דיני קניין- מחברת קורס

**10% בחנים-** צריך לעבור 5 בחנים מתוך 8 הזדמנויות. הבחנים יהיו בתכונת של עובר/לא עובר, בוחן פשוט. לקרוא את החומרים שיינתנו, השאלות תהיינה פשוטות. להבין את העובדות, עמדות השופטים בפסקי הדין וכו'. **20% עבודה. 70% מבחן- עם חומר פתוח.**

**שיעור 1- 05.03.20- אור**

מה זה קניין?

בגדול, מה שעולה לנו באינטואיציה זה זכות שיש לנו על רכוש- משהו ששייך לי, "זה שלי", אף אחד לא יכול לקחת את זה אלא אם כן אני מסכים וכל מה שקורה עם הנכס הזה קורה רק בתכתיבים או בהסכמה שלי.

**ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- "אין פוגעים בקניינו של אדם"-** אין כאן הסבר של מהו קניין אבל הוא מגדיר שאין לפגוע בקניין של אדם אלא אם כן זה במסגרת פסקת ההגבלה שמכשירה את הפגיעה, כלומר מכירים בפגיעה כזו אבל היא "כשרה".

שלוש דוגמאות שמראות שגם כשאנחנו מכירים בזכות קניין וגם כשהמשפט והחברה מכירים בזכות קניין, זה לא באמת שיש לנו שליטה אבסולוטית על החפץ או הנכס

1. **פטנט-** פטנט זאת זכות קניינית מאוד חזקה, מתוך עולם הקניין הרוחני, אולי הזכות הכי חזקה שקיימת בתחום הזה. היא ניתנת על המצאה או חידוש מסוים- לא מספיק לעלות על איזשהו רעיון אלא צריך לעשות אבטיפוס ראשוני של ההמצאה/הרעיון ואז הולכים לרשם הפטנטים ורושמים את הפטנט- זהו הליך מאוד איטי מאחר ויש לברר קודם אם אין אף אחד שהמציא את זה לפני כן, אם אין חלקים שמועתקים מהמצאות קודמות וכו' וכשמגיעים למסקנה שפלוני המצאתי את זה- פלוני מקבל זכות קניינית של פטנט. זכות של פטנט אומרת שלאותו אדם יש זכות של 20 שנה בערך, זכות אבסולוטית (או לכאורה אבסולוטית כפי שנראה בהמשך) לייצור את הפטנט הזה ולקבלת את הרווחים ממנו. למעשה אף אחד אחר לא יכול לבוא ולעשות שימוש בפטנט הזה.

פטנטים בדר"כ מורכבים יותר מחפצים רגילים שאנו מכירים. אם עושים בזה שימוש בעצמנו סביר להניח שאף אחד לא ידע מזה (אם הצלחתי למשל להרכיב אותו בעצמי) אבל אם אנסה להפיק מהפטנט הזה שנרשם על שם מישהו אחר, רווחים- אני חשוף לתביעה.

לדוגמה- חברת טבע הישראלית, מעתיקה פטנטים שהזכות עליהם נרשמה, ע"י כך שהיא מחכה שהזכות עליהם תיגמר וכך היא מעתיקה פטנט שפג תוקפו ומשתמשת בו לרווחים.

על כל פנים, פטנט נחשב כזכות חזקה כי במהלך תקופת הפטנט, בעל הפטנט יכול להדיר מהייצור והשימוש של הפטנט כל אדם וגוף. ועדיין, עם כל זה שמדובר באחת מהזכויות הקנייניות החזקות ביותר שקיימות, **הזכות לפטנט אינה מוחלטת-** אני לא יכול לעשות עם הזכות הזו כל מה שאני רוצה.

דבר ראשון, **היא פגה אחרי בערך 20 שנה**- ולכן מוענקת לתקופת זמן מסוימת ולאחר מכן כל אחד יכול לעשות בו שימוש ובנוסף, **פרק ח' לחוק הפטנטים** הישראלי קובע שאם בתוך 20 השנה האלה בעל הפטנט לא מנצל את הפטנט הזה באופן ראוי מבחינה חברתית, אז לצורך העניין ניתן להפקיע ממנו את הבלעדיות ולתת רישיון כפייה לכל גורם אחר בחברה שלמעשה יוכל לייצר את הפטנט.

למשל, אם חברת טבע לא הייתה מייצרת מספיק תרופות מסוג מסוים ביחס לביקוש בשוק, אז רשם הפטנטים יכול להפקיע ממנה את הבלעדיות על הפטנט ולאפשר לחברות אחרות להעתיק אותו למרות שטרם תמו 20 השנים.

המשמעות היא שלמרות שלכאורה הזכות לפטנט היא זכות חזקה וכמעט אבסולוטית, היא עדיין לא מגיעה לרמה האבסולוטית כי ניתן לפגוע לבעל הפטנט בזכות לקניין. אנו נשאל האם מדובר בפגיעה בזכות לקניין או בעיצוב מחדש של גבולות הזכות (ההבדל הזה משמעותי).

זו דוגמה אחת שמראה את זכות חזקה של פטנט שגם היא לא אבסולוטית, אם לא משתמשים בה כראוי מבחינה חברתית ולכן יש כאן ערעור על אבסולוטיות הזכות לקניין ועל ההתנהלות של בעל הפטנט כפי שהוא רוצה.

1. **דוגמה מדיני משפחה- הלכת השיתוף-** זו הלכה של ביהמ"ש שבה ביהמ"ש שינה משמעותית את המציאות הקניינית בכל מה שקשור לקניין של בני זוג בשלב של גירושין.

מגיעים שני בני זוג, הדירה רשומה על שם הבעל בלבד והשאלה היא מי מקבל את הדירה- מצד אחד, הדירה רשומה רק על שם הבעל. **ס' 7 לחוק המקרקעין** קובע שרישום הוא ראיה לבעלות ולכן אם רק הבעל רשום כבעל הדירה, אז מבחינת החוק היבש- רק הבעל הוא הבעלים של הדירה ולכן בחלוקת הרכוש לפי הבעלויות, עובר לבעל ובכלל זה הדירה.

זו הייתה המציאות לפני **פס"ד בבלי**. בפס"ד בבלי אדון בבלי יודע שהדירה רשומה על שמו בלבד ועפ"י דיני הקניין הדירה שייכת לו ולכן מצפה לצאת מהמשפט עם דירה שבבעלותו המלאה. אבל **ביהמ"ש פוסק שבני הזוג יקבלו את הדירה בחלקים שווים**. אדון בבלי היה משוכנע שיקבל את הדירה גם על סמך פסקי דין קודמים והוא בסופו של דבר יוצא עם מחצית הדירה בלבד. האם יש כאן פגיעה בזכות לקניין או בהגדרה מחודשת של הזכות הקניינית? מה שביהמ"ש עושה זה שהוא אומר שמסתכלים על הזכות לקניין **באופן מהותי ולא פורמליסטי**.

בצורה הפורמליסטית, האישה יוצאת ללא רכוש ולכן ביהמ"ש פוסק אחרת מפסקי הדין הקודמים.

האם הלכת השיתוף הזו שנפסקה בפס"ד בבלי הולכת יד ביד עם דיני הקניין האבסולוטיים? לא. חוק הקניין קובע שמי שרשום הוא בעל הנכס אבל ביהמ"ש לא הלך לפי החוק היבש, אבל בגדול- אף אחד לא טען שביהמ"ש פגע בזכות הקניין של אדון בבלי אלא הגדרה מחודשת באשר להיקפה של הזכות לקניין. יש הבחנה בין מצב בו מבררים מה היקף זכות הקניין שלך לבין מצב שבו באמת יש פגיעה בזכות הקניין של אדם. הלכת בבלי שינתה מצב קיים בצורה דרמטית. לפני הלכת בבלי, היה ברור שהדין הקנייני מקנה את הזכות הקניינית על הדירה לבן הזוג שהדירה רשומה על שמו. דיני הקניין לא נמצאים בתפיסה האינטואיטיבית של חירות הבעלים- שהבעלים יכול לעשות מה שהוא רוצה. הרבה פעמים הוא לא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה עם הנכס, למרות שהנכס רשום על שמו.

1. **זכות יוצרים-** גם כן קשור לעולם הזכויות הרוחניות. המשמעות של הזכות- אדם יוצר יצירה (שיר, מצגת, יצירה אחרת) ומקבל עליה זכויות. היא פחות חזקה מפטנטים כי הזכות הזו למעשה רק מקנה פיצוי כלכלי במידה שמישהו מפר את הזכות ויש גם אלמנט מוסרי- ביזוי היוצר וביזוי היצירה, שגם יכולים להקנות איזשהו פיצוי.

החוק של זכויות היוצרים היה בנוי כמו חוק העונשין, כלומר- עבירה, עונש ופטור למי שחוסה במסגרת הפטור. למשל- הגנה עצמית: אם ירית במישהו והרגת אותו מתוך הגנה עצמית, זה לא אומר שלא ביצעת עבירת המתה אלא אומר שלא תישא באחריות בשל הנסיבות.

אז חוק זכויות יוצרים היה בנוי אותו דבר: הפרה (כל שימוש שעושים ביצירה הוא למעשה הפרה של זכות היוצרים של בעל הזכות), אבל היו בחוק כל מיני הגנות כשהכי דומיננטית- שימוש הוגן, כלומר אדם שהפר זכות יוצרים של אדם אחר, עשה שימוש ביצירה (למשל לימד מאמר של מישהו אחר) אבל הייתה הגנה של שימוש הוגן. אם בעל המאמר היה לוקח את המרצה לבימ"ש, ההגנה שתעמוד היא שימוש הוגן: לא שימוש לצרכי רווח, אלא לצרכי לימוד/מחקר וכו', כלומר אין הפקת רווחים על גב היוצר.

לפני בערך 10 שנים היה שינוי בחוק- ההגנה של שימוש הוגן הוכנסה להגדרה של היקף הזכות הקניינית מלכתחילה, כלומר היום, אם אני עושה שימוש במאמר של מישהו באופן הוגן- זה לא שהפרתי את זכות היוצרים שלו, אלא זה מלכתחילה לא נמצא בהגדרת הזכות שלו. הזכות שהיוצר מקבל, לא כוללת מצבים שבהם אנשים עושים שימוש הוגן ביצירה שלו. עיקר הנפקות של זה- נטל ההוכחה שעל כתפי היוצר.

יוצר שחושב שהפרתי בצורה לא הוגנת- עליו להוכיח את זה בביהמ"ש. בצורה ההפוכה, אני זה שהייתי צריך להוכיח ולכן יש כאן שימוש משמעותי מבחינת נטל ההוכחה ובעיקר- היקף הזכות הקניינית של זכויות יוצרים שלא כוללת בתוכה שימוש הוגן ביצירה ע"י אחרים.

כל הדוגמאות האלו מראות **שזכות קניינית אינה אבסולוטית** ולכן שאומרים שנפגעה הזכות של אדם, צריך לבדוק האם יש לו זכות קניינית, או מהצד השני- למה השימוש או ההפרה היא לא פגיעה בזכות לקניין של הבעלים או מי שטוען להיות הבעלים משום שזה לא חלק מהגדרת הזכות.

אין הגדרה אחידה של זכות קניינית, בהמשך הקורס נלמד איך מבררים מה בדיוק אומרת הזכות הקניינית.

תאוריות קנייניות- מהי הזכות הקניינית?

יש מתח מאוד גדול בין זכות חוזית לזכות קניינית. עיקרו של המתח בספרות, בהמשך הקורס נראה שעשויות להיות לו משמעויות מאוד קריטיות לזכויות של בעלים בנכס.

יש זכות שנקראות **inrem**- כלומר זכויות כלפי כל העולם ויש זכויות **inpersonam**- זכות אישית.

במהלך כל השנים, הדיון סביב הסיפור הזה הוא הניסיון להבין מה ההבדל ביניהן- בדר"כ הזכות הקניינית נתפסת כלפי כל העולם והחוזים נתפסת כאישית.

עד המאה 18, התפיסה ששלטה בכיפה דיברה על הבחנה בין זכות שבה למעשה יש לאדם/לבעלים זכות ביחס לנכס, כלומר זכות קניינית אומרת שיש לבעלים זכות כלפי הדירה שלו למשל.

לעומת זאת, זכות חוזית אומרת שיש לי זכות כלפי אדם אחר.

בגדול, התפיסה הייתה שיש ממש זכות כלפי החפץ ולחפץ יש חובה כלפי הבעלים וכל העולם מנוע מלהתערב במערכת היחסים בין הבעלים לנכס, לעומת זכות חוזית- זכות של אדם מול אדם ולכן אין כל קשר לנכס מסוים.

התאוריה הקלאסית הזו היא מאוד בעייתית כי המערכת הזו לא מתקיימת לפי התפיסה שלנו באשר לזכויות וחובות של אדם וחפצים.

בגלל הבעייתיות הזו, התפתחה תאוריה אחרת שהיא **התאוריה הפרסונלית** שבאה ואומרת שאין הבדל מהותי בין זכויות קנייניות לבין זכויות חוזיות: כל מה שיש לנו בין שתי הזכויות האלה זה הבדל כמותי ולא מהותי או איכותי.

איך מסבירים את ההבדל בין קניין לזכות חוזית?

**זכות חוזית**- הסכם שאני כורת מול אדם מסוים או קבוצת אנשים. ברגע שאני כורת את ההסכם הזה, כל אחד חב לשני את הזכות הזו.

**זכות קניינית**- ברגע שאני רוכש את הזכות הזו, התאוריה הפרסונלית אומרת שזה כמו הסכם עם כל יתר האנשים בעולם (הסכם דמיוני) שקובע שכל היתר האחרים- אסור להם לעשות פעולה בנכס שלי.

אז החובות והזכויות פה, או מערך החובות והזכויות במערך הקנייני, הוא לא מול החפץ אלא בדיוק כמו בזכות החוזית- **מדובר בחוזה מול בני אדם**, אלא שבשונה מזכות חוזית שנערכת עם קבוצה מוגדרת של אנשים, הזכות הקניינית כורתת חוזה עם כלל האנושות.

לכן מבחינה מהותית אין כאן הבדל. יש חובות וזכויות עם יתר האנושות באשר לדיני הקניין.

כשאני מקבל זכות קניינית נכרת חוזה ביני לבין כל העולם שכולם חייבים להימנע מלהפריע לי בשימוש שלי בנכס ולפגוע לי בנכס וכו'. לכן מדובר בהבחנה כמותית ולא מהותית.

גם התפיסה הפרסונלית נדחית בדיי הקניין המודרניים כי זה לא משקף הבדל מהותי בין קניין לחוזים- אנחנו עדיין נמצאים בספרה שבין אנשים, זכויות וחובות במסגרת הסכמית. היסטורית ומעשית יש הבדל משמעותי אם יש זכות קניינית או זכות חוזית.

**התאוריה המודרנית-** היא שמעצבת את דיני הקניין כיום ואומרת דבר כזה:

זכות קניינית מעניקה לבעלים שלה או למחזיק הזכות הקניינית את היכולת להפיק מהנכס במישרין את התועלת או את הרווח הכספי שנגזר מהבעלות שלו על הזכות.

דוגמה מאוד ממוקדת- כשאני כורת חוזה מול אדם מסוים, מה קורה אם לצורך העניין אותו אדם מפר את החוזה? יש תרופות מכל מיני סוגים.

מה קורה אם אותו אדם לא נמצא פה? אז יש לו חוב שככל הנראה לא ישולם.

מה קורה אם יש לי זכות קניינית? לדוגמה, אם כשעשינו את החוזה אני ביקשתי שעבוד על נכס מסוים של הפרטנר שלי לחוזה. מה יקרה אם הוא יעלם ברגע שיצרתי זכות קניינית, אותו אדם שיצרתי את הזכות מולו כבר לא מעניין אותי כי לי יש זכות להיפרע מהנכס עצמו.

דוגמה לכך- משכנתא. משכנתא היא הלוואה מהבנק לצורך מימון דירה. יש הרבה מאוד דרכים לקחת הלוואות. חלק גדול מהן לא דורשות שעבוד של נכס מסוים. לבנק מנגד יש זכות חוזית לקבל את הנכס.

**משכנתא היא אחת הזכויות הקנייניות בישראל**- בעצם משכון לזכות במקרקעין.

לצורך העניין, הבנק מחליט להעביר הלוואה- כל הלוואה שהבנק נותן הוא יכול לתבוע משכנתא. הוא לא יעשה את זה על תביעות קטנות, אבל בגדול יכול לעשות זאת.

בהלוואות גדולות ומסוכנות יותר הוא יתבע משכנתא, כלומר- זכות קניינית בנכס מקרקעין, בניגוד להלוואות אחרות שהוא חותם חוזה כנגד ההלוואה בלי זכות מקרקעין.

מה ההבדל בין המקרים האלה? בחלק הראשון, הבנק יכול להגיש תביעה חוזית על הפרת חוזה ולקבל פס"ד לגבות את החוב. כמובן שאם האדם פשט רגל או ברח- הבנק לא יקבל את הכסף ולכן בנקים נותנים את הכסף על סכומים יחסית נמוכים.

לעומת זאת, בהלוואה השנייה- את הבנק לא מעניין בכלל אם בעל החוב נמצא או לא נמצא או פושט רגל. הבנק פונה ישירות לנכס, בצורה בלתי אמצעית, ומממש את החלק שלו במשכנתא.

אדם שהוא בעלים של בית ששווה 2 מיליון ולקח הלוואה של מיליון- הוא רשום בטאבו כבעל הזכות בדירה והבעל רשום כבעל זכות משכנתא בנכס הזה עד לגובה הסכום שהוא הלווה, במקרה הזה- מיליון ₪.

אם יש בעיה הפירעון, הבנק יכול לדרוש לממש את הדירה וכך לא תלוי במצבו האישי או בהיותו של בעל החוב שלו בר פירעון או לא כי יש לבנק אחיזה בלתי אמצעית בנכס.

לכן התאוריה המודרנית הזו אומרת שיש את הבעלים, מי שאינו הבעלים והמשאב.

מערכת היחסים ביניהם אומרת שאם אני בעל זכות קניין- אני יכול לפנות לנכס בתביעה ישירה בלי לעבור דרך מי שכרתי איתו את החוזה, יש לי זיקה בלתי אמצעית אל הנכס.

נראה שהדבר הזה הוא קריטי למה שיהיה לנו במבחן- ההבנה מה ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית, יתבטא במבחן בתחום שנקרא דיני תחרויות- אדם מוכר את הנכס שלו לא' ואז את אותו נכס בדיוק לאדם ב'.

ברור שהוא פועל לא בסדר אבל מה שמעניין כאן זה למי יש זכות על הנכס.

מי שיש לו רק זכות חוזית "אכלת אותה" אבל מי שיש לו זכות קניינית- הוא זה שיקבל את הנכס ולכן יש משמעות לשאלה איזו זכות יש פה ואיזו זכות יש לבעלים.

דיאלוג של תפיסות קנייניות

יש הרבה תפיסות קנייניות- חלקן היסטוריות שמגיעות ממקורות רומיים, אנגליים, אמריקנים ויש תפיסות מודרניות יותר. נציג שתי תפיסות קצה בנוגע לתפיסות הקנייניות:

1. **בלאקסטון-** אחד ההוגים האנגלים, הכתיבה שלו טענה שאין דבר שמסעיר יותר את הדמיון מאשר הזכות לקניין. הוא אימץ תפיסה שנקראת **התפיסה הליברטריאנית**- חופש, חירות. התפיסה הזו למעשה מקדשת את ערך חירות הפרט בצורה די אבסולוטית וגוזרת מהערך הזה את תפקיד המדינה. כלומר גם תפיסות ליברטריאניות לא מתנגדות לקיומה של מדינה, הן כן מתנגדות לקיומה של מדינה שמתערבת יותר מדי ברמת הפרט. המדינה לפי התפיסה הזו צריכה להיות "**שומר לילה**"- כלומר כל תפקידה וסמכויותיה- להגן על יכולתם של פרטים לממש את החירויות שלהם.

עפ"י התפיסות הליברטריאניות הקיצונית, למדינה שני תפקידים:

1. הבטחת שלום ומניעת מלחמה.
2. שמירה על סדר ציבורי וביטחון פנים.

לפני 3 שנים, הייתה החלטה בביהמ"ש העליון האמריקני סביב התוכנית של אובמה סביב ביטוח הבריאות הממלכתי לאוכלוסייה האמריקנית בניגוד לתוכניות הסעד לאוכלוסייה הכי חלשה- התוכנית שלו הרחיבה את הכיסוי הרפואי גם לאוכלוסיות יותר חזקות.

בארה"ב שוקלים אם ללכת לרופא מראש כי זה עולה הרבה כסף, אבל יש לזה משמעות לאמריקנים שמאמינים בתפיסות הליברטריאניות כי התוכנית הזו גובה כסף רב מאנשים חלשים. מהבחינה הליברטריאנית, מדובר בפגיעה של המדינה בזכות הקניין של האזרחים.

ביהמ"ש הכריע שמדובר במס ולא בפגיעה בקניין ולכן הסכום הכספי שנקלח מהאזרחים הוא לגיטימי.

בלאקסטון אימץ את התפיסה הזו וביקש את זכות הקניין שלו על הערך של חירות הבעלים- וכשמבססים את הזכות לקניין על חירות הבעלים אז כל דבר שעושים שמשפיע על היכולת שלי להשתמש בקניין, פגוע למעשה בזכות הקניין שלי. עפ"י בלאקסטון, הזכות לקניין היא כל הנאה שיש לבעל הנכס בנכס שלו. אז בשביל בלאקסטון הזכות לקניין היא מאוד ברורה- **כל פגיעה והשפעה שמונעת ממני לעשות משהו ללא הסכמתי מהווה פגיעה בזכות לקניין.**

1. **הופלד-** תפיסה שונה של הזכות הקניינית. הופלד אומר שאין משמעות לאמירה זכות קניינית- יש זכאויות קנייניות ששונות האחת מהשנייה והן מתקבצות במקרים מסוימים בצורה מודולרית, כלומר במקרה אחד יכולות להתקבץ כמה זכאויות, במקרה אחר יתקבצו זכאויות מסוגים שונים יחד, כלומר- כל פעם זכאויות שונות- כמו לגו, כל פעם לוקחים זכאויות ומרכיבים את הזכות לקניינן בהתאם לזכאויות האלה.

דוגמאות לזכאויות כאלה, למשל- **זכות השליטה והניהול**. לבעלים של קרקע ומיטלטלין יש את הזכות לשלוט ולנהל את הנכס שלו.

זכות אחרת היא זכאות של **שימוש**. אני יכול להיות בעלים של קרקע, לשלוט ולנהל את הנכס אבל לא אעשה בו שימוש כי אני משכיר אותו למישהו אחר- אין לי את הזכאות להשתמש בו. לעומת זאת לשוכר, יש גם זכות קניינית (שכירות היא זכות קניינית) אבל היא כוללת רק את זכות השימוש ולא את הזכות למכור אותו או להשכיר אותו. הופלד אומר שזכות קניינית- אין לה משמעות אחידה, היא כל פעם משתנה. זכות קניינית היא שם של הרכב לזכויות שאנו מזהים, זכויות קנייניות לא מתקיימות תמיד באותו תמהיל.

דינמיקה של תפיסות קנייניות

1. **תפיסה פורמאליסטית-** תפיסה צורנית, מבנית של החוק. היצמדות להגדרה הצורנית של החוק, לדוגמה- התפיסה הפורמאליסטית לא הייתה יכולה לחיות שלום עם **הלכת השימוש** משום שבחוק כתוב שהזכות לקניין היא לפי הרישום, ביהמ"ש הפורמליסטי היה צריך לקבוע לפי החוק ולא לפי תועלת חברתית.
2. **תפיסה ריאליסטית-** מסתכלת על המציאות ועל מה שקורה באמת בשטח, לדוגמה במקרה של **פס"ד בבלי**- משום שאנו מבינים שבני הזוג בבלי מחזיקים באופן שווה בדירה, אנחנו נסתכל על המציאות ונבין שמבחינת הזכאויות הקנייניות צריך לחלק את הדירה באופן שווה נוכח המציאות.

הגישה הפורמליסטית מספקת לנו וודאות ובקניין אנחנו מאוד אוהבים יציבות, מדובר בנכסים והון שעוברים מדור לדור ולכן אוהבים יציבות כדי לדעת איך לכלכל את הצעדים שלנו.

לפי הגישה הריאליסטית- מה שיקבע בסופו של דבר זו תפיסת העולם של השופט, מה שיקבע ואיך תהייה חלוקת הנכסים למשל של בני זוג שמתגרשים.

אז מבחינת יציבות וודאות, לגישה הפורמליסטית יש יתרון מאוד גדול. מצד שני, לריאליזם יש יתרון מבחינת צדק- במקרה של פס"ד בבלי, הגיעה אישה לביהמ"ש שנמצאת במשבר בחייה- קנתה את הבית יחד עם הבעל, השקיעה בו ואם נלך לפי הגישה הפורמליסטית- רק בגלל שהבעל רשום כבעלים של הדירה בטאבו, הוא יקבל הכל והיא כלום.

החשש מפורמליזם שהוא תמיד מוביל לחוסר צדק. לעומת זאת לריאליזם שיש לו בעיה קשה של ודאות, מוביל לצדק אבל אין לנו יכולת לתכנן לפי הגישה הריאליסטית מה באמת יקרה בפועל. אז לכל גישה יש יתרונות וחסרונות. אין ספק שהדין הישראלי ובכלל בעולם בדר"כ מתחיל בפורמליזם ולאט לאט נעים לקראת תפיסה ריאליסטית.

הבדל נוסף- מוניזם ופלורליזם

1. **מוניזם-** תפיסת עולם מוניסטית בדיני הקניין אומרת **שכל תפיסת הקניין שלנו בעצם מושתתת על ערך חברתי או אנושי אחד**. למשל, התפיסה הליברטריאנית היא מוניסטית כי מבוססת כולה על ערך אחד- חירות הבעלים. כל החלטה שלנו לגבי האם יש או אין זכות קניין, מה היקף זכות הקניין, האם מדובר בפגיעה והאם צריך לפצות- הכל נגזר מהשאלה האם זה מחזק את חירות הבעלים או פוגע בה.

תפיסת קניין מוניסטית שמבוססת על ערך החירות של הבעלים נותנת פחות כוח למדינה ויותר לפרט וכמעט ולא מטילה שום חובה על הבעלים להתחשב בסביבתו כי אנחנו מנסים כל הזמן לחזק את חירות הבעלים, זה הערך המרכזי. אבל זה לא אומר שאפשר לבסס תפיסה מוניסטית קניינית רק על ערך אחרות.

יש עוד ערכים מוניסטים, למשל- **השאת הרווחה המצרפית**. נניח שזה הערך האולטימטיבי שכל מערכת הקניין מושתתת עליו. אנחנו יכולים להגיע לתוצאות שונות לחלוטין ממערכת שמושתתת על ערך החירות כי אנחנו יכולים להגיע למסקנות שיותר יעיל להעביר בעלות על נכסים לתפיסות ציבוריות לשם השאת הרווחה המצרפית. אם המשוואה נוטה למשל להקמת בריכה ציבורית על נכס פרטי של אדם, הוא יידרש לוותר על הנכס ללא פיצוי לשם ההשאה החברתית הזו, שהיא מגלמת את הערך המוניסטי. תפיסת עולם כזו של רווחה מצרפית היא מאוד דורסנית. בכלל התפיסה התועלתנית היא תפיסה מאוד מסוכנת לחירות של הפרט כי היא תמיד מסתכלת על השאת התועלת הכללית שתבוא על חשבון הפרט.

אם זו התפיסה היחידה ולא מאמתים אותה עם חירות הבעלים, סביר להניח שהתועלות של כולם תהיינה יותר גבוהות מאשר הפגיעה באחד. אם לא נאזן את זה עם ערך חירות הבעלים- אנחנו נדרוס את היחידים והם לא יקבלו פיצוי כי זה משיא את הרווחה המצרפית ולכן תפיסות מוניסטיות שמבוססות על תפיסות תועלתניות הן תפיסות מאוד בעייתיות בכל הקשור לחירות הבעלים. ככל שאנחנו מאמצים ערך אחד, אנחנו יכולים להגיע לתוצאות מאוד קיצוניות.

1. **פלורליזם-** לא מאמצים ערך אחד, **יש הרבה ערכים שאנו פועלים לפיהם וריבוי הערכים הזה חייב לבצע איזשהו איזון** כדי לקבוע מהי זכות הקניין, היקף זכות הקניין, האם יש או אין הפרה ומהו הפיצוי. במקרה של הבריכה- אמרנו שעפ"י תפיסה תועלתנית נסתכל על הרווחה המצרפית בלבד אבל לפי התפיסה הפלורליסטית נעמת בין החירות לבין השאת הרווחה המצרפית. כן תהייה פגיעה, סביר להניח שהיא לא תהייה כ"כ קיצוני כי יש גם את הערך השני- התועלתני ונצטרך לעשות ביניהם איזון כדי שכן תהייה בירכה אבל שהפרט לא יידרס לגמרי ויקבל איזשהו פיצוי.

תפיסת ליברטריאנית מול ליבראלית

1. **ליברטריאנית-** מצומצמת לחירות הבעלים.
2. **ליבראלית-** מצד אחד היא פלורליסטית כי אומרת שיש ערכים נוספים פרט לערך החירות. היא תפיסה שתיתן תמיד מקום באיזון לערך של פגיעה בפרט. אנחנו משלבים ערכים קהילתיים, תועלתניים, עבודה וכו' למרות שאנו וראים חשיבות לדבר על ערכים ואיזונים. תפיסה זו תמיד מחייבת שערך חירות הבעלים חייב להילקח בחשבון (לא בהכרח להוביל לתוצאה מסוימת אבל להשפיע) כי אם לא- אנו לא נמצאים על הרצף הליבראלי.

הביקורת על התפיסה הליברטריאנית של בלאקסטון

1. **ביקורת תיאורטית**- בלאקסטון מתאר מצב שאינו קיים, מתאר הגנה על חירות הפרט באמצעות הזכות לקניין ואנו יודעים שזה לא היה המצב- תמיד דיני הקניין היו כפופים לדברים נוספים ולכן האבסולוטיות שבעל הקניין יכול לעשות מה שהוא רוצה, זה לא באמת קיים. תמיד יש מחויבויות כלפי אחרים.
2. **ביקורת דיסקורסיבית**- בלאקסטון לא באמת מאפשר לנו לנהל שיח. היא אומרת שהתפיסה האבסולוטית שהוא מציג, אין מה לנהל עליה שיח. זה לא משהו שאפשר להתנהל איתו בעולם משפטי מורכב.

הביקורת על התפיסה ההופלדיאנית

1. **אד הוקיזם**- ברור שכשאין לנו הגדרה ברורה של זכות קניין והכל נתון להרכבה מודולרית של זכאויות- תהייה הכרעות אד-הוק בלי יכולת לכוון את הפעילות הקניינית בצורה יותר ברורה.
2. **פריקות יתר של הזכות הקניינית**- מה שהופלד אומר לנו, כל העניין המודולרי בקשר לזכות הקניין, זה מביא למצב שיכול להיות שאנו מאבדים את הזכות לקניין- לא נצליח לתחזק את הענף המשפטי של דיני הקניין כי לא נצליח למצוא משהו שמאחד את כל חלקיקי הזכאויות האלה. זו ביקורת שהיא יותר, בעיקר בעולם המודרני עם זכויות היוצרים וזכויות לא מוחשיות, צוברת תאוצה. יכול להיות שנאבד לחלוטין את הידיים והרגליים ונבטל במובן מסוים את ענף דיני הקניין, כבר לא יהיה מכנה משותף לדיני הקניין. זה כבר לא יהיה ישים לכבול את העולם להסכמות בין שני גורמים. זהו טיעון חזק בעיקר כשהנכסים הופכים להיות לא מוחשיים. תתבטל מערכת דיני הקניין ותהייה מערכת של חוזים בלבד.

**שיעור 2- 12.03.20- אור**

מאפייני הזכות הקניינית

לזכות הקניינית יש כמה וכמה מאפיינים. דיברנו על תפיסת הופלד לפיה לזכות הקניינית יש אגד של זכאויות- לא מדובר על זכאות אחת אלא מדובר על אגד של זכאויות ואגד הזכאויות הזה הוא למעשה מקנה לבעלי הזכות הקניינית שימושים שונים או אפשרויות שונות בזכות.

המשמעות היא שלא כל הזכויות הקנייניות זהות זו לזו. למעשה, בבעלות יש לנו את היכולת לשלוט ולנהל את המשאב ואת היכולת להעביר אותו, לעומת זאת בשכירות יש לנו בעיקר את היכולת להשתמש במשאב למרות ששכירות היא זכות קניינית לכל דבר. הזכאות העיקרית שאותה אנו "חוגגים" בשכירות היא הזכות להשתמש בו.

אז המאפיינים בזכויות הקנייניות:

**1. שליטה וניהול-** מאפשרות לנו גם להדיר מישהו משימוש במשאב שלנו.

**2. פומביות-** אחד המאפיינים שמאבחנים את הזכות הקניינית מהזכות החוזית.

**3. עקיבה-** נסביר בהמשך

**4. שימוש-** נוכל לעשות שימוש מסחרי בנכסים שלו.

**5. חיובים-** שנובעים מכך שאנו בעלי המשאב.

**6. עבירות.**

**7. עדיפות.**

**8. עקרון הרשימה הסגורה.**

כל אלה הם המאפיינים של הזכות הקניינית. כשאנו טוענים לזכות קניינית, אנו צריכים לנסות לפענח אלו מאפיינים מתקיימים בזכות הזו.

דבר נוסף שמבחין בין הזכות הקניינית לחוזית היא, כאמור, פומביות- המרשם של המקרקעין זה אחד הדברים שמבדילים בין זכות קניינית לחוזית- הרצון שלנו לתת ביטוי לכל העולם על בעלותנו בנכנס היא ההבדל המשמעותי בין שתי הזכויות האלה.

שליטה וניהול- בלאקסטון מדבר על חירות הבעלים שיכול לעשות מה שהוא רוצה בנכס שלו. השופט שיאמץ את התפיסה הזו של בלאקסטון ואת היכולת של הבעלים להדיר כל אחד מהשימוש בנכס הוא **השופט חשין** **וגם השופטת דורנר.** שני השופטים האלה מהווים את הסמן הליברטריאני וכמעט בכל דיון קנייני הם מושכים את השיח לחירות הבעלים, לעובדה שהבעלים הוא זה שצריך להחליט מה לעשות עם הנכס שלו, למדינה אסור להתערב ובעצם הם מעניקים משמעות מאוד גדולה לשליטה וניהול. מבחינתם, זה המאפיין העיקרי של הזכות הקניינית.

**Suzette kelo**- כשנגיע להפקעות נדבר על האישה הזו כי הסיפור שלה ממחיש את סיפור השליטה והניהול של בעלים בנכס. הסיפור שלה קשור **בהפקעות**. הפקעה זה כשמדינה או רשות מקומית מחליטה לקחת את הזכויות של הבעלים במקרקעין ומשאירה אותו עם פיצוי כספי בלבד. למעשה- **המדינה פוגעת ביכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את הנכס**, ההפקעה היא באופן כפוי ולא במסגרת מו"מ ולכן זו אחת הסוגיות המהותיות ביותר במסגרת דיני קניין.

שימוש- **ס' 2 לחוק המקרקעין**- "...להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר..."- אחד המאפיינים של הזכות לקניין היא היכולת לעשות שימוש במקרקעין. לכאורה, אומר חוק המקרקעין שניתן לעשות כל דבר בנכס הקנייני. האם זה אכן כך? האם ניתן לעשות כל דבר בכל שעה בבית שלי, למשל? אחד המקומות שהדבר הזה מגיע לסתירה זה לגבי הזכות להרוס. למשל- האם מותר לי לקנות יצירה מאוד יקרה ולהרוס אותה? זו שאלה. אין תשובה חד משמעית לכך בעולם, לגבי השאלה האם מותר לי לעשות כל דבר בנכס שלי.

הדוגמה הכי בולטת לזה היא אומן שמכר תמונה במכירה פומבית וברגע שנגמרה המכירה והקונה היה אמור לבוא ולקחת את היצירה, האומן הפעיל מרחוק מגרסה שהייתה מתחת לתמונה והתמונה נגרסה. השאלה- האם מותר לאומן, שזו לכאורה יצירה אישית שלו, להרוס את היצירה? האם מבחינה משפטית מותר לו לעשות את ה"טריק" הזה ברגע שהתמונה כבר לא שלו, שהרי הוא מכר אותה? נדבר על כך בהמשך.

גם אם אנחנו מעניקים לאנשים את הזכות להשתמש בנכסים, אנחנו כחברה יכולים להטיל על זה מגבלות, **זכות השימוש היא לא בלעדית**.

כשאנחנו מדברים על הזכות לשימוש או הזכות להרוס נכס רק כי אני הבעלים שלו, אין תשובה משפטית ברורה שאומרת שמותר לי לעשות כל מה שאני רוצה ואז מכניסים כל מיני שאלות מוסריות ופילוסופיות האם זה בסדר או לא.

כששואלים במישור המשפטי האם מותר להרוס נכס התשובה היא שבתנאים מסוימים ובנכסים מסוימים לא- וזה כי עשינו את האיזון המשפטי והערכי וכך הכרענו.

אין באמת דבר כזה זכות טבעית בקניין. יש אנשים שיש להם ויש אנשים שאין להם קניין, אין זכות טבעית לכך. מי שמכריע למי יש זכות קניינית זה אנחנו כחברה.

אנחנו מחליטים כחברה על ההיקף של הזכויות שיש- אם יש. לכן כשאנו אומרים שיש לך זכות להשתמש בנכס שלך, השאלה היא- מה ההגבלות לכך? דוגמה קלאסית- אדם קנה נכס בשדרות רוטשילד אבל העירייה קובעת כל מיני תקנות שמתערבות באופן עיצוב הנכס הזה כדי לשמר את המורשת התרבותית במקום. זה עלול לפגוע בכוונות של אותו אדם לעשות בנכס מה שהוא רוצה.

העירייה כופה על בעלי קניין, גם אם הם לא רוצים לעשות את זה, את אופן השימוש בנכס. הוראות של שימור יכולות להגיע אחרי שקנית כבר את הנכס ותוגבל מטעמים של התחשבות חברתית, למשל.

דוגמה נוספת- מי שישכיר דירה במקום מסוים, יצטרך לשלם סכום מסוים. זה נובע מדאגה לאופי שכונות מגורים, בין היתר. מדינה מעבירה חוק כזה, פוגעת בזכות שלי להשתמש בנכס הזה כפי שאני רוצה.

**העניין הוא שהזכות היא לא מוחלטת למרות שהיא מנוסחת בחוק בצורה מאוד רחבה.**

עקיבה ועדיפות- אמרנו בשיעור הקודם שזכות קניינית זה מצב שבו יש לי **זיקה בלתי אמצעית** אל הנכס. למשל- אם אני מאבד טלפון ואני פתאום רואה אותו בידיים של מישהו אחר, אני מסוגל לתפוס את הטלפון ולהחזיר את הטלפון אל בעלותי, זו המשמעות של זיקה בלתי אמצעית.

תאורטית זה אמור להיות נכון ומאפיין את הזכות הקניינית שיש לי את היכולת לקבל עדיפות על הנכס לעומת אדם שמצא את מה שאיבדתי או רכש אותו ממישהו שלקח ממני, אבל גם הדבר הזה הוא לא אבסולוטי. גם הזכות לעקיבה (לעקוב אחרי הנכס שלך) וגם העדיפות לבעלי נכסים ביחס למי שלא בעל הנכס, זה לא אבסולוטי ודיני הקניין מצמצמים זכויות אלה באמצעות מנגנונים של תקנות שוק, דיני תחרויות וכו'- כלומר, לעיתים נעדיף אנשים אחרים לזכות על הנכס בשל שיקולים חברתיים אלו.

דוגמה- איבדתי את הטלפון הסלולרי ומצאתי אותו אצל מישהו. מי צריך לקבל את הטלפון? ס' 34 לחוק המכר מגדיר שבמקרים מסוימים, העדיפות היא שאני כבעל הנכס יקבל אותו. זו תמיד העדיפות גם במקרקעין וגם במיטלטלין, **אבל** יהיו מצבים בהם ערכים אחרים שאינם הזכות הקניינית שלי ייטו לטובת מישהו אחר שהוא לא הבעלים.

לדוגמה- **תקנת שוק**. באופן עקרוני, ברור שמי שאמור לקבל את הנכס זה אני כי אני הבעלים ואין שום סיבה שמי שלא הבעלים יקבל עדיפות על פני האחרים, אבל במקרים שבהם הזכייה שלי (הבעלים האמיתי) תביא לפגיעה קשה מאוד בשוק, במקרים שבהם הכלל הוא שאני זוכה בכל מקרה והשוק לא יוכל לתפקד, אז כשהשוק עשוי להיפגע בצורה כ"כ משמעותית, נעניק את הבעלות דווקא למי שהטלפון נמצא עכשיו בידיים שלו ולא נממש את הזכאות של עקיבה ושל עדיפות. **אז ברירת המחדל שלבעלים תמיד יש עדיפות אבל בהתקיים תנאים מסוימים שקשורים ביעילות, מצב השוק וכו'- יש סיכוי שהבעלים יפסיד את הנכס שלו למרות שלא עשה שום דבר רע.**

עבירות- זה אחד המאפיינים העיקריים של זכות קניינית. הכוונה שאני יכול להעביר לאחר את הזכות הקניינית שלי. אחת הסוגיות המרכזיות בארץ ובארה"ב היא:

**האם כל הנכסים הם עבירים**? למשל- האם אני יכול למכור חלקי גוף שלי? אם כן- האם תמורת מחיר? דוגמה נוספת- פונדקאות. אישה שמחליטה להביא ילדים ולמכור אותם עבור כסף. בגדול, היו חוות שלמות בהודו ובמדינות עולם שלישי של נשים ששימשו כמדגרות לילדים, ממש כמו מכונות, כדי שזוגות יוכלו לרכוש את הילדים בתמורה לכסף.

השאלה- האם מתירים את העבירות של הילדים תמורת כסף? מה לגבי עבירות של מישהו שמכיר את הזוג ועושה זאת שלא למטרת מסחר- האם זה בסדר? האם היינו רוצים שאיברים כמו כליות ייקראו נכסים?

**דוגמה מעניינת-** דיני ירושה: לאדם יש נכסים בחייו והוא מחליט למי להוריש את הנכסים שלו.

הוא יכול לעשות זאת עפ"י סוג של ברירת מחדל בחוק והוא יכול להחליט בעצמו לאן ילך הקניין שלו לאחר מותו. המאפיין של עבירות, השליטה של הבעלים- ממשיכה גם אחרי שהאדם הזה נפטר.

**ס' 42 לחוק הירושה**- יש אדם שרוצה להוריש ולשלוט גם בשלב השני של הירושה, כלומר- מוריש למישהו אחד ואת מה שנשאר רוצה להוריש למישהו אחר. למשל- אני מוריש את הרכוש שלי לבני ואני רוצה להוריש גם לנכדי. אז את הבית אני מוריש לבני ואני אומר שלאחר מותו של בני אני רוצה שהבית יעבור אוטומטית לנכדי, כלומר- שולט בנכס גם לאחר הבן.

בגדול, ס' ד קובע שהוראת צוואה ליותר משניים בטלה: ניתן לשלוט בירושה רק ליורש אחרי יורש. על היורש השלישי כבר אין לי שליטה וסמכות כמוריש.

אפשר לתהות מלכתחילה על למה אנחנו נותנים לאנשים לקבוע מה יקרה עם הנכסים לאחר מותם, זו שאלה מעניינת. מה שמעניין פה זו ההגבלה על שני דורות- למה לעצור דווקא בשניים? למה לא ניתן לאפשר למוריש להחליט מה יהיה עם הנכס עוד דורות קדימה?

יש שני שיקולים שעונים על זה:

1. **שיקול כלכלי-** אם אני קובע סדר הורשה, למשל- תמיד הבן הבכור מקבל את כל הנכסים, אז עוד חמישה דורות יכול להיות שהבן הבכור יהיה חסר הבנה לחלוטין בניהול נכסים ואם יקבל את הירושה ערך הנכסים ייפגע משמעותית ומבחינת השאת הרווחה המצרפית- היא תיפגע כי אותו אדם לא ידע להשיא את הרווחה מהנכסים שיקבל. אחרי שני דורות אני לא באמת יודע מה יקרה.
2. **השיקול החברתי-** קיבוע תפיסות חברתיות ישנות. למשל- גזענות, שוביניזם וכו'. זה עלול להנציח תפיסות מעוותות וזה ישמר את הכוח ואת הכסף בידיים מאוד שמרניות של דורות אחורה.

חיובים- **גרג אלכסנדר** כתב מאמרים ובאחד מהם הוא טוען שחלק ממאפייני הזכות לקניין הם החובות או החיובים שגלומים בעצם העובדה שאתה הבעלים של קניין. כלומר לא משהו שהוא חיצוני לזכות לקניין אלא מובנה בה. עצם זה שאתה הבעלים, מעמיד לחובתך חובות.

דוגמה קלאסית- עצם היותך בבית משותף מקנה לך חובות כלפי יתר התושבים, יישובים קהילתיים עם וועדות קבלה- למשל, אני רוצה למכור את הבית ביישוב קהילתי כזה ומצאתי עולה חדש שמוכן לשלם לי הרבה- אני לא אוכל לעשות את העסקה הזו אלא אם כן וועדת הקבלה תאשר את זהות הרוכש הזה. כלומר עצם הימצאותי בקהילה כזו יכול להגביל אותי מלבצע עסקה כזו ואני תקוע עם הנכס הזה שפוגע לי בזכות הקניינית.

גרג אלכסנדר אמר שכל הקניין שלנו, גם אנשים שגרים מבית פרטי, אנחנו כפופים לחובות כלפי אחרים בקהילה. למשל- אנו לא יכולים לבנות מה שאנו רוצים אלא כפופים להיתרים כי יש חובות כלפי הקהילה. סוגיית ההיתרים היא ניסיון של העירייה למקסם את איכות החיים בעיר, ליצור תכנון. אנחנו קובעים מגבלות של תכנון ובנייה כדי לגרום לחיים תקינים בעיר.

גרג אלכסנדר אומר שלאנשים יש חובה אזרחית שטמונה בבעלות מעצם העבודה שאנשים הופכים להיות בעלי קניין, כלומר חובה אינהרנטית לזכות הקניינית הזו.

הרבה מאוד מקומות בעולם, למשל בישראל, מאפשרים לרשויות לקחת נכס בפיצוי של פחות ממחיר הנכס בשוק.

למשל- אם הנכס שלי שווה 100 ₪, החוק אפשר לרשות לקחת את הנכס ולשלם לי רק 75 ₪. ההסבר לכך הרבה פעמים נפל על עניין החיובים- כלומר, העובדה שאתה בעל קניין בעיר מסוימת במדינה, יש לך סוג מסוים של חובה כלפי הקהילה ואם עכשיו הקהילה מאוד צריכה את נתב"ג 2,000 או את כביש 6 והמקום האידיאלי להקים את זה הוא על הנכסים שלך, אז אתה מקריב עבור הקהילה ונותן את הנכסים שלך ומקבל פחות ממחיר השוק שלהם כפיצוי.

פומביות- אחד המאפיינים הכי בולטים של זכות קניינית באשר היא. בשונה מזכות חוזית, זכות קניינית צריכה להיות זכות כלפי כל העולם ולכן, בעיקר כשמדובר במקרקעין, אנו דורשים פומביות שמסתמכת בעיקר על רישום. הפומביות יכולה להכריע גורלות בכל הקשור לקניין. בדיני מקרקעין, רישום הנכס יכול להכריע מי יקבל את הנכס בסוף. **ס' 7 לחוק המקרקעין** קובע שעסקת מקרקעין טעונת רישום. כל זמן שאין רישום של הנכס בטאבו (מרשם המקרקעין), אין זכות קניינית לאדם. רק הרישום הופך את הזכות שלו לזכות קניינית. אם כרתי חוזה עם אדם שמוכר לי מקרקעין ושילמתי לו את הסכום וכתוב שהדירה עוברת אליי, זה לא משנה בכלל כי לא בוצע רישום. אז החוזה מהווה התחייבות לעסקה במקרקעין, זכות חוזית, אבל הזכות הקניינית מתבטאת ברישום הזכות החוזית הזו בטאבו. הדבר שונה לחלוטין ברגע שביצענו את הזכות בטאבו- אז הפכנו לבעלי זכות קניינית בדירה, כלומר זיקה בלתי אמצעית על הנכס ונוכל לקבל את הנכס בסוף. במיטלטלין וזכויות ההתבססות שלנו היא בבעלות קניינית היא במועד הזכויות והחיובים החוזיים (למשל-תשלום). במקרקעין- הזכות הזו היא במועד הרישום בטאבו.

רכושיות- נכסים שיש לנו עליהם זכויות רכושיות, יש להם בדר"כ ערך כלכלי. מה שאנו מגדירים כקניין, אמור להיות לו ערך כלכלי. זה יכול להיות ערך כלכלי נמוך. יש להצמדת תג המחיר למשאב/מוצר/נכס באמת הבהרה שמדובר במשהו שהוא קנייני. הרבה מאוד משאבים, אנחנו לא רוצים שייכנסו להגדרה הזו. למשל- בני אדם, אנחנו לא רוצים לראות בהם נכסים בעלי ערך כלכלי.

יש לזה הרבה מאוד סיבות למה ונדבר על כך בהמשך, אבל בגדול- כשאנחנו מדברים על נכסים קנייניים, אנחנו מדברים על משהו שיש לו תג מחיר ויש לו ערך כלכלי. מה שלא נרצה להסתכל עליו במשקפיים כלכליים, אנחנו נוציא אותם הרבה פעמים מהגדרת קניין בכך שלא ניתן להם ערך כלכלי וכך נוציא אותם מהשוק.

עקרון הרשימה הסגורה- הוא לא עניין ישראלי. במחקר הקנייני העולמי, מאוד חוששים מלהכיר בזכויות קנייניות חדשות. דיני הקניין הם תחום מאוד שמרן בניגוד להרבה תחומים משפטיים שמתפתחים מאוד מהר.

**ס' 161 לחוק המקרקעין** קובע- "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"- הוא מנסה לעקור את מה שנקרא- קניין שביושר שהגיע מהדין האנגלי. לפיו עקרון הקניין שביושר, ביהמ"ש האנגלי יכול להעניק זכות קניינית עפ"י הוגנות, עפ"י הנסיבות אם מצאו לנכון.

הס' הזה בא להגיד שבחוק הישראלי קבענו את הזכויות במקרקעין וכל מה שלא מופיע בזכויות שמפורטות בחוק או כל זמן שלא נקבע חוק אחר בעניין, כלומר כל עוד המחוקק לא נתן דעתו לגבי המוסד הקנייני, אז זה לא קיים- אין לבתי המשפט את הזכות להמציא זכויות קנייניות עפ"י מה שהם חושבים. למה זה כך? מה ההיגיון בלקבוע רשימה סגורה של זכויות?

למחוקק יש את האפשרות לבוא ולהמציא זכויות קנייניות חדשות, מה שאין לביהמ"ש.

מה הטעמים לקבוע רשימה סגורה במקרקעין בדיי קניין?

1. **טעם כלכלי-** בגלל שלמקרקעין יש השלכות על צדדים שלישיים שמשחקים תפקיד משמעותי, אז אנחנו לא רוצים לאפשר לצדדים או לביהמ"ש לקבוע זכויות קנייניות אלא רוצים שזה יהיה ברור, רוצים שכל העולם ידע שמדובר בזכות כלפי העולם וידע במה מדובר. לכן, יש לקבוע דברים ברורים ולא לאפשר שינוי תכוף של הזכויות.

הטיעון הזה הוא טוב אבל יש ביקורת- אם אנחנו חושבים שנכון לעשות זכויות קנייניות כאלה ואחרות למשל כמו **הלכת השיתוף** (אם אנחנו חושבים שנכון לשנות זכויות קנייניות או לקבוע כללים שונים בזכויות קנייניות), אז למרות שיש לזה השלכות על צדדים שלישיים אנחנו צריכים לקבוע מסגרת נכונה או לקבוע הוראות מכאן והלאה או כל מיני הליכים ראויים כדי להביא לשינוי הזה אבל זה לא נכון למנוע את השינוי.

1. **טעם נורמטיבי-** זכויות קנייניות או מוסדות קנייניים הם למעשה הכרעה חברתית. כשאנחנו מקנים זכות קניינית למישהו וקובעים שיש לו זכות קניינית וזה היקפה, זה מבטא הכרעה חברתית שלנו בין ערכים חברתיים שונים- בין ערכים של אוטונומיה של הפרט, ערכים של רווחה מצרפית ויעילות, תמרוץ אותם אנשים שעובדים קשה, צדק חלוקתי.

למעשה כשאנו קובעים זכות קניינית אנו מבצעים את האיזון הזה ועפ"י **חנוך דגן**- לא נכון לתת את הכוח הזה להכריע מבחינה חברתית ולעשות את איזון הערכים למי שהוא לא נבחר הציבור.

כשכתוב "אלא לפי חוק"- הכוונה שמי שיכול לשנות או להמציא זכויות חדשות, זה רק מי שמוסמך על ידנו לכך. אנחנו לא רוצים שביהמ"ש יעשה את זה למרות שזה מה שקורה בפועל. הרבה פעמים בתי המשפט מגיעים למצב בו הם צריכים להכריע אם יש זכות קניינית שנפגעת- הם לא משאירים את ההכרעה למחוקק אלא עושים את האיזון בעצמם וזה מאוד בעייתי.

הסיפור האמיתי פה הוא שיש פה זכות שכל כולה הוא עניין של הכרעה חברתית והיקף הזכות לקניין עם הזכאויות שיש בה- כל זה, זה הכרעה שמבוססת על איזונים חברתיים ורק המחוקק שהוא נבחר הציבור צריך לעשות זאת.

**בפס"ד טנא-נוגה,** נשאלת השאלה האם זכות ההפצה היא זכות קניינית או חוזית? שטרסברג כהן עושה דיון ערכי- בוחנת ערכים חברתיים כמו תחרות, רווחה מצרפית, אוטונומיה ומנסה לאזן כדי לקבוע האם מדובר בפגיעה בזכות קניינית. חנוך דגן אומר שזו עבודה יפה שלה, אבל זה לא מתפקידה אלא מתפקיד נציגי הציבור ובחוק המקרקעין נאמר במפורש שרק עפ"י חוק ניתן להוסיף או לשנות זכויות קנייניות.

משטרי קניין

1. **קניין פרטי-** המדינה מאפשרת בעלות פרטית. זה לא אומר מה היקף הבעלות אבל המשטר הזה מאפשר בעלות פרטית בנכסים.
2. **קניין קולקטיבי-** כמו קיבוץ וקומוניזם- אין בעלות פרטית. הבעלות היא בעלות קולקטיבית, בדר"כ לא של כולנו אלא של המדינה או הריבון והמדינה או הריבון הם אלה שמחליטים על הקצאת זכויות שימוש בנכסים, אין לך נכס פרטי אלא לקולקטיב יש קניין ואתה מקבל זכאות לשימוש בנכסי הקולקטיב.
3. **קניין משותף-** משטר של קניין פרטי (תת סעיף שלו), רק שאותם פרטים מחזיקים נכסים במשותף. קניין משותף הוא לא קניין קולקטיבי, הוא מניח משטר של קניין פרטי אבל בעלים פרטיים הם בעלים במשותף נכסים. למשל- רכשתי עם חבר דירה- זה משטר של קניין פרטי, אבל בפועל זה קניין משותף כי אנו בעלים משותפים בדירה.

מדינת ישראל בחרה במשטר של קניין פרטי כמו רוב מדינות המערב. מאפשרים לפרטים להיות בעלים של נכסים והשאלה היא- למה נכון לבחור דווקא במשטר של קניין פרטי ולא קולקטיבי?

התשובה מורכבת מכמה ערכים: **קהילה, חירות, צדק חלוקתי, אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, איכות סביבה.**

יש לשקול את האיזון בין הערכים האלה. הסיבה היא כי הערכים האלה הם ההצדקות לקניין פרטי והם הערכים החברתיים שצריך לשקול כשבוחנים האם לתת קניין פרטי.

נדבר על ערך **החירות**- **נוזיק** כתב את הספר- **אנרכיה, מדינה ואוטופיה**, ספר שמצוטט ונחקר מאוד במאה האחרונה. התפיסה של הספר היא שהמדינה צריכה להיות מאוד מצומצמת, קהילות שמנהלות את עצמן. האוטופיה היא שאין בכלל מדינה אלא קהילות שמנהלות את עצמן. הוא דוגל בערך החירות ומבחינתו ההצדקה האולטימטיבית לקניין פרטי היא חירות הבעלים. הכוונה לא רק להשלכות תפיסת החירות, שבעלים יכול להדוף ניסיונות להיכנס ולקחת את קניינו, אלא מדבר גם על חירות במובן העמוק יותר- שללא קניין פרטי האדם למעשה כפוף למדינה, אין לו יכולת להפעיל שק"ד עצמאי כי אין לו מקור הכנסה שהוא יכול להסתמך עליו כדי לבסס לעצמו את החירות שלו.

במובן הזה נוזיק אומר שככל שיש יותר קניין פרטי והגנה עליו, אנחנו נמצאים בדרך הנכונה להשיא את החירות בעולם. התפיסה הזו מאוד משמעותית אצלו. מה הסיבה שבחרנו בקניין פרטי ולא בקומוניזם? כי בעוד בקומוניזם כולנו כפופים לשק"ד של הריבון ואין לנו יכולת לעשות משהו אחר, כשיש לך קניין פרטי- הדבר הזה מוגבל. ככל שיש לך קניין פרטי וככל שהזכות הזו חזקה, יש לך יותר חירות כפרט לעמוד מול הריבון ולדרוש את האוטונומיה שלך ולא להיות כפוף לשק"ד של אחרים.

נוזיק ואחרים צריכים להתמודד עם המציאות שגם במשטרים של משטר פרטי ואף יותר, יש הרבה מאוד אנשים שאין להם קניין. כלומר הם צריכים להסביר את זה שבמשטרים כאלה שמאמצים משטרים של קניין פרטי כדי לבסס את חירות הפרט, יש אנשים שאין להם קניין ואנו חיים עם זה בשלום.

**שיעור 3- 16.03.20**

כרגע אנחנו עדיין בסוג של מבוא, מבחינת רשימת הקריאה אנחנו כרגע נמצאים בחלק 1ב. זה לא בדיוק מבוא אבל אנחנו עוד בשלב ההסברים התיאורטים לזכות הקניין. כרגע אנחנו מנסים לדבר על הצדקות לקניין פרטי- למה דווקא הוא? התחלנו לדבר בשיעור הקודם על הצדקת החירות עם רוברט נוזדיק כדוגמה, היה אחד המלומדים שדיבר על ההצדקה הזאת של החירות בצורה החזקה ביותר. יש עוד (אפשטיין, בלקסטון ועוד) אבל נוזיק ביקש את זה בצורה מאוד ברורה שמבחינתו מה שחשוב ללמה נותנים קניין לבני אדם באופן פרטי הסיבה העיקרית היא שאנחנו רוצים לשמר את מרחב החירות שלהם.

כשנוזיק מדבר על מרחב הקניין יש 3 כללים שבהם קניין פרטי צריך לעבוד:

1. תפיסה תקפה- על מנת שאנחנו נוכל לנהל משטר של קניין פרטי, בו יש הרבה אנשים שרוצים לתפוס את הקניין צריך לקבוע כל מתי למעשה אדם הופך להיות בעלים של קניין. לדוגמה במשפט הישראלי הכלל שקובע שבעת הרישום אדם הופך להיות בעל זכות קניינית הוא כלל תפיסה תקפה, כנ״ל כלל שאומר למכור או לתת במתנה קניין. אדם שקיבל מתנה יבוא אחרי זה ויגיד שהוא קיבל מתנה אומר למעשה שהוא עכשיו בעלים של הנכס. כשמוכרים דירה אפשר למכור אותה (כלל תפיסה תקפה- קבענו שאפשר למכור דירה) אבל גם יש נתינת דירה במתנה. לעיתים יש חשש כי מדובר בניסיון להתחמק במס אבל בעיקרון המשטר הישראלי מאמין שמתנה היא כלל תפיסה תקפה והוא בעלים של הנכס.
2. כלל ההעברה התקפה- צריך לקבוע איך מעבירים את הקניין באופן לגיטימי, זאת תמונת מראה של כלל התפיסה התקפה. אם נקבע מתנה שהיא לגיטימית בעצם העברת מתנה היא העברה תקפה, כנ״ל לגבי מכירה. הכל נתון לפי נוזיק להכרעה שלנו, אנחנו אלה שקובעים מתי התפיסה היא תקפה ומתי ההעברה היא תקפה, אפשר לקום בבוקר ולהחליט שירושה היא כלל לא תקף. רק כך נוכל לנהל משטר פרטי.
3. כלל תיקון- כלל מאוד חשוב, הכלל מניח שיהיו תקלות בשני הכללים הראשונים. מניחים שאנשים יעשו כל מני העברות ותפיסות לא תקפות של קניין במהלך ההתנהלות של העברת הנכסים ולכן אנחנו חייבים לקבוע כללי תיקון. לדוגמה- **כלל של תקנת שוק**. במצב של תקנת שוק, כפי שתואר קודם, היה עניין על עיוות כלל העברה התקינה. לכן הוא אומר שחייבים כחברה על מנת לשמר משטר של קניין פרטי חייבים לקבוע כללי תיקון ולכן חייבים לקבוע כלל של תקנת שוק ועסקאות נוגדות במקרקעין. כך נדע לפעול כשיש בעיות בכללים הראשונים. כנ״ל למקרים של רמאויות או עיוותים, חייב להיות כלל שקובע איך מטפלים בתקלות. יכול להיות מצב שבו אדם שישב בבית ומישהו אחר התעסק בצורה לא כשרה במקרקעין או במטלטלין שלו, אותו אדם שרכש את המטלטלין לכאורה בתו״ל יתכן והוא זה שיזכה בנכסים כי אנחנו פועלים לפי כלל תיקון.

חירות= אוטונומיה

יש לנו לעומת זאת כמה שאלות על נושא חירות כהצדק לקניין פרטי. אחד הערכים המרכזיים שלכאורה לשמם אנחנו רוצים את הקניין הפרטי מטעם החירות הוא הסיבה שאנחנו רוצים לאפשר לכל אדם להיות לא כפוף לשלטון, להיות אוטונומי. **אוטונומיה מוגדרת כיכולתו של אדם לכתוב את סיפור חיו לפי רצונו**. אם נתייחס בצורה עניינית לטעם הזה של אוטונומיה, שזה הטעם העיקרי שעומד מאחורי החירות, השאלה היא אם אנחנו באמת רוצים לבטא את עצמנו באמצעות קניין? האם אדם יכול לכתוב את סיפור חיו באמצעות נכסים? זאת שאלה מעט פילוסופית אבל היא מורכבת כי אם נאמץ את התפיסה הזו אנחנו למעשה אומרים שאדם יכול למשש את עצמו רק באמצעות קניין. האם אנחנו כחברה נרצה להגדיר את הנכסים כמשהו מכונן בהגדרה האישית שלנו?

הטיעון השני מדבר על **טבלת הזכויות של הופלד**.

\*להכניס טבלה\*.

הופלד מגדיר זכות מול חובה וחירות מול היעדר זכות. אם באמצעותה זכות לקניין ננסה לקדם חירות אז לצורך העניין אנחנו מגדילים את חירותם של בעלי הקניין ושוללים בצורה די גורפת את חירותם של אלה שהם לא בעלי קניין. אנחנו משיגים הגדלת חירות של אינדיבידואלים אבל מצד שני אנחנו פוגעים בחירות של אנשים אחרים שהם אינם בעלי קניין. אנחנו מגיעים למעין מצב של סכום אפס. **הטיעון הזה מחייב אותנו למתן זכויות קניין חיובית ולו מינימלית לכלל האזרחים**. אנחנו יודעים שזה לא קורה ולכן הניסיון להצדיק את הקניין הפרטי רק לפי חירות הבעלים כי הוא פוגע משמעותית באילו שאין להם קניין.

ההצדקה השנייה למשטר של קניין פרטי (מעבר לחירות) היא עבודה- ההצדקה הזו מבוססת על ג׳ון לוק ומה שהוא כתב במסכת על המשטר המדיני. לוק היה יועץ של מלך אנגליה, הוא היה חייב להצדיק את המצב ששרר באנגליה ואת האפשרות של המלך להמשיך להחזיק בעושר למרות שיש זכויות של קניין פרטי. לוק מתחיל את הסיפור שלו מסיפור דתי- אלוהים נתן את הארץ ואת כל החיות במשותף לכל בני האדם. המשטר שהאל הוריש לנו הוא קניין קולקטיבי בכל הקרקע ובכל החיות. לעומת זאת כל אדם הוא בעל קניין פרטי בגופו שלו. זאת נקודת המוצא, מעבר לכך לוק מסביר שבגלל שהגוף שלי והעבודה שלי הם הקניין שלי ברגע שאני מערבבת את הכוח שלי בנכס משותף אני בעצם מפקיעה את הדבר מהמצב המשותף ומבטל את הזכות של כל בני האדם. למשל, אם פלוני רואה עץ של תפוחים ומחליט לקטוף תפוח (משקיע כוח) אז עצם ערבוב הכוח בתפוח הופך את התפוח להיות שלו ושלו בלבד. אם פלוני גידר חלקת קרקע וזרע והשקיע את משאביו בקרקע הוא ״הפקיע״ אותה מהקניין המשותף והפך אותה להיות קרקע פרטית. כך הוא מסביר כיצד רכשו אותם אצילים את הבעלות הפרטית בנכסים שיש להם- זרעו וקצרו. יש על כך הרבה מאוד ביקורת.

בסוף הפסקה הוא כותב שכל הקונספציה של הפקעת המשאב מהבעלות המשותפת, (1) **נכיר בה רק כאשר יש כמות מספקת של משאבים באיכות לא פחות טובה שנותרת לאחרים**. אם יש רק תפוח אחד על העץ אסור לקטוף אותו ולהפוך אותו לתפוח שלי, רק אם יש עוד תפוחים באיכות לא פחות טובה ניתן לממש את ההפקעה.

הוא מסביר למה הוא חושב שצריך לבסס את התפיסה של הקניין הפרטי באמצעות השקעת ערבוב העבודה במשאבים- אילו היה צורך בהסכמה של השותפים האחרים כדי לקטוף תפוח היו בני אדם מתים מרעב אפילו אם היה שפע מטורף, המשאבים לא היו מנוצלים. ההצדקה היא הצדקה תועלתנית או כלכלית אבל הטיעון העיקרי שלו כיצד רוכשים קניין (כלל התפיסה) הוא למעשה השקעה או ערבוב עבודת הגוף במשאב.

לוק ממשיך ואומר שאם אדם יראה עץ תפוחים ויאחסן אותו אצלו, יתחילו לאגור נכסים ויפגעו ביכולת של אחרים להתנהל בצורה מכובדת. לוק לא מסכים עם כך, הוא מוסיף הגבלה (2)- **אסור לאדם לקחת יותר ממה שהוא יכול לצרוך**, אסור לאגור ולחסוך.

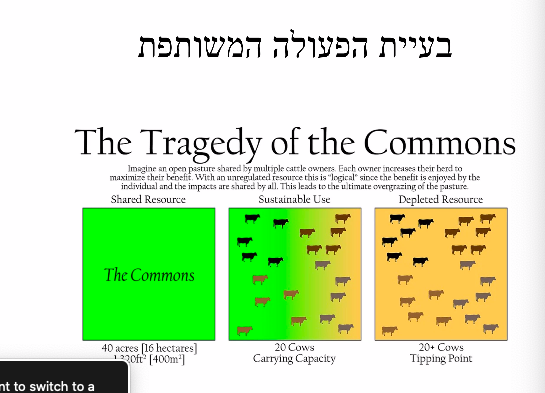
ביקורות

1. **חסר במשאבים**- הסייג הלוקיאני הראשון שאומר כי מותר להפקיע רק אם נשאר למספיק אנשים את אותו מוצר הוא מעין תנאי אוטופי שמבטל את כל התיאוריה. אנחנו חיים במצב של עולם במחסור ולכן לחשוב שאנחנו לצורך העניין יכולים להפקיע את אותו עץ תפוחים ועדיין ישאר מספיק לכל העולם- זה לא נכון, בוודאי במדינות בהן יש מחסור אמיתי. גם במדינות בהן אין מחסור עדיין יש חסר, המשאבים אינם נמצאים באופן גורף אצל כולם.
2. **תיאורית הערבוב**- יותר רלוונטית לתיאוריה עצמה. מי שביקר את לוק היה נוזיק ובספרו הוא מגחיך את התיאוריה ומנסה לקחת מצב תיאורטי שמגיע אדם, נוסע בסירה ושופך פחית של מיץ עגבניות לאוקיינוס. נוזיק שואל האם בעצם העובדה הזאת מפקיעה את האוקיינוס? כלל התפיסה הזה כל כך מגוחך שאי אפשר להתייחס ברצינות לכל התיאוריה.
3. **נמלה 1- צרצר 0**- זו ביקורת הרבה יותר הגיונית המסתכלת על התוצאות של מה שלוק מציע. עלינו להסתכל על ההשקעה לעומת התוצאה. **לוק לא נותן יחס פרופורציונאלי בין השקעת הכוח לבין התוצאה שמקבל אותו בעלים חדש**. כלומר, על פי לוק, אם אדם השקה פעם אחת עץ הוא הפך לבעלים של כל העץ כולל כל פירותיו בזכות השקיה אחת. ההבחנה בין הביקורת השנייה לשלישית היא שהשנייה מדברת על הפרקטיקה, אין כלל תפיסה יישים. הביקורת השלישית נוגעת היא למעשה ביקורת על הדיס פרופורציונאליות בין השקעת הכוח לתוצר.

בכל זאת, התיאוריה של לוק היא התיאוריה הפותחת של דיני הקניין בארה״ב. כל קורס בארה״ב נפתח בתיאוריה של ג׳ון לוק. מדוע? יש הרבה קריאות אוהדות של תיואריית העבודה ובמובן מסוים היא הפכה לתיאוריה המרכזית שמצדיקה את זכויות היוצרים ודיני הפטנטים. כך אנחנו למעשה לא מסתכלים על הפרקטיקה הקצת מגוחכת של ערבוב הכוח של האדם במשאב אלא קוראים אותו בצורה יותר מודרנית- **המשפט רוצה לתגמל אדם שמשקיע אנרגיה וכוח לפיתוח מוצרים או משאבים**. אנו עושים זאת ע״י מתן זכות קניין פרטית באותם משאבים. למעשה זו קריאה אחרת לגמרי של תזת העבודה. אנחנו רואים אותה כעת תגמול על עבודתו של אדם. לכן, התיאוריה הזאת פותרת הרבה מאוד מהביקורות שדיברנו עליהן. מדוע?

1. **לא חייבים לתת בעלות בכל דבר**- אם אנחנו מתגמלים נעשה זאת רק עבור התנהגויות ראויות. יתנו פרס על השקייה מתמדת ולא על השקייה בודדה.
2. **התוצאה של העשייה היא חיובית**- אם אדם ערבב את כוחו אבל התוצאה היא שלילית מבחינה חברתית לא תהיה זכות קניינית.
3. **הפרס צריך להיות פרופורציונאלי**- מענה לביקורת השלישית. גם אם אדם רשם פטנט על המצאה מסוימת הזכות הקניינית צריכה להיות רק אם הפטנט הוא באמת פרי של חשיבה **ועשייה**, לא נותנים את הפטנט רק על רעיון.

ההצדקה השלישית היא ״בעיית הפעולה המשותפת״- זהו מאמר של הארדינג שנקרא ״The Tragedy of Commons״.



הוא מדבר על מציאות של 4 בעלי קניין שחולקים במשותף שטח של מרעה לפרות. אנחנו יודעים כנתון שאפשר על מנת לשמר את המרעה ״פעיל״ ולא מדברי אפשר לעלות עליו כל יום 12 פרות. מה קורה במצב בו יש 4 בעלי פרות ולכל אחד מהם יש פרות. ההיגיון היה אומר שכל אחד מבלי המרעה יעלה בימים שונים פרות שונות ואז היינו שומרים על המרעה חי וכולם היו נהנים מכך. לפי הארדינג מה שיקרה באמת הוא שאם יש 20 פרות סה״כ וניתן לעלות רק 12, מה שיקרה הוא שכל אחד מהבעלים האלה ינסה לדחוף בכל יום את כל הפרות שלו למרעה. במצב הזה תוך כמה ימים המרעה המשותף יתרושש ולמעשה לא יהיה לנו בכלל מרעה. מדוע הוא קורא לכך טרגדיית השיתוף- כשאנחנו משתפים כל אחד מהבעלים ינסה לנצל כמה שיותר לטובת האינטרס המיידי שלו את הנכס ואם זה יהיה המצב מהר מאוד המשאב הזה יאבד את החיוניות שלו. אם נחשוב על כך בהקשר שלנו, בחדר משותף כל אחד ינסה למקסם את הנוחות שלו גם אם הוא יפריע לחלקים של שאר השותפים. לעומת זאת בחדר פרטי כל אחד יודע שאם הוא לא ינקה את החדר מי שיסבול מכך יהיה רק הוא. בטרגדיית ההמונים משתמשים בהצדקה לקניין פרטי- עדיף לנו לחלק את המרעה הזה ל-4 חלקים שלכל אחד מהבעלים יהיה את החלק שלו וכך כל אחד יעלה רק 3 פרות כל יום.

הדבר מזכיר את **תיאוריית האסיר**- זהו חלק משמעותי מתורת המשחקים. זהו מצב בו יש התנגשות בין האינטרס העצמי שלי לבין ההחצנה לגבי אחרים לבין התוצאה הסופית שלבסוף התיאוריה מנסה להראות שבהתקיים מציאות עם פערי מידע- בסופו של דבר כנראה שהצדדים יגיעו לתוצאה הכי פחות יעילה עבור שניהם. יש 2 אסירים שנתפסים, שמים אותם בחדרים נפרדים (מכאן נוצרים פערי המידע), אף אחד מהאסירים לא יודע מה האסיר השני יעשה. הכלל- אם אחד יודה ויפליל את השני הוא יצא לחופשי והשני יקבל 10 שנים, אם הוא יכחיש הוא יקבל חלק מהעונש והוא תלוי גם בשני. אם שניהם יפלילו את השני כל אחד מהם יקבל 5 שנים.

מה עדיף לאסירים מבחינת שנים בכלא? ברור שכששיניהם מכחישים מגיעים למספר הכי נמוך. אם שניהם ימשיכו להכחיש קשה לנו למצוא את העבירה ולכן נעדיף כחברה שלא יכחישו. בסוף מה שקורה בדרך כלל הוא ששניהם מודים ומפלילים ולכן כל אחד מקבל רק 5 שנים ולא לצאת לחופשי או לקבל 2 אם שניהם היו מכחישים. פערי המידע גוררים מצב בו שני הצדדים לא מקבלים את האידיאל עבורם. זה בדיוק אותה בעיה כמו בבעיית השיתוף של הארדינג. כמדברים על קניין משותף אנחנו מצחינים את העלויות שלנו על השותפים שלנו אבל בסוף הן מתנקמות ופוגעת ישירות בנו. מה שיקרה אם ניתן קניין משותף הדבר ״ירושש את החלקה״. מה הארווין מציע? לעבור למשטר של קניין פרטי. לקחת את החלקה ולחלק אותה למספר הבעלים כך כל אחד ישמור על חלקתו כי הוא לא יכול להחצין.

הדבר הזה מבוסס על ההנחה שיש **פערי מידע**. החצנת עלויות היא מושג כלכלי, יש עלויות מסוימות לפעילות שלי אבל במקום שאני אשא בעלויות האלה אני ״מחצין״ אותן לאחרים. אם ניקח לדוגמה את הקניין המשותף לפרטי, אם לאדם יש 5 פרות והוא צריך לעלות רק 3 בכל יום, אם נעשה 5 פרות בכל יום אני אשא בעלויות כי זה קניין פרטי שלי. אם נהיה בקניין משותף אז נעלה 5 פרות למרות שמותר רק 3 והוא יקח בחשבון שמי שיסבול מכך לא יהיה רק הוא אלא גם האחרים. ישנה החצנה של חלק מהעלויות לכתפיים של אחרים. בעיית הפעולה המשותפת היא בעיה מאוד קשה שמשפיעה על הבנייה משפטית שלנו. הדבר נכון גם לבעיית פינוי בינוי- אנחנו מנסים להתמודד עם בעיה זו בעזרת כללים משפטיים. הבעיה הזו כל כך קשה שהיא מצדיקה מעבר מקניין משותף לקניין פרטי.

ביקורת

אם נרצה לקרוא לבעיה הזו הצדקה למשטר קניין פרטי ההצדקה היא למעשה **הצדקה כלכלית**- להגיע למצב הכלכלי הטוב ביותר. הארולד דמשיץ מבקר את הטיעון של הארדינג אבל לא מעיקרו- הוא אומר שלפעמים עדיף משטר של קניין פרטי אבל לפעמים עדיף משטר של קניין משותף. דמשיץ לא נכנס לעומק אלא רק נותן מסגרת אבל הוא מאלץ אותנו לחשוב האם ניתן להתחשב בהצדקה הכלכלית כהצדקה אולטימטיבית או שהארדינג צודק שצריך להסתכל על התוצאה הכלכלית ולקבוע את המשפט הכלכלי שלנו בהתאם להשאת הרווחה המצרפית אבל זה לא אומר שתמיד הפיתרון הנכון והראוי יהיה דווקא משטר של קניין פרטי. אלו הם:

1. על מנת לעשות ניתוח כלכלי צריך לבחון את כל המשטרים כדי לבדוק מה מביא את התוצאה הראויה ביותר מבחינה כלכלית. **הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת**.
2. **צריך להוסיף לניתוח את כל העלויות וההצחנות האפשריות, לא ניתן להסתכל רק על מצב נתון או על החצנה מסוימת**. צריך להביא החצנות על פרות, על שותפים, דורות הבאים וכן הלאה. מי שמאמין בניתוח כלכלי של המשפט חייב לעשות משוואות אמיתיות ומדויקות ככל האפשר. בדרך כלל משפטנים כלכליים לא באמת מכניסים למשוואה את הכל אלא מזהים החצנה מסוימת ועליה בונים את המחקר שלהם מבלי לבדוק את כל העלויות מכל צדדי המשוואה. לפי דמשיץ הארדינג לא מתייחס לדורות העתיד- מה יקרה הלאה אם נחלק כך את הקניין.
3. **יש לנו אבולוציה של מושאי קניין ושל דרכים למשטר את הקניין**- בעבר דווקא חברות פרימיטיביות הצליחו להתמודד עם בעיית הפעולה המשותפת. בעולם המודרני יש לנו את הבעיה הזו בגלל פיקוח שיטור ופערי מידע ועוד. מה שדמשיץ אומר בשנות ה-70׳ הוא שהקביעה שלנו איזה משטר קנייני עדיף לפי משפט וכלכלה אנחנו חייבים כל הזמן לבחון את האבולוציה גם של מושאי הקניין כמו פטנטים, טכנולוגיה וכו וגם בדרכים למשטר את הקניין. אם בעבר היינו זקוקים לכך שהבעלים יסתכל על השטח כדי שנוכל למנוע כניסה של פרות למרעה היום אפשר לשים גדר או מצלמות. **כשיש לנו דרכים חכמות וזולות יותר למשטר את הקניין המשותף יכול להיות שכבר לא כדאי לנו מבחינה כלכלית ללכת לקניין פרטי כי גם לו יש עלויות** (בניית גדר לדוגמה).

ההצדקה הרביעית היא אישיות- לדוגמה, טבעת נישואין. אצל המוכר היא בעלת שווי כלכלי בלבד לעומת זאת אצל אנשים נשואים יש לטבעת ערך סנטימנטלי ויותר גבוה. כך גם עם בית מגורים, שמלת וחתונה וכו. לפרטים כאלה עשוי להיות ערך שעולה על מחיר השוק שלהם. מי שכתבה את התיאוריה הזאת של הצדקת האישיות היא **מרגרט ראדין**. לפי ראדין יש נכסים שקרובים מאוד לגרעין האישיות שלנו, הדוגמה הבולטת ביותר היא בית המגורים של האדם. אנשים חיים הרבה מאוד שנים בבית ומשקיעים בו. הבית הזה הופך להיות הרבה יותר מרק דירה. לעומת זאת יש נכסים שפחות קרובים לגרעין האישיות שלנו**, אלא שכן קרובים צריכים לקבל הגנה קניינית חזקה יותר ולהפך.** לפי ראדין מה שהיא טוענת שונה מהטיעון של אוטונומיה, היא לא טוענת שעל מנת שאדם יהיה אוטונומי הוא זקוק לזכות קניינית. היא אומר שעל מנת שאדם יבטא את האישיות שלו הוא צריך הגנה קניינית, ללא קשר לחירות מהשלטון. מצד שני זאת גם לא הצדקה של יעילות, היא לא טוענת שיש צורך לתת הגנה קניינית חזקה יותר לטבעת נישואין כי היא שווה יותר ויש לה ערך גבוה יותר. היא מציעה ליצור קלסיפיקציה של נכסים שיותר קרובים לאישי או לכלכלי. להגדיר שהגנה קניינית על בתי מגורים תהיה חזקה בעוד לכנסים להשקעה תהיה הגנה קניינית חלשה. פגיעה בנכס שיסווג כחזק יהווה פגיעה באדם עצמו ולא בנכס.

**שיעור 4- 19.03.20**

ההצדקה החמישית היא קהילה- ההצדק מתקשר בעיקר לנושא החיובים של הזכות הקניינית, מי שמחזיק זכות כזו חב כלפי אחרים. אנחנו צריכים לחשוב איזה מושג של קהילה יש לנו, איזה מושג של קהילה אנחנו כמשטר קנייני מאמצים אל תוך הזכות הקניינית. נדבר על 3 סוגים של קהילות שהן למעשה משקפות סוג של רצף, החל מהצד הימני (ליברטריאני) וכלה בצד השמאלני (קהילתני).

**ליברטריאניות**- במושג המזוקק רואים בקהילה אוסף של בני אדם שאומנם מקיימים קשרים ביניהם אבל לחלוטין לא כפופים לא אחד לשני ולא לקהילה כמוסד. הכוונה היא שאנשים יכולים לבחור להשתייך לקהילה מסוימת אבל העבודה הזו לא מחייבת אותם ביחס לקהילה הזו ולא ביחס לאחרים בקהילה. לא ניתן לכפות על היחיד הקרבה או התחייבות. קהילות כאלה קיימות בספרות, בספרו **נוזיק** מדבר על כך שכל העולם צריך להיות בנוי מקהילות אשר מצטרפים אליהן מרצון בעוד מבחינת המדינה יש צורך להגן על האנשים מבחינה ביטחונית ולמנוע הפרות סדר. המשמעות של אימוץ קהילה כזו לתוך זכויות הקניין למעשה אומר **שאין לנו מחויבות כלפי אחרים אלא אם אנחנו לקחנו אותה על** עצמנו. אם חייבנו את עצמנו ביחס לאחרים אז אולי אפשר להטיל את החובה אבל הקהילה לא יכולה להטיל את החובות מעצמה.

**קהילתנות**- במופע המזוקק של התפיסה הזו קהילה לא רק יכולה אלא הרבה פעמים עושה או דורשת הקרבה של היחידים, דבר המהווה חלק מההגדרה של השתייכות לקהילה. היקף החובות של היחידים ביחס לקהילה בתפיסות עמוקות הוא היקף שעשוי להגיע לכדי מחיקת האינדיבידואל כמעט לחלוטין. אם נאמץ תפיסה כזו לדיני הקניין לאדם אומנם יהיה קניין פרטי אבל הוא מחויב לעשות בו שימוש לטובת הקהילה. לדוגמה **בהפקעות**, הליברטריאנים לא יסכימו עם כך אבל אם כבר זה נעשה (לדוגמה לצורך ביטחוני) חייבים לפצות היחיד כך שהוא יעמוד במצב הקודם שלו ללא שום שינוי. לעומת זאת קהילתנים יחייבו לתרום את הקניין הרבה פעמים, בטח כשמדובר על צרכים חיוניים, ובמקרים כאלה גם הפיצוי יכול להיות מופחת. לכן יש חשיבות לבחירת התפיסה מבחינה קניינית.

**ליברליות**- **חנוך דגן** מנסה לבסס תפיסה **המושתתת על אוטונומיה** יחד עם **מייקל הלר** מאוני׳ קולומביה. הם כתבו מאמר שבו הם מנסים ״לרבע את המעגל״ ולהמציא גישה שאומרת שיש קהילות משמעותיות שאינן רק וולונטריות לחלוטין והן עשויות להטיל סוג של חובות אבל על מנת להישאר ליברליות מהבחינה שהן שומרות על האוטונומיה של הליברל הן חייבות לאפשר את **הזכות ליציאה מהקהילה**. הם טוענים כי אפשר להיות חלק מקהילות עבות יותר מאלו הליברטריאניות אבל לא תהיה קהילה לגיטימית בלי שיש בה את הזכות ליציאה מוחלטת ללא תנאים. הדבר נכון לכל קהילה מהקיבוצים ועד החברה החרדית.

חלק גדול מהבעיות של המשפט הישראלי בכל ההתמודדות שלו בעניין הקניין הן שהוא נמנע מלהכריע בסוגיית הקהילה.

קצת סיכום של מה היה עד עכשיו וערכים קנייניים - ההצדקות של חירות, עבודה, גמול, תועלתנות הם ערכים חברתיים מסוימים שלנו שבשמם אנחנו מצדיקים קניין פרטי או מעצבים את זכויות הקניין שלנו. הואיל ואנחנו מאמצים תפיסה ליבראלית של קניין כל הערכים הללו ייכנסו לסל שמתוכו נבחן את ההיקף של המוסדות שלנו. דוג' כשאנחנו מדברים על הבניית המוסד הקנייני של בית משותף – מה הזכויות והחובות בדירה בבית משותף אנחנו צריכים לקחת את כל הערכים שדיברנו עליהם – למשל חירות, צריכה להיות לו חירות מספקת כי יש לו דירה שלו (הדירה היא בבעלות פרטית וכל השאר ברכוש משותף), מצד שני מדובר בקהילה ועלינו לחשוב איזו גישה אנו מאמצים ובמסגרתה אילו חובות אנו יכולים להטיל על האינדיבידואליים של הבית המשותף.

הסיפור של קהילה פוגש אותנו ב-3 מופעים מרכזיים בדין הקנייני

1. **כניסה לקהילה**- לדוגמה, קבלה ליישובים. אם אדם ירצה לקנות דירה במאה שערים סיכוי גדול שהוא לא יצליח כי הוא לא חרדי. השאלה היא האם בעלי קניין, דירות, המשתייכים לקהילה מסוימת הם בעלי זכות למנוע ממני לקנות דירה במקום מסוים כי אני לא תואמת את המאפיינים של הקהילה? החוק מאפשר וועדות קבלה עם קריטריונים מסוימים. השאלה היא האם נכון לעשות את זה ואם כן אז באילו מקרים? מהו השיקול הנורמטיבי שקובע אילו קהילות יכולות ואילו לא? זהו אחד המופעים המרכזיים בהם הערך הקהילתי משפיע על הזכות הקניינית של אנשים בישראל.
2. **המשטר בקהילה**- בהנחה וכבר חיים בקהילה האם אנחנו רוצים (כמשפט) לאפשר לקהילות להשפיע על החיים ועל היקף הזכויות הקנייניות של אנשים החיים בקהילה הזו? רלוונטי למושבים וקיבוצים- האם אפשר למכור את הדירה כן או לא. גם בבניינים משותפים- תקנון המטיל חובות על בעלי זכויות קנייניות- האם אנחנו חייבים להיות כפופים אליהם? האם לבעלי זכות קניין יש זכות להשפיע על קניין של אדם אחר רק כי שניהם חלק מקהילה? הדבר תלוי בתפיסה אותה אנחנו מאמצים, מבחינה קהילתנית אפשר ממש לדרוס את היחיד לצורך חיי הקהילה.
3. **יציאה מהקהילה**- כאן יש 3 אפשרויות:
4. הקהילה מחליטה להוציא מישהו- קיבוץ מחליט להוציא מישהו מחברות בו. האם האדם צריך לקבל פיצוי, האם זה אפשרי בכלל, האם אפשר לשלול את הזכויות הקנייניות בטוב של הקיבוץ?
5. האדם מחליט לצאת בעצמו- עפ״י תפיסות ליברליות הדבר היחיד שמייחד אותם מהקהילתנים זאת הזכות הבלתי מוגבלת לצאת מהקהילה. לדוגמה בוועדות קבלה, האם העובדה שאדם לא יכול לנצל הצעה כלכלית טובה עבור הדירה כי וועדת הקבלה לא מסכימה לזהות הרוכש, האם זה לגיטימי? התשובה תהיה כפופה לאיזו תפיסת קהילה מאמצים וגם אם מאמצים תפיסה כזו או אחרת- באיזו קהילה מדובר. ההנחה צריכה להיות שלא כל הקהילות הן אותו דבר. שתי הבעיות האלה מאוד קשות במשפט הישראלי כי ביהמ״ש נמנע בכוח לנסות להגדיר מהי קהילה. לאחרונה הוא נתקל בזה בעניין של וועדות קבלה ושם ביהמ״ש המציא דוקטרינות חדשות כדי להימנע מלדון בשאלה מהי קהילה. ביהמ״ש נמנע בדעת רוב לדון בכך מסיבה שהכרעה כזו עשויה להיות מאוד בעייתית למה שקשור למקרקעי ישראל אבל עד שביהמ״ש לא יכריע נמשיך לחיות בחוסר וודאות.
6. הפקעות- המדינה פוגעת בקהילתיות בצורה הפקעה. הפקעת קהילה שלמה כמו ההתנתקות אבל גם הפקעות ממוקדות.

הצדקה שישית היא צדק חלוקתי-אי אפשר לדבר על קניין בלי להתייחס לצדק חלוקתי. אפשר להתייחס אליו באמירה כי אנחנו לא רוצים או כן רוצים אבל אי אפשר לדבר על משטר קנייני כלשהו בלי להתייחס למשמעויות החלוקתיות שיש לדיני הקניין. הקביעה הקניינית לא יכולה להיות מנותק מהשאלות הללו. הטעם לכך כפול:

1. **טעם חיצוני**- במובן מסוים כל תפיסה קניינית שנאמץ יש לה השלכות חלוקתיות. קניין מדבר על משאבים, אמצעי יצור, נכסים, דברים שבני אדם צריכים כדי לחיות והעובדה שנקבע משטר כלשהו מחייבת אותנו לחשוב על ההשלכות החלוקתיות שיש לו.
2. **טעם פנימי**- כל אחת מההצדקות נגועות מבפנים בשאלות חלוקתיות. כשדיברנו על חירות הסברנו שעל מנת לממש באמצעות הקניין את החירות אנחנו חייבים לדבר על תפיסות של זכויות חיוביות, לא ניתן לדבר על תפיסות שמקדמות חירות בעולם בלי שנתייחס בצורה רצינית להשלכות החלוקתיות. כל הערכים הקניינים כשלעצמם כוללים השלכות חלוקתיות פנימיות. אנשי שוק חופשי וימין כלכלי חזק יגידו שיש השלכות אבל הם מאמינים שהן יתוקנו ע״י השוק וממול צריך לקחת את ההבנה שיש הלשכות חלוקתיות משמעותיות מאוד וכדאי לתת להן ביטוי בקביעת המוסדות הקנייניים.

בצדק חלוקתי ודיני קניין יש בעיה שהועלתה ע״י מס׳ חוקרים- **יש בעיה לנסות לטפל בשאלות חלוקתיות באמצעות משפט פרטי**. החשש הגדול הוא שהדבר יוצר עיוותים כי הרבה פעמים משטר של קניין פרטי (ובכלל משפט פרטי) לא חל על כל האוכלוסייה, לא כולם משתתפים. כשהם לא משתתפים אנחנו למעשה נדבר חלוקה בין האנשים שיש להם ונשכח את אלו שהכי נפגעים, אלו שאין להם כלום. לכן יש טענת נגד החלת החלוקה במשפט הפרטי והשארת החלוקה לדיני מיסים ורווחה. חשוב להדגיש כי **שאלות של צדק חלוקתי הן לא שאלות שאפשר להתעלם מהן**.

ישנה שאלה אם סביבה היא הצדקה קניינית (שביעית)- ראינו אצל **הארדינג** נגיעה ברישוש משאבים- **קניין משאבים מוביל לרישוש משאבים**. אם ניקח את התפיסה הזו ברצינות את צריכים לחשוב גם האם מבחינת סביבה או שימור הסביבה נכון יותר יהיה לשמר משטר של קניין משותף שאז למעשה לאף אחד מאיתנו לא אכפת מהמשאב המשותף (מחצינים עלויות) או שנכון יהיה ללכת למשטר של קניין פרטי ששם לכל אחד יש תמריץ לחלקה שלו אבל יש תמריץ כלכלי לשמר את המשאבים האלה ולהימנע מפגיעה בהם. בנוסף ישנו **תמריץ להוריש משהו לדור הבא** ולא להתעלם מההשלכות הבין דוריות. האם הסביבה תומכת במשטר של קניין פרטי התשובה דיי חוזרת להיגיון של התועלתנות עם דגש על העברה בין דורית- אם אנחנו רוצים לשמר משאבים ולדאוג לאינטרס עצמי מאוד גדול של בעלי קניין ושימור משאבים בחתך הבין דורי יכול להיות שניתן להצדיק כך משטר של קניין פרטי.

קניין פרטי- במה?

כאן אנחנו נכנסים לחלק המרכזי בהבנה של מוסדות קנייניים (חוקים), מהם.

אנחנו נשאל:

1. **במה אנחנו מעוניינים להעניק קניין פרטי**? ההכרעה האם מעניקים כן או לא היא הכרעה חברתית שאינה טבעית והיא אמורה להתבסס על איזון ערכי שאנחנו כחברה עושים. השאלה היא למעשה את מה החברה שלנו רוצה לתגמל, לשמור וכן הלאה.
2. **באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות או המירות של נכסים**? זאת שאלה שמערערת במובן מסוים על אחת התכונות המשמעותיות יותר של זכות קניינית שהיא הזכות להעביר את הזכות הקניינית. כפי שנראה יש מצבים שלמרות שאנחנו מכירים בדבר מסוים כמושא קנייני אנחנו לא נרצה שהמשפט יאפשר את ההעברה של הנכס הזה.

אם נבחן את דוגמת הפטנט או זכויות היוצרים- לדוגמה נדון בקביעת זכות קניינית של פטנט עבור אדם שהמציא המצאה מסוימת. מדוע אנחנו כחברה קובעים שאותו אדם זכאי לקבל הגנה קניינית על ההמצאה הזו, למה חוקקנו חוק שאומר שאדם שהמציא המצאה ועמד בכללים מקבל זכות קניינית ל-20 שנה שכפופה כאמור לשימוש ראוי, מדוע עשינו זאת?

זכות קניינית שהמחוקק קובע למעשה יוצרת מוסד קנייני של פטנט, כיצד הוא מגיע להחלטה הזו? אם נסתכל על האדם, על ההמצאה ועל הרווח נשאל את עצמנו ״האם אנשים כאלה יעשו זאת גם ללא הגנה קניינית?״. התשובה כנראה בחלקה תהיה כן אבל הרוב לא. כשאנחנו מסתכלים על משהו שתורם לחברה אנחנו רוצים לתמרץ פעילויות כאלה כי זה משיא רווחה מצרפית. לדוגמה חיסון לקורונה- המון צוותים ברחבי העולם מנסים למצוא חיסון לקורונה. ברור שמי שימצא אותו יתעשר מאוד מאחר וזה יעיל כלכלית, העובדה הזאת מתמרצת אנשים מעבר לרצון לעזור לחברה. אנחנו נותנים גמול על העבודה הזו- האנשים שימציאו את החיסון יהפכו אותו לחלק מהאישיות שלהם. החוק הזה מגן על החירות של העשייה שלהם, **כשאנחנו נותנים זכות קניינית אנחנו מחפשים את התכלית של מתן הזכות**. זה נכון לכל מוסד קנייני, גם לזכות בבית משותף וגם לכות בפטנט או בזכויות יוצרים. אנחנו רוצים לאזן בין חירות הבעלים לבין החיים בקהילה.

לדוגמה- עניין ההתחדשות העירונית. כעת יש כללים חדשים לאדם בבית המשותף, כי מדובר על משהו גדול יותר מהבית המשותף עצמו, נכנסת גם שאלה של רווחה מצרפית. כשקבועים את המוסד הקנייני של הפינוי בינוי שקובע את גבולות הזכות הקניינית (אסור לאדם לסרב) מערבים את התכלית של הרווחה המצרפית של העיר כולה. **כשנכנסת תכלית חדשה או ערך חברתי חדש עושים איזון מחודש לזכות הקניינית**. ההגדרות השונות בחוקים השונים נובעות מסיבה מסוימת, האיזונים הערכיים בכל אחד מהמוסדות הם שונים. **כל מוסד קנייני (חוק) הוא ביטוי של האיזון שערך המחוקק ביחס לערכים הקנייניים השונים**.

לגבי **פס״ד מקדונלדס**, השופט ריבלין בודק את ההצדקות הקנייניות ומגיע למסקנה שאפשר דרך עשיית עושר להגן על הזכות לפרסום. אבל למעשה מה שהוא עושה זה את העבודה של המחוקק. הוא בודק את הערכים השונים ומנסה לקבוע האם צריך או לא צריך לתת זכות קניינית ואם כן מה היקפה. העימות בין הזכות לפרסום לבין הזכות לפרטיות (הזכות להיעזב לנפשך) הוא דיון מצוין אבל בסופו של דבר **מי שהיה אמור לאזן בין שתי הזכויות הוא המחוקק**.

דוגמאות למוסדות קנייניים

אין רשימה סגורה של מוסדות, אבל יש רשימה מסוימת שהמרצה יציג לנו, של מוסדות קנייניים- קביעה של הגנה קניינית על משאב מסוים וקביעת גבולות הזכות.

**חוק הדיור הציבורי**- זכותו של אדם בדיור ציבורי היא זכות קניינית אבל בהיקף שונה מאדם בדיור פרטי. בחוק הזה המחוקק מתייחס לעובדה שמדובר על בעלות אחרת מדירה רגילה. סעיף 3 קובע כי מחיר של דירה ציבורית לא יהיה מחיר השוק בגלל שמדובר במוסד קנייני של דיור ציבורי. מדובר במוסד שאנחנו מאזנים בו ערך של מחויבות לקהילה ולא מוסד של רווחה מצרפית מוחלטת כי לא מקודמת תחרות אלא דאגה לאנשים החלשים בחברה, לכן לא ניתן לקבוע שמחיר הדירה יהיה מחיר השוק הרגיל אלא מחיר ממנו יופחת סכום שיהפוך למענק. ס׳ 4 מדבר על זכות דייר ממשיך לרכוש דירה ציבורית. המוסד הקנייני הזה שונה מבעלות בבית פרטי והמחוקק מתאים את היקף ההגנה הקניינית לערכים אותם המוסד הזה בא לקדם.

**חוק הדיור המוגן**- דיור מוגן לאנשים מבוגרים, לכאורה אדם שרוצה להפעיל בית דיור מוגן קונה בניין ומזמין אנשים מבוגרים לגור בו ולא יהיה כפוף לאף חוק למעט לפרק הבתים המשותפים בחוק המקרקעין אבל המחוקק החליט שיש אוכלוסייה שצריך להגן עליה מטעם הערכים החברתיים שלנו. לכן נקבעו תנאים שונים לזכות הקניינית בבית דיור מוגן כמו רישיון, תנאים לפעילות, חובת התקשרות בהסכם בשפת הדייר (הגבלה על חופש החוזים) או חובה לספק שירותים כמו ניקיון או בריאות. הזכות שונה מזכות קניינית של בית משותף. התנאים השונים נקבעו כי אנחנו מבינים שיש אוכלוסייה שמצריכה הגנה שלנו כאוכלוסייה מוחלשת.

**חוק המקרקעין בתים משותפים**- סעיף (א)58 קובע שבעל דירה חייב להשתתף בהוצאות של הבניין. הדבר נובע מכך שאדם קנה דירה במוסד של בית משותף. לפי סעיף (ב)60 ניתן לקחת את זכות הקניין של הבעלים, להפקיע אותה ממנו ואדם אחר יכנס בנעליו. זה דבר קשה מאוד אבל זכות קניינית של בית משותף מאפשרת זאת, לא ניתן להתייחס לכך כאילו מדובר על בית פרטי. בכל הנוגע להתחדשות עירונית גם כן מעצבים מחדש את הזכויות כך שישנה התחשבות בקהילה ובעיר כולה. במקרה הזה אנחנו מרכיבים מחדש את זכותו של האדם בבית המשותף- זהו תיחום אחר לגמרי ממוסדות קנייניים אחרים.

טענות ביחס לרכישת זכויות קנייניות כשלא בהכרח ברור שזה ניתן

**צ׳ארלס רייך** כתב בשנות ה-70׳ מאמר בשם **The New Property** בו הוא טוען שבעולם המודרני של ימיינו אנשים מסתמכים על הקניין כחירות ועל הבטחת האוטונומיה בעוד בעבר היה מדובר על נכסים כמו מקרקעין מיטלטלין אבל בעולם החדש אנשים תלויים למחייתם לא במקרקעין ומיטלטלין אלא **בקצבאות, זכיונות ורישיונות** בשם המדינה. הרבה מאוד אנשים תלויים למחייתם בקבלת הנכסים האלו מהמדינה. השאלה שעלתה היא האם אדם שהמדינה מחליטה יום אחד לשלול את הקצבה או הרישיון שלו, האם לאדם כזה למעשה יש פגיעה בזכות הקניין? הוא מתלבש על סיפור בפס״ד אמריקאי המדבר על תקופת המקרתיזם (תקופה בה הסנטור מקראתי הוביל ציד מכשפות לכל מי שהיה יכול להיות מזוהה עם הקומוניזם) בה היה אדם שנקשר בקומוניזם ונשללה ממנו הפנסיה שלו. האם ההחלטה הזו חוקתית מבחינת הפגיעה בקניין? האם פנסיה היא קניין ואסור לפגוע בו או שההחלטה של המדינה לגיטימית? רייך טוען שמדובר בפגיעה בקניין כי לא מדובר בהטבה של המדינה אלא בחיסכון של אותו אדם. שם הסיפור היה שהמדינה הייתה המעסיק שהפריש לו כסף לפנסיה והשאלה הייתה האם הוא זכאי. ביהמ״ש החליט כי לא מדובר בזכות קניינית ולכן הוא אינו זכאי לכך. רייך טוען שגם אם זה לא ממש קניין עדיין אם מדובר בהטבה ממשלתית זה הופך להיות הקניין שלו והמדינה לא יכולה לשלול זאת כי הוא השתייך לתנועה הקומוניסטית.

המשפט הישראלי דן במאמר זה בשתי הזדמנויות- **קיצוץ בקצבאות זקנה (פס״ד מנור)**- האם מדובר בפגיעה בקניין או לא. עלתה המסקנה שאין צורך לדון בכך כי למעשה מדובר בחיסכון של אותם אנשים ולכן זו בוודאות פגיעה בזכות הקניין. האינטואיציה של פנסיה זהה לחלוטין, אנשים חסכו לפנסיה וזה הקניין שלהם.

הפעם השנייה הייתה לגבי **רישיונות למוניות (פס״ד מנחם)**- גם כאן לא התייחסו לסיפור של זכות הקניין אלא לחופש העיסוק.

המאמר זכה להרבה הערכה אקדמית כי הוא מעלה שאלה מאוד טובה- אם אנחנו מתקדמים למצב של מדינת רווחה בו אנשים תלויים בקצבאות או ברישיונות של המדינה, יתכן מצב שבו נצטרך לחשוב האם שלילה של דבר כזה, גם אם היא הייתה מוסכמת מראש, לא תהווה פגיעה בקניין. בפועל אין החלטה חד משמעית אלא אזכורים בלבד.

אינטרס ההסתמכות בקניין

כאן מדובר על מאמר שכתב **ג׳ו סינגר** (פרופ׳ בהארוורד) שטוען שלפעמים הסתמכות על מקור פרנסה עשויה לבסס לעובדים זכות קניינית במקום העבודה. הסיפור שלו היה על יונגסטון באוהיו, עיר עם תעשיית מתכת מאוד גדולה. כל האנשים עבדו במפעלים הללו וביום אחד החברה החליטה שהיא סוגרת את המפעלים. ארגון העובדים ניסה לשכנע את החברה להשאיר את המפעלים לעובדים על מנת שהם ימשיכו להפעיל אותם. סינגר, שהוא חוקר קניין פרוגרסיבי (חברתי), טוען שזכות לקניין עשויה לצמוח מעצם העובדה שאדם מסתמך על מקום העבודה שלו. יכול להיות מצב שמקום עבודה הופך להיות בבעלותם של העובדים באם החברה או המעביד מחליט שהוא **סוגר** את החברה. במקרים האלה **צומחת לעובדים זכות קניינית מעצם ההסתמכות שלהם על מקום התעסוקה** והם יכולים להפוך לבעלים של המפעל.

הזכות מופקעת מהבעלים כי הוא החליט לסגור אפילו שיש המוני אנשים שהסתמכו על מקור פרנסה זה.

העמדה הזאת לא נותנת שלב או פרקטיקה אמיתית מתי הזכות עוברת, מהו כלל התפיסה? כמה שנים של הסתמכות מספיקות? כשסינגר הבין את הבעייתיות הוא לא ניסה להתחפר אלא כתב שהוא חוזר בו מהעניין. הטיעון היותר עמוק נגד העמדה הזאת תופס על כל בעיה של הסתמכות- מהי בעצם הסתמכות? על בסיס מה אותם עובדים ביססו ציפייה שהמעסיק יפעיל את המפעל לאורך כל חייהם? הדבר היחידה לבסס ציפייה היא אם יש כלל משפטי, לדוגמה, שאדם שמפר חוזה ללא הצדקה יהיה חייב לשלם, אני נכנסת לחוזה בציפייה שהיה פיצוי ואז ניתן לומר שיש ציפייה לגיטימית לפיצויים. כשהעובדים התחילו לעבוד במפעל, על בסיס מה הם יכלו לפתח הסתמכות שהמפעל יעבוד כל הזמן ושאם הוא ייסגר העובדים יקבלו בעלות. הטיעון שיצירת כלל משפטי בגלל הסתמכות הוא טיעון מעגלי- **ההסתמכות יכולה לבוא רק אם יש כלל משפטי, אם אין כזה הוא לא יכול להיווצר כתוצאה מהסתמכות.** זאת הסיבה המרכזית שסינגר נטש את הטיעון שלו וזה נכון לכל טענת הסתמכות שהיא.

**שיעור 5- 23.03.20**

כזכרו דיברנו על קניין פרטי במה- ובמה לא? האם יש דברים שאנחנו לא מוכנים שיכנס לשיח הקנייני? הדוגמה המרכזית היא נושא **סחר באיברים** אבל זה נכון גם לגבי סחר בבני אדם, תינוקות (תיירות פריון) ועוד. **עולה השאלה האם אנחנו רוצים שתינוקות או איברים יהיו מושאי קניין**? גם כאן ישנם טיעונים חברתיים בעד ונגד.

שיקולים בעד סחר באיברים

1. **מלאי האיברים יגדל**- אם ניקח בחשבון את המצב הנוכחי בעולם ברור לנו שברגע שנאפשר לאנשים למכור את איבריהם לאחרים אנחנו נהיה מוצפים באיברים. אנשים שמחכים שנים או מתים בזמן ההמתנה לאיברים יוכלו בצורה יותר קלה לרכוש איברים ולחיות. גם בעניין תינוקות- זוגות הומואים יוכלו לממש את הורותם בקלות יתר.
2. **מניעת שוק שחור והיעדר וביצוע רגולציה על דברים שקיימים ממילא**- רגולציה תרחיב את השימוש בדברים הללו אבל מצד שני היא תעשה את השימוש מוסדר וכזה שאפשר לנסות להתמודד איתו כדי למנוע בעיות אמיתיות לציבור.

שיקולי נגד סחר באיברים

1. **בעיה חלוקתית**- ברור לכולנו מי יהיו האנשים שייפרדו מהאיברים שלהם או מהילדים שלהם, האנשים הללו לא יהיו האנשים החזקים בחברה. ומהצד השני, האנשים החלשים בחברה לא יוכלו (גם אם הכאב שלהם יהיה זהה לחזקים) להשתמש בשוק הזה. טענות הבעד ישחקו לטובתם של החזקים כלכלית בחברה.
2. **מסחור של טובין אישיים**- נקודת המוצא היא שמתן שם קנייני לאיברים או ילדים הופך **לקומודיפיקציה** שגורמת להחסרה של דברים שעד כה לא היו בשוק. ברגע שנסיר את אי העבירות וההבחנה בין מה שהוא שוק למה שהוא לא שוק ביחס למשאבים אלו אנחנו נפתח את השער לכך שהדברים האלה יהיו לגמרי ממוסחרים. לדוגמה- האם ילד יהודי או עם עיניים חומות יעלה פחות?
3. **החצנות על צדדים שלישיים**- הדוגמה הכי בולטת היא לגבי תינוקות. יש מצב שאנחנו מאפשרים סחר בתינוקות אנחנו למעשה מתעלמים מהילד הזה. אנחנו משתמשים בו כמוצר מבלי באמת שהוא נתן לנו את הסמכתו. יהיו הרבה אנשים שלא יהיו בהכרח בתודעה של כניסה לשוק אבל זה יקרה בעל כורחם. יהיו לנו החצנות אל אנשים שהם המוצר עצמו.

קומודיפיקציה

אחת הבעיות הבעייתיות במאה ה-21, רלוונטית לכל מני תחומי משפט. התרגום הוא- **הסחרה**. לקחת משהו שלא נמצא בשוק והפיכתו למוצר שוקי. יש לך 2 טיעוני נגד אפשריים:

1. **השחתה**- (של משמעות) כשאנחנו מסתכלים על מוצרים לא שוקיים, יש סיבה שהמוצרים הללו נותרו מחוץ לשוק, בעיקר העידן הקפיטליסטי. **אליזבת אנדרסון וגלן כהן** אומרים כי ברגע שאנחנו נתייחס למשהו שהוא לא שוקי כאל משהו שוקי אנחנו משחיתים את המשמעות של המשאב הזה עבורנו. דן אריאלי נתן דוגמה לכך, ההבדל בין ללכת למסעדה לבין ללכת לארוחת ערב אצל חמותו ובסוף הארוחה לתת לחמותו 200 ש״ח טיפ. ברור לכולנו שזו התנהגות שלא רצוי להעביר מהעולם השוקי לעולם המשפחתי. אם נשלם על תינוקות הם לא יחזרו להיות מה שהם היו לפני שהתחלנו לשלם עליהם.
2. **כפייה**- הטיעון הזה מדבר על כך שאם אנחנו לוקחים משאבים לא שוקיים ומכניסים אותם לשוק אנחנו מרחיבים את הכפייה על אנשים חלשים מבחינה כלכלית וחברתית. **מרגרט ראדין** מדברת גם על הנושא הזה ביחס לתיאוריית האישיות- היא שואלת האם אנחנו לא נופלים לתוך בעיית הקומודיפיקציה? אם הדברים כל כך קשורים לגרעין האישיות שלנו אולי הם לא צריכים להיות חלק מהשוק? בדיון שלה היא מביאה דוגמה של אישה בהודו עם בעיות כלכליות קשות ו-5 ילדים. הפתרון שהיא מוצאת הוא ללדת ולמכור ילד. מצד אחד לאישה הזאת אין ברירות אחרות או מוצרים אחרים שהיא יכולה למכור ולכן דווקא אם נכניס זאת לשוק לאנשים יהיה פתרון לממן את עצמם. ובכל זאת, זה טיעון מעט מתחסד. ומצד שני, אנחנו מאוד מוטרדים מהעובדה שהיא תעשה זאת מחוסר ברירה ומעין ״כפייה״.

סיכום ביניים

**זכות קניינית** היא ביטוי של הכרעה חברתית שנשענת על ערכים שונים. כשאנחנו מחליטים לתת למישהו זכות קניינית על פטנט, מקרקעין וכו זה מבטא הכרעה חברתית שלנו לאחר איזון בין הערכים. כשהמחוקק מכונן **מוסד קנייני** חדש הוא מבצע **איזון בין הערכים החברתיים** (חירות, רווחה מצרפית וכו). **אין משמעות אחידה לזכות הקניין**, לכל מוסד קנייני יש משמעות אחרת וגודלה ביחס להיקף ההגנה על הזכות. **החוק הוא התולדה של האיזון הערכי**. כשאומרים שיש זכות קניינית צריך לברר באיזה מוסד קנייני מדובר. כל מוסד עורך איזון ערכי שונה הן ביחס לשאלה האם לתת זכות קניינית והן לגבי היקף הזכות.

בעלות במקרקעין

חוק המקרקעין בסעיף 13 קובע:

**היקף העסקה במקרקעין**

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

הסעיף הזה משמעותי מאוד כי הוא קובע מס׳ דברים:

1. עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12. מה מוסיפים לנו סעיפים אלו?
2. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?
3. עם זאת, החוק אומר לנו שבמקרים מסוימים יהיה לתוקף לחלק מסוים אבל המקרים חייבים להיות מפורטים בחוק. מהם החריגים שצופה החוק?

למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?

הסיבה היא **החשש מפני פיצול יתר של מקרקעין**. יש לכך השלכות קשות על היכולת שלנו לנהל משטר מקרקעין ראוי.

מעט רקע: עולם המקרקעין שלנו בנוי על חלוקה בין **גוש** (חלוקה קרקעית גדולה) לבין **חלקה**. תעודת זהות של מקרקעין היא ״**גוש חלקה**״- הגוש הוא החלק הגדול יותר בעוד החלקה מהווה חטיבת קרקע ספציפית יותר. בבית משותף כל דירה נחשבת ״תת חלקה״. כיצד נקבע את צורת החלוקה בתוך הגוש? מכריעים בעיקר לפי הצרכים התכנוניים החברתיים. ישנם מצבים בהם אם נרצה לתכנן שכונה לבתים פרטיים סביר להניח שהחלקות יהיו קטנות יותר מאלו בשכונה של בתים משותפים. עלינו להניח שוועדת התכנון נתנה את דעתה על הצרכים של כל שכונה או גוש לגבי מהו השטח האופטימלי לכל חלקה.

חזרה לעניין החשש. הרי מקרקעין מחולקים לגוש חלקה והחלקות, גם גודלן וגם הכמות שלהן, מוכתבת ע״י שיקולים תכנוניים שנשקלו בוועדות התכנון. לצורך העניין יש בעלים בקרקע פרטית שיכולה להכיל 2 בתים אבל רשות התכנון קבעה שאצל פלוני היא 2 דונם והוא רוצה לפצל אותם ל-2 ולמכור לשני אנשים שונים. מדוע? אנחנו לא רוצים שבעלים פרטיים יפצלו מקרקעין לפי ראות עינם. אם יש סיבה לעשות זאת הדבר אמור להיעשות ע״י הוועדות המקצועיות.

להלן הבעיות:

1. **בעיות איתור**- יתכן מצב שבעלים ימכרו ״רסיסים״ של קרקע ואז אם נצטרך בעתיד לאחד את המקרקעין לדוגמה, לצורך הפקעה- יהיה לנו קשה מאוד לאתר את כל הבעלים.
2. **עלויות עסקה**- ברגע שיש יותר בעלים המדינה נכנסת למצב של עלויות עסקה גבוהות מאוד מאחר ויש לנו יותר מחוזה אחד לטפל בו (במידה והמדינה רוצה להפקיע את הקרקע).
3. **פעולה משותפת (בעיית הסחטן)**- כשמדינה רוצה להפקיע מקרקעין, עדיף לה שהמקרקעין יהיו בבעלותם של כמה שפחות אנשים. למה? אם המקרקעין נמצאת בבעלות מבוזרת, הרבה יותר קשה להתמודד עם בעיית הפעולה המשותפת. קשה להביא אנשים לעבוד ביחד ולקדם פרויקט כדוגמת פינוי בינוי.

**שיעור 6- 26.03.20**

דוגמה למצב בו אנחנו רואים שחוק המקרקעין מפנים את השיקולים התכנוניים- אם אני רוצה את מלוא מחיר השוק של המקרקעין שאני לא זקוק לו (כאשר לא ניתן למכור אותו מאחר ומדובר על חלוקה) ניתן לעשות **שותפות בקרקע**- פלוני משלם את שווי של המקרקעין ונכנס להיות שותף, עם זאת לפלוני אין בעלות על החלקה המדוברת, לשנינו ביחד יש 100% מהמקרקעין. לא ניתן להפריד זאת, בטאבו שנינו נהיה בעלים במשותף במקרקעין.

מה קורה אם רוצים לפרק את השותפות? לשם כך ישנו סעיף 38 לחוק:

**פירוק על פי הסכם או צו בית המשפט**

38.  (א)  פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, וכל חיקוק אחר בנדון.

          (ב)  באין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

דרך המלך לפרק שותפות היא ללכת **להסכם פירוק שיתוף**. מה קורה אם פלוני קבע איתי שהמקרקעין יפוצלו בעין, כל אחד יקבל חטיבת קרקע להיות בעלים בנפרד? התשובה של סעיף 38 היא שאם רוצים להגיע לפירוק שמפצל חלקים מהקרקע המשותפת לבעלויות נפרדות **אפשר לעשות זאת רק אם המקפח מאשר שזה תואם את חוק התכנון והבנייה**. למעשה רק אם החלקות שנמצאת בבעלותנו ניתנות לחלוקה לפי התוכנית שחלה. אם יש חלקה של 100 דונם ששנינו בעלים במשותף בחלקה אחת התשובה היא שלא נוכל בהסכם השיתוף לקבוע חלוקה בעין, לא נוכל לקבוע שבהסכם השיתוף עוקפים את סעיף 13. לא ניתן לעקוף את סעיף 13 ע״י חבירה לשותפות ופירוקה. שאר המצבים האפשריים הם קניית חלקו של האחר או מכירה משותפת לצד ג׳. זאת דוגמה לדרך בה החוק מטמיע את סעיף 13 בשאר הסעיפים.

סעיף 13 נובע מהחשש לפיצול יתר. השאלה שאנשי השוק היו צריכים לשאול את עצמם היא **האם השוק לא יודע להתמודד עם פיצול היתר**? אם ניתן לאנשים לעשות מה שהם רוצים ולחלק את המקרקעין כמו שהם רוצים מה שיקרה זה שהם יביאו אותנו לחלוקה הכי נכונה מבחינה תועלתנית. התשובות לכך:

1. **כשלי שוק**- השוק האופטימלי אולי היה יודע להסתדר אבל השוק המעשי לא.
2. **שנאת סיכון ציבורית**- מחקרים אמפיריים מעידים שכאשר מדובר ברשויות שלטוניות, מאומצת גישה של שנאת סיכון. לכן, גם כאן, למרות שאולי התיאוריה תוביל אותנו לחלוקה ראויה מבחינה תועלתנית, הרשויות לא רוצות לקחת את הסיכון שזה לא יתממש.

מהם החריגים שהחוק צופה?

1. **בעלות נפרדת בדירות בבית משותף**- סעיף 54 לחוק המקרקעין קובע שעל אף האמור בסעיף 13 לחוק, **דירה בבית משותף לא נחשבת ״שותפות״ עם שאר הדיירים בבניין בקרקע**. המחשבה הראשונית הייתה שכל הדיירים של הבניין יהיו שותפים במקרקעין ושיוך של דירה לאדם מסוים לא תהווה בעלות. חוק המקרקעין אומר שהמציאות הישראלית היא בעיקר בתים משותפים וכדי להבטיח **איזון ראוי** בין חירות הבעלים לבין המחויבות לקהילה, לא רוצים להביא את הדיירים למצב של שותפות במקרקעין ולכן קובעים הוראה מפורשת על כך שהדירה בבית משותף היא נושא נפרד בבעלות.
2. **זיקת הנאה**- זיקת הנאה היא אפשרות של אדם לעשות שימוש מסוים בלי חזקה אלא מכוח שימוש במקרקעין של אדם אחר (שטח פרטי). לדוגמה, אדם עובר בחצר של מישהו אחר כדי להגיע למקום מסוים במשך שנים ניתן לחתום על הסכם שמאפשר את המעבר בחצר ואז ניתן ללכת לטאבו ולרשום זיקת הנאה לתקופה מסוימת, זאת זיקה הסכמית. בעל החצר לא יוכל למנוע זאת כי זה כבר לא מכוח הסכם אלא מכוח זכות במקרקעין. הדרך השנייה לרכוש זיקת הנאה היא ביצוע פעולה בשטח של אדם אחר במשך 30 שנה כל עוד הבעלים של השטח לא מחה, זאת זיקה מכוח שנים. גם את הזיקה הזאת ניתן לרשום בטאבו. זיקת ההנאה היא רק עבור אותה פעילות, עבור אותו שביל. סעיף 93(ג) מאפשר את זיקת ההנאה על אף האמור בסעיף 13 לחוק בחלק מהמקרקעין.
3. **הפקעה**- נקבע כי גם הפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע **בפס״ד אקונס**. הפס״ד מדבר על כך שהבעלות בקרקע היא בכל רבדיה, גם בתת הקרקע, פני הקרקע ועל הקרקע. כשרצו לחפור את מנהרות הכרמל המדינה לא רצתה לשלם כסף למי שמחזיק בקרקע שמתחתיה חפרו את המנהרות כי מדובר על הרבה מאוד כסף וכי הקרקע עצמה לא נפגעה, ניתן להמשיך לבנות עליה מבנים. הם טענו שהם לא מפקיעים את הבעלות אלא את זכויות השימוש והחזקה בתת הקרקע. עד אותו רגע המדינה טענה שהפקעה היא כמו זכות במקרקעין ולכן לא ניתן לעשותה בחלקים, המדינה אמרה שאם היא תפקיע את הבעלות היא לא יכולה להפקיע חלק מהחלקה אז היא צריכה להפקיע את כולה ולשלם הרבה מאוד פיצוי. ביהמ״ש אמר שלא ניתן לעשות זאת כי לא מדובר בזכות חזקה ושימוש אלא הפקעה של הבעלות. ביהמ״ש אמר שהפקעה לא נכללת בגדר סעיף 13, ניתן לעשות הפקעה גם בחלק מהקרקע בגלל שסעיף 13 כלל לא כולל הפקעה כי הסעיף כותב שאין ״עסקה בחלק מהמקרקעין״ והפקעה לא עונה להגדרה של עסקה. לפי ס׳ 6, עסקה של מקרקעין תלויה ברצון המקנה והפקעה לא עומדת בתנאי זה. לכן, לצורך העניין אין עסקה במקרקעין והפקעה הינה חריג לחלוקה של המקרקעין.
4. **שכירות**- סעיף 78 קובע כי על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסוים מהמקרקעין. לכך מתחבר **פס״ד לוסטיג**. בפס״ד יש מצב בו שותפים במקרקעין החכירו אחד לשני חלקים מסוימים ל-999 שנים. מבחינה מעשית ברור שמדובר על חלוקה של בעלות, מבחינת הרציונלים של סעיף 13 אנחנו נהיה באותו מצב של חלוקה, יהיה קשה מאוד לקבץ את המקרקעין חזרה. בביהמ״ש היה מהלך מדהים לפי המרצה בו הוא מסביר מדוע חכירה ל-999 שנים היא למעשה כמעט בעלות כי הרציונלים שאנחנו מדברים עליהם ביחס לבעלות חלים גם כאן. ברגע האחרון, ביהמ״ש עושה את הטוויסט וקבוע שעדיין מדובר בשכירות ולכן גם חכירה כזאת תיחשב כשכירות שמותר לחלק באמצעותה חלקים מסוימים ולא כבעלות. לכן במציאות הישראלית כמעט ומבטלים את סעיף 13 כי רוב ההחזקה שלנו במקרקעין היא מכוח זכויות של חכירה ולא בעלות אמיתית. למרות שאין שום רציונל שמצדיק להסתכל על חכירה כדורות כל כך ארוכה כעל השכרה ביהמ״ש מאפשר זאת.
5. **ירושה**- סעיף 6 מחריג הורשה על פי צוואה לסעיף 13. לפי המרצה למרות הסעיף כן מגבילים חלוקות עפ״י ירושה בגלל בעיות פרקטיות.

מה מוסיפים סעיפים 11 ו-12?

**עומק וגובה**

11.  הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום.

**המחובר לקרקע**

12.  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, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר.

סעיף 11 אומר שבעלות על קרקע חלה גם על מה שיש מתחת לקרקע ומה שמעליו (למעט דברים כמו נפט או מים). עם זאת, הבעלות הזאת לא מונעת מעבר מטוסים מעל הקרקע.

סעיף 12 קובע כי הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע (גם את הבית וגם את העצים) ועל כל דבר המחובר חיבור של קבע למעט מחוברים הניתנים להפרדה. הסיפא של הסעיף הוא שלא משנה מי נטע או בנה.

תיקון לחוק המקרקעין- תלת ממד

לפני הבחירות בשנת 2019 (אחת מהן) עובר תיקון לחוק המקרקעין הנוגע לעתיד המקרקעין- **תיקון תלת מימד** והוא למעשה אומר שכל מה שנאמר בסעיף 11 פחות רלוונטי כי כעת ישנה אפשרות לפצל בין הרבדים השונים. כלומר, **ברגע שחלקה מסוימת מוגדרת כחלקה תלת ממדית** (לפי סעיף 14א) **סעיף 11 מפסיק להיות הסעיף הרלוונטי**. מאפשרים בעלות נפרדת ברבדים שונים במקרקעין. הדבר מסייע בהפקעות כי הוא פותר את הבעיה של **פס״ד אקונס**. זה חלק משמעותי עבור מדינת ישראל כדי להתכונן לעתיד מבחינת מקרקעין. אנחנו הולכים למצב בו בתת הקרקע יהיה ניצול מאוד משמעותי של תחבורה, מסחר וחניונים. כל הדבר יוכל להתקדם בצורה יותר מהירה אם נאפשר בעלות שונה ברבדים של הקרקע. המערכת עדיין לא פועלת אבל היא מאוד משמעותית. סעיף 14ד הינו חריג נוסף לעניין סעיף 13 ביחס לפס״ד אקונס. בעבר הייתה הערה בטאבו בעוד עכשיו אפשר לעשות זאת בצורה של בעלות נפרדת. המקרקעין המופקע יעבור לידיי המדינה.

האם נייחד את כל נושא תלת הממד רק לצרכי הפקעות או שנאפשר גם לאנשים פרטיים למכור רבדים שונים בקרקע?

האם נכון לעשות זאת מבחינת הרציונלים של סעיף 13? ברגע שוועדות תכנון מסכימות לפצל חלקות לרבדים שונים הם כאילו הסכימו לפצל חלקה ל-2 או 3 חלקים. ברגע שהתוכנית אישרה לפצל חלקה מסוימת לכמה רבדים כאילו כבר נעשה פיצול לכן הבעלים יוכל לעשות שימוש בכך ולמכור את אחד הרבדים.

דוגמה- לאדם יש דירה, הוא משכיר אותה למישהו. השוכר מרכיב מזגן והבעלים של הדירה מחליט שהוא רוצה למכור את הדירה למישהו אחר. בתור שוכרים ברגע שהבעלים רוצה למכור הם צריכים לאפשר לאנשים להיכנס לדירה ולראותה. אותם אנשים מסיירים בדירה, מחליטים לקנות אותה. כשבעלים מוכר דירה תוך כדי תקופת השכירות, הוא מוכר אותה ״יחד עם השוכר״. נגמרת השכירות והשוכר בא לפרק את המזגן ולקחת אותו איתו והבעלים החדש טוען כי מדובר על משהו שמחובר לקרקע והוא בזמן הסיור ראה את המזגן ולכן הוא שייך לדירה. השאלה היא למי שייך המזגן. ההכרעה בשאלה תיפול על פי הפרשנות לסעיף 12, האם המזגן מחובר לקרקע ואז הבעלים החדש למעשה קנה את המזגן יחד עם הקרקע או לחלופין אם הוא נחשב ככזה שאפשר לפרקו השוכר יקבל אותו. השאלה שנשאל בשיעור הבא היא מה הכוונה ל״מחובר״? במקרים אחרים יתכן ויהיה מדובר על נכסים מאוד יקרים שמחוברים לקרקע וההכרעה האם הם חלק או לא חלק מהקרקע היא הכרעה משמעותית לגבי זהות הבעלים.

**שיעור 7- 30.03.20**

עניין המחוברים עולה במבחן כי יש לו משמעות גדולה לחיים הכלכליים של עסקים, בכל הקשור ליכולת שלהם לקבל אשראי. לדוגמה- לאדם יש חברה ובעל החברה צריך לרכוש מכונה על מנת להתחרות בשוק. בשביל כך הוא לוקח הלוואה מבנק לאומי, מה יקרה אם לאותה חברה יש משכנתא על המקרקעין לטובת בנק דיסקונט? האם כשהחברה חדלת פירעון, מי מקבל את המכונה? האם בנק דיסקונט שהוא בעל המשכנתא על הקרקע ויש לו זכות לגבות מהקרקע או לחלופין בנק לאומי שהלווה כסף לצורך רכישת המכונה? באופן עקרוני החוק קובע את סדר הפירעון ובו נקבע **שיעבוד ספציפי לרכישת נכס**- הראשון בתור בכל מצב יהיה הנושה שהלווה לחברה כסף לרכישת נכס מסוים. השאלה הגדולה שלנו במבחן תהיה לנסות להסביר האם המכונה הזו היא נכס שמחובר לקרקע ואז העדיפות עוברת להיות של בנק דיסקונט (תלוי בתנאים) כי כשהנכס מחובר לקרקע הוא עובר להיות קרקע ולא מיטלטלין או של בנק לאומי. השאלה הגדולה משפטית (ולא טכנית) היא האם נכס מסוים או משאב מסוים של מיטלטלין שומר על הייחודיות שלו ואז לא יהיה חלק מהקרקע או שבגלל שהוא מחובר/אנחנו נראה בו כמחובר הוא יהפוך להיות חלק מהמקרקעין ממש.

מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין?

כפי שאמרנו לפי סעיף 12, בסעיף יש כפל מסוים, הוא מדבר על הבנוי והנטוע ואז גם על כל דבר אחר שמחובר חיבור קבע ומוסיף משהו שלא צריך- זולת מחוברים שניתנים להפרדה, זה לכאורה ברור מאליו. על בסיס זה **יהושוע ויסמן** אמר שצריך לאמץ **תפיסה ריאליסטית**, לא נוקשה מדי, לגבי סיפור המחוברים. מהיכן זה נובע? הוא גוזר זאת מהדואליות בלשון הסעיף. לא יכול להיות רק משהו פיזי, על ידי הפרמטר הטכני כי אחרת היה מספיק לנו רק חלק אחד מהמשפט. העובדה שהכנסנו שני אלמנטים מסבירה לנו שלא יכול להיות רק משהו שבנוי פיזית. הוא בעצם אומר שהחוק פתח לנו את האפשרות להכניס שיקולים משפטיים ולא רק פיזיים. אז איך כן לדעתו צריך להתייחס לשאלה זו? ויסמן מונה מס׳ מבחנים:

1. **ממבחן הסף- מבחן החיבור הפיזי**- מה שלא מחובר בכלל למקרקעין (מכונית שעומדת בחניה) אין צורך לדון בו כלל. כדי להתחיל לדון צריך חיבור פיזי כלשהו ולכן זהו המבחן הראשון שיש לבחון (גם במבחן וגם במציאות).
2. **מבחן סוג הנכס-** נניח ויש מצבים בהם היה חיבור פיזי לקיר או לקרקע ועדיין יש התלבטות כי אומנם החיבור קיים אבל הוא לא אולטימטיבי, הוא ניתן להפרדה. כאן נכנסת התפיסה הריאליסטית**, צריך לבחון את הסוג של הנכס** כדי להבין את הכוונה- האם בנכסים מהסוג הזה הכוונהשל האנשים הסבירים היא **לחבר אותם בצורה של קבע או זמנית לקרקע**, כאמור מהדוגמה, מזגן, האם מדובר במזגן חלון או במזגן מחובר לקיר. **ככל שמאפייני החיבור יתאימו למאפייני החיבור של נכסים מהסוג הזה נראה בכך חיבור של קבע**. אם המזגן מחובר עם סלוטייפ ולא עם ברגים, למרות שיש חיבור פיזי לא נכון לראות בו נכס מחובר כי החיבור לא מתאים לסוג הנכס הזה. כאשר יש לנו קושי לאבחן גם באמצעות מבחן זה ישנו המבחן השלישי.
3. **מבחן הכוונה**- מבחן שמסתכל על הכוונה או האובייקטיבית או הסובייקטיבית ביחס לנכס זה. **מבחן זה נחלק ל-2, הראשון הוא מבחן כוונה סובייקטיבי והשני אובייקטיבי**. לפי ויסמן כשמדובר בצדדים רחוקים אחד מהשני (מצב שבו הצדדים כבר לא נמצאים בפנינו למשל במצב של חדלון פירעון או אדם שנעלם ויש תחרות בין הנושים) אין לנו יכולת לבדוק את הכוונה הסובייקטיבית. במצב של צדדים שלישיים ולא הצדדים הקרובים שהיו מעורבים באקט עצמו, אנחנו נאלצים ללכת לאמת מידה אובייקטיבית שהיא אמת מידה של סבירות- מה הצדדים הסבירים היו עושים בחיבור של מיטלטלין כזה? לעומת זאת, כשמדובר בסכסוך בין צדדים שנמצאים בפנינו (קרובים) או כאלה שיש להם חוזה מפורש לגבי הפעילות (משכיר ושוכר) כך שניתן לבדוק האם אמרו במפורש שהמזגן נלקח בתום השכירות, אז נפעיל מבחן סובייקטיבי.

שלושת המבחנים לא מצטברים אבל יש לבחון את שלושתם בכל מצב! עם זאת, הרבה פעמים למבחן סוג הנכס אין תשובה חד משמעית ולכן למבחן הכוונה יש יותר משקל.

הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים

1. **מונע הנזק הזול**- זהו המבחן הכי משמעותי. זהו שיקול משפטי לחלוטין שדן בשאלה על מי להטיל את האחריות המשפטית. המבחן נכנס בדיני מקרקעין בכל מני סיטואציות בעיקר במקרים של תחרות על משאבים. אנחנו מטילים את האחריות על מי שיכל למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר ולא עשה את זה. המבחן יגיע בדרך כלל במקרים בהם אין לנו הכרעה נורמטיבית אחרת. השיקול נבחן במקביל למבחנים של ויסמן.
2. **לצד זה** הפסיקה הכניסה שיקולים נוספים (שיהיו רלוונטיים גם לדיני תחרות) כגון וודאות השוק- אם נפתח השאלות הנוגעות למחוברים לדיונים משפטיים גדולים הבנקים לא ילוו כסף ויהיה מחסור באשראי. **שיקולי יעילות מצרפית ושיקולי חלוקה**. באופן עקרוני שיקולי החלוקה נכנסים בדיני תחרויות ״במאזן המצוקה״- בודקים איזה צד יפגע בצורה משמעותית יותר.

למבחן ולעבודה- תמיד לטעון לשני הצדדים. בדרך כלל המבחנים של ויסמן לא יהיו קונקלוסיביים לכן יש לדון בשיקולי המדיניות.

**שיעור 8- 20.04.20**

אוצרות טבע ועתיקות

נספח לסעיפים 11-12 הם אוצרות טבע ועתיקות.

למרות שהבעלות היא מהתחתית ועד הרום המדינה מחריגה משאבים שנמצאים בקרקע עצמה בניגוד לנעשה בארה״ב- שם מי שקונה את הקרקע קונה גם את המשאבים. בישראלי החליטו לשמור את המשאבים עבור הציבור.

אחד מפסקי הדין הבולטים בסיפור הוא **פס״ד Samedan**, **חשין** עושה שם ניתוח של הזכות הקניינית שניתנת **בחוק לעידוד קידוחי נפט וגז** הניתנת לאלו הפועלים מכוח החוק. החוק נועד לעודד קידוחים והוא מעניק זכויות קנייניות מיוחדות לאלו שיעשו כן בגלל הסיכון הגדול (רוב הקידוחים לא הובילו לתוצאות עסקיות כדאיות) ובגלל שהמדינה לא יכולה להשקיע את עלויות החיפוש וההוצאה של הנפט אז היא מעודדת גורמים פרטיים לעשות כן תוך בקשת תמלוגים. זהו **מוסד קנייני מיוחד**. הפס״ד עוסק בהבנה של מה כלול ומה לא כלול במוסד הקנייני הזה. בסעיף 53 לחוק נקבע שבעל הרישיון **להפקה** של גז ונפט באתר קידוחים **רשאי לבנות צינור** להעברת נפט ומוצריו. החברות בפס״ד שקיבלו את הרישיון להפיק את הנפט פנו לממונה על יישום החוק וביקשו לבנות צינור. הממונה סירב. ההיגיון מאחורי הסירוב הוא שאם הוא יאפשר את האפשרות גם לקדוח וגם להוביל את הנפט הוא נותן להם מונופול על הנפט (גם הפקה וגם הובלה). חשין מנסה להגיד האם היה בסמכותו של הממונה לאור סעיף 53 לקבוע שהם לא רשאים לבנות את הצינור. לחשין יש תפיסה מאוד ליברטריאנית של קניין, לפי תפיסה זו המדינה צריכה להתערב כמה שפחות אבל ברגע שהיא כבר קבעה כי מי שרשאי להפיק נפט יכול גם להעביר אותו היא לא יכולה לפגוע בזכות הקניין של הבעלים מכוח החוק. באופן דיי מפתיע חשין קובע אחרת, מאמץ את התפיסה הליברלית של קניין- לא רק ערך חירות הבעלים אלא כלכלה חופשית ותחרות. חשין קובע כי בגלל שכל החוק נועד על מנת להגביר תחרות, לתת תמריצים כלכליים לבעלי יכולות תוך מקסום הרווחה המצרפית לכן **יש לנתח את החוק לפי ערך הרווחה המצרפית**. אם ניקח את הערך ברצינות לא נוכל לקרוא את סעיף 53 כחלק אינהרנטי מזכות הבעלות. **הוא מפרש את המילה ״רשאי״ כנותנת לממונה את הסמכות לקבוע האם בנסיבות המסוימות נתינת הזכות להובלת הנפט לאותו גורם אכן תגשים את ערך הרווחה המצרפית**.

**לכאורה ניתן לטעון לאקטיביזם שיפוטי מצדו של חשין**. חברות הנפט טוענות שהלשון מאוד ברורה, כתוב במפורש כי הגורם שקיבל את הרישיון רשאי להעביר את הנפט. מצד שני אולי אין פה אקטיביזם כי חשין עושה פרשנות לפי הערכים של המוסד הקנייני של המחוקק ולא ממציא משהו שמתאים לתפיסתו הקניינית.

מהות הזכות ומגבלותיה- משפט פרטי

סעיף 14 חזר לאחרונה לתודעה בכל הקשור להתחדשות עירונית ולדייר הסרבן. התפיסה היא שברגע שהחולט שיש זכות קניינית אפשר לעשות איתה מה שרוצים.

**הגבלת זכויות**

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

יתכן כי חלק נרחב ממימוש הזכויות יגרום לפחות אי נוחות לאחר. כיצד ניתן להסביר את הסעיף הזה, כיצד הוא תורם? נראה כעת שני מקרים וננסה להבין בהן הבחנה.

**שלב נ׳ הררי מואב**

קרקע אחת חולקה ל-3 חלקות. כל חלקה חוכרה/הושכרה/ניתנה לבעלות של גורם אחר כאשר חלקה ג׳ הייתה של מנהל מקרקעי ישראלי שהחכירו אותה לחברת שלב לצורך כריית חול. חלקה ב׳ הייתה שייכת לחברת להררי מואב. כשפיצלו את החלקה ל-3 חלקות נפרדות לא רשמו תוך כדי זיקות מעבר (מה שבדרך כלל כן עושים) כך שאין היתר חוקי למעבר של גורם כלשהו בחלקה ב׳ על מנת להגיע לחלקה ג׳. חברת שלב, למרות שאין לה היתר למעבר, העבירה משאיות בשטח של הררי מואב כדי להוציא מהמחצבה את החול. הררי מואב מעוניינים לקבל תשלום על המעבר. חברת שלב טענה כי העובדה שהם בעלים של חלקה ב׳ אין בכך דבר להצדיק נזק או אי נוחות לחברת שלב. המעבר מסביב גורם לנזק ולאי נוחות. יישום הסעיף מחייב את המעבר. ביהמ״ש לא קיבל את טענת חברת שלב ומבין שסעיף 14 לא נועד לאפשר השגת גבול או פגיעה בזכות הקניין אלא מטרה שנועדה לגרום לתו״ל. במידה ובאמת יגרם נזק לא מוצדק שיכול להיות מוסדר ע״י עסקה כלכלית ניתן להשתמש בסעיף אבל לא מעבר לכך. ברגע שהקונפליקט ניתן לפתרון כלכלי לא מדובר בנזק או באי נוחות אלא **במימוש ראוי** של הבעלות (לבעלות הרי יש ערך כלכלי מסוים). **זוהי דוגמה לסיטואציה בה לא ניתן להפעיל את ס׳ 14**.

**רדומילסקי נ׳ פרידמן**

הסיפור מלווה אותנו עד היום בכל הקשור להתחדשות עירונית. שושנה רדומילסקי היא אישה מבוגרת שרכשה בניין שלם בו היה דייר מוגן (פרידמן) כך שלמעשה יש לו הגנה חזקה יותר (אלא אם כן מתקיימות עילות מסוימות לא ניתן לפנות אותו מהדירה למשך כל חייו ואפילו לאחר מכן עבור דיירים שהתגוררו איתו לפני מותו). כששונה קונה את הבניין היא מחויבת להמשיך להתנהל מול פרידמן כדייר מוגן. מתישהו היא מגלה שהבת של פרידמן עברה לגור איתו (אישה נשואה עם משפחה) על מנת לסעוד אותו. שושנה מבינה שהבת הולכת להיכנס בנעלי אביה בתור דיירת מוגנת. כשהבת עברה לגור עם אביה היא רצתה לחבר טלוויזיה ע״י חיבור החוט לאנטנה על הגג באמצעות חור בבניין כאשר החוט עבר בחצר ששייכת למשפחת רדומילסקי. שושנה מאתרת הזדמנות לסלק את הבת בהבנה כי אם היא לא תאפשר לה טלוויזיה היא תסתלק משם. היא דורשת לסלק את החוט בטענה להשגת גבול בחלל הרום- פלישה ללא רשות למקרקעין שלה. ביהמ״ש לא מקבל את טענתה של שושנה ורואה את שושנה כמתנכלת לפרידמן ולבת שלו ולכן קובע שאם יש מקרה שבו נכון להפעיל את סעיף 14 זה המקרה הזה. **מדובר בעשיית נזק ואי נוחות לאחר ללא הצדקה כלכלית משמעותית**. השאלה שעולה היא האם המקרה הזה שונה **מפס״ד שלב נ׳ הררי מואב**? החוט לא מהווה פגיעה כלכלית כשלעצמה עבור שושנה ולכן זה מעט שונה אבל בחוט הזה יש הנצחה של הסטטוס של הדייר המוגן מה שמהווה אובדן כלכלי משמעותי מאוד. הדבר לא מסתכם בעניין החוט כמו שהשופטים טוענים.

הסתכלות אחת היא כי ברור לנו מה שושנה מנסה לעשות- לא באמת אכפת לה מהכבל עצמו. מצד שני ברור גם ששונה עומדת כאן בפני הפסד כלכלי גדול במידה וביהמ״ש מאפשר את כבל הטלוויזיה ובכך מאפשר את המשך הדיירות המוגנת. לדעתו של המרצה ההסבר בהחלטה של ביהמ״ש הייתה שאי אפשר לתת דרכים לעקוף את חוק הגנת הדייר בצורה כל כך פשוטה. זהו הביטוי הקלאסי לס׳ 14- **לא לאפשר לעקוף מוסדות קנייניים שמתייחסים לעובדת הבעלות באמצעות הבעלות**. כשהמוסד הקנייני של הדיירות המוגנת נקבע תוך לקיחה בחשבון שיש גם בעלים שנפגעים מכך.

הסבר חתרני יותר לכך מתקשר גם להתחדשות עירונית- השם המפתיע לדייר הסרבן ניתן במין זכר. הפס״ד הדומיננטי של דייר סרבן שביהמ״ש מכסח אותו על עצם הסרבנות הוא פס״ד של דיירת סרבנית מבוגרת (**פס״ד רגינה שוורצברגר**) שלא רצתה לעזוב את ביתה. **מאז שושנה רדומילסקי סעיף 14 לא הופעל ע״י ביהמ״ש אלא בפס״ד רגינה שוורצברגר**. הטיעון החתרני הוא שלפעמים יש לנו ראיה שונה כשעומד גורם המזוהה כבעל קניין או אינטרס כלכלי לעומת אישה מבוגרת. יש נטייה לראות את טיעוני הנשים כפחות כלכליים ויותר נקמניים.

**רוקר נ׳ סולומון**

דובר על בניינים הנמצאים על עמודים. רוקר הגישו בקשה להיתר בנייה לסגירת קומת העמודים עם חלק מהמקלט. הם קיבלו את ההיתר לבנייה המתוכננת- היבט תכנוני- אבל לא קיבלו את אישור השכנים- היבט קנייני- (חלק הכרחי). הרבה פעמים יש חלוקה בין ההיגיון התכנוני המאפשר לדייר לבנות לעומת המצב הקנייני או המשפט שדורש הסכמה של יתר הבעלים המשותפים לבנייה המדוברת. השכנים תובעים מהמשפחה לפרק את הבנייה שנעשתה ללא הסכמתם (כיום כבר דורשים את ההסכמה לפני קבלת האישור מהוועדה). האשמה שניתן להטיל בפעולה כנגד סעיף 14 היא כנגד השכנים שדורשים להרוס את המבנה החדש. בביהמ״ש הפס״ד התקבל ברוב של 6 שופטים אך יש 3 חטיבות של שופטים:

1. **אנגלרד**- אנגלרד מבקש לשים את סעיף 14 בצד בטענה כי הדרך הנכונה לפתור סיטואציות כאלה היא באמצעות **מאזן נזקים**- למי יגרם נזק גדול יותר. הוא מגיע למסקנה כי במקרה הנוכחי ההריסה תביא ליותר נזק ולכן לא יהיה נכון להרוס את המבנה.
2. **טירקל, חשין ולוין**- חשין מסמן את הזרקור לליברטריריאניות. צריך **לצמצם כמה שיותר את תחולת סעיף 14** מאחר והוא מאוד בעייתי בתפיסת עולמם הליברטריאנית (התעלמות מרצון הבעלים כל עוד יש פגיעה במישהו אחר). לטענתם הוא פוגע בזכות הקניין של הבעלים. הם קובעים כי לא ניתן לסווג את הזכות הקניינית כאי נוחות לאחר ע״י הפעלת סעיף 14. הרצון של אחרים לממש את זכותם הקניינית אינה מהווה גרימת אי נוחות אלא חלק משמעותי מזכות הקניין של השכנים ולכן הם דורשים להרוס את המבנה.
3. **ברק, ש״כ ומצא**- דעה זו שונה בתכלית מהתפיסה הקודמת כי היא אומרת שסעיף 14 הוא לא סעיף שחל בוואקום. כשאנחנו אומרים שבעלות בזכות קניינית לא יכולה להיות כשלעצמה הצדקה לנזק לאחר, ההחלטה האם מדובר בפגיעה בזכות קניינית או בחובה להתחשב באחרים תלויה (1) **במהו המשאב** (2) **מהי מערכת היחסים** שבתוכו המוסד הקנייני נטוע. הם לא חושבים שהסעיף צריך להיות מפורש בצמצום באופן גורף. לטענתם לא סתם בעלות בקרקע פרטית לא זהה לבעלות בבית משותף. בבית פרטי סעיף 14 יפורש בצמצום לעומת בית משותף. אם נחזור **לפס״ד הררי מואב** נגיד כי מדובר בבעלות נפרדת בחלקות ולכן החובה של הררי מואב להתחשב בצרכים של שלב היא הרבה יותר נמוכה. לעומת זאת, אם נסתכל על **פס״ד רדומילסקי**, שם הסיפור עוסק במוסד קנייני של הגנת הדייר. המוסד הקנייני הזה מבנה מערכת יחסים מטילה הרבה יותר חובות על הבעלים כלפי הדייר המוגן ולכן הפירוש של סעיף 14 יהיה הרבה יותר רחב מה שאולי מסביר את התוצאה של הפס״ד. ההבדל בין הקביעות בשני פסקי הדין יכולה להימצא בדעתם של השלושה ביחס לפס״ד הנוכחי. הדבר נכון גם לבית משותף, העובדה שהחוק דרש את הסכמת השכנים מעידה על כך שיש לפרש את סעיף 14 בצורה יותר רחבה- על הבעלים יש חבות יותר רחבה למנוע פגיעה באחרים. לכן קבעו השופטים כי יש להרוס את המבנה- המוסד הקנייני עצמו קבע את הכללים וההסדרים לגבי גבולות השימוש הראוי של הבעלים.

**במובן מסוים, המוסדות שרואים בצורה שונה את ההרכבים ואת מערכות היחסים תוך קביעת כללים ברורים במוסד הקנייני עצמו מייתרת במובן מסוים את סעיף 14**.

ברק רואה במובן מסוים את ס' 14 כביטוי לעיקרון תום הלב. זה נוח לו. לדעת המרצה זה לא יהיה נכון לגמרי לעשות זאת. בפס"ד רגינה שוורצברגר מנסים לעשות את ההבחנה בין השניים.

אם מגיעה שאלה שיתכן ואחד הצדדים יכול לעלות טענה בניגוד לסעיף 14, כל אחד מהצדדים יתמוך את טענותיו בדעות הרלוונטיות לו מפס״ד רוקר למרות שההלכה מאוד בעייתית מבחינת ההצדקה- יש להתייחס לשלושת הגישות (כמובן כל עוד זה רלוונטי)!!

המשטר הקנייני בישראל

המשטר בישראל בנוי מבעלות של המדינה על מרבית הקרקע בישראל. ״המדינה״ מורכבת מ-3 גופים:

1. **רשות מקרקעי ישראל**- הגוף שמנהל עבור המדינה את כל המקרקעין שנמצא בבעלותה.
2. **רשות הפיתוח**- רשות שהוקמה בעיקר כדי להתמודד עם ההפקעות שמדינת ישראל עשתה בשנות ה-50׳ וה-60׳ של המאה הקודמת במסגרת הקמת המדינה.
3. **קק״ל**- גוף ציבורי לא מדינתי (היה קיים לפני קום המדינה) שפעל לרכישת קרקעות מתרומות שקיבל מיהודים בחו״ל. אנו מתייחסים לקרקעות של קק״ל כאל קרקעות של המדינה מטעם אמנה בין המדינה לקק״ל הקובעת את העברת הקרקעות **לניהולה** של המדינה (בפועל מדובר בקרקעות פרטיות). הדבר חשוב כי קק״ל לא העבירו את הבעלות לניהול המדינה! המדינה יכולה להחכיר את הקרקעות לגופים אחרים ללא אישור של קק״ל. את האמנה צריך לאשרר כל כמה שנים וכל פעם שהמדינה מאיימת על קק״ל שהיא תיקח כסף מקק״ל בעקבות חוסר תקציבי קק״ל מאיימת בחזרה בכך שברגע שהמדינה תעשה כך קק״ל תיקח בחזרה את המקרקעין שלה ותנהל אותם באופן עצמאי באמצעות סירוב לאשרר את האמנה (מדובר על כ-20% מהמקרקעין במדינה).

ישנו גם סיפור על **השימוש במקרקעין** של קק״ל- באמנה המדוברת השימוש במקרקעין של קק״ל צריך להיות כזה התואם את הערכים והעקרונות של קק״ל. העקרונות הללו יותר יהודיים מאשר ״ישראליים״- קק״ל דואגת יותר להתיישבות היהודית בישראל מאשר לשוויון לכל אזרחי ישראל. **פס״ד קאעדן** הוא דוגמה למתיחות שכזו. הוראות של שוויון המתנגשות עם וועדות קבלה לישובים זה דבר שלקק״ל מאוד קשה איתו. מה שעושים בדרך כלל הוא ״החלפת קרקעות״ בין המדינה לבין קק״ל.

**תרגול 1- 20.04.20**

במסגרת התרגול ניגע ב-2 נושאים- זיקת הנאה ודין קדימה.

זיקת הנאה

זיקתה הנאה היא זכות מנויה במקרקעין. הייחוד שלה הוא שהיא מחייבת כלפי כולם. סעיף 5 לחוק המקרקעין מגדיר את זיקת ההנאה:

**זיקת  הנאה**

5.    זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם.

יש גם יסוד חיובי שבעל מקרקעין חייב לתת לזכרי כלשהו ליהנות מהקרקע שלו ויש גם יסוד שלילי- היעדר זכות חזקה וזכות שימוש ייחודית. אם החלקה של פלוני ממקוממת סמוך לבית ספר או בית חולים השימוש בקרקע מהווה זכות חיובית. היסוד השלילי הוא שלא ניתן לעשות שום שימוש בקרקע אלא רק לעבור בנכס. בפסיקה מדובר על חנייה- ניתן לקבל זיקת הנאה למגרש חנייה אבל לא למקום חנייה ספציפי (רלוונטי להשכרה או השאלה). זיקת הנאה היא חריג לסעיף 13 לחוק המקרקעין.

זיקת הנאה היא זכות קניינית בין אם היא רשומה או לא רשומה אצל רשם המקרקעין למרות שכן מומלץ לרשום אותה כראיה ועל מנת למנוע הפתעות.

זיקת הנאה יכולה להיווצר בדרכים הבאות

1. **מכוח הסכם**- פלוני ואלמוני עושים הסכם בו פלוני מתיר לאלמוני לעבור בנכס שלו כדי להגיע למקום מסוים.
2. **מכוח הדין**- צוואה, פס״ד או מעשה מנהלי (**פס״ד קיבוץ החותרים**).
3. **מחמת כורח**- כורח פיזי המחייב את הענקת זיקת הנאה כדי לאפשר לאחר לממש את זכותו. לדוגמה, קרקע שאי אפשר להגיע אליה אלא אם עוברים דרך השכן. הדבר רלוונטי יותר לחלק התכנוני.
4. **זיקת הנאה מכוח שנים**- לפי ס׳ 94 לחוק המקרקעין. מדובר על אדם שהשתמש במשך מעל ל-30 שנים בנכס לצורך מעבר, הדבר פועל כמו ״התיישנות״.

זכאים לזיקת הנאה

בהתאם לסעיף 92 לחוק המקרקעין:

1. לטובת אדם- שכן, חבר וכו.
2. לטובת סוג בני אדם- לדוגמה, רק לטובת דיירי בניין מסוים.
3. לטובת הציבור- אם יש תלמידים או אוכלוסייה מסוימת שיש לתת להם גישה למוסד ציבורי.
4. לטובת מקרקעין- מתחייבים להטות זרימת נחל של מים ליד המקרקעין.

כשמדברים על בני אדם יש את הזכאי ואת החייב בעוד כשמדברים על מקרקעין ישנם מקרקעין זכאים שלטובתם תינתן זיקת הנאה אל מול מקרקעין כפופים.

תוכן הזיקה

לפי סעיף 93 זיקת הנאה עשויה לקבוע 3 דברים:

1. **זכאות** **לשימוש מסוים של בעל מקרקעין זכאים או לזכאי**- יש זכות לעבור או לחנות. שימוש מסוים הוא שימוש מוגבל לפעולה מסוימת.
2. **הימנעות מביצוע של פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים**- לדוגמה, ניתן לקבוע בזיקת הנאה שבעל המקרקעין ימנע משתילת עצים שהשורשים שלהם עשויים לפגוע בצינורות שנמצאים בקרקע.
3. **חובה לביצוע פעולה מסוימת של בעל המקרקעין הכפופים או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים**- התחייבות של בעל המקרקעין שלא יתנגד בשימוש מסוים בקרקע הסמוכה לשלו, לא ימנע מעבר או יקים גדר.

זיקת הנאה במקרקעין- חלוקה ואיחוד

סעיפים 97 ו-98 מתייחסים לחלוקה ואיחוד במקרקעין:

1. ס׳ 97 לחוק המקרקעין קובע שבמקרה של פיצול מקרקעין וחלוקתם הזיקה תתקיים בחלק של המקרקעין בו מתקיימת ההנאה. לדוגמה, יש חלקה גדולה שמפוצלת ל-2 חלקים בעוד בחלק א׳ יש זיקת הנאה. **עצם זה שהמקרקעין פוצל ל-2 לא פוגע בזיקת ההנאה והיא ממשיכה לחול**.
2. לעומת זאת סעיף 98 מדבר על מה קורה כאשר יש בעלים אחד לכמה חלקות:
3. **בעל 2 חלקות מקרקעין רשאי לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לטובת השנייה**.
4. **אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד- הזיקה לא בטלה**.
5. **אם אוחדו לחלקה אחת- הזיקה בטלה**.

זיקת הנאה מכוח שנים- סעיף 94 לחוק

הזיקה מוסברת **בפס״ד בן חורין**. שם מדובר על שימוש ממושך בקרקע, אדם עובר בקרקע במשך תקופה מסוימת ומקבל זיקת הנאה ללא הסכם של בעל המקרקעין. התנאים הם סעיף 5 + תנאי הפס״ד:

1. **טיב הזכות**- זכות הראויה להוות זיקת הנאה.
2. **טיב השימוש**-
3. שימוש הנוגד לזכות הבעלים במקרקעין- אם השכן מסכים למעבר לא מדובר בהסכמה מכוח שנים.
4. שימוש גלוי וחשוף לכל- השכן יכול לראות את המעבר כל יום, לא משהו שקורה בלילה.
5. שימוש שנמצא בידיעה קונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין- עצם זה שהשכן יכל לדעת מבלי להשקיע בכך הרבה משאבים זה מספיק, אין צורך בידיעה בפועל.
6. שימוש שהמקור שלו אינו בזכות חוזית או זכות אחרת שהוענקה ע״י בעל המקרקעין הכפופים למשתמש.
7. **תקופת השימוש**- 30 שנה באופן רצוף פס״ד בן חורין הבהיר את הסוגיה:
8. שימוש לסירוגין עשוי להביא לגיבוש זיקת הנאה (פס״ד בן חורין, טוינה נ׳ לוי)
9. השימוש לא חייב להיעשות ע״י אותו אדם אלא גם ע״י היורשים שלו או אלה שנכנסו בנעליו.

ביטול זיקת ההנאה מכוח שנים

סעיף 94 לחוק אומר שתקופת ההתיישנות ניתנת לקטיעה אם ניתנת **(1) הודעה בכתב למשתמש**. לאור הפרשנות התכליתית גם **(2) אמירה בעלה פה** תהיה תקפה. כך גם לגבי **(3) הודעה לציבור** בעיתון או דברים דומים. התנאים חלופיים.

תוקף הזיקה- סעיף 96 לחוק

כל עוד לא הוסכם אחרת, זיקת ההנאה הי לתקופה בלתי מוגבלת. ניתן בהסכם לקבוע את אורך תקופת הזיקה (x שנים).

כיצד ניתן לבטל זיקת הנאה? ביהמ״ש רשאי לפי בקשת צד מעוניין או היועמ״ש לבטל את הזיקה ממספר סיבות:

1. **אי הפעלת הזיקה**- לאחר רישום הזיקה פתאום נסלל כביש וכבר אין צורך בזיקה.
2. **שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה**- נבנה כביש גישה אחר או שיש שינוי בתכנון עצמו.
3. **שינוי של במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים**- אם מחליטים לבנות על השטח בניין דירות או מחסן.

המטרה של הסעיף היא לא ליצור זכויות שיכבידו על התפתחויות במקרקעין מאחר והזיקה פוגעת בבעלות במקרקעין לכן מנסים לבצע איזון בין הזכויות.

העברת זיקת הנאה- סעיף 95 לחוק

זיקת הנאה לטובת אדם (ספציפי) ולא לטובת קרקע לא עוברת לחליפיו של הזכאי בלי שבעל המקרקעין הכפופים יסכים לכך.

על הסעיף הזה ניתן להתנות בהסכם ולקבוע שגם אם פלוני לא יכול להשתמש בזיקה ילדיו עדיין יוכלו להשתמש בו.

תחולה במקרקעי ציבור- סעיף 113 לחוק

סעיף זה אומר שסעיף 94 לחוק לא יחול על מקרקעי ציבור. לא ניתן לתבוע זיקת הנאה בקרקע ציבורית. האפשרות של המדינה לאכוף את העניין היא קטנה מאוד על אפסית. המלומד ויסמן אומר כי כמעט כל שטחי המדינה הם שטחי ציבור ולכן הזיקה כלל לא חלה אבל אין לנו צורך בהרחבה. [אם מדברים במבחן על מקרקעי ציבור לא ניתן לעלות טענה של זיקת הנאה.]

זכות קדימה

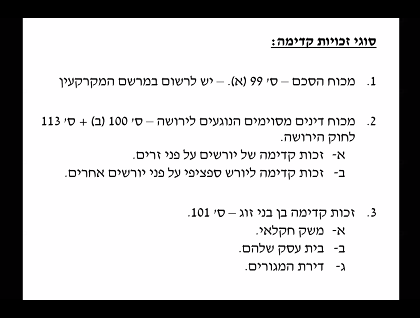
באה לידי ביטוי בסעיפים 99 עד 106 בחוק המקרקעין. הייתה קיימת גם במשפט העברי ביחס לשכנים משיקולים של תו״ל וחברות לצורך מקסום השטח.

לדוגמה- אדם נסע לתל אביב, ראה דירה שהוא אוהב ומבקש לרכוש אותה מהבעלים. הבעלים עונה שכאשר יחליט למכור אותה עוד חצי שנה הוא יהיה הראשון בתור לרכוש אותה תוך כדי סגירת הפרטים. מה ניתן לעשות בנושא? לא הרבה מאחר ולא **נרשמה זכות קדימה על הנכס**. ברגע שזו נרשמת לא ניתן להעביר את הנכס ללא הסכמה- זכות סירוב ראשונה. אם רוצים למכור את המקרקעין יש לפנות קודם לבעל זכות הקדימה. הדבר לא אומר שיש חובה למכור אלא שבמידה וכן יש החלטה למכור יש לפנות קודם כל לבעל זכות הקדימה באותם תנאים (לא ניתן למכור לאחר מכן במחיר זול יותר לאחרים). הדבר חל כאשר יש בעלות וחכירה לדורות לפי סעיף 106 בחוק אבל היא לא חלה בהעברה ללא תמורה, אך במקרה כזה היא חלה על מקבל הנכס לפי סעיף 104 לחוק.

לעיתים אנשים נרתעים מלבצע עסקה כאשר הם רואים הערה זכות קדימה במרשם. בניגוד לזיקת הנאה זכות קדימה היא זכות קניינית רק כאשר היא נרשמת בלשכת המקרקעין. אם נעשה הסכם עם חברה אך הדבר לא נרשם לחברה יש רק זכות חוזית ולא זכות במקרקעין. אם זה רשום במרשם כולם יכולים להיחשף לכך.

סוגי זכויות קדימה

המחוקק ראה שיש יחסים בהם הוא רוצה לתת זכות קדימה:



יורשים- כאשר יש נכס שלא ניתן לחלוקה היורש שיציע את המחיר הגבוה ביותר יקבל את זכות הקדימה על פני שאר היורשים מכוח סעיף 113 לחוק הירושה

**שיעור 9- 23.04.20**

כעת נבחן את ההבחנה בין המגזר העירוני לחקלאי בישראל. שתי צורות העברת הזכויות שהמדינה נקטה בהן התחלקו ל-2 סקטורים מרכזיים:

1. **סקטור עירוני**- נעשה באמצעות **חכירה לטווח ארוך**. כשמישהו בעלים של דירה הוא לא באמת בעלים אלא חוכר של הדירה מהמדינה או ממנהל מקרקעי ישראל. רשות מקרקעי ישראל הייתה נותנת חכירה לדורות ל-49 שנים + אופציה להארכה לעוד 49 שנים. **בפס״ד לוסטיג** נקבע כי חכירה היא למעשה בעלות (בעיקר במדינת ישראל) אז ביהמ״ש רמז בכמה הזדמנויות (לא הלכה) שגם לאחר 98 שנים למנהל לא תהיה יכולת להשתחרר מתקופת השכירות אלא הוא יהיה חייב להאריך את החכירה. ההשלכה היא **שאם רוצים למכור את הדירה חייבים לקבל אישור מרשות מקרקעי ישראל להעברת הדירה** (עם סייג בהמשך). הדבר נובע מחוק השכירות והשאילה- העברת המושכר לאדם אחר מחייבת הסכמה של המשכיר. עד לאחרונה מנהל מקרקעי ישראל אכן היה דורש קבלת אישור לפני העברת הכנס בטאבו. דירה בבעלות פרטית לא מחייבת את ההליך הזה. זכות החכירה **נחשבת כזכות חזקה יחסית** (בגלל שהחכירה היא זכות קניינית ולא זכות חוזית וכי יש הפנמה של בתי המשפט שלא יהיה ניתן לבטל את החכירה אחרי 98 שנים).
2. **סקטור חקלאי**- במגזר החקלאי (מושבים/קיבוצים) ברובו (גם כאן יש חכירה) אנחנו נמצאים במצב אחר. במרבית הקיבוצים והקיבוצים, הזכויות שהוענקו לחברי המושב הן **לא זכויות קנייניות** **אלא רישיון לשבת במקרקעין**. קיבוצים ומושבים ברובם מאוגדים באמצעות אגודה שיתופית חקלאית שהתקשרו מול המדינה ביחס לקבלת הקרקע. כשהקיבוצים רצו לעלות על הקרקע המדינה הקצתה להם קרקעות באמצעות רישיון ולא זכויות חכירה. בין המושבים והקיבוצים לבין המדינה היו ״הסכמי משבצת״ שאותם המדינה חתמה מול האגודה השיתופית. ההסכם לא נתן זכויות קניינית לאגודה אלא רישיון לשבת ולפעול במקרקעין (בר רשות). רישיון במקרקעין הוא לא זכות קניינית אלא זכות חוזית שבמסגרתה נותן הבעלים רשות לגורם כלשהו לפעול במקרקעין שלו. הרישיון לא ייחודי רק לאגודות שיתופיות אלא גם אדם פרטי יכול לתת אותו לכל אדם אחר. לחברי האגודות היה רישיון מבר רשות- החברים באגודה קיבלו הרשאה מהאגודה השיתופית לפעול במקרקעין.

**מהו ההבדל בין רישיון במקרקעין לחכירה**? אי אפשר להמחות את הרישיון למישהו אחר. רישיון באופן כללי בדרך כלל הוא רישיון הדיר (ניתן לחזור ממנו) מה שהיה הבסיס **לפס״ד הקשת המזרחית**- הפס״ד עסק בהחלטות של מקרקעי ישראל שקבעו שקיבוצים שלקחו להם קרקע לטובת הקמת מרכזי קניות יוכלו ליהנות מפיצוי בשווי שנגזר מהעלות החדשה של המקרקעין. הקיבוצים לא יקבלו פיצוי של קרקע חקלאית אלא פיצוי שנגזר מהעלות הפוטנציאלית של הקרקע למטרה מסחרית דבר שהניב רווח כלכלי גדול לקיבוצים. כיצד ניתן לעשות זאת? הסכמי בר הרשות שנחתמים כל 3 שנים מותנים בתנאי שהמקרקעין מנוצל לצרכים חקלאיים. הקשת המזרחית עתרה לבימה״ש בטענה כי אין סיבה לתת לקיבוצים שהם גם ככה פריווילגים פיצוי שעולה על מחיר השוק.

לסיכום- **ניתן לחזור מרישיון במקרקעין** (בר רשות) עוד בתוך תקופת הרישוי לעומת החכירה לדורות. זהו הבדל משמעותי עבור זה שיושב במקרקעין.

בנוסף, **רישיון במקרקעין לא ניתן להמחאה ללא הסכמת הבעלים** (בגלל שמדובר על זכות חוזית אישית ולא זכות קניינית) בעוד חכירה ארוכת טווח, למרות שנאמר שיש לקבל את הסכמת המנהל, יש מקרים מסוימים (למנהל אין הסבר הגיוני לסירוב) ביהמ״ש יעביר העברת זכות חכירה גם ללא הסכמת הבעלים.

לכאורה יש פה סוג של אנומליה, ההתיישבות החקלאית הרבה יותר מחוברת לקרקע ודווקא שם הזכות במקרקעין היא זכות חלשה. לעומת זאת במגזר העירוני, למגורים בדירה יש זכות מאוד חזקה. לטענת המרצה ישנם 2 תהליכים שמתרחשים:

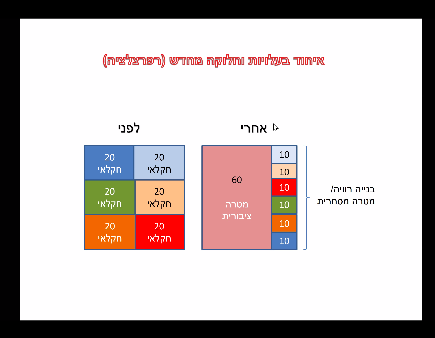
1. הולכים לקראת סוג מסוים של הפרטה או לפחות צמצום מעורבות המנהל בניהול המקרקעין.
2. גם במגזר החקלאי הולכים למעבר מזכויות בר רשות לחכירה.

**רחל אלתרמן** טוענת כי המשטר הקנייני בישראל, היא חושבת על אילו אפשרויות יש לנו כאשר מדובר על מעורבות של המדינה בשוק המקרקעין.



לפי אלתרמן ישנן כמה אפשרויות שנעות על סוג של ציר בין התערבות מרבית בשוק לבין שוק חופשי ללא התערבות:

1. **הלאמה מלאה של זכויות בקרקע**- בערך מה שמדינת ישראל עשתה. המדינה מעבירה לבעלותה כמעט את כל הזכויות במקרקעין בטריטוריה של המדינה וזה מאוד קרוב להתערבות מרבית בשוק. הדבר משליך על השוק כי הפרט יודע שהמדינה מאוד מעורבת, יש לה מונופול על הזכויות בקרקע.
2. **הפקעה מאסיבית של מקרקעין**- מדינות הרבה פעמים פעם בכמה זמן מפקיעות הרבה מאוד מקרקעין. הן משתמשות בהפקעה ומלאימות זכויות פרטיות במקרקעין ומעבירות אותן לרשותה. ההבדל בין זה להלאמה מלאה הוא שמדובר בהלאמה משמעותית אך חלקית.
3. **רכישה לצורך בנק קרקעות**- אם צריך לעשות פרויקטים שונים אז לוקחים קרקעות (לא בצורה מסיבית) אבל יותר ממה שצריך כרגע לאותן מטרות כדי שתהיה עתודת קרקע. אם רוצים לבנות בריכה אבל לא ידועים אם ירצו לבנות שם מתקנים נוספים מפקיעים אקסטרה קרקע כדי שישמו כעתודה להרחבת הבריכה בהמשך.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש** (רפרצלציה)- תזכורת- הקרקעות מחולקות לגוש חלקה והגודל וההיקף שלהן נקבעים על פי הצרכים התכנוניים של האזור המסוים. איחוד וחלוקה של מקרקעין משמעותו מצב בו יש קרקע שמחלוקת לחלקות ואנחנו צריכים לקחת חלק לטובת צרכים ציבוריים.

****

אופציה אחת היא הפקעה של המקרקעין (נלמד על כך בהמשך)- ״לפני״. אם יש צורך ב-60 דונם מ-120 דונם ניתן פשוט לקחת את כל השורה השמאלית של הטבלה של ה- ״לפני״. דרך אחרת היא לקבוע כי נלקחים כל 120 הדונם, **מאחדים** אותם לחלקה אחת גדולה ולאחר מכן עושים **חלוקה מחדש** של שאר 60 הדונם שנותרו (כפי שמופיע בתמונה)- ״אחרי״. מדוע לא כדאי להפקיע 60 דונם לפי מצב ה- ״לפני״? הסיבה העיקרית לכלי החלופי להפקעה היא שאיחוד וחלוקה לא מחייבת את הרשויות לתת כסף לבעלים. אם נפעל לפי ה-״לפני״ יש לשלם כסף לבעלים. מדוע זה כך? גם באופציה של ״אחרי״ אנשים מאבדים חלק מהחלקה? התשובה היא שבתמורה לכך הם מקבלים קרקע עם שינוי ייעוד כך שהיא שווה הרבה יותר מהקרקע שהייתה להם לפני כן.

1. **הפקעה נקודתית**- לא מדובר על איחוד וחלוקה אלא על הפקה של מקרקעין לשימוש לצרכים ציבוריים.
2. **תכנון ציבורי**- לשמור את התכנון בידי המדינה כך שהיא תקבע מה ניתן לבנות בכל מקרה אבל היא לא תתערב ע״י לקיחת המקרקעין לעצמה.

בישראל משתמשים כמעט בכל המנגנונים הללו. בעיר יוסטון לדוגמה אין חוקי תכנון כלל וכל אחד יכול לבנות מה שהוא רוצה בקרקע שלו בעוד בארץ יש תכנון מוקפד. האפשרות האחרונה היא כמובן אי התערבות בכלל. עם זאת ביוסטון כן יש הפקעות לצרכי בניית כביש לדוגמה.

מה שחשוב לקחת מאלתרמן הוא שהשאלה האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית במקרקעין היא לא זהה לשאלה האם כל המקרקעין צריכים להיות בידי המדינה. היא מנסה להראות הרבה אפשרויות של התערבות בלי לעשות את מה שהיא עושה בישראל- לשמור את כל המקרקעין בידיים שלה.

מדוע יש צורך בתכנון ציבורי?

מדוע המדינה צריכה להחליט איפה מותר או אסור לסחור וכן הלאה? יתכן והשוק יכול להסתדר לבדו. לפי אלתרמן יש 2 סיבות:

1. **כשלי שוק**- שוק חופשי כמעט אף פעם לא עובד בלי כשלים.
2. בעיית הפעולה המשותפת- קושי להגיע להסכמות, אף אחד לא יסכים לתת את הקרקע שלו.
3. מחשבה על הדורות הבאים- חשש שאנחנו ננצל את כל המשאבים כעת במחשבה שהניצול הנבחר הוא המיטבי בלי לחשוב על הדורות הבאים. נוגע גם לשאלות סביבתיות.
4. פערי מידע.
5. טיפול בהחצנות.
6. שליטה בעיתוי הפיתוח.
7. **הצדקות חברתיות**- שוק חופשי בדרך כלל לא לוקח בחשבון ערכים לא שוקיים- שוויון, צמצום פערים חברתיים, התמודדות עם משברים (בקורונה לדוגמה כולם פונים למדינה לעזרה, גם במגזר הפרטי) ומיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות.

למה לא הפרטה מלאה?

מדוע לא להפריט את כל הקניין בצורה מלאה ללא מעורבות של המדינה כלל? יש לכך 2 תשובות עקרוניות:

1. **מצרכים בסיסיים לכל אזרח**- יש מצרכים שלא נרצה שהם יהיו בבעלות פרטית כי אז חלק מהאזרחים לא יוכלו ליהנות מהם. לדוגמה, מים, חשמל וכו.
2. **The comedy of the commons**- מאמר תגובה של **קרול רוז** על מאמר של הארווין בו היא אומרת שקיום מקרקעין משותף כדוגמת חוף ים הוא קריטי לקיומה של החברה כי הוא מהווה את אתר החיברות המרכזי שלנו כחברה. בלי המקומות הללו לפי קרול רוז אנחנו נגיע למצב בו אין מקומות בהם האוכלוסיה פוגשת אחד את השני (אנשים ללא מאפיינים דומים) ואז לא נהיה חברה אלא קהילות מוגדרות. אם ניתן לאנשים פרטיים בעלות על חופי הכינרת לדוגמה, יהיו אנשים שלא יוכלו להגיע לשם (בגלל עלויות) ובגלל שאותם אנשים לא יגיעו לכינרת חלק גדול עם האוכלוסיה לא ייפגש אחד עם השני ואז לא תהיה חברה אחת.

מקרקעי יעוד

סעיף 107 קובע:

"מקרקעי יעוד" – מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור, והם –

(1)   שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל;

(2)   נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם;

(3)   דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל;

(4)   נמלי תעופה;

(5)   סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמקרקעי יעוד לענין פרק זה.

מה שמיוחד ברשימה הזו הוא שמדובר על פרטים הקשורים לתחבורה, שערי כניסה ויציאה מהמדינה ועוד. שימור השליטה בתחבורה הפנימית והחיצונית מהמדינה הוא בידי המדינה. לפי סעיף 5 הרשימה לא סגורה.

סעיף 111 קובע:

**איסור עסקאות במקרקעי יעוד**

111. במקרקעי יעוד לא יהיה 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 על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך.

ההנחיה לגבי מקרקעי הייעוד היא שלא רק שלא ניתן למכור או להפריט אותם אלא שגם לא ניתן לעשות בהם שום **עסקה שטעונה רישום** (עסקה שלא טעונה רישום=שכירות פחות מ-5 שנים). הסיפא קובע כי הדבר ניתן רק אם הממשלה אישרה את זה. כיצד היו חופים פרטיים בכינרת? או ע״י שכירות קצרת טווח או ע״י אישור של הממשלה.

**שיעור 10- 27.04.20**

על ההסדר הזה יש 3 שאלות שיש לשאול:

1. **למה חל רק על מקרקעין**- ישנם נכסים נוספים שעשויים להיות מאוד חשובים, לדוגמה, בצרפת מגנים על אוצרות תרבות וכו.
2. **למה רק היעודים המנויים (ולא למשל עתיקות או גנם לאומיים)**- נכון שהרשימה לא סגורה אבל כשבוחנים את השיקולים מבינים שכשהמחוקק חוקק את החוק הוא חשב שאלו הם היעודים שחשוב לשמור אותם מחוץ לשוק.
3. **ההסדר המשפטי- למה ניתנים בכל זאת להפרטה**- מדוע מתאפשר הסיפא של סעיף 111? זאת כנראה השאלה העיקרית מתוך השאלות הללו. למרצה אין תשובה למעט העניין שאנחנו לא רוצים לכבול את ידיהן של ממשלות באופן גורף.

כעת נדבר על ההיבט המרכזי בכל הקשור למשטר הקנייני בישראל. נתחיל זאת בהשוואה אל מעבר לים. בארה״ב יש **חוק שקובע חובת שוויון במגורים**. כל אדם שרוצה למכור/להשכיר את נכסיו חייב לעשות זאת בצורה שוויונית ללא התחשבות בגזע, מין וכו. בארץ אין חוק כזה (ייעודי למגורים). החלק המעניין בחוק האמריקאי הוא **חריג הגברת מרפי**- זהו חריג משמעותי לחוק הקובע שאדם שיש לו עד 4 דירות בקומפלקס מגורים מסוים פטור מחובת השוויון בכל הקשור להשכרת הנכסים. מדוע ניתן הפטור? התפיסה הקניינית בארה״ב היא ליברטריאנית ולכן יש קדושה מסוימת לקניין פרטי. החריג הוכנס לצורכי איזון (פוליטי בעיקר) בהבנה שלא ניתן יהיה להעביר חוק שכזה ללא פתרון לאנשים הפרטיים.

**פס״ד בראון** עסק רק בחינוך בגיל היסודי. **פס״ד שלי** שקבע שלא ניתן לקבוע תניות גזעניות בקרקע. עד אז אדם יכל לקבוע כי הקרקע שלו לא תועבר לאדם שחור. הפס״ד לא קבע שלא ניתן לקבוע תנייה כזו אלא שבתי המשפט לא יאכפו תניות כאלה כך שמבחינה מעשית הוא ביטל את משמעותן. רק 6 שנים לאחר מכן מגיע פס״ד בראון. התפנית המרכזית מגיעה ב-1968 בחקיקת חוק השוויון במגורים. זהו מהלך מאוד מהיר מהשלב בו ביהמ״ש מאשר הפרדה בין שחורים ללבנים לבין מצב בו חוק פדרלי קובע שזה אסור ולכן נקבע החריג של גברת מרפי. יש לציין כי לאחר החוק רמת ההפרדה עלתה, בעיקר בחתך הכלכלי.

מה קורה בישראל?

בישראל הסיפור של ההפליה בכללי והפליה במגורים באופן ספציפי הוא מורכב. מעט שונה מהדין האמריקאי אך מבחינה מעשית בישראל יש הפרדה מאוד גדולה במגורים**. השאלה היא מהו היקפה של זכות הכניסה בישראל**?

שוויון מול ערכים אחרים

**המקרה של ז׳אק פיליפ- אופה עוגות חתונה**. נכנסו לאופה זוג הומוסקסואלים שביקשו לקבל עוגה לקבלת הפנים בחתונתם. האופה (נוצרי מאמין) אמר שהוא לא מוכן לאפות עוגות לחתונות חד מיניות. בקולורדו יש וועדת יישום חובת השוויון והיא קובעת שלמרות שהוא טוען לחופש הביטוי (לא מוכן לשקף תמיכה בנישואים חד מיניים באמצעות כיתובים על העוגות) ולחופש הדת, הוא הפר את חובת השוויון. המקרה מתגלגל לביהמ״ש העליון ובאופן מאוד מפתיע התיק הוכרע ב-7 נגד 2 שקבעו כי הוא לא חייב לספק את העוגה. הטעם היה בגלל שלא התייחסו ברצינות בוועדה לטענות שלו בדבר הפגיעה בחופש הדת והביטוי שלו- הם הלכו על משהו טכני אבל הקביעה ברורה. כמה חודשים לאחר מכן העליון האנגלי מגיע לאותה תוצאה במקרה דומה מאוד (מכירת עוגות חתונה). הדבר גם נובע מכך שבפס״ד שאישר נישואים גאים בארה״ב נאמר כי אין הדבר אומר שיש לאזרחים חובה להימנע מאמירות כנגדם.

הדבר מתקשר **לפס״ד דפוס הקשת** בבאר שבע. פעילה בתא הגאה ביקשה להדפיס כרזה לתא הגאה בבאר שבע. אחד מבתי הדפוס ענה להצעה בכך שהוא מסרב להדפיס תוכן גאה. לאחרונה ביהמ״ש השלום חייב אותו בתשלום פיצויים לאחר שסירב להצעה עוד לפני שידע מהו תוכן הכרזה ולכן הוא ״שלל את האדם עצמו״. הפס״ד מתייחס לתקדים האמריקאי וקובע כי הסיטואציה שונה בגלל המצב החוקי (בישראל ישנו חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים).

בישראל אין חוק שוויון במגורים אבל כן ישנם כמה חוקים שמתייחסות ליכולת להפלות או למנוע כניסה של אנשים למגורים. הכי בולט הוא **וועדות קבלה לישובים**- מנגנון שקבוע בפקודת האגודות השיתופיות. מאפשר לישובים קהילתיים מסוימים לעשות הבחנה בין רוכשים פוטנציאלים. כמו כן ישנה **הפליה בהשכרת דירות**- בעיקר המגזר הערבי והאתיופי מופלים ביחס להשכרת דירות. הרב אליהו בצפת אסר בזמנו למכור או להשכיר דירות לתושבים ערבים. כנ״ל לגבי שכונות חרדיות, ישנם איסורים ברורים ביחס לשאלה למי מותר או אסור להשכיר או למכור את הדירה. הדברים הללו לא כתובים בשום מקום אך הדבר ברור.

**פס״ד מיטל הנדסה-** הפליה **במכר של דירות**

פס״ד זה מברר את המצב המשפטי ביחס לסירובים של קבלנים למכור דירות לערבים, מזרחים או אנשים שאינם דתיים מספיק בשכונות דתיות. במקרה זה קבוצת מיטל הנדסה סירבה למכור דירה בירושלים לזוג ערבי. העליון היה חלוק ביחס לשאלת החלת חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים בתחום הדיור. **השופט מזוז** כותב שהמחוקק הישראלי לא רצה להכניס את תחום הדיור לחוק ולגבי זה אין ספק מבחינה היסטורית. הדבר נובע מרצון לשליטה במחרב מצד המדינה. עם זאת מזוז קובע שהדיור כן נכלל בחוק באומרו כי לא מעניינת אותו התכלית הסובייקטיבית או הממד ההיסטורי אלא התכלית האובייקטיבית, מבחינתו דירה זה מוצר לכל דבר ועניין ולכן החוק צריך לחול גם אם המחוקק רצה אחרת. **השופט שטיין** לא מקבל את הפרשנות הזו ואומר שברגע שקבלן מתקשר עם מקרקעי ישראל הוא הופך להיות מעין ״גוף דו מהותי״ ולכן הוא מחויב לשוויון. עפ״י חוק החוזים יש הפרה של תו״ל של הקבלן מכוח העובדה שהוא קיבל את הקרקע מהתקשרות עם המדינה (ולא כאדם פרטי). עם זאת הוא קובע כי לא תהיה אכיפה אלא תשלום פיצויים בלבד לדייר שנפגע. ההבדל המשמעותי ביניהם הוא שלפי שטיין שגוף פרטי לא כפוף לעקרון השוויון מכוח חוק מתן שירותים בעוד מזוז כן. לכן, אם לצורך הדוגמה הקרקע היא פרטית ולא של המנהל- לפי מזוז יש חובת שוויון ולפי שטיין אין. **השופט הנדל** טוען שאין טעם להכריע בשאלה זו ולכן אין הכרעה בפס״ד. לסיכום- קבלנים שמתקשרים עם המדינה בקשר לקרקע לא יכולים להפלות בעוד קבלנים עם קרקע פרטית השאלה לגביהם לא פתורה.

**שיעור 11- 30.04.20**

וועדות קבלה לישובים

המדיניות הישראלית מבוססת על הוראה **מפקודת האגודות השיתופיות** הקובעת כי ישובים מסוימים (יישובים קהילתיים, לא מושבים וקיבוצים) יכולים להרכיב וועדת קבלה אשר תפקידה הוא לסנן את המועמדים השונים בכניסה ליישוב. אדם שגר ביישוב קהילתי, למרות שיש לו בית בבעלותו, כפוף להחלטה של וועדת קבלה אם הוא מעוניין למכור את הבית שלו בעניין זהות הרוכש. אם וועדת הקבלה לא מוכנה לאשר את המכירה הוא נתקע עם הקרקע כך שלוועדות קבלה יש סיי גם במניעת כניסה של תושבים חדשים אבל גם השפעה על זכויות הקניין של התושבים הקיימים.

בעבר כל יישוב קהילתי יכל לקיים וועדת קבלה אך בשנת 2011 נקבע כי ישובים שרוצים להחזיק וועדת קבלה חייבים להכיל עד 400 בתי אב ורק ישובים שנמצאים בנגב או בגליל. המשמעות היא שכל היישובים שנמצאים במרכז הארץ או בעלי יותר מ-400 בתי אב לא יכולים לסנן מועמדים ע״י וועדות קבלה.

לפי סעיף 6 הוועדה יכולה לפסול מועמדים על סמך אי התאמה למרקם הקהילתי או חשש מפני פגיעה אותו מרקם. כשבוחנים את השאלה מהו אותו מרקם התשובה היא שאין הגדרה לכך במשפט הישראלי. המקום שבו ביהמ״ש ניסה לדבר על הנושא הוא **פס״ד קאעדן**, שם סיבת הפסילה הייתה איסור מכירה למי שלא שירת בצבא (בגדול- בגלל שהם ערבים). הם טענו למרקם קהילתי לאומי בטענה כי הזוג לא יוכל להשתתף איתם בחגים לאומיים כמו יום העצמאות או יום הזיכרון וכך לא יהיו חלק מהקהילה. ביהמ״ש לא קיבל טענה זו.

בפס״ד נדונו 2 עניינים:

1. הראשון הוא וועדות הקבלה והיכולת שלהן לפסול מועמדים?
2. והשני הוא ביחס למקרקעי ישראל הנוגע לקרקע של הסוכנות היהודית (שהיא אורגן פרטי המחויב לערכים יהודיים ולא ישראליים), האם בקרקעות שהיא מנהלת יכולה לפגוע בחובת השוויון המוטלת על המדינה?

התשובה על השאלה השנייה היא ״לא״- **ביהמ״ש קובע שהסוכנות היהודית וגורמים יהודיים נוספים כפופים לעקרון השוויון**. החלטה זו יצרה מתח גדול בין מדינת ישראל לבין אותם גורמים ״יהודיים״ בגלל שלמעשה בג״צ אמר שלא משנה של מי הקרקע, ברגע שמדינת ישראל מנהלת אותה היא כפופה לעקרון השוויון מה שעומד בסתירה לערכים של אותם גורמים. הסיפור הגיע להסכמה מאחורי הקלעים בין הגורמים לישראל בכך שקרקעות שינוצלו ע״י המדינה לצורך התיישבות ותוטל עליהן חובת השוויון יוחלפו עם קק״ל תמורת קרקעות אחרות.

לגבי השאלה הראשונה ביהמ״ש אומר כי עצם העובדה שהזוג לא יחגוג את חגי ישראל לא מהווה פגיעה במרקם. מה כן יצדיק פגיעה במרקם הקהילתי? ביהמ״ש לא קובע אלא מביא דוגמה. לדעתו של המרצה זוהי התנהלות גרועה של ביהמ״ש כי הדוגמה לא רלוונטית לניסיון להחיל מדיניות כללית וכך קשה ללמוד למקרים הבאים, זוהי התחמקות של ביהמ״ש מהקביעה. נקבע שיש מקרים בהם נכיר בקיומו של מרקם קהילתי כמו לדוגמה ישובים בדואים או חרדים בהם יש **אורחות חיים ייחודית המצדיקות הגנה**. לעומת זאת כשמדובר על התיישבות של ״ישראלים״ ללא אורחות חיים ייחודיות אז אין טעם לדבר על פגיעה במרקם הקהילתי כי אין חשש לפגיעה כזאת, בעצם- אין מרקם שכזה. הפסיקה הזו באה על רקע **פס״ד אביטן** שלא אישר לשוטר יהודי חילוני לגור במושב שמיועד לאוכלוסייה הבדואית.

בשנת 2011 מגיע התיקון המדובר וברגע שהוא מאושר מגישים חברים מאגודות שיתופיות (לעומת עתירות המוגשות ע״י אנשים שלא התקבלו לישובים בדרך כלל) בג״צ כמחאה על החוק**- פס״ד סבח**. רצו לתקוף את כל הסדר הוועדות בטענה שהוא מפלה. ביהמ״ש ממציא שם מנגנון של בשלות מוקדמת כי כל המקרים שהם מתבססים עליהם של דחיית אנשים ע״י וועדות הקבלה בישובים הם מקרים שקרו לפני החוק. לכן, לפי רוב שופטי העליון צריך לחכות שהחוק ייושם בפועל וכשתהיה עתירה רלוונטית על בסיס החוק ניתן יהיה לתקוף אותו. זוהי שוב התחמקות של העליון מלדון בעניין המהותי. זה נכון לגבי כמעט כל המקרים של וועדות קבלה שהגיע לעליון. בנוסף, העליון מתחמק מהגדרה של קהילה הראויה להגנה ומציון קריטריונים נורמטיביים.

בפסק דינו **השופט ג׳ובראן** (בדעת מיעוט) אומר כי לא ניתן להתחמק יותר מהכרעה בנושא הקהילה במשפט המקרקעין הישראלי. הוא אומר שפחות משנה מה יוכרע בסוף אלא יותר משנה שתהיה לנו הכרעה לגבי קריטריונים שאגודות שיתופיות לא יוכלו לעשות מה שהם רוצים כמו שמאפשר המצב הנוכחי.

עד עתה עוד אין הכרעה בנושא הזה ולכן המרצה מציע מודל להתמודדות עם נושא הקהילות תוך הוספת קריטריונים.

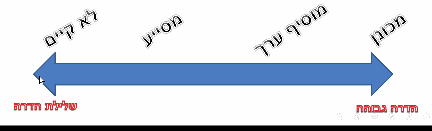
**קודם כל** יש לדון בשאלה למה שמדינה תיתן קרקע לקבוצות מסוימות? בכל העולם ישנם אנשים עם תפיסות עולם שונות, לדוגמה חרדים בניו יורק, ובכל זאת הם גרים ליד אנשים השונים לידם לחלוטין. דוגמה נוספת היא אנשים שמאמינים באקולוגיה או טבעונות וכו. **על פי התפיסה הפלורליסטית המדינה מחויבת לאפשר לבני אדם לחיות את חייהם לפי רצונותיהם.** התפיסה נובעת מתפיסה פלורליסטית של מהו תפקיד המדינה. רוב המדינות המערביות טוענות שהן מדינות ליברליות (בעוד ליברליזם לא בהכרח אומר פלורליזם). ישנן מדינות ליברליות כמו צרפת ואין בהן פלורליזם דתי, לצרפת אין סובלנות דתית לאף גורם במרחב הציבורי. לעומת זאת ישנן מדינות ליברליות עם רוב ליברלי הטוען שחלק מכך הוא גם מימוש תפיסות עולם שונות. התפיסה הפלורליסטית נדרשות לאפשר במקרים מסוימים לקהילות מסוימות להתקהל קהילתית גם במרחב. **יש תפיסות עולם מסוימות שהתקהלות מרחבית והיכולת של בני אדם לגור בסמיכות אחד לשני הם משמעותיות ליכולת של אותם אנשים לממש את תפיסת העולם שלהם בצורה בה הם היו רוצים לממש אותה.**

ישנם מקרים אחרים בהם אנחנו חולקים תפיסת עולם אך לממד הקרקעי אין השלכה. לדוגמה, קהילות וירטואליות שלא מצריכות מגורים אחד ליד השני. לעומת זאת אותן קהילות שכן נדרשות לכך, מדינה פלורליסטית חייבת להבטיח להם את האפשרות להתקהל מרחבית. כיצד נבחן אילו קהילות כן זכאיות ואילו לא (בהנחה שקרקע היא משאב במחסור והקהילות הללו רוצות להדיר אנשים אחרים)? עלינו לבצע מדרג.

ההנחה שעומדת בבסיס תפיסה פלורליסטית מרחבית היא כזו שאומרת שלא כל הקהילות אותו דבר. גם בהפקעות כשמפצים את כולם אותו דבר אנחנו חוטאים לפגיעות וההפסדים שנגרמים לאנשים מקהילות שונות במהות זו מזו. לא כל הקהילות משרתות את אותו תפקיד בחיים של בני האדם ולכן בצד השני האובדן של הקהילה שעליו פיצו בגוש קטיף הוא לא אותו אובדן. אנו נדבר על כמה מובנים שאם נצליח לגבש הבנה לגבי מהי קהילה משמעותית מספיק עבור בני האדם החברים בה המושג והקריטריונים יהיו רלוונטיים גם לשאלות הקצאת הקרקע, הפקדת אפשרויות סינון בידי וועדות קבלה ופיצוי עבור אובדן הקהילה.

להלן הקריטריונים:

1. **האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת**- האם יש לאותה קבוצת אנשים הדורשת קרקע או לגבש וועדת קבלה כדי להדיר אנשים אחרים או קבוצת אנשים הדורשת פיצוי עבור פירוק הקהילה- **תפיסת עולם משותפת**? בשלב הזה לא משנה איזו תפיסת עולם זו, דתית, כלכלית, אקולוגית וכו אלא משנה אם באופן עקרוני יש משהו שמאחד ומחבר את הקבוצה הזו או שהם סתם קבוצה של אנשים שרוצים להכיר יישוב חדש. גם על פי המודל הזה וגם על פי תפיסה פלורליסטית והיחס של המדינות בתפיסה הזו זה לא אומר שאסור לתת לאנשים שרוצים פשוט לגור אחד ליד השני פשוט לתת לגור אחד ליד השני אם אין להם תפיסת עולם משותפת אבל זה גם לא אומר שאם סתם אנשים רוצים לגור אחד ליד השני המדינה חייבת לתת להם קרקע או כוח להגיד לאדם שלישי שהוא לא יוכל לגור לידם או לתת פיצוי על אובדן הקהילה אם בפועל אין קהילה. את השלב הזה הרבה קהילות כנראה יצליחו לעבור.
2. **מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב**- לדוגמה, יכול להיות שלאדם צמחוני יהיה יותר נוח לגור ליד צמחונים אחרים כי אז יהיה לו קל יותר להתנהל בסופרים או בבתי הקפה והוא לא יתקל במצבים שיאתגרו את תפיסת העולם שלו. האם אדם צמחוני יכול להיות צמחוני גם ללא קהילה צמחונית מסביבו? התשובה היא כמובן כן. המרצה יצר ציר לפיו תפקיד שיתוף הפעולה מאפשר להצביע על 4 מצבים או תפקידים (יכולים להיות יותר) אותם נוטלת המדינה:

בעניין קאעדן לדוגמה לא קיימת קהילתיות באותה קהילה במושב קציר, אומנם יש להם תפיסת טוב משותפת אבל תפקיד שיתוף הפעולה לא מקיים שום משמעות או שהוא **לא ממש קיים**. זה כמובן תלוי נסיבות ותלוי מרחק- בישראל כשקבוצת הרוב היא קבוצה ציונית אין באמת צורך לשתף פעולה מרחבית במסגרת ישוב כדי לממש את תפיסת העולם הזו. פס״ד קאעדן נפסל על בסיס הקריטריון השני.

המצב השני הוא מצב **מסייע**, פה ניתן להחיל תפיסות עולם של צמחונות או טבעונות (ג׳ובראן מדבר על כך בפס״ד סבח). המודל של המרצה מאפשרת לתעדף בין הקהילות כאשר **מטרתה של המדינה היא לתמוך בקהילות שצריכות את התמיכה של המדינה על מנת שחבריהן יוכלו לממש את תפיסות העולם שלהן** לכן קהילות כמו בקאעדן לא צריכות את המדינה לצורך מימוש תפיסת עולמן. לעומת זאת קהילות צמחוניות יכולות לסייע במימוש תפיסתן עולמן אבל הן נמצאות רק בדרגה אחת יותר גבוה מישובים כמו קציר בקאעדן אך לא בראש הפירמידה. שיתוף פעולה **מכונן** לדוגמה הוא קיבוצים- חלק מהנורמות של קיבוץ מדברות על שיתוף פעולה בין אנשים. לא יתכן מצב של קיבוצניק שיגור לבדו ולא בקיבוץ. אחרת הם לא יוכלו לממש את תפיסת עולמם.

**מוסיף ערך**- מתייחס בעיקר לאספקט הדתי (או אקולוגי) בטענה כי ישנם מצבים בהם אדם יכול לממש את תפיסת עולמו גם בנפרד אבל גם ישנם מצבים שאם הוא יממש את תפיסת עולמו עם אחרים הפעולה עצמה מקבלת ערך נורמטיבי גבוה יותר מאשר מימוש עצמי. לדוגמה, תפילה במניין ביהדות.

1. **חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה**- עד כמה הקהילה צריכה סיוע של המדינה בשימור או מימוש תפיסת הטוב של חבריה? הרבה פעמים קהילות לא צריכות תמיכה של הקהילה אלא יכולות להקים את עצמן מבלי הקצאת קרקע או פיצוי על אובדנה כי הן חזקות מספיק. ברגע שהן יכולות לדאוג לעצמן חובת המדינה לסייע להן פוחתת משמעותית (**תפקידה של המדינה לעזור למדינה לממש תפיסות עולם, כאשר זה מתאפשר גם בלעדיה אין לה חובה- זהו הרעיון המסדר והוא זה שצריך להנחות אותנו בנוגע לתעדוף ההתערבות או התמיכה**).

נטילה שלטונית של מקרקעין

ישנה חלוקה ל-2 נטילות שלטוניות שונות:

1. **הפקעות**- רשות, בין אם מדינתית ובין אם רשות מקומית, לוקחת את המקרקעין של האדם הפרטי ומעבירה את הרישום של הזכויות במקרקעין על שמה או על שם גורם אחר מטעמה. במצב הזה בידיי הבעלים לא נשארות זכויות והוא מאבד את המקרקעין.
2. **גריעות תכנוניות**- הבעלים נשאר הבעלים של המקרקעין אבל מוטלות עליו מגבלות ועל היכולת שלו להשתמש במקרקעין. הדוגמה הקלאסית היא כשמעבירים תוכנית שיש לה השלכה על המקרקעין שלי אז למרות שהם נשארים בבעלותי ניתן לעשות בהם דברים שונים ממה שיכולתי לעשות לפני כן.

בישראל מפצים את הבעלים בשני המקרים בעוד בארה״ב מפצים על לקיחה פיזית של המקרקעין אבל בגריעות תכנוניות קמצנים מאוד בפיצוי ומפצים רק כשהגריעה התכנונית מאוד משמעותית כך שמבחינת ביהמ״ש למרות שהמקרקעין נשארים בידי הבעלים זה כאילו הם הופקעו.

כשמדובר על הפקעות, החקיקה המרכזית שחלה על תחום זה **חו״י: כבוה״א** והמתח שיש בין **סעיף 3** הקובע כי לא פוגעים בקניינו של אדם לבין **סעיף 8** שהוא פסקת ההתגברות. כל פעם שביהמ״ש ידבר על הפקעות הוא תמיד יפנה לבדוק את סעיף 3 ואת סעיף 8.

ישנם כ-25 דברי חקיקה המאפשרים לרשויות להפקיע או להטיל מגבלות תכנוניות על מקרקעין של בעלים, לדוגמה:

* פקודת הדרכים ומסילות הברזל- לא בתוקף מאז 2010 אבל עד אז השתמשו בה לביצוע הפקעות אם לא הראשונה אז לפחות השלישית בהיקף השימוש בה. שמה מעיד לצורך מה הפקיעו באמצעותה. רוב מסילות הברזל הופקעו באמצעות פקודה זו אך משנת 2010 היא לא תקפה יותר.
* חוק בזק מדבר על הפקעות ופגיעות במקרקעין על מנת להציב אמצעי תקשורת וטלפוניה.

שני דברי החקיקה העיקריים

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

שני דברי החקיקה האלו הם לא רק העיקריים אלא גם דברי החקיקה המפנים אחד לשני ומסתמכים אחד על השני בהוראותיהן. למשל, בהגדרה של צורך ציבורי, פיצוי ועוד.

מהי הפקעה?

הפקעה של מקרקעין יש לה הגדרה המורכבת מ-3 חלקים:

1. רכישה **כפויה** של מקרקעין- נעשה בניגוד לרצונו של הבעלים.
2. לשם הגשמתו של **צורך ציבורי**- נלמד מהו צורך ציבורי ומה עונה להגדרה.
3. תמורת **פיצוי** בעל המקרקעין- גם כאן נעמוד על הפיצוי וכמה בעל המקרקעין מקבל.

רכישה כפויה של מקרקעין

כשמדובר על רכישה כפויה של מקרקעין הדבר אומר שלרשויות יש היתר לקחת מקרקעין בכפייה מהבעלים. **מכוח מה יכולה רשות מקומית או שלטונית לשלוח את ידה במקרקעין של אדם פרטי** (לאו דווקא בתפיסה הישראלית של החכירה לדורות)?

1. **תיאוריית שימור הכוח**- לא רק בישראל אלא בכל העולם הקרקע היא של המדינה. השלטון שומר זיקה למקרקעין למרות שהוא חילק אותם לבעלות פרטית ולכן כשהוא צריך את המקרקעין הוא יכול לבטל את ההסכם בין הבעלים הפרטיים ולקחת אותם בכפייה תוך תשלום פיצוי. בישראל זה ניתן יותר לעיכול בגלל נושא החכירות.
2. **police power**- למדינה יש סמכות לקחת קרקע בכפייה כי יש לה תפקידים מוגדרים שכולנו הסכמנו עליהם במסגרת האמנה החברתית ולצורך קיומם המדינה יכולה לקחת מקרקעין כי זה מהות קיומה. המדינה קיימת לצורך אותם כוחות ועל מנת לממשם היא חייבת שיהיה לה גם את הכוח לקחת מקרקעין אם זה נדרש לאותם תפקידים.
3. **הסכמה ראשונית של ג׳ון לוק**- כשאנחנו בוחרים את הנציגים שלנו לממשלה אנחנו למעשה נותנים להם כרטיס פתוח לביצוע הפקעות. כשאנחנו בוחרים אותם לא ידוע לנו את הקרקע של מי מאיתנו הם יצטרכו אבל אנחנו נותנים להם הסכמה מודעת להפקיע במידה והם צריכים את הקרקע לצרכי הציבור.

**נניח ולמדינה יש את הכוח הזה נשאל מדוע זה נצרך? מדוע שהמדינה תיקח את הקרקע בכפייה ולא תוך משא ומתן?**

1. הסיבה העיקרית היא **כשלי שוק**- לדוגמה, מצבים בהם בני אדם מבינים שהמדינה חייבת את הקרקע שלהם ספציפית והופכים למעין מונופול ולכן הם ינסו לסחוט את המדינה. אם לא נרצה שהמדינה תזרוק כספי ציבור ניתן להתגבר על כך ע״י אפשרות להפקיע בכפייה את הקרקע. ברגע שאותו אדם ידע שיש נגדו שוט של הפקעה, גם אם מנהלים מולו משא ומתן הוא לא ייסחוט את המדינה כי הוא ידע שהיא תפקיע.
2. **צדק חלוקתי**- דוגמה לכך הוא מיליונר בשם וינוד קיסלה. היה בעליה של חברת גרין טק בעמק הסיליקון. הוא קנה חלקת חוף ובנה בה אחוזה. הדבר הראשון שהוא עשה היה לסגור את השביל שדרכו גולשים הגיעו לחוף הים. אחד האיומים של העירייה היה הפקעה של המקרקעין אם לא יפתח בחזרה את השער. כרגע הוא מנצח בערעור אבל האיום מבטא את אחת הסיבות שהמדינה צריכה להשתמש בהפקעות- לאפשר סוג של צדק חלוקתי, לתת שירותים או גישה גם לאוכלוסיות חלשות. הרבה פעמים אם פותחים את השוק לבעלויות פרטיות מגיעים למצב שבו לחלק מהאוכלוסייה לא תהיה לו נגישות למקרקעין מסוימים או מוצרים מסוימים ולכן במקרים כאלה הרבה פעמים עיריות או מדינה צריכות לבצע הפקעות. לא מדובר על כשל שוק במובן הכלכלי אלא על הנגשה של שירותים ומוצרים לכלל האוכלוסיה.
3. **כוח שלטוני קלאסי**- מלחמה, שלום, הקמת תחנות משטרה, כבישים, בתי חולים וכו. בגלל שלדברים האלה בדרך כלל אין שווי שוק (לפינוי גוש קטיף אין שווי שוקי) לא ניתן לנהל משא ומתן על כך. אף אחד לא ינדב את קרקעותיו לצורך הקמת מבנים ציבוריים ולכן יש צורך להשתמש בהפקעות.

**שיעור 12- 04.05.20**

לשם הגשמתו של צורך ציבורי

מהו צורך ציבורי לשמו אנחנו יכולים להפקיע מקרקעין? החוק בסעיף 2 לפקודת הקרקעות קובע את הדבר הבא:

 "צורך ציבורי" – צורכי ציבור כמשמעותם לפי סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, וכן כל אחד מאלה, ולרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם"

(1)   מחנה צבאי, תחנת משטרה, בית סוהר, או מיתקן או אתר המשמש לצורך צבאי או ביטחוני;

(2)   הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב;

(3)   אתר המשמש או המיועד להנצחה, למורשת, לתיירות, או לצורכי דת לרבות תפילה וטקס דתי, או מקום קדוש;

(4)   מיתקן תשתית;

(5)   מיתקן תקשורת;

(6)   מיתקן להתפלת מים ומיתקן מים, לרבות מאגר;

(7)   אתר סילוק וטיפול בפסולת;

(8)   מעגן;

(9)   תחנת גז, כהגדרתה בסעיף 42 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, תחנת כוח, קווי הולכה והספקה של גז, נפט, דלק ומוצריהם ומיתקנים לאכסונם וכל מיתקן אחר המשמש לצורכי תשתיות;

(10)  צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הוועדה המייעצת ובאישור ועדת הכספים של הכנסת;

פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבנייה הרי מפנים אחד לשני ולכן הפקודה מפנה אותנו לחוק התכנון והבנייה לצורך בחינה מהם הצרכים הציבוריים- מוסדות חינוך, פארקים וכו. ההגדרה למהו צורך ציבורי היא מאוד רחבה- לא מבנה מסוים אלא על כל אחד מאלו וכל צורך שנובע או הכרוך בהם- הכבישים, הגדרות וכו.

סעיף 2(2) הוא אחד הסעיפים המרחיבים- ״הרחבה, הקמה או פיתוח של יישוב״. עירייה יכולה להפקיע קרקעות כדי להקים שכונה חדשה. גם מתקן תשתית היא הגדרה רחבה לא פחות.

סעיף 2(10) מתייחס לכל צורך ציבורי אחר שקבע שר האוצר.

אם ננסה לסכם- היינו מצפים שיהיה מדובר על צרכים מאוד מוגדרים שלשמם מותר לפגוע בזכות לקניין. לעומת זאת, לא רק שמדובר במשהו רחב מגיע בסוף סעיף 2(10) ומרחיב אותו עוד יותר.

אם נסתכל על כך מבחינת דיני קניין אין ספק שההסדר המשפטי הנ״ל מאוד בעייתי. הוא נותן למדינה לעגן כצורך ציבורי כמעט כל דבר ששר האוצר רוצה.

סעיף 3 נקבע:

**סמכויות שר האוצר (תיקון מס' 3)  תש"ע-2010**

3.    אם נוכח שר האוצר, לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי רשאי הוא –

(א)   לרכוש את בעלותה של כל קרקע;

(ב)   לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסויימת;

(ג)    לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה;

(ד)   להטיל כל זכות שימוש על כל קרקע או כל הגבלה אחרת על השימוש בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע, בשלמו אותם פיצויים או אותה תמורה כפי שיוסכם עליהם או כפי שיוחלט עפ"י הוראות הפקודה הזאת.

סעיף ג׳ מדבר על ״כל זכות אחרת בה״- מתקשר להתחדשות עירונית- חלק גדול מהבעיות קורות דווקא בשלב ההחלטה בו הבעלים צריכים להצטרף להסדר. הסעיף מאפשר להפקיע את הקרקע רק בשביל לכפות על הבעלים להצטרף להסדר. להפקיע את שליטת הבעלים בשלב הזה בלבד. נרכשת **זכאות קניינית של שליטה וניהול**.

דרך הפעולה- צריך קודם כל **לאתר צורך ציבורי** (הגדרה רחבה מאוד בעיקר בזכות סעיף 2(10)). לאחר מכן ניתן **להפקיע את הבעלות** או **לעשות הפקעות פרטניות** יותר של זכאויות מסוימות יותר.

**בארה״ב** סיפור ההפקעות מתחלק ל-2 רבדים מעניינים- החוקה הפדרלית ואת החקיקה המדינתית. לכל מדינה יש את חוקי הפקעות שלה שבדרך כלל מתכתבים עם תפיסת העולם של הבוחרים שלה. **ככל שהמדינה תהיה יותר רפובליקנית** יהיו שם פחות הפקעות בעוד **במדינות דמוקרטיות** היחס להפקעות סבלני יותר. עם זאת, רוב המדינות, גם הדמוקרטיות, כן נותנות קודם כל מקום לדיני קניין פרטי בעוד קליפורניה וניו יורק מאוד קיצוניות בהפקעות שהן עושות.

החוקה הפדרלית קובעת שבכל הקשור לדיני הפקעות יחול **התיקון החמישי לחוקה** שקובע כי קניין פרטי לא יכול להילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. בתי המשפט בארה״ב, בהיעדר הגדרה לפיצוי הוגן או שימוש סביר נאלצים לפרש את החוקה ולהגיע לתבנית או סטנדרט של (1) שימוש ציבורי ו- (2) פיצוי הוגן.

**פס״ד קילו** (2005) הוא אחד המרכזיים של הפקעות בארה״ב ב-20 שנים האחרונות. העליון האמריקאי לא מחויב לדון בכל ערעור ובכל זאת בחר לדון בעניינה בגלל ההשפעה הרחבה על כל המדינות. העיר ניו לונדון בקונטיקט היא עיר עם הרבה אבטלה, כמעט ללא יכולת לנהל את עצמה כלכלית המנסה במשך שנים להביא אליה חברות כדי להקים מפעלים או מרכזי פיתוח תוך גיוס עובדים ותשלום מיסים עירוניים. לאחר הרבה שנים העיר מגיעה להסדר עם חברת התרופות פייזר במטרה להקים מרכז פיתוח, דבר שאמור להביא המון רווח לעיר. להקמת מרכז הפיתוח יש צורך בקרקע. פייזר אמרה שהיא לא מתכוונת לנהל משא ומתן לרכישת קרקע כך שהעירייה צריכה לאתר את הקרקע ולהגיש להם אותה. עיריית ניו לונדון מפקיעה אזור מסוים בעיר. אחת התושבות באותו שטח היא **סוזט קילו** שמחליטה שהיא לא מתכוונת לאבד את הבית שלה. הטיעון המרכזי שלה היה שהחוקה מאפשרת לקחת קניין פרטי לשימוש ציבורי בעוד במקרה דנן מדובר על שימוש פרטי של חברה פרטית. העליון בקונטיקט, ברוב של 4 שופטים הוכרע נגדה- מדבור בשימוש ציבורי לפי החוקה- החברה תעסיק עובדים ותגדיל את רווחי העיר כך שכולם ירוויחו מהאפשרות הזו. סוזט קילו לא מוותרת ופונה לעליון האמריקאי בבקשה למתן צו. בעליון נקבע שהבית יפונה ואימץ את פסיקת ביהמ״ש בקונטיקט תוך קביעת הלכה משמעותית בדיני הנטילה השלטונית- **אין בעיה שקרקע תילקח באמצעות הפקעה מגורם פרטי ותועבר לידיו של גורם פרטי אחר כל זמן שיש תועלת משנית לציבור**. זהו שינוי הלכה משמעותי בתפיסה האמריקאית בכל הקשור לשימוש ציבורי. בסוף הקרקע מופקעת, הבית מפונה אך חברת פייזר מחליטה שהיא לא מגיעה. אנחנו נמצאים במצב בו הבעלים איבד את הקרקע הפרטית שלו, היא עומדת ריקה ללא תועלת ציבורית ובמקרה האמריקאי, גם אין אפשרות להחזיר לאדם את הקרקע. בדין הישראלי המקרה שונה לחלוטין- ישנה גם אפשרות ולעיתים אף חובה להחזיר את הקרקע לבעלים.

בעקבות פס״ד קילו

באופן עקרוני למדינות יש בעיה להתנגד לפסיקה של ביהמ״ש העליון המפרש את החוקה לכן מדינות שמרניות יותר הרוצות להקשות על ביצוע הליכי הפקעה מבצעות שינויי חקיקה פנימית. החקיקה לא יכולה לסתור את הפסיקה של העליון אך כן יכולות להקשות על כך. הרבה מדינות עשו זאת באמצעות הקביעה שאומנם הפקעות מסוג ״התפתחות כלכלית״ אפשריות אבל הפיצוי יהיה מאוד מאוד גבוה כך שהפיצוי הגבוה, אפילו עד 200%, יבריח את העיריות.

מה המצב בישראל?

בישראל ישנה אמירה של השופטת בייניש **בפס״ד קרסיק** המבהירה את חשיבות הזכות לקניין. לטענתה לביהמ״ש יש אפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על **ציבוריות המטרה** בזכות המסלול החד סטרי שבו צועד ביהמ״ש מאז קום המדינה. השאלה עליה ננסה לענות היא **האם זה באמת כך**?

בראשית המדינה, בשנת 52׳, הגיע **פס״ד דור** העוסק בהפקעה לצורך יישוב עלייה. משפחת דור ואחרים מגיעים לביהמ״ש וטוענים שהקרקע נלקחה לצורך פרטי של מגורים של אנשים אחרים. הם מבקשים שהמדינה תנהל משא ומתן מאחר ולא מדובר על צורך ציבורי. ביהמ״ש קובע שהוא לא יכול להתערב בכך- ברגע ששר האוצר קבע שמדובר בצורך ציבורי הוא לא יכול להעביר ביקורת שיפוטית

לאחר מכן, בשנת 77׳ ישנו **פס״ד שוורץ** בו מפעל אתא הפועל בצפון. השכן של המפעל זאב שוורץ מנהל תביעות נזיקיות מול המפעל. הטענה העיקרית היא שהמפעל מזהם ומרעיש מה שפוגע בו כבעלים בקרקע סמוכה. הסיפור מגיע לביהמ״ש והוא מכריע כי הגורם הצודק הוא שוורץ והמפעל חייב לפעול בדרכים מסוימות כדי להסיר את הנזק שנגרם לו. ראשי המפעל מרימים טלפון לשר האוצר ומאיימים כי אם לא יסכלו את שוורץ הם יסגרו את המפעל ויפטרו את כל העובדים. שר האוצר הפקיע את הקרקע של שוורץ. בעליון נקבע כי ההפקעה מאושרת אך הרציו אומר כי **לביהמ״ש אין את היכולת לעשות ביקורת שיפוטית על ההחלטה של שר האוצר.** גם אם היה יכול לעשות ביקורת כזאת היה מכריע כי מדובר בצורך ציבורי לגיטימי. כאן הדין הישראלי הקדים את האמריקאי וקבע כי צורך ציבורי לא צריך להיות שימוש פיזי של הציבור אלא מספיק שיש לו השלכות על הציבור.

הפס״ד הבא הוא **פס״ד מהדרין** משנת 94׳ העוסק בהפקעת קרקעות לצורך נתב״ג 2000. הפקיעו הרבה קרקעות של חברת מהדרין והיא טוענת שנכון שנתב״ג כשדה תעופה הוא צורך ציבורי אבל יש בתוך כל הפרויקט הרבה מאוד אלמנטים פרטיים/מסחריים. הדוגמה הבולטת ביותר היא הדיוטי פרי. לכן הם מבקשים שבמקום שיפקיעו את הקרקעות צריכים לתת להם להקים ולנהל את הדיוטי פרי (בפועל התוצאה תהיה זהה מבחינת השירות שיתקבל). ביהמ״ש קובע שאין לו זכות להתערב בהחלטה של שר האוצר. לגופו של עניין ביהמ״ש הגיב שגם אם יש היכולת העקרונית להקים את מרכז הקניות, **בגלל שמדובר בפרויקט גדול לא נפריד חלקים לגורמים פרטיים (אוביטר)**.

הדוגמה האחרונה משנת 07׳ נוגעת לנצרת עילית **בפס״ד מחמוד חליל**. הצורך הציבורי כאן הוא ריאה ירוקה. ישנו היגיון פחות להפקיע קרקע כדי לשמור עליו כשטח פתוח ללא בנייה. החשש העיקרי היה מבנייה בלתי חוקית. גם כאן נקבעו דברים דומים.

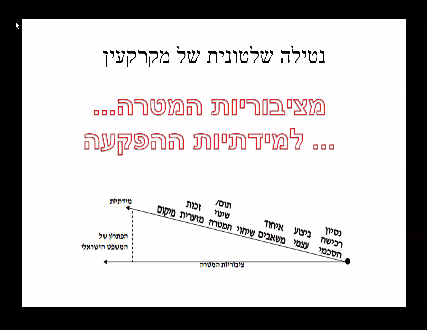
הנקודה המרכזית היא **שדבריה של בייניש בקרסיק אינם מתקשרים לנעשה בפועל**. **פס״ד לוביאנקיר** (מלפני חוקי היסוד) משקף את המציאות הישראלית.



כאן שמגר קובע מהי ההתייחסות של ביהמ״ש לשאלת הצורך הציבורי ולסמכותו של שר האוצר- אין טעם לבוא לביהמ״ש ולנסות לשכנע שאין מאפיינים ציבוריים בצורך מאחר **וקביעתו של השר שמדובר בצורך ציבורי היא זו שמעבירה את הצורך לקטגוריה של צורך ציבורי**.

לפי המרצה ביהמ״ש אומנם נתפס מאוד אקטיביסטי אבל המציאות גם כיום היא שבתי משפט לא מעבירים ביקורת שיפוטית על ״**ציבוריות**״ הצורך אלא רק על ״**מידתיות**״ הצורך. הביקורת הזו הולכת ומתרחבת עם השנים, לא בניסיון לקעקע את הציבוריות של המטרה אלא באמצעות בחינה של מידתיות ההפקעה שמתקשרת לחוקי היסוד ולהכפפה של כוח הקניין **לחו״י: כבוה״א**. זהו המבחן המרכזי באמצעותו בוחנים האם הפקעה היא כשרה או לא.

מבחן המידתיות מכיל 7 מבחנים שלוקטו (לא רשימה סגורה) ע״י בתי המשפט והתייחסות אליהם כאל כאלו **היכולים** להעיד על היעדר מידתיות (לא בהכרח).



המבחנים:

1. **ניסיון רכישה הסכמי**- לפי מבחן זה על מנת שהפקעה תצא לפועל חייב להיות לפני כן ניסיון רכישה הסכמי כאשר הכוונה היא להודעה של הרשויות לבעלים של המקרקעין כי הולכים לבצע הפקעה תוך הצעה לרכוש את המקרקעין. אומנם מרחף איום ההפקעה ולכן המו״מ הוא לאו דווקא רצוני ועדיין רשויות חייבות לנהל אותו לפני שעוברים לשלב ההפקעה. הסיפור התחיל לא בתור חוק או כניעה חקיקתית אלא **בהנחיות היועמ״ש** לכלל היועמ״שים הכפופים אליו (ברשויות המקומיות). לכן ברגע שהנחיה כזו מופצת היא מחייבת את כל הרשויות המקומיות. מדוע ניסיון רכישה הסכמי מעיד על מידתיות? על מנת להציג מידתיות השימוש יש לבדוק האם בכלל צריך להשתמש בכלי הזה. יתכן וניתן להגיע לאותה התוצאה מבלי לפגוע בזכויות קנייניות. זהו מבחן מידתיות משמעותי. לקוח שטוען שלא פנו אליו בכלל לפני שליחת מכתב הפקעה הדבר יכול לטעון לחוסר מידתיות. כרגע ההנחיות האלה מיושמות בכך שנשלחת הודעה לבעל הקרקע ושם זה נגמר, לא מדובר באמת במו״מ ארוך כי בין היתר כלי ההפקעה נועד למנוע את ההתדיינויות הארוכות. בפועל לפעמים משלמים לבעל הקרקע טיפה יותר כדי להימנע מהליטיגציה היקרה של הפקעה.
2. **ביצוע עצמי**- המבחן בא לידי ביטוי **בפס״ד נוסייבה**- מדובר על משפחה עשירה ממזרח ירושלים עם הרבה קרקעות בקו התפר בין ירושלים המזרחית והמערבית. במלחמת ששת הימים ישראל משחררת את מזרח העיר ומבינה שאם ירצו לאחד בין שני חלקי העיר אי אפשר להשאיר את המצב כמו שהוא לכן הם יוזמים תוכנית תכנון המתייחסת לכל קו התפר. דבר כזה לוקח הרבה זמן. בנוסייבה מדובר על כך שגם 20 שנה לאחר הפקעת הקרקע לא בוצע איתה כלום. המשפחה תובעת את החזרת הקרקע אליהם בטענה שזנחו את המקרקעין. בדיון הראשון בעליון נקבע ע״י רוב השופטים שלא רק שהעירייה והממשלה זנחו את כוונותיהן אלא שיש להחזיר את מסיבה אחרת- בגלל שמשפחת נוסייבה היא משפחה עם הרבה מרכזים מסחריים ויכולת להקים מרכזים מסחריים בכוחות עצמה לא הייתה הצדקה להפקיע את הקרקע לטובת הקמת מרכז מסחרי מלכתחילה. ההפקעה הזו מלכתחילה לא הייתה מידתית כי על מנת לקבוע אם הפקעה מסוימת היא מידתית צריך לבחון האם הצורך הציבורי חייב להיעשות ע״י המדינה או גורם מטעמה **או שהבעלים עצמם יכול לממש את הצורך הציבורי** מה שמתקיים במקרה דנן. בדיון הנוסף נקבע שהמטרה לא נזנחה כי ייעודו של המקרקעין נשאר כפי שהיה גם אם זה עוד לא קרה. בנוסף נקבע שטענת המימוש העצמי הועלתה ע״י השופטים בדיון הראשון מה שלא מאפשר לטעון אותה. הבעלים עצמם צריכים להוכיח זאת.
3. **איחוד משאבים**- זהו תת מבחן של המבחן השני. מדבר על ביצוע על עצמי בנסיבות מיוחדת של ריבוי בעלים. הדוגמה היא **פס״ד מקור הנפקות וזכויות** העוסק בהקמת שכנות הר חומה בירושלים. הקרקע הייתה שייכת להרבה מאוד בעלים. אם היה מדובר בבעלים אחד הוא היה יכול לטעון שאין סיבה שהמדינה תגזור את כל הרווח היזמי אלא פשוט תפשיר את המקרקעין לבנייה ובעלי הקרקע יתקשרו עם הקבלנים ויגזרו את הרווח היזמי. במקרה דנן היו רסיסי בעלויות ולכן פנו להפקעה. בעלי הקרקעות פנו לביהמ״ש בבקשה לממש את הרווח היזמי בטענה שאין הבדל בין בעלים אחד לבין בעלים מרובים. ביהמ״ש מקבל את הטענה שיש לתת להם לממש את הרווח בעצמם אבל בגלל שיש הרבה בעלי קרקע עליהם לעשות **איחוד משאבים** של הקרקעות ולפנות יחד ליזמים. ביהמ״ש נתן להם 3 חודשים להגיע להסכמות בין בעלי הקרקע. ברור ש-3 חודש היא תקופה לא הגיונית ולכן היה ברור שהם יכשלו. כתוצאה מכך ביהמ״ש אישר את ההפקעה. מה ניתן ללמוד מכך- **תיאורטית אין הבדל בכל הקשור למימוש עצמי בין בעלים אחד לבין מספר בעלים אלא שאותם מספר בעלים צריך לאחד את המשאבים ולהראות שהם יכולים לבצע זאת בעצמם**.
4. **שיהוי**- לשיהוי יש 2 פנים:
5. פן ראייתי- **פס״ד נוסייבה**- העובדה שהעירייה לא בנתה דבר במשך 20 שנה מעיד על זניחת המטרה הציבורית. **השיהוי נתפס כראיה לכך שלא מתכוונים לנצל את הקרקע**.
6. פן מנהלי- קשור להתנהלות של הרשות, מתעסקים באופן בו רשויות צריכות לעבוד. זהו **סוג של פיקוח וענישה** על התנהלות לא תקינה של רשות ולא נגזרת המעידה על הכוונות של הרשות.

באופן עקרוני, עד לשנת 2010 בה תוקף **התיקון לחוק דיני הרכישה** , סיפור השיהוי היה סיפור מרכזי בניסיון לבטל הפקעות. משנות ה-50׳ העליון נותן רמזים שעיריות או רשויות שיפקיעו מקרקעין ולא יעשו בהם דבר יש סיכוי שההפקעה תתבטל בסוף. בשנת 88׳ מגיע **פס״ד אמיתי** **שהוא הפס״ד הראשון בו ביהמ״ש מבטל דה פקטו הפקעה**. העירייה הודיעה על כוונה להפקיע אבל חוץ מהוצאת הצווים לא עשתה כלום, אפילו לא תפסה בהם חזקה. אחרי 26 שנים השיהוי חרג מכל פרופורציה ולכן צריך להחזיר את הקרקע לבעלים. היום, לאחר שנת 2010 כבר אין צורך בשיהוי כי ישנם כללים ברורים לכמה זמן יכולה רשות להחזיק במקרקעין מבלי לעשות בהם דבר.

הכללים הללו קובעים כי כשרשות מוציאה הודעה על הפקעה יש לה **8 שנים להתחיל בביצוע ההפקעה**. שר האוצר צריך לכתוב בצו מתי הרשות מתכוונת להתחיל במימוש המטרה הציבורית כאשר ברירת המחדל היא עד 8 שנים. מלכתחילה קובע החוק שאם שר האוצר חושב מטעמיו שלו שתחילת מימוש המטרה הציבורית יקח יותר מ-8 שנים הוא צריך לנמק בהודעה מדוע וגם זה **בתוך מסגרת של 15 שנים**. הסיבה העיקרית שיכולה לגרום לתחילת הביצוע לקחת יותר זמן היא דיני המכרזים (דיני מכרזים מאפשרים לערער על תוצאות המכרז מה שעלול לקחת הרבה מאוד זמן).

בנוסף, אם תוך כדי תחילת התקופה ההפקעה, לדוגמה 6 שנים לאחר הוצאת צו ההפקעה, שר האוצר נוכח לדעת שנדרש עוד זמן הוא יכול להאריך את התקופה עד **מקסימום עד 17 שנים**.

**שיעור 13- 07.05.20**

1. **תום/שינוי המטרה הציבורית**- לנושא זה מתקשר **פס״ד קרסיק**. עוסק בקרקע שהופקעה בשנות ה-50׳ לצרכים צבאיים. היורשים תובעים אותה בחזרה בגלל שאחרי 40 שנה הבינו שאין צורך בשטחי אש באזורי ביקוש ליד הים בחדרה. יש כאן מעין ״הצרכה״- הצבא מוותר על הקרקע ששימשה אותו, מקבל קרקע אחרת בדרום ואותה קרקע שמתפנה תשמש לבנייה למגורים. טענתם הייתה שתמה המטרה הציבורית. אומנם ההפקעה עברה כסדרה אבל הם לא הסכימו לקבל פיצוי בזמן ההפקעה – באופן עקרוני בעלים של מקרקעין שמציעים לו פיצוי והוא לא מעוניין בו, הדבר לא אמור להשפיע על החלטת המקרקעין עצמם. ביהמ״ש קובע כי העותרים צריכים להגיע להסכמה עם משרד האוצר לצורך קבלת פיצוי מאחר והקרקע לא תחזור אליהם. לבסוף, אחרי 15 שנה הם קיבלו פיצוי (יותר גבוה מהמקורי). עם זאת, בפס״ד זה ביהמ״ש הוא דוגמה קלאסית לאיך משפט לא צריך להיעשות, **השופט חשין** אומר בצורה ברורה שהוא משנה את תפיסת הקניין הישראלית ללא שום אסמכתא בחוק. לאחר מכן, המחוקק תיקן את דיני הרכישה והטמיע את עקרונו של חשין בקרסיק אבל **הפס״ד משמש כאחד מפסקי הדין הכי אקטיביסטים שיכולים להיות בדיני קניין**. חשין אפילו לא מנסה להסתיר את הפעולה שלו אלא אומר בצורה ברורה שביהמ״ש מבצע הפיכה בתפיסת הקניין. חשין משנה את הדוקטרינה לכל הקשור למקום הבעלים במרחב לאחר ביצוע ההפקעה. הוא אומר שיש 2 דוקטרינות:
2. ההפקעה כמעשה שמנתק את זיקת הבעלים- לפי דוקטרינה זו ברגע שהמדינה מפקיעה קרקע הבעלים יוצא לחלוטין מהתמונה. יתכן ויחולו על כך הגבלות אבל הבעלים לא רלוונטי יותר, כל השיח הוא שיח מנהלי המתייחס לפעולות המדינה ללא קשר לבעלים. כבר אין לו ״סיי״. בארה״ב זוהי הדוקטרינה השולטת.
3. הפקעה כמעשה שמשמר את זיקת הבעלים- לדעתו של חשין זו הדוקטרינה שצריכה לשלוט במשפט הישראלי. **בפס״ד קרסיק** חשין אומר שאם עד כה התייחסנו להפקעה כמשהו שמנתק את הזיקה צריך לשנות את הדיסקט. צריך להסתכל על הפקעה כמעשה שבמסגרתו לוקחים את הקרקע לבעלים אבל עדיין יש לו זיקה מסוימת לקרקע. ישנן כמה אפשרויות לזיקה כזו. (1) ברגע שהמטרה הציבורית מסתיימת שימור זיקתו של הבעלים מחייבת להחזיר אותה לבעלים. אך זאת לא האופציה שחשין מדבר עליה, כשהוא מדבר שמירת זיקה הוא מתכוון שכשתמה המטרה הציבורית המדינה יכולה לעשות 1מ -2: או **להחזיר את הקרקע לבעלים והם צריכים לשלם עבורה** או לחלופין האופציה היותר מעניינית היא **ששימור זיקתו של הבעלים לא מחייבת את המדינה להחזיר את הקרקע אבל כן מחייב את המדינה להשתמש בקרקע הזו רק למטרות ציבוריות אחרות**. כלומר, העובדה שאנחנו תמיד זוכרים שהיו בעלים פרטיים, נוכחותו של הבעלים מחייבת את המדינה להמשיך להשתמש במקרקעין רק למטרות ציבוריות. הדבר שולל את הזכות של המדינה להשתמש בקרקע למטרות פרטיות. כלומר, במקרה של קרסיק המדינה לא חייבת להחזיר לקרסיק את הקרקע אבל היא לא יכולה להשתמש במקרקעין הללו כאילו היא בעלים פרטי של מקרקעין ולמכור אותם ליזמים כדי להשיא רווחים למדינה. כאמור, עמדתו של חשין אומצה בחוק לתיקון דיני הרכישה (מתקן את פקודת הקרקעות). התיקון קובע שאם המדינה מחליטה לשנות את הצורך הציבורי היא חייבת לזמן את הבעלים לשימוע ובשימוע הוא יוכל לטעון כנגד השימוש החדש בדיוק כמו שהוא יכל לטעון את טענותיו לפני ההפקעה בפעם הראשונה. מצד אחד המדינה לא יכולה לנהוג בקרקע כבעלים פרטי ומאפשרים לבעלים לערער שנית על מידתיות ההפקעה.
4. **זכות מזערית**- החובה של הרשות להפקיע את המינימום שהיא צריכה. **פס״ד אקונס**- המדינה הייתה זקוקה לתת הקרקע לצורך כריית מנהרות הכרמל. המדינה רצתה להתחמק מסעיף 13 ולכן אמרה שהיא לא מפקיעה את זכות הבעלות אלא את זכות השימוש בתת הקרקע. ביהמ״ש אמר שבהפקעות רשות צריכה להפקיע את המינימום הנדרש. ברגע שהיא צריכה רק את תת הקרע היא לא יכולה להפקיע יותר מזה, גם ברמת ההיקף וגם ברמת בטיב הזכות. בפס״ד זה לא באמת הפקיעו זכויות חזקה ושימשו אלא למעשה הופקעו זכויות בעלות.
5. **מיקום רלוונטי ומיטבי**- זהו מבחן שמדברים עליו בהרבה פסקי דין כאשר אחד מהם הוא **פס״ד זמר**- עוסק בכך שכביש 6 אמור היה לעבור דרך מ.א עמק חפר ואז הועבר למ.א זמר. הם טוענים לחוסר מידתיות כי התוואי המקורי היה במקום אחר ויש צורך להסביר מדוע הוא שונה כדי שלא ייווצר מצב שיראה כאילו הדבר נעשה בכוונה כנגד הישובים הערביים. ביהמ״ש קובע כי אין ספק שחלק ממבחני המידתיות של הפקעה הם המיקום האידיאלי או הרלוונטי למימוש הצורך הציבורי- כשאנחנו בוחנים מידתיות של הפקעה לשאלת המיקום האופטימלי יש משמעות. **אם נקבע שהפקעה תהיה במקום מסוים ואז ישנה הסתה למיקום אחר יש צורך בהסבר משכנע**.

בארה"ב, הסיפור של מטרה ציבורית נשחק יותר ויותר והגיע לשיאו **בפס"ד קילו**. ההשלכות המעשיות של הסיפור הזה היו שמדינות רבות בארה"ב תיקנו את החוקים שלהן כך שחייב לפצות בתשלום מאוד גבוה אנשים על הפקעות מקרקעין לצורך מטרות ציבוריות.

בישראל, יש שינוי משמעותי במידתיות. מאז ומעולם היה דיבור על מידתיות ההפקעה, אבל בשנת 1992 המידתיות נכנסה בתור המבחן העיקרי שעל פיו אנו בודקים האם ההפקעה היא תקינה.

צדק ופיצוי

כשמדובר על פיצוי המטרה בהפקעות היא שהפיצוי יהיה צודק ונאות (למרות שזה לא כתוב בחוק מפורשות, בניגוד לארה״ב). לכן, עלינו להבין איזה צדק אנחנו מחפשים. לא כל תפיסות הצדק הן אותו דבר וחלקן אפילו סותרות אחת את השנייה. ייתכן שאם נבחר בתפיסת צדק מסוימת נגיע לתוצאות שונות. לכן, חשוב להבין מהי תוצאה צודקת שאליה אנחנו חותרים.

תפיסת הצדק הקלה יותר היא תפיסה שמאומצת ברוב המשפט הפרטי והיא תפיסת **(1) הצדק המתקן**- על מנת להגיע לתוצאה צודקת הפוגע צריך להחזיר את שווי הפגיעה לנפגע. לשערך את הנזק בצורה כלכלית. ישנם 2 גורמים בלבד שמעניינים אותנו, הנפגע והפוגע. זאת תפיסה שמתעלמת מהנסיבות ומהקהילה אלא בוחנת רק את המקרה עצמו. לעיתים היא מחייבת את הפוגע לשלם רק את הנזק האובייקטיבי שנגרם ללא בחינה של הערכים הסובייקטיביים. הדבר מאוד פשוט ליישום בגלל האפשרות לשערך הכל באופן כלכלי.

תפיסה נוספת של צדק היא תפיסה של **(2) צדק חלוקתי**- תיאוריה לפיה מתייחסים לנסיבות ולמצב שמעבר לפגיעה עצמה. ישנן כמה בעיות עם החלת הצדק החלוקתי במשפט הפרטי, נוצרים הרבה עיוותים- המשפט הפרטי מאוד נקודתי, הקונפליקטים שנוצרים תופסים אדם או קבוצה מסוימת ללא קשר לאוכלוסייה כולה ובמצב הזה אנחנו לא יודעים למקם את הנפגעים על פני הרצף החלוקתי. גם אם אנחנו סבורים שצריך לקדם במשפט את העושר בחברה לא בטוח שאותו גורם הוא זה שזקוק לאותו הצדק. מה שקורה הוא שיש צדק חלוקתי יחסי בין הפוגע לנפגע אבל אין צדק חלוקתי אמיתי במובן שהחלשים ביותר בחברה הם לאו דווקא אלה שיקבלו את ״התוספת״ או הסיוע. המשמעות לעניין הפקעות היא שאם אנחנו נחיל שאלות של צדק חלוקתי בהפקעות אנחנו מלכתחילה מתמודדים עם בעלי קרקעות- לא האנשים החלשים ביותר בחברה. אם אנחנו מטילים על הגורם המפקיע לשלם יותר ממחיר השוק בגלל שמדובר בגורם חלש אולי יהיה עדיף שהיתר ילך לגורם החלש באמת ולא לגורם החלש יחסית לייתר בעלי המקרקעין.

**קאפלו ושבל** טוענים שכן יש להחיל שיקולים חלוקתיים על מערכות שחולשת על כל האוכלוסייה כדוגמת מערכת המיסים והרווחה. הן רואות את המצב הכלכלי של כל האוכלוסייה ולכן שם נכון להחיל צדק חלוקתי. לכן, מיסוי פרוגרסיבי הוא החלה של שיקול חלוקתי במערכת שרואה את כולם ויודעת ממי לגבות הרבה וממי פחות.

**(3) צדק הליכי** נחלק ל-2:

1. ההליך חשוב יותר מהתוצאה- עליו להיות הוגן.
2. לא שהתוצאה לא חשובה אבל חשוב גם ההליך.

אלה שתופסים את התפיסה האקסטרימית של ההליך יטענו כי מה שחשוב זה שכל ההליכים המגיעים כולל שימוע, הודעות וכו יתבצעו כמו שצריך. זוהי תפיסה מאוד בעייתית כי אין הרבה מחקרים שתומכים בעמדה זו. ישנם אנשים שמאמינים שאם ההליך לא יתנהל כמו שצריך הם ירגישו שלא נעשה צדק, גם אם התוצאה סבירה. כן ישנם כמה כותבים אמריקאים שרואים את סכום הפיצוי כפחות חשוב בעוד דווקא ההליכים עצמם משמעותיים יותר. זו לא תפיסת הצדק שאומצה בישראל והיא פועלת בעיקר בחלק מהמדינות בארה״ב. מזכיר שימוע לפני פיטורים- השימועים הם מעין הצגה למרות שלכאורה הם פועלים לפי כל הכללים- התוצאה ידועה מראש.

התפיסה האחרונה היא תפיסת **(4) צדק מאחה**. התפיסה הזו מסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאה. לא רק על הפגוע והנפגע אלא גם על הקהילה כולה. תפיסת צדק מאחה היא לא תפיסה שמוחלת כיום במשפט הפרטי או האזרחי אלא יותר במשפט הפלילי בישראל. המרצה חושב שנכון לבחון זאת גם במקרה של הפקעות כי בהפקעה מי שפוגע בבעל הקרקע הוא לא אדם פרטי אלא הקהילה כולה (העירייה, המדינה). לכן צריך להסתכל על תפיסה רחבה יותר תוך צורך לשתף יותר את הנפגע בהליכי קבלת ההחלטות ובצורך האמיתי של הקהילה.

**התפיסה שאומצה ע״י הדין הישראלי היא תפיסת הצדק המתקן**.

הדין האמריקאי קובע חובת פיצוי כך שלא ניתן לקחת קרקע פרטית ללא תשלום הוגן. החוקה האמריקאית שותקת ביחס לסכום של הפיצוי ההוגן אבל בתי המשפט בארה״ב קבעו שפיצוי הוגן הוא למעשה מחיר השוק של הנכס ובמובן הזה הוא אימץ את הצדק המתקן במובן הקלאסי. מתקבל **רק** שווי השוק. ישנו מענק העתקה, סיוע העתקת המגורים של עד 20,000 דולר מה שלא משמעותי מבחינת הבעלים. אין התייחסות לשכר טרחה, מתווך וכו וגם לא למוניטין מה שמהווה פגיעה גדולה בבעלי עסקים. הכוונה היא רק לשווי המקרקעין.

כעת עולה השאלה האם הפיצוי לפי שווי השוק של הנכס הוא פיצוי צודק? ישנם 3 ראשי נזק שלא נכללים באותו שווי שוק ולא בטוח שהדרתם מהפיצוי צודקת:

1. **ערכים סובייקטיביים**- הדין האמריקאי מתייחס לפיצוי אובייקטיבי בלבד. נעזרים בשירותיו של שמאי עפ״י עסקאות דומות באותו אזור ולפי זה מחליטים כמה שווה הנכס. הוא לא מתייחס לערכים כגון **סובייקטיביות סנטימנטלית**, העובדה שאנחנו מפתחים רגשות לנכסים שלנו. ערכים סובייקטיביים נוספים הם קרבה לעבודה, להורים, השתייכות לקהילה ועוד. בדרך כלל שווי השוק מדיר ערכים אלו. ערך סובייקטיבי נוסף הוא הטיה התנהגותית של אפקט הבעלות- ישנם מחקרים שמראים כי אנשים דורשים לשלם יותר על נכס שנמצא בבעלותם מאשר אחרים מוכנים לשלם עליו פשוט מעצם העובדה שזה נכס בבעלותם, גם כאשר אין ערך סנטימנטלי. כך אדם מרגיש שהוא מקבל פחות כשהוא מקבל את ערך השוק. מדוע הדין האמריקאי לא מפצה על ערכים סובייקטיביים? הסיבה לכך היא שלבעלים עצמו קשה לכמת אותם ומעבר לכך קשה להעריך אותם במובן שאם ניתן לבעלים לקבוע כמה שווה הכנס עבורו סביר להניח שהוא יגזים ויפריז בסכום המבוקש. עם זאת ישנן אפשרויות שונות לצמצם את החשש- **גדעון פרחומובסקי ואבי בל** כתבו מאמר על כך. לצורך העניין הם השתמשו בעובדה שבארה״ב משלמים מס עירוני על המקרקעין המחושב מנגזרת אחוזית של מחיר הנכס (4% שנתי בדרך כלל). החוקרים אמרו שניתן לבנות מנגנון שיגרום לבעלים לא להגזים ע״י קביעה כי אם הרשות תרצה להפקיע את הקרקע הבעלים יחליט כמה הקרקע שווה עבורו אבל אז יש לרשות אפשרות להגיד שהיא לא מפקיעה כי זה יקר מדי. עם זאת, המחיר שקבע הבעלים ישמש גם לצורך חישובי המס (המס על המקרקעין יעלה). דבר שני הוא מגבלה במכירה- לא יתאפשר לבעלים למכור את הקרקע בסכום נמוך יותר ממה שביקש מול הרשות לתקופה מסוימת.
2. **כשלי השוק ״המדומיין״**- בישראל הדבר כן טופל בצורה ראויה, בניגוד לארה״ב. מתייחס להפקעות שבוצעו בשכונות בעיתיות עם ערך קרקע נמוך. בהפקעות כאלה גם אם ניתן לבעלים 100% משווי השוק של הכנס לא יהיה להם מה לעשות עם הסכום הזה. הם יוכלו לרכוש בית רק בשכונה מתפוררת אחרת ולאחר כמה שנים יפנו אותם שוב מה שגוזר עליהם חיי נדודים. השוק האמריקאי לא מתמודד עם זה בעוד בישראל כל קונספט הפינוי בינוי מחייב את היזמים של השכונות להשאיר את הבעלים במקום באופן כזה שגם אם יחליטו לעזוב מה שיהיה להם ביד זה לא המחיר הנמוך של שווי הקרקע של הדירה הישנה אלא שווי הקרקע של הדירה בשכונה החדשה.
3. **הדרת ערכים כלכליים**- כדוגמת שכר טרחת מתווך, עו״ד שמאי, עלויות הובלה, העתקת עסק, מוניטין של עסק וכו. למרות שניתן להביא עבורם ״קבלות״ הדין האמריקאי לא מעניק אותם. בדין הישראלי כן מקבלים חלק גדול מהעלויות הללו בחזרה.

בישראל ביהמ״ש מתייחס בצורה רצינית ביחס לפיצוי במקרה של הפקעות. **פס״ד ארידור** נוגע בעיקר ביחס להתיישנות תביעות פיצויים. בפס״ד זה **חשין** מסביר לנו כמה הפיצוי הוא חלק חשוב באומרו כי מדובר **בקניין**. כאמור, חשין הוא ליברטריאן ולכן לא קשה לו להסביר מדוע הפיצוי הוא חלק משמעותי.

**חוק התכנון והבנייה ופקודת הקרקעות** הם חוקים נפרדים וניתן לבצע הפקעה מכוח כל אחד מהם. עם זאת, הם מקיימים ביניהם סוג של הסתמכות הדדית כפי שכבר ראינו בעבר ובכל זאת יש בהם הוראות שונות. לדוגמה, נושא הפיצוי.

פקודת הקרקעות

בפקודת הקרקעות סעיף 12 קובע שכשביהמ״ש בא לפסוק פיצוי הוא צריך להתנהל לפי 2 כללים:

12.   בבוא בית המשפט להעריך את הפיצויים שיש לפסוק בעד כל קרקע או זכות או טובת הנאה בקרקע, ינהג לפי התקנות הבאות: -

(א)   אין לו לבית המשפט להביא בחשבון את העובדה שהקרקע נרכשה בכפיה;

(ב)   בכפוף למותנה לקמן יקובל כשוויה של הקרקע, אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב:

הסטנדרט לפי 12ב הוא **מחיר השוק של הנכס**. לא מדובר על הוראה של ביהמ״ש או כפרשנות אלא הוראה ברורה של המחוקק שאומר שהסטנדרט הישראלי הוא מחיר השוק של הנכס. בסעיף 12א אומרת פקודת הקרקעות דבר המעמיד את ישראל במקום ייחודי בעולם המערבי באומרו כי אם בתי המשפט חשבו להעניק פיצוי לבעל המקרקעין עבור **ראש נזק של פגיעה באוטונומיה**, פיצוי העולה על מחיר השוק רק בגלל העובדה שהרכישה נעשתה בכפייה ללא הסכמתו של הבעלים, הדבר לא ניתן. הוראה זו מנסה לשמור על יעילות על המערכת אבל בגלל ההתפתחות המהירה של ראש הנזק בפן הנזיקי מוזר שבדיני ההפקעות פותרים את המדינה ממנו בצורה גורפת. בארה״ב אין אמירה ברורה שכזו אלא רק פרשנות של ביהמ״ש ויש הרבה חוקרים בארה״ב שקוראים לכלול גם פיצוי על פגיעה באוטונומיה.

עד לפני שנת 2010 הופיע בסעיף 20 לפקודת הקרקעות הסדר שנתן לשר האוצר פטור של 25% כשהוא מפקיע קרקע. משמעותו שכששר האוצר מפקיע מקרקעין, אם הוא מפקיע עד 25% מהיקף החלקה, הוא לא צריך לשלם פיצוי בכלל. אם הוא מפקיע יותר מ-25% הוא צריך לשלם את הדלתא. בכל שלב ניתן לשלם מהשקל הראשון אבל יש פטור במידה והשר מעוניין. כאמור, הסעיף היה רלוונטי עד לשנת 2010! מאז תיקון החוק לדיני הרכישה החוק אומר שסעיף 20 מתבטל למעט במקרה אחד- **המקרה היחיד שהחוק שומר בו את הפטור הוא במקרה בו ההפקעה מבוצעת לטובת רשויות מקומיות**. הסיבה האידאלית היא כפי **שחנוך דגן** אומר בספרו והיא שיש להתיר את הפחתת הפיצוי במצב בו ההפקעה נעשית לטובת הקהילה המצומצמת, לצורך קהילתי כמו בעיר או ביישוב. במצב כזה המחויבות כבעל עניין כלפי הקהילה מאוד גדולה ואפשר לבקש מאדם להקריב למען הקהילה. לעומת זאת, כשמדובר בהפקעה כמו בנתב"ג לדוגמה, המחויבות כלפי כלל האזרחים היא יותר קטנה. אבל זהו לא ההסבר של החוק. ההסבר לתיקון בשנת 2010 היה שבגלל שהרשויות נמצאות בגירעונות גדולים ישנו חשש שאם לא ניתן להן הנחה הן לא יבצעו את ההפקעות ולא ישרתו את הציבור. עם זאת, ההנחיה של היועמ״ש היא לשלם החל מהשקל הראשון.

**שיעור 14- 07.05.20**

20(ג) הוא סעיף שאיפשר לשר האוצר להתגבר על ההפחתה שביצעו הרשויות גם לפני התיקון. הסעיף מנוסח בצורה מאוד רחבה ביחס לשק״ד של שר האוצר ומאפשר לשר האוצר לעשות מה שהוא רוצה כמעט ללא אפשרות לבצע ביקורת שיפוטית. החשש העיקרי היה שהשר יעניק פיצויים גבוהים או ישלים את ההפחתה- במקרים הנוגעים למקורבים לשר האוצר או כשיש לו אינטרס מסוים לשלם פיצוי גבוה יותר.

(ג)    למרות הוראותיהן של הפסקאות (א) ו-(ב) שלעיל, מותר לשר האוצר להעניק - לפי ראות עיניו, אם נקבע כדי הנחת דעתו, שהצמצומים שהוטלו בכל אחת מן הפסקות ההן, יגרמו סבל - אותם פיצויים או פיצויים נוספים, שיראה אותם נכונים בהתחשב בכל נסיבות המקרה.

בהמשך נראה כיצד השתמשו בסעיפים דומים בחוק התכנון והבנייה ובפקודת הדרכים ומסילות הברז כדי לחייב את השר להשלים את ההפחתה.

חוק התכנון והבנייה

החוק קובע בסעיף 190 שבמידה ולא נקבעו הוראות מיוחדות ההפקעה תבוצע עפ״י פקודת הקרקעות. כשעירייה רוצה לבצע הפקעות היא צריכה לפעול מבחינה טכנית עפ״י הכללים של פקודת הקרקעות (להוציא צווים כאילו הוועדה המקומית היא שר האוצר). למרות שעובדים טכנית עפ״י פקודת הקרקעות ישנו הבדל גדול בין שני החוקים.

בסעיף 190(1) נקבע:

(1)   סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות, ובכל מקום שמדובר באותו סעיף על "רבע" יבוא "ארבע עשיריות"; אולם לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש;

בכל מקום בו מפקיעים את המקרקעין מכוח הצרכים שמופיעים בחוק, בכל מקום שבו מדובר על רבע בס׳ 20 יבואו 4/10. לפי סעיף זה מאמצים את מנגנון הפטור של סעיף 20 לתוך חוק התכנון והבנייה אלא שההפחתה לא תהיה הפחתה בשיעור של 25% אלא 40%. בניגוד לתיקון של דיני הרכישה בשנת 2010 שביטל את הפחתת הפיצוי בחוק התכנון והבנייה הפחתת הפיצוי עדיין בתוקף. **עקרונית** ניתן להפחית 40% מכוח חוק התכנון והבנייה.

הסיפא של סעיף 190(א)(1) קובע שכשוועדה מקומית ניגשת לבצע הפקעה הסיפא אומר שלא יופקע חלק ממגרש בתשלום או ללא תשלום אם כתוצאה מכך יפחת שווי המגרש שנותר. הפרשנות הסבירה אומרת כי אם הייתה לנו חלקה ששווה 100 שח והופקעו 60% מהם, 40% הנותרים חייבים לשמור על שווים (40%). אם הפקענו 60% והשווי של היתרה ירד ל-20 שח אז יש להחליט 1 מ-2- או שמפקיעים את כל החלקה או שלא מפקיעים בכלל. ביהמ״ש לא קיבל את הפרשנות הזו מאחר וזה היה מונע ביצוע הפקעות, לכן כשהוא דיבר על הסעיף הנ״ל הוא מדבר על כך **שהמפקיע צריך לוודא שהבעלים יוכל להשתמש באופן סביר ביתרת החלקה**. אם הבעלים יכול להשתמש ההפקעה יכולה לצאת לדרך. אם לא- לרשות שוב יש 2 אפשרויות (כפי שפורט מעלה). הרציונל הוא שגם אם היה מתקבל 100% פיצויי אך השימוש שנותר לא היה סביר הרשויות היו מפקיעות ביחס גבוה ומתחמקות מתשלום (לדוגמה, רשות תפקיע 99% מהשטח ותשאיר אחוז אחד שאין מה לעשות איתו). אנו לא רוצים לכפות על הרשות להפקיע קרקע ביתר אלא רק מה שהן צריכות, אבל אם נאפשר להן להפקיע רק את האחוזים הנדרשים הבעלים ישאר עם חתיכת קרקע לא שמישה.

האם רשויות יכולות להפחית 40% מהתשלום על הקרקע?

לכאורה מדובר על קנס מאוד משמעותי לבעלים. התשובה הפשוטה היא לא. אומנם ישנה הוראה כזו אך הדבר לא אפשרי מעשית בגלל **הלכת חממי**- ייסדה את ההליך הדו שלבי. הלכת חממי מגיעה על רקע העובדה שהרבה פעמים רשויות היו מעבירות תוכנית שמייעדת את המקרקעין לשטחים ציבוריים (בעצם מדובר בהפקעה) ולא היו מבצעים את השלב השני של ההפקעה בפועל. הפקעות לפי חוק התכנון והבנייה, בכלל שלמעשה היא מבוצעת ע״י פקודת הקרקעות, ההפקעות מורכבות מ-2 שלבים:

1. בשלב זה הרשות מעבירה תוכנית שמייעדת את המקרקעין המסוימים להפקעה עבור מוסדות ציבור. קודם כל מכינים את התוכנית, לאחר מכן מפקידים אותה לוועדת התכנון והיא מזמנת את כל הגורמים שיש להם עניין בה להגיש לה התנגדויות. בשלב השלישי מתקבל אישור התוכנית בהתאם לשינויים אם יש. התוכנית קובעת לדוגמה שבמקום בנייה למגורים הייעוד החדש הוא לצורך ציבורי. ההשלכה של שלב זה היא שברגע שמאושרת תוכנית כזו בה המקרקעין מוכרז ככזה שהיעוד שלו משתנה, העירייה מכניסה את הבעלים למצב קשה- מצד אחד אף אחד לא ירכוש את המקרקעין כי יש מעליהם עננה של רכוש ציבורי, הערך הכלכלי של המקרקעין ירד בצורה משמעותית. מצד שני, המדינה גם לא לוקחת את המקרקעין רשמית אלא רק העבירה תוכנית כך שהיא גם לא משלמת את הפיצוי.
2. ההפקעה מתרחשת בפועל.

בהלכת חממי ביהמ״ש קובע שיש להסתכל על שני השלבים האלה כעל שלבים נפרדים. כשמסתכלים עליהם כעל כאלה אנחנו יכולים לקחת מנגנון אחר של חוק התכנון והבנייה ולתת לבעלים פיצוי גם לפני שההפקעה מבוצעת בפועל. המנגנון הוא ״תביעות עפ״י סעיף 197״. כך מאפשרים לבעלים לקבל כמעט 100% מהפיצוי עוד בשלב הראשון. בשלב השני הבעלים יוכל לתבוע בפיצויי הפקעה לפי ס׳ 190 את היתר. **ההפחתה של 40% אפשרית רק מהשלב השני מה שהופך אותה לכמעט בלתי אפשרית**.

סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה לא עוסק בהפקעות בצורה מפורשת.

**תביעת פיצויים (תיקון מס' 20) תשמ"ג-1982 (תיקון מס' 103 הוראת שעה), תשע"ה-2015**

197. (א)  נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200.

אם אושרה תוכנית ומקרקעין שנמצאים בתחומה או גובלים איתה נפגעו (תכונות של המקרקעין, למשל הפחתת כמות הקומות שניתן לבנות באותו מקרקעין ולא ירידת ערך או הפחתת זרימת הלקוחות), הבעלים זכאי לפיצויים בכפוף לסעיף 200. בעצם, יום לאחר אישור התוכנית ישנה ירידת ערך של 90% (לדוגמה), האם ניתן לתבוע לפי ס׳ זה? באופן עקרוני לא ניתן לקבל את התביעה לפי סעיף זה כי הסעיף מאפשר זאת רק למקרקעין שלא נפגע בדרך של הפקעה. עם זאת, ביהמ״ש רצה לפתור את הבעיה של הבעלים שנתקעו מבחינה כלכלית ולכן הוא מחליט להסתכל על השלב הראשון כמנותק משלב ההפקעה, כך הבעלים יכולים לתבוע פיצויים מכוח סעיף זה. על הדיירים ״לרוץ״ כי לפי ס׳ 197(ב) התביעה צריכה להיעשות תוך 3 שנים. בשלב השני, את האחוזים שנשארו יכולים הבעלים לתבוע תביעת פיצויים לפי ס׳ 190 לחוק התכנון והבנייה ומהיתרה המצומצמת שנותרה ניתן לבצע הפחתה של 40%.

הרציונל של הלכת חממי הוא לטובת הבעלים בשתי דרכים שונות, קודם כל בהעברת רוב הכסף תוך זמן קצר ובנוסף ההפחתה נעשית כשבקופה נשאר מעט מאוד כסף.

חשוב לציין שמרגע שביהמ״ש החליט על ההליך הדו שלבי דבר יכול לפגוע בבעלים- במצב בו הבעלים לא רצים תוך 3 שנים לתבוע את הפיצוי עפ״י 197 כי אז לא ניתן יהיה לתבוע את הכספים של השלב הראשון. ההפרדה היא הרמטית, בין אם לטובת ובין אם לרעת הבעלים.

במאמר של **לוין-שנור ופרחומובסקי** טענו כי אחת ההצדקות לפיצוי היא האשליה הפיסקלית. אם רשויות לא יחויבו לשלם פיצוי הן לא יעריכו נכונה את העלות של הפרויקטים הציבוריים ואז הן יפקיעו בצורה לא ראויה. החוקרים לקחו נתונים מהוועדות המקומיות בתל אביב והראו כי אין התחשבות של הרשויות בסיפור ה-40%. הרשויות לא מתחשבות בפטור כשיקול כמה קרקע להפקיע. הטענה הייתה שאם הייתה משמעות לפטור היו נלקחים רק 40% ולא משלמות ולכן רשויות לא מחפשות רק להימנע מפיצוי ולכן הדבר מעקר את עניין האשליה הפיסקלית. הבעיה הגדולה במאמר היא שהוא מניח שרשויות באמת יכולות לקבל פטור של 40% מבלי להתחשב במה שדיברנו עליו כעת. [לא באמת חלק מהחומר]

מתי, אם בכלל, ראוי להפחית פיצוי?

מהו הרציונל שעומד בבסיס ההפחתה? העליון **בפס״ד פייצר** נותן אמירה ברורה בנושא- הסיבה להפחית פיצוי היא בגלל ההשבחה. קרקע בשכונה ללא בית ספר שווה פחות מקרקע עם בית ספר כך שאם מקימים בית ספר הקרקע תושבח- כך **פיצוי מלא עלול להיות פיצוי יתר**. עם זאת, ישנה השבחה רעיונית אך אין בדיקה האם הקרקע הושבחה בפועל. אם מקימים נמל תעופה ליד הבית הקרקע לא תושבח. ואכן הפס״ד דיבר בצורה תיאורטית כי הוא לא דיבר על מצב בו מפקיעים את כל החלקה- אם מפקיעים את כולה אין לבעל המקרקעין השבחה בפועל ועדיין ניתן להפחית 40%.

התיקון לכך מגיע **בפס״ד הולצמן**. גב׳ הולצמן טוענת כי אין כאן השבחה כי הקרקע נלקחה בשלמותה. ביהמ״ש קובע שהיא צודקת ומתקן את האבסורד בקביעתו כי **במקרה בו הקרקע מופקעת בכללותה אין להפחית מהפיצוי**.

מה קורה במצבי הביניים בהם אין הפקעה בשלמותה אבל גם אין השבחה? כאן יש הבחנה בין דברי החקיקה השונים:

1. **פס״ד רוטמן** **עוסק** **בפקודת הדרכים ומסילות הברזל**- היא אומנם בוטלה אבל גם מכוחה ניתן היה להפחית 25% מהשווי כולל הוראה שניתן להשלים את היתרה ע״י שר התחבורה. בפס״ד זה היה מצב בו הייתה הפקעה בחלק, היתרה לא הושבחה וביהמ״ש קבע שבמצב כזה, עפ״י פקודת הדרכים ומסילות הברזל, **הסמכות של שר האוצר הופכת מרשות לחובה**- שר האוצר יהיה חייב להשלים את הפיצוי.
2. **פס״ד מסרי** **עוסק בחוק התכנון והבנייה**- סעיף 190(א)(2) לחוק התכנון והבנייה מקביל את הפיצוי לפקודת הקרקעות כך ששר האוצר יכול להורות על 100% פיצוי במקרים בהם השר חושב שנגרם ״סבל״. נקבע כי באופן עקרוני שר הפנים והאוצר צריכים להעיק פיצוי לפי סעיף 190(א)(2) אבל הוא לא קובע, בניגוד לפס״ד רוטמן, כי מדובר בחובה של השר אלא הדבר נתון לשיקול דעתו. אם אחד השיקולים של החוק מתקיימים כמו פגיעה מינורית, פגיעה המבוזרת על הרבה בעלי קרקעות או שההפקעה היא לצורך קהילתי חיוני, שר הפנים לא יהיה חייב להשלים את הפיצוי. בהסדר יש הבחנה כי מושאי ההבחנה שונים ולכן גם המטרות שונות. השאלה שנשארת היא מה יהיה הדין לגבי הפקעות מכוח פקודת הקרקעות? היום ניתן להפחית מכוח פקודת הקרקעות הרציונל דומה יותר לחוק התכנון והבנייה מאשר לפקודת מסילות הברזל.

**שיעור 15- 18.05.20**

1. **פקודת הקרקעות**- נכון לרגע זה אין הכרעה ולכן כל מקרה שיגיע אלינו נוכל לטעון לשני הצדדים. ניתן להגיד שההסדר זהה למסילות הברזל ולכן נכון יותר להחיל עליו את החובה שקבע ביהמ״ש בפס״ד רוטמן בעוד מהצד השני אפשר להגיד שניתן להפחית את הפיצוי מטעם חוק התכנון והבנייה כי ההפחתה אמורה להתקיים לטובת רשויות מקומיות.



פיצוי בעין

כעת נשוחח על צעדים בהפקעות שהם לא סעדים כספיים. משנות ה-60׳ ישנה הוראה על תוכניות פינוי בינוי. כבר אז הדין הישראלי נהג לגמרי אחרת מהדין האמריקאי, בארה״ב באזורי שיקום הבעלים מקבל את מחיר השוק של הנכס מה שלא בהכרח עוזר לו להמשיך את חיו כבעל מקרקעין (לא יוכל לרכוש מקרקעין אחרים בסכום הזה בשכונה שלא מיועדת לפינוי גם היא). בארץ כבר משנות ה-60׳ ניסו למצוא פתרון. סעיף 39(א) בחוק פינוי בינוי קובע:

39.  (א)  מחזיק הגר במקרקעין מופקעים או שיש לו בהם עסק לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיור חלוף באותו אזור או אזור אחר או שיש לו דיור כאמור; ובלבד שלא יהיה הדיור החלוף באזור המיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין.

התפיסה הישראלית בשכונות חלשות היא שאפילו מחזיק, אדם שאין לו זכות מקרקעין, יהיה זכאי לדיור חלופי, באותו אזור או אזור אחר (אזור סמוך). כמו כן הדין הישראלי כבר לקח בחשבון כי ההעברה לא תהיה לשכונת מצוקה אחרת שעומדת בפני פינוי בינוי.

הדוגמה היותר רווחת לפיצוי בעין הוא סעיף 194 לחוק התכנון והבנייה:

**שיכון חלוף**

194. בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה בית מגורים שנועד בתכנית להריסה אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף סביר למי שהיה דר בבית מכוח זכות שבדין או זכות שביושר במועד פרסום ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין, או, אם רצה הדייר בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר.

ניתן סעד בעין- יש לספק שיכון חלוף סביר- זכות במקרקעין ולא רק שווי כלכלי. אם הדייר לא רוצה שימצא לו דיור חלופי אלא הוא מעוניין למצוא לעצמו, חייבים לתת לו סכום שיאפשר למצוא דיור חלופי סביר. שתי האפשרויות מדברות על מתן פיצוי בשווי דירה חלופית (יותר משווי הנכס).

האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?

הפס״ד המכונן הוא **פס״ד ארידור**- רק 40 שנה לאחר ההפקעה הגישו היורשים תביעת לקבלת פיצויים. העירייה טענה שחלה התיישנות ושיהוי. המחוזי קבע שחוק ההתיישנות חל על התביעה לקבלת פיצויים ולאחר 7 שנים התביעה התיישנה. הסיפור מגיע לעליון, שם בסיבוב הראשון **נקבע שחוק ההתיישנות חל גם על הפקעות**. המחלוקת בפס״ד הייתה סביב השאלה ממתי מתחילים לספור 7 שנים. סעיף 6 לחוק קובע שמתחילים לספור 7 שנים מרגע שנולדת תביעת העילה, מתי זה קורה במקרה שלנו? ביהמ״ש נחלק ל-3 עמדות שונות:

1. **השופט חשין**- היה השופט המרחיב ביותר ולא בכדי (כזכור הוא מאוד פרו פיצוי). חשין טוען שיש להתייחס לפיצויים בצורה מאוד זהירה ולנסות להימנע מלהגיע למצב בו נשללת הזכות לפיצוי מהבעלים רק בגלל התיישנות. הוא מציע להתחיל לספור את 7 השנים רק מהיום שבו הרשות מסרבת לשלם פיצוי לבעלים. אם הבעלים לא פנה לקבל פיצויים והרשות לא אמרה שהיא מסרבת העילה עוד לא נולדה. מעניק כוח מאוד גדול לבעלים שיוכלו לתזמן את תחילת מרוץ ההתיישנות.
2. **השופט גרוניס**- טוען שעילת התובענה נולדת מהיום בו הרשות תופסת חזקה במקרקעין. ברגע שהרשות פינתה את הבעלים מתחילים לספור 7 שנים. זו תפיסה קיצונית נגדית לדעה של חשין.
3. **השופטת ארבל**- דעת הביניים בפס״ד. היא אומרת שהעילה לתביעה נולדת כשממומשת המטרה הציבורית. ההיגיון בדבריה הוא שאין טעם לשלם פיצויי הפקעה ואז אם המטרה מסתיימת צריך לסובב את הגלגל לאחור. ניתן לוודא שהרשות מתכוונת להשתמש במקרקעין כראוי כשהמטרה הציבורית כבר מומשה.

**לאחר מכן מבוצע דיון נוסף ומתקבלת עמדתו של השופט גרוניס**.

דרכי רכישת זכות קניינית

כעת נדון על הדרכים והעיתוי בהם ניתן לרכוש ולגבש זכות קניינית. אנחנו נלמד על גיבוש זכויות קנייניות ב-3 מושאי קניין שונים- **מקרקעין, מיטלטלין וזכויות**. לכל מושא קניין יש הוראות שונות ביחס לגיבוש הזכות הקניינית.

הדרך הראשונה לרכוש זכות קניינית היא **ירושה**. הדרך השנייה לתפוס בעלות היא באמצעות **תפיסת חזקה**- ישנם מצבים בהם ברור שאין לאדם זכות קניינית בנכסים עצמם אך יחד עם זאת האדם תופס חזקה בנכסים האלה ובמקרים מסוימים התפיסה כשלעצמה עשויה לגבש זכות קניינית בנכסים. במקרקעין הדבר בוטל ע״י ביהמ״ש אבל קיימת דוקטרינה שנקראת **״חזקה נוגדת״/״התיישנות רוכשת״** אשר משמעותה היא (בכל שיטות המשפט) שכאשר אדם נכנס למקרקעין שאינם שלו, או במסגרת טעות או מתוך מצוקה, לאחר זמן מסוים הבעלות במקרקעין עוברת למחזיק. העבודה שהבעלים של המקרקעין לא עשו כלום בנושא במשך תקופה ארוכה (25-30 שנה, תלוי במדינה) בעוד המחזיק כן עשה שימוש במהלך התקופה, מאפשר לרכוש בעלות במקרקעין ע״י הפקעת הבעלות של הבעלים. כאמור, בישראל הדבר בוטל ע״י העליון בעיקר בגלל הרצון של המדינה להתמודד עם תביעות של הבדואים בנגב. במיטלטלין עדיין קיים ההסדר שאם נכסים הופקרו או נאבדו ואדם אחר תופס בהם חזקה הוא למעשה מגבש לעצמו זכות קניינית באותם נכסים.

הדרך השלישית היא **חלוף הזמן + שימוש שאין עמו חזקה**- בעצם מדובר על זיקת הנאה מכוח שנים. זוהי דרך לרכוש זכות קניינית במקרקעין ללא מכר. הדרך הרביעית היא **שיפור נכסי הזולת**- בחלק מהמקרים עשייה, פעולה או שיפור במקרקעין או במיטלטלין של אדם אחר יכולה להקנות זכויות קנייניות. לדוגמה, במיטלטלין אם יוצרים משהו מבד, הבעלות בבד או בבגד שנוצר תהפוך להיות של היוצר (רק בגלל שהוא עשה פעולה מסוימת). הדרך החמישית היא **עסקה רצונית**- זוהי הדרך הסטנדרטית להעביר בעלות במקרקעין- מכר, מתנה, שכירות, רישיון משכון וכו. העסקאות הללו הן מרבית הדרכים בהן נרכשות או מתגבשות זכויות במקרקעין.

מהי עסקה במקרקעין

הדבר הכי חשוב הוא שרוב העסקאות במקרקעין נעשות באמצעות חוזים. **דיני החוזים חלים על כל העסקאות בקניין**. זכות קניינית במקרקעין נעשית בדרך כלל בכתב (רוצים לגבש הסכמה בצורה ברורה) אבל בשאר הנכסים ניתן לעשות זאת בע״פ. בכל רכישת הזכויות העסקאות כפופות לדיני החוזים והדבר חשוב כי הרבה פעמים נדבר על קניין אבל גם דיני החוזים צריכים להיות ברקע. על ההסכם מכר של דירה חלים כל דיני החוזים- עושק, כפייה, תו״ל וכו. עד שלא התגבשה הזכות הקניינית (בחלק משמעותי מהנכסים הזכות הקניינית לא מתגבשת בשלב כריתת החוזה) הצדדים נמצאים במערכת יחסים חוזית. זה נכון גם אם המוכר מתחרט, יחול חוק החוזים: תרופות. בשלב זה אין לקונה גישה בלתי אמצעית אל הנכס, לא ניתן לתפוס את הנכס בגלל הפרה של החוזה. הדבר קריטי לסעדים האפשריים אם העסקה לא יוצאת לפועל ובעיקר למה קורה לזכויות של הקונים אל מול צדדים שלישיים. מהי אותה נקודת מפנה במעבר בין זכות חוזית לזכות קניינית?

אם א׳ מכר את הדירה שלו לב׳, נכרת חוזה אבל עוד לא נתגבשה זכות קניינית, ובסוף א׳ מוכר את הדירה שלו לג׳, ישנה שאלה גדולה מי יקבל את הדירה. מי שלא יקבל- יהיה בעל זכות תביעה חוזית אל מול א׳. השאלה אם מישהו מהצדדים עבר מהשלב החוזי לקנייני ואז לאותו גורם שעבר את אותה נק׳ מפנה אין רק תביעה חוזית כנגד הבעלים אלא גם זכות קניינית (והיא חזקה גם כנגד המוכר וגם כנגד הקוני השני). לאחר נק׳ המפנה כבר אין צורך בזכות חוזית כי ישנה זכות קניינית בנכס.

מקרקעין- שלב חוזי/אובליגטורי

במקרקעין, כשכורתים חוזה למכר של נכס מקרקעין מסוים נמצאים בשלב החוזי. ביד יש לנו התחייבות חוזית לעסקה. **בפס״ד בוקר** נקבע שכל זמן שבו כל מה שיש לנו ביד זו רק התחייבות לעסקה (כל זמן שאין ביד עסקת מקרקעין) הדבר קושר במחויבות חוזית את הקונה והמוכר אבל **לא משפיע על צדדים שלישיים**. **בפס״ד אהרונוב** שהגיע לאחר מכן ביהמ״ש קובע שכשנחתם חוזה יש לקונה ״**זכות מעין קניינית**״ למרות שבפועל הצדדים נמצאים בשלב החוזי. ההשלכה של ההכרה בזכות של אותו נכס כזכות מעין קניינית הוא ההבדל בין פס״ד בוקר לבין המציאות שנוצרה באהרונוב. אם נפעל לפי פס״ד בוקר, אין השלכה על צדדים שלישיים, אם המוכר היה מתקשר בחוזה מקביל עם צד ג׳, אותו צד ג׳ לא היה מושפע מהחוזה הראשון מול הקונה הראשון. לעומת זאת, לפי פס״ד אהרונוב, שלומד מהנוסח של סעיף 9 לחוק המקרקעין, כבר בשלב החוזי הקונה של המקרקעין מקבל זכות ויש להתחייבות הזו לעסקה במקרקעין השלכה כלפי צדדים שלישיים.

**במקרקעין** נק׳ המפנה בין השלב החוזי לשלב הקנייני הוא **רישום הזכות בטאבו**. המשמעות היא שכל זמן שאין רישום זכות בטאבו, בין אם בדירה חדשה מקבלן (רישום יכול לקחת שנתיים שלוש) ובין אם מדובר במכר של דירה יד 2 (לוקח כמה חודשים), כל מה שיש בידי הקונה היא זכות מעין קניינית ולא קניינית נטו. במקרים מסוימים הזכות הזו לא תסייע לרוכש והוא עשוי למצוא עצמו בלי הנכס עם צורך לתבוע תביעה חוזית את המוכר. במקרים בהם המוכר לא נמצא הוא עלול להפסיד את הזכויות שלו.

למה יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום?

מדוע ביום בו נכרת החוזה לא הולכים מיד ללשכת רישום המקרקעין ורושמים את העברת הזכות, מדוע יש לקחת סיכונים שהמוכר יעלם או ימכור למישהו אחר? תמיד יש פער זמנים בין כריתת החוזה לבין השלב בו ניתן לרשום את הנכס אך מדוע ישנו פער זמנים זה? ישנם 2 סוגים עיקריים של עיכובים:

1. **מיסוי ואישורים**- כשאדם הולך לקנות דירה יש מיסים שעליו צריך לשלם- ״מיסוי מקרקעין״ או ״מס רכישה/מכירה/שבח״. המיסים נגזרים מהעלות של הדירה. בשלב כריתת החוזה ממלאים גם טופס ללשכת מיסוי המקרקעין, לחישוב המיסים וחזרת התשובה מהלשכה לוקח זמן (גם אם נקבע שיש פטור ממס). הטאבו לא יסכים לקבל את התיק לפני שיצורפו אישורי המיסים. הדבר לוקח לפחות חודש. בנוסף, ישנם אישורים של ועד בית, עירייה, היעדר חובות וחריגות וכו. גם הפעולה הזו לוקחת כחודש וחצי.
2. **מימון והסרת משכנתאות**- רוב התושבים בישראל משתמשים במשכנתא לרכישת דירה. משכנתא היא זכות קניינית, משכון במקרקעין. עם זאת כשאנחנו משתמשים במושג אנחנו מתכוונים להלוואה מהבנק אשר בתמורתה נרשמת זכות של משכון לבנק בטאבו. כשרוכשים דירה יד 2 המוכר צריך להסיר את המשכנתא הקיימת מהדירה. הבנקים לא יאפשרו לעשות העברה בנכס כשיש להם זכות במקרקעין. הוא יכול להסיר את המשכנתא ע״י קבלת כסף מהקונה, על מנת שהקונה ייתן לו את הכסף צריך להיחתם הסכם בין הצדדים. סביר להניח שהקונה עצמו צריך גם הוא מימון לרכישת הדירה ואז בשביל לקבל את המשכנתא הוא צריך לבוא לבנק עם חוזה שהוא קנה את הדירה. כך הבנק יוכל לרשום בעצמו משכנתא על הדירה. המימון והסדרת המשכנתאות לוקח זמן ולכן תמיד יהיה פער של זמנים בין כריתת החוזה לבין התגבשות זכותו של הקונה.

**מקרקעין לא רשומים/לא מוסדרים**- באופן עקרוני כל גוש חלקה בטאבו עבר הליך הסדר של מקרקעין וברגע שנגמר ההליך הם נכנסים לספרי המקרקעין. יש עדיין מקרקעין שלא נרשמו, במובן הזה שהם לא עברו את כל תהליכי ההסדר של המקרקעין. מבחינת דיני הקניין מתייחסים אליהם כאל **זכויות** על אף שהם פיזית מקרקעין. לכן על מנת להעביר בעלות במקרקעין לא רשום לא צריך רישום בטאבו מהסיבה הפשוטה שהם פשוט לא רשומים שם.

הליך הרישום הסטנדרטי

כשחותמים על הסכם מכירת דירה חותמים באותו מעמד גם על **שטר מכר**. זהו שטר שמעביר בצורה רשמית את המכר מהמוכר לקונה. באופן כללי יש להביא 5 עותקים של שטר המכר חתומים ע״י שני הצדדים. יש להביא ללשכה גם את החוזה על הדירה, את האישור מהעירייה ואישורי מיסים. מבלי המסמכים הללו לא ניתן להתחיל את הליך האישור.

אז מה עושים בינתיים?

בפער הזמנים הזה נוצר מצב מאוד מסוכן ולכן חותמים על **הערת אזהרה**. **זו לא זכות קניינית**. עם זאת, ההערה משמשת גם בתור תמרור אזהרה לכל מי שרוצה לעשות עסקה כלשהי במקרקעין הללו ובנוסף אי אפשר לעשות עסקאות במקרקעין מהרגע שנרשמה ההערה. היא לא רק תמרור אלא גם חסם מסוים.

הערת האזהרה נרשמת לטובת הקונה אבל בעל הנכס הוא זה שמבקש לרשום אותה בעקבות דרישה של הקונה. בשלב חתימת החוזה עורכי הדין מכניסים הוראה בחוזה שהקונה יעביר סכום מסוים ובתמורה תירשם לטובתו הערת אזהרה בנכס. הבעלים נותן בקשה כזו לעו״ד של הקונה והוא מבצע את טרנזקציה הכפולה- מעביר את הכסף ורושם את ההערה. אם העסקה מתפוצצת והקונה מפר את העסקה מפקידים שוב ייפוי כוח לביטול הערה אזהרה וקובעים בחוזה תנאים באיזה שלב ניתן להפעיל את ייפוי הכוח הנ״ל. עורכי הדין משמשים כנאמנים על מנת לאפשר לצדדים לסמוך אחד על השני.

הערת אזהרה משמשת גם כבטוחה לקבלנים עבור תשלומים של רוכשים. מקום נוסף הוא בעסקאות קומבינציה ובדיני תחרויות. לפעמים רישום או אי רישום יכול לעלות בנכס כולו (כל זה ועוד- בהמשך).

**שיעור 16- 21.05.20**

יש לשים לב כי עסקאות שלא צריכות רישום הזכות לא צומחת רק בעת הרישום. כך לדוגמה, זכות קדימה וזיקת הנאה אינן דורשות רישום ולכן הזכות לא מתגבשת כתוצאה מהרישום עצמו. דבר נוסף שלא מצריך רישום הוא **שכירות קצרת מועד**.

מיטלטלין- דרכי רכישת זכות קניינית

במיטלטלין אין רישום בגלל הסיבוך והעלויות הגבוהות שלו. במיטלטלין יש מיליוני אינטראקציות, אם נחייב רישום של כל העברה נגיע למצב מאוד לא יעיל. ישנו מרשם עבור **רכבים** אך הוא נועד לצרכי רישוי ואחריות פלילית/נזיקית בלבד, הוא אינו מרשם קנייני. לכן, הרישום לא יכול להוות את הנקודה של המעבר.

**חוק המכר** בסעיף 33 קובע שהשלב בו מתגבשת זכות קניינית בשלב בו החפץ **עובר לחזקתו של הרוכש.**

זוהי ברירת המחדל אך אם הצדדים הסכימו אחרת (על המועד/הדרך) ניתן לשנות זאת. בעצם, הזכות מתגבשת בשלב המסירה או לפי הסכמת הצדדים. לכן בחוזים של מיטלטלין כדוגמת רכישת טלפון ישנה חשיבות גדולה להסכמת הצדדים ביחס לשלב הקנייני שנקבע בחוזה.

זכויות

הכוונה היא לכל דבר שהוא לא מקרקעין או מיטלטלין, כל דבר שאין לו אחיזה, שאינו מוחשי. חלק משמעתי מהשיח על זכויות הוא ביחס לחובות- ברגע שפלוני חייב למישהו כסף, לאותו אדם יש בעלות בזכויות כלפיו. אותו אדם יכול להמחות את הזכות שלו למישהו אחר. כך לדוגמה- אם שי חייב לעידו 50 ש״ח ועידו רוצה להעביר לשני את הזכות שלו כלפי שי, עידו ביצע פעולה של **המחאת זכות**. שי הוא **החייב**, עידו הוא **הממחה** ושני היא **הנמחת**. כשעידו מחליט להעביר את הזכות שלו כלפי שי לשני הוא ממחה לה את הזכות. מתי שני הופכת להיות בעלת זכות קניינית בזכות? המשמעות היא בעיקר כלפי צדדים שלישיים. האם הזכות מתגבשת בעת ההחלטה על כך או לחלופין בנק׳ אחרת? בהנחה והיה עוד צד שנאמר לו שהוא יקבל את ה-50 ש״ח של שי- יש לו התחייבות חוזית.

חוק המכר בסעיף 4 קובע שהחוק חל גם מיטלטלין וגם על מקרקעין וזכויות **בשינויים המחויבים**. במקרה שלפנינו, בגלל שלא ניתן למסור שום דבר פיזית, השינוי המחויב הוא שבזכויות מועד כריתת ההסכם הוא מועד העברת הבעלות **אלא אם כן נקבע אחרת ע״י הצדדים**. ברגע שעידו אמר לשני לקחת את החוב משי- הזכות הקניינית הועברה**. אין פער זמנים בין חתימת החוזה לבין שלב צמיחת הזכות הקניינית!** (אם לא נקבע אחרת). אם עידו אמר לשני לקחת את החוב רק בראשון הבא אבל אם עד אז הוא העביר את החוב לאביחי הזכות הקניינית של שני לא צומחת אך היא יכולה לתבוע את עידו חוזית על החוב שקיים אצלו.

תזכורת- **אל מקרקעין לא רשומים מתייחסים כאל זכויות**! המשמעות המידית היא שבמקרקעין לא רשומים, אם נעשה הסכם הבעלות הקניינית עוברת בשלב כריתת החוזה.

רכישת דירה מקבלן

לרכישת דירה מקבלן יש התייחסות שונה מלרכישת דירה יד 2. ישנם 2 חוקים שחוקקו במיוחד הקובעים חובות שונות לחלוטין מאשר אלו המוטלות על רוכשי דירה יד 2. הסיבה לכך היא שיש **פערי כוחות ומידע** עצומים בין קבלן לבין רוכשי הדירות. פערי כוחות אלו נראים קצת קטנוניים אבל ישנם 4 ליקויים קוגניטיביים שמאפיינים רכישת דירה מקבלן. הם מהווים את הבסיס לתשובה למה המחוקק הישראלי חוקק חוקים ספציפיים לנושא זה.

אחת הסיבות שהמחוקק העניק הגנה מיוחדת לרוכשי דירה מקבלן היא כי פערי הכוחות מאוד משמעותיים. בגלל פערי הכוחות הללו בין הצדדים ישנו חשש שרוכשי הדירות יפלו בהרבה **ליקויים קוגניטיביים** המאפיינים מצבים כאלו. נבחן כעת 4 מתוך רשימה ארוכה יותר.

1. **הצפת מידע**- חוזה רגיל של דירה יכיל עד 10 עמודים. חוזה מכר דירה מקבלן מכיל כ-100 עד 150 עמודים. הצפת המידע הזו לא תמיד מועילה עם הרוכשים. העובדה שאנחנו מקבלים הרבה מידע (אפילו שזה סותר את האינטואיציה) עלולה להקשות על הרוכש למצוא את המידע הרלוונטי.
2. **מסגור**- הכוונה היא שהקבלן ממסגר לרוכשים את העסקה. הוא זה שממסגר את האופן שבו אנחנו תופסים את העסקה. אנשי מכירות באופן כללי מבנים את העסקה תוך שליטה במידע על מנת לגרום לנו לרכוש. בגלל פערי המידע הגדולים קשה ללקוחות להציע מסגור אלטרנטיבי.
3. **שגיאות הסתברותיות**- אנו כבני אדם נותנים משקל מאוד גדול לנזקים קטנים שמבחינה סטטיסטית יש הסתברות גבוהה שהם יקרו ולעומת זאת נותנים משקל קטן מאוד לנזקים קטסטרופאליים שההסתברות שהם יקרו יותר קטנה. לדוגמה- ביטוח בריאות לעומת ביטוח תאונות אישיות. ביטוח תאונות אישיות בדרך כלל מכסה תאונות מינוריות כמו שבר ביד, תאונות שעלותן בדרך כלל נמוכה ומסתכמת בכמה אלפי שקלים. לעומת זאת ביטוחי בריאות מתמקדים יותר בקטסטרופות שעולות מיליוני שקלים אך ההסתברות שהם יקרו יותר נמוכה מאשר שבר ביד. מבחינת תוחלת הנזק התאונות האישיות מכסה סכומים קטנים שהינו מצליחים לעמוד בהם. לעומת זאת, הקטסטרופה הנעוצה בדברים בריאותיים גדולים יותר, אם נגיע לשם, הסיכוי שנצליח לעמוד בהם כמעט לא קיים. הסעיף בו רוכשים ועו״ד משקיעים הכי הרבה אנרגיה והתמקדות בחוזי מכר הדירה הוא מה יקרה אם המסירה לא תתבצע במועד. הסעיף הזה יכול להגיע לכדי 1% מסכום הפרויקט. לעומת זאת, רוכשי הדירות ועורכי הדין כמעט ולא מתעסקים בסעיף הבטוחות לפשיטת רגל. כיום החוק מבטח את הבעלים אך למרות זאת כמעט ואין התייחסות או מודעות לכך.
4. **הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי**- ישנו הבדל גדול בין היכולת לעכל מידע מוחשי לבין מידע מופשט. בהקשר של דירות מידע מוחשי הוא מפרט הדירה והבניין בעוד מידע לא מוחשי הוא עניין הזכויות כדוגמת מצבים בהם הקבלן מצמיד חלקים מהרכוש המשותף לדירות אחרות. בתור רוכשי דירות אנחנו בדרך כלל לא מבינים את הזכויות המשפטיות הללו ולכן לא מתעקשים עליהן.

בעיות אלו פוגעות באפשרות של רוכשי הדירות לנהל מו״מ מקיף ושוויוני אל מול הקבלן.

על מנת להתמודד עם ליקויים אלו המחוקק ביצע התערבות רגולטורית של המדינה בזכויות הקבלנים. המדינה קבעה 2 סוגים של חובות ייחודיות המוטלות על הקבלנים:

1. **חובות גילוי וחשיפה של מידע**- החובות הללו מוגדרות **בחוק המכר** **(דירות).** חובות הגילוי הם חובות שמחייבות את הקבלן לחשוף לרוכשי הדירות גם את הפרטים הספציפיים לגבי הדירה שלהם (סעיפים 2,3 ו-4) ובנוסף, ההבהרות של הקבלן ביחס לכל הפעולות שהוא עשה בתור בעל הזכויות לפני שהוא כרת את החוזה. לדוגמה, שמירת דירה או הצמדת חנייה. אם הדבר לא יפורט במפרט **ההשלכה תהיה שכל אותם שינויים מתבטלים** **והכל יתבצע לפי התקנון המצוי**. המטרה של חוק המכר (דירות) היא לחשוף בפני רוכשי הדירות את כל הפעולות שהקבלן עשה בבניין ולא רק בדירה הספציפית. מעבר לכך, **בפס״ד שמעונוף** הוסבר מהי המטרה של החוק- המטרה היא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת תוך **התגברות על הליקויים** שפורטו קודם על מנת להביא למוכר את כוונותיו האמיתיות של המוכר. הצורך נובע ממעמדו הנחות של הקונה בעקבות העבודה כי מדובר במצרך חיוני הן לקונה והן לאינטרס הציבורי והחברתי.

**על הגילוי להיות במועד עריכת החוזה ועליו להיות מפורט ובהיר**. כן ניתן לערער על כך מאחר וקשה מאוד לבצע שינויים במעמד החתימה.

1. **חובת בטוחות**- הכוונה היא לחובת הקבלן לספק בטוחות כדי להבטיח את ההשקעה שלו. חובות אלו מוסדרות **בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות).** בשנת 2006 מתפרסם דוח כספי של חברת **חפציבה** בו מופיע כי תזרים המזומנים של החברה שלילי והיא נמצאת בבעיה. באוגוסט 2007 התחילו פרסומים בתקשורת שהחברה נמצאת בבעיה כלכלית חמורה ולכן הרבה מרוכשי הדירות הלכו להתיישב בדירות עצמן. לכאורה אם החברה קורסת ההשקעות מובטחות, הבעיה התעוררה כי הקבלנים פעלו באופן לא חוקי בניגוד לחוק המכר (הבטחת השקעות) בכך שהם לא סיפקו ערבויות לרוכשי הדירות באמצעות תרגיל מסוים (לא העבירו את הכספים לחשבון מיוחד עם ערבות של הבנק). הרוכשים הבינו שאם הם רוצים לתפוס חזקה כלשהי בדירה עליהם לתפוס את הדירה עצמה פיזית. **פס״ד חפציבה** מעורר את הבעיות בחוק המכר דירות הבטחת השקעות ומה תוקן לאחריו.

**מתעוררת מס׳ שאלות**:

1. האם כפיית בטוחות על הקבלן מוצדקת? מצד אחד ישנה טענת השוק- על טענות מהסוג הזה ניתן לענות בכך שישנם כשלי שוק הנובעים **מהפערים העצומים** בין הקבלן לבין הרוכש והנזק העצום שעלול להיגרם אם הקבלן פושט את הרגל. הטענה העיקרית נגד היא **גלגול העלויות של הבטוחות על כתפיי רוכשי הדירות** ובכך על החברה כולה. אנחנו מחייבים את אותם קבלנים לשלם כסף לבנקים על ערבויות וכמובן שמי שיישא בעלויות האלו יהיו הרוכשים. בעצם הקונים רוכשים לעצמם ביטוח.
2. למה צריך בטוחות? מה מביא אותנו למצב שבו אנחנו מניחים שקבלנים לא יספקו את הסחורה? התשובה הראשונה לכך הוא (1) החשש שהקבלן יקרוס כלכלית בעוד הדבר השני והיותר רלוונטי יותר לקניין הוא (2) הסיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר- רוב הקבלנים כיום הם אינם הבעלים של הקרקע עליה הם בונים. הקבלנים מספקים שירות לבעלי הקרקע אך לא רוכשים את הקרקע עצמה אלא מעניקים מס׳ דירות לבעלי הקרקע- מעין עסקת קומבינציה. מדוע דבר זה משליך על הערבויות? הרבה פעמים יכול להיווצר מצב של מתח בין הבעלים לבין הקבלן. במקרה של פיצוץ ההסכם בין בעל הקרקע לקבלן מתעוררת השאלה האם נשארת לרוכשים אחיזה קניינית בקרקע? חלק מנושא הבטוחות נועד להתמודד עם המציאות הזו.

החוק חל על רכישת דירה אך יש לשים לב כי הגדרת דירה כולל לא רק דירת מגורים אלא גם מחסנים, מקומות עסק או כל דבר אחר. יש לשים לב שמכירה נחשבת גם חכירה לדורות! כמו כן, החוק לא חל על בנייה עצמית, לא על מכירה מיד שנייה כאשר הדירה כבר רשומה ולא על קבוצות רכישה (לפחות נכון להרגע)! בקבוצת רכישה אין לקבלן חובה להעמיד בטוחות כך שמצד אחד זה יותר זול אך גם יותר מסוכן.

החוק מאפשר 5 בטוחות אפשריות והקבלן יכול לבחור אחת מתוכן (ס׳ 2). שתיים מתוכן פיננסיות ו-3 הן בטוחות קנייניות יותר:

1. ערבות בנקאית (ס׳ 2(1)).
2. ביטוח (ס׳ 2(2)).
3. שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה- בטוחה קניינית שמשמעותה היא שהקבלן מקבל כסף ורושם לטובת רוכשי הדירה משכנתא על הקרקע.
4. רישום חלק יחסי של הקרקע ע״ש הרוכש- כאן מדובר על בטוחה יותר משמעותית, במקום לרשום רק משכנתא רוכשים זכות בעלות יחסית על שם הרוכש. בשתי הבטוחות האחרונות אנחנו צריכים את היכולת של הקבלן לעשות טרנסאקציות בקרקע. אם הקרקע לא שלו צריך לקבל את האישור של בעל הקרקע לבטוחות הללו.
5. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או על חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית.

כעת נדבר על **הבעיות שיש בבטוחות** האלה והסיבה שהרוב המוחלט של הבטוחות הניתנות לרוכשי דירות הן בעיקר ערבויות בנקאיות. **הבעיה במשכנתא או ברישום** של הקרקע על שם הרוכש היא בעיה כפולה- נובע מכך שהבעלים של הקרקע הוא למעשה לא הקבלן וכשהוא רוצה להציע בטוחה כזו הוא עשוי להיתקל בבעיה או מצד הבעלים של הקרקע שלא יסכים לכך כי אם החוזה עם הקבלן לא יצלח הבעלים ישאר עם שותפים בקרקע. גם אם הוא יסכים, בדרך כלל קבלנים בכל מקרה זקוקים למימון מהבנק, כאשר הדרישה של הבנק תהיה לרשום משכנתא לטובתו מה שלא מאפשר רישום לטובת הרוכשים. גם הבנק וגם הבעלים לא יסכימו לבטוחות כי הן ניתנות ע״י אנשים שאינם הקבלן. זה למעט מקרה אחד- לבעלים יש מספיק כסף והוא לא צריך מימון והוא גם הבעלים של הקרקע. אותו הדבר תופס גם לגבי **הערת אזהרה,** אם הקבלן הוא לא הבעלים יש לקבל את אישור הבעלים לכך ואין סיבה שהבעלים יסכים לעשות זאת. כאמור, אם הקבלן הוא הבעלים של הקרקע הדבר כן יתאפשר.

לגבי הבטוחות הפיננסיות, הן לא נותנות קדימות או עדיפות לרוכשי הדירות במקרקעין, במידה והקבלן פושט רגל סביר להניח שהם לא יקבלו את הדירות אלא רק הבטחה של ההשקעה שלהם. בחלק מהמקרים הבנק שחייב לתת את הערבויות נכנס בנעליו של הקבלן הפושט הרגל ומסיים את הבנייה עם קבלן אחר. בדרך כלל רוב הבטוחות הן ערבויות בנקאיות ולא ביטוח כי זה יותר זול לקבלנים (נמצאים במערכת יחסים הדוקה עם הבנק מה שמאפשר קבלת הטבות והנחות). חשוב לציין כי הבטוחות הכלכליות מטרתן להבטיח שאם הרוכשים לא יקבלו את הנכס מכל סיבה שהיא ההשקעה תהיה מוגנת. הן לא נועדו כדי לתת קלף מיקוח לרוכשי הדירות מול הקבלן. אם הרוכשים לא קיבלו בדיוק את מה שהם רצו או שיש טענות לטיב הבנייה או כל דבר אחר ניתן לתקוף ברמה החוזית אבל אין כאן עילה לפתוח ערבויות ולבקש מהבנק לשלם.

אם נחזור חזרה **לפס״ד חפציבה**- לאחר שהבינו שניתן לעקוף את החוק המחוקק הגיב די במהירות ושינה הוראות מסוימות בחוק הבטחת השקעות והפך את הניסיון לרמות את הלקוחות להרבה יותר קשה. **בפס״ד מטרי** הנוגע למקרה, דובר על כך שהיו הרבה רוכשים פרטיים אך גם קבוצה שקנתה כמה דירות להשקעה. כונס הנכסים אמר לאותה חברה שהם לא יקבלו את כל 20 הדירות שלהם מאחר והוא מעדיף לתת את הדירות קודם למשפחות שנפגעו. ביהמ״ש קובע שהערכים שהחוקים הללו מנסים לקדם הם ערכים צרכניים ומטרתם היא להעניק הגנה לרוכשי דירה פרטיים שקונים דירה מקבלן. הסיבה היא, שוב, **פערי המידע והכוחות בין שני הצדדים**. אם כך ביהמ״ש אומר שההבחנה בין רוכש פרטי לרוכש עסקי לא עולה מילולית ממילות החוק אלא היעדר ההבחנה הוא לכאורה בלבד שכן **תכלית החוקים היא להגן על הצרכן הפרטי**. אם מדובר בשתי חברות מסחריות אין פערי כוחות ולכן נעדיף את הרוכשים הפרטיים. **מה שחשוב לנו הוא להבין שהערכים והרציונלים משפיעים.**

התיקון התבטא בכך שביססו **(1) פרקטיקות שוברים** המחייבת את הבנק לתת ערבות תמורת כל תשלום (בוטל נושא החשבון המיוחד). תוספות נוספת היא **(2) חובת הקבלן ליידע את הקונה בכתב על זכויותיהם לקבל ערבות או בטוחה**. אם הוא החליט שהבטוחה לא תהיה פיננסית אלא קניינית הקבלן חייב ליידע את הקונה שזה מה שהוחלט- אחד התיקונים שהיו אחרי חפציבה היא שיטת השוברים המאוד פשוטה להבנה ולמעקב אך אם לא פועלים על פי יש ליידע את הקונה שניתנת בטוחה אחרת. חובה נוספת שהוספה בחוק (והיא עוד יותר קריטית) והיא שאם אני קונה דירה מקבלן ומקבלת משכנתא מבנק דיסקונט, (3) **הבנק חייב ליידע אותי על הזכות לקבל בטוחות** ובנוסף לכך אסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם הוא ווידא שניתנה בטוחה לטובת המוכר. בעצם **הוטלו חובות גם על הבנקים**, מעבר לקבלנים.

**שיעור 17- 25.05.20**

הגנת הבעלות והחזקה

מדובר על קבוצת סעיפים בחוק המקרקעין המדברת על היכולת של הבעלים או של אדם המחזיק במקרקעין כדין להגן על הישיבה שלו במקרקעין/על הבעלות שלו במקרקעין. כפי שנראה חלק מהמקרים הם מקרים ששולחים אותנו לביהמ״ש וסה״כ קובעים כללים מי מנצח. בחלק מהמקרים, המעניינים יותר, מדובר על סעד עצמי. אותם מקרים מאוד בעיתיים מבחינה משפטית כי הם מאפשרים לאזרחים פרטיים לעשות שימוש בכוח מה שאנחנו מעדיפים בדרך כלל לא לאפשר.

רציונלים

למה נותנים משמעות לחזקה במקרקעין? לא מדובר על בעלות או אפילו על זכות קניינית. המשמעות היא שאנחנו נותנים משמעות משפטית לעובדה שאדם יושב או פועל במקרקעין. למה שניתן משמעות לחזקה? אם החזקה באה עם זכות הסיפור פשוט יותר אבל לפעמים חזקה יכולה להיות לא מורשית או לא כדין. **ויסמן** מעלה את הרציונלים ברשימותיו. הוא לא קובע איזו משמעות תהיה לחזקה אלא קובע שכן יש להתייחס אליה כעל משהו שקיים משפטית.

1. **שמירה על הסדר הציבורי**- אם אנחנו נותנים משמעות לסדר הקיים, הטענה של ויסמן היא שמתן משמעות לסדר הקיים מונעת מצב בו מקרקעין יעברו מדי יום ביומו לחזקה של גורמים אחרים רק בהתאם לכוח או ליכולות הכלכליות/אלימות שיש להם. הוא אומר שאם ניתן משמעות לחזקה (לא אומר איזו) אנו בעצם נותנים מעין ״צו הקפאת הליכים״ עד שיתבררו הזכויות של הצדדים. משמרים את המצב הקיים וכן נותנים משמעות כלשהי לחזקה של האדם במקרקעין כך שתוך כדי מצב בירור הזכויות לא יהיו פעולות אלימות שיפגעו בסדר הציבורי עד לסוף ההליך. השאלה הגדולה בהקשר הזה היא האם זהו המקום הנכון לעשות את התפיסות הכלליות לשמירת הסדר הציבורי? האם זה רלוונטי לקניין פרטי? החזקה אומרת שנותנים משמעות משפטית לפלישה למקרקעין כל עוד לא בוררו הזכויות- מונעים מהבעלים לממש את הקניין שלו כחלק מתפיסה הרוצה למזער אי סדר. בהמשך נראה מה החוק קובע ונראה האם זה עולה לכדי פגיעה כזו.
2. **יעילות בהגנה על נכסים**- ויסמן מתייחס ל-2 דברים שונים:
3. אנחנו רוצים שנכסים ישמרו במצב תקין ויתופעלו, שנכסים לא יהרסו רק בגלל העובדה שאף אחד לא יוכל להשתמש בהם עד שהמשפט ייגמר.
4. המשמעות שיש לחזקה על היכולת לברר את הזכויות עצמן. אם נחשוב על מיטלטלין, אם לא ניתן איזושהי משמעות לחזקה אנחנו נגיע למצב שבו לא תהיה לנו בכלל אפשרות לברר את הזכויות במיטלטלין. בקרקע הדבר פחות משמעותי מאשר מבנים או מחוברים. הכללים ביחס לכך חייבים להיקבע בצורה מאוד ברורה ומהירה כי אם לא נאפשר לבעלים התמודדות מהירה ופעולה נוגדת חזקה נגיע למצב שבו לא נוכל לברר את זכויות הבעלות.
5. **הטלת הנטל על התובע**- לפי ויסמן לא צריך לחפש טעמים ערכיים כי מדובר על השאלה ״מי צריך להוכיח״. זהו בעצם טעם מאוד פרוצדוראלי.
6. **כדי שנכסים לא יעמדו ריקים**- אם יש גורם שיש לו זכות מסוימת במשאב אבל הוא לא מנצל אותו, אולי עדיף לנו לעודד אנשים לעשות שימוש במשאב ע״י נתינת משמעות להחזקה במקרקעין. הביקורת על כך היא האם נכון לאפשר זאת באופן פרטי? לדוגמה, הפעילים במחאה החברתית נכנסו לבתים ריקים.

בקבוצת סעיפים זו יש לנו 4 שחקנים עיקריים שחלקם משחקים משחק כפול:

1. **בעלים**- הכוונה היא במובן של זכויות קנייניות בנכס. הבעלים בניגוד לכל השאר יכול להחזיק או לא להחזיק בנכס.
2. **מחזיק**- הכוונה היא למחזיק כדין. אדם שיש לו סמכות או הרשאה מבעל המקרקעין להחזיק בו. בעלים יכול להיות גם מחזיק.
3. **בעל זכות להחזיק**- ההבדל בינו לבין המחזיק הוא שיש לו הרשאה להחזיק במקרקעין אבל הוא לא תופס אותם כרגע בפועל.
4. **משיג גבול**- גם הוא יכול להיות מחזיק, רק לא כדין. זהו אדם שמחזיק או מנסה לתפוס חזקה במקרקעין אך ללא זכות.

סעיף 15

**החזקה**

15.  בסימן זה, "מחזיק" – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.

המחזיק לא חייב להיות המחזיק עצמו אבל יכול להיות מצב שבו אנשים אחרים מטעמו הם אלו שמחזיקים את המקרקעין ובשני המקרים הללו מתייחסים לגורם שמחזיק את המקרקעין כ-״מחזיק״.

סעיף 16

מתחיל לתת את ההוראות להגנת החזקה והבעלות:

**תביעה למסירת מקרקעין**

16.  בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין.

אדם שיושב במקרקעין ומחזיק בהם שלא כדין, בעל המקרקעין או מי שזכאי להחזיק בהם רשאים לדרוש ממנו שימסור להם את המקרקעין. כיצד הוא עושה זאת? הסעיף לא מאפשר לבעלים להפעיל כוח כנגד הפולש. עליהם לפנות לביהמ״ש בתביעת פינוי והוא מכריע לטובת הבעלים מכוח סעיף 16. **אין אפשרות לסעד עצמי**! כל זמן הבירור מי שיושב במקרקעין הוא המחזיק שלא כדין.

סעיף 17

**תביעה למניעת הפרעה**

17.  המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת.

מדבר על מצב בו המחזיק במקרקעין (לא רק המחזיק כדין) יכול לסלק פולש אחר. נקבע מעמד משפטי לאדם שמחזיק במקרקעין גם אם זה לא כדין. מכאן ויסמן גזר את רציונל הסדר הציבורי. **גם כאן אין סעד עצמי ויש לפנות לביהמ״ש**!

סעד עצמי- האם ראוי?

סעד עצמי הוא מצב בו אדם מסוים, צד לעימות, מקבל מהחוק הכשר להפעיל כוח כנגד אדם אחר ללא מעורבות שלטונית/משפטית. הדבר עלול להיות קצת מסוכן, אנחנו רוצים שיהיה גורם שיסדר את המערכת. השאלה היא למה אנחנו עושים את זה?

1. **מענה לאופי האנושי**- ככל הנראה התשובה העיקרית. המחוקק הכשיר משהו שהיה קורה כנראה ממילא. הסיבה שאנחנו מאפשרים לאדם להפעיל כוח כלפי אדם אחר כשהוא מנסה לתפוס את החזקה שלו בגלל העובדה שלאדם יהיה קשה מאוד לא להגיב באופן מיידי ואינסטינקטיבי. בגלל שאנחנו יודעים שזה כנראה יקרה אנחנו לא רוצים להגיע למצב שאנחנו מפלילים את הסיטואציה הזו.
2. **חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין)**- עלולה להיות האפשרות היחידה של הבעלים להתמודד מול החזקה. בחלק מהמקרים לא תהיה הזדמנות נוספת לברר את הזכויות או להשיב את הגזלה כי הנכסים ייעלמו (לדוגמה, מישהו לקח לי את הטלפון, אם לא אקח אותו מיד בחזרה בכוח לא נראה אותם בחזרה).
3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות**- ההבדל בין כלל קנייני לכלל אחריות הוא שכלל קנייני כמעט ולא קיים במערכת המשפטית שלנו שקובע שללא הסכמת הבעלים לא ניתן להמשיך טרנזקציה. יש מונופול על הטרנזקציה בידי הבעלים. אם לא מדובר בצרכי ציבור- יש פה כלל קנייני. המדינה לא יכולה לקחת את המקרקעין גם אם מאוד רוצה עד שהבעלים יתרצה וימכור את המקרקעין. רוב הכללים בדיני הקניין הם דינים של אחריות, כלומר גם אם עשינו מעשה מסוים, אז הרבה פעמים אנחנו נדרוש פיצוי על המעשה הזה, נדרוש תשלום של פיצוי ממי שלקח את הנכס. רוב הכללים בעיקר בדיני הקניין הם דיני של אחריות. גם אם עשינו מעשה מסוים אז הרבה פעמים נדרוש פיצוי עליו אבל הוא לא בטל מלכתחילה. סעד עצמי מבטא במובן מסוים כלל קנייני, להדוף אדם מהמקרקעין ללא המתנה או קבלת פיצוי. אנחנו נראה שאיך שפרשו את הסעד הדבר עומד בספק.

כתוצאה מכל זה, צריך להבין שמצד אחד אנחנו מכשירים סעד עצמי ומצד שני הפסיקה פירשה זאת בצורה מאוד מצומצמת.

סעיף 18(ב)

(ב)  תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

אם יש אדם שמחזיק במקרקעין ואדם אחר פולש אליהם, הסעיף מאפשר לאדם שמחזיק את המקרקעין **כדין** להדוף פלישה של גורם שמנסה להיכנס אליהם שלא כדין אבל בתנאים מסוימים- תוך 30 יום מרגע התפיסה ובכוח במידה סבירה. הסיפור נהיה מורכב כי אין סיבה לתת 30 יום לפעולה שמנסה לתת ביטוי לאופי אנושי מיידי. האינסטינקט הוא מיידי ולכן גם הפעולה צריכה להיות. מצד שני, אנשים לא תמיד מודעים לפלישה כי הם לא כל יום נמצאים במקרקעין. לכן, גם אם ניקח את האינסטינקט ברצינות, לכאורה צריך לספור את הימים מהרגע שהבעלים מגלה על הפלישה. באופן עקרוני מדובר על זמן ארוך לאנשים שחיים בנכסים שלהם. הסיבה ההיסטורית ל-30 יום היא בגלל הלובי החקלאי בעיקר. הם מחזיקים הרבה מאוד קרקעות, לא נמצאים שם באופן יום יומי ואז יוכלו לפלוש להם לקרקעות ביתר קלות.

**בתי המשפט תפסו את הסעיף בצורה מאוד מצמצמת**- מצמצמים גם את הפרשנות ״למחזיק״ ולא מאפשרים תאגידים או אנשים מטעמו. בגלל המאפיינים של הסיטואציה אנחנו לא רוצים להרחיב את האפשרות מעבר למה שצריך.

30 יום הם לא מיום הגילוי אלא מיום התפיסה- צמצום נוסף, ביום ה-31 יש לגשת לביהמ״ש. ביהמ״ש פירש את ״כוח במידה סבירה״ כלהתקשר למשטרה או פעולה סבירה אחרת, לא ניתן לפגוע בפולש.

סעיף 18(א)

**שימוש בכוח נגד הסגת גבול**

18.  (א)  המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

כאן מדובר על סיטואציה מקדימה, סיטואציה בה ניתן למנוע מאדם להיכנס לקרקע, עוד לפני הפעולה. כאן אין הגבלת זמן מטבע הדברים.

סעיף 19

**החזרת גזלה**

19.  מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק; אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית-המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם.

הסעיף מדבר על מצב בו מישהו פועל בניגוד למצב של סעיף 18(ב):

1. מי שמפעיל את הסעד העצמי הוא עצמו לא מחזיק כדין/אין לו הרשאה לפעול.
2. פעולה בכוח לא סביר.
3. פעולה לא תוך 30 יום.

במצבים כאלה סעיף 19 קובע שמי שמוציא אדם שלא בתנאים של סעיף 18(ב) חייב להחזיר את המקרקעין למחזיק (אפילו אם הוא פלש לתוכם). לאחר מכן ניתן לממש את הזכויות לפי סעיפים 17-18.

הסיפא של הסעיף אומרת כי למרות שההנחיה היא חד משמעית ביהמ״ש יכול לדון בזכויות בפעם אחת ולקבוע מי יקבל את החזקה. לדוגמה, אדם שיש לו זכות להחזיק במקרקעין , פלשו לתוכם והוא רוצה להפעיל את הסעד העצמי אך זאת לאחר שעברו 32 ימים. הפולש יכול להוכיח זאת ועליו לפנות לבימה״ש ולדרוש שיחזירו לו את החזקה למרות שהיא לא כדין. על פי הרישא ביהמ״ש צריך לקבוע שהחזקה חוזרת לפולש ואז לברר זכויות. אבל, הסיפא של הסעיף קובע שברגע שאותו פולש הגיש תביעה להשבת החזקה לביהמ״ש הוא מוסמך באותו הליך לדון בשאלת הזכויות (לא לפצל ל-2 דיונים). אם ביהמ״ש מתרשם כבר בשלב הראשוני שלפולש אין זכות להחזיק במקרקעין, הוא יכול לדלג על ברירת המחדל ולקבוע שהחזקה תועבר לידי המחזיק כדין כל עוד מנוהל דיון הזכויות.

מהי המשמעות של החזקה כשהמדינה היא הבעלים?

ס׳ 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור) קובע:

**צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור (תיקון מס' 1) תשס"ה-2005 (תיקון מס' 3) תשע"א-2011**

4.    (א)  תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה, לאחר שעיין בדין וחשבון בכתב מאת פקח שביקר במקום ועל סמך מסמכים לענין הזכויות במקרקעי הציבור ולאחר שנתן לתופס הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו, כי תפיסתם היתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך שישה חודשים מיום שהתברר לו כי התפיסה היתה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו.

כשמדובר על מקרקעין ציבורי והמדינה היא הבעלים, יש אפשרות לסעד עצמי אבל לא כמו לבעלים פרטיים. הסעד העצמי לא מדבר על כוח אלא על הוצאת צו פינוי כאשר מצד שני ישנה הרחבה של הזמן- עד חצי שנה מהרגע שהתברר לרשות על הפלישה ועד 36 חודשים מהתפיסה. כמו כן, אין צורך בהחזקה של המדינה. נותנים למדינה אפשרות לא להחזיק ממש את המקרקעין. נקבע **בפס״ד מדינת ישראל נ׳ בן שמחון**. מדוע זה ההסדר? יש 2 סיבות:

1. אין מרכיב אנושי של ״דם רותח״ ולכן מדובר על צו ועל הליך משפטי.
2. העבודה שמדובר במדינה מרחיבה את מנעד הזמנים, לא ניתן לדרוש מהמדינה לפקח על כל המקרקעין שלה כל יום או כל חודש.
3. אנחנו לא מחייבים את המדינה להחזיק במקרקעין בפועל מאותה סיבה.
4. הזמנים מתחיל לרוץ מהיום שהתברר לרשות ולא מיום התפיסה.

תחרות

הנושא הזה סבוך כי הוא מורכב מסוגים שונים של תחרויות ומהוראות שונות ביחס לכל אחת מהתחרויות הללו. באופן כללי, ישנן 9 תחרויות המורכבות מ-3 סוגים המוחלות ביחס ל-3 מושאי קניין שונים. במבחן בקניין החלק המשמעותי בקייס הוא דיני תחרויות כי יש הרבה פרטים וניתן להתבלבל בקלות. מומלץ לוודא בסופה של כל תחרות כיצד ליישם אותה על כל מושא קניין ולבסוף להכין טבלה מסכמת.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | מקרקעין | מיטלטלין | זכויות+ מקרקעין לא רשומים |
| בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל\לא מובטח | אהרונוב  \*לאחר גנז, הלכת אהרונוב נשארה למעט **במקרה בו מדובר בבנק או בעל התחייבות לעסקה מוסדי.** | אהרונוב | אהרונוב |
| עסקאות נוגדות : בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה | ס' 9 לחוק המקרקעין+ פס"ד גנז. | ס' 12 לחוק המיטלטלין | ס' 12 לחוק המיטלטלין מכוח ס' 13 לחוק המיטלטלין |
| תקנת שוק  בעלים מקורי מול רוכש בתום לב | ס' 10 לחוק המקרקעין. פס"ד מרדכיוב. | ס' 34 לחוק המכר. | ס' 4 לחוק המחאת חיובים. |

בדרך כלל מה שקורה בתחרות הוא שיש אדם ב׳ שיש לו דירה הוא מוכר אותה לא׳ ולאחר מכן מוכר אותה לג׳. התפיסה בעבר בדיני התחרויות הייתה שזכותו של א׳ וזכותו של ג׳ מושפעות מהזכות שלהם ביחס לב׳. **מני מאוטנר** במאמרו **The Eternal Triangles of the Law: Towards a Theory of Priorities in Conflicts involving Remote Parties** חידש שזו לא הדרך הנכונה להסתכל על דיני תחרויות כי בדרך כלל בדיני תחרויות ב׳ פשוט נעלם מהתמונה כי הוא בורח, פושט רגל או חדל פירעון וכו. ב׳ הוא לא גורם שאפשר לנהל מולו מערכת זכויות וחובות אובייקטיביות. מה שנשאר לנו הוא הנכס ושני הצדדים (ג׳ ו-א׳). במאמרו מאוטנר רוצה להסתכל על דיני התחרויות כעל הפיתרון שיש לתת לבעיה בין א׳ ל-ג׳.

קודם כל יש להכיר שדיני התחרויות כולם מבוססים על 2 מושגים עיקריים. לכל אחד משניהם יש 2 אפשרויות פרשניות:

1. **תו״ל**- יכול להיות **אובייקטיבי או סובייקטיבי**. תו״ל סובייקטיבי בוחן את ההתנהלות הספציפית של אותו אדם, האם האדם **ידע** על האפשרות של העסקה השנייה וכו. תו״ל אובייקטיבי ינסה להחיל סטנדרטים של ״היה צריך לדעת״ על אותו אדם. לדוגמה, אם יש תחרות בין א׳ ל-ג׳, האם ג׳ שהיא השנייה בזמן ידעה על העסקה הראשונה או שמספיק שהיא הייתה צריכה לדעת (כי יש הערת אזהרה או כי היה עליה להסתכל בדירה עצמה או כל דבר אחר).
2. **תמורה**- יכולה להיות **כלשהי או בת ערך**. האם כשנכרת החוזה מול ג׳, האם ג׳ שילמה משהו והאם נסתפק בזה? אם הדירה שווה 2 מיליון וניתנה מקדמה של 100 אלף ש״ח זה מספיק (תמורה סמלית) או שיש צורך בתמורה בת ערך (מלאה)? יש לכך משמעות בשאלה מי ינצח בתחרות.

במאמרו מאוטנר הוביל לידיעה שדיני התחרויות הוא שלא מדובר על מערכת של שני הצדדים מול המוכר אלא מערכת משפטית שמתנהלת בין שני המתחרים. ההכרעה תיגזר מהאופן שבו כל אחד מהצדדים התנהל במערכת שבין שני הצדדים הללו. מאוטנר מציע להסתכל על תחרות קניינית כעל **תאונה משפטית**. אנחנו יודעים מה עושים כשיש אירוע נזק (תאונה) ואילו שיקולים מחילים ולכן נכון יהיה להסתכל על תחרות קניינית כתחרות משפטית בין א׳ ל-ג׳ ללא קשר לב׳ כאשר ההכרעה בין שניהם תושפע מאותם שיקולים שאנחנו כבר מכירים מדיני הנזיקין.

מאוטנר אומר שיש לנו בתאונות 3 סוגים של שיקולים:

1. **מניעת תאונות**- השיקול האולטימטיבי. האינטרס הוא לא לפתח מערכת המבררת את הנעשה אלא עליה להשקיע את מירב המאמצים כדי להגיע למצב בו התאונות נמנעות. כנ״ל לגבי תאונות קנייניות. צריכים לקבוע מערכת כללים מלכתחילה (ex ante) שתמנע מצבים שבהם קורות תאונות. אבל, אנחנו מודעים לכך שיש מצבים בהם לא ניתן למנוע את התאונות ולכן על מנת להתמודד עם המצבים הללו צריך לקבוע כללים להתמודדות עם התאונות:
2. **מזעור עלויות התאונה**- שיקול תועלתני.
3. **מזעור עלויות המערכת**- אנו לא רוצים שהדיונים יתפסו נפח גדול מדי של פעילות מערכתית ולא ידרשו מאות דיונים.

הכללים שיקבעו צריכים לקחת בחשבון את שני השיקולים האחרונים (ex post).

התפיסה שלו לגבי מניעת התאונות היא תפיסה של **צדק מתגמל**- המשפט רוצה להועיל ויתגמל את מי שפועל על פי הכללים. לעומת זאת, הכללים יטילו אחריות על מי שלא פעל על פיהם. אם נציב כללים ברורים מאוד מי שלא יפעל על פיהם הוא מונע הנזק הזול ולכן גם אם אין 100% וודאות שהוא זה שגרם לתאונה בגלל שהוא לא ציית לכללים והיה יכול בצורה קלה וזולה למנוע את זה אנחנו נטיל עליו את האחריות לתאונה. התפיסה הזו **מתחברת לדרישת תום הלב**. כשאנחנו נפרש מהו תום לב של אדם בתחרות הרבה פעמים נעשה זאת ע״י הטלת חובות תו״ל. שני השיקולים האחרונים, מזעור עלויות התאונה והמערכת, הם שיקולים בדיעבד והם מתקשרים יותר **לדרישת התמורה** כחלק מתפיסת **הצדק החלוקתי**.

אם כך נכון יותר להתייחס לתחרות במקרקעין כאל תאונה משפטית ולהמשיג אותה לתאונת דרכים ולא להסתכל עליה כעל מערכת משולשת מול המוכר. הדבר השני הוא שסט הערכים שאנחנו רגילים להחיל בתאונות משפטיות (מונע הנזק הזול ומאזן המצוקה) ילוו אותנו בדמות של תו״ל ותמורה לאורך דיני התחרויות.

האם מדובר רק על שיקולים כלכליים?

התשובה היא לא. אנחנו נראה שביהמ״ש מכריע בדיני התחרויות ע״י פירוש החוק תוך שקילת שיקולים כגון (1) **אחריות חברתית-** כאשר מדובר בגוף כמו בנק או גוף דומה. בנק שלא רשם הערת אזהרה לעומת אדם פרטי שלא רשם הערת אזהרה, האם המחדל זהה? שיקולים של (2) **צדק חלוקתי**- שיקולים חשובים בהקשר הזה. לדוגמה, מה קורה בין בני זוג, האם מכניסים שיקולי הגנה על בת הזוג? הדבר האחרון הוא שיקולים שקשורים (3) **לתיאורית האישיות**- בחלק מהמקרים ניתן משמעות אחרת לזכויות או להתנהלות של צדדים שיש להם נגיעה אישית לנכס ביחס לצדדים בלי נגיעה כזו. לדוגמה, אם א׳ הוא משפחה שקונה בית מגורים וג׳ הוא נושה לא מובטח של ב׳ (לא אכפת לו לקבל את הדירה הזו ספציפית). ביהמ״ש עושה הבחנה בין המצבים הללו. מה שכדאי לדעת הוא שעובדים בצורה **ריאליסטית וקטגורית**- ישנם 3 מושאי קניין, 3 סוגי תחרויות לגבי כל אחד מהם ויש לעבוד בצור קטגורית לגבי כל אחת מ-9 הרובריקות. בתי המשפט איזנו בכל אחת מהרובריקות את השיקולים השונים.

**שיעור 18- 01.06.20**

כזכור יש לנו 3 נושאי קניין- מקרקעין, מיטלטלין וזכויות. בתוך זכויות מופיעים גם מקרקעין לא רשומים. ביחס לכל אחד מהם נלמד 3 סוגי תחרויות.

שלושת סוגי התחרויות

**תחרות 1-** בעל התחייבות לעסקה מול נושי המכר.

**תחרות 2-** עסקאות נוגדות.

**תחרות 3-** תקנת שוק.

מקרקעין- בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר

התוצאה שאליה נגיע ביחס למקרקעין תהיה זהה לזו שנגיע אליה גם למיטלטלין ולזכויות. הכוונה היא שיש לנו אדם שהתקשר עם הבעלים של הנכס בעסקה למכירה או רכישה של הכנס ומרגע זה הוא הופך להיות בעל התחייבות לעסקה ולא לבעל הנכס. מהצד השני יש לנו נושה של המוכר שלא קשור כלל לרוכש. הנושה לא רשם את החוב שלו במקרקעין, לא נתן משכנתא בקניין ואין לו זכות קניינית. הנושה הלא מובטח יכול להטיל עיקול- חסם דיוני שמנסה למנוע העברה של נכסים הנמצאים בידיי החייב. לדוגמה- עיקול זה מצב בו יש לי נכסים, אני לוקחת הלוואה מהבנק והבנק לא דרש שיעבוד של המקרקעין אל מול פירעון ההלוואה. מגיע מצב שהבנק רוצה לגבות את החוב ואין לי אפשרות לשלם אז הוא מטיל עיקול על הנכס שלי. **עיקול הוא לא זכות קניינית**! העיקול מונע ממני למכור את הנכס שלי למישהו אחר אבל לבנק אין בטוחות בנכס. התחרות שלנו היא מצב בו יש לי לבנק חוב של 100 אלף ש״ח ודירה, אם מכרתי את הדירה לאדם אחר שעדיין לא רשם את הדירה, הבנק מטיל עיקול על הנכס והשאלה היא מי זוכה בנכס עצמו- בדירה. **השאלה הוכרעה בדיני היושר האנגלי בצורה של פשרה**- ההכרעה הייתה שהרוכש רכש זכות בדירה כמידת המחיר שהוא שילם. אם לצורך העניין הדירה שווה מיליון ש״ח והרוכש שילם חצי מיליון ש״ח עד אותו שלב, הוא יקבל חצי מנכס המקרקעין וביתר הדירה יכולים הנושים להיפרע מחובותיהם. אין הכרעה בינארית ביחס למעמדו של בעל הזכות בעסקה. זה היה גם המצב בארץ בתחילת דרכה.

**ההתפתחות בישראל מגיעה בשנת 69׳- חקיקת חוק המקרקעין.** בחוק אין לנו התייחסות למצב כזה- תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה מעקל ומצד שני החוק קובע שמרגע שנחקק החוק אין תחולה לדיני היושר. כלומר, החוק למעשה משאיר אותנו בלי פתרון לסיטואציה מהסוג הזה.

**בשנת 71׳ הנושא מגיע לבימה״ש** **בהלכת בוקר- ביהמ״ש קובע כי אם נכנסים לסיטואציה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל- בעל ההתחייבות בעסקה יפסיד את הזכויות שלו בנכס**. זו תוצאה מאוד קשה, בעיקר כאשר מדובר באדם פרטי שכבר גר בדירה הזו כמו במקרה דנן. בגלל שבוטל ההסדר של הדין האנגלי ואין התייחסות בחוק מי שזוכה הוא הנושה המעקל- הנכס נמצא בבעלותו הקניינית של המוכר ולכן מבחינת הנושה המעקל כל זמן שהבעלות הקניינית לא עברה (ואין הסדר אחר) ניתן להטיל עיקול ולמנוע טרנזקציה של הנכסים.

המחוקק הישראלי הגיב לכך במהירות, תוך שנה תוקן חוק המקרקעין ונקבע **בסעיף 127(ב)** שאם בעל ההתחייבות (הקונה) ירשום הערה אזהרה אז עיקולים שיוטלו לאחר מכן לא יוכלו לפגוע בזכויות שלו. כך נפתר הפלונטר של הלכת בוקר- התמודדות קלה וזולה עם התאונה המדוברת. בשנת 94׳ מבהיר **פס״ד מזרחי** שאם הקונה רוכש הערה אזהרה רושם הערת אזהרה הוא גובר על הנושים ולהפך. **הלכת בוקר לא מתה אלא תוקנה כי ניתנת אפשרות לבעל ההתחייבות להתגבר על ההחלטה בהלכת בוקר**. חשוב לזכור כי **בתחרות הזו לא מדובר על נושה מובטח!!**

בשנת 99׳ מגיע **פס״ד אוצר החייל נ׳ אהרונוב**, בפס״ד זה משנים את התמונה- אם עד עכשיו התפיסה שלנו הייתה שבעל התחייבות לעסקה, במידה ולא רשם הערה, מפסיד את הנכס, בפס״ד זה משנים את התמונה בהקשר הזה. בפס״ד זה יש 2 עמדות עיקריות:

1. **השופטת שטרסברג כהן**- השופטת ש״כ דוחה את התפיסה שרישם הערה האזהרה הוא כשלעצמו הדבר העיקרי שמכריע בתחרות. היא עושה זאת בגלל 2 טיעונים עיקריים- 1) הזכויות של בעל ההתחייבות בעסקה ושל הנושה המעקל הן לא זכויות שוות מעמד. יש לנו את בעל ההתחייבות בעסקה שרוצה את הנכס המסוים הזה שמגבש לעצמו שקלול זכות קניינית ומהצד השני יש לנו נושה שכל מה שמעניין אותו הוא לקבל חזרה את סכום הכסף שהמוכר חייב לו. לא מעניין אותו באיזו תצורה לקבלו. היא מפעילה כאן את **תיאוריית האישיות-** אנחנו לא יכולים להתייחס לאדם שרוצה לרכוש נכס מסוים כאל אדם שמבחינתו הנכס המיר כספית. 2) זהות הצדדים הטיפוסית- בדרך כלל מי שנמצא בצד ההתחייבות לעסקה הם אנשים פרטיים בעוד מי שנמצא בצד של הנושה הוא הבנקים או הגופים הגדולים. לפי ש״כ התחרות הזו היא תחרות בין גורמים במעמדות שונים עם פער משמעותי לטובת הנושה (שחקן חוזר וקבוע). העובדה הזאת (שחקנים רב פעמיים) היא בעייתית אם נכריע לטובתם באופן גורף בתחרות- מטילים על האדם הפרטי את הצורך להתגונן בעוד שעל הגוף המוסדי אין שום חובה. היא מפעילה את **מאזן המצוקה**- מי שבדרך כלל יפגע יותר הוא בעל ההתחייבות לעסקה. הבנק הוא מלכתחילה נושה לא מובטח אבל אנחנו כביכול הופכים אותו לכזה. לכן, יהיה לא נכון להתנות את הניצחון בתאונה ברישום הערת אזהרה. כאן היא עושה מהלך ומבקשת להסתכל על המציאות בשטח- בתחרות מהסוג הזה נרצה לתת קדימות לאנשים הפרטיים- בעל ההתחייבות לעסקה, זאת ללא התניה של רישום הערת אזהרה. היא בעצם אומרת שאם נשאיר את המצב הקיים אנחנו נגיע למעגל שוטה שאין דרך הגיונית לשבור אותו.



בשלב בו התקבל פס״ד אוצר החייל לפי הקריאה הפשטנית של ס׳ 9 לחוק המקרקעין, מי שהיה הראשון בזמן הוא זה שמנצח את בעל ההתחייבות השני בזמן, גם אם השני רשם ה״א (בכך נעסוק בתחרות הבאה). הניסיון לבסס את הלכת בוקר + רישום הערת אזהרה הוא לא נכון תיאורטית (נקלעים למעגל שוטה) ומעשית כי הוא מתעלם מטיב הזכויות של הצדדים ומזהות הצדדים. לכן, לפי ש״כ מי שצריך לקבל קדימות הוא בעל ההתחייבות בעסקה, ללא התניה של רישום הערת אזהרה! גם מטעם ערכי וגם מטעם ריאליסטי.

1. **השופטים ברק וחשין**- מגיעים לאותה מסקנה אבל בצורה אחרת. ברק אומר שהוא לא דן בזהות הצדדים או בתיאוריית האישיות אלא שואב את ההכרעה שלו מסעיף 9 לחוק המקרקעין- קובע שבעסקאות נוגדות באופן עקרוני הקודם בזמן זוכה. ברק אומר שעצם הקביעה הזו של חוק המקרקעין למעשה מעוררת כאן משהו מעבר להכרעה בתחרות, יש כאן אמירה נורמטיבית של חוק המקרקעין ביחס לזכותו של הראשון בזמן. ברק טוען שחוק המקרקעין ביטל את זכויות היושר אבל בסעיף זה הוא הופך את הזכות החוזית שיש לראשון בזמן לזכות **מעין קניינית**. הזכות המעין קניינית הזו מאפשרת לו לגבור על בעלי עסקאות אחרים. את התובנה הזאת אי אפשר שלא לייבא לתחרות שלנו (אפילו שהיא רלוונטית לתחרות הבאה). לכן, לא ניתן להמשיך ולהתייחס לזכות כאל זכות חוזית רגילה ולכן תחרות של בעל התחייבות לעסקה עם זכות מעין קניינית אל מול נושה מעקל חייבת להיות מוכרעת לטובת בעל הזכות המעין קניינית. הוא לא מתייחס לערכים (מה שמאוד לא מתאים לו)!

**המשמעות של הפס״ד ביחס לתחרות היא שבעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא הערה אזהרה- גם אם הוא שילם רק חלק מהתמורה!** זה לא יהיה נכון אם בעל ההתחייבות לעסקה הוא שחקן מקצועי (כדוגמת בנק)- ממנו כן נדרוש רישום של הערת אזהרה! בעצם, הרעיון של ש״כ ביחס להות הצדדים אומץ.

בפס״ד אהרונוב ברק מעלה את האפשרות שהפתרון הזה רלוונטי גם למיטלטלין וגם לזכויות. בהמשך אומנם נראה הסתייגות קלה אך זה הכלל.

עסקאות נוגדות במקרקעין

ס׳ 9 לחוק המקרקעין קובע כלל- בניגוד לתחרות הקודמת.

**עסקאות נוגדות**

9.    התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום- לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום- לב -  זכותו עדיפה.

הסעיף קובע שהראשון בזמן זוכה אלא אם כן השני בזמן קיים (1) תמורה, (2) תו״ל (כל הזמן) (3) ורישום. בהנחה ושלושת אלו יתקיימו הוא יגבור על הראשון בזמן. השאלה היא אם השני לא השלים את כל השלבים, מהו מצבו? הוא יוכל לתבוע חוזית את המוכר. עצם העובדה שהכרענו בתחרות לא אומרת שהמפסיד מאבד את זכויותיו. הבעיה מתחילה כשאין מוכר לפנות אליו- או שהוא לא נמצא פיזית או שהוא חדל פירעון. חשוב להדגיש שאם הראשון בזמן זוכה אבל שילם רק 5% הוא לא מקבל את הדירה במלואה- יש לו קדימות ביחס לדירה אבל הוא כמובן חייב להשלים את שאר התשלום. אף אחד לא מקבל מתנות חינם. ההכרעה היא רק ביחס לקדימות של אחד הצדדים.

**פס״ד ורטהיימר נ׳ הררי**

מדובר על אדם בשם הררי שמכר את הדירה שלו לראשונה לורטהיימר ואז לבנימיני. מול ורטהיימר הוא עושה זיכרון דברים, הם קובעים את המחיר- מיליון כאשר התשלום הראשוני הוא 5,000 לירות. ורטהיימר הוא הראשון בזמן. לאחר מכן הררי מוכר את הנכס לבנימיני. מול בנימיני החוזה עמד על 800 אלף לירות בעוד התשלום הראשוני הוא 350 אלף לירות. לאחר מכן בנימיני מגלה על קיומו של ורטהיימר ועוד לפני הרישום על שמו (כשהוא ״מפסיק להיות תם לב״) הוא רץ ומשלים את הסכום המלא למוכר אך עדיין לא רושם את הדירה. **בסיטואציה הזו זוכה ורטהיימר בתחרות**.



השאלה החוזית שעולה בבסיס הפס״ד היא מה גובר על מה- ס׳ 9 לחוק המקרקעין או סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות:

**הזכות לאכיפה**

1. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

(4 אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

אכיפת החוזה עם ורטהיימר יכולה להיות לא צודקת בנסיבות העניין- בנימיני כרת חוזה ושילם סכום רב עוד לפני שידע על החוזה הראשון. במאזן המצוקה בשלב הזה יש לנו פער. לכן, יתכן ונכון להחיל את חוק החוזים תרופות במקרה הזה. מהצד השני ישנו ס׳ 9 לחוק המקרקעין.

איזה משני הסעיפים הללו גובר- זאת השאלה המרכזית בפס״ד. ביהמ״ש קובע כי ס׳ 9 גובר- כשיש לנו תחרות בין שניים שכרתו חוזה לרכש של מקרקעין למרות שיכול להיות מצב שנגיע למצב של סעיף 3(4) כי אכיפת החוזה של הראשון בזמן תהיה לא הוגנת הרי שיש ללכת לפי סעיף 9. ורטהיימר היה הראשון בזמן, בנימיני השני בזמן שהשלים את התמורה, תום הלב שלו בעייתי כי הוא נקטע באמצע (היה קיים בהתחלה) ולא התקיים רישום. בגלל שהוא לא השלים את התנאים של ס׳ 9, למרות התוצאה בעלת הפוטנציאל הבעייתי (יתכן ובנימיני לא יצליח למצוא את הררי ויפסיד סכום גדול יותר). מה גם שאם להררי יש הרבה נושים הוא יכנס ״לתור״ עם נושים אחרים.

בפס״ד זה ברק משאיר 2 שאלות בצ״ע:

1. **האם נכון להסתכל על ההתעקשות של הראשון בזמן**- בהנחה ויש מאזן מצוקה שנוטה לרעת השני בזמן, האם ההתעקשות של ורטהיימר ודומיו, של הראשונים בזמן, יכולה לעלות לכדי חוסר תו״ל ולהשפיע על התוצאה?
2. **מהי ההשלכה של אי רישום ה״א ששל הראשון בזמן**- אם ורטהיימר יכל לרשום ה״א ולא עשה זאת- האם זה משפיע על האופן שבו נסתכל על התחרות בין הזכויות. התשובה מגיעה **בפס״ד גנז נ׳ בריטיש**.

**גנז נ׳ בריטיש**

הפס״ד עוסק בחברה עם מקרקעין (חברת בריטיש), אותה חברה מוכרת את המקרקעין שלה לחברה אחרת (נוטריקון). חברת נוטריקון לא רשמה את הזכות במקרקעין כך שכרגע הבעלים היא חברת בריטיש. נוטריקון שאינה רשומה כבעלים מוכרת את המקרקעין לגנז ולאחר 17 שנים היא מוכרת אותו שוב פעם לחברה בשם אפק. חברת אפק תופסת חזקה במקרקעין רושמת ה״א על הזכות שלה. למעשה, המקרקעין נמצאים בבעלות בריטיש.

גנז לא רשם ה״א ולכן הנושא בעייתי. יש שאלות מקדימות- מה העבירה נוטריקון לגנז ולאפק, האם היא יכולה להעביר זכות במקרקעין כשלה עצמה אין זכות כזו אלא רק זכות מעין קניינית? נוטריקון באופן עקרוני לא סיימה את הרישום ולכן יתכן ונוטריקון תוכל להעביר התחייבות לעסקה במקרקעין או התחייבות לעסקה בזכות שיש לה כלפי בריטיש. ביהמ״ש קובע שנוטריקון יכולה להעביר זכות במקרקעין למרות שלה אין זכות כזו, יכולה להתחייב בעסקה למכר זכות במקרקעין לגנז ולאפק בין היתר מהסיבה הפרקטית- לאפשר שוק.

השאלה השנייה שעלתה היא מי זוכה בתחרות, גנז או אפק- הראשון בזמן הוא גנז שלא רשם ה״א. אפק רשמה ה״א, שילמה את התמורה אך לא סיימה את הרישום. לכאורה לפי פס״ד ורטהיימר מי שאמור לזכות הוא גנז כי אפק לא השלימו את הרישום. בפועל ביהמ״ש קבע אחרת- גנז מפסיד. ביהמ״ש חוזר לשאלה אותה ברק השאיר בצ״ע- מהי ההשלכה של אי רישום ה״א של הראשון בזמן בהנחה וניתן לרשום. **ביהמ״ש קובע שאי רישום ה״א ע״י הראשון בזמן יכולה להעיד על חוסר תו״ל ולהכריע לטובת השני בזמן גם אם לא השלים את כל השלבים של ס׳ 9**. ברק אומר שגם דיני הקניין וגם דיני התחרויות בקניין חסים תחת תום הלב. יש מצבים בהם הראשון בזמן שלא רושם ה״א למעשה מבטא חוסר תו״ל- הוא גורם לתאונה משפטית רק בגלל שהוא לא רשם ה״א. הוא שם מכשול בפני השני בזמן וזה כשלעצמו עולה כדי חוסר תו״ל במקרים מסוימים (!). הדבר לא קטגורי, לא תמיד הראשון בזמן יפסיד, לדוגמה, **מקרים בהם אין חוסר תו״ל הראשון לא יפסיד**. אם נדע שבנסיבות המסוימות של המקרה אין חוסר תו״ל הראשון לא יפסיד.

הדבר השני שברק אומר הוא שאם ברור לנו מהנסיבות שהיעדר הרישום לא היה הגורם לפעולה של השני גם במקרים כאלה לא נטיל אחריות על הראשון בזמן כי בין אם היא רושם ובין אם לא השני היה צועד לתאונה- כשאין קשר סיבתי לפעולה של השני לא נטיל על הראשון אל האחריות. לדוגמה, אם השני בכלל לא הסתכל במרשם.



ברק מפרט את 3 השיקולים:

1. **אין התרשלות, אם לא ניתן לרשום ה״א אין חוסר תו״ל או אם אי הרישום של ה״א מוצדק משיקולי מדיניות-** הדוגמה הקלאסית היא יחסים בין בני זוג. בהרבה מאוד מצבים יש העברות נכסים בין בני זוג, במצבים כאלה אנחנו לא רוצים שבן הזוג שמקבל התחייבות לעסקה למקרקעין ירוץ לרשום ה״א. הסיבה לכך היא שיקולי מדיניות- במערכת יחסים זוגית רישום ה״א עלול להיתפס כצעד פוגעני של חוסר אמון. בסיטואציות כאלה לא אי רישום לא יחשב כחוסר תו״ל.
2. **כשאין קשר סיבתי**- אם חוסר הרישום הוא לא זה שגרם לתאונה המשפטית. לדוגמה, אם הקונה השני יודע מראש שישנו קונה ראשון או שלא בדק את הרישום. אם השני לא ירד אל השטח ולא בדק את הנכס ולראות מה מצבו אז במצב כזה אנחנו שוב נראה את הראשון בזמן כמי שלא חייב לרשום ה״א או שזכותו גוברת אפילו אם לא רשם- למצוא קש״ס בין חוסר הרישום לבין זה שהשני בזמן נקלע לתאונה. יתכן והשני בכלל לא התעניין ולכן לא נטיל אחריות על הראשון.
3. **מקרה בו הרוכש הראשון מתחייב כלפי המוכר לא לרשום ה״א עד לזמן מסוים**- לדעתו של המרצה המקרה לא ראוי. אם אדם התחייב כלפי המוכר לא לרשום ה״א למשך 3 חודשים לדוגמה, לא נכון יהיה להחיל עליו חובת תו״ל כי הוא התחייב לכך. מדוע זה לא ראוי? מוכר שרוצה ליצור מצב של עסקאות נוגדות יפעל בצורה כזו- ינסה לדחות את רישום ההערה על מנת לאפשר עסקאות נוגדות. ההסכמה הפנימית בין המוכר לקונה הראשון לא רלוונטית ומאוד בעייתית כי היא פותחת פתח לטעויות.

**שיעור 19- 04.06.20**

תום הלב של השני בזמן הוא **סובייקטיבי**- האם בדק את הרישום, ירד אל השטח וכו (לא רק מעשי אלא **גם עצימת עיניים**). ככל שהשני בזמן לא ידע על העסקה וביצע את כל הבדיקות אין לנו דרישות נוספות.

**פס״ד ביאד**, אין בו חידוש משמעותי אלא מעבר לעובדה שביהמ״ש אומר שצריך לתת פרשנות רחבה **לפס״ד גנז**- נתפוס את הראשונים בזמן כאחראיים אם הם לא רשמו הערת אזהרה- נראה זאת כהפרת חובת תום הלב. ביהמ״ש לא מתנער מגנז אלא להפך, הוא מחדד ומחריף את הטון ביחס לראשון בזמן שלא רשם ה״א. **השופט עמית** אומר שזה נורא זול ופשוט, ברגע שהראשון לא רושם ה״א אנחנו **נעביר אליו את הנטל להראות שאין קש״ס בין אי הרישום לבין התאונה**. מהדברים של השופט עמית ברור שנטיל עליו נטל כבד במטרה להראות שהמהלך של ה״א יבוצע.

האם רישום ה״א ע״י ידי השני בזמן מהווה ״רישום״ לפי ס׳ 9?

כזכור כדי שהשני בזמן יזכה יש צורך בין היתר ברישום. **השופטת פרוקצ׳יה** (לא נפסק כהלכה) שואלת מה קורה אם השני בזמן עשה את כל השלבים רק לא רשם את הנכס בפועל אלא שילם תמורה בתו״ל ורשם ה״א. האם צריך להכיר בהערה זאת כממלאת את דרישת הרישום? התשובה היא שלא אבל השופטת אומרת שיתכן **וכדאי להכיר בכך כי רישום ה״א ממלא את אותן פונקציות של הרישום בכל מה שקשור לתחרות**, יש פומביות לעולם שהוא זה שעשה את העסקה והביא אותה לכדי רישום ראשוני. [המרצה מביא זאת לפעמים במבחנים ולכן יש להכיר את העמדה הזו]

הסיבה שבאהרונוב נקבע מה שנקבע היא בגלל הייבוא של סעיף 9 והעיקרון שלו כי הראשון בזמן זוכה. עם זאת, בגנז הראשון בזמן לא זוכה אוטומטית, האם צריך לעדכן גם את הלכת אהרונוב ביחס למה שקשור למקרקעין? השאלה הזאת הוכרעה בפס״ד הבא:

**פס״ד בנק מזרחי נ׳ גדי**

מדובר על בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל. בעל ההתחייבות לא רשם ה״א במשך 7 שנים ועלתה השאלה האם אי רישום ה״א במשך תקופה זו תביא לכך שהוא מפסיד את הנכס לנושה המעקל (כל זאת לאחר פס״ד גנז). התשובה היא לא- **אהרונוב נשאר בתוקף למרות השינוי של גנז**.

ביהמ״ש עושה מיקס בין ההצדקות של השופטת ש״כ לבין האמירה של ברק וחשין. מצד אחד משאיר את האמירה של ברק וחשין שבעל ההתחייבות לעסקה גובר בכל מקרה וההסבר לכך מתבסס על דבריה של ש״כ. לא חוזרים על האמירה שלא ניתן לזוז מסעיף 9 אלא חוזרים להצדקה הנורמטיבית של ש״כ כי מדובר על מצבים של פערי כוחות וכי טיב הזכויות שונה. למעקל בעצם אין שום **אינטרס** או **הסתמכות** על נכס ספציפי (אם היה עושה זאת הייתה לו משכנתא על הנכס). כשמדובר על בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל אין סיבה להוסיף את הדרישה של סעיף 9 כי לא מדובר על צדדים עם זכויות שוות.

מקרה מעניין שהיה **במחוזי** החשוב לרובריקה של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל במקרקעין. עד עכשיו אמרנו שאין שינוי ואהרונוב ממשיך לחול אך המקרה של **רשף נ׳ יוסף** הוא מקרה בו יש אדם עם התחייבות למשכנתא לבנק ולאחר שעשה זאת, כשהבנק עוד לא רשם את המשכנתא, הוטל עיקול על נכסיו של המוכר. השאלה היא מי ינצח, המעקל או הבנק? הבנק טוען לאהרונוב, בעל ההתחייבות לעסקה מנצח גם בלי לעשות דבר. לעומת זאת, המעקל טען לגנז- הוא טוען שיש להחיל הלכה זו. ביהמ״ש קבע שהוא מקבל את הטענה של המעקל ו**מכריע לטובתו בגלל שמשאירים את אהרונוב למעט במקרים בהם מדובר בבנק או בבעל התחייבות לעסקה מוסדי/שחקן רב פעמי**. כאן בעל הזכות שביושר הוא הבנק, הוא נושה מקצועי- המחוזי מאמץ את התפיסה של ש״כ, אהרונוב נקבע בשביל להגן על הנושה הלא מקצועי מה שלא מתקיים כאן. הבנק חייב לרשום ה״א כדי לגבור על נושה מעקל!

הבעיה שלנו היא שלא ניתן לייבא את סעיף 9 למיטלטלין וזכויות כי אין מרשם. הסעיפים הרלוונטיים הם **סעיף 12 לחוק המיטלטלין** העוסק בעסקאות נוגדות במיטלטלין **וסעיף 13 לחוק המיטלטלין** הקובע שהחוק יחול גם על זכויות בשינויים המחויבים. בעצם ביחס לזכויות אנחנו נדרשים לשתי הזכויות יחדיו. בתקנת שוק בזכויות נחיל את **סעיף 4 לחוק המחאת חיובים** (נדון על כך בהמשך).

**פס״ד טקסטיל ריינס**

פס״ד חשוב להבנה היכן אנחנו נמצאים בדיון המשפטי, **זהו אחד הדברים החשובים שצריך לעשות כשנפגשים בתחרויות במבחן**. הפס״ד קובע שאדם שמבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר לאדם שלישי, מה שהוא מתכון להעביר זה את הזכות שיש לו כמו שהיא בעת ההעברה. חשוב שנבין שכשבמיוחד כשמדובר על מיטלטלין וזכויות חייבים לברר מה יש לאותו מוכר. הסיפור הקלאסי יהיה מוכר שמכר לא׳ ולב׳ את אותה זכות או את אותה מכונית. בגלל שמדובר על מיטלטלין ולא על מקרקעין השאלה האם המוכר הוא עדיין הבעלים של הזכות הקניינית במכונית לא ברורה כמו במקרקעין. במקרקעין עד שאף אחד מהצדדים לא רשם את הזכות שלו במרשם, הבעלים הקנייני של הזכות הוא המוכר. במיטלטלין וזכיות המצב אינו ברור. **ס׳ 33 לחוק המכר** אומר לנו מתי עוברת הבעלות במיטלטלין- בעת המסירה. אם אני מכרתי את הרכב לא׳ ונתתי לו את הרכב ואז מכרתי אותו לב׳, **על פי פס״ד טקסטיל ריינס לא מדובר בעסקאות נוגדות כי אני בתור המוכרת בשלב העברת הרכב לב׳ כבר איני הבעלים של הנכס**, זה שונה ממקרקעין! אם הרכב נמסר לא׳ (גם אם לא שילם הכל) אני כבר לא הבעלים של הרכב ולכן יש כאן רק עסקה אחת שהושלמה ואדם שמוכר משהו שלא שלו לאדם שלישי. השאלה הזאת לא נדונה בעסקאות נוגדות אלא אולי בתקנות שוק. **הדבר מסתבך עוד יותר כי סעיף 33 היא הדיפולט אבל ניתן להתנות בחוזה דברים אחרים- הבעלות תעבור במועד או באופן אחר**. במצב של עסקאות נוגדות במיטלטלין יש לנו בעיה הרבה יותר קשה להבין האם באמת מדובר בעסקאות נוגדות או שמדובר במשהו שלמוכר אין זכות למכור אותו כלל. יש לכך השלכה גדולה ביחס לקטגוריה.

בזכויות המצב עוד יותר קשה כי הבעלות עוברת בשלב כריתת החוזה כך שיש לברר בצורה עמוקה יותר האם יש בכלל סיטואציה של עסקאות נוגדות, בדרך כלל מה שקורה הוא שניתן להתנות בחוזה שהבעלות תעבור בזמן אחר, כמו במיטלטלין.

בניגוד למקרקעין בו יש מרשם והכל נורא נוח בזכויות ובמיטלטלין אנחנו מאוד תלויים בחוזה. אם תהיה שאלה כזאת במבחן, אחד הדברים המשמעותיים ביותר שיכריעו איזה סעיף משפטי נחיל ואת התוצאה של התחרות זה יהיה הפרשנות של החוזה ביחס לשאלת העברת הבעלות! יכולים להיות הרבה מצבים שבהם יש התניה ויש לפעול על פיה, ההכרעה היא קריטית, יש לזהות האם אנחנו בשלב החוזי ביחס לראשון בזמן ומוכרים את המיטלטלין שוב פעם אנחנו במצב של עסקאות נוגדות ואם בשלב הקנייני אנחנו כנראה ניכנס לסיטואציה של תקנות שוק אך בוודאות לא בעסקאות נוגדות.

אם אנחנו נמצאים בשלב החוזי עם הראשון בזמן, מסיבה כזו או אחרת, אנחנו מפעילים את סעיפים 12/12 +13 הקובעים **שהראשון בזמן גובר אלא אם כן השני בזמן מקיים (1) תו״ל סובייקטיבי (2) תשלום ערך ו- (3) השלמה של קניין**.

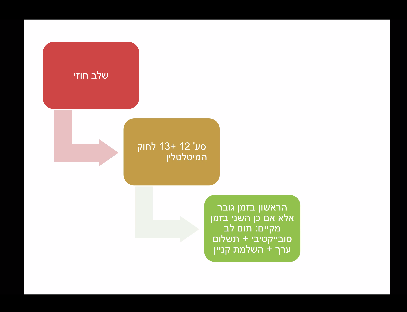
**עסקאות נוגדות**

12.  התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה.

**תחולה**

13.  (א)  הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות.

1. **קיבל**- באופן עקרוני ידוע לנו שניתן להתנות על אופן העברת הבעלות. לדוגמה, אם מדובר במוצר שאמור להגיע דרך הים בעוד כחודש מעבירים את הבעלות ברגע התשלום ולא ברגע קבלת המוצר אם זה מה שנקבע בחוזה. בתי המשפט אימצו גישה מחמירה, במיטלטלין **דורשים חזקה,** שהשני על מנת לזכות בעסקאות נוגדות, השני במיטלטלין נדרש להחזיק בנכס. יש צורך גם בהחזקה (שלו או של מי מטעמו) וגם בחוזה שיתמוך בכך שהנכס מגיע לו.
2. **תמורה**- הפסיקה פרשה זאת **כערך ממשי**, 5 ש״ח לא מספיקים אלא תמורה ממשית המכוונת לערכו השוקי של הנכס. כן הכירו במצב של שינוי מצב לרעה, לדוגמה, אם נקנה רכב ונמכר הרכב השני (ע״י השני בזמן) בגלל ההסתמכות על הרכב החדש הדבר יראה כתמורה והתכווננות לרכישת הנכס.
3. **תום לב**- סובייקטיבי. על השני לדעת ממש על העסקה הראשונה או עצימת עיניים. לא מחילים סטטוס של ״היה צריך לדעת״.



למה השני זוכה?

הראשון הוא מונע הנזק הזול, בעיקר במיטלטלין כי הוא היה יכול מראש לקבל את הנכס ולכן השני זוכה במקרים הללו. **נדרש לא להשאיר את המוצר אצל המוכר**- פותח פתח לבעיות. אם לא ניתן לא להשאיר זאת אצל המוכר/המתנה עד שהמוצר יגיע זאת שאלה אחרת. אבל אם אפשר יש לדאוג לקבל הנכס כמה שיותר מהר.

למה לא מחילים את ההיגיון של פס״ד גנז

למה לא מחייבים את הראשון בזמן בפרסום, התשובה היא דיי ברורה- **אין מרשם ולכן אין יכולת אמיתית לנהל מרשם** במיטלטלין וכל ניסיון כזה יקשה על הפעילות השוקית.

מה קורה עם הזכות הקניינית עברה בין אם הייתה מסירה של המיטלטלין או בין אם נמכרה זכות ללא התניה (עברה ישר במעמד החוזה)? לגבי מיטלטלין זה יכול לקרות במצב שבו הייתה מסירה או שהותנה אחרת, אם העסקה הושלמה ואז המוכר הולך ומוכר את הנכס לאדם אחר לא מדובר בעסקאות נוגדות כי הראשון צלח את העסקה ואז הדרך הנכונה לדון לכך כי היא דרך תקנת שוק- סעיף 34 לחוק המכר- היא לא רלוונטית לדיון שאותו אנחנו ממשיכים לנהל!

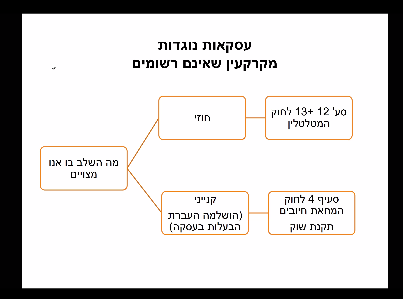
כעת נדבר על תקנת שוק בזכויות

במצב שבו עברנו לשלב הקנייני, הומחתה זכות מסוימת, הזכות עוברת ברגע כריתת החוזה (עוברים לשלב הקנייני מהחוזי). מה קורה אם אחרי זה בעל הזכות רוצה להעביר את אותה הזכות למישהו אחר, צד ג׳? במצב זה לא מדובר בעסקאות נוגדות כי הזכות כבר שייכת לב׳, הוא צלח את השלב הקנייני. **יש כאן מצב של תקנות שוק בזכויות**. מקרקעין לא רשומים מתייחסים אליהם כאל זכויות! אם לא׳ יש זכות למקרקעין לא רשומים לא מדובר בזכות מקרקעין כי הם לא רשומים, זאת רק מהבחינה המשפטית. לא׳ יש זכות כלפי מנהל מקרקעי ישראל או חובה שלהם כלפי א׳ ביחס למקרקעין הלא רשום. לדוגמה, לי יש זכות כלפי המנהל (המנהל חייב לי את המקרקעין או את הזכויות לפעול ואני ממחה את הזכות הזו לב׳, ברגע שהמחתי את הזכות ב׳ הופך להיות הבעלים של הזכות כלפי המנהל. כל מה שיש כאן אלה רק זכויות ולא זכות במקרקעין (כי הם לא רשומים).

אם שום דבר לא הותנה, בין אם לגבי חוב ובין אם לגבי מקרקעין לא רשומים, בשלב שבו מקנים את הזכות לראשון בזמן הוא הופך להיות הבעלים. מי שהמחה את הזכות לא מחזיק יותר בכלום. **אם בכל זאת המוכר מכר אותה פעם שנייה למישהו אחר הדין לפי חוק המחאת חיובים הוא שבמקרים מסוימים נחיל את תקנת השוק**. ההיגיון התקנת השוק הוא לאפשר לשוק החופשי לפעול תוך כדי הוספת כמה שפחות מכשולים. תקנת השוק שעוסקת בזכויות (גם מקרקעין לא רשומים) היא **תקנת שוק על פי ס׳ 4 לחוק המחאת חיובים.** ס׳ זה אומר שהראשון בזמן זוכה אלא אם כן הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה. לדוגמה- אם הומחאה זכות לאיתמר, איתמר הפך להיות הבעלים ואז נמכרה שוב הזכות לשני. איתמר זוכה אלא אם כן הודיעו לאביחי על ההמחאה השנייה לשני לפני שהודיעו לו על ההמחאה לאיתמר.

דוגמה להמחשה- ב׳ מכר את זכותו במקרקעין לא רשומים לא׳, לא הותנה דבר בחוזה כך שבאותו רגע הזכות עברה לא׳ וכעת הוא הבעלים. לאחר מכן ב׳ ממחה את אותה זכות שהיא כבר לא שלו לג׳. באופן עקרוני לב׳ כבר אין זכות להעביר את זכותו אך הוא עשה זאת בכל מקרה. הסיפור מי **ינצח ויקבל בסופו של דבר את הזכות הוא מי שיודיע למנהל מקרקעי ישראל על כך ראשון** כך לפי ס׳ 4 לחוק המחאת חיובים. יש לכך 2 שיקולים:

1. אנחנו רוצים לתמרץ את הראשון בזמן לרוץ ולהודיע למנהל שהוא קיבל את הזכות כדי למנוע תקלות שכאלו.
2. אנחנו רוצים להוריד לחץ מהחייבים, רוצים לא להכניס חייבים למצבי מצוקה כי אז אנשים ימנעו לקחת הלוואות כי הם לא ידעו למי לתת את החוב. הדבר יגרום לחוסר תפקוד של השוק.



**שיעור 20- 08.06.20**

תקנת שוק במקרקעין

סעיף 10 לחוק המקרקעין קובע:

**רכישה בתום לב**

10.  מי שרכש זכות במקרקעין **מוסדרים** בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

**הסעיף חל רק על מקרקעין מוסדרים/רשומים**. בשאר התחרויות עד עכשיו במקרקעין, היה למרשם תפקיד, לעיתים חשוב מאוד. ס׳ 10 הופך את המרשם מאמצעי לבירור התנהלות הצדדים או האשמה של הצדדים למטרה בפני עצמה. ס׳ 10 לא מחפש את מה שעשתה ש״כ בפס״ד אהרונוב -למי מגיע יותר או פחות לקבל את הזכות- **כל מטרתו היא לשמור על המרשם**. הסעיף לא מתייחס לסיפור זכויות הצדדים אלא מטרת העל היא לבצר את המרשם ולהפוך אותו למשהו שלא יהיה אחריו ערעור ולכן גם אם יהיו טעויות במרשם, ברגע שהן נכנסו למרשם ואושרו ע״י הרשמים, מאותו רגע אנחנו נאפשר לאנשים לעשות עסקאות וניתן להם נכסים ככל שהם הסתמכו על המרשם. שימור משמעות המרשם חשובה לנו עד כדי שנסכים להוציא נכס מידי הבעלים החוקי ולהעביר למישהו אפילו אם ברור לנו שיש פגם בדרך בה הגיע הנכס לבעלים. צריך להבין למה בתי המשפט כל כך התעקשו לתת מקום למה שהיה רשום במרשם בזמן העסקה שנעשתה ופחות מסתכלים על מאזני מצוקה. לכאורה, במקרה הקלאסי הבעלים החוקי של הנכס לא עשה שום דבר רע, רק גילה יום אחד שמישהו מכר את הדירה שלו או עשה פעולות בנכס שלו ללא ידיעתו. הרציונל הוא להגן על המרשם על מנת לא להכניס לשוק חששות ביחס אליו. ההבנה שעומדת בבסיס היא שאם נתחיל לערער על המרשם אנשים לא יסמכו עליו והוא יהפוך לחסר משמעות.

המקרה הקלאסי בעבר היה מקרה בו הבעלים המקורי נותן ייפוי כוח לעו״ד שלו, לטיפול בעסקים ונכסים (לאו דווקא למכירת הנכס) כשהוא נמצא בחו״ל. הרבה פעמים ייפויי כוח לעו״ד ניתנים בצורה מאוד רחבה כך שבפועל מותר לו לעשות הכל. עו״ד היה מוכר את הנכס לרוכשת א׳ והיא הייתה מוכרת אותו לרוכש ב׳. השאלה היא מה קורה עם שני הרוכשים, מי משניהם יקבל את הנכס אם בכלל. האם יש הבחנה בין שני הרוכשים? כל הדיון בתקנת שוק עוסק בשאלה האם הם הסתמכו על המרשם או לא? האם אפשר להכשיר מכירות שרשרת אם יש חולייה שחורה איפשהו בשרשרת?

חייבת להיות הסתמכות על המרשם עצמו

יש לעשות הבחנה בין העובדה שאדם הלך ובדק את המרשם לבין השאלה האם ההסתמכות על המרשם היא זו שגרמה לו לטעות, אלו שתי שאלות שונות. **פס״ד מינץ** הוא הפס״ד הקלאסי- לשלמה מינץ יש נכס שנמצא בבעלותו, אדם מתחזה אליו כי הוא לא בארץ. אותו אדם יודע שבדירה אין פעילות והוא מעוניין למכור את הדירה למישהו אחר על אף שאין לו זכויות בה. המתחזה מביא מסמכים מזויפים אך מבחינת עו״ד שעורך את הסכם המכר לכאורה מדובר בבעלים המקורי. הרוכש הלך ובדק את המרשם ושם אכן רשום ששלמה מינץ הוא הבעלים ולכן הוא אומר שהוא הסתמך על המרשם כדי לקנות את הנכס. **ביהמ״ש אומר שהרוכש הראשון לא יכול ליהנות מתקנת השוק כי אין טעות ברישום**, המרשם לא שגוי כי הבעלים אכן שלמה מינץ. משמע, **הוא לא טעה להתקשר בעסקה הזו בגלל המרשם אלא בגלל מסמכים חיצוניים למרשם** כדוגמת ת״ז מזויף. אם הוא לא התקשר בטעות בגלל טעות במרשם כי המרשם לא היה שגוי, אין סיבה לחשוב שהמרשם יתערער. אומרים זאת גם בהמשך, כשבוחנים את השאלה האם להכשיר עסקה שיש בוודאות פגם בשרשרת הכוונה היא שיש ברישום טעות, הרוכש טעה או התבלבל בגלל מה שהיה רשום במרשם.

**בפס״ד להיגי** נקבע כי הרוכש לא יכול ליהנות מתקנת השוק בגלל טעות במסמכים חיצוניים אפילו אם סיים את הרישום בעצמו!

במבחן- כשמדובר על תקנת שוק במקרקעין צריך להבין שהטעות צריכה לבוא מטעות במרשם ולא מטעות בכל מני הצגות או מסמכים חיצוניים למרשם!!! כשמנתחים סיטואציה כזאת במבחן קודם כל לעשות מעין גרף (אם יש השתלשלות העברות)- תאריכים ומה היו העכבות של כל אחד מהצדדים במרשם (מה בדיוק מופיע במרשם בכל שלב).

הרוכש חייב להיות תם לב

התו״ל הוא **סובייקטיבי**. אם בסיטואציה שלנו הרוכש מאותה חוליה פגומה או מהגורם הבעייתי לא ברורה לו זכותו של הראשון או שיש טעם לפקפק בזכותו של הבעלים. אם הזכות לא מושלמת עדיין או שאם יש לבעל הנכס רק ה״א אבל הנכס עדיין לא רשום על שמו, הדברים האלה מחייבים ״דבר מה נוסף״ כדי לצלוח את תקנת השוק. תקנת שוק קלאסית דורשת תו״ל סובייקטיבי- לרוכש לא תהיה שום סיבה לחשוד או לחשוש לגבי הזכות של המוכר. ברגע שיש סיבה כזאת לא בטוח שנרצה לתת לרוכש ליהנות מתקנת השוק, בעיקר בגלל ההשלכות.

**שאלת ההתרשלות מול שאלת חוסר התו״ל הסובייקטיבי**- (לא למבחן!) בתי המשפט אומרים **שאין להחיל חוסר תו״ל אובייקטיבי על הרוכש** אלא רק אם ידע או עצם עיניו. לדעתו של המרצה הסוגיה הזו תיקבע להפך בעתיד.

**הסוגיה השלישית ביחס לתו״ל היא מועד תום הלב**- בגלל שמדובר בתחרות מאוד בעייתית מבחינת התוצאות שלה, **התו״ל חייב להיות לאורך כל התקופה**! גם בשלב העסקה וגם כשאותו רוכש רושם את הזכות שלו במרשם.

יש לשים לב כי התמורה צריכה להיות **בעלת ערך**! אנחנו מדקדקים מאוד בתחרות הזו בתנאים הנדרשים.

מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?

זו השאלה שמעסיקה הכי הרבה את הפסיקה בישראל אפילו שזה נשמע שולי. הפרקטיקה בישראל היא שהרבה פעמים כשרוכשים דירה, גם אם אין עניין של תחרות, יתכן והרוכש יהיה ללא זכות במקרקעין במשך הרבה מאוד זמן וכל מה שיש להם ביד הוא ה״א. לדוגמה, אדם קנה דירה בתנאים מסוימים ואז פוטר בגלל הקורונה וכעת הוא לא יכול לעמוד במשכנתא. הוא צריך למכור את הדירה (כנראה שהמוכר הראשון לא יסכים לבטל איתו את החוזה) אבל כל מה שיש לו ביד היא ה״א- הבעלים הרשום הוא הבעלים המקורי של הדירה. הסיטואציה הזו בה אדם מוכר נכס למישהו אחר כשכל מה שיש לו היא ה״א והתחייבות לעסקה הוא לא דבר מופרך.

**בפס״ד מינץ**, מינץ עצמו כלל לא חשב שמישהו נוגע לו בנכס. בדרך כלל מדובר על אנשים שלא נמצאים פיזית בנכס או בארץ. המתחזה לשלמה מינץ מציג את כל המסמכים ומוכר את הקרקע לבוהדנה. בוהדנה מקבל בשלב הזה רק ה״א. עוד לפני שהושלם כל הליך הרישום על שמו, בוהדנה מוכר את הדירה לרוכש ב׳. אם נניח את הסיפור הספציפי בצד, האם העסקה הזאת צריכה ליהנות מתקנת שוק או לא?

אם נניח שבוהדנה לא היה רוכש את הדירה למישהו אחר אלא היה רוצה ליהנות ממנה בעצמו וסוגר את הרישום, האם רוכש א׳ צריך ליהנות מתקנת השוק? התשובה היא לא כי המרשם לא היה שגוי, אנחנו לא חוששים לזילות במעמד המרשם. לבוהדנה הייתה ה״א והוא מכר את הדירה לרוכש ב׳ והם השלימו את הרישום על שמם. האם רוכש ב׳ צריך ליהנות מתקנת שוק ביחס לנכס? **בפס״ד מורדכייב** נאמרים 2 כללים עיקריים. **התמודדות עם המציאות הרווחת**- אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במצב הזה, גם אם הרכישה התבצעה כשלמוכר הייתה רק ה״א. עם זאת, ישנם תנאים מסיומים:

1. **החלת סטנדרט אובייקטיבי**- ״בדיקה ראויה״. המשמעות היא שברגע שאדם רכש נכס על בסיס ה״א הוא חייב לעשות בדיקה ביחס לעסקה היסודית- מהו טיב ההתקשרות בין שני המוכרים.
2. **פריסת תשלומים**- פריסת תשלומים (= רוכש ב׳ לא שילם את כל הסכום לפני שהועברה הזכות על שמו, התנה את התשלום ברישום) מעידה על זהירות, הבנה כי מדובר על סיטואציה מורכבת והסתמכות בתו״ל על הרישום.

הרציונל של תקנת השוק הוא לאפשר קיומן של עסקאות מקרקעין!

כאשר יש לנו בעיתיות במכירה באחת משרשראות ההעברה ולאחר מכן יש לנו רוכשים נוספים שמסתמכים על המרשם. בסיטואציה של מינץ, אם הנחזה לבעלים שינה את המרשם רוכש א׳ כן ייהנה מתקנת השוק כי אז יש פגם ברישום.



מה ביחס לרוכש ב׳ שרכש מבוהדנה? אם הנחזה לבעלים לא שינה את המרשם רוכש א׳ לא נהנה מתקנת השוק. אם רוכש א׳ מוכר את הנכס לרוכש ב׳ כשיש לו רק ה״א, אם הוא שינה את הרישום לאחר מכן, רוכש ב׳ ייהנה מתקנת שוק בגלל שבפועל רכש על בסיס פגם במרשם. אם הרישום לא הושלם לטובת רוכש א׳ לאחר העסקה רוכש ב׳ לא ייהנה מתקנת שוק כי במרשם אין פגם והוא עדיין על שם הבעלים המקורי. לעומת זאת, אם הרישום של רוכש א׳ נעשה לאחר העסקה + התנאת תשלומים עד לרישום + בדיקה ראויה של עסקת היסוד התקיימו- רוכש ב׳ **עשוי** ליהנות מתקנת השוק.

תקנת שוק במיטלטלין

הפס״ד המוביל הוא **פס״ד כנען**. גברת כנען רכשה תמונות בשוק אבל לאחר מכן התגלה שהן שייכות לממשל ארה״ב מה שהוביל גם למשבר פוליטי מעבר למשבר הקנייני. השאלה היא מי מקבל את התמונות? לטענתו של המרצה ביהמ״ש מנסה להכשיר ככל הניתן את החזרת התמונות לארה״ב.

תקנת שוק במיטלטלין מכילה הרבה מאוד פרטים לפי **ס׳ 34 לחוק המכר**:

**תקנת השוק**

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

באופן כללי הוא קובע דבר דומה למקרקעין, ישנו מצב של גורם בשרשרת ההעברה שלא היה זכאי להעביר את הנכס ולמרות זאת היו מצבים בהם האדם בסוף השרשרת שקנה את הנכס יהפוך לבעלים של הנכס.

הקריטריונים להכרה בקיומה של תקנת שוק

1. נמכר.
2. נכס נד.
3. על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר.
4. המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו.
5. הקונה קנה וקיבל.
6. תו״ל.

נמכר

ס׳ 1 לחוק המכר קובע שמכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר לכן התנאי הכי בסיסי בתקנת השוק צריך להיות **תמורה**. תקנת השוק ככל הנראה לא תחול על מתנה כי רכיב התמורה לא מתקיים. האם על התמורה להיות מלאה? לפי הפסיקה שנראה בהמשך הדרישה היא לתמורה אובייקטיבית- קרובה לערך השוקי. אנחנו רוצים ללמוד מהתמורה את תום הלב, אדם שמשלם תמורה מלאה במחיר השוק מעידה על כך שלא היה רצון לעשות שטיקים אלא על מכירה לגיטימית. אין הצדקה לפסול תמורה בדיעבד כי היא לא חושפת את התנהלות הצדדים (כמו שלדוגמה עשה ביהמ״ש במקרה כנען).

נכס נד

מדוע לא כתוב מיטלטלין? הפסיקה מסיקה מכך שתקנת השוק חלה רק לגבי מיטלטלין מוחשיים. כל שאר המיטלטלין שאינם מוחשיים יחול עליהם סעיף 4 לחוק המחאת חיובים. העובדה שלגבי מכוניות יש לנו מרשם אינה משנה את הסטטוס שלהן- מדובר על מיטלטלין.

על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר

מי שרוצה לחסות תחת תקנת השוק ולדעת שגם במידה ויתברר בדיעבד שהנכס גנוב, עליו לקנות אותו מאדם/חנות שמתמחה בכך. יש בעיתיות בקניית אייפון מחנות חיות.

**שיעור 21- 11.06.20**

בנושא מכירת נכסים מסוגו של הממכר ישנן 2 דעות. **אייל זמיר** טוען כי מדובר על אינדיקציה ביחס לתו״ל של הקונה. אם קונים טלפון בחנות חיות על הרוכש לבדוק יותר לעומק את המקור של המצור. **חנוך דגן** טוען כי מדובר על תימרוץ של הסוחרים לוודא את מקור הסחורה שלהם.

**מכירה מיד 2 או מאדם פרטי לא נהנית מתקנת שוק**. סעיף 34 נותן משמעות לעניין המוכר. מבחינת הרציונל ניתן לנסות להחיל את הרציונל גם על רכישה מאיביי או משהו בסגנון כדי לאפשר ליותר אנשים לקנות בדרך זו אבל באופן עקרוני ובטח במבחן(!!) תקנת השוק לא חלה על מכירה מהסוג הזה.

במהלך עסקיו הרגיל של המוכר

הכוונה היא למקרים בהם מגיעים למוכר לחנות שלו כדי לקנות דבר מה והוא מציע להיפגש במקום אחר או בשעת ערב מאוחרת כדי לעשות את העסקה/במזומן. דבר כזה אמור להדליק נורה אדומה אצל הקונה. התנאי נועד כדי לוודא תמות לב של הרוכש. סטייה מדרך המסחר התקינה בדרך כלל מעלה חשד. עם זאת ישנם דברים שלא בטוח יעוררו חשד כדוגמת תשלום ללא מע״מ. הסיבה לכך היא שהמוכר אומנם עובר על החוק אבל לא ביחס לנכס או לשרשרת ההעברות שלו. ביחס לשאלה זו, **המרצה** מאמין שאם יתגלה משהו כזה, גם אם אין סתירה של תקנת השוק, ביהמ״ש ככל הנראה לא יאשר את תקנת השוק.

קנה וקיבל

בגלל שמדובר במיטלטלין מוחשיים נשתדל שיתקיים גם ״**קנה**״- העברת הבעלות, הזכות הקניינית הושלמה וגם ״**קיבל**״- העברת החזקה. קבלת המוצר בפועל (בין אם ע״י המוכר ובין אם ע״י אחר מטעמו).

תום לב

התו״ל צריך להתקיים לכל אורך ההליך, כבר משלב כריתת ההסכם ועד לשלב החזקה. המבחן סובייקטיבי במובן שאנחנו נדרוש או שהוא **ידע בפועל** או שהוא **עצם עיניים**- נסיבות מחשידות שהעלנו בתנאים הקודמים. לא מחילים סטנדרט אובייקטיבי של אדם סביר אבל כן דורשים שכל דבר שבנסיבות המקרה יכול להיות מחשיד עלול לפגוע בתום הלב של המוכר. לא יפגעו בתו״ל דברים קונסטרוקטיביים. לדוגמה, ברכישת רכב, הרבה פעמים יש שעבודים על הרכב לבנק. השעבודים רשומים במרשם המשכונות והמשמעות היא שיכולים להיות מצבים בהם אדם קונה רכב כאשר חלק ממנו משועבד. **בפס״ד רוזנשטרייך** עלתה השאלה ביחס לאישה שקנתה רכב, האם העובדה שלא בדקה האם יש שעבוד על הנכס פוגעת בתו״ל שלה? מזכיר את מרשם המקרקעין. כאן ביהמ״ש קבע שלא. בשונה ממקרקעין, **כשמדובר על מרשמים שאינם חלק מהעסקה אי בדיקתם לא תפגע בתו״ל.**

**פס״ד כנען**

זהו הפס״ד המנחה בסוגיית תקנת השוק במיטלטלין ולא לטובה. לפי המרצה זהו לא הפס״ד האידיאלי להוות הלכה בגלל שזהו מקרה בו העובדות הבעייתיות של הפס״ד מייצרות משפט גרוע ונקודתי. הפס״ד היה בעייתי גם בגלל ההיבט הפוליטי וגם בגלל ההיבט הייחודי שבו. בדרך כלל בתקנת שוק יש חולייה שחורה בשרשרת ההעברות ולכן נתקלים בסיטואציה בה צריך להכריע האם מתעלמים מהנקודה השחורה או שבגלל אותה חוליה שחורה מחזירים את הנכס לבעלים המקורי. בפס״ד כנען הבעיה העיקרית היא הטעות שיש בנכס בין מה שאותה רוכשת תמת לב רכשה או האמינה שהיא רוכשת לבין מה שהתגלה כשווי והמשמעות של הנכס, ולא בחולייה. בכל הסיפור הזה ביהמ״ש מנסה להתמודד עם הסיפור של השונות במהות או הטעות שקרתה בין האמונה מהו הנכס לבין מהו הנכס באמת. רוב הקונסטרוקציות המשפטיות מתבססות על כך- הטעות המשותפת והתו״ל האובייקטיבי הופכים את הפס״ד לבעייתי מבחינת הלכה.

ביהמ״ש מציג 2 מסלולים כיצד התמונות יחזרו לארה״ב:

1. **מסלול פנימי העוסק בתקנת השוק**- בוחן את העניין מבחינה קניינית ושואל את עצמו האם להחיל את תקנת השוק. המסלול מפקיע את התמונה מידיה של זהבה כנען כי היא לא עומדת בתנאי תקנת השוק.
2. **מסלול חיצוני העוסק בדיני חוזים**- מפקיע ממנה את התמונה כי אין שום סיבה שמישהו יקבל מתנה משמיים כדוגמת הציור המקובל. במקרה הזה ניתן להסתכל על כך כעל עשיית עושר שלא במשפט.

הקונסטרוקציה הראשונה היא הקונסטרוקציה של טעות משותפת בשיתוף דיני עשיית עושר שלא במשפט דרך דיני החוזים. השופטים פונים למסלול הטעות המשותפת כי שני הצדדים (גם זהבה וגם המוכרת) כרתו עסקה בטעות כשהן לא יודעות מהו השווי האמיתי של הנכס. הדין בטעות משותפת הוא **שניתן** לבטל את העסקה. ביהמ״ש לא מסתפק בכך כי אף אחד מהצדדים בעצם לא מעוניין לבטל את העסקה ולהעביר את התמונות לממשלת ארה״ב. לכן, ביהמ״ש מוסיף כי התוצאה של הטעות המשותפת מובילה אותנו למצב של עשיית עושר שלא במשפט. **לדעת המרצה** הפנייה החיצונית לדיני החוזים היא טעם מסייע אך לא הטעם המרכזי. אין צורך בקונסטרוקציה של דיני החוזים. הבעיה עם הקונסטרוקציה היא שהיא רלוונטית רק למצב של טעות משותפת.

הדרך השנייה היא דרך תום הלב. בורטהיימר ברק משאיר בצריך עיון האם התעקשות או עמידה דווקנית של הצד שנפגע פחות על קיום ההסכם למרות מאזן המוצקה שנוטה לרעת השני מהווה הפרה של תו״ל. בכל הקשור לתקנת שור במיטלטלין או לסיטואציה בה יש טעות, התעקשות של אחד הצדדים לקיים את העסקה למרות הפערים מדובר בהתנהלות לא סבירה. אך כאן מדבור על משהו אחר.

**במסלול הפנימי** ביהמ״ש עושה משהו מאוד בעייתי. הוא אומר שכשהוא בודק את תנאי תקנת השוק בסעיף 34 הוא עושה זאת עפ״י השווי האמיתי של המוצר ועפ״י המהות האמיתית שלו. זה נכון בעיקר לשלב סוג הנכס- האם המוכר מכר נכסים מסוגו של הנכס וברור לכולם שאם יש טעות משותפת אז לשפוט בדיעבד את התקיימותו של התנאי בתקנת השוק עפ״י המהומות שלו היא דבר מאוד בעייתי. זאת בעיקר אם נקבל את הרציונל של זמיר- הרציונל הוא התו״ל של הקונה. הסתכלות בדיעבד לא תורמת לנו לפירוש הכלל. התנאי כן תומך ברציונל של חנוך דגן- לתמרץ את הסוחרים להיות מומחים בתחומיהם.

אם נאמץ מצב בו נבחן בדיעבד את **מהות הנכס או טיבו** אז זה כן יתמרץ סוחרים לבדוק טוב יותר כי הם לא ירצו שהנכסים יתבררו בדיעבד כנכסים שונים ממה שהם מכרו. ייבדק גם טיב הנכס בדיעבד מה שישפיע על שאלת הנכסים אותם המוכר רגיל למכור, במקרה שלנו מוכרת התדפיסים בשוק הפשפשים לא מוכרת תמונות יוקרה מקוריות ולכן ישנה הפרה של התנאי ויותר מזה ביהמ״ש אומר שיש **כישלון תמורה בדיעבד**. בעיני המרצה הדבר הזה מאוד בעייתי. בעסקה הזו כל הצדדים האמינו במחיר הראוי, אם כל מטרתה של תקנת השוק היא לאפשר מסחר תקין בדיקה שכזו תפגע בשוק.

לאחר שזה נאמר, בסיטואציה הזו מדובר על סיטואציה ייחודית במובן שבו הטעות בהבנת טיב ומהות הנכס היא מאוד מהותית, על כן היא לא תקנת שוק קלאסית. לכן מה שהמרצה חושב שבימה״ש מנסה להגיד הוא שבמקרים כאלה אנחנו לא רוצים שתהיה תקנת שוק. **במצב בו יש טעות כל כך גדולה בטעות ובעלות של המוצר שנמכר, לא נחיל את תקנת השוק**. לא נגן על מתנות משמיים אלא פגם בשרשרת העברת הנכס.

ביהמ״ש אומר שאנחנו **מחילים את שיקול מאזן המצוקה**, כאן המצב נוטה דרמטית לרעת ממשלת ארה״ב ולכן לא מדובר על תקנת שוק קלאסית ואף על מצב אותו לא נרצה להכשיר כלל.

כיום בהעברת בעלות על רכבים יש חובה לבדוק את השעבודים כך שמה שאמרנו קודם לכן פחות רלוונטי לפרקטיקה אך כך זה אמור להיות. במבחן- תקנת שוק במיטלטלין:

1. לבדוק האם אלה טעויות כדוגמת כנען.
2. במידה וכן- לזכור שביהמ״ש כשהוא בודק את תנאי תקנת השוק הוא עושה זאת לפי טיב ושווי הנכס ברטרוספקטיבה. ככל שלא מדובר בטעות אלא בתקנת שוק רגילה בודקים את כל התנאים. במבחן זה יגיע בכל מני ניסיונות לשנות את דרכי המכירה וכו. יש לשים לב לכך שהסטנדרט הוא לא רק ״ידע בפועל״ אלא גם ״עצם עיניים״.
3. הדבר לא רלוונטי למכירה מאנשים פרטיים!!

תחרות ומתנה

בגלל שיקולי מס והברחות נכסים מנושים עסקאות מתנה הופכות לעסקאות מאוד משמעותיות בתחום הנדל״ן עם השלכה לדיני תחרויות. כעת נדבר על מתנה ביחס למקרקעין.

חוק המתנה קובע שמתנה היא **הקניית נכס שלא בתמורה**. תמורה יכולה להיות בהרבה מאוד אופנים כדוגמת שירות או עסקת חליפין כלשהי. אם הועבר נכס ללא תמורה זוהי עסקת מתנה עם כללים ייחודיים והשלכה ייחודית לדיני התחרויות. המתנה יכולה להיות כל דבר, בין אם בוויתור על זכות או מחילה על חוב או על העברת מקרקעין. כשעושים עסקת מתנה היא נגמרת בהקניה הנכס ובהסכמת שני הצדדים. המקבל מוחזק כמי שהסכים אלא אם נאמר אחרת. במיטלטלין וזכויות מתגבשת כך הזכות הקניינית. במקרקעין הזכות מתגבשת ברישום ולא משנה אם מדובר במתנה. כל זמן שנתנה מתנה או התחייבות לנתינת מתנה ועוד לא היה רישום יש מצב של התחייבות לעסקת מתנה. במקרקעין עסקה כזו היא עסקה לכל דבר ועניין. בעסקאות נוגדות יכולה להיות עסקת מתנה שהיא עסקה במקרקעין לכל דבר ועניין.

ס׳ 4 אומר שמתנה יכולה להיות על תנאי או תחייב עשיית מעשה או חדילה ממנו:

**תנאים וחיובים**

4.    מתנה יכול שתהיה על תנאי ויכול שתחייב את המקבל לעשות מעשה בדבר-המתנה או להימנע מעשותו; נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב, ורשאי לדרוש זאת מי שהחיוב הוא לזכותו, ואם היה בדבר ענין לציבור - היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

מתנה יכולה להיות גם מתנה המזכה את מקבל המתנה אך יכולה להיות גם עסקה שמטילה חובות על מקבל המתנה. ס׳ 3 האומר שהחזקה היא שהמקבל מסכים לקבל את המתנה ניתנת להפרכה כי הרבה פעמים מתנות יכולות לשאת תנאים, תפעול נכסים או מיסים כך שלפעמים אנשים יעדיפו שלא לקבל את המתנה. לעיתים מדובר בסיפורים משפחתיים, הורים נותנים מתנה נכס לאחד הילדים אבל הוא לא רוצה לריב עם אחיו ולכן לא מעוניין לקבל את המתנה.

ס׳ 5(ב) ו-(ג) הוא הסעיף הכי מעניין:

**התחייבות לתת מתנה**

5.    (א)  התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.

        (ב)  כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

        (ג)   מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

סעיף 5 אומר שאם אני אמרתי לפלוני שעוד שנה אתן לו את המקרקעין שלי (בכתב כמובן) במתנה, אם פלוני לא עשה שום פעולה להסתמך על ההתחייבות הזו ואני לא וויתרתי על האפשרות לחזור בי בכתב, אז אני יכולה לחזור בי מהמתנה. הסיטואציה הזו היא מה שמסבך לנו בצורה משמעותית את דיני התחרויות. למעשה הסיטואציה הזו מאפשרת לבעלים של נכסים להבריח נכסים או לעשות עסקאות סיבוביות ולגרום לכך שנושים שצריכים להיפרע יחשבו שאין נכסים כי הם הועברו בעוד שבפועל הנכסים הללו ממתינים שהוא יקח אותם אליו.

סעיף 6 קובע:

**דרכי ההקניה**

6.    בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו, או במסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה; והכל כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

מזכיר את ס׳ 33 לחוק המכר ביחס למיטלטלין. במקרקעין יש לנו חוק העוסק בנדון ולכן המקרקעין עובר ברישום.

שתי ההשלכות המרכזיות לעניין

1. **מדובר בעסקה ללא תמורה**- הדבר משליך על הקופה, בעיקר כאשר מדובר על נושים מעקלים אך גם על עסקאות נוגדות במקרקעין. בעסקאות נוגדות במקרקעין עפ״י ס׳ 9 השני בזמן צריך להשלים תו״ל, תמורה ורישום. כאן באופן עקרוני אין תמורה ולכן צריך לראות האם יתכן שיהיה שני בזמן שזוכה כשמדובר בעסקת מתנה.
2. **מדובר בעסקה שניתן לחזור ממנה בתנאים מסוימים**- יש עם כך בעיה קשה גם בכלל הסתמכות מקבל המתנה וגם בשאלה האם בעל התחייבות לעסקה במתנה באמת מסתמך על הנכס (בהנחה והוא תמיד יכול לחזור בו). השאלה היא האם נכון להחיל את **הלכת אהרונוב** כאשר מדובר על עסקת מתנה או שמא יש לדרוש תנאים שונים.

**שיעור 22- 15.06.20- אור**

השפעת העובדה כי עסקת מתנה נעדרת תמורה

אם ההתחייבות למתן מתנה היא השנייה בזמן- האם זוכה לפי ס' 9? ס' 9 אומר שהראשון זוכה אלא אם כן השני השלים תמורה, רישום ותו"ל. אבל בעסקת מתנה אין תמורה. אז למרות שאנחנו רואים בעסקת מתנה עסקת מקרקעין עסקת מתנה לכל דבר ועניין או שיש להתייחס אליה אחרת?

**דנציגר-** עסקת מתנה תידחה כמעט תמיד מפני הראשון בזמן. המקרה בעסקה זו הוא שונה. למה? כי אין בעסקת מתנה תמורה. גם במקרה שנטרלנו את הבעיה של יכולת לחזור בו מהעסקה, עדיין נדרוש מנותן המתנה שישנה את מצבו לרעה בהסתמכות על המרשם ולא על ההתחייבות למתנה. במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה שהסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים.

כלומר אם יש תחרות בין עסקת מכר לבין עסקת מתנה, הסיכויים של השני בזמן שקיבל את הנכס כמתנה קלושים. למה? בגלל **מאזן המצוקה**- זה שיקול מאוד משמעותי כשמדובר בעסקת מתנה. בגלל שסביר להניח (אלא אם מדובר במקרה קיצוני), מקבל המתנה- מאזן המצוקה לא פועל לרעתו אלא לרעת עסקת המכר (הראשון בזמן), אז דנציגר אומר שהסיכויים של עסקת המתנה הזו קלושים.

**יש לשים לב לשתי הערות ביקורת למה שדנציגר עושה:**

1. **עדיין ייתכנו מצבים בהם מאזן המצוקה ייטה לרעת מקבל המתנה**- למשל, כשבעסקת המכר המשלם שילם סכום זניח, כלומר ההפסד שלו בתחרות לא תביא אותו להפסד גדול מדי. לכן הטענה הזו אומרת שגם אם לקחנו את מאזן המצוקה והפכנו אותו לחזות הכל, עדיין ייתכנו מצבים שבעל ההתחייבות למתנה יסבול יותר מבעל ההתחייבות לעסקת המכר שהוא הראשון בזמן כי במקרים רבים בעל ההתחייבות לעסקת המכר לא משלם הרבה.
2. **כשמדובר בהתחייבות של השני בזמן, על מנת לזכות בתחרות הראשון בזמן לא חייב לרשום הערת אזהרה**- דנציגר קובע שבגלל שמדובר בעסקת מתנה ללא תמורה, אז הראשון בזמן לא יפסיד לשני בזמן גם אם לא רשם הערת אזהרה. איך אפשר להסביר זאת? כי כשאתה מקבל מתנה אתה לא בודק רישום, אבל דנציגר כשהוא מוותר על הרישום של הראשון בזמן, הוא למעשה מערער על כל התפיסה של **פס"ד גנז**- שאומר שצריך לרשום הערת אזהרה כדי להזהיר את כל העולם באשר לנכס וזה לא תלוי בעסקה של השני בזמן. היא מדברת על תום ליבו של הראשון בזמן.

בגלל שאין תמורה, דנציגר מעקר מתוכן את תום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן. אין הצדקה לפטור את הראשון מחובת רישום של הערת אזהרה או מההשלכות של אי רישום הערת האזהרה אם אנחנו מאמינים שזה מעיד על חוסר תו"ל אובייקטיבי של הראשון. דנציגר עושה את שני הדברים- הוא אומר שהסיכוי של השני בזמן לזכות הוא קלוש כי לא משלם תמורה ומאזן המצוקה כמעט תמיד ייטה לטובתו.

דנציגר אומר שהעובדה שבעל ההתחייבות בעסקת מכר לא רשם הערת אזהרה לא תסייע לבעל ההתחייבות לעסקת מתנה שהוא השני בזמן לנצח גם אם לא התקיימו התנאים. השני בזמן בכל מקרה יצטרך להוכיח את התקיימות כל התנאים ועל מנת להוכיח את התנאי של תמורה של ס' 9 יצטרך להוכיח הסתמכות לרעה מאוד משמעותית.

**במבחן- צריך לבדוק אם בעל ההתחייבות לעסקת מתנה או שני בזמן. אם הוא ראשון בזמן אז מה ההשלכות? הוא עדיין חייב לרשום הערת אזהרה, אבל אם הוא השני בזמן אז מתחילה הבעיה- פה הראשון בזמן לא חייב לרשום הערת אזהרה עפ"י פס"ד גנז והשני בזמן חייב למלא את תנאי ס' 9- תום לב ורישום + הסתמכות לרעה מאוד משמעותית על המרשם ועל המתנה שקיבל.**

נדבר כעת על סיטואציה בה אדם נותן התחייבות להעברת נכסים כמתנה ואז פושט רגל והנושים דורשים להטיל עיקול ולקחת את הנכסים- מה הבעיות שיש לנו בסיטואציה הזו? האם נכון לחרוג **מפס"ד אהרונוב** בו נקבע שאם אדם נותן או מוכר את הדירה שלו לאחר ואז בא מעקל אז אותו אדם גובר על הנושים גם אם לא רשם הערת אזהרה? האם יש איזושהי סיבה לסטות מהלכת אהרונוב?

ברור שאם בעל התחייבות לעסקה רושם הערת אזהרה הוא גובר על נושים אחרים. אבל אם הוא לא רושם הערת אזהרה, מה קורה? האם הולכים עפ"י עסקת אהרונוב בה בכל מקרה הוא גובר על נושים מאוחרים יותר או בגלל שמדובר על התחייבות לעסקת מתנה ובגלל שיש אפשרות לחזור בה, נרצה להחיל דין שונה?

**נסתכל על הרציונאלים של שטרסברג כהן בפס"ד אהרונוב ונבדוק האם בעל המתנה שונה במשהו?** ההסתמכות של הנושה על סך נכסיו של החייב דומה בשני המקרים- הוא לא מסתמך על נכס מסוים, מעניין אותו שהחוב יפרע. הנושה לא מסתמך על הנכס הספציפי הזה אלא על סך נכסי החייב.

בנוסף- שטרסברג כהן אומרת שלבעל ההתחייבות לעסקה יש זכות קניינית מהותית ולנושה יש זכות דיונית וזה נכון בשני המקרים. בעל ההתחייבות למתנה יודע שבאיזשהו שלב נותן המתנה יכול לחזור בו, **אז בשונה ממי שרכש את הנכס במכר ושם את כל הונו על הנכס המסוים הזה, בהתחייבות למתנה, כיוון שאפשר עדיין לחזור בו, אז ההסתמכות של בעל המתנה על המתנה הזו היא סביר להניח פחותה ממי שהתכוון לרכוש אותה.**

**אז אם נסכם-** בכל מה שקשור לזכויות הנושה, אין הבחנה בין מצב בו החייב מעביר את הנכס במכר ובין במתנה. בשני המקרים הנושה לא מסתמך על הנכס הספציפי הזה אלא על יכולות הפירעון של החייב.

לעומת זאת, אם כבר מוצאים הבדל מסוים בין בעל התחייבות לעסקת מכר לבין בעל ההתחייבות לעסקת מתנה זה יהיה בעיקר בנכס הספציפי הזה- בעל התחייבות לעסקת מתנה מסתמך פחות בגלל שהוא יודע שהנותן יכול לחזור בו.

הטענה השלישית, גם היא לא מצדיקה סטייה מעסקת אהרונוב- כשיש עסקת מכר, כנגד אותה העברה של דירה או נכס מקרקעין, מה הוא מקבל חזרה? כסף. ולכן, מבחינת הנושה- לא מעניין אותו הנכס המסוים הזה. מה שכן מעניין אותו זה סך נכסיו של החייב. מבחינת הנושה, אין שום הבדל אם יש לבעל החוב דירה ששווה מיליון או מיליון במזומן. מבחינת סך הפירעון האפשרי של הנושה, הוא מבחינתו לא נפגע. במתנה, אין לנו את זה- אנחנו מעבירים נכס אבל לא נכנסת שום תמורה לחשבון החייב ולכן הייתה אולי אפשרות להגיד שזה פער משמעותי בין מכר לבין עסקת מתנה מבחינת הנושים ולכן אם בעל ההתחייבות למתנה לא רשם הערת אזהרה הוא יפסיד לנושה מעקל מאוחר. **אבל התשובה לזה היא** שכאשר נושה לוקח בטוחה אין לו הסתמכות להתחייב על נכסיו של החייב או על היקף נכסיו כפי שהיו בעת החוב.

במילים אחרות- הלכת אהרונוב לא מבוססת על ההבנה שהקופה של החייב צריכה בעצם לשמור על איזון בדומה למה שהיה בעת יצירת החוב. אם בחרתי להיות נושה לא מובטח, אין לי זכות לדרוש מהחייב שלי לדרוש על נכסיו, הוא יכול לעשות בהם מה שהוא רוצה- אין לי שום זכות מותנית כזו ובגלל זה, ההבחנה שאמרנו מקודם בין עסקת מתנה לעסקת מכר אינה רלוונטית בכל הקשור לזכויות הנושה.

ברגע שאין לנושה שום זכות שסך נכסיו של החייב בין כלכלית ובין פיננסית יישאר כמו בעת החוב, אין לו שום זכות לתעדף את הנכס הזה על חשבון מקבל המתנה.

ברגע שאין לנושה כל זכות שסך נכסיו של החייב יישאר באותו היקף כמו בשעת יצירת החוב, אין שום הצדקה לעשות הבחנה בין בעל התחייבות לעסקת מכר לבעל התחייבות לעסקת מתנה, ככל שהדבר קשור בתחרות ביניהם לבין נושה מעקל.

**השופט אלון בפס"ד לניאדו-**  ברירת המחדל היא שאם בעל ההתחייבות לעסקת מתנה לא רשם הערת אזהרה, בתחרות כזו ברירת המחדל שהוא לא גובר על נושה מעקל. כלומר- הנושה המעקל המאוחר יותר גובר אם לא נרשמה הערת אזהרה לטובת בעל עסקת המתנה וזו ברירת המחדל. **אבל-** תהייה לבעל ההתחייבות לעסקת מתנה לגבור על הנושה המעוקל המאוחר גם אם לא רשם הערת אזהרה (תנאים חלופיים ולא מצטברים):

1. **כאשר הנסיבות יעידו שמדובר במתנה אמיתית**- בדר"כ נעדיף את הנושה המאוחר יותר כי עסקאות מתנה יש בהן 2 אלמנטים בעייתיים- אין תמורה ואפשר לחזור בך מהמתנה. מה קורה בדר"כ כשאדם נכנס לחדלות פירעון או רואה שנכנס למצב כזה? אדם כזה בדר"כ יבריח נכסים למקורבים כדי להציל כמה שיותר רכוש מלהגיע לידיי הנושים. ברגע שמוכרזת חדלות פירעון, הבעלים מאבד את יכולתו לשלוט בסיטואציה ועל נכסים שעוד נותרו לו. הדרך היחידה שלו לנסות ולהמשיך לשלוט בסיטואציה היא להוציא מהחברה או מידיו כמה שיותר נכסים ולכן מבריח כמה שיותר נכסים החוצה. איך? לתת מתנות. אתה יכול לחזור בך מהן בשלבים מאוחר יותר ולכן הוא נותן למקורביו מתנות. הם מחזיקים בנכסים האלה בכל זמן חדלות הפירעון וברגע שהכל שוכח, אז הוא חוזר בו מהמתנות והופך להיות שוב בעל הנכסים או לפחות שולט בנכסים האלה באמצעות אחרים.

זו סיטואציה בעייתית- אנחנו ניתן קדימות לנושה בעסקת מתנה לא מהטעמים עליהם דיברנו קודם אלא כי אנשים יכולים להבריח נכסים, לחזור בהם מהמתנות והסיטואציה הזו פוגעת מהותית בנושים. זה לא שמכרת נכס מכל סיבה שהיא והנושים נפגעו אלא כל מטרתן של מתנות בשלב המסוים הזה, היא למעשה לעקוף את הנושים ולפגוע בהם **ואת זה השופט אלון רוצה למנוע באמצעות מנגנונים קנייניים ולכן ברירת המחדל היא שהנושים זוכים.** הם לא מקבלים את הנכס- הוא נשאר בקופת הפירוק אבל הנושים יכולים לממש את הנכס ולהיפרע ממנו.

מתי בכל זאת כן נכיר בזה שבעל ההתחייבות למתנה מנצח את הנושים? באותן סיטואציות בהן נשתכנע שלא היה ניסיון להתגבר על הנושים או לפגוע בהם. מתי? כשנסיבות מתן המתנה מעידות על זה שמדובר במתנה אמיתית. הנסיבות צריכות להיות כאלה שנותן המתנה, בשלב שבו נתן את המתנה, לא היה במצוקה כלכלית. אם בשלב מתן המתנה, הנותן החל לחוות קשיים כלכליים ואז החליט לתת מתנות- נסתכל על זה בתור ניסיון להברחת נכסים כדי להתמודד עם קריסתו הכלכלית. אבל אם לא היו שום קשיים כלכליים אצלו בשלב שבו נתן אותה, אז אנחנו נסתכל על המתנה הזו כמתנה אמיתית וניתן קדימות למקבל ההתחייבות למתנה על פני נושה מעקל מאוחר יותר.

1. **בעל ההתחייבות למתנה שינה את מצבו לרעה מבחינה כלכלית**- כנראה מדובר במתנה אמיתית ולא כזו שמקבל המתנה לא סבור שהנותן יחזור בו ממנה. כי אם מישהו נתן לי דירה ואני מכרתי את שלי, אני לא חושב שייקחו את הדירה ממני יום לאחר מכן.
2. **כאשר החזרה ממתן המתנה אינה אפשרית**- זו אינדיקציה לכך שהמתנה אמיתית. איך אני מגיע למצב כזה? וויתרתי בכתב/נתתי ייפוי כוח- זה מעיד על כך שהמתנה אמיתית ואני לא מנסה לעשות מניפולציה.
3. **אם הנושה המעקל ידע על המתנה**- אם ידע על זה ורק לאחר מכן הטיל עיקול על הנכס, נראה בזה חוסר תו"ל של הנושה המעקל.

שעבודים

שעבוד זה משהו שנושה חכם יכול לדרוש מהלווה שלו. מטרתו לא להשאיר את הנושה בלי מקור לקבל את כספו בחזרה. הנושה אומר ללווה שהוא ייתן לו את הכסף אם יבטיח לו שיוכל להיפרע מהנכסים שלו או מחלק מהם. אז שעבוד זה אומר, שאותו נושה שמלווה כסף לחייב, דורש אחיזה בנכס שממנו יוכל לפרוע את החוב. הוא לא רוצה התחייבות חוזית בלבד אלא גם אחיזה קניינית בנכסי החייב.

שעבודים נעשים עפ"י **משכון** (או משכנתא במקרקעין). משכון הוא שעבוד של נכס כערובה לחיוב.

עפ"י חוק המשכון, הוא מזכה את הנושה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.

זו בדיוק ההגדרה של זכות קניינית- מאפשר לנושה גישה בלתי אמצעית אל הנכס בלי תיווך חוזי או כלכלי כזה או אחר לפרוע את חובו.

**בפס"ד קידוחי הצופן, מסביר חשין מהו משכון-** החייב חב חוב לנושה. הוא מכפיף את הנכס כערובה לפירעון החיוב. השעבוד הזה משמיע אפשרות לנושה להיפרע מהנכס עצמו, למשל- הבנק יכול ללכת אל הנכס, למכור אותו ולהיפרע ממנו.

מה היתרון שיש שעבוד? למה הנושים דורשים אותו?

1. **מוציא את הצורך שלי בתור נושה להסתמך על תניות חוזיות כאלה ואחרות או על יכולת לאכוף את החוזה**- אני לא מתעסק בחוזה, יש לי זכות קניינית על הנכס ואני יכול לממש אותו ולגבות ממנו כדי לפרוע את החוב.
2. **שעבוד מעמיד אותי במדרגות גבוהות יותר בסדר הפירעון של החייב**.

למה לחייב טוב שיהיה משכון? למה הוא יעדיף לתת או לקחת הלוואה בתמורה למשכון?

זה תמריץ לעסקאות מועילות. למה שעבודים טובים לחייב? זה מאפשר למלווים לתת אשראי בצורה קלה יותר, זה מבטיח את הסיכונים שלהם ולכן הם נדיבים במתן אשראי וזה טוב מבחינה כלכלית שיש אשראי בשוק.

סדר הפירעון של שעבודים



מתי מגיעים לסדר פירעון? הסיטואציה היא שיש חברה שנקלעת לחדלות פירעון- יש לה חובות, צריכה לפרוע אותם ויש לה שורה של נושים. הנושים יכולים להיות **נושים רצוניים** (שהלוו לה כסף) ויכול להיות גם **נושים נזיקיים** (למשל אם החברה פגעה במישהו שיש לו טענה משפטית נזיקית כלפיה והוא לא בחר ליצור עמה אינטראקציה). למה זה משנה מי ראשון בתור? כי לא בטוח שיישאר לכולם כסף. הרי החברה הגיעה לחדלות פירעון מלכתחילה כי אין לה מספיק כסף אז מישהו יישאר בלי כסף ומטרת כל אחד מהנושים היא להיות כמה שיותר מוקדם בתור כדי שיישאר לו כסף.

אז הראשון בתור הוא **שסל"ן- שעבוד ספציפי לרכישת נכס.** הכוונה היא לאותו מלווה, נושה, שמלווה כסף לחייב לרכישה של נכס מסוים ורושם שעבוד על הנכס המסוים הזה. כשהחייב לוקח הלוואה לרכישת נכס מסוים ורוכש על הנכס הזה שעבוד לטובת אותו מממן רכישה, הוא הופך להיות הראשון בתור לגבי הנכס המסוים הזה. אם הנכס הזה מכסה את חובו זה מסוים ואם לא- הוא נפרע ממנו ועובר להיות אחרון בתור כדי לגבות את שארית החוב.

כשאנשים לוקחים הלוואות בשלב שהם נמצאים בקשיים, הרבה פעמים לוקחים הלוואות כדי לפתור להם בעיות. נושים רוצים לדעת שהסכום שלהם יהיה מוגן ולכן אפשרנו פתרון מאוד נקודתי שמאפשר את השסל"ן כדי לסייע לחברות להתמודד עם הקשיים לא לקרוס בכל מצב.

לאחר השסל"ן, עומד בתור **שעבוד ספציפי**. מה זה אומר? שעבוד על נכס ספציפי, לא על נכס צף. למשל- כשהבנק רושם שעבוד על מכונית, למשל- משהו ספציפי. **שעבוד צף הוא שעבוד כללי על הנכסים שיש לחייב**, למשל- אם יש לו 3 דירות אני יכול לשעבד את שלושתן. אם אני עושה שעבוד צף, האדם שחייב לי יכול לשעבד שעבוד ספציפי למישהו אחר כדי לקבל עוד קרקעות והשעבוד הצף שלי על נכסיו יחול רק על שתי קרקעות והנושה החדש עם השעבוד הספציפי- יוכל לשעבד את הקרקע האחת בלבד.

האם אני יכול להתנות כבעל השעבוד הצף, שאותו חייב לא ישעבד ספציפית נכס מסוים לנושה אחר? כן. מרגע שזה מה שקבענו (כלומר מהרגע שביצעתי את ההתניה הזו וזה נכלל בחוזה השעבוד הצף), אז החייב לא יכול לשעבד ספציפית נכסים.

**מה ההבדל בין שסל"ן לבין שעבוד ספציפי? שסל"ן זה הלוואה לרכישת הנכס המסוים הזה והחייב משעבד את הנכס המסוים הזה. שעבוד ספציפי- זה על נכס אחד מבין הנכסים שיש לו ואני רוצה שהוא ירשום משכון/משכנתא על הנכס האחד הזה.**

**האינטרס של החייב שיהיה לו שעבוד צף ולא ספציפי** כדי שיוכל לעשות עסקה באיזה נכס שירצה כל עוד שומר על המסגרת הכללית של סכום השעבוד.

השעבודים ניתנים בדר"כ כבטוחה לפירעון חוב כשמישהו נותן שעבוד צף ולא ספציפי אז זה אומר שהריביות יהיו יותר גבוהות. כשיש לך בטוחה ודאית יותר הריבית נמוכה יותר ובטוחה פחות ודאית כמו שעבוד צף תוביל לריביות גבוהות יותר. אז אדם שנותן הלוואה ורושם שעבוד צף, מניח שבסופו של דבר הנכסים האלה יועברו אבל כל זמן שהוא לא פורע את החוב הוא צובר ריביות גבוהות.

הבעיה מתחילה כשהוא לא פורע את ההלוואה והחברה נכנסת לחדלות פירעון ובעל השעבוד הצף מקבל קדימות על פני נושים לא מובטחים ולכן אנשים מוכנים לעשות שעבוד צף למרות שלא בכל רגע נתון יוכלו לשים את ידם על נכסי החייב.

**שיעור 23- 18.06.20**

שעבוד צף הוא שיעבוד על מכלול נכסיו של החייב. שיעבוד זה, בניגוד לשעבוד ספציפי או שסל״ן, אין לו אחיזה בנכס מסוים. העובדה הזו הופכת אותו רק לזכות שמקנה מקום בסדר הפירעון. משמע, זה לא יאפשר לבעל השעבוד הצף לרדוף אחר נכסיו של החייב אם הוא יעביר אותם לאחרים אלא יאפשר לו לגבות את החוב אם במקרה החברה שנקלעת לחדלות פירעון מצליחה להחזיר לכל אחד מהנושים שיש להם שסל״ן או שעבוד ספציפי ועדיין נשאר כסף. בעל השעבוד הצף קודם לנושים לא מובטחים. אם נדרש שעבוד ספציפי נתפסת זכות קניינית בנכס המסוים הזה ולכן גם אם הוא יעבור למישהו אחר, עדיין ניתן לרדוף אחרי הנכס. למשל, אדם שקנה רכב עם שעבוד של בנק, הבנק יכול לבעלים החדש ולדרוש גבייה מהשעבוד ולכן תמיד מומלץ לבדוק שאין שעבוד.

מלווה עלול להסכים לשעבוד צף על פני שעבוד על נכס מסוים בגלל **(1)** **ריביות**, ברגע שאין שעבוד ספציפי הריבית על ההלוואה תהיה גבוהה יותר כי הסיכון גדול יותר. סיבה נוספת ליצירת השעבוד הצף היא בשביל **(2) חייבים שצריכים להמשיך לעשות טרנזקציות בכנסים שלהם**, רלוונטי במיוחד לסוחרים שצריכים להעביר את הסחורה הזו הלאה. מהסכום שיתקבל ממכירת הנכסים יוכל החייב להחזיר את ההלוואה. יש לציין שאין שעבוד צף ביחס לאנשים פרטיים אלא רק עבור חברות!

בחלק התחתון של הסדר נמצאים נושים לא מובטחים שהם בעצם הנושים המעקלים בתחרות בין הנושה המעקל לבעל ההתחייבות בעסקה. נושה מובטח עם שעבוד לא יכול להגיע למצב של התחרות הזו כי לנושה מעקל אין זכות קניינית בשונה מנושה מובטח (עם שעבוד).

אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?

סעיף 2(ב) לחוק המשכון קובע:

 (ב)  הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

לא בודקים עסקת משכון בצורה פורמאלית אלא בצורה **ריאליסיטית**. נבדוק האם מדובר במשכון כן או לא בצורה עניינית תוך בדיקה של מה עשו הצדדים ולא לפי הכותרת שהצדדים נתנו לעסקה. זה חשוב כי חוק המשכון דורש שעל מנת שמשכון יהיה בר תוקף כלפי צדדים שלישיים **הוא צריך להירשם**.

הרישום תלוי במשכון והאם יש הוראות ספציפיות בחקיקה ספציפית. באופן עקרוני כל משכון (זכויות/מקרקעין וכו) צריך להירשם **ברשם המשכונות** אבל משכון בנכסים של חברה נרשם **ברשם החברות** כי יש הוראות ספציפיות ומשכון במקרקעין (=משכנתא) צריך להירשם **במרשם המקרקעין** כדי לגבש את הזכות הקניינית של בעל המשכנתא. כל משכון אחר, כשאין הוראה אחרת, יש לרשום ברשם המשכונות. אם הרישום לא מבוצע לא מתגבשת הזכות הקניינית כך שאם צד שלישי יקנה את הנכס תיווצר תחרות, מדובר על נושה לא מובטח כי הבטוחה לא נרשמה.

אם צדדים לעסקה לא רוצים לראות עסקה מסוימת כעסקת משכון ולכן לא קוראים לה כך סביר להניח שהם גם לא ילכו לרשום את המשכון ואז אם ביהמ״ש בדיעבד מחליט שמדובר בעסקת משכון לא רשומה בעל המשכון מתדרדר להיות נושה לא מובטח. הדבר בא לידי ביטוי בפס״ד קולומבו.

**פס״ד קולמבו**

כאן מדובר **בעסקת קונסיגנציה**. זוהי פרקטיקה מאוד רווחת בעולם המסחרי ומשמעותה היא שהרבה פעמים הסוחרים, בעלי החניות, שצריכים סחורה לא באמת יכולים לשלם עליה בצורה מיידית ונדרשים לאשראי מהמוכרים. אחת הסיבות הן כשמדובר על ספקים של מוצרים לא פופולאריים (עדיין) המנסים לדחוף כמה שיותר סחורה לחנויות שלא מוכנות לשלם עליו מיידית בגלל הסיכון. ואז עושים עסקאות קונסיגנציה, למעשה הבעלות בנכסים (בנעליים או במשחקים) נשארת בידי הספק או היצרן ובעלי החנות סה״כ מקבלים את הסחורה אליהם ומשלמים ליבואן עפ״י הכמות שהם מוכרים. מה שלא נמכר אפשר להחזיר ליצרן (באופן עקרוני). זו גם הסיטואציה שהייתה בפס״ד. קולומבו הייתה יבואנית של משחקים ומאמא יוקרו הייתה חנות צעצועים. מאמא יוקרו התחילה להיכנס לקשיים תפעוליים וחתמה על הסכם קונסיגנציה עם חברת קולומבו על המשחקים שהיא מספקת לחנות.

מאמא יוקרו נכנסת לחדלות פירעון. ישנו תור ארוך של נושים כאשר חברת קולומבו אמורה להיות בכלל לא בתור. היא לוקחת בחזרה את הצעצועים שלה וזהו. העניין מגיע לביהמ״ש כי הנושים האחרים טוענים שאם ייקחו את הצעצועים לא ישאר ממה לגבות. ביהמ״ש קובע כי לא מדובר בעסקת קונסיגנציה אלא בעסקת משכון שלמעשה מה שניסו לעשות שתי החברות הוא לתת לקולומבו משכון ספציפי או צף בסחורה. כשביהמ״ש קובע שזו עסקת משכון הבעיה היא שלא התגבש משכון שמשפיע על צדדים שלישיים כי הוא לא נרשם כך שקולומבו היא נושה לא מובטח. ההחלטה הזו מדרדרת את קולומבו לתחתית סדר הנושים.

לפיכך, הקטלוג של העסקה הוא מאוד משמעותי בכל הקשור לזכויות או למעמד של הנושה ביחס לפירעון.

ביהמ״ש קבע כי לא מדובר על עסקת קונסיגנציה אלא על משכון שבגלל שהחברה כבר הייתה בקשיים. לא מדובר על עסקת קונסיגנציה כחלק מהעסקים השוטפים אלא ניסיון לעקוף את שאר הנושים. המסר של הפס״ד לשוק היה לוותר על עסקאות מהסוג הזה או לחלופין לרשום משכון.

הבעייתיות האמיתיות בשלילת עסקאות קונסיגנציה הן הבעיות המסחריות. יוצר לסוחרים קושי בהתנהלותם.

הצדקות ל״הלכת״ קולומבו

1. **נותן משמעות אמיתית לעסקה שנעשתה**- הפס״ד מראה מתוך ההתכתבויות בין הצדדים שמה שהם מתכוונות לעשות זה להגן על המשחקים של קולמבו מפני חדלות פירעון. כך בעצם ביהמ״ש נתן משמעות אמיתית למה שקרה כאן- מדובר על עסקת משכון שלא הושלמה כפי שהייתה צריכה להיות בדרך כלל.
2. **בחינה ראוי עפ״י הרציונלים של חוק המשכון**- בסדר הפירעון יש היגיון- אם רוצים לנהל משק עם מסחר תקין ואשראי תוך ביטחון לספקים יש צורך לקבוע סדרים ברורים של פירעון ביחס לצדדים שלישיים. אם נשבור את חשיבות הרישום אנחנו נביא למצב של בלגאן ואי וודאות מה מפריע לשוק (מזכיר את עניין מרשם המקרקעין).

הביקורת על ״הלכת״ קולומבו

רוב הביקורת כאמור הייתה מסחרית ולא משפטית.

1. **פגיעה בפרקטיקה המסחרית**- השוק היה מושתת על עסקאות קונסיגנציה והלכת קולומבו בעצם אמרה שיש לבצע מהפכה בשוק כך שאנשים שהיו להם סחורות בסכומי עתק היו צריכים להתחיל לבנות עסקאות משכון על סחורות. הדבר פוגע משמעותית באותם סוחרים- עד עכשיו הסחורה נינתה מתוך ידיעה שהסחורה נשארת של היצרן אך כעת המצב התהפך. כעת הסוחרים נכנסו לתור כחלק משעבוד צף במקום לא להיות בתור בכלל. הדבר גרר בעיה במתן אשראי.
2. **האלטרנטיבה של רישום שעבוד ספציפי אינו פרקטי**- מאוד קשה לנהל שעבוד ספציפי על מלאי ולא ניתן לרשום שעבוד צף על אדם פרטי. הספקים נשארים ללא שום הבטחה לסחורה שהם נותנים. בפועל הסוחרים ייקחו סחורה בעלות הרבה יותר גבוהה מה שגם כאן גורר בעיות אשראי כבדות מה שמוביל למיתון. ביהמ״ש בעצם עצר במכה אחת כמעט את כל הפעילות הכלכלית של המשק כי אין לספקים שום ברירה משמעותית להבטיח את עצמם מפני חדלות פירעון של הסוחר. \*לברר שאלת מחשבה מול עופרי\*

ביקורת תיאורטית/משפטית:

1. **פגיעה בזכות הקניין**- לפי טענה זו ביהמ״ש, בכך שנתן למרשם חשיבות כל כך גדולה, פגע בזכות הקניין של קולומבו. כולם היו בטוחים שהנכס נמצא בבעלות קולומבו ואז הוחלט שלא כך הדבר.
2. **ס׳ 2(ב) לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום**- הוכרע שלא רק שקולומבו לא לוקחת את נכסיה אלא גם מתדרדרת לתחתית סדר הפירעון. חלק מהביקורת שביהמ״ש התייחס אליה **בפס״ד קידוחי הצפון** היא שהוא העדיף את נושיה של מאמא יוקרו על פני נושיה של קולומבו. מאמא יוקרו אומנם לא נמצאת בחדלות פירעון אך הנושים שלה נתנו לה הלוואות בידיעה כי המשחקים שנמצאים אצל מאמא יוקרו הם בעצם של קולומבו. בעצם הנושים של מאמא יוקרו שלא הסתמכו על הצעצועים הללו יקבלו עוד סכום לקופה בעוד הנושים של קולומבו שכן הסתמכו יפגעו.

**פס״ד קידוחי הצפון**

הפס״ד מעלה את כל הביקורות הללו אך לא מבטל את הלכת קולומבו, משאיר אותה למצבים בהם ברור שהצדדים ניסו לרמות. הוא קובע שעסקאות קונסיגנציה הוא פרקטיקה לגיטימית וצריך לצמצום את ״הלכת״ קולומבו רק למצבים בהם יש ניסיון לתעדף נושה.

**ס׳ 4 לחוק המשכון** מביא את סדר הקדימויות בפירעון. בס׳ 4(1) נקבע שיש לרשום את המשכון אבל אם יש דין מיוחד צריך להתנהל על פיו, כמו בנושא של משכון בחברות לדוגמה. באופן כללי ס׳ 4 עוסק ברישום המשכון.

נכסים של חברות ונכסי מקרקעין

כמו שאמרנו קודם ישנם הסדרים ספציפיים עבור נכסים אלו אך הפרקטיקה הרווחת היא שיש לעשות רישום כפול- גם ברשם הרלוונטי וגם ברשם המשכונות.

תוקפו של משכן כנגד צד שלישי הוא **מרגע הרישום שלו** (פס״ד קולומבו). תקנת השוק במיטלטלין מכוח ס׳ 34 לחוק המכר הוא החריג. גם אם היו שעבודים הנכס עובר ללא כל חובה.

**ס׳ 6 לחוק המשכון** עוסק בסוגיה דחופה וההכרעות בהכרעתה הם מאוד משמעותיות לגבי נושים שרוצים לרשום שעבוד. הסעיף קובע שחייב שקיים משכון על אחד מנכסיו והוא רוצה למשכן את הנכס הנ״ל פעם נוספת, אז הוא יכול לעשות זאת בלי לקבל אישור מבעל השעבוד הראשון. יש לכך 2 תנאים:

1. אם יש התניה בין החייב והנושה הראשון שלא יהיה משכון נוסף על אותו נכס אז אי אפשר לעשות משכון נוסף. הבנקים שבדרך כלל יש להם את המשכון הראשון לא יתנו לרשום משכנתא נוספת.
2. בעל השעבוד השני בזמן יכול לגבות רק אחרי שהראשון בזמן גובה את החוב שלו.

למה שהנושה השני יסכים לכך?

1. **כששווי הכנס עולה בהרבה על גובה החוב**.
2. **כשמועד פירעון החיוב הראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד**- המלווה השני לוקח סיכון מאוד קטן כי היקף ההלוואה הראשונה מאוד מצומצם.
3. **הסיכון יבוא לידי ביטוי בריביות**.
4. **עם כל הסיכונים עדיף להיות נושה מובטח מאשר לא מובטח**.

ההסברים הללו הם בעצם הסברים כלכליים מסחריים שאינם משפטיים. הרכיב המשפטי היחיד הוא האפשרות לבצע משכון נוסף וההגבלות החלות על כך.

מהו מעמדו של משכון שני שנעשה בניגוד לתניה?

יש מחלוקת בנושא במחוזיים ואין עמדה על כך בעליון. **ויסמן** טוען שההתניה הופכת את המשכון לבטל מעיקרו והנושה הופך ללא מובטח לעומת זאת **גרוסקופף, זלצמן ולרנר** טוענים שכל עוד הראשון נפרע במלואו אין סיבה לא לאפשר גם לשני להיפרע. ויסמן מסתכל על האמירה הפשוטה של החוק בטענה שאין לכך סמכות בעוד גרוסקופף והיתר סוברים שיש להסתכל על ס׳ 6 כעל מערכת יחסים סגורה בין הראשון לשני בזמן, אף אחד למעט הראשון לא יפגע מהעבודה שהשני הוא נושה מובטח ולכן אם אין סיכון לראשון בזמן עדיף לאפשר זאת כי אחרת מעניקים מתנה לנושים הלא מובטחים (מדרדר את השני לסוף התור). לדעתו של המרצה ככל הנראה עמדתו של גרוסקופף תתקבל.

**שטיינמנץ נ׳ בנק משכון**

סיטואציה בה יש מוכר של דירה וקונה של הדירה ויש בנק שמלווה כסף לקונה כדי לקנות את הדירה. בנסיבות של הפס״ד הבנק העביר את הכסף ישירות למוכר הדירה וכל מה שהיה לבנק באותו זמן הוא משכון על הזכויות החוזיות. לבנק אין משכנתא במקרקעין אלא רק משכון על הזכויות החוזיות של אותם קונים. הקונה בשלב כלשהו מפסיק לשלם את התשלומים והמוכר מבטל את החוזה בטענה שהקונה הפר אותו הפרה יסודית. הכסף מהבנק עברו ישירות למוכר כאשר המוכר רושם התחייבות לבנק שהכל יהיה בסדר. השאלה שעומדת בפס״ד היא האם הבנק יכול לדרוש מימוש של הנכס (לפנות לקרקע עצמה) או שכל מה שיש לו הן הזכויות החוזיות?

התשובה של ביהמ״ש היא שהנכס הממושכן הוא רק הזכויות החוזיות ולכן הבנק יכול לבחור אחד משניים (לפי ס׳ 17-18 לחוק המשכון)- **(1)** לפנות להוצל״פ או לביהמ״ש ולמכור את הזכויות החוזיות למישהו אחר. בפועל הן לא שוות כלום כי החוזה בוטל **(2)** ס׳ 20 לחוק המשכון מאפשר לפעול בנעליו של הקונה- הבנק יכול להיכנס להסכם עם המוכר במקום הקונה וכך הוא יכול להמשיך במימוש העסקה בלי לאבד את מה שהוא כבר שילם למרות שבנקים בדרך כלל לא אוהבים לעשות את זה אך כרגע זה הרע במיעוטו.

חשוב להבין כי כל מה שיש לבנק זה זכויות חוזיות כי אין לו גישה בלתי אמצעית אל הנכס כי הוא לא גיבש את הזכות הקניינית שלו. כך גם ניתן להבין טוב יותר בין זכויות חוזיות לקנייניות באופן כללי. כל זמן שאין לנו זכות קניינית כל מה שיש לנו ביד אלה זכויות חוזיות.

**שיעור 24- 22.06.20- לא למבחן**

התחדשות עירונית

התחדשות עירונית זהו שם גדול להרבה תוכניות או יוזמות של המדינה/עירייה/יזמים. יש בנושא הרבה טעויות והשלכות המחייבות תיקון ושינוי על נושא מקבלי ההחלטות. אנחנו נראה שלא היה ההכרחי שדווקא הכלים שנבחרו הם אלה שישתמשו בהם.

מדוע יש התחדשות עירונית?

במובן הרחב התהליך התחיל כבר בשנות ה-60׳ אך ב-15 שנה האחרונות העניין מאוד רלוונטי, יש לכך הרבה מאוד סיבות אבל הסיבה הכי ברורה היא שמרכזי הערים הפכו לריקים כי לא היה מסחר. התפיסה הייתה שעל מנת להחזיר את החיות של מרכזי הערים צריך לשקם אותם. למעשה זהו סיפור קל יותר ממה שקורה בעולם כי בישראל מרכזי הערים סה״כ יחסית צעירים, בערך בני 70 שנה. בעולם ההתחדשות העירונית נהוגה משנות ה-50 של המאה הקודמת ושם המגמות של ההתחדשות העירונית היו שונות ממה שאנחנו מכירים. שם השתמשו בכלי **ההפקעות**- מפנים שכונה שלמה תוך תשלום הפיצוי לפי שווי השוק של הנכס והכשירה אותה לבנייה מחודשת. זה קורה גם מסיבות כלכליות אבל גם מסיבות תכנוניות וחברתיות.

סיבות חברתיות- עד 1865 בארה״ב הייתה עבדות, לאחר מכן כשניתנו זכויות לכל האוכלוסייה, הלבנים חיפשו דרכים חדשות להתנהל עם השוויון- ליצור הפרדה בהרבה תחומים, בין היתר במגורים. כך התפתחו הגטאות של האוכלוסייה השחורה. כשהתחילו לאסור על ההפרדה במאה הקודמת החברה הצליחה עדיין לשמר את ההפרדה בכל מני כלים. עם הזמן השחורים התרכזו במרכזי הערים וכך השכונות הלכו והתדרדרו. כשהעירייה מחליטה לשקם את השכונות ניתן להשתמש בכלי שמשקם את השכונה אך בלי לשקם גם את האוכלוסייה. דרך נוספת שמרכזי הערים השתקמו הייתה **ג׳נטריפיקציה**- מצב בו קבוצות חזקות באוכלוסייה (במובן כלשהו) מתחילות לרכוש לאט לאט בצורה לא מאורגנת נדל״ן בשכונות מצוקה מה שגורם לשינוי השכונה והקהילה. עם זאת, לא ניתן להגיד שזה לגמרי לא מוכוון מלמעלה כי בדרך כלל התהליך מלווה בהטבות תכנוניות.

בישראל מתמודדים עם אותם תהליכים אבל מדינת ישראל החליטה לשקם את שכונות המצוקה באמצעות **התחדשות עירונית**- לקחת את שכונות המצוקה ולהפוך אותן לשכונות חדשות עם מבנים ראויים למגורים. הפרויקט היה בהתחלה מאוד שולי וזניח תוך התמקדות בעיקר בשיפוץ חזיתות הבתים ופחות במהלכים גדולים. חלק מהסיבה שזה לא הצליח בזמנו היא כי הפרויקט היה מושתת על הפקעות מה שהטיל על המדינה עלויות גבוהות מאוד.

לפני כ-20 שנה סיפור ההתחדשות העירונית התחיל מחדש בגלל החשש מרעידת אדמה עתידית בישראל כאשר המקומות הכי בעיתיים היו השכונות הישנות שלא נבנו לפי תקנים מודרניים. **בהתחלה התחילו עם תמ״א 38 כחלק מעניין בטיחותי ולא חברתי**. לאחר מכן הצטרף נושא הפינוי בינוי ותמ״א 38(2) בו הורסים את הבניין מחדש.

ההיגיון בהתחדשות העירונית נובע מהרצון להחזיר את הקונים למרכזי הערים תוך ״**עירוב שימושים**״. עירוב השימושים מאתגר את המערכת הקניינית כי הקצאת קרקע לאשכול גנים או תחנת כיבוי אש מונעת את היכולת להקים בניין מגורים או מסחר נוסף. לכן ישנו טרנד של בנייה לגובה. עיריות מציעות ליזמים עוד זכויות בנייה בתמורה להקצאת קרקע לשירותים ציבוריים (בתחתית המגדל). הוויכוח שמתנהל בבתי המשפט הוא האם הדרישה הזו היא בעצם הפקעה או דבר לגיטימי. העירייה בעצם לא משלמת ליזם את שווי השוק של הקומות שהיא דורשת אלא רק את עלות הבנייה של הקומות. הדבר נקרא **הפקעות אנכיות** והוא כאמור נמצא במחלוקת משפטית.

כעת מדובר על רצון לפתור את משבר הדיור. התחדשות עירונית הבונה מגדלים במקום בניינים נמוכים.

השאלות הגדולות שעומדות בפני משפטנים הן בעיקר כיצד עושים את ההתחדשות, באמצעות אילו מנגנונים ואיך מתמודדים עם הבעיות החברתיות והכלכליות המונעות מאיתנו להוציא את התוכנית לפועל בצורה יעילה?

הסיבות כאמור להתחדשות עירונית

1. הזדקנות מרכזי הערים- נטישת אוכלוסייה.
2. חוסר יעילות- גסיסה כלכלית.
3. השוואת תנאי המחייה- שיקום שכונות.
4. משבר הדיור.
5. בטיחות.

התחדשות עירונית בישראל מיושמת ב-2 מהלכים נפרדים כאשר לכל אחד מהם יש הצדקה משפטית ותכנונית.



ביחס לרעידות האדמה, המסגרת התכנונית היא תמ״א 38 בעוד המסגרת הקניינית היא בחוק החיזוק במקרקעין. המסלול השני שהוא פינוי בינוי, המסלול הקנייני הוא חוק הפיצוי בינוי (פיצויים) בעוד המסלול התכנוני הוא חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית. הוא נועד לסייע לעיריות ויזמים לקדם תכנון וגם לקדם פרויקטים בצורה מתכללת ורחבה יותר. מטרה העיקרית של הרשות היא לקדם את הפרויקטים מבחינת הניואנסים התכנוניים.

הבעיה העיקרית בשני ראשי החץ היא שקשה מאוד להניע פרויקט להתחדשות עירונית. הסיבה היא שהפרויקטים בדרך כלל נעשים על בתים משותפים מה שמוביל לבעיית **הפעולה המשותפת** (אם לא עושים הפקעה).

תמ״א 38

המטרה הראשונית הייתה לחזק מבנה קיים ולא להגיע למצב בו הורסים את המבנה. בדרך כלל מדובר על בתים ישנים כאשר הבעלים לא יכולים לשאת בעלויות השיפוץ. הפרויקט בעצם מבוצע ע״י נתינת תימרוץ ליזם. הקבלן מקבל את האפשרות לבנות עוד דירות ולשווק אותן לקונים חדשים. תמ״א 38(2) ניסתה להתאים את עצמה לשוק כי לפעמים היה משתלם הרבה יותר להרוס את הבית ולבנות אותו מחדש. הדיירים יסכימו להיכנס לפרויקט כי הם מרוויחים דירות חדשות או משופצות עם תוספת של מטראז׳ לדירה/מעלית. עיריות מעכבות הרבה פעמים פרויקטים כאלה בגלל שמדובר על פרויקטים בודדים ולכן היכולת של העיריות להטיל על יזמים להשתתף בעלויות של תשתיות היא מאוד מצומצמת.

פינוי בינוי

כאן הכוונה היא לפינוי של מתחם שלם ולא על בניין בודד. היתרון של פינוי בינוי לעומת תמ״א 38 לקבלן הוא **ההיערכות התכנונית**. כשמתכננים אזור שלם ולא בניין בודד יש יכולת לתכנן ולשווק את הפרויקט כמו שצריך, גם מבחינת העירייה- ניתן להטיל יותר חובות ועלויות על היזם.

הבעיה העיקרית בשני ההליכים ובעיקר בפינוי בינוי הוא כאמור בעיית הפעולה המשותפת, ״הדייר הסרבן״. כיצד ניתן להתמודד עם הבעיה הזו?

**(1)הפקעות**, כך אין צורך באישור הדיירים. מדינת ישראל בחרה **שלא ללכת במישור הזה** וגם לא במישור **(2)ההפרטה**- לאפשר ליזמים לעשות מה שהם רוצים. זה כמובן אומר שהמדינה צריכה להתפשר מבחינה תכנונית בעוד היזם יכול לנצל את הדיירים אך אם אנחנו מאמינים שהשוק החופשי הוא המנגנון הטוב ביותר להשאת הרווחה המצרפית יתכן וזהו הפיתרון הנכון.

מדינת ישראל בחרה ללכת במישור **הרגולציה**- היא מקדמת התחדשות עירונית באמצעות מגבלות מחד ותמריצים מאידך. באופן עקרוני הקבלן צריך להתקשר עם הדיירים, לקבל 80% מהחתימות ולצאת לדרך. הרגולציה חלה אפילו בחוזה בין הקבלן לבין הדיירים. רק בס׳ 2 בחוק הפינוי בינוי יש המון רגולציה על היזם- הגדרת התמורה, סיפוק בטוחות (בעל הדירה נמצא ללא זכויות קנייניות במהלך התהליך). היזמים מחויבים לעבוד בצורה מאוד מאוזנת מול כל הדיירים אך זה מקשה על התגברות על בעיות.

ניתן לראות את **פס״ד צ׳ודלר** בו ס׳ 60 קובע רוב מסוים לקבלת החלטה על הקמת בית משותף ומצד שני הוא קובע שאם בעל הדירה מסרב להשתתף לאחר שהושג הרוב ניתן להעביר את הזכות שלו בדירה למישהו אחר שיסכים להשתתף. ניתן בעצם להפקיע את זכות הבעלות כדי לקיים את אינטרס הקהילה הקניינית כולה. האדם אף פעם לא רק אדם פרטי עם קניין אלא חלק מקהילה.

בפס״ד זה **חשין** טוען שזהו ניסיון של העולם המערבי להתמודד עם הצפיפות- לאפשר בנייה בקרקע תוך חובה להתמודד עם ״החיים יחד״. בנוסף חשין אומר שמעשה לטובת הקהילה אינו חסד אלא חלק מהמוסד הקנייני של הבית המשותף.

בבתים משותפים יש 3 סוגים של מנגנוני הכרעה של בעיית הפעולה המשותפת- **מתן זכות ווטו** לכל דייר, **הכרעת רוב** (המחייבת גם את אלה שלא מסכימים) או **דרישה של רוב מיוחס** (תלוי בעוצמת הפגיעה במיעוט). ככל שהפגיעה תהיה יותר שגרתית כך נאפשר התנהלות עפ״י רוב בעוד כאשר מדובר בפגיעה קשה נאפשר הכרה תוך התחשבות בווטו או ברוב מיוחס.

**תרגול 2- 25.06.20**

רישיון (בר רשות) במקרקעין

ההגדרה היא שבר רשות במקרקעין הוא אדם שיש לו רשות להשתמש במקרקעין שלא לפי אחת מ-5 הדרכים המנויות בס׳ 161 במקרקעין- בעלות, שכירות ושאילה, זיקת הנאה, משכנתא וזכות קדימה. זכויות בעל הרשות לא מוסדרות בחקיקה אלא רק בפסיקה. הן הוכרו לפני חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאילה ולכן בפסיקה קוראים **לבטל** את המוסד הנ״ל.

רישיון במקרקעין

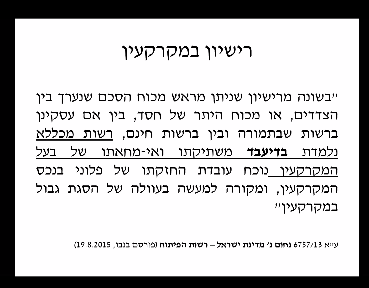
הרישיון נקלט מהמשפט האנגלי והוא בבסיסו מוסד חוזי. **נינה זלצמן** הגדירה את הרישיון כהיתר או רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר להחזיק או להשתמש בנכס, אפשר שתהיה מעוגנת בחוזה או תלמד משתיקתו ואי מחאתו להחזקה או שימוש אחר בנכס.

יש אם כן 2 דרכים:

1. **הסכם**- כאשר אדם נותן לשני הסכם להשתמש בנכס או להחזיק בו. זוהי זכות שימוש חוזית המגדירה את גדרי זכות השימוש.
2. **שתיקה או אי מחאה- הסכמה מכללא**- כאשר אדם יודע שאחר נכנס לנכס שלו אבל הוא שותק ולא מביע מחאה. זהו הסכם שלא נאמר מפורשות בין הצדדים אלא משתמע מההתנהגות שלהם.

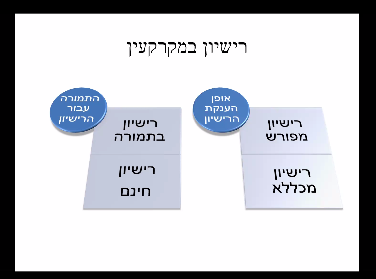
במקביל הפסיקה מבחינה בין עוד 2 סוגי רישיון- כזה **שניתן בתמורה** וכזה **שניתן ללא תמורה**. בפסיקה קוראים לזה בדרך כלל **רישיון חינם**.

**בפרשת נחום** מוסברת הסוגיה בצורה הטובה ביותר.



בעצם כאן ניתן צעד נוסף- **במקרה של השגת גבול במקרקעין** הרישיון יכול להוות **טענת הגנה** כלפי משיג הגבול לכאורה.

לרישיון במקרקעין אם כך יש 4 אפשרויות:



פרשנות הרישיון

היינו מצפים שאם יש לנו רישיון בתמורה אז יהיה אפשר לבטלו רק בסוף ההסכם ורישיון חינמי אפשר יהיה לבטל בכל עת אבל נראה בהמשך שזהו לא כלל מוחלט וחשוב לזכור שכיום מטבע לשון ששגורה בפני השופטים היא שרשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה- לעיתים אדם לא שילם תמורה אבל לא ניתן יהיה לבטל את הרשות ולהפך. **אין כלל אחיד שניתן להגיד שברגע שישנה תמורה לא ניתן לבטל את הרישיון ולהפך**. זוהי סוגיה מאוד גמישה ותמיד ניתן לטעון לתנאי המקרה.

היקף ההגנה על הרישיון

אילו שיקולים ביהמ״ש ישקול ומתי יגן על אדם שקיבל רשות?

1. **ראשית, נבחו את היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין**- לעיתים אנשים משקיעים הרבה כסף בקרקע, לדוגמה בנו בית או השקיעו בו עבודה גם אם הרישיון עצמו היה ללא תשלום ואז נגן על הרישיון יותר.
2. **הציפיה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין**- אם אדם היה בטוח שהוא יכול להשתקע בשטח על בסיס הבטחה של הבעלים ולפעול בעקבות זאת, לציפייה יש משקל ביחס להגנה של ביהמ״ש.
3. **משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור**- אם מדובר על שנה או שנתיים או על 50 שנה? יש משקל למשך הזמן. ככל שאדם פועל בנכס יותר זמן זה משקיע על ההסתמכות ועל היקף ההסתמכות.
4. **התמורה**- ככל שנינתה, בגין הרישיון. התמורה לא מחייבת את היקף ההגנה, יתכן ויהיה רישיון ללא תמורה וביהמ״ש יחליט לא לבטלו בעקבות השיקולים האחרים אך זהו פקטור שנידון בביהמ״ש.

עקרון הציפייה

**בפרשת ציזיק** היה מקרה בו אב כתב לביתו שהוא מעניק לה מבנה מסוים כדי שתגור בו עם בעלה אחרי שתתחתן. הבת ובעלה השקיעו בו משאבים רבים אך לאחר מות האב היורשים טענו שהמבנה צריך להתחלק בין כולם. היא טענה שהיא צריכה להחזיק ברישיון בלתי הדיר מכוח השיפורים שעשתה בו. ביהמ״ש קבע כי יש לה רישיון בלתי הדיר להחזיק במבנה ולהשתמש בו על אף שהבעלות לא עברה אל הבת. במקרה הזה ניתן לראות שביהמ״ש מתייחס **לכספים ולעבודה** שהושקעה במבנה כמדד להיקף ההשקעות. בנוסף הוא מדבר על **הבטחה** שנינתה לבת לגור שם וזאת **הציפייה הלגיטימית וההסתמכות** שלה לגור במקרקעין. ביהמ״ש מתייחס גם לכך שהיא **גרה במקום** 25 שנים ולמרות שנינתה לה הבטחה **ללא תמורה** לא ניתן לבטל את הרישיון. יש לה רשות החזקה ולא זכות קניינית!

זכות השימוש מותנית בקיומן של נסיבות מיוחדות שנינתן ללמוד מהן על קש״ס בין הציפייה שבעל המקרקעין נטע במחזיק בנכס לבין השינוי לרעה שהתרחש במצבו של המחזיק. בעצם במקרה שלנו מצבה של הבת ישתנה לרעה אם יילקח הרישיון שלה. אם יהיה בלתי צודק לאפשר לבעל המקרקעין להתנער מההבטחה או להתכחש למצג שיצר, יקבע ביהמ״ש כי בפנינו זכות בלתי הדירה מכוח השתק. **במקרים בהם לא הייתה מחאה ואדם שינה את מצבו לרעה יינתן רישיון לבעל הרשות**.

**זכות שימוש מכללא לא יוצרת זכות קניינית במקרקעין**! אין בכך לשלול **טענת השתק** שנוצרת מעקרון הציפייה. אם עולה מקרה רישיון במקרקעין- כדאי לציין את ארבעת האפשרויות שנדונו מעלה ולטעון להיקף ההגנה ולזכור שהכל בהתאם לנסיבות ולקריטריונים.

עבירות

הזכות שנוצרת עקב הרישיון מהווה **זכות אישית** של בעל הרישיון כלפי נותן הרשות. זוהי לא זכות קניינית ולא ניתן להעביר אותה! מכיוון שזו זכות אישית **הרישיון פוקע במקרה של העברת הבעלות** במקרקעין מידיו של הבעלים לאדם אחר.

למרות שמדובר על זכות אישית, מקבל זכות השימוש זכאי להעבירה לצד שלישי **בהסכמת בעל המקרקעין**. אם יש לי רישיון ואני רוצה להעביר אותו לחברה שלי, ניתן לעשות זאת אם בעל המקרקעין מסכים לכך.

זכות שימוש בלתי הדירה

זכות שימוש מכללא לכאורה נינת לביטול בכל עת באמצעות הגשת תביעה לסילוק יד. בפועל הביטול של זכות השימוש במקרקעין כפוף גם לעקרונות של **צדק** בהתחשב בציפייה הסבירה שנטע בעל המקרקעין אצל בעל זכות השימוש ובהסתמכותו על כך. אם ההצדקה העיקרית נובעת מעיקרון הצפיות, מדובר בזכות שלא נינת לביטול. **יכולים להיות מקרים בהם אדם נכנס לשטח של אחר ואי אפשר יהיה לבטל את הרישיון**- תינתן לו זכות שימוש בלתי הדירה. הרשות מצד בעל המקרקעין יצרה השתק ולכן בלתי ניתנת לביטול (בהנחה ואכן לא הוגשה תביעה לסילוק יד).

סעדים

מהן האפשרויות העומדות בפני ביהמ״ש?

1. **הודעה מוקדמת סבירה והולמת**- אם רוצים לבטל את הרישיון מכללא, בשים לב לנסיבות העניין ולציפייה שנוצרה אצל בעל הזכות. אם מישהו מתגורר במבנה או בנכס 20 שנה לא ניתן לו התראה של יום אחד.
2. **ביטול הרישיון ללא פיצוי**- באופן מיידי ללא הודעה מוקדמת. יתכן ויקרה במקרים של שימוש קצר בנכס.
3. **התניית ביטול זכות השימוש בתשלום פיצוי כספי בגין השבחת הנכס**- אם האדם גר בנכס לתקופה ארוכה מאוד, שיפץ את המבנה והשקיע בנכס יינתן לו פיצוי בגלל שהוא הסתמך על עצם נוכחותו בנכס- בין אם ע״י הבטחה ובין אם ע״י אי מחאה.
4. **במקרים קיצוניים- יוחלט שיש כאן רשות בלתי הדירה ולא ניתנת לביטול ע״י בעל המקרקעין (על אף רצון הבעלים לבטלו**)- לא ניתן יהיה לפנות את בעל הרישיון (כך לדוגמה **בפס״ד ציזיק**).

פיצויים

בנסיבות מתאימות ביהמ״ש יכול לקבוע שיש לבטל את זכות השימוש בכפוף לתשלום פיצויים לבעל הרישיון. **בפס״ד רוזן** נאמר כי אין פתרון קבוע והכל תלוי בנסיבות- לפעמים יינתן פיצוי ולפעמים לא. מה יהיה גובה הפיצוי? **הפיצוי יהיה רק בגין ההשקעות בנכס ובגין השבחתו** (פס״ד **עבד אל סאלם חיר נ׳ לידאי**).

זכות שימוש במקרקעי ציבור

מומלץ לקרוא את **פס״ד היפר חליף**- כאשר מדובר בפלישה למקרקעי ציבור אין צידוק חוקי להכיר בקיומו של רישיון מכללא.

1. אינטרס הציבור- אנחנו לא רוצים שיפלשו לשטחים ציבוריים.
2. מקרקעין הציבור הם רבים ויש קושי בפיקוח.
3. לעיתים הרשויות לא משכילות לטפל בפלישות באופן יעיל.

מבחינת השופט מזוז כשפולשים למקרקעי ציבור הוא לא מאמין ברישיון מכללא.

**בפס״ד חבה נ׳ מנהל מקרקעי ישראל** דובר על כך גם כן.

**בפרשת היפר חליף** החליט בפועל **השופט רובינשטיין** שרק בהתקיים נסיבות חריגות ונדירות עד מאוד יכירו בזכות מכללא. לדוגמה, כאשר המדינה נתנה מעין הבטחה למשיגי הגבול כי בחלקה מסוימת הם יכולים להתגורר כאשר בעלי הרישיון השקיעו על בסיס הציפיות הללו. זה מתאים בעיקר לקיבוצים ויישובים. **בפרשת נחום** המשפחה ישבה במקרקעין 60 שנה מבלי שנעשו צעדים ממשיים לפינויה (לפני שחוק המקרקעין נכנס לתוקף).

**שיעור 25- 29.06.20- שיעור חזרה למבחן**

**התחדשות עירונית**- לא יהיה חלק מהמבחן. המבחן יותאם למסגרת הזמן שיהיה, הנרמול כמו כל שנה יהיה על הצד הגבוה. הפורמט תכף נקבע אבל הציון יהיה מספרי.

כעת נעבור על נושאים שהיו לנו במהלך השנה, במהלך הימים הקרובים ישלח סילבוס ממוקד לבחינה.

התחלנו את השנה כשדיברנו על תפיסות של קניין, כמעט בכל שאלה שתהיה יהיה נכון לחשוב מהם טיעוני הצדדים גם מבחינת תפיסות הקניין. לא צריך לנתח ולדון לעומק על התפיסות אבל הרבה פעמים לתפיסות יש משמעות. בבית משותף יש משמעות לשאלה איך אנחנו רואים את המוסד הזה. התפיסות הללו מתנגשות ובאות לכדי קונפליקט ולכן כשהן רלוונטיות אז **כדאי להתייחס אליהן**. אם המרצה ירצה שהדיון יהיה בהיקף גדול יותר זה יהיה ברור לנו. תפיסת הקניין שביהמ״ש אימץ היא **תפיסת קניין ליברלית**.

**בערכים של קניין** יש לנו הרבה ערכים חברתיים ואין אחד שהוא אולטימטיבי. לכן, בכל מוסד קנייני יש לאזן בין ערכים שונים (חירות, קהילה, אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, סביבה). תפיסה זו מחייבת אותנו לקחת בחשבון באיזון הערכים את חירות הבעלים (הפגיעה בחירות הבעלים תמיד חייבת להילקח בחשבון). האופן שבו נכריע באיזון במבחן יהיה פחות חשוב, מה שחשוב זה להבין שהאופן שבו אנחנו מכריעים בסכסוכים קנייניים היא באיזון בין הערכים השונים (**פס"ד Samedan**- ללכת לחוק ולהבין מהם אותם ערכים שהמחוקק ניסה לקדם במוסד הקנייני הזה, וההכרעה הזו צריכה להיות בהתאם לאיתור אותם ערכים).

**בתים משותפים ושיתוף**- החומרים שניתנו לצורך העבודה ללא ס׳ 33 לחוק הגנת הדייר.

**הפקעות**- סביר להניח שיופיע במבחן באחד המועדים לפחות, ללמוד את הנושא הזה טוב לכל תחומיו. לחזור כאן על פסקי הדין כי כנראה תהיה הצעת חוק שנצטרך להתמודד איתה. בנושא הזה יש הרבה מאוד נושאים, האם ההפרעה כשרה, המבחנים השונים שדיברנו עליהם (אם יהיה קייס המבחנים יופיעו) וגם שאלת הפיצוי (ההפחתות וההסדרים). המרצה ממליץ לקרוא את פסקי הדין! לשים לב מיהו הגורם המפקיע (מדינה/שלטון מקומי) ולמתח של בעל הקרקע לבין שאר האנשים בחברה. **חשוב להכיר את המצב בארה״ב אבל רק מה שדיברנו בכיתה**!

**מחוברים**- גם הוא ככל הנראה יהיה לפחות באחד המועדים. זהו נושא שיכול לבוא גם באופן עצמאי (לבחון את המבחנים של ויסמן והפסיקה ביחס לנכס) ויכול לבוא במסגרת תחרויות, בעיקר במקרקעין ששם השאלה כפולה- הכרעה בתחרות ואז האם העובדה שהאדם זכה בקרקע זכה גם במחובר. ללמוד טוב את המבחנים! החשיבות היא להבין שזוהי סוג של תחרות ביחס למיטלטלין. להבין שבגלל החיבור לקרקע נוצרת תחרות בין מי שחיבר לבין בעל הקרקע- אם נבין את ההשלכות העסקיות נבין שזאת שאלה שחורגת קצת מהמבחנים בצורה היבשה לתוך תחרות מקרקעין יותר מורכבת. במבחן נזהה את זה אם יגידו לנו **שחיברו** את הנכס לקרקע או בעובדה שיש נכס מיטלטלין ועליו המלחמה (מכונה/קראוון). אז צריכה להידלק נורה אדומה שכדאי לבחון גם את העניין הזה.

**שימוש לרעה בזכות**- בגלל שלא למדנו את ההתחדשות העירונית נשאר רק את רדומילסקי והררי מואב. זוהי לא התפתחות שהובילה לאיזשהו שינוי והרציונל שאפיין את רדומילסקי מאפיין אותו גם בהתחדשות עירונית- למרות שיש בעלות לא ניתן לעשות בנכס מה שרוצים ולגרום נזק לאחר. השאלות מתי כן ומתי לא עלולות להופיע במבחן- או בטענת נגד בקייס או במצב בו הבעלים מתעקש על משהו שנתפס ע״י הצד השני כחוסר תו״ל.

**המשטר הקנייני בישראל**- לא בטוח כמה זה יופיע אבל כן חשוב להכיר את הזכויות השונות שמכוחן מחזיקים אנשים במקרקעין בישראל (בעלות, חכירה לדורות ורישיון במקרקעין). טענת רישיון מופיעה כמעט בכל כתב טענות ביחס למקרקעין. הטעם הוא שרישיון הוא דבר נורא גמיש ואפשר להפעיל אותו בגמישות מסוימת. לפעמים צריך לבדוק מהי הזכות הקניינית של האדם ויתכן והיא תהיה דווקא רישיון!

**איך פועלים כדי למזער ליקויים קוגניטיביים**- יש ללמוד דירה מקבלן ואת שני המכשירים שהחוקק חשב עליהם כדי למזער את פערי הכוח- חובות הגילוי והבטוחות! יכולה להיות שאלה על קבוצות רכישה- האם נכנס לאחד החוקים או בקשה מאיתנו לעצב מנגנון שמצד אחד ישמור על היתרונות של קבוצת הרכישה ומצד שני ימתן את החסרונות כאשר נקודת הייחוס היא חוקי המכר. צריך להכיר מעבר להיבט הטכני אלא לחשוב על מה זה אומר- האם ישים או לא ישים? אם תגיע שאלה מסוימת בה קבלן נתן או לא נתן יש לדון גם בישימות של המנגנונים.

**דיני תחרויות**- יהיה במבחן בוודאות. ישנן 3 תחרויות עיקריות. הדרך הכי נכונה לעבוד היא בצורה מאוד מסודרת- השאלות יהיו מורכבות ואנחנו נצטרך לזהות את הצדדים לתחרות והאם בכלל יש תחרות (התנגשות בין זכויות). לא לחשוב בצורה אינטואיטיבית אלא להדפיס את התחרויות- המשאבים ואז הצדדים. או שהמשאב יופיע בצורה ברורה או דרך הסיפור של הרישום בטאבו (כן או לא). לשבת כמה דק׳ ולבנות את התחרות. ברגע שנזהה את המשאב ואת זהות הצדדים הכל יהיה קל יותר. חשוב ללמוד גם את המתנה ולקרוא את **פס״ד לניאדו**!! אם לא נקרא את פסקי הדין בסילבוס הסיכוי לעלות על הניואנסים או הרציונלים קטן.

גם **שעבודים וסדר פירעון** יופיעו במבחן! יכול לבוא לידי ביטוי בצורת משכנתא נגד בעל התחייבות לעסקה או שסל״ן במחוברים. יהיה רק בהקשרים של קולמבו ולא באופן כללי ביחס לחדלות פירעון.