והסעדים הנהוגים. ההיבט הקנייני היה עצם העברת הרישום. שאלה שעלתה היא בעצם **האם העברת הרישום היא סופית ולא ניתן לביטול?** לכאורה הרישום הוא סופי כי אם נחזור לס' 125- בסיפא שלו מדבר על ס' בפקודת הסדר זכויות. באותם ס' כתוב כי במקרה של זיוף מבטלים את הרישום ופותחים אותו חדש. 125א אומר כי הרישום הוא אמנם ראיה חותכת אך אין בכך לגרוע את האפשרות לבטל את הרישום בהתאם לס' הנ"ל- כלומר אם אתה נכנס לאותם מקרי זיוף. כאן הבעיה לא הייתה זיוף אלא הפרת חוזה- נאמר למוכר כי הרישום הוא סופי וכי לא ניתן לבטל את החוזה בעקבות ההפרה ולהחליף את הרישום מחדש. כלומר, אם מוכר העביר רישום על שם קונה והקונה הפר את החוזה המוכר יכול להפעיל את תרופת ההשבה החוזית שבחוק החוזים תרופות ובעצם זו חזקה דיה כדי לגרום לביטול המרשם ורישום הקניין על שם המוכר חזרה. בניגוד לתשובת ביהמ"ש המחוזי בפס"ד ליפקין- **ביהמ"ש העליון קבע כי ניתן לשנות את הרישום שוב.** **פומביות הקניין- ספרי מנהל מקרקעי ישראל** מנהל מקרקעי ישראל מנהל ספרי מרשם של זכויות כל עוד המקרקעין הללו לא נרשמו בטאבו על שם הרוכש- כלומר, קרקע של מנהל שנבנו עליה דירות מגורים- המצב האופטימאלי יהיה כי הדירות ירשמו כבית משותף, ולאחר מכן הקרקע תחולת לתת חלקות שירשמו על שם הרוכשים- חוכרים. בדירות שטרם נרשמו בטאבו מתנהל מרשם אצל מנהל מקרקעי ישראל אבל הפסיקה קובעת כי הרישום הנ"ל לא ייחשב לצורך רישום חוק המקרקעין. רואים בכך **זכות חוזית ולא זכות קניינית**- זכות קניינית היא כזו הרשומה במרשם בלבד ואילו זו מול המנהל היא חוזית. כמו כן אין אותה אמינות במרשם של המנהל וכן הוא אינו פתוח לצפיית הציבור הרחב. כדי שיהיו שווי משקל זה צריך להיות מאגר המתנהל מכח חוק כי מאגר שמתנהל ע"י רשות מכח החוק הרבה יותר מדוייק היות והוא חשוף לתביעות. המרשם של המנהל הוא וולנטרי- ולכן קשה להסתמך עליו. ב**סעיף 4טו(ב1)** לחוק רשות מקרקעי ישראל נקבע כי המידע במאגר לא יכול להוות אישור מוסמך. זהו כסת"ח מפני תביעות כנגד המנהל. כלומר היום זה כבר לא מאגר וולנטרי והוא פתוח לגמרי לעיון הציבור אך מצד שני המאגר לא מהווה אישור מוסמך. בעוד שזכות קניין תקפה כלפי **כולי עלמא**, זכות חוזית תקפה רק כלפי **הצדדים לחוזה**. בזכות קניינית יש נושה וחייב והחייב צריך לעשות משהו לטובת הנושה. הזכות החוזית היא התחייבות להעביר את הזכות הקניינית. יש שני צדדים- צד א' הוא המנהל ויש את צד ב'. המנהל חייב לרשום בטאבו זכות לטובת ב' ואז ב' נושה במנהל. **פומביות הקניין- שעבודים**- ע"פ ס' 3 לחוק המשכון, משכון נוצר בהסכם בין הנושה לחייב- כלומר חוזה. תוכן החוזה ההופך אותו להסכם מישכון הוא כי החייב מנכס נכס מסוים מנכסיו וקובע בחוזה כמשמש את הנושה לפירעון חובות. **כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים**- המסלול העיקרי לתת כוח למשכון הוא משכון רשום. מכוח תקנות, הוקמו לשכות של רשם המשכונות. כיום ניתן לשלוף את כל הנתונים הדרושים דרך מאגר ממוחשב אחד. אם לא' שני נושים ובין א' לב' יש הסכם **משכון** **רשום** לב' יש העדפה לקבלת המשכון. אם א' וב' ערכו רק **הסכם משכון** אז אין לו תוקף כלפי נושים אחרים והוא תקף רק ביניהם. אם א' חדל פירעון והמרשם נרשם בהתאם לתקנות- ב' יקבל את הנכס הממושכן. כל עסקת שעבוד נרשמת בלשכות המשכונות. כאשר מבקשים לערוך חיפוש, החיפוש הינו לפי תעודת הזהות של החייב. רק לרכבים יש חתך חיפוש נפרד והחיפוש נעשה לפי מספר הרישוי של הרכב. לגבי מיטלטלין אין מרשם בעלויות אלא **מרשם שיעבודים**. לא ניתן לדעת מי הבעלים של טבעת יהלום למשל אך ניתן לראות ברישום שיעבודים שיעבוד של אדם X לטבעת יהלום. עלולה להיווצר בעיה אם אדם ממשכן נכס שלא שלו, לכן הרישום אינו מחייב ולמעשה **רישום עסקאות בלבד ולא רישום זכויות**. במקרקעין לעומת זאת לא ניתן למשכן נכס שלא בבעלותך ע"פ המרשם, יש רמת מהימנות הרבה יותר גבוהה במקרקעין. ההשקפה היא שאם א' משכן לב' ורשם את הזכות שלו אצל רשם המשכונות אז כוחו של ב' יפה לג'- הרישום מעניק פומביות וג' היה צריך לדעת כי הוא מסתכן כי לא יחזיר את חובו. ככל שא' משעבד יותר נכסים שבבעלותו הסיכוי של ג' לפרוע את החיוב שמגיע לו יורד כי בעלי השעבודים קודמים לנושים רגילים. יש צורך בפומביות- אופציה אחת היא ברישום, אופציה נוספת לפי ס' 4(2) היא **הפקדה**- המשכון קלאסי. כלומר העברת המשכון לידי שליטה פיזית והחזקה של הנושה. בהפקדת המשכון הנושה הרבה יותר בטוח היות והנכס בידיו. **סעיף 4(1) לחוק המשכון** קובע כי משכון נכסים שיש לגביהם הוראות בדין אחר, יהיה יפה לפי הוראות אותו דין ואכן ב**סעיף 7(ב)** לחוק המקרקעין נקבע שמשכנתא של נכס מסוג מקרקעין צריכה להירשם **בטאבו**. היתרון הבולט של הרישום הוא שהוא פותח הרבה יותר אופציות של משכון נכסים למשל משכון מפעל- לא ניתן פיזית לקחת את המפעל ולהעביר להחזקת הנושה- ניתן להמשיך לעבוד איתם ולהפיק תוצרת באמצעותם ובמידת הצורך לקחת את חובו באמצעות ההוצל"פ. זו אינטרס גם של הנושה כי הוא יכול במקביל להרוויח כסף. במושגים של משכון יש לנו שני צדדים- ממשכן ובעל המשכון/ נושה מובטח. מבחינה היסטורית ישנה מערכת דינים שונה במקצת אם הממשכן יחיד או תאגיד. לצד חוק המשכון ישנה פקודת החברות- זהו חוק מנדטורי שקיבל לבוש חדש. חוק החברות לא עסק בשעבוד נכסי חברה. על כן גם כיום בדיני השעבודים של החברה ההוראות מצויות בפקודת החברות. היחס בין חוק המשכון לפקודת החברות הוא יחס בין חוק ספציפי לכללי. הבדלים בין שעבוד נכסי חברה לשעבוד נכסי יחיד:

* **שעבוד צף-** מדובר בשעבוד שרק חברה יכולה ליצור, בעוד יחיד אינו יכול.
* **רישום השעבודים** – במקום רשם משכונות יש רשם חברות. אצל רשם החברות נרשמים גם פרטים על החברה (שמות המנהלים, ההון שלה וכו') וגם שעבודים של נכסי החברה. ע"פ **סעיפים 178-179 לפקודת החברות**, יש לרשום משכנתא של חברה שנרשמה בטאבו גם אצל רשם החברות. רשם החברות הינו לשכה אחת מרכזית אשר שוכנת בירושלים אשר כל החברות רשומות בה- כל השעבודים שחברה יצרה צריכים להירשם אצל רשם החברות בירושלים. מי שמעוניין לעשות עסקה עם חברה X ומעוניין לבדוק משכונות שלה- ניתן לבקש פלט של שעבודים באופן ממוחשב.

**פס"ד בנק מזרחי נ' בנק הפועלים**- עסק באבחנות מסוימות בין דיני הרישום של רשם יחיד (ברשם המשכונות), לבין דיני הרישום של חברות (ברשם החברות). לשני בנקים היה שעבוד על אותו נכס, אך השעבוד הראשון לא נרשם אצל רשם החברות, עקב טעות פקיד. בנק המזרחי המאוחד ערער על החלטת בית המשפט לבטל את מעמדו של השעבוד שלא הוחל עקב הטעות ברישום. בעבר, מטרת הרישום הייתה לטובת הנושה כדי להוכיח שיש לו זכות בנכס מסוים, אולם כיום תפקידו של הרישום הינו לשמש מקור מידע למתקשרים פוטנציאליים עם החברה (צד ג'). לפיכך, אין להטיל את הטעות ברישום כבעיה של צד ג' אלא צריך להטיל חובה על הנושה לבדוק שאכן הדברים נרשמו כיאות, שכן אחרת אין תועלת ברישום עבור צדדים שלישיים. **התפקיד המודרני** של מרשמים הינו לתת מידע לצדדים שלישיים המעוניינים לרכוש זכות בנכס (זהירות משעבוד קודם)- פומביות זוהי תכלית המרשם. **התפקיד הקלאסי** הינו להוכיח אמיתות ונכונות העסקה. בפס"ד הפלט לא שיקף את כלל השעבוד, יש טעות במרשם. אם נפעיל את הלכת המקרקעין ברור לנו לפי **פס"ד אמריקאי** כי הטעות בפלט לא צריכה להיות על חשבון צד שלישי המעיין במידע- זה אם אכן היה התכלית לפי התפקיד הקלאסי של המרשם. **אולם** התפקיד של מרשם השעבודים של החברות הינו שונה- להעניק הוכחה בידי הנושה המובטח שהשעבוד אינו פקטיבי, אלא שהשעבוד נעשה בפועל. לכן גם אם יש טעות מסוימת בפרטי המרשם זה לא משנה כי סה"כ חשוב שיש הוכחה כי השעבוד אכן נעשה. המרשם לא בא לספק פרטים לצד שלישי אלא רק בא להוכיח את אמיתות השיעבוד. מספיק כי רשמת לרשם החברות את הסכם השעבוד וקיבלת חותמת זה נקרא רשום ומעיד על מקוריות המישכון. כדי להיות בטוחים יש להגיע לרשם החברות בירושלים ולראות האם הסכם השעבוד שנמצא שם- אגרת החוב. **פומביות- שעבוד כלי רכב** בתחילת שנות ה60 קבעו מרשם כלי רכב- זאת מהיבטים ציבוריים חברתיים. ראשית כלי רכב יכול להיות כלי מסוכן ועל כן יש לדעת לגבי כל כלי מי הבעלים שלו- מי אחראי לתקינותו, טסט וכן מבחינת משפט פלילי- נהיגה מסוכנת עבירות תנועה וכו'. מרשם שיעבודים ברשות הרישוי החל בעצם ללא כיסוי חקיקתי, כצעד וולנטרי מצד משרד התחבורה (המשיך גם כמרשם עיקולים). בתחילת שנות ה-70 המנהג הנ"ל גיבוי חקיקתי בתקנות התעבורה- אם רשום על כלי רכב שיעבוד או עיקול- משרד הרישוי לא יעביר את הבעלות. הדבר נכון גם לגבי מטוסים וציוד מכאני, אך אין הרבה מיטלטלין כאלו שמתנהל אודותם רישום בעלות. לכן, חשוב מאוד כשהולכים לקנות רכב יד שנייה לבדוק בסניפי דואר (המחוברים למחשבי משרדי הרישוי) אם אין שעבוד או עיקול על הרכב. לפני עידן המחשוב, היה נהוג לעשות עסקאות בכלי רכב ע"י תשלום מידי ולאחר מכן שני הצדדים היו צריכים לשלוח הודעה למשרד הרישוי דרך דואר ישראל. התעוררה בעיה כאשר נושה א' הטיל עיקול בזמן זה- מה תוקפו של העיקול? למעשה אם הנכס טרם עבר הוא עדיין שייך לא' ואז נושיו יכולים לעקל הנכס. **פס"ד לוי נ' רייס**- מעקל מול קונה. בטווח שבין עריכת החוזה, העברת התשלום והרכב, לבין הרישום שבמשרד הרישוי הוטל עיקול על הרכב. ביהמ"ש - העברת הבעלות ברכב היא כמו בכל מטלטל. פס"ד זה קבע לראשונה, כי הרישום במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי. העיקול לא יחול, כיוון שהבעלות עברה לקונה כאשר שילם את הכסף ולקח את המכונית. בעלות במיטלטל יכולה לעבור במועד שעליו הסכימו הצדדים. הפסיקה המקובלת קובעת (יש נטייה אין פסיקה חד משמעית) כי הרישום הוא דקלרטיבי- כלומר, הצהרתי בלבד. הוא מצהיר על קניין שכבר עבר קודם לכן ולא הוא מעביר את הקניין- על אך שמתקיים רישום במשרד הרישוי- הבעלות עוברת כמו בכל מיטלטל אחר- כנגד מסירת החזקה לקונה. אם הצדדים לא קבעו ביניהם, הבעלות עוברת בעת מסירת הנכס. היום בפרקטיקה כשרוכשים כלי רכב, למעשה יש צורך לבדוק במשרד הרישוי כי ייתכן ונמצא בו זכויות על הרכב. אך למרות זאת, אם הכל נקי מזכויות של צדדי ג' יש להגיע אוטומטית לסניף דואר המחובר אונליין למשרד הרישום ולהעביר בעלות. באופן זה פרקטית הצטמצם הפער בין השלב החוזי לשלב הקנייני. **פס"ד אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' רוזנברג שמש רבינוביץ בע"מ**- המערערת הייתה המבטחת של רכב שנגנב ובהתאם לתנאי הפוליסה שילמה המערערת ביום 31.1.01 למשעבדת הרכב, תגמולי ביטוח בסך של 82,591 ₪. המערערת הודיעה למשטרת ישראל כי עם תשלום תגמולי הביטוח, הועבר הרכב לבעלותה ובמידה והוא יימצא, יש להודיע לה על כך. במקביל, חתם המבוטח על ייפוי כוח בו אישר כי המערערת רכשה מידיו את כל הזכויות ברכב. במהלך חודש יוני 2006, אותר הרכב על ידי משטרת ישראל והחזקה בו נמסרה למערערת. כאשר ביקשה המערערת למכור את הרכב, התברר לה כי בתאריך 10.7.05, נרשם עיקול במשרד הרישוי, במסגרת הליכי הוצל"פ על הרכב לטובת המשיבים. חברת הביטוח לא רשמה בעלות על הנכס מפני שלא רצתה 'לאבד יד' וכן להוריד בשל כך את ערך הנכס. **ביהמ"ש העליון:** מכירת רכב היא מכר של מיטלטלין, ולפיכך, חלה על המכירה הוראת סעיף 33 ל[חוק המכר](http://www.pador.co.il/PadorGSA/PadorGoogleSearch//SearchResults.aspx?mode=docLink&searchText=%d7%97%d7%95%d7%a7+%d7%94%d7%9e%d7%9b%d7%a8&linkType=1&f=435), לפיה, הבעלות ברכב עוברת במסירתו לקונה ואינה טעונה רישום כלשהו. הכלל שהשתרש בפסיקה הוא כי רישום הרכב במשרד הרישוי הינו דקלרטיבי בלבד, להבדיל מרישום מקרקעין בלשכת רישום המקרקעין שהוא קונסטיטוטיבי. לפיכך, אין בכוחו של הרישום כדי ליצור זכויות בעלות ברכב, וכך, אין בהעדרו של הרישום, כדי לשלול זכויות אלה. הפרת חובת הרישום על פי תקנה 284 יכולה, לכל היותר, להעמיד עילת תביעה נזיקית למי שהסתמך על הרישום המטעה, ובלבד שיוכח כי ההימנעות מהרישום היוותה התרשלות, וכי התרשלות זו הסבה נזקים. הערעור התקבל. **המשכון יהא תקף כלפי נושים אחרים, רק אם התבצע רישום לפי חוק. רישום לפי חוק זה- רק אצל רשם.** משרד הרישוי מצווה שלא להעביר בעלות אם מצוי שעבוד- כלי הרכב למעשה לא יוכל לעבור ידיים, על כן מומלץ לרשום את השעבוד גם במשרד הרישוי.

**עסקה במקרעין וזכויות במקרקעין**

"המצב הפשוט": רק כאשר אדם המחזיק בנכס במקרקעין הינו בעלים רשום על הנכס בטאבו – יש לו זכות במקרקעין (מסוג בעלות). כאשר הוא מבקש למכור לאחר את הזכות במקרקעין שלו, עניין לנו בעסקה במקרקעין (לפי חוק המקרקעין). אם כן, הנכס שמועבר בעסקה במקרקעין הוא זכות קניינית במקרקעין. "המצב המסובך": כאשר א' הינו בעלים רשום על נכס בטאבו והוא מעביר את **הזכות** במקרקעין שלו ל-ב', אך הרישום טרם עבר בטאבו ונרשם רק במנהל, ל-ב' עדיין אין זכות במקרקעין בטאבו, גם אם הוא נכנס פיזית לדירה. אם ב', שעדיין לא מחזיק בזכות קניינית בנכס, מבקש כעת להעביר את זכותו בנכס ל-ג' טרם העברת הבעלות בספרי המרשם, כל שהוא יכול להעביר ל-ג' הוא **זכות חוזית במקרקעין**, שתוכנה לקבל את הבעלות (או החכירה). זאת משום שזכות במקרקעין חייבת להיות רשומה בפנקסי המקרקעין, אם אין רישום – אין זכות במקרקעין. הצורך להכריע ולסווג את טיב העסקה בין ב' לג' בעיקר כאשר **מעורבים צדדים נוספים (ד')**, ב**פס"ד טקסטיל ריינס**- יש עסקה בין ב' לג'. ג' כבר שילם וקיבל החזקה כשג' יושב בדירה מגיע ד'- נושה של ב' החייב לו כסף ומעוניין להטיל עיקול על הדירה. הוא מחפש נכסים של ב'. ישנו מעקל מול רוכש. נק' המוצא של פסה"ד- אם ביחסים בין ב' לג' הקניין עבר לג' אז ד' לא יכול לשים ידיו על הנכס כי ד' נושה בב' ולכן יכול לעקל רק מה שרשום כקניינו של ב'. לעומת זאת אם היחסים בין ב' לג' עדיין מצויים בשלב החוזי- כלומר ג' נושה בב'- אם כן למה שיהא עדיף על ד'? שניהם מתחלקים. **הצלחתו של העיקול תלויה בשאלה האם כבר עבר קניין או האם הם בשלב החוזי? ההנחה הזו אינה משקפת את ההלכה היום אלא את זו שהייתה בפס"ד טקסטיל ריינס. ההלכה שונתה בפס"ד אוצר החיל נ' אהרונוב. כיום העיקול לא יתפוס גם אם העסקה בין ב' לג' עדיין בשלב החוזי.** בשל העובדה שלב' אין זכות קניינית אלא רק זכות חוזית, ייתכן כי ב' מעביר לג' את הזכות החוזית בלבד ולא את המקרקעין, וכן לא יכול להתחייב להעביר לו את המקרקעין. לפי התפיסה הזו זו **המחאת זכויות חוזיות**- ניתן להמחות זכות לקבל קניין במקרקעין ואם זו העסקה אנחנו נמצאים בכלל מחוץ לחוק המקרקעין- ולכן כל ס' 7-10 לא חלים על עסקה זו. **הקניין בזכות חוזית עובר גם ללא רישום**- העברה למעשה היא **ע"פ רצון הצדדים** כפי שמתבטא בחוזה (כלומר יכול להיות באופן מידי) או ע"פ השלמות נורמטיביות לחוזה. אם ב' וג' בפרשת ריינס עשו עסקה שהיא העברת זכות, סביר להניח שבנק' סיום התשלומים עבר הקניין לג' ואם כך העיקול של ד' נופל בגלל שהוא הוטל רק לאחר שהקניין עבר לג'. העסקה בין ב' ל-ג' אינה טעונה בהסכמה מצד א' (סעיף 1 לחוק המחאת חיובים). **התחייבות להעברת בעלות במקרקעין**- ביהמ"ש קבע שישנה אפשרות נוספת לבהר את העסקה בין ב' לג'- ב' מתחייב כלפי ג' לעשות עסקה במקרקעין, כלומר ב' מתחייב להקנות לג' ממש קניין במקרקעין להעביר את הרישום על שמו. למעשה העסקה בין ב' וג' היא התחייבות רגילה לעשות עסקה במקרקעין. הממכר הוא זכות במקרקעין ולא זכות חוזית ביחס למקרקעין. לפיכך, השלב הקנייני יתרחש רק כאשר יהיה רישום בפנקסי המקרקעין והעסקה גם טעונה כתב. אם זה כך כל העסקה בתוך חוק המקרקעין ואז לג' למעשה אין עדיין קניין וחל ס' 7-10 לחוק. כלומר כל עוד העסקה לא הסתיימה ברישום ע"פ ס' 7- אין לג' קניין. הנפקות בין עסקה מס' 1 לעסקה מס' 2 היא החשיפה לתביעה מצד ד'. נפקות נוספת היא בעוד שבהמחאת זכות חוזית, ג' יכול לתבוע את א'. מתעוררת בעיית פרשנות- השאלה הינה למה התכוונו הצדדים? בהמשך בפס"ד ריינס נקבע כי הצדדים התכוונו להמחות זכות. בעסקת המחאת זכות במקרקעין- אם ב' מתחייב להעביר את הקניין במקרקעין הוא אינו יכול להתחייב על המועד- הדבר לא נתון לשליטתו. על כן סביר יותר לפרש את המצב כי ב' נטל על עצמו התחייבות שהקיום והביצוע תלוי אך בעצמו. **כיום ג' אם לג' יש רק זכות חוזית (ולא קניינית) הוא גובר על המעקל.** זוג צעיר שנזקק להלוואה בגובה חצי מיליון ₪ מהבנק למשכנתאות. הבנק בד"כ לא נותן הלוואה בלי לקבל כמשכון נכס ששוויו עולה על גובה ההלוואה. כיוון והדירה עודנה רשומה על שמו של א', ו-א' לא יעביר את הרישום בדירה על שמם של ב' עד שיקבל את מלוא התמורה הכספית, **כל שבני הזוג יכולים להציע לבנק כמשכון הוא הזכות החוזית לקבל מהמוכר את הרישום על הדירה (**'הביצה והתרנגולת'). הזוג כן יכול להעניק לבנק את הזכות החוזית שלו בנכס, ע"פ שתי האפשרויות שלעיל- **התחייבות לעשות משכנתא או המחאת זכות.** לזוג הצעיר למעשה שתי אופציות:

* **משכון זכות**- למשכן לבנק את מה שיש לו כבר- למשכן את הזכות החוזית, הזכות לקבל בעלות במקרקעין, לאחר שהזוג הצעיר ישלם את כל הסכום.
* **התחייבות לעשות משכנתא**- התחייבות בבוא העת, לרשום לבנק למשכנתא- מתי? לאחר שהמקרקעין ירשם במרשם על שמם.

לפני כ-20 שנה הבנקים הסתפקו **בהתחייבות לעשות משכנתא**- כתוצאה מכך הבנק נפגע מכך שבשלב הראשון יש רק התחייבות לעשות משכנתא, זאת מפני שאין לו שום יתרון על פני נושים אחרים מפני שהמשכנתא לא נרשמה בטאבו. למעשה תפקיד המשכנתא לא מתמלא. זו הסיבה שהניעה את הבנקים לקחת גם **משכון זכות**- למעשה בפרקטיקה הבנקים לוקחים גם וגם, ואין בכך משום סתירה. לעיתים הבנקים מבקשים גם **ערבים**- צד שלישי שמצבו הפיננסי יותר טוב מזה של הזוג הצעיר- הערב חותם שהוא ערב להתחייבויות של הזוג- כלפי הערב הבנק הוא נושה רגיל לא מובטח. לפעמים הבנק ישיג יותר מהר את הכסף בתביעה חוזית נגד הערבים מאשר במימוש הנכס הממושכן. **החיסרון במשכון זכויות חוזיות-** נניח ומחיר הדירה הוא מיליון, כשחצי מגיע מקורות עצמאיים והחצי השני מגיע מהבנק. במידה והקונים הסתבכו פיננסית המוכר עשוי לא לקבל את החצי השני (מהקונים) ולבטל את החוזה בשל הפרתו. במצב כזה **כשתעלם הזכות החוזית לא יהא למשכון על מה לחול.** בהינתן כי הבנק לא יכול לפרוע את ההלוואה הבנקים לכאורה הולכים לממש את הדירה. אולם רק הזכות החוזית מושכנה לבנק ולא הדירה, ועל כן לא יכולים לממשה. מסיבה זו הבנקים לעיתים נוקטים משנה זהירות- את ההלוואה לצורך רכישת הדירה, הבנק מעביר ישירות לא'- הבנק דורש מא' כי בעת ביטול החוזה הסכום יוחזר אליו.

**הערת אזהרה** בעסקת מקרקעין יש פער זמן בין השלב החוזי לשלב הקנייני, הנובע מהצורך להביא אישורים שונים לרשויות מס שונות הערת אזהרה הינה מוסד שבא לענות על בעיות שעלולות להיווצר בפער ההכרחי מבחינת הזמן בין השלב החוזי והשלב הקנייני בעסקאות מקרקעין. י**שנם שלושה סוגים קלאסיים של אירועים –**

1. **עיקול**- נושה של המוכר עלול להטיל עיקול על המקרקעין, שהם בבעלות המוכר עד שינוי בטאבו.
2. **חדלות פירעון**- המוכר נקלע לקשיים פיננסיים, ואחד מנושיו נוקט בהליכים של חדלות פירעון. המוכר מגיע למצב של פשיטת רגל. במקרה כזה יש חשש לקונה שהקניין טרם עבר אליו, שהוא יחשב כאחד הנושים האחרים, לא תהא לו עדיפות, ועל כן הוא יהיה חייב להתחלק עם יתר הנושים בסכום שיתקבל ממכירת הקניין.
3. **עסקה נוגדת**- **מכירת הקניין ליותר מאדם אחד.** עסקה זו נוגדת את הזכויות של הקונה הראשון, ועל כן הוא מסתבך בתביעות עם המוכר והקונה השני.

**הערת אזהרה היא מוסד שמגן על הקונה בפער הזמן שבין החיוב לקניין**. הערת האזהרה נבלעת במרשם של הבעלות, זוהי הגנה זמנית, עד לרישום בפועל של הנעבר. מי שמעיין במרשם יכול בנקל לראות שעל חלקת מקרקעין מסוימת רשומה הערת אזהרה בטאבו. **בהינתן הערת אזהרה, המוכר לא יכול למכור את הקניין לאחר, הערת האזהרה שוללת מהמוכר את זכויותיו על הקניין. בנוסף, לא נושיו ולא מעקליו של המוכר יכולים לשים ידם על הנכס.** כל קונה יכול לבקש רישום של הערת אזהרה, אין צורך בשיתוף פעולה עם המעביר / מוכר. אם א' כרת חוזה עם ב', ומיד נרשמת הערת אזהרה לטובת ב', **לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן הערת האזהרה**. למעשה לא ניתן לרשום כל עסקה סותרת- לא רק בעלות, אלא גם משכנתא, זיקת הנאה ושכירות. **כל עסקה הגורעת מזכויותיו של ב', סותרת את תוכן ההערה, ועל כן היא אינה ניתנת לרישום.** זוהי **הגנה פרוצדורלית** בלבד. הערת אזהרה מונעת את כניסת המוכר לעסקאות נוגדות שיכרתו **לאחר** רישום ההערה, אך **הערת האזהרה לטובת ב' לא מסייעת לו להתגבר על עסקאות נוגדות שהתקבלו לפני מועד כריתת החוזה. פ"ד דניאלי**- הערת אזהרה נוגדת כן יכולה להירשם, בעוד שעסקה נוגדת לא. **הרשם רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת ג', אך לא עסקה נוגדת.** הרציונל הינו כי הרשם הוא לא זה שיכריע במצב של עסקאות נוגדות, רשם המקרקעין איננו הכתובת להכרעה. אם הרשם ירשום בעלות לטובת ג', הוא מכריע לטובתו – אסור לפי סעיף 127א'. מנגד, הרשם רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת ג' (הוא אף מחויב לכך). **במצב שכזה, בו ישנן שתי הערות אזהרה נוגדות, ביהמ"ש הוא זה שיכריע במצב של עסקאות נוגדות, לפי סעיף 9.**

**ההשלכה המשפטית של העיקול**- גם אם נושה מסוים הטיל עיקול על מקרקעין של חייבו, העיקול מונע מרשם המקרקעין לרשום עסקה הנוגדת את העיקול. אם החוב לא נפרע, הנושה יכול ללכת להוצאה לפועל, לממש את המקרקעין המעוקלים ולהיפרע מהתמורה. **המשמעות הינה כי הכוח שסעיף 127א' מעניק להערת האזהרה דומה לכוחו של העיקול.** עד לשנת 1969, כל ההגנה של הערת האזהרה הסתכמה בסעיף זה. נטען כי מדובר אך בהגנה פרוצדורלית. **על כן, המחוקק הוסיף את סעיף 127ב', המגן על המוטב, מהרגע שרשם הערת אזהרה, מפני עיקולים ופשיטת רגל. לעניין העיקול - לב' עדיפות על המעקל**. **לעניין פשיטת הרגל** - אם א' פשט רגל, ומתמנה נאמן או מפרק, הפורע את החוב ממכירת הנכסים של א' הסעיף מגן על ב', הדירה **לא תעמוד לחלוקה בפני כלל הנושים.** **לטובת ב' יש הערת אזהרה, שכוחה הוא בכך שבעל התפקיד לא יכול למכור את הנכס, אך אין זה מספיק.** ב' יצטרך לבוא בדברים עם בעל התפקיד, לשלם לו את יתרת התשלומים, אם יש, ואז יקבל את הדירה על שמו. **ישנם מצבים, לפי דיני חדלות פירעון, בהם בעל התפקיד רשאי לעתור לביהמ"ש ולהביא לביטול עסקאות שנגמרו ברישום.** לדוג'- תהליך פשיטת הרגל, בד"כ, הוא תהליך הדרגתי. אדם רואה שהוא הולך ליפול, יש לו הרבה נושים, הוא נותן מתנות לבני משפחתו. לנושים לא נותר ממה לגבות. בעל התפקיד רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש את ביטולן של עסקאות שכאלה, של הרגע האחרון. **פס"ד שגיב נ' וולבסקי**-קבלן רצה לבנות מגדל דירות של 20 קומות, ומכר דירה אחת בלבד. הקבל הסתבך. הקונה רשם הערת אזהרה לטובתו. הקונה דורש את הדירה. הבנייה הינה בשלב מאוד התחלתי. ביהמ"ש קבע, **שאם ההתחייבות של פושט הרגל הינה עדין בשלב החוזי – הנאמן רשאי לבטל התחייבויות חוזיות של פושט הרגל** (הצד השני יכול לתבוע בגין הפרת חוזה). זהו **ויתור על נכס מכביד.** סעיף 127ב' לא חל על סיטואציות אלו, אך ישנה פסיקה של ביהמ"ש המקבלת זאת. לפי הפסיקה והספרות, **127א' מעניק הגנה פרוצדורלית** – מחסום מפני רישום עסקה סותרת של הרשם, ואילו **סעיף 127ב' מעניק הגנה מהותית** – המוטב על פי ההערה עדיף על מעקלים ועל נושים אחרים של המוכר במצב של חדלות פירעון. לכאורה, **ניתן להגדיר גם את הערת האזהרה כזכות קניינית**, שכן יש לה את התכונות של זכות קניינית – עדיפות ועקיבה. **פ"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי**­- עד לפסק דין זה, היה מוסכם שמשכנתא טעונה רישום כפול. אף אחד לא חשב שהערת אזהרה טעונה רישום כפול. **ביהמ"ש קבע, כי הערת האזהרה היא סוג של שיעבוד כי היא נותנת לב' עדיפות על נושיו של א' (היא לא משכנתא), ולכן אין להסתפק במרשם אצל רשם המקרקעין, אלא יש לרשום אותה גם אצל רשם החברות, על מנת שהנושה שלטובתו נרשמה האזהרה ייהנה מעדיפות**. ביהמ"ש לא התבטא בצורה חד-משמעית, אך קביעתו העניקה להערת האזהרה **גוון קנייני, כ**י הערת האזהרה קיבלה תוקף של מעין שיעבוד, ושעבוד היא זכות קניינית. על מנת למנוע פגיעה ברוכשי דירות מחברות שהתרסקו, הזדרז המחוקק ועקף הלכה זו ע"י **תיקון מס' 16** (1994) לחוק המקרקעין, שתיקן את ס' 127, כך שיורה **שאין דרישת כפילות על הערות אזהרה.** זוהי הוראה מיוחדת ששינתה את פ"ד רוזובסקי, וקבעה שהערת האזהרה אינה טעונה מרשם בכל רישום אחר, מלבד הטאבו. סעיף ספציפי זה גובר על הסעיף הכללי בפקודת החברות, ומכאן ש**מספיק לרשום הערת אזהרה בטאבו** ואין צורך לרשום אותה גם אצל רשם החברות. **היחס בין הערת אזהרה למשכנתא**- הערת אזהרה חלשה יותר ממשכנתא. בעל משכנתא, שהחייב לא שילם לו רשאי למכור את המקרקעין המשועבדים לו ולהיפרע מהתמורה. אומנם במצב של חדלות פירעון, עד שהמפרק לא משלם לבעל הערת אזהרה, הוא אינו רשאי למכור את הנכס, אך הערת אזהרה אינה מונעת עסקאות והסדרים עתידיים עד לפריעת החוב ואינה נותנת למחזיק בה לממש את המקרקעין. מכאן שברור לאדם יש תמריץ לסיים את הרישום. כתוצאה מהתיקון, נוצרה אנומליה, שהרי הערת האזהרה טובה ככל שעבוד, ובכל זאת עליה להירשם בפנקסי המקרקעין בלבד, כך שהמעיין בפנקסי רשם החברות לא ידע עליה, ומכאן שסוכלה התכלית של רישום נוסף אצל רשם החברות, והדבר ההגיוני לעשות הוא לבטל את דרישת הרישום הכפול גם לגבי משכנתאות. **גם אם הערת האזהרה מגנה מפני עיקולים ומצבים של חדלות פירעון, עדין יש לב' תמריץ להשלים לטובתו את הרישום- לצורך דיני העסקאות הנוגדות וצורך תקנת השוק (לצורך סעיפים 9-10 לחוק המקרקעין), מצבו של ב' יהא טוב יותר, אם בהינתן רישום מלא, ולא רק הערת אזהרה.** הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה**-** הבעיה של הערת אזהרה על הערת אזהרה שכיחה במיוחד בעסקת קומבינציה. א' ביצע עסקה עם ב' להעברת הבעלות לב', הבעלות טרם נרשמה על ב'. לב' יש אך ורק הערת אזהרה. ב' עושה חוזה עם ג' להעברת המקרקעין. ישנן שתי אפשרויות המחאת זכות או עסקה במקרקעין. **האם ג' יכול לרשום בטאבו הערת אזהרה נוספת, לטובתו (כשמדובר בעסקת מקרקעין)?** לפי ס'126א רק אם ב' היה בעל זכות בעלות, משכנתא, זיקת הנאה או זכות קדימה, מכוח ההתחייבות שלו ניתן יהא לרשום הערת אזהרה. **אם לב' יש רק הערת אזהרה, לא ניתן יהא לרשום הערת אזהרה**. אם המתחייב אינו בעל זכות קניינית מהרשימה הסגורה הנ"ל, לא יוכל לכתוב הערת אזהרה. בעקבות פס"ד רוזובסקי שונה לכך הסעיף. בפרקטיקה ג' לא יכול לרשום הערת אזהרה. ניתן לרשום הערת אזהרה לטובת ג', אך ורק בהסכמתו של א'. לכן, **בפרקטיקה, כבר בחוזה הקומבינציה בין א' לב', צד ב' מכניס סעיף, לפיו א' מסכים לרשום הערת אזהרה לטובת כל ה-ג'מלים שירכשו דירה מסוימת מ-ב'.** אם ב' לא יצליח למכור לג'ימלים, ב' לא יצליח להרים את הבניין, והוא לא יקיים את החובה המשפטית כלפי א'. לכן, בשטח, א' מתחייב ומסכים.

**תקנת השוק- במקרקעין** ס' 10 קובע שמי שרכש מקרקעין **מוסדרים והתמלאו** כל תנאי הס' זכאי להגנה תחת 'תקנת השוק'- תו"ל, תמורה כל זאת במידה והתמלא השלב הקנייני בעסקה- כלומר, בתום הרישום בטאבו. ג' הרוכש תום הלב- הסתמך על הרישום ואכן מצא כי ב' רשום כבעל הזכויות, נתן תמורה בלא חשד לאור הבדיקות שעשה- אעפ"כ לא יהנה מהגנת התקנה אם לא השלים אתת השלב הקנייני- העברת הקניין בטאבו. טענת הפסיקה היא כי עד שיש לו את הקניין ביד- למעשה הוא לא שילם את מלוא התשלום – למרות שבפרקטיקה במירב המקרים ג' שילם חלק עיקרי מהתשלום בטרם העברת הקניין בטאבו. **פס"ד סונדרס**- טוען כי תוה"ל צריך להיות עד השלמתה שלב הקנייני. העסקה בין ב' לג'- המעבר מכריתת החוזה ועד לשלב השלמת הקניין לוקח פרק זמן יחסית ממושך- פס"ד זה אומר שבכל פער הזמן הזה- עד השלמת השלב הקנייני- למעשה ג' צריך להיות תם לב- כלומר במצב שבו ייתכן וג' גילה מתישהו בנק' זמן בין השלב החוזי לקנייני כי א' התעורר וגילה את התרמית עליו לפעול בתו"ל. תום הלב צריך להשתרע לכל אורך התקופה עד השלמת הקניין- ברגע שידע כי יש א' אחר הטוען כי הוא הבעלים אין הוא פועל בתו"ל. זה משתלב עם הגישה כי במקרקעין יש לצמצם יותר את תקנת השוק וכן להטות כשאפשר לטובת א'. הערת אזהרה- לא נחשבת כרישום במקרים אלו. גם אם נרשמה אהרה היא אינה מגינה עליו ולא ממלאת את תנאי השלמת הקניין. למעשה גם קונה הבודק את כל התנאים מראש, רושם הערת אזהרה ופועל כראוי עד שלב השלמת הקניין- לעיתים אין הוא מבוטח מפני תרמית שעלולה לבוא עליו. **גורם השלמת הקניין קיים בכל תקנות השוק (מקרקעין ומיטלטלין)**.

**תקנת השוק במיטלטלין** למרות שחוק המכר חל על כלל זכויות הנכסים, תקנת השוק (ס'34) חלה רק על מיטלטלין. על זכויות חוזיות אין תקנות שוק, גם על העברת זכויות חוזיות במקרקעין אין תקנת שוק, כלומר, במקרקעין שרשומים במינהל מקרקעי ישראל ואלו נחשבות בגדר זכויות חוזיות עד לרישום המיוחל בטאבו, לא תחול תקנת השוק. ס' 34 לחוק המכר- תקנת השוק מטרתה לאזן בין א' (בעלים של מטלטלין) לג' (רוכש, אדם שקנה מב' הגנב את המטלטלין), וזאת בניסיון לאזן בין עידוד המסחר להגנה על הקניין. אנו מעוניינים לפשט את העסקאות בין ב' לג'. תקנת השוק מצטמצמת, משום שאין זה הגיוני לצפות מכל ג' לבדוק אודות המטלטלין שהם מעוניינים לקנות. ס' 34 אומר שהקונה מקבל זכות נקייה, אף על פי שלב' לא הייתה זכות כזו. **התנאים הראשיים בתקנת השוק**- תמורה, תו"ל והשלמת הקניין. ישנם תנאים מיוחדים לסעיף 34 :

* מכירה של אדם העוסק המכירת נכסים מסוג זה של הממכר.
* המכירה הייתה במהלך הרגיל של העסקים.

**ס' 53 לפקודת הנזיקין-** רכישה בתנאי תקנת השוק מונעת עבירת גזל. לפי דיני הנזיקין, ג' שרכש נכס בתמורה מב', עשוי להיות גזלן, על כן, ס'53 מוסיף וקובע כי כאשר ג' קנה את הנכס בתום לב ומתמלאים כל תנאיה של תקנת השוק (3 התנאים המצוינים לעיל), אין עילת תביעה מכוח סעיף 52 (גזל). חוק דיני ממונות מציע פתרון אחר- הבעלות עוברת לג', אך א' יכול להוציא הנכס מג' בתנאי שא' יחזיר לג' את מה שהוא השקיע. זה משמעותי כאשר לא' יש ערך מוסף לגבי המטלטלין נשוא הוויכוח (אולי אם זה מטלטלין אז טבעת נישואין לדוגמא). **פס"ד ארה"ב נ' כנען**- פסק דין זה מתאר מקרה קלאסי של בעלים גנב ורוכש תם לב, במקרה הזה הייתה תמורה, תום לב, מוכר הנכס מוכר כמוכר נכסים בסגנון הזה וכמובן העסקה נעשתה במהלך הרגיל של העסקים. לפי שופטי הרוב- תקנת השוק לא נועדה למקרים כאלה, אלא אך ורק למקרים בהם לבעלים המקורי נעשה דבר שאינו כדין. מדובר במקרה של טעות משותפת. ביהמ"ש בחר בתוצאה הרצויה מבחינתו, על אף שתנאי תקנת השוק מתקיימים. גם זכות קניינית לא מוגנת באופן אבסולוטי כלפי כולי עלמא. **פס"ד רוזנשטייך**- העסקה הראשונה בזמן היא עסקת משכון, בין הבעלים (ממשכן) למקבל המשכון (נושה מובטח). ב' הוא הבעלים וא' הוא בעל זכות המשכון. המשכון נעשה באמצעות מרשם- כדי שכוחו של המשכון יהא יפה כלפי אחרים, כלומר א' עשה כל מה שמקבל משכון זהיר היה עושה. מדובר במשכון רשום שכדרכו הוא ממשיך להיות בהחזקתו של ב'- יכולים להתקיים כל תנאיי תקנת השוק, כשב' מוכר אותו לג'. השאלה- לטובת מי הולכים? א' או ג'? אם הולכים לטובת א', א רשאי לממש את המשכון, להיפרע מהתמורה המתקבלת. אם הולכים לטובת ג', הוא זוכה לזכות נקייה (תנאי תקנת השוק משחררים משעבוד קודם). **השאלה המשפטית-** האם ניתן להחשיב את ג' כתם לב? כשיש משכון רשום וג' לא בדק? עצם קיומו של רישום נוגד לא שולל את תוה"ל. ביהמ"ש אומר כי **תום הלב סובייקטיבי**- ג' לא ידע אע"פ שאדם סביר ייתכן כי היה בודק אם היה רובץ עליו משכון. עומד כאן עניין של **מדיניות המכתיבה את התוצאה**- אם אתה בא לחנות או לעסק שמוכר נכסים מסוגו של הממכר- כדי שיוכלו לבצע עסקאות במהירות כולל ויתור על עיון במרשמים שונים- זאת על מנת לעודד המסחר. רכישת מיטלטלין תוכל להתבצע במהירות רבה, אפילו במחיר של ויתור על הצורך במרשמים. יש כאן למעשה תוצאה לא רצויה שכן ע"פ הפס"ד לכאורה אם נפעילו באופן דווקני (אין פס"ד שמחדש את ההלכה) כל אדם שלא בודק את המרשם ולא בדק ייחשב כתם לב. ההשקפה המודרנית היא שהצמיחה במשק מבוססת על אשראי- הרוב המכריע של עסקים מבוסס על מתן אשראי. זה גם העיקרון בהכרה של תאגיד כי כך אדם לא מסכן את כספו האישי. אשראי לא יינתן ע"י מלווים מקצועיים אם הם לא מקבלים משכון ולכן יש חשיבות לקביעת תקנת שוק במשכון. אנו רוצים כי אדם שמקבל משכון בתו"ל יהיה מוגן. **התנאים לתקנת השוק מכח ס' 5:**

* **ההבדל הבולט** בין תקנת השוק בחוק המכר לתקנת השוק בחוק המשכון הוא – אם ב' גנב נכס מא' ומשכן זאת לנושה להבטחת החוב של החייב כאן המשכון לא תקף- ולא חלה תקנת השוק. בחוק המשכון **תקנת השוק תחול רק אם בין א' לב' הייתה** **מסירה רצונית**- א' מסר את הנכס להחזקת ב'- לשמירה או החזקה מסוג אחר שאינה בעלות. אחת הסיבות היא כי בענייני משכון ג' לרוב – ג' הטיפוסיים הם גופים פיננסיים חזקים יותר אז לכן ייתכן שהמחוקק ירצה לצמצם את ההגנה עליהם. אך ההבדל נובע **מהחקיקה בשלבים** של הקודיפיקציה- התקבל בשנת 67 חוק המשכון ובשנת 68 חוק המכר- אין תיאום בין שתי הועדות שעמדו בראשי ועדות החקיקה הללו.
* **גורם התמורה** לא מוזכר, אך עד כה השאלה לא עסקה במקרה בו לא הייתה תמורה. ע"פ לרנר בעת הצורך הפסיקה תייבא תנאי זה.
* **השלמת קניין**- כלומר העסקה הסתיימה (השלב הקנייני)- המשכון הופקד או נרשם.
* **תוה"ל**- ג' קיבל את המשכון לרשותו או שרשם אותו. ב' מחזיק בנכסים ומציע אותם לג' כמשכון- לכאורה ג' רואה שב' מחזיק את הנכסים אז הוא סומך על כך שאכן יש לו זכות למשכנם. החזקה במיטלטל מעידה על זכויות. בעולם המודרני לא ניתן להסתמך על כך- כי למשל עד לפני כמאה שנים אל היו משכירים בכלל מטלטלין- היום ניתן לשכור מיטלטלין ועל כן אין וודאות כאן. ועל כן ג' לא היה צריך להסתמך על ההחזקה של ב' בנכס וזו הסיבה למעשה שהצעת החוק רוצה לבטל את ס' 5 לחוק המשכון.

**עסקאות נוגדות (התחייבויות סותרות) ס'9-** יש מאבק קנייני בין השניים. להבדיל מתקנת השוק, **לראשון בזמן**- אין קניין ולא היה- אלא רק זכות אובליגטורית במקרקעין, הוא בעלים רשום. א' התחייב להעניק לב' זכות במקרקעין (למשל מכר, משכנתא, זיקת הנאה, זכות קדימה וכו')- העסקה הראשונה היא בגדר התחייבות. לאחר מכן א' מתחייב בעסקה נוגדת לצד ג'. העסקה עם ב' היא ראשונה בזמן והעסקה השנייה היא שנייה בזמן. בין ב' לג' יש עימות קנייני בו עוסק ס' 9. לכל אחד מהם יש עילה חוזית נגד א'. **ס' 9 קובע ככלל עדיפות לטובת הראשון בזמן עם חריג בסיפא. כלומר הכלל הוא שב' עדיף על ג'.** ב' לא רשם הערת אזהרה לזכותו כי אם היה עושה כן בפועל למעשה היו נחסכים העימותים עם ג'. זכותו של ב' לכאורה חיובית בלבד, ואף לא רשומה כלל הערת אזהרה. לב' יש בסה"כ חוזה תקף ע"פ חוקי החוזים- כל הפרת חוזה הייתה צריכה להוביל לכל היותר לתרופות חוזיות. ס' 9, אומר שב' עדיף על ג'. זאת אומרת שב' בעל זכות חיובית שכוחו יפה מול כל הג' האלה למעט אלו שבסיפא. מצטמצם הפער בין זכות קניינית לזכות חוזית חיובית. זכות חיובית יפה גם כלפי אחרים- לא כלפי כולא עלמא אך מול רבים אחרים שאינם נמנים בסיפא של ס' 9. ס' 9 מחליש את המרשם. ב' יפסיד לג' שכאמור עמד על **שלושה תנאים:** תמורה, תם לב ורישום, אם לא מולאו שלושת התנאים אז למעשה ב' גובר. אם המקרקעין נרשמו על שם ג'- העסקה בין א' לג' היא עסקת מתנה. ג' לא עמד על חלק התמורה- אומר המחוקק שבאיזון בין ב' לג'- אם לג' לא ייגרם הפסד אז ראוי שב' יתגבר על ג'. **ברק בפס"ד אהרונוב**- מסביר כי במידה וג' קיבל את המקרקעין על שמו בעסקת מתנה לב' יש עילה ישירה נגד ג' כדי להעביר את הקרקע אליו זאת למרות שבין ב' לג' אין כלל קשר חוזי- יש ביניהם 'תאונה משפטית'- אין ביניהם יריבות חוזית. יש שאומרים שתמורה שטרם בוצעה וניתן לחזור ממנה –במקרה כזה יעדיפו את הצד השני. הדרישה לתום לב היא דרישת **לתו"ל סובייקטיבי**- כפי שמופיעה גם בס' 10, בדומה לתקנת השוק. עניין זה מקל על צד ג'. עצימת עיניים נחשבת לידיעה וצד ג' שידע על ב' שוללת את תום ליבו. **פס"ד פאריינטי**- מה קורה למשל אם ג' יודע שהיה ב' בתמונה בטען לזכות מוקדמת? והייתה הערת אזהרה לצד ב' אך הערה נמחקה. ג' משער כי אין לבדוק כי הערת אזהרה נמחקת בהינתן צו שיפוטי- ביהמ"ש הסכים. תוה"ל הוא סובייקטיבי- צג ג' במקרה זה פעל בתו"ל לב ואכן שיער כי העניין סודר. **עימות של מעקל נ' קונה-** הבעלים הרשום עשה עסקת מכר עם ב'. אך המכר הזה עדיין בשלב ההתחייבות וטרם נרשם דבר לטובת ב' (גם לא הערת אזהרה). ג' הוא נושה של א'. **לג' אין אינטרס מיוחד לגבי אותה חלקת מקרקעין**- הוא מחפש נכס של א' שממנו יוכל לגבות. מקרקעין הוא מנכס שיחסית קל לאיתור. ג' שרוצה להטיל עיקול יכול לגשת עם צו העיקול לטאבו ולרשום את העיקול לטובתו. עד **פס"ד אהרונוב (1999)** סברו שזה לא קשור לס' 9 לחוק המקרקעין. העימות צריך להיפטר עי יסודות אחרים. כאמור ג' לא ערך עם א' שום חוזה ולכן לכאורה אין פה עסקאות נוגדות. גם אם מעקל רושם את זכות העיקול בטאבו- זה לא רישום קנייני (חשין)- אלא רק כדי למנוע מכירת הנכס- אין למעקל זכויות בנכס. בשנת 1970, לאחר קבלת חוק המקרקעין התקבלה **הלכת בוקר- פס"ד בוקר נ' הממונה על המרשם**- הפס"ד עסק בעימות בין מעקל לבין בעל זכות התחייבות וזה כאשר זכות התחייבות היא ראשונה בזמן והמעקל הוא שני בזמן, כי במקרה הפוך לא קמה בעיה- למעקל. אם ס' 9 לא חל הפעילו בפס"ד את הלכת ס' 7ב- הלכת בוקר פסקה כי היות ולב' אין שום קניין אלא רק חיוב לטובתו- בעל הקניין המלא הוא עדיין א'- אז נושה של א' יכול להטיל עיקול. אם יש בעיה לב' שיפעיל סעדים מול א'. העימות הזה בין מעקל לבין רוכש בשלב החיוב הוכרע לטובת המעקל. ביהמ"ש אמר שגם לו הייתה רשומה הערת אזהרה- היא לא הייתה עוזרת לב' במצב הזה. זאת מפני שבמצב של אז- ס' 127ב הוסף מאוחר יותר- פס"ד בוקר ניתן בתקופה שבה היה כתוב בחוק כי לא ניתן לרשום זכות קניינית שנוגדת להערת אזהרה, אך עיקול ייתכן והיה גובר. הלכת בוקר לא פרקטית שכן לא ייתכן שכל הזמן הזה רוכש יהיה חשוף לנושה של א' ולכן נוסף ס' 127ב'- שאומר כי העיקול נדחה מפני הערת אזהרה. מאז הוספת ס' 127ב היה ברור כי אם לב' הערת אזהרה אז הוא גובר על ג', ולו לב' אין הערת אזהרה אז מעקל עדיין יכול לעקל את המקרקעין. **בפס"ד אהרונוב** היה מקרה של ב' בשלב החיובי ואח"כ נושה של א'- ג' רצה להטיל עיקול, לטובת ב' לא הייתה הערת אזהרה. היה מדובר בהסכם חלוקה שבין בני זוג שהתגרשו. ב' היא האישה וא' הוא הבעל. פסה"ד התייחס להסכם של חלוקת הרכוש- כאינו אופן החלוקה הטבעי- של איזון משאבים אלא התייחס לחלק השני. אע"פ שזה היה חלק מהסדר רכוש בין בני זוג לשעבר לא הסתכלו על אלמנט של דיני המשפחה ולא על פסיקה קודמת שאמרה שלא ניתן לעקל דירת מגורים של בני זוג כי הנושה צריך לדעת כי יש גם לאישה זכויות. ביהמ"ש התייחס לזה כאל עסקה חוזית רגילה כאילו שא' וב' אינם גרושים וכאילו ב' שילם לא' את מלוא התמורה למרות שהתמורה ביניהם הייתה אחרת כחלק מההסכם הכולל של הגירושים. השופט ברק הכניס בחזרה את המושג של **'זכויות שביושר'** ע"פ דיני היושר האנגליים. חוק המקרקעין התיימר לבטל את הזכויות שביושר. **בס' 161**- שלילת זכויות שביושר- לפי ס' 7ב אין שלוש דרגות אלא רק 2- או חיוב או קניין- אין זכות שביושר. ברק בפס"ד מחייה את הזכויות שביושר. התירוץ המשפטי הוא שבטלו הזכויות שביושר האנגליות וקמו **זכויות שביושר ישראליות- 'תוצרת הארץ'** (כדי להסתדר עם ס' 161). מינוח זה התקבל בפסיקה גם מאוחר יותר. ס' 9 אם נבחין למעשה קובע דבר דומה לחלוטין למה שהיה בעבר ע"פ דיני היושר האנגלים, על-פיו זכותו של ב' יפה כלפי כל האחרים למעט זכות שבדין שנרכשה בתמורה ובתו"ל. למעשה ס' 9 לחוק המקרקעין מחזיר את דיני היושר ומחזק את זכותו של ב'- הוא לא רק בעל חיוב גרידא או בעל זכות חיובית רגילה אלא בעל זכות שביושר. למעשה ס' 9 חל בעקיפין על מקרים של הלכת בוקר- לב' שיש לו חוזה תקף עם א' יש לו זכות שביושר מול נושה מכח ס' 9. אם יש לו זכות שביושר הוא גובר על מעקל. אם ג' שיש לו חוזה לרכישת זכות מסויימת מוגדרת במקרקעין נדחה לאור כל הנימוקים של סיפא של ס' 9 אז בוודאי שזה צריך להיות תקף על ג' שהוא מעקל ואין לו עניין ספציפי בנכס הספציפי הזה. בהלכת אהרונוב הנכס אינו רק קניינו של א'- זהו **קניין שבדין** אך הוא מרוקן מזכות משמעותית היות ולב' יש זכות שביושר- **זה קניין שביושר** כלומר לב' יש פיסת קניין- אם כך נושה של א' לא יכול לעקל את זה כי הנכס הוא בהחלט גם של ב'. פס"ד אהרונוב אומר שלא ניתן לעקל את הנכס גם אם לא ניתנה הערת אזהרה. הלכת אהרונוב יוצרת כמה בעיות של תאונות העברה. למעשה נותנים פה תוקף למועד כריתת החוזה. הזכות של ב' היא כבר זכות טובה לכאורה במועד כריתת החוזה. הרישום זה פעולה פומבית שמלמדת אותנו גם על קיום זכויות אך זהו אקט חיצוני שלא ניתן לרמות ולזייף. יש כאן בעיה ע"פ הלכת ארונוב. כל א' כזה שיחטוף עיקול יוכל לעשות חוזה ולכתוב תאריך שלפני העיקול וכך להתגבר על מעקל. נוצרה מכח הפסיקה דרך להברחת נכסים. היו מקרים שזה נפל על הוכחת התמורה- זה עלול ליפול על ראיות עובדתיות. **האם הלכת אהרונוב חלה גם במקרה שהעסקה בין א' לב' היא מתנה? מה קורה שא' נותן מתנה וג' הוא מעקל?** כיוון הפסיקה הוא שלא. ככלל ס' 9 חל גם בחוזי מתנה אך בתי המשפט משיקולי צדק משתדלים שמקבל התחייבות במתנה לא יתגבר על עיקול. **האם הלכת אהרונוב תחול כשניתנה רק חלק מהתמורה?** לא ברור אם הזכויות שביושר נרכשות במלואן מיידית עוד לפני תשלום התמורה, הבעיה היא כשלא' אין נכסים אחרים. אפשר לכאורה לפתור את העימות ע"פ הלכת **פס"ד ורטהימר הררי-** בחוק החוזים תרופות- ס' 3(4)- הנפגע זכאי לאכיפת החוזה- אלא אם אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין. אם האכיפה לא צודקת אז ההפרה מקנה פיצויים ולא אכיפה. ביהמ"ש יכול לקבוע כי אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין ולאפשר בעצם לג' לקבל את הקרקע. המקרה-מוכר רמאי מכר דירה לשניים אחד אחרי השני וברח מהארץ, השני שילם הכול והראשון יש רק זיכרון דברים, מי יקבל הדירה? ברק(רוב)-לאור סעיף 9 לחוק המקרקעין, בעסקאות נוגדות, זכות העסקה הראשונה על העליונה, אלא אם כן העסקה השנייה בוצעה בתמורה ובתום-לב, ונתלווה אליה רישום. למרות זאת הקונה השני יכול לדרוש תרופות בלי קשר לראשון על הפרת חוזה(או הפרה צפויה). גם אם שיקולי צדק הולכים לשני, השיקולים המהותיים של חוק המקרקעין גוברים בשם ההרמוניה השיפוטית. כהן(יחיד)- התחייבות "לעשות עסקה במקרקעין" היא חוזה כמשמעותו בחוק התרופות, וכל עוד ההתחייבות לא הפכה ל"עסקה" על-ידי רישום בפנקס המקרקעין, יחולו עליה כל הוראות החוק על חוזים ועל אכיפתם. הדיבור "בנסיבות העניין" שבסעיף 3(4) לחוק התרופות כולל גם נסיבות, שנוצרו לאחר עשיית ההתחייבות, וגם נסיבות, הנוגעות לזכויות צד שלישי. לפיכך, זכותו העדיפה של בעל העסקה הראשונה מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין לא מבטיחה לו את אכיפתה, אם אין היא עומדת במבחן הצדק שבסעיף 3(4) לחוק התרופות. ס' 3(4) עוסק בהאם האכיפה צודקת בנסיבות העניין- הקביעה תתמקד רק במישור היחסים בין א' לב'- לא נביא בחשבון את מצבו של ג'- לא ניתן להתייחס להאם לאור ג' האכיפה צודקת אלא רק ביחסים בין א' לב'- השיקולים צריכים להיות במישור זה בלבד. אחרת אנחנו למעשה מבטלים את ס' 9 ופועלים ע"פ חוק החוזים. **פס"ד גנז נ' בריטיש**- זה נפסק כ3-4 שנים לאחר פס"ד אהרונוב, ומביא לכך שלכאורה הלכת אהרונוב לא מיושמת. צד א' הוא בעלים רשום בטאבו כבעל הזכויות. יש חוזה מכר בין א' לב'- הבעלים הרשום מוכר את הנכס לב'. עסקה זו מסיבות שונות לא הסתיימה ברישום והמקרקעין עדיין רשומים על שם א'. לאחר מכן נעשתה עסקה בין ב' לג'- ג' הוא הרוכש הראשון בזמן- ולאחר מכן עסקה נוגדת עם ד'- הרוכש השני בזמן- זוהי עסקה נוגדת. העסקה בין ב' לג' הייתה התחייבות להקנות זכויות לכשאלו יעברו לב'- למעשה ביהמ"ש קבע כי לא הייתה זו המחאת זכויות אלא **התחייבות לעשות עסקה במקרקעין** אע"פ שמעביר הזכות ב' לא רשום כבעלים בטאבו. יש עסקאות סותרות ויש עימות בין ג' לד'. אם העימות – אם העסקה בין ב' לג' וכן העסקה בין ב' לד'- זו התחיבות לעשות עסקאות במקרקעין- זו הפרשנות של ביהמ"ש לעסקאות- אם כך העניין אז זה נכנס להסדרה ע"י ס' 9- כלומר הסדרה של התחייבויות סותרות. כלומר ג' צריך להתגבר על ד', זאת כי ע"פ הסעיף כדי שהאחרון יהא עדיף על הראשון צריכים להתקיים אצל האחרון שלושת התנאים. התקיימו תמורה ותו"ל אך אין השלמת רישום. **דעת היחיד** של השופטת פורקצ'ה גורסת כי רק במקרה שבו מי שעשה את העסקאות הנוגדות רשום בטאבו יש להתייחס להשלמת הרישום אך במקרה שאינו רשום אין להתייחס לתנאי זה. בגנז יש חידוש מרחיק לכת, פס"ד זה אומר כי על ג' מוטלת חובה למנוע תאונה משפטית- בד"כ את חובה זו הוא מקיים אם יספק מיד לכל העולם על החוזה שלו עם ב' והדרך שלו לעשות זאת היא באמצעות רישום הערת אזהרה בטאבו. דרך נוספת היא החזקה- כלומר אם ג' היה מחזיק במקרקעין אז ניתן לומר שהחזקה גם כן נותנת מידע לצד ג' על בעלות שלו בקרקע. ביהמ"ש מטיל חובה לרשום הערת אזהרה על צד ג' בחוזה, זאת כדי להגן על צד ד' פוטנציאלי- ביהמ"ש מעגן אותה **בחובת תוה"ל הכללית** ע"פ ס' 30 לחוה"ח הכללי. חלק מהשופטים (שטרסברג כהן וריבלין) לא התלהבו לקבל את תוה"ל בס' 9 מפני שהמחוקק בחר להכיל את חובת תוה"ל על הקונה השני ולא על הקונה הראשון. בהצ"ח דיני ממונות ס' 511ב' יש אימוץ של ס' 9 לחוק המקרקעין ושל הלכת בריטיש בשינוי קל. בפס"ד בריטיש הייתה הערת אזהרה לטובת צד ד' בהצ"ח רשום כתוב במפורשות כי ד' יהא עדיף רק אם רשם הערת אזהרה בעודו תם לב. בס' 512א יש פיתוח של הלכת ארונוב- שאם יש התחייבות להקנות נכס ולאחר מכן מגיע עיקול אז זכותו של ב' עדיפה. המחוקק מגיב לפס"ד ומציע לאמץ אותם. במבנה של ס' אלו 511-512 בהצ"ח ממונות מאומצת גם הלכת בנק מזרחי.

**עימות בין עיקול להתחייבות למתנה-** ס' 9 עוסק בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין- זה העברת בעלות לא משנה אם בתמורה או שלא בתמורה. ס' 9 צריך לחול גם אם העסקה הראשונה היא התחיבות לתת מתנה. אם המתנה בין א' לב' הושלמה קניינית- אין בעיה כי הנכס הוא כבר של ב'. גם אם ב' כבר רשם הערת אזהרה לטובתו- למעשה המעקל לא יכול להיכנס פנימה ולהטיל עיקול ע"פ ס' 127ב. רישום הערת אזהרה לא מנע את ס' 5 לחוק המתנה ואם מדובר בהתחייבות להעביר מקרקעין במתנה ייתכן ויוכל לחזור בו. **כאשר לטובת ב' אין אפילו הערת אזהרה** יש נטייה בפסיקה ללכת לטובת המעקל כי ברוב המקרים המתנה בין א' לב' היא ניסיון להברחת נכסים. המתנה נעשית בצורה כזו שנותן המתנה מתנה שכל ימי חייו יוכל להמשיך לשבת באותה דירה. לניאדו יותר רחב מהצה"ח- הצעת החוק אומרת שבעימות בין מעקל למקבל מתנה- בכל המקרים שבו נותן המתנה רשאי לחזור בו- אמנם יש התחייבות לתת מתנה אך זו חלשה כי הוא רשאי לחזור בו. **פס"ד לניאדו** אמר במפורש – הוא רחב יותר- הוא מאפשר למעקל להתגבר אפילו במקרים שמעקל המתנה לא יכול לחזור בו. הוא פתר את הקושי התיאורטי בכיוון אחר. בפס"ד לניאדו קובע ביהמ"ש הזכות הקניינית מאוד חלשה וס' 9 לא חל עליה, התחייבות להעניק מתנה היא התחייבות חלשה גם במקרים שנותן המתנה לא יכול לחזור בו. **בפס"ד לב נ' טובי-** קשה לדעת מה ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט- התפיסות של השופט ריבלין והשופט מלצר הן תפיסות שונות. השופטת השלישית הסכימה עם התוצאה אך לא ברור אילו מן השתיים הייתה דעת רוב ודעת מיעוט. השופט ריבלין- מי שאצלו לא רשם הערת אזהרה תוך שנתיים עד 4 שנים אין זה חריג- הוא מסכים לתוצאה כי היו נסיבות מיוחדות- גב' וולטר התכחשה ולכן היה עליו לחוש כי זו תעשה עסקה נוגדת. לעומתו השופט מלצר- טוען כי 4 שנים אין זה עניין סביר ולכן הם נהגו שלא בתו"ל. גם בקודיפיקציה רשום כי בעל העסקה הראשונה בזמן התרשל ברישום הערת אזהרה לטובתו. התחילו פסקי דין שאומרים שאם תום הלב חל מכוח ס'39 וס' 39 חל על ס'9 אז הוא יחול גם על הראשון בזמן. אך במקרה כזה תום הלב של השני בזמן קודם מסובייקטיבי לאובייקטיבי. לכן אם כתוב משהו בלוח המודעות והדיירים לא קוראים וזו התנהגות לא סבירה, אז יש להטיל על השני דרישה לתום לב אובייקטיבית ובעצם היה עליו לדעת מה כתוב בלוח המודעות והוא לא תם לב אובייקטיבית ואז הלכת בריטיש לא תחול לטובתו.

**ביסוס זכויות שביושר**- **אימוץ הנאמנות הקונסטרוקטיבית**. יש בעלים שבדין ובעלים שביושר- אחד מהם במונחים של דיני הנאמנות נקרא **נהנה** והשני **נאמן**. מקור הדין הזה הוא בדיני היושר שבאנגליה- עד 1979 אז התקבל חוק הנאמנות- מוסד הנאמנות הוכר אז באופן רישמי בארץ. נאמנות- **אדם מקבל על עצמו לפעול תוך זיקה לאיזה נכס תוך נאמנות לנהנה X**. בד"כ הנאמנות מפורשת במפורש ע"י מישהו חד צדדי שמקדיש נכס למטרה מסויימת או ע"י הסכם מפורש בין נאמן לבין נהנה. **נאמנות קונסטרוקטיבית**- נאמנות לא מפורשת- הצדדים לא הסכימו על איזשהו הסכם אלא החוק רואה ביחסים ביניהם כיחסי נאמנות- יחסי מוכר וקונה כאשר הכל עוד רשום על שם המוכר ודבר לא נרשם על שם הנהנה- לפי הגישה של נאמנות קונסטרוקטיבית נראה במוכר נאמן ובקונה נהנה, כי נאמן זה הבעלים שבדין. כינויו כנאמן עלול לסייע לב' בהקשרים אחרים- התיישנות. **בפס"ד צימבלר** יש את המקרה הקל כי הרוכש ב' שילם כבר את כל התמורה- אין קושי לראות בו כנהנה קונסטרוקטיבי ובעל זכות שביושר. הכלל- תביעת נהנה נ' נאמן לא מתיישנת, אלא אם כן הנאמן טוען שהוא אינו הנאמן (טוען להיעדר יחסי נאמנות). במקרה דנן, יש יחסי נאמנות קונסטרוקטיבית, מכח הדין. ביהמ"ש מחיל על העימות בין ב' ל-א' את מינוח הנאמנות והכלל, לפיו תביעתו של נהנה כלפי נאמן לא נופלת בשל התיישנות. **ס' 159 לחוק המקרקעין-** הסעיף עוסק בהתיישנות במקרקעין מוסדרים (הסעיף לא חל במקרה דנן). התיישנות לא מונעת מבעלים רשום לסלק אדם מהמקרקעין, גם אם עבר זמן ההתיישנות. **חוק הנאמנות, ס' 3ב'**- עוסק בעימות עם ג'. **ס' 5-** יש קושי להעדיף את ב' על פני ג' על סמך יחסי הנאמנות. אם אין רישום בטאבו של יחסי נאמנות, כוחה של הנאמנות יהא יפה רק כלפי מי שיודע, או היה עליו לדעת עליה. ס' 5 סותר את ס' 3ב, הפועל לטובתו של הקונה, ולפיו נושה לא יכול לרדת לנכסים שאדם מחזיק בהם כנאמן, אלא אם החוב נוצר בהקשר ליחסי נאמנות (מדובר בחובות אישיים). לפי ס' 3ב, ג' לא יכול לעקל נכסים שא' מחזיק כנאמן. במקרים רבים ג' טען לפי ס' 5 שהוא לא אמור לדעת על יחסי הנאמנות ועל כן אין הם מחייבים אותו, והוא רשאי להטיל עיקול על הנכס. בספרות**, ס' 5 לא מסתדר עם הלכת אהרונוב**. ס' 5 מבטא מדיניות שונה מהלכת אהרונוב- הלכת אהרונוב רוצה להעניק כח גם לזכויות. ס' 9 לחוק המקרקעין מחליש את המרשם ומחזק את כוחן של זכויות לא רשומות, בניגוד לס' 7ב ו10 המחזקים את המרשם. ס' 5 לחוק הנאמנות מחליש את כח הנאמנות- זוהי מדיניות שונה מזו שהנחתה הלכת אהרונוב. **פס"ד אמסטר נ' טאובר**- לראשונה, ביהמ""ש העליון ביטל את ס' 5 לחוק הנאמנות, הלכה למעשה. ביהמ"ש מכיר בסתירה של ס' 5 לס' 3ב וקובע כי הוא **לא עומד במדיניות של חיזוק הזכויות שביושר**.

**עסקאות קומבינציה**- מדובר בהסכם בין הבעלים הרשום לבן קבלן/יזם/חברה קבלנית לפיו, אם לפי היתר הבנייה רשאים לבנות כ20 דירות, 10 דירות יקבל הבעלים הרשום ו10 דירות יימכרו בשוק החופשי ע"י ב'. בדרך זו, הקבלן זקוק למימון נמוך יותר להרמת הפרוייקט. יש הסכם קומבינציה בין א' לב'. ב' מוכר לגימלים מספר דירות בשלב מקדמי ביותר, כלומר כשהנכס עוד על הנייר ולא קיים בפועל, זאת כדי להכניס תשלומים ולהשתמש בתשלומים אלו במקום במימון בנקאי. לא פעם כאשר הקבלן הופך לחדל פירעון (לעיתים אף כשאין שלד או כשאין כלל יסודות) נוצרת בעיה. מבחינת דיני החוזים אנו מבינים כי החוזה בין א' לב'- יש מפר ונפגע. במידה וב' מכר מספר דירות לגימלים לפני הקריסה ולטובת הגימלים שרכשו מטבע הדברים יש הערת אזהרה. א' מעביר את הקרקע רק בתום העברת הכספים ולכן לטובת ב' יש רק הערת אזהרה והקרקע עדיין רשומה על א'. לטובת הגימלים יש גם כן רק הערת אזהרה. הערות האזהרה לטובת הקונים יכולות להירשם כמובן רק בהסכמת א'- זאת מפני שלא ניתן לרשום הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה. המקרים שמגיעים לפסיקה הם כאשר ב' קרס, השאיר נושים שונים וכן את א' שהובטחו לו דירות גמורות שהוא אינו מקבל ואת הגימלים שהבטיחו להם דירות והם לא מקבלים. לא' יש בעיה עם הערות האזהרה- א' מבחינתו הפתרון הכי טוב זה להכניס קבלן אחר לשטח ולגמור את העניין. אבל יש כבר הערות אזהרה לטובת קונים מסויימים- א' רוצה **לבטל את זכויות הגימלים** כדי להכניס מישהו אחר להסכם כזה ולסיים את הפרוייקט. אם זכותו של ב' בטלה מכח דיני החוזים- הפרה יסודית של החוזה אז גם לגימלים אין שום זכות. זכותו של ג' תלויית זכותו של ב'. א' פונה לבימ"ש ומבקש כי יימחקו הערות האזהרה בנכסיו. גם א' וגם ג' לא הפרו את החוזה ולכאורה שניהם צודקים. ג' בא מכוחו של ב' ולכן כל הטענות שיש לא' כלפי ב' תקפות גם לג'. בהעדר הלכה ברורה נוצר מצב של קיפאון, ובסופו של דבר א' וג'- הפרקטיקה מכריחה אותם להגיע לחוזה מוסכם לא מרצון להביא את הבנייה לידי גמר. הרצון של הפסיקה בולט שלא ניתן יהיה לנפנף את ג' שיחטוף את כל הנזק ולא' כמעט ולא ייגרם נזק אם יוכל למחוק את הערות האזהרה חוץ מעיכוב הזמנים. מה שצריך היה ליצור מבחינה משפטית זו טכניקה של קשר ישיר בין ג' לא' שלא עובר דרך ב'. **בפס"ד נחשון נ' שי** מצאה הפסיקה דרך של התחייבות ישירה שלא עוברת דרך ב'. אם זו התחייבות ישירה אז למעשה גם אם יש לא' טענות נגד ב שיפנו אותן נגדו, ויתבע אותו אך זה לא יעמוד לו כהגנה נגד ג'. א' הסכים לכתוב הערת אזהרה לטובת הגימלים. עד 1994 עוד לא היה חד משמעי נושא הערת אזהרה על הערת אזהרה אך לפי החוק הנוכחי והתיקון לא ניתן לכתוב הערת אזהרה מצד ג' ללא אישור א'. בסה"כ א' מסכים שתרשם הערת אזהרה לטובת ג'. על ההסכמה הזו של א' ביה"ש בנה קונסטרוקציה- הוא בנה **התחייבות ישירה של א' כלפי ג'**. מכח הערת האזהרה גם את א' וג' ניתן לראות ביחסי נושה וחייב. הנשייה היא מכללא שטמונה בעצם ההסכמה של א' לרשום הערת אזהרה לטובת ג'. בהסכמה לרישום הערת האזהרה א'- ההתחייבות לג' היא בתחום הקנייני בלבד. גימלים שעמדו בהתחייבויות שלהם- כלומר תשלום, אז א' לא מתחייב לבנות או להשלים אלא לא למחוק את הערות האזהרה. ביהמ"ש לא רצה להעמיס על א' את כל ההתחייבויות השונות של ב', יש לה כח פאסיבי. פס"ד ברקוביץ נ' בן הראש- לפעמים א' לא מרשה לרשום הערות אזהרה עד לשלב מתקדם יותר עד שהקבלן נמצא בשלב שבו סביר כי לא יסתבך. במקרה כזה, ההלכה משתנה ואין הערות אזהרה. זוהי תגובה פרקטית של בעלי המגרש למצבים אלו וכן את התייחסות ביהמ"ש. א' הוא בעלים רשום, ב' הוא הקבלים וגימלים הם הרוכשים. הערת אזהרה שא' מסכים שתרשם לזכות הגימלים- יוצרת יריבות ישירה בין א' לג' שמביאה לכך שאף אם החוזה בין א' לב' מתבטל עדיין יש יריבות בין א' לג'. זו קונסטרוקציה שנוצרה לשם הגנה על רוכשי דירות. התגובה הפרקטית של בעלים במצבים אלו היא לדחות ולא לאפשר באופן מיידי רישום הערת אזהרה לטובת הגימלים. במקרה זה א' דוחה את הרישום עד מילוי תנאים שונים שיוכיחו את רצינותו של הקבלן- עד למקום בו יהיה הבעלים בטוח יותר בסיום בניית הפרוייקט המקטינים את הסיכון של חדלות פירעון ומגנים על זכויותיו של א'. כל עוד שא' לא הסכים לרשום הערות אזהרה למעשה אין יריבות ישירה. בעובדות האלו ביהמ"ש העליון הלך צעד נוסף לטובת הגנת רוכשי הדירות. לא תמיד כשהקבלן לא מורשה לרשום הערות אזהרה, יפגעו רוכשי הדירות אלא גם הבעלים. ב**יהמ"ש אומר שאם נאסר על הקבלן לרשום הערות אזהרה עד מילוי X תנאים, והקונים לא יודעים זאת, אך הקבלן מפר את החוזה ורושם הערות אזהרה, ביהמ"ש מרחיב את ההגנה על גימלים שלא מכירים את ההגבלות על רישום הערות אזהרה ומקבלים הערות אזהרה בניגוד למה שכתוב בהסכם** בין א' לב'. גימלים כאלו יהיו מוגנים ע"פ הלכות נחשון נ' שי. אם אין לטובת הקונים הערות אזהרה בכלל באמת הבעלים יכול לבטל את זכותם של הקונים. **פס"ד בורשטיין**- נוסף ד'- רוכש שני. ג' מוכר לד' כאשר המצב המשפטי של הקומבינציה עוד לא השתנה וכל המגרש הזה עדיין רשום על א'. הזכויות של ב' ג' והבנקים שהלוו לג' מתבטאים בהערות אזהרה על כל השטח שטרם חולק. ד' מעוניין בהערת אזהרה, שכן ליתר יש רק הערת אזהרה. לעיתים א' לא מסכים לרישום הערת אזהרה מסיבותיו שלו לד' זאת למרות שאיפשר רישום לג'. **ביהמ"ש אומר שאם מדובר בהמחאת זכות אז למעשה הערת האזהרה לטובת ד' ניתנת גם בלי אישור של א'.** יש אם כן להבחין האם מדובר בהמחאת זכות או עסקה במקרקעין. עסקה כזו בין ג' לד' היא עסקה במקרקעין ולא המחאת זכויות כי ג' התחייב לרשום בבוא העת בטאבו את ד'. מחילים כאן את דיני המחאת חיובים- אם פלוני ממחה לאלמוני זכות, והיא מבוטחת בכל מיני דברים, כמו שהמחאת זכות כשלעצמה לא טעונה את הסכמת החייב, אז שגם הדבר הטפל, הנלווה לזכות, עובר לנמחה ללא צורך בהסכמת החייב. לפי גנז, עסקה כזו בין ג' לד' היא עסקה במקרקעין ולא המחאת זכות. בפרקטיקה ד' לא יקבל הערת אזהרה ללא אישור בכתב של א'. זאת מפני שההלכה גדולה על רשמי המקרקעין ואינם יכולים להכריע בה.

**הבטחת השקעות של רוכשי דירות**- **המקרה הפשוט**- א' קבלן שהוא גם הבעלים של המקרקעין, לכאורה אין כאן בעיה, ויש פחות בעיות משפטיות. מכירת דירות ובניית דירות עורכות בארץ בממוצע שנה וחצי- שנתיים. זה תהליך שנמשך זמן רב, כשקונים סחורה לרוב מקבלים במקום או תוך זמן קצר. קונים של דירה שקונים 'על הנייר'- חלק משלמים לפני שהקבלן בונה חלק במהלך הבנייה כך שמדובר בכספים משמעותיים עבור הקונה הטיפוסי, ובמידה והקבלן נופל זה נזק עצום עבורו לכן המחוקק קיבל את **תקנות המכר**. ע"פ חוק זה יש הגבלה על אחוזים שא' ייקח מב'- כסף שיחס למחיר הדירה- ב' ישלם בשלבים לפי התקדמות הבנייה. קבלנים מעוניינים לקבל נתח יותר גדול כמה שאפשר בשלבים מוקדמים יותר כי זה אשראי עדיף מאשר לקחת אשראי בריביות מהבנק, וקונים מתפתים לכך ונענים לבקשות אלו של הקבלנים. המחוקק רוצה להגן על קוני במצב כזה ואמר שהקבלן רשאי לסטות בלקחת כסף יותר מקצב התקדמות הבנייה בתנאי שייתן ביטחונות מסויימים לקונה, הביטחונות הללו רשומים בס' 2 לחוק. יש בחוק 5 ביטחונות אפשריים, 2 כספיים ועוד שלושה לא כספיים. ביטחונות לא כספיים- רישום הקונה כבעלים של מס' אחוזים במקרקעין, להעניק לקונה שעבוד, ג1. ביטחונות כספיים- הלקוח יקבל התחייבות מגופים פיננסיים להחזיר לו את מה ששילם הקבלן במקרה שזה יתמוטט. אופציה אחת היא **ערבות בנקאית**- מדובר בערבות חוק מכר, אין מדובר בדבר קנייני אלא התחייבות חוזית מצד הבנק להשיב את הכסף. הבנק מסכים לשלם לפי התנאים שהוא חותם עליהם. אופציה שנייה היא **ערבות של חברת ביטוח**, כיום אין חברת ביטוח שתסכים לכך. **ערבות חוק מכר** היא התחייבות של הבנק להחזיר ללקוח כספים מסויימים שהוא שילם לקבלן. אם תאגיד בנקאי הוציא התחייבות חוזית לטובת הקונים על סמך בקשה של א' זה אומר שא' בעל חוסן פיננסי אחרת הבנק לא היה מוציא ע"פ התחייבותו ערבויות. שיטה זו באה להבטיח שכספים שמתקבלים למימון פרוייקט מסוים אכן ינותבו לאותו פרוייקט וכך גם תשלומי הקונים ינותבו לפרוייקט שעליו הם שילמו. כל פרוייקט, גם אם לקבלן מסוים עשרה פרויקטים, עושים את שיטת המימון לכל פרוייקט בנפרד. חברה קבלנית שרוצה לבנות פרויקט X. לפרוייקט הקבלן הולך להשיג כסף משלושה מקורות- הון עצמי, הבנק והקונים. יש אינטרס שכל הכספים הללו יהיו במקום אחד- פותחים לפרויקט X חשבון בנק סגור שהכספים משלושת המקורות שלעיל יגיעו לחשבון הפרוייקט. הבנק לא יעמיד אשראי אם הקבלן לא יביא הון עצמי. אם הכל עובד כשורה שלושתם נכנסים לחשבון הבנק אך יש לפקח גם על היציאה שלהם- כלומר שיוצאו **רק לפרוייקט ולשמו ולא לפרויקטים אחרים או מטרות אחרות**. לשם כך ממנים מפקח, גוף נפרד מהקבלן, מהנדס בניין א שמאי המקובל על הבנק ובעצם רק חתימה שלו מאפשרת לשחרר כספים מהחשבון. אם יש ניהול מושכל ההיתכנות לקריסה של הקבלן יורדת משמעותית. גם הבנק נותן כספים לטובת הפרוייקט בהדרגה לפי התפתחות הבנייה ובאופן יחסי להתקדמותה. הבנק לא חושש להוציא מכתבי ערבות בנקאית לטובת רוכשי הדירות מפני שתמיד יהיה כסף להשלים את הפרוייקט מחברה קבלנית אחרת- הוא יכול לגרום להשלמת הבנייה ע"י קבלן אחר. לפני שהבנק נכנס להסכם ליווי יש להוציא **דוח 0** על הכדאיות הכלכלית של הפרויקט- הקובע מה העלויות של הפרויקט, מה הצפי של מחירי הדירות, מה הצפי להכנסת- אם הפרויקט ריווחי לקבלן. **פרשת חפציבה** הראתה שגם זה לא מספיק. זה בא לידי ביטוי בעיקר במגזר החרדי שלחוצים יותר מבחינה כספית. חפציבה באה לפרויקטים שונים בהצעה למכור את הדירה באופן לא רישמי בלי ליווי בנקאי- הכסף לא ייכנס לחשבון הסגור אלא לחשבונות אחרים וחפציבה כלל לא תדווח לבנק על מכירת הדירות. במקרה של חפציבה כלל לא היה ידוע כמה דירות בכלל נמכרו. הקונים לא קיבלו ערבות בנקאית היות והכסף לא נכנס לבנק- הרוכשים קיבלו הנחה על מחיר הדירה ואז התברר שחפציבה הסיתה את הכספים למקורות אחרים. הכסף מהרוכשים לא הגיע כפי שהיה צפוי להיות בחשבון הבנק אלא הגיע למקורות אחרים. יש גם מצבים בהם ההון העצמי שלכאורה מצהיר הקבלן הוא למעשה הון שהוא לא מספר לבנק שהוא מכר שתי דירות ומשם הגיע ההון העצמי. ואז לכאורה החישוב של הבנק לא נכון כי אותו כסף משחק גם כהון עצמי וגם כסף מרוכשים. התיקון של החוק לפני שלוש שנים- הקבלן במידה והוא בליווי פיננסי, מחוייב על מנת להתגבר על בעית פרשת חפציבה, לתת לקונה פנקס שוברים, והקונה חייב להפקיד את הכסף בבנק שרשום על השוכר, הקבלן לא רואה כסף ומקבל אותו רק בסוף הפרוייקט.

**מגבלות הבעלות- תו"ל ושימוש לרעה בזכות**- בעשורים הראשונים לאחר חוק המקרקעין, היה קושי להסביר את ס' 14 לחוק המקרקעין, כי הוא לא הולם את מושגי היסוד בדיני הקניין. על כן, הפרשנות שניתנה לו הייתה מצומצמת. זכות הבעלות אינה מאפשרת שרירית ואינה מאפשרת הצדקת עשיית דבר הגורם נזק לאחר. כאשר הייתה תביעה להשגת גבול, בעבר לא היה שיקול דעת לביהמ"ש- אם התובע הוכיח שהוא בעל הזכות במקרקעין, והנתבע נכנס ללא רשותו (מסיג גבול), ביהמ"ש היה צריך לתת כדבר שבשגרה צו סילוק מהמקום, צו פינוי. דיני הנזיקין אומרים כי לעיתים גם אם אדם נוהג באופן מסוים המהווה מטרד לשכנו- הוא צפוי להיתבע בעוולה נזיקית ולהתחייב בפיצויים. ס' 14 למעשה לא מוסיף דבר לכך. **בפס"ד רדומילסקי נ' פרידמן**- לראשונה, נפסק לטובת מסיג גבול נגד בעלים. כשאין בעיות עובדתיות, לגבי גבול ברור, לפעמים קשה לקבוע עובדתית מי הבעלים ומי מסיג הגבול. בפס"ד שליעיל לא הייתה בעיה שכזו והיה ברור מי הבעלים של החלקים ומי משיג הגבול. מתקבלת תוצאה לא שיגרתית שבה ביהמ"ש פסק לטובת מסיג גבול- הוא לא מסיק שיש לו זכויות קניין בשטח- אלא שלא ניתן לפנות את מסיג הגבול. אם משפטית לא ניתן לפנות אותו, אמנם לא נותנים לא קניין מבחינה משפטית, אבל נותנים לו משהו שקול לכך מבחינה מעשית. גם הקנייניסטים השמרניים הסתדרו עם פס"ד זה, מדובר במקרה של מניע פסול- חידוש נוסף מבחינת דיני הקניין. אנחנו לא בוחנים מהו המניע אלא בוחנים את טיב הזכויות של הצדדים. בדיני הקניין המניע לכאורה לא רלוונטי. במקרה דנן יש מניע פסול- **נקמנות**. בעלים שמתעקש להכיל את מלוא זכויותיו על כל סנטימטר מהמקרקעין שלו- זה כשלעצמו לא נקמנות פסולה. במקרה דנן העמידה הדווקנית על הזכויות נבעה ממערכת אחרת לגמרי, מוויכוח בין הצדדים. פס"ד זה נראה כחריג ולא כהלכה. **בפס"ד בצלאל נ' סימנטוב**- כשמדובר בבית משותף, אם בונים מעבר למותר, ללא הסכמה- זוהי הסגת גבול. **תפיסת קבע ברכוש משותף, או באוויר הרכוש המשותף מהווה הסגת גבול.** בהסגת גבול אין שיקול דעת- פוסקים לטובת הבעלים, נגד מסיג הגבול. הפסיקה מעוגנת בס' 21(א) לחוק המקרקעין. שיקול הדעת במקרה כזה של הסגת גבול מסור בידי הבעלים- הוא יכול להחליט כך או כך. אם הוא בוחר להשאיר ולא לפרק את הפלישה הוא צריך לשלם עבורה (עקרון עשיית עושר ולא במשפט). גם אופן החשבון של עשיית עושר הוא נוח לבעלים כנגד מסיג הגבול ולפי ס' קטן ב' הוא צריך לשלם את השקעתו או השווי של השימוש- גם כאן יש נטייה ברורה לטובת הבעלים על חשבון מסיג הגבול. פס"ד בצלאל משקף את הפסיקה הרגילה ופס"ד רדומילסקי משקף עובדות חריגות עד כדי הכנסת גורם המניע לשיקולים. לפי ס' 16 לחוק המקרקעין גם שוכר יכול לתבוע על הסגת גבול. פס"ד גנז קבע כי ס' 39 לחוה"ח חל על כל ההוראות של חוק המקרקעין, ובכללן על ס' 9 לחוק, ולכן בעסקאות נוגדות, על מקבל ההתחייבות הראשון בזמן נוצרת חובת תו"ל כלפי המקבל השני בזמן (תו"ל קנייני שכן אין חוזה בין השניים). הראשון בזמן עלול להפסיד את זכותו לטובת הקונה השני מכח עיקרון תוה"ל. ב**פס"ד רוקר נ' סלומון** לראשונה הוחל עקרון תוה"ל על דיני הקניין. עיקרון תוה"ל הוחל בנסיבות בהן פלש שכן מסוים בבית משותף לחלקו של אחר ללא הסכמת הדיירים האחרים. בס' 21, יש שיקול דעת לבעלים לבקש ממסיג הגבול להרוס את המקרקעין או להשאיר שיעמוד לרשותו תוך תשלום מסוים למסיג הגבול. במקרה דנן נקבע **להחיל את האופציה של סילוק מהחוברים. ביהמ"ש קבע כי גם בקניין יש להחיל את תוה"ל.** הקריטריון שלו הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. כבר לא מדובר במניע פסול- מקרים שהם מעטים מאוד וכמעט ולא קיימים, אלא מדובר בתו"ל אובייקטיבי. השופט שנקט את העמדה הקיצונית ביותר בפסה"ד -השופט אנגלרד שנקט במבחן אובייקטיבי. המבחן העיקרי הוא מה יקרה אם נצווה על צו סילוק, מה התועלת שתהא למסלקים, לבעלי הקניין ומה הנזק שיגרם בעת הפעלת צו הסילוק למסיג הגבול? איזה נזק יגרם לבעלי הקניין ללא צו הסילוק? השופט אנגלרד קובע כי ס' 39 חל על חוק המקרקעין, ס' 14 למעשה נעלם ומספיק לנו ס' 39- חובת תום לב כללית- המבחן אובייקטיבי. המשקל של המניעים של הצדדים שולי יחסית ומסתכלים מבחינה אובייקטיבית- איזה נזק יגרם לכל אחד מהצדדים ומה התועלת בבחינת שני המצבים- השארת המבנה או הריסתו. **זוהי דעה קיצונית- החלה מלאה ורחבה של ס' 39.** יתר השופטים לא סוטים מדיני הקניין הקלאסיים, אלא במקרים דומים של שיקולים מוטעים- מניע פסול. השופטים מתייחסים לס 14 כאל 'שימוש לרעה בזכויות'. **ברק** מסכים כי התחולה של הס' בדיני קניין צרה יותר מבדיני החוזים- הוא לא קובע כמה צרה היא צריכה להיות- וכן לא ראוי לומר מה גבולות תוה"ל- מניחים לפסיקה לבחון מה לא משתלב עם הזמן. ברק מבחין בין מקרים שונים שיש לשים אליהם לב בדיני הקניין, לעניין יישומו של עקרון תוה"ל. ברכוש משותף יש מקום ליותר גמישות, להכיר יותר בפלישות, אם מדובר בפלישה של קבע- שיקול הדעת של השופטים תהא מצומצמת ותחולת תוה"ל תהא צרה יותר. החלת תו"ל בדיני קניין יוצרת קשר בין שניים שלא ניהלו מו"מ. לפי ס' 61 לחוה"ח חלק כללי עצמו- יש החלת תוה"ל גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה. החלת תוה"ל על דיני הקניין היא צעד נוסף בכיוון- לא רק שאין בין שנים כאלו חוזה אלא גם אין ביניהם יחסי נושה וחייב. ברק מכיר עקרונית בצורה מצומצמת אך התוצאה היא רחבה- למעשה הוא מצווה על סילוק המבנה שנבנה, היות ומדובר במקרה של קבע, ברכוש משותף. אם מדובר בפלישה קבועה אין הפסיקה רחוקה מהגישה הקלאסית- בפלישה קבעה בעת בניית מבנה של קבע שומרים על שיקול דעת רחב לבעלים לדרוש את סילוק המחוברים, החלת תוה"ל תהא צרה יותר. **בפס"ד נעמה נ' טורקיה** שניתן בתחילת 2012, ניתן לראות מקרה שהלך מעבר לפסיקה של ברק, מדובר בפלישה ברורה, והתוצאה שונה מברוקר נ' סלומון, נותנים לפולש אפשרות להשאיר את החלק שהוא פלש ולא מצווים עליו בהריסה אף שזה לכאורה פלישה ללא הגבלת זמן. ביהמ"ש מחיל מבחנים אובייקטיבים של תו"ל – משך זמן רב מאז הפלישה של החלק של המטבח (משנת 1980 ועד ל2012) וכן הפגיעה המשמעותית בהחלטה של הריסת המטבח. הפלישה הייתה של הדיירת הנוכחית. אם מסיג הגבול יעזוב מסיבה כלשהי את השטח, למעשה כן תתחדש הזכות לבקש סילוק יד הפלישה. אי אפשר להכיר במסיג גבול ולהקנות לו זכות קניינית- למעשה רק תביעה לסילוק יד נדחית אך זה לא מעניק זכויות קנייניות בשטח למישהו אחר. זוהי דוגמא לגמישות של החלת תוה"ל. ייתכן כי ההגנה מפני סילוק יד היא אישית ולא תעמוד בפני רוכש חדש של המקרקעין. נוצרת כאן בעיה לרוכש המקרקעין- לכן ביהמ"ש מפנה את הבעלים שחתכו לו חלק מהמקרקעין לרשום הערת אזהרה ברשם המקרקעין.

**ס' 15-20 לחוק המקרקעין- הגנת הבעלות וההחזקה**

ס' אלו חלים גם על מיטלטלין, ולכן מרבית עקרונותיהם יחולו גם על מיטלטלין לפי ס' 8 לחוק המיטלין. חוק המקרקעין אימץ דגם אירופאי ולמעשה בדיני הקניין הוסיף גם עילות קנייניות להגנה על ההחזקה, וכן הגנה על הבעלות. נוצרה כאן כפילות- יש דברים שישנם לגביהם עילה קניינית במקביל לעילה נזיקית. למשל הסגת גבול- שמוסדרת בעיקר בס' 16 אך לא רק, מוסדרת גם בס' 29 לפקודת הנזיקין. ס' 17 לחוק המקרקעין מדבר על אפשרות לסלק כל דבר שיש בו הפרעה לשימוש במקרקעין- בדומה לעוולת מטרד בנזיקין- גם זו בס' 44 לפקודת הנזיקין מדברת על שימוש סביר במקרקעין. אימוץ העילות הקנייניות יצרה כפל עילות שלעיתים מעלה שאלות בפסיקה. **בפס"ד רוקר נ' סלומון** עוסקים בכפל בין דיני הנזיקין לדיני הקניין. השופטים השמרניים יותר בדיני הקניין רוצים לפרש את ס' 15-19 בשונה מדיני הנזיקין, פחות שיקול דעת לביהמ"ש- היות ובפקודת הנזיקין יש שיקול דעת לביהמ"ש לצוות על סילוק או פיצויים במקום סילוק, **פקודת הנזיקין גמישה יותר**. מי שרוצה לשמור על כיוון הקניין הקלאסי נוטה כמו השופט טירקל- לפרש כי העילות הקנייניות באמת חלופיות ומגיעות גם לתוצאה אחרת- הן נותנות פחות שיקול דעת לביהמ"ש. ניתן למצוא בפסיקה גם כיוונים אחרים, גם אם יש שתי עילות, יש רצון להגיע להרמוניה משפטית חקיקתית. מצד אחד השאיפה להרמוניה חקיקתית מצד שני, אם יש שתי עילות יש למצוא את ההבדלים ביניהם. לפעמים קיומן של שתי עילות נעשה לא מתוך שיקול דעת מעמיק אלא מתוך השארה של דיני הנזיקין במקביל לדיני הקניין בלי שום קשר בין חקיקת שניהם. **ס' 17 לחוק המקרקעין קובע כי המחזיק במקרקעין רשאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע ממעשה שיש בו משום הפרעה למקרקעין או שיסלק דבר שיש בו משום הפרעה למקרקעין.** הדעה של השופטת פורקצ'ה **בפס"ד יוסף נ' עוקשי** שמדובר גם בהסגת גבול אינה מקובלת כי לענין הסגת גבול ישנם סעיפים אחרים ספציפיים לכך. המחזיק רשאי לדרוש שלא יפריעו לשימוש שלו (הפרעה משכן ולא ממסיג גבול)- זוהי הפרשנות המקובלת לס'- הפרעה לשימוש- דהיינו **מטרד**. ס' 44 לפקודת הנזיקין- נראה כי הדין הגיוני יותר וטומן בחובו איזונים ובלמים בעלי ערך- "הפרעה של ממש לשימוש סביר"- ס' 17 חד יותר ומדבר על כל הפרעה שהיא. **הנטייה היא לפנות דווקא לס' המטרד בפקודת הנזיקין כי האיזונים שהוא מכניס הגיוניים יותר**- לא כל הפרעה מזערית תזכה בעוולה. **בפס"ד יוסף נ' עוקשי** מדובר בהסגת גבול ממש- לא מדובר בהפרעת שימוש של שכנים אלא בהסגת גבול של ממש. **השופטת פורקצ'ה החילה את ס' 17 על הסגת גבול** כי ס' 17 אינו מדבר על מחזיק כדין- זאת אומרת, המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך להימנע ממעשה שיש בו הפרעה. שני הצדדים המתעמתים בפסה"ד הם פולשים- המקרקעין שייכים למדינה ויש עדות מטעם מנהל מקרקעי ישראל כי אף אחד מהצדדים לא עשה עסקה או קיבל רשות להחזקת המקרקעין. הס' אומר שכדי שאדם לא יעשה דין לעצמו- שמי שמחזיק רשאי לדרוש מהנתבע שיסתלק מהמקרקעין. הנתבע לא יכול לעלות את הטענה כי לתובע אין זכות במקרקעין- זו אינה הגנה לגיטימית לס' 17. ס' 17 מעמיד עילת תביעה אילו למחזיק שאינו מחזיק כדין. **ההחזקה עצמה יוצרת מעין זכות משפטית**, עצם זה שאדם מסוים מחזיק במקרקעין אף שייתכן שהוא מחזיק שלא כדין, למעשה מקנה לו את האפשרות לתבוע למי שמפריע לשימוש שלו שגם הוא צד שאין לו זכות החזקה. ס' 16 מקביל לס' 29 בפקודת הנזיקין וקובע במפורש מי יכול לתבוע בעילה קניינית- בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק. ס' 21 מדבר על מקרה בו מסיג הגבול בנה מבנה- אם מדברים על מסיג גבול שתפס את השטח בלי להקים עליו מבנה, מישהו שנכנס למבנה קיים ותפס חלק או את כל המקרקרעין אין זה עניין לס' 21 אלא לס' 16. זהו הס' הראשי להסגת גבול. במקרה כזה קשה למצוא מקרים בו תוה"ל חל בהם. **שימוש** **בכוח- עשיית דין עצמית- מדובר בכח במידה סבירה ע"פ ס' 18**, הס' למעשה אומר כי אדם רשאי לא לפנות לביהמ"ש ובמקרה בו מישהו פולש לשטח בעוד אדם מחזיק במקרקעין או אפילו אם עזב את הנכס פחות מ30 יום לפי 18ב, אזי הוא רשאי להשתמש בכח סביר כדי לסלקו. בס' 18 במקורו היה רשום כי תוך זמן סביר ניתן לעשות דין עצמי, הס' הוחלף ב30 יום על מנת לתת הנחיות מדוייקות יותר לעשיית דין עצמי. **רוצים להפוך בעלי ריב לבעלי דין**- המטרה היא שהסכסוכים יפתרו בביהמ"ש- עשיית דין עצמי היא חריגה. אעפ"כ הדין מכיר בדין עצמי שהורחב במשך הזמן, השופט אלון בפס"ד רוזנטיין נתן שני נימוקים:

* עשיית דין עצמית תמנע פלישות כי מי שפולש ידע שניתן לסלקו בשימוש בכח סביר גם לבד.
* יש כאן גושפנקה לאינסטינקט טבעי של אדם המעוניין להגן על קניינו.

במידה ועברו ה30 ימים יש צורך ללכת לבימ"ש ולתבוע את הפולש מכח ס' 16. ס' 19 בעל רישא וסיפא כאשר הסיפא מכניסה עירפול והוכנסה רק בשלבים מאוחרים של החקיקה. הרישא של ס' 19 אומר כי למעשה אם אני חוזרת לאחר 40 יום מחו"ל ומישהו יושב בדירה שלי, במידה וזרקתי אותו בכח סביר- חרגתי מגבולות ס' 18 כי עברו 40 יום ולא 30- אותו פולש רשאי לפנות לבימ"ש ולתבוע את סילוק הבעלים, המחזיק כדין, כנ"ל לגבי שימוש בכח לא סביר. **הרעיון מאחורי זה הוא שמירה באופן קיצוני על הסדר הציבורי- נגד אלימות**. זו קריאה פוססורית- לא דנים בזכות הבעלות אלא מתמקדים בהחזקה בלי להיכנס לשאלה מי הבעלים. בקריאה שנייה ושלישית הוסיפו את הסיפא שטורף את הקלפים- נניח והבעלים בא לאחר שבוע אך משתמש בכח לא סביר, אם הפולש ילך לביהמ"ש ויבקש לסלק את הבעלים, הבעלים האמיתי יגיש **תביעה מנגד מכח ס' 16** לסילוק הפולש- במקרה שכזה ביהמ"ש רשאי **לאחד התיקים**- ובכך לא תהא משמעות רבה ל19 רישא.

**המשכון- מועד המרשם**- **ס' 179 לפקודת החברות**- קובע כי בכל הנוגע לשיעבוד נכסי חברה חוק החברות לא רלוונטי, ועל כן סעיפים רבים מפקודת החברות נותרו בעינם. הס' קובע את **מועד המרשם** (אין מועד רישום לעניין שעבוד נכסי יחיד). פקודת החברות דורשת כי יהיה מרשם שעבודים שיירשמו **תוך 21 יום ממועד כריתת של הסכם המשכון**. המחוקק מטיל חובת רישום תוך זמן קצר לאור רישומים נוספים שנעשים, ויש אינטרס שהמידע יהיה רשום בתוך זמן קצר יחסית לגבי חברות. כאשר יש עימות בין מושה מובטח לנושים רגילים- הנושה המובטח עדיף על נושים רגילים, בין אם הנושים הרגילים נוצרו אחריו או לפניו. **פס"ד ביאלוסטוצקי** עוסק בעימות בין נושה רגיל לנושה מובטח. בדיני חדלות פירעון יש מושג הנקרא **העדפת נושים**. בשלושת החודשים האחרונים טרם חברה עומדת לפשוט רגל, אז מתחיל פירוק החברה- ס' 98 לפקודת פשיטת הרגל מאפשר ביטול עסקאות בשל חשש להברחת נכסים, או העדפת נושים. תהליך פירוק של חברה הוא ארוך ווודאי לא משהו פתאומי לכן הוגדרו בחוק שלושה חודשים שבהם עסקאות שנעשות יכולות להתבטל בשל חשש להעדפת נושה מסוים. יכול להיווצר מצב שבו חברה תשנה את מהות העסקה שלה עם אחד מנושיה כך שיהא לאותו נושה העדפה בפירוק ובקבלת החובות אח"כ. אחת הדרכים הללו היא יצירת משכון- זוהי פעולה המביאה להעדפת נושים, כל פעולה שמפרה את עיקרון השיוויון- בהינתן תנאים נוספים פוגעת בשיוויון וניתנת לביטול. בפס"ד המשכון נעשה סביב שלושת החודשים הסמוכים לפירוק אך היה פער של זמן בין הסכם המשכון לבין רישום המשכון. רישום המשכון היה בתוך שלושת החודשים, ולכן עלתה שאלה בביהמ"ש- מתי נוצר המשכון? בתוך שלושת החודשים או לפניהם? ביהמ"ש מניח שצורך ס' 98, **המשכון נוצר מרגע שכוחו יפה כלפי צדדים שלישים, היינו במועד רישומו**. בשל היותו בתוך תקופת שלושת החודשים- הוא ניתן לביטול. שעבוד שיצרה חברה ונרשם תוך 21 יום, אז הרישום תקף רטרואקטיבית והמשכון נחשב כרשום כבר במועד ההסכם, שהינו לפני שלושת החודשים. מסיבה זו הערעור התקבל. הליך זה לא נעשה במשכון ליחיד.

**שעבוד צף** נוצר בדיני היושר באנגליה בתקופת ההתפתחות התעשייתית. נושים ללא משכון, ובעלי החברות לא היו להם נכסים רבים להציע כמשכון מלבד מה שהם עובדים איתם- המפעל, המכונות, מלאי עסקי ועוד. שעבוד מקרקע את הנכס, והיה אינטרס שהנכסים הללו, המלאי העסקי יימכרו. זהו אינטרס גם של המלווה שרוצה כי החברה לא תתקע עם המלאי, תמכור אותו, תרוויח עליו ותוכל להחזיר את חובה. מסיבות אלו, דיני היושר באנגליה המציאו במחצית השניה של המאה ה19 כמענה לדרישות השוק את ה**שעבוד צף**. יש לו **יתרונות** **של שעבוד, ללא מגרעות רבות של שעבוד**. השעבוד מבטיח את הנושה רק במצב בו החברה נקלעת לחדלות פירעון ואזי הוא מעניק לנושה המובטח ביטוח לשם קבלת כספו בחזרה. הוחלט לאפשר לחברה החייבת לסחור בנכסיה, כולל במלאי העסקי את לשם התפתחות של החברה, רק במידה וזו לא תעמוד בחיוביה יוכל הנושה שעשה שיעבוד צף לדרוש את השעבוד. השעבוד לא מתייחס לנכס ספציפי אלא הוא כללי לנכסיה של החברה. לעיתים ניתן לשעבד גם קבוצת נכסים- למשל כל המשאיות של אסם. השעבוד הצף חל על קבוצה או על כל הנכסים, אך לא מפריע לסחור באותם נכסים עד שמגיע מועד בו הנושה מבחין כי החברה בקשיים ומתקשה לפרוע את חובותיה. כביכול אותו ענן ציורי שהזכיר זוסמן- המרחף על החברה מלמעלה, יורד ונוחת על הנכסים שבבעלות חברה במועד הגיבוש, ובמועד זה השעבוד הופך לשעבוד רגיל לכל דבר ועניין. אין עוד טעם להתיר לחברה לעשות עסקאות, במצב שבו היא כלכלית בחדלות פירעון, הנושה המובטח לא מעוניין לאפשר לחברה לעשות עסקים, הוא מעוניין להיפרע מנכסיה. השעבוד הופך לשעבוד רגיל. **היסודות של השעבוד הצף**- החברה רשאית להמשיך לסחור בנכסים המשועבדים, השעבוד חל גם על הנכסים עתידיים- נכסים שנרכשו ע"י החברה לאחר יצירת השעבוד. הנושה המובטח מאפשר לחברה להמשיך לסחור בנכסיה- היא יכולה למכור נכס ובכסף שבו לקנות חומרי גלם, הוא יפסיק לחול על נכסים שנמכרו אך מנגד יחול על נכסים שהיא רוכשת. בכל התקופה הזו שבין יצירת השעבוד לבין גיבושה- נכסים של החברה יוצאים מבעלותה, נכסים אחרים נכנסים לבעלותה ורק כאשר העסק מזייף ולא פורע חובות אז הנושה המובטח מחל הליך של גיבוש, השעבוד הופך לשעבוד קבוע לכל דבר. למרות זאת החברה לא יכולה למכור הכל זה לא דבר שניתן לעשות גם בשעבוד צף. מותר לעשות מכירה רגילה או עסקאות רגילות למהלך עסקים הרגיל. יש בעיה בעובדה שחברה יכולה לבצע **משכונים מאוחרים**. למעשה יכולים להיווצר **שעבודים כפולים על הנכס**. נ**ק' המוצא היא שכשיש עימות בין שני נושים מובטחים על אותו נכס, הראשון בזמן גובר**. אך לפי הכללים שיעבוד **ספציפי גובר כי הוא חל על נכס מסוים לעומת השעבוד הצף שהוא כולל**, מה גם שהשעבוד הנוסף הוא **חלק מתנאי העסקה הראשונה** שמאפשרת לעשות שעבודים נוספים. **התגובה הפרקטית** של בעלי השעבוד הצף לקושי- מכניסים באיגרת החוב, דהיינו בהסכם השעבוד **ס' מגביל** **הקובע כי לחברה אסור לשעבד כל נכס אלא אם בעל השעבוד הצף מעניק לה הסכמה מראש, בכתב**. לא רק שיש איסור על החברה למשכן נכסים, אלא אוסרים על החברה למכור נכסים למעט מלאי עסקי. הבנקים מנסחים הסכמים מראש בהם יש ס' מגביל- השעבוד הצף הקלאסי ללא הס' המגביל כמעט ונכחד מהפרקטיקה. יש נכסים שלא ניתן לשעבד בשעבוד קבוע **מסיבה פרקטית**, הם ממילא משועבדים בפרקטיקה רק בשעבוד צף כמו מלאי עסקי. כמו כן, יש צורך לתאר את הנכס המשועבד- מיטלטלין המיוצרים בייצור המוני ללא מספר כיצד ניתן לתאר?! שעבוד צף, מאופיין בכך שלא צריך לתאר במדוייק נכס מסוים הוא חל על כל נכסי החייב או על קבוצת נכסים- למשל כל המשאיות או פס ייצור וכו'. **בנק לאומי נ' בנק בריטניה**- הוא הפס"ד הראשון בו ביהמ"ש בחן את הפרקטיקה החדשה של הס' המגביל. הייתה בעייה קלאסית- מתח בין שעבוד צף מוקדם בזמן, לבין שעבוד ספציפי, משני בזמן. לבנק היה שעבוד על כלל נכסי החברה. נושה מס' 2 היה בנק לאומי, ולטובתו הייתה משכנתא על מגרש ספציפי שבבעלות החברה. ללא הסעיף המגביל, היינו לפי השעבוד הצף הקלאסי, שעבוד מס' 2, הספציפי-מאוחר, היה גובר על בעל השעבוד הצף. אולם, באגרת החוב של נושה מס' 1 הופיע הסעיף המגביל, לפיו כל משכון מאוחר טעון הסכמה של הנושה הראשון. **הנושה הראשון לא התבקש ולא נתן הסכמה**, ועל כן נוצר העימות בחדלות הפירעון. ביהמ"ש בוחן, מה השפעת הסעיף המגביל על תוצאת העימות בין הנושים. נושה מס' 2 יכול לטעון במצב כזה על הפרת חוזה ולתבוע מכח דיני החוזים. **לטובת לאומי הייתה משכנתא רשומה, היינו זכות שבדין, אך היא לא הייתה תמת לב – הנושה מס' 2 ידע על קיומו של ההגבלה באיגרת החוב, ולכן לא יכול להתגבר על ההגבלה.** נושה מאוחר יותר יכול להתגבר על בעל שעבוד צף מוקדם יותר אך ורק אם היה תו"ל, היינו אם לא ידע על קיומה של ההגבלה. בשנת 1980 נוספה פסקה לס' 169ב לפקודת החברות האומרת שאם הייתה בשעבוד פסקת הגבלה (פרקטית יש תמיד) והשעבוד וההגבלה נרשמו, **השעבוד הצף גובר על כל מתחרה מאוחר שנוגד את ההגבלה.** זוהי ההלכה כיום, על כן כעת אין חשיבות לעניין הידיעה של הנושה המאוחר בדבר קיומה של ההגבלה. יש בעיה בהתחזקות של השעבוד הצף, והנושים הרגילים מקבלים אחוז נמוך מידי מהחוב המגיע להם. בארץ הוסיפו לס' 169 את 169ד בו קבעו חריג לכלל- חריג זה מתאים לעובדות של **בל"ל נ' בנק בריטניה**. ס' זה היום קובע שבנסיבות מסויימות שעבוד ספציפי מאוחר יהא עדיף על שעבוד צף קודם אע"פ שהצף כולל הגבלה שנרשמה. מדובר ב**שעבוד לטובת מממן רכישה**. בנק לאומי העניק הלוואה לחברה ששימשה אותה לרכישת אותו מגרש שעליו הבנק לקח משכנתא- ונרשם בטאבו וברשם החברות. במקרה כזה יש עדיפות לנושה מס'2. בעל השיעבוד הצף לא ניזוק, עדיין נשמרת לו עדיפות ביחס לנכסים האחרים- העדיפות של נושה 2 היא אך ורק לענין הנכס הנוסף שאת רכישתו מימנו. לעדיפות זו קוראים **שסל"ן.** **חובות בני קדימה-** יש חובות המקבלים קדימה מסויימת- זה חובות לרשויות מס וגם חובות לשכר העובדים עד תקרה מסויימת, ואולי גם למשכיר שהשכיר לחברה ברגע האחרון. ב**ס' 354ג** נאמר במפורש כי **חובות בני קדימה עדיפים על שעבוד צף.** הפסיקה משנות ה50 אומרת כי שעבוד קבוע עדיף על חובות בני קדימה- כלומר, שאם נכס מסוים, מקרקעין במשכנתא משועבדים לטובת בנק מסוים ומוכרים את המגרש- בעל השעבוד הקבוע גובה לפני חובה בני קדימה.

**משכון מוסווה**- לפעמים הצדדים מכנים הסכם שבמהותו שעבוד בשמות אחרים, למשל ליסינג, הם יכולים להשתמש במינוחים של מוכר וקונה בלבד. החוק אומר כי גם אם הסכם נראה לפי צורתו הסכם אחר, אם **לפי מהותו הוא הסכם משכון אז יחול עליו חוק המשכון** ולא חוק המכר. כוונת הצדדים- בחינה מהותית ולא צורנית. נובע מכך כי לצדדים יש אינטרס לעקוף את חוק המשכון ולהימנע מתחולת ס' מסוימים בחוק המשכון על העסקה. מסיבה זו לא מנסחים את החוזה כנושה וחייב אלא בשפה אחרת. חוק השכירות וחוק המכר הם חוקים **דיספוזיטיביים**- אם הצדדים רוצים שהוראות החוק לא יחולו עליהם הם קובעים זאת במפורש- למשל בטפסים של הסכמי שכירות סטנדרטים רשום לעיתים כי חוק השכירות והשאילה לא יחולו על החוזה- אם מתנים זאת אז הוא לא חל. חוק המשכון הוא **קוגנטי**- כלומר גם אם הצדדים יתנו שהחוק או הוראה מסויימת שבו לא יחולו- אז בא החוק ואומר כי החוק כן יחול על ההסכם למרות רצון הצדדים להימנע מתחולת הוראות החוק. ס' 2ב למעשה לא מאפשר לו ואומר כי ההסכם לא ייבחן לפי המינוח אלא הבחינה תהא מהותית- ואם זו תעלה שההסכם בין הצדדים הוא הסכם משכון- למעשה יחולו עם ההסכם הוראות חוק המשכון. המחוקק למעשה מגן על צד שלישי. חוק המשכון קוגנטי מפני שהוא פוגע בצד שלישי. **פס"ד כספי נ' שלמה נס­**- הצדדים עשו לאמיתו של דבר ביניהם עסקת משכון אך הם הסוו אותה וכינו אותה בכינויים אחרים כדי להימנע מתכולת דיני המשכון. הם קראו לעסקה עסקת מכר או שכירות. יש מקרים בהם קשה לסווג עסקה. אם נעשתה עסקה בין א' לב'- א' חייב וב' נושה. א' הקצה מקרקעין X בחוזה- לכאורה זה נראה כמשכון לפרעון החוב, אך אם ב' לא רשם את המשכון לטובתו אז לפי דיני המשכון הוא נושה רגיל. עדיף לב' להציג את עצמו כקונה. כלומר א' מוכר וב' קונה. הנכס שעבר בין א' לב' הוא לא נכס שמשמש כמשכון אלא ממכר. בין א' לבן ב' בפס"ד נערכו פעמיים הסכמי מכר לגבי נכס X. א' נקלע לחדלות פירעון- במקרה כזה, במידה וב' לא רשם זכויות על הנכס- ב' **מעדיף להופיע בכובע של קונה ולא בכובע של נושה**. הצדדים עשו זכרון דברים ואת החוזה השני עשו ימים ספורים לפני שא' נקלע לחדלות פירעון. ביהמ"ש אומר כי ההסכם הישן יותר בין א' לב' לא ייחלץ את ב' וייתן לו את סטאטוס של קונה כי נראה כי זה לא הסכם מכר אלא הסכם משכון ועל כן ב' לא יהא עדיף על פני נושים אחרים בשל חדלות הפירעון, בהעדר רישום. ביהמ"ש השני לא העניק תוקף להסכם השני. פירעון חובות זו פעולה משפטית רצויה- אם אדם חייב כספים לנושים, אז ברור כי רצוי לפרוע את החוב. פירעון חובות בסמוך לחדלות הפירעון (שלושה חודשים- זמן סביר שבו לוקח לעסק להתמוטט) הוא בעייתי. לבעל חדלות פירעון יש אינטרס לפעמים להעדיף נושה אחד על פני אחר (חבר או בנק שעדיף לא להיות חייב לו)- ולכן אם עשה זאת ברגע האחרון זו לא פעולה רצויה. בפס"ד עסקת המכר שנעשתה ברגע האחרון- א' מטיב את מצבו של ב' ומרע את מצבם של הג' האחרים. במידה וא' הוא חדל פירעון- אז ב' בעל זכות שביושר (אם הוא קונה לא ברגע האחרון ולא משכון מוסווה)- ולמעשה זכות שביושר עדיפה לא רק כנגד מעקל אלא גם נגד ג' שהוא מפרק של א'. **ס' 16ב** לחוק המשכון- אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב. **ס' 17** קובע מספר דרכים של מימוש. אם ערך המשכון עולה על ערך החוב- היתרה שמתקבלת בעת המימוש חוזרת לחייב או לנושיו האחרים. הדרכים הללו של מימוש משכון הן קוגנטיות. יש נושים שרוצים להרוויח יותר והיו מעוניינים להכניס לחוזה ס' לפיו **אם החייב לא פורע את החוב במועד, ולא תוך 30 יום לאחר מועד הפירעון, הדירה הממושכנת תעבור לבעלות הנושה.** אם יהא תוקף לס' זה הנושה המובטח מקבל דירה ששוויה למעלה משווי החוב. נושה זה, יכול לבנות את העסקה במונחים של מכר ולהשיג תוצאה דומה. אם אנו רואים **עסקה שהצדדים מייחדים נכס מיוחד מבחינה מהותית לפירעון חוב, וייחוד זה מעניק עדיפות לנושה מסוים, זהו הקריטריון הקובע כי מדובר במשכון. מכר מותנה/ שימור הבעלות** (יישום של ס' 2ב)- מדובר על מצב של מכר באשראי, אשראי ספקים. זו בעצם העסקה הסטנדרטית בשוק. צד א' ספק, צד ב' רוכש. הרוכש קמעונאי שמטרתו למכור אותה ברווח לצד שלישי ג'- צרכנים. הפרקטיקה מכתיבה כי העסקה בין א' לב' תהא **באשראי ספקים**- כלומר א' יעביר לב' את הסחורה מיידית, זה גם צורך פרקטי כדי שב' יוכל למכור את הסחורה לגימלים. אבל התשלום של ב' לא' למעשה נעשה לאחר מספר חודשים- בד"כ בין 30-60-120 יום. זהו אשראי לטווח קצר למספר חודשים. הפרקטיקה מחייבת הפרדה בין מסירת ההחזקה לבין התשלום, רק כאשר ב' ימכור את הסחורה לגימלים שונים הוא יקבל כסף יוכל לשלם לא' ובינתיים להזמין סחורה חדשה. בזמן זה מצבו של ב' יכול להשתנות ועלול להיות בדרך לחדלות פירעון. במצב כזה א' חושש שבעצם הד' האלה, הנושים, ירצו לשים ידם על הסחורה שא' מכר לב'. כאשר ב' נקלע לקשיים הסחורה שא' סיפק לו עדיין נמצאת אצל ב', א' חושש שבחדלות פירעונו של ב' ההוא ייחשב לנושה רגיל. גם אם א' מבטל את החוזה- זה לא יכול כשלעצמו לחרוץ את ההלכה כי גם לד' יש זכויות ולמעשה אין ביטול למפרע- הנכס בבעלות ב' ואם כך גם הד' יכולים לשים ידם עליו. במיטלטלין אם הצדדים לא קובעים אחרת הבעלות במכר עוברת לקונה במסירתו. כדי להתגבר על העניין הזה בפרקטיקה ספקים עושים **ס' שימור בעלות**- כלומר ספקים בעולם מוסיפים תנאי להסכם המכר האומר כי הסחורה תישאר בבעלותם עד התשלום המלא עבורה. הספק מעוניין להפריד בין מועד ההחזקה למועד העברת הבעלות. הספק חותר למצב שבו הבעלות תעבור כנגד התשלום. בשיטות משפט אירופאיות רבות התנאי הזה עוזר ואם הוא נמצא בהסכם אז ידו של הספק על העליונה וא' גובר על הדלדים. כך פסקו בארץ עד שנת 1990- אך לא פסקו כך תוך בחינת הסוגייה אלא מהיעדר דיון בבעיה. הטענה שעלתה ב**פס"ד קולומבו**- שתנאי ס' שימור בעלות הוא למעשה משכון מוסווה ואז חל על העסקה גם **חוק המשכון**. פס"ד הלך בשיטה האמריקאית ולא השיטה האירופאית. מדובר בספק של סחורה, הוא מוכר אותה- אבל הוא מוכר שיש לו תפקיד נוסף- מלווה. הוא נותן לב' אשראי של מימון לטווח קצר. בתור ספק נכס אין לו אינטרס להשאיר את הבעלות אצלו- הוא העביר את ההחזקה בנכס והבעלות בנכס לא מעניינת אותו. הבעלות מעניינת אותו בכובע של ספק מימון- כל ספק מימון חושש מחדלות פירעון של מקבל האשראי- ספקי ממון זה לא לוקח שעבוד ואז אם הוא לא לוקח שעבוד הוא עלול להיות נושה רגיל ולא נושה מובטח- לכן הוא משתמש בבעלות, ושומר אותה אצלו עד למועד התשלום. **בפס"ד רוזובסקי**- פסקו כי הערת אזהרה היא גם סוג של שעבוד היות והיא מביאה להעדפת נושה אחד על אחר וכל טכניקה כזו למעשה מסווגת כמשכון. **פס"ד קולומבו** הלך בשיטה זו- אם כתוב בספר החוקים, יהא כינוייה של העסקה אשר יהא- לא מתייחסים לצורה של העסקה, הולכים לפי השיטה הצפון אמריקאית. פס"ד קולומבו קבע כי מדובר **במשכון מוסווה** וחל כאן חוק המשכון, וכך גם **חל עליו ס' 4 לחוק המשכון- המגן על נושים אחרים**. **בלא רישום של הסכם המשכון אין לו עדיפות על פני נושים אחרים**. ביהמ"ש אומר בקולומבו שעליהם לרשום את השעבוד. אבל מדובר במלאי עיסקי- על מלאי עיסקי אי אפשר לשעבד בשעבוד ספציפי קבוע אלא בשעבוד צף. ביהמ"ש העליון **בקידוחי הצפון** אומר כי אם הספקים ירשמו שעבוד לטובתם הוא יהא שעבוד צף ולא קבוע היות ולא ניתן לרשום שעבוד קבוע על מלאי עסקי. הביקורת הראשית הייתה שההלכה **פוגעת בחופש החוזים**, וזהו הנימוק העיקרי של פס"ד קידוחי הצפון. פסה"ד קובע כי לצורך דיני המשכון הבעלות עברה. אין תשובה אחת- בהקשר לחוק המכר א' יהא הבעלים אך לצורך דיני המשכון ב' הוא הבעלים. בUCC אין צורך להיזקק לשאלת הבעלות. יש לבחון מהותית- ספק שהעביר חזקה והשאיר את הבעלות אצלו יחולו עליו דיני המשכון. בהצ"ח המשכון שעברה בקריאה ראשונה מצוי ס' בו **המחוקק הולך לאחר פס"ד קולומבו ולא אחר פס"ד קידוחי הצפון**. **מבחינת ביהמ"ש האחרון פס"ד האחרון הוא בעצם פס"ד קידוחי הצפון וזו ההלכה על-פיה פועלים למרות זאת החקיקה הבאה להחליף את הפסיקה הזו. פס"ד קולומבו פסק כי הספקים צריכים לרשום שיעבוד- זה בוטל רק 12 שנים לאחר מכן.** הספקים לאחר קולומבו לא שינו את ההתנהגות שלהם ולא רשמו שיעבודים- סטטיסטית אפילו לא 5% מהספקים. למעשה עד 2003 הספקים הפסידו- בעימות בין ספקים לנושים יותר מתוחכמים כמו הבנקים. **חוזה קונסיגנציה-** לא מכרת לא שילמת. נהוג במצב בו יצרן יבואן או סיטונאי מעוניין למכור סחורה לקמעונאי אך האחרון חושש שלא יצליח למוכרה, ולכן שומר על זכותו להחזיר את הסחורה בכל זמן שהוא. כלומר אם ב' נתקע עם הסחורה הוא רשאי להחזיר אותה לא'. התשובה לכך בפס"ד קולמבו היא כי **הסכם קונסיגנציה נעשה כשיש חשש שלא תמכר הסחורה**. במקרה של הפס"ד הסחורה נמכרה במשך שנים בהצלחה ולכן לא היה חשש כזה, לא זו הייתה סיבה לעשיית ההסכם אלא **רצונה של קולמבו להגן על עצמה** נוכח הקשיים הכלכלים של 'מאמא יוקרו'**. ס' שימור הבעלות בא בגלל מצבו הפיננסי של ב'- זה בא להבטיח את התשלום- למעשה כך זה כמעט תמיד**. אם כך זו לא קונסיגנציה אמיתית כי אין באמת זכות להחזיר סחורה ולכן גם אם יכנו זאת כך- לפי ס' 2ב השאלה היא מהותית מה מהות החוזה. **פס"ד מעגלים-** המבקשת הינה חברה העוסקת בייצור ומכירה של פיקודים אלקטרונים למזגנים, שסיפקה סחורה למשיבות ולטענתה לא קיבלה בעדה כל תמורה. המבקשת ציינה במפורש על גבי החשבוניות, כי הסחורה מצויה בבעלותה המלאה, עד לתשלום מלוא המחיר ואילו המשיבות אישרו קבלת הסחורה, על גבי החשבוניות. המשיבות נקלעו לקשיים ומונה להן כונס נכסים, המסרב להשיב למבקשת את הסחורה, או את תמורתה אם נמכרה. **השאלה המשפטית** – האם יש לתת תוקף לתניית שימור הבעלות בהתאם להלכת קידוחי הצפון, או שמא מדובר בעסקת משכון מוסווה? בעקבות פסק הדין שנתנה השופטת אלשיך, למעשה, לא חל שום שינוי והספקים ממשיכים להפסיד. השופטת אלשיך מעמידה **בעיה מרכזית שיוצרת הלכת קידוחי הצפון**- אם עד לפני 20 שנה מיהרו לפרק חברות בקשיים, כיום, לפני הפירוק מבצעים הליכי הבראה. כל הדין של נושים מובטחים, לכאורה, מפריע להליכי שיקום של חברה. **הלכת קידוחי הצפון, אם ניישמה כפשוטה, פוגעת בכל הליכי הבראת חברות.** אולם, אם הולכים לתהליך של הבראה – סעיף 350 לחוק החברות מאפשר **לביהמ"ש סמכות להקפיא הליכים, ובכלל זה את יכולת המימוש של נושה מובטח.** אם א' נושה מובטח, אזי שבתהליכי הבראה בה מבצעים הקפאה של הליכים, **ביהמ"ש רשאי להקפיא גם מימושם של שעבודים ע"י נושים מובטחים נושה מובטח יהא חלש מבעלים.** הנושה המובטח עשוי להיות כפוף לצו הקפאת הליכים. לפי הדין הקלאסי, נושה מובטח יכול לגשת במועד הפירעון להוצאה לפועל ולבקש מינוי כונס נכסים שימכור את הנכס. **הדין, לפיו נושה מובטח יכול לפעול באופן "עצמאי" ע"י ההוצאה לפועל ולמכור את הנכסים המשועבדים פוגעת מאוד בהליכי הבראה של חברות, שכן החברה זקוקה לנכסים האלו בהליכי הבראה**. סעיפים שימור בעלות פוגע בהליכי ההבראה. על מנת להבריא את החברה, יש צורך שהמלאי יהא ברשות החברה וישמש אותה בהליכי השיקום. לדעת השופטת אלשיך, לא הגיוני שיהיה כלל גורף, לפיו ספק עשה סעיף שימור בעלות, הוא יקבל עדיפות בעת חדלות פירעון של הקמעונאי, שכן יהיה בכך כדי לשנות את דיני חדלות הפירעון. אם **הספק נחשב נושה מובטח**, אפשר לעכב את מימוש השעבוד, בניגוד לכתוב בחוק המשכון, והנכס ממשיך לעמוד לרשות החברה ומשמש אותה בהליך השיקום. לעומת זאת, אם נראה **בספק כבעלים**, לא יהיה סעיף חוק שיעכב את לקיחת הנכס וייתן אפשרות לחברה להשתקם. השופטת אלשיך, למעשה, די נטרלה את הלכת קידוחי הצפון. **כאשר עולה הטענה של שימור בעלות, הדיון המשפטי בעניינה הינו במבנה דו-שלבי:**

1. שלב ראשון- **יש להשתכנע קודם שסעיף שימור הבעלות הוא אמיתי ולא רק חוזה למראית עין.** לשם כך, נבחן אם א' נהג בסחורה מנהג בעלים. התעניין בה, קיבל דיווחים תקופתיים לגבי מכירתה וכדומה. האם א' באמת התכוון להשאיר את הבעלות אצלו. בפועל, הספקים לא עוברים את המבחנים האלה שהציבה השופטת אלשיך (לא מתייחסים אל הסחורה כאל סחורה שבבעלותם). פסיקה זו של ביהמ"ש מטשטשת את ההבדלים בין קולומבו לקידוחי הצפון. למעשה, כמעט לא מוצאים שימור בעלות אמתי, חוץ מבעסקת קונסיגנציה. **הגישה של פ"ד היא מלאכותית, אך מסייעת לבית המשפט להשיג את מבוקשו – שמירה והגנה על הליכי הבראה.**
2. שלב שני- רק כאשר מוכחת פעולה מהותית ואמתית בתחום הקנייני, היא לא תיפסל מטעמי פומביות, כאמור בהלכת קולומבו שבוטלה, וזאת לאור עיקרון חופש החוזים.

**מכר חוזר**- מדובר בצדדים המעוניינים להסוות את העסקה שהם עושים, לא להציגה כהלוואה ומשכון, על מנת להימנע מתחולת הוראות שונות מחוק המשכון. מדובר בסוג של משכון מוסווה.לעיתים, ב' מעוניין, ו-א' נאלץ להסכים, להסתיר את טיב העסקה. ב' מוכן לבנות את העסקה **בצורת מכר**- **א'** יהא המוכר, **ב'** הוא הקונה. **בשלב הראשון** המוכר מעביר נכנס לקונה, הקונה מעביר סכום כסף. אולם, בזה תמו היחסים בין הצדדים. **לשם ההסתרה, מוסיפים סעיף של מכר חוזר. יש אופציה למוכר להחזיר את הנכס / לרכוש חזרה את הנכס עד למועד מסוים (עד למועד פירעון ההלוואה), תמורת החזר המחיר.** **הרכיבים זהים לחלוטין לעסקת הלוואה גלויה.** אם מדובר במשכון גלוי, בעת מימוש המשכון, ב' ממש את המשכון ואם המחיר עולה על גובה החוב, היתרה חוזרה ללווה. אולם, אם ב' ייחשב כבעלים, דהיינו מדובר בעסקת מכר, הוא יוכל לשמור על היתרה. לפי דיני המשכון, כל עוד הנכס לא מומש, יכול החייב לפדות אותו. ב' כורת הסכם מכר חוזר, משום שהוא מעוניין להתחמק מדיני המשכון , המחייבים אותו למכור את המשכון. הוא רוצה **להשאיר אצלו את הנכס**, סחורה השווה יותר מהחוב עוברת לבעלותו של ב'. **במשכון** לא ניתן להרוויח יותר מערך החוב, היתרה חוזרת ללווה. **אם יש עסקה של מכר חוזר, הדבר צריך להדליק נורה אדומה – לבחון מבחינה מהותית, האם מדובר במשכון מוסווה. פס"ד Realit Consulting Ltd. נ' הורביץ**- ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, במסגרתו נדחתה בקשת המערערת (Realit Consulting Limited) לפס"ד הצהרתי שלפיו היא בעלת הזכויות ב-6% מסך כל מניות חברת אינסייטיקס בע"מ (המשיבה 3). לטענת המערערת, בעלותה במניות נובעת מהסכם מכר שנחתם בינה לבין המשיבה, במסגרתו מכרה לה המשיבה 2 (ג'ירוטק השקעות בע"מ) את המניות. המערערת טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי בסווגו את העסקה כעסקת משכון מוסווית. ביהמ"ש פסק, כי **בפרשת קידוחי הצפון נסתרה הלכת קולומבו רק ככל שהיא נוגעת לעסקת אשראי שנכלל בה סעיף של שימור בעלות.** **ב"מכר חוזר",** שלא כמו בעסקאות אשראי הכוללות תניית "שימור בעלות", לא מדובר בעסקה המתבצעת באופן ים-יומי בחיי המסחר הרגילים, ולכן **אין בהטלת הדרישה לרישום השעבוד, כדי להכביד יתר על המידה, על הצדדים לה**. בנוסף, ב"מכר חוזר" מדובר בנכס אחד וספציפי ולא בסחורה מתחלפת, על כן **אין כל קושי להטיל שעבוד על הנכס המשמש כבטוחה לעסקה**. הקריטריונים לקביעה האם המכר החוזר אמתי, או הוא משכון מוסווה, לפי **פס"ד הורוביץ':**

1. מחיר לא ריאלי- **האם המחיר נמוך ממחיר השוק?** אם א' רואה עצמו כלווה (מתכנן לפרוע את ההלוואה), מה אכפת לו שהמחיר יהא נמוך יותר? הוא לא יקפיד לבדוק ולקבוע את מחיר השוק של הנכס באופן מדויק, שכן בכל מצב יוכל לרכוש את הנכס בחזרה במחירו. **העובדה כי יש לפנינו מכר חוזר, והמכר החוזר נעשה בחיר שלא משקף את ערך השוק, מחזק את הנורית האדומה**. **במכר חוזר המחיר נמוך בצורה משמעותית במחיר השוק**. אומנם הוא ייאלץ לשלם ריבית, אבל הוא רוצה שהמחיר יהיה נמוך, כדי שתהיה לו אפשרות לרכוש את הנכס חזרה עד למועד הפירעון.
2. הרקע שקדם לעסקה- **בחינת המשא ומתן בין הצדדים / הרקע שקדם לעסקה**. בפס"ד Realit, המו"מ מגלה שמדובר במשכון מוסווה, כי המוכר רצה להיות לווה גלוי ואילו הקונה רצה להעניק תנאים של מכר חוזר שהיו טובים יותר עבורו. **מהנסיבות שקדמו למו"מ ניתן לראות, כי הצדדים שקלו ביצוע הלוואה ורק כשלא הסכימו הגיעו לחלופה של מכר חוזר.**
3. רישום ודווח- **בעסקת מכר**, הרוכש נוקט בצעדים של דיווח לרשויות. **אם הצדדים לא עושים צעדים לקידום עסקת המכר, מדובר באינדיקציה לכך שלא מדובר בעסקת מכר אמתית אלא במשכון מוסווה.**
4. אורך התקופה- ככל שהאופציה לרכישה בחזרה ארוכה יותר, כך הדבר מצביע יותר לכוון של משכון. **הלוואות** הן לטווח ארוך יותר, **בעוד מכר** חוזר הוא לרוב לתקופה קצרה. **בפס"ד Realit**, פרק הזמן היה שנתיים וזו אינדיקציה לכך שמדובר בהלוואה.
5. מנהג בעלים- **במכר חוזר אמתי**, עד לתאריך בו המוכר יכול לקנות את הנכס חזרה, הוא אינו יכול לנהוג בממכר מנהג בעלים. עם זאת, גם במשכון מוסווה זה כך. לפיכך, הקריטריון לא ברור לדעת לרנר.

**עיכבון**- יש הסדר כפול של סעיפים ספציפיים וסעיף כללי. מסעיפים אלו אנו למדים מהו העכבון. על עכבון חלים שני סעיפי חוק: סעיף חוק המיוחד לאותו עכבון ספציפי, וסעיף הכללי החל על עכבונות ס' 11א' לחוק המיטלטלין. מדובר ב**עיכוב נכס, עד לפירעון החוב**. ס' 11 לא קובע האם ומתי עומדת זכות עיכבון – הדבר נקבע בסעיפים הספציפיים, הקובעים את התנאים לפיהם נוצרת זכות עיכבון ספציפית. העיכבון השכיח ביותר בפרקטיקה הוא **עיכבון לטובת קבלן** (דוג' המוסך)**- ס' 5 לחוק חוזה קבלנות**. זכות העיכבון רחבה וחלה על הרבה מאוד שטחים, כי אחד מסעיפי העיכבון מצוי **בס' 19 לחוה"ח (תרופות).** תחילה, יש לבחון, **האם יש לנושה זכות לעכב את הנכס?** אם אין, כנגד הנושה תהא עילה נזיקית (עיכוב שלא כדין נכס של אחר). **הזכות נוצרת רק לפי התנאים שנקבעים באותו הסעיף.** **בפס"ד המשביר** בהקשר לסעיף 5 לחוק הקבלנות. אם אדם מסר לקבלן המתקן גם סירות וגם מכוניות, סירה ומכונית. שילם על המכונית ולא על הסירה. הקבלן לא רשאי לעכב את המכונית. **רק כאשר זכות העיכוב לטובת הקבלן מבטיחה תשלומים המגיעים עקב אותה העסקה**. בפס"ד שנים מבצעים עסקאות כל הזמן. היכן קו הגובל בין עסקה אחת לעסקאות שונות. לפי ביהמ"ש, **כל מקרה יידון לפי נסיבותיו** – השופטים מתקשים לנסח את קו הגבול. קו הגבול איננו ברור. על מנת שזכות העיכבון תיווצר, צריך לעמוד בכל דרישות הסעיף היוצר את הזכות, כפי שהם פורשו בפסיקה. **ניתן לעכב עד כדי הסכומים המגיעים מעסקת הקבלנות.** הסעיף הכללי שבחוק המיטלטלין, הקובע מס' דינים החלים על כל זכויות העיכבון:

1. **העיכבון הוא תלוי החזקה פיזית של הנושה בנכס המעוכב.** לא רק היצירה, אלא גם המשך תוקפו של העיכבון מותנה בהמשך החזקתו של הנושה בנכס המעוכב.
2. **אם עלה שווי המיטלטלין המעוכבים במידה בלתי סבירה-** לפי סעיף 11, זכאי החייב לשחרר מקצת המיטלטלין. אם הנכס ניתן להפרדה לחלקים, החייב רשאי לפנות לביהמ"ש בבקשה לקבל חלק מהנכס המעוכב.

**בעיכבון וגם במשכון** לנושה יש נכס מסוים שבבעלות החייב, נכס זה של החייב משמש כהבטחה/בטוחה לתשלום החוב שהחייב חב לנושה. **העיכבון** הינו סעד **חד-צדדי** שעושה הנושה בעצמו, ואילו **המשכון** נוצר אך **בהסכם** בין החייב. לפי ס' 11ה', **יש גם עיכבון הסכמי**. הלשון של סעיף 11א' אינה מדויקת, היה מקום למחוק את המילים – "על פי דין". **המשכון** – רק הסכמי. **העיכבון** הסכמי, או ע"פ דין. **הצעת חוק דיני ממונות לא מכירה בעיכבון הסכמי**- הגבול בין עכבון הסכמי למשכון אינו ברור – שני מוסדות קרובים מאוד עם מערכת דינים שונה. **במשכון**, אם החוב לא נפרע, זכאי הנושה לממש את המשכון. **בעיכבון**, מנגד, אין זכות מימוש, העיכבון מהווה לחץ על זה שעיכבו לו את הנכס. **סעיף 11ה'**- יש עיכבון גם על מקרקעין. עיכבון במקרקעין, בניגוד למשכון, לא טעון רישום. אולם, מנגד, מפסידים את יכולת המימוש. שני השינויים שהצ"ח מציע להכניס:

* גם בעל זכות עיכבון יהיה רשאי לממש את הנכס המעוכב.
* לא יוכר יותר עיכבון מכח הסכם בניגוד למה שכתוב בס' ה' היום.

העיכבון לפי הצ"ח הוא זכות קניינית וכוחו יהא יפה לא רק כלפי החייב אלא כלפי כל אדם. למעשה כבר היום עיכבון היא זכות קניינית אך אין זה רשום. אנו מסיקים זאת מפקודת פשיטת הרגל בס' 20א- לא ניתן להגיש תביעה כנגד אדם שהוא פושט רגל. יש להגיש הוכחת חוב לנאמן הממונה על פשיטת הרגל. הדין לא מכיר בתביעות פרטניות של נושה זה או אחר, משום שרוצים לבצע חלוקה שווה של הנכסים בין הנושים. יש כאן חסימת עיכוב ההליכים והליכה להליכי גבייה, אך בדרך קולקטיבית. לפי ס' 20ב- נושה שיש לו משכון רשאי לממש את ערבותו או עשות בה בדרך אחרת כפי שמאפשר לו הדין האזרחי- חוק המשכון, ולא להצטרף לקולקטיב. חדלות פירעון לא מונעת מנושה מובטח מימוש הנכס, כפי שמתיר לו הדין האזרחי. נושה מובטח כהגדרתו כולל גם בעל עיזבון. רק אם קיים עודף הוא יתחלק בין שאר הנושים. פרקטית **הנושה בעל זכות העיכבון ישיג תוצאה זהה לנושה בעל זכות מישכון. הפסקה הבינה כי נושה בעל זכות עיכבון הינו בעל עדיפות בחדלות פירעון על נושים אחרים, ומעדיפות זו ניתן להסיק כי כבר כיום העיכבון היא זכות קניינית. הרציונאל** מאחורי זכות העיכבון הוא **רגש הצדק**- זהו אינסטינקט מסוים- מאוד דומה להצדקה לס' 18 לחוק המקרקעין. יש טענות לגבי השבחת הנכס, כלומר הנכס נמצא אצל הנושה שמתקן אותו למשל כמו במוסך ומשביח אותו. יש לסייג את הדברים כפי שמסייג אותם **בפס"ד רשות שדות התעופה-** איפה שיש עיכבון לטובת **רשות ציבורית** גם אם משתמשים באותו מינוח- זכות עיכבון, כהחלטה של מדיניות פסה"ד אומר כי למטרות **חובות מס וכו', גם אם המדינה בוחרת לעכב- זה לא נותן להם עדיפות בחדלות פירעון**. בפס"ד כל מטוס שנוחת ברשות שדות התעופה משלם אגרה, לרשות שדות התעופה יש רק פן פרוצדוראלי- לא לתת למטוסים להמריא. **יש מדיניות לא לתת עדיפות לרשויות מס.** לעומת זאת לעיכבונות רגילים יש גם את הפן הבטוחתי. בפס"ד יש חידוש נוסף (אפשר להגיד שסותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לאור הפגיעה בקניין)- יש משכון שנוצר ראשון בזמן, כוחו יפה כלפי אחרים- הוא נרשם כדין. המטוס ממשיך להיות בהחזקת החייב, שמכניס את המטוס לתיקון וטיפול תקופתי. יש כאן עיכבון כנגד משכון קודם. החידוש- העיכבון בגין הטיפול במטוס עדיף על משכון קודם. עיכבון שני בזמן גובר על משכון קודם, יש כאן פגיעה קניינית משוכללת וגמורה- היום אפשר לעשות כזאת פגיעה בזכות קניין רק לפי ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם. ייתכן כי ביהמ"ש לא היה מגיע לאותה תוצאה אם היה נידון לאחר שנת 1992. לפי הפסיקה בעיכבון למעשה יש מקרים של תקנת שוק- בה זכות קניין מס' 2 תגבור על זכות קניין ראשונה בזמן. אנחנו לא רוצים כי הטיפול התקופתי יימנע- אנחנו רוצים לעודד את המסחר ולכן מטעמים אלו יש העדפה לעיכבון של קבלן- כדי לאפשר מסחר ועבודה רציפה.

**שכירות נכסים** -ישנו חוק ספציפי לגבי שכירות מקרקעין וחוק כללי- **חוק השכירות והשאילה**. שכירות במקרקעין היא הקניית זכות במקרקעין שחלים עליה ההוראות הכלליות שבתחילת חוק המקרקעין- הכוונה לס' 6-10. החוק הכללי מתעסק גם בשאילה. ההגדרה של **שאילה** לגמרי זהה לשכירות מלבד עניין התמורה, גם בשאילה זה הזכות **להחזיק ולהשתמש שלא לצמיתות, ההבדל הוא שאין מדובר בעסקה בתמורה**. ס' 27, הסעיף קובע אילו הוראות חלות על שאילה ואילו לא. ס' 21 לחוק השכירות חל גם על שאילה ואילו ס' 22 לא חל על שאלה. ס' 21 עוסק בהעברת המושכר, ס' 22 עוסק בהעברת זכות השכירות. זכות **השאילה** היא גם זכות קניינית, ס' 21 חל גם על שאילה. המשמעות היא שאם יש בעלים, שהשאיל את הנכס לאחר, זוהי עסקה ראשונה בזמן. לאחר מכן הבעלים מוכר את הנכס לקונה, עסקה שנייה בזמן. אם ס' 21 חל גם על שאילה אז שהקונה כפוף להסכם השאילה, כפוף לשואל (יוכל לסיים זאת בסיטואציות שונות, יותר מחוזה רגיל). **ס' 29** (סיום השאילה)- ניתן לסיים שאילה **אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו**. זכות השואל יותר חלשה מזכות קניינית אחרת אבל עדיין היא זכות קניינית. עסקאות חסד- ללא תמורה- שאילה ומתנה- ניתן יותר לחזור בהן. זכות קניינית נוספת המוזכרת בחוק השכירות היא **שימוש בלי החזקה**. ס' 31 כמעט לא שמיש בפרקטיקה, הסיבה לכך היא כי ניתן לשייך את המקרים ל**זיקת הנאה.** הדוגמא הקלאסית לזיקת הנאה היא זכות מעבר- יש הרבה מקומות בהם בונים בתים ונדרש רישום של זיקת הנאה כדי לאפשר לדיירים לצאת מביתם בלא קפריזות של צד ב'. עוד דוגמא היא כשמישהו חונה במגרש שלא שלו, זמן לא מועט, ללא הסכם (ס' 94- זיקת הנאה ללא הסכם מכוח שנים, מכח הדין)- זכות הנאה כזו מסווגת ע"י הפסיקה כזיקת הנאה. מקובל להבחין בין זיקת הנאה לזכות מס' 31- אם יש שימוש אינטנסיבי, יהא מדובר בזכות שימוש בלי החזקה (זכות מעבר, למשל ). זיקת הנאה זה שימוש פחות אינטנסיבי. הזכות הקנייינית המתוארת בס' 31 מגלמת שימוש אינטנסיבי יותר, ללא הזכות להחזיק. בפסיקה רווחת הזכות- **רישיון**. בעבר השם היה מאוד נפוץ. חשבו שאחרי הסיווג בחקיקה האזרחית החדשה יחסית, בתי המשפט לא ישתמשו במינוח הזה. למרות כן בתי המשפט ממשיכים להשתמש בה וקוראים למצבים שונים שמישהו מחזיק ומשתמש בנכס, מאוד קרוב להגדרת שכירות או הגדרת שאילה, קוראים לזה רישיון. בניגוד לשכירות ושאלה- **אין הוא זכות קניינית- זוהי זכות אישית**. כל מאפיינים הקיימים בשכירות ייתכן ויהיו קיימים אבל לא יהיו שכירות אלא רישיון (רשות)- כלומר מכאן כי ניתן להתנות על ס' 21, וליצור חיה כזו המקבילה לזכות השכירות אך היא משהו אישי. אם הצדדים בעצם התנו או במפורש שמישהו יקבל רשות, אם ב' מקבל רישיון מא' זה רק אם א' הבעלים. ברגע שא' מוכר לג'- הזכות האישית הזו נעלמת, וג' לא חייב כלום לב'. זכות זו שימשה בהתחלה בעיקר בכל מקרה שבו ביהמ"ש לא היה מרוצה מדין מסוים שחל על שכירות וחש שהוא נוקשה מידי, הפטנט היה לקרוא לכך רישיון ולא שכירות ואז להימלט מהדינים הלא רצויים שחלים על שכירות. בעבר לחוזה **שכירות** לא היה תוקף אם לא נרשם בטאבו והוא בטל לחלוטין. ביהמ"ש איפשר להתחמק מהתחייבויות, ואמר ששכירות טעונה רישום אך רישיון לא ואז כך ניתן להציל את העסקה. **דייר מוגן**- אם משכירים למישהו אחר אז מאבדים את הדיירות המוגנת. ביהמ"ש קבע שאין עילת פינוי כי לא השכירו למישהו אחר אלא בסה"כ נתנו לו רשות. **בפס"ד אלוני נ' ארד**- היה שימוש ברישיון. הורים נותנים לדור הבא, באישור הסוכנות, לשבת בחלקה. השופט ברק רצה לקבע כי מדובר בשאילת משנה, אך לעיתים מגדירים זאת כרישיון (גרים ברשות ההורים). יש רישיון שלפעמים אומרים שהוא בלתי הדיר, דבר שסותר את עצמו, רישיון זה משהו קליל, כל זמן שאתה נותן רשות זה בסדר אבל אפשר לקחת את הרשות. יש רישיון בתמורה, רישיון בתמורה לא ניתן לבטל כל כך בקלות כמו שמבטלים שלא בתמורה. ויש רישיון שאתה נותן למישהו רשות אבל הוא גם משקיע שם. אלו סיטואציות שבהן בעצם אומרים שרישיון עשוי להיות בלתי הדיר ולכן הוא יכול להיות חזק ולקבל הלכה דומה להלכת אהרונוב, שבעצם שעיקול כזה לא עומד גם למי שיש לו רק רישיון. תוה"ל החליף את ההשתק. יש רישיון, לכאורה אפשר לבטל אותו אבל המרשה, זה שנתן את הרשות יהיה מנוע- פעם קראו לזה השתק /השתק קנייני, כלומר יש לו זכות לבטל את הרישיון אבל בשל הנסיבות המיוחדות הוא יהיה מנוע. בנסיבות המודרניות מגדירים זאת כתו"ל מונע ממנו לבטל את הרישיון. **שכירות**- זו עסקה הכלולה בהגדרה הכולל שבסעיף 6 לחוק המקרקעין. ס' זה אומר כי עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין. ס' 7-10 שעוסקים בעסקה במקרקעין חלים גם על שכירות. לפי ס' 7ב שכירות שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה, או לפי ס' 8 התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מכתב בכתב.- מסעיפים אלו ברור כי כל שכירות טעונה כתב ורישום. **ס'79** אומר כי על אף האמור בס' 7-8 שכירות לתקופה שאינה עולה על 5 שנים אינה טעונה רישום והתחייבות שכזו אינו טעונה מסמך כתוב. אך לפי **ס' 152 לחוק הגנת הדייר**- שכירות של פחות מ10 שנים אינה טעונה רישום והיא תהא זכות קניינית גם ללא רישום, ס' זה עוסק אך ברישום ולא בכתב. ההלכה**- חוזה שכירות מעל 5 שנים טעון מסמך בכתב עד 10 שנים- יש פטור מרישום.** ס' 79ב- כשמביאים בחשבון גם את תקופת האופציה כדי לקבוע את אורך תקופת השכירות לעניין הרישום ולעניין הכתב. זה רק אופציה לטובת השוכר, זו האופציה השכיחה בחוזה שכירות. לשוכר יש אופציה להאריך את החוזה. אם האופציה תלויה בשוכר בלבד ולמשכיר אין ברירה להתנגד- רק במצב כזה אנחנו מצרפים את הארכה לתקופה המקורית. זאת כדי להגן על ג' שעלול לרכוש את הנכס ולא מכיר כי יש חוזה שעלול לחייב אותו גם לתקופת הארכה. סעיף 79 ב' עוסק במצב נוסף- שכירות שתקופתה כולה או מקצתה חלה כעבור 5 שנים מחוזה השכירות. זאת אומרת, יש עוד תקופת זמן שיש להביאה בחשבון לעניין ה5 או 10 שנים. זאת אומרת אם במועד מסוים נחתם הסכם שכירות שעל פיו תקופת השכירות היא X שנים המתחילה באיזושהי נקודת זמן לאחר חתימת החוזה עד לנק סיום החוזה. יש להביא בחשבון לתקופה של אורך השכירות לא רק את תקופת ההחזקה עצמה בה השוכר רשאי להחזיק. לכאורה גם **סעיף 21 עוסק בעסקאות נוגדות**- עסקה ראשונה בין הבעלים לשוכר עסקה שניה בין הבעלים לקונה. בעסקאות נוגדות- זה לא רק עסקאות מאותו סוג לגמרי אלא כל עסקה שגורעת מחברתה, אי אפשר לתת לשתי העסקאות תוקף בלי לגרוע מזכויות השני. **אם העסקה בין א' לב' עוד לא עברה לשלב הקנייני אז זו התחייבות להשכיר ואז יחולו דיני העסקאות הנוגדות**- כלומר ג' יזכה בנכס רק אם יחולו כל שלושת התנאים שבס' 9. אם העסקה בין א' לב' היא בשלב קנייני אז למעשה חל ס' 21 וב' עדיף על ג'. זה מביא לידי ביטוי את העובדה שלב' יש זכות קניינית ולכן עדיף על ג'. אם העסקה בין א' לב' היא שכירות ארוכה אז מאוד ברור לנו מתי זכותו של ב' נהיית קניינית- בעת הרישום. בשכירות קצרה זה יותר בעייתי- התפיסה הפשוטה יותר אומרת שגם בשכירות קצרה יש שלב שקודם לכן אין קניין- שלב קבלת ההחזקה. אם נאמר כי שוכר קצר לא מקבל זכות קניינית לפני שהוא מחזיק בנכס זה במידות מסויימות עלול להיות התערבות בחופש החוזים- יש הצדקה להתערב כדי להגן על צד ג'. לא ניתן להעביר קניין בשכירות קצרה, עוד לפני מועד העברת ההחזקה בשל עיקרון פומביות. יש כאן חשש מפגיעה בצד ג' שלא יוכל לדעת על מהלך שכזה. **ס' 80 לחוק המקרקעין**- לגבי שכירויות קצרות לא ניתן להסתפק בס' 9- כי לס' זה יש אלמנט של רישום ורישום לא קיים בזכויות קצרות, ולכן המחוקק מוסיף את ס' 80, אבל הגישה היא זהה לס' 9. הכוונה היא שככלל הראשון עדיף אלא אם כן השני מילא אחר שלושה תנאים- תמורה תו"ל והגורם השלישי- השלמת הקניין. בס' 9 היא מתבטאת ברישום ובס' 80 מקביל לכך היא ההחזקה. קיבל את המקרקעין- מקביל להשלמת הקניין בס' 9. בשכירות ההנחה היא שההחזקה היא בעצם השלב הקנייני, אלא אם נקבע אחרת בחוזה. **ס' 21 לחוק** **השכירות** עוסק בהיבט הקנייני כאשר הסכם השכירות בין א' לב' כבר הגיע לשלבו הקנייני- השוכר כבר מחזיק בנכס- ואז המשכיר מוכר את הבעלות לאחר. חוק השכירות אומר שאין צורך לבקש הסכמה של השוכר- אין לו SAY במקרה זה ואפשר להעביר את הבעלות. הוא לא אמור להיפגע מזה, כי המשכיר החדש בעצם כפוך לחוזה השכירות. בחלק מהשכירויות המודרניות, המשכיר המודרני מספק לשוכר לא רק את הזכות להתגורר ולנצל את העסק בצורה עצמאית אלא גם שירותים נוספים שמסופקים לשוכר. ס' 21 אומר כי בעלים חליף- הקונה של המקרקעין **כפוף גם לתנאים החוזיים של חוזה השכירות** ולא רק לתנאים הקנייניים. בשכירות יש גם חיובי 'עשה' ולא רק חיובי 'אל תעשה'- המשכיר נותן לשוכר את האפשרות להנות מהכל באופן עצמאי אך לעיתים יש גם חיובי עשה על המשכיר. ס' 21 אומר **שכאשר משכיר העביר לאחר זכויותיו במושכר רוכש הזכויות יבוא במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות. קונה המקרקעין לא רק שהוא כפוף לזכות הקנייניות של החוזה והוא כפוף לו ולא יכול לסלקו אלא הוא גם בא ועומד במקום א' בכל הנוגע לחוזה השכירות**- כל מיני חיובים שחוזה השכירות מטיל על א', הספקת שומר, תחזוק וכו', עוברים אל ג'. זה חורג מהתפיסה החוזית הרגילה. הקונה בעצם חייב בכל חיוביו החוזיים של א', ואפילו אם לא קרא ולא ידע על החיובים. זה חריג מבחינת תפיסת דיני החוזים שמישהו מתחייב לדברים שלא התחייב אליהם בפועל. **ס' 22 לחוק המקרקעין-** עסקאות הנעשות ע"י שוכר. הס' עוסק בשני סוגי עסקאות- או השכרת משנה או העברה. ס' 22 עוסק בשאלה האם ובאילו תנאים הוא רשאי לבצע עסקאות אלו. **העברת שכירות-** הסכם מכר. ב' מוכר לג1 את מה שיש לו- אין לו בעלות יש לו זכות שכירות אבל ניתן למכור זכות זו, לכן העסקה בין ב' לג1 היא מכר. **שכירות משנה-**  זו עסקת שכירות. ב' משכיר לג2 את הנכס או מקצתו. עד כה ייחדנו את המושג מכר להעברת בעלות, מי שיש לו בעלות כשהוא עושה עסקה ומעביר לאחר זוהי עסקת מכר. יש כאן סתירה כי לב' אין בעלות- אם כן מכר זה לא רק העברת זכות הבעלות. ב' לא יכול למכור מעבר למה שיש לו- **אם ב' עושה עסקה ומעביר לג' כל מה שיש לו זו עסקת מכר. אם ב' מעביר לג' חלק ממה שיש לו זו כבר לא עסקת מכר- זו עסקת שכירות** (חלק מתקופת הזמן, חלק מהדירה). **אם ב' מותיר בידיו חלק מהזכויות זו שכירות משנה.** אם בוצעה העברת שכירות אז ב' "יוצא מהתמונה"- לאחר ביצוע עסקה בין ב' לג1 נותרה שכירות אחת. לעומת זאת אם העסקה בין ב' לג2 היא כאשר ב הותיר בידו משהו זו עסקת שכירות- וזה לצד זה עומדים שתי שכירויות. ישנה השכירות הראשית, העיקרית ויש שכירות משנה. המחוקק קובע במקרקעין שככלל יש צורך בהסכמה של המשכיר אך אם המשכיר מתנגד מטעמים בלתי סבירים שיש צורך להגדיר, בשכירות מקרקעין השוכר רשאי לעשות את העסקה בלי הסכמה של המשכיר. יש רצון לעודד השכרות משנה או העברות שכירות, כי במקרקעין יש מספר מוגבל ולא רוצים שיהיו תקועים. ב' לוקח את הסיכון של הפרת חוזה כדי לומר כי הטעמים אינם סבירים ולעשות הסכם עם ג. **ס' 22(2)- חוזה השכירות אוסר על השוכר להעביר לאחר בלא הסכמת המשכיר והמשכיר מתנגד מטעים בלתי סבירים- אז השוכר לא רשאי לבד לבצע את העסקה אלא ברשות ביהמ"ש**. יש פה ס' קוגנטי- אע"פ שחוזה השכירות רק במקרקעין אוסר על השוכר לעשות עסקאות ביהמ"ש רשאי להתערב ולא לתת תוקף לאמור בחוזה. אם חוזה השכירות לא מתייחס לנושא השוכר רשאי לעשות את העסקה בלי פנייה לביהמ"ש.