

דוננו קניון

ד"ר שי שטרן
סיכום – אבישג טל

"אין פוגעים בקניינו של אדם" - סעיף 3 לחו"י כבוד האדם וחירותו.
ניתן לפגוע רק אם פועלים עפ"י תנאי פסקת ההגבלה, שמופיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

קניין = רכוש או דבר שיש לאדם בעלות עליו.
קניין זוהי מערכת של יחסים חברתיים, שיש לסדר אותם.

זכויות פטנטים

פטנט- רעיון/המצאה/גילוי, שנרשם ברשם הפטנטים. בעת הרישום, יש לבדוק שלא רשמו אותו לפני ויש להסביר מה השינוי שההמצאה יוצרת בעולם- במידה ומצליחים להוכיח, ניתן לרשום את הפטנט. העובדה שיש לאדם רעיון, לא מקנה לו זכות בעלות על פטנט.

פטנט היא זכות קניינית. (דוגמה- קופקסון של חברת טבע. תרופות גנריות- תרופה של חברה אחרת שמהונדסת ומיוצרת בשם אחר. עיקר העיסוק של חברת טבע היא בהעתקת תרופות אחרות, ויוצאת דופן היא תרופת הקופקסון שפותחה על ידי ורשמה את הפטנט ברחבי העולם. הדילמה- האם רוצים להחליש פטנטים כדי שנמשיך להעתיק תרופות או לא כדי שנוכל לשמר את הבעלות על הקופקסון? פטנט זה פקע לבסוף, וחלק משמעותי מנפילת החברה היה נעוץ בפקיעת פטנט הקופקסון, וחברת טבע איבדה חלק משמעותי מהרווח שלה). השאלה- האם פטנט היא זכות קניינית?

תשובה- כן. מה היא זכות קניינית פטנטית? היא מקנה בלעדיות אלא אם כן נותנים הסכמה לאחר להשתמש בה. המשמע הוא שיש סוג של מונופול, שליטה מלאה באותו נכס או משאב.

ברמת הפטנט, חוק הפטנטים נותן 2 מגבלות על הזכות לקניין:

1. מגבלת הזמן- פטנט לא ניתן לכל החיים, הוא ניתן לתקופה מסוימת. גם חברה שהשקיעה מיליארדי שקלים בפיתוח דבר מה, לא תקבל פטנט רחב יותר מבחינת משך ההגנה עליו. עובדה זו שהזכות הקניינית נגמרת- מדליקה נורה אדומה לגבי המונופול והיכולת לעשות כל דבר בזכות הקניינית. לכן, פטנט שונה מדירה למשל- כי הבעלות על נכס אחר לא פוקעת אחרי תקופת זמן, בשונה מפטנט.
2. רישיון כפיה- אם גורם מסוים שהוא בעל הזכות הקניינית של פטנט לא מנצל אותו באופן ראוי לטובת החברה, רשם הפטנטים יכול לתת רישיון לגורמים אחרים לייצר את אותו מוצר, גם אם הפטנט עדיין לא פקע. דבר זה קורה מכיוון שבעל הזכות הקניינית לא משתמש בה בצורה הראויה. למשל, אם חברת טבע הייתה מייצרת מעט קופקסון או מאיימת על וועדת סל הבריאות, המפקח יכול לומר שאין שימוש ראוי בזכות הקניינית. רישיון כפיה הוא בדר"כ איום, והוא זמני. רישיון כפיה אינו מהווה פגיעה בזכות לקניין. רישיון כפיה יכול למוטט חברה.

הזכות לקניין כפופה לשתי המגבלות הנ"ל.

- דיני משפחה- במידה וזוג מתגרש, התשובה תלויה במקרה הספציפי. במידה ויש נכס משותף, לפי חוק המקרקעין סעיף 7- החזקה על אותו נכס שייכת למי שהנכס רשום על שמו בטאבו (=טאבו- לשכת רישום המקרקעין). כאשר הולכים לרכוש נכס, יש ללכת ללשכת הרישום ולרשום את הנכס על שמנו. כל זמן שלא רשמנו על שמנו את הנכס, אין עליו זכות קניינית. בדר"כ, הנכס היה רשום על שמו של אחד מבני הזוג (לרוב הגבר- הטיה שובניסטית). כשהגיעו לגירושין, היה צריך להחליט למי הולכת הדירה. בביהמ"ש היו רואים שהדירה רשומה ע"ש הבעל, וההחלטה הכי פשוטה משפטי הייתה להשיב לו את הדירה. עד שלב מסוים בפסיקה הישראלית הגבר היה מקבל את הדירה במלואה.

פס"ד בבלי- תקדים. הנכס היה רשום על שם הגבר, וביהמ"ש העליון קבע כי זכות הבעלות של הגבר היא רק על מחצית הדירה, והדירה מתחלקת שווה בשווה בין שני בני הזוג. ביהמ"ש קבע שמעולם לא הייתה לו זכות קניינית בחצי השני של הדירה, וקובע כי עד אז הפרשנות המשפטית הייתה מוטעית, והתקיימה הבהרה של מה הם הגבולות של זכות הקניין של הגבר בדירה. טוענים כי החזקה היא לא לפי סעיף 7, אלא החזקה של שני בני הזוג. הלכת בבלי- לא בכל מצב שבו נראה כי זכות קניינית נלקחת או מצומצמת, יש פגיעה בקניינו של אדם.

זכויות יוצרים- מעניקות הגנה לזכות היוצר על היצירה שלו, בדרכי היא ל70 שנה. במידה ואדם רוצה לצאת מפשע שביצע, יש את האופציה של הגנות- משמע לאדם יש הצדקה ולכן הוא לא יישא באחריות. עד לאחרונה, היו הגנות בחוק לזכויות יוצרים- במידה והיו עושים שימוש הוגן ביצירה של מישהו ההסתכלות הייתה שאמנם יש פגיעה, אך החוק עצמו נתן הגנה מובנית שאם השימוש היה הוגן- הוא היה פטור מאחריות. לאחרונה, החוק שונה- וההיתר הפך להיות לגיטימי. משמע, מותר לכל אדם אחר לעשות שימוש הוגן ביצירה, והשוני הוא שיש היתר מלכתחילה ושלא נחשבת פגיעה בכלל. דוגמה- התמונה עם הקוף.

כאשר מדברים על זכות קניינית, כל ניסיון של המחוקק לצמצם או לשנות לא מהווה פגיעה בזכות הקניינית. כל פעולה, הבהרה או קביעה שנעשית ביחס לזכות קניינית לא מחייבת להיות מוגדרת כפגיעה בזכות ולא מחייבת ללכת לסעיף 8.

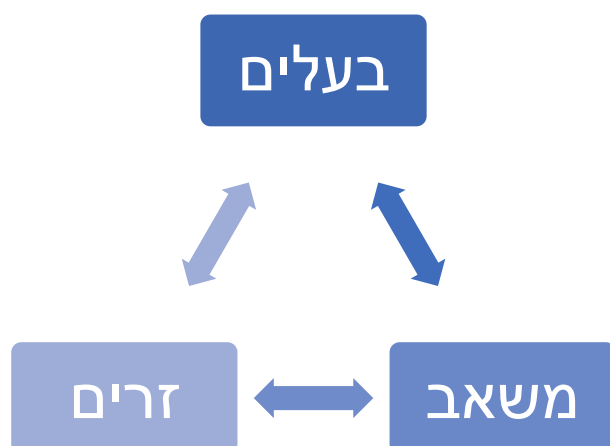
איך יודעים מתי פוגעים בזכות קניינית ומתי הדבר הוא רק הבהרה של זכות קניינית? ע"מ לענות על כך, נצטרך להבהיר מהי זכות קניינית ובמה היא שונה מזכות חוזית- שזוהי עיקר המחלוקת. לבעל הזכות יש זכות של בעל נכס ביחס לנכס- היא לא זכות כלפי העולם או אנשים אחרים, אלא זכות כלפי הנכס עצמו. כאשר אני בעל דירה, אני מקיים את הזכות למול אותה דירה. קונטקסט הדיון הוא הניסיון להבחנה בין זכות קניינית לזכות חוזית: לפי התאוריה הפרימיטיבית, זכות חוזית היא זכות למול אדם אחר, וזכות קניינית היא זכות למול הנכס עצמו.

ההמשגה המשפטית של מערכת יחסים בין אדם לנכס שונה מבין אדם לאדם, והיא בעייתית.

- התיאוריה הפרסונלית- ניסיון להבחין בין קניין לחוזים. ההבדל הוא בהיקף הקשרים שמתקיימים כשמדובר על זכות קניין, לעומת היקף הקשרים שמתקיימים כשמדובר על זכות חוזית. זכות חוזית- מדובר על מערכת יחסים בין מספר בני אדם. זכות קניינית- מדמיינים מערכת יחסים בין בעל הזכות לבין כל האנשים בעולם. הרעיון הוא שבני אדם שבידי חוזים ההתקשרות בחוזה היא עם צדדים מסוימים בחוזה, בדיני קניין- כולי עלמא (כל העולם) הופך להיות הצד השני באותו חוזה. התיאוריה הפרסונלית אומרת שברגע שמתבצע רישום בטאבו, נכרת חוזה ביני לבין כל העולם שהדירה הזו היא שלי. הזכות הקניינית כורתת חוזה רב משתתפים עם כל העולם, ולכן היא שונה במאפייניה מזכות חוזית שנעשית עם כל גורם פרסונלי כזה או אחר. זוהי קביעה עקרונית, רעיונית, שלפיה לכאורה נכרתים חוזים כתוצאה מאותה זכות קניינית שאסור להשתמש באותו נכס לדוגמה.

מחפשים הבחנה מהותית בין קניין לחוזים- יש זכויות מסוימות שמכונות זכויות קניין, ויש זכויות מסוימות שמכונות זכויות חוזים. כל ההבחנה בין קניין לבין חוזים, מאומצת משחר ההיסטוריה. ההבחנה הכמותית הזו לא תתן לנו מספיק כוח או משמעות.

- התיאוריה המודרנית הקלאסית- מדברת על יחס משולש. אומרת שזכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת שניתנת להערכה כספית. מה שמייחד את הזכות הקניינית הוא הזיקה הבלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של חייב. בתיאוריה זו משתמשים לרוב וזוהי התיאוריה הנכונה יותר מבין השניים.



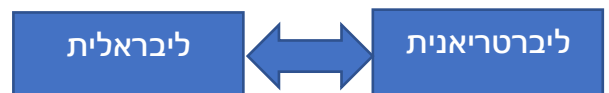
ההבדל בין חוזה לקניין הוא שבחוזה, ניתן לכרות חוזה ולקבוע חיובים אך אין להם בהכרח נגיעה לנכס מסויים. לעומת זאת, זכות קניינית היא אינטראקציה בין שני אנשים שעוסקת בנכס ומקנה לבעל הזכות קניינית גישה בלתי אמצעית אל הנכס (למשל משכנתא- לקיחת הלוואה מהבנק לצורך רכישת דירה). הבנק יכול לדרוש את הבטחת ההלוואה ברישום של משכנתא בקרקע. כלומר, הבנק יכול לומר שהוא לא בוטח באדם שיצליח להחזיר את כל הכסף, ולכן הבנק דורש ערובה מסוימת כדי שבמידה ולא תפרע את ההלוואה במועדים הקבועים- הבנק יוכל לפנות ישר לנכס ולממשו- ולא לאדם, במידה והאדם לא יעמוד בהתחייבותו כלפיו. (זהו משכון- ערובה וודאית למימוש ההלוואה. הבנק רוצה לרשום את המשכון שלו, את הזכות שלו, על הנכס- ובמידה וההלוואה לא תיפרע הבנק לא צריך לרדוף אחרי האדם ויכול לממש את זכותו מול הנכס באופן ישיר).

במידה של חובות אבודים כמו מוות, הבנק מפסיד את הכסף. משכנתא היא זכות קניינית, והבנק יכול לדרוש משכנתא- זיקה בלתי אמצעית אל הנכס במידה ותהיה לו בעיה במערכות החיובים עם האדם. הבנק לא רוצה להצטרך אף אחד כדי לממש את הכסף- הוא יפנה ישירות לנכס ויפרע את החיוב שלו באמצעות הנכס עצמו. ברגע שבנק מאפשר להסיר את המשכנתא, הוא מאפשר לעצמו לחזור להיות בסטטוס החוזי ומסכן את עצמו. הסיבה שהבנקים מתעקשים על משכנתא (במיוחד להלוואות גדולות), היא מכיוון שהיא נותנת להם זכות קניינית והם עוברים מהמישור החוזי (התחייבויות הדדיות) אל המישור הקנייני- שמקנה להם נגיעה ישירה בנכס במידה ומשהו קורה.

משכנתא=משכון במקרקעין, נרשם גם בטאבו (בלשכת המקרקעין) וגם בלשכת המשכונות.

דיאלוג של תפיסות קנייניות:

1. מישור נורמטיבי:



התפיסה הליברטריאנית (בלקסטוניאנית)-

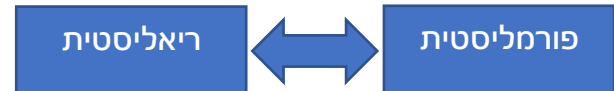
וויליאם בלקסטון- הוגה דעות, פילוסוף ומשפטן אנגלי. כתב שני ספרים, "commentaries" על החוק האנגלי, שהפכו אותו לכהן הגדול של התפיסה הליברטריאנית (בלקסטוניאנית). כתב שהקניין נמצא בשליטתו המוחלטת והבלעדית של הבעלים. משם הובן שהתפיסה של בלקסטון היא שקניין הוא שרירות בעלים מוחלטת- כלומר, מרגע שהופכים להיות בעלים של זכות קניינית, אפשר לעשות מה שרוצים עם הקניין. ע"מ שיכבדו את המונופול שלי, יש להבין שגם לאחר יש מונופול. כל אחד הוא הבעלים הבלעדי והשליט היחידי על נכסיו- "שלי שלי ושליך שליך". הדבר השני שנובע מכך, הוא שכל גריעה בזכות הקניין שלי תהווה פגיעה בקניין. משמע, תקדים בבלי ייחשב פגיעה לפי תפיסתו של בלקסטון. לאדם יש חירות מוחלטת לבצע ככל שירצה בנכסיו, והתערבות של המדינה בנכסיו נחשבת פגיעה בקניין לפיכך (כמו מיסים או הגבלת בניה). תפיסה מוניסטית אולטימטיבית.

התפיסה ההופלדיאנית-

ווסלי הופלד- פרופסור מייל, עשה טבלה שחילקה מבחינה רעיונית את הזכויות והחובות בחברה, הוא מצא שמות למערכות יחסים מקבילות והסביר מתי יש זכויות וחובות. זוהי אבן דרך בתורת המשפט. לעניין הקניין, הופלד מסתכל על הקניין בתור דבר מודולרי. בעוד בבלקסטון ברור שזכות קניין היא שרירות מוחלטת של הבעלים, הופלד אומר שזכות קניין היא לא אמירה ברורה. לדוגמה, לגו- אדם יכול לסחור בו, להשתמש בו, לשנות אותו, וכו'. לפיו, אדם לא חייב לשלוט, לנהל, או להשמיד נכס, כי לעתים זכות הקניין מאוד מצומצמת לפיו- למשל זכות שכירות היא זכות שימוש מאוד מצומצמת- לא ניתן לסחור בה או לנהל אותה. זוהי למשל זכות קניינית שכוללת חלק מהמאפיינים של זכויות קנייניות, ולטענתו הסוחר בבית המגורים הוא לא מונופוליסט לגביו. לפיו, ניתן להבנות בכל מקרה את הצורה או את המאפיינים שרוצים לתת לזכות. למשל, ניתן לאפשר לסוחר למסחר את זכות השכירות שלו, או לא לאפשר לו. אי אפשר להסתכל על זכות קניינית כזכות עם גבולות מונופוליסטיים ברורים כמו בלקסטון. זכות קניינית מוגבלת לזכויות או שימושים מסוימים. זהו אגד זכאויות- אוסף זרדים שניתן להוציא או שאי אפשר להוציא, בעוד אצל בלקסטון זוהי עסקת חבילה- השליט הבלתי מעורער של אותו משאב.

הבחנה בין שני קצוות של תורות קנייניות:2. מישור תורת-משפטי:

התפיסה הקיימת בישראל היא מעין תפיסה אד-הוקית: הכל תלוי בשופטים ובערכים שלהם והיא נמצאת בין הפורמליסטית לריאליסטית.



תפיסות פורמליסטיות- תפיסה צורנית, שמסתכלת על תבניות. מקפידות יותר על הצורה מאשר על התוכן. שבלונות מובנות בחוק- למשל סעיף 7 לחוק המקרקעין. מבחינת תפיסות אלה, לעולם לא נגיע להלכת בבלי כי יש קיום של הדרישה הצורנית הברורה בחוק. תפיסות אלה הן לא גמישות. היתרון הבולט שלהן הוא הוודאות המשפטית- משמע אם נכנסים לעסקה, יודעים מה בדיוק צריך לעשות כדי שהזכות שלי תהיה ברורה ומוגנת. בתפיסה הפורמליסטית קל להעריך סיכויים בצורה ברורה.

תפיסות ריאליסטיות- מתחשבות יותר במציאות ובעולם, וגמישות יותר מהפורמליסטיות. מסתכלות על המקרים האמיתיים בשטח. היתרון הוא לא רק איזונים או צדק- אלא יש ניסיון לבירור של הזכות הקניינית. החיסרון הוא באי וודאות, וכפיפות רבה לשיקול דעת של שופטים- שזהו דבר שמביא לאד-הוקיות (פסיקות פר מקרה, לא פסיקות רוחב), וכך נהיה נתונים לתפיסות עולמם של השופטים (ניפול על שופט ליברל למשל). דבר זה שומט את היציבות והאי וודאות, ומכפיף אותנו לסוכני המשפט. דומות לתפיסה ההופלדיאנית- אין תבנית או פורמולה שאליה מכניסים את כל הנתונים כדי לקבל תוצאה. כל מקרה לגופו. בתפיסה הריאליסטית הערכת סיכויים היא קשה עד בלתי אפשרית.

דברי השופט שטרסברג כהן בסעיפים 7-9 לפס"ד **בן חמו נ' טנא נגה בע"מ**:

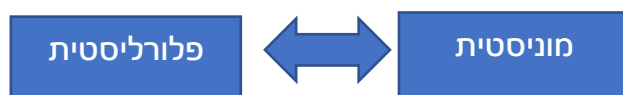
טענות הצדדים מוקדו בשאלת קנייניותה של זכות ההפצה. זכויות קנייניות היא מונח שהאדם טבע, ומה שקובע את ההגנה שהמשפט ייתן לזכות מסוימת הם המאפיינים שלה והאינטרסים שלה, ולא רק ההגדרה שלה כזכות קניינית.

לטענת השופט, הסיווג של זכות מסוימת צריך להתבצע בכל מקרה לגופו על רקע מאפייני הזכות באותו הקשר, ולא באופן כללי ומופשט. זוהי גם הגישה הרווחת בפסיקה והיא מצטטת את דברי השופט ברק- שטוען שזכות צריכה להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. השופט דנה בשאלת סיווגה של הזכות כזכות קניינית, ומנסה לענות על השאלה:

לפי השופט, ההגדרה של זכות קניינית היא בעייתית ורבים לא הצליחו להגדיר אותה, אך נתנו בה מספר סימנים:

- **עבירות**
- **עצמאות** – כונו ע"י פרופ' לבונטין כקיימות כבר, ככאלה שבעל הזכות יכול לממש בלי אישור של אחר.
- **מיידיות**
- כפיפות הזכות לעקיבה- מאפשרת לבעל הנכס לעקוב אחרי הנכס שיש לו זכות עליו.
- עדיפות על כל זכות אחרת- מעניקה לבעל הזכות את האפשרות לאכוף אותה מול כל אדם באופן שימנע מהאחר שימוש בנכס שיש לאדם זכות עליו.
- יחודיות- מאפשרת לבעל הזכות לשלול מהזולת שימוש בזכות במקביל.

הרשימה אינה סגורה, כאשר בין הסממנים יהיו כאלה מובהקים יותר ומובהקים פחות. לפי דוויטש, זכות קניין בנכס היא תמיד 100%, גם אם יש שותפים לזכויות. לא תמיד אפשר לייחס לזכות מאפיינים מובהקים של זכות קניינית (לפעמים נייחס זכויות שע"ג הקשת הן קנייניות מובהקות, וכאלה שהן אובליגטוריות מובהקות- כלומר זכויות רגילות מחייבות). ישנן גם זכויות שנמצאות בין קצוות הקשת שמאפייניהן אינן חד משמעיים, ובמקרים כאלה שהזכות היא יצור דואלי, דו משמעי- נקבע את אופי הזכות לפי חילוך המאפיינים הדומיננטיים מתוכה. ושוב שטרסברג כהן שואלת את השאלה: היכן על הקשת מצויה זכות ההפצה?

3. מישור התחולה:

תפיסות מוניסטיות - תפיסה שמבוססת על ערך אחד. בוחנים את המציאות באמצעות ערך אחד, הערך הבולט בזכות לקניין מצוי בשתי תפיסות בתוך התפיסה המוניסטית: שתי תפיסות מוניסטיות:

1. מבוססת על ערך חירות הבעלים - תפיסה זו תומכת בתפיסות ליברטריאניות שמייחסות חשיבות בלעדית ואולטימטיבית לערך חירות הבעלים. כמעט בכל פעולה שנעשית, חירות הבעלים מצומצמת באופן מסוים. יש לבדוק אם משהו בחירות הבעלים נפגע.
2. מבוססת על ערך הרווחה המצרפית - יעילות. תפיסה נוספת שמקדשת ערך יחיד. לפי ערך זה, מכריעים סכסוכים בהתאם למשוואה הכלכלית של העלויות והרווחים של כלל הציבור. במקרה שרוצים להפחית את תאונות הדרכים, אנשי הכלכלה יגידו ש300 תאונות בשנה הן לא כ"כ נוראיות כי לטענתם, הסתה של כספים למלחמה בתאונות הדרכים לא תעזור, ולמשל יתנו עדיפות למתן הכסף לתקציב הבטחוני. הכרעה כזו תעשה בהתאם להחלטה היעילה ביותר מבחינה חברתית. דוגמה נוספת - סל התרופות.

תפיסות פלורליסטיות - תפיסה שלא מכריעה על בסיס ערך אחד אלא מאזנת בין ערכים שונים. תפיסות פלורליסטיות מאזנות בין חירות הבעלים לבין ערכים קהילתיים אחרים. למשל, אדם שגר בדירה הוא בעל הדירה שלו ויש לו בעלות משותפת על הרכוש המשותף. במידה והוא רוצה מעלית שבת או לתקן את הגג - האדם לא יכול לבצע את ההתקשרות עם הגורמים לבד (למרות שזוהי זכותו לגור בבניין נקי או לעלות במעלית שבת). הוא לא יכול לעשות כרצונות בנכסיו. הערך שמתנגש ומצמצם את ערך הבלעדיות הוא ערך הקהילה (ערך המחויבות). גם כבעל קניין, האדם אינו פועל בעולם ריק. זכות הקניין של אדם כפופה למחויבות שלו כלפי הקהילה. (פרק הבתים המשותפים בחוק המקרקעין מגדיר את האיזון בית חירות הבעלים למחויבותו לקהילה); איזון זה הוא ביטוי לתפיסה פלורליסטית. חלק גדול מהמתחים שבין חירות היחיד לחובותיו כלפי הקהילה באים לידי ביטוי כאן (למשל אדם שמסרב לתכנית פינוי בינוי - תמ"א 38).

לסיכום דיאלוג של תפיסות קנייניות:

מישור תורת משפטי	פורמליסטית	ריאליסטית
מישור התחולה	מוניסטית	פלורליסטית
מישור נורמטיבי	ליברטריאנית	ליבראלית

- כל תפיסות הקניין ככלל מכירות בערך חירות הבעלים כערך שחייבים להתייחס אליו. השאלה המבדילה בין כל שיטה, היא האם זהו ערך בלעדי או ערך קיים שצריך לאזן מולו ערכים אחרים. תפיסת הקניין הליברלית נותנת משמעות לחירות הבעלים.

חוק השכירות ההוגנת - החל בתור יוזמה של פעילים חברתיים שאמר כי במרכז בעיקר ישנו כשל שוק: ישנם בעלי דירות ריקות שהן דירות להשקעה ומוכנות לשכירות, וישנם צעירים רבים שמחפשים מקום לגור - ולכן כולם רוצים להתפתח במרכז. לכן, הם מוכנים לשלם סכומים מופקעים, כאשר בעלי הדירות מסרסים בדירות (משכירים חדרים מזעריים במחירים מופקעים ומנצלים את מצוקתם של השוכרים). סתיו שפיר רצתה לחוקק חוק של שכירות הוגנת: עיקר החוק אומר שלבעל דירה אסור להעלות את שכר הדירה ביותר מ-3% לשנה, או לתת יציבות לדיירים במתן חוזה ל-3 שנים. לטענתה, חוסר הרגולציה של המדינה הסתכלה על הזכות כזכות ליברטריאנית כאשר לבעלי הדירה מותר היה לעשות כרצונם בנכס. סתיו שפיר רצתה לצמצם את זכות הקניין של הבעלים כדי להתחשב ביעילות הכלכלית וברווחה המצרפית. היא רצתה להטיל מגבלות על הבעלים, כי הם פוגעים בשוק הדיור. היא טענה שישנם ערכים נוספים שנפגעים; ושנוצרת מצוקת דיור קשה. איילת שקד כתבה שאסור לקבל את החוק של סתיו שפיר מכיוון שטענה שהוא פוגע בחירות הבעלים. אחרי שנים רבות שהחוק נתקע בהם לאחר המאבק האידיאולוגי-ערכי ביניהן, נולד חוק מצומצם, וזה הדבר

שאומרת התפיסה הפלורליסטית-ליברלית: על המחוקק ליצור מוסד קנייני שילך לפי נוסחה שתיתן ביטוי לאיזון בין שני הערכים (איילת שקד מול סתיו שפיר). זוהי הדרך הנכונה לבנות מוסדות קנייניים.

מי שאמור לעשות איזון ערכי ולקבוע את גבולות זכות ההפצה הוא לא השופטים אלא המחוקק, ולכן שטרסברג כהן **בפס"ד בן חמו** לא נהגה כראוי. בסופו של דבר, על השופטים להחזיר למחוקק.

התפיסה של השופט חשין היא תפיסה ליברטריאנית.

תפיסות פלורליסטיות- ליברטריאניות מאזנות בין מספר ערכים, כאשר על האיזון להתבצע בידי המחוקק ולא בידי השופטים.

בעיות בתפיסה:

• תפיסה ליברטריאנית-

1. ביקורת תיאורית- התפיסה הליברטריאנית לא מתארת שום מוסד שקיים בעולם היום מכיוון ששום מוסד לא מאמץ את ערך הקניין כתפיסה יחידה (אין מוסדות כאלה כיום שיש בהם חירות מוחלטת לבעלים בנכסיהם).
2. ביקורת דיסקורסיבית- לכאורה נורא ברור מהי זכות קניינית.

• תפיסה הופלדיאנית-

1. אד הוקיזם- הכל תלוי בשופטים עצמם.
2. פריקות יתר של הזכות- אין לנו אמירה שמתחילה את השיח, הדבר לא אומר לנו כלום.

למשל בתמ"א 38- במידה ויש דייר סרבן, גם אם הגענו לרוב של 80%, ממשיכים לבנות ומפנים את הדייר. ההשלכה של הדבר היא שביהמ"ש אינו יכול לקבוע בהסדר הקנייני, אך יכול לשפוך אור (גם חסידי האקטיביזם השיפוטי לא חושבים שביהמ"ש יכול לקבוע חוק כשהמחוקק לא נתן את הסמכות).

מאפייני הזכות הקניינית:

1. שליטה וניהול- בלקסטון. הזכות הקניינית מקנה לבעליה את הזכות לשלוט ולנהל את הנכס. בכל זכות קניינית חייב להיות יסוד של שליטה וניהול של הבעלים. השופט חשין ייצג תפיסה ליברטריאנית- בלקסטוניאנית של קניין שמקנה חשיבות עליונה לחירות הבעלים. בהפקעות קרקע- נצטרך למצוא דרך להתמודד עם אובדן השליטה והניהול של אנשים שהקרקע שלהם מופקעת. Suzette kelo - פס"ד אמריקאי מ-2005. ביהמ"ש העליון האמריקאי בוחר 200 תיקים בשנה לפי תיקים שיכולים לשנות מצב קודם או שנמצאים בסערה ציבורית (כמו נישואים חד מיניים או אובמה-קר). ביהמ"ש החליט לקבל תיק של הפקעת קרקע מבעלים לטובת מיזם שהעיריה רוצה להקים. ביהמ"ש העליון האמריקאי דן בתיק לא מתוך אינטרס מסוים אך פגיעה בקרקע ע"י הרשויות מהוות את האתגר העיקרי למאפיין של שליטה וניהול.
2. פומביות- נושא חשוב מכיוון שלא מדובר בחוזה פרטני ומדובר בזיקה בלתי אמצעית לנכס שמחייבת את כל העולם: כל זמן שלא רשמנו את הזכות בלשכת רישום המקרקעין, אנחנו לא בעלי הזכות הקניינית בנכס. יכולות להיות לנו זכויות חוזיות אך כל זמן שאנחנו לא רשומים בטאבו כבעלים, אנחנו לא בעלים של זכות קניינית. לפי סעיף 7 לא לחוק המקרקעין: "עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום". עד לרגע הרישום- אין קניין. יש התחייבות. המטרה במקרקעין היא לרשום את הלוקחות כבעלים כמה שיותר מהר- זוהי מטרת העל הסופית והאולטימטיבית. פומביות היא חלק משמעותי ממקרקעין, ובמצבים של היעדר רישום- נותנים חשיבות גדולה לפומביות.

3. עקיבה- עפ"י התפיסה הקלאסית-מודרנית אמרנו שבזכות קניינית יש לבעלים זיקה בלתי אמצעית לנכס (כמו משכנתא שאפשר לגבות ישירות מהנכס את החוב). במידה ואיבדתי טלפון וכעת נתקלתי במודעה שמוכרת אותו, האם אני יכולה לדרוש אותו? הדבר לא פשוט. במקרים מסויימים, הלקיחה חזרה של הרכוש לשעבר תימנע. תיאורטית, הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר. נושאים שבהם הדבר בא לידי ביטוי- תחרויות, מקרים שבהם מספר אנשים מתחרים על הנכס. מעשית, דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'.
4. שימוש- הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם. האם מותר לי לשרוף את המונה לזיה אם קניתי אותה? (playing darts with Rembrandt- האם מותר לי להרוס נכס שקניתי?) המקרה של בנקסי שגרס את הציור. דברים שהם בעלי ערך ציבורי כמו תמונות בעלות ערך ציבורי או בניינים לשימור- לא ניתן לעשות בהם מה שרוצים, גם אם הם הנכס שלנו. ישנם מוסדות קניינים מסויימים שבהם הכרענו את התשובה שלא ניתן להשתמש בהם כרצוננו. (כך מאזנים בין זכות הקניין לערך הציבורי, למשל כל הבניינים בשדרות רוטשילד משומרים וחייבו את הבעלים).
5. רכושיות- שיש לנכס ערך כלכלי.
6. חיובים- זכות הקניין של אדם היא אינהרנטית וכוללת בתוכה חיובים כלפי אחרים. ישנה נורמה של חובה חברתית שמשוקעת בדיני הקניין (בעלי קניין תמיד היו מחוייבים כלפי הקהילות שלהם וכלפי אנשים אחרים)- המחקר של גרגורי אלכסנדר מאוני' קורנל: social obligation norm. ניתן למצוא גישה זו במיוחד ביישובים קהילתיים, שבהם יש וועדות קבלה, ולא ניתן למכור את הנכס במידה ולא התקבל אישור. אחד המאפיינים של זכות הקניין היא החובות שהיא כוללת כלפי אחרים, והחובות משתנות בהתאם למוסד הקנייני שאנו נמצאים בו (החובות שנגזרות מהקהילה אליה משתייכים, אך הזכות עצמה כפופה לחובות שנלמדות מן הזכות).
7. עבירות- אדם יכול להעביר את הנכס, את המשאב שלו, לאדם אחר. מאפיין זה הוא מוגבל- למשל ירושה. חוק הירושה קובע שמותר לאדם לקבוע 2 דורות קדימה מי יקבל את הירושה. לאחר 2 הדורות, נגמרת הזכות לקבוע את עבירות הנכס, מבחינת שיקול כלכלי- במידה ואדם מקבל נכס אליו ויכול לעשות בו כרצונו, ושיקול חברתי- אם הייתה הורשה מלפני 500 שנה כנראה שרוב בעלי הנכסים היו גברים כי ההורשה תמיד הייתה לגבר הבכור, וחלק מהשינויים החברתיים שלנו לא היו קורים מכיוון שלקניין יש כוח שנותן לאדם חירות לפעול בעולם ונשים לא היו מצליחות להתקדם.
8. עדיפות
9. עקרון הרשימה הסגורה- מנסה לצמצם את הריאליזם המשפטי: מנסה לומר שהמחוקק צריך לתת לנו רשימה סגורה של מוסדות קנייניים שנפעל בתוכם (סעיף 161 לחוק המקרקעין). יש לעשות סט מוגדר של מוסדות קנייניים כדי לא ליצור מצב שבו כל אדם יקבע לעצמו את ההרכב של הזכויות הקנייניות. רוצים לשמור על משטר קנייני מסודר, שבו כל אדם שירצה לבחור לעצמו מוסד קנייני יוכל להבין עד כמה הזכות שלו כפופה לחובות כלפי יתר האנשים (למשל אדם שרוצה לגור בקיבוץ או מושב). טעמים לעיקרון זה: - טעם כלכלי: צדדים שלישיים כמו בנק שהזכויות לא יהיו ברורות לו ולא יהיה מוכן לתת משכנתא. חלק משמעותי מהפעולה של השוק הישראלי העולמי מבוסס על יציבות ווודאות של מוסדות קנייניים. במידה ולא נקבע רשימה סגורה וכל אחד יוכל לקבוע לעצמו כרצונו- נביא למצב שבו חיי המסחר יתעקמו בצורה משמעותית כי הבנק יחשוש שלפתע הוא לא יהיה זכאי לגבות מהנכס, ולכן אנחנו צריכים שצדדים שלישיים כמו בנק ידעו בדיוק מהו הסט של הזכויות. הביקורת היא שזהו לא מספיק לרגולציה דווקנית ונוקשה. - טעם נורמטיבי: הכרעה נורמטיבית חברתית. היחיד שצריך לקבוע הוא המחוקק ולא ביהמ"ש.

חומרי קריאה - סיכום:ויסמן - מאמר: הבסיס העיוני לקניין הפרטי:

תיאוריות שונות הוצעו להצדקת הקניין הפרטי, והן עוסקות בשאלה הערכית. המאמר סוקר את התיאוריות והשפעתן על הדין הפוזיטיבי בתמציתיות.

הדין הפוזיטיבי בישראל מושתת על הכרה בקניין הפרטי, ולכן לא דנו בתיאוריות חברתיות ששוללות אותו כמו קיבוצים או סוציאליזם. מספר תיאוריות להצדקת הקניין הפרטי:

תיאורית התפישה - לגבי נכסים פנויים שאינם בחזקה או בעלות של אף אחד, מי שתופס אותם ראשון מתוך כוונה לזכות בהם - יהיה הבעלים שלהם. גישה שמקובלת על חסידי המשפט הטבעי אך הביקורת היא "הצדקנות שבחטפנות" - במקרה זה הצדק לטענת המתנגדים הוא לחלק את המקרקעין שווה בשווה.

לגבי מיטלטלין היקפו של הנכס הנתפס ברור, כאשר יסוד הכוונה מסייע בהתווית היקפם של המקרקעין הנרכשים, והוא הכרחי להגבלת כוחה של הכוונה (אחרת לא יהיה גבול לקרקע).

הדין מכיר ברעיון כי תפיסה עלולה לשמש בסיס להענקת בעלות: בחוק המיטלטלין נקבע כי מיטלטלין שאין להם בעל - כל מי שתופס אותם זוכה בהם.

תיאורית העבודה - לפי תיאוריה זו, לכל אדם זכות טבעית בפרי עמלו, כאשר ההכרה בזכות זו היא המונחת ביסוד הקניין הפרטי. נולדה מכך שלכל אדם זכות על גופו ולכן גם על מלאכת כפיו שמניבה נכס = פרי העבודה מתגבש. הסייג - כאשר העבודה הושקעה בנכס שהיה נחלת הכלל, לאדם תהיה בעלות עליו במידה והמשקיע לא נטל לעצמו מפרי עבודתו מעבר למה שנחוץ לשימושיו וכשהותיר די לצורכיהם של אחרים.

לתיאוריה זו גם היבט פסיכולוגי - דבר מוחשי שאדם השיג או הגה, הם כביכול הפכו לחלק מאישיותו.

הביקורת על תיאוריה זו היא שהיא מתייחסת רק לחלק ממקורות הקניין הפרטי, היא מגבילה את עצמה בסייגים, והועלו השגות גם בתחום שבו היא מתיימרת לחול - למשל שואלים: אם השקעה בנכס עוברת לעובד, האם התוצאה של השקעת עבודה בנכס גורמת לו לאיבוד של השקעתו-עבודתו? על בסיס גישתו של לוק אדם זכאי לכל היותר לערך המוסף מעבודתו ולא לנכס עצמו, דבר שמהווה מחלוקת.

תיאורית העבודה נותנת עד היום את אותותיה בדיני הקניין - למשל בהכרה בקניין רוחני או מעבד של נכס מסויים מכוח העבודה שהשקיע הופך להיות בעל הנכס לפי חוק המיטלטלין.

תיאורית ההגנה על חירויות האדם - רצון לעשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם וההגנה על רצון זה היא הגנה על אישיותו וחירויותיו. זה מה שהופך אדם לחופשי, אדם שתלוי ברכוש שאין לו שליטה בו לא יחיה בחירות. ביטוי בדין לכך הוא בנטיה לכלול הגנה על קניין בחירויות היסוד שבחוקה.

תיאורית התועלתיות - התיאוריה הרווחת ביותר להצדקת הקניין הפרטי; מתבססת על שיקולים תועלתניים. הקניין הפרטי נחוץ מכיוון שהוא מועיל להשגת תכליות שאנו מעוניינים בהן, כמו אושרו של האדם - עלינו לקיים משטר חברתי שיניח לאדם לרכוש אותן ולהגן עליו בפני זרים המנסים לשלול ממנו דברים אלה.

הקניין משרת את צרכי האדם ביחסו לחברה הסובבת אותו, כך שהתלות ההדדית של בני האדם מביאה לכך שטובת מירב בני האדם שבחברה מותנית לטווח הארוך ברווחת החברה, ולכן:

- זכות הקניין מקדמת את הרווחה החברתית
- תיאורית התועלתיות מכונה כתאורית הרווחה החברתית.

הצגת הגישה התועלתית מזוית ראייה כלכלית מעלה מספר טיעונים:

1. הטיעון שההכרה בזכות הקניין מוצדקת כאשר ההוצאה הנגרמת לאדם בשיטה שאינה מכירה בקניין פרטי כדי שיוכל להגן על קניינו עולה על ההוצאות הכרוכות במשטר המכיר בקניין פרטי.
2. הגברת הניצול של נכסים שכמותם מוגבלת מחייבת הכרה בקניין פרטי מכיוון שללא הכרה בקניין פרטי, האדם יימנע מההשקעות בנכסים המאפשרות את הגברת השימוש בהם. העבירות של נכס היא תכונת היסוד של הקניין הפרטי.

מספר דברים מוסברים ע"י הגישה התועלתית:

- דיני ההתיישנות גורמים לכך שאדם שלא השתמש במקרקעין במשך תקופה מאבד את הזכות לתבוע אותם בחזרה. דין זה מביא לניצול מירבי של נכסים.
- הגבלת התוקף של הסכמים הוא תועלת. העבירות נדרשת להפקת מירב התועלת.

תיאורית הדין כמקור קניין- גישה זו שוללת את ההשקפה כי יש לקניין ביסוס בזכויות טבעיות או שהיקף זכויות הקניין יכול להיקבע ע"י מקורות שהם לא הדין. לפי גישה זו, רק הדין יכול לקבוע מהו קניין. קשור לדברי בטנהם. לפיכך, הזכות מכונה טבעית לא במובן שהיא קיימת מטבע הדברים, אלא היא מכונה כך רק כדי להבדילה מאותן זכויות שכדי לרוכשן נעשה מעשה כלשהו. בגישה זו, הזכויות הטבעיות נקבעות לפי הדין. בטנהם- זכות קניין קיימת כאשר ביהמ"ש אומר שהיא קיימת. תיאוריה זו לא מספקת תשובות לשאלות: מתי ועל אילו יסוד יקבע הדין שזכות קניין קיימת? גישות אחרות יספקו תשובה לשאלות אלה.

תיאורית התועלתיות עולה בקנה אחד עם התיאוריה בדבר הדין כמקור קניין- ומשלימה אותה בתשובה לשאלה מתי יקבע הדין (כי קיימת זכות קניין).

אלה הן התיאוריות הרווחות ביותר.

פס"ד אלוניאל נ' מקדונלד - סעיפים 1-4, 67-30 לריבלין:

אריאל מקדונלד הוא שחקן כדורסל, שהשתתף בתשדיר פרסומת לבורגר קינג כנגד מקדונלדס. לאחר מכן, מקדונלדס השתמשה בקטע מתוך עיתון כקונטרה לאותו תשדיר- שבו השתמשה בשמו של השחקן לטובתה. השחקן פנה במכתבים למקדונלדס ולרשתות השידור בבקשה להסיר את השידור מכיוון שלטענתו התבצע שימוש שלא כדין בשמו, מבלי שנתן לכך את הסכמתו.

משטרי קניין:

- קניין פרטי- קיים במדינת ישראל כמו רוב מדינות המערב.
- קניין קולקטיבי
- קניין משותף

משטר של קניין פרטי וקניין קולקטיבי סותרים האחד את השני.

קניין פרטי:

המדינה היא בעלת הקרקעות והתושבים שוכרים מהמדינה את הזכות להשתמש במקרקעין.

הצדקות לקניין פרטי:

1. חירות-

את ערך חירות הבעלים חשוב תמיד לעשות בצ'קליסט של פתרון שאלה.

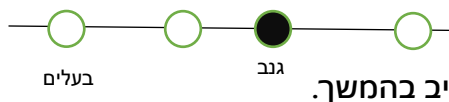
ההצדקה הבולטת ביותר בקניין. לפי תפיסות הקניין הליברליות המאפיינות את העולם המערבי, הן מכילות את ערך החירות בקניין (גם אלה שהולכות שמאלה פרוגרסיבית ושיש בהם אחריות מדינתית). אף מדינה לא מבטלת את ערך החירות אלא מאזנת אותו לעומת ערכים אחרים. מהווה הצדקה לקניין פרטי דווקא. ככל שלבני אדם יש נכסים שמצויים בבעלותם, הם פחות תלויים במדינה וכפופים לה. חלק גדול מהדיכוי החברתי בברית המועצות נבע מכך שלאנשים לא היה כוח להתנגד למשטר. ברגע שיש לאדם נכסים משלו, האוטונומיה והיכולת שלו לכוון את חייו כרצונו עולים.

רוברט נוזיק- אחד מההוגים הליברטריאנים האחרונים. טוען שכל מטרתו של המשטר של קניין פרטי הוא ביסוס חירותו של האזרח ביחס לקולקטיב (למדינה) וגם ביחד לאחרים שפועלים מולו. ככל שלא ניתן קניין פרטי, ישנה הפחתה משמעותית של האוטונומיה של האדם. לטענתו, כל משטר של קניין פרטי צריך 3 כללים:

- (1) כלל תפיסה תקפה- כחברה צריך לקבוע מתי אדם הופך להיות בעלים של נכס. כלל זה נקבע לפי זכויות, מדיניות וכו'. לדוגמה, שלב הרישום בטאבו קובע מתי אדם עובר מבעל זכות חוזית לבעל זכות קניינית. למשל בארץ, ע"מ להיות בעלים חייבים להירשם בטאבו.
- (2) כלל העברה תקפה- אחד מהדברים הבסיסיים הוא עבירות. כדי לבצע את ההעברה של נכס, יש צורך בכללים. לפי נוזיק, לא משנה איך תהיה ההעברה אך הוא מחייב סדר בכך.
- (3) כלל תיקון- יש צורך להיות מודעים לכך שבחברה נורמלית, לעתים כללי התפיסה וההעברה לא יקוימו כראוי. לדוגמה, אדם שפרץ למקרקעין והתיישב בהם. לכאורה, הוא עבר על כלל ההעברה

התקפה ואין לו בעלות על הנכס, אך לפי תקנת שוק ישנה שרשרת של העברות תקפות כאשר אחת מהן יכולה להיות פגומה. לאחר שגנב את הנכס, הוא המשיך לפעול לפי העברה תקפה ומכר את הנכס למשל. אלה שבאו אחריו חושבים שהם נהגו כראוי, אך כשהחוליה הפגומה תתגלה - האם חוזרים אחורה בגלל שלא הייתה העברה תקפה אחת או שמבינים את הפעולה הלא תקפה וממשיכים כרגיל?

יהיו מקרים שנחזיר בהם אחורה ויהיו מקרים שנאפשר בהם את המשך השרשרת למרות החוליה השחורה. איך נדע לאפשר זאת? לפי הכלל של נוזיק. הוא לא אומר איזה כללים צריך בהכרח אך מחייב כללי תיקון בסיסיים לשני הכללים הראשונים במידה ועוברים עליהם. (שרשרת פעולות).



- על תקנת שוק נרחיב בהמשך.

מבחינה ליברטריאנית, ככל שיש לאדם יותר אוטונומיה = כך יש לו יכולת לכתוב בעצמו את סיפור חייו וזוהי ההצדקה לחירות.

שתי ביקורות על ערך החירות:

1. צרכנות יתר - האם רוצים שבני אדם ינסו להגדיל את הונם ונכסיהם וכך ינסו לבטא את עצמם? אם אנחנו תופסים את הקניין כמרכיב בסיסי בחירות אנושית, אנחנו בעצם מפחיתים את החירות, מסתכלים פחות על החירות האמיתית של ביטוי ויצירה של האני הפנימי שלהם בצורה שלא מתווכת באמצעות נכסים.
2. ביקורת תורת משפטית - לפי טבלת הזכויות של הופלד. הופלד זיהה שמול כל זכות ישנה חובה, משמע - אם נבצר זכויות קנייניות וניתן להן משמעות כי הן מקדמות את החירות בעולם, נקדם יחדיו גם חובות: משמע מתן זכות קניינית לאדם מסויים תחייב אחרים שלא להשתמש באותו קניין. צריך לדאוג שלכל אדם יהיה מינימום של קיום בכבוד כדי שיוכל להגדיר את חייו ולא יהיה כפוף לאחרים. הגדלת חירות הבעלים מדברת על קבוצת הבעלים - משמע מגנים על אלה שיש להם קניין אך לא על אלה שאין להם. החוק מתיימר להיות סוציאלי, אך כלפי אלה שיש להם נכסים בעצם, וכל פעולה שתצמצם את זכות הקניין תחליש את החלשים.

2. עבודה

ג'ון לוק - ההוגה המרכזי בנושא דיני הקניין. הצדקת העבודה אומצה בארה"ב כהצדקה לקניין פרטי. כתב את המסכת על הממשל המדיני ובמסכת השניה הקדיש פרק לקניין, שבו אמר שאלוהים נתן לכל בני האדם את העולם, וכולנו בעלים במשותף - משמע בבסיסו של המשטר הקנייני הוא משטר קולקטיבי, אך הוא מצדיק קניין פרטי בכך שאם קניינו של אדם הוא גופו, ואדם משקיע את גופו בנכס שקיים במציאות ושייך לכולם - אותה השקעת העמל גורמת לו להפקיע את הנכס מהקניין הקולקטיבי והפיכתו אותו לקניינו שלו. כלומר, רכישת נכס היא הפקעה של נכס מהקניין הקולקטיבי ע"י השקעת כוח פיזי. לדוגמה, אדם שקטף תפוח מעץ השקיע כוח בקטיפו וכך הוא רכש בעלות פרטית על התפוח. להפקעת נכסים מהקניין הקולקטיבי והפיכתם לשל האדם ישנם שני תנאים.

שני הסייגים הלוקיאניים:

1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם משאיר מספיק ובאיכות דומה לאחרים - שיישאר מספיק מהמשאב ובאיכות טובה מספיק לאחרים. למשל, אם נשאר תפוח אחד על העץ לא ניתן לקטוף אותו. לפי לוק, אילו היה צורך בהסכמת האחרים על כל דבר, בני האדם היו מתים מרעב כי אף פעם לא היינו מצליחים להשיג הסכמה של כולם, אך לטענתו יש מספיק לכולם.
2. אסור לקחת יותר מכפי שיכול האדם לצרוך, כל תשחית - אפשר להפקיע מהקניין הקולקטיבי רק מה שנחוץ לנו, ולא יותר מדי. לא לקחת יותר מדי ולהשחית. הצדקה זו מוגבלת בעיקר באלמנטים דתיים - הוא רצה ש"שפע הברכה" לא ייהרס ושהארץ תמשיך לפרוח.

כלומר, לפי לוק יש את מצב הטבע - הקניין הוא משותף, לכל אחד יש זכות לשימור עצמי ולכן מותר לו לקחת משאבים, וערבוב עבודה של אדם עם משאב - מקנה לו את המשאב.

ביקורות על הצדקת העבודה של לוק:

1. חסר במשאבים - לוק מתייחס כביכול לעולם אוטופי, מכיוון שאין עולם שאין בו חוסר במשאבים. העולם הוא מוגבל במשאבים ודיבור על הכשר לקניין פרטי בעצם מעקר את כל הטיעון - קשה להתייחס לתפיסה כזו ברצינות שמסייגת רק אם משאיר לכולם באיכות וכמות מספיקה, דבר שלא קיים.
2. תיאורית הערוב - הביקורת של נוזיק: תוקף את לוק. אם היינו צריכים את ההסכמה של כולם כדי לקחת את הקניין הקולקטיבי, היינו מתים מרעב. נוזיק מגחיק את לוק (הדוגמה עם השפיכה של מיץ העגבניות באגם - האם עכשיו הפקעתי את האגם לעצמי בכלל שהשקעתי פעולה של שפיכת מיץ בתוך האגם?) מבחינת נוזיק, המתודולוגיה של לוק היא בעייתית לגבי רכישה של זכויות.
3. מאבק כוחות - האם באמת חייבים לקבוע משחק של 1-0 בהשקעת כוחות? ישנם מספר סוגים של עבודה, ואיך נדע כמה אחוזים לתת ולכמת את הכמות שצריך לתת לאדם לפי העבודה שהוא השקיע? קשה למדוד ולתת בעלות. אדם שהשקיע ע"מ לגדל עץ תפוחים מול אדם שבא וקטף את התפוח. דוגמת הצרצר והנמלה - תמיד צריך לתת לאדם לא משנה מה היה היקף העבודה שהשקיע.

ע"מ לתמוך בתיאורית העבודה, עלינו להסתכל על כך שהמשפט עובד בגישת גמול. המשפט מתגמל על התנהגות רצויה: כחברה, אנחנו רוצים לתמך אנשים להשקיע מיכולותיהם בפיתוח העולם. תפיסת העבודה כגמול היא תפיסה שמאפשרת לנו:

- להבין מדוע האמריקאים מאמצים תפיסה זו (קשור לתמריצים כלכליים להשקעה)
- מאפשרת לנו כחברה להבין את הקשר בין קניין להשקעה וליישם אותה באופן ראוי.

אנחנו נתמך על השקעה ראויה של התנהגות, כאשר נעשה זאת בצורה מידתית, כלומר נתמך אנשים להשקיע באמצעות מתן זכויות קנייניות באופן מידתי לתרומתם, השקעתם ולצרכים הציבוריים (לדוגמה - פטנטים וזכויות יוצרים. הסיבה שנותנים ליוצרים וממציאים זכויות קנייניות, היא בגלל שרוצים לתמך אותם לחשוב ולפתח את העולם ולא בגלל שהם ישבו ופעלו. זהו הגמול שאנחנו נותנים להם על מה שהביאו לחברה כולה). אנשים שמשקיעים חשיבה, מאמץ ופיתוח בדברים שחשובים לחברה זכאים לקבל גמול ע"מ לתמך אנשים נוספים לנהוג כמוהם. דבר זה לא מבטיח להם זכות קניינית מלאה ומוחלטת (למשל פטנט הוא זכות קניינית מוגבלת למספר שנים, ואם הם לא ישתמשו בזכות בצורה ראויה שתעשיר את החברה - ניתן לקחת אותה ממנה). הזכות הקניינית מותנית בהתנהלות הוגנת מבחינה חברתית - למשל דבר שמביא לרישיון כפיה.

בעיית הפעולה המשותפת - The tragedy of the commons של גארט הארדינג: חלק גדול מאוד מהמשפט מנסה להתמודד עם בעיה זו. קשה מאוד לגרום לאנשים לגבור על האינטרס העצמי שלהם ולשתף פעולה עם אחרים - בעיקר במצבים שבהם שיתוף פעולה עם אחרים עלול לתת פחות בטווח הזמן המיידי (למשל דיירים סרבנים בתמ"א 38).

בעיה זו מתארת פעילות פשוטה:

המרעה של הארדינג: כדי שהמרעה יהיה פעיל, אפשר להעלות כל יום למרעה 10 פרות. נניח שיש לנו 4 בעלים שלכל אחד מהם יש 5 פרות - בסה"כ יש 20 פרות. בכל פעם אפשר להעלות רק 10 פרות. המצב האופטימלי יהיה חלוקה אופטימלית של 10 פרות ביום. במידה ונכניס יותר מ-10 פרות, המרעה יעבוד היום אך מחר לא יישאר עשב וכך כולם יפסידו. במידה וניתן את הבעלות המשותפת למרעה לכל 4 הדיירים, יעלו כל יום למרעה יותר מ-10 פרות מכיוון שכל אחד ירצה להעלות כמה שיותר מהפרות שלו בכל יום נתון כדי שניבו לו יותר חלב, ואף אחד לא ירגיש מידית את הפגיעה בכיס שלו כתוצאה מהעלאת מספר גדול יותר של פרות.

במידה ויש מרעה שאנשים צריכים לשתף בו פעולה כדי להימנע מניצול של המרעה, לא יהיה שיתוף פעולה ובסופו של דבר המרעה יתרושש. לאנשים קשה לוותר על אינטרס עצמי מיידי.

רווחה מצרפית ועבודה -

דילמת האסיר:

אסיר ב			
מכחיש	מודה ומפיל		
שנתיים, שנתיים	10 שנים, חופשי	אסיר א	מכחיש
חופשי, 10 שנים	5 שנים, 5 שנים		מודה ומפיל

הסבר למה שעומד בבסיס של אי שיתוף פעולה בין אנשים. מקרה קלאסי של תורת המשחקים. במידה ותופסים שני אנשים חשודים ומכניסים אותם לחדרי חקירות נפרדים כאשר הם מנותקים האחד מהשני, כאשר הדבר היחידי שהם יודעים הוא העונש שצפוי להם בכל אחד מהמקרים. התוצאה האופטימלית מבחינת האסירים היא הכחשה של שניהם, גם בהנחה שלא תיאמו את גרסאותיהם. בפועל, תמיד כל אחד מהם מפליל את השני מכיוון שכל אחד מנסה למקסם את האינטרס העצמי המידי שלו ומוביל לתוצאה לא יעילה כמו במרעה של הארדינג. חלק גדול מהמשפט הוא הסדרה של שיתוף פעולה כפוי כדי לסדר את המשאבים בעולם שבו אף אחד לא רוצה לוותר על האינטרסים שלו.

ההצדקה לקניין פרטי מכיוון הרווחה המצרפית נובע מרצון לשמור על אותו "מרעה משותף". הרצון להפרטה נובע מתוך כך שאותו אדם ישמור על המשאב במידה והוא יהיה שלו, בעוד במשטר קולקטיבי האינטרס של כל אחד לשמור על המשאב יהיה קטן והסיכוי של המשאב להיהרס יהיה גדול יותר תחת משטר קולקטיבי. האופי האנושי תמיד יגרום לטרגדיה כלכלית לפי הארדינג.

Harold demsetz:

1. הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת - רווחה מצרפית כערך הוא אדיש לשיטת משטר קניינית מסוימת. ישנם מצבים שבהם נוכל להשאיר את המשטר כקולקטיבי.
2. הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות - על השותפים ודורות העתיד. הוא מביא בחשבון החצנות על גורמים חיצוניים, כשהבולטים הם מי שנמצאים איתנו כשותפים כי הם נפגעים כשאין קניין פרטי, והוא מדבר גם מבחינת הדורות הבאים. כדי לשמור להם משאבי טבע, אם נעבור לקניין פרטי נוכל לשמור להם את אותם משאבים בצורה האופטימלית ביותר מבלי לרושש אותם.
3. האבולוציה הן של מושאי הקניין והן של הדרכים למשטר קניין - עלינו להיות קשובים כל הזמן להתפתחות האבולוציונית של העולם ושל מושאי הקניין. בתקופה שהמאמר נכתב לא הייתה אופציה לעקוב, והדרך היחידה והזולה ביותר לעקוב הייתה ע"י כתיבה. לפי דאמשק, המשוואה החדה ערכית הכלכלית לא בטוח תחזיק לפי המשמעות האבולוציונית. כיום, ניתן לעקוב באמצעים טכנולוגיים כמו מצלמות. לעתים, כשיש עלויות זולות של פיקוח - ניתן להישאר במשטר קולקטיבי, ועדיין לפקח בצורה זולה יותר: מצלמה ופלאפון ואמצעים טכנולוגיים מוזילים משמעותית את הפיקוח, ולכן עלינו לבדוק שוב איזה משטר רצוי בהתאם לעלויות. המשוואה לפי דמשק תלויה בהתפתחות של אמצעי פיקוח ועלותם. לפי, הניתוח הכלכלי לא מחייב קניין פרטי, אלא מצריך לבחון מחדש כל תקופה מסוימת את המשטר הקנייני כדי שנדע באיזה משטר לבחור וכיצד לפעול. האבולוציה תזיל את עלות הפיקוח ולכן הדבר דינמי.

3. אישיות

Margar et radin - לפיה, ישנם מושאי קניין מסוימים שקשורים לגרעין האישיות של האדם וע"מ שהאדם יוכל לחוות את עצמו בצורה הטובה ביותר הוא חייב שיהיה לו קניין פרטי. חלק מהקניין שלנו משמעותי לאני העצמי שלנו כך שאם נאבד חלק ממנו, לא נחיה את חיינו כמו שצריך. לטענתה, ישנם מושאי קניין שמשליכים על אישיותו של האדם והופכים לחלק ממנו וכאשר אין לו קניין פרטי, גם אין לו את כל האני העצמי שלו. הנכס המשמעותי ביותר שזוכה להצדקת אישיות הוא בית המגורים של אדם: בית המשפט רואה את הבית של האדם כקשור לאישיותו של מי שחי בו. מבחינה יישומית ניתן הגנה חלשה יותר לדברים רחוקים יותר מגרעין האישיות של האדם והגנה חזקה יותר לדברים שקרובים יותר לגרעין האישיות של האדם. מכיוון שהמשפט מפנים שזהו נכס משמעותי מאוד לאדם, בהפקעת בית מגורים חלק מההוראות בחוק הן למצוא דיור חלופי או לפצות אותו, וניתנת לו חשיבות גדולה בעת גירושין. האדם מגדיר את אישיותו באמצעות ביתו ופגיעה בהם קשה במשפט. הדבר לא מדבר על נכסים חליפיים שבהם לאדם יש מספר נכסים (בתים).

4. קהילה

לפי הצדקת הקהילה, בני אדם חיים את חייהם באופן שבו הם רוצים לחיות בו, ולשם כך עלינו לתת להם מוסדות קנייניים שיבטאו שוני אחד מהשני. לא כולם שותפים לאותה תפיסה של צורת חיים, ושונות זו מחייבת אותנו להתייחס לאנשים שרוצים לחיות במסגרות קהילתיות ולא דווקא אינדיבידואליות. השאלה היא איזו תפיסה קהילתית תאפשר שונות מספקת לבחירת האנשים את חייהם אך מצד שני גם לא תביא להתמוטטות של קניין פרטי? שלוש תפיסות בספרות:

1. תפיסה קהילתית ליברטריאנית - לפי תפיסה זו, אנשים יכולים לחבור זה לזה אך כאשר הפרט ירגיש שהקהילה גוברת עליו או מכריחה אותו לפעול לא כרצונו או מצמצמת את מרחב החירות האינדיבידואלי שלו, האינטרסים שלו יגברו. דוגמה קלאסית לסתירה של תפיסה זו הוא קיבוץ - לפי תפיסה זו, הקיבוץ ההיסטורי מבטל את כל הזכויות הקנייניות של חבריו ולכן הוא לא יעמוד תחת תפיסה זו.
 2. תפיסה קהילתית קהילתנית - עומדת בניגוד לתפיסה הליברטריאנית. כתבו על קהילה בקניין, שבה בהחלט צריכים לתת מוסדות שיתופיים, כולל כאלה שיכולים לגרום לקולקטיב לדרוש הקרבה של זכויות מהיחיד, כאשר לפי תפיסה זו מוסדות אלה אפילו רצויים, מכיוון שלטענתם ישנם מוסדות רבים שמאמינים בתפיסת עולם קולקטיביסטית ולכן המדינה חייבת לאפשר מוסדות קנייניים שיאפשרו תפיסה קולקטיביסטית עמוקה מאוד שתאפשר הקרבה של היחיד לטובת הכלל.
 3. תפיסה קהילתית ליברלית - תפיסה שעומדת באמצע. לפי דבריו של חנוך דגן, היכולת של הכלל לכפות על הפרט צריכה להיות מוגבלת.
- לקהילה ולקניין ישנם 3 מפגשים:

1. הכניסה לקהילה - וועדות קבלה, חלוקה למשאבים (הקצאת קרקע לקהילות מסוימות)
2. המשטר בקהילה - מה שקורה בין המדינה לקהילה. האם ביהמ"ש צריך להתערב בפעילות פנימית של יישוב קהילתי או קיבוץ? האם המשפט צריך להסדיר זאת או שיש להשאיר אותו להחלטת חברי הקהילה?
3. היציאה מהקהילה - בעלת 3 שלבים:
 - עזיבת הקהילה - מה המחויבויות שלו כלפי הקהילה שהוא עוזב, כמה מגבלות אפשר לשים על הזכות שלו ליציאה
 - החלטת הקהילה בדבר הוצאת החבר - נידונה בקהילות אדוקות כמו קיבוצים. במידה והחליטו לנדות אדם, עד כמה ביהמ"ש יכול להתערב?
 - הפקעת הקהילה - הפקעת נכסים של המדינה ויכולה לגרום לאובדן חיים בקהילה וקרקעות, האם ביהמ"ש יכול להתייחס לכך.

5. צדק חלוקתי

ישנה מחלוקת האם הוא צריך להיות חלק מדיני הקניין. נסתכל על תפיסת ההשלכות החלוקתיות שיש לדיני הקניין - האם כשאנחנו מחליטים החלטה כלשהי על הגנה קניינית על משאב מסוים, מהן ההשלכות החוקתיות ומה זה אומר ביחס לאחרים בחברה?

שני חוקרים (קפלן ושבל) טוענים שצדק חלוקתי לא צריך להיות חלק מהבירור שעורכים במסגרת המשפט הפרטי, מכיוון שלטענתם יוצר עיוות, מדובר במקרה מסוים של אדם פרטי ובמידה ונכניס למקרה הספציפי הנחות או התייחסויות חלוקתיות, אנחנו יוצרים סוג מסוים של עיוות בגלל שאם יש סכסוך קנייני בין שני אנשים אנחנו מתייחסים רק למצב החלוקתי בין שני האנשים ולא בין כלל האנשים.

לפי קפלן ושבל, נכון להכניס צדק חלוקתי במערכות שיכולות לבחון את המצב של כלל האנשים בחברה, כמו מערכת דיני הרווחה או דיני המס למשל (שהיא בעלת ראית על ויודעת לזהות את הגורמים החלשים באמת בחברה, כמו מס פרוגרסיבי - ככל שאדם מרוויח יותר כך נמסה אותו באחוז גבוה יותר וההפך). נותנים משמעות למצבו הכלכלי של האדם.

ישנם שני טעמים לצדק החלוקתי בקניין:

1. טעם חיצוני - מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות. עצם העובדה שאנחנו מחלקים זכויות על משאבים שונים הינה פעולה חלוקתית. לא תמיד יש הסכמה על הדרך, אך הפעולה היא חלוקתית בבסיסה, ולמעשה זוהי הפעולה של חלוקת זכויות קנייניות ע"י המדינה.

2. טעם פנימי-השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן. הצדקות לקניין פרטי, בכל ההצדקות לשעצמן ישנם שיקולים חלוקתיים; גם בהצדקת העבודה למשל נותנים זכות יחסית שהיא קורלטיבית למה שפיתח. כך גם בהצדקת החירות- הגדלת האוטונומיה של אדם מצמצמת את האוטונומיה של האחרים, ובאופן עקרוני הצדקות אלה טומנות השלכות חוקתיות שיש להתמודד איתן.

שתי שאלות לקניין הפרטי:

1. במה אנחנו מעוניינים להעניק קניין פרטי (באילו נכסים)?
2. באילו מושאי קניין לכאורה אנחנו לא מעוניינים לאפשר עבירות של נכסים (אילו נכסים לא נגדיר כקניין וכחלק ממערכת זכויות הקניין)?

במידה ורוצים להעניק זכויות קנייניות לאנשים בנכס X, יש לבדוק את תכליות הקניין הפרטי:

תכליות - לאתר את הסיבות והתכליות להעניק זכות קניינית לאותו גורם לגבי המשאב. מסתכלים באופן ספציפי האם הענקת זכות מסוימת לקניין מסוים תיתן תכליות מסוימות:

- האם הענקת קניין לנכס מסוים תסית את הרווחה המצרפית?
- האם הדבר נכון מבחינת תמרוץ אישי וגמול לאנשים שמפתחים את החברה?
- האם זכות זו רלוונטית לאישיות האדם? בהצדקת האישיות בודקים האם הזכות המסוימת עומדת ברציונלים של הצדקת האישיות.
- האם הענקת זכות קניינית לאדם מסוים בנכס מעצימה את האדם ומעניקה לו זכות לפעול בצורה אוטונומית?

ניתן לראות דיון כזה **בפס"ד מקדונלד**, שבו היה דיון בזכות לפרסום ובזכות לפרטיות. בכל זכות או מוסד קנייני, יש לבדוק האם התכליות (הרציונלים) של הקניין הפרטי מתקיימים, ולהכריע (במבחנים או בעבודות הקריטיות היא בדרך הניתוח ופחות בהכרעה). כשמדברים על זכויות קנייניות (מוסדות קנייניים), כאשר מחליטים האם להעניק זכות קניינית ואת גבול ההגנה שלה, בודקים תכליות. ישנה שאלה גם לגבי המוסד הקנייני – מכירים רק בגבולות הגזרה של המחוקק. סוגים של מוסד קנייני:

דיור ציבורי

- 1. הנכס לא בבעלות הפרטית של אותו אדם
- 2. הנכס הוא בבעלות חצי פרטית ועדיין שומרים על מעורבות המדינה
- לכן אדם שגר בדיור ציבורי לא זהה במעמדו לאדם שגר בבית משותף רגיל, והאיזונים שעושים במוסד קנייני כזה הם שונים מכיוון שהחברה שילמה את הנכס בשבילו, לכן הנכס לא סחיר או עביר כמו הזכות של אדם שגר בבית משותף רגיל.
- חוק הדיור המוגן - חייבים לעבור רישוי, דבר שלא קורה בבית רגיל. ישנה חובת רישוי, וחובת תנאים לפעילותו של בית כזה: קובעים לבעלי הדירה כיצד המרחב הציבורי והדירות צריכות להיראות, חובת התקשרות בהסכם בשפת הדייר, וחובה לספק שירותים לדייר. מוסד קנייני זה הוא ייחודי מכיוון שהחובה היא לתחם את זכויות היזם- הוא חייב להיות כפוף לרגולציה מכיוון שקבוצת הדיירים היא אוכלוסיה עם צרכים שיש להתחשב בהם.
- חוק המקרקעין-בתים משותפים - בבית משותף, הבעלים לא בעל חירות לא להסכים למטרה של הקמת מעלית או תחזוק הגג והוא לא יכול לסרב לעשות זאת. ישנה הגבלה על חירות הבעלים- בהוצאות שקשורות להחזקתו התקינה וניהולו של הרכוש המשותף, ישנה חובה לשלם. מוסד קנייני זה לוקח בחשבון את העובדה שחיים במעין חצי שיתוף עם אנשים אחרים. גם אם מתנגדים- חייבים לשלם את ההוצאות.
- סעיף 60ב- במידה ובעל דירה מסרב להשתתף בתשלומים, המפקח רשאי להעביר את זכותו על הדירה לאדם אחר שיקבע ע"י בעל הדירה ושיבוא במקומו בכל הנוגע לחובת ההקמה או התיקון. למשל **פס"ד סודלר**- בית משותף שנהרס ע"י סקאד במלחמת המפרץ, והשאלה היא אם בונים אותו מחדש או לא. לפי סעיף 60 ב, לאדם שמסרב להקים שוב את הבית המשותף ניתן לעשות סנקציה ולחייב אותו למכור את הדירה לאדם אחר שכן יוכל להשתתף בפרויקט ההקמה.

שאלת המשמעות של מוסדות קנייניים שונים: יש בהם איזונים ערכיים שונים (האיזון בבית משותף שונה מהאיזון בבית פרטי וכו') - החירות תמיד חייבת להילקח בחשבון), המתח בין חירות היחיד לקהילה מהווה את האיזון שהמחוקק משחק איתו. הנושא מורכב, ולכן רצוי שהאיזון יתבצע ע"י המחוקק ולא ע"י ביהמ"ש.

ש: במה אנחנו מעוניינים לתת קניין פרטי?

ת: המאמר של צ'ארלס רייך - the new property - המאמר מדבר על סיפור של אדם שחי בארה"ב בתקופה המקראיסטית (תקופה שבה היה הסנאטור מקארטי ובה היה ביעור של החברה האמריקאית מקומוניסטיות). תקופה זו הייתה שחורה מכיוון שהיו שינויים ציבוריים לאנשים שהעזו לכתוב - בניגוד לחוקת המדינה על חופש הביטוי, ואנשים רבים נתפסו בתור בוגדים. הסנאטור מקארטי ניהל משפטי ראווה באנשים שהעזו לדבר. אותו אדם היה חבר במפלגה קומוניסטית, והחליטו לפטר אותו מעבודתו ולהכניס אותו לכלא כתוצאה מהזיקה שלו למפלגה. הוא בורח מארה"ב - כאשר ממשלת ארה"ב שוללת את זכותו לפנסיה (הופקעה ממנו זכותו לפנסיה וגם משפחתו לא תקבל את הפנסיה שלו). צ'ארלס רייט טוען שהייתה כאן פגיעה לקניין בעצם שלילת הזכות לפנסיה.

נשאלת השאלה, האם אדם שיש לו זכות לקצבה או הטבות מסוימות הוא אדם שמחזיק בקצבאות בתור קניין (וכל פגיעה בהן מהווה פגיעה בזכות לקניין שלהן) או שקצבות וגמלאות הן מעין מתנה שהמדינה נותנת לנו ואין זכות קניינית במשאבים אלה? שאלה זו נידונה במדינות רווחה שמעניקות לתושביהן. צ'ארלס רייך טוען שבמציאות המודרנית אנשים רבים תלויים בגמלאות אלה כאשר הפנסיה מופרשת ומנוהלת ע"י רגולציה מדינית, ובמקרים כאלה אנחנו בעלי זכות קניינית באותן גמלאות. פס"דים שעוסקים בנושא:

פס"ד מנור - קצבאות זקנה. רצו לקצץ את קצבאות הזקנה ע"מ לתמרץ אנשים לצאת לעבוד. האם דבר זה מהווה פגיעה של הממשלה בזכות הקניין או יישום מדיניות כלכלית של המדינה? ברק אומר שהייתה הזדמנות לאמץ את תפיסת הקניין החדש למשפט הישראלי (קצבאות מהוות זכות קניינית). לטענת ברק, זהו חיסכון של האנשים עצמם לקראת הזקנה, ומכיוון שמדובר בחיסכון - זהו דבר שמחויבים לחסוך וביהמ"ש אומר שלא מדובר בהכרה בקניין החדש אלא בפגיעה בחיסכון של אדם - וזוהי פגיעה בזכות קניינית ומעבירים בפסקת ההגבלה.

פס"ד מנחם - רישיון למוניות (מספר צהוב). הדבר שאפיין את שוק המניות הוא שאנשים מסויימים קיבלו היתרים להפעיל מוניות לפי קריטריונים מסויימים (כמו צבא או נכות) מכיוון שרצו להיטיב איתם, ובפס"ד זה רצו לפתוח את השוק לכלל האוכלוסיה ולהתנות אותו בתשלומים לטובת רכישת רישיון ולא בזכאויות על בסיס נתונים אישיים. לפי בייניש, יש להתנות את קבלת הרישיון בכך שהעבודה צריכה להיות העיקרית ועליה הם נשענים.

היו מספר הזדמנויות שבהם ביהמ"ש יכול היה להכיל את תפיסת הקניין החדש, אך בכל פעם הוא וויתר מכיוון שלטענתו לא הייתה פגיעה בזכות קניין או שאין טעם להכיל אותה לטענתו.

אינטרס ההסתמכות בקניין:

ג'וזף סינגר, פרופסור בהרווארד שמשתייך לזרם הפרוגרסיבי. כתב מאמר שמדבר על העיר יאגסטאון באוהיו. בעיר זו היו מפעלי פלדה גדולים, כאשר בשלב מסוים המפעלים הפסיקו לפעול ולהעתיק את עבודתם למקום אחר. המשמעות הכלכלית של החלטה זו הייתה שכל עובדי המפעל מובטלים (העובדים הם מקצועיים ולא יכולים לעבוד במקצוע אחר מלבד זה). סינגר טוען שהיה מו"מ של העובדים מול ההנהלה כדי להמשיך ולהפעיל את המפעלים. לפיו, כאשר ישנם עובדים במפעל - עבודה במפעל במשך עשרות שנים הופכת אותם לחלק אינהרנטי מהמפעל עצמו, ובשלב מסוים הם כבר רוכשים זכויות קנייניות מהמפעל עצמו. במידה והמפעל מפסיק את הפעולה, צריכה להיות לעובדים זכות ראשונים לקחת את המפעל ולהמשיך להפעיל אותו כך שיהיה בבעלותם המלאה. אנשים שעובדים בתקופה ארוכה מסתמכים על המשך פעילות המפעל כנדבך מרכזי לניהול חייהם. אינטרס ההסתמכות הזה מצניח לאותם עובדים חסרי זכויות קנייניות במפעל למקרה שהבעלים עוזב. במקרה כזה, צומחות להם זכויות קנייניות להמשיך ולהפעיל את המפעל.

התיאוריה של סינגר הוא בעייתי בשני אספקטים:

1. אינטרס ההסתמכות עצמו הוא בעייתי - דבר שנוון לגבי כל תחומי המשפט. נתינת זכות מסויימת למישהו בגלל הזכות שלו היא בעייתית מכיוון שאינטרס ההסתמכות הוא דבר מעגלי; במידה והיינו מגדירים זאת ככלל משפטי - אדם שפועל ללא תכתיב הוא ללא שום סיבה להסתמך - ההסתמכות מתחילה להיחשב כהסתמכות מרגע שמגדירים כללים שאדם פועל לאורם (משמע יש כאן מעין ביצה ותרנגולת). מהו הגבול בין זיקת הנאה (למשל 30 שנה שבהם אדם עובר כל יום בגינה של חברו ויכול להחשיב זכות קניינית או בעלות על אותו מעבר) ההסתמכות תלויה בנורמה משפטית, בכלל משפטי שאנחנו מאמצים - וברגע שאין לנו מעגל הסתמכות עם כללים ידועים לא

ניתן להסתמך.

2. יופי ברמה של תיאוריה - אך הבלגן והכאוס שהדבר יוצר מגיע ללא אמצעים שסינגר סיפק כדי לסדר: אין כלל העברה, וסינגר מציע עמימות מכוונת כי הוא לא רוצה שנעביר זכויות קנייניות כל זמן שהמפעל מתפקד. לפיו, רק במקרה שמתרחש אירוע יש "גילוי" שעברו זכויות קנייניות ומעבירים באופן פתאומי. דבר זה לא מתאים למערכת קניין פרטי ולכן התיאוריה שלו לא ישימה. בסופו של דבר סינגר חזר בו, כי רצה לתקן את טעותו לפני שהיא תשתרש.

קניין פרטי - במה?

האם הזכויות שלנו הן כאלה שמותר לנו להעביר לאחרים, או שניתן לנו להמירן בכסף? נושא זה רלוונטי במיוחד בסחר במשאבים שלא תמיד נראים כמושאי קניין בעלי תכונות עבירות. דוגמה לכך היא סחר באיברים:

טיעונים בעד:

1. מלאי האיברים יגדל

2. ימנע היווצרות שוק שחור - תמיד עדיף לעסוק שוק מפוקח שבו יודעים מה קורה עם הטרנסקציות הכספיות לעומת מצב שבו יתנהל שוק שחור. שוק שחור לכשעצמו הוא בעייתי מכיוון שהוא מלווה בפעילות עבריינית גדולה - משמע ע"מ להסיג את האיברים צומחת פעילות עבריינית גדולה (טיעון זה משמש גם כצידוד במיסוד הזנות). כך תהיה בקרה. הנחת היסוד היא שישנם מוצרים שהחברה תמיד תצרוך, גם במידה וישנו שוק שחור. רוצים למזער את הסייד אפקטס שנלווים למטרה המרכזית.

טיעונים נגד:

1. בעיה חלוקתית - ברור שהחלשים בחברה יהפכו להיות מעין "חלקי חילוף" לבעיות הגופניות של האנשים בחברה. כנ"ל לגבי פונדקאות - למשל חוות פונדקאיות בהודו (טוענים שכך הן מתפרנסות).
2. מסחר של טובין אישיים - האם רוצים לתת לאנשים לסחור בגופם, באיבריהם ובילדיהם?
3. החצנות על צדדים שלישיים - בעיקר בסחר בילדים. אם פונדקאית במדינה מתפתחת שיוולדת ילד/ה שנלקח/ת ע"י זוג מהעולם המערבי מכתבים לילד/ה סוג מסוים של חיים ולא תמיד לוקחים בחשבון את טובת הילד/ה. ההחצנות על אותו ילד/ה לא נלקחות בחשבון - כיצד היא/הוא ירצה/תרצה לגדול?
4. קומודיפיקציה - הטיעון של הפיכת דבר מסוים לדבר שכיר. רוב הטיעונים בספרות בבתי המשפט הם טיעונים של אנטי-קומודיפיקציה. אנחנו לא מוכנים להפוך כל דבר לשכיר בגלל 2 טיעונים עיקריים:
 1. השחתה - לא רוצים להפוך כל דבר לדבר שכיר מכיוון שדבר זה יגרום לאיבוד הערך והשחתת הצורה שבה אנחנו תופסים משאב מסוים. מסחר יגרום להשחתת הערך, ולשליטה כספית במוצר. למשל ילד יהפוך למאפיינים של מוצר - רוצים ילד ספציפי, עם צבע עיניים מסוים ובלי מוגבלות, ולכן גם נשלם. הטענה היא שמשחיתים כל דבר שאמור להיות טאבו ולא אמור להיות ממוסחר, כנ"ל לגבי זנות. טיעון השחתה הופך את אותם משאבים שאמורים להתקשר לספירות אחרות של אינטימיות ומשפחה, ומקשר אותם לכסף. (הספר של דן אריאלי - ארוחת ערב אצל החמות, ומשלם לה 200 ₪ בעבור הארוחה. דבר זה מוזיל את העלות של המשפחה ומשחית את הערך המשפחתי).
 2. כפייה - אם נכשיר לקיחה של משאבים שהם טאבו-טריידס (לא נמצאים בשוק) ונכניס אותם לשוק, אנחנו בעצם כופים על החלשים בחברה להשתתף בסחר ולוותר על קניינם. כלומר, כל זמן שלא מרשים למכור ילדים, אישה בתאילנד לא תוכל למכור את הילד שלה לעשירים גם אם תרצה. ברגע ששוק כזה יותר, הדבר יהיה מקובל ובעצם ההכשרה ומתן תג מחיר מסחרי למושאי קניין שעד עכשיו היו טאבו והיה אסור לסחור בהם, מרחיבים את גבולות השוק והופכים את הדבר ללגיטימי, כי החברה תבוא לאישה ותאמר לה קודם לנסות להסתדר בצורה אינדיבידואלית - משמע למכור את ילדיה או את גופה, רק אז היא תוכל לבקש עזרה וסיוע מהמדינה. דבר זה מכניס את האוכלוסיות החדשות תחת כפיה לנצל את האוכלוסיות החלשות באמצעות משאבים שלא דווקא ירצו למכור.

סיכום ביניים:

זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים:

1. חירות
 2. עבודה
 3. אישיות
 4. רווחה מצרפית
 5. קהילה
- כאשר החוקק מכונן מוסד קנייני חדש- הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים
 - אין משמעות אחידה לזכות הקניין- נגזר משאלת האיזון הערכי.
 - החוק הוא תולדה של איזון ערכי שאנחנו אלה שמבצעים אותו.

זכות הבעלות

130- עסקה במקרקעין חלה על כל הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין והכל כשאיין בחוק הוראה אחרת. מספר שאלות לגבי סעיף 13:

1. מה מוסיפים סעיפים 11-12 על הקרקע?

סעיף 11- מוסיף עומק וגובה: מדבר על מתחם הבעלות שבמקרקעין מבחינה תת קרקעית. הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיו"ב- והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם בכפוף לכל דין אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום. כלומר, אם יש מטוס שעובר בחלקה הוא לא פוגע בבעלות מכיוון שהחוק אומר שאין בבעלות הפרטית למנוע מעבר בחלל הרום. האפשרות לפצל בזכויות קנייניות קיימת גם על הקרקע.

סעיף 12- מחוברים: מוסיף על המחובר לקרקע. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, נטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר. חיבור של קבע הוא כל דבר שמחובר לקרקע בצורה לא ניידת.

בעלים — שוכרים: הבעלים משכיר לשוכרים, והשוכר מתקין מזגן בדירה. במהלך השנים הבעלים מחליט שהוא רוצה למכור את הדירה ונחתם הסכם מכר על הדירה כך שהיא עברה לבעלות הרוכשים והרוכש יכול לבחור אם להישאר הבעלים כסוחר פעיל או לקנות את הנכס ברמת ההסכמה. שמים לב שהשוכר מפרק את המזגן מהדירה; הוא טוען שהוא התקין את המזגן על חשבון. דוגמה נוספת: ישנה חברה שרוצה להיכנס לשוק, ולשם כך היא צריכה לרכוש את המכונה החדשה ביותר בשוק. לשם כך, היא מבקשת הלוואה לצורך רכישתה, והבנק משתכנע ומלווה לה כסף לרכישה. כעבור זמן החברה נקלעת לבעיות ומגיעה למצב שהיא חדלת פירעון. ישנו בנק נוסף שהעניק את המשכנתא. בהנחה שהמכונה מחוברת לקרקע, השאלה שמתעוררת היא מי זוכה במכונה? הבנק שרוצה להיפרע מהקרקע או הבנק שרוצה להחזיר לעצמו את ההלוואה? השאלה היא האם מדובר בנכס מחובר למקרקעין, כאשר משמעות ההכרעה תגיד שיהפוך להיות חלק מהמקרקעין. מי שיש לו זכות במקרקעין יכול להיפרע גם מהמכונה עצמה. לעומת זאת, לבנק יש גם זכות במכונה עצמה. שאלת הקדימויות היא רק במידה והמכונה היא לא חלק מהקרקע. עצם החיבור של נכס למקרקעין עשוי להפוך את הנכס לחלק מהמקרקעין. פעמים רבות דיני העדיפות לא יהיו רלוונטיים כי לא יהיה מדובר בנכס עצמאי עם קדימויות, אלא נכס מקרקעין שעובדות עליו זכויות מקרקעין ולא זכויות נשיה ביחד לחובות של החברה.

2. ש: למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?

ת: לא רוצים לפצל יותר מדי את הקרקעות- במידה ונאפשר חלוקת חלקות עפ"י רצון הבעלים, נמצא את עצמנו במצב שיהיו לנו מספר חלקות בתוך חלקות בצורות שונות ונגיע למספרים גדולים של חלקות מפוצלות כי הבעלים ימכרו חלקים מהמקרקעין ויפצלו להרבה חלקות שונות. דבר זה בעייתי. בארץ, מחלקים את הקרקעות לגושים כאשר כל גוש מחולק לחלקות. במידה ורוכשים חלקת מקרקעין,

רושמים אותה בטאבו, מסתכלים על התסריט ורושמים את החלקה לבעלות אותו אדם. כשאומרים שאין תוקף לעסקה במקרקעין, משמע שלא ניתן לעשות עסקה במקרקעין עם גורם אחר (או שמוכרים את כל החלקה או שלא יכולים לעשות עסקה עם גורם אחר). ההבחנה בין שיתוף במקרקעין לבין עסקה בחלק במקרקעין:

עסקה בחלק במקרקעין- כל החלקה בבעלות אדם אחד. במידה ורוצים למכור חצי ממנה למישהו- יש לנו 2 אופציות:

- (1) שותפות במקרקעין- שני האנשים יהיו בעלים בחלקה כאשר האחד ישלם לאחר כסף בעבור אחוז מסוים מהחלקה. החלקה נשארת שלמה מבחינת יחידת תכנון. השיתוף בפועל מתבצע כך שמבחינה משפטית, הזכויות הקנייניות של שני השותפים הן בעלות ב-50% בכל חלק מהחלקה.
- (2) מכירה של חצי מהחלקה- לאדם אחר. כאן נכנס סעיף 13 לחוק המקרקעין וטוען שאפשרות זו לא קיימת: פיצול יתר עשוי להקשות עלינו מאוד לקבץ בחזרה את המקרקעין- במידה ואדם רוצה לחלק את הקרקע שלו תמורת כסף נזיל, נידרש לקבץ את החלקים בחזרה. קיבוץ החלקים יהיה יותר יקר+בלתי אפשרי מכיוון שיהיו 3 בעיות:
 - בעיות איתור- אנחנו עשויים למצוא את עצמנו עם מאות בעלים של חלקות שקשה לאתר את כולם. קשה להגיע לבעלים המקוריים בכל אחת מהחלקות. ע"מ לקבץ בחזרה את המקרקעין נידרש לאתר את הבעלים ונתקשה לעשות זאת.
 - עלויות עסקה- עלויות העסקה יהיו גבוהות מאוד: העלויות שכרוכות בפעולה משותפת- עלויות עו"ד, עלויות מו"מ.
 - פעולה משותפת (בעית הסחטן)- הסיכוי שאותו בעל חלקיק חלקה האחרון שיודע שיש צורך בקרקע שלו ימכור את הקרקע במחיר סביר הוא נמוך מאוד, מכיוון שהוא יודע שיש צורך בקרקע שלו ואי אפשר להתקדם בלי הקרקע שלו. הסיכוי שנצליח להתגבר על כל הנ"ל הוא נמוך מאוד, ובעקבות הקושי לקבץ בחזרה מקרקעין, סעיף 13 חוסם בעלים למכור חלק מהמקרקעין. דבר זה נכון גם לגבי הפקעות (כשהמדינה לוקחת קרקע, היא נדרשת לשאת מו"מ עם הבעלים והיא עשויה להיקלע להתדיינות משפטית מול גורמים רבים).

שאלה: איך החלוקה מתבצעת?

תשובה: החלוקה נקבעת עפ"י הצרכים התכנוניים, הסביבתיים, החברתיים, התשתיות ונתוני הקרקע.

לכן, ההנחה היא שהסעיף כולל את ההסתכלות הרחבה יותר של המדינה על החלוקה והיא ספציפית מתאימה להתיישבות. לכן, הפירוק לגורמים קטנים יותר עשוי להביא לבעיות שמקשות על איסוף מחדש של חלקיקי החלקה אחת ראוייה לבניה וכו'.

בסעיף 38- אחת הדרכים לפרק שיתוף היא חלוקה של מקרקעין וחייב להיות כפוף לאישור מפקח כדי שהחלוקה החדשה תהיה תואמת את החלקות הקודמות מכיוון שלא רוצים לפצל את החלקות בצורה אינדיבידואלית, כי אחרת יהיה קשה לממש פעילות באותן חלקות במידה והחלקים יהיו קטנים יותר (יהיה יקר וקשה למצוא). כך אנחנו עלולים למצוא את עצמנו עם קרקע ריקה ולא מנוצלת. החוק קובע מנגנונים להתמודדות עם בעיות שותפים.

ישנו חשש נוסף- מפני חלוקת יתר: האם השוק לא יודע להתמודד? בסופו של דבר, שוק תקין יפעל בצורה שמקרקעין ימצאו את עצמם בידי הגורם הכדאי ביותר להחזיק בהם. במקרה כזה יש כדאיות ויעילות ולא אמורה להיות בעיה. הנחת הבסיס של הכלכלה היא שמשאב תמיד ימצא את עצמו בידיים היעילות ביותר. שתי תשובות לכך:

- כשלי שוק- כמו בעיית הסחטן למשל
- שנאת סיכון ציבורית- כשאנשים פרטיים נכנסים לטרנסקציה שוקית, הם מושפעים מרמת האמון שלהם בשוק ומשנאת או אהבת הסיכון. שונאי הסיכון יגדרו את עצמם בסייגים ולא

יגיעו לאינטראקציות, בעוד אוהבי הסיכון יהמרו יותר מדי ויפסידו. המדינה באמצעות מנהל מקרקעי ישראל היא בעלת שנאת סיכון מובנית (גם אם נאפשר חלוקה- המדינה תפחד באופן מוגזם מכיוון שמדובר במשאבים ציבוריים והמדינה תחשוש יותר להיכנס לאתגר סיכון).

בגלל שתי הסיבות הנ"ל שמנו את החסם של סעיף 13, ולא אפשרנו לשוק לדאוג ליעילות השימוש במקרקעין. לכן עלינו למנוע את פיצול החלקה, גם מבחינה כלכלית.

3. מהם החריגים שצופה החוק?

יהיו מצבים שלמרות האיסור על עסקה בחלק ממקרקעין, נתיר עסקאות כאלה. מספר חריגים:

1. **בתים משותפים**- סעיף 54 לחוק המקרקעין מגדיר שעל אף האמור בסעיף 13 לחוק תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, זכויות ועסקאות. בבית משותף יש דירות, ויש רכוש משותף. סעיף 54 מגדיר שאם מסתכלים על המכלול של בית משותף כחלקה, ונשאל כיצד אפשר להיות בעלים פרטיים בדירה וגם בעלים במשותף עם השאר? החוק קובע בצורה ברורה שדירה בבית משותף מוחרגת מסעיף 13 וניתן לעשות בה עסקאות והחלפת זכויות. אם רוצים שהמוסד המשותף יתפקד, יש לאפשר לבעלי הדירות לבצע פעולות בדירות שלהם בצורה אינדיבידואלית ללא צורך בהסכמת השכנים (מבחינה פרקטית חייבים לאפשר מימד של בעלות), ובנוסף מלכתחילה המוסד תוכנן כבית משותף מעורב.

במידה ורוצים להעביר את בעלות הדירה בטאבו, הטאבו מזהה את הדירה כבעלות פרטית שלנו מכיוון שישנה צורת רישום של בתים משותפים (קובעים תתי חלקות- אם הגוש הוא למשל גוש 50 והחלקה היא חלקה 3, כל אחת מהדירות תקבל מספר כתת חלקה, ובמידה ונרצה למכור את דירה 3 והדירה תזדהה כגוש 50 חלקה 3 תת חלקה 3, וכל אחד שירצה לראות למי שייכת דירה 3 יוכל לחפש את הדירה בחלקת הרישום ולמצוא את שם הבעלים ברישום המקרקעין- ניתן לעשות זאת עקב עקרון הפומביות).

2. **זיקת הנאה**- סעיף 93: זכות קניינית שניתן לרשום במקרקעין. יכולת לעשות שימוש במקרקעין ללא חזקה עליו (ללא בעלות). מותנה בזכות קניינית שתהיה מעל 30 שנה. מותר לעשות שימוש מסוים בקרקע שיודעים בוודאות ששייכת לאדם אחר. זיקת הנאה יכולה להיות בהסכם (מכירה למשל של זיקת הנאה לעבור דרך השביל כל יום) או מכוח שני- למשל פעולה שלא נעצרה ולאחר 30 שנה שלא התלוננתי, נהיית זיקת הנאה אוטומטית ואז ניתן ללכת ללשכת הרישום. ניתן לראות זאת **בפס"ד חברת החשמל נ' גזל**. בשביל לקבל זיקת הנאה, אפשר לקבל אותה רק על חלק מהמגרש למרות סעיף 13.

3. **הפקעה**- של מקרקעין. הפקעה לא כפופה לסעיף 13 מכיוון שהיא לא עסקה: זוהי רכישה כפויה של מקרקעין, כאשר אותה רכישה כפויה לא מהווה עסקה. בגלל שהפקעה היא לא עסקה, היא לא נכנסת לגדר של סעיף 13.

פס"ד אקונס- מדבר על מנהרות הכרמל. גם הפקעה היא חריג לעקרון אחדות הקרקע. המדינה נמנעה מלהפקיע את כל הקרקע (היא הפקיעה רק את החלק התחתון של הקרקע לשם תוואי המנהרות). ביהמ"ש אומר למדינה שהפקעות ניתן לעשות גם רק עם חלק מהקרקע (בפני הקרקע). מדינה צריכה להפקיע את המינימום הנדרש; גם על פני הקרקע ניתן להפקיע חלקים מהמקרקעין וביהמ"ש לא נכנס כלל לסעיף 13. רוב ההפקעות מבוצעות לא תוך לקיחה את חלקות שלמות אלא תוך לקיחה של חלקי חלקות. בעתיד הופכים את הטאבו לתלת מימדי כך שיכלול גם חלקות תת קרקעיות.

4. **שכירות**- החריג המרכזי. לפי סעיף 78- ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין על אף האמור בסעיף 13. מדובר על **פס"ד לוסטיג**- היתה חלקה של 3.5 דונם כך שאביה של אותה אישה נתן לה את התוקף ל-999 שנים עם אופציה לעוד 999 שנים. רצו לבנות שם בית, ולא נתנו להם כי טענו שהם רק החכירו את הקרקע ולא היו הבעלים שלה. בהמשך, בתו של המנוח ניסתה להוכיח שזו חכירה לדורות, והציגו את החכירה לדורות כבעלות. בסופו של דבר, חכירה לדורות שווה לבעלות ולכן לא כפופה לסעיף 13.

5. **ירושה**- לפי סעיף 6 לחוק הירושה, עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה עפ"י צוואה. חלק גדול מהירושה גורר מקרים שבהם אנשים לא מעוניינים לקבל אותה יחד עם אחרים, ולכן הירושה לא כלולה תחת סעיף 13. לכן, במקרה

- ונרצה לחלק או למכור ירושה- יש לה סייגים משל עצמה אך הם לא כפופים לסעיף 13. סעי' 6 קובע כי ניתן להוריש חלקים מאותה יחידת רישום- משני רציונלים:
- רוצים לאפשר לאדם להוריש את הקניין שלו לילדיו
 - לא רוצים לחייב את האדם לבחור ילד אחד וכך להביא לקרע משפחתי

מתי נכס מטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין? לפי סעיף 12, הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה. לפי ויסמן- תפיסה ריאליסטית: מלהטט בין חיבור של קבע+ אינם ניתנים להפרדה. הוא מחשיב את הנכס כמחובר כאשר לא ניתן לפרק אותו מבלי להרוס אותו.

מחוברים

שלושה מבחנים:

1. מבחן החיבור הפיזי- מתחלק לשניים:
 - חיבור הנכס- האם הנכס מחובר?
 - האם ייגרם נזק- האם ייגרם נזק אם נפריד מהמקרקעין את הגורם המחובר?

האם תוצאת החיבור היא שלא ניתן לנתק את המיטלטל מהמקרקעין מבלי שיהרס; שיגרם לזק מהותי למיטלטל או למקרקעין או שאי למיטלטלין קיום ללא חיבור לקרקע. תוצאת החיבור ולא שאלת האמצעי הפיזי בו השתמשו.
2. מבחן סוג הנכס- מבחן מהותי שמאפשר לנו להסתכל מבחינה אובייקטיבית על הנכס. מבחן פונקציונאלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע.
3. מבחן הכוונה- צריכים לבדוק את כוונת הצדדים. קשה להתחקות אחרי כוונת הצדדים ולכן מבחן זה קשה בפועל. כיצד בודקים מה הייתה כוונת הצדדים ביחס למיטלטלין? אובייקטיבי או סובייקטיבי?

- צדדים קרובים- סובייקטיבי
- צדדים רחוקים- אובייקטיבי.

- את הקונפליקט בין האובייקטיבי לסובייקטיבי פותרים ע"י בדיקה בצורה סובייקטיבית ככל האפשר כשמדובר בצדדים. בודקים האם זה כתוב בחוזה.
 - כשהצדדים קרובים ויש אדם שכורת חוזה עם האחר בודקים מה היו היחסים ביניהם כי:
 - הם אלה שניתן לנסות ולחקור ולהוציא מהם את כוונתם בעת יצירת החיבור של המיטלטלין למקרקעין
 - שניהם נמצאים מולנו.
- לא רוצים להחיל גורמות חיצוניות כששני הצדדים נמצאים לפני ונעדיף שלא להכפיף אותם לסטנדרט חברתי כשניתן למצוא את הפתרון באמצעות האנשים שנמצאים לפנינו.
- ישנם מקרים שבהם יש צד שלישי שעשה הסכם עם הבעלים, והוא לא היה חלק מהמערכת הזוגית של השוכר והמשכיר. לכן, ניסיון להחיל עליו כללים או תובנות סובייקטיביות יהיה בעייתי, מכיוון ש:
- הטלת נטל על צדדים שלישיים- הדבר יטיל עליו נטל ובכל פעם שצד שלישי יתקשר עם צדדים הוא יצטרך לרדת לעומקם של הכוונה הסובייקטיבית של שני הצדדים ולא רק על בעל המקרקעין- הוא צריך לתחקר גם את הסוחר.
 - נושים- במידה וקונים דירה ויש בה סוחר, לעתים הצדדים השלישיים לא יצרו התקשרות רצונית עם הצדדים האחרים (למשל במקרה של נשיה- תור הנושים לא מכירים אחד את השני ולא חשבו אי פעם שיגיעו לעימות או תחרות האחד עם השני) וכעת הם צריכים לחפש מה הייתה הכוונה הסובייקטיבית של כל אחת מההתקשרויות בעבר לגבי כל אחד מהנכסים השונים.

המבחנים הם מבחנים מצטברים, ולא בהכרח יובילו לתוצאה אחת. מבחנים אלה הם עמומים. לעתים, למרות שמדובר בדבר שמחובר פיזית לנכס- כוונת הצדדים הייתה לא להתייחס לדבר כאל דבר שמחובר לנכס ולכן לא תמיד המבחנים קובעים. יש לעשות את האיזון הפנימי בין מה שמטה את הכף. יש לזכור- תמיד נעדיף לא להחיל נורמות כלליות אם יש אפשרות להכיר את שני הצדדים או כאשר הם קרובים.

צ'ק ליסט לנושא מחוברים:

כאשר נקבל קייס במבחן (מחוברים יהיה רק חלק מקייס ולא קייס שלם), ואנחנו מזהים טענה על נכס מיטלטלין שמחובר למקרקעין, עלינו לבדוק:

1. מבחן החיבור הפיזי שמתחלק לשניים:

- האם הנכס מחובר?

- איזה נזק ייגרם למיטלטלין כשנפריד את המיטלטלין מהמקרקעין?

2. האם סוג הנכס הוא מסוג הנכסים שטיבם מתחבר למקרקעין או מסוג הנכסים הנדים בכל משמעותם?

3. מבחן הכוונה- עלינו לאתר מי הצדדים, מי הם בעלי הדין, כאשר אם מדובר ב:

- צדדים קרובים (כמו בעלים וסוחר) ואז נחיל מבחן כוונה סובייקטיבי,

- כשמדובר בצדדים רחוקים (כאשר יש נוכחות חד צדדית מול צד שלישי שלא היה קשור

להתקשרות הראשונה בין הצדדים) ואז נחיל את מבחן הכוונה האובייקטיבי שבו נחיל סטנדרט:

כיצד יותר מקובל לראות את המיטלטלין כמחובר למקרקעין או לא.

במבחן יש לעבוד לפי צ'ק ליסט ומחויבים להשתמש במבחנים וגם להשתמש במבחן סוג הנכס.

לסיכום מחוברים-

דוגמת המזגן:



עקרונית, אם טוענים שהייתה הסכמה סובייקטיבית אך ביהמ"ש החליט לתת בהסכמה אובייקטיבית, השוכר יכול לחזור לבעלים ולתבוע את הנזק הכספי שנגרם לו. ברוב המקרים הדבר בעייתי כי אין לו ממי לגבות את החוב החוזי (הבעלים לרוב מת/לא בארץ/חדל פירעון), וכך במקרה שלא ניתן לחזור לבעלים- המשמעות של קבלת המזגן או במקרים החמורים מי יקבל את הדירה- הוא מי יקבל את הנכס ומי לא, ולכן הפסיקה מפתחת מבחנים כדי להגיע לחקר הכי נכון של התוצאה הצודקת בתחרות. כך נוצרים דיני תחרויות.

כל תחרות בין שני אנשים לגבי קניין (נכס) הוא תאונה משפטית. כך גם בנושא של מחוברים- זוהי התנגשות משפטית. לפי הפסיקה, הדרך הנכונה להתמודד עם כך היא השיקול המשפטי של מונע הנזק הזול (נחפש את הגורם שיכול היה למנוע את התאונה בדרך הזולה ביותר).

- אחד השיקולים המרכזיים בדיני תחרויות, הוא שיקול מדיניות של מונע הנזק הזול- אותו גורם שנמצא בצדדים לתאונה שהיה זול עבורו למנוע את התאונה, הוא הגורם שנטיל עליו למנוע מכיוון שרוצים לתמרץ את שאר הגורמים לשלם מחיר קטן ולמנוע את התאונות. זהו שיקול הרתעתי.

שיקולים רלוונטיים נוספים, הם:

- וודאות השוק; איך השוק מתמודד עם שוכרים שלא יכולים להתקין מזגנים?

- עידוד פעילות כלכלית;

- שיקולי יעילות מצרפית;

- שיקולי חלוקה? (עדיין לא נמצאים בפסיקה).

לשיקולי מדיניות יש משקל רב, ולעתים הם יכולים לגרום לאדם לאבד את הנכסים שלו. ההשלכות של התוצאה יכולות להיות מעוותות, כתוצאה מתקנות שוק וכו'. ישנו כר נרחב לביהמ"ש להכניס שיקולי מדיניות.

בג"ץ Samedan - עוסק בקידוחי נפט. שתי חברות שקיבלו זכויות לקידוחי נפט, ובחוק שמדבר על קידוחי נפט ישנו סעיף שאומר שהמפקח רשאי להעניק גם זכויות הובלת נפט לאותן חברות קידוח. השאלה המשפטית היא האם נתינה של זכויות הובלה לחברת קידוח ע"י המפקח היא חובה? ביהמ"ש ממחיש את הדיון על המוסד המשפטי של קידוחים: המדינה מעוניינת לתת זכויות לחברות קידוח נפט מכיוון שהנפט שייך למדינה. לדעת חשין, נותנים סוג מסוים של זכות קניינית או בעלות לאותה חברת קידוח כמעין תמריץ כי הגמול יהיה מציאת הנפט. זהו מוסד קנייני שנבנה על ערכים מתנגשים:

1. ערך היעילות והרווחה המצרפית

2. ערך הגמול, תמריץ והשקעה

חשין עושה בחינה של מוסד הנפט ושל מוסד התחרות. לטענתו, גם עידוד של קודחי נפט נועד כדי לבסוף להשיא את הרווחה הכלכלית המצרפית של החברה הישראלית, ולכן נבחן את האיזון הנ"ל תחת הרווחה המצרפית, ולכן יהיה נכון לא לתת לאותן חברות גם את זכות ההובלה, מכיוון שלא רוצים למנוע תחרות מחברות שלא רוצות להוביל אלא רק לקדוח את הנפט. חשין מדבר על המונופול של החברות (רוצים לתת להן זכות קניינית אך לא לתת להן מונופול שיפגע ביעילות המצרפית של כל עסק הנפט. אם ניתן לאותה חברה גם לקדוח וגם להוביל את הנפט כמשהו מחייב, החברה תמכור לעצמה את הנפט בצורה זולה, ואז כשלא תהיה תחרות - הציבור יסבול והרווחה המצרפית תיפגע כי אין תחרות. חשין חורג מהתפיסה שלו לגבי זכות קניינית; הוא בעל תפיסה ליברטריאנית של חירות - לטענתו יש להרחיב את מימד החירות של הבעלים: זהו הפס"ד היחידי של חשין שבו הוא מאמץ את התפיסה של מוסדות קנייניים שונים ועושה בירור ערכי ושואל מהי כוונת המחוקק ומהם הערכים שיצק לתוך המוסד הקנייני. האם ניתן להגדיר זאת כאקטיביזם שיפוטי של חשין? לא, מכיוון שהוא לא משנה את כוונת המחוקק, אלא חשין הסביר את הרבדים הערכיים שעליהם הוקם המוסד הקנייני ולא קבע ערכים או חוקים חדשים. הוא ביסס את כל טיעוניו סביב הרציונל של השאת הרווחה המצרפית. בדר"כ לפי חשין, תמיד צריך לפרש את הקונפליקט עפ"י ערך חירות הבעלים - אך כאן הוא פירש אותו לפי השאת הרווחה המצרפית (הוא פירש לפי המחוקק ולא לפי דעתו).

סעיף 14 - מהות הזכות ומגבלותיה - משפט פרטי: קובע שבעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. קובע הוראה שיש לה השלכה על האופן שבו אנו תופסים את הזכות הקניינית. ישנה מעין מחויבות כלפי אחרים שמצמצמות את הזכות הקניינית שמכילה משהו שיכולנו לעשות למשל במוסד קנייני אחר. הזכות הקניינית שלנו לא כוללת מלכתחילה פעולות שמהוות פגיעה בערכים אחרים (מכיוון שחייבים לאזן ערכים). סעיף 14 נעדר מהפסיקה הישראלית משנות ה-70 וחזר לשימוש בשנים האחרונות יחד עם נושא ההתחדשות העירונית.

הפס"דים שביססו את התפיסה של סעיף 14 בעבר היו:

שלב נ' הררי - קואופרטיב שלב נגד הררי מואב. חילקו חלקה ל-3 חלקות, וחברה אחת הייתה צריכה להגיע למכרה כדי להוציא משם חול. מרגע שחילקו את החלקה, אם המשאיות חותכות לחלקה ג' הן עוברות בשטח של אדם פרטי אחר. השאלה היא האם אותם בעלים יכול לאסור על החברה לעבור בקרקע שלו או לדרוש מהם תשלום? פס"ד זה קובע בצורה קלה - התשלום של כסף נוסף כדי לנסוע מסביב הוא חובה מכיוון שלא מתחשבים בנחות, זוהי לא זכות מוקנית לנסוע דרך הקרקע של אדם אחר.

רדומילסקי נ' פרידמן - גב' שושנה רדומילסקי הייתה בעלת מבנה, שכחלק מהמבנה גר דייר מוגן (דייר מוגן יכול להישאר בנכס עד תום חייו ובמקרים מסוימים הוא יכול להוריש את הדיירות המוגנת לאדם אחר במידה והוא גר איתו מעל חצי שנה לפני שהדייר הולך לעולמו). בעלת הבניין חיכתה שהדייר ימות כדי שתוכל למכור את הנכס ללא מחויבות לחוק הדייר המוגן. לאחר חצי שנה גב' רדומילסקי רואה שבתו של פרידמן נכנסת להתגורר איתו, והם מותחים כבל טלוויזיה שמחורר את הבניין ועובר על החלקה של גב' רדומילסקי. היא מבקשת להסיר את הכבל כדי למנוע פגיעה בקניינה (קניין עולה למעלה ויורד למטה), וביהמ"ש מכריז על גב' רדומילסקי כמבקשת לעשות שימוש דווקא בזכות הקניין שלה וכך פוגעת לפרידמן ובתו בזכויות הטבעיות שלהם מכיוון שהכבל לא פוגע בה או בקניינה ואין הצדקה להסירו. פס"ד רדומילסקי מבסס שני דברים:

1. תביעתה של רדומילסקי לא הייתה תמימה, היא פגעה בזכות היסוד של האזרח הישראלי לטלוויזיה (לכל

אדם יש זכות להתחבר לטלוויזיה) ע"מ למנוע מביתו של פרידמן לרשת את הדירה

2. פעולה נגד מוסד קנייני של דיירות מוגנת מאיימת על העיקרון שלה ולכן לא תתקבל.

באופן עקרוני אין הבדל בין הטענות של הררי מואב לבין הטענות של רדומילסקי- שניהם רצו להגן על קניינם. עקרונית, שני הגורמים הנ"ל ניסו למקסם את רווחיהם מהנכסים הקנייניים שלהם. ההבדל ביניהם הוא שבפס"ד רדומילסקי דובר על שנהא אישית ואינטרסים לפגוע במוסד קנייני, ולא רק למקסם את רווחיה; היא משתמשת באופן דווקני בזכות הקניינית שלה כדי לפגוע במוסד קנייני של פרידמן (להקשות על בתו של אדון פרידמן להישאר בדירה כדי שהמוסד הקנייני של דיירות מוגנת לא תעניק לה את הזכות להישאר בדירה). הורדת הכבל תפגע משמעותית בתפיסת ההורשה של דיירות מוגנת. רדומילסקי נתפסת כעושה שימוש דווקני מכיוון שהיא רוצה לפגוע במוסד קנייני שרוצה להגן על דיירים חלשים יותר, ושאפשר של העמידה הדווקנית שלה יפגע משמעותית בהוראות הכי משמעותיות של מוסד זה- הורשת דיירות מוגנת. מבחינה מעשית, שינויים בתנאי הסכמי שכירות על פי רוב יחייבו תשלום בגינם. מבחינת ביהמ"ש, ההתנהלות של רדומילסקי גורמת אי נוחות לפרידמן. לרדומילסקי לא היה טיעון משמעותי אלא טיעונים שוליים נגד הדייר המוגן, ולכן לא נוציא אותו מהדירה.

פס"ד רוקר נ' סלומון- ישנן שתי מערכות:

1. מערכת תכנונית שהיא מערכת לתכנון ובניה- דורשת ציור של התוספת
2. מערכת משפטית קניינית שעוסקת בזכויות המהותיות של בני אדם במקרקעין- כדי להשתמש בזכויות בניה שמוענקות מכוח תכנון, יש דרישה להסכמת כל הדיירים.

משמעותו של סעיף 14 בפס"ד זה:

- אנגלרד- מאזן נזקים. לא נוגע בכלל בדיון של פגיעה בזכויות קנייניות. הוא שואל מה יהיה יותר יעיל כלכלית- הרס של המבנה או הגעה להסכמות עם השכנים ופיצוי כספי? לטענתו אין סיבה להרוס מה שאנשים בנו לאחר שהייתה השקעה כספית גדולה. הזכויות הקנייניות והפגיעה בהן לא מעניינות- וערך היעילות והרווחה המצרפית הוא הערך היחיד שיש להתחשב בו, מכיוון שהרס המבנה לא יהיה התנהלות יעילה מבחינה כלכלית.
 - טירקל, חשין ולוין- צמצום סעיף 14. חבורה ליברטריאנית: קניין הוא חירות הבעלים בראש ובראשונה, ולכן עלינו לצמצם ככל האפשר את סעיף 14 (הם רוצים להתייחס אליו בצורה מצומצמת ולבחון באופן מעמיק האם השמירה על חירות הבעלים בכל מקרה תביא לפגיעה משמעותית בקניין). סעיף 14 נעלם מהפסיקה הישראלית לאחר שדעת הרוב בפס"ד רוקר הפכה אותו לחסר משמעות. לפי פס"ד רוקר, יש להתייחס בצמצום לסעיף 14 בגלל אולטימטיביות ערך החירות של הבעלים, וכל ניסיון לצמצם אותו ייתקל בקשיים.
 - ברק, שטרסברג-כהן ומצא- חבורה ליברלית:
 1. מהו המשאב (מהו המוסד הקנייני)- המוסד הקנייני עושה איזון מלכתחילה בין הקניין לקהילה, ובמוסד קנייני לאדם אין חירות מוחלטת בנכס שלו אך מצד שני ישנן גם דרישות לגיטימיות.
 2. מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד הקנייני נטוע- הצד הליברלי יותר מכיר במוסדות קנייניים שמאזנים בין מוסדות שונים, והלכה למעשה היא מייתרת את סעיף 14 גם אם היא מדברת בעדו, מכיוון שהם טוענים שהמחוקק מעצב מוסדות קנייניים שנותנים ביטוי לאופי המשאב ולמערכת היחסים בין הזכויות השונות. לפי ברק, מערכת האיזונים בתוך המוסדות הקנייניים מטמיעה בתוכה את מחויבות בעלי הקניין ביחס לאחרים. חוק המקרקעין שדורש הסכמה בבתים משותפים לא זקוק לסעיף 14- מכיוון שהמוסד הקנייני של בית משותף כבר קבע שיש צורך בהסכמה.
- האיזון הערכי המדויק בבית משותף הוא בדיוק הדרישה להסכמה של כל הדיירים והיא ההגדרה של היקף הזכות, ולכן אין צורך בסעיף 14 כדי שיגדיר זאת.
- לסיכום, אף אחד מהצדדים לא יכול להתעלם מסעיף 14 אך כולם מנסים לקשר אותו למערכת הקניינית בדרכים שונות. כל אחד מהמוסדות הקנייניים מכיל איזון ערכי אחר שמשליך בצורה שונה על ערך חירות הבעלים ולכן אין צורך מעשית בסעיף 14. איזון נכון במוסד הקנייני עצמו לא יצריך את הסעיף למטרות איזון.

חכירה לדורות היא למעשה מעין בעלות.

המשטר הקנייני בישראל:

קרקע בבעלות פרטית- 7%
קרקע בבעלות ממשלתית- 93%

3 גופים שמחזיקים בידיהם את מרבית הקרקעות בישראל:

1. המדינה- רשות מקרקעי ישראל
2. המדינה- רשות הפיתוח
3. הקרן קיימת לישראל (הקק"ל)- גוף פרטי שאחראי עוד מלפני קום המדינה על רכישת קרקעות למדינה. שומרת על ציביון יהודי.

רוב הקרקעות המוחלט בישראל נמצא בידיים ממשלתיות ורק לק קטן יהיה בבעלות פרטית. אז איך בכל זאת אנחנו חושבים שיש בבעלות דירות?

1. מגזר עירוני- חזק, חכירה ארוכת טווח. ניתנות זכויות חכירה. כיוון שאין בישראל דרך להגיע לבעלות, אז צריך להתייחס לחכירה כמעין בעלות. עד לאחרונה הייתה התנהלות שכשר רוצים למכור לאחר את דירה החכורה (ע"י המדינה) צריך את אישור הבעלים- אישור המדינה. מה משתמשים בשיטת החכירה ולא מפריטים?
רציונל כלכלי- המדינה רוצה לשלוט בקרקעות, שיהיה בהחלטה מתי לשחרר קרקעות ומתי לשמור. הסיבה האמיתית היא רציונל פוליטי- מצורכי ביטחון, חוסר רצון לאפשר למי שלא יהודי גישה ישירה למקרקעין, או אף ליהודים שיעשו בקרקע שימוש לא ראוי בעיני המקרקעין.

2. מגזר חקלאי- חלש, רישיון במקרקעין. לא היו זכויות קנייניות. הזכות היא זכות למגורים אך לא זכות קניינית למקרקעין עצמו (יש להם רישיון, כאשר רישיון הוא זכות אישית, בר רשות, שאינה קניינית). לבר רשות יש הסכמה של בעל הזכויות במקרקעין לפעול ולעשות את המוסכם עם בעל הזכויות במקרקעין. בשונה מבעל הזכויות במקרקעין, רישיון היא זכות חלשה יותר הנתונה יותר לשיקול דעתו ורצונותיו של בעל המקרקעין. כלומר, היושב במקרקעין נמצא שם מרצונו של בעל המקרקעין. השאלה היא האם בעת מתן רישיון במקרקעין באמת יכול בעל המקרקעין לבטל את הרישיון בכל זמן? (האם מרגע שאימצנו את משטר הרישיון יש להתייחס לנסיבות שונות באופן שלא יאפשר לבעל המקרקעין לבטל כרצונו את הרישיון בתנאים שלו?)

הזכויות של בעלי הרישיון הן זכויות חלשות יחסית, כאשר ב-15 שנה האחרונות היו עימותים רבים בין המגזר החקלאי ("ההתיישבות") לבין מנהל מקרקעי ישראל. דבר זה קורה בעיקר כאשר רוצים לנצל את הקרקע לשימוש שהוא אינו ייעודה המקורי של אותה קרקע.

רישיון היא לא זכות במקרקעין: היא זכות חוזית הניתנת מאת בעל המקרקעין לבעל הרישיון.
לעתים, רישיון יכול להיות חזק יותר מזכות מקרקעין- במצבים שבהם ההשקעות וההסתמכות של בעל הרישיון על המקרקעין יהיו גבוהות כך שימנעו את יכולתו של בעל המקרקעין לשנות את הרישיון. כל שלוש שנים ישנו חידוש של הרישיון כאשר הוא עומד לבחינה מחודשת של שני הצדדים.

פס"ד שיח חדש- ההתיישבות העובדת רואה עצמה כגורמים שהיו אבני היסוד של הקמת המדינה, דבר שמביא אותם לטעון שהם הסתפקו במועט יחסית לאחרים ועזרו להקים את המדינה, וכרגע מבקשים לנצל את המדינה מבחינה כלכלית. מנגד, ישנן קבוצות אחרות שלא מסכימות עם טענה זו מכיוון שהם טוענים שאותה התיישבות ראשונית קיבלה הכל עד שנות ה-80 והקצאת הקרקעות שניתנה להם הייתה גדולה ולא מהווה קיפוח, ועליהם "להתחלק" עם השאר מבלי לבקש יותר.

רחל אלתרמן-

מתכנתת ערים במקצועה ומשפטנית. מאזנת בין התכנון למשפט.

שואלת שאלה: האם יש הכרח להשאיר את מרביתם המוחלטת של הקרקעות בבעלות המדינה? תשובה: לא. היא בוחנת את המשטרים האפשריים של המשטר הקנייני בישראל:

	• התערבות מירבית בשוק
הלאמה מלאה של זכויות בקרקע	• כאשר המדינה מחזיקה את מרבית המקרקעין במדינה ומחליטה כיצד לבנות מסדרי זכויות משניים (רישיון וכו'). למדינה יש עלות גדולה על חירותינו כאזרחים והיא מכפיפה את כולנו לשלטון, כאשר כל גורם שרוצה להקים יישוב צריך לקבל אישור להקצעת קרקע מהשלטון.
הפקעה מסיבית	• הקרקע היא בבעלות פרטית, אך נאפשר למדינה להקיע מסיבית שטחים במקומות מסוימים. כוח זה ישמור בידיה של המדינה להלאים בכל מצב שבו היא תראה לנכון לעשות זאת. קורה בעיקר במדינות קומוניסטיות שבהן השלטון שומר לעצמו את הזכות.
רכישה לצורך בנק קרקעות	• מצב שבו המדינה לא יכולה להפקיע מסיבית, אך היא יכולה להפקיע הרבה יותר ממה שהיא צריכה, בטענה שבעתיד יכול להיות ותצטרך את הקרקע לפרוייקטים מסוימים (למשל במקום להפקיע 100 דונם לכביש, היא תפקיע 200- כי יכול להיות שהיא תצטרך זאת בעתיד).
איחוד בעלות וחלוקה מחדש של הקרקע	• רפרצלציה. בניגוד להפקעה רגילה שבה היא תשלם רק את מחיר השוק של הנכס למקרקעין- המדינה תשאיר חלקים קטנים לבעלים מהחלקה, כאשר חלקים אלה יהיו שווים הרבה יותר מאשר לפני. ניתן להגיש תכנית לחלוקה מחדש של הקרקע (למרות סעיף 13), ע"י איחוד וחלוקה חדשה של המקרקעין. למשל, במקום קרקע של 100 מ"ר שמחולקת ל-5 חלקים של 20 מ"ר, נחלק אותה מחדש ל-60 מ"ר ציבוריים ועוד 40 מ"ר שמחולקים ל-4 שטחים של 10 מ"ר כל אחד שיהיו שווים הרבה יותר.
הפקעה נקודתית	• צריך מטרה ציבורית מסוימת, ועל הפקעה זו נשלם כסף.
תכנון ציבורי	• משטר שלא מתעסק עם הפקעות אלא מתעסק בעיקר בתכנון. את היכולות לשלוט במקרקעין נעשה באמצעות תכנון ולא הפקעה; לדוגמה נייעל את הקרקע ונייעד אותה לשימוש המדינה- למשל נייעד אותה לשימוש של הקמת בית ספר. במקרה זה לא הפקענו את הקרקע, אך שינינו את הקרקע במידה שתתמרץ את בעל הקרקע למכור אותה למדינה.
	• שוק חופשי ללא התערבות

אלתרמן שואלת האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית במקרקעין: ישנו פער גדול בין המצב הקיים בישראל לבין מצב שהמדינה יכולה לבוא ולהגביל נכסים כשהקרקע נמצאת בבעלות פרטית. עדיין, נאפשר התערבות מיוחדת כשהבעלות היא פרטית ברובה.

ישנן שתי סיבות עיקריות שיש לאפשר למדינה להתערב במקרקעין:

1. כשלי שוק-

- The tragedy of the commons - כל אדם פרטי יוכל "לסחוט" את המדינה לצרכיו לפי כספו במידה והמדינה תרצה את הקרקע שלו. האנשים שהקרקע שלהם תימצא מתאימה להקמתו של מבנה חברתי מסויים או מוסד ציבורי יבקשו מהמדינה כסף רב- דבר שיוביל או לפשיטת רגל של המדינה או למתן שירות מצומצם (מעט בתי חולים לדוגמה).
- שמירה על משאבים לדורות הבאים
- טיפול בהחצנות - לא ניקח בחשבון את ההשלכות של השירותים המצומצמים שנעניק ונסה לקנות את המקרקעין בכל דרך, דבר שיוביל למעט בתי חולים ולמותם של אנשי הפריפריה. מירוך לתחתית מול מירוך לפסגה (למשל ייבוא רופאים מהפיליפינים שיגרמו לרשלנות רפואית) והחלשים כלכלית לא יוכלו להשתמש ברופאים הטובים והמוסמכים ביותר.
- שליטה בעיתוי הפיתוח - גם אם אנשים פרטיים יכולים לספק את הצרכים הציבוריים (לדוגמה מרכז עזריאלי), ישנן שתי אופציות:
 - המדינה תפקיע את הקרקע ותקים מרכז

○ לתת לגורמים פרטיים כמו עזריאלי להקים את המרכז. הבעיה במתן לידיים פרטיות היא השארה של המרכז בידיים פרטיות בעלות אינטרסים, והשולט באספקת האינטרסים ובעיתות יהיה אדם פרטי. לכן, כאשר חברות פרטיות ניגשות למכרזים על הקמת כביש- הן מציעות מחירים נמוכים כדי שייבחרו, ואז תוקעות את הפרויקט במהלכו כאשר הן דורשות כסף אחרת לא יתקדמו.

- פערי מידע- מעכבים ועלולים לאיים על הוצאתו לפועל של הפרויקט. הנחת היסוד של אלתרמן היא שכמדינה וכחברה אנחנו זקוקים לאותם פרויקטים חברתיים כמו בתי ספר, בתי חולים, שיטור וכו', ושאפשר לשמור על כל מיני מידות של התנדבות מבלי להגיע לקיצוניות.

2. הצדקות חברתיות-

- קידום ערכים פוליטיים
 - ביטול פערים חברתיים
 - היערכות להתמודדות עם משברים
 - מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות
- אלתרמן טוענת כי מחבבי התחרות החופשית (כמו גורמים פוליטיים) צריכים להיות עם תנאים, למשל כמו התחרות בין חברות הסלולר. במידה ונאפשר שוק חופשי לחלוטין, אנחנו עלולים להגיע או לפשיטת רגל כלכלית או לפשיטת רגל חברתית כאשר האוכלוסיות החלשות ייפגעו.

למה לא הפרטה מלאה? שתי סיבות:

1. מצרכים בסיסיים לכל אזרח- ללא קשר ליכולותיו הכלכליות. לא רוצים לפתוח שוק חופשי במים או אוויר בסיסיים לקיום חיון של אדם, ולכן לא נפריט.
2. The comedy of the commons- מאמר שתוקף את טענתו של הארדינג לגבי the tragedy of the commons. רוז כותב את מאמר הנגד הזה כדי להראות צדדים חיוביים לשיתוף במקרקעין, ומדובר בעיקר על איזורי חיברות כמו חופי הים ופארקים שלא יתקיימו אם הקרקע תהיה בבעלות פרטית. לדוגמה, מקרים שבהם סגרו את חופי הכינרת. סגירה של פארקים או חופים לטענת רוז גורמת לניכור בחברה.

מקרקעי יעוד- סעיף 107 לחוק המקרקעין. מקרקעי ציבור שמיועדים לתועלת הציבור. לפי סעיף 111- מקרקעי ייעוד הם סוגים מסוימים של מקרקעין שלא יהיה בהם תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו ע"י הממשלה או השר שקבעה לכך. בסוג זה של מקרקעין לא ניתן לעשות עסקה טעונה רישום. מקרקעין אלה משומרים ע"י המדינה שרק היא יכולה לאשר עסקה במקרקעין אלה. למדינה יש יכולת להפריט מקרקעי ייעוד שהם המקרקעין השמורים ביותר במדינה.

3 שאלות לגבי מקרקעי ייעוד:

1. למה רק מקרקעין?
אין הסדר דומה למקרקעי ייעוד, מכיוון שמעלים סוג מסוים של זכויות לפסגה, שיהיה ניתן לפגוע בהן רק ע"י אישור המדינה. אפילו דברים משמעותיים כמו נכסים קריטיים לא מקבלים הגנה חזקה כמו מקרקעי ייעוד. בצרפת לדוגמה יש חוק שמגן על אוצרות תרבות והופך להיות נכס מוגן שלא ניתן לעשות בו עסקאות (כמו המונה לזיה). השאלה היא למה הגנה זו נקבעה רק למקרקעין ולא לחפצים אחרים?
2. למה רק הייעודים המנויים (ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים)?
מבחינה היסטורית, המדינה רצתה לשמור על דרכי הגישה האסטרטגיות ממנה ואליה. מסיבה זו, נמלים למשל לא הופרטו זמן רב אך הופרטו לבסוף.
3. ההסדר המשפטי- למה ניתנים בכל זאת להפרטה?
אם אותם מקרקעין כ"כ חיוניים למדינה, למה בכל זאת יש את הסיפא שמאפשרת למדינה לעשות עסקאות באותם מקרקעין? מה ההיגיון לאפשר חריגה ולאפשר למדינה לבצע עסקאות ללא רוב דרמטי?

Mrs. Murphy- דמות פיקציה משפטית של הדין האמריקאי. מהווה את האדם המרכזי של החוק האמריקאי למניעת אפליה במגורים. ה Fair housing act הוא חוק פדרלי שהתקבל בארה"ב שקובע שאסור לבעלים של נכס הפלות ברכישה, מכירה או השכרה של זכויות קנייניות במגורים (מוצא אתני, נטיה פוליטית וכו'). לחוק זה יש

חריגים. כדי להעביר חוק פדרלי כזה היה צריך להגיע להסכמות רבות והיה צורך גם לוותר. כך נוצר חוק שאוסר אפליה באופן גורף אך עדיין יש לו חריגים: לדוגמה, כנסיה יכולה לתת את המעונות שלה רק לנוצרים. החריג הבוטה ביותר הוא החריג של Mrs. Murphy: אדם שבבעלותו עד 4 דירות במתחם אחד והוא גר באחת מהן, יכול להפלות או לקבוע למי הוא רוצה להשכיר או למכור את הדירות שבבעלותו. בישראל, לא רוצים שקבוצות אוכלוסייה זרות או שנתפסות בעייתיות ש"עלולות להוריד את שווי הנכס" ישלטו על נכסים.

הזכות לכניסה לדירה בישראל: האם שומרים על חירות הבעלים להפלות ולבחור לעצמנו את השכנים/השוכרים? שני טיעונים:

1. טיעון קנייני - הטיעון הראשון הוא זכות קניין, האדם הוא בעל זכות פרטית בנכס שלו והוא יכול לעשות בו כרצונו, לא ניתן לחייב אותו להכניס לתוך הנכס שלו אנשים שהוא לא מעוניין בהם.
2. האדם הוא לא המדינה - יכול להיות שישנם אינטרסים חברתיים, האדם הוא לא המדינה ולכן לא חייב באחריות חברתית כוללת לכולם. העובדה שישנם אנשים שאין להם מקום מגורים כמו עניים או פליטים לא אמורה לעניין את בעל הנכס מכיוון שהוא לא אמור לדאוג להם.

המדינה לא מחילה על האדם חובת שוויון, אך מאלצת את האדם לא להפלות בין אנשים. ישנו הבדל משמעותי בין השימוש שעלול להיעשות בנכס לבין הבחירה שלא להשכיר לאנשים ממגזרים שונים. הזכות לכניסה לדירה בישראל מגיעה בשני מופעים מרכזיים:

1. וועדות קבלה ליישובים

לחלק מהמושבים/קיבוצים יש רשות לוועדות קבלה. לגבי יישובים קהילתיים - רובם החזיקו וועדות קבלה לפי החוק בעבר, אך לפי **פס"ד קעדאן** - החוק שונה. הוא אמר שהאופן שבו וועדת הקבלה שללה את מועמדותם של הזוג קעדאן לא חוקתי ופוגע בזכות לשוויון. (היה זוג ערבי שביקש להצטרף ליישוב הקהילתי קציר, ערכו סינון באמצעות וועדת קבלה והוחלט שהזוג לא יכול להתקבל כחברים ביישוב). השאלה הייתה מי נתן לחברי וועדת הקבלה את הזכות למנוע מכל אדם לקנות נכס במדינת ישראל? נקבע שהיישוב קציר הוא יישוב נטול ייחודיות ואין בו שום דבר שעשוי להיפגע כתוצאה מכניסתם של אנשים בעלי מאפיינים שונים (אין ליישוב משהו להגן עליו שבעקבותיו הסירוב מוצדק). סעיף 6 לפקודת האגודות השיתופיות - וועדת הקבלה יכולה לסרב לקבל אדם ליישוב במידה ויש חשש שכניסתו של האדם ליישוב תפגע במרקם הקהילתי של היישוב. ביהמ"ש קבע כי אין מכנה משותף שיכול להיפגע כתוצאה מכניסתו של גורם שונה. ביהמ"ש פתח פתח לשינוי של זכות הכניסה בישראל. הסעיף האופרטיבי היחיד שהופיע בניסוח הראשוני של חוק הלאום הוא סעיף 27: נועד לעקוף את החלטת ביהמ"ש העליון בפס"ד קעדאן - המדינה רשאית להעניק זכות התיישבות נפרדת לכל קהילה שדורשת במידה ויש לה מאפיינים ייחודיים כמו דת, לאום אחד, וכו'. מטרתו של סעיף זה הייתה להכשיר וועדות קבלה וסינון בכל היישובים הקהילתיים היהודיים שמבוססים על תפיסה לאומית אחידה והרציונל הוא הדרה של אנשים שונים מכך. החוק הוא לכאורה הצהרתי אך יש בו סעיף שמשנה את זכויות הכניסה במדינה. החוק זכה להתנגדות מכיוון שבהיבט של חקיקה רגילה, המחוקק צמצם את היכולת של יישובים קהילתיים להחזיק וועדות קבלה.

תיקון לפקודת האגודות השיתופיות - רק יישובים קהילתיים קטנים של פחות מ-400 בתי אב ויישובים בנגב ובגליל יוכלו להחזיק וועדות קבלה. כלומר, כל שאר היישובים הקהילתיים שלא עונים על תנאים אלה לא יכולים להחזיק וועדות קבלה ולהדיר באמצעותן אנשים. הרציונל - ככל שהיישוב קטן ומרוחק יותר, כניסה של אנשים שלא תואמים את אורח החיים היישובי הקיים עלולה להפריע את התנהלותם של היישובים בעוד בשכונות עירוניות לא חוששים לפגיעה במאפייני היישוב שגם ככה אין כ"כ במקום עירוני. סעיף 27 בחוק הלאום שונה כך שכיום החוק לא יכול להכשיר וועדות קבלה במקומות שבהם פקודת האגודות השיתופיות לא מאפשרת זאת, אך הוא מאפשר להכשיר בחוק יסוד את התפיסה לפיה המדינה רואה בעין חיובית את ההקמה של התיישבות יהודית נפרדת. מצד שני, בסדר עקיף ניתן לבוא ולהגיד שזוהי חלק מהמדיניות של שמירה על צביון יהודי ביישובים. כיום, חוק הלאום הוא חוק יסוד. **פס"ד אורי סבח** - הפס"ד האחרון שדן בסוגיה זו. חלק גדול מהלוחמים לביטול וועדות הקבלה הרימו ידיים בעקבות פס"ד זה. נאמר בפס"ד זה שיש לבדוק כל יישוב לגופו ובמידה ואין ערך קהילתי מסוים אין סיבה

להדיר.

דעת הרוב: הולכת בדרך פרוצדורלית מכיוון שהמקרים של דחיית העותרים היו לפני שהתקבל חוק הלאום ודוחה את דעת המיעוט.

דעת המיעוט: השופט ג'ובראן שואל שאלה; בתור מיעוט הוא חושב שיש לאפשר לקהילות מסוימות לאפשר להדיר אנשים מתוך יישוב שבו מתגורר הקהילה (**בפס"ד אביטן** משנת 1988 ביהמ"ש קבע כי יהודי לא יוכל לקנות קרקע ביישוב בדואי). ג'ובראן מבקש לעשות הבחנה בין פס"ד אביטן לקעדאן: הסיבה שלא נתנו לאביטן הוא בגלל תרבות מסוימת ומאפיינים משותפים לקהילה שבאים לידי ביטוי בניהול היישוב, כאשר הכנסת אדם יהודי ופתיחת שערי היישוב לכאלה שלא משתייכים לקהילה הבדואית עלולה לגרום לאובדן הזהות הבדואית ופגיעה במרקם הקהילתי. לעומת זאת, ג'ובראן טוען שבפס"ד קעדאן אין פגיעה במרקם הקהילתי.

בפס"ד סבח ג'ובראן אומר שיש לברר מהו מרקם קהילתי?

איך נחליט מהי קהילה שיש לה מאפיינים שצריך לשמר ואיזו לא? קריאה זו של השופט ג'ובראן נשארה בדעת מיעוט.

ישנה תיאוריה שמתמודדת עם שאלה זו ובונה מודל לצורך הפרדה בין קהילות כדי לקבוע איזה קהילות יהיו זכאיות להדיר אנשים מבחוץ שאינם שותפים לקהילה ואיזה קהילות לא יהיו זכאיות (הדבר נובע מתוך ההבנה שלא יהיה נכון לשלול באופן קטגורי אנשים מבחוץ).

ההפרדה בין קהילות נובעת מתוך תפיסה פלורליסטית- מדברת על מגוון, ריבוי של דעות. יש שתי אפשרויות עיקריות להסתכלות על תפיסה פלורליסטית:

(1) תפיסת פלורליזם מהותי- תפיסה ליברלית. מאפשרת לאדם להגשים את עצמו במספר צורות חיים. המדינה מאפשר מוסדות רבים כמו מגורים במושב, קיבוץ, או חוות בודדים (המדינה צריכה לאפשר מגוון מוסדות כדי שבני האדם יחיו את חייהם בהתאם לרצונם). דוגמה לכך הם מוסדות משפחתיים (אין רק נשואים- יש גם ידועים בציבור). בנוסף, האדם יכול להתנהל עצמאית בכלכלה (סוגים רבים של מוסדות כלכליים כדי שהאדם יוכל להחליט איך הוא מבטא את רצונו לפעול בצורה שתתאים לתפיסת עולמו, זוהי תפיסה פלורליסטית).

אליזבת אנדרסון מדברת על כך שכל אחד חווה את העולם בצורה שונה, ומסיקה שהעובדה שאנחנו שונים זה מזה ומעריכים דברים בצורה שונה זה מזה, מחייבת את המדינה לא לממן רק מוסדות שתומכים ברוב ותואמים את תפיסת העולם של הממשלה, אלא תפקידה העיקרי של המדינה לפי אנדרסון הוא לבצר ולכונן מוסדות ולאפשר לכל אדם לחיות את חייו בהתאם לתפיסת הטוב שלו.

בניגוד לתפיסה המבנית, כאן יש להכיר בכך שהאינדיבידואל יהיה כפוף לשיקול דעת של אחרים גם במידה ויחליט לשנות משהו בבחירה או בפעולתו כי המדינה תצטרך קודם למצוא איזון (לעתים אדם יצטרך להקריב חלק מהאוטונומיה או מהרצונות שלו מכיוון שאם המדינה לא תכיר בהקרבה- לא יהיו מוסדות קולקטיביים).

(2) תפיסת פלורליזם מבני- אם נאפשר למוסדות להיות באמת שונים אחד מהשני, אנחנו עשויים להגיע למצב (בעיקר במוסדות הקולקטיביים, כמו קיבוצים או נישואים) שבו האוטונומיה של היחיד נרמסת או כפופה לשיקול דעת של מישהו אחר. התפיסה המבנית אומרת שמוכנים להכיר בריבוי מוסדות אך בכל פעם שיצוץ עימות בין הכלל לבין אוטונומיה היחיד- אנחנו מחויבים לאוטונומיה היחיד. למשל, במידה ואדם רוצה לגדל את ילדיו בבית למרות החלטת החברים בקיבוץ שרוצים לגדל אותם בבית הילדים, לפי התפיסה המבנית- ביהמ"ש יקבע לפי אוטונומיה היחיד. הביקורת על התפיסה המבנית- במידה ותמיד נלך עם אוטונומיה היחיד בעת עימות, המשמעות היא שלא יהיו מוסדות קולקטיביים. אם נאפשר לבני זוג להתגרש ללא מחויבות כלפי האחר בגלל הפגיעה באוטונומיה שלו, אנשים לא יתחתנו מכיוון שהם יחיו בחשש.

האם המדינה מחויבת לתת לאנשים לחיות את חייהם לפי מה שמאמינים או שבשלב מסוים צריך לשים גבול?

מדינת ישראל הולכת לפי תפיסת הפלורליזם המהותי.

החלת הפלורליזם המהותי בישראל בנושא וועדות הקבלה נבחן ע"י 4 קריטריונים כדי שיישוב יוכל להפעיל וועדת קבלה:

(1) האם יש להקילה תפיסת טוב משותפת?

(2) מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב? אם האדם לא נדרש לשיתוף פעולה עם אחרים כדי לממש את תפיסת הטוב שלו (כדי לחגוג את יום העצמאות למשל, אדם לא חייב את הרוב ביישוב שלו). למשל, אנשים יכולים לגור בעיר אך לא להשתמש ברוב כדי לממש את תפיסת הרוב שלו כי הוא לא יכול, ולכן אנחנו מאפשרים לאנשים להתבדל גיאוגרפית כדי שיוכלו לקיים את אורח חייהם לפי תפיסת הטוב שלהם במקום שלהם. מגורים בסמוך לאנשים שחולקים את אותה תפיסת עולם יקלו על האדם לממש את תפיסת הטוב שלו ולקדם את האינטרסים שלו.

(3) מה ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה? אנחנו נהיה פחות נכונים לאפשר הדרה מרחבית אם הדבר לא מקשה על מימוש התפיסה של האדם

(4) חוסנה הפוליטי של הקהילה - קריטריון שנוי במחלוקת. קהילות חזקות מבחינה פוליטית וכלכלית יכולות לדאוג לעצמן טוב יותר מקהילות חלשות, ולכן חובת המדינה לשמור על קהילות חזקות כסגורות פוחתת. קהילות חלשות לא יכולות לשמור על עצמן בהכרח (למשל דרישה לבניה יקרה שתיתן מענה לעליית פני הים, דבר שיישובים חלשים לא יכולים לעשות - ודבר זה עלול לגרום לתושבים למכור את בתיהם לתושבים חזקים שיכולים לאפשר לעצמם). השימוש בתכנון ובניה כמנגנון לסינון אוכלוסיות קיים בכל המדינות המערביות, וכך ישוב חזק יכול להדיר תושבים מבחינה כלכלית ללא עזרת המדינה.



2. הפליה בהשכרת דירות

גם אם יהיה חוק, יהיה קשה לאכוף אותו מכיוון שתמיד יהיה אפשר להסוות מצבים של אפליה.

נטילה שלטונית של מקרקעין

מצב שבו רשות שלטונית (מדינה או עיריה/רשות מקומית) לוקחות או פוגעות בזכויות במקרקעין של בעלים פרטיים. נבחין בין שני מושגים:

1. הפקעה - לקיחה פיזית של מקרקעין, המדינה לוקחת את כל או חלק מהחלקה, מעבירה את הרישום בטאבו מהבעלים אל המדינה או לעיריה/גורם אחר. הבעלים צריך לצאת מהמקרקעין וישנה לקיחה פיזית. Expropriation tankings.
2. גרעיה תכנונית - הטלת מגבלות על המקרקעין. סוג שונה של נטילה תכנונית. לא מדובר על כך שהמדינה לוקחת פיזית את המקרקעין; הבעלים של השטח נשאר הבעלים של השטח גם אחרי הגרעיה התכנונית. זוהי פעולה מצד רשות שלטונית שמטילה מגבלות על המקרקעין של בעליו. למשל, קרקע שהייתה ביעוד חקלאי והמדינה מעבירה באמצע הקרקע קו חשמל, כך שהקרקע עדיין בבעלות האדם אך אסור לו לעבד את הקרקע כי אסור לו להיכנס לקו החשמל. הדבר נכנס לנטילה שלטונית של מקרקעין, מכיוון שזו פעולה שלטונית שפוגעת בשימוש שעושים במקרקעין של אדם ופוגעת בשווי הכלכלי של המקרקעין.

העימות בין סעיף 3 לסעיף 8 בחו"י כב"ה: פוגע בקניינו של אדם. פקודה לדוגמה - פקודת הדרכים ומסילות הרכבת (הגנה ופיתוח) 1943 - פקודה משמעותית שבוטלה בשנת 2010.

2 דברי החקיקה המרכזיים בנטילות שלטוניות:

1. חוק התכנון והבניה התשכ"ה 1965
2. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943.

הפקעה

הפקעה - רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

3 חלקים להפקעה:

- **רכישה כפויה של מקרקעין** - מכוח מה מקבלת המדינה את הרשות לשלוח ידה ולקחת את המקרקעין? שלוש תיאוריות לכך:
 - שימור הכוח - ישנו רובד עמוק שבו השלטון שומר על בעלותו העמוקה במקרקעין. לדוגמה, בכל משטר של קניין פרטי הריבון שומר על בעלות במקרקעין, ולכן כאשר הריבון רוצה את הקרקע לצורך ציבורי הוא מבטל את חוזה ההקצאה לבעלים הפרטי והקרקע חוזרת לבעלות האמיתית של הריבון).
 - police power - כוחות שמעניקים למדינה מעצם היותה מדינה. אם לא ניתן למדינה כוחות, כל הרעיון של מסגרת מדינתית יתבטל. ישנם כוחות מסוימים של המדינה כמו מיסוי ותכנון ובניה שחוסים תחת המדינה והמייחד את כוחות אלה הוא שהמדינה לא צריכה לשלם פיצוי לאזרח בעקבות שימוש בכוחות אלה. לעומת זאת, בהפקעות בארה"ב וגם בישראל משלמים פיצוי מכיוון שהוא אמנם כוח אינהרטי מעצם היותה של המדינה, (הם דברים שהמדינה לא צריכה להתנצל עליהם או לשלם עליהם פיצוי).
 - הסכמה ראשונית - הסכמה מדעת, התיאוריה של ג'ון לוק. התיאוריה הכי הגיונית להצדקה של נטילה שלטונית של מקרקעין. בעצם הבחירה של העיריה האדם נותן הסכמה שאם תידרש בעתיד קרקע לצורך ציבורי כלשהו, האדם מסכים ללקיחה של הקרקע שלו.
- השלטון צריך את הכוח להתערב בקניין פרטי משני שיקולים:**
 - כדי להתגבר על כשלי שוק - לעתים יש לקבץ מספר קרקעות ממספר בעלים. דבר זה יכול להביא לתופעת הסחטן. ע"מ להתגבר על דברים אלה, מאפשרים למדינה את האופציה לכפות לקיחה של הקרקע בעבור פיצוי כדי למנוע את תופעת הסחטן.
 - שיקול של צדק חלוקתי** - לדוגמה vinod khosla - לא רצה שיעברו בשטח שלו. האיום של העיריה לכפות לקיחה הוא מתוך שיקול של צדק חלוקתי.
 - כוח שלטוני קלאסי** - שיקול כוחני מתוך מדיניות ותפיסות עולם. בנוסף אף אחד לא יתרום מרצונו קרקע למטרות ציבוריות כמו לבניית בתי חולים או משטרה.
- **לשם הגשמתו של צורך ציבורי** - סעיף 2 לפקודת הקרקעות מגדיר מהו צורך ציבורי. צורך ציבורי מוגדר כצורך שאישר שר האוצר או מקומות ספציפיים שמוגדרים בחוק.
 - הדין האמריקאי שונה מהדין הישראלי: בעוד בישראל יש דיני נטילה שלטונית רבים הכרוכים בחוקים רבים, בדין האמריקאי הדבר נובע מהתיקון ה-5 לחוקה - קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. החוקה האמריקאית מגבילה את יכולתו של השלטון לקחת מתוך 2 הגבלות:
 - public use
 - שימוש ציבורי
 - התיק של suzette kelo** - ישנה תחרות בין עיריות לקבל אליהן חברות הייטק ומחקר. הרציונל הוא הגברת התעסוקה שמוערך בכ-50,000 עובדים. בניו לונדון היה מצב כלכלי ותעסוקתי קשה, ולאחר מו"מ עם חברת פייזר הם דרשו מהעיריה להפקיע קרקע שתהיה מוכנה להקמת המבנה ובמידה ולא תהיה לה קרקע מוכנה החברה לא תגיע, ולכן החברה מפקיעה את הקרקע וביניהן את הקרקע של suzette. **השאלה המשפטית:** האם הפקעה שתשמש גורם פרטי תיחשב כצורך ציבורי (שימוש ציבורי, public use) או שימוש פרטי?
 - לפי עו"ד של סוזט, public use צריך להיות מוגדר כשימוש שהציבור ישתמש בו. סוזט טוענת שההפקעה של ביתה עלולה להוות פתח לכל שלטון לצ'פר את המקורבים אליו, ולהפקיע קרקע עבור חברות פרטיות על חשבון התושבים.
 - המסקנה בפס"ד kello הייתה שרוב של 5 החליט שההפקעה אכן הייתה למטרות ציבוריות משום שזה היה לצורך פיתוח העיר. ההחלטה הייתה בביהמ"ש העליון האמריקאי ועל כן מחייבת את כל בתי המשפט בארה"ב.

מדינות שמרניות שלא רוצות להיות כפופות לכך, יכולות לעשות חקיקה משלימה, למשל יקבעו כי בעת ההפקעה יצטרכו לשלם 200% פיצוי, וכך לא יהיה משתלם לעשות את ההפקעה. **לסיכום**, מותר למדינות להפקיע קרקע כאשר בסופו של דבר הן יהיו בידיים פרטיות כל עוד זה לצורך פיתוח עירוני.

מספר פסקי דין בארץ:

בייניש בפס"ד קרסיק - חוק היסוד מבטא את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה. היא מתנגדת להפקעות שלא לצורך ציבורי מובהק. במציאות, לא מסכימים איתה, לפי הדוגמאות הבאות:

1. **בג"ץ דור נ' שר האוצר** - אדם פרטי עתר כנגד הפקעת הקרקע שלו לטובת שיכון של הציבור. ביהמ"ש טוען שכאשר שר האוצר הכריע שזהו צורך ציבורי - אין להם זכות להתערב.
2. **בג"ץ שוורץ נ' שר האוצר** - תועלת עקיפה לציבור מצדיקה כדי לממש הפקעה. מפעל עשה רעש לאדם פרטי שהיה סמוך למפעל. האדם רצה שהמפעל יפסיק את פעולתו או יפחית את המטרד. ביהמ"ש העליון הכריע שמדובר במטרד ושוורץ שכאי להפסקתו. על כן המפעל מבקש משר האוצר להפקיע את הקרקע של שוורץ משום שאם יצטרכו לסגור את המפעל 600 משפחות יהיו מובטלות, כאשר שמירה על התעסוקה והפחתת האבטלה הוא צורך ציבורי.
3. **פס"ד מהדרין** - רצו להפקיע את שטחה של חברת מהדרין ע"מ להפוך את שטחה של הקרקע לשטחו של הדיוטי פרי. חברה בעלת גידולים חקלאיים שחלקם מסחריים. חברת מהדרין ביקשה לא להפקיע להם את הקרקע, אלא לתת להם להקים את המרכז המסחרי בשדה התעופה (הדיוטי פרי). כלומר, הם מציעים להשתלב בפרויקט כאלה שאחראים לתפעל את הדיוטי פרי מאשר שיפקיעו להם את הקרקע. הם טענו שבהפקעה של הקרקע שלהם ייפגעו זכויות קניין ושאינן מניעה לתת להם לנהל את הדיוטי פרי.
- לפיהם, ישנה העברת קרקע מגורם פרטי לגורם פרטי אחר ונתינה להם לנהל את הדיוטי פרי, אז למה לא לתת לבעלי הקרקע כבר לנהל את הקרקע?
- ביהמ"ש אומר שתי אמירות:

 - שיקול דעת - אין לביהמ"ש דרך להתערב בשיקול הדעת של שר האוצר (למרות שבייניש מבקרת את דעתו של שר האוצר).
 - גם אם ביהמ"ש יכול להתערב, עדיין מדובר בפרויקט ציבורי גדול שאין צורך לסרב את הפרויקט בחלוקתו להמון גורמים פרטיים.

4. **ע"א מחמוד חליל נ' מדינת ישראל** - בנצרת עילית, הפקיעו קרקע לצורך שימור שטחים פתוחים. השאלה היא האדם צריך לשמר באמצעות הפקעה או שניתן לעשות זאת באמצעות תכנון וקביעה כי אין לבנות בקרקע. אם ניתן להגיע למטרה מסוימת תוך פגיעה פחות חמורה בזכויות הקנייניות של הפרט, זה עדיף. ביהמ"ש קבע כי אין לו יכולת להתערב בשיקולים של שר האוצר.

4 מקרים אלה של הפקעות מראים הפקעות שנגמרו בידיים פרטיות, בניגוד לבייניש שלא דייקה בפס"ד קרסיק.

שמגר בפס"ד לוביאנקר: בעת תקיפה של הפקעה של קרקע, יהיה מיותר להגיד שיש בצורך ציבורי מסוים מאפיינים ציבוריים או פרטיים. לפי שמגר, מה שנותן לצורך מסוים את הגדרת הציבוריות שלו הוא אישורו של שר האוצר לגבי אופיו של צורך. ברקע ששר האוצר קבע שנכס מסוים הוא בעל צורך ציבורי, אין לחלוק על דעתו של השר.

במבחנים, נתקוף את ציבוריות הצורך אך לא נשקיע בכך יותר מדי.

כיום, הכלי המרכזי לפסילת הפקעות הוא באמצעות מבחן מידתיות ההפקעה.

7 מבחנים מצטברים. אינדיקציות לפי פסקי דין מסוימים על היות ההפקעה מידתית או לא:

1. **ניסיון רכישה הסכמי** - מאז היועמ"ש בתקופת שמגר.
- הדבר לא מידתי מכיוון שלכאורה המדינה נדרשת להפקיע את הקרקע כי מניחים שהבעלים לא יסכים. לפי שמגר, לא ניתן לכפות ללא בדיקה מוקדמת שהבעלים מסרב. אנחנו לא יכולים להניח שהבעלים מסרב כהנחת מוצא. במידה והוא מתנגד, נוכל להפקיע, אך רק אחרי שבדקנו. רשות שלא תנהל מו"מ

בתו"ל, ניתן יהיה לתקוף בביהמ"ש (נגיד שההפקעה לא מידתית מכיוון שהיה אפשר לבחור במו"מ מול הבעלים).

לצורך העניין, גם אם ההפקעה בוטלה - הרשות יכולה להפקיע מחדש את הקרקע. על חובה זו יש להקפיד - שהיה ניסיון למו"מ עם הלקוח.

2. **ביצוע עצמי** - דורנר בפס"ד נוסייבה ובפס"ד מהדרין.

פס"ד נוסייבה - עוסק במשפחת נוסייבה הירושלמית, עשירה ובעלת נכסים, שלאחר מלחמת ששת הימים המדינה ועיריית ירושלים מפקיעות חלק משמעותי מהקרקעות שבקו התפר (בין ירושלים העתיקה לחדשה) כדי לחבר את שני חלקי העיר וליצור מרקם חיים משותף שכולל מערכות רבות. למשפחת נוסייבה היו מספר מגרשים, כאשר על אחד מהם הייתה תחנת דלק, ובמגרש הסמוך לתחנה יש מקום שיועד למרכז מסחרי (כחלק מייעוד התכנית). קרקע זו הופקעה - ומשפחת נוסייבה לא ערערה או תבעה פיצוי בגלל חוסר הנכונות שלה ליצור קשר עם הרשויות לאחר המלחמה. בשנות ה-90, משפחת נוסייבה הגיעה לביהמ"ש העליון כדי שיחזירו לה את הקרקע מכיוון שהיא עדיין ריקה כאשר לא נבנה עליה שום מרכז מסחרי.

ביהמ"ש העליון פסק בפעם הראשונה כי יש להחזיר את הקרקע מכיוון שמטרת ההפקעה נזנחה (אם לא בנינו במהלך 20 שנים זה מעיד על כך). שופטי הרוב אמרו טענה מעניינת: לא היה צריך להפקיע את הקרקע מלכתחילה מכיוון שמשפחת נוסייבה יכלה לבנות מרכז מסחרי מבלי להפקיע. בפעם השניה, דבר זה יכל להוות תקדים להחזרה של אלפי קרקעות מופקעות ריקות שלא בנו עליהן דבר. לכן, היה דיון נוסף שבו נקבע כי מדובר בתכנית רחבה שייקח עשרות שנים לבצע אותה והעובדה שהמרכז המסחרי לא הוקם לא אומר שזנחו את הרעיון "רומא לא נבנתה ביום אחד". גולדברג אומר שמשפחת נוסייבה לא טענה להפקעת קרקע מכיוון שהיא לא פנתה לרשויות מאז שנות ה-70.

דעת מיעוט - בדיון הנוסף, דורנר קבעה כי בכל מצב שבו מתבצעת הפקעה חייבים לבדוק האם הבעלים יכול לממש באופן עצמאי את הצורך הציבורי, כאשר הפקעה תהיה לא מידתית (אין צורך להפקיע קרקע מאדם אם אפשר להשיג את הצורך הציבורי בכך שהאדם הפרטי יבצע זאת). בשטחים פתוחים לדוגמה אין צורך להפקיע כדי לשמור על הקרקע פתוחה. תפיסתה של דורנר כמימוש עצמי כמידתיות נמצאת בפס"ד מהדרין.

3. **איחוד משאבים** - תת מבחן של ביצוע עצמי.

פס"ד מקור הנפקות וזכויות - בנייתה של שכונת הר חומה. עיריית ירושלים רוצה להפקיע קרקע כדי להקים את השכונה. הבעלים הפרטיים רוצים שיתנו להם את האפשרות להתקשר עם הקבלנים ולהקים את השכונה. המדינה אומרת שבקרקע זו היו הרבה בעלים במשותף, והמדינה חששה שאם יתנו לבעלים לבצע זאת באופן עצמי, עד שיגיעו להסכמה יעברו שנים רבות, ולכן מבחינה מעשית הסיכוי שיעשו זאת בזמן סביר הוא קלוש.

ביהמ"ש אומר שלמרות החשש, ישנה חובה לתת לבעלים זמן לנסות להגיע להסכמה ביניהם, כאשר במידה והם יצליחו - המשמעות היא שהמדינה תיסוג בה מההפקעה ותאפשר להם לבצע באופן עצמאי את השיווק של הקרקעות לקבלנים בשכונה. הזמן שניתן לבעלים הוא 3 חודשים (דבר סמלי שנועד לכשלון).

ביהמ"ש אומר שביצוע עצמי הוא לא רק במקרה של בעלים אחד - אלא גם במקרה שיש מספר בעלים, ישנו מצב שצריך לתת אפשרות לכל הבעלים להתאגד ולנסות להגיע להסכמה לפני שמבצעים הפקעה, אחרת המדינה תפעל בצורה לא מידתית.

מכאן והלאה המבחנים הם מבחנים בדיעבד:

4. **שיהיו** - הרשות יוצאת להפקעה (הפקעה יכולה להיעשות מכוח חוק התכנון והבניה או פקודת הקרקעות)

כאשר רוב ההפקעות נעשות מכוח שניהם. הלקיחה הפיזית של המקרקעין נעשית ע"י פקודת הקרקעות. לפי סעיף 5 - מודיעים לבעל המקרקעין לבצע פעולה במקרקעין שלו (קבלת צו שבו נאמר שיש כוונה לקחת את הקרקע). לפי סעיף זה לא מפרטים לגבי ההפקעה אלא רק מודיעים מדוע. סעיף 7 - אומרים לבעלים את התאריך שבו נכנסים למקרקעין ותופסים בהם חזקה עד לפינוי כל המיטלטלין עד ליום מסוים (צו מעשי).

יש 4 שלבים (מועדים) עיקריים:

- **הפקדת התכנית** במשרדי הוועדה המקומית לתכנון ובניה (עוד לא מאושרת, יכול להיות שלא תצא לפועל). כל מי שרוצה יכול ללכת ולראות שרקע כלשהי עלולה להיות מיועדת.
- בין שלב ההפקדה לשלב האישור יש שלב התנגדויות- גורמים יכולים להתנגד לתכנית המוצעת. בשלב זה גם השיהוי יהיה.
- **אישור תכנית**- שינוי ייעוד המקרקעין. מעבירים תכנית שאומרת מה הולך להיות במקרקעין. "במקרקעין מסוים יוקם בית ספר"- אומרים מה הייעוד העתידי של המקרקעין.
- **סעיף 5**- שולחים לבעלים הודעה על ההפקעה.
- **סעיף 7**- הודעת המועד של ההפקעה הפיזית והיערכות.
- מועדים אלא לא חופפים אחד לשני לחלוטין. יכול להיות מצב שבו התכנית מאושרת וייעוד המקרקעין שונה אך הרשות מתעכבת בסעיפים 5 ו-7 והיא מתעכבת לתפוס עליה חזקה (לעתים לרשות המקומית לא יהיה כסף להקים ולכן היא תתעכב).
- פעמים רבות אישור תכנית כולל תכנית עמוסה של הרבה מבנים ובעת אישור תכנית האישור יהיה על מתחם ולא על תכנית ספציפית.
- בשיהוי, רשויות לא יכולות להתנהג בצורה מופקרת ולא מידתית תוך שימוש בשלבים השונים העומדים לרשותם.
- פס"ד יצחק אמיתי**- המדינה הכריזה על רצון לשנות את ייעוד הקרקע אך השתתה למעלה מ-26 שנים (המדינה החזיקה את הקרקע זמן רב מבלי לעשות בקרקע כלום) והקרקע הוחזרה לבעלים בגלל שיהוי הרשויות. הימנעות של הרשויות מלהחזיר היא במידה מסוימת.
- 5. **תום/שינוי המטרה הציבורית**- שינוי הייעוד של המקרקעין.
- פס"ד קרסיק**- הקרקעות בגבעת אולגה שונו ממטרה של שטח אש צהלי למטרה של הצרכה (לקיחה של המקרקעין היקרים ליד הים ובניה שם של שכונת מגורים כאשר נותנים לצה"ל בתמורה קרקעות באזור הדרום). היורשים של בעלי הקרקע המקוריים. אם כבר אין צורך בקרקע הציבורית לאותה מטרה, הם ביקשו שיחזירו להם את המקרקעין והם ישווקו את הקרקע לקבלנים.
- פס"ד קרסיק דן** בשאלה האם היורשים צריכים לקבל את הקרקע בחזרה לאחר 40 שנה שהקרקע שימשה לשטחי אש ציבוריים? כשמתקבלת החלטה על החלפת הקרקע, השאלה היא האם היא צריכה לחזור ליורשים המקוריים.
- חשין נותן תשובה בעייתית- לפיו, מסווגים לפי מעשה מנתק זיקה או משמר זיקה של הבעלים. מנתק זיקה- מצב שבו ברגע שהופקעה קרקע המדינה הופכת להיות בעלים שלה לכל דבר ועניין. משמר זיקה- האם הבעלים יכול להישאר בתמונה.
- חשין אומר שזכות הקניין היא זכות חזקה כאשר לבעלים ישנה עוצמה (תפיסה של חירות הבעלים) וגם במידה והופקעה לו הקרקע הוא עדיין שומר על הקשר שלו למקרקעין. לפיו, הבעלים חוזר לתמונה במידה ומתבטלת או משתנה המטרה הציבורית של המקרקעין. כלומר, הוא טוען שהפיכת הייעוד של מקרקעין מסוים לא הופכת את המדינה לבעלים מוחלטים בקרקע. האמירה הבעייתית- חשין משנה את תפיסת הקניין בישראל וקובע כי כפיפות הקרקע היא לבעלים כאשר הוא נשאר בתמונה. השכונה המשיכה להיבנות ולא חזרה לידיה של משפחת קרסיק כי ביהמ"ש לא קבע פסיקה עקרונית. בשנת 2010 תוקנה פקודת הקרקעות למקרה של תום או שינוי מטרה ציבורית.
- כלומר, הרציונל של קרסיק זוכה להכרה ע"י המחוקק והוטמע בפקודת הקרקעות בסעיפים 14-17: קובעים שאם רשות ציבורית מפקיעה קרקע ויש שינוי או מסתימת המטרה הציבורית שלשמה הופקעו המקרקעין- במצב זה הרשות לא חייבת להחזיר את המקרקעין אך חייבת לייעד אותו לייעוד ציבורי אחר ולהזמין את הבעלים לשימוע נוסף כדי שבמידה ויש לו טענות נגד המידתיות של ההפקעה הוא יוכל לטעון אותן מול הוועדה המייעצת. בנוסף, הוגדרה היכולת של שר האוצר לשנות את הייעוד הציבורי של המקרקעין.
- 6. **זכות מוצעת**- **פס"ד אקונס**- הפקעה היא לא עסקה במקרקעין ולכן אין בעיה להפקיע חלק מחלקה, ותמיד נשתדל להפקיע את הזכות המינימלית האפשרית. אם אפשר להפקיע רק חזקה בשימוש ולא בעלות, נעדיף לעשות זאת. ערכה הכלכלי של החלקה יכול להיפגע אך נעדיף זאת.
- 7. **מיקום רלוונטי ומיטבי**- **פס"ד זמר**- המועצה האיזורית זמר ממוקמת ליד יישובים ערביים בסמוך למועצה האיזורית עמק חפר. היא נאבקה מול עמק חפר על תוואי כביש 6, שעבר ברובו במועצה האיזורית עמק

חפר, כאשר המסלול הועתק לשטחי המועצה האיזורית זמר. הוויכוח הוא האם העתקת התוואי למועצה האיזורית זמר הוא ראוי או לא. בסופו של דבר הוא נשאר בשטחי המועצה האיזורית זמר. ביהמ"ש טוען שצריך לחפש את המיקום המיטבי והרלוונטי להקמת הצורך הציבורי.

נושא המידתיות מתחזק בישראל בנושא ביקורת שיפוטית על הפקעות.

תפיסות צדק

יש מספר תפיסות צדק, כאשר השתיים העיקריות שמתנגשות בכל ענפי המשפט (ובעיקר במשפט הפרטי) הן צדק מתקן וצדק חלוקתי.

1. צדק מתקן- אינטראקציה בין הפוגע לנפגע. במידה ויש לנו תאונה משפטית והגורם הפוגע גורם לנפגע נזק בשיעור של X, ע"מ שנחזיר את הצדק לעולם הגורם הפוגע צריך להחזיר את הX לנפגע. לא תמיד ניתן להחזיר את הX ולכן הוא יחזיר זאת בשווי כספי (כמו למשל פגיעה גופנית). המייחד את תפיסת הצדק המתקן הוא שישנה מערכת יחסים סגורה בין הפוגע לנפגע ולא מתייחסים לערכים חברתיים או סובייקטיביים- אנחנו שמים את הפגיעה עצמה ומחייבים את המזיק לשלם לניזוק את הפגיעה או את ערכה. כשמחפשים תוצאה צודקת, הצדק יושג רק עם הפוגע יחזיר לניזוק את הפגיעה שנגרמה לו. מחזירים למשוואת סכום אפס.

2. צדק חלוקתי- שקלול של ערכים נוספים מעבר לפגיעה. לא מסתפקים בצדק לכאורה, וחייבים להתחשב בפגמים/בכשלים הכלליים ולא מתמודדים עם ניואנס מסוים במקרה ספציפי. במידה וקרה מקרה שמעלה לתודעתנו את בעייתו של אדם חלש, במידה ונבין את בעייתו של האדם, ניתן אפשרות לאותו אדם לחזור ולהשתתף בצורה שוויונית ככל הניתן. אנחנו עשויים להידרש לתת לאדם שנפגע יותר ממה שהיה לו כדי להגיע לתוצאה סופית צודקת ושוויונית שתחזיר את האדם למצבו הקודם. יש שתי בעיות להחיל את הצדק החלוקתי במשפט הפרטי:

- מכיוון שעקרונות מדובר בו על שני גורמים פרטיים של פוגע ונפגע, והלבשה של תשלום כפול ומשולש מהנזק שנגרם על אדם פרטי הוא בעייתי לא רק מבחינת העלויות אלא גם מכיוון שזהו לא תפקידם של אנשים פרטיים שעשו תאונה במקרה הוא להשיב את השוויון בחברה ולעזור לנפגעים.

- הבעיה השניה היא שפעמים רבות ישנן תאונות משפטיות שבהם יש גורם יותר ופחות חזק, כאשר הגורם החלש הוא לא חלש כ"כ בחברה (ביחס אליו יש גורמים חלשים יותר שעדיף לטפל בהם לפני שנטפל בו שנחשב בינוני).

דבר זה הניע את קפלן ושאבל לטעון כי אין הצדקה להחיל את הצדק החלוקתי במשפט הפרטי מכיוון שאם נחיל תפיסות חלוקתיות במשפט הפרטי ניצור עיוותים (בהחלטת צורכי החברה על הפרט ובקידום גורמים שלא צריך לקדם אותם). הם מציעים להחיל תפיסות של צדק חלוקתי במערכות דינים כלליות שחלות בכל החברה, מכיוון ששם יש הסתכלות רחב כללית על כל החברה וניתן להבין מי חלק ומי חזק ולעשות איזון שיעביר את הכסף העודף לגורמים החלשים ביותר ויקדם שוויון. 2 מערכות עיקריות-

- מערכת המיסוי- מס פרוגרסיבי וכו'

- מערכת דיני הרווחה- ביטוח לאומי וכו'

במערכות אלה יהיה הגיוני להכניס מבחני אמצעים (לתת יותר למי שאין לו). אנחנו מסוגלים לעשות זאת מכיוון שלמשל מניחים שלאדם שיש לו נכסים יש יכולת להפיק ממנו הכנסה ולכן משלמים יותר למי שאין לו נכסים.

צילי דגן מבקרת את קפלן ושאבל בשני אספקטים:

- בכך שהשכבה הגבוהה יכולה להעתיק את תשלום המס שלה למדינות אחרות (כמו מדינות שהן מקלטי מס) וכך לא לתרום לשכבות החלשות יותר מכיוון שהעשירים ביותר לא נמצאים מתוך המערכת וקשה לעשות קיזוזים חלוקתיים. מתוך ההנחה שצריך להחיל במשפט ערכים חלוקתיים, היא אומרת שבגלל שמערכת המיסוי לא רלוונטית יותר צריך להחיל זאת גם במערכות אחרות.
 - במקרים של הפקעה, קשה להטמיע את הצדק החלוקתי.
- התפיסה הרווחת היא התפיסה של הצדק המתקן. ישנן מדינות שיכולות לשקול גם צדק חלוקתי ולא לתת את כל הפיצוי לאדם שיש לו מקרקעין לדוגמה.

3. **צדק הליכי-** התוצאה לא מעניינת, מתמקדים בהליך ראוי במשך כל ההתמשכות של הליך ההפקעה. ישנן מספר דרישות. תפיסה זו אומרת שבמידה ונקפיד על הליך ראוי, המאמינים בשיטה השיגו צדק (לטענתם השגת הצדק היא לא בתוצאה והצדק האמיתי שמערכת המשפט תעניק לדנים בה הוא הליך ראוי שיכבד את הזכויות ואת האנשים). גישה זו חזקה במיוחד בהליך הפלילי שבה פחות מתעניינים בתוצאה והליך החקירות והתנהלות ביהמ"ש נחשב חשוב וראוי יותר.

ניתן לראות ביטוי לכך גם בהפקעות; יש צורך חברתי ציבורי שצריך להגשים. אם ניקח את הקרקע של אדם אנחנו מחויבים לתת לו הליך מפורט ואת כל האינפורמציה על הצורך שלשמו ניקח לו את הקרקע ולמה דווקא בחרנו במקרקעין שלו+זכויות שימוע/התנגדויות והליכים נוספים.

צדק זה מייצר מעין "עבודה בעיניים". לדוגמה, השימוע לפני פיטורין נתפס כהליך סרק.

4. **צדק מאחה-** תפיסה ששאובה מהדין הפלילי. מנסה לשלב את חשיבות התוצאה וחשיבות ההליך. לדוגמה בבתי משפט קהילתיים (דנים בדין פלילי אך מאמצים תפיסה אחרת של הליך משפטי ושל התוצאה המשפטית. בארץ הם נמצאים בב"ש ובלוד). בתפיסה זו ישנם 3 צדדים שמעורבים בסכסוך:

- העברין
- נפגע העבירה
- הקהילה

הגורמים מוכנסים לשיחה מתמשכת כשהמטרה היא להביא את כל הצדדים להבנה של מה שקרה וליצור מערכת שיקומית שתתאים לכולם. העבריינים מקבלים עונש מותאם לצורכיהם ולצורכי הקהילה.

השאלה: האם התחום מתאים לנטילה שלטונית של מקרקעין? מכיוון שיש תהליך די דומה: הרשות המקומית נדרשת לפגוע בתושב כדי לספק צורך ציבורי שנתפס כדבר חיובי.

התוצאה יכולה להיות שונה במובן של תפיסת הפיצוי (פיצוי לא חייב להיות כספי ויכול להיות שנמצא מנגנוני פיצוי אחרים).

תפיסת הצדק הישראלית היא תפיסת הצדק המתקן. כלומר, פיצוי עבור הפקעה או נטילה שלטונית של קרקע יהיה כשהמדינה תחזיר את השווי הכספי.

הפקעות בארה"ב- התיקון החמישי לחוקה קובע שקניין פרטי יכול להילקח לשימוש ציבורי בתמורה לפיצוי הוגן (just compensation), בהתאם למחיר השוק - FMV - fair market value.

השאלה היא מהו פיצוי הוגן? בתי המשפט בארה"ב מכירים בכך שנקודת המוצא שלהם היא שיש בעיה לכמת ולאמוד את הפגיעה הנגרמת לבעל המקרקעין. קובעים סטנדרט של מחיר השוק אך מודעים לכך שהוא לא מכסה הכל, והסיבה שהם לא מפצים בצורה אחרת נובעת מקשיי הכימות והאומדן של הפגיעה בערכים האחרים שלא נכללים במחיר השוק (אחרת, במידה ויכולנו לאמוד - הם היו מפצים אחרת). לטענתם, המטרה של הפיצוי היא צדק מתקן (השבת הבעלים למצבו הכלכלי עובר לביצוע ההפקעה). הפיצוי בארה"ב הוא ללא חריגים - הבעלים מקבל את שווי השוק של הנכס.

הפיצוי בארה"ב:

האם הפיצוי עפ"י מחיר השוק של הנכס מבסס צדק? ניתן לחלוק על כך:

1. אובדן ערכים סובייקטיביים- לבעל המקרקעין יש מקרקעין ששווה בעיניו יותר ממחיר השוק שלו. דבר זה יכול לנבוע מערך סנטימנטלי שיש לו לנכס (כמו בית ילדותו). ערכים סובייקטיביים הם ערכים שיש להם משמעות כלכלית רק עבור הבעלים הספציפי, למשל מצבים שבהם יש שיפורים בנכס שערך השוק לא מתמחר אותם (למשל בית פרטי עם מעלית בתוך הבית). מה שמעלה את ערך הנכס בעיני הבעלים מוריד או לא שווה מבחינת ערך השוק, שמתעלם מערכים אלה. לכן פיצוי לא מקיים את תפיסת הצדק המתקן (הן קוראות להתעלם מערכים סובייקטיביים). הטענה היא שלא ניתן לכמת ערכים סובייקטיביים לכסף, וגם במידה וניתן לבעלי המקרקעין להעריך הם כנראה יגזימו ואז תיווצר לנו בעיית סחטנות כי אין בסיס אמיתי.

הטענה העיקרית של בריאן לי במאמרו היא שכל הערכים הסובייקטיביים למעט פגיעה באוטונומיה ממילא משוקללים במחיר השוק כי לכולם יש דירות ורגשות וכל אחד בוחר את מקום המחיה שלו לפי תועלת. חלק גדול ממה שנתפס כערך סובייקטיבי משוקלל (למשל אדם שקנה דירה ליד הים כי הוא אוהב לגור ליד הים).

2. כשלי השוק ה"מדומיין" - בארה"ב, לדוגמה black condemnation: בתים כמו פחונים שבהם אנשים גרים. במידה והמדינה מוציאה את האנשים משם עם מחיר השוק - המחיר הוא מחיר רצפה, והתוצאה של הפקעות שכונות ותיקות הוא או לקבל דירה בשכונת מצוקה אחרת או לשכור ולהיות חסרי בית. בישראל - השיטה יעילה יותר מארה"ב בהתחדשות עירונית: החל מפינוי בינוי ועד לשיקום שכונות. לא שולחים את האנשים עם סכום כסף נמוך שמשקף את השווי הנמוך של הדירה, אלא מקבלים דירה חלופית או דירה חדשה. חלק גדול מתהליכים אלה לא נותנים ביטוי לעליית יוקר המחיה בשכונות החדשות.
3. הדרת ערכים כלכליים - ישנן הוצאות של הובלה, מציאת נכס חלופי, תיווך, שמאות, עו"ד וכו' שכרוכות במעבר, כאשר ברוב המקרים דברים אלה לא נלקחים בחשבון בארה"ב. השווי שיתקבל הוא רק שווי הקרקע ולא השווי המעשי שהאדם הוציא כתוצאה מהמעבר הכפוי.

הפיצוי בישראל:

עיצוב המנוח אדוארד ארידור - ביהמ"ש רואה בפיצוי הפקעה דרך לתקן את העוול שנגרם.

הכלל בישראל = פיצוי עפ"י מחיר השוק של הנכס.

לפי פקודת הקרקעות, בסעיף 12 מתן פיצוי יהיה ע"י:

1. התמקדות במחיר השוק של הנכס - השומה תיעשה ע"י מוכר מרצון וקונה מרצון. ביהמ"ש צריך להתעלם לחלוטין מהעובדה שמדובר ברכישה כפויה. המשמעות המעשית של כך היא שהפיצויים בישראל מושתתים על מחיר השוק של הנכס והעובדה שהקרקע נלקחה בכפיה לא יכולה לבוא בחשבון על הפיצויים.
 2. נפצה לפי אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב.
- לפי בריאן לי, הדבר היחידי שראוי להוסיף על מחיר השוק היא הפגיעה באוטונומיה מכיוון שהקרקע נלקחה בצורה כפויה.
- נעשה זאת ע"י הבאת שמאי + ערך הפגיעה באוטונומיה.

מספר כללים לתשלום פיצויים על הפקעות:

לפי סעיף 2א בפקודת הקרקעות:

- חריג: פטור מתשלום פיצויים - רשות מקומית שלוקחת עד 25% משטח המגרש, לא צריכה לשלם פיצויים כלל. ב2010 נקבע לפי פקודת הקרקעות כי החריג בטל - שמתן פיצוי על לקיחה גם עד 25% אלה מבוטלים למעט הפקעות לטובת רשויות מקומיות. (באופן גורף הפטור בוטל למעט מקרים שבהם ההפקעה מעשית לטובת רשויות מקומיות מכיוון שפוטרים רשויות מקומיות כיוון שהן נמצאות בגירעון ואם לא ניתן להן פטור, הן לא יקדמו הפקעות ולא יצליחו לשלם עבור הקרקע ולספק לאזרחים את צורכיהם).
 - מעל 25% התשלום הוא ההפרש.
 - חריג לצד השני: סעיף 20ג - מותר לשר האוצר להוסיף פיצויים שישלימו ל100% או לתת פיצוי עודף ל25% ונותנים לשר האוצר את האופציה לחלק פיצויים, לפי ראות עיניו אם מדובר בסבל.
- פס"ד רוטמן** - סעיף בפקודת הדרכים ומסילות הברזל שאפשר לשר האוצר להגדיל פיצוי, וביהמ"ש (השופט פוגלמן) אמר כי במקרים מסוימים שבו כתוצאה מלקיחת הקרקע לאדם לא עלה הערך (הקרקע לא הושבחה), שר האוצר יהיה חייב לשלם את 100% הפיצויים. בפס"ד זה כדי להשתמש בתירוץ ההשבחה כתירוץ לא לשלם פיצויים יש להוכיח כי לא תהיה השבחה. פקודת הדרכים שעליה הפס"ד התבסס לא רלוונטית יותר.
- בפקודת הקרקעות, המחוקק הישראלי מרשה לעצמו לקחת קרקע ולשלם רק 75% פיצויים מכיוון ש**פס"ד פיזר** אומר שאנחנו מניחים שקרקע שנשארת בידיים של אדם תושבחה והערך שלה יעלה כתוצאה מהקמת הצורך הציבורי (שיעור ההשבחה עולה ל25%-20%). בפועל, רוב הצרכים

הציבוריים לא מעלים את שווי המקרקעין.

פס"ד הוועדה המקומית כרמיאל - לאחרונה דנו בנושא של הפחתת פיצוי בחוק התכנון והבניה, כלומר ניתן לראות שביהמ"ש התערב במתן הפיצויים.

במידה ושואלים אם בוצעה הפקעה ע"י פקודת הקרקעות - באופן גורף אין פטור, ואם מדובר על רשות מקומית - יש פטור מההסבר הנ"ל.

לפי חוק התכנון והבניה:

כשמבצעים הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה יש צורך להשתמש גם במנגנונים של פקודת הקרקעות. בסעיף 190 לחוק מצוין שסעיף 20 לפקודת הקרקעות יחול, אך אומר שכשמפקיעים מכוח חוק התכנון והבניה מתבססים על סעיף 20 (תשלום של 25% פחות) אך בעת הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה הפטור שיוענק יהיה פטור של 40% משווי הקרקע. דבר זה יהיה באותו הסדר (עד 40% פטור ומעל 40% את ההפרש - הדלתא).

- ❖ רוב ההפקעות במישור העירוני מבוצעות מכוח חוק התכנון והבניה.
- ❖ רוב ההפקעות במישור הלאומי מבוצעות מכוח פקודת הקרקעות.

לרוב ההעדפה תהיה להפקיע מכוח פקודת הקרקעות מכיוון שחוק התכנון והבניה מסובך יותר וארוך יותר ולא תמיד הכסף שנחסך שווה את משך הזמן. לעומת זאת, בפקודת הקרקעות יש זכות שימוע אך מרגע שהצוים יוצאים אין איך להתנגד. לכן, כדי לשמר את האינטרסים של המפקיעים ההעדפה תהיה לרוב מכוח פקודת הקרקעות (זהו שיקול הרשות באיזו דרך לבחור).

- להבין את הנקודה של ההפרש (הדלתא)

חוק התכנון והבניה מוסיף לנו:

1. פטור מתשלום פיצויים בלקיחה של עד 40% מהקרקע ולא רק 25% כמו בפקודה
2. סיפא - הגנה על יתרת החלקה: רשות לא יכולה לקחת את הקרקע של בעלים אם מדובר בחלק ממגרש, אם כתוצאה מלקיחת החלק מהקרקע שוויו של כל המגרש פוחת. הפסיקה פירשה זאת כך שאם כתוצאה מההפקעה לא ניתן להשתמש שימוש סביר ביתרת החלקה, הרשות צריכה להחליט אם להפקיע או לא. גם אם עדיין יש שימוש סביר בחלקה אך השווי של יתרת החלקה פוחת, עדיין מדובר בהפקעה לגיטימית ותיאורטית אפשר להפחית 40% מהפיצויים.

החריג בסעיף 20 לכלל של פיצוי מלא: כל רשות שרוצה לקחת מקרקעין - אם היא לוקחת מעל 25 אחוזים מהחלקה היא לא חייבת לתת פיצוי, אם היא לוקחת מעל 25 אחוזים היא חייבת לתת את הפיצוי רק על הדלתא. כלומר, הפיצוי שישולם מעל 25 אחוזים לא יהיו פיצויים מלאים אלא פיצוי רק על האחוז הנוסף מעבר ל-25 אחוזים (=הדלתא).

ב-2010 הפטור שונה, והחוק לתיקון דיני הרכישה קבע שאין יותר אפשרות להפחית או לא לשלם פיצוי כאשר מדובר בעד 25 אחוזים מהחלקה למעט מקרים שמדובר בהם עם הפקעות של רשויות מקומיות (מסיבה של חוסר תקציב וגרעונות). דבר זה הוא אינו אופטימלי אך דרך התמודדות עם חסר בתקציבים של הרשויות המקומיות. כלומר, הכלל הוא של 100 אחוזים פיצוי למעט מקרים של רשויות מקומיות.

בפיצויים מכוח חוק התכנון והבניה:

הפחתת ה-40%: מצב בעייתי שבו רשות יכולה להפחית פיצוי עד 40% משווי הקרקע. השאלות הן:

1. למה מאפשרים לרשויות להפחית?

התשובה היא רציונל ההשכחה: לפי **פס"ד פייצר** הסיבה שרשויות יכולות להפחית פיצוי היא בגלל שהקמת הצורך הציבורי יוצרת השכחה של יתרת מקרקעיו של הבעלים. בדרך כלל השימושים הציבוריים לא משביחים את הקרקע (במיוחד את הקרקעות שנמצאות בקו ראשון - לגור מעל ביה"ס לא משביח את הקרקע אלא רק את הקרקעות של אלה שגרים בקו שני והלאה בשכונה).

לפי פס"ד פייצר, 60% שנשארו לבעלים הופכים ל100% ואפילו יותר מכיוון שהקרקע הושבחה לאחר ההפקעה (בגלל שהצורך הציבורי נבנה).
 רציונל ההשבחה הוא בעיית מכיוון שלעתים הצורך הציבורי מוריד את שווי המקרקעין.
 במקרים שבהם מפקיעים את החלקה בשלמותה, ישנו אבסורד: טיעון ההשבחה עדיין תופס למרות שאין סיבה לכך.
פס"ד הולצמן קובע שבהפקעת כל החלקה אסור להפחית את הפיצוי (הפטור של 40% רלוונטי רק בהפקעה חלקית לפיו).

לסיכום:

- ביחס לפקודת הקרקעות, הכלל הוא פיצוי מלא עפ"י מחיר השוק, במידה ומדובר ברשות מקומית ניתן להפחית עד 25%.
- ביחס לחוק התכנון והבניה, אם מפקיעים חלק מהחלקה צריך לוודא שהחלק הנותר ניתן לשימוש סביר, ובמידה ולא: הרשויות יכולות להחליט אם לא להפקיע כלל או להפקיע את החלקה בשלמות.
- במידה ומפקיעים פחות מ100% מהמקרקעין ניתן להפחית עד 40% כאשר הרציונל הוא השבחת הקרקע.
- במידה ומפקיעים 100% מהחלקה לא ניתן להשתמש בפטור ה40% כלל.
- 2. האם באמת רשויות יכולות להפחית 40% מהפיצוי?
 תשובה- לא, לפי **הלכת חממי**: הליכי ההפקעה מכוח חוק התכנון והבניה חולקו לשני שלבים: עפ"י הלכת חממי, כשרשות מפקיעה קרקע מכוח חוק התכנון והבניה, ישנם שני שלבים עיקריים:
 - שלב שינוי הייעוד (אישור התוכנית), בתכנית זו קובעים את הייעוד הציבורי של המקרקעין. בשלב זה הבעלים יכולים לתבוע מכוח סעיף 197. מאפשרים לבעלים לקבל את רוב הפיצויים בשלב זה. בשלב זה, כמעט 100% משווי המקרקעין יורד מכיוון שהם יוצאים מהשוק והופכים לציבוריים, ולכן מאפשרים לבעלים לתבוע ולקבל את רוב הפיצויים בעבור הקרקע לפי 197. כך הוא יקבל 90% משווי הפיצוי בשלב הראשון.
 - שלב ההפקעה בפועל (השלב שבו הרשות תופסת חזקה במקרקעין). בשלב זה הקרקע שווה 10% משווי הראשוני, והרשות יכולה להוריד 40% מהפיצויים ביחד ל10% שהיא עכשיו. ה40% ירדו מה10% הנותרים ולכן הדבר שולי ולא פוגע בבעלים.

עד להלכת חממי שני שלבים אלה התקיימו באופן שגרתי אך מערכת המשפט הישראלית ראו בהם שלב אחד לקראת הפקעה של מקרקעין מכוח חוק התכנון והבניה, וחשבו כי צריך לעבור תהליך שכולל את שני השלבים אך התייחסו אליו כלהליך אחד.
 בהלכת חממי ביהמ"ש חילק את ההליך לשני שלבים: שלב א ושלב ב הנ"ל.
 פיצלו את השלבים מכיוון שבפועל חולף זמן רב בין שני השלבים, כאשר בזמן זה הבעלים לא יכול לעשות כלום עם הקרקע ומצד שני גם לא יכול לקבל פיצויים (הבעלים תקוע בשלב ביניים).

סעיף 197 לחוק התכנון והבניה- גריעות תכנוניות. סעיף הדגל של התמודדות איתן. לפיו, בעלים שנפגעו כתוצאה מאישור תכנית שלא בדרך של הפקעה (אלא של גריעה), רשאי לתבוע פיצויים. סעיף זה מטפל בפגיעות תכנוניות ולא של הפקעות, ובשונה מהסדרים אחרים (כמו תביעת פיצויי הפקעה) ישנו לו"ז מקוצר יותר וכדי להגיש תביעה מסוג של פגיעה מאישור תכנית יש לעשות זאת תוך 3 שנים.

קו כחול = גבולות התכנית בתשריט (מפה שמצורפת לתכנית). לפי סעיף 197, כל מקרקעין שנמצאים בתחום התכנית (בתוך הקו הכחול) או גובלים עמו, ומושפעים ונפגעו כתוצאה מהתכנית- בעלי הקרקע זכאי להגיש תביעת פיצויים עפ"י 197. תביעה זו היא השכיחה ביותר מכיוון שבכל אישור בעלי מקרקעין יכולים לתבוע. ההתיישנות של תביעה זו היא 3 שנים כאשר לאחר מכן לא ניתן להגיש את התביעה. הספירה מתחילה מהיום שבו אושרה התכנית ונכנסה לתוקף. בהלכת חממי, ביהמ"ש לקח סעיף שלא קשור להפקעות ופיצל את שני השלבים כדי להקל על הבעלים להפעיל את 197 ולאפשר לבעלים לתבוע את הרוב המוחלט של הכסף כבר בשלב הראשון. כך השיגו שני דברים:

1. זירוז של תשלום הכסף

2. הפחתה של 40% על הערך הנותר בשלב ההפקעה שהוא ערך שולי ולא על ערך הקרקע המקורי בשווי השוקי

האם הבעלים יכול לקבל את הפיצוי כולו בשלב השני (שלב ההפקעה) במידה והוא לא הספיק לתבוע במשך 3 שנים?

לפי פס"ד חגולי, ההשלכה הבעייתית של פיצול זה הוא שברגע שהבעלים לא תובע לפי סעיף 197, הוא מאבד את כל 90%. מכיוון שמדובר בשני שלבים נפרדים, זוהי הופכת להיות הדרך המשפטית שבה תובעים פיצויי הפקעה ואם הבעלים לא תבע תוך 3 שנים לפי 197, הוא איבד את כל הכסף וכנראה שיצטרך להסתפק בשאריות ואף ב-60% מהן. עד הלכת חממי הפיצוי היה רק בסוף ההפקעה. הלכת חממי פיצלה מלאכותית לשני שלבים כדי לאפשר לבעלים חלון הזדמנויות לתבוע פיצויים לפי סעיף 197.

הלכת חממי תקפה רק לגבי חוק התכנון והבניה מכיוון שרק בה קודם כל משנים ייעוד ואז תופסים חזקה.

לפי פס"ד הולצמן, אם הקרקע מופקעת במלואה צריך לשלם פיצוי מלא, מכיוון שהדבר לא מידתי. לפי פס"ד רוטמן, שעוסק בפקודת הדרכים ומסילות הברזל (שכבר לא קיימת) אך מכילה עקרונות דומים לחוק התכנון והבניה. לפיו, במידה ומפקיעים קרקע ואין בה השבחה בפועל, הרשות יכולה להפחית 25% אך שר האוצר יהיה חייב להשתמש בסמכותו להשלים את הפיצוי והדבר לא נתון לשיקול דעתו. לפי פס"ד הוועדה המקומית כרמיאל, דנים במקרה שאין השבחה ביתרת הקרקע לפי חוק התכנון והבניה. האם עדיין אפשר להפחית את 40%? ביהמ"ש קבע כי אי אפשר להחיל את המתווה על חוק התכנון והבניה מכיוון שיש הבדל בינו לבין פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הבדלים ברמה הלאומית). ביהמ"ש קבע שבניגוד לפקודת הדרכים, כאשר מדובר על חוק התכנון והבניה- שר הפנים לא חייב להשלים את הפיצוי במידה והוא הופחת, אך במידה ומוכח שאין השבחה- הנטייה של שר הפנים צריכה להיות כן להשלים את הפיצוי כתשלום פיצויי סבל לפי סעיף 2א190 (אך הוא לא חייב). ביהמ"ש קורא לשר הפנים לשקול לחיוב את השלמת הפיצוי ונותן קריטריונים למתי נכון לשלול את הפיצוי (למרות שהנטייה היא לחיוב):

1. פגיעה מינורית- הבעלים הפרטי יכול לסחוב על גבו פגיעה מזערית לטובת הציבור ואין צורך בפיצויי סבל
2. פגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים- ככל שהפגיעה תהיה מבוזרת (ככל שיהיה מדובר בצורך ציבורי שהנטל ייפול על מספר רב של בעלים), ניטה לאפשר לשר הפנים לא להשלים את הפיצוי מהטעם שלא רוצים להפיל את הנטל על כתפיו של אדם אחד ולפזר אותו על כתפיהם של רבים בחברה.
3. ההפקעה הינה לצורך קהילתי- ככל שההפקעה נעשית לצורך יותר קהילתי, נאפשר לרשות להפחית את הפיצוי ולא נחייב את שר הפנים להשלים את הפיצוי.

ביהמ"ש התערב וצמצם את שיקול דעתו של שר הפנים למרות שניתן להם שיקו"ד רחב.

חנוך דגן ניסה לתת כלל לדרך הנכונה להפחתת פיצוי: מודל זה הוא מודל תיאורטי, שמבחין בין שני סוגי שימושים למקרקעין והוא נועד לתת קווים מנחים.

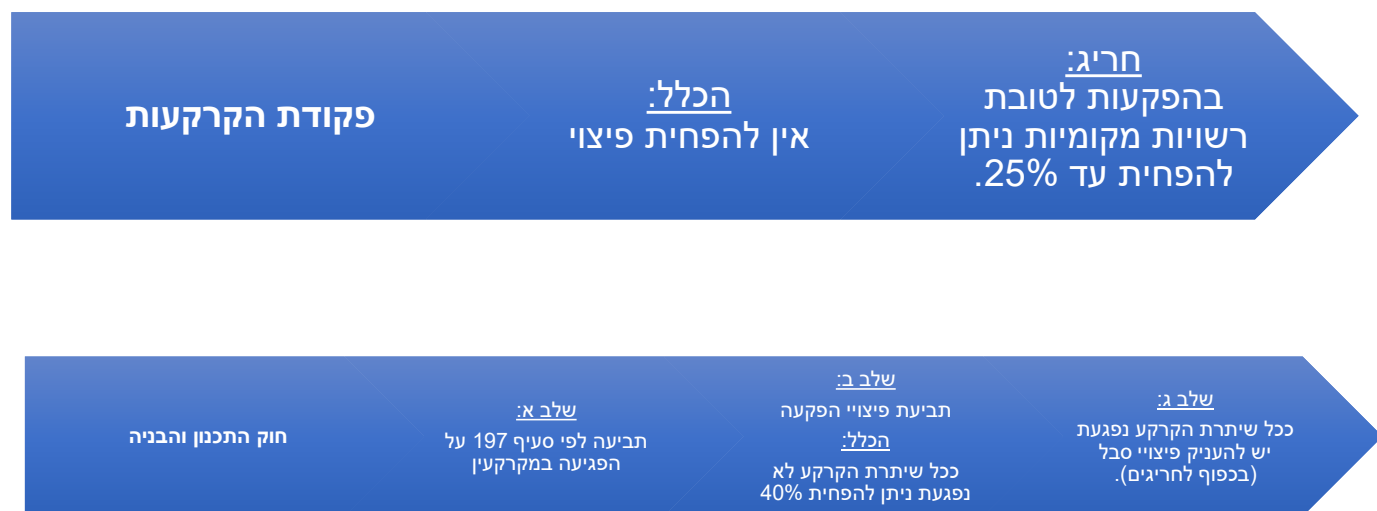
מקרקעין מכוננים- מקרקעין בעלי ערך שעולה על מחיר השוק	מקרקעין חליפיים- מקרקעין שמחזיקים בהם בשביל הערך הכלכלי השוקי שלהם.	
סמכות הפחתה נמוכה מאוד	סמכות הפחתה בינונית	שימוש כללי- לא משרת רק את הקהילה הגיאוגרפית המצומצמת כמו למשל כביש 6, נתב"ג (שימושים לטובת כל האזרחים).
סמכות הפחתה בינונית	סמכות הפחתה מלאה	שימוש קהילתי- שימוש שמשרת את הקהילה הגיאוגרפית הספציפית (כמו מכולת במושב או ב"ח באשדוד, צורך של הקהילה הגיאוגרפית הספציפית).

הוא אומר כי צריכים להחליט על הפחתות הפיצוי בהתאם לסוג השימוש. לדוגמה, אם המטרה של נטילת המקרקעין היא שימוש כללי לצורך בניית פרויקט תשתיתי גדול שמשרת את כל התושבים, סמכות ההפחתה צריכה להיות נמוכה מאוד (אם הקרקע מכוונת עבור הבעלים - סמכות ההפחתה צריכה להיות נמוכה, מכיוון שיש מתח בין חשיבות הקרקע לבעלים לבין השימוש הכללי שמעורר מחויבות של הבעלים כלפי הקרקע). אם מדובר על שימוש כללי ומקרקעין חליפיים, סמכות ההפחתה תהיה בינונית מכיוון שמצד אחד למקרקעין אין ערך נוסף למחיר השוקי שלהם, אך גם השימוש הוא לא שימוש קהילתני לטובת הקהילה המצומצמת ולכן סמכות ההפחתה צריכה להיות בינונית.

בשימוש קהילתני כמו בפס"ד הוועדה המחוזית כרמיאל, המחויבויות של אדם בתור חלק מהקהילה הן גבוהות יותר ולכן הוא עשוי להידרש להקריב חלק מהמקרקעין שלו. במידה והמקרקעין הם חליפיים והשימוש הוא קהילתני, אז סמכות ההפחתה יכולה להיות גבוהה או מלאה. לפי ביהמ"ש, כשמדובר על צורך קהילתני ניתן להטיל על האדם עלות כלכלית לגבי המחויבות שלו ביחס לקהילה. גם אם מדובר על שימוש קהילתני ומקרקעין מכוונים, נפחית רק חלק מהסכום בגלל ההתנגשות.

פס"ד הוועדה המחוזית כרמיאל קיבל שילוב בין מקרקעין מכוונים לחליפיים והתייחס לציר של ההבדל בכל הקשור לשימוש שעושים במקרקעין. לפי ביהמ"ש, אם מדובר בשימוש כללי שר הפנים יהיה מחויב להשלים את הפיצוי שהופחת, ובמידה ויש שימוש קהילתני - שר הפנים לא יהיה מחויב כי גוזרים על הבעלים סוג מסוים של הקרבה.

סיכום: מתי מותר להפחית פיצוי?



פיצוי בעין:

פיצויים שהם אינם כספיים אלא שהחוק קובע שצריך לתת אותם בעין.

בעבר כאשר היה מקרה של פינוי בינוי הכניסו הפקעה של הקרקע ליזמים פרטיים כדי להתגבר על בעיית סרבנות. לדוגמה, במקרה של חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום - לפי סעיף 39א, בשכונות ותיקות החוק נתן הסדר ברור ורחב לגבי הנושא: הוא קבע שמחזיק לא יידרש לפנות את המקרקעין אלא אם הוצע לו דיור חלופי, ורק במקרה שהאיזור החלופי לא יהיה באיזור של התחדשות עירונית (האיזור יהיה קרוב או איזור שיבטא את העובדה שהדירה היא חלופית, לרוב יהיה איזור חלש).

כלומר, נותנים לאדם אפשרות לבחור בין פיצוי כספי שיאפשר לו לרכוש דיור חלוף לבין דירה חלופית.

הפקעות קהילתיות

דן בהפקעות שמשליכות על קהילות מגורים.

חוק יישום תכנית ההתנתקות - פינוי של 21 קהילות מגורים שונות במאפייניהן מגוש קטיף. המפונים טענו לפגיעה לא רק בבית או בעסק, אלא גם פגיעה באובדן הקהילה שלהם (שקשה לכמת). כלומר הם טענו לעקירה והוצאה מהקהילה שהיא פגיעה קשה לא פחות מנכס מקרקעין.

לכן, נקבעו שני סעיפים ייחודיים בחוק יישום תכנית ההתנתקות:

1. **מנגנון ההעתקה הקהילתית** - סעיף 85, קובע שכל 20 בתים מהשטח המפונה יכולים להגיש תביעה להקמה של יישוב חדש מחוץ לשטח המפונה. לא פיצויים מובטחים. החוק לא מבחין לגבי ישובי המקור - 20 הבתים לא חייבים להיות אנשים שהכירו אחד את השני לפני ההתנתקות.
2. **מנגנון הפרמיה עבור וותק** - קובע שכל אדם שגר בשטח המפונה יקבל סכום כסף (סביבות 4000 ₪) עבור כל שנה שבה הוא גר בשטח המפונה (כל אחד מבני המשפחה שבבית).

פיצוי עבור אובדן הקהילתיות:

ישנה בעיה עם הפיצוי עבור אובדן הקהילתיות, מכיוון שלא כל הקהילות דומות. חלק מהקהילות שפונן התפצלו על בסיס אידיאולוגי, כאשר רוב הקהילות נשארו יחד במתכונת של יישוב אחד שמאחד מספר שכונות כאשר כל שכונה מבטאת יישוב לשעבר. בהסתכלות על החקיקה הישראלית, למדינה יש קושי להתמודד עם העניין הקהילתי וכתוצאה מכך גם לביהמ"ש יש קושי.

השאלה: האם יהיה נכון לתת לכל יישוב שיגדיר את עצמו כקהילה או כקהילת מפונים פיצוי?
תשובה: כפועל, ביישום החוק מעט מאוד קהילות הצליחו לעבור כקהילות שלמות. המפונים טענו שעצם החוק גרם לפיצולים או קרעים בקהילות לאחר ההתנתקות.

נשאל מספר שאלות (צירים) כדי להצדיק פיצוי:

1. **האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?**

2. **מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב?** הציר העיקרי שבאמצעותו מבחינים בין קהילות. האם יש תקציב מוגדר או חסר במשאבים לפיו נתעדף. לדוגמה, ברק **בקעדה** מסביר שלא ניתן לראות בשיתוף הפעולה דבר שנדרש לצורך תפיסת הטוב. לעומת זאת, במדינה בעלת תפיסות אנטי ציוניות למשל - נחליט שיישוב ציוני משתף פעולה כדי לשמור על עצמו ונצדיק פיצוי.

אקס אנטה - מלכתחילה. הגדרה מלכתחילה של קווים ברורים בחוק.

יתרונות: וודאות, חוסר שיקול דעת של שופטים.

חסרונות: לא גמיש, לא מותאם במצבים מסוימים, ובמובן מסוים הופך את העיסוק המשפטי לפורמלי (בתי המשפט יכולים לעשות רק את מה שמוגדר ובמידה ויש מקרה שלא נכנס לכללים לא ידעו איך לפעול. מי שדוגל בשלטון החוק ידגול בשיטה זו.

אקס פוסט - בדיעבד. מנתחים בדיעבד מה שהיה ומחילים כללים לפי מה שהיה.

יתרונות: משאיר מקום לשיקול דעת, מסוגלות להתמודד עם המצב עצמו לאחר שהפעולה בוצעה.

חסרונות: פוגע בוודאות.

מבחינת אקס אנטה, קבעו כללים ברורים בחקיקה לגבי ההגדרה של תפיסות הטוב והכללים הספציפיים כדי למנוע היווצרות של בעיות בעתיד.

3. **מה ההשפעה של ההפקעה על הקהילה?** יכולים להיות לנו שלושה סוגים של הפקעות:

- **Isolated** - יישוב/קהילה גיאוגרפית ונדרשים להפקיע קרקע של אנשים בודדים מהקהילה לשם צורך ציבורי. כתוצאה מכך, מספר מועט של אנשים מאבדים את הקרקע שלהם בקהילה. עבור אותם יחידים, ישנה פגיעה בקהילה - אך מבחינת השאר, זו לא. האדם הפרטי איבד את הקהילה אך הקהילה לא איבדה את עצמה (הוא הוצא מהקהילה שלא מרצונו). במקרה זה, נפצה את האדם. לא נפקיע את הקרקע של כל הקהילה ונעתיק את כל הקהילה

למקום אחר, אך במצבים מסוימים נפעל להקלה של חסמים בירוקרטיים שמונעים רכישה במקום אחר כדי לסייע לאדם שהופקעה הקרקע שלו.

- Clearing - עקירה/ניקוי של הקהילה (סוג ההפקעות של גוש קטיף). הנפגעים הם גם היחידים וגם הקהילה בכללותה.

בד"כ, רוב החוקרים בתחום מציעים לתת סעד של העתקה (זהו לא סעד כפוי אך יש להציע אותו למפונים). במידה והם מסרבים, נסתפק בפיצוי כספי.

- Tipping - מצבי ביניים. מצבים שבהם ניתן להפקיע חלק משמעותי מהקהילה אך לא את כולה או את רובה (למשל כאשר מפקיעים 40% מהקהילה). במצב זה, ישנם שני צדדים שנפגעים: האנשים שהוצאו מהקהילה והקהילה עצמה שאיבדה חלק משמעותי מהחברים שלה. הסעד תלוי בתוצאה של ההפקעה; אם הקהילה יכולה להמשיך לתפקד נפצה כספית, ובמידה שלא - נציע לכלל הקהילה אפשרות לעבור ביחד.

4. חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה - ככל שהיא חזקה יותר, היא יכולה לדאוג לעצמה טוב יותר. למשל, גם אם קהילה נעקרת היא יכולה לדאוג לרוב חברה אם היא חזקה בשונה מקהילות חלשות פוליטית-כלכלית. בפינוי גוש קטיף ניתן לראות את ההבדלים בין הקהילות. הנחת המוצא היא שקהילות חזקות יכולות לשמר את הקהילה שלהן בכוחות עצמן.

פיצוי מתבטא החל מפיצוי כספי, דרך מתן סעד בעקיפת חסמים בירוקרטיים ועד להעתקה מלאה.

חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין בדיני נטילה שלטונית והפקעות

חוק ההסדרה - בקרקע פרטית פלסטינית שמצויה בתוך יישובים ישראליים ביהודה ושומרון, האלוף מחויב להפקיע את זכות השימוש והחזקה בקרקע (לא את זכויות הבעלות) והבעלים הפלסטיני יקבל פיצוי של אחד משניים:

1. קרקע חלופית

2. 125% מדמי החזקה והשימוש השנתיים (משווי הקרקע).

החוק לא נותן לבעלים הפלסטיניים מעמד; אין הליך לפני ההחלטה על ההפקעה וגם לאלוף פיקוד מרכז אין שיקול דעת (הוא חייב להפקיע את זכויות החזקה והשימוש).
השאלה: לצורך מה המדינה מפעילה את הכוח? הוא אינו מובן מאליו.

נטילה שלטונית של מקרקעין מקימה 3 חששות עיקריים ומנגנונים להתמודדות עם כל אחד מהם:

1. חשש מהשחתת הכוח השלטוני - חשש שהמדינה תעשה שימוש לא ראוי בכוח זה. ייחודי לא רק לדיני נטילה שלטונית.

- מנגנון ההגנה: הליך הוגן - כמו שימוע, זימון, התנגדויות, מסירת מידע או הודעה על הפקעה.

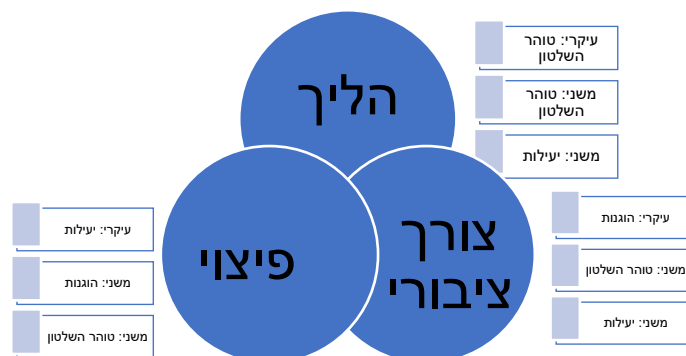
2. חשש מהיעדר חלוקה הוגנת של הנטל - חשש שמדינה או רשות מקומית יפקיעו קרקעות של גורמים חלשים בחברה או יפילו את כל הנטל של השירותים הציבוריים על כתפיים של בעלים פרטיים. מחשבה זו היא בעייתית מכיוון שזוהי לא חובתו של אדם פרטי לספק את כל הצורך.

מנגנון ההגנה: צורך ציבורי - נועד למנוע את המקרה הקיצוני ביותר של היעדר חלוקה הוגנת ושתהיה פגיעה קשה של מדינה או רשות באדם אחד והעברה של קרקע מאדם אחד לאחר. לפיכך, הפקעה יכולה להיות רק לשם צרכים של החברה ולא לשם צרכים פרטיים כי אז לבעלי הקרקע לא תהיה מחויבות כלפי אדם פרטי אחר ולא יהיה "איזון" או "שוויון" בנטל. נטל של קיום הצרכים יכול להיות רק כשמדובר על צורך ציבורי ולא פרטי. מנגנון זה מגדיר מסגרת - רק במקרים שניתן להגדיר צורך ציבורי ניתן לפנות לבעלים פרטי ולתבוע ממנו מחויבות כלשהו כלפי החברה.

3. חשש מפני אי יעילות - רשויות לא לוקחות בחשבון את הכל ויש חשש שההפקעות לא יהיו יעילות. הפנמה של העלויות האמיתיות כדי שהרשויות ידעו ויכפו שהרווח הגלום בפרויקט הציבורי יצדיק את העשייה. מנגנון ההגנה: פיצוי - מטרתו היא לשמור על יעילות.

המנגנונים הם לא בינאריים - הם לא מתקיימים או ב-100% או בכלום. ישנו רצף של קיום הליך הוגן וכל מדינה מאמצת לעצמה את המאפיינים של ההליך ההוגן שלה.

לצורך הציבורי יש ספקטרום וגם למחיר השוק. הספקטרום מראה לנו שבחלק מהמקומות אנחנו מפעילים רף גבוה כאשר בחלק מהמקומות אנחנו מתחשבים בדרישות. בהפחתת פיצוי בארץ למשל, עיריה הייתה משלמת פיצוי נמוך יותר ומשתמש בפטור במידה ויש לה גירעון (החוק מאפשר לעיריה לפגוע במנגנון הגנה ששומר על היעילות כי אחרת היא לא תוציא לפועל צרכים חברתיים מסוימים).



ההלך - מגן בפני טוהר השלטון וגם על ההוגנות והיעילות.

צורך ציבורי - מגדיר את גבולות הגזרה, ניתן לדרוש נכס מבעלים פרטי רק כשמדובר בצורך ציבורי.

פיצוי - מטרתו העיקרית היא יעילות, משמר את ההוגנות וחלוקת הנטלים ומגן עליהם, בכך שהוא גורם למדינה לחשוב פעמיים האם שווה לה לעשות את המהלך.

מנגנונים אלה מאפשרים לנו לשמור על איזון בדיני הנטילה השלטונית.

בפועל, כל אחד ממנגנוני ההגנה נותן מענה לכל אחד משלושת החששות. לכן, כאשר לא ניתן לתת סעד מסוים ניתן לתת סעד אחר במקום. למשל, כאשר יש צורך בהפקעה דחופה ואין זמן לעשות הליך שימוע, ניתן לתת במקומו סעד אחר, כמו פיצוי.

נוכל להתפשר על מנגנון הגנה אחד בכפוף לשני תנאים:

1. לא מוותרים על מנגנון ההגנה לחלוטין
2. במידה והתפשרנו על אחד ממנגנוני ההגנה, חייבים להרים את הרף ולהקפיד על ביצוע אופטימלי של שני מנגנוני ההגנה האחרים.

בפס"ד kello הצורך הציבורי לא חזק במיוחד (שמירה על תעסוקה בעיר). השאלה: האם ההפקעה לגיטימית או לא? הדבר תלוי בשני גורמים:

1. האם הייתה יותר מדי פשרה על הצורך הציבורי? (לא).
2. בחינה של ההליך - דרישה של הליך הוגן ברמה גבוהה מאוד והפיצוי היה גבוה מאוד (יותר ממחיר השוק). הליך הוגן - כולל זכות טיעון, לוחות זמנים והתייעצות עם מומחים. בחוק ההסדרה, לא מתקיים הליך הוגן. אמנם אין לנו הליך הוגן אך מתקיים פיצוי גדול (ברף גבוה), שמראה על הפנמה של מערך יחסי גומלין בין עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית.

שאלה נוספת: האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצוי מקרקעין?

פס"ד עיזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פתח תקווה-2006 יורשיו של ארידור תבעו פיצוי על קרקע שנלקחה מהם.

- ביהמ"ש המחוזי דוחה את התביעה על הסף מחמת התיישנות וקובע שחוק התיישנות חל גם על דיני הפקעות (התיישנות=7 שנים).

- בביהמ"ש העליון נקבע כי חוק התיישנות חל על פיצוי הפקעה. המחלוקת הייתה לגבי ס' 6 לחוק התיישנות, הקובע כי "תקופת התיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה".

השאלה שעלתה היא ממתי מתחילים לספור על 7 השנים (מתי נולדת עילת התובענה?) מספר דעות:

1. השופט חשין - תפיסה ליברטריאנית. העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי. עילת התובענה נספרת רק ממתי שהבעלים מקבל תשובה שלילית לגבי ההפקעה מהרשות. אם הבעלים לא פנה לרשות מבחינת פיצוי ההפקעה, אפשר להגיש תביעה לפיצוי הפקעה גם שנים רבות לאחר מכן.
2. השופט גרוניס - העילה נולדת כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין. העילה לתביעת פיצויים מתחילה מהיום שבו תופסת הרשות חזקה בקרקע, ומרגע שנתפסת החזקה יש לבעלים 7 שנים לתבוע פיצוי הפקעה. במידה והוא לא עושה זאת הוא מאבד את זכותו לתבוע פיצוי הפקעה.

3. השופטת ארבל - תפיסת ביניים. העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית. כלומר, בהפקעה של קרקע להקמה של בריכה נתחיל לספור את 7 השנים לפיצוי ההפקעה רק מהרגע שהפקענו. הבעלים יכול להגיש תביעה רק כשתופסים חזקה על הקרקע.

ההלכה שנפסקה היא דעתו של השופט גרוניס - בשנת 2013 הוחלט כי מירוך ההתיישנות החל מהרגע שבו רשות תופסת חזקה במקרקעין גם במידה ולא עשתה בו כלום. במידה והבעלים לא הגיש תובענה בתוך 7 שנים, הבעלים איבד את זכותו להגיש תביעה.

גריעות תכנוניות

גריעות תכנוניות - מגבלות המטילות רשויות על מקרקעין של בעלים שפוגעות במקרקעין.

הסעיף המרכזי שבו נדון הוא 197, לפיו ייתכנו מצבים שבהם העברה או אישור של תכניות מתאר יפגעו במקרקעין של בעלים פרטיים והזכויות במקרקעין לא יילקחו והבעלים אך תוכנן ישתנה. לכן, החוק הישראלי מאפשר לבעלים לתבוע פיצוי על הפגיעה. הסעיף מאפשר לעקוף את ההתממהות של הרשויות בתשלום כפי שראינו בהפקעות.

בגריעות תכנוניות, כל מדינה מתוקנת נדרשת להעביר תכניות כדי לאפשר אספקת שירותים בסיסיים. בחלק מהמקרים הרשויות נדרשות להפקיע את הקרקע (לא רק להעביר תכנית באופן נקודתי אלא יש צורך בכל הקרקע), ובחלק מהמקרים אין צורך בקרקע עצמה בהפקעה אלא בגריעה תכנונית בלבד (למשל כאשר רוצים להעביר קו תשתית מעל או מתחת למקרקעין). כל גריעה תכנונית כרוכה בפגיעה במקרקעין. תביעת הפיצוי עקב הגריעה הוא 197 (שמשמש גם להליך דו שלבי של הפקעה אך הוא משמש במקור לתביעת פיצויים במקרה של פגיעה בקרקע שלא במקרה של הפקעה). בנוסף לכך שהתכנית של הגריעה נמצאת בתוך אחת התכניות, צריך לוודא שהפגיעה:

1. לא עוברת את גבול הסביר
2. שיהיה מן הצדק לתת לפגע פיצויים.

השאלה שעולה מביהמ"ש: איזה מן הסעיפים הוא ברירת המחדל לפיו נותנים פיצויים? סעיף 197 או סעיף 200 שמצמצם את המקרים שנותנים בגינם פיצוי?

השאלה מעניינת משני חתכים:

1. הבחינה הנורמטיבית - האם כשפוגעים בקרקע האדם צריך לקבל פיצוי או לא?
2. בחינה מעשית - על מי מוטלת נטל ההוכחה בתביעה? האם בעלים שמגיש תביעה לפי 197 צריך להוכיח או שהרשות היא זו שצריכה להסביר שהפגיעה לא חמורה כל כך.

השופט מלץ בפס"ד "פרי הארץ" קובע שברירת המחדל הוא סעיף 197, והתפיסה היא שכל אדם שנגרע לו מקרקעין זכאי להגיש פיצוי. הסעיפים של 200 הם סעיפים שהרשות תצטרך להסביר מדוע לא מוצדק מתן פיצוי לפגע.

התפיסה העיקרית היא שיש לתת פיצוי, ומלץ מציין מספר סיבות למתן פיצוי:

1. תפיסת היעילות - מבחינתו רשויות שלא יצטרכו לשלם על פגיעה במקרקעין יאשרו תכניות רבות ויתעלמו מהפגיעה בקניין של בעלים רבים.
2. תפיסת הצדק החלוקתי - מבחינת השופט מלץ הוא שהעול של צרכי החברה לא ייפול על כתפיהם של אנשים פרטיים, ויש לחלק את הנטל על כולם (לכן צריך לתת פיצוי מכוח 197 כי מכיוון שלא ניתן פיצוי הבעלים יישא בעלויות של אספקת השירותים לחברה). פיזור הנטל יהיה ע"י מתן פיצוי לבעלים וכך כולנו כחברה משלמים לו את הנזק.

בפועל, אם יש ירידת שווי של מקרקעין תביעה לפי 197 תתקבל ותצליח. הקביעה העקרונית של פגיעה במקרקעין היא בדיקת השווי הכלכלי שקובע האם התביעה תצליח או לא.

בפס"ד הורוץ, ישנם מבחנים לקביעת מידת הסבירות. השופטים הליברטריאנים קבעו שגם פגיעה מזערית מזכה בפיצוי בעוד השופטים הליברליים דרשו רף מסוים. המבחן שנקבע לקביעת מידת הסבירות מושתת על 3 תנאים מצטברים שיש ביניהם יחסי גומלין (איזונים):

- שיעור ירידת הערך – בודקים כמה ערך המקרקעין נפגע כתוצאה מאישור התכנית. מציאת האחוזים בלבד הוא לא מספיק, ודורשים עוד:
- מידת פיזור הנזק – בודקים לכמה בעלים נגרם נזק בעקבות הפגיעה. ככל שיותר בעלי מקרקעין נפגעו, נראה את הפגיעה כסבירה יותר כי ההנחה שעומדת בבסיס הטענה היא שאין השתת כל הנטל החברתי על אותו בעלים וישנה חלוקת נטל מבחינת ביהמ"ש (ככל שיש יותר פיזור נזק בין בעלים ניטה לראות את ירידת הערך כסבירה).
- חיוניותו של האינטרס הציבורי – ככל שהוא חיוני יותר, כך ניטה לפטור את הרשות מלשלם ונכיר בפגיעה כסבירה. ככל שהוא פחות חיוני, ניטה לראות בפגיעה כזו שעוברת את רף הסבירות ומחייבת בפיצוי.
- * האפשרות להפחית פיצויים ב-40% היא לפי סעיף 190 ובסעיף 197 אין הוראת פטור והרשות חייבת לשלם את סכום הפגיעה המלא. (לכן ביהמ"ש הכניס את סעיף 197 להפקעות כדי שההפקעה של האחוזים תהיה מתוך האחוזה שנותר לאחר התביעה).

סוגיה נוספת בסעיף 197 – "גובלים עמו". מקרקעין שגובלים בקו הכחול. השאלה היא מה מידת המרחק שתגדיר מקרקעין כגובלים עמו?

ביהמ"ש הגדיר הלכה בעייתית **בפס"ד ויטנר**: כביש בעל 2 נתיבים שעבר בין התכנית למקרקעין שטענו שנפגעו. מסקנת ביהמ"ש היא שכל מקרקעין שסמוכים לקו הכחול של התכנית במישורין (משיקים אליו) הם גובלים בהכרח, ואם הם מופרדים מהקו הכחול או בשטח פתוח צר או בכביש שכונתי צר, הם עדיין יכולים להיחשב כ"גובלים עמו" והבעלים יכולים לתבוע פיצוי על פגיעה גם כאשר הם לא נחשבים בתוך התכנית.

בפס"ד ויטנר נידונה השאלה מה קורה כאשר ישנו כביש חוצץ – האם הקרקע תיחשב כחלק מהפגיעה או שהכביש ייחשב כחציצה והמקרקעין לא ייחשבו כגובלים עם התכנית? ביהמ"ש החליט שהקרקע לא נחשבת גובלת במידה ויש כביש (כמו איילון) לפי סעיף 197. נקבע שהדבר ייחשב פגיעה שמעניקה פיצויים רק אם יש חציצה של כמה עשרות מטרים בודדים בין הקו הכחול לקרקע או במידה ויש כביש שכונתי צר. אם יש חציצה גדולה כמו שורת מבנים, למרות שיש פגיעה לא ניתן לקבוע פיצויים.

בגרעיה תכנונית, ההתיישנות על תביעת פיצויים חלה תוך 3 שנים.

רישיון במקרקעין

רישיון במקרקעין – הרשאה שנותן בעלים של מקרקעין לגורם אחר לעשות שימוש במקרקעין שלו.

נלקח מהמשפט האנגלי.

רישיון במקרקעין הוא לא זכות קניינית אלא זכות חוזית לאדם אחר לפעול במקרקעין. רוב המגזר החקלאי מבוסס על "בר רשות" – אדם שקיבל רישיון לפעול במקרקעין. "בר רשות" הוא אדם שאין לו גישה ישירה למקרקעין מזכות קניינית, אלא מעין התחייבות חוזית מהגורם שהוא בעל המקרקעין.

אופן הענקת הרישיון:

1. רישיון מפורש – כתוצאה מחוזה משותף בין הצדדים (למשל בין אגודות שיתופיות ובין מקרקעי ישראל)
2. רישיון מכללא – משתיקה או מהיעדר מחאה של הבעלים. במידה ואדם נכנס למקרקעין של אחר והבעלים שתק, הוא לא ייחשב כפולש תמיד וביהמ"ש יכול להכיר בו כבר רשות לא מכוח חוזה אלא מכוח השתיקה שגיבשה הרשאה לפעול במקרקעין.

התמורה עבור הרישיון:

1. רישיון בתמורה – מצב שבו האדם משלם עבור השימוש בקרקע.
2. רישיון חנם – מצב שבו האדם פועל במקרקעין מבלי לשלם לבעלים דבר.

הבעיה שישנה לגבי שימוש ברשיונות:

"רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה" – ביהמ"ש אומר שאין חשיבות להגדרה של הרישיון (לגבי אופן הענקתו או התמורה שלו), אלא ההכרעה של ביהמ"ש בנוגע לרישיון (עד כמה ניתן לבטלו או מה נכלל בו) נבדקת לגופו של רישיון ולגופו של נסיבות העניין ואין כלל אצבע לפיו פועלים.

מוסד הרישיון מופיע כמעט בכל תביעת מקרקעין (הטענה תמיד עולה).

היקף ההגנה על הרישיון:

כיצד קובעים מהו החוזק של רישיון במקרקעין? ביהמ"ש מדבר על מספר מאפיינים שיעזרו לו לקבוע את היקף ההגנה על הרישיון.

מספר מאפיינים:

1. היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין- ככל שבעל הרישיון השקיע יותר במקרקעין
2. הציפיה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין
3. משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור
4. התמורה- ככל שניתנה בגין הרישיון.

מאפיינים אלה מסייעים בשני סוגי הכרעות:

1. האם הרישיון הוא הדיר- האם בעל הרישיון יכול לחזור בו מהרישיון או שמדובר ברישיון בלתי הדיר שבו בעל המקרקעין לא יכול לחזור בו מהרישיון?
- ישנם מקרים שהפסיקה הכירה ברשיונות בלתי הדירים.
2. הסתמכותו של בר הרשות- במידה והוחלט ברישיון הדיר שבעל המקרקעין יכול לחזור בו, האם כשבעל הרשות משקיע ומסתמך ומצפה על המקרקעין ניתן לשלול אותו?

המגמה: כמעט ולא מכירים ברשיונות בלתי הדירים. ביהמ"ש קובע שרישיון הוא הדיר (כלומר בעל המקרקעין יכול לחזור בו מהענקת הרישיון). ישנם מקרים ספציפיים שבהם נקבע שהרישיון הוא בלתי הדיר כמו **בפס"ד נצר**. לבעל המקרקעין מותר לחזור בו מרישיון שנתן אך הדבר לא אומר שבמידה ויחזור בו, בעל הרשות ייעלם- אלא ברוב המקרים אם בעל הרשות נפגע כתוצאה ממתן הרישיון יידרשו לפצות את בעל הרשות.

משאירים את נושא הרישיון מכיוון שרישיון = זכות אישית.

רוצים שתהיה דרך פעולה שבה נוכל לתת רשות למישהו לעבוד במקרקעין שלנו ונוכל לשלול עבירות. כך הוא לא יקבל את היכולת של בעל המקרקעין להעביר את הזכויות האלה. עושים זאת ע"י אימוץ זכות חוזית ולא זכות קניינית (זכות חוזית לא ניתן להעביר לאדם אחר ללא הסכמת הבעלים וכך מגבילים. זכות קניינית היא זכות עבירה, בשונה מזכות חוזית).

יש לציין כי ישנם מצבים ספציפיים שבהם הפסיקה כן מכירה באפשרות להעביר רישיון לאחר (כמו קיבוצים ומושבים באמצעות אגודות שיתופיות והחברים בהן הם ברי רשות שמתחלפים והרישיון מועבר ביניהם). בדיון על רישיון, יש תמיד להבין שאין הלכה מדויקת ואין כלל אצבע אך יש חובה להכניס זכות רישיון גם אם יש טענה לזכות שכירות או זכות שכירות כי יכול להיות שטענת השכירות תידחה והיא יכולה להיות הדרך היחידה לתת "רגל בדלת" לביהמ"ש וכך להכריע לטובתנו ולתת לנו סעד גם אם מבחינה קניינית אין טיעון מבוסס מספיק.

התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון:

1. המשך קיומו של הרישיון (על אף רצון הבעלים לבטלו)- הבעלים עדיין יהיה כפוף לנוכחותו של בר הרשות.
2. ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים בתשלום פיצוי- לא נחייב את האדם להשאיר את הרישיון אך בגין ההתרשלות שלו לגרש ובגין שתירתו הוא יצטרך לפצות את בר הרשות לפי מ"ר ההשקעה שלו.
3. ביטול הרישיון ללא פיצוי- בעיקר במקרים שבהם בר הרשות לא השקיע במקרקעין או שתקופת השהיה שלו במקרקעין קצרה.

בפס"ד סלונים, נקבע כי אין כללים לרישיון והנושא אמורפי (כל רשות ונסיבותיה). יש לדעת שנצפה לקבל רשות הדירה, ורק במקרים של פגיעה קיצונית בבר הרשות תהיה רשות בלתי הדירה. לרוב יתקבל פיצוי בהתאם לקריטריונים של ההגנה על הרישיון.

בפס"ד חבה נ' מנהל מקרקעי ישראל נקבע באופן גורף כי כשמדובר על מקרקעין ציבוריים ולא פרטיים, ביהמ"ש ימנע מלקבוע רישיון בלתי הדיר או מלקבוע פיצוי משמעותי בגין הרישיון מהסיבה של **פס"ד גנימאת**- מעין מכת מדינה שבה ביהמ"ש רוצה להימנע מעידוד או מתן תקווה לאנשים שמחליטים לקחת מקרקעי ציבור ולתפוס בהם חזקה ללא רשות.

לסיכום, אפשר לטעון כי ביהמ"ש לא יכיר לעולם ברשות בלתי הדירה ובנושא הפיצויים הם יהיו מצומצמים (הם יינתנו בעיקר אם היה חוזה שהיה מדובר בו על פיצויים או בגלל סיבה טובה למתן שלהם). לא ניתן לטעון לזיקת הנאה, כי היא זכות קניינית ולא זכות חוזית כמו רישיון.

דרכי רכישת זכויות קנייניות:

1. ירושה
 2. תפיסת חזקה - בעיקר במטלטלין, נכסים שהופקרו או אבדו
 3. חלופ זמן+שימוש שאין עימו חזקה - זיקת הנאה מכוח שנים.
 4. שיפור נכסי זולת: ערבוב/חיבור מיטלטלין ומחוברים/בניה במקרקעי הזולת
 5. עסקה רצונית - מכר, מתנה, שכירות, משכון וכו'. כל אלה הם עסקה שמתבצעת לצורך רכישה או העברת זכויות במקרקעין. עסקה היא חוזה וכל דיני החוזים חלים על עסקה זו. רוב מוחלט של הפעילות יהיה סביב ניסוח החוזה או סעיפי החוזה.
בחלק מהתחומים יש דרישות מיוחדות - מסמך בכתב שמאפיין עסקאות מקרקעין וגם בו יש חריגים (כמו שכירויות קצרות מועד).
עסקה - חוזית, בה נכרת חוזה בין שני גורמים. השאלה היא מה עושים עם החוזה?
הדרך הקלאסית היא שלאחר הכריתה קובעים בו תנאים ובהתקיימם עוברת הזכות החוזית מצד אחד לצד השני.
 6. התיישנות רכשת¹ - סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני. קובע שבהינתן אדם שמעבד את המקרקעין במשך תקופה מסוימת, הוא יכול לרכוש בעלות במקרקעין והבעלים מפסיד את המקרקעין שלו כתוצאה משתיקתו או חוסר פעילותו.
Adverse possession - חזקה נוגדת, דוקטרינה שמגיעה מהמשפט המקובל, commom law, ומטרתה הראשונית היא להסביר מקרים שבהם ישנו פולש בקרקע. ישנן מספר הצדקות, ביניהן:
 - הענשת הבעלים על חוסר פעילותו
 - הסתמכות של המחזיק שהקרקע תישאר אצלו (קשה להצדיק באמצעות טענה זו).
 - אישיות - המחזיק מפתח קרבה למקרקעין לאחר תקופה ארוכה ועקירתו משם והחזרה לבעלות הבעלים היא פגיעה באישיותו.
 - טענה כלכלית - הבעלים לא עשה דבר לעומת המחזיק שעיבד את הקרקע ופיתח אותה ונעדיף מישהו שעושה משהו עם הקרקע מאשר מישהו שלא עושה בה דבר. (יעילות מצרפית). טענה בעייתית.
 - הצדקה היסטורית - ברוב המקומות בהם הדוקטרינה חלה, הוויכוחים היו עובדתיים מכיוון שלא הייתה מערכת רישום מקרקעין וכל אחד מהצדדים הביא מסמכים שמעידים על זכותו למקרקעין וכדי ליישר קו עם המערכת העדיפו להשאיר את המחזיק לאחר תקופה ארוכה.
- כיום, ישנה התייחסות להתיישנות הרכשת מבחינה חלוקתית: טוענים שאם לא הייתה אפשרות להתיישנות רכשת, לא היו קרקעות לחלשים בחברה.
עובדתית, דוקטרינה זו עדיין קיימת במדינות המערב.
עקרונית, כיום לא ניתן לרכוש בעלות באמצעות התיישנות רכשת בישראל.
בפס"ד גיבלי, ביהמ"ש ביטל את תחולת ההתיישנות הרכשת ונכון להיום ישנם מקרים היסטוריים מעטים שבהם הדוקטרינה פעלה.
- ישנם שני שלבים בדרך להעביר זכויות קנייניות מצד אחד לשני:
1. השלב החוזי (האובליגטורי) - התחייבות לעסקה. כל מה שיש לנו לכאורה כדי לומר לנו זכות קניינית הוא לא נכון, כל מה שיש הוא רק זכות חוזית (התחייבות ביחס לדירה למשל).
 - במקרקעין, הדבר הוא התחייבות חוזית של בעל הדירה כלפי הרוכש. כל זמן שאין גמירה של עסקת הרכישה ברישום, הזכות נשארת חוזית בלבד בין הצדדים ולא קניינית ולא קושרת צד שלישי.

¹ הנושא לא יהיה למבחן.

בפס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב, קיים אדם שמוכר דירה למספר אנשים, ובמידה ונפעל לפי שני השלבים - האדם הראשון שמכרו לו עלול להיפגע. לכן, ביהמ"ש קובע שיש לקבוע זכות מעין קניינית.

2. שלב קנייני - השתכללות העסקה. בשלב זה מתבצע מעבר וזיקה ישירה לנכס. השתכללות זכות קניינית מוגדר בסעיף 27' לחוק המקרקעין = רישום. ס' 7 חל רק על עסקה במקרקעין הטעונה רישום.

- זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום - זיקת הנאה מכוח שנים (30 שנים) או זכות קדימה מכוח החוק.
- זכויות שהן תוצר של עסקה ואינן טעונות רישום - שכירות קצרת מועד.

השאלה היא מתי מתבצע המעבר בין שני השלבים? (המשמעות היא חוקית וכלכלית ברגע שיש זיקת מעבר). המעבר מתבצע ע"י רישום שמוגדר בסעיף 27.

שאלה: מדוע יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום? מדוע משמרים את המרווח ולא הולכים ישר להעביר את הדירה בטאבו על שם הקונה?
תשובה: יש להשיג אישורים:

1. מיסוי ואישורים - צריך להשיג אישורים של מיסים ואישורים מהעיריה ע"מ להעביר את הנכס על שם הקונה בטאבו, דבר שלוקח זמן.
2. מימון והסרת משכנתאות - במידה ויש משכנתא על הנכס, רוצים לוודא שתהיה הסרה של המשכנתאות הקודמות. גם למוכר וגם לקונה יש אינטרס למחוק את המשכנתא, ולכן נקבל דירה נקיה משעבודים. תהליך ההסרה לוקח זמן.

הדרך היחידה לרכוש זכות קניינית בנכס שרשום בטאבו היא ע"י העברת זכות קניינית.
בנכס שלא רשום בטאבו ומוגדר כמקרקעין לא רשומים - מבחינה משפטית קניינית הם לא מוגדרים כמקרקעין.
אלא כזכויות, והיחס שלנו לגבי המעבר בין שני השלבים יהיה כמו בזכויות ולא כמו במקרקעין.
שני השלבים משפיעים על דיני התחרויות.

נכס שרשום בטאבו - הדרך היחידה להעביר את הבעלות היא דרך הטאבו.
נכס שלא רשום בטאבו - מבחינה משפטית קניינית לא מוגדר כמקרקעין, אלא כזכויות, ונחשב מקרקעין לא רשומים.

הליך הרישום הסטנדרטי:

יש להביא מספר מסמכים:

1. שטר מכר - פרטי המוכר והקונה, פרטי הדירה וחתימה של כל הצדדים +5 העתקים ללשכת הרישום כתנאי.
2. חוזה המכירה - בזמן החתימה על החזה
3. אישור עיריה - נוגע לשני סוגים של אישורים:
 - ארנונה - שאין חיובי ארנונה
 - שאיין חבות בהיטלי השבחה (היטל של 50% מהשבחה שנגרמת לבעלים של נכס אם ההשבחה נגרמה כתוצאה מתכנית או מהיתר, כלומר אם ההשבחה היא לא תולדה של מחיר השוק ושל יוקר הדירות אלא כתוצאה מהיתר בניה או תכנית שחלה על המקרקעין והשביחו אותו. הרשות תתחלק ברווח ב-50% מההשבחה עצמה. ישנם נכסים בהם לא מדווחים על ההשבחה ואז יש חבות לעיריה), או פעולות לא חוקיות מבחינת תכנון במקרקעין.
4. אישורי מיסוי - בעת כריתת חוזה דירה, יש צורך למלא טופס מש"ח - טופס של רשות מיסוי מקרקעין. טופס זה מסכם את הליך העסקה ובמסגרתו ניתן לבחור אחד משניים:
 - צירוף שומה של המקרקעין -
 - שומה עצמית של המקרקעין - הסכום שבו נמכר המקרקעין יהיה השומה העצמית.

לאחר קבלת האישור, מוציאים אחד משניים:

- פטור מתשלום מס מקרקעין במידה ויש
- טופס תשלום מקרקעין במידה ואין פטור.

במקרקעין רשומים הולכים לפי חוק המקרקעין שלפיו הזכות לקניין מתגבשת מרגע שהמקרקעין נרשם בטאבו.
שלב זה מהווה מעבר מהשלב החוזי האובליגטורי לשלב הקנייני שבו מקבלים זיקה בלתי אמצעית לנכס עצמו.
 התחייבות למכירה דירה היא חוזית בלבד ולא מבטיחה את קבלת הדירה.

הערת אזהרה- לא זכות קניינית. הערה שנרשמת בנסח הטאבו ואמורה להזהיר את כל מי שניגש לנכס בכך שיש לאותו אדם השגות או גישה לנכס. לא אמורה למנוע רישום קנייני תיאורטית, אך לא נובעת ממקור חוקי (זוהי פרקטיקה מאומצת ע"מ למנוע טעויות). מהווה מעין תמרוז אזהרה לכך שיש טענות ביחס לנכס. בדיני תחרויות, הערת האזהרה מקבלת משמעות גדולה בתחרויות מסוימות למרות שהיא לא זכות קניינית.

אי רישום הערת אזהרה נתפסת כפגם במשטר מונע הנזק הזול והאדם שהתעצל לרשום אותה ייחשב כמזיק והאחריות תוטל עליו.
 מבחינה משפטית גרידא, ביהמ"ש לא ישאיר הערת אזהרה במידה וישנם יורשים.
 מאפשר שני דברים:

1. רישום נוסף של משכנתאות בדרגה ראשונה ככל שיש לנכס יתרה
2. רישום של משכנתא בדרגה שניה

גורם בנקאי לא ייגש לנכס לפני שיקבל אישורים מבעלי הערות האזהרה על הסרתן.

מיטלטלין:

ס' 12,13 ו-4 לחוק המחאת חיובים.

גם במיטלטלין יש שני שלבים:

1. שלב חוזי/אובליגטורי - התחייבות לעסקה.
2. שלב קנייני - השתכללות העסקה.

בניגוד למקרקעין רשומים, אין לשכות רישום של מיטלטלין מכיוון שיש הרבה מהם וטרנסקציות רבות בכל יום.

ס'33- לחוק המכר קובע שהבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או דרך אחרת להעביר את הבעלות. זכות הקניין במיטלטלין עוברת במסירה אך יש אפשרות להתנות על ברירת המחדל ולקבוע מועד ודרך אחרת להעברת הבעלות.

במיטלטלין לעומת מקרקעין, יש מימד חשוב לחזקה מכיוון שפעמים רבות היא מהווה ביטוי לבעלותו של גורם מסוים בדיני התחרויות על נכס המיטלטלין.

ברכבים, לכאורה יש מרשם שדומה לרישום בטאבו ורלוונטי רק לנושא האחריות הנזיקית הביטוחית והפלילית על הרכב ולא מהווה בסיס לקביעת בעלות.

זכויות:

העברת זכויות=המחאה.

החוקים הרלוונטיים: חוק המכר+חוק המחאת חיובים.

חוק המחאת חיובים- מדבר על כל סוגי החיובים הקיימים.



ישנם שלושה שחקנים:

1. חייב
2. ממחה - במקום לשלם לו מבקש שישלמו ישר לנמחה.
3. נמחה

השאלה: בהנחה שהנמחה הסכים לקבל ישר מהחייב במקום מהנמחה, מתי תתגבש הזכות הקניינית של הנמחה?

תשובה: בזכויות מחילים את חוק המכר כי הוא קובע שכל מה שרלוונטי למטלטלין יהיה רלוונטי גם לזכויות בשינויים המתבקשים. השינוי המתבקש הוא שבגלל שאין מסירת חוב אלא החלטה על המחאתו, מועד קליטת ההסכם הוא המועד שבו עוברת הבעלות אלא אם כן נקבע אחרת ע"י הצדדים (ס'33).
במקרקעין שאינם רשומים בטאבו, הם זכויות בלבד. כאשר נדון במבחן במקרקעין - קודם צריך לבדוק אם מדובר במקרקעין רשומים או לא. במקרקעין שאינם רשומים בטאבו, נפעל לגביהם זכויות ונחשיב את מועד כריתת החוזה כמועד העברת הבעלות בזכות.

רכישת דירה מקבלן

יש צד חזק (הקבלן) וצד חלש (הרוכשים). הסיבה שנושא זה מופיע לבד, היא שהתחום של רכישת דירה מקבלן לוקה במספר כשלים התנהגותיים משמעותיים מצד רוכשי הדירות, כאשר החוק הישראלי נתן משמעות וביטוי משפטי מעשי לאותם כשלים.
 בעת רכישה של דירה מקבלן ישנם מספר כשלים:

1. ריבוי ליקויים קוגניטיביים – החוזים ארוכים מאוד בשונה מחוזה מכירה יד שניה.
 - שגיאות הסתברותיות - ביטוח תאונות אישיות לא משתלם מכיוון שהתשלום על הביטוח גבוה יותר מתשלום על יד שבורה שהוא נפוץ. לעומת זאת, על אובדן קטסטרופלי כמו הליך רפואי עצום אי אפשר להתגבר ללא ביטוח.
 - יש דימיון למכירת דירה - אם הדירה תימכר מאוחר יותר נצליח לגייס כסף במהלך זמן לגור בו שבו יש איחור במסירת הדירה, אך אם הקבלן פושט רגל, לא נצליח להתמודד. בני אדם נותנים משמעות לאירועים שקורים באופן דחוף - כלומר אנשים יעדיפו לבטח על יד שבורה מאשר על קטסטרופה. ישנה הבנה שיש בעיות אינהרנטיות ולכן אפשר לחייב את הקבלנים לעמוד בחובות כדי לעזור לבטח את הדיירים במידה של קטסטרופה.
 - הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי - בנושאים הקשורים להתוויית התקנון בבית המשותף, המידע הוא מופשט ולא מובן לכולם. קיים לכל התקשרות והדברים המוחשיים יובלטו. דבר זה הנחה את המחוקק הישראלי בניגוד לדיני צרכנות אחרים לשים את הדגש על הפערים בין הקבלן לבין הרוכשים והתאים את החקיקה למציאות בשטח באופן מהיר וחריג חקיקתית.
2. הצפת מידע - העובדה שהחוזים הקבלניים ארוכים מעמידים את הקונים עם הצפה של מידע שחלקו הגדול משפטי או טכני ובמצב זה קשה לברור את הדברים החשובים לרוכשים מבחינה אובייקטיבית. רוכשי דירות הם שחקנים חד פעמיים ויכולים להתבלבל בהתקלות בחוזים כאלה.
3. מסגור - פעמים רבות יש גורמים שממסגרים את העסקה בצורה ספציפית באופן בו הם מעוניינים. המסגור מתבצע ע"י הצד החזק (הקבלן) כאשר האופן שבו החוזה מעוצב הוא חוזה שהקבלן עיצב כפי רצונו. כלומר, הצד החזק כופה תנאים מסוימים בהתאם לרצונו. המסגור מדגיש את הדברים השוליים.
 - מועד מסירת התשלומים - הנושא הכי מועסק, כמה ישלם הקבלן על כל יום איחור. הם בעיקר מוציאים החוצה מהמסגרת את ההתנהלויות בהצמדות בדירה של חלקים מהרכוש המשותף או מחלקים מדירות אחרות.

הסדרים משפטיים בהקשר של קניית דירה מקבלן:

1. חובות גילוי (חשיפה) - בחוק המכר דירות. ס'2-3: מדברים על מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים. ס'6: נועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים.

לפי פס"ד שמעונוף, קבלן יכול להסתיר באמצעות ניסוחים. מטרתו של חוק המכר היא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת וללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות כספית חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים. אופן הגילוי - צריך להיות:

- מפורט
- בהיר
- במועד עריכת החוזה

אם לא מולאה חובת הגילוי, מאבדים את היכולת להחריג גם דברים שיכולנו בצורה ראויה כי חוזרים לתקנון המצוי.

2. חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות (בטוחות) - בחוק המכר דירות הבטחת השקעות של רוכשי דירות. פס"ד חברה קבלנית חפציבה - חברה חפציבה מודיעה לבורסה שיש לה גירעון ומסבירה שהפרויקטים שלה לא רווחיים (היא מקבלת תגמולים מעטים על הדירה ביחד לעלויות). באוגוסט 2007, העיתונות פרסמה את הקשיים הכלכליים של החברה והחלה נהירה של קוני דירות לדירות שהיו שלדי בניינים והשתלטו על הדירות כאשר חלקן בנויות וחלקן לא. חלק גדול מהמהלך נבע מכך שלרוכשי הדירות בחפציבה לא היו ערבויות או בטוחות על הכסף ששילמו על הדירה לחפציבה (עלולים להפסיד גם את הדירה וגם את הכסף). שאלות:

- האם כפיית בטוחות מוצדקת? כן, עלולים להיות כשלים רבים.
- בהנחה שיש עלויות לכך, האם נכון יהיה לשאת בעלויות הביטוחים? שאלה זו נובעת מהשאלה - למה צריך בטוחות? תשובה:
- יש סיכון שנובע מהמצב הכלכלי של הקבלן (של החייב) - אנחנו לא יודעים בהכרח את המצב הכלכלי של החייב (הקבלן) ולא יודעים להעריך האם קבלן מסוגל לסיים את בניית הפרויקט. במצב זה רוצים שתהיה לנו בטוחה לכסף.
- סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר - קבלנים בישראל עושים עסקת קומבינציה פעמים רבות, והרבה פעמים מתגלות בעיות בזכויות הקניין של המוכר בגלל שהקרקע לא תמיד שייכת לו - דבר שעלול לגרום לאובדן הדירה של הרוכשים. במובן מסוים, יש שרשרת: בעלים של קרקע, חוליה מקשרת (הקבלן) והרוכשים. במידה ומתגלות בעיות בטיב זכויות הקניין של המוכר (הבעלים) מי שסובל מכך הוא לא הקבלן אלא הרוכשים כי הם יישארו ללא זכויות קנייניות. פעמים רבות עלולות להיות בעיות עם זכויות הקניין של המוכר.

חוק הבטוחות חל על רכישה של דירה בלבד ומגדיר דירה כמערכת חדרים. במקרים רבים, הקבלנים לא רוכשים את הקרקע מכיוון שהם צריכים לממן רכישת קרקע בשלב מוקדם שבו עוד אין להם הון עצמי מספיק לרכישת הקרקע ולכן הם מבצעים הסדרים מול הבעלים.

שתי עסקאות שונות:

1. עסקת קומבינציה - בין בעלי הקרקע לקבלן. הבעלים נשאר בעלי הקרקע אך הקבלן משווק לרוכשים. הקבלן לא מחכה לכסף עתידי אלא לדירות עתידיות שיקבל לשווק. אין צורך בחוק הבטחת השקעות משום שיש צורך נמוך בערבויות.
2. עסקה קבלנית - בין הקבלן לרוכשים. ברוב המקרים הקרקע היא לא של הקבלן. חוק הבטחת השקעות חל רק על עסקה זו.
- חוק הבטחת השקעות לא חל על עסקאות קומבינציה ולא על מכירות יד שניה של דירות (לא מקבלים ערבויות או בטוחות להשקעה במכירה של יד שניה) ולכן דיני התחרויות עוסקים במכירת דירות יד שניה ולא דירות מקבלן.
- מחייבים בטוחות כאשר יש חשש שאדם יפסיד את הזכות הקניינית שלו. במצבים שהאדם הבעלים של הדירה וכבר יש בטוחה קניינית, אין צורך לתת עוד בטוחה מכיוון שעלולים להיות הפסדים כלכליים על בניה ולא שקשורים לקרקע עצמה.

- הערת אזהרה- רישום של הערת אזהרה בשלב מוקדם של המכירה, היא מהווה בטוחה רלוונטית ומבטיחה אותנו בשוק יד שניה ע"י רישום שלה.

סוגי בטוחות:

בחוק יש 5 בטוחות (2 מהן בטוחות כלכליות כדי למנוע את ההפסד הכלכלי, ו-3 מהן הן בטוחות קנייניות או סמי קנייניות שנועדו לתת לרוכשים אחיזה מסוימת במקרקעין או בנכס עצמו):

בטוחות קנייניות:

1. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה- הקבלן נותן זכות קניינית במקרקעין ובמידה ויתבטל הפרויקט והקבלן יפשוט את הרגל הרוכש עדיין בעל זכויות.
2. רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש- תמורת הכסף שהקבלן מקבל עבור כל דירה, כל אחד מהדיירים יהיה בעלים במשותף ויירשם כבעל חלק מסוים מהקרקע.
3. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית- לכאורה, הוא מבטיח את בעלי הדירות, אך אפשרות זו אינה קלה ליישום מבחינה מעשית:
 - במקרים מסוימים כמו בעסקאות קומבינציה, בעלי הקרקע מסרבים לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן.
 - במקרים אחרים, הערות אזהרה קודמות (כמו למשל לגורם מממן) שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים (אינו עומד בתנאי ס' 2), או לחילופין- אותם גורמים אינם מאשרים רישום הערות לטובת הקונים.

בטוחות קנייניות הן אינן מעשיות, מכיוון ש:

1. לא סביר שבעל הקרקע יאפשר רישום או שעבוד כזה; בדר"כ הקרקע היא בידי המוכר והוא לא יסכים להעביר זכויות קנייניות של רוכשים על הקרקע שלו.
 2. לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו (אף גורם בנקאי המלווה את הפרויקט לא ייתן הלוואה מבלי לרשום משכנתא על הנכס עצמו ולא יסכים שהקונים יירשמו כבעלי משכנתא בדרגה זהה לקבלן). בנק לא יסכים להיות באותה דרגה של משכנתא יחד עם הרוכשים.
- האפשרות שבטוחות אלה יתקיימו הוא במידה ויש זהות פרסונלית בין הקבלן לבעל הקרקע.

בטוחות כלכליות (פיננסיות):

4. ערבות בנקאית- מצב שבו משלמים תשלום לקבלן ומקבלים בתמורה ערבות בנקאית מהבנק המלווה, לפיה אם הקבלן פושט רגל או הפרויקט נעצר, מקבלים (ללא קשר לפירעון העתידי ולנושים) החזר מלא של סכום הכסף שנתנו לקבלן. הערבות הבנקאית מכסה כל שקל מתחילת התשלום (גם במידה ומשלמים את המחיר המלא על הדירה). מנגנון זה הוא יקר לקבלן ודורש ממנו הרבה.
5. ביטוח- כמו ערבות, רק קבלת שטר ערבות שמוסיף על הסכום ששילמו.

השוני הוא בגורם שמעניק את השמירה על הכסף.

כיום, הביטוח פחות רווח בשוק והערבויות הבנקאיות יותר. הדבר נובע מכך שהבנקים מצויים בתמונה כבנקים מלווים של פרויקט ולכן יותר זול לשלם לבנק שכבר מלווה את הפרויקט מאשר לשלם לעוד גורם שיבטח את התשלומים.

בטוחות כלכליות לא נועדו למקרים שבהם לא מרוצים מהדירה, אלא נועדו רק להבטיח את אי העמידה של הקבלן בשלב מסירת המפתח.

חוק הבטחת השקעות נועד להבטיח שהקונים יצאו או עם כסף או עם נכס.

בפס"ד חפציבה, לכאורה, נתנו בטוחות, אך חפציבה הטעתה את הרוכשים בכך שגיבתה אותם כלכלית אך הבנק סיפק ערבות רק לכספים שנכנסו לחשבון המיוחד כאשר חלק גדול מהכספים לא נכנסו לאותו חשבון (חפציבה הטעתה את הרוכשים).

הלכת חפציבה- המחוקק הישראלי הגיב באופן חריג ותיקן את חוק המכר (הבטחת השקעות), וקבע כי מאז אין חשבון מיוחד למתן בטוחה כלכלית.

פס"ד מטרי - חוק הבטחת השקעות הוא חוק צרכני שנועד להגן על הצרכן הפרטי. ייתכן מצב שבאותו בניין פושט רגל יהיו גם צרכנים פרטיים וגם צרכנים מוסדיים, כאשר תכליתו של חוק זה לפי פס"ד זה הוא להעניק הגנה לרוכש הפרטי. הלכת מטרי- תכליתו של חוק הבטחת השקעות היא להגן על הרוכש הפרטי שבו יש פערי כוחות עם הקבלן.

תוספות לאחר תיקון 2008 לחוק המכר הבטחת השקעות:

כיום, המשמעות המעשית היא שבנקים מקפידים לתת ערבות על כל תשלום, ובתיקון 2008 הוחלה שיטת השוברים: התשלום מתבצע רק באמצעות שובר מפנקס שוברים המתייחס לכל דירה שהונפק ע"י הבנק המלווה. +חובה שמוטלת על צד שלישי- המלווה חייב לייצע את הקונה על זכויותיו; המוכר מחויב עפ"י החוק להבהיר לקונה שיש לו זכות לקבל בטוחה עבור השקעותיו. מטילים חובות אלו ע"מ שלא יוצר מצב שבו האדם לא יידע את זכויותיו.

הגנת הבעלות והחזקה

"ההחזקה" / יהושע ויסמן סיכום- אבישג טל

ההגנה על ההחזקה:

להגנה על ההחזקה מקום מרכזי בדיני הקניין- ישנן מספר שיטות משפט, כאשר בשיטת המשפט הישראלית- ההחזקה היא במוקד תשומת הלב, ולא הבעלות, ולכן רוב החקיקה העוסקת בהגנה על קניינו של אדם עוסקת בהגנה על החזקה ולא על הבעלות. אפשר להסביר את התופעה בכך שהבעלות בלא החזקה (כמו זכותו של בעל נכס לאחר שהשכיר אותו) לא מושך במיוחד את אלה שרוצים את נכסי הזולת. התנכלויות לבעלויות נטולות זכות החזקה לא שכיחות ולכן המחוקק לא הקדיש הגנה מיוחדת על הבעלויות במנותק מההגנה על החזקה. המקורות המשפטיים הדנים ברשותו של המבקש להגן על ההחזקה שלו בנכס, מצויים בפקודת הנזיקין שמשלימה את חוק המקרקעין ובחוק המיטלטלין- כאשר עיקר המקור נמצא בחקיקה הישראלית שדנה בהגנה על החזקה ובגישות היסוד שנמצאות בה.

מחזיק שנושל מנכס שהחזיק בו יכול לבחור בין 3 מסלולים לקבלת הנכס בחזרה:

1. תביעה רגילה-

על המחזיק שנושל להגיש תביעה רגילה נגד המנשל, ולאחר שיוכיח כי זכותו להחזקה עדיפה על זו של המנשל- יפסקו לטובתו.

2. תביעה "פוזטורית"-

על המחזיק להגיש תביעה משפטית נגד המנשל להחזרת המצב לקדמותו, במצב זה לא מבררים את הזכויות אלא מחזירים את המצב לזה שהיה לפני שנשללה ההחזקה מהתובע. רוצים להחזיר את ה"סטטוס קוו אנטה", מבלי לחרוץ את הדין למי יש את הזכות להחזיק בנכס. פסק דין כזה לא ימנע מהנתבע להוכיח לבית המשפט שזכותו להחזיק בנכס עדיפה על זכותו של התובע ולקבל את הנכס בחזרה.

3. "עשיית דין עצמית"-

המחזיק פועל בעצמו להחזרת ההחזקה בנכס בלא להיזקק לביהמ"ש. מותר בנסיבות מיוחדות המפורטות בחוק כחריג לכלל, שלפיו המקום ליישוב סכסוכים משפטיים הוא ביהמ"ש ולא עשיית דין עצמית. הדין מסתייג מכך מכיוון שהשיטה עלולה להפר את הסדר הציבורי, אך האיסור לא יכול להיות מוחלט (מכיוון שדבקות יתרה בו עלולה לגרום להתנגשות עם צרכי המציאות- לדוגמה, ישנם מקרים שבהם יש צורך לקחת רכוש גנוב משודד). בנסיבות כאלה, בעלים מגן על רכושו בדרכים לא משפטיות ולכן לא חייבים להניח לשודד ולהסתפק בביהמ"ש. זוהי פעולה אינסטינקטיבית וספונטנית לשם הגנה על ההחזקה (כאשר הדחף הא במקרה של מחזיק כדין בלבד) וכן רלוונטית כאשר תביעה משפטית אינה מעשית (כמו במקרים שבהם עד שתהיה החלטה בתביעה, הנכס ייעלם). ישנן שיטות משפט בהן יש תמריץ לעשיית דין עצמית אם הנגזל לא מסתפק בפיצויים.

היחס בין המשפט הפרטי (המשלים עם עשיית דין עצמית) לבין עמדת המשפט הפלילי:

1. עשיית דין עצמית ע"י מחזיק כדין - המשפט הישראלי מכיר בחריג לכלל האוסר על עשיית דין עצמית כאשר מדובר במחזיק כדין שנושל מנכס שבהחזקתו. מחזיק שלא כדין לא נהנה מהחריג, מכיוון שבאמצעות התביעה הפוזסורית, מחזיק שלא כדין זוכה בהגנה מפני נטילת הנכס וגם כלפי הזכאי האמיתי.
הנסיבות המתירות עשיית דין עצמית מפורטות בסעיף 18 לחוק המקרקעין:
א. המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו
ב. המחזיק כדין רשאי להשתמש בכוח תוך 30 יום כדי להוציא אדם שתפס את המקרקעין שלא כדין. בנסיבות אלה נשללת גם ההכרה בזכות המחזיק להגיש תביעה פוזסורית (סעיף 19 הדן בכך מבהיר כי הוא אינו חל אם הנסיבות הנ"ל בסעיף 18 חלות).
 2. עשיית דין עצמית ע"י מחזיק שלא כדין - המשפט הישראלי שולל לחלוטין עשיית דין עצמית ע"י מחזיק שלא כדין. לדעת ויסמן, בגישה זו יש לקונות והוא מאמין כי ראוי להתיר עשיית דין עצמית במגבלות הנ"ל.
- חריג לדין הישראלי הוא ההסדר לגבי הסגת גבול ע"י ענפים ושורשי עצים שחוזרים וגורמים נזקים למקרקעין שכנים או להפרעה בלתי סבירה, ואז המחזיק במקרקעין (כדין וגם שלא כדין) רשאי לסלק את הענפים או השורשים בעצמו על חשבון בעל העצים במידה והוא לא סילק אותם לאחר שבעל המקרקעין ביקש. ההחזקה בנכס היא תנאי לעשיית דין עצמית להגנה על החזקה, אך מנגד ההחזקה הנדרשת לעשיית דין עצמית לא חייבת להתבטא בזיקה חזקה לנכס (אך ככל שהזיקה תהיה רופפת יותר כך יהיה קשה יותר להצדיק את עשיית הדין) - ולפי ויסמן, אסור לפרש פרשנות מרחיבה את ההחזקה כתנאי לכך.
 3. עשיית דין עצמית ע"י מי שלא החזיק בנכס -
 - עשיית דין עצמית ע"י הזכאי להחזיק - הנימוק המרכזי להצדקה הוא בכך שעשיית דין עצמית היא תגובה ספונטנית של מחזיק למי שלוקח מידי את הנכס. עשיית דין עצמית מותרת רק למי שהיה מחזיק הנכס הפועל כנגד מי שלקח לו את הנכס, כלומר מתחשבים רק בתגובה טבעית צפויה.
 - עשיית דין עצמית לאחר שחלף זמן מעת הנישול - ההחזקה של נכס לא מתפרשת באופן דווקני (לא רק מי שמחזיק בנכס כלול בכך). הייתה התפתחות: בתחילה, הדין השלים עם התגובה הספונטנית של מחזיק, לאחר מכך הזכות לעשיית דין עצמית הוכרה גם אם הנכס הוצא כבר מידי המחזיק אם הגיב מיד, ואז השלימו עם עשיית דין עצמית גם אם חלפה תקופה מאז ההחזקה ניטלה מידי המחזיק אם התקופה לא הייתה ממושכת מדי. ככל שחלף יותר מדי זמן, כך היה קשה יותר להצדיק.
- פרק הזמן המירבי בו מעמדו של אדם כמחזיק בכס נשמר גם לאחר שנשללה ממנו ההחזקה במקרה של עשיית דין עצמית הוא "תוך זמן סביר" - בתיקון לסעיף 18 הוא הוגדר תוך 30 יום מהתפיסה. ההסבר הוא בכך שבמקרקעין חקלאיים שמרוחקים ממקום מגורים, עשויים לעבור שבועות עד שהחקלאי יבקר בהם.
מועד התפיסה נקבע כמועד בו הנסיבות מעידות על כוונת הפולש להשתלט על הנכס, ובמקרים חקלאיים נקבע כי הוא במועד הזריעה.
עשיית דין עצמית לאחר חלוף 30 יום מעת לקיחת הנכס אינה מוצדקת. בחברה מתוקנת, מוצדק לצמצם את עשיית הדין העצמית כאשר מדובר במקרקעין (במיטלטלין הדבר גמיש יותר מכיוון שתקופה זו קצרה להם). נקבע בחוק כי עשיית דין עצמית לאחר 30 יום אינה מהווה תגובה ספונטנית לגיטימית במקרקעין.
עשיית דין עצמית לאחר תקופת ההתיישנות - בעבר, ההתיישנות הייתה דיונית ולא מהותית, והבעלים יכול היה להחזיר את הנכס ע"י עשיית דין עצמית. ישנם שני מצבים: אחד, שבו הנכס לא היה בחזקת המחזיק בזמן שהבעלים לקח אותו והשני בזמן שהיה בחזקת המחזיק. בעל נכס אינו רשאי ליטול את הנכס שלו מהמחזיק בו מכוח זכות מהותית אלא מתוך זכות דיונית, ולכן יהיה צורך לבחון כל מקרה לגופו. כדי למנוע פרשנות לכך, ויסמן דוגל בצמצום סעיף 4 לחוק ההתיישנות ושאיין הצדקה להחיל עשיית דין עצמית לאחר תקופת ההתיישנות.
- עשיית דין עצמית נגד מחזיק כדין שהפך למחזיק שלא כדין - אדם שמקבל את ההחזקה בנכס בהסכמת הבעלים ולאחר מכן לא מפנה את הנכס במועד המוסכם. הדרך הראויה לאכיפת זכותו היא בביהמ"ש. המשך החזקה של הנכס בידי אדם שמסרב לפנות היא כמו תפיסת נכס מהמחזיק

- בו. נימוק נוסף נגד עשיית דין עצמית במקרה זה היא שמי שנפרד מרצונו מהנכס כמו משכיר לא נחשב כ"מחזיק" ולכן עשיית דין עצמית מותרת למחזיק בלבד.
- ישנו חריג שבו בהשכרה למדינה או לסוכנות היהודית ניתן לפנות את המושכר בדרך מקוצרת ע"י מסירת הסכם השכירות ללשכת ההוצל"פ והסכם השכירות נחשב כפסק דין סופי לפינוי הדירה.
- עשיית דין עצמית ע"י מחזיק עקיף - למשל מי שהחכיר מקרקעין בחכירה לדורות. הרחבת ההגדרה של מחזיק כוללת גם מחזיק עקיף, שאינו יכול להצדיק את עשיית הדין העצמית כתגובה ספונטנית מכיוון שאין בינו לבין הנכס סמיכות ישירה כמו למחזיק ישיר. העמדה היא שלא מתירים עשיית דין עצמית למחזיק עקיף. יש החולקים כי ראוי לאפשר לו לעשות זאת לשם השבת הגזלה למחזיק הישיר.
4. עשיית דין עצמית במקרקעי ציבור - מקרקעי ישראל ומקרקעי רשות מקומית יכולים לפנות פולש ללא פס"ד אלא ע"י צו סילוק, ובמידה והוא לא מפנה - ע"י הוצל"פ. בהבדל מעשיית דין עצמית ע"י אדם פרטי שמוותנית בכך שהנכס חזר לידי אדם פרטי, עשיית הדין העצמית במקרקעי ציבור מותנית בכך שהנכס הוצא מחזקתה של הרשות עצמה. לבעלים של מקרקעי ציבור עומדים 3 חודשים ולא יותר מ-12 שנים לפעול, בשונה מ-30 ימים לאדם הפרטי. בהתקיים התנאים הנדרשים, ניתן לסלק פולשים.
5. עשיית דין עצמית מכוח הסכם - למשל במקרים שבהם יש תוקף לתנאי בהסכם שכירות לפיו המשכיר יכול להשיב לעצמו את ההחזקה בנכס בתום תקופת השכירות. סעיף 19 לחוק המקרקעין אוסר על עשיית דין עצמית אך אינו מכפיף את האיסור להסכם בין שני הצדדים - ולכן מסיקים מכך שאין להתנות על איסור זה, ולא מכירים בתוקפו של הסכם המתיר עשיית דין עצמית. במידה ויש משכון ומשכנתה, גם עליהם אסור להתנות. ההסכם אמנם תקף לפי דיני החוזים אך לא תקף מכיוון שהוא מתיר עשיית דין עצמית ללא פניה לביהמ"ש.
6. עשיית דין עצמית נגד חליפו של המנושל - מנשל שהעביר את הנכס לצד שלישי בנסיבות שתקנת השוק חלה לטובת צד ג, לוקח את זכותו של המנושל בנכס. הרוכש הוא הזכאי מכוח תקנת השוק עכשיו ואסור למנושל להשתמש בעשיית דין עצמית כדי להשיב לעצמו את הנכס. ישנם סבורים כי עשיית הדין מותרת, חלק טוענים שלא, וישנה גם גישת ביניים לפיה עשיית דין עצמית אסור כלפי חליף תום לב שלא היה מודע לתפיסת הנכס שלא כדן ע"י זה שממנו קיבל את הנכס. אם אותו חליף היה מודע לתפיסה, עשיית דין נגדו מותרת.
- לשון החוק תומכת בפירוש מצומצם לעשיית הדין העצמית, מכיוון שבמקרה של חליף תום לב הוא עלול לחשוב שהוא זכאי להגן על החזקתו ככל מחזיק כדן וליצור התנגשות אלימה. במקרה של חליף לא תום לב, עשיית הדין העצמית תהיה אסורה גם כן.
- ההבחנה בין חליף תום לב ללא תום לב מקשה על המנושל - שנוטל סיכון ע"י עשיית הדין העצמית. יש למנות את 30 הימים מיום תפיסת הנכס שלא כדן ע"י התופס המקורי ולא מעת קבלת הנכס ע"י החליף או עת ביצוע הגזילה. לכן, מתחילים למנות את הזמן ממועד הנישול המקורי של המחזיק כדן ולא ההתחלפות של המחזיקים בנכס.
7. עשיית דין עצמית בעזרת אחרים - הסכנה שבהעסקת "שכירי חוב" להגנה על ההחזקה היא בכך שהיא מגבירה את החשש מפני הפרה של הסדר הציבורי. התכתשות של חבורה היא לא פעולה ספונטנית. העמדה המקובלת היא שעשיית הדין העצמית תותר רק למחזיקים בנכס ולא לסייענים.
- לכן, עשיית דין עצמית לא תותר לתאגיד מכיוון שהאישיות הפיזית של תאגיד נחשבת כמחזיק ישיר ולא עקיף - ובמקרים אלה המחוקק יסתמך על סעיף 18 של חוק המקרקעין ולא על פרשנות מרחיבה, וישנם מקרים שבהם נתיר לרשות עשיית דין עצמית כאילו הייתה מחזיק כדן.
8. עשיית דין עצמית בסיוע המשטרה - כאשר אדם זכאי לעשיית דין עצמית, הוא רשאי לסיוע מהמשטרה, ובמקרה זה הוא אינו זקוק לפס"ד ויכול לעקוף את הליכי ההוצל"פ הרגילים. לעשיית דין זו יש יתרון בכך שהיא מצמצמת את הסכנה בהפרת הסדר הציבורי.
- אם הפונה לעזרת המשטרה הוא המחזיק בנכס כדן שנושל ופנה תוך 30 יום, המשטרה חייבת לסייע לו לסלק את הפולש.
- על המשטרה לבדוק אם חלפו 30 יום מעת התפיסה של הנכס, ולברר מי מהצדדים זכאי להחזקה (המשטרה מחזירה את הסטטוס קוו אנטה בלבד). ההנחה היא שהמשטרה צריכה לשמור על הביטחון ולא לברר מי הזכאי, גישות שמתנגשות; לכן נקבע כי יש להבחין בין סכסוכי החזקה בנסיבות שבסעיף 18 לבין סכסוכי החזקה בנסיבות אחרות - ועל המשטרה לברר אם הפונה אליה לסיוע נמצא תחת התנכלויות להחזקתו ואם לא עברו יותר מ-30 יום מהתפיסה. על המשטרה לברר גם מיהו המחזיק בנכס כדן.

בנסיבות שלא נכנסות תחת חוק המקרקעין, על המשטרה לפעול להחזרת הסטטוס קוו אנטה. לדעת ויסמן, אין להחיל את מגבלת הזמן של 30 הימים על עתירות לבג"ץ. מצד שני, המשטרה פועלת כידו הארוכה של המחזיק, והעתירה דנה בביקורת את המשטרה שלא מילאה את תפקידה ולא בעשיית הדין העצמית.

במקרים שבהם תקופת זכותו של המחזיק כדין לעתור נגד סירוב המשטרה לעזור לו, למנושל לא תהיה שהות סבירה להגיש את עתירתו לבג"צ, ולכן אין זיקה ישירה בין המועד להגשת עתירה נגד המשטרה לבין המועד בו החלטת המשטרה מקבלת.

9. עשיית דין עצמית עפ"י פקודת הנזיקין וחוק העונשין לאחר חוק המקרקעין - הולכים לפי סעיף 18 לחוק המקרקעין או לפי סעיף 24 לפקודת הנזיקין. עפ"י סעיף 18, הוא אינו מכיר בעשיית דין עצמית נגד מי שנכנס למקרקעין כדין ונשאר בהם לאחר תום התקופה, בעוד סעיף 24 מכיר בעשיית דין עצמית גם במצב זה.

בעוד עשיית דין עצמית לפי ס' 18 מותרת למחזיק בלבד, סעיף 24 קובע כי היא מותרת גם למי שפועל מכוחו של המחזיק. לדעת ויסמן, הקביעה היא שיש לצמצם את הפרשנות של פקודת הנזיקין ולהרחיב את הפרשנות שבחוק המקרקעין והמיטלטלין וכך להגביל את התחולה של המחוקק כמו שהיא מתבטאת בפקודה.

10. עשיית דין עצמית לשם הגנה בפני פגיעה בהחזקה שאינה נישול - כמו במקרים של הסגת גבול. אמנם הפגיעות חמורות פחות, אך החוק מעניק זכות להגנה עצמית רחבה יותר מזו שהוא מעניק בנישול. הדבר מראה שהוא לא עומד ביחס ישר לחומרת הפגיעה, ומלמד כי מה שקובע את מימדי ההיתר לעשיית דין עצמית הוא חומרת הסכנה והפרת שלום הציבור ולא חומרת הפגיעה. הדבר מוסדר בסעיף 21 לחוק המקרקעין (אפשרו ללסלק מבנים או נטיעות שמסיגים גבול ללא הגבלת זמן), וסעיף 51.

- השוני שבדין בין עשיית דין עצמית להסגת גבול ובין עשיית דין עצמית להשבת ההחזקה מעניק חשיבות להבחנה בין פגיעות בהחזקה שהן בגדר תפיסת ההחזקה לבין הסגת גבול שאינן מהוות תפיסה.

עשיית דין עצמית מסוג זה אינה מוגבלת בזמן מכיוון ש"מניעת הסגת גבול" מתפרשת כחלה על המקרה שהסגת הגבול טרם התבצעה בו.

- עשיית דין עצמית להגנת ההחזקה אפשרית גם במידה שרוצים לשלול את השליטה של המחזיק בנכס. "מניעת השליטה" הוא ביטוי סתום שלא בורר בפסיקה, ולא יודעים להבחין האם מניעת שליטה קורית במקרים שהם לא נישול או הסגת גבול. לפי ויסמן, אם נחשיב כל דבר קטן לשלילת השליטה בנכס לפי 180, הדבר יהיה כמו בגרמניה- שבה למשל מותר לפנות משאית שחסמה חניה תוך עשיית דין עצמית.

אין הוראה מפורשת על חיוב של אדם שעשיית דין עצמית כוונה נגדו בהוצאות העשייה: אך ההיקש מלמד שמחייבים אותו (נקבע למשל שבסילוק ענפים, בעל המקרקעין זכאי לשיפוי על הוצאות הסילוק), וגם החוק מלמד זאת, ולכן זוהי העמדה גם בשיטות משפט אחרות.

אמצעים לעשיית דין עצמית

החוק מתיר שימוש בכוח "במידה סבירה" כדי להוציא את הנכס מידי של המנשל. משתמע מכך גרימת נזק לגוף ולרכוש במידה סבירה לשם כך. כנ"ל לגבי צד שלישי- רשאים לפגוע בו במידה והוא ידע על אי החוקיות במעשיו. בכל המקרים יש לתת התראה מוקדמת. הסייג מתיר שימוש בכוח סביר כך שככל שההתנגדות של המחזיק רבה יותר, כך מוצדקת מידה רבה יותר של הפעלת כוח אך גרימת מוות או חבלה חמורה לא כלולים במידה הסבירה. מנשל המתנגד בכוח לעשיית דין עצמית כלפיו ייחשב למבצע תקיפה ואז הדינים המתירים הגנה עצמית יחולו ויאפשרו חבלה חמורה או מוות.

במאמר ישנם 7 נימוקים להגנה על החזקה של מחזיק כלא כדין וביקורות על חלק מהם:

1. שמירה על הסדר הציבורי - ההגנה העיקרית. מקובלת על שיטות משפט רבות. ללא הגנה זו, עלול להיות מצב שרק מחזיק המצויד בהוכחות ינצח למול זה שלא מצויד בהוכחות בדבר זכותו להחזיק בנכס, דבר שעלול לגרום לנישול המחזיק מהנכס והדבר יהפוך לשרשרת של אלימות. ההגנה נחוצה כדי למנוע סכנה של הפרת הסדר הציבורי, ללא קשר לשאלה האם הזוכה בהגנה הוא הזכאי לנכס. הזכאי האמיתי יקבל את הצדק שלו בפניה לביהמ"ש אך לא ע"י תפיסת הנכס.

- ביקורת: דבר זה אינו קשור למשפט הפרטי, שבו אין מקום לכלל לפיו יש להושיט הגנה למחזיק שאין לו זכויות בנכס, אלא למשפט הפלילי והמנהלי.
2. ייעול ההגנה על הבעלות בנכסים - מתבטא בעיקר במיטלטלין. ברוב המקרים, המחזיק בנכס הוא גם הבעלים שלו, ובדבר"כ הוכחת החזקה קלה וזולה מהוכחת בעלות. כך, ע"י ההגנה על ההחזקה מגנים גם על הבעלות - באמצעים קלים וזולים יותר מאלה שנדרשים להגנה ישירה על הבעלות. האפשרות להזדף אדם מלקיחה היא יעילה יותר בהגנה על נכסים מאשר להיכנס להליכים משפטיים ארוכים.
- ביקורת: האם הדבר רלוונטי למצב השוק הקיים? מניות הן לא דבר מוחשי, וההנחה שרוב הנכסים שבחזקת האדם הם גם בבעלותו לא נכונה בימינו - קניין רוחני או עסקאות של מכר דחוי שבהן נכס נמסר לקונה בעוד הבעלות אמורה לעבור אליו רק כשיסיים לשלם עליו (כמו שכירות מכר או ליסינג).
3. הוכחת מקור הזכות - מנגנון להטלת הנטלים הראייתיים. חזקה מסדירה את סדרי הדין, ואדם שרוצה לערער על החזקה בנכס חייב לשאת בנטל ההוכחה שיש לו זכות טובה יותר או הצדקה להחזיק בנכס. הוכחת אילן היוחסין של המחזיק כדי להוכיח את מקור זכותו מחייבת בדבר"כ הוכחה של תקפות השרשרת הארוכה של בעלי הזכויות הקודמים.
- ביקורת: בשרשרת זו עלולה להתגלות חוליה רופפת, והנתבע יכול להסתמך על כך - דבר שאינו צודק כל עוד לא מופיע אדם שטוען שהוא בעל הזכות האמיתי בנכס (ומערער על זכות המחזיק). השימוש בחזקה הוא כראיה מהותית בלבד ולא נותנים משמעות להחזקה, דבר שלא לוקח בחשבון את המצב הראוי או הרצוי.
4. זכות צד ג' - במחלוקת משפטית בין המחזיק לבין המתנכל לו, הנתבע יסתייע בזכותו העדיפה בנכס של צד ג'. דבר זה מכניס צד ג' בין המחזיק לנתבע, דבר שאסור לאפשר.
- ביקורת: למעשה, ראוי לצרף צד ג' כבר בעת בירור התביעה של המחזיק נגד הנתבע כדי לחסוך בדיונים בעתיד שבהן צד שלישי יתבע את זכויותיו.
5. שמירה על ההמשכיות - באמצעות ההגנה, המשפט מגן על האינטרס הראוי של שמירה על ההמשכיות.
6. עידוד השימוש בנכסים - הגנה על המחזיק מוצדקת במצבים שבהם בעל הנכס השאיר אותו נטוש ללא שימוש, ודבר זה מעודד את השימוש בנכסים.
- ביקורת: בשונה מרובין הוד שעשה צדק, מדיניות זו עלולה להגן על מי שאינו ראוי להגנה ומתעלמת משאלת זכותו של המחזיק בנכס. עידוד שימוש בנכסים שבעליהם לא מפיקים מהם תועלת, צריך להיעשות ע"י מנגנון ציבורי שייטיב עם הראויים לכך ולא ע"י קביעת כלל לפיו תופס מקרי זוכה בנכס.
7. הגנה על אישיותו של המחזיק - במתן הגנה למחזיק, מגנים על רצונו של אדם להחזיק את הנכס וכך מגנים על אישיותו.
- ביקורת: אין הצדקה לכך שהגנה על אישיותו של אדם תתבטא דווקא בהגנה על רצונו להחזיק בנכס.
- לסיכום, לדעתו של ויסמן - אין לקבל כאמת אחת את הגישה העקרונית במשפט הישראלי (לפיה ראוי להגן על ההחזקה תוך התעלמות מהשאלה האם ההחזקה היא כדין תוך שלילת ההגנה של זכות צד ג'), ויש לבחון את הגישה מחדש, תוך ניסיון לאזן בין הנימוקים התומכים לבין המתנגדים, כמו במקומות אחרים.

מפת ההצדקות של ויסמן להגנה על הבעלות והחזקה:

- שמירה על הסדר הציבורי - האם קשור למשפט הפרטי?
- יעילות בהגנה על נכסים - האם רלוונטי למצב השוק הקיים?
- הטלת הנטל על התובע - ראייתי או מהותי?
- עידוד שימוש בנכסים - העדפת "גנב יעיל". ההתיישנות הרוכשת מאפשרת לנו להיות יעילים כי לא כל הנכסים יהיו כל הזמן בשימוש.

מספר גורמים:

- בעלים
- מחזיק
- בעל זכות להחזיק - אדם שיש לו את הזכות להחזיק אך לא משיג בפועל
- מסיג גבול - אדם שנכנס למקרקעין שלא כדין ללא כל בסיס נורמטיבי.

ס'15- קובע שמחזיק נחשב ככזה גם אם השליטה במקרקעין היא במישרין או באמצעות אדם המחזיק מטעמו (לדוגמה באמצעות חוזה, רישיון, שתיקה). בר רשות הוא מי שמחזיק במקרקעין מכוח זכות.

ס'16- מדבר על בעל מקרקעין- מי שזכאי להחזיק במקרקעין זכאי לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין.

ס'17- דן במחזיק במקרקעין- שזכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו הפרעה כזו.

מסיג גבול שתופס מקרקעין מסוימים עשוי להיחשב כמחזיק במקרקעין לצורך סעיף 17 ולא סעיף 16. סעיף 17 פותח את הדלת למסיגי גבול חסרי זכות במקרקעין להדוף אחרים שאין להם זכות לפעול במקרקעין. סעיף זה בעייתי מכיוון שהוא דן ברציונל השימור של סדר ציבורי ונותן משמעות לחזקה הרצונית. סעיף 17 הוא אינו סעיף של סעד עצמי אלא סעד משפטי, שמאפשר לגשת לביהמ"ש ולקבל סעד. חוק העונשין וחוק הנזיקין מעניקים מענה עונשי ונזיקי (עוולה נזיקית או עבירה פלילית) שניתן להשתמש בהם לקבלת הזכויות.

סעיף זה מכריע מי בסופו של דבר יקבל את ההחזקה בנכס, בין אם מדובר בפולשים או במחזיק שמסרב להתפנות. סעיף זה מקטלג את האדם לקטגוריות הגורמים הנ"ל.

סעד עצמי

דבר נדיר בשיטות המשפט והוא מצומצם, מכיוון שרוצים למנוע אנרכיה ורוצים שתהיה שמירה על הסדר הציבורי מבלי לתת לגיטימציה לפעולה עצמית רחבה וכוחנית. המדינה משמרת אותו 30 סיבות עיקריות:

- מענה לאופי אנושי- הגנה עצמית, הסיבה העיקרית.
- חלופה מעשית במקרים מסוימים (כמו מיטלטליון)- במיטלטליון, כשגורם מסוים מנסה לקחת את החזקה תהיה תגובה אינסטינקטיבית וספונטנית שתמנע את הלקיחה. לכן, נאפשר סעד עצמי מכיוון שלעתים הוא הסעד האפקטיבי היחידי הקיים.
- כלל קנייני לעומת כלל אחריות- כלל אחריות הוא כלל שכביכול מאפשר לקחת נכס אך ידרוש תשלום פיצויים בעבור הלקיחה, בעוד לפי כלל קנייני- לקחת נכס ללא הסכמה היא אסורה. הסעד העצמי הוא הביטוי הקרוז ביותר לכלל קנייני בדיני הקניין הישראליים (שאימצו תפיסה של כללי אחריות ופיצויים), האפשרות לביצוע סעד עצמי ומניעה מהגורם לקחת את הנכס ללא רשות מצביעה על כך שהמערכת המשפטית אוסרת לקחת נכס ללא קבלת רשות ולכן מעניקה חלק מסמכויות האכיפה לאדם כדי למנוע זאת בצורה אקטיבית.

הכלל: סעד ראוי, אך ראוי לצמצם. בתי המשפט מפרשים את הכלל בצמצום מכיוון שלא רוצים להעניק כוח רב לאזרחים נגד אזרחים אחרים בצורה לגיטימית כדי לשמר את הסדר הציבורי.

ס'18ב'- מדבר על אדם שתפס את המקרקעין שלא כדין. המחזיק בהם כדין, רשאי תוך 30 ימים מיום התפיסה להשתמש בכוח בסעד עצמי במידה סבירה כדי להוציא את הפולש מהמקרקעין. ס'18 – לפי ס'18א) הוא אותו רציונל של הגנת החשיבות של החזקה וההגנה של החזקה עצמה באמצעות סעד עצמי. אחד ההבדלים בין 18ב') הוא שבס'18א) אין הגבלה של זמן, ההבדל המרכזי ביניהם עוסק בעיקר בשאלה האם אדם מחזיק בפועל במקרקעין 18א) או בס'18ב) שמדובר על תפיסה של אדם אחר את המקרקעין.

הכנסת סעד עצמי מתוך חוק המקרקעין הוא דבר בעייתי ולכן יש כוונה עתידית לצמצם את הסעד הזה. בתי המשפט מצמצמים אותו מאוד.

- סעיף זה מפורש בצורה מצומצמת ע"י בתי המשפט, ולתת ביטוי רק לאינסטינקט האנושי הטבעי של מחזיק הדין לפעול כנגד הלוקח את החזקה או הפולש (מסיג הגבול).
- מדובר על 30 יום מכיוון שהיה לחץ של קבוצות חקלאיות שטענו שלא נמצאו בכל יום בשטחים ובתקופות שהם אינם מעבדים את הקרקע, ודבר זה עלול לאפשר כניסה של פולשים שלא יהיה אפשר להוציא.
- כוח במידה סבירה- פורש כזימון משטרתי בכניעה לגורמי אכיפת החוק. הסעיף מנוסח לכאורה כסעיף של סעד עצמי, אך מפורש כהפעלה של גורמי אכיפת החוק.

ס'19 – כל מטרתו היא לשמר את המצב הקיים. כשאדם מסוים מקבל סעד ע"פ ס'19 לא דנים בזכות שיש לו במקרקעין. ביהמ"ש נמנע מלדון לטענות לגבי זכות של צד שלישי במקרקעין. לפי התביעה הפוסטורית מדברים

רק על נושא החזקה עצמה, לעומת התביעה הפטיטורית שבה כבר דנים במעמד הזכויות של הצדדים בנכס. **בפס"ד עוקשי** ישנה מחלוקת, לגבי ס' 17 ו-19 שבה טוען ברק שאין זה משנה באיזה ס' דנים. ומעבר לכך הפסיקה מתייחסת לס' 17 כמו פרוקצ'יה. תפיסה לאורך זמן, סביר להניח שתהיה בעיה להחיל את ס' 17, אמנם בתפיסה לזמן קצר, נחיל את 17 בקלות יותר לפי התפישה של פרוקצ'יה. שי מסכים עם אנגלרד שטוען שס' 17 מדבר על פגיעה במקרקעין.

צד א	צד ב	ס' 16	ס' 17	ס' 18
בעלים	פולש	✓	✓ אם הוא מחזיק	✓ אם הוא מחזיק
מחזיק בפועל	פולש	✗ המחזיק כרגע עושה זאת לא כדין. אם הוא יעשה זאת כדין זה יהיה חיובי.	✓	✓
בעל זכות להחזיק אבל לא גר בפועל	פולש	✓	✗	✗
פולש	פולש	✗	✓	✗
פולש	בעלים; מחזיק בפועל; בעל זכות להחזיק	✗	✗	✗

הקטלוג הוא בסעיפים 15-17 והפעולה וההצדקה שלה הם בסעיפים 18-19.

מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים? סעיף 4א לחוק מקרקעי ציבור:

ההבדלים בין בעלות של המדינה לבעלות פרטית:

1. למדינה אין סעד עצמי ממשי - אין לה אפשרות לנהוג באלימות, אלא עליה להוציא צו והליך משפטי, כמו בכל הליך של הוצל"פ.
2. מרחיבים למדינה את מימד הזמן לפעול.
3. אין צורך בהחזקה בפועל של המדינה בקרקע - מספיק שהיא נמצאת בבעלותה. הסיבה היא שאי אפשר שהמדינה תחזיק בכל הקרקעות שלה בכל רגע נתון.

שכירות - סעיף 3 לחוק המקרקעין

שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות.

מספר חלקים להגדרה:

- תמורה = ערך כלכלי ממשי (לא בהכרח כסף). למשל, אדם שסיפק עבודה תמורת השכירות תיחשב כערך כלכלי (לפי ויסמן).
- החזקה במקרקעין ושימוש בהם = לא בהכרח החזקה/שימוש ייחודיים, יהיה רלוונטי בעיקר במצבים שזכות שכירות של אחד תעמוד מול האחר.
- שלא לצמיתות - מגבילים את זכות השכירות בזמן מכיוון שבגלל שהחוק קובע לא לצמיתות, זכות שניתנת ללא הגבלת זמן היא לא זכות שכירות. במידה ולא תהיה הגבלת זמן, הדבר עשוי להיראות כהעברת בעלות או רישיון בלתי הדיר אך לא זכות שכירות.

3 סוגי שכירות:

1. שכירות קצרת מועד - של עד 5 שנים, רוב השכירויות בישראל.
2. חכירה - תקופה בין 5 שנים ל-25 שנים
3. חכירה לדורות - למעלה מ-25 שנים.

זכות השכירות היא זכות קניינית, ומשמעותה במקרקעין היא שיש זיקה בלתי אמצעית אל הנכס עצמו.

- ישנה הגנה על השוכר מפני צדדים שלישיים (תחרות)

- והגנה על הזוכר מפני נעברים (העברת הנכס למישהו אחר ע"י הבעלים) או מחליף המשכיר.

- אפשר לשעבד את השכירות כמו כל זכות קניינית אם אין התנאה בחוזה השכירות (משכון זכויות השכירות טוב מכיוון שהוא נותן מקור נוסף לאשראי או לכסף). ברוב חוזי השכירות, תהיה התנאה.

אפשרויות:

- יכולת להעביר את השכירות לאחר

- זיקת הנאה; הכוונה לזיקת הנאה מפורשת. הפסיקה דיברה על שני מקרים שבהם הזיקה מצומצמת:

+ זיקה שמחייבת אחרים

+ נזק פרמננטי לדירה

סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה - הגנת השוכר. במידה ותוך כדי תקופת השכירות המשכיר רוצה למכור את הדירה, הוא יכול לעשות זאת בתנאים מסוימים.

מרחיב את הכלל לטובת השוכר; מגן על השוכר מפני טרנסקציות של הנכס. כל מי שרוכש את הנכס יהיה מחויב כלפי השוכר באותם חיובים גם אם הרוכש לא ידע שיש שוכר בדירה.

לאדם שקונה דירה/נכס יהיה קשה לטעון שלא ידע שיש שכירות בדירה מלבד מקרים מיוחדים מכיוון שהדבר צריך להופיע ברישום המקרקעין ומכיוון שבדיני תחרויות, יש ללכת לנכס בעת קניית הדירה כדי לעמוד בתו"ל. סעיף 21 מחזק את זכותו של השוכר ומצד שני מאפשר למשכיר להעביר את הנכס.

סעיף 22 - סבירות/ אי סבירות של טעמים. עבירות זכות השכירות. כאשר שוכר שרוצה להעביר את זכות השכירות לאדם אחר. הסכמת המשכיר. ברירת המחדל היא שהשוכר לא רשאי להעביר את השכירות לאדם אחר, אלא אם כן המשכיר לא משכיר מטעמים בלתי סבירים. עקרונית, אם למשכיר יש סיבות לא לאפשר השכרה לאדם אחר הוא יכול לסרב.

החוק מבחין בין שכירות מקרקעין לבין שכירות אחרת בשאלת ההתמודדות עם מצב שבו המשכיר מסרב לאפשר את העברת השכירות אך מטעמים לא סבירים?

מיטלטלין/זכויות	מקרקעין	יש הגבלת עבירות
איסור עסקה, אלא אם כן בהסכמת המשכיר.	שיקו"ד ביהמ"ש	
שיקו"ד ביהמ"ש.	הרשאה לביצוע העסקה - אם הטעמים להתנגדות המשכיר אינם סבירים	אין הגבלת עבירות

במידה ויש הגבלת עבירות בחוזה (מצב שבו בחוזה הראשוני) בקשור למיטלטלין או זכויות, אי אפשר לבצע שכירות משנה. גם אם הטעמים לא סבירים, עדיין לא ניתן יהיה לבצע את ההעברה בגלל התניה בחוזה. לעומת זאת, במקרקעין אם הבעלים מסרב מטעמים לא סבירים וביהמ"ש משתכנע שמדובר בטעמים לא סבירים, גם אם יש הגבלת עבירות בהסכם - ביהמ"ש יכול להחליט לאפשר לשוכר להעביר את השוכר בשכירות משנה למרות התניה הברורה של הגבלת עבירות בחוזה. במידה ואין התניה על הגבלת עבירות בחוזה השכירות הראשוני, במקרקעין אין צורך בשיקו"ד וברגע ונקבע כי הטעמים להתנגדות לא סבירים ביהמ"ש יכול לאפשר את העברת השכירות.

פס"ד אשגרום נכסים - לעתים משכירים נכס מסוים בצורה מסוימת בגלל המאפיינים שלו.

שינוי מטרת חכירה מבית הסתדרות לבית חולים. הושכר להסתדרות נכס בפטור ממכרז (לא הייתה צריכה לעמוד למכרז כמו כולם) מכיוון שהייתה אמורה להקים שם בית הסתדרות שישרת את הפועלים באיזור. לאחר שההסתדרות הפכה לשוכרת של הנכס, היא רצתה להשכיר אותו לבית חולים פרטי. האם מדובר בטעמים סבירים לסירוב?

ביהמ"ש קובע שכאשר נותנים שכירות מתוך מאפיינים מיוחדים של סוג השירות או סוג המבנה, הם עשויים להצדיק סירוב של בעל המקרקעין לשכירות משנה.

שינוי מהות הנכס הוא לא לגיטימי במקרה זה והסירוב יהיה סביר.

פס"ד מדינת ישראל נ' וייס יהודה - זהות השוכר.

אחד מאנשי הצוות במקווה ישראל שזכה בדירה במקווה ישראל ורצה להשכיר את דירתו לאדם שאינו איש צוות

במקום. ביהמ"ש קבע כי יש חשיבות לזהות השוכר (בכפר הנוער חשוב שהשוכרים יהיו בעלי מאפיינים מסוימים- אנשים שעובדים במקווה ישראל) וביהמ"ש הגביל את הזכות לעשות שכירות משנה מטעמים סבירים לשיקו"ד. **פס"ד בנק הפועלים-** אי עמידה בתשלומים. השוכר הפר את חוזה השכירות בעצם אי התשלום ואז אמורים לעמוד כנגדו כל הסעדים לגבי הפרת החוזה, ואם נראה טעם לא סביר ביהמ"ש יכול לחייב אותו להעביר את שכירות המשנה. במידה ונכיר במצב שבו נאפשר את העברת הזכות, נשלול מהמשכיר סעד- ולא רוצים ליצור מצב שיכבול את ידי הבעלים (לא רוצים שהמשכיר יאבד את זכותו לסרב מול המשכיר).

לסיכום טעמים בלתי סבירים:

- סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה בנסיבותיו המיוחדות לפי הלכת פס"ד הכשרת היישוב (נבחן האם בכל מקרה הסירוב של הבעלים להשכיר הוא סביר או לא)
- נטל ההוכחה הוא על השוכר לפי הלכת וייס (בתביעות מקרקעין ישנם עקרונות כלליים אך בסופו של דבר יש צורך בהוכחה כאשר נטל ההוכחה קריטי, והוא מוטל על השוכר שצריך להראות שטעם המשכיר אינו סביר).

תיקון לחוק השכירות והשאלה

תיקון מס' 1 לחוק השכירות ההוגנת² היה חלק ממחאת הדור ב2011 כאשר ההבנה שבמדינה ובעיקר במרכז חלחלה שלא כל אדם הוא בעל אמצעים לקנות דירה ולא ניתן לבצע פיקוח כדי למנוע פגיעה בבנקים ובדירות קיימות. לכן, הדרך הייתה לשנות את חוקי השכירות ולתמרץ בעלים של דירות להשקעה להשכיר לתקופות זמן ארוכות יותר ולחייב אותם להשכיר באופן הוגן יותר כלפי השוכרים. ההגנה הכלכלית שעוסקת במשכי זמן של שכירויות וניסתה להגביל את היכולת של בעלי דירות להעלות את דמי השכירות לא נכנסה לחוק בסופו של דבר.

המגננים ששונו בחוק השכירות כתוצאה מחוק השכירות ההוגנת- שתי תוספות עיקריות:

סעיף 6א- נוסף לחוק. משמעות הוספתו היא הצהרתית יותר מאשר מעשית, כי היא דואגת שהמשכיר לא יכניס את השוכר למצב של עסקאות נוגדות (שלא ישכירו פעמיים את זכות השכירות). ניסיון לחזק את זכויותיו של השוכר.

סימן ו' לחוק- התוספת העיקרית לחוק. סימן זה עוסק בחוזה השכירות:

- קביעת "חוזה מצוי" ע"י שר המשפטים- שיכלול הוראות הוגנות בין המשכיר והשוכר. הרעיון הוא שאנחנו מציעים לבעלים ולשוכרים ברירת מחדל הוגנת שביצעה איזון בין הצדדים ובתים משותפים/שוכרים ומשכירים רבים אימצו חוזה זה.
- חובת מסירת דירה "ראויה למגורים"- בעת מסירת הדירה, עליה להיות ראויה למגורים. במידה והשוכר הצליח להוכיח שמדובר בדירה לא ראויה למגורים, הדבר ייחשב כהפרת חוזה והשוכר יוכל להשתחרר ממנו ללא תשלום קנסות.
- קביעת תשלומים בהם חב השוכר (לא חב במערכות קבועות; ביטוח ודמי תיווך).
- הגבלת ערובות (שליש מתקופת השכירות או פי 3 מדמי השכירות)- תיקון זה קובע כי אי אפשר לקבוע ערבויות שעולות על סכומים אלה.
- מניעת תניית ביטול ללא עילה למשכיר- דבר מניעתי אך לא בהכרח קיים בכל מקום. ישנם משכירים שמצליחים להכניס תניה זו לחוזה אך חוק השכירות ההוגנת מונע תניה זו (למרות שעדיין ניתן לעקוף אותה).

איסור התניה- השינוי המרכזי בחוק. המחוקק היה מודע לכך שבדירות מחדל רבות ניתנו להתניה, והמשכיר היה כופה את השוכר להתנות בחוזה על דברים שהיו לטובתו. אוסר התניה על סעיפים מסוימים בחוק:

- אין להתנות על הוראת סעיף 125'- דירה ראויה למגורים
- אין להתנות על הוראות סעיפים נוספים אלא אם מדובר בהוראה לטובת השוכר.

² חוק השכירות והשאלה

הסייגים לתחולה - סעיף 25 ט"ו, תיקון נוסף. הוראות אלה לא חלות על נכסים רבים מושכרים וביניהם מעונות, דיור מוגן וכו'. הוראות סימן 1 לא יחולו על חוזה שכירות בדירה שהיא אחת מ:

- דירה בבית מלון
- דירה במעון
- דירה בבית דיון מוגן
- דירה במעונות
- דירה שחוק הגנה הדייר חל עליה
- חוזה שכירות למגורים שתקופת השכירות לפיו אינו עולה על 3 חודשים ואין לצדדים ברירה להאריכה- התפיסה היא שהשכירות קצרות ולא מטפלים בשכירות עם אלמנט ציבורי של הבטחת זכות של אנשים לגור לתקופה ארוכה (מכיוון שזוהי שכירות מזדמנת וקצרת מועד)
- חוזה שכירות למגורים שתקופת השכירות לפיו עולה על 10 שנים ואין למשכיר ברירה לבטל את החוזה מוקדם יותר.
- חוזה שכירות למגורים שדמי השכירות לפיו עולים על 20,000 ₪ לחודש או סכום אחר שקבע שר המשפטים.

שכירות קצרת מועד:

בשכלול השכירות, חשוב לציין מועד. בעסקה במקרקעין מועד הרישום במקרקעין.

לפי סעיף 79 לחוק המקרקעין שכירות לתקופה שלא עולה על 5 שנים לא טעונה רישום והתחייבות לעסקה כזו לא מחייבת מסמך בכתב. לא מטילים חובות של רישום מכיוון שלא רוצים להטיל חסמים ומגבלות על שוק השכירות.

עקרונית, סעיף 79 פוטר מדרישת הרישום והכתב כל שכירות של 5 שנים ורק של 5 שנים. כלומר, אם מדובר על שכירות של 3 שנים עם אופציה לשנים נוספות - הוא לא פוטר מדרישת הכתב (אופציה נספרת כחלק מתקופת החוזה גם אם היא לא תמומש). - בודקים את התקופה הממשית + תקופת האופציה.

הסיפא (ב) מסביר כי מבחינה מעשית, קשה לעקוב אחרי חוזים אלה ועפ"י חוזים אלה יעברו לתקופת חוזה של שכירות ארוכה מכיוון שיהיה קשה להוכיח רצף חוזי שלא קשור אחד לשני באמצעות חוליה משפטית של רישום.

לפי סעיף 152 לחוק הגנת הדייר - למרות האמור בסעיף 79 לחוק המקרקעין, שכירות שלא עולה על 10 שנים או שאין ברירה להאריך אותה מעל 10 שנים לא תדרוש רישום מקרקעין (לא מתייחסים לדרישת הכתב אלא רק לנושא הרישום). חוזה עם אופציה נחשב לחוזה מעל 10 שנים (למשל חוזה של 8 שנים שיש בו אופציה לעוד 3). חוק הגנת הדייר גובר על חוק המקרקעין בגלל התיקון - שבו המחוקק התייחס להוראות חוק המקרקעין ושינה אותם בחוק הגנת הדייר.

מבחינת רישום הדירה, הולכים לפי חוק המקרקעין. מחויבים לעשות עסקה בכתב על כל שכירות מעל 5 שנים.

במבחן יש לשים לב לאופציות - האם צריך רישום או לא צריך רישום? הדבר חשוב לדיני תחרויות. קיים יכול להיות על תחרויות או על זיקת הנאה למשל.

חכירה לדורות:

מדובר בשכירות ולכן חכירה לדורות אפשרית על חלק מהמקרקעין לפי פס"ד לוסטיג.

לפי פס"ד בסו' נ' מלאך - לאחר סיום החכירה לדורות של 49+49 שנים. פס"ד זה מסביר מדוע חכירה לדורות הוא מעבר לשכירות ארוכת טווח; מכיוון שבמרחב הישראלי אי אפשר לרכוש בעלות על נכסים רבים - הדרך הקרובה ביותר לכך היא חכירה לדורות, ולכן במובן זה המדינה לא תוכל להתנהג כמו משכיר רגיל אלא כפופה להמשך השכירות המיוחדת גם לאחר סיום החכירה לדורות.

תחרויות

רוב הקייס במבחן יהיה בנושא זה.

ב' מוכר את דירתו לא' ולאחר מכן מוכר אותה גם לג'. עד אמצע המאה הקודמת, דיני תחרויות נמדדו ע"י המרקם המשפטי בין א' לב', בין ג' לב', והיינו מנסים להכריע איזו מבין מערכות היחסים מגבשת זכות עדיפה לא' או לג'.

היו מודדים מול כל רוכש או מוכר בנפרד.

מאמצע המאה הקודמת, לא בודקים את מערכות היחסים הנ"ל אלא את מערכות היחסים בין א' לג'.

עקרון בדיני התחרויות- לא מסתכלים יותר על המוכר והפסקנו לבדוק את פעולתו (את מי הוא רימה יותר וכו'), מתוך ההבנה היא שדיני תחרויות הם תאונה משפטית כאשר הנפגעים הם לא המוכר, במיוחד כאשר ברוב התאונות הנ"ל המוכר לא נמצא בתמונה ואי אפשר לחזור אליו.

לפי מאוטנר, בדיני התחרויות ננתח ונקבע את המאפיינים של מערכת היחסים שבין א' לג' ונקבע מתי כל אחד מהם גובר על השני.

ההנחה הבסיסית היא שתמיד לשני יש זכות תביעה נגד ב' אך הדבר לא יועיל, כי במקרה זה זכות חוזית לא תועיל במידה ובעל הנכס לא נמצא.

הבעיה מתחילה כאשר ב נעלם מהתמונה (בין אם מסיבה של פשיטת רגל או חוסר הימצאות). במצבי קיצון אלה הזוכה בנכס נשאר עם הנכס ביד כאשר המפסיד נשאר ללא שום דבר, ותחרויות אלה הופכות להיות קשות במיוחד כאשר הצד המפסיד בתחרות לא יכול לחזור ולגבות את הכסף מכיוון שב' נעלם. מקרים כאלה לרוב לא יגיעו לביהמ"ש מכיוון שאין מהיכן לגבות את הכסף.

פס"ד חוות מקורה- מתאר מצב שבו יש גורם שקנה או מכר את המקרקעין בצורה תמתי לב מבחינתו, כאשר בסופו של דבר הוא עדיין יפסיד את הנכס. השאלה שעולה בפס"ד זה הם השיקולים (הקריטריונים) המשמעותיים בדיני תחרויות. שיקולים אלה הם שניים שלכל אחד מהם שתי פרשנויות אפשריות:

1. שיקול תו"ל- בדר"כ הצד שיזכה יצטרך להיות תם לב ולשלם תמורה כלשהי. בפס"ד מתייחסים לשתי פרשנויות:

○ תו"ל אובייקטיבי- עמידתו של האדם בכללים משפטיים שהאדם קובע והם משקפים את תו"ל של האדם הסביר.

○ תו"ל סובייקטיבי- שואל האם האדם הספציפי שנכנס לתחרות היה תם לב? לא מתעניינים האם הוא עמד בתנאים אובייקטיביים לתו"ל.

דיני התחרויות אימצו תו"ל סובייקטיבי, אך ביהמ"ש הכניס שיקולים אובייקטיביים.

2. שיקול התמורה-שתי אפשרויות:

○ תמורה כלשהי- במידה ומשלמים סכום מסוים ניתן לראות בו תמורה בעבור הרכישה.

○ תמורה בת ערך- אם שילמו פחות מהשווי של הנכס, לא נראה את התשלום כעונה על דרישת התמורה מכיוון שכאשר ננסה להכריע תחרות, המנצח בתחרות יהיה תם הלב ונדרוש גם סטנדרט שמעיד על התנהלות ראויה (נדרוש תמורה הוגנת כדי לראות שהייתה באמת כוונה ליצור עסקה וגם מהסיבה שלא מסתפקים בניסיון להעיד על החשיבות שהצדדים נתנו, אלא רוצים להראות שישנו מאזן מצוקה כך שבמידה ונעיד נגד האדם, הוא עלול להיכנס למצוקה כלכלית.

בשאלות אלה שעוסקות בתו"ל ותמורה, נקבל את ההכרעות לגבי איך נכון לבחון את דיני התחרויות.

מאמרו של מני מאוטנר רואה את דיני התחרויות כתאונה משפטית. תחום התאונות מדובר כאן מכיוון שלפי מאוטנר יש להתייחס לא' וג' שנקלעים לתאונה משפטית שלא מרצונם, ולכן הוא מקביל את דיני הנזיקין לדיני התחרות בקניין ומאפשר להסתכל על הנושא בצורה שכבר ניתן להכיר (העולם המשפטי מכיר את השיקולים והאינטרסים שניתן לפעול לפיהם במידה ואנחנו רוצים למנוע תאונה משפטית).

מני מאוטנר מתאר מספר אינטרסים של העולם המשפטי ומחלק אותם ל3:

שלב המניעה- כאשר רוצים לבסס משטר של אחריות נזיקית, אנחנו צריכים לשאוף בעיקר למנוע תאונות. מניעת התאונה היא הדבר הכלכלי והנכון ביותר (עדיף להשקיע במשטר האחריות שייתן ביטוי/קדימות

Ex ante

צדק
מתגמל-
תום הלב

לנושא המניעה בדגש על הרתעה). מבינים שבמידה ונאיים/נטיל אחריות על אנשים בשלב מקדים הם יירתעו מלעשות את אותן פעולות.

מזעור עלויות התאונה - יש למצוא איך אפשר לצמצם את העלויות/הנזקים כאשר קורית תאונה. התנהלות מערכתית - אם יש תאונות דרכים, המערכת שקועה בתביעות ואנחנו רוצים לצמצם את עלויות התפעול המערכתי.

Ex
post
צדק
חלוקתי
-
תמורה

- הסיבה שדיני התחרויות הטמיעו את דרישת תו"ל היא כדי למנוע תאונות משפטיות או תחרויות בין הטוענים לזכות קניינית.

- דיני התחרויות הכניסו את דרישת התמורה מכיוון שבאמצעותה אפשר לבחון את השיקולים המערכתיים ולמזער את עלויות התאונה.

האם השיקולים להכרעה בתחרות הינם רק כלכליים? לא, ישנם שיקולים נוספים:

1. אחריות חברתית - עד כמה בעלי הקניין נושאים באחריות חברתית כלפי החברה בכללותה
2. צדק חלוקתי - חלוקת הנזק לפי מני מאוטנר או חלוקה מבחינת גורמים חזקים מול חלשים
3. תיאורית האישיות - בעיקר כאשר מדובר על נכסים שהם בעלי ערך אישי לבעליהם (כמו בתי מגורים, לעתים ישנם כללים שמחריגים בתי מגורים מדיני התחרויות מכיוון שבית המגורים הוא שונה בעקבות הקרבה שלו לאישיו האדם). לפי תיאורית האישיות של ריילי, האישיות שונה כאשר מכריעים לפי סוג או מאפייני הנכס עצמו בדיני התחרויות.

עבודה בקטגוריות = תפיסה ריאליסטית: התחרויות נבחנות בצורה שונה ומתייחסים לצדדים כרוכש זכות מול רוכש זכות כאשר רואים שישנה עבודה קטגורית שמקלה עלינו בזיהוי התחרות ויישום כללי התחרות מבלי לדון בערטילאיות.

מספר סוגי תחרויות:

1. בין בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר:

אדם שנמצא בשלב האובליגטורי. התחרות היא נפרדת ויש לבדוק את הזכויות של כל אחד מהצדדים. במידה וזיהינו נושה במקרקעין ניתן לפעול בקטגוריה זו.

בדיני היושר האנגליים, הייתה חשיבות גדולה לתמורה ששילם בעל ההתחייבות לעסקה. לפני שאדם רושם את זכותו בנכס, מגיע אדם אחר ומבקש להיפרע מהנכס (באמצעות עיקול או הוצל"פ). במצב זה, בעל ההתחייבות לעסקה עומד במצב בעייתי: המוכר שחייב כסף עומד בבעיה.

דיני היושר האנגליים קובעים כי בעל ההתחייבות לעסקה יהיה עדיף על יתר הנושים אך לא בצורה אבסולוטית (לא יקבל את הנכס כולו אלא רק את מה ששילם). כלומר, ישנו מנגנון הגנה על בעל ההתחייבות לעסקה - אדם שרכש זכות שביושר, ומגנים על מה שהאדם שילם בפועל.

לגבי יתר הנכס שלא שילמו עליו, הוא יכול להתחלק לנושים אחרים. (נושים הם אנשים ללא קשר למקרקעין שרק רוצים את הכסף ומשתמשים בנכס ככלי להשיג אותו)

לפי המשפט האנגלי, רוכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם, על פני שאר הנושים של המוכר.

דבר זה מבוסס על העובדה שרכישת זכות במקרקעין שלא עברה מהשלב החוזי לקנייני היא דבר שונה מהתחייבות חוזית רגילה שלא במקרקעין.

חוק המקרקעין משנת 1969 מכיל שתי בעיות בסיטואציה זו:

- רשימה סגורה - החל מחקיקת החוק בטלות כל הזכויות שביושר, זכויות המקרקעין המוכרות בישראל הן רק מתוך רשימה סגורה של זכויות במקרקעין שנכיר בהם.
- אין התייחסות - דבר זה אומר שזכויות שביושר שהיו לפני חקיקת החוק בטלות ולא יהיו מוכרות החל מחקיקת החוק והלאה.

במצב זה, מכריעים משנת 1971 לפי **הלכת בוקר**: לפיה, אם בעל התחייבות לעסקה מופתע ע"י נושה שרוצה לגבות את זכויותיו וחוק המקרקעין לא נותן הסדר ספציפי, נשארים במצב שבו בעל ההתחייבות לעסקה מפסיד והנושה הוא המנצח.

בשנת 1972, המחוקק הישראלי מעודד שימוש בהערת אזהרה: לפי סעיף 127(ב), בעל ההתחייבות בעסקה יכול לומר שבמידה ותהיה הערת אזהרה לפני שהנושה מטיל עיקול- כך נגן על בעל ההתחייבות לעסקה (הערת האזהרה מגנה על בעל ההתחייבות לעסקה ומכריעה את התחרות לטובתו בצורה מלאה למרות שהיא אינה זכות קניינית).

בנק מזרחי נ' רוזובסקי- 1994

במידה ורכשת ורשמת הערת אזהרה=גברת על הנושים הלא מובטחים.
רכשת ולא רשמת הערת אזהרה= הפסדת.

הערת האזהרה משמשת ככלי לניצוח התחרות, ומבחינת הקריטריונים של מאוטנר הדבר מתאים למניעה (המחוקק נתן אפשרות זולה ויעילה למנוע תחרות).

בנק אוצר החייל נ' אהרונוב- 1999. הלכת אהרונוב- בעל ההתחייבות לעסקה גובר על רוכש מאוחר.

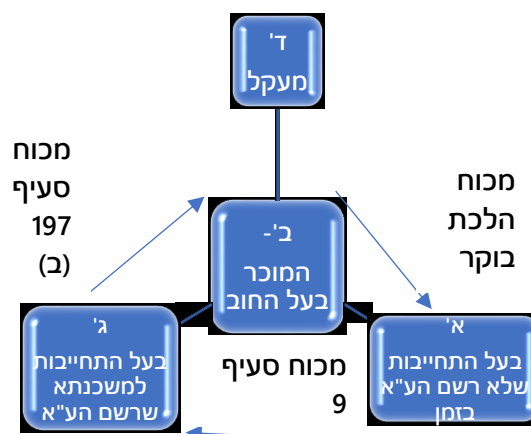
בהסכם הגירושים נקבע כי הבעל יעביר לאישה חלקה. הדבר לא נרשם, ומגיע נושה שרוצה להטיל עיקול על אותה חלקה. הצדדים נכנסים לתחרות (האישה מול הנושה), ולאחר שהסכם הגירושים קיבל תוקף של ביהמ"ש ההתלבטות הייתה האם הולכים לפי בנק מזרחי ומכילים את התפיסה של הערת האזהרה או שקובעים הלכה חדשה?

המחלוקת בין שטרסברג כהן לברק:

- שטרסברג כהן- מהלך ריאליסטי ופרשנות ערכית. לא יכול להיות שנבסס את כל ההכרעה דיני תחרויות על הערת האזהרה. לדעתה, הדבר הופך להיות טכני ולא ניתן לאפשר דבר טכני זה בדינים אלה. היא לא מקבלת את תפיסתו של מאוטנר לגבי הקדימות של מניעת התחרות. העובדה שכל התחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה תוכרע על רישום או אי רישום לא רלוונטית מבחינתה. לפיה, הזכויות של הנושה מול האישה הן לא שוות מעמד (זכות אובליגטורית מעין קניינית של האישה גוברת על זכותו של הנושה מכיוון שהיא פעלה לקבל את החלקה הספציפית, בעוד הנושה יכול לממש את כספו באמצעות חלקות או נכסים אחרים), בעוד לאישה יש קרבה גדולה ומשמעותית לקרקע שהיא מהותית מבחינה אישיותית.
- בנוסף, היא טוענת שהנושים יהיו בדר"כ גופים מוסדיים חזקים כלכלית יותר מאנשים פרטיים, ולכן לא יהיה נכון לתת את הקרקע להם אלא דווקא לגורמים חלשים יותר, וכך היא מתייחסת ל**מאזן המצוקה**. במידה ואי אפשר לרשום הערת אזהרה, במקרים שבהם נחשוב שדרישת רישום הערת האזהרה היא לא ראויה מבחינה נורמטיבית (כי היא עלולה לפגוע בבעל ההתחייבות לעסקה)- נתעלם מפס"ד בנק המזרחי ומחובת רישום הערת האזהרה. היא מוותרת על מנגנונים למניעת התאונה ומתייחסת לשיקולים אחרים.

נכון לזמן שבה נפסקה הלכת אהרונוב, גם אם הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה- הוא מנצח את השני בזמן במידה והוא לא רשם הערה. ישנו אבסורד בדרישה להטיל על אדם בעל התחייבות לעסקה לרשום הערת אזהרה כתנאי הכרחי, והיא טוענת שנגרם מעגל לא הגיוני שעלול לגרום למצבים שבהם אדם יגבור על אחר אך יפסיד לשני.

היא דוחה את האולטימטיביות של רישום הערת האזהרה ודוחה את ההכרעה עפ"י יעילות לכתחילית.



- ברק- מהלך פורמליסטי. לפיו, מכוח סעיף 9 ישנו לראשון מבחינה זמנית זכות שביושר, ורק לאדם שכתב את הזכות ישנה קדימות.
- עושה מהפכה בדיני הקניין ומכניס דינים שביושר לדיני המקרקעין הישראליים לאחר שהוצאו משם בשנת 69'. אומר כי ניתן לשאוב את קדימותו של הראשון בזמן מסעיף 9- אם ישנם שני בעלי התחייבות לעסקה, הראשון בזמן גובר. הוא לומד מקביעה זו זכות שביושר- ומבין כי יש להפוך את בעל הזכות המעין אובליגטורית (מעין קניינית) לבעל עדיפות.
- דוקטרינרית- סעיף 9 קובע את קדימות הראשון בזמן, ובאופן לא ברקי הוא לא מתייחס לערכים. כאשר הבנק רוצה להיות נושה מובטח, הוא רוצה לרשום את זכותו על המקרקעין³ באמצעות משכנתא. הערת אזהרה מעניקה קדימות בלבד אך לא זכות קניינית מלאה או נשיה מובטחת (לפי הלכת בוקר וסעיף 127ב).
- החידוש של ברק- המשמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים⁴ גם ללא רישום.

הדין בפועל הוא החלה של **הלכת מזרחי** במידה ואין הערת אזהרה (כי יהיה קשה לטעון לנושה מובטח). המשמעות של נושה מובטח היא לא חוזית, אלא היא שיש לו נגיעה ראשונית לנכסים של החייב.

(נושה מובטח=אדם שיש לו משכנתא. נושה שקיבל אחיזה בנכס כלשהו של החברה המתפרקת כשהלווה את הכסף לחברה, ובתמורה לכך דרש משכונות, המשכון נרשם אצל רשם המשכונות. דבר זה מגדיר שיש לו משכון על נכס של אדם מסוים, או בצורה של שעבוד צף על כל הנכסים או בצורה של שעבוד על נכס מסוים. אם אין את אחד מהשעבודים האלה הנושה הוא לא מובטח). דבר זה מקנה קדימות ומאפשר לנושה לעקוף את כל הנושים).

לפני הלכת בוקר, הנושה המובטח היה מפסיד לנושים אחרים את הזכות שלו. לאחר שסעיף 127ב תוקן ואפשרו לרשום הערת אזהרה, הנושה שקיבל בטוחה (משכנתא) ועוד לא רשם אותה אמנם עוד לא בעל הזכות, אך הערת האזהרה מקנה לו מעשית את האופציה לגבור על כל נושה מאוחר יותר.

מבחינה מעשית, נושה צריך לרשום הערת אזהרה, ומבחינה תיאורטית- לפי ברק אפשר לוותר על הרישום.

בתחרות ספציפית זו- דיני המקרקעין אימצו מבחינה עקרונית את השיטה של ברק (מתייחסים לזכות הראשון בזמן כאל זכות מעין קניינית).

במבחן, במידה ויש תחרות- התשובה צריכה להיות שאין צורך בס' 127 וצריך לדון בדעותיה של שטרסברג כהן ובהיות השונות שמוצגות. אם הסיטואציה משתנה, יש להתייחס לכך. שטרסברג כהן סיווגה את הזהויות כמשתנות (מתחלפות). אם בעל התחייבות לעסקה הוא מוסדי לצורך העניין מול אדם פרטי, האדם הפרטי יצטרך לרשום הערת אזהרה.

במבחן במקרה ותהיה לנו את התחרות הזו, נצטרך לפתור לפי שתי השיטות (של שטרסברג כהן ושל ברק).

פס"ד כספי נ' נס- רלוונטי גם לפשיטת רגל.

מה קורה אם שולמה רק חלק מהתמורה ולא נרשמה הערת אזהרה?

לפי **הלכת אהרונב- נוגדת את הלכת בוקר.**

במידה ובין השלב של רישום ההערה לבין סוף התשלום היה עיקול, האם בעל התחייבות לעסקה גובר על העיקול גם אם לא הושלמה התמורה המלאה?

בדיני היושר האנגליים נקבע כי יש זכות קניינית ביושר (הוא בעל זכות קניינית בחלק ששילם עד עכשיו).

בדיני היושר הישראליים האם מחילים דיני יושר אחרים וקובעים שמי שמנצח את התחרות מקבל את הכל?

הרציונל של דיני היושר האנגליים היה להגן על האדם ששילם אחוז מסוים, אך ברק מחמיר- ואומר שגם אם שולם

³ (הערת אזהרה לא שוות ערך למשכנתא ולא הופכת את האדם לבעל זכות קניינית על הנכס או לנושה מובטח).
⁴ שני סוגי נושים:

1. נושה רגיל

2. נושה מובטח- אחד משניים:

- בעל התחייבות לעסקה (עוד לא כתב)
- בעל זכות קניינית (רשם את הבטוחה)

רק חלק- האדם יקבל את כל הדירה.

ההלכה נקבעת לפי ברק וחשין- הראשון עדיין זוכה בכל הדירה גם אם שילם רק חלק.

לפי שטרסברג כהן, היא פועלת בצורה ריאליסטית, מכוונת למאזן המצוקה והיא טוענת כי יש לחזור לתפיסה האנגלית לפיה בעל ההתחייבות לעסקה יגבר על הנושה רק בהיקף התשלום שלו ויש לחלק את הדירה בהתאם.

לסיכום, אם היה מדובר על נושה שהובטחה לו זכות קניינית במקרקעין אך עוד לא רשמו את המשכנתא על שמו, הבנק נחשב כבעל התחייבות לעסקה (א').

אם ישנו בעל התחייבות לעסקה פרטי, ובעל התחייבות לעסקה שהוא בנק, זוהי תחרות.

סטטוס הצדדים:

- נושה מעקל הוא בעל חוב כספי שיש לו אינטרס בלבד לכסף ולא במקרקעין עצמם (הוא משתמש במקרקעין עצמם כדי לפדות את החוב הכספי שלו). נושה מעקל הוא לא בעל התחייבות לעסקה.
- בנקים - יכולים להיות גם וגם:
 - במידה וחייבים להם חוב כספי- מטילים עיקול שהוא לא זכות קניינית אלא דיונית
 - במידה והוא בעל התחייבות לעסקה או זכות קניינית למשכנתא- הוא נושה מובטח.

ברגע שאחד מהצדדים כבר רשם את הזכות הקניינית שלו, הנושה לא יכול להטיל עיקול על המקרקעין.

2. עסקאות נוגדות במקרקעין

תחרות זו מדברת על שני בעלי התחייבות לעסקה שמתמודדים האחד מול השני. תחרות זו יותר שכיחה במבחינים. ההבדל בין תחרות זו לראשונה, היא שבתחרות זו מדובר על שני קונים שקיבלו מהמוכר זכות לקבל זכות קניינית לעומת התחרות הקודמת שבה יש בעל זכות מול נושה מעקל שאין לו זכות קניינית.

עסקאות נוגדות חייבות להיות נוגדות (פעמים רבות עסקאות המקרקעין עצמן לא נוגדות- למשל התחייבות למכור את הדירה בזמן שמשכירים אותה למישהו אחר לא ינגדו אחת את השנייה והן יכולות להתקיים במקביל, ולכן לא מדובר במקרה זה למשל על תחרות).

עסקאות נוגדות הן כאשר מדובר על כפל מכירה או כפל עסקאות:

1. כאשר הן מאותו סוג- מכירת בעלות מול מכירת בעלות
2. משכנתא בדרגה ראשונה- משכון כל הדירה לשני גורמים במקביל
3. שכירות- זיקות הנאה שנותנים ליותר מאדם אחד

סעיף 9 לחוהמ"ק- פותר את סוג התחרות הזה. סעיף 9 נותן פתח לבעל ההתחייבות השני, ואומר שבמידה ופעל בתו"ל, זכותו עדיפה. כלומר ישנו סדר עדיפות:

- הראשון בזמן
- השני בזמן- דרישה ל-3 תנאים:
 - תמורה
 - תו"ל
 - רישום- הזכות הקניינית בטאבו.

פס"ד וורטהיימר נ' הררי- הררי חתמו על זכרון דברים לפיו הם ישלמו על הדירה מיליון לירות.

בזמן החתימה על ההסכם הם שילמו 5000 לירות. ההסכם ביניהם לא מצליח להיחתם, והררי מוכר את הדירה לבנימיני ב800,000 לירות, מתוכם שילם 350,000 לירות עד שגילה על עסקה קודמת עם וורטהיימר. לאחר הידיעה, הוא שילם את כל הסכום שנותר.

השאלה: מי אמור לזכות- וורטהיימר או הררי?

ביהמ"ש מעמיד את חוק החוזים מול חוק המקרקעין, וקובע כי אין צורך ללכת לפי חוק המקרקעין כאשר יש 2 התחייבויות חוזיות. ברק אומר שהשאלה היא איזה מההתחייבויות החוזיות צריך לאכוף; של וורטהיימר או בנימיני.

ברק מדבר על ס'3(4) לחוק החוזים (תרופות) ושואל איזה מן החוזים לא יהיה מן הצדק לאכוף?

השאלה המשפטית- האם בדיון בסעיף זה יש להישאר רק בגדר מערכת היחסים של הררי וורטהיימר או לדון גם באכיפה של חוזה זה כלפי צדדים שלישיים (בנימיני)?

ברק טוען כי במידה ונאכוף את חוק החוזים (תרופות) ונפסוק לטובת בנימיני, נתעלם לחלוטין מסעיף 9 ונמחוק את הרציונל שלו.

נקבע כי וורטהיימר זוכה לפי סעיף 9 לחוהמ"ק, וכי בינימיני אמנם נתן תמורה אך לא רשם את הנכס ותו"ל שלו היה מוטל בספק.
ברק משאיר שתי שאלות בצריך עיון:

- האם התעקשות הראשון בזמן חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן מהווה חוסר תו"ל בעצמה? שאלה זו מחילה את חובת תו"ל גם על הראשון בזמן, העמידה הדווקנית על הזכות מהווה חוסר תו"ל.
- בהנחה שניתן לרשום הערת אזהרה, מה ההשלכה של אי רישומה ע"י הראשון בזמן? במצב שבו הוא יכול היה לרשום הערת אזהרה, האם עדיין נכריע לטובתו של הראשון?

גנז נ' בריטיש - מנסה לענות על השאלה השניה:

חברת בריטיש בעלת קרקע ומוכרת אותה לחברת נוטריקון, שלא מעבירה את הקרקע על שמה. כלומר, חברת נוטריקון היא בעלת התחייבות לעסקה אך לא בעלת הקרקע. חברה זו מוכרת הלאה את הקרקע למר גנץ. לאחר 17 שנה שבהן אדון גנץ לא רשם הערת אזהרה או רשם את הקרקע על שמו, וחברת נוטריקון מכרה את הקרקע בשנית לקיבוץ אפק, שרשמו הערת אזהרה (מכיוון שלא הייתה הערת אזהרה קודמת). גנץ רצה שיאכפו את חוזה המכר הראשון בינו לבין נוטריקון.

הזיהוי למבחן: ביהמ"ש צריך להכריע בעסקאות נוגדות - כאשר ישנם 2 בעלי התחייבות לעסקה (גנז - הראשון בזמן, אפק - השני בזמן).

ביהמ"ש דן בשאלה: מדוע מגדירים את אפק וגנז בתור בעלי התחייבות לעסקה אם מי שמכר להם את הקרקע הוא לא בעלים של המקרקעין אלא רק בעל התחייבות לעסקה (נוטריקון) שלא רשמה את שמה? האם ניתן להתייחס לעסקאות של הצדדים מול נוטריקון כהתחייבות לעסקה במקרקעין? ביהמ"ש מכריע שכן. הזיהוי - מדובר בעסקאות נוגדות.

נקבע: הכלל - אי רישום הערת אזהרה עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן, ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן (גם אם לא עמד בתנאי סעיף 9).

כלומר, ברק אומר שבמקרים מסוימים אי רישום הערת אזהרה ע"י הראשון יגרום לנו לוותר לשני על קיום ההתחייבויות שלו לפי סעיף 9 ויביא לזכייתו במקרקעין.⁵

האם העובדה שאחד מהצדדים (אפק או גנז) יהיו במצוקה יגרום לאכיפה שונה של החוזה?

הכרעתו של ברק - הביטוי הבולט של סעיף 39 בחוק המקרקעין הוא סעיף 14 בחוק החוזים

(שימוש לרעה בזכות קניינית) וגם חל על סעיף 9. לפיו, אותו אדם שיודע שרכש זכות קניינית במקרקעין ולא רשם הערת אזהרה למרות זאת - חוטא לחברה ולאחר ונראה כאדם חסר תו"ל.

לאי רישום הערת האזהרה ישנם מספר סייגים עיקריים, שבהם לא נטיל אחריות על הראשון בזמן:

3 שיקולים
מרכזיים ראויים

1. אי הרישום לא מוצדק/שיקולי מדיניות - מצב שבו הראשון לא רשם הערת אזהרה, כמו זוג נשוי (אהרונב) - אין טעם שזוג נשוי ירשום אחד על השני הערות אזהרה
2. לא ניתן לרשום הע"א

3. אי הרישום לא גרם לתאונה המשפטית (אין קשר סיבתי לפעולת השני) - אם הסיבה שהשני התקשר בעסקה לא קשורה לאי רישום הערת האזהרה, הדבר לא משנה לעניין זה. שלושה מצבים:

- השני בזמן ידע על הראשון
- השני בזמן לא בדק את הרישום
- השני בזמן לא "ירד אל השטח" - מעיד על הנכונות לעשות את המקסימום כדי למנוע תאונה.

4. שיקול לא ראוי - התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים. במידה והקונה הראשון מתקשר עם המוכר שמבקש ממנו לחכות עם רישום הע"א, ברק מקבל זאת

שיקול לא ראוי

⁵ אם בהלכת אהרונב ייבאנו את סעיף 9 וביטלנו את חובת רישום הערת האזהרה, האם דבריו של ברק מערערים זאת?

כשיקול ראוי. דבר זה מהווה הפחתה של תמריץ לקונה הראשון לרשום הע"א, ושי רואה זאת כסיבה לא מוצדקת. הטלת האחריות על הראשון בזמן שלא רשם הע"א מאמצת את התפיסה של מאונטר.

הטלת האחריות על הראשון בזמן נובע מתפיסת מונע הנזק הזול.

במבחן, כאשר טוענים אחת מטענות הסייג- יש לטעון גם את טענת הנגד, לדוגמה- מציגים שיקולי מדיניות, ומצד שני מציגים את טענות הנגד.

פס"ד ביאד נ' לחאם- האם רישום הע"א ע"י השני בזמן מהווה רישום לפי סעיף 9?

אימוץ התפיסה של הערת האזהרה כאמצעי לוודאז מיהו מונע הנזק הזול ע"י ביהמ"ש. נאמר, כי רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול, ושעלות מניעת נזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה יותר, וכי יש לפרש את הלכת גנז בהרחבה (= ככל שהראשון בזמן לא יציג הערה משכנעת ללמה לא כתב את הערת האזהרה, בית המשפט יטיל עליו את האחריות למרות שהשני בזמן לא עמד בדרישות סעיף 9). הבעייתיות בתו"ל- אם השני בזמן ידע על קיום העסקה ולמרות זאת עשה דברים שלא בתו"ל, נשלול את זכותו לגבות.

השופטת פרוקצ'ה- אמרה שגם גנז וגם אפק אינם בעלי התחייבות לעסקה ולכן התחרות ביניהם לא בהכרח תהיה לפי סעיף 9.

שואלת מדוע כאשר ישנם 2 בעלי התחייבות לעסקה, האם חייבים את רישום הבעלות המוחלטת של אפק כדי לעמוד בתנאי סעיף 9? מדוע רישום הערת אזהרה ע"י השני בזמן לא מספיקה לצורך השלמת תנאי סעיף 9? בפס"ד גנז, השניה בזמן (אפק) רשמה הערת אזהרה- אז מדוע יש צורך בקונסטרוקציה המשפטית של רישום הערת אזהרה? היא מסבירה זאת בכך שהערת האזהרה נועדה לפרסם את זכותו של השני בזמן, ומציעה לראות ברישום הערת אזהרה ע"י השני בזמן כהגשמת דרישת הרישום (באימוץ תפיסה זו, השני בזמן יכול לרשום הערת אזהרה ולא את המקרקעין ועדיין לעמוד בתנאי סעיף 9). ברק קובע כי אדם שהיה בעל התחייבות לעסקה ומכר את הנכס לאדם אחר- לא מסתכלים על האדם השלישי כנעדר זכות משפטית, אלא מתייחסים אליו כבעל התחייבות לעסקה ולכן דנים בכך.

רישום הערת האזהרה ע"י הראשון נדרשה מכיוון שאפק לא רשמו את המקרקעין ולכן לא עמדו בסעיף 9, ולכן היו צריכים המצאה חדשה כאמצעי להתגברות על אי קיום תנאי סעיף 9 ע"י השני.

- מבחינת ההלכה, בגנז- אם הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה ולא יכול להסביר אותה מכוח הסייגים לאי רישום הערת אזהרה או שלא הצליח להוכיח שהצד השני לא הסתמך על אי הרישום, גם אם הראשון בזמן לא עמד בכללי סעיף 9- הוא יזכה בתחרות זו. ברק עשה מהפכה בדיני התחרויות בישראל, ע"י כך שהאדיר את הע"א למעמד של מונע הנזק הזול.

לאחר גנץ, לא מייבאים את הלכת גנז לתחרות הראשונה (שעוסקת בתחרות בין בעל התחייבות לנושים לא מובטחים)- ביהמ"ש קובע שאי רישום הע"א- גם לאחר 7 שנים אינה מקנה את הנכס לנושה הבלתי מובטח, ממספר סיבות:

1. מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות

2. אין הסתמכות על נכס ספציפי

3. עוצמת האינטרס של המעקל בנכס

ה"פ רשף נ' יוסף- בעל התחייבות לעסקה שהוא בנק, ולא גורם פרטי חלש (שינוי העובדות הבסיסיות של פס"ד אהרונב (בתחרות הראשונה)). בעל התחייבות זה התחייב לרישום משכנתא. ממולו, הגיע נושה מעקל לא מובטח (מצביע על התחרות הראשונה- בעל התחייבות לעסקה ונושה מעקל).

השאלה היא: האם הולכים לפי פס"ד אהרונב שמדבר על התחרות הראשונה או שהולכים לפי פס"ד גנז ומשנים את התחרות ועוברים לדיון בתחרות השניה כי צריכים להטיל חובת רישום הע"א על הנושה הראשון? נקבע כי הבנק מנצח בתחרות- בגלל זהותו, מכיוון שהוא מסתמך על פס"ד אהרונב (בעל התחייבות לעסקה מנצח ללא רישום הע"א). הנושה מסתמך על פס"ד גנז (היה צורך ברישום הע"א ועצם העובדה שלא רשם אותה

ישלול ממנו את הזכות על הנכס למרות שלא מדובר בתחרות הראשונה).

השופט אוקון אומר שבמקרה שהבנק הוא בעל ההתחייבות לעסקה, יש להסתכל על התחרות בעיניים אחרות- בנק שונה מנושים אחרים שהם ראשונים בזמן מכיוון שבשונה משאר בעלי ההתחייבות לעסקה- אם הבנק הוא הראשון בזמן יש לו חובות מוגברות כלפי הציבור וכלפי נושים אחרים (הוא נושה מקצועי, בעל הזכויות שבישור, ועליו לרשום ה"א מיד על התחייבות לעסקה. עליו למנוע תאונות משפטיות והוא מאמץ את תפיסתה של שטרסברג כהן (שיקולים ספציפיים לגבי עוצמת האינטרס של הצדדים). הבנק יפסיד את הקרקע מכיוון שהוא לא פעל כמצופה מנושה מקצועי. לפיו, יש להגן על הנושה הלא מקצועי ולכן הסייג של גנז יחול על הבנק בעוצמה.

ע"א בנק המזרחי נ' גדי- ברק מאמץ את תפיסתו של אוקון; כאשר לא מעתיקים את גנז- הסיבה היא עוצמת האינטרס בקרקע עצמה (הצדקה זו שונה מאשר הצדקתו בפס"ד אהרונוב).

- **תחרות ראשונה-** אם בעל ההתחייבות הוא הראשון בזמן הוא תמיד מנצח, ההלכה: אין צורך לכתוב ה"א כדי להיות הראשון בתור לקבל. **בנק המזרחי-** אם תהיה שונות גדולה בזהות הצדדים, כן אפשר להכריע לטובת המעקל או לדרוש רישום ה"א. במבחן- נידרש לקבוע את זהות הצדדים (הראשון בזמן זוכה).
- **תחרות שניה-** בין שני בעלי התחייבויות לעסקה. יש סעיף חוק בניגוד לתחרות הראשונה- סעיף 9, דורש 3 תנאים. דעתה של פרוקצ'יה לא התקבלה להלכה (הציעה שרישום ה"א ייחשב כבעלות). הראשון בזמן זוכה במידה והשלים את 3 התנאים. **בפסד גנז**, השופט ברק הכניס קריטריון נוסף לזכייה בתחרות- יש צורך לרשום ה"א על הזכות שלו, במידה והוא לא יכול להסביר את אי הרישום שלה לפי הסייגים הנ"ל, הוא יפסיד את זכותו על המקרקעין גם במידה והשני לא השלים את כל דרישות סעיף 9.

שאלה למבחן- מה קורה אם השני מצליח לרשום באופן כלשהו אלא לא עומד בכל תנאי סעיף 9? **תשובה:** הרישום לא מכפר על הכל (הרישום הוא אחד מ-3 תנאים מצטברים, ובמידה שלמשל האדם לא היה תם לב בעת הרישום, העובדה שהוא רשם לא תעזור).

3. עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות

הבעיה: מרשם המקרקעין מאפשר לנו לקיים מרשם, וכאשר דנים בהנ"ל אין מרשם- ולכן ממילא הם לא מאפשרים לקיים את תנאי סעיף 9 לחוק המקרקעין.

ישנן שתי תת תחרויות בתחרות זו וסעיפים שעוסקים בהן ועוזרים לנו להכריע:

1. **עסקאות נוגדות במיטלטלין-** ס' 12+13 לחוק המיטלטלין. מיטלטלין מתחלקים לזכויות קניין או זכויות אובליגטוריות.

ס' 12- זכותו של הראשון עדיפה, אך אם הראשון התקשר בעסקה והשני קיבל את המיטלטלין בתו"ל ותמורה- זכותו תהיה עדיפה.

לפי **פס"ד טקסטיל ריינס-** **הכלל הוא:** אדם א' המבקש להעביר זכות קניינית שיש לו כלפי אדם אחר- ב' לאדם שלישי- ג' - מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה. שני שלבים:

- אובליגטורי
- קנייני.

מתי עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני (מהשלב האובליגטורי לשלב הזכות הקניינית)?
עלינו לבדוק את החוזה- מהו השלב שבו עוברת הבעלות:

- **בהיעדר התנאה בין הצדדים-** הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם=מועד המסירה של הזכות, התאמה של ס' 33 לחוק המכר. בהיעדר התנאה, נעבור ישר לשלב הקנייני ונדלג על השלב האובליגטורי.

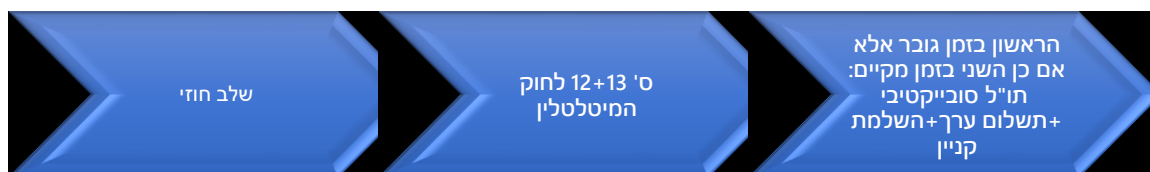
- **אם קיימת התנאה-** הבעלות עוברת בהתאם להתנאה. העברת הזכות הקניינית נתונה להתנאות הצדדים (ייתכן שכבר קיבלנו את הנכס או עושים בו שימוש, ועדיין- הבעלות לא עברה והאדם עדיין בשלב האובליגטורי). שלב אובליגטורי יהיה בדר"כ כהתנאה על שלב אובליגטורי מכיוון שהבעלים מחכה לתשלום.

אם במבחן תהיה שאלת בעלות, נצטרך לבדוק האם הראשון בזמן השלים את הקניה שלו במשאב,

במידה ולא- הוא נמצא בשלב האובליגטורי של הראשון בזמן ובמצב זה יהיו לנו עסקאות נוגדות (לבדוק את החוזה ובמידה ואנחנו בשלב האובליגטורי אנחנו חלק מסעיף 12-13. לפי סעיפים 12+13, הראשון זוכה אלא אם כן השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתו"ל ובתמורה.

במידה ויש התנאה, נדרוש מספר תנאים להעברת הבעלות:

- **קיבל-** יש צורך בחזקה+קניין (אופי ההקניה יהיה בהתאם לסוג הנכס)- השלמת הקניין. כאשר אין לנו מרשם, הוא נעשה עפ"י ס' 33 לחוק המכר- לפיו, השלמת קניין במיטלטלין הוא ע"י מסירת הנכס (בשלב שבו הנכס עובר לידי הקונה, הושלם שלב).
- **תמורה-** ערך ממשי (התמורה של השני בזמן צריכה להיות משמעותית- בת ערך, תשלום משמעותי) או שינוי מצב לרעה (מאזן מצוקה, למשל אדם שכבר מכר את מכוניתו כדי לשלם על המכונית החדשה וכעת אין לו מכונית- דבר זה מעיד על כוונתו לממש את העסקה).
- **תו"ל-** סובייקטיבי, אי אפשר להטיל סטנדרט ולכן אנחנו מסתפקים בסובייקטיבי.



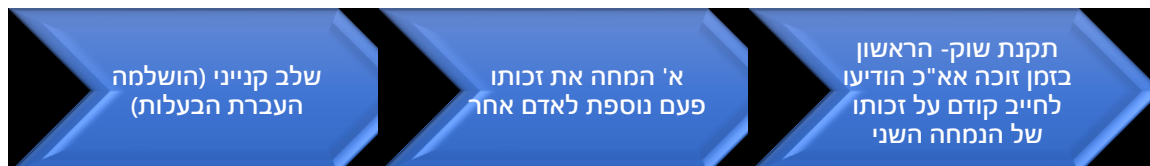
2. המחאת זכויות נוגדות- ס' 4 לחוק המחאת חיובים- **תקנת שוק**. קובע שהראשון בזמן זוכה אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני. רלוונטית רק לזכויות ולמקרקעין שלא רשומים (מקרקעין לא רשומים=נחשבים כזכויות מבחינה משפטית). (במידה והזכות במקרקעין עברה והעבירו את הזכות לאדם אחר, האמור לזכות הוא הראשון בזמן, אך במידה והמחאת הזכות מושלמת לגבי אדם מסוים, הם יידעו את החייב שהזכות עברה אליהם ויזכו מכוח תקנת שוק.

תקנת שוק= איך גורמים לשוק לפעול כמו שצריך ברמה המסחרית-כלכלית? איך מאפשרים לשוק לפעול בצורה תקינה ולא מונעים מהם לעשות עסקאות?

לא מתייחסים לקרקע לא רשומה כאל מקרקעין כי אין מרשם, ולכן הנחיות סעיפים 9-10 לא קבילים אליה, לכן- אנחנו מתייחסים אליה בתור זכות. הזכות יכולה להיות זכות שכירות למשל. מנהל מקרקעי ישראל הם הבעלים של מקרקעין לא רשומים.

במקרקעין פרטיים הבעלות תופיע בהיסטוריה החוזית במידה והם רשומים. כאשר מדובר במקרקעין לא רשומים, הקבלן ומנהל מקרקעי ישראל מנהלים מרשמים חיצוניים שבהם יש רישום של הזכויות ושל העברות הזכויות במקרקעין הלא רשומים (מרשמים אלה הם פומביים למחצה).

אם העסקה הסתיימה ולא נמצאים במצב של עסקאות נוגדות והחוב שנותר הועבר לאדם אחר (החוב מוקנה לאדם אחר), מה הדין? באופן טבעי, אין לבעלים שום יכולת להעביר דבר שאין לו עליו בעלות (לפי פס"ד ריינס) אך ישנם מקרים שבהם ניתן לנצח את הראשון בזמן מכוח תקנת שוק.



- הטעם לכך נעוץ בראיית הראשון כמונע הנזק הזול ביותר: החוק מתמרץ. לערוך בירור אצל החייב. אם הראשון יעשה זאת, הוא יודיע לו על ההמחאה- וממילא יצליח את תקנת השוק. הנמחה השני הוא מי שהועברה לו הזכות. יכול להופיע במבחן. הרציונל בתקנת שוק שונה באינטרס שלו (לגבי תקנת שוק), כי האינטרס שלנו הוא לא בהכרח לעשות צדק אלא בדר"כ תקנות שוק מודעות לכך שהן נותנות את הנכס למי שלא מגיע לו. האינטרס הוא של השוק (החברה) ולא של הפרט.

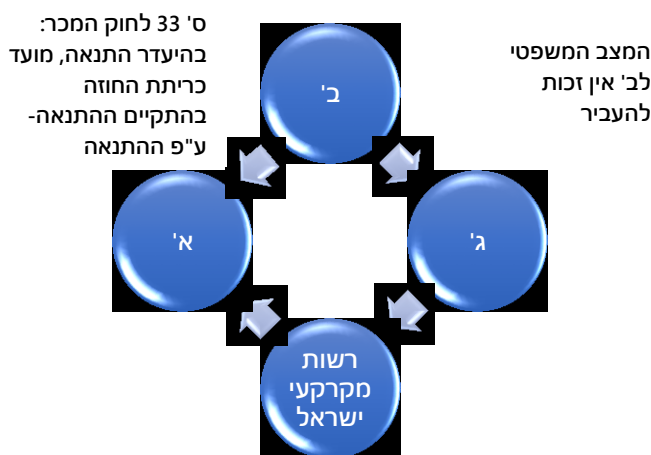
ס'4 לחוק המחאת חיובים לא רלוונטי למיטלטלין לא רשומים.

כלומר: הזכות של ב' ניתנת לו מרשות מקרקעי ישראל לגבי הנכס (הם החייב). ב' ממחה את הזכות שלו לא', במידה והוא נמצא בשלב האובליגטורי הולכים לסעיפים 12-13. במידה וב' ימחה שוב לאדם ג' את הזכות הקניינית (שהסתיימה ולא קיימת יותר כי הוא הועברה לא') מי שילך ראשון ויודיע על המחאת הזכות (ג' או א') יזכה בנכס.

בשלב המעבר מהשלב האובליגטורי לקנייני, הזכות עוברת בשלב חתימת החוזה. שלב אובליגטורי נוצר רק אם התנאנו בחוזה על העברת הבעלות בשלב מאוחר יותר.

רוצים לתמרץ את א' (הנמחה הראשון) להודיע ראשון על ההעברה, כי הדרך למנוע בעיות אלה היא ע"י תמרוץ של אחד הצדדים להיות מונע הנזק הזול או להודיע לחייב על כך שעבר על החוק.

תקנת שוק היא דבר שביהמ"ש צריך להגן עליו גם במחיר של איבוד מיטב כספו של האדם שלא הודיע בזמן. (רציונל דיני התחרויות העקרוני).



לסיכום - במבחן קודם נזהה את המשאב, נזהה את התקופה שבה נמצאים הצדדים (שלב), ובמידה ומדובר בבעלי התחייבויות בעסקאות נוגדות נלך לסעיף 9, אם מדובר במקרקעין/מיטלטלין לא רשומים נלך לסעיפים 12+13.

תחרות 1:

תחרות 2:

תחרות 3: עסקאות נוגדות במקרקעין רשומים ובמיטלטלין:

אם נמצאים בשלב האובליגטורי – פונים לס' 12 ו-13 לחוק המיטלטלין.

אם נמצאים בשלב הקנייני (הושלמה העברת הבעלות בעסקה) – מכריעים לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים.

תקנת שוק במקרקעין רשומים – מכריעים ע"פ ס' 10 לחוק המקרקעין.

תקנת שוק במיטלטלין – מכריעים ע"פ ס' 34 לחוק המכר.

לפי גנץ - לא מחילים דרישת תו"ל מהראשון בזמן (כל הדרישות הן מהשני בזמן) בשונה מהדרישות במקרקעין רשומים.

3. תקנת שוק במקרקעין

עסקה
מזויפת
לא שינה
את המרשם

בעלים — נחזה לבעלים — רוכש א' / מוכר — רוכש ב' ?

ע"ב הערת אזהרה

השלכותיה הן הכי קשות. יכולים להכריע לטובת גורם מסוים כמרות שאין שום פגם בהתנהלותו של הגורם המפסיד. לא מדובר על תחרות בין הצדדים, אלא על הכרעה בתחרות עפ"י האינטרס השוקי הכולל (של כלל החברה בקיומן של עסקאות מקרקעין).

מרשם המקרקעין משמש כראיה עבור בעלי מקרקעין לצורך קבלת החלטות לגבי רכישה של מקרקעין, ולכן נסכים לסבול טעויות מסוימות במרשם ע"מ שנוכל להמשיך ולסמוך על המרשם ולפעול עפ"יו.

ס'10 לחוהמ"ק- מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתו"ל על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון. לכן, למרות שהרישום לא היה נכון.

מבינים שהמרשם יכול להיות שגוי וכדי לא לגרום לאנשים לא לסמוך על המרשם > עלויות עסקה יגדלו כדי לוודא תקינות > ע"מ לא להגיע למצב זה, מכשירים את הטעויות במידה והייתה הסתמכות על טעות, גם במידה ויש פגיעה גדולה בגורם שממנו נלקח הנכס.

מקרה: בעלים מקורי שנתן לעו"ד ייפוי כוח כדי שיעשה פעולות במקרקעין שלו. ייפוי כוח הוא סטנדרטי- ובו נאמר שהעו"ד יכול לעשות כרצונו בנוגע למקרקעין. במידה והעו"ד מנצל את ייפוי הכוח שניתן לו למטרות אחרות ועושה עסקה במקרקעין, האם:

א. הרוכש נהנה מתקנת שוק במידה והעסקה הגיעה לגמירה והיא הייתה בתו"ל?

תשובה: לא- מכיוון שהרכישה של מי שמבקש להנות מתקנת שוק צריך להתבסס על המרשם, וכל דבר חיצוני במרשם שגרם לטעות לא יזכה את הרוכש בנכס עפ"י תקנת שוק. כלומר, רוכשת א' לא הסתמכה על טעות ברישום (שלא היה שגוי), אלא הסתמכה על ייפוי כוח שהיה בו שימוש מזויף כדי לחשוב שלעו"ד יש זכות למכור לה את הדירה. כלומר, הטעות שקורית אינה מבוססת על טעות במרשם אלא טעות בהסתמכות הרוכשת על ייפוי הכוח.

ב. מה קורה כאשר הזכות נמכרת לרוכש ב'? האם הוא נהנה מתקנת שוק?

תשובה: נהנה מתקנת שוק מכיוון שהוא מסתמך על הרישום השגוי. הרוכשים לאחר מכן שהם לא ישירים הסתמכו על תקנת שוק ולכן ניתן להם את הנכס.

תנאי ס'10:

• הסתמכות על המרשם עצמו ולא על נסיבות חיצוניות: קריטי למבחן.

פס"ד מורדכיוב- אדם התחזה לבעלים, הרישום היה נכון.

השאלה: האם אדם שרכש את הנכס מהמתחזה צריך להנות מתקנת שוק?

תשובה: לא, מכיוון שגם אם האדם העביר את הקרקע על שם הרוכש הוא לא יהנה מתקנת שוק מכיוון שהוא לא הסתמך על טעות ברישום המקרקעין אלא על ת.ז. מזויפת של המתחזה. במבחנים, תהיה שאלה על ההסתמכות (טעות במרשם ולא טעות חיצונית למרשם).

• תו"ל סובייקטיבי- אדם שיודע שמדובר במהלך סובייקטיבי וממשיך להסתמך על טעות בשרשרת ההעברות לא ייחשב אדם שהסתמך בתו"ל, וכחלק מהחמרת הקריטריונים בתחרות שוק הפסיקה מדגיש שגם עצימת עיניים כמות כחוסר תו"ל.

במידה ועלו סימני אזהרה- יש לחשווד תמיד. הרציונל הוא להחמיר את דרישת תו"ל והכללה של מקרים. כאשר מדובר בעו"ד, נוטים להחמיר כי הם אלה שמנהלים את העסקאות בעבור הצדדים.

מינוי בתור עו"ד הוא שליחות הצדדים ולכן כל התנהלות שלא בתו"ל מיוחסת גם לאדם שמינה אותם, כלומר על הממנים לזהות זיופים/בעיות וגם על עו"ד עצמם.

הלקוח לא יהנה מתקנת שוק במקרה של תו"ל סובייקטיבי.

כלומר, במקרה שבו עו"ד נגוע בחוסר תו"ל- גם אם הלקוח תם לב לחלוטין- הוא לא יהנה מתקנת השוק, אך הוא יכול לתבוע את עו"ד שלו על התרשלנות והפרת חובה כלפיו.

- תו"ל צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום-
שאלה: מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה? אדם שהחליט להתחזות לבעלים המקורי, זייף ת.ז. ומכר את הנכס של הבעלים המקורי ללא ידיעתו.
תשובה: עקרונית, ישנה הצדקה למכירה זו, אך הבעיה היא בכך שהקונה לוקח סיכון שעסקת הבסיס לא תתקיים (אין סיבה להפוך נכס ללא שכיר רק בגלל עיכוב ברישום).
רוכשת ב' לאחר מכן, יכולה לקבל את הנכס אך עליה לדעת שהיא קונה נכס שנמצא בשלב האובליגטורי עדיין ולא בשלב הקנייני שהושלמה זכותו. במידה ורוכש א' יאבד את הנכס, גם רוכשת ב' תאבד אותו לאחר מכן.
עניין זה נמצא גם בתקנת שוק-
שאלה: במקרים שישנו בעלים שלא רצה למכור את הנכס וישנו מתחזה שמוכר את הנכס בשמו לקונה א, והוא לא מספיק להעביר את הבעלות ובינתיים הנכס למכר לרוכשת ב'. במידה ורוכשת ב' משלימה את הרישום, האם במצב זה שבו קנתה את הנכס על בסיס הערת אזהרה בלבד, הדבר מספיק לתנאי סעיף 10 של הסתמכות בתו"ל על המרשם או שהקרקע עדיין רשומה ע"ש הבעלים המקורי (לא הייתה טעות במרשם) ואז לא נאפשר לה להנות מהערת האזהרה?
תשובה: היא תהנה מתקנת שוק מכיוון שהערת אזהרה היא לא חיצונית למרשם, ולמרות שלא מדובר במרשם שגוי- נאפשר הכרה בתקנת שוק.
עקרונית- בדרכ כ' רוב המקרים לא נכיר בתקנת שוק אלא במקרים מאוד נדירים, שבהם מתקיימים שני תנאים חריגים מכיוון שהרציונל הוא מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות מקרקעין:
○ אם הנחזה לבעלים לא שינה את הרישום=רוכש א' לא יינה מתקנת שוק.
הסיבה: לא היה פגם ברישום.
אדם שהתחזה לבעלים ומוכר את הקרקע לאדם אחר בשם הבעלים, במידה והמתחזה השאיר את הרישום ע"ש הבעלים הרוכש לא צריך להנות מתקנת שוק מכיוון שהמרשם היה נכון.
○ אם הנחזה לבעלים שינה את הרישום+ רוכש א' יינה מתקנת שוק.
הסיבה: העסקה בוצעה בשל הפגם ברישום.
במידה והמתחזה כן שינה את הרישום ומכר ע"ש אדם אחר, רוכש א' יוכל להנות מתקנת שוק מכיוון שהוא מסתמך על טעות במרשם.

מבדילים בין שני מצבים:

- הרישום הושלם לאחר העסקה- בעת החתימה על החוזה לרוכש א' הייתה הערת אזהרה והטעות הייתה בעקבות ההתחזות ולא המרשם.
- רוכש א' רוכש מהמתחזה את הנכס, הנכס נשאר ע"ש הבעלים המקורי בלשכת הרישום אך המתחזה נותן לרוכש א' הערת אזהרה על שמו- כלומר בשלב חתימת החוזה בין רוכש א' לרוכש ב' היא רשומה על שמו של הבעלים המקורי, ישנה הערת אזהרה.

אם רוכש א' (המוכר) לא שינה את הרישום בזמן העסקה עם רוכש ב':

הרישום הושלם לאחר העסקה	הרישום לא הושלם לאחר העסקה
התנאת תשלומים עד לרישום	רוכש ב' לא יינה מתקנת השוק
בדיקה ראויה של עסקת היסוד	הסיבה: אין פגם ברישום
רוכש ב' עשוי להנות מתקנת השוק	

3 תנאים מצטברים להכרה בקיומה של תקנת שוק עבור רוכש ב':

1. רוכש א' השלים את זכויותיו- העסקה על שמו של רוכש א נכתבה במקרקעין
2. התנאת תשלומים ע"י רוכש ב' עד לרישום הנכס על שמו של רוכש א- דורשים מרוכשת ב' להשלים בזמן אמת שרכישת נכס על בסיס ה"א היא עסקה תקפה אך יש להתנות את מרבית התשלומים ברישום הזכויות על שמו של רוכש א, מכיוון שעצם העובדה שקונים מאדם שיש לו רק ה"א מהווה לקיחת סיכון, שעלולה לגרום לתביעה חוזית כנגד המוכר ללא אחיזה בנכס עצמו. לכן, רובנשטיין בפס"ד מורדכיוב טוען שרוצים לראות שהתנהלותו של רוכש ב' היא תקינה והגיונית ולכן נרצה לראות שהוא התנה את התשלומים ולא שילם את הכל בבת אחת לאדם שיש לו ה"א (רוצים לראות ממנו הבעת חדש וזהירות) ע"מ שנוכל להכיר בתקנת שוק.

3. בדיקה ראויה של עסקת היסוד - ברגע שרוכשים קרקע כשלמוכר הייתה לטובתו רק ה"א, מחייבים לבדוק את הבעלים המקורי ולנסות לקבל את אישורו לקיומה של העסקה. לא תמיד הדבר אפשרי. מטרתו של ביהמ"ש הוא שרוכש א' באמת עומד מאחורי הערת האזהרה לרוכש ב'. הבדיקה הראויה עוזרת בכך שבתקנות שוק לא תמיד הבעלים הרשום האחרון הוא הנכון או שהוא מתחזה. עד כמה מוטלת החובה על רוכש ב' לבדוק ולחקור את הבעלים? שאלה זו יכולה להידון במבחן. הרציונל של השופט רובינשטיין בפס"ד מורדכיוב - להראות שנעשו מאמצים לבדוק שעסקת היסוד היא הגונה ושהבעלים עומדים מאחוריו, ושלא הייתה עצימת עיניים במידה והיה דבר שהיה אמור להחשיד.

הסיפורים שיהיו במבחן הם מאזן בין שני גורמים תמימים (ולא פושעים במכוון) - רוצים לצ'פר את התמים ולא את הזיפן, מכיוון שבתקנת שוק ישנם שני גורמים תמימים העומדים אחד מול השני ויש להעדיף אחד מהם. בעסקאות נוגדות נעדיף את רציונל מונע הנזק הזול, בעוד בתקנת השוק הרציונל הוא חיצוני לצדדים - שיקול תועלתני, תקנת השוק בעקבות אינטרס חברתי כללי שבו נפגע בצד תמים מהשניים.

בדיקה ראויה - החובה של רוכש ב' מאדם שיש לו רק ה"א לטובתו ליצור קשר עם הבעלים המקורי שהזכויות רשומות על שמו כדי לנסות לוודא כפי יכולתו שהעסקה תקינה.

בדר"כ עו"ד של צד אחד יתקשר לעו"ד של צד אחר ויברר זאת בשביל הלקוח. הסטנדרט הוא אובייקטיבי של עצימת עיניים, מכיוון שבמידה וביהמ"ש יגלה שהיה עניין שצריך היה להדליק נורה אדומה - הדבר יהיה בעייתי.

תקנת שוק במיטלטלין

פס"ד כנען - אישה שקונה בשוק הפשפשים שתי תמונות, ומגלה שהן תמונות מקוריות של ראובן רובין שנגנבו ממזיאון. ממשלת ארה"ב עומדת מול האישה בפס"ד זה בתור הפדרציה. כדי למנוע תקרית דיפלומטית השאלה המשפטית: למי שייכות התמונות?

שני מסלולים בפס"ד:

1) מסלול פנימי - מסלול קנייני.

הרציונל: אי עמידה בתנאי תקנת השוק.
ערעור על שני דברים:

- סוג הנכס - כיצד יש לסווג את הנכס (אוליי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור). במצב זה של שינוי במהות הנכס נבדוק עפ"י **פס"ד כנען** וגם את סוג הנכסים - האם אלה סוג הנכסים שנוהג המוכר למכור? נבדוק זאת בדיעבד ולכן המוכרת בפס"ד כנען נופלת גם בשלב סוג הנכס (מכרה תמונות יוקרה בוואן פשפשים - דבר שאינו סוג הממכר הרגיל ומהלך העסקים הרגיל שלה)
- התמורה - גילוי בדיעבד של חסרון תמורה. כאשר מגלים בדיעבד שהנכס הוא שונה ממה שקנינו, בודקים את התנאים של סוג הנכס וסוג הממכר + תמורה עפ"י מה שקורה בדיעבד. הסתכלות בדיעבד על סוג הנכס ועל העבירה שנעשתה בו יראה כתנאים סבירים. נבדוק גם את התמורה בדיעבד - האם התמורה ששולמה בפועל ע"י מי שתואם לתקנת השוק היא תמורה בת ערך ביחס לשווי האמיתי של הנכס.

2) מסלול חיצוני - מדבר על דיני עשיית עושר.

הרציונל: אין הצדקה ל"מתנות משמיים".

- השופטים ברק ואור טוענים שלא המוכרת ולא הקונה ידעו על מהותן של התמונות ולכן הייתה טעות משותפת מבחינה חוזית, ומבנים הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (עשיית עושר). מגיעים למסקנה שעל זהבה להחזיר את התמונות. החיסרון: רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת.
 - ברק - מחיל תו"ל אובייקטיבי ולא סובייקטיבי מכיוון שאף אחת מהצדדים לא ידעה שמדובר בתמונות גנובות ולכן אין סיבה להטיל עליהן חוסר תו"ל. הדרך היחידה לבטל את ההסכם היא בהחלת סטנדרט אובייקטיבי.
- מבחינה קניינית, הדרך הנכונה להתמודד היא ע"י עיצוב הדין הקנייני ולא ע"י תוספות חיצוניות.

נקבע כי לפי ס' 34 לחוק המקרקעין כי יש צורך ב-6 תנאים מצטברים לתקנת שוק במיטלטלין:

1. נמכר - ס' 1 לחוק המכר. התנאי הבסיסי; הקניית נכס תמורת מחיר, לכן נכס שניתן במתנה לא יזכה בתקנת שוק מכיוון שלא שולמה תמורה.
- תמורה סובייקטיבית או אובייקטיבית? האם מסתכלים על התמורה בתור התמורה הכספית ששולמה בפועל או הערך האובייקטיבי של הנכס (ציורים ששוים מיליונים).
2. נכס נד - ייחוד של סעיף 34 רק למיטלטלין מוחשיים ולא לזכויות. תקנת השוק חלה רק ביחס למיטלטלין מוחשיים ולפי ויסמן אין הבחנה בין מיטלטלין רשומים לאחרים.
3. ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר - על המוכר לעסוק במכירה של הפרטים מסוג הפרט שנמכר - למשל לא נמכור טלפון בחנות בגדים.

שתי גישות:

- זמיר - תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תו"ל של הקונה
 - דגן - המטרה הינה תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. לטענתו, אם סוחר ידע שהקונה אצלו יהיה מוגן באמצעות תקנת שוק רק אם הוא מתמחה בתחום מסוים, הדבר יגרום לסוחרים להתמחות בתחום מסוים, כאשר באמצעות זאת מייצרים מנגנון הגנה שוקי מפני זיופים, גניבות וכו'. כך הסוחרים ישימו לב יותר לסחורה שהם מקבלים והם יפקחו על סחורות בעייתיות שלא ייכנסו לשוק ויימכרו לקונים. למשל, מתמחה באומנות יזהה אם מדובר בחפצים גנובים.
 - 4. המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו של המוכר - תנאי שמטרתו להבטיח את תו"ל של הקונה (היעדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס). זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר. מקום עריכת העסקה (בבית או בחנות) ומועד עריכת העסקה קריטיים (בשעות פתיחת העסק או באישון לילה למשל), וגם תנאי העסקה אמורים להדליק נורות אדומות ויש ליישם אותם. ביישום קריטריונים אלה יש לבדוק 2 דברים:
 - את המכלול
 - מה קורה אם הקונה דורש את שינוי מהלך העסקים הרגיל
 - 5. הקונה קנה וקיבל - החזקה לא חייבת להיות רק של הרוכש אלא יכולה להיות גם אם מישהו אחר מטעמו של הרוכש ביצע את העסקה בשבילו.
 - 6. תום לב - תום ליבו של הקונה צריך להתקיים מעת כריתת החוזה ועד להשלמת התנאים של חזקה+קניין לפי המועד המיוחד.
- המבחן הוא סובייקטיבי וכולל שני סטנדרטים:
- הידיעה בפועל
 - עצימת עיניים
- לא נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית, כי לא רוצים לעכב את המסחר. מרציונל לתקנת השוק (תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" ע"י חיוב בבדיקות).
- במיטלטלין כמות העסקאות היומית היא מאוד גבוהה והטלה של ידיעה קונסטרוקטיבית על חסם לתו"ל תפגע במסחר במקרקעין.

ההכרעה של תקנת השוק היא עפ"י החלת שיקול מאזן המצוקה - במידה ומתברר שהנכס שונה ממה שחשבנו שהוא בעת המכירה, נטיל אחריות על הרוכש.

ביקורת: בחינה בדיעבד של המציאות - הם אין מדובר בחתירה תחת הרציונל של תקנת שוק? ההבחנה בין תקנת שוק במיטלטלין לבין תקנת שוק במקרקעין:

2 סוגים של תקנות שוק במיטלטלין:

- 1) הבעייתיות בתקנת שוק במיטלטלין נוגעת לשרשרת האספקה (ישנה חוליה שחורה בשרשרת ההעברות של המיטלטלין עד להגעתם לרוכש האחרון). כלומר, המפריע בסוג הראשון הוא שבאחת מההעברות של המיטלטלין התקיימה גניבה/זיוף מידיו של הבעלים המקורי שלא כדין (בעסקת מכר). תו"ל בסיטואציה זו הוא סובייקטיבי וכולל שני סטנדרטים.

(2) סיטואציה שבה מתברר בדיעבד שלא רק שהייתה העברה שלא כדין בשרשרת ההעברות, אלא גם מהות הנכס עצמו שהועבר אינה זהה למה שחשבו הצדדים בשלב הרכישה (בעיקר מה שחשב הרוכש האחרון בשרשרת, שתואם את תקנת השוק).

במקרה שבו קונים מאדם פרטי, למשל נקנה טלפון גנוב באופן פרטי מיד 2- לא ניתן לטעון לתקנת שוק במיטלטלין.

הפתרון: להתנות את התשלום בהעברת בעלות.

תקנות התעבורה העוסקות בהעברת בעלות מחייבות את הבנק המקוון לבדוק את זהות המתקשרים+אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה.

סיכום צ'קליסט דיני תחרויות:

- קודם יש לברר את זהות הצדדים. 3 סוגים של תחרויות עקרוניות:
 - בין בעל התחייבות לעסקה לנושה לא מובטח- פועלים עפ"י פס"ד אהרונוב- למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי)
 - עסקאות נוגדות- בין בעל התחייבות לעסקה לבעל התחייבות לעסקה- תנאי סעיף 9 לחוהמ"ק+ פס"ד גנז
 - תקנת שוק- בין בעלים מקורי לרוכש בתום לב- תנאי סעיף 10 לחוהמ"ק
- בירור המשאב:
 - מקרקעין רשומים- במבחן צריך לקחת את הפרטים בקיים וליישם על פסקי הדין.
 - בין בעל התחייבות לעסקה לנושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב.
 - עסקאות נוגדות- תנאי ס' 9 לחוהמ"ק+ פס"ד גנז
 - תקנת שוק- תנאי ס' 10 לחוהמ"ק.
 - מיטלטלין-
 - בין בעל התחייבות לעסקה לנושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב, חל גם על מיטלטלין.
 - עסקאות נוגדות- ס' 12 לחוק המיטלטלין.
 - תקנת שוק- ס' 34 לחוק המכר
 - זכויות+מקרקעין לא רשומים- כיוון שלא מדובר על מקרקעין רשומים העיקול יהיה ברשם המשכונות או במשרדי החברה או במשרדי מנהל מקרקעי ישראל ולא אצל רשם המקרקעין.
 - בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח- פס"ד אהרונוב.
 - עסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים- סעיפים 12-13 לחוק המיטלטלין.
 - תקנת שוק- ס' 4 לחוק המחאת חיובים.

זיקת הנאה

שיעור תרגול

זכות נדירה במקרקעין שהגיעה מהדין האנגלי. זיקת הנאה נוצרת כזכות אובליגטורית ניתנת לרישום (דבר זה לא ישנה את ההסכם או את תוקפו אך היא רלוונטית לגבי צדדים שלישיים).

ס' 5 לחוהמ"ק: זיקת הנאה לא מעניקה בעלות אלא רק זכות שימוש במקרקעין.

מהווה חריג לס' 13 שלפיו אין תוקף לעסקה רק בחלק מהמקרקעין; זיקת הנאה מאפשרת הנאה מחלק מהמקרקעין מתוך מקרקעין כולל.

למשל, בית שמוקף ביער- ניתן להשתמש בשביל גישה מבית אחד כדי להגיע לבית אחר (ההנאה היא רק בשביל ולא בגישה לכל הבית).

החוק לא מחייב לבצע שימוש במרשם מכיוון שהזיקה ניתנת בין הזכאי לרושם והדינמיות לא מאפשרת לרשום זכות זו באותה צורה שנוצרת זכות אחרת, אך כדאי לבצע במרשם שימוש במקרה של העברת בעלות.

חייב- בעלי המקרקעין הכפופים, צד ב'.

זכאי- עובר במקרקעין של החייב.

זיקת הנאה יכולה:

- לתת לעשות פעולה
- למנוע מעשיית פעולה

דרכי היווצרות הזכות:

1. מכוח הסכם- תמורת סכום מסוים. בתחילה היא אובליגטורית עד מועד רישומה.
2. בשל דין- צוואה, מעשה מנהלי.

פס"ד קיבוץ החותרים- כורי חול בענף הבניה שקיבלו קדימות במכרזי בשל הוותק שלהם. בשלב מסוים, המדינה החליטה לבטל את זכות הקדימות. הם עתרו לטענו לזיקת הנאה כלפי אזורי החול שמהם כרו במקרקעין, אך העתירה נדחתה. במידה והמעשה היה מנהלי (לתת לאדם גישה לקרקע, יכול להיות שהיו מכירים בזיקת הנאה).

3. מחמת כורח- במידה ואדם מוכיח לרשם המקרקעין שיש כורח לשימוש שלו במקרקעין של אחר, בין אם זכות זו נרשמה או לא, היא תהיה זכות קניינית. היא יכולה להתקיים בין אדם או מקרקעין זכאים לאדם או מקרקעין כפופים או חייבים שחייבים לו את זיקת ההנאה. לדוגמה, בית עם פתח במדרגות ויש אדם נכה. במידה והאדם מוכיח שיש לו כורח לעבור במקרקעין, תוכר לו זיקה למקרקעין.

4. מכוח שנים- סעיף 94 "התיישנות רוכשת"- זיקת הנאה מכוח שנים. במידה ואדם עושה שימוש במקרקעין של אחר במשך 30 שנה, הוא רוכש בכך זכות קניינית של ממש ויכול לרשום זאת במרשם המקרקעין במידה והוא יוכיח. חריג- כאשר בעל המקרקעין לא יודע שנעשה שימוש במקרקעין שלו (למשל משום שהמשתמש עובר שם מאוחר בלילה למשל כאשר בעל החלקה לא מודע). השימוש צריך להיות בפומבי ובגלוי. בהנחה שאין לצד השני טיעון מהותי, הוא לא יכול להתנגד לרישום.

4 תנאים מצטברים לכך:

- (1) שימוש ממושך של 30 שנה- גם כשהשימוש נעשה לסירוגין.
 - (2) **פס"ד טוינה נ' לוי-** רצו להעביר דרך שטח בלוני גז. ביהמ"ש איפשר להם להעביר את בלוני הגז באופן חריג למרות שבדבר"כ ביהמ"ש נוטה לפרש את זיקת ההנאה בצמצום.
 - (3) הזיקה צריכה להיות פומבית- המבחן הוא מה היה צריך בעל הקרקע לדעת.
 - (4) **פס"ד בן חורין-** משפחה שנהנתה מזיקת הנאה בשטח של משפחה אחרת, כאשר רצתה לקבל זכאות להגדיר את אותה קרקע כחניה שלה. ביהמ"ש קבע כי אין בעלות על הקרקע אלא רק זיקת הנאה וביהמ"ש פירש בצמצום, זוהי הגישה הרווחת.
- בפס"ד זה, ביהמ"ש מכניס מספר שיקולים לשימוש בזיקת הנאה:
- סוג השימוש ותכליתו
 - הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות- האם ניתן להשתמש בדרך אחרת או שחייבים להשתמש בקרקע הזו? אם יש חלופה אחרת, ביהמ"ש יעדיף שלא להתיר את זכות ההנאה.
 - פומביות השימוש- מבחן אובייקטיבי. מה בעל המקרקעין ידע? לדוגמה אדם שחי בחו"ל ולא יודע שמישהו משתמש במקרקעין שלו יישא בבעיה אישית שלו.
 - עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים.

ביהמ"ש נוטה לפרש את זיקת ההנאה בצמצום, לפי שיקול דעתו.

(3) בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים:

- הודעה בכתב למשתמש, או

○ הודעה כללית לציבור.

(4) אופציית ה"כניסה לנעליים" - אם הורה נהנה במהלך 15 שנה במקרקעין מסוימים, הילד יכול להיכנס לנעליו במהלך 15 שנים הבאות. למשל בת יכולה להמשיך את אמה במהלך 30 השנים וליצור זיקת הנאה.

סעיף 92- הזכאים לזיקת הנאה:

1. אדם- פרטי
2. סוג בני אדם - קבוצה מסוימת, למשל קבוצת מתפללים שצריכה להגיע לביה"כ כדי לקיים את התפילה, משפחה, או כל קבוצה שיש לה מאפיינים משותפים שיוצרת זכות משותפת להשתמש במקרקעין הכפופים.
3. הציבור - מנהלי, הפקעות.
4. מקרקעין - מקרקעין חייבים VS. כפופים;
גם אם מתחלפים הבעלים, גם לבעלים הכפופים עדיין יש זכות להנות מהמקרקעין הזכאים. כלומר, גם במידה ובית או חלקה הזכאים לזיקה יימכרו, עדיין הקרקע עצמה זוכה לזיקת הנאה (משויכת לקרקע ולא לבעלים המתחלפים), ולכן גם הבעלים החדשים ייהנו מזיקת הנאה.

ס' 93- תוכן הזיקה:

ס' 98- זיקת הנאה במקרקעין

- אפשרי במקרה בו שתי חלקות בבעלות אותו אדם
- אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד- החלקה לא בטלה
- אם אוחדו לחלקה אחת- הזיקה כן מתבטלת

למשל האם אדם יכול לעשות עסקה ורישום עם עצמו על זיקת הנאה בשתי חלקות ששייכות לו כך שבמקרה והוא ימכור אותן הוא לא יאבד את הבעלות עליהן?

ס' 97- מקרה של חלוקת המקרקעין

ס' 96- תוקף הזיקה:

- היא לתקופה בלתי מוגבלת, כל עוד לא הוסכם אחרת מכוח הסכם.
- ביהמ"ש מוסמך לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהסיבות:
 - אי הפעלת הזיקה- אין שימוש בה בפועל
 - שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה- כמו יצירת כביש חדש
 - שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים- לא קרה בישראל. מקרה שבו הבעלים מתחלפים למשל.

ס' 95- העברת זיקת הנאה

ללא הסכמה של בעל המקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת אדם, כיוון שלא רוצים ליצור מדרון חלקלק.

1130- תחולה במקרקעי ציבור

מלשון החוק משמע שזיקת הנאה לא חלה במקרקעים ציבוריים, מכיוון ש:

- הרשות לא יכולה לדעת על שימוש במקרקעין ציבוריים- כל אדם ירצה לרשום זיקת הנאה על מקום ציבורי וזהו פתח שלילי
- רוב הפעולות שנעשות מכוח זיקת הנאה נעשות גם כך מכוח מעבר במקרקעין ציבוריים רגילים שאפשר לעבור, להעביר ולעשות בהם כרצוננו ברחוב
- יוסמן חולק על כך בפס"ד עיריית ר"ג.

זכות קדימה

ס'106-99 לחוק המקרקעין.

חל על חכירה לדורות (25 שנה) ועל בעלות.

זכות שמקנה בעל הקרקע לאחר, ולפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה. זכות סירוב ראשונה.

זכות הקדימה חייבת להירשם במרשם כדי להיות זכות קניינית, בניגוד לזיקת הנאה המשתכללת גם מבלי להירשם. חלה בבעלות וחכירת לדורות.

לא חלה בהעברה ללא תמורה, אך במקרה שכזה- היא חלה על מקבל הנכס במתנה.

סוגי זכויות קדימה:

1. מכוח הסכם- אין לה תוקף עד שהיא לא נרשמת. סעיף 99 (א).
 2. מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה- ס'100ב+ס'113 לחוק הירושה:
 - זכות קדימה של יורשים על פני זרים
 - זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים
 3. זכות קדימה בין בני זוג- ס'101:
 - משק חקלאי- נחשב לחריג
 - בית עסק שלהם
 - דירת המגורים- ולא דירה להשקעה
- חל רק בסוגים אלה ע"מ למנוע הדרדרות לעוני.

זכות הקדימה קריטית במיוחד בהגנה על נושים: החוק מגן במקרה שבשוק החופשי נוכל למכור את הנכס במחיר זול יותר (מנהל העיזבון עלול לפגוע בנושים- שינסה לקנות במחיר היקר ביותר). כדי למנוע את המכירה במחיר יקר מדי, תינתן לאותו יורש זכות סירוב.

כאשר יש נכס שהירושה שלו עלולה להיפגע, ניתן ליורשים זכות סירוב ראשונה כי העדפת השלמות של הנכס גוברת (גם במקרה של פירוק שיתוף וחלוקה בעין- נעדיף לחלק לחצי).

שימוש בזכויות סירוב היא משמעותית בעולם הכלכלי.

למבחן- כאשר יש דירות של בני זוג או יורשים, תמיד כדאי לחשוב- האם יש זכות סירוב? כי אם המכירה לא תקפה לאדם מסוים, אין מה לדון בכך (הדבר דומה למוכר זכות שאין לו). הרציונל- לצד הגנה על צדדים שלישיים, כאשר ישנם בני זוג

אדם אינו יכול למכור רכוש שלא שייך לו- לפי תקנת השוק כאשר הייתה טעות במרשם (כשהמקרקעין לא שיקף את מצב הבעלות האמיתי).

במיטלטלין, תקנת השוק מורה שאדם שקונה אותם לא צריך לדעת שהרכוש גנוב למשל. יש לדון בכך שעל האדם לדעת מי הבעלים.

הגנת זכות הסירוב במקרים של דיני תחרויות- באה לידי ביטוי במכירת החלק.

סוגיות במרשם:

- המרשם לא משקף זכויות שאינן קנייניות כגון דייר מוגן, על אף שזוי הזכויות.
- המרשם אינו משקף זכויות קנייניות הפטורות מרישום כגון שכירות עד 5 שנים.
- המרשם דו ממדי קרקע והבנוי עליה (החריג- בית משותף).
- המרשם מאפשר רישום הערות מוגדרות ומעטות
- המרשם תלוי ביוזמת מבקש הרישום גוף מגיב ופחות יוזם
- שיטת המדידה של השטח הרשום (דירות וקרקע) לא מעודכן- יש לרשום באופן תלת מימדי גם מנהרות לדוגמה.

- שינויים בזכויות קניין לא נרשמים- שינויים עקב ירושה, התיישנות, בניה במקרקעי הזולת, זכות קדימה בין בני זוג וכו'.

בעלי תפקידים בטאבו:

- הממונה על המרשם, מנהל האגף- עיקר תפקידו הוא ניהול של המרשם, מתן הנחיות, נטילת סמכות של המצוי מתחתיו- כאשר לרוב סמכויותיו עוסקות ברישום המרשם. הוא מנהל את הפנקסים ולא עוסק בתפקיד השיפוטי אלא בניהול הרישום בלבד.
- הדמות יוצאת הדופן- המפקח על רישום מקרקעין, בעל שתי סמכויות:
 - סמכות שיפוטית מובהקת
 - סמכויות מנהליות רישומיות (סמכויות של רשם מקרקעין)

שני הליכים:

- ערר- הליך מנהלי. הליך תקיפה מנהלית על החלטות מנהליות של רשם או מפקח. מתנהל מול הממונה על המרשם- הליך מעין שיפוטי שבו מתקבלת החלטה, שעליה ניתן לערער בפני ביהמ"ש המחוזי כערעור מנהלי על החלטתו של מפקח.
- ערעור- הליך שיפוטי. הליך תקיפה שיפוטי של פס"ד.

סוגיות שיפוטיות:

מתייחסות בעיקר לחומר השיפוטי.

- ערכאות שיפוטיות בתי משפט:
עליון, מחוזי ושלוש, ביה"ד לעבודה, בימ"ש לענייני משפחה, בימ"ש לתעבורה.
- ערכאות שיפוטיות במשרש המשפטים:
 - מפקח על רישום מקרקעין
 - פוסק קניין רוחני
 - ביה"ד לעררים
 - רשות האכיפה והגביה

מי רשאי לתבוע בפני המפקח?

- נציגות בית משותף

ס'52- מגדיר מושגים בתביעות קניין.

מבחן- 3 שעות.

שאלה ראשונה- 50%.

שאלה שניה- 35%. או אירועון קצר יותר או שאלת שעוסקת בהצעת חוק שמבקשת לשנות מצב קיים.
שאלה שלישית- שאלת מתנה, 15%, עוסקת בלקרוא ציטוט/אמירה ולחוות דעה על בסיס ערכים.

בהצלחה!