**[Shai.stern@biu.ae.il](mailto:Shai.stern@biu.ae.il)**

[**elishanoam@gmail.com**](mailto:elishanoam@gmail.com)

**דיני קניין - ד"ר שי שטרן**

**שיעור 1 - 14.10.18**

1. **דרישות:** 5 מתוך 8 בחנים על חומר הקריאה (3-4 מקורות לבוחן, עובר/לא עובר) (10%); 2 עבודות קייסים, על חומר שלא נלמד בכיתה (20%) ומבחן מסכם, (3 שאלות: אירועון גדול, אירועון קטן ושאלת מחשבה) (70%).

**נושא א': הקניין הפרטי**

1. **הזכות הקניינית**
2. באופן עקרוני, הזכות לקניין הוגדרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית. ניתן לפגוע בזכות הקניינית לפי תנאי פסקת ההגבלה (ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו).
3. **דוגמאות:**
4. **פטנט:** פטנט הוא זכות משפטית הניתנת על ידי [מדינה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%94) לבעל [המצאה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%9E%D7%A6%D7%90%D7%94) לזמן קצוב ([תקופת תוקף פטנט](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%A7%D7%95%D7%A4%D7%AA_%D7%AA%D7%95%D7%A7%D7%A3_%D7%A4%D7%98%D7%A0%D7%98) היא בדרך כלל, 20 שנה). הזכות המשפטית מאפשרת לבעל פטנט למנוע מאחרים להשתמש בהמצאה.  במידה וחברה תחליט שהיא לא מעוניינת להשתמש בפטנט בצורה ראויה, ניתן לתת רישיון בכפייה לאחרים לייצר את המוצר.

**חוק הפטנטים נותן שתי מגבלות על הזכות לקניין:** **מגבלת הזמן**, לא ניתן לכל החיים. שונה למשל מזכות של קניין על דירה, אין מגבלת זמן. הקצבת משך הזמן מעידה שזכות קניינית אינה זכות ללא הגבלת זמן. ההגבלה השנייה היא **רישיון כפייה:** אם גורם מסוים לא מנצל את הפטנט באופן ראוי לטובת החברה, רשם הפטנטים יכול לתת רישיון לגורם אחר ללא זכות קניינית לפתח את המוצר שמוגן בפטנט. למשל, אם חברת טבע מייצרת בחסר **ולא משתמשת בפטנט באופן ראוי (כי יש דרישה גבוהה יותר לתרופה), המפקח יכול לתת אישור לחברה מתחרה לייצר את התרופה.** במקרה כזה לא בודקים את הפגיעה בקניין לפי תנאי פסקת ההגבלה.

1. **חלוקת רכוש בגירושין**: כמעט כל המקרקעין בישראל הם מקרקעין רשומים. כל חלקה/גוש/תת חלקה מופיעים בטאבו - רישום המקרקעין. כל זמן שהקונה לא רשם את הנכס על שמו בטאבו, אין לקונה זכות קניינית בנכס, אלא זכות חוזית בלבד. כאשר מדובר בבני זוג, רוב הדירות בישראל היו רשומות על שם אחד מבני הזוג, לרוב הגבר. במקרים של גירושין, עד לשלב מסוים בפסיקה הישראלית (פס"ד בבלי), לרוב הגבר היה מקבל את הדירה במלואה - שהייתה רשומה על שמו. בפס"ד בבלי נפסק שמחצית הדירה שייכת לאישה ופוסק שאין פגיעה בזכות לקניין של הגבר. לפיכך, אומר בית המשפט שכאשר מדובר בדירה של בני זוג, החזקה היא שהדירה שייכת לשניהם.
2. **זכויות יוצרים** - מעניקים הגנה לזכות של היוצר על היצירה שלו (לרוב 70 שנה). לאחרונה למשל פגו זכויות היוצרים לשירים של ביאליק. **בעבר,** חוק זכויות יוצרים היה בנוי בתפיסה שיש זכויות יוצרים ליוצר, וכל מי שעושה פגיעה מסוימת מוגדר כפוגע, ולאחר מכן הוא יכול להיות פטור מלשלם כי הפגיעה נכנסת להגנות בחוק. **כיום,** חוק זכויות היוצרים עבר שינוי מסוים. בוורסיות הקודמות הייתה "הגנת שימוש הוגן" - אם עשיתי שינוי ביצירה אני פטור מלשלם ולפצות על הפגיעה. החוק שינה לחלוטין את הגנת השימוש ההוגן - וקבע כי אדם שעושה שימוש הוגן ביצירה **לא פוגע מלכתחילה** בזכויות היוצרים.

**בשורה תחתונה, לא כל פעולה או כל קביעה שנעשית ביחס לזכות הקניינית, היא בהכרח פגעה בזכות קניינית שמחייבת בחינה של פסקת ההגבלה. אם כן, מה כן? בשביל לענות על השאלה יש הסביר תחילה מהי הזכות הקניינית?**

**ייחודיות הזכות לקניין - התיאוריה הקניינית**

1. **התיאוריה הקלאסית:** ע"פ התיאוריה הקלאסית, הייחודיות בזכות לקניין **לבעל הזכות יש זכות בנכס או ביחס לנכס - זכות למול הנכס.** המשמעות היא שדירה למשל לא יכולה לנהל מערך של זכויות וחובות באופן דומה עם מישהו אחר שהוא לא בעל הדירה. זכות חוזית, לפי תיאוריה זו, היא זכות כנגד אדם אחר, ולא מול הנכס עצמו. **הבעיה בתאוריה זו:** היא שקשה לראות מערכת יחסים של זכות כנגד חובה, וקשה לדבר על חפצים ונכסים בתור מושאי חובות וזכויות. גם מבחינה תיאורית קשה להבין את התיאוריה הקלאסית. תיאוריה זו רצתה לעשות את ההפרדה בין זכות חוזית לקניינית. בגלל שיש לי קשר ישיר מול הנכס – לאף אחד אחר אסור לפגוע בזכות הקניינית שלי כלפי הנכס.
2. **התיאוריה הפרסונלית:** הניסיון להבדיל גם כן בין קניין לחוזים. לפי תיאוריה זו **ההבדל הוא בהיקף הקשרים שמתקיימים כשמדובר בזכות קניין לעומת היקף הקשרים המתקיימים כשמדובר בזכות חוזית.** לפיכך, בשני המצבים היחסים הם יחסים משפטיים בבין בני אדם או יותר. בזכות קניינית, קיימת מערכת חוזית בין בעל הזכות לבין כל האנשים בעולם. הרעיון הוא שבעוד שאדם בדיני חוזים מתקשר עם צדדים מסוימים לחוזה, בדיני העניין כל העולם למעשה הוא הצד השני לחוזה. **לדוגמא:** אדם שקנה דירה והועברה אליו הזכות הקניינית, התיאוריה הפרסונאלית אומרת שנכרת חוזה בינו לבין כל העולם שאומר שהדירה הזו היא של הקונה. הזכות הקניינית למעשה כורתת חוזה רק משתתפים עם כל העולם. **הבעיה עם התאוריה הזו** היא שאין הבחנה מהותית, אלא הבחנה מעשית בלבד - כמות האנשים עמם נכרת החוזה. אם ההבדל היחיד היא כמות האנשים, תהיה בעיה להבחין בין זכות חוזית לזכות קניינית. לא יהיה ניתן להסביר הבחנות עמוקות יותר בין קניין לחוזים. **עם זאת, לא ניתן לשלול לחלוטין את התיאוריה הפרסונאלית.**
3. **התיאוריה המודרנית קלאסית -** המנסה לשלב בין שתי התאוריות הקודמות, ועליה למעשה מסתמך המערב ומאמץ אותה במשפט המודרני. התיאוריה מכניסה חזרה את הנכס לתוך מערכת היחסים. זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מהנכס רק באמצעות אישיותו של חייב.

**לדוגמא:** משכנתא - אדם צריך כסף לרכוש דירה, והבנק מלווה את הכסף ומשעבד את הנכס, והוא נרשם כ"בעל משכנתא". אם לא יחזיר את החוב, הבנק לא יצטרך לרדוף אחריו (בניגוד לזכות חוזית). הבנק ילך באופן ישיר לנכס וייקח את חלקו ממנו.

תיאוריה זו אומרת שבזכות הקניין, הבעלים של זכות הקניין מקבל זיקה בלתי אמצעית אל הנכס עצמו. הזכות שלו היא לא מול הנכס אלא האדם השני המעורב, אבל ברגע שהוא רוכש את זכות הקניין, הוא מקבל זיקה בלתי אמצעית לנכס, בעוד שבחוזה אין לך זיקה בלתי אמצעית, אלא לאדם שמולו כרתת את החוזה.

**תפיסות קנייניות - מהו קניין?**

1. **William Blackstone -** הוגה דעות משפטן אנגלי שכתב שני ספרים: הערות על החוק האנגלי על הcommon law. משפט שכתב שם הפך אותו לכהן הגדול של התפיסה הליברטאנית (תפיסה שמקדשת את החירות, במקרה הזה חירות הבעלים). **לפיו, ברגע שאדם הופך לבעלים, הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה עם המשאב הזה, ואף אחד לא יכול לעשות שום דבר עם קניינו. שני דברים שנגזרים מזה:** **(א)** גם לבעל קניין אחר גם לו יש מונופול על הקניין שלו: "שלי שלי שלך שלך". **(ב)** הדבר השני שנובע מכך הוא שכל הגריעה בין זכות הקניין שלי היא פגיעה בקניין. כל פעולה שתפגע בשליטה המלאה (התערבות המדינה למשל) תחשב כפגיעה בקניין (מס הכנסה/הפקעת קרקע). **בשורה התחתונה, כל גריעה ממה שיש לי היא פגיעה בקניין.**
2. **Hohfeld- התפיסה שעומדת מהצד השני היא התפיסה ההופלדיאנית.** לפיו, יש להסתכל על קניין באופן מודולרי: בזכות לקניין אין תוכן אמתי ומחייב ולא ברור מה הכוונה האמתית בזכות לקניין. לפעמים הזכות לקניין היא רחבה ולעיתים היא מצומצמת. לדוג': הזכות לשכירות היא זכות מצומצמת- לא ניתנת לשליטה/ניהול או מכירה ומגבילה גם את השימוש. לכן, הזכות לקניין היא זכות מודולרית. **בשורה התחתונה, ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין וממילא לא כל גריעה מהווה פגיעה בקניין.**

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

ישנה חלוקה של 3 תפיסות קנייניות שונות שמשפיעות על הדרך שבתי המשפט בישראל מתייחסים לדיני הקניין:

1. **מישור תורת-משפטי:** מפריד בין גישות פורמאליסטיות (צורניות) מול גישה ריאליסטית. לפי **גישות פורמאליסטיות** למשל, לא היינו מגיעים להלכת בבלי משום שברגע שאדם מקיים את הדרישה הצורנית ורשום בטאבו, עוצרים שם - האדם עומד בדרישות הצורניות ולכן הוא נחשב הבעלים. לכן ברגע שאדם עמד בדרישות האלה הוא הבעלים. **הבעיה** בתפיסות הפורמאליסטיות הן שהן לא גמישות. **תפיסות קניין ריאליסטיות** לעומת זאת מבינות שהליכה צמודה לחוק לא יביאו תמיד לתוצאות צודקות, לא רק באיזון הערכים אלא גם ביחס לזכות הקניינית האמתית. תפיסות שהולכות ע"פ החוק, אך נותנות גם משמעות למציאות במקרה הספציפי. **היתרון** הוא גמישות, **החיסרון** הוא חוסר וודאות במקרים מסוימים והרבה מאוד כפיפות לשיקול דעת של שופטים, דבר המביא לאד הוקיות - פסיקות פר מקרה לעומת פסיקות רוחב, כך שלא יהיה ניתן ללמוד בין מקרה למקרה, בו כל מקרה יהיה כפוף לתפיסת עולמו של כל שופט. **בישראל,** המצב הוא בין לבין. מצד אחד ישראל לא בגישה הפורמאליסטית, אך השופטים משתדלים גם לא להגיע לצד הריאליסטי. כך, מערכת המשפט מצמצמת כל הזמן את הריאליזם שהיא כן מכילה.

**פורמאליסטיות << --- >>** **ריאליסטיות**

**שיעור 2, 21.10.18**

1. **מישור התחולה**: נע בין **תפיסות מוניסטיות** (תפיסה שמבוססת על ערך אחד) **לתפיסות פלורליסטיות** (תפיסה שמבוססת על מספר ערכים). **לפי התפיסה המוניסטית**, המבוססת על ערך אחד, בדיני קניין - ערך חירות הבעלים, תפיסות שמייחסות בלעדיות לערך חירות הבעלים. לכן כששואלים האם הבעלים נפגע, התשובה לפי התפיסה המוניסטית המאמצת את ערך חירות הבעלים כערך האולטימטיבי - התשובה ככל הנראה תהיה כן. כך, יהיה צריך לבדוק אם חירות הבעלים בנכס נפגע - אם התשובה תהיה כן - תהיה פגיעה בזכות הקניין (האם מפצים, איך מפצים - גם ללא מענה תשובות לשאלות אלה, תהיה הכרה בפגיעה של הזכות לקניין של הבעלים. תפיסה מוניסטית נוספת היא התפיסה של רווחה מצרפית/ יעילות: ערך חברתי שלפיו יש להכריע סכסוכים בהתאם למשוואה הכלכלית של העלויות והרווחים של כלל הציבור. **לדוג':** הכרעה במדיניות של צמצום תאונות דרכים לפי גישה מוניסטית של רווחה מצרפית, תעדיף לבדוק את העלויות וההפסדים בכל אחת מהחלופות: אם הסתה מתקציב הביטחון לתקציב מניעה בתאונות דרכים תגרום למספר הרוגים גדול יותר (300 מול 1000 למשל) ייתכן ש"עדיף" שיהרגו 300 אנשים בתאונות דרכים על פני 1000 איש באירועים ביטחוניים. אימוץ ערך הרווחה המצרפית כערך מוניסטי, התוצאות יהיו כנראה הפוכות לתוצאות שהולכות לפי ערכים של תפיסות ליברטאריאניות - המאמצות את חירות הבעלים. החישוב הכלכלי הוא למעשה המשקפיים הכלכליים בגישה של הרווחה המצרפי, לא יעניין האדם הבודד ורגשותיו של הבעלים. **תפיסות פלורליסטיות:** תפיסה שעושה איזון בין ערכים שונים. תפיסה שלא מכריעה על בסיס ערך אחד. **לדוג':** אדם שגר בבית משותף, יש לו בעלות על הדירה שלו ובעלות משותפת ברכוש המשותף. נניח שהוא רוצה מעלית שבת/לתקן את הגג/לקחת מנקה לבניין/ למשל, הוא לא יכול לקבל החלטות על דעת עצמו, על אף שהוא הבעלים של הדירה שלו, משום שערך הקהילה עומד מול ערך חירות הבעלים - פרק הבתים המשותפים בחוק המקרקעין יוצר את האיזון בין שני הערכים האלה ומהווה ביטוי לתפיסה הפלורליסטית. נושא שחוזר על עצמו בנושא של תמ"א 38, התחדשות עירונית, פינוי בינוי. האם מותר לדייר לסרב לתכנית של תמ"א 38? קווי הגבול ששם המחוקק היא איזון בין שני הערכים - חירות הבעלים וחובות כלפי הקהילה. בשורה התחתונה, תפיסות פלורליסטיות מאזנות בין חירות הקניין מול ערכים אחרים, חברתיים או כלכליים. כל תפיסת קניין ליבראלית נותנת משמעות לחירות הבעלים. באיזון ערכי (בעבודה ובמבחן) לא ניתן להתעלם ממנו. כל תפיסות הקניין מכירות בערך של חירות הבעלים כערך שצריך להתייחס אליו השאלה היא האם זה ערך בלעדי או שזה ערך שצריך לאזן מולו ערכים אחרים. **דוג' נוספת:** חוק השכירות ההוגנת מכיר בכך שיש כשל שוק בדירות במרכז: כולם רוצים להשתקע במרכז עקב כשל של המדינה בפריפריה, בעלי הדירות מנצלים את המצב של הצעירים שרוצים לשכור במרכז בצורה שחרגה מפרופורציה. סתיו שפיר קידמה חוק של שכירות הוגנת שקובע בגדול שאסור לבעל הדירה להעלות את שכ"ד ביותר מ-3% בשנה. סתיו שפיר בעצם אומרת שההתנהלות של בעלי הדירות וחוסר הרגולציה של המדינה הסתכלה על הזכות לקניין כזכות ליברטאריאנית - מותר לבעלים לעשות מה שהוא רוצה בנכס. מן הצד השני - איילת שקד כתבה מאמר שאסור לקבל את החוק של סתיו שפיר מפני שזה פוגע בזכות של בעלי הדירות. הטלת המגבלות פוגעת למעשה בפנסיה. לפיה, זכותם לעשות מה שהם רוצים בנכסים שלהם. לאחר שלוש שנים של מאבק אידיאולוגי (ופוליטי) נולד חוק הרבה יותר מצומצם: ההגבלה על 3% ירדה מהחוק, אך הוא כולל הגבלות אחרות, מצמצמות יותר. הבעייתיות היא שהמחוקק צריך לעשות את האיזון הזה, ולא בית המשפט.

**מוניסטית << --- >>** **פלוראליסטית**

1. **מישור נורמטיבי**: **להשלים!** (מהמחברת של אור כהן) :**ליברלית** - תפיסות ליברליות הן תפיסות שיוצאות מנקודות המוצא של היחיד, ומאזנות בין היחיד לבין החברה, בעוד **שתפיסות ליברטריאנית** לא מנסות לעשות זאת. הן מתעלמות מהעובדה שיש לנו שכנים - הן פשוט רוצות שנעשה מה שאנו רוצים. אם נלך בגישות הפורמאליסטיות-מוניסטיות-ליברטריאניות - הכל יהיה וודאי, צר, וברור.

**ביקורת על התפיסה הליברטריאנית:**

1. **הביקורת התיאורית:** הבעיה עם התפיסה של Blackstone – היא לא קשורה למציאות. יש מערכת קניין שמתפקדת והיא לחלוטין לא קשורה לחירות בעלים מוחלטת. בגלל שאנו חיים בחברה, יש הגבלות על זכות הקניין, ולמרות שמדובר בזכות חוקתית, כל ההוראות לא נפסלות כתוצאה מכך שפגענו בזכויות הקניין. תפיסה ליברטריאנית לא יכולה לחיות עם פגיעות אלו. כל מעשה כזה מהווה פגיעה ומחייב פיצוי.
2. **הביקורת הדיסקורסיבית: הבעיה** השנייה היא ביקורת דיסקורסיבית (מבחינת השיח). אנו רואים שלפי התיאוריה הליברטריאנית יש הגדרה מוחלטת למה הוא קניין. המציאות מראה שלא ברור לנו על מה מדובר.

מצד שני, כאן אנו נצטרך להתפשר על צדק. נבין שיש עוול מאוד גדול, ולא תהיה לנו האפשרות לתת את הסעד ברמת הצדק. אם נלך לריאליסטיות-פלוראליסטיות-ליברליות, אז יהיה גמישות ויהיה אפשר לעשות צדק, אבל תהיה גם זילות, והכל יהיה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. למעשה האנשים שיקבעו את המסגרות המשפטיות יהיו השופטים שלא נבחרו על ידנו בכלל. אף אחד מהצדדים הללו של המשוואה הוא לא אידיאלי. אף אחד מהצדדים האלה אינו טוב למערכת המשפט באופן כללי ולא טוב לזכות הקניין באופן יותר פרטני. אם נצטרך לבחור איפה להיות, אז רצוי שנאמץ מיזוג בין התפיסות שנותנות ברמה הערכית להכיר בעובדה שזכויות הקניין משקפות קודם כל הכרעה ערכית חברתית. כל המוסדות הקניינים שקיימים בישראל הם למעשה מוסדות שהוכרעו על ידי המחוקק באיזון של ערכים קניינים שונים. **הדין הישראלי אימץ את התפיסה הריאליסטית פלוראליסטית ליברלית, אבל עם Twist - את המוסדות שלנו לא בונה בית המשפט אלא המחוקק.** חוק השכירות שעבר לאחרונה היה למעשה מלחמה ערכית בין שתי תפיסות עולם ערכיות מנוגדות. שקד ייצגה את הגישה הליברטריאנית וסתיו שפיר ייצגה את הגישה של הקהילה והחברה. בתי המשפט לא יכולים להגדיר זאת כי המחוקק הוא זה שמשקף את האיזון הערכי בחברה. בסופו של דבר החוק נחקק כאיזון של שתי התפיסות.

**מאפייני הזכות הקניינית**

1. **שליטה וניהול -** אחד מהמאפיינים המרכזים של זכות קניינית באשר היא. ההבדלים בין התפיסות יהיה עד כמה אנחנו נותנים לבעלים לשלוט ולנהל. בכל זכות קניינית חייב להיות יסוד של שליטה וניהול. אם האלמנט הזה לא קיים - כנראה שזו לא זכות קניינית. חייב להיות רכיב כלשהו. בלקסטון הוא הדוג' הבולטת, שבא לידי ביטוי אצל השופט חשין - בעל תפיסה שנותן משמעות עמוקה לזכות הקניינית, תפיסה ליברטריאנית שנותנת מקום מרכזי לחירות הבעלים. הבעיה במאפיין הוא שהוא מניח שלכל הבעלים יש זכות לשלוט ולנהל בנכס, והמופע הבעייתי הוא הפקעות - בו יש צורך למצוא דרך להתמודד עם אובדן השליטה והניהול. האם היחס הוא נכון בהתמודדות עם הפקעות קרקע? סוזט קילו - מהפס"דים המרכזיים בנושא בבית המשפט העליון האמריקאי (בית המשפט העליון בוחר תיקים בעלי השפעה ציבורית גדולה שיכולים לשנות את המצב הקיים / תיקים שנמצאים בסערה ציבורית - אובמה קר או נישואים חד מיניים). כך, בשנת 2005 מחליט העליון האמריקאי לקבל תיק שלכאורה אין בו שום עניין מיוחד: הפקעת קרקע. העליון האמריקאי דן בתיק מסיבות שאינן ברורות בהתחלה, ומכריע ברוב של 5-4 **-** נדע כשנדון בהפקעות.
2. **שימוש -** שימוש חופשי בקניין. חוק המקרקעין קובע שמותר להחזיק בקרקע ולהשתמש בה ולעשות בה כל דבר. השאלה הנשאלת היא - האם? האם מותר לי לשרוף את הרכב שלי למשל? אם קניתי את המונה ליזה שלה - האם מותר לי לשרוף אותה? **לדוג':** לפני שבועיים מחליט קונה תמונה מפורסמתבמכירה פומבית. מיד בתום המכירה הפומבית שהתמונה נמכרה, התמונה נגרסה. הקונה רצה לבטל, אבל אז הסתבר ששווי התמונה עלה. **א**ם כן, דברים שהם בעלי ערך ציבורי (בניינים לשימור/ תמונות מפורסמות) - כנראה שלא תוכל לעשות מה שאתה רוצה בנכס שלך, משום שמדובר בנכסים בעלי ערך ציבורי. כנראה שלאף אחד לא יהיה אכפת אם תשרוף את הרכב של עצמך. **בשורה התחתונה, יש מקומות בהם המחוקק עושה איזון - לדוג' שימור בניינים: בין הזכות הקניינית לערך הציבורי.**
3. **העקיבה והעדיפות - היכולת לעקוב אחרי הזכות שלי. תיאורטית:** הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר. **מעשית:** דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות וכו'. **למשל:** אם איבדתי טלפון סלולארי, ואחרי שנה רואה ביד 2 את הפלאפון הסלולארי שלי.במציאות המודרנית, במקרים מסוימים תמנע היכולת לקחת בחזרה את הנכס שלי (פלאפון סלולארי, בית המגורים וכו'). **אחת הפעמים המרכזיות שבא הנושא הזה לידי ביטוי בתחרויות:** כשיש שני גורמים שמתחרים על נכס - הבעלים המקורי של הנכס והמוכר החדש של הנכס. במקרקעין, מדובר לעיתים באדם שמוכר את הדירה לשני אנשים - מי זוכה בנכס? התשובה תיגזר גם משיקולי עקיבה וגם משיקולים חברתיים מרכזיים יותר, ביניהם תקנת שוק. אם נגיע למצב שבו כל פעם נגנב איזה משהו אנחנו עוצרים הכל ומחזירים לבעלים המקורי, יהיה מאוד קשה לנהל שוק. אם תמיד יהיה חשש שפתאום יצוץ בעלים לפלאפון הסלולרי שלך, אנשים לא יקנו דברים יד שנייה, מחשש שהבעלים המקוריים יצוץ או שהייתה העברה בשרשרת ההעברות.
4. **עבירות -** הבעלים יכול להעביר את הנכס לאדם אחר. לקיחת המשאב ולהעביר אותו לאדם אחר. הזכות היא זכות מוגבלת. אחת הדוגמאות הבולטות היא של ירושה, לפי חוק הירושה מותר לאדם לקבוע שני דורות קדימה מי יקבל את הירושה, אך לא מעבר ל-2 דורות. לאחריהם, נגמרת הזכות לקבוע את העבירות. מדוע מגבילים את העבירות בדיני הירושה, ובכלל? **שני שיקולים: השיקול הכלכלי,** לכאורה ניתן לדעת רק לשני הדורות הבאים מי יותר מוצלח לניהול ההון. לעומת זאת, השיקול חשוב יותר הוא **השיקול החברתי -** אם היה ניתן לעשות זאת, כנראה שכל בעלי הקניין, או לפחות הרוב, היו גברים, חלק גדול מהשינויים החברתיים שלנו לא היו קורים, לא היינו יכולים להפנים שינויים חברתיים שהיו קורים, כי אנשים היו מסונדלים להעביר בצו ירושה למישהו מסוים. לכן, בשביל לא להנציח דעות ומאפיינים חברתיים שהיו נהוגים לפני מאות שנים עד זמן בלתי מוגבל.
5. **חיובים -** מחקר של מוביל בתחום (גרגורי אלכסנדר) מראה **שבעלי קניין תמיד היו מחויבים כלפי הקהילות שלהם, למרות בנאמר בגישות ליברטאניות**. ביישובים קהילתיים למשל, מדובר בחובות של בעלי קניין כלפי אחרים. ברוב היישובים הקהילתיים יש מושג שנקרא וועדות קבלה. החוק מגביל זאת רק ליישובים בנגב והגליל. וועדות הקבלה מגבילה על הזכות הקניינית, משום שאדם המתגורר ביישוב קהילתי, לא יכול למכור את הנכס שלו לכל אחד, אלא אם קיבלת אישור מהיישוב.כך, אם וועדת הקבלה לא מוצאת מישהו מתאים, זה יכול לתקוע את בעל הקניין עד שמוצאים. **כך בא לידי ביטוי החובות כלפי היישוב, כלפי הקהילה. נדבך נוסף בחיובים - הפקעות קהילתיות. בשורה התחתונה, זהו למעשה אחד מהמאפיינים של הזכות לקניין - ולא מתנגשת איתה. ברור שחובות בבית פרטי בעיר אינה כמו חובה בבית משתף או בבית ביישוב קהילתי, אבל הזכות עצמה כפופה לחובות שנלמדות מהזכות ולא מחובות חיצוניות.**
6. **פומביות -** מאפיין בולט בתחרויות. פומביות הוא חשוב בזכות הקניין מאחר ולא מדובר בחוזה פרטני אלא גישה וזיקה בלתי אמצעית לנכס שמחייב את כל העולם, לכן בס' 7 (א) לחוק המקרקעין אומר שכל זמן שלא רשמנו את הנכס בטאבו, אין לנו זכות קניינית על הנכס, רק התחייבות חוזית. **לכן, אין להתפשר על הרישום בטאבו - זה אולי הדבר הכי חשוב. כי במדיה ולא, כל בלת"ם מוציא אותם מהדירה, לא תהיה זיקה בלתי אמצעית לדירה. חלק גדול מהלחץ בסיפורים כמו חפציבה למשל, היא מעצם העובדה שהם לא בעלי הדירה. המטרה במקרקעין היא לרשום את הבעלים כמה שיותר מהר. זו המטרה האולטימטיבית של עו"ד למקרקעין - מטרת העל. לכן יש חשיבות מאוד גדולה לפומביות.**
7. **עקרון הרשימה הסגורה -** מנסה לצמצם את הריאליזם המשפטי. הכוונה היא שאנחנו רוצים לדעת מראש וסט מוגדר של מוסדות קנייניים בשביל לא לעשות בלגן גדול מדי שבו כל אדם קובע לעצמו את ההרכב של הזכויות הקנייניות. נגד פריקות יתר של הזכות הקניינית, מתוך רצון לשמור על משטר קנייני מסודר. כשאדם רוצה לגור ביישוב קהילתי למשל, אדם רוצה לדעת מראש מה הסט המוגדר של החובות וההגבלות לפני שאדם עושה את הבחירה באיזה סוג קנייני הוא בוחר. **שתי סיבות: סיבה כלכלית -** אחרת אף אח לא ידע איך הדברים מתנהלים, ואם הוא ירצה משכנתא לרכישת דירה ביישוב קהילתי, אם הבנק לא ידע מה הגבולות והחיובים והמחויבות, הבנק לא ייתן משכנתא בכזה סיכון. חלק משמעותי של פעולת השוק הישראלי והעולמי מבוסס על יציבות וודאות של מוסדות קנייניים תוך ידיעה מראש של הסטים של החיובים, ע"מ שהשוק יעבוד כמו שצריך ושצדדים שלישיים ידע איך לעבוד. **הטעם החשוב היותר, הטעם הנורמטיבי:** מי שצריך לעשות את ההכרעות על האיזונים הנורמטיביים זה המחוקק. זה לא עסק של בית המשפט. המחוקק צריך להגדיר בצורה ברורה מה האיזון הערכי וכך לבחור מהו המוסד הקנייני בו אני רוצה לגור.
8. **רכושיות -**

**קניין פרטי -למה?**

1. **ישנם 3 משטרים של קניין:**
2. **קניין פרטי -** אנשים פרטיים יכולים להיות בעלים של נכסים ומשאבים.
3. **קניין קולקטיבי -** משטר קולקטיבי בו החברה כולה מחזיקה בקניין כולו. משטר שסותר משטר של קניין פרטי, משטר שלא מאפשר משטר של קניין פרטי.
4. **קניין משותף -**

**שיעור 3, 24.10.18**

1. למה אנחנו צריכים להחליט שהמשפט הקנייני בישראל יהיה משטר של קניין פרטי? (אנשים פרטיים יכולים להיות בעלים של נכסים)? מס' הצדקות:
   1. **הצדקת החירות -** ההצדקה הבולטת ביותר בקניין. בכל תפיסות הקניין הליברליות, מכילות או מתמודדות עם ערך החירות בקניין גם אלה שהולכות שמאלה יותר - שמכילות משטרים של אחריות המדינה, גם הן לא מבטלות את ערך חירות, אלא מאזנות אותו עם ערכים אחרים. הוא מהווה הצדקה נוספת ועיקרית: **ככל שהקניין הוא קניין פרטי, לאנשים יש נכסים שנמצאים בבעלותם, הם פחות תלויים וכפופים למדינה ובחברה.** אין הדבר פירושו אנרכיה, אבל יש להם הרבה יותר לפעול ולממש את עצמם, מאשר אנשים שאין להם. חלק גדול מהדיכוי החברתי בברית המועצות למשל, לא היה להם את הכוח להתנגד למשטר, נבע מכך שלא היה להם קניין פרטי. המדינה יכלה להוציא אותך מהבית במקרה הטוב אם התנגדת - הבית בו גרת לא היה קניינך הפרטי. רוברט נוזיק היה אחד מההוגים הליברטיניים הטהורים האחרונים, שטען **שכל המשטר של קניין פרטו, מטרתו ביסוס חירותו של האדם, ביחס למדינה וביחס לאחרים שפועים מולו. אי מתן קניין פרטי יוביל להפחתה משמעותית אם לא ביטול אוטונומיה שלנו.** נוזיק אומר שכל דיני הקניין בכל מקום צריכים להתבסס על 3 כללים (כל מדינה צריכה לקבוע מהם הכללים):

* **כלל תפיסה תקפה -**כללים שמגדירים את רכישת (תפיסת) הנכסלדוג' בישראל, אם אתה רוצה להיות בעל דירה - אתה צריך להירשם בטאבו.
* **כלל העברה תקפה - ע**"מ שדיני הקניין יתפקדו - יש צורך בכלל העברה תקיפה. קביעת רשימה של כללים להעברת הקניין ע"מ שמערכת הקניין תזרום ותתפקד בצורה תקינה.
* **כלל תיקון -** צריכים להיות מודעים לזה שבחברה נורמלית, כללי התפיסה וההעברה לא יקוימו כראוי. כלל מערכת כללים צריכה שיהיו לה כללים שיתגברו על קשיים בכללים האחרים **לדוג':** מה עושים עם נכס שאדם גנב ועשה את כללי התפיסה וההעברה בהמשך כראוי?

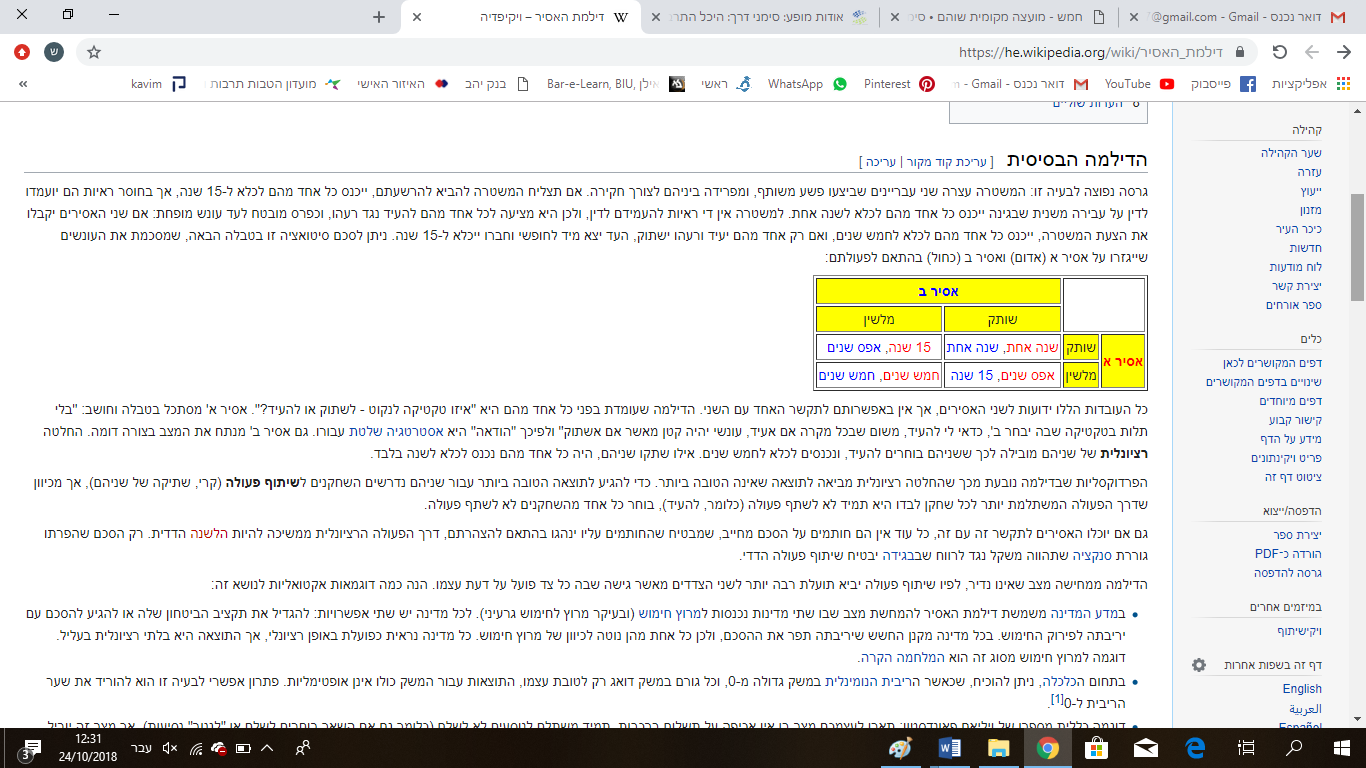
אם כן **ההצדקה לקניין פרטי לפי החירות - מתן אוטונומיה -** היכולת של האדם לכתוב בעמו את סיפור חייו.

**ביקורות על הצדקת החירות:**

1. **ביטוי עצמי באמצעות קניין -** האם אנחנו רוצים **שאנשים ירצו להגדיל את ההון שיש ברשותם ובאמצעותם לבטא את עצמם**? האם חשוב מה סוג הרכב או גודל הבית של האדם? האם זהו הביטוי האמתי של האדם? הצדקת הקניין, אנחנו מפחיתים את משמעות החירות: רכישה/הפגנת אושר, ופחות מסתכלים על חירות אמתית של אנשים ליצור ולבטא את האני הפנימי שלהם, שלא מתווך באמצעות נכסים. אין תשובה חד משמעית לביקורת.
2. **טבלת הזכויות של הופלד -** מול הזכויות של הקניין הפרטי קיימות זכויות אחרות - זה אומר שאחרים לא יכולים להשתמש בקניין הזה. אם יש לאדם זכות קניינית על כר מרעה, זה אומר שלאחר אין זכות קניינית על כר המרעה הזה. לכן, במשטר של קניין פרטי, צריך לדאוג שלכולם יהיה קניין. תפיסה חלוקתית שרחוקה מתפיסתו של נוזיק והליברטיניים האחרים, יש לצדוק שלכל אדם יהיה מינימום קיום בכבוד - כדי שבן אדם יוכל להיות בן אדם, להגדיר את סיפור חייו ולא להיות כפוף ותלוי באחרים. **בשורה התחתונה, ערך החירות תמיד נמצא במשוואה. ערך החירות תמיד חייב להופיע בעבודה או במבחן.** 
   1. **הצדקה של העבודה -** גישה המזוהה עם ג'ון לוק (פותח את מרבית הקורסים בקניין בארה"ב) - האמריקאים אימצו את הצדקת העבודה כהצדקה המרכזית לקניין הפרטי. ג'ון לוק (המסכת על הממשל המדיני) אומר **שהקרקע ניתנה לכולם במשותף ואת כל שקיים בעולם**, וכולנו בעלים במשותף - **למעט גוף האדם ששייך לאדם ספציפי**. המשטר הקנייני הוא קולקטיבי - כל דבר שייך לכולנו. אם כן, איך ניתן להצדיק קניין פרטי? **קניין פרטי מוצדק אם אדם שהגוף שלו הוא הקניין שלו מערב את הקניין בנכס כללי - קולקטיבי. באמצעות העבודה הוא מפקיע את הנכס הקולקטיבי והופך אותו לשלו. לדוג':** אדם קוטף תפוח - ובאמצעות העבודה, בעצם פעול הקטיפה - הוא רוכש בעלות פרטית על התפוח. צייד חייה למשל - בעצם ההשקעה שהוא השקיע על הצייד - הוא הופך להיות בעלים פרטי על המשאב שעליו בו הוא השקיע. כלומר, יש קניין פרטי כי אנשים השקיעו עבודה- והעבודה היא שהופכת את הקניין מקולקטיבי לפרטי. **שני סייגים:**
      1. יהיה מותר להפקיע משאבים או נכסים מהקניין הקולקטיבי ולהפוך אותם לקניין פרטי **כשנשאר מספיק ובאיכות טובה גם לאחרים.** אם יש הרבה תפוחים על העץ, אפשר לקטוף. אם זה התפוח היחיד שנשאר - אי אפשר לקטוף.
      2. **"בל תשחית"** יכול לקחת רק מה שנחוץ לך. הסייג השני הוא שאי אפשר לקחת מעבר למה שנחוץ. "בל תשחית" אנחנו רוצים ששפע הברכה שניתן לנו ימשיך וישגשג. חייבים להקצות או לתת אפשרות לאנשים לרכוש קניין פרטי, כי אחרת הם ימותו מרעב. לכן נותנים את זה לאנשים שהשקיעו מאמץ.

**ביקורות על תפיסת העבודה:**

* + - 1. **חסר במשאבים -** יש תיאור שיש מסיק משאבים - סוג של עולם אוטופי. אבל זה לא המצב, יש חוסר במשאבי. רק בעולם אוטופי אין חסר במשאבים - ואז אין בכלל תמריץ לקניין פרטי. **בפועל העולם הוא עולם מוגבל במשאבים, ולכן מדובר בסוג של משהו לא רלוונטי - זה מעקר את כל התפיסה. אין באמת יכולת להשאיר לכולם בכמות מספקת ובאיכות לא פחות טובה.**
      2. **הביקורת השנייה היא של נוזיק: תיאוריית הערבוב.** נוזיק מביא דוג' שבה הוא עולה ליאכטה ושופך פחית של מיץ עגבניות לתוך האגם - ובאמצעות הפעולה הזו הוא לקחת את האגם. כך, גם ע"פ התיאוריה ובהתאם לסייגים - הוא זכה באגם. אמנם נוזיק ניסה להגחיך את התיאוריה, אך בפועל באמת מדובר **במתודולוגיה בעייתית לקניין פרטי העבודה היא לכאורה סתם קולב - היא לא באמת מסבירה למה צריך קניין פרטי.** העבודה משמשת כלי להפקעה ונוזיק אומר שזה רק קשקוש. צריך קניין פרטי בשביל שאנשים לא יגוועו ברעב. לא סתם עבודה לא רלוונטית.
      3. **האם עבודה שעשית באופן מינימלי, מצדיק מתן של כל הנכס.** נגר שלקח עץ והשקיע ימים ביצירת האומנות - ויש בן אדם שרק קטף תפוח מהעץ. **האם כל ערבוב כוח מצדיק העברת בעלות על כל עבודה שהוא עושה? בלי קשר להשקעה?** האם אנחנו חייבים לקבוע משחק סכום אפס? האם אחוז מסוים ואף נמוך של השקעה מביא 100% בעלות? או רק אחוז מסוים? **האם בשורה התחתונה, בכל פעם שאדם השקיע עבודה, החברה מחויבת להביא לו את הבעלות של המשאב הזה, או שיש להתחשב בהיקף העבודה.**
    1. **התמודדות עם הביקורות:** המשפט מתגמל על התנהגות ראויה - תפיסת העבודה כגמול. תפיסה שמאפשרת להבין למה האמריקאים מאמצים את התפיסה הזו - **תמריצים כלכליים לפעול ליצר לעבוד ולהשקיע, והיא שמאפשרת לנו כחברה לקחת את ההצדקה של קניין והקשר שלו לעבודה ולהשקעה**, וליישם אותה באופן ראוי. כך, לא כל אדם שעושה משהו בעולם הזה יקבל זכות קניינית על המשאב. התמריץ יהיה על התנהגות ראויה והשקעה ראויה של התנהגות, וזה יעשה בצורה מידתית. כלומר, יהיה תמריץ לעבוד ולהשקיע, באמצעות מתן זכויות קניינית בנכסים ובמשאבים האלה - **אך זה יהיה באופן מידתי לתרומה, להשקעה וביחס לצרכים הציבוריים. לדוג':** הסיבה שאנחנו נותנים ליוצרים זכויות קנייניות הם לא בגלל שהם ישבו ועבדו בשונה מאנשים שלא עובדים, אלא מהסיבה אנחנו רוצים לתמרץ אנשים לחשוב ולעבוד, וההגנה היא הדרך של החברה להגיד להם שזה הגמול שלהם עבור תרומתם לחברה. לא בגלל שהם ערבבו עבודה - אלא בשל תרומתם לחברה על הפיתוח שהם גורמים לחברה. זו לא הוראה של אלוהים משמים או תיאוריית ערבוב כוחות האדם עם המשאב, **וזה לא תלוי בחסר במשאבים או בערבובים, אלא האימוץ מהתיאוריה של לוק אלא שאנשי שמשקיעים בפיתוח דברים חיוביים לחברה - זכאים לקבל גמול - ואולי גם בשביל לתמרץ אחרים לעשות את זה**.
  1. **בעיית הפעולה המשותפת -** חלק גדול מהמשפט מנסה להתמודד עם בעיה זו. מדובר בבעיה משום שקשה מאוד לגרום לאנשים לגבור על האינטרס העצמי שלהם ולשתף פעולה עם אחרים, בעיקר במצבים ששת"פ נותן פחות בטווח הזמן המידי. **לדוג': דיירים סרבנים בתמ"א 38. הדוג' הכי בולטת היא בסיפור הטרגדיה** **של הפעולה המשותפת.** אחד מהמאמרים הקנוניים של המשפט. כך, מרעה שיוכל להיות פעיל, יכול להכיל 10 פרות מדי יום. בהנחה שיש 4 בעלים שלכל אחד מהם יש 5 פרות - סה"כ 20 פרות. המצב האופטימלי יכול לעשות חלוקה יומית, במצב שבו יהיו רק 10 פרות על המרעה ביום. אם יכניסו יותר מעשר פרות ביום - הוא כבר לא יעבוד. כולם יפסידו.אם הבעלות תהיה בעלות משותפת - כל יום יעלו למרעה יותר מעשר פרות ביום - כי אף אחד לא רוצה להפסיד, וכל אחד ירצה להעלות כמה שיותר מהפרות שלו בכל יום, ואף אחד לא ירגיש מידית את הפגיעה בכיס שלו כתוצאה מהעלאה של מספר גדול יותר של פרות. אם יש מרעה בו אנשים צריכים לשתף פעולה כדי להימנע מרישוש של המרעה, יהיה קושי לשתף פעולה - ופו של המרעה יהיה להתרושש, וזו הטרגדיה של השיתוף. הסיכוי שאנשים יסכימו לוותר על רווח מידי לטובת מניעת רישוש - אנשים כנראה לא ישתפו פעולה - ולכן כך נגיע לטרגדיה. כל בעלים ינסה לדחוף מה שיותר פרות ולהרוויח בזמן המידי - ולכן סופו של המרעה להתרושש.

**דילמת האסיר מבטא בצורה טובה את הסירוב של אנשים לשתף פעולה -גרסה נפוצה לבעיה זו:** המשטרה עצרה שני עבריינים שביצעו פשע משותף, ומפרידה ביניהם לצורך חקירה. אם תצליח המשטרה להביא להרשעתם, ייכנס כל אחד מהם לכלא ל-15 שנה, אך בחוסר ראיות הם יועמדו לדין על עבירה משנית שבגינה ייכנס כל אחד מהם לכלא לשנה אחת. למשטרה אין די ראיות להעמידם לדין, ולכן היא מציעה לכל אחד מהם להעיד נגד רעהו, וכפרס מובטח לעד עונש מופחת: אם שני האסירים יקבלו את הצעת המשטרה, ייכנס כל אחד מהם לכלא לחמש שנים, ואם רק אחד מהם יעיד ורעהו ישתוק, העד יצא מיד לחופשי וחברו ייכלא ל-15 שנה. ניתן לסכם סיטואציה זו בטבלה הבאה, שמסכמת את העונשים שייגזרו על אסיר א (אדום) ואסיר ב (כחול) בהתאם לפעולתם:

**התוצאה האופטימלית בכל חישוב הוא ששניהם צריכים להכחיש, גם בהנחה שהם לא יכולים לתאם גרסאות.** במידה ושניהם יכחישו, התוצאה תהיה רק 4 נים. מה קורה בפועל? התוצאה תמיד תהיה שהם שניהם יודו ויפלילו - מלשינים. אותו דבר יקרה במרעה - כל אחד יראה את הרווח המידי שלו.

**כך, רק באמצעות קניין פרטי אפשר לשמור על המשאבים.** יש קבוצות בארה"ב שקוראות להפריט את כל המשאבים. כי רק בעלים פרטי יהיה לו אינטרס גדול לשמור על המקום - שמורות טבע למשל, וידאג שהמשאב הזה לא ייהרס.

**הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין מסוימת.**

**הטענה השנייה שנכון להשתמש בניתוח כלכלי היא בגלל שהוא מפנים את כל הערכים וההחצנות של המשטר הקנייני על גורמים חיצוניים.** למשל: שותפים - כי אנחנו פוגעים בשותפים שלנו, ועל הדורות הבאים - האם הם בכלל רלוונטיים להכרעה ל -מהי זכות קניינית? שימוש במשאבי טבע פוגעים למשל לא רק בשותפים - בחברה - אלא גם בדורות הבאים. לכן נכון יהיה לנתח כלכלית איזה משטר קנייני הוא נכון. גם בגלל שהוא מפנים את כל ההחצנות של האנשים הקיימים ועל הדורות הבאים - לכן ניתוח כלכלי לבדיקה של איזה משטר אנחנו רוצים להחיל. (ניתוח כלכלי 0- הרווחה המצרית, מה העלויות והרווחים שיש לנו, ליצור משוואה ולקבוע איזה משטר כלכלי מתאים).

**הטענה השלישית היא האבולוציה של דיני הקניין ושל מושאי הקניין.** שבתקופה שהררדין כתב את המאמר שלו יכול להיות שבאמת לא היה ניתן לבצע פיקוח על הבעלים המשותפים. לא בטוח שהמשוואה הכלכלית תחזיק לאור ההתפתחות האבולוציונית - אפשר לדעת היום באמצעות אמצעים טכנולוגיים אם מישהו מרמה אותי (מצלמה שבאמצעותה ניתן לראות כמה פרות יש במרעה) במצב בו עלויות הפיקוח והתקשורת הן זולות יותר, לא בטוח שהרווחה המצרפית בהכרח תחייב משטר של קניין פרטי. כשיש עלויות זולות של פיתוח תקשורת ומידע, אנחנו יכולים להישאר במשטר קולקטיבי, תוך פיקוח זול על כך שלא כל אחד יסרח וינצל יתר על המידה את המשאבים. **לכן צריך לבחון מעת לעת מהו המשטר הראוי לפי דמשטז התאם לשינויים אבולוציוניים ולבדק האם הטענה של הארדינג שהגדלת הרווחה המצרפית מחייבת קניין פרטי, צריכה להיבדק מחדש לפי דמשטשז.**

* 1. **הצדקת האישיות -** של מרגרט ריידין, חוקרת שטענה **שיש מושאי קניין מסוימים שקשורים מאוד לגרעין האישיותי של האדם, וע"מ שהאדם יוכל לחוות את עצמו בצורה המלאה ביותר, הוא חייב להיות בעלים של קניין פרטי.** כי חלק מהקניין שלנו הוא כ"כ משמעותי מהאני, אם לא יהיה לי קניין פרטי, אני מאבד חלק מהעצמי שלי. מרגרט לא מדברת על החופש לכתוב את סיפור חיי, אלא שחלק מסוגי הקניין משליכים על האישיות שלי. לעומת זאת, לא מדובר על נכסים שאני מחשיב אותם יותר מאחרים ולכן בשקלול העלויות הם יהיו בעלי ערך גבוה יותר, אלא טיעון שעומד בפני עצמו. כ**ך, יש ציר בין נכסים מסחריים לאישיים. כך, בית המגורים הוא הנכס האולטימטיבי שמגלם וקשור לגרעין האישיות של האדם. ההשלכות המעשיות: הצדקה לתת בעלות פרטית שהם חלק ממני. מעבר לזה, מבחינה יישומית, תינתן הגנה חזקה יותר לנכסים שקשורים לגרעין אישיותו של האדם, והגנה חלשה יותר על נכסים שרחוקים מאישיותו של האדם.** כאשר מפקיעים בית מגורים, יש הוראות שונות בחוק כי המשפט מפנים שמדובר בנכס מאוד משמעותי של האדם. גם בקניין של בני זוג שמתגרשים, כשמדובר בבית מגורים, יהיו יותר מכשולים בלקיחת נכס לחובות למשל. מאחר שזה קרוב מאוד לגרעין אישיותו של האדם, לעומת במצבים בהם מדובר בנכסים חליפיים, בהם תתאפשר פגיעה קלה יותר.
  2. **הצדקת הקהילה -** אנחנו חושבים **שבני אדם צריכים לחיות את חייהם באופן שהם רוצים לחיות את חייהם. לכן אנחנו צריכים לתת להם מוסדות קנייניים שיבטאו שוני אחד מהשני**. יש שרוצים לגור במושב או ביישוב קהילתי, לא כולם רוצים לגור בדירה בעיר. בגלל השונות, אנחנו צריכים להתייחס לאנשים שרוצים לחיות במסגרות שונות. איזו תפיסה קהילתית זו תפיסה שנכון לאמץ אל דיני הקניין? איזו תפיסה תאפשר שונות מספקת ומצד שני לא תוביל למצב שהיא ממוטטת את מוסד הקניין הפרטי? **3 תפיסות עקרוניות בספרות:**
     1. **תפיסה ליברטאריאנית של קהילה -** קהילה היא אוסף של פרטים. אנשים יכולים לחבור זה לזה, אבל בשנייה שהפרט ירגיש שהקהילה גוברת עליו או מכריחה אותו לעשות דבר שהוא לא רוצה לעשות או מצמצמת את האינדיבידואליות שלו - הלבד תמיד יגבר לפי הגישה. **דוג':** בקיבוץ, האם לפי תפיסה זו הקיבוץ הוא מוסד קנייני רלוונטי וראוי נורמטיבית. לא. בקיבוץ ההיסטורי ההחלטות נעשות בידי הקולקטיב. (לדוג': הרצון של נעמי שמר לצאת ללימודים הותנתה בהחלטת הקיבוץ). **תפיסה ליברטאריאנית לא יכולה לחיות עם זה. סוגי הקהילות האפשריות בגישה זו: אין. היחיד תמיד גובר.**
     2. **התפיסה הקהילתנית -** עומדת מהעבר השני. **לפי תפיסה זו - יש הרבה אנשים שמאמינים בתפיסת עולם קולקטיביסטית וזו הדרך היחידה שלהם לחיות לפי תפיסת עולמם**, ולכן המדינה חייבת לאפשר מוסדות קנייניים שמוותרים על הקניין שלהם לטובת הכלל. **סוגי הקהילות האפשריות בגישה זו:**
     3. **התפיסה הליבראלית - מאפשר קהילה, אבל הקהילה צריכה להיות מוגבלת -** היכולת של הכלל לכפות על הפרט להחלטות הקהילה צריכות להיות מוגבלות. **סוגי הקהילות האפשריות בגישה זו:**

**שיעור 4, 28.10.18**

1. **שלושה שלבים בקהילה:** 
   1. **הכניסה לקהילה -** האם המשפט צריך להתערב בתהליך הקבלה לקהילה (תנאים לקבל בקהילות).
   2. **המשטר בקהילה -** האם המשפט של המדינה צריך להתערב במדיניות פנימית של קהילות.
   3. **היציאה מהקהילה -** מה המחויבות כלפי הקהילה, עד כמה מגבלות אפשר לשים על הזכות שלו ליציאה. החלטה של הקהילה בדבר הוצאה של חבר, נדונה בקהילות קנייניות אדוקות כמו קיבוצים. אם כן, עד כמה המדינה או המשטר יכול להתערב בהחלטה. מופע שלישי - הפקעת קרקעות, אובדן של קהילה. האם המשפט צריך להתייחס לזה?
2. **צדק חלוקתי:** ההשלכות החלוקתיות שיש בדיני הקניין: האם כשאנחנו מחליטים החלטה כלשהי על הגנה קניינית לאדם מסוים, מהן ההשלכות החלוקתיות ומה זה אומר ביחס לאחרים בחברה. יש מחלוקת גדולה אם צדק חלוקתי צריך להיות חלק מהקניין. שני חוקרים טוענים ששאלות של צדק חלוקתי לא צריכות להיות חלק מהבירור שאנחנו עורכים מהמשפט הפרטי עם זאת, **לא ניתן להתעלם מהצדק החלוקתי מהמשפט הפרטי**: **טעם חיצוני**, מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות, מדובר בפעולה חלוקתית - חלוקת זכות. הפעולה היא פעולה חלוקתית בבסיסה. המדינה מקצה וקובעת מי יקבל את הזכות. לכן, צריך לנסות להגיע למצב שיהיה צדק. **טעם פנימי:** הצדקות לקניין פרטי (אישיות/רווחה מצרפית/חירות/עבודה - בכל אלה יש אלמנטים של צדק חלוקתי - לא על כל עבודה מביאים שליטה על הנכס, הגדרת החירות אומרת שבהכרח מצמצמים אוטונומיה של אחרים - כל אלה טומנות בחובן השלכות חלוקתיות שצריך להתמודד איתן. השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן.

**קניין פרטי - במה?**

1. **שתי שאלות:**
2. במה, באילו נכסים ובאיזה סוג של נכסים אנחנו רוצים לתת קניין פרטי?
3. באיזה מושאי קניין לכאורה, אנחנו לא מוכנים לאפר עבירות או המירות של נכסים?
4. כדי להחליט האם תינתן זכות קניינית במשאב מסוים, נסתכל על מס' תכליות אותן הזכות תקדם: תמרוץ הרווחה המצרפית, תמרוץ אישי לפעול (גמול לאנשים שמפתחים את החברה), אישיות האדם שעשה, וחירות - תמיד צריך לבדוק את הענקת זכות קניינית בנכס מעצימה את החירות שלו או לא. **כשמדברים על לתת זכויות קניינית (בעבודה/במבחן) - השלב הראשון הוא זה**- הסיבות והתכליות ללמה זה יהיה נכון להעניק זכות קניינית לאותו גורם במשאב הזה. האם זה מרחיב את החירות/האם זה מתמרץ אותו/האם זה קשור לגרעין האישיות של אותו אדם או שיש עניין של השאת הרווחה המצרפית. (הכרעה היא פחות מעניינת, לעומת דרך הניתוח).
5. **פס"ד מקדונלד -** כשמחליטים להעניק זכות קניינית, בודקים תכליות. מדובר בתיאוריות, אך זו הרך הנכונה לקבוע מהן זכויות הקניין ומה היקף זכויות הקניין.
6. **חוק הדיור הציבורי:** וג' למוסד קנייני שמצד אחד רוצה לפתור את בעיית הדירות, ומצד שני לקח בחשבון שלא מדובר בבעלות רגילה, אלא בבעלות עם הרבה הגבלות וגבולות שונים מגבולות הבעלות הרגילה של הבעלות הרגילה.
   1. **ס' 3 -** מחיר דירה ציבורית - מחיר שוק "שממנו יופחת סכום שיהפוך למענק אם התקיימו התנאים מפורטים"
   2. **ס' 4:** זכות דייר ממשיך לרכוש דירה ציבורית.
7. **חוק הדיו המוגן -** כוללת בתוכה את ההבנה שמדובר באנשים מבוגרים, שאין להם את היכולת והמרץ לבדוק כל ניואנס בחוזה, ולכן החוק קובע חובת רישוי, משהו אנחנו לא עושים לאדם שבונה לבית פרטי, יש תנאים לפעילותו, החוק קובע איך הדירות צריכות להראות, והמרחב הציבורי - מה שלא עושים בבית פרטי, אוכלוסייה שצריכה הגנה גדולה יותר מצד המדינה, לכן שפת ההתקשרות צריכה להיות בשפת הדייר, וכולל חובה לספק שירותים לדיירים: ניקיון, בריאות, תרבות, העשרה) - לא מדובר באוכלוסייה אוטונומית לחלוטין, אלא חייב להיות כפוף לרגולציה.
8. **חוק המקרקעין -** בתים משותפים: החוק קובע שבמיסוד קנייני של בית משותף, הבעלים הוא לא עצמאי או בעל חירות עצמאית להחלטות על המגורים. החוק קובע הגבלות ברורות על האוטונומיה של הבעלים. בהוצאות שקשורות לתחזוקה שותף - יש חובה לשלם. מוסד קנייני שלוקח בחשבון שאנחנו חיים בסוג של שיתוף עם אנשים אחרים. **ס' 60 ב':** המפקח רשאי לצוות על בעל דירה להעביר את זכותו בדירה לאדם אחר שייקבע, ושיבוא במקומו לחובות וכו'. מה קורה לבית משותף שנהרס? האם בונים אותו מחדש כן/לא? אומר החוק שאדם שמסרב להקים מחדש את הבית המשותף, ניתן להטיל עליו סנקציה, אולי הגדולה מכולן על זכות קניינית, ולחייב אותו להעביר את הזכות לאדם אחר. דבר כזה לא יכול להיות בבית פרטי. המקום היחידי שזה יכול לקרות, זה במקום שבו לצד החירות, יש לך מחויבות כלפי אחרים.

**-האם לתת קניין כן/לא- קניין חדש**

1. **הקניין החדש הוא קניין של צ'ארלס רייך - (המאמר באנגלית) -** הסיפור הוא סיפור של אדם שחי בארה"ב בתקופה המרקסיסטית - תקופה של ביעור החברה האמריקאית מקומוניסטים. תקופה די שחורה בארה"ב בה עשו שימועים ציבוריים על אנשים שהעזו לכתוב רק על הרעיונות האלה - נתפסו כבוגדים בתקופת המלחמה הקרה. האדם הזה חי בתקופה הזו, והיה בעברו חבר המפלגה הקומוניסטית. החליטו לפטר אותו מעבודתו והכניסו אותו לכלא של השתייכותו לקומוניזם. הוא איכשהו בורח מארה"ב, ושם מפקיעים ממנו בתגובה את הזכות שלו לפנסיה - גם של משחתו. רייך שואל האם זו פגיעה בקניין - שלילת הזכות לפנסיה. האם אדם שיש לו זכות לקצבה מסוימת (ביטוח לאומי/הטבות) - האם זהו קניינם של אנשים, שכל פגיעה בקצבאות אלה היא למעשה פגיעה בזכות לקניין שלהם? או שאנחנו מדברים על אלה בתור מתנה שהמדינה נותנת, וברצותה היא נותנת וברצותה היא לוקחת, ולכן אין לנו זכות קניינית על המשאבים האלה. **טענתו של רייך, שבמציאות המודרנית בה אנשים תלויים בגמלאות האלה, כאשר הפנסיה מנוהלת ע"י רגולציה מדינתית - במקרים אלה אנחנו צריכים להיות בעלי זכות קניינית באותן קצבאות.**
2. **הנושא נדון בארץ בשני פס"ד:** פס"ד מנור, רצון לעדכן ולקצץ את הקצבאות. קורה כל כמה שנים. (קיצוץ קצבאות ילדים, זקנה, נכות) - האם זוהי פגיעה של הממשלה בזכות קניינית של אנשים, או שמא מדובר בנדיבות לבה של המדינה. רייך היה אומר שזוהי זכות קניינית בעולמנו שלנו - ולכן כל דבר כזה הוא פגיעה בזכות הקניין. **ברק אומר שלא צריך בכלל להגיע לקניין החדש, כי מדובר בחיסכון של האזרחים לעצמם לתקופת הזקנה - לכן אכן מדובר בקניין עצמי. אם לא היה מדובר** בחיסכון, אלא בהטבה, אז אולי היה צריך לחשוב אם לאמץ את הקניין החדש. למקרה זה, אכן מדובר בקניין, אך הוא מידתי לפי פסקת ההגבלה.
3. **פס"ד מנחם -** רישיון למוניות - אנשים בעבר קיבלו היתרים ורישיונות להפעיל מוניות, ובסיפור הזה, רצו לפתוח את השוק לכלל האוכלוסייה, שיהיה מותנה בתשלום לרכישת רישיון, ולא בזכאויות נתונים אישיים מסוימים.
4. **בשורה התחתונה, היו לביהמ"ש מספר הזדמנויות להחיל את הקניין החדש בישראל, אבל כל פעם הוא ניצל פתח מילוט אחר ולא קבע זאת.**
5. **אינטרס ההסתמכות בקניין -** סינגר כתב מאמר שמדבר על עיר באוהיו**,** עיר עם מפעלי פלדה גדולים מאוחד, ובשלב מסוים המפעלים החליטו שהם מפסיקים לפעול ולהעתיק את עבודתם למקום אחר. המשמעות הייתה שאלפי העובדים של המפעל הפסיקו לעבוד. עובדים מקצועיים, שעבדו שנים במפעלים האלה, לא מדובר במרכז תעשייתי. האפשרויות היו לעבור לגור במקום אחר, או שאתה מחוסר עבודה. הטענה היא שבמו"מ של העובדים מול ההנהלה להמשיך להפעיל את המפעלים, שבעצם העובדה שהם פעלו במפעל עשרות שנים, הם הופכים להיות חלק מהזכויות הקנייניות של המפעל, ולכן הבעלים יכול לעזוב, אבל הם צריכים להיות יכולים להמשיך להפעיל את המפעל, כי בעבודתם הם קיבלו זכויות קנייניות. אם אנחנו עובדים במפעל עשרות שנים, באיזשהו שלב, אנחנו רוכשים זכויות קנייניות מסוימות במפעל עצמו. אמנם העובדים לא הופכים להיות בעלים, אבל במידה והמפעל או הבעלים מפסיק את פעולת המפעל, צריכה להיות לעובדים זכות ראשונים לקחת את המפעל ולהפעיל אותו בבעלותם המלאה. כיצד נינתן להצדיק טענה כזו? **הטעם המשפטי שסינגר מכניס הוא אינטרס ההסתמכות. העובדים במפעל כל ימי חייהם מסתמכים על המשך פעילותו של המפעל כנבך מרכזי לניהול החיים שלהם. אינטרס ההסתמכות בעצם מצמיח לאותם עובדים** זכויות קנייניות במפעל למקרה שהבעלים עוזב. אם הבעלים נשאר, אינטרס ההסתמכות שלהם מקוים ולכן אין בעיה. במקרה שהאינטרס נתקל במכשול - צומחות להם זכויות קנייניות להמשיך להפעיל את המפעל. בסופו של דבר סינגר חזר בו מהתיאוריה שעובדים יכולים לרכוש זכויות קנייניות במקום העבודה שלהם ע"ב אינטרס ההסתמכות - זאת משום **שאינטרס ההסתמכות הוא בעייתי כשלעצמו. לבוא ולתת זכות למישהו בגלל אינטרס ההסתמכות שלו, זה בעייתי, כי אינטרס ההסתמכות עצמו הוא מעגלי. אם לא היינו מציאות כמציאות קיימת או נוהגת, אז לדם שפועל בלי שיש לו ברקע כלל משפפטי או מציאות או נורמה שאנחנו קבענו - אין לו שום סיבה להסתמך. אם לא היינו קובעים זכות לעובדים במפעל, ואין להם שום זכות, אין שום סיבה הגיונית שלטעון שהעובדים הסתמכו על המשך עבודתם במפעל. על בסיס מה הם היו יכולים להסתמך? ההסתמכות מתחילה להיות כשאנחנו מגדירים כללים או נורמות שגורמים לאדם שפועל לאורן להסתמך או לחשוב.** רק אחרי אימוץ הנורמה, מתחילה ההסתמכות. זה סוג של ביצה ותרנגולת. הסיבה השנייה היא שמה שסינגר מציע הוא יפה ברמת התיאוריה. אבל אם היינו מאמצים את זה בפועל - הבלגן שזה היה יוצר זה היה עצום. צריך להיות מאוד ברור מתי אנחנו מעבירים ובאיזה תנאים מאחד לשני. סינגר מציע עמימות מכוונת, כי הוא לא רוצה שנעביר זכויות קנייניות כל זמן שהמפעל מתפרקד. הוא לא מעביר אחוז מסוים כל כמה שנים. רק במקרה בו מתרחש איזה אירוע, אז יעבור הקניין. זה לא מתאי ולכן לא ישים. סינגר לאחר תקופה מצדיק את שתי הטענות האלה, ולכן לא מאפשרות הכרה באינטרס ההסתמכות. כך, סינגר מודה בטעותו ומתקן אותה, לפני שזה משתרש יותר ויותר.

**במה לא קניין פרטי**

1. האם הזכאויות שלנו הן כאלה שמותר לנו להעביר או שניתן להעבירן בכסף? (סחר באיברים למשל?) סחר בנכסים שאנחנו לא בהכרח רוצים לראות בהן קניין עם מאפייני עבירות.
2. **האם נכון להגביר את אלה?** בעד: ברור שאם נאפשר סחר באיברים, **מלאי האיברים בשוק יגדל**. איכות חייהם של רבים ישתפרו ואף ינצלו. הטיעון השני הוא **שהדבר ימנע היווצרות שוק שחור. כך, בהיעדר מיסוד, לא ניתן להתערב. לדוג' בזנות:** מיסוד יוכל להביא לבקרה ולהיטיב עם תנאיהם. הטיעון אומר להכשיר משהו גרוע, כדי לא להכשיר משהו גרוע יותר. יש מוצרים או שירותים שהחברה תמיד תצרוך, גם אם זו תהיה פעילות פלילית שלא מוכשרת ע"י המדינה. אם הם יעמדו במציאות של סכנת חיים, הם יעשו הכל בשביל למצוא איבר של השתלה, גם אם זה יהיה כרוך בפעילות בשוק שחור. **כדי להימנע מכל הפעילות הפלילית, יש צורך בהכשרת הפעולה ובפיקוח עליה.**
3. **האם נכון להגביל את אלה?** נגד: **בעיה חלוקתית:** רק עשירים יוכלו לקנות איברים ורק עניים יקצרו לעצמם את האיברים כדי למכור אותם ולהרוויח. **מסחור של טובין אישיים**; **החצנות על צדדים שלישיים:** מה עם הילדים שנולדו מאם פונדקאית? מוכתבים לילד סוג מסוים של חיים, ולא בהכרח לוקחים בחשבון את טובת הילד.
4. **קומודיפיקציה -** מסחור. הטיעון של להפוך דבר מסוים לדבר סחיר, שניתן לסחור בו. רוב הטיעונים בספרות הם אנטי מסחרה. לא מוכנים להפוך כל דבר למשהו סחיר. שני טיעונים עיקריים בהקשר זה:
   1. **השחתה -** מאבד, מוזיל או משחית את ערך המשאב. אם כל דבר יהיה בעל יכולת למסחור, אנחנו פוגעים משמעותית בערך הזה. נכון לבחירת אלמנטים בילדים - שליטה במוצר - בילד - משחית אותו. (בחירת צבע שיער, צבע עיניים, מין). קוני המוצר רוצים ילדים בלי קשיים ובלי מוגבלויות. בגלל התשלום, לא רוצים ילדים עם בעיות. נוצרות השחתה. יחסי מין ממוסחרים - אתה משלם עבורו, נעדר אלמנטים חשובים של אהבה אינטימיות וכו'. דן אריאלי נותן דוג' קלאסית של ארוחת ערב משפחתית אצל חמותו. בסוף הארוחה הוא נותן לה 200 ₪ וטיפ. עצם התשלום מוזיל לחלוטין את כל מה שהיה פה. זה מעקר לחלוטין את משמעות הפעולה. (גוגל בייבי - סרט דוקומנטרי).
   2. **כפייה -** אם אנחנו נכשיר לקיחה של משאבים שהם לא נמצאים בשוק ונכניס אותם לשוק, אנחנו כופים על החלשים בחברה להשתתף בסחר הזה. כל זמן שאני לא מרשה למכור ילדים, אישה לא תוכל למכור את הילד שלה לזוג עשיר. ברגע שיותר שוק כזה - אותה אישה ענייה (רוצה/לא רוצה) תמכור את הילד שלה. טיעון הכפייה אומר שההכשרה מתן תג מחיר מסחרי למושאי קניין שעד עכשיו היו טאבו והיה אסור לסחור בהם, אנחנו כופים על החלשים להשתתף בסחר הזה. החברה תבוא לאותה אישה תגיד לה, לפני שהיא באה לבקש קצבאות יגידו לה להסתדר קודם להסתדר אינדיבידואלית (זנות או ממכר ילדים) - רק אז תינתן לה עזרה.

**סיכום ביניים**

1. זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה. ערכים שצריך לאזן ביניהם כדי לקבוע האם יש זכות קניינית ומה היקף ההגנה עליה.
2. כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש - הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.
3. אין משמעות אחידה לזכות הקניין.
4. החוק הוא תולדה של איזון ערכי שאנחנו אלה שעושים אותו.

**הבעלות**

1. **ס' 13** אומר שעסקת מקרקעין חלה על כל הקרקע. אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, כשאין הוראה אחרת בחוק. הס' מעלה מס' שאלות:
   1. מה מוסיפים ס' 11-12 על הקרקע?
   2. למה אין תוקף לעסקה לחלק מסוים מהמקרקעין?
   3. מהם החריגים שצופה החוק?
2. **למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?** משום שיש חשש מפני פיצול יתר. לא רוצים לפצל יותר מדי את הקרקעות.

**שיעור 5, 31.10.18**

* **פירוק ע"פ הסכם או צו בית משפט: ס' 38(א) - פירוק שיתוף:** פירוק השיתוף יהיה טעון הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה..
* האם השוק לא יודע להתמודד עם חלוקת יתר? מפני פיצול יתר? אמנם יש בעיות אך לכאורה השוק אמור להתמודד איתן. בשוק תקין המקרקעין יהיו בידיו של זה שהכי משתלם לו להחזיק בו. אך אם יהיה מקרים בהם יהיו מקרים בהם יהיה יעיל יותר לחבר מחדש את המקרקעין, ככל הנראה המקרקעין ימצאו את דרכם לגורם שיאחד אותם. אם זה יהיה יעיל - יימצא הגורם שיוכל לחבר אותם. באופן עקרוני יש שתי תשובות: **(א) כשלי שוק -** בשוק תקין המשאבים מוצאים את עצמם בידיים שיודעים לתקן אותם, אבל אין שוק תקין - יש כשלי שוק. לכן, אנו נדרשים למנוע זאת מלכתחילה. (**ב) שנאת סיכון ציבורי -** אנשים פרטיים בשוק מושפעים מאוד מרמת האמון בשוק ומשנאת או אהבת הסיכון שיש להם. שונאי סיכון לא יגיעו לאינטראקציות שוקיות, אוהבי הסיכון יגיעו הרבה פעמים להפסדים. בגוף ציבורי, צריכים לנהל משאב ציבורי - קיימת שנאת סיכון מובנית, שאומרת שגם אם זה עשוי להיפתר, גם אם תתאפשר חלוקה, הגוף הציבורי (מנהל מקרקעי ישראל) מפחד להיכנס לאתגרים או הרפתקאות כשמדובר במשאבים ציבוריים.

1. **מהם החריגים שהחוק צופה? יש מצבים שלמרות על איסור העסקה בחלק מהמקרקעין - קיימים חריגים. מהם ומדוע הם קיימים?** 
   * + 1. **בעלות נפרדת בדירות -** ס' 54 לחוק המקרקעין: על אף האמור בס' 13 לחוק תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ועסקאות. **דירה בבית משותף מוחרגת מ-ס' 13 .** למרות שהבית המשותף מוגדר כחלקה אחת, אנחנו מאפשרים לבעלי דירות לעשות בבתיהם כרצונם (ע"פ חוק) ללא הסכמת בעלי הדירות האחרות. כך, בניגוד לחלקה רגילה, מלכתחילה תוכנן המוסד כבית משותף, כמוסד מעורב - בעלות פרטית על הדירות, בעלות משותפת על הרכוש המשותף. המשמעות על הבעלות הפרטית של הדירות, הוא שהבעלים יכול לפעול בלי הסכמה וללא שיתוף פעולה על המקרקעין הפרטי שלו.
       2. **זיקת הנאה -** ס' 93(ג') על אף האמור ב' 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין. זיקת הנאה - זכות קניינית במקרקעין שרושמים אותה, לאותו שימוש שאתה עושה. זיקת הנאה יכולה להיות בהסכם - ניתן להעניק מראש זיקת הנאה, או למכור זיקת הנאה. (מעבר בחלקה עם משאיות למשל). יכול להיות גם משתיקה או מכוח שנים - אחרי 30 שנה שהוא עשה את אותה עולה, אחרי 30 שנה ניתן להגיע ללשכת הרישום ולצבור זכות קניינית לאותו שימוש מוגדר**. זיקת הנאה ב**[**מקרקעין**](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A7%D7%A8%D7%A7%D7%A2%D7%99%D7%9F)**, היא זכות קניינית הניתנת, לאדם** (או לישות) **להשתמש במקרקעין‏‏ הנמצאים ב**[**בעלותו**](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%A2%D7%9C%D7%95%D7%AA)**של אדם אחר ללא חזקה** במקרקעי לא מסתכלים על מישהו שנכנס למישהו הביתה ואז יטען לזיקת הנאה - החוק מוציא את זה מזיקת הנאה. **זיקת הנאה נועדה לשימוש או פעולה במקרקעין של מישהו אחר**.. זיקת הנאה יכולה להיווצר על ידי הסכם בין הצדדים, אולם בדרך כלל אין כל צורך בהסכם כתוב, כשהזיקה נוצרת בשל הנסיבות, אופי הנכס והשימוש בו. הזיקה יכולה גם להיות בתשלום ובכפוף לתקופה מסוימת; וקיימת גם [זיקת הנאה מכוח שנים](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%96%D7%99%D7%A7%D7%AA_%D7%94%D7%A0%D7%90%D7%94#%D7%96%D7%99%D7%A7%D7%AA_%D7%94%D7%A0%D7%90%D7%94_%D7%9E%D7%9B%D7%95%D7%97_%D7%A9%D7%A0%D7%99%D7%9D).

* **פס"ד כריית חול -** **שתי אפשרויות:** לעקוף את הקרקע הפרטית בשביל להוציא את החול מהמכרה, או לעבור דרך הקרקע הפרטית. בעלים רוצה לצמצם עלויות ולעבור דוך. אם מגיעים להסכם לזיקת הנאה, יכול לעבור שם. לזיקת הנאה יש ערך כלכלי. בזיקת הנאה מכוח הסכם - לרוב היא מתוחמת בזמן או כוללת מנגנונים הניתנים להפרה.
  + - 1. **הפקעה של מקרקעין -** כאשר המדינה לוקחת את השטח של אדם פרטי לצרכיה. זאת, משום שהפקעה אינה עסקה. ס' 13 מדבר על עסקה. מאחר והפקעה זו אינה עסקה - היא לא נכנסת תחת גדרי ס' 13.
* **פס"ד אקונס -** גם הפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע. מנהרות הכרמל.המדינה הפקיעה את זכויות השימוש של תת הקרקע, ונמנעה מלהפקיע את כל הקרקע. ביהמ"ש אומר שהמנהרות אמורות להישאר לתקופה ארוכה, ואין באמת כוונה להחזיר את השימוש, לכן למעשה - המדינה לוקחת את הקרקע. בית המשפט אומר שהפרשנות ל-ס' 13 הוא פשוט לא נכון. אין כאן מוטיב של עסקה, ולכן לא נכנסת לגדרו. לכן, הפקעות ניתן לעשות גם על חלק מהקרקע. המדינה צריכה להפקיע את המינימום הנדרש. לכן אנחנו לא יכולים ולא הגיוני להגיד למדינה להפקיע את כל החלקה אם היא צריכה רק רבע מהקרקע. העירייה והמדינה יכולה להפקיע חלקיקים מחלקות מהשטח הפרטי - משום שלא מדובר מעסקה, ולא תחת ס' 13. בפועל ההפקעות אכן מבוצעות על חלקי חלקות ולא על חלקות שלמות. **התאפר למדינה להפקיע רק את תת הקרקע.** 
  + - 1. **שכירות - החריג הכי מרכזי של ס' 13.** ס' 78 לחוק המקרקעין, על אף האמור בס' 13, ניתן להשכיר חלק מסוים במקרקעין.
* **פס"ד לוסטינג -** חכירה לדורות שווה לבעלות ולכן היא כפופה/לא כפופה לס' 13. האם שותפים במקרקעין יכולים לעשות חוזה חכירה ארוך טווח ובאמצעות חוזה החכירה הזה, לעקוף את ס' 13? האם חכירה ארוכת טווח נחשבת כשכירות או כבעלות? ברגע שנחתם חוזה חכירה לדורות (999 שנים) - בהסכם החכרה כזה, מבחינה מעשית הייתה כוונה לפצל את המקרקעין. השאלה היא האם מפרש החוזה צריך לפרש זאת בתור בעלים בנפרד- ואז עסקאות כאלה לא יכולות להיעשות כי אז זה נופל לגדר ס' 13 לפיו אסור לפצל חלקות, או שהמפרש מסתכל עליהם כשוכרים, ואז מאפשר החריג ל-ס' 38, ואז מתאפשר להם לפעול בצורה נפרדת. **התוצאה בספק הדין הייתה שהסכם החכירה נכנס תחת ס' 78 ונכנס לחריג השכירות. המשמעות היא שאין כפיפות לס-13, ולכן מותר לעשות את החכירות האלה שגורמות לפיצול יתר של חלקות. אם זה היה בגדר של בעלות - לא היה ניתן לפצל חלק מסוים במקרקעין. המשמעות של פסק דין לוסטינג היא שס' 13 כמעט רוקן מתוכן.** 
  1. **ירושה** -(ס' 6 לחוק המקרקעין) עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה ע"פ צוואה. חוק מחריג זאת משום שמדובר בפעולה שנעשית שלא תואמת את מאפייני העסקה. אין כאן מוכר מרצון או קונה מרצון - אלא סוג של הנחתה. לא תמיד היו רוצים לקבל ירושה יחד עם עוד אנשים - ולכן יש פה החרגה - ירושה לא כלולה תחת ס' 13. אם יש ירושה ונרצה לחלק/למכור אותה- יש לזה את הסייגים שלה, אבל לא תחת ס' 13. במובן הזה שזה לא כפוף ל-ס' 13, זה מקיים בעיה עם הרציונל. מה זה משנה מי הגורם או מה הסיבה של גורם הברדק במקרקעין. בנחלה חקלאית למשל - רק אחד יכול לרשת את הקרקע החקלאית - בניגוד לקרקעות אחרות. לא ניתן שיהיו שניים שיהיו בעלים במשותף על קרקע חקלאית, תוך יצירת מציאות משפחתית בעייתית. אז למה לא להכריע באופן דומה על קרקעות אחרות ולא להחריג מ-ס' 13? בחקלאות - ברציונל שיהיה מישהו אחד שינהל את המשק כדי שהמשק ינוהל נכון.

בשורה התחתונה - לבדוק תמיד את הזיקה ל-ס' 13 בצ'ק ליסט במבחן.

1. **מה מוסיפים ס' 11 ו-12?** 
   1. **ס' 11: עומק וגובה:** מדבר על מתחם הבעלות במקרקעין.אם אני בעלים של קרקע - הבעלות מתפשטת עד למטה. (בכפוף לדיני מים, נפט, מכרות, מחצבים משאבי טבע וכו') - שלא ניתנים לבעלות פרטית. שונה לחלוטין מארה"ב: הרעיון היה לקנות קרקעות שיש סיכוי שימצאו בהם נפט - כי המחצבים שייכים לך. בארץ זה הוצא מהקניין הפרטי. **עד למעלה: לא כולל מטוסים, וכפוף לכל דין, ואין בכך למנוע מעבר בחלל הרום.**
   2. **ס' 12: המחובר לקרקע:** (נושא שתמיד מופיע במבחן).הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליו: מבנים, עצים ועל כל דבר אחר שמחובר אליה חיבור של קבע. **דוג':** בעלים שמשכיר את דירתו. לאחר חם מאוד, והשוכר התקין מזגן לאחר שניתן אישור מהבעלים. עוברים מס' שנים, הבעלים מחליט שהוא רוצה למכור את הדירה. והדירה עוברת לבעלות הרוכשים לאחר שראו את הנכס. בתום תקופת השכירות, השוכר מפרק את המזגן מהקיר. הקונה לא מסכים לפירוק המזגן, על אף שהמזגן הותקן על חשבון השוכר. מה תהיה תוצאת פסק הדין? האם מותר לשוכר לפרק את המזגן? **מה אומר ס' 12?** **דוג' נוספת:** חברה שרוצה להיכנס לשוק מסוים. היא נמצאת בתחום ייצור והיא צריכה לרכוש את המכונה החדשה בשוק. אם היא לא מתחדשת - היא יוצאת מהמשחק ופושטת רגל. החברה מבקשת הלוואה לצורך רכישת הנכס. נניח שהבנק משתכנע ומאשר את ההלוואה. אחרי שנה החברה ניסתה להיכנס ולהישאר בשוק, אך ללא הצלחה ומגיע למצב שהיא מתקרבת לחדלות פירעון. שני בנקים מגיעים לגבות את הכסף: דיסקונט - בעל משכנתא על הקרקע, ובנק לאומי שנתן הלוואה למכונה - שמחוברת לקרקע וקשה לפירוק. השאלה היא - מי זוכה במכונה? בנק דיסקונט שרוצה להיפרע מהקרקע, או בנק לאומי שרוצה להחזיר את ההלוואה? למה שבנק דיסקונט יוכל לחשוב לקחת בעלות על המכונה? משום שס' 12 מכניס את בנק דיסקונט לתמונה בכך שהמכונה היא חיבור קבע לקרקע. השאלה המרכזית היא האם מדובר נכס מחובר למקרקעין - ובכך הופך להיות חלק מהמקרקעין ממש, ולכן מי שיש לו זכות במקרקעין יכול להיפרע במכונה עצמה, לעומת זאת לבנק לאומי יש זכות במכונה עצמה. אם זה לא חלק מהקרקע - בנק דיסקונט לא רלוונטי. ההגדרה של ס' 12 בעייתית. כך, **קיימים מס' מבחנים לבדיקה:**

**שיעור 6, 04.11.18**

**מחוברים לקרקע -ס' 12, יופיע במבחן**

1. **ויסמן אומר שיש כפילות ב-ס' 12 והדגשה כפולה: גם חיבור של קבע וגם בלתי ניתן להפרדה**. "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".
2. **בחזרה לשני המקרים של השיעור הקודם**: הכרעה קריטית לגבי מי יקבל את הנכס ביד - דיני תחרויות ירחיבו. עניינים אלה רלוונטיים כשיש הרבה נושים למשל. השאלה הגדולה של ס' 12 היא מתי הנכס מאבד את האופי שלו כמטלטלין והופך להיות מחובר לקרקע? מת הוא מאבד את מאפייניו המטלטלים. **ויסמן אומר שפירוש טכני של ס' 12 מביא לתוצאות אבסורדיות**. זאת, משום שכמעט כל נכס מיטלטלין ניתן להפרדה - **תפיסה ריאליסטית.** מבחינה פיזית, התשובה תהיה תמיד כן, כמעט תמיד ניתן להפריד לפירוק. כמעט אין נכסים שפיסיקלית לא ניתנים לפירוק. גם לבנים של בית אפשר בסופו של דבר לפרק. לכן ויסמן דוחה את האולטימטיביות של המבחן הפיזי. לא יכול להיות שזו מטרת הסעיף.לפיכך, ויסמן מציע לאמץ שלושה מבחנים שכשתתגלה סיטואציה של נכס מיטלטלין שמחובר למקרקעין שעל פיהם בנוסף למבחני מידתיות ניתן יהיה לדעת אם זה נכס מחובר הופך להיות נכס של מקרקעין, או שייחשב כמיטלטלין(מבחנים מצטברים שלא בהכרח יובילו לתוצאה אחת למרות ש-..):
   * **מבחן החיבור הפיזי** - אין ספק שחייבים להתייחס למבחן הזה. לא יכול להיות שמכונית שעומדת על מקרקעין ללא חיבור תהפוך להיות מקרקעין ע"פ ס' 12, אין לה התחלתה של חקירה נדרשת לחיבור מינימלי. חייב להיות חיבור פיזי כלשהו. **עם זאת, זו לא חזות הכל, ואחרי שראינו שנכס מחבר למקרקעין, עוברים למבחן הבא. האם תוצאת החיבור היא שלא ניתן לנתק את המיטלטל מהמקרקעין מבלי שייהרס; שיגרם נזק מהותי למיטלטל או למקרקעין או שאין למיטלטלין קיום ללא חיבור לקרקע. תוצאת החיבור ולא שאלת האמצעי הפיזי שבו התאמצו (-תתי מבחנים)**
   * **מבחן סוג הנכס -** מאפייניו של הנכס המסוים, ובחינה האם נכס כזה מטיבו להיות מחובר למקרקעין או מטיבו להיות מנותק ממקרקעין. **מבחן פונקציונאלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע.**
   * **מבחן הכוונה -** מה הייתה כוונתו של בעל הנכס?יש צורך לבדוק את כוונת הצדדים. המבחן אינו אחיד. **אובייקטיבי או סובייקטיבי? אובייקטיבי - צדדים רחוקים. סובייקטיבי - צדדים קרובים. איך אפשר לבחון את דעת הצדדים?:** בחינת החוזה למשל. קיים קונפליקט בין האובייקטיבי לסובייקטיבי. **מבחן הכוונה הוא סובייקטיבי ככל האפשר בכל מה שקשור לצדדים הקרובים ואובייקטיבי ככל האפשר לכל הגורמים הרחוקים - למי שלא היו מעורבים בשלבים הראשונים, גורמים שלישיים למשל**. צדדים קרובים:מה הייתה כוונת הצדדים עצמם- שניהם בעלי הדין שנמצאים בסכסוך, והם אלה שאפשר לנסות ולחקור אותם ולהוציא מהם באמת מה הייתה הכוונה שלהם. כששני הצדדים הם שני בעלי הדין, זה מקרה יחסית קל (לא בהכרח קל להוכחה)יותר נכון גם - אנחנו רוצים לשקף באמת ככל האפשר את הסכמת הצדדים. אין צורך להחיל נורמות חיצוניות כששני הצדדים לפני, אין צורך להכפיף אותם לסטנדרט התנהגות כללי בחברה, אלא יותר נכון יעיל ויתמרץ להכניס בצורה ברורה את הכוונו שלהם למסמכים ולאפשר לדעת באמת מה מטרת הנכס ומה היו הכוונות שלהם. מה קורה כששני בעלי הדין הם לא צדדים קרובים כמו במקרה של המזגן? השוכר הכניס מזגן למקרקעין, הצד השני זה לא האדם שמולו הוא התקשר בחוזה השכירות, אלא אדם שלישי, אדם שהוא עשה הסכם עם הבעלים, אבל הוא לא היה חלק מהמערכת המקורית, ככה שניסיון להחיל עליו כללים סובייקטיביים או תובנות סובייקטיביות הוא בעייתי. זה מטיל נטל גדול על צדדים שלישיים לחקור ולבדוק לפני שהם מתקשרים בנכסי מקרקעין. **נכון גם לגבי נושים.** לגבי המזגן אפשר עוד לבוא ולהגיד שכשאתה קונה דירה ללכת לדבר עם השוכר. **בשורה התחתונה, ככל שאפשר להוכיח, מבחן הכוונה ימשוך במבחן סובייקטיבי בצדדים קרובים. בצדדים רחוקים - אנחנו נחיל נורמות אובייקטיביות ונבחן מבחינה אובייקטיבית איך אנשים פועלים בהתקשרויות כאלה.**
   * **להכניס גם את מחוברים לסיפור של תחרויות.**
3. **הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים:** שיקולי המדיניות יהיו יותר רלוונטיים לצדדים רחוקים.
4. **מונע הנזק הזול -** שיקול משמעותי בדיני התחרות. למה? תמרוץ הגורמים למנוע. שיקול הרתעתי. יכול למנוע את הנזק באמצעות עיצוב מטר האחריות. במקרה של המזגן: יכול להיות שנרצה להטיל את האחריות על הרוכש החדש, כי הוא היה צריך לדבר עם השוכר ולראות אם יש לו איזה ערעור על איזה נכסים. כל מה שהוא היה צריך לעשות כדי לגלות את הבעייתיות ולפתור אותה זה לדבר עם השוכר.
5. **שיקולים רלוונטיים נוספים:** וודאות השוק, עידוד פעילות כלכלית, שיקולי יעילות מצרפית, שיקולי חלוקה? (לא קיים בפסיקה). יש שיקולים נוספים של תמרוץ השוק, תקנות השוק בין בעלים שונים, ולא רק בהשלכות הספציפיות על הבעלים אלא גם בחתך רחב יותר - איך השוק יתמודד עם הכרעות כמו למשל ששוכרים לא יכולים להתקין מזגנים. לאיזה תוצאות זה יוביל? הנושא יעלה בהרחבה יותר בתחרויות.

**אוצרות טבע ועתיקות**

1. **בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות** - קידוחי נפט, שתי חברות שקיבלו זיכיונות לקידוחי נפט, ובחוק שמדבר על עידוד קידוחים מופיע ס' שהמפקח רשאי להעניק גם זכויות הובלה לאותן חברות. השאלות המשפטיות, האם המילה רשאי מייצרת חובה על המפקח להעניק זכויות הובלה. **השופט חשין** מאתר שני ערכים מתנגשים שיש צורך לאזן אותם במוסד הקנייני הזה של נפט הם ערכי יעילות ורווחה מצרפית למול ערך של גמול ועבודה. איך מכריעים? האם באיזון הזה הרשאי יהיה מפורש כחייב במידה והן רוצות להוביל, או שהרשאי יהיה תלוי באיזון הערכי במוסד הקנייני הזה. חשין בוחן את שני הערכים המתנגשים: עידוד חיפושי נפט ותמרוץ למול תחרות. חשין מסתכל עליהם ואומר ששניהם נועדו להשיא את הרווחה המצרפית של החברה בישראל. לכן, באיזון הזה נכון יהי לבחון אותו תחת המשקפת של השאת הרווחה המצרפית, ואם מסתכלים על זה כעל מוסד שרוצה להשיא את הרווחה המצרפית, לא יהיה נכון לתת להם להוביל את הנפט. חשין חושש ממונופול שיהיה לחברות האלה - מונופול כזה ייפגע ביעילות וברווחה המצרפית של קדיחת הנפט. מה שיקרה אומר חשין, הובלה שתתווסף לקדיחה, ברור שלא יהיו לה מתחרות, כי החבר תמכור לעצמה את הנפט בצורה זולה יותר, וכשלא תהיה תחרות, הרווחה המצרפית תפגע, כי המחירים יהיו גבוהים. מעניין לראות שחשין יוצא מגישתו לקניין - תפיסה ליברטריאנית: כתוב בחוק שהוא רשאי, ואם הם היו מוצאים, המפקח היה צריך לתת להם להוביל כי זה חלק מזכותם הקניינית. זהו פסק הדין היחידי בו חשין מאמץ את התפיסה שקניין בנוי מכמה מוסדות שונים, ועושה פה בירור ערכי, ושואל את השאלות מה כוונת המחוקק, מה הערכים שהמחוקק יצק למוסד הקנייני ומגיע למסקנה הפוכה ממה שהוא היה מגיע לו הוא היה הולך בגישה שלו. **האם מדובר באקטיביזם של חשין?** הוא לא משנה את כוונת המחוקק, אל חושף רבדים. מהם הערכים שעומדים מאחורי החוק, ולפי זה אפשר לפרש בצורה ראויה את ההוראות של החוק.
2. **מוסד קנייני שבנוי על ערכים מסוימים:** תמרוץ (גמול על ההשקעה), ותחרות. מוסד קנייני שמכוון למקסום הרווחה המצרפית.

**מהות הזכות ומגבלותיה - משפט פרטי**

1. **ס' 14** קובע שבעלות וזכויות אחרות במקרקעין אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.
2. **בשביל מה צריך את ס' 14?** פס"ד שביססו את התפיסה של ס' 14 והלכותיו על התחדשות עירונית. ס' 14 קובע שהזכות הקניינית כפופה להימנעות מגרימת נזק או אי נוחות לאחר.
   1. **פס"ד שלב נ' הררי מואב:** פסק הדין מדבר על מצב בו חילקו חלקה לשלוש חלקות. בחלקה אחת היה מכרה. עד לפני שחילקו את החברות, המשאיות היו עוברות בחלקות האחרות כדי להגיע לשטח. האם אחרי החלוקה, האם יהיה מותר למשאית לעבור בשטח של בעלים אחרים? האם הבעלים יכול לאסור או לגבות תשלום עבור המעבר בשטח שלו? בית המשפט קובע בצורה אינטואיטיבית ואומר שהם לא יכולים לעבור כך בשטח - אחרת אין משמעות לזכות הקניינית. התשלום, אומר בית המשפט, על הנסיעה מסביב - היא נסבלת. אחרת זה ייפגע בזכות לקניין. פס"ד מאוד ברור - ועוד יותר מקשה בשביל מה ס' 14. רוצה לעבור? תשלם. לגיטימי.

**שיעור 7, 07.11.18**

* 1. **פס"ד רדמוליסקי נ' פרידמן:** מבסס את זכות היסוד של האזרח הישראלי לטלוויזיה. יש זכות לכל אדם להתחבר ולראות טלוויזיה. לענייננו - רדומילסקי הייתה בעלת מבנה, באחת מהדירות שלה היה דייר מוגן. באופן עקרוני, דייר מוגן יכול להתיישב בנכס עד תום חייב במובן מסוים, ויכול בתנאים מסוימים להוריש את הדיירות המוגנת. במקרה זה, אם בן משפחה קרוב גר עם הדייר חצי שנה לפני שהדייר הולך לעולמו הוא יכול לרשת. הבעלים קנתה את הדירה יחד עם הדייר ולא יכלה לפנות אותו, לכן היא חיכתה למותו. היא מזהה בשלב מסוים שהבת שלו מגיעה להתגורר איתו, ובין היתר רואה כבל של טלוויזיה שיצר חור בקיר ועובר על החלקה שלה. הבעלים מבקשת להסיר את הכבל ולהימנע מפגיעה בקניין שלה. בית המשפט מחזיר על הבעלים כעל "המכשפה הרעה" ולוקח אותה כקורבן על עמידה דווקנית על זכות הקניין, ושהיא בקשת לעשות שימוש דווקני בזכות הקניין שלה. בכך, היא פוגעת בלי הצדקת בזכות הטלוויזיה הטבעית שלהם. ברור לכולם שהכבל לא הגיע פתאום ושזה קרה מהרגע שהבת של פרידמן עברה לגור איתו. הבעלים אמרה שהם עושים הפרות של זכות הקניין, ולכן היא נפגעת כתוצאה מכך, ולכן היא רוצה את הסכמתה לפני שהם מעבירים את הכבל. האינטרס שלה הוא אינטרס כלכלי, ושפרידמן ישחרר את הדירה ושלא ישאיר לה את הבת שלו. מבחינה עקרונית שני הגורמים מנסים למקסם רווחים מהנכסים הקנייניים שלה. אז מה ההבדל ביניהם? כי הבעלים פוגעת במודע שמוסד קנייני שהחוק יצר. היא לא משתמשת בזכות קניינית רק לאינטרס כלכלי אלא גם בשביל לפגוע במוסד קנייני שהחוק יצר. קבלת התביעה של הבעלים יביא לביטול או פגיעה משמעותית בתפיסת ההורשה של דיירות מוגנת, תוך ביטול היכולת של דיירים מוגנים להוריש לילדיהם. קבלת ערעורה יגיד שבעלים יוכלו להקשות ולפגוע במוסד הקנייני בדיירות מוגנת. הסיבה שהבעלים עושה שימוש דווקני בזכות זה לא בגלל שהיא רוצה כסף, אלא בגלל שהיא עושה את זה תוך פגיעה במוסד קנייני שאנחנו יצרנו שנועד להגן על דיירים חלשים. עמידה דווקנית בזכותה של הבעלים, ייפגע במאפיין משמעותי מאוד של המוסד הזה, ויעקר במובן מסוים את הדיירות המוגנת מתוכן. אנחנו לא רוצים להגיע לקונפליקט במוסדות קנייניים. **הדמיון לפס"ד הררי מואב,**
  2. **פס"ד רוקר נ' סלומון:** יש שתי מערכות שונות לגמרי שמרחיקות את עצמן אחת מהשנייה. מערכת תכנונית (וועדות תכנון ובנייה) ומערכת משפטית. שתי המערכות מתנהלות כמערכות לא קשורות אחת לשנייה, אמנם אין צורך להביא הסכמות, חלק מהוועדות מבקשות הסכמה חתומה של כל הדיירים הרלוונטיים, כדי למנוע תקלות כמו פס"ד רוקר. למרות ההסכמות והחתימות, יש צורך לפרסם את זה, כדי לאפשר גם למי שלא נתן הסכמה להתנגד. ניתן להתקדם ולקבל היתר, ומנגד עוד אין זכות קניינית כדי לממש את ההיתר. לו היינו כורכים אחד בני, היה צורך להקים מערך משותף של שתי המערכות - מה שהיה דורש תקציבים רבים. לרוב ההיתר מותנה בהשלמת הזכויות הקנייניות וכולי'. **מה שקרה ברוקר,** זה שהיא קיבלה היתר בנייה ללא הסכמה. **אנגלרד:** הולך על יעילות כלכלית, אין סיבה להרוס משהו שאנשים בנו: מאזן נזקים. המשמעות של מה שהוא אומר, זה שלצורך העניין לא מעניין כרגע זכאות קניינית או פגיעה אפשרית בזכויות קנייניות. **טירקל חשין ולוין:** לצמצם ככל האפשר את ס' 14. למה? כי ערך החירות גבוה יותר. הכרה בס' 14, מצמקת מאוד את החירות של הבעלים. רלוונטי למקרים חריגים מאוד **ברק -** למצוא מהו המוסד הקנייני הספציפי ולבחון את ההקשר והמערכת היחסים. לדוג' בית משותף - מוסד קנייני שעושה איזון לחירות היחיד למחויבות שלו לבעלים אחרים. . **פס"ד רוקר הפך את ס' 14 לכמעט חסר משמעות ע"י דעת הרוב: מצמצם מאוד את ס' 14, בין אם בגלל אולטימטיביות ערך החירות של הבעלים, ובין אם בגלל הביטוי שנותן עיצוב המחוקק למוסד הקנייני שנותן אופי למשאב (ברק): מערכת האיזונים שעושים במוסדות הקניינים, כבר מטמיעה בתוכה את מחויבות בעלי הקניין ביחס לאחרים - ככה שלא צריך בעצם את ס' 14.** מבחינה עקרונית גם חבורת החירות וגם חבורת ברק לא מתעלמים מ-ס' 14. הם פשוט מרוקנים אותו מתוכן באופנים שונים. ברק לא מתייחסים לחירות הבעלים כערך אולטימטיבי, אלא מאמצים גישה ליברלית - יש צורך באיזונים ערכיים במוסדות קנייניים שמשליכים על חירות הבעלים. למה צריך את ס' 14? לא צריך. כי איזון נכון במוסד הקנייני עצמו, כבר יינתן ביטוי נכון לאיזון. נשתמש בו כשלא יהיה תום לב. **לגופם של דברים, אחרי פסק דין רוקר כמעט לא היה שימוש ב-ס' 14, עד לאחרונה, בנושא של התחדשות עירונית - פריחה שהיא לא נכונה. בתי המשפט מחילים את ס' 14 על המסרבים, החלה לא נכונה של ה-ס', כי לא מדובר בחוסר תום לב, אלא בהתנגדות.**
* **נחזור לנושא בהתחדשות עירונית.**

**המשטר הקנייני בישראל**

1. במשטר הקנייני של ישראל, **רוב מוחלט של המקרקעין נמצא בבעלות ממשלתית.** קיימים שלושה גופים שלמעשה מחזיקים בידיהם במשותף (כל אחד וקרקעותיו) 93% מהקרקעות בישראל (עד לפני שלוש שנים, נתון ישן יותר; נוטה כיום לכיוון ה-80%). שלושת הגופים:
   1. **המדינה/רשות מקרקעי ישראל -** מטעם המדינה
   2. **רשות הפיתוח מחזיקה קרקעות שהולאמו בעבר -** של אנשים פרטיים שהמדינה הלאימה בשנות הקמת המדינה
   3. **קק"ל - קרן קיימת לישראל,** מבחינת המדינה זהו גוף פרטי, שהיה אמון על רכישת קרקעות בישראל עוד לפני קום המדינה, רכש קרקעות פרטיות באמצעות תרומות של יהודים מחו"ל. עם קום המדינה חתם על אמנה עם המדינה, שהבעלות תישאר של קק"ל, אבל המדינה באמצעות רשות מנהלי ישראל, היא תנהל את הקרקעות האלה, כאילו היא שלה.
2. **בפועל מי שמנהל את הקרקעות האלה זו** מנהל מקרקעי ישראל, או בשמה החדש: **רשות מקרקעי ישראל.** הבעלות נשמרת בנפרד, אבל הניהול בפועל נעשה ע"י רשות מקרקעי ישראל עבור כל הגופים. אחת לכמה שנים קק"ל מאיימת שלא לאשרר את האמנה, ולמעשה היא תיקח את המקרקעין שלה ותמכור אותם למי שהיא רוצה - איום די גדול על המדינה, שתאבד הרבה מאוד נכסים אם זה יקרה. קק"ל עושה את זה מאינטרסים כלכליים כמובן. לקק"ל יש הרבה כסף, והרבה פעמים המדינה מנסה לנצל זאת.
3. **מרבית הקרקעות בישראל אם כך נמצאות בניהול ממשלתי, וחלק קטן מאוד מהמקרקעין בישראל הוא בבעלות פרטית, שם הבעלים בטאבו הם אנשים פרטיים.** איך בכל זאת אנחנו חושבים שיש לנו בעלות בדירה? באמצעות חכירה. המנגנון הישראלי להתגבר על העובדה שהבעלים של מרבית הקרקעות בישראל היא המדינה**, נוצר מנגנון שמבחין בין מגזרים שונים: המגזר העירוני והמגזר החקלאי.** **במגזר העירוני,** יש מנגנון ל-49+49 שנים של חכירה: זכות שכירות לטווח ארוך. רוב מוחלט של בעלי הדירות הישראלים הם למעשה שוכרים מידי המדינה, שכירות ארוכת טווח. השאלה הגדולה היא מה יהיה כשיפוגו החוזים האלה, מה יקרה? בית המשפט כבר אמר שהוא רואה את זה כבעלות (פס"ד לוסטינג). **כך, הובהר כבר שהמנהל יחדש את חוזה החכירה בתום הסכם החכירה.** כיוון שאין דרך בישראל לרכוש בעלות במרבית המקרקעין, המנגנון של חכירה לטווח ארוך, מתגבר על בעיה זו, ומהווה מעין בעלות. **בעבר, אדם שמכר דירה בחכירה, היה צריך אישור של מנהל המקרקעין בשביל למכור.** בעת האחרונה המנהל פוטר את החוכרים לקבל את הסכמתם בשביל להעביר את הדירה לחוכר אחר.
4. **מדוע המדינה עושה זאת?** למה המדינה כל כך אובססיבית להשאיר אצלה את מרבית המקרקעין? בספר של פרופסור חיים זנדברג - ספר שלם על חוק יסוד: מקרקעי ישראל, שם כתוב בגדול על הרציונל הכלכלי - המדינה רוצה לשלוט בקרקעות מסיבות כלכליות(גם חשש ביטחוני) . **הסיבה האמתית נזכרת בספר אך מוסווית: סיבה פוליטית: חוסר רצון למי שלא יהודי גישה ישירה למשאבי קרקע ולרכישת קרקעות בישראל או ליהודים שמייעדים את הקרקעות שעלולות לא למצוא חן בעיני המדינה. משטר חכירה שולט במטרת החכירה. (לא רוצים לאפשר לכל קבוצת אוכלוסייה להקים יישובים)**

**שיעור 8, 11.11.18**

1. **המגזר החקלאי - רישיון במקרקעין.** המשמעות היא שלחלק הגדול במגזר החקלאי זה הולך ומשתנה. המדינה בהדרגה מאפשרת העברת זכויות חכירה גם במגזר החקלאי. עד לשינויים אלה, לא היו זכויות קנייניות במגזר החקלאי (מושבים וקיבוצים). הם יכולים לגור שם 70 שנה, ואין להם זכות קניינית. יש להם רישיון - שאינו זכות קניינית. רישיון זו זכות אישית, בר רשות, אין לבר הרשות זכויות במקרקעין אלא הסכמה של בעל הזכויות במקרקעין, לפעול להחזיק ולהשתמש על פי שהוסכם עם בעל הזכויות במקרקעין. **בשונה מזכות במקרקעין, רישיון זו זכות חלשה יותר שנתונה הרבה יותר לשיקול דעתו ולרצונותיו של בעל הזכויות במקרקעין**. בעל הרשות נמצא במקרקעין מכוח רצונו של בעל המקרקעין. **האם בעל המקרקעין עצמו יכול לבטל את ההסכם כשהוא רוצה לפי תנאיו?** כך, ב-15 השנים האחרונות היו עימותים רבים בין המגזר החקלאי בין רשות מקרקעי ישראל. מגיע לעימות לרוב כשהמגזר החקלאי רוצה להשתמש בחקלאות שלא למטרות הראשוניות - שלא לחקלאות למעשה, ולשנות את הייעוד של המקרקעין - חלקם לגיטימיים רלוונטיים ונדרשים מאוד ברמה האזורית והמרחבית.
2. **יש פעמים בהם ההשקעות וההסתמכות של בעל הרישיון על המקרקעין האלה יהיו כאלה גבוהות, שהם ימנעו את לקיחת הרישיון.** כיום, הקיבוצים יושבים כברי רשות בקרקע, הסכמי משבצת. המדינה נותנת רשות לאגודה השיתופים למקרקעין, רישיון לאגודה השיתופית, הסכם משבצת, ולרוב הסכם זה מתחדש כל 3 שנים. "הסכם משבצת תלת שנים". לכן, זה נתפס כזכות יותר חלשה - באופן עקרוני כל 3 שנים הצורך ברישיון וגודל המקרקעין עומד בבחינה מחודשת. לא מדובר בזכות קניינית כי אין זיקה בלתי אמצעית של האם לקרקע. מדובר בזכות חוזית. המדינה יכולה להתנער מההסכם, בעוד שזכות קניינית מאפשרת זיקה ישירה לקרקע.
3. **רחל אלתרמן היא אחת החוקרות המוכשרות בתחום -** יותר מתכננת ערים מאשר משפטנית. כך, היא מצליחה לאזן בין התכנון למשפט - ומצליחה לראות את התמונה הכוללת. במאמר היא דנה בשאלה **האם באמת יש הכרח להשאיר את מרביתם המוחלטת של הקרקעות בניהולה של המדינה? התשובה העקרונית שהיא עונה היא לא. לדעתה אין הכרח. לפני שהיא עונה, היא עוברת על המשטרים האפשריים:**
   1. **הלאמה מלאה של זכויות הקרקע** - המדינה מחזיקה את כל המקרקעין במדינה, והיא מחליטה איך ומה לעשות עם המקרקעין. הלאמה מלאה מכפיפה את כולם במובן מסוים לשלטון, וכל גורם שרוצה להקים יישוב, צריך לקבל אישור והקצאה של קרקע מהשלטון, מה שלא קיים במרבית העולם. בעולם אתה יכול לקנות קרקע ולהקים יישוב. בישראל אין חיה כזו. היא זו שצריכה להקצות את הקרקעות.
   2. **הפקעה מסיבית - הקרקע היא בבעלות פרטית, אבל המדינה יכולה לבצע הפקעות מסיביות, שישמור בידיה את הכוח להלאים בכל מצב שבו היא צריכה**, ע"פ הקריטריונים שהיא תציב לה. לא ברור איזה משני משטרים אלה יותר גרוע. הפקעה מסיבית היא מאוד שרירותית. מאפיין מדינות לא ליברליות - דיקטטורות או קומוניסטיות
   3. **רכישה לצורך בנק קרקעות -** מצב שבו המדינה לא עושה הפקעות של אזורים שלמים, אבל היא כן יכולה להפקיע יותר ממה שיא צריכה כרגע. היא תפקיע יותר כי יכול להיות שבעתיד היא תצטרך את האקסטרה לפרויקטים מסוימים.
   4. **איחוד קרקעות וחלוקה מחדש (רפצלציה) -** קורה הרבה בישראל. המדינה תיקח חלק משמעותי מהמקרקעין הקיים, אבל בניגוד להפקעה רגילה, היא תשאיר בידי הבעלים חלקים קטנים מהחלקה, והחלקים האלה עכשיו יהיו שווים הרבה יותר משווי הקרקע של המדינה. בגבעת שמואל למשל זה קרה הרבה. האלטרנטיבה לתשלום פיצויים בהפקעות, היא לבוא ולהגיד שהוא צריך חלק מהחלקה. המדינה לקוחת חלק מהחלקה לצורך ציבורי מסוים (לא קוראים לזה הפקעה) ומשאירה את הבעלים כבעלים בחלקים קטנים יותר של החלקה. ניתן להגיש תכנית לחלוקה מחדש של הקרקע ולבצע תכנית של איחוד וחלוקה. **(לקחת תרשים של לפני ואחרי מהמצגת)** הסיכויים להתנגדות לאיחוד וחלוקה הם לא גדולים. אך ניתן להתנגד.
   5. **הפקעה נקודתית -** הפקעה שנדרשת לצורך מטרה ציבורית מסוימת. נותנים לבעלים פיצויים ולא קרקע.
   6. **תכנון ציבורי -** משטר שלא מתעסק עם הפקעות, אלא עם תכנון. שליטה באמצעות תכנון. אם אני רוצה לעשות בית ספר, אני אייעד את הקרקע לבית פר - כך הבעלים כנראה ירצה להפטר מהקרקע. המדינה לא הפקיעה את הקרקע, אבל השינוי שלה יתמרץ אותו מאוד להיפטר ממנה.
   7. **שוק חופשי ללא התערבות**
4. **האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית -** יש פער גדול בין המצב בישראל בו רוב המקרקעין נמצאים בידי המדינה, לבין מצב בו המדינה יכולה להגביל מצבים מסוימים גם כשמקרקעין נמצאים בבעלות פרטית. ניתן עדיין לשמר מידה מסוימת של התערבות מדינתית. קיימות שתי סיבות עיקריות לאפשר למדינה להתערב במקרקעין - באמצעות כמעט כל הפעולות האפשריות להתערב במקרקעין:
   1. **כשלי שוק**
      1. **The tragedy of the commons - -** הסחטן של המדינה. רוצה את הקרקע? תשלם מחיר מופרע.
      2. **שמירה על משאבים לדורות הבאים**
      3. **טיפול בהחצנות -** לא ניקח בחשבון את ההשלכות של השירותים המצומצמים שאנחנו נעניק, אלא ננסה לקנות את המקרקעין בכל דרך. כך, יהיו בתי חולים בערים מרכזיות בלבד, כי אין למדינה את היכולת לקנות כל כך הרבה קרקעות.
      4. **שליטה בעיתוי הפיתוח -** גם אם אנשים פרטיים יכולים לעשות את הצרכים הציבוריים - מרכז עזריאלי בתל אביב. אופציה אחת שהמדינה תפקיע את הקרקע ותקים את המרכז שצריך, או שבעלים פרטיים כמו עזריאלי יקימו את זה. הבעיה היא שאם משאירים את זה בידיים פרטיות בידי גורם שיש לו אינטרס גדול, מי ששולט בפיתוח ובעיתוי יהיה בסופו של דבר אדם פרטי. כאשר חברות ניגשות למכרזים להקמת בנייה של מכרזים, הם הרבה פעמים מציעות מחירים נמוכים, ואז באמצע הפרויקט הן תוקעות את הפרויקט ודורשת כסף נוסף.
      5. **פערי מידע -** מצבים בהם גורמים פרטיים מחזיקים אצלם הרבה מאוד מידע, ואז נוצרים פערי מידע שעלולים לעכב. הנחת המוצא היא שהמדינה והחברה צריכים את הפרויקטים האלה. זו הנחת המוצא. אנחנו צריכים שיטור, בתי חולים ובתי ספר למשל. אם המדינה לא תוכל להציע אותם בגלל כשלי שוק, המדינה תפשוט רגל ולא תוכל למלא את התפקיד שלה.

**אין מנגנון אחד נכון בחתך גורף.** צריך לשמור למדינה כוחות מסוימים כדי שתוכל להתערב בכשלי השוק.

* 1. **הצדקות חברתיות** 
     1. קידום ערכים פוליטיים
     2. ביטול פערים חברתיים
     3. הערכות להתמודדות עם משברים
     4. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות

1. **למה לא הפרטה מלאה?** משום שיש מצרכים בסיסיים לכל אזרח. לא רוצים להפריט בצורה מלאה מוצרים מסוימים. יש מאמר שתוקף את העמדה של הטרגדיה של השיתוף (עם המרעה). מאמר הפוך שמדבר על הקומדיה של השיתוף - שיש צדדים חיוביים בשיתוף של המקרקעין - מדבר בעיקר על אזורי חברות, חופי הים, פארקים, שאנחנו רוצים שהמקומות האלה יתקיימו, והם לא יתקיימו אם הקרקע הזו תהיה בבעלות פרטית. יש גם צד נכון וטוב של השיתוף הזה.
2. **מקרקעי יעוד - ס' 107 לחוק המקרקעין:** מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור. (שפת הים, נהרות נחלים, דרכים ומסילות וכו'). מקרקעי יעוד, לא יהיה תוקף לכל עסקה שטענה רישום, ושלא תירשם הערה ביחס להתחייבות הזאת, אלא אם ההסכם אושר על ידי הממשלה או השר שנקבע לו. **סוג מסוים של מקרקעין שהוגדר ב-ס' 107, שנותנם להם כותרת של מקרקעי ייעוד, שאנחנו לא יכולים לעשות בהם שום עסקה שטעונה רישום.** העסקה היחידה שלא טעונה רישום היא שכירות קצרת טווח. זה הדבר היחיד שאפשר לעשות איתם. אלא אם כן ההעסקה נעשתה או אושרה ע"י הממשלה. כך, למרות חשיבות השימור בידי המדינה, הממשלה יכולה לאשר עסקה במקרקעין כאלה. אין מנגנון הרמטי ששומר על מקרקעין אלה. לממשלה יש יכולת להפריט מקרקעי ייעוד, שלכאורה מדובר במקרקעין הכי שמורים במדינה.
   1. **השאלה הראשונה למה רק מקרקעין?** אין הסדר דומה למקרקעי ייעוד למיטלטלין /חפצי ומנות/מגילת העצמאות - חלק משמעותי של הזהות של מדינה כמדינה, לא נכנסים לסיפור הזה, ואין להם הגנה כזו חזקה מלבד המקרקעין המפורטים ב-ס' 107. בצרפת למשל י חוק שמגן על אוצרות תרבות מסוימים. אוצר תרבות הופך להיות ערך מוגן, והמדינה לא יכולה לעשות בו עסקאות. למה בישראל יש הסדר כזה רק למקרקעין, וכל השאר סחיר.
   2. **השאלה השנייה, גם אם אנחנו במקרקעין, למה דווקא קרקעות אלו?** ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים?
   3. **השאלה השלישית, ההסדר המשפטי - אם כבר הם כל כך חשובים למדינה, אז למה בכל זאת נותנים את הסיפא לכל ממשלה נבחרת לעשות עסקאות במקרקעין האלה?** ממשלה פופוליסטית תרצה למכור את הבניאס לחבר מרכז. מה ההיגיון לאפשר חריגה לסיפור הזה ולאפשר לממשלה בלי רוב דרמטי לסחור בהם.
3. אין תשובות חד משמעיות לשאלות אלה. ההיסטוריה יכולה לנסות לתת מענה - למקרקעין האלה תפקידים היסטוריים של מסחר. (ים, נמלים, רכבות, שדות תעופה וכו').
4. גברת מרפי, פיקציה משפטית של הדין האמריקאי, ומהווה הכוכבת המרכזית של החוק האמריקאי למניעת אפליה במגורים. הפיר האוסינג אקט, הוא חוק שהתקבל בארה"ב, חוק פדרלי שקובע שאסור להפלות במכירה ורכישה של זכויות קנייניות במגורים. בלי קשר לעמדות פוליטיות, צבע עור, מוצא אתני - אסור לבעלים של נכס להפלות ברכישה ובמכריה, אבל גם לא בהשכרה של נכס, אסור להפלות אנשים מסוימים בגלל מוצאם צבעם וכולי. לחוק הזה יש הרבה חריגים. כדי להעביר חוק פדרלי רחב כל כך, כל צד היה צריך לוותר. יש הרבה מאוד חריגים (מוסדות דת יכולים להפלות, למשל כנסייה יכולה למכור לנוצרים בלבד למשל). החריג הכי מעניין הוא החריג ל גברת מרפי שאומר שאדם שיש לו עד 4 דירות במתחם אחד, והוא גר באחת מהדירות האלה, יכול להפלות או לקבוע למי הוא רוצה להשכיר או למכור את הדירות שבבעלותו. כך, אם יש לי עד 4 דירות באותו מתחם, ואם אני מתגורר באותו מתחם באחת מהדירות האלה, אני יכולה להפלות ולבחרו את השוכרים או הרוכשים ע"פ הנתונים שמעניינים בעיני. החוק נחקק בגלל שהמציאות הראתה שאנשים לא רוצים זרים שיכולים להוריד את שווי הנכס רק בגלל מוצאם וכולי. זה היה לגיטימי לכתוב לא לשחורים, לא ליהודים וכדומה.
5. **בישראל - האם אנחנו נמצאים באותו מצב?** האם יש חוק שאומר שבעל קניין משכיר או מוכר את הנכס שלו הוא חייב לעשות את זה בשוויון כל הגורמים, או שאנחנו נותנים להפלות ולבחור בעצמנו את השכנים או השוכרים שמשכירים את הנכס שלך. **טיעונים והצדקות:**
   1. **זכות קניין -** אני יכול לעשות בנכס שלי מה שאני רוצה לעשות, ואי אפשר לחייב אותי להכניס לנכס שלי אנשים שאני נגעל מהאישיות מהמאפיינים שלהם או מהדת שלהם.
   2. **אדם פרטי אינו המדינה -** אני לא חב באחריות חברתית כוללת לכל מסכני העולם וגם לא למסכני מדינת ישראל. העובדה שאין להם איפה לגור, זו לא בעיה שלי. יש מדינה, והיא זו שצריכה לספק להם פתרונות.

* **פס"ד קאעדן -** האם יש סיבה לעובדה שהאדם הספציפי לא נכנס ליישוב.

**שיעור 9, 14.11.18**

**המשטר הקנייני בישראל - הזכות לכניסה בישראל**

1. **בתי המשפט מנסים להחיל את חוק האפליה על מוצרים ושירותם, גם על השכרה של דירות. יחול בעיקר על יזמים שמוכרים כמות גדולה של דירות. על אנשים פרטיים זה לא חל, גם אם יהיה חוק, יהיה מאוד קשה לאכוף אותו, אשר להסוות את סיבת האפליה.**
2. **ועדות הקבלה ליישובים -** המצב בישראל הוא שבקיבוצים ומושבים יש אישור לוועדות קבלה. ביישובים קהילתיים, לפני 20 שנה רוב היישובים הקהילתיים החזיקו וועדות קבלה, לפי חוק האגודה השיתופית. **לאחר מכן הגיע פס"ד קאעדן, ואומר שהאופן שבו וועדת הקבלה שללה את מועמדת לחברות ביישוב הקהילתי לא מקובל על בית המשפט פוגע בעיקרון השוויון. על המקרה:** זוג ערבי שרוצה להצטרף ליישוב קציר. היישוב עורך סינון באמצעות וועדת קבלה, ומחליט שהזוג לא יכול להתקבל כחברים ביישוב. **השאלה שעולה בפס"ד** היא מי שמך? מי נתן להם את הזכות מאדם להתגורר ולקנות נכס ביישוב במדינת ישראל - מאיזו כוח ומאיזה זכות יכול יישוב להגיד לאדם שהוא לא יכול לרכוש שם נכס. **בית המשפט אומר** שאין ייחודיות יישוב הקהילתי קציר, ללא מאפיין מיוחד שעשוי להיפגע מכניסתם של תושבים בעלי מאפיינים אישיותיים, תרבותיים או אתניים כלשהם. פסק הדין מכוון לסעיפים (ס' 6) לפקודת האגודות השיתופיות שמאפשר להם לשקול שיקולים שונים. אחד השיקולים הוא שוועדת הקבלה יכולה לסרב כניסה של אדם ליישוב אם כניסתו תפגע במרקם הקהילתי של היישוב.

בית המשפט בפסק דין זה, שהם אפילו לא צריכים לדון אם יש פגיעה או חשש גבוה לפגיעה מפני שהם לא הצליחו להוכיח מרקם קהילתי כלשהו כדי שמישהו מבחוץ יוכל לפגוע בו. הטענה של היישוב קציר הייתה תפיסה ציונית - בו הם רוצים לחגוג את החגים הלאומיים בלבד. בית המשפט אומר שזה ממש לא מפריע - והכניסה שלהם לא תפגע במרקם הקהילתי, וממילא זה לא עומד בתנאים של ס' 6 ג'. **בפועל ה**ם לא הלכו לגור ביישוב אבל בית המשפט פתח פתח גדול לשינוי לזכות הכניסה בישראל. **ההחלטה בעניין קעאדן הובילה לחקיקת חוק הלאום -** הסעיף היחידי האופרטיבי בחוק הלאום הוא ס' 7ב, שנועד כדי לעקוף את פסיקת בי המשפט בעניין קאעדן. הסס' במתכונתו המקורית אמר שהמדינה רשאית להעניק זכות התיישבות נפרדת לכל קהילה שתדרוש את זה - בין אם בני דת ובין אם בני לאום אחר. ס' זה משנה את זכויות הכניסה במדינת ישראל. החוק זכה לכל כך הרבה התנגדות, כי פקודת האגודות השיתופיות אחרי קאעדן, צמצם את היכולת של יישובים קהילתיים להחזיק וועדות קבלה. ב-2011 נעשה תיקון לפקודת האגודות היישוביות, שקובע שרק יישובים קהילתיים של למטה מ-400 בתי אב ויישובים בנגב ובגליל, רק הם יוכלו להחזיק וועדות קבלה. הרעיון מאחורי זה - ככל שהיישוב קטן יותר ומרוחק יותר, כניסה של אנשים שלא תואמים את אורך החיים היישובי הקיים, יכולה לפגום במרקם החיים הקהילתי.

1. חוק הלאום מכשיר את התפיסה של התיישבות יהודית נפרדת. אם בית המשפט יתערב, סביר להניח הוא יתערב בסעיף זה או בסעיף של השפה הערבית. **בשורה התחתונה, המצב כרגע הוא שליישובים קהילתיים שמכילים פחות מ-400 משפחות ובנגב ובגליל מותר להחזיק בוועדת קבלה לצורך מניעה של פגיעה במרקם הקהילתי לפי הפקודה, ועם שינויים פוטנציאליים של חוק יסוד: הלאום.**
2. **פס"ד סבח -** הגיע אחרי קאעדן ולפני חוק הלאום. אחרי התיקון לחוק תקפו אותו בפס"ד אורי סבח, ואמרו שזה לא הוגן - אם אין ערך מסוים לקהילתיות למה מותר להם להדיר? בית המשפט העליון, כדרכו בענייני מקרקעין, מושך את ידיו ואמר שצריך לחכות וראות מה התכולה של צמצום וועדות הקבלה. דעת המיעוט של השופט ג'ובראן אומרת שצריך להפסיק להתחמק מלדון בשאלות האמתיות - גם הוא בתור מיעוט בחברה בישראל צריך לאפשר לקהילות מסוימות את האפשרות להדיר אנשים שהם לא חלק מהקהילה (בפס"ד אביטן העליון קבע כבר ב-88 שיישוב בדואי לא יוכל יהודי לקנות קרקע). ג'ובראן עושה הבחנה בין שני פסקי הדין. באביטן לא נתנו ליהודי לקנות קרקע ביישוב בדואי כי לקהילה יש מאפייני חיים ותרבות מסוימת ומאפיינים משותפים שבאים לידי ביטוי באופן ניהול היישוב. בהכנת יהודי לתוך הסיפור הזה, והאפשרות של פתיחת אנשים היישוב לאנשים שלא משתייכים לקהילה הבדואית עלולה להביל לאובדן הזהות הבדואית ולפגוע במרקם הקהילתי. לעומת זאת בקעאדן אומרים להם שאין להם מרקם קהילתי מאפיין, ואין חשש שמישהו מבחוץ ייפגע במרקם הקהילתי, **ההדרה צריכה להיות מותנית מפני חשש מפני פגיעה במרקם הקהילתי. בסבח, ג'ובראן אומר שצריך להבין מהו מרקם קהילתי. מתי יהיה אפשר להדיר ומתי לא. הקריאה נשארה בחלל ריק כי הוא היה בדעת מיעוט.** דעה זו מהווה כר פתוח לנסות לדבר על העניין, ופתחה פתח לתזה אפשרית עם התמודדות לשאלתו של השופט ג'ובראן, גישה שלא התקבלה בחוק:
3. **האם יש מודל ליצירת הבחנה בין קהילות לצורך הבחנה בין קהילות שיהיו זכאיות להדיר אנשים מבחוץ שאינם חלק מהקהילה, ואיזה קהילות לא יהיו זכאיות לעשות כן?**
   1. **האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת -** למה למדינה ליברלית אכפת אם קהילה מסוימת צריכה להתקיים או לא? **למה לא לעשות חוק גורף של איסור אפליה במגורים ואם תתקבצנה קהילות מצוין, ואם לא אז חבל.** התשובה נובעת מתפיסה פלורליסטית, תפיסה שמדברת על ריבוי ומגוון של דעות, תפיסות עולם או הכרה בכך שבני אדם מאמצים תפיסות עולם שונות זה מזה. . שתי אפשרויות עיקריות להסתכל על מהי תפיסה פלורליסטית:
      1. **פלורליזם מבני -** התפיסה הליברלית של פלורליזם אומרת שהמדינה מאפשרת לחיות בכל מיני צורות חיים. כך, המדינה מאפשרת הרבה מאוד מוסדות - תפיסה סוציאליסטית יכולה לגור בקיבוץ. תפיסה סוציאליסטית פחות עמוקה- מושב. מתבודדים יכולים לגור בחוות בודדים או בבתים פרטיים. כך, המדינה מאפשרת מגוון מוסדות כדי שני אדם יחיו את חייהם בהתאם למה שהם רוצים. דוג' נוספת: מוסדות משפחתיים: רווקים/נשואים/ידועים בציבור/ **וכו'. אם נאפשר למוסדות האלה להיות שונים אחד מהשני באמת, המוסדות הקולקטיביים עשויים להביא למצב שבו האוטונומיה של היחיד נרמסת או לכל הפחות כפופה לרצונות האחר. לכן, בכל פעם שיצוץ עימות בין הכלל לבין האוטונומיה של היחיד, אנחנו מחויבים לאוטונומיה של היחיד. כך, אם מישהו רוצה לגדל את ילדיו בבית בקיבוץ, למרות החלטת החברים, או אדם רוצה לעבוד בחוץ ולא ברפת - בית המשפט יכריע לפי האוטונומיה של היחיד.** המשמעת היא שלא יהיו מוסדות קולקטיביים אם תמיד נלך עם האוטונומיה של היחיד כשיהיה עימות. הביקורת על הגישה המבנית.
      2. **פלורליזם מהותי - תפיסה של אליזבת אנדרסן -** מדברת על העובדה שכל בני האדם חווים את העולם בצורה שונה. אנשים ששומעים מוזיקה קלאסית לא אוהבים מוזיקה של עומר אדם, והפוך. יש שמעדיפים את זה, ויש שמעדיפים את זה, וזה לא אומר על טיבם של השניים. מכך היא מסיקה שהעובדה שאנחנו שונים זה משזה, ומעריכים דברים בצורה שונה זה מזה, למעשה מחייבת שהמדינה הפלורליסטית לא יכולה לממן ולבנות רק מוסדות שתומכים ברוב, ותואמים את תפיסת העולם של פקידיה, אלא תפקידה העיקרי הוא לממן ולכונן מוסדות לכל אדם לחיות את חייו בהתאם לתפיסת הטוב שלו. אם אני מאמין בקיבוץ - המדינה חייבת לאפשר לי לחיות את חיי בתפיסה הזו. ולכן, בחלק מהזמן המדינה תצטרך להכיר באפשרות שבה אני אהיה כפוף לשיקול דעת של אחרים. גם אם היחיד פתאום יליט שהוא רוצה לשנות משהו, המדינה צריכה עדיין למצוא איזון, ולא לתת ליחיד לבטא את האוטונומיה בכל מחיר, אלא לפעמים היחיד יצטרך לוותר ולהקריב א האוטונומיה. אחרת לא יהיו מוסדות קולקטיביים - כי תמיד יהיה חשש שהיחידי יגבר. **כך נגזר שלמדינה הליבראלית יש חובה לתת לאזרחיה לתת לחיות את חייהם לפי תפיסת הטוב להם. מה קורה כשמדובר בתפיסות עולם פשיסטיות או גזעניות? האם גם אז המדינה מחויבת? או שבשלב מסוים המדינה צריכה לשים גבול. איך מחילים תפיסה פלורליסטית מהותית ולאפשר לקהילות לא ליברליות לחיות ע"פ הנורמות שלהם ומה לעשות כדי לצמצם את הפגיעה באוטונומיה של היחיד. כתוצאה מכך, איך זה משפיע על היכולת של קהילות להדיר או לא להדיר אנשים.**

**תפיסת טוב משותפת - תפיסות שאותם אנשים חולקים ביניהם במשותף. אחרי שזיהינו אם יש להם תפיסת טוב משותפת עוברים לשלב הבא:**

* 1. **מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב -** במצבים בהם לא חייבים את האחר בשביל לממש את פיסת הטוב (לחגוג את יום העצמאות) החובה של המדינה פחותה מאשר במקרה שבו מדובר בקיבוץ ההיסטורי - שרצו לחיות ע"פ תפיסת עולם אידיאולוגית, ולא יכולים לעשות את זה בעיר. אדם יכול לגור בעיר ויכול להיות עם תפיסה של קיבוץ, אבל לא יוכל לממש את תפיסת הטוב שלו. **לכן במקרים כאלה החובה הפלורליסטית של המדינה גבוהה הרבה יותר, ולמנוע פגיעה.**
  2. **מה ההשפעה של מניעת הדרה על קהילה**
  3. **חוסנה הפוליטי כלכלי של הקהילה -** הקריטריון השנוי במחלוקת. התייחסות לעוצמה הפוליטית כלכלית של קהילה היא בעייתית. קהילות חזקות יכולות לדאוג לעצמן יותר מאשר קהילות חלשות. אם הקהילה חזקה, חובת המדינה פוחתת. לעומת זאת קהילות חלשות של מיעוט למשל לא בהכרח יכולות לשמור על עצמן -

1. מוסיף ערך - לא רק מקלה עלי לקיים את תפיסת הטוב שלי, אבל אם אני עושה את זה עם אחרים זה מוסיף מימד נוסף כדי לממש את תפיסת הטוב שלי. מסייע עושה את זה יותר קל. להפלל במניין - יש לזה ערך מוסף. יישוב אקולוגי - אנשים יכולים לנהל אורח חיים אקולוגי גם בבית שלהם בעיר, אבל ביישוב אקולוגי כל התשתיות והמרחב הציבורי שומר על אקולוגיה, ולכ זה לא רק מסייע אלא מהווה שינוי משמעותי.

**הפקעות - סביר להניח שיהיה במבחן.**

1. **הפקעות -** נטילות שלטוניות של מקרקעין - מצב שבו רשות שלטונית: מדינה / עירייה, לוקחות או פוגעות במקרקעין בזכויות במקרקעין של בעלים פרטיים. הבחנה בין שני מושגים:
   1. **הפקעה -** לקיחה של זכיות במקרקעין. המדינה לוקחת את החלקה של הבעלים הפרטי, או חלק ממנה. למעשה, לוקחת את החלקה ומעבירה את הרישום בטאבו מהבעלים אל המדינה או אל העירייה או לגורם אחר. נטילה פיזית של המקרקעין. הבעלים צריך לצאת מהמקרקעין והבעלים מאבד את המקרקעין.
   2. **גריעה תכנונית -** סוג שונה לגמרי של נטילה שלטונית. המדינה / העירייה לא לוקחת פיזית את המקרקעין. הבעלים נשאר אותם בעלים. אחרי שמבצעים גריעה תכנונית, הבעלים עדיין נשאר הבעלים בטאבו. גריעה תכנונית היא פעולה מצד רשות שלטונית שמטילה מגבלות על המקרקעין הפרטי. לדוג': אם קרקע הייתה בייעוד קרקעי, ומעכשיו המדינה מעבירה באמצע החלקה קו חשמל. גם בצדדים יש פרוזדור חשמל, מרחב מסוים משני הצדיים שאסור לצורך העניין לעשו בו פעולות בכלל. לכן, עכשיו, על אף שהשטח עדיין בבעלות פרטית, אי אפשר לעשות כלום באדמה בגלל קו החשמל, היא איבדה מייעודה. הגריעה התכנונית זו פעולה שלטונית שלוקחת מהאדם ופוגעת בתכונות בשימוש של מקרקעין שאפשר לעשות בו, ופוגעת בתכונות השימוש ובשווי הכלכלי של המקרקעין.
2. **החוק השלטוני שחל מעל כל אלה הוא חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מערכת הדינים שחלה על נטילות שלטוניות של מקרקעין:**
   1. **פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) -** נועדה לייעד מקרקעין פרטי לדרכים ומסילות ברזל. הפקודה בוטלה, הייתה מאוד משמעותית עד 2010, אז היא בוטלה. יותר ממחצית ההפקעות נעשו מכוח הפקודה הזו, כי קרקעות רבות הופקעו לצורך כבישים ודרכים.
   2. **חוק הבזק -** הפקעות לצרכי תקשורת
   3. **חוק רשויות נחלים ומעיינות -** לצרכים של שימור נחלים ומעיינות
   4. **חוק הרשויות המקומיות -** ביוב
   5. **חוק העתיקות**
   6. **השניים המרכזיים: חוק התכנון והבנייה - העיקרי שחולש על התחום של נטילות שלטוניות (הפקעות וגריעות תכנוניות)**
   7. **פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) - משנת 1943. העיקרי שחולש על התחום של נטילות שלטוניות (הפקעות וגריעות תכנוניות)**
3. **הפקעה - רכישה כפויה של מקרקעין** **לשם הגשמתו של צורך ציבורי** **תמורת פיצוי בעל מקרקעין.** ההגדרה מורכבת משלושה חלקים:
   1. **רכישה כפויה של מקרקעין -** מכוח מה מקבל השלטון את הזכות לשלוח ידו לתו מקרקעין פרטי ולקחת אותם? הצדקה תיאורטית.שאלה עקרונית במשטר של קניין פרטי. **תיאוריית שימור הכוח -** גם משטר של קניין פרטי שמבוסס על הקצאת מקרקעין לבעלים פרטיים, שומר עדיין על רובד עמוק יותר בו השלטון שומר על כוח מסוים לשימוש במקרקעין. מתחת להקצאה לבעלות הפרטית, הריבון שומר על בעלות במקרקעין. לכן כשהריבון רוצה את הקרקע לצורך ציבורי, הוא מבטל את חוזה ההקצאה תמורת פיצוי, והקרקע למעשה חוזרת לבעלות האמתית - של הריבון. בישראל זה לכאורה ככה, אבל לא ממש. בעיות רבות עם התיאוריה (תפיסת הקניין הפרטי בעיקר). גם לא צריך להגיע למצב של בעלות עמוקה של המדינה במקרקעין בשביל לאפשר למדינה להפקיע קרקעות. **התיאוריה השנייה: יש כמה כוחות שאנחנו מעניקים למדינה בשל היותה מדינה.** המדינה חייבת כוחות מסוימים כדי להתקיים, שאנחנו מפקידים בידיה כי זה התפקיד שלה. אם לא יהיו לה כוחות אלה היא לא תוכל לתפקד. כמו במיסוי למשל. **התיאוריה של ג'ון לוק , הסכמה ראשונית-** למה המדינה לוקחת בכפייה את הקרקע - מפני שהאזרח נתן לה סכמה ראשונית על עיוור. עצם העובדה שבחרתי את הרשות, נתתי את ההסכמה שאם תידרש לקיחה כזאת. התיאוריה הכי הגיונית להצדיק הפקעה ונטילה שלטונית של מקרקעין.

**ועדיין נשאלת השאלה - למה המדינה לא יכולה פשוט לקנות את הקרקע, כמו כל אחד אחר שאם הוא רוצה את הקרקע הוא ינסה לרכוש אותה? כדי להתגבר על כשלי שוק.** כשלי השוק העיקריים נובעים מזה שיש צורך לרכז מספר קרקעות, או הרבה קרקעות של הרבה בעלים שונים, ולנהל עם כולם מו"מ ולהביא לסיום מוצלח ויעיל שלהם. בעוד ש-90% נניח יהיה אפשר לסיים, את 10% האחרונים יהיה קשה מאוד לסיים, והם יהיו מאוד יקרים - וסחטניים. כדי להתגבר על אלה, אנחנו מאפשרים למדינה את האפשרות לכפות את הרכישה. **הצדקות נוספות לשימוש בכוח של הפקעות ולא במו"מ:** בעלי קניין פרטי עלולים למנוע מעבר של אנשים (דג' של מישהו שקנה בית על חוף הים). **כוח שלטוני קלאסי -** המדינה צריכה לספק לנו שירותים (כיבוי, שיטור וכו'). בנוסף, פינוי של שטחים בהסכמי שלום, נסיגה מאזורים מסוימים (סיני בהסכם שלום עם מצרים). אף אחד לא יתרום מרצונו את הקרקע לציבור לצורך בית חולים תחנות משטרה וכו'.

* 1. **לשם הגשמתו של צורך ציבורי -** עד כמה הצורך הוא ציבורי באמת? מהם המאפיינים של צורך ציבורי? ס' 2 לפקודת הקרקעות מגדיר מהו צורך ציבורי:רשימה ארוכה, (1)-(10) פשוט להסתכל שם. ס' 3 - אם אכן הוחלט שזה צורך ציבורי, הולכים ל-ס' 3, האפשרויות שניתן לעשות בהקשר זה - עד להפקעה. בדין האמריקאי זה קצת שונה, ונובע מהתיקון החמישי לחוקה - קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. יש צורך בשימוש ציבורי ובפיצוי הוגן - שני המושגים שהמשפט האמריקאי חופר בהם שנים ארוכות - מה זה שימוש ציבורי ומה זה פיצוי הוגן. **פס"ד סוזט בניו לונדון -** העירייה רצתה להביא חברה כדי לפתח את העיר המדשדשת. אחת התנאים של חברת פייזר איתה התקשרה העירייה היה שהעירייה תפקיע את הקרקע, שתהיה מוכנה לחברה. היא חותמת על ההסכם מול ניו לונדון מפקיעה את האזור שלה. היא מנהלת מאבק שמגיעה עד העליון האמריקאי, מצב לא שגרתי, והשאלה המשפטי שעומדת בפסקה הזו האם הפקעה שלא יהיה בה שימוש ציבורי אלא תשמש חברה פרטית שמגיעה לעיר - האם הפקעה זו נחשב צורך ציבורי או שימוש פרטי? סוזט טענה שמדובר בשימוש פרטי, רק במקרים שיהיה שימוש ע"י הציבור יהיה אפשר להפקיע את הקרקע. אחרת זה עלול לפתוח פתח לחברות אחרות.

**שיעור 10, 18.11.18**

4 חשבו שלא מדובר בצורך ציבורי, גם אם הציבור מרוויח בצורה משנית. 5 השופטים של הרוב סברו שמדובר במטרה שעונה לצורך ציבורי, והכשירו ואמרו שהקרקע עצמה לא חייבת לשמש ממש לצרכי ציבור - פארקים, בתי חולים וכולי, אלא מספיק שהקרקע תשרת את הציבור בצורה כזאת או אחרת. כך, אין ספק שהחייאת העיירה מבחינת החזרי מיסים והעלאת מקומות עבודה ישקמו משמעותית את העיר. בית המשפט מכריע לטובת החברה. כך, הכרעה זו של בית המשפט העליון משפיעה על כל מדינות ארה"ב. מה הן יכולות לעשות? לא ליזום הפקעות, אך הדרך שהן ממש מתמודדות איתה היא באמצעות חקיקה מדינתית, שמקשה על החלטות בית המשפט העליון. כך, מדינו שמרניות רבות בעוד שאכן זה מותר (אין להם הרבה ברירה) אבל אם גורם כלשהו יעשה שימוש באפשרות זו, הוא לא ישלם 100% פיצוי, אלא 150% או 200% פיצוי. כך, הם מקטינים את הסיכויים והופך את הפרויקט ללא כדאי מבחינה כלכלית. עם זאת לעיריות עדיין מותר להפקיע הקרקע מגורם פרטי לטובת גורם פרטי אחר לטובת פיתוח כלכלי.

**בישראל, פס"ד קרסיק -** ביניש מתארת מה קורה בישראל באותו עניין. שם היא אומרת שחקיקת חוק היוד מצמצמת את סמכות זכות ההפקעה לטובה ציבורית. כך, בניגוד לבית המשפט העליון בארה"ב, מאז קום המדינה ישראל הלכה על ביקורת שיפוטית אמתית בכל מה שנוגע להפקעות של רשויות שלטוניות, והם תמיד פיקחו על שיקול הדעת. האם זה נכון? פס"ד קרסיק מדבר עם הרבה מאוד אתוס - כשהשופטים ניגשים לפסק הדין, מדובר על פסק דין ראשון ישראלי משמעותי שמגיע ביחס לזכויות קניין והפקעות אחרי שנת 92. **האם זה אכן תואם את המציאות?**

* **בג"ץ 180/52 דור נ' שר האוצר -** הפקעות לטובת עולים חדשים. עתירה של אדם פרטי שעותר כנגד הפקעת הקרקע שלו לטובת הפקעה של בתים ושיכונים לעולים חדשים. דינמיקה של קרקע שמופקעת לטובת אדם פרטי. בית המשפט לא עושה ביקורת ואומר שאין לו סמכות להתערב ולעשות ביקורת שיפוטית על ההחלטה של שר האוצר.
* **בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר -** (שלב 2 לאתא נ' שוורץ) - אדם פרטי שיש לו קרקע שסמוכה למפעל גדול ומשמעותי של ישראל. (שוורץ מנצח באתא נ' שוורץ, המפעל פונה לשר האוצר והוא מפקיע את הקרקע). שמירה על פרנסתם של 600 משפחות זה צורך ציבורי. גם פה, בית המשפט אומר שאין לו איפה להתערב בציבורית ההדרה, ואומר שהוא גם באמת חושב שמדובר בצורך ציבורי. תועלת עקיפה לציבור מוצדקת כדי לממש הפקעה.
* **בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר -** חברה מסחרית שחלק מקרקעותיה מופקעות לצורך פרויקט נתב"ג 2000. החברה מבקשת לא להפקיע לה את הקרקע, אלא לתת לה להקים את החברה המסחרית של שדה התעופה - הדיוטי פרי ולמעשה להשתלב בפרויקט. טענה מעניינת - אם הם מפקיעים את הקרקע, הם למעשה לוקחים קרקע פרטית ומעבירים אותה לידי גורם פרטי אחר שהולך לעשות ממנה רווחים. **בית המשפט אומר שתי אמירות משמעותיות: שוב חוזר על סיפור שיקול הדעת - מרגע שקבע שר האוצר שמדובר בצורך ציבורי, אין בית המשפט יכול להתערב. וממילא גם אם בית המשפט היה בוחן את הדברים, הוא קובע שמדובר בפרויקט לאומי גדול, ולא רוצה לגרום למצב שגורמים מעורבים יוכלו לעכב או להשפיע על הפרויקט כולו.** התירוץ לא מדהים כי גם ככה המדינה נותנת את הפרויקט לגורמים פרטיים שיכולים לעכב את הפרויקט.
* **ע"א 4067/07 מחמוד חליל נ' מדינת ישראל -** הפקעה משנות החמישים לצורך של שימור שטחים פתוחים. אין צורך ציבורי בקנה, אלא כדי שלמר שטחים פתוחים בעיר. האם שימור שטחים פתוחים צריך להיעשות באמצעות הפקעה או באמצעות שינוי ייעוד ואיסור בנייה בשטח - באמצעות תכנון? בית המשפט קבע שזה בסדר ושאין לו יכולת להתערב בהחלטה של שר האוצר ולכן ההפקעה תישאר כהפקעה.

**כך, כפי שמשתקף בארבעת המקרים האלה, ביניש לא ממש דייקה בפס"ד קרסיק.**

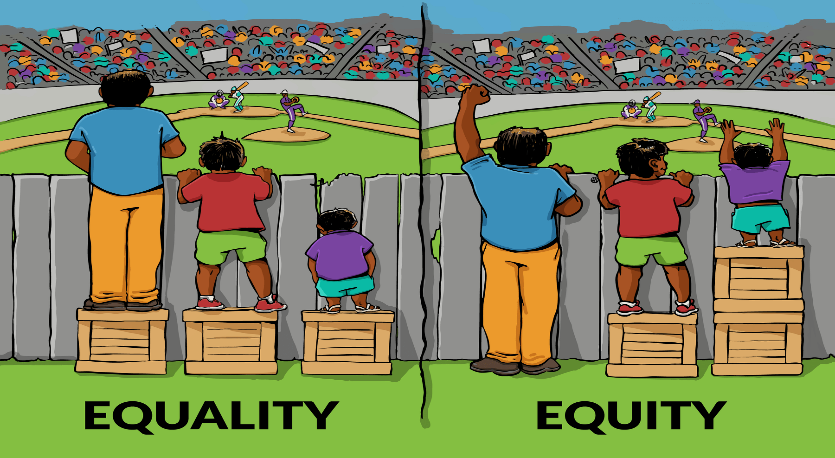
* **שמגר בבג"ץ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר** - כשניגשים לתקוף הפקעה של קרקע, יהיה מיותר לטעון שיש צורך ציבורי בשטח, אלא מה שנותן לעניין מסוים את הציבוריות שלו זו ההחלטה של שר האוצר. ברגע ששר האוצר קובע שצורך מסוים הוא צורך ציבורי, אין מקום לבית המשפט מקום להתערב בהחלטה. (בפרקטיקה, כן לטעון הכל, גם במבחן, אבל לא להשקיע בזה יותר מדי). **אין טעם להשקיע בציבוריות אלא במידתיות ההפקעה. המידתיות היא הכלי המרכזי כיום באמצעותו תוקפם הפקעות.** המידתיות נבחנת ע"פ פסקת ההגבלה, אך קיימים גם שבעה מבחנים (לא מבחנים אולטימטיביים בהכרח) שמהווים ומעידים בעיני בית המשפט על היות ההפקעה מידתית או לא. אינדיקציות שנאספו, ולא בהכרח יהיו בכל מצב (ניסיון רכישה הסכמית כן, לעומת ביצוע עצמי שלא בהכרח יהיה בכל מצב).
  + - 1. **ניסיון רכישה הסכמית, חובת משא ומתן -** הנחיות היועמ"ש בתקופת שמגר, קבע (שמחייב את כל היועצים המשפטיים בכל הרשויות) הנחייה מחייבת. הסיבה להפקיע קרקעות כי הבעלים לא יסכים לתת את הקרקע. שמגר אומר **שהרשויות לא יכולות להפעיל את הכוח הכופה, מבלי שהייתה בדיקה לתת את הקרקע בצורה רצונית. אי אפשר להניח שהוא יסרב, צריך קודם כל לבדוק אם הבעלים יעביר א הקרקע בצורה הסכמית.** במידה והוא מתנגד, משתמשים בשוט של ההפקעה. כמה מו"מ חופשי נעשה פה? הרי יש שוט של הפקעה במידה והוא לא יסכים. ההנחה היא שרשות שלא תנהל מו"מ בתום לב, אפשר יהיה לתקוף את זה בבית משפט, אלא אם לרשות יהיה הסבר הגיוני. כך, ניתן יהיה להגיד שההפקעה היא לא מידתית, כי היה כלי אחר באמצעות משא ומתן אמתי, ולא תהליך שעושק. אם הלקוח לא קיבל פנייה למו"מ בקרקע, ניתן לנסות לבטל את ההפקעה במבחן הזה, מפני שהיא לא מידתית.
      2. **ביצוע עצמי:** דורנר בפס"ד נוסייבה; פס"ד מהדרין. מבחן ביצוע עצמי מתחיל בפס"ד נוסייבה, העוסק במשפחה ירושלמית עשירה מאוד, שלאחר מלחמת ששת הימים, המדינה ועיריית ירושלים מפקיעות חלק משמעותי מהקרקעות בקו התפר בחיבור שבין מערב ירושלים ומזרח ירושלים, לטובת תכנית רחבה כדי לחבר בין שני חלקי העיר. למשפחת נוסייבה יש כמה מגרשים באזור הזה, ועל אחד מהם יש תחנת דלק. במגרש שסמוך לתחנת דלק, יועד בתכנית הגדולה למרכז מסחרי. בשנות התשעים משפחת נוסייבה עותרת להחזרת הקרקע, כי לא עשו שום דבר בקרקע. הקרקע עומדת ריקה למעלה מ-20 שנה, ומיועדת למרכז מסחרי שכלל ל נבנה. בית המשפט העליון דן בכך ופוסק בסיבוב הראון שצריך להחזיר את הקרקע כי מטרת ההפקעה נזנחה. ומוסיף טענה מעניינת ע"י שופטי הרוב: מלכתחילה לא היה צריך להפקיע את הקרקע, כי משפחת נוסייבה בעלת מסחר, כי היא יכלה לבנות שם מרכז מסחרי, ורק יה צריך לשנת את הקרקע. בית המשפט העליון לא יכול לחיות עם פסיקה כזאת, כי המשמעות שלה היא החזרה של מאות דונמים לבעליהם הפלסטיניים, וכל קרקע שלא בנו עליה שום דבר, צריך להחזיר אותה לבעלים. ביון נוסף הסיפור התהפך והרוב קבע שמדובר בתכנית רחבה שהיה ברור מהרגע שקיבלו אותה שייקח עשרות שנים עד שיבצעו אותה. לכן זה לא אומר שזנחו את הרעיון. "את רומא לא בנו ביום אחד וגם את ירושלים לא יבנו ביום אחד". ייתכן שהמבחן של ביצוע עצמי היה מעיד על המידתיות, אך משפחת נוסייבה לא טענה את ז. אם היא הייתה טוענת, הם היו צריכים לדון בזה. **דורנר בדעת מיעוט אמרה שבכל מצב שבו מתבצעת הפקע, חייבים לבדוק האם הבעלים יכול לממש בעצמו את הצורך בקרקע.** תפיסה בו באה לידי ביטוי גם בפס"ד מהדרין. כך, לבית המשפט יהיה קשה להצדיק את השימוש בכוח של ההפקעה. הוא יצטרך להסביר למה בכל זאת מאפשרים הפקעה של קרקע בכפייה ולא להקים את הצורך הציבורי בכוחות עצמו.
      3. **איחוד משאבים תא (י-ם) 3237/01 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מדינת ישראל - הר חומה -** תת מבחן של ביצוע עצמי. בפס"ד הייתה בנייה של שכונת הר חומה. עיריית ירושלים רצתה להפקיע את הקרקע כדי להקים את שכונת הר חומה. כשניגשים להקים את השכונה, מתעוררים הבעלים ומבקשים אפשרות להתקשר עם הקבלנים ולהקים את השכונה. המדינה אומרת שזה בעייתי כי היו שם הרבה מאוד חלקיקי קרקע, והמדינה חששה שאם היא תצטרך לתת להם לבצע את זה באופן עצמאי, יעברו שנים רבות, כי יש הרבה מאוד בעלים במשותף, וקשה להגיע להסכמות. לכן ההפקעה לא מבוצעת כי הם לא יכולים, אלא כי הסיכוי שהם יעשו את זה בזמן סביר הוא קלוש מאוד. בית המשפט פוסק שחייבים לתת להם זמן לנסות ולהתאחד, ואם הם יצליחו - המדינה תהיה חייבת לסגת מההפקעה, ולתת לה לבצע באופן עצמאי את השיווק לקבלנים בשכונה. עם זאת, בית המשפט נותן להם להגיע להתאחדות רק שלושה חודשים - מה שנועד לכישלון. כך, בית המשפט מבסס תת מבחן לביצוע עצמי. גם כשיש הרבה מאוד בעלים, שנדרשת עבודה של תיאם והסכמה בין כל הבעלים, גם במצב כזה, צריך לתת אפשרות לבעלים להתאגד ולקבל את ההסכמה לפני שאנחנו מבצעים הסכמה. אחרת, המדינה למעשה פועלת בצורה לא מידתית. מדוע? אם מדינה לא נותנת לבעלים זמן להתארגן, אין להם סיכוי.

**מבחנים של בדיעבד:**

* + - 1. **שיהוי** - הרשות יוצאת להפקעה (בשני מסלולים: מכוח חוק התכנון והבנייה או מכוח פקודת הקרקעות. רוב הקרקעות נעשות גם וגם: שינוי ייעוד ולקיחה ממש מכוח פקודת הקרקעות, שם יש שני סעיפים: ס' 5 שמודיע לבעל המקרקעין על הכוונה לבצעה הפקעה ס' 7 מודיע מתי הם מתכוונים להיכנס למקרקעין, הצו המעשי יותר שאומר בדיוק מתי נכנסים למקרקעין. שלושה מועדים חשובים: (א) שלב הפקדת התכנית, טרם אישורה. (א1)בין לבין - שלב של התנגדויות, גורמים רבים יכלים להתנגד לתכנית המוצעת (ב) מועד נוסף: אישור התכנית, אחרי שלב ההתנגדויות. במקביל להם, שני מועדונים מעניינים (ג) הודעה לבעלים על שינוי הייעוד ושהולכם להפקיע את הקרקע. (ד) עדכון התאריך למתי הולכים להפקיע את הקרקע. המועדים לא לגמרי חופפים. ייתכן שהרשות תשנה את ייעוד המקרקעין, אבל הרשות מתעכבת להוציא את הצווים ע"פ ס' 5 ו-7. רשויות לא יכולות להתנהל בצורה מופקרת ולא מידתית. **בג"ץ 174/88 יצחק אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז -** שיהוי של למעלה מ-26 שנים. הרשות שינתה ייעוד במקרקעין והבהירה שיש לה מטרה להשתמש במקרקעין לצורה מסוימת, אך בפועל לא התקדמו בהליך ההפקעה. פס"ד הראשון שבית המשפט אומר שהרשות חצתה את רף המידתיות, והקרקע הוחזרה לבעלים. המקרה הראשון שהוחזרה קרקע לבעלים בגלל שיהוי של הרשויות. השיהוי של הרשויות היא לגיטימית במידה מסוימת, אבל לא בכל מידה. זהו השיהוי השכיח ביותר. תוספת מעשית: הודעות לפי ס' 5 ו-7 בפקודת הקרקעות, בתוספת לפקודה מופיעים הנוסחים לצווים.
      2. **תום/שינוי המטרה הציבורית** - פס"ד קרסיק. לאחר 40 שנה שהמקרקעין שימשו לצורך ציבורי, מחליטים לשנות את הייעוד של המקרקעין. בשנות התשעים מבינים שזה מיותר להשאיר קרקעות שסמוכות ליד הים לשטח אש של צה"ל, ורוצים לבנות שם שכונת מגורים. האם יורשי קרסיק צריכים לקבל את הקרקע חזרה, אחרי שתם השימוש בצורך הציבורי? חשין עושה מהלך בעייתי בצורה מאוד בוטה, ושואל האם הפקעה היא מעשה שמנתק זיקה, ואז המדינה הופכת להיות בעלים לכל דבר בעניין, ולכן גם אם הייתה הפקעה בטעות, המדינה היא עדיין הבעלים לכל דבר ועניין. חשין, בצורה מאוד כנה ונוראית של שופט בחברה דמוקרטית. חשין אומר שהוא משנה, ואומר שזכות הקניין היא זכו חזקה ליחיד, ולבעלים יש עוצמת זכות חזקה, ולכן גם אם מפקיעים לו את הקרקע, הבעלים עדיין שומר על הקשר שלו למקרקעין. כך, אם ההפקעה אכן משמשת לצורך ציבורי אין בעיה. במידה ומתבטלת או משתנה המטרה לשירות המקרקעין, הקניין לא הופך להיות בעלים פרטי של המדינה, אלא לשמור את הקרקע רק לייעודים ציבוריים. בית חולים כן - שכונת מגורים לא. למשל. הפסקה בעייתית: חשין משנה את תפיסת הקניין בישראל וקובע שהבעלים נשאר בתמונה וקובע שכפיפו הקרקע נשארת בידי הבעלים. חשין שלח את המדינה לדבר עם משפחת קרסיק, הדיבור נמשך 20 שנה, המשפחה קיבלה פיצוי ובזה נגמר הסיפור. בית המשפט לא פסק פסיקה עקרונית, ומשנה דוקטרינות בלי שהם ישפיעו בפועל. אחרי כמה שנים תוקנה פקודת הקרקעות שם יש הוראות מסוימות שאומרות מה קרה במקרה של תום או שינוי המטרה הציבורית. הרציונל של קרסיק בהחלט זוכה להכרה ע"י המחוקק, למרות שחשין עשה זאת באופן עצמאי. שם, המחוקק קובע שאם רשות ציבורית מפקיעה קרקע, ומסתיימת המטרה הציבורית לשמה הופקעו המקרקעין, הרשות לא חייבת להחזיר את המקרקעין, אך היא חייבת להעביר לייעוד ציבורי אחר, וחייבת להחזיר את הבעלים לתמונה, ולאפשר לו שימוע נוסף, על הייעוד החדש. חשין שומר על הזיקה של הבעלים לנכס שהופקע.
      3. **זכות מזערית** - פס"ד אקונס, מנהרות הכרמל. מבחן המידתיות - צריך להפקיע תמיד את הזכות המינימלית האפשרית. אם אפר להפקיע רק משהו קטן - צריך להפקיע את המינימום האפשרי. מבחן מידתיות הגיוני.
      4. **מיקום רלוונטי ומיטבי** - פס"ד זמר המועצה האזורית זמן ממוקמת סמוך לעמק חפר. הסיפור שלה הוא סיפור של מאבק מול מועצה מקומית עמק חפר, מול התוואי של כביש 6. תחילה המסלול עבר בעיקר דרך מועצה אזורית חפר, והועתק למועצה אזורית זמר. הוויכוח אם המעבר הוא ראוי. **צריך לחפש את המיקום הרלוונטי והמיטבי לבניית הצורך הציבורי. בניית בית ספר בשכונה שאין בה ילדים הוא לא מיקום אופטימלי להקים בית ספר. אפשר להוכיח את זה עם מומחים האם זה המיקום או התוואי האופטימלי.**
  1. **תמורת פיצוי בעל המקרקעין -**

**שיעור 11, 21.11.18**

**נטילה שלטונית של מקרקעין**

1. \*לקחת גרף מהמצגת של מטרה ציבורית ארה"ב; מטרה ציבורית ישראל; מידתיות ישראל.
2. מהו צדק? קיימות מספר תפיסות של צדק, תפיסות רחבות וכוללניות במשפט.
   1. **צדק מתקן -** תפיסה שאומרת שיש תאונה משפטית - אדם שפגע אדם שנפגע, והפוגע גורם לנפגע נזק בשיעור מסוים. ע"מ להגיע לתוצאה הצודקת ולהשיב את הצדק לעולם - הגורם הפוגע צריך להשיב את האיקס או את שווה הערך לאיקס, בשיעור שנפגע. מערכת יחסים די סגורה, ולא מסתכלים על גורמים אחרים שיכולים לפצות ולא מתייחסת למאפיינים אחרים שאינם בתוך המערכת הזו (כבצדק חלוקתי). במידה ומחפשים תוצאה צודקת, הצדק יושג רק אם המזיק עצמו ישיב לניזוק את הפגיעה שנגרמה. הפך להיות התפיסה הרווחת במשפט הפרטי. הדרך הנכונה לפתור את הסכסוך הוא שמי שפגע ישלם את הפגיעה לצד שנפגע.
   2. **צדק חלוקתי -** מנגד עומדת תפיסת הצדק החלוקתי.תפיסת צדק שלא מסתפקת בצדק לכאורה, אלא לצדק אמתי יש להתחשב בפגמים הכלליים ולא יכול להתמודד רק עם מערכת יחסים מסוימת במקרה מסוים. הצדק החלוקתי לא מוכן לקבל את התמונה השמאלית, אלא את הימנית, לעומת הצדק המתקן. **התוצאה הצודקת היא השבה של האדם למשחק - מתן אפשרות לאותו גורם להשתתף במשחק בצורה שוויונית ככל האפשר ביחס לחברה. התוצאה השנייה (מימין) היא הצודקת יותר מבחינה צדק חלוקתי - כדי להגיע לתוצאה סופית צודקת ושוויונית שמחזירה את האדם למשחק. יש בעיות להצדיק צדק חלוקתי במשפט הפרטי - לא ברור שתפקידו של האדם הפרטי לתקן את כשלי החברה. בעיה נוספת: לא ברור אם דווקא במקרים הספציפיים האלה נרצה להטיל את התפיסה של צדק חלוקתי - על המעט חלשים ולא על החלשים באמת. בעיות אלה הביאו את בית המפשט למסקנה שלא להחיל את הצדק החלוקתי על המשפט הפרטי. הטעם הוא פשוט:** אם יוחלו תפיסות חלוקתיות במשפט הפרטי, יווצרו עיוותים הטלה על האדם הפרטי את צרכי החברה ומשום שבמקרה הספציפי לא בטוח שאלה האנשים עליהם נרצה להטיל את הנטל. תפיסה אמתית של צדק חלוקתי באה להיטיב עם אלה שיש להם ממש מעט פחות, ולא קצת פחות. לחלשים באמת אין מכונית או קרקע - ולכן הצדק החלוקתי לא באמת יחול עליהם. **הפתרון: החלת צדק חלוקתי על מערכות דינים כלליות שחלות על כל החברה - משום ששם יש הסתכלות רוחב כללית על כולם, ושם ניתן לעשות איזון שיוביל באמת את הכסף לאיזון בחברה בכלותה: מערכת המיסוי ומערכת הרווחה - ביטוח לאומי. במערכות אלה כן נכון יותר להכניס מבחני אמצעים. יש שטוענים שפעם, בנוגע למיסים, זה היה נכון, אך כיום מערכת המיסים כבר לא מתערבת בתפיסות רוחב. אבל באופן עקרוני יהיה קשה להחיל תפיסות של צדק חלוקתי במשפט הפרטי.**

**מדינות עם התייחסות קצת שונה: דרום אפריקה וגרמניה - יכולות להכניס שיקולים של צדק חלוקתי ולא מחויבת להעניק פיצוי מלא במקרקעין, ולא לתת 100% משווי הנכס.**

* 1. **צדק הליכי -** תפיסה שנותנת משמעות להליך. תפיסה שפחות מעניינת אותה התוצאה. העיקר הוא הליך נכון וצודק לצדדים. הליך ראוי זו הודעה כמו שצריך, עדכון הבעלים, הזמנה לשימוע - דרישות הליכיות כנדרש. הקפדה על הליך ראוי לפי גישה זו - משיגה צדק. הצדק האמתי לפי גישה זו - זה הליך ראוי שמכבד את הזכויות והאנשים שנמצאים שם. במשפט הפלילי רווחת גישה זו - התוצאה פחות מעניינת, לעומת ההליך הראוי שייתן לנאשם את מלוא זכויותיו. יש שטוענים שזה נכון גם בהפקעות משום צורך ציבורי שאנחנו צריכים להגשים. **תפיסה בעייתית כשלעצמה משום שהיא מייצרת כתפיסה של עבודה בעיניים. פעמים רבות השימוע לפני פיטורין למשל נתפס בתור הליך סרק. כביכול עושים הצגה שמקשיבים לך, אך ברוב מוחלט ל המקרים, אתה ממשיך בהליך הפיטורין.**
  2. **צדק מאחה -** תפיסה ששאובה מהדין הפלילי ומנסה לשלב את החשיבות של התוצאה ואת חשיבות ההליך. בית משפט קהילתי למשל - בית משפט שדנים בדין פלילי, אבל הם מאמצים תפיסה אחרת של הליך ותוצאה משפטית. תפיסה שאומרת שיש שלושה צדדים המעורבים בסכסוך: העבריין, נפגע העבירה והקהילה. שלושת הגורמים מוכנסים לחדר, ולשיחה מתמשכת כשהמטרה בסוף היא להביא לכל הצדדים להבנה של מה שקרה ויצירת מערכת שיקומית שמתאימה לכולם. נשמע קצת אוטופיה, ואנשים שחיים בספירות אחרות - אך כיום קיימים בבאר שבע ובלוד - שופטים שלקחו את זה תחת חסותם, ולקחו על עצמם את ההליך השונה. ההליך תופס, ורואים הצלחה גבוהה. יש שרוצים להחיל את ההליך בהפקעה: רשות שרוצה לפגוע באזרח לשם משהו טוב ולספק צורך ציבורי. האם אפשר לקחת את המנגנון ולהעביר אותו למצב בו יתנהל הליך שונה מהליך משפטי כצד אחד מול צד שני, אלא הבנה של כל הצדדים את הצרכים - מזכיר צדק הליכי, וגם התוצאה יכולה להיות שונה - תפיסת הפיצוי. לא חייב להיות בהכרח פיצוי משפטי של כסף תמורת קרקע, אלא באמצעות אמצעים אחרים ובשביל לא להשאיר בו מרמור - ויהנה מהצרכים הציבוריים שיתקיימו.

בשורה התחתונה, התפיסה המשמעותית היא של צדק מתקן.

1. פיצוי בארה"ב התיקון החמישי קובע שקניין פרטי יכול להילקח לשימוש ציבורי בתמורה לפיצוי הוגן. בתי המשפט בארה"ב מכירים בזה שיש בעיה לכמת ולבצע אומדן אמיתי לפגיעה שנגרמת לבעל המקרקעין - מהו הפיצוי ההוגן? מטרת הפיצוי היא השבת הבעלים למצבו הכלכלי עובר להפקעת הנכס. האם הפיצוי על פי מחיר השוק של הנכס מבסס צדק? לא בהכרח: **אובדן ערכים סובייקטיביים:** ייתכן ומדובר בבית וירש, הבית שגידל את ילדיו - ערכים סנטימנטליים, ולכן הבית שווה יותר ממחיר השוק, לכן הוא לא הועמד למכירה, כי אני רוצה לשמור אותו אצלי. ערכים סובייקטיביים אינם רק רגשות סנטימנטליים, אלא מאפיינים נוספים: אם הבית שלי צמוד לבית של ההורים שלי, מבחינתי האישיותית, הקרבה הזו שווה כסף רב. לגבי אדם הערך הסובייקטיבי הזה לא מעניין אותו. למשל: אנשים שקנו בית פרי עם מעלית - מוסיף לנוחות שלהם כשהם מאחרים אנשים עם כסאות גלגלים. לאחרים זה עלול להיות נטל - צריך לתחזק מעלית ולא כולם רוצים א זה. ייתכן שמבחינת רוב השוק הדבר הזה אפילו מוריד את מחיר הבית. השאלה הגדולה היא האם כך זה מקיים תפיסה של צדק מתקן? כנראה שלא, כי עקרונית יש פה אדם שמפסיד הרבה יותר מהמחי השוקי. עם זאת, תפיסות התיאורטיות של צדק מתקן קוראות להתעלם מערכים סובייקטיביים. לפעמים גם קשה לכמת את זה - קשה להמיר ערכים סובייקטיביים בכסף. התמודדות עם הבעיה: של פרחמובסקי: מאמינים לאדם, ונניח שהוא אומר 3 מיליון שקלים. הרשות יכולה לשלם או לסגת. כך, אם היא נסוגה, אתה צריך להתחייב למחיר של 3 מיליון שקלים. בארה"ב זה יותר פשוט. טענה אחרת: אם זה בית ליד הים, המחיר כבר משקלל את החיבה לים. **כשלי השוק המדומיין:** בארץ המחוקק הישראלי פטר את הסיפור הזה ואין הפקעות של קרקעות ישנות: יש פינוי בינוי, התמודדות של המחוקק הישראלי עם הבעיות האלה. רוב הפרויקטים בישראל הבינו שאי אפשר לשלוח את הדיירים רק עם סכום של כסף שמשקף את השווי השוקי הנמוך של הדירה. יש רגולציה נכונה בגדול בסיפור הזה. **ערכים כלכליים:** למשל: עסק עם מוניטין שעושה מזה כסף. יש הוצאות שונות של הובלה, מציאת נכס חלופי, הוצאות תיווך, שמאי, עורך דין - הוצאות רבות שכרוכות במעבר, וברוב המקרים הדברים האלה לא נלקחים בחשבון. יש סיוע קטן של 20 אלף דולר למעבר, ובקליפורניה ניתן לפצות על מוניטין, אך ברוב מדינות ארה"ב לא מפצים על ערכים אלה, אלא פיצוי על שווי הקרקע בלבד.
2. **בישראל - ע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד -** חשין רואה את הפיצויים של הפקעה כתחליף ממשי לקניין וזו הדרך הנכונה לתקן את העוול שנגרם. **המצב בישראל:** פקודת הקרקעות מציבה שני קריטריונים **(א)** התמקדות במחיר השוק של הנכס. הס' הראשון לא מופיעה בערכאות של ארה"ב אומר במפורש שבית המשפט צריך להתעלם לחלוטין מהעובדה שמדובר ברכישה כפויה. המשמעות המעשית: הפיצויים בישראל הם מושתתים על מחיר השוק של הנכס והעובדה שהקרקע נלקחה בכפייה, ללא סכמה, אסור לה לבוא בחשבון הפיצויים. ס' 12(א) מוציא את האפשרות לתשלום פיצוי על פגיעה באוטונומיה. **הכרה בפגיעה באוטונומיה בתחומים אחרים כמו בנזיקין למשל כראש נזק, העובדה הזו לא מסבירה למה לא משלמים על פגיעה באוטונומיה. ברור שמדובר במעשה כפוי, זו מהות ההפקעות. הבעיה: איך מוסיפים פיצוי על פגיעה באוטונומיה. (ב)** אם כן, הכלל הישראלי הוא פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס. אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב.לכלל זה חריגים שלא קיימים בשום מקום אחר בעולם:
   1. **ס' 20(2) -** רשות מקומית או ממשלה שלוקחת עד 25% משטח המגרש, המדינה לא צריכה לשלם פיצויים בכלל. לרשויות יש פטור מלשלם על מקרקעין למטה מ25%. אם לקח יותק מ-25%, חייב לשלם את ההפרש. הוא יכול לשלם מהמטר הראשון, אבל עד 25% מהחלקה הוא פטור מלשלם, והוא מחויב לשלם את ההפרש בלבד. פקודת הקרקעות שינתה הוראה זו בשנת 2010, ונקבע ש-25% הפטור מבוטלות, למעט הפקעות לטובת רשויות מקומיות. כך, אין פטור גורף של 25% מכוח פקודת הקרקעות למעט מקרים בהן ההפקעה נעשית לטובת רשויות מקומיות. זאת, מפני **שהרשויות המקומיות נמצאות בגירעון, ואם לא יינתן להן פטור, הן לא יקיימו הפקעות ולא יצליחו לספק לתושבים שלהם מוצרים ציבוריים בסיסיים. המחוקק הישראלי ראה לגיטימיות בהחלטה הזו היא שאנחנו מניחים שקרקע שנשארת בידיים של אדם תשביח וערכה יעלה כתוצאה מהקמת הצורך הציבורי. אם הקרקע מתחברת לכביש 6, ערכה עולה לצורך העניין - זו ההנחה, מאשר קרקע שנותרת מבודדת.**
   2. **ס' 20(ג) -** ס' מנוסח גרוע. מהווה למעשה סייג לחריג: ביטול ההפחתה או הענקת פיצוי נוסף. מאפשרים לשר האוצר לתת פיצוי עודף על 25% שהורדנו, ונותנים לו יד חופשית לחלק פיצויים. סביר להניח שמי שיקבל את הפיצויים יהיה מי שמקורב לשר האוצר. מדובר בס' גרוע מבחינת ניסוח וקשה לבית המשפט להיכנס בו. **עם זאת בית המשפט נכנס בסעיף למרות ששמו את כל הגדרות האפשריים נגד ביקורת שיפוטית:**
      1. **פס"ד רוטמן: שאמנם עסק בפקודת דרכים מסילות הברזל ולא בפקודת הקרקעות אך המנגנון דומה; בית המשפט אמר שבמקרים בהם כתוצאה מלקיחת הקרקע, לא עלה הערך והקרקע לא השביחה, בית המשפט אמר שבמקרה כזה, והקרקע שנותרה בידי הבעלים לא עלה, שר האוצר יהיה חייב לשלם את דמי אחוז הפיצוי. הבעיה היא שהוא עסק בפקודת הדרכים ומסילות הברזל שכבר לא בתוקף.** השופט פוגלמן חושב שהפחתת הפיצוי לא יכול להיות סיפור תיאורטי. אם נגרמת השבחה לנכס - ניחא, לא רוצים פיצוי כפל. אבל אם לא מצליחים להוכיח השבחה - במקרים האלה הוא יהיה חייב לשלם את 25% הנותרים, ולא רק לפי ראות עיניו.
      2. **הפחתת פיצוי בנוגע לחוק התכנון והבנייה, ואומר משהו דומה אבל שונה שהתקבל במאי 2018. בית המשפט אמר למעשה שהוא מתערב וקובע כללים איך נכון להתנהל בסיטואציה. חוק התכנון והבנייה**
   3. **חוק התכנון והבנייה -** מסתמך במידה רבה על פקודת הקרקעות. ס' 190(א) קובע שכאשר מבוצעת הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה, יש צורך להשתמש במנגנונים של פקודת הקרקעות. שינוי הייעוד נעשה מכוח חוק התכנון והבנייה, אבל את ההפקעה בפועל נעשית מכוח פקודת הקרקעות. ס' 190(א)(1) אומר שס' 20 לפקודה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, אבל בכל מקום שמופיע רבע, יבוא 4/10. אם הופקע מכוח חוק התכנון והבנייה לצרכים שמופיעים בו, יש צורך להתבסס על ס' 20 (תשלום מינוס 25%) אלא שהפטור שיוענק מכוח חוק התכנון והבנייה יהיה פטור של 40% משוי הקרקע. מאותו הסבר, עד 40% אין פיצוי בכלל, בעוד שאם זה מעל 40% יפוצה רק ההפרש. **איך הרשות בוחרת כוח מה לעשות את ההפקעה? רוב ההפקעות במישור העירוני מבוצעות מכוח חוק התכנון והבנייה (ומעשית עושות זאת מכוח פקודת הקרקעות), ובמישור הלאומי נעשות מכוח פקודת הקרקעות.** עקרונית, הרשויות יכולות לבחור מכוח מה לפעול, אולם חוק התכנון והבנייה דורש הרבה יותר בירוקרטיה וזמן לביצוע ההפקעה מכוחה, ולא בטוח שבסוף הדרך תגיע להפקעה הרצויה, ולא בטוח שהכסף שנחסך שווה את הכסף שנחסך. בפקודת הקרקעות יש זכות שימוע לבעלים, אבל מעבר לזה אין כלום. יש אינטרסים לכאן ולכאן. רשות לא יכולה לקחת את הקרקע של בעלים אם היא מפקיעה רק חלק מהמגרש, אם כתוצאה מלקיחת החלק הזה מהקרקע שוויה של יתרת המגרש יורד לכאורה זה מייתר את ס' 20 ואת כל ההפחתה של הפיצוי. הפסיקה פירשה את סעיף 190(א)(1) בצורה שאומרת שאם כתוצא מההפקעה לא ניתן להשתמש שימוש סביר ביתרת החלקה, הרשות צריכה להחליט אם היא לוקחת הכל, או לא מבצעת הפקעה. אם השווי של יתרת החלקה פוחת - תיאורתית מדובר בהפקעה לגיטימית וניתן יהיה להפחית 40% מהפיצוי.

**שיעור 12, 25.11.18**

**נטילה שלטונית - הזכות לפיצוי**

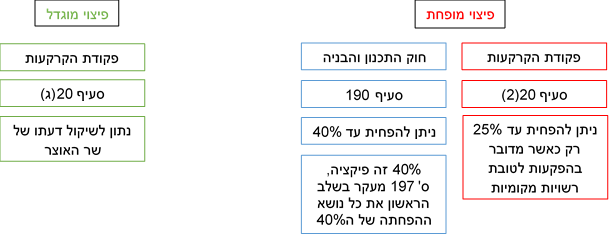
**החוק עתיד להשתנות - להסתכל על זה כרגע כעל הסתכלות היסטורית.**

1. **הפקעות ופיצוי מכוח פקודת הקרקעות: החריג לכלל של פיצוי מלא - פקודת הקרקעות:** היה פטור של 25% לרשויות אם הן מפקיעות מכוח פקודת הקרקעות. הפטור בוטל במידה רבה בשנת 2010, שם נקבע שאין יותר אפשרות להפחית פיצוי או לא לשלם פיצוי כשמדובר בהפקעה מתחת ל-25% מההפקעה, למעט הפקעה שנעשית לטובת הרשויות המקומיות. הסיבה היא מפאת חוסר תקציב של הרשויות המקומיות - החוק רוצה להטיל על הרשויות המקומיות לשלם 100% מהקרקע, כי אחרת הם לא יפקיעו קרקעות ולא יספקו צרכים לציבור שלהם. **זה מה שאפשר לעשות כיום מכוח פקודת הקרקעות: הכלל הוא 100%, והחריג היחיד הוא בהפקעות שנעשה לטובת רשויות מקומיות.**
2. **חוק התכנון והבנייה -** 40% כמתואר לעיל. לכאורה יש מצב בעייתי. הרשות יכולה להפחית פיצוי עד 40% משווי הקרקע, והרשויות למעשה יכולות להפחית פיצוי. למה מאפשרים פיצוי בגובה הזה? והאם באמת רשויות יכולות בפועל להפחית 40% מהפיצוי. הרשויות יכולות לעשות זאת, כי זה מעלה את ערך הקרקע. הקמת הצורך הציבורי יוצרת השבחה של יתרת מקרקעיו של הבעלים. הפקעה של חצי מהמקרקעין להקמת בית ספר/כביש/פרויקט ציבורי אחר - מעלה את הערך של יתרת הקרקע שנשארת בידיים שלי. **הבעיה העיקרית עם טענה זו - רוב השימושים הציבוריים לא באמת משביחים את הקרקע. אולי הם משביחים את הקרקע של השכונה או העי, אבל לא משביחים את הקרקע של הקו הראשון. הרבה פעמים הצורך הציבורי מוריד את שווי הנכס. אפילו לפארק יש השפעה שלילית לעיתים על שווי הנכס. במקרים בהם הקרקע מופקעת בכללותה: פס"ד הולצמן - קובע שברגע שכל החלקה מופקעת - אין יותר מה לדבר על הפחתות.** 40 שנה הייתה הפחתה של הפיצוי גם בהפקעה מלאה עד לפס"ד הולצמן.
3. **שורה התחתונה - ע"פ פקודת הקרקעות -** הכלל הוא פיצוי מלא, החריג הוא ברשויות מקומיות שיכולות להפחית עד 25%, והס' של החריג של שר האוצר**. ; חוק התכנון והבנייה:** יתרת החלקה שנשארת בידי הבעלים ניתנת לשימוש סביר. אם היא לא ניתנת לשימוש סביר, הרשויות יכולות להחליט: או לא להפקיע או להפקיע את החלקה בשלמות. בנוגע לפיצוי והפחתת הפיצוי: הפקעה בפחות מ-100 אחוז מהמקרקעין, אפשר להפחית כביכול 40% כשהרציונל הוא השבחה אפשרית של הקרקע. הפקעה של 100% מהקרקע, אי אפשר להשתמש בפטור של 40%.
4. **האם באמת ניתן להפחית 40%? הלכת חממי:** כשרשות מפקיע קרקע מכוח חוק התכנון והבנייה, יש שני שלבים עיקריים (**א) שלב שינוי הייעוד -** שינוי התכנית, בה קובעים את הייעוד של המקרקעין לייעוד ציבורי. (**ב) השלב השני:** שלב ההפקעה בועל: השלב בו הרשות תופסת חזקה במקרקעין. עד הלכת חממי, שני השלבים התקיימו באופן שגרתי, אבל מערכת המשפט הישראלית ראו בהם שלב אחד: מהלך אחד לקראת הפקעה של מקרקעין מכוח חוק התכנון והבנייה. ההבנה הייתה שכך למעשה יש צורך לעבור תהליך שכולל הן שינוי ייעוד והן תפיסת חזקה בפועל. להבנתם, היה מדובר בתהליך אחד כאשר שני השלבים כרוכים אחד בשני. **בהלכת חממי** בית המשפט מחלק את התהליך לשני שלבים: **שלב א':** שינוי הייעוד **ושלב ב':** ביצוע ההפקעה בפועל. **מדוע הוא עשה זאת?** הפיצוי הדו שלבי: פיצויי הפקעה אפשר לתבוע מהרגע שההפקעה בוצעה. מה שעמד בבסיס ההחלטה על פיצול השלבים הוא שחולף זמן רב בין השלבים. בזמן זה, הבעלים לא יכול לפתח את הקרקע, וביטולו של שווי שוק, והבעלים לא יכול לקבל את הפיצויים כי תפיסת החזקה לא בוצעה. הבעלים למעשה נתון בשלב ביניים, ולא מקבלים פיצוי על ההפקעה.

* **ס' 197 לחוק התכנון והבנייה:** ס' להבנת החלטת בית המשפט: מדבר על גריעות תכנוניות. ס' הדגל של התמודדות עם גריעות תכנוניות. אדם שהמקרקעין שלו נפגעו משינוי תכנית, שלא בדרך של הפקעה, נועד לטפל בגריעות ופגיעות תכנוניות ולא בהפקעה של קרקע. "נפגע ע"י תכנית ולא בדרך של הפקעה". ס' (ב) אומר שהתביעה לפיצויים תוגש תוך שלוש שנים. לשר הפנים יש אפשרות להאריך את זה, אבל הסיכוי שיקרה הוא נמוך. מה שמעניין אותנו לעניין זה: כל תכנית שמאושרת ע"י ועדות תכנון, כוללת גם שרטוט- מפה שמצורפת לתכנית הכתובה. את הגבולות הפיזיים שבהם חלה התכנית, משרטטים על גבי השרטוט בקו כחול - גבולות התכנית. כל מקרקעין שנכנסים לתחום התכנית או גובלים עמו, ומושפעים ונפגעו כתוצאה מהתכנית, הבעלים של הקרקע יכול לרוץ לוועדה מקומית ולהגיש תביעה ע"ב ס' 197, התביעה הכי שכיה בישראל היום, משום שכל פעם שמאושרת תכנית, רצים בעלי מקרקעין ותובעים 197, אחרי שלוש שנים אי אפשר להגיש תביעה. השלוש שנים מתחילים מיום אישור התכנית.

1. **בעניין חממי בית המשפט עושה שימוש בס' 197. בית המשפט מפצל את שני השלבים ואומר שגם שלב השינוי בייעוד פוגע במקרקעין ומוציא אותם כמעט לחלוטין מהשוק. ברגע שמקרקעין הופכים לצורך ציבורי, כמעט ואין להם ערך - הם נעדרי ערך שוקי. בשלב שינוי הייעוד, כמעט 100% משווי השוק של המקרקעין כבר יורד, זאת משום שהוא מוציא את המקרקעין מהשוק והופך אותם לציבוריים. כמעט 100% משווי המקרקעין מתבטל. לכן בחממי בית המשפט נותן את האפשרות לתבוע פיצוי ע"ב 197 כבר בשלב זה. כך בכיס יש לו כבר בערך 90% מהשווי. בשלב השני ב הקרקע שווה מקסימות 10% מהשווי הראשוני שלה - בשלב זה הרשות יכולה להוריד 40% מהפיצוי. לכן, ע"פ הלכת חממי, אם יש קרקע ששווה 100, 90 כבר בכיס, רשות קטנונית יכולה להוריד 4 שקלים מהסיפור. לכן הלכת חממי גרמה לכך שההורדה של הארבעים אחוזים היא לא כל כך משמעותית, כי היא רק על 10% הנותרים.** הרציונל הוא לטובת הבעלים: לזרז את מתן הכסף. ההשלכה הבעייתית של הפיצול: אם הבעלים לא תובע 197 מיום אישור התכנית, הבעלים מאבד את כל ה-90%. הבעלים לא יכול לבחור: עכשיו או אח"כ. אם בית המשפט קבע שמדובר בשני שלבים נפרדים - זו הדרך היחידה המשפטית שבה תובעים פיצויי הפקעה. אם הבעלים לא תבע בתום שלוש השנים פיצוי לפי 197, הבעלים מאבד את כל הכסף, והוא לא יוכל לתבוע מכוח חוק אחר - והוא יאלץ להסתפק בשאריות, ואפילו בחלקי שאריות. **רלוונטי רק לחוק התכנון והבנייה.**
2. **מה קורה כשאין השבחה?** ע"א הולצמן - קובע שאם הקרקע מופקעת במלואה ברור שאין השבחה וברור שצריך לשלם מחיר מלא. **במצב שבו הופקעה קרקע ואין השבחה? הרציונל של השבחה קיים, אבל הוא לא מתקיים בפועל: בפס"ד רוטמן, העוסק בפקודת הדרכים ומסילות הברזל שכבר לא בתוקף** (אבל כוללת את אותן הוראות כמו בפקודת הקרקעות) אומר בית המשפט **שבהפקעות אלה, במידה ואין השבחה, הרשות יכולה להפחית 255, אבל במידה ואין השבחה בפועל, שר האוצר יהיה חייב להשתמש בסמכות שלו להגדיל את הפיצויים - במקרים בהם אין השבחה בפועל - שר האוצר יהיה חייב להגדיל פיצוי ולהשתמש בסמכותו, מבלי שזה נתון לשיקול דעתו.**
3. **ע"א6407/14 כרמיאל נ' אחמד מסרי - מה קורה במצב בו אין השבחה בקרקע? האם אפשר להפחית 40%?** פקודת הדרכים ומסילות הברזל עוסק יותר בכבישים ודרכים ברמה הלאומית, וחוק התכנון והבנייה מדבר יותר על תכנונים יותר קהילתיים. בית המשפט קובע שבניגוד לפקודת הדרכים ומסילות הברזל, באשר לחוק התכנון והבנייה, **שר הפנים לא חייב להשלים את הפיצוי במקרה של הפחתה**, בניגוד לשר האוצר בפקודת הדרכים ומסילות הברזל**, אבל במידה וזה קורה ומוכח שאין השבחה, אז הנטייה של שר הפנים צריכה להיות להשלים את הפיצוי כלומר הוא לא חייב, אבל צריכה להיות לו נטייה לתשלום על פיצוי סבל, כדי להשלים את הפיצוי ל-100%.** ההבדל הוא שהחוק קורא לשר הפנים לשקול בחיוב את השלמת הפיצוי, ונותן קריטריונים מתי נכון יהיה לשלול את הפיצוי הזה, למרות הנטייה החיובית להשלים את הפיצוי מתי יהיה נכון לא לשלם ולא להשלים את הפיצוי.
   1. **שיקולים לשלילת פיצויי סבל:** 
      1. **פגיעה מינורית**
      2. **ככל שהפגיעה תהיה יותר מבוזרת על בעלי קרקעות רבים -** נטייה שלא להשלים את הפיצוי, כי הנטל מתפזר על כתפיהם של רבים בחברה.
      3. **ככל שההפקעה נעשית לצורך יותר קהילתי - צורך ציבורי שמשרת את הקילה המצומצמת גיאוגרפית.** ככל שמתרחקים - הטיעון חלש יותר, ואז יעלה השיקול להעניק פיצויי סבל.
4. **פרופסור חנוך דגן ניסה לפתח מודל תאורתי מתי נכון לתת פיצוי מלא ומתי נכון לצמצם את הפיצוי?**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין מכוננים - ערך שעולה על מחיר השוק שמסמלים עבורי משהו מעבר למחיר השוק** | **מקרקעין חליפיים-אין קשר למקרקעין, ערך שוקי בלבד** |
| **שימוש כללי - משמש לא רק את הקהילה הגיראוגרפית המצומצמת אלא את המדינה בכללותה (כביש 6, נתב"ג)** | **סמכות הפחתה נמוכה מאוד -** כי יש מתח בין חשיבות הקרקע עבור הבעלים בין השימוש הכללי שלא מעורר מחויבות של הבעלים כלפי הקהילה הרחבה | **סמכות הפחתה בינונית -** מצד אחד המקרקעין א מהווים ערך נוסף על המחיר השורקי שלהם עבור הבעלים ומצד שניגם השימוש הוא לא שימוש קהילתני, ולכן סמכות ההפחתה צריכה להיות בינונית. |
| **שימוש קהילתני - שימוש שמרשת את הקהילה הגיאוגרפית שלי - קהילה מצומצמת (מכולת/בית חולים באשדוד)** | **סמכות הפחתה בינונית -** פס"ד כרמיאל**,** המחויבות גבוהה יותר, ולכן יידרש להקריב חלק מהמקרקעין ולא לקבל פיצוי מלא בגלל המחויבות הגבוהה | **סמכות הפחתה מלאה -** בגלל שזה צורך קהילתי במקרקעין חליפיים. |

1. **בית המשפט משתמש בציר זה בכל הנוגע בשימוש שהולכים לעשות במקרקעין: לצרכים כלליים או בשימוש קהילתי. בשימוש כללי שר הפנים יהיה חייב להשלים את הפיצוי שהופחת. בצרכים קהילתיים - לא להשלים א הפיצוי, למרות שאין השבחה ביתרת הקרקע.** בגלל המחויבות הגבוהה קהילה.
2. **שורה תחתונה -** מתי מותר להפחית פיצוי? **להשלים את השלבים והחריגים מהמצגת/תמונה מהפלאפון/מהווצאפ הכיתתי**
   1. **פקודת הקרקעות:**
   2. **חוק התכנון והבנייה:**
3. **פיצויים בעין לפי חוק. פיצויים שאינם כספיים שצריך לתת במקרים מסוימים. המקרה הכי נכון: ס' 39(א) של חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה:** דיור חלופי באותו אזור או אזור אחר (כל זמן שלא מדובר באזור אחר שמיועד לשיקום). מחזיק (ולא רק מחזיק כדין) - אפילו אדם שפלש לדירה. הפיצוי הוא לא לפי מחיר השוק, אלא באמצעות דיור חלופי. אחת הבעיות קשות: ובלבד שלא יהיה הדיור החלוף באזור שמיועד לשיקום באזור המיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין. **ההסדר לא תפס. רוב מה שעשו בשיקום השכונות, היה שיקום חזית (תקציב ופוליטיקה). והסיבה שלא נכנסנו לסיפור כזה של הפקעות, על אף שזה בשיח להכניס הפקעות בנושא של התחדשות עירונית, היא כי הסיפור לא עבד - המדינה צריכה לשלם על זה הרבה כסף. המדינה לא לוקחת בזה חלק רשמי, אלא רק גורם מפקח. החוק אמנם קיים, אבל לא משתמשים בו - לרוב משתמשים בתמ"א 38 או חוק פינוי בינוי - שם עדיין אין הפקעות, אבל הכוונה היא כן להכניס אלמנט של הפקעות לסיפור הזה.**
4. **אפשרות נוספת: ס' 194 לחוק התכנון והבנייה:** שיכון חליף - יש אפשרות לבחור בין פיצוי כלכלי (שיכול להיות גם מעל למחיר השוק) לבין שיכון חלופי סביר.
5. **הפקעות קהילתיות:** הפקעות שמשפיעות על קהילות: חוק יישום ההתנתקות נגע ל-21 קהילות שונות זו מזו בעלות מאפיינים ייחודיים משלהן: חקלאיות/עבודה מחוץ לגוש קטיף/ הראה וכו'. למעשה, יש טענות מאוד קשות מצד המפונים של פגיעה לא רק בבית ולא רק בעסק שאפשר לפצות ע"פ מחיר השוק, אלא גם על אובדן הקהילה: עוקרים אותם מתוך הקהילה, פגיעה לא פחות קשה מאשר פגיעה בנכס מקרקעין. תוך כדי הדיונים, חברי הכנסת מהימין מנסים לטרפד כל יוזמה להגדלת הפיצוי (כדי להגביר את ההתנגדות, והשמאל ניסה להגדיל את הפיצוי כדי לגרום להפך). שם נקבעים שני **מנגנונים חריגים:**
   1. **מנגנון של העתקה קהילתית -** ס' 85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות: כל 20 אנשים (בתים) מהשטח המפונה, יכולים להגיש תביעה להקמה של יישוב חדש מחוץ לשטח המפונה. **פיצוי שאינו מובטח - יכולים להגיש את התביעה, והוועדה היא שתדון ותחליט. הפיצוי לא משנה את יישובי המקור - לא קריטי אם הם היו יחד לפני ההתנתקות או לא.** ניסיון הרגעה למפונים.
   2. **פרמיה עבור ותק - החוק קובע שכל אדם שגר בשטח המפונה, כל אדם מבני המשפחה, יקבל סכום מסוים של כסף, עבור כל שנה שהוא גר בשטח המפונה.** אנשים מאבדים לא רק את הנכס שלהם, אלא על אובדן הקשרים: ככל שחי יותר שנים בקהילה מסוימת, הפגיעה שלו יותר גדולה, ולכן החלוקה של השנים היא חלוקה ראויה בעיני בית המשפט העליון. כל אחד קיבל מהרגע שהוא נולד.
6. כמובן שהם קיבלו פיצויים גם על בית המגורים (נורמטיבי - פיצוי ע"פ מטר או ומסלול פרטני - שומה של הבית ללא קשר למטראז' שלו. וגם על עסקים (עסק חקלאי יכול לבחור בין שני מנגנונים: שומה נורמטיבית, ע"פ גודל החממות, **ומסלול אחר של עסק חי - חישוב כלכלי של העסק, ואנשים יכלו להחליט לאיזה פיצוי הם רוצים ללכת. בזכות משרד טוב שייצג אותם - הם קיבלו גם וגם. התכנון לתת מלכתחילה בתקצוב החוק ב-2.5 מיליארד, ובפועל המפונים פוצו סה"כ בשווי של 15 מילארד, ועוד היד נטויה, כי עדיין ממשיכים לפצות.**
7. **פיצוי עבור אובדן קהילתיות - גוש קטיף מדגים את זה מצוין, כי לא כל הקהילות דומות. הבדלים גדולים בין הקהילות. חוץ מקהילה אחת שקיבלה 100%, רוב הקהילות קיבלו הרבה פחות, והעתירה שלהם לשוויון נדחתה מטעמים כלכליים.** חלק מהקהילות התפצלו, ע"ב אידיאולוגי. רוב הקהילות נשארו ביחד, במתכונת של יישוב אחד, שכל שכונה מבטאת יישוב לשעבר מגוש קטיף. יש יישובים שהצליחו להקים את עצמם מחדש, אבל לא במתכונת שהייתה בגוש קטיף. רוב המקרים הייתה היצמדות של המפונים ליישובים קיימים, ואותן קבוצות מתיישבים שפונו, הסתפחו ליישובים האלה ועל שלדים של יישובים קיימים. היישוב היחידי שקיבל יישוב ממש חדש מאפס, בהתאם לחלוקה שהיה בגוש קטיף היה יישוב גני טל - היישוב החזק ביותר בגוש קטיף פוליטית וכלכלית (למרות הפוליטיקה פה לא בהכרח שיחקה לטובתו).

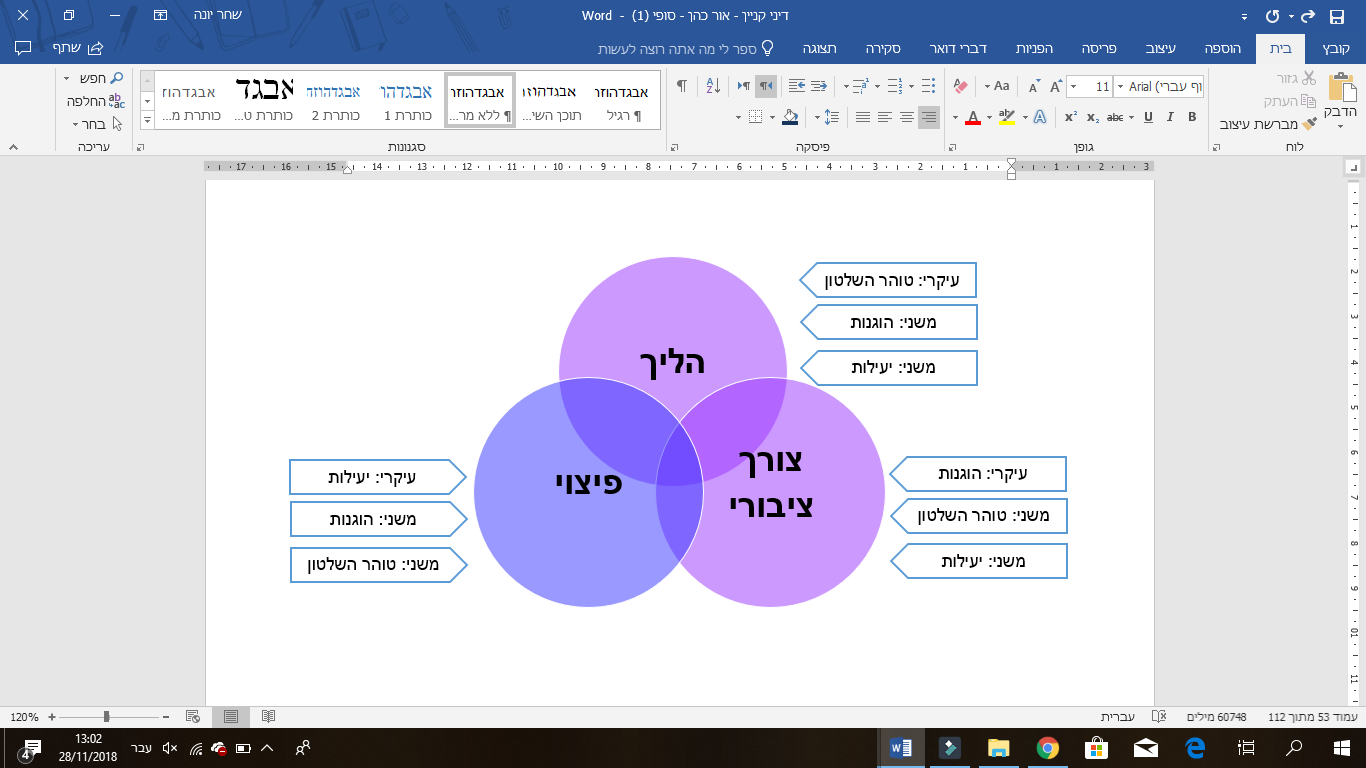
**שיעור 13, 28.11.18**

**חוק יישום תכנית ההתנתקות - המשך**

1. **הביקורת -** השימוש שנעשה בחוק נעשה צורה שלא בהכרח משקפת את אובדן הקהילתיות. המחוקק ניסה להתייחס לעובדה שמדובר בקהילות שנעקרות, אך לא ידעו איך להתמודד עם כך. כתוצאה מכך גם בתי המשפט לא יודעים להתמודד עם נושאי הקהילה. אם יש טענה לפגיעה בקהילה, המחוקק רוצה לתת, אך לא יודע איך לעשות זאת. יישום החוק הביא לכך שמעט מאוד קהילות הצליחו לעבור כקהילות שלמות, וחלק מהטענות של המפונים שדווקא החוק במתכונתו, הוא שגרם לפיצולים ולקרעים בקהילות לאחר ההתנתקות. הצעת המחוקק להתמודדות עם קהילות - רלוונטי גם לחוק הלאום וגם לוועדות קבלה ליישובים קהילתיים:
   1. **האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת** **-** בגוש קטיף היו להרבה מהמפונים תפיסות טוב משותפות
   2. **תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב -** ראה ערך שיעורים קודמים על קהילה.
   3. **מה ההשפעה של ההפקעה על הקהילה -** רלוונטי לתחום ההפקעות. שלושה סוגים:
      1. **isolated -** הפקעת קרקע לטובת פרויקט, של אנשים בודדים מתוך הקהילה. מצבים שבהם צריך להעביר חלק מסוים מתוך היישוב, וחלק מהאנשים מהקהילה מאבדים את הקרקע שלהם. האם כאשר יש הדרה של יחידים יש פגיעה בקהילה? עבור היחידים, כן. סביר להניח עם זאת שבקהילה בכללותה זה לא ייפגע.
      2. **tiping -** מצב ביניים. מצבים בהם מפקיעים חלק משמעותי מהקהילה, אבל לא את כולה ואפילו לא את רובה, למשל הפקעה של 40%. במצב כזה יש שני צדדים שנפגעים: גם המוצאים מהקהילה, אבל גם הקהילה שאיבדה חלק משמעותי מהחברים שלה, ולא בטוח היא תוכל להמשיך להתקיים עם פגיעה כזו גדולה. טיפינג זו כבר נקודת מפנה.
      3. **clearing - עקירה של כל הקהילה -** הפקעות של כל הקהילה, גילוח של אזור שלם כי צריך את כל הקרקע של אותו אזור.במקרה כזה, המחוקק מציע סעד של העתקה, אין מדובר בסעד כפוי, אך זה סעד שמוצע להם, ואם לא, יינתן להם סעד כספי.
   4. **חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה -** לקהילה חזקה יש יתרון משמעותי. ם בגוש קטיף רואים שקהילות חזקות הצליחו להסתדר יותר טוב. לעומת זאת קהילות חלשות נזקקו לחסדי הפוליטיקאים והוועדות השונות.
2. **פיצוי עבור אובדן הקהילתיות:** כספיים ומעין כספיים. הסעד האופטימלי: העתקה שאינה בכפייה.

**חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין**

1. **חוק ההסדרה -** אומר שקרקע פרטית פלסטינית שמצויה בתוך יישובים ישראליים ביהודה ושומרון, אלוף פיקוד מרכז, מחויב להפקיע את זכויות השימוש והחזקה בקרקע ( ולא את זכות הבעלות) והבעלים הפלסטיניים יקבל פיצוי של אחד משניים לבחירתו: קרקע חלופית או 125% ממה שמוגדר בחוק משווי הקרקע. החוק לו נותן לבעלים הפלסטיני מעמד, ואין הליך בפני ההחלטה על ההפקעה על זכויות השימוש, וגם לאלוף פקמ"ז אין שיקול דעת, והוא מחויב להפקיע. המקום העיקרי שיש לפלסטיני נגיעה לסיפור זה אם השומה של ה-125% לא מתאימה לחישוב הקרקע, והוא יכול לערער על ערך השומה בלבד.
2. **לצורך מה המדינה מפעילה את הכוח הזה?** לא מובן מאליו שהמדינה מפקיעה קרקעות פרטיות כך. מודל שניתן ליישם על חוק ההסדרה, כוח הפקעות המקרקעין מקים שלושה חששות עיקריים:
   1. **חשש מהשחתת הכוח השלטוני -** שהמדינה תעשה שימוש לא ראוי בכוח הזה. חשש לא ייחודי להפקעות. סיכון שהמדינה (בין אם פקידיה/המוציאים לפועל/שרים) ישתמשו בו לרעה.
   2. **חשש מהיעדר חלוקה הוגנת של הנטל -** מדינה או רשות מקומית יפקיעו קרקעות של גורמים חלשים בחברה או יפילו את כל הנטל של השירותים הציבוריים בחברה על כתפיים של בעלים פרטיים. מחשבה בעייתית - מודעים שצריך לאפשר שירותים ציבוריים, אבל אין הגיון שהאדם הפרטי הוא שיישא עלויות ונטלים כדי לספק אותם. ין הגיון שעל כתפיו יוטל הנטל הציבורי.
   3. **חשש מפני אי יעילות -** מצבים בהן רשויות לא מפנימות את כל העלויות של הצרכים הציבוריים. אם יתאפשר לרשויות להפקיע, יש חשש שהן לא יהיו יעילות.
3. **לאור החששות, הוטעמו בעולם המערבי שלושה מנגנוני הגנה:**
   1. **הליך הוגן (מפני חשש מפני השחתת הכוח השלטוני) -** קיימות מספר דרישות שניתן להטמיע; כל מדינה מאמצת את המאפיינים של ההליך ההוגן שלה: זכות טיעון, לוחות זמנים והתייעצות עם מומחים.
   2. **צורך ציבורי (מפני חשש בשל היעדר הוגנות בחלוקת הנטל) -** ניתן להשתמש בהפקעה לטובת צרכים ציבוריים בלבד. יתרה מהתעקשותו על צרכים ציבוריים, הוא למעשה מגדיר מסגרת. רק במקרים של מענה ציבורי תתאפשר הפקעה של מקרקעין.
   3. **פיצוי (מפני חוסר יעילות) -** ספקטרום של פיצוי בהתאם למחיר השוק.



1. באופן עקרוני, יש לנו שלושה מנגנוני הגנה. **הליך, פיצוי וצורך ציבורי, כל אחד מהם מגן מפני 3 החששות בנפרד (במידה שונה, אבל הוא מגן). לכל אחד ממנגנוני ההגנה האלה** יש ההגנה העיקרית שהוא מספק מפני אחד החששות, והוא מספק הגנה משנית על החששות האחרים. לכאורה יש להגיש שבכל הליך יש צורך בשלושת מנגנוני ההגנה, אחרת אנו מפקירים את האזרח והחברה כולה להתקיימות אחד חששות אלה. עם זאת, אם נקפיד על ביצוע מלא ברף גבוה, הסיכוי שיהיו שירותים ציבוריים תקינים הוא מאוד נמוך, מפני שקיימים מצבים לא מושלמים. **למשל:** פקודת הקרקעות שנותנת פטור לרשויות מקומיות, הפטור ניתן כי אין לרשויות מקומיות כסף. אם לא יינתן פטור ויינתן פיצוי של 100%, לא תהיה בנייה ציבורית. בזכות להליך הוגן יש מצבי חירום. לא תמיד יש זמן להתדיינות - כי הקרקע נדרשת לצרכי מלחמה או לטיפול במגפות וכו'. מפאת מצב החירום, אין זמן לתת לבעלים זמן לשימוע וצריך לפעול בצורה מהירה. עדיין לא נרצה שהמדינה לא תוכל להתמודד עם מצבי חירום רק בגלל ההליך הוגן.
2. **אי אפשר לעמוד ברף גבוה של כל אחד ממנגנוני ההגנה ביחד מפני לא תמיד נוכל ללכת על הפיצוי הכי גבוה**, הליך הכי מוקפד. הסיכוי שהוא יקרה הוא נמוך מאוד וזה יוביל אותנו לצמצם את ההפקעות האחרות שכיום מאושרות. בפועל לא מפקידים על רף גבוה בכל אחד מנגנונים אלו. **לדוגמא**  אנו מאפשרים להפחית פיצוי ולא לשלם 100% ממחיר השוק, כי אנו מבינים שיש צרכים חברתיים שצריכים להתממש, ואם נעמוד על הדקדקנות של הפיצוי החברה תיפגע אנו מאפשרים להם לשלם פחות כי אנו רוצים שהם יממשו את השירותים שהם מספקים. **במידה והתפשרנו על אחד ממנגנוני ההגנה, יש להקפיד על רף קיום גבוה שלש שני מנגנוני ההגנה האחרים.**
3. **הצדקת ההתפשרות מבחינה נורמטיבית -** למה נכון לא לעמוד ברף הגבוה? אנו מבינים שאם נדרוש רף גבוה כל הזמן, חלק גדול מהמטרות החברתיות והצרכים החברתיים לא יתקיימו. בגלל שכל אחד מהמנגנונים מגן בפני שלושת החששות - מספיק ששניים יתקיימו בצורה גבוהה, ובאחד נוכל להפעיל בצורה נמוכה. אז יש סוג של יחסי גומלין בין מנגנונים שונים. אם גם הליך וצורך ציבורי מגנים בפני שלושה - והפיצוי מורד במעט, עדיין החשש מפני אי יעילות נשאר מוגן. אפשר למעשה ליישם את אחד המנגנונים בצורה נמוכה ולממש את ה-2 האחרים.
4. **בחוק ההסדרה:** אין הליך הוגן ואין אפילו שיקול דעת למפקד פיקוד מרכז. **להשלים מאופיר מה שנאמר על חוק ההסדרה.**

**שיעור 14, 02.12.18**

**גריעות תכנוניות - המשך דיני הנטילה השלטונית**

1. **גריעות תכנוניות -** מגבלות שמטלות רשויות על המקרקעין של בעלים. הס' המרכזי: ס' 197, שקובע שיתכנו מצבים שבהם העברה או אישור תכניות מתאר תפגענה במקרקעין של בעלים פרטיים. הן לא לוקחות את המקרקעין ממנו, אבל התוכן שלהן משתנה ולכן החוק הישראלי מאפשר לבעלים פרטיים מאפשר לתבוע פיצוי על הפגיעה הזו.
2. כמדינה מתוקנת, יש דרישה להעביר תכניות כדי להעביר שירותים ציבוריים - החל מהבסיסיים ביותר. כאשר מדובר במקרקעין של בעלים פרטיים, כל פעולה נדרשת אינטראקציה של הרשויות עם הבעלים. בחלק מהמקרים נדרשות הרשויות להפקיע את הקרקע, אולם ישנם מקרים בהם יהיה ניתן להסתפק בגריעות תכנוניות. למשל במקרקע בו יש דרישה להעביר קו חשמל או תשתית ביוב במקרקעין. כאשר יש צורך בהעברת קו חשמל, יופקע החלק התת קרקעי בו יש צורך להעביר את קו החשמל, ובקשר לשאר הקרקע, תהיינה הגבלות לייעוד המקרקעין מסיבות של בטיחות ושמירה על התשתית. כך, הבעלים מוגבלים לעשות שימושים מסוימים במקרקעין שלהם. הס' לתביעת פיצויים הוא 197.
3. **ס' 197 -** אשר יש פגיעה ע"י תכנית שלא בדרך של הפקעה - יוכל לתבוע פיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בס' 200. הפיצוי יצטרך להידרש תוך שלוש שנים מיום אישור התכנית. **ס' 200 -** קרקע לא תיחשב כנפגעה לפי הרשימה המנויה בס' 200. ס' חריגים. שאלה שעולה בבתי המשפט: איזה סעיף הוא ברירת המחדל? האם יש חובת פיצוי וס' 200 רק מצמצם, או שברירת המחדל הוא שאין פיצוי, וס' 200 הוא הפטור הגורף לתת פיצוי, ורק אם עומדים בתנאים של הס', אז יינתן פיצוי. שאלה מעניינת בשני חתכים: החתך הנורמטיבי - האם האדם צריך לקבל פיצוי ובחתך המעשי - כי אז יש צורך להחליט על מי מוטל נטל ההוכחה. השופט מלץ בפרי הארץ מכריע ואומר שברירת המחדל הוא ס' 197, כלומר מבחינתו (פסיקה שאומצה בוועדות) שכל אדם שנפגעו לו מקרקעין זכאי להגיש תביעה לפיצוי על הפגיעה שנגרמה לו. ס' 200 הם סעיפים שהרשות תצטרך להסביר למה הס' חל ולא מצדיק מתן פיצוי. **בשורה התחתונה, התפיסה העיקרית היא שצריך להעניק פיצוי, וס' 200 הוא אך חריגים שנטל ההוכחה יהיה על הרשויות.** למה מלץ פוסק כך? (א) בשל שיקולים נורמטיביים: יעילות וצדק חלוקתי - לא רוצים שהעול של צרכי החברה ייפול על כתפי אנשים פרטיים.

* **דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ -** שם נקבע מבחן לקביעת הסבירות - לפי שיעור ירידת הערך, ומהי ירידת ערך סבירה. הוויכוחים היו בין פגיעה של זוטי דברים, והמבחן שנקבע הושתת על שלושה קריטריונים - (**א) שיקול ירידת הערך -** בדיקה של כמה נפגע הערך של המקרקעין כתוצאה מאישור התכנית. אם מגלים שהערך לא נפגע, או רק עלה או הושבח - אין טעם להמשיך בבדיקה. **(ב) מידת פיזור הנזק -** במידה והקמת קו החשמל למשל גרמה נזק לבעלים אחד, או לחלופין למאה בעלים - הפגיעה תהיה סבירה יותר וכזו שלא מצריכה פיצוי היא כאשר יש יותר בעלים שסבלו מהנזק. כך, אין נפילה והשתת כל הנטל החברתי על בעלים אחד, אלא תכנון מראש של חלוקת הנטל ונטל מינימלי על הבעלים. לכן, כאשר יש יותר פיזור של הנזק ולא הושת על אדם אחד, ניטה לראות בירידת הערך כפגיעה סבירה. **(ג) חיוניותו של הצורך הציבורי -** ככל שהאינטרס הציבורי הוא חיובי יותר, תהיה הכרה שהפגיעה היא סבירה. ככל שהוא פחות חיוני, כך תהיה נטייה לראות את הפגיעה כעוברת את קו הסבירות ויעלה את הסיכוי לפסיקת פיצוי.

1. **מה מידת המרחק מהקו הכחול (גבולות התכנית) שיכולים לתבוע לפי ס' 197, מה הכוונה ב"גובלים עמו"?** בית המשפט בפס"ד שרגא ויטנר, עושה דיון שלם על נושא הכביש. מסקנתו של היא שכל מקרקעין שסמוכים לקו הכחול של התכנית, במישרין - וגובלים, ואם הם סמוכים שאין להם קביעת מסמרות בשטח, אז הם עדיין יכולים להיחשב כגובלים עמו. **בפועל צריך ללכת עם שמאי לשטח ולבדוק את שני החריגים: שטח פתוח צר או כביש שכונתי צר. כלומר אין משהו משמעותי שחוצץ ביניהם. אם יש חציצה (למשל שורת מבנים) - אז למרות הפגיעה, לא יהיה ניתן לתבוע פיצוי מ-197, יהיה ניתן אולי לתבוע נזיקין.**
2. **תקופת ההתיישנות של תביעת פיצויי מקרקעין -** האם ניתן לבוא אחרי 50 שנה לדרוש את הפיצוי (פס"ד קרסיק) או שיש זמן בו נעצר שעון ההתיישנות ולא ניתן יותר לתבוע פיצוי. פס"ד שעסק בנושא הוא **ע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה -** המחוזי קובע את התביעה על הסף ואומר שתביעה מתיישנת אחרי 7 שנים לפי חוק ההתיישנות, חל גם על דיני הפקעות. בית המשפט העליון - **קובע שחוק ההתיישנות חל גם על פיצויי הפקעה, ולכן זה חל על 7 שנים. והשאלה הגדולה היא ממתי מתחילים לספור את 7 השנים. מתי נולדת עילת התובענה. שלושה שופטים ושלוש דעות שונות:**
   1. **השופט חשין -** עילת התובענה רק מהשלב שבו הבעלים מקבל תשובה שלילית ביחס לפיצויי ההפקעה ברשות. כלומר, אם הרשות לא ענתה או לא אמרה לו, גם אחרי 200 שנה יהיה ניתן להגיש תביעה לפיצויי הפקעה. תפיסה מאוד ליברטאריאנית ששומרת כמה שיותר על זכויות הבעלים בקניין.
   2. **השופט גרוניס -** הדעה לצד השני: העילה מתחילה מהיות שבו תופסת הרשות חזקה בקרקע, ומהרגע שבו נתפסת החזקה בקרקע, יש לבעלים 7 שנים לרוץ ולבקש הפקעה. אם לא עשה כן, אחרי 7 שנים הוא מאבד את הזכות לתבוע לפיצויים. **נפסק כהלכה.**
   3. **השופטת ארבל -** תפיסת ביניים לא ברורה, כאשר מתממשת המטרה הציבורית. רק מרגע המימוש ניתן יהיה לספור את 7 השנים. למשל בבניית בריכה- רק מרגע בניית הבריכה? הפעלתה? לא ברור.כך, רק כאשר המטרה הציבורית תמומש, רק אז יוכל הבעלים יוכל להגיש תביעה לפיצוי.

**רישיון במקרקעין**

1. **רישיון במקרקעין -** הרשאה שנותן בעלים של מקרקעין לגורם אחר לעשות שימוש או להחזיק במקרקעין שלו - אין מדובר בזכות קניינית אלא בהרשאה חוזית לאדם אחר לעשות שימוש במקרקעין. רוב הזכויות במגזר החקלאי, מבוסס על בר רשות - אדם שקיבל רישיון לפעול במקרקעין. כך, אם יש מישהו שמוגדר כבר רשות - אין לו זכות במקרקעין וגישה ישירה ובלתי אמצעית בנכס, אלא התחייבות חוזית מהגורם שהוא בעל המקרקעין. רישיון יכול להיווצר כתוצאה מחוזה מפורש (כמו חוזה משבצת מול האגודות השיתופיות, בין החקלאים למנהל מקרקעי ישראל) ויכול להילמד מכללא - משתיקה, או מהיעדר מחאה מצד הבעלים. אפר שיהיה להכיר בו כבר רשות - ולא כפולש, שלא מכוח חוזה, אלא מעצם השתיקה או אי המחאה שגיבשה סוג של הרשאה לפעול ולעבוד במקרקעין. הבחנה נוספת: רישיון בתמורה: תלום כספי, ורישיון חינם - מצב שבו אני פועל במקרקעין של אחר בלי לשלם דבר על הזכות הו. שתי שאלות מרכזיות אם כך, בנושא זה:
   1. **אופן הענקת הרישיון -** בצורה מפורשת בחוזה או רישיון מכללא
   2. **שאלת התמורה עבור הרישיון -** רישיון בתמורה או רישיון חינם.
2. **ע"א 332/63 חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן ואח' -** נפסק שלא כל כך משנה ההגדרה של הרישיון - בחינם/ בתמורה/בחוזה/מכללא, אלא ההכרעה של בית המשפט ביחס לרישיון נבדקות לגופו של רישיון, לגופן לש נסיבות העניין, ולא ניתן להעניק מראש כללי אצבע כיצד לפעול. המוסד של הרישיון הוא מוסד שמופיע כמעט בכל תביעת מקרקעין. *"רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה: יש רשות ואין בה תמורה, ואי אפשר לבטלה, ויש רשות ויש בה תמורה, ומותר לבטלה"*
3. **היקף ההגנה על רישיון -** **ליקוט של מאפיינים של בית המשפט כמשהו שיעזור לו לקבוע אם מדובר ברישיון בר ביטול, וגם אם ניתן לבטלו - מה קורה עם בר הרשות שנזרק מהקרקע \_(פיצוי/לא פיצוי) וכו'.**
   1. היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין
   2. הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין
   3. משך הזמן שמחזיק בעל הרישיון במקרקעין
   4. התמורה - ככל שניתנה - בגין הרישיון.
4. כך, אלה עוזרים לקבוע האם מדובר ברישיון הדיר - שיכול לחזור בו מהרישיון או ברישיון בלתי הדיר, בהם בעל המקרקעין לא יוכל לחזור בו ממתן הרישיון. כך, בית המשפט הכיר במספר מקרים ברישיונות כבלתי הדירים. השאלה השנייה היא מה קורה אם הוחלט שמודבר ברישיון הדיר, שבעל המקרקעין יכול לחזור בו, אבל בר הרשות השקיע הרבה מאוד במקרקעין והסתמך עליו. האם יש התעלמות וההסתמכות והאינטרסים של בר הרשות, או שמא לא מתעלמים והולכים לפיצוי.
5. בפועל, כמעט ולא מכירים ברישיונות בלתי הדירים (5-6 מקרים שבהם ביתה משפט קבע שרישיון הוא בלתי הדיר), לרוב הוא קובע שהרישיון הוא הדיר ושבעל המקרקעין יכול לחזור בו מהרישיון שנתן. פס"ד בצר - רישיון בלתי הדיר. בין בני זוג, רלוונטי. למה יש צורך ברישיון? ראשית, בשל היכולת לשלול עבירות - להעביר את הזכויות הלאה. אימץ זכות אישית, חוזית, באמצעות הרישיון - יוצרת הגבלה בעבירות הזכות. אם יש רצון בהגבלת זכות העבירות למה לא להכניס את הגבלת העבירות בחוק? משום שיש רצון להשאיר נתיב חוץ קנייני - נטול כל הזכויות הקנייניות והמאפיינים העבירים של הזכות שעיקרן היא להעביר את הזכות לאחר. גם הפסיקה כן הכירה במקרים מסוימים להעביר רישיון לאחר במקרה של הסכמת הצדדים ובירושה. **תמיד לטעון לרישיון, בזכות קניינית במקרקעין - הדרך היחידה לתת לביתה משפט את הרגל בדלת.** (למשל בשכירות).
6. **התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון:**
   1. המשך קיומו של רישיון (על אף רצון הבעלים לבטלו)
   2. ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים לתשלום פיצוי
   3. **להשלים קריטריון שלישי**
7. **ע"א 11700/05 חבה נ' מנהל מקרקעי ישראל - להשלים.**

**דרכי רכישת זכות קניינית**

1. **דרכים שונות לרכישת זכות קניינית:**
   1. ירושה
   2. תפיסת חזקה - בעיקר במיטלטלין - נכסים שהופקרו או אבדו
   3. חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה - זיקת הנאה מכוח שנים.
   4. שיפור נכסי זולת - ערבוב/חיבור במקרקעין
   5. עסקה רצונית - מכר/מתנה/שכירות וכו'.
2. **עסקה -** רוב מוחלט בפעילות כעו"ד ביחס למקרקעין יהיה סביב חוזה. במקרקעין, יש דרישות מיוחדות בחלק מהתחומים. מאפיין סוג של עסקאות במקרקעין. עסקה רצונית היא עסקה חוזית - כאשר נכרת חוזה בין שני גורמים. הדרך הקלאסית היא כריתת חוזה ולאחריו בהתקיים תנאים שהתקיימו בחוזה, **עוברת הזכות הקניינית לצד השני בשני שלבים:**
   1. **השלב החוזי/אובליגטורי -** השלב שבו כל מה שיש ביד זו זכות חוזית בלבד, ולא זכות קניינית. התחייבות לעסקה ביחס לדירה. מתי עוברים משלב זה לשלב הבא? רלוונטי לדיני תחרויות.
   2. **שלב קנייני, השתכללות העסקה -** שלב בו הזכות הקניינית עברה. במקרקעין למשל, הזכות הקניינית עוברת בעת הרישום לטאבו.
3. **במקרקעין:** השלב הראשון הוא השלב בו אנחנו רק מחזיקים התחייבות לעסקה. **בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות, פ"ד כה 134 -** כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום, כדרוש לפי ס' 7(א) של החוק, נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא צד שלישי. בפס"ד אהרונוב - בית המשפט אומר שתוצאה זו, **מביאה שהשלב החוזי נפגע מאוד. כך, צריך להכיר בהתחייבות למקרקעין, תהיה זו זכות מעין קניינית. כך, כאשר מדובר במקרקעין, השלב האובליגטורי החוזי הוא מעין קנייני. זה לא חוזי כמו במיטלטלין או זכויות, אלא שלב מעין קנייני - יורחב בדיני תחרויות.**
4. דרך נוספת לרכישת בעלות או זכות קניינית במקרקעין היא באמצעות התיישנות רוכשת הנלמדת מס' 78 מחוק הקרקעות העותמאני שקובע שבהנתן אדם שמעבד את המקרקעין בפועל, ואל רק מחזיק או תופס, יכול לרכוש זכות במקרקעין, ואף בעלות במובן מסוים, והבעלים יוצא מהתמונה ומפסיד את המקרקעין שלו כתוצאה משתיקתו או חוסר פעולתו לאורך תקופה מסוימת. חזקה נוגדת - דוקטרינה שמגיעה מהמשפט המקובל, ומוצדקת מכמה סיבות: טיעון ההסתמכות - האדם שמשתמש בקרקע כבר מסתמך עליה, וכן טענת האישיות - שמצדיק את הדוקטרינה של התיישנות רוכשת בזה שהמחזיק מפתח קרבה למקרקעין אחרי תקופה ארוכה, ולעקור אותו משם זה פגיעה באישיות שלו. שתיהן טענות בעיתיות. הטענה הכי חזקה זו הטענה הכלכלית: הבעלים לא עשה כלום עם הקרקע, בעוד שהמחזיק פיתח ועיבד את הקרקע, ולכן עדיף מישהו שמעבד את הקרקע ולא מישהו שמתעלם ממנה. רלוונטי ליעילות מצרפית. גם זו טענה בעייתית בעיקר בגלל שלא בטוח שעדיף שכל קרקע תהיה מנוצלת (סביבתית ושימור לדורות הבאים). יש הטעונים שיש לשמר את הטיעון הזה מבחינה חלוקתית. **כיום, אי אפשר לרכוש בעלות באמצעות התיישנות רוכשת בישראל. הסיבה לביטול: פוליטית במובן מסוים.**
5. **מקרקעין -** השתכללות זכות קניינית = ס' 7ב = רישום. למה יש פער זמנים בין העסקה ובין התשלום?
   1. **הסיבה הראשונה והעיקרית -** אישורים של מיסים, ואישורי עירייה, כדי שיוכל לגשת ללשכת הרישום בטאבו ולהעביר את הכנס על שמי. יש צורך בסט שלם של אישורים, בין היתר של רשויות מיסוי מקרקעין, רשות מקומית וכו' כדי להעביר את הדירה על שמי, אישורים שלוקחים זמן.
   2. **הדרך היחידה לרכוש זכות קניינית בנכס שרשום בטאבו, היא לשנות את הרישום בטאבו.** נכס שלא רשום בטאבו מוגדר כמקרקעין לא רשומים. מקרקעין לא רשומים, מבחינה משפטית - קניינית, הם לא מוגדרים כמקרקעין, אלא כזכויות, והיחס במעבר בין שני שלבים יעשה כמו בכויות, ולא כמו במקרקעין. לכן, מקרקעין שלא רשומים בטאבו יעשה בדיון של זכויות ולא במקרקעין.
6. **למה יש פער בזמנים? הליך הרישום הסטנדרטי:**
   1. **שטר מכר -** פרטי המוכר, הונה, הדירה, וחותמים, תוך הבאה של 5 העתקים לרישום המקרקעין.
   2. **חוזה -** חתום ע"י שני הצדדים.
   3. **אישור עירייה-** שני סוגים של אישורי עירייה: אין חובות ארנונה וחובות אחרות; וסוג שני של אישור על כך שאין חבות בהיטלי השבחה ואין פעולות לא חוקיות שנעשו מבחינת תכנון במקרקעין. בדיקה של מה קורה בנכס. העירייה יכולה לשלוח מודדים פקחים ושמאים לבחינת הפעולה הא חוקית ויכולים לחייב בהריסה/קנסות על הבנייה הלא חוקית בנכס. היטלי השבחה - היטל של 50% מההשבחה שנגרמת לבעלים של נכס אם השבחה היא תוצאה של התכנית או היתר, ולא כתוצאה ממחיר השוק.
   4. **אישורי מיסוי -** בעת כריתת החוזה, יש צורך בחתימה על טופס מש"ח - טופס שרשות מיסוי מקרקעין מספקת, ומסכם את הליך העסקה ובמסגרתו ניתן לבחור אחד מדניים: שומה, כמה הייתה שווה העסקה, או שומה עצמית של המקרקעין (האפשרות העדיפה על 95%). יש הרבה השלכות של בכמה כסף מכרתם את הדירה, והמיסוי מקרקעין יודעים שעושים כל מיני תרגילים. אחרי שרשות מיסוי מקרקעין היא מקבלת את המש"ח, היא מליטה אם היא מאמינה או לא, ובמידה והיא מאמינה, היא מוציאה אחד משניים: שובר של אישור פטור ממיסוי מקרקעין/ או אישור של סכום התשלום, ורק אחרי התשלום יש אישור ששולם - ורק אז הולכים עם כללל המסמכים לטאבו. כל האישורים האלה לוקחים זמן. כבר נוצר פער זמנים ראשון בין שלב חתימת החוזה לבין שלב ההליכה לטאבו.

**שיעור 15, 05.12.18**

* 1. **מימון והסרת משכנתאות -** רוב רוכשי הדירות בישראל משתמשים במשכנתא לטובת רכישת דירה. **משכנתא - משכון במקרקעין:** הבעלים לווה כסף מהבנק, ככל הנראה לצורך רכישת הדירה, וע"מ להרוויח את ההלוואה, הבנק ביקש לרשום משכון על המקרקעין, שמופיע בנוסח הטאבו של הנכס. במידה ומישהו רוצה לקנות דירה מבעלים, אם יש משכנתא על הנכס, היא מבטיחה שכל העברה יעשה בהסכמה או ביידוע של בעל המשכנתא. מבחינה מהותית, אין לזה מקור לחיוב, ואין זה כתוב בחוק שהבנק בעל זכות סירוב להעברה, אך מבחינה מעשית, לשכות הרישום במקרקעין לא יעבירו נכס לפני שימחקו המשכנתאות הקודמות. תהליך הסרת משכנתאות לוקח זמן. ברגע שהמשכנתא מוסרת, ניתן להתקדם בתהליך הרכישה. כדי שהיא תהיה מוסרת, צריך לשלם לבעלים הקודם סכום מספיק גדול כדי שיוכל להיפרע מהמשכנתא, למחוק אותה מהטאבו ואז לבצע שינוי ברישום. כנ"ל לגבי רכישה מקבלן - הנכס עדיין לא מוכן לרישום. תהליך זה יכול להיעשות רק כשהבית בנוי, לכן יש פער בין שלב התשלומים לבין שלב האישור על רישום הזכויות על שמכם בטאבו - כל זה במידה ואף אחד לא פשט את הרגל בדרך.

1. **אז מה עושים בינתיים? הערת אזהרה -** הערה שרושמים שנוסח הטאבו, שאמורה להזהיר כל אחד שניגש לנכס, תדע שיש מישהו שיש לו טענות והשגות ביחס לנכס. כך, הערת אזהרה לא מונעת רישום קנייני, לא אמורה למנוע זאת, **והי אינה זכות קניינית. היא מהווה תמרור אזהרה בלבד. בדיני תחרויות, על אף שאינה זכות קניינית, היא מקבלת משמעות גדולה בדיני תחרויות. אדם שהיה יכול לרשום הערת אזהרה ולא רשם - עשוי להפסיד בתחרות למרות שרכש את הדירה וחתם על הסכם לפני כן. במקרה של הטעות נגרמה כתוצאה מהעובדה שלא הייתה הערת אזהרה.** דיני תחרויות זה הופך אותו בחלק מהמקרים כמונע הנזק הזול ביותר, ובגלל שלא עשה זאת, בחלק מהתחרויות האחריות תוטל עליו.
2. **נסח טאבו -** בגדול: שטר המכר, שרשור הבעלויות, המחזיק בנכס, החלק בנכס (במידה ויש כמה בעלים) מיקום מדויק: הפנקס בו רשום – בתים משותפים או פנקס השטרות, שטח, הצמדות לתתי חלקות (לדוג': הצמדת הגג לדירה מסוימת / מעלית / גינה), חלק בשטח המשותף, סוג הזכות בנכס (בעלות / חכירה / שכירות), עיקולים ומשכנתאות, הערות משפטיות (לדוג': הערת אזהרה / זיקת הנאה / חריגת בניה) וכן, ירושה הפקעה, זכויות נוספות או כל נושא אחר שנוגע למצב המשפטי של הנכס.
3. ס' 7 חל רק על עסקת מקרקעין שטעונה רישום ע"פ החוק. עסקאות במקרקעין שלא דורשות רישום, גיבוש הזכות הקניינית בהן לא מותנה ברישום במקרקעין, אין צורך ברישום (אם כי אדם חכם רצוי שילך וירשום את זה) אלא מכוח זיקת הנאה מכוח שנים, זכות קדימה מכוח החוק. זכויות שהן תוצר של עסקה והן אינן טעונות רישום: שכירות קצרת מועד. זכויות שלא טעונות רישום, לפי הוק: הזכות מתגבשת ברגע שיש לרוב מצב של חדלות פירעון ואז מתגבשת מכוח החוק זכות קדימה שלא דורשת רישום (זכות קדימה מכוח החוק). לא צריך לשרום בלשכת רישום המקרקעין שכירות קצרת מועד.

**מיטלטלין**

1. גם פה יש שלב התחייבות לעסקה ושלב השתכללות העסקה. רלוונטי לדיני תחרויות במיטלטלין. אם למשל הזמנתי עוגה מקונדיטוריה בטלפון, וכשאני באה לאסוף אותה, העוגה נמצאת אבל כבר נמכרה למישהו אחר. למי שייכת העוגה - מי עבר ראשון משלב א' לשלב ב'. אם כן, שני שלבים:
   1. **שלב חוזי/אובליגטורי -** התחייבות לעסקה
   2. **שלב קנייני -** השתכללות העסקה
2. בשונה ממקרקעין, אין רישום של מיטלטלין, מטעמי יעילות - אי אפשר לחייב רישום של כל העברת בעלות של מיטלטלין, גם אחרת הרבה מאוד עסקאות לא היו נעשות. זהו נטל רב מדי. מאחר ואין רישום, קובע חוק המכר שהבעלות בממכר עובר הבעלות במיטלטלין מהמוכר לקונה במסירה, אבל, הסיפא של ס' 33 אומר שאם הסכימו הצדדים אחרת - אז הבעלות תעבור ע"פ התנאים שהוסכמו. כך, ברירת המחדל שזכות הקניין במיטלטלין צומחת במסירתם, אך יש אפשרות התניה על ברירת המחדל, לקביעה על מועד ודרך אחרת להעברת הבעלות.
3. כך, במיטלטלין, בשונה ממקרקעין, יש ממד חשוב לחזקה. חזקה במיטלטלין, משמעות חשובה, כי יש לה הרבה פעמים ביטוי לבעלות של גורם מסוים בדיני התחרויות על נכס המיטלטלין, ומההווה פעמים רבות ראיה משמעותית לבעלותו של מי מהצדיים על נכס המיטלטלין.
4. **זכויות -** סוג מסוים של חיובים אחד כלפי השני. העברת זכויות = המחאה. החוקים הרלוונטיים: חוק המכר + חוק המחאת חיובים.

**חייב ממחה (בעל הזכות) נמחה**

1. אם החייב חייב לממחה 50 ₪, הממחה רוצה להעביר את הזכות שלו ביחס לחייב לאדם אחר. נשאלה הגדולה היא מתי עוברת הזכות בין הממחה לנמחה? זה עשוי לשנות בנוגע לשאלה למי החייב צריך לשלם - האם הוא צריך לשלם לממחה? או שהוא צריך לשלם לנמחה כי הזכות הקניינית עברה אליו? מתי הנמחה הופך להיות למעשה בעל זכות קניינית? (למי החייב צריך לשלם? לבעל הזכות או לצד ג'?). הדרך שלנו לדעת מתי עוברת הבעלות בזכויות היא לפנות לחוק המכר שקובע שכל הדברים שהוא מדבר עליהם בנוגע למיטלטלין יחולו גם על זכויות. **ס' 33 לחוק המכר** - העברת הבעלות הקניינית בזכויות נעשית בשלב / מותאמת הסעיף לסיטואציה: עד כריתת ההסכם בין הצדדים, אלא אם הצדדים הסכימו אחרת.
2. במקרה של זכויות, מועד כריתת ההסכם נחשב כמועד העברת הבעלות בזכות, אא"כ נקבע אחרת ע"י הצדדים.
3. **במקרקעין שאינם רשומים - אופן ההתנהלות יהיה כמו זכויות.** הם לא מיטלטלין, והם לא מקרקעין, אלא זכויות. מקרקעין שלא רשומים, צריך פעול בתאם להנחיית הזכויות, במבחן למשל. היא לא בשלב הרישום, כי אין רישום, והבעלות לא עוברת במסירה, י זה לא מיטלטלין, אלא במועד כריתת ההסכם, אלא אם נקבע אחרת. לכן, אם רשום מקרקעין, צריך לבדוק אם מדובר במקרקעין רשומים - ואז צריך לפעול לפי חוק המקרקעין או במקרקעין שאינם רשומים - ואז צריך לנהוג לפי חוק המכר, בשינויים הרלוונטיים. **ההבחנה חשובה במבחן, וחייבים להתייחס אליה!**

**דרכי רכישת בעלות**

**רכישת דירה מקבלן**

1. סיטואציה בעייתית בישראל. ברור שיש צד חזק וצד חלש בסיטואציה, ובסופו של דבר הקונה הוא יחד מול גורם שרואה את התמונה המלאה. התחום לוקה במספר כשלים התנהגותיים משמעותיים מצד רוכשי הדירות.
   1. **ריבוי ליקויים קוגניטיביים -** שגיאות הסתברותיות. אנחנו נוטים לעשות טעויות סטטיסטיות שנותנת משמעות גדולה יותר לקטסטרופות קטנות שקורות באופן תדיר לקטסטרופות גדולות שקורות פעם ב-. במכירת דירה נותנים משמעות לדברים קטנים שנוכל להתמודד איתם. כך, אם הדירה תתעכב במסירה של חודש, כנראה נצליח להתמודד עם זה, אבל אם הקבלן פושט רגל, כנראה שלא נצליח להתמודד עם זה. מניסויים שנערכו בנושא, בני אדם נותנים הרבה יותר משמעות לאירועים קטנים שקורים באופן תכוף.  **דבר נוסף, הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי -** נושאים שקשורים לכסף - דברים מוחשיים, ודברים שקשורים להתוויית תקנון בבית המשותף והצמדות - זה משהו פחות מוחשי. לקונה הדירה קל להבין את התכלס - את המוחשי, אמנם האדם הסביר שמגלם בתוכו זכויות רבות שהקבלן שומר לעצמו, שיש להם משמעות גדולה לחיים בבית המשותף, לא זוכים להתייחסות. בשורה התחתונה, לאנשים קל להתייחס למוחשי, ונוטים להתעלם ממה שאינו מוחשי.
   2. **הצפת מידע -** החוזים מורכבים בצורה מורכבת ובעיקר כוללים פרטים רבים. ההנחה היא שהפרטים המרובים הללו/העובדה שהחוזה מכיל 30-40 עמודים - נעשית באופן מכוון. כוונה זו נועדה על מנת להציף את הרוכשים במידע רב, כך שבאיזשהו שלב הם מאבדים את הידיים/רגליים שלהם בחוזה, או שהם נאלצים לשכור עורך דין שיקרא את החוזה ויביא להם את עיקר הדברים. חוזי דירה של קבלנים כוללים הרבה מאוד מידע שכוללים את מועדי המסירה, הפרטים הטכניים, נושא ההצמדות. החוזה כולל כמעט הכל ויש הרבה מידע שצריך להתמודד איתו. זו סיבה עיקרית לכך שבתי המשפט מנסים לצמצם את יכולת הקבלים להציף אותנו במידע לא רלוונטי.
   3. **מסגור -** המסגור נמצא בידיים של הצד החזק, בגדול מדובר בחוזה אחיד, והחוזה מעוצב ומנוסח שהקבלן עיצב בגדול לטובתו. **פעמים רבות המסגור מדגיש פנים מסוימים לחוזה. ההערה הכי תכופה על החוזה, היא מועד מסירה ותשלומים.** מתוך הסיפור הזה, נושא התשלום על ימי האיחור, הוא הנושא בו מתעסקים הכי הרבה. הקבלנים יודעים לשים הוראות אלה תחת נושא של משא ומתן, ולכן רוב ההתעסקות לא נוגעת להצמדות או לתחומים אחרים, אלא לתשלומים מאוד מסוימים. הקבלנים מוציאים מהמסגרת את הנושא החשוב של התנהלויות והצמדות של חלקים מהרכוש המשותף וחלקים מדירות אחרות. כך, החוזה מנוסח של הקבלן מול הרוכש, כשהמסר הוא אל תתעסק עם מה שקורה מסביב, אלא רק עם מה שקורה עם הרכוש של הקונה.
2. הטיות אלה קיימות במציאות ממש, וקורות במרבית ההתקשרויות ברכישה של קונה מקבלן. **אלה, הנחו את המחוקק הישראלי לשים את הזרקור על פערים בין הקונים לבין הקבלן והתאים את החקיקה למציאות שתואמת בשטח, בצורה די מהירה,** כדי לשפר את העמדות של רוכשי הדירה למול קבלנים.
3. **שני סוגי חובות -** הסדרים משפטיים בהקשר של קניית דירה מקבלן:
   1. **חובות גילוי - חובות חשיפה: חוק המכר(דירות) תשל"ג- 1973:** סעיפי חוק (2,3,4,5,6) המכר קובעים חובות שונות של גילוי (צירוף של מפרט להסכם, נותנים מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים, וכו'.) אי אפשר למרוח יותר את הלקוחות, אלא יש חובה להביא מפרט.

* **פס"ד שמעונוף -** כותב בצורה ברורה מה מטרת חוק המכר: מטרת חוק מכר דירות הוא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת, ללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות מבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות כספית חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים. אנו רוצים שהקבלן יחשוף את כל האינפורמציה בפני הקונה. אנו רוצים שהוא יאמר בצורה ברורה מה יש להם ומה אין להם.

חובת הגילוי מציה בחוק המכר. אופן הגילוי צריך שיהיה בשלושה דרכים: באופן מפורט, בהיר, ובמועד עריכת החוזה. הסנקציה על אי מילוי חובת גילוי היא איפוס החוזה ע"פ התקנון המצוי, וחוזרים לברירת המחדל שקבע המחוקק. כמו כן, הקבלן מאבד את היכולת להחריג דברים בצורה ראויה.

* 1. **בטוחות - ערבויות - חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה - 1974:** בדו"ח הכספי לשנת 2006 של חברת חפציבה בע"מ נכתב: בשנת 2007, חברת חפציבה מודיעה שהיא בגירעון ושהפרויקטים שלה לא רווחיים. באוגוסט 2007 התחילו פרסומים בעיתונות שלחברה קשיים כלכליים רבים (חוב ל 1.5 מילארד ₪) והתחילה נהירה של רוכשי דירה שבנייתם טרם הסתיימה לפלוש לבניינים הלא גמורים, ונכנסו לאיפה שאמורה להיות הדירה העתידית שלהם, והשתקעו בדירה. לחלקם שפר גורלם משום שהדירה הייתה כמעט גמורה, וחלק פשוט היו בשטח הפתוח של הדירה. התברר, כי לחלק גדול מרוכשי הדירות לא היו ערבויות או בטוחות על הכסף ששילמו על הדירה, בניגוד לחוק. כך, הם גם הפסידו את הדירה וגם הפסידו את הכסף. **המצב הוא בעייתי - הם רצו לתפוס חזקה מתוך מחשבה שהיא מגבשת זכות קניינית, אבל מה שמעניין בשלב זה הן מהן הבטוחות שחברת חפציבה הייתה יכולה לספק ולא סיפקה. שתי שאלות שנשאלות:**
     1. **האם כפיית בטחות היא בכלל מוצדקת?** חיוב הקבלן לבטח את הכספים שהלקוחות נותנים (בהנחה שיש לכך עלויות גבוהות)
     2. **למה צריך בכלל בטוחות במדינה שמנוהלת ע"פ שוק חופשי?** למה שהקבלן ייתן ביטוח לכספים שהרוכש מעביר.

**כך, יש בעיות שנובעות מהמצב הכלכלי של הקבלן.** אנחנו לא יודעים בהכרח את מצבו הכלכלי של הקבלן, אבל לא יודעים להעריך ואין לנו את היכולת לדעת האם קבלן מסוגל לסיים את הבנייה של הפרויקט, ובמצב כזה אנחנו רוצים בטוחה לכסף.

**שנית, יש סיכונים רבים שלא נוסעים מבעיותיו הכלכליות של הקבלן, אלא מטיב הזכות הקניינית ל המוכרים.** כך, קבלנים בישראל עושים עסקת קומבינציה - עסקת חליפין בה הם מקבלים את הקרקע, ובתמורה הם מקבלים כמה דירות מהבניין. פעמים רבות הקרקע לא שייכת לקבלן, ופעמים רבות מתגלות בעיות עם זכויות הקניין של המוכר. בעיות אלה עלולות לגרום במקרים מסוימים לאודן הדירה של הרוכשים. במובן מסוים, יש בעלים של קרקע- החוליה המקשרת (הקבלן) והרוכשים בקצה השני. במידה ומתגלות בעיות בטיב בעיות הקניין של המוכר, הסובל מכך אינו הקבלן כי אם הרוכשים, כי הם יישארו לבסוף בלי זכויות קנייניות.

**שיעור 16, 12.12.18**

1. **בטוחות, המשך - עקרונות:**
   1. **חוק המכר (דירות) חל על רכישת דירה בלבד.** החוק עם זאת מגדיר דירה באופן מאוד רחב. גם מערכת חדרים לצורך עסק יכולה להיחשב כדירה.
   2. **מכירה** = גם חכירה לדורות
   3. **החוק אינו חל על בנייה עצמית, לא חל על עסקאות קומבינציה (בין הבעלים לקבלן) ולא על מכירות יד שנייה**, כאשר הדירה כבר רשומה. בדירות יד שנייה אין הבטחה קניינית לנכס, ועד שלב העברת הרישום יש הבטחה חוזית בלבד. במידה והמוכר נעלם או פושט רגל, הקונה לא מכוסה, וכאן נכנסים ידני התחרויות.
2. **החוק מונה 5 דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי דירות (ס' 2):**

**בטוחות פיננסיות, רווחות יותר - מטרתן, להבטיח את הקונה מפני הסיכון של אובדן כספו.**

* 1. **ערבות בנקאית -** ס' 2(1), רלוונטי יותר כיום. מאחר וחברות הביטוח לא קפצו על הסיפור וממילא הבנקים כבר נמצאים בתמונה, אז יותר משם לקבלן השתמש בבנק שכבר ככה בתמונה . הסיפור של ערבות פיננסית עולה כסף. כשהקבלן נותן **ערבות בנקאית** (מצב שבו משולם תשלום לקבלן, בתמורה מבלים ערבות מהבנק המלווה של הקבלן שאומרת שאם הקבלן פושט רגל ואם הפרויקט נעצר, הקונה יקבל בכל מצב מהבנק החזר של סכום הכסף שהקונה נתן. מבחינת הרוכשים לא מדובר בהבטחה שיקבלו את הדירה, אך לפחות מדובר בהבטחה שהם לא יאבדו את הכסף שהם שילמו). **הקבלן צריך לשלם עמלה לבנק על הוצאת ערבויות.**
  2. **ביטוח -** ס' 2(2),פחות רווח. הבנק ממילא מעורב, וחברות הביטוח פחות קפצו על הנושא.

**בטוחות קנייניות פחות רווחות: מבטיחים בטוחה על הנכס עצמו**

* 1. **שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה (ס' 2(3)) -** רישום שם הרוכש כמשכנתא בדרגה ראשונה של המקרקעין. זכות קניינית במקרקעין (לא של בעלות) ואם הפרויקט יתבטל (הקבלן נעלם או פשט רגל) , הקבלן יוצא מהתמונה, אבל הקונה יישאר בתמונה.
  2. **רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש (ס' 2(5)) -** הרישום כמשכנתא רלוונטי גל לרישום וגם לשעבוד. **הסיכוי שזה יקרה הוא כמעט אפסי -** זאת, משום שלא הבעלים המקורי ולא הקבלן יסכימו לשותפים במקרקעין בשלב כל כך ראשוני.
* **בטוחה זו לא אינה מעשית, כי על דרך הכלל, הקבלן אינו בעל הקרקע, משום כך:**
  + - * לא סביר שבעל הקרקע יאפר רישום או שיעבוד כזה
      * לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו
      * רק אם הקבלן הוא הבעלים של הקרקע והוא לא נדרש למימון ראשוני של מימון בנקאי, יוכל להשתמש בחלופות אלה.
  1. **רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית (ס' 2(4)) -** מבטיח את בעלי הדירות בדיני תחרויות מול נושים אחרים ונותן להם גם עמידה במקרקעין האלה. משמעותי, כי אם הפרויקט נתקע, אז הנאמנים שיבואו ויקחו את הפרויקט, לא יוכלו להתעלם מהבעלים האלה. או שימשיכו עם בעלי הערות האזהרה או שיפצו את מוכרי הערת האזהרה. גם אפשרות זו לא קלה ליישום מבחינה מעשית:
     1. **במקרים מסוימים** (כמו למשל בעסקת קומבינציה), בעלי הקרקע מסרבים לרישום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן
     2. **במקרים אחרים**, הערות אזהרה קודמות (כמו למשל לגורם מממן) שוללת את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים (אינו עומד בתנאי ס' 2), או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים רישום הערות לטובת הקונים.

1. **ובחזרה לחפציבה -** לכאורה נתנו בטוחות. עד חפציבה, היית מקבל ערבות בנקאית רק לכסף שהופקד לחשבון מיוחד. כל כסף שלא הופק לחשבון הספציפי, לא קיבל ערבות. חפציבה, הטעתה את הרוכשים וסיפקה להם חשבון שונה מהחשבון המיוחד. הם העבירו את הכספים ולא קיבלו ערבויות בנקאיות, למרות שהקונים חשבו שהם כן בטוחים, הם לא ידעו שהכסף לא נכנס לחשבון מיוחד, בגלל הטעייה של חפציבה. הם לא קיבלו ערבות. המחוקק תיקן את חוק הבטחת השקעות וביטל את סיפור החשבון המיוחד. היום, כל כסף שעובר מחייב במתן בטוחה כלכלית, ולכן היום לכאורה הסיפור הזה נפתר.
2. **פס"ד מטרי -** מסביר שחוק הבטחת השקעות הוא חוק צרכני שנועד לצרכן על הצרכן הפרטי ולא על גופים עסקיים גדולים. פסק הדין פוסק שיכול להיות מצב שבאותו בניין שהקבלן פשט בו את הרגל יהיו גם צרכנים פרטיים וגם על צרכנים עסקיים, החוק יגן על הרוכש הפרטי ולאו דווקא לרכוש שקונה מספר דירות כחלק מעסקה מסחרית.
3. **המשמעות המעשית -** הבנקים מקפידים לתת ערבות בגין כל תשלום ותשלום בנפרד, ואז יוכלו לטעון שרונה שלא קיבל ערבות ספציפית בגין תשלום, צריך לבדוק מה קרה ולגלות את מעשי הקבלן.
4. **לחלופין, שינוי פרקטיקות התשלומים:** בתיקון 2008, הוחלה .. **להשלים**
5. **תוספות לאחר תיקון 2008:**
   1. המוכר חייב ליידע את הרוכש בכתב על הזכויות שלו. ס' 2א1. כן ליידע אותו על כך שהפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי.
   2. התיקון לחוק מטיל חובות גם על בנק או תאגיד אחר שהעמיד את לקונה הלוואה שמטרתה רכישת דירה - המלווה חייב ליידע את הקונה על זכויותיו לקבלת בטוחות מכוח החוק, ואסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם ווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה - ס' 3ג'.
      * 1. **הגנת הבעלות והחזקה**
6. **מדוע מעניקים הגנה רחבה לחזקה?**
   1. **שמירה על הסדר הציבורי -** ההנחה היא שהמחזיק במקרקעין היינו רוצים להמשיך לאפשר לו לעשות זאת - אנחנו שומרים על המצב הקיים ושומרים על הסדר הציבורי. אם כל גורם יכול לערער על חזקתו במקרקעין, אנו עלולים לערער את הדר הציבורי שלנו כתוצאה מערעור מתמיד על אנשים שיושבים במקרקעין. הרציונל הוא נכון, ומלווה כתיבה רבה בנושא כמעט בכל המדינות המערביות, אבל השאלה הגדולה היא האם זה נכון להטיל את אחריות שמירת הסדר הציבורי על כתפי האנשים הפרטיים - האם זה עניין למשפט פרטי ולא למשפט לילי או מנהלי - הרי בסופו של דבר מדובר באינטרס ציבורי - שלטוני. אין זה אינטרס של אדם פרטי שהוא צריך למממש.
   2. **הטעם השני, יעילות והגנה על הנכסים.** זה נכון בעיקר למיטלטלין, אם אנו מגנים על חזקה, יש דרך קלה יותר להגן על הנכסים. דרך זולה יותר. ההכרה בחזקה והאפשרות של מתן סעד עצמי למי שיש לו חזקה, האפשרות להדוף אדם מאפשר דרך יעילה וזולה יותר להגן על נכסים, מאשר לערער כל פעם בבית משפט ולנהל הליכים משפטיים על הזכות הראשונית להחזיק בנכס. השאלה הנשאלת האם זה רלוונטי למצב השוק הקיים, משום שחלק גדול מהנכסים אין בהם חזקה, מניות למשל. חלק גדול מהקניין הרוחני, מהזכויות שאנו סוחרים בהם היום המהווים חלק משמעותי מהנכסים שלנו כיום: החזקות במניות, פנסיות, ייתכןשהחזקות האלה משמעותיות יותר מהדירה שלהם וקל וחומר מהמכשיר הסלולארי שלהם. לכן, נשאלת השאלה האם זו הדרך הרלוונטית ביותר למצב כיום.
   3. **הטעם השלישי** שויסמן מציע הוא ראיית החזקה או תפיסת החזה כמנגנון להטלת הנטלים הראייתיים. חזקה כשלעצמה אין לה ערך מיוחד, אלא היא מסבירה את סדרי הדין, האופן שבו אדם שמערער על החזקה שלי צריך לפעול. הנטל מוטל על מי שרוצה להוציא את הנכס - המוציא מחברו עליו הראייה. אדם שרוצה לערער על חזקה שלי בנכס, חייב לשאת בנטל של ההוכחה שיש לו זכות טובה יותר או הצדקה כדי להחזיק בנכס, שהנכס יעבור אליו. הבעיה היא שהסיפור הזה הופך את החזקה למשהו ראייתי בלבד. היא לא רוצה לשמר את החזקה מבחינה מהותית אלא רק כמנגנון ראייתי, ולמעשה אין לכך משמעות מעבר לכך לפי שיטה זו.
   4. **תפיסת החזקה כסוג של תפיסה חלוקתית -** עידוד בשימוש נכסים פנויים. התיישנות רוכשת (ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני), אומרת בדיוק את זה. אחרי חלוף זמן מסוים אני מעבירה את הבעלות בקרקע מהבעלים למחזיק במקרקעין - ללא זכות אחרת. ההצדקה המרכזית לכך היא העדפה של גנב יעיל מאשר בעלים שלא עושה כלום עם הקרקע - מעדיף נכסים בשימוש על פני נכסים ריקים. הכרה בזכות בחזקה כרציונל לשימוש בנכסים פנויים. ביקורת - לא תמיד נכון מבחינה כלכלית ונורמטיבית - יש קרקעות שרוצים להשאיר שלא בשימוש.
7. **הבחנות:**
   1. **בעלים**
   2. **מחזיק**
   3. **בעל זכות להחזיק**
   4. **מסיג גבול**

כל הסיפור במקרים שכאלה, הוא לעשות הבחנה מיהם הגורמים השונים במקרה, ובאיזו קטגוריה נכנס כל אחד מהצדדים - ולאחר מכן נדע איזה סעיף ניתן להחיל ומה זכויותיו של כל אחד. זה המפתח לפתרון קייסים כאלה.

1. **סעיף 15 לחוק:** הכוונה היא גם למחזיק, מחזיק בפועל וגם למי שמחזיק מטעמו. שליטה הכוונה היא להחזקה ויכולת לעשות פעולות במקרקעין. ממש לא בעלות. "בסימן זה, "מחזיק" בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו".
2. **סעיף 16:** בעל מקרקעין, או אדם שזכאי להחזיק במקרקעין, שניהם יכולים להגיע למי שמחזיק את המקרקעין שלא כדין ולתבוע את הפינוי שלו מהמקרקעין. **הסעד הוא משפטי -** לדרוש תביעת פינוי מהמחזיק שלא כדין בקרקע. די ברור מאליו.
3. **סעיף 17:** מדבר על מצב בו מי שמחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להימנע מכל מעשה שיש לו משום הפרעה, ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה. כאן כבר לא מדברים על מחזיק כדין או על בעל זכות להחזיק וגם לא על בעלים, אלא על כל אדם שמחזיק כרגע במקרקעין. זה אפילו כולל מסיגי גבול. גם מסיג גבול יכול להיחשב כמחזיק לצורך ס' 17 (ולא לצורך ס' 16!). כך, ס' 17 פותח את הדלת למסיגי גבול בעצמם ואין להם שום זכות להחזיק במקרקעין, להדוף אנשים אחרים שגם להם אין זכות במקרקעין. הסעיף הוא בעייתי, ומתאים לרציונל המשכיות.פס"ד עוקשי פוסק שס' 17 הוא הרלוונטי והדיון לפיכך הוא אחר.

"שלישיית מסיגי גבול"

**ס' 18 - סעד עצמי** ראשית, האם ראוי? **(א)** **נותן מענה לאופי אנושי** (המקרה של שי דרומי - האפשרות של אדם שחושב שיש חשד לפגיעה פיזית בעצמו או פגיעה משמעותית ברכוש, יכול להגן על עצמו באמצעות הדיפה, נבע מהסיפור של שי דרומי שפלשו לו לקרקע.) **(ב)** **חלופה מעשית במקרים דחופים** (בעיקר מיטלטלי שיכולים להיעלם) **(ג)** **כלל קנייני לעומת כלל אחריות -** כלל אחריות -תשלום פיצוי על לקיחת הנכס בלי רשות. כלל האחריות לא מונע מאחרים להשתמש מנכסים של אחרים, אך הוא דורש פיצוי. כלל קנייני אומר באופן קטגורי שאסור לך לקחת את הנכס ללא הסכמת בעלים, הוא לא יוכל לעבור למרות הסירוב שלי. הסעד העצמי הוא הביטוי הכמעט יחידי שמתקרב לכלל קנייני בדיני הקניין הישראליים. בגדול, דיני הקניין בישראל אימצו פיסה של כללי אחריות - אנשים יכולים לקחת, אבל הם צריכים לשלם, זה לא אומר שהם לא יכולים לקחת את הנכס עצמו. הסעד העצמי זה המקום היחידי ביני המקרקעין הישראליים שבו יש קרבה לתפיסה של כלל קנייני. העובדה שהבעלים מתאפשר לסעד עצמי ולנסות למנוע לקחת את הנכס ללא רשותך כולל הפעלה של כוח, משחררת בכך חלק מסמכויות האכיפה והתגובה להגיב במידי כדי להגן על הלקיחה הזו. **בשורה התחתונה, הכלל: סעד ראוי אך ראוי לצמצם: פרשנות מצמצמת - (א) לא תאגידים ולא מישהו מטעם; (ב) תוך 30 יום מיום התפיסה -** לכאורה לא נותן מענה לאופי הטבעי, לאינסטינקט - כתוצאה מקבוצות חקלאיות בעבר, שאמרו שהם לא נמצאים בכל יום נתון בשטחים החקלאיים שלהם. אפשרות באופן מידי, עלול להביא למצב תמידי של מסיגי גבול ופולשים. ;**(ג) כוח במידה סבירה -**פורש לרוב כזימון של משטרה ופנייה של גורמי אכיפת החוק, למרות שהסעיף מנוסח כסעד עצמי לחלוטין.

**סוג של סעד עצמי**

**"ס' 18(ב):** תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.**"**

**מנסים לתת בסעיף רק לאינסטינקט האנושי לפעול.**

**שיעור 17, 16.12.18**

1. **ההבדל הגדול בין ס' 18(א) ל-18(ב)** הוא שאין ב-א הגבלה של זמן. ההבדל המרכזי עוסק אם אדם מחזיק בפועל במקרקעין. מבחינה מעשית, הנושא הזה מצומצם מאוד בפועל, עם היגיון גדול - חוששים מממד הסבירות של הפעלת כוח עצמאי. בעייתי מאוד, גורם שבתי המשפט נאלצים להתמודד איתו. יש כוונה בקודקס האזרחי העתידי (שכנראה לא יצא לפועל כבר - עוד לא הגיע עדיין לשלב הוויכוחים) מצמצמים עוד יותר את הסעד העצמי. בכל מקרה בתי המשפט מצמצמים את זה מאוד.
2. **ס' 19 - מטרתו היא לשמר מצב קיים.** כשאדם מקבל סעד לפי ס' 19, אין דיון על הזכות שיש לו במקרקעין. בהתעלמות מהסיפא, בית המשפט לא דן בזכותו של האדם במקרקעין. בית המשפט גם נמנע מלדון בטענות של צד שלישי במקרקעין. כך, ס' 19 אומר שהיה שינוי מצב ושינוי חזקה, ולפני הדיבור על זכאות במקרקעין, הוא מחזיר את המצב לקדמותו - התביעה הפסוסורית, בניגוד לתביעה הפטוטורית שם דנים גם בזכות. **לבית המשפט יותר קל לתת סעד מכוח ס' זה, בגלל ההפרדה שיוצר הסעיף - כך הוא יכול לדחות את הדיון המהותי על הזכות. עם זאת, מבחינה מעשית ס' 19 הוא סעיף שמאפשר לבית המשפט לעשות מה שהוא רוצה- לדון/לא לדון.** (בניגוד להנחה הכללית שבתי המשפט אוהבים שיקול דעת, רוב בתי המשפט טוענים שהם לא רוצים את שיקול הדעת הרחב שמעניק להם המחוקק). **עם זאת, בתי המשפט אוהבים להשתמש בס' 19, כי הוא משאיר בידיהם את ההחלטה על מה לדון ומתי.**
3.  **מהמצגת: הגנת הבעלות והחזקה, טבלה מסכמת. ⮘**
4. **המשמעות כשהמדינה היא הבעלים? ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור) -** הרחבה משמעותית מאוד לש הזמן בו המדינה יכולה לפעול. כמה שינויים כשמדובר במקרקעי ציבור (רע"א 4311/00 מדינת ישראל נ' בן שמחון)
   1. **הגבלת סעד עצמי -** רק צו והליך משפטי
   2. **הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול -** למדינה יש הרבה מאוד קרקעות, והיא לא שולחת את אנשיה לסייר בקרקעותיה כל יום.
   3. **אין צורך בהחזקה של המדינה -** לא מצריכים את המדינה להחזיק בפועל את השטחים האלה, ומספיק שזה נמצא בבעלותה.אי אפשר שהמדינה תחזיק בכל רגע נתון בכל קרקע שיש לה.

**יז. שכירות**

1. **ס' 3 לחוק המקרקעין:** "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה **בתמורה** **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם** **שלא לצמיתות**; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות""
   1. **בתמורה -** ערך כלכלי ממשי, ולא בהכרח כסף. כך, אם יש סיפוק עבודה תמורת שכירות, **יכולה היא להיחשב כשכירות. אבל חייב להיות ערך כלכלי, אחרת יהיה קשה לראות בזה שכירות.**
   2. **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם -** לאו דווקא החזקה או שימוש ייחודיים (והשוו ויסמן) **-** האם ניתן לעשות שימוש מקביל בדירה/חדר/אולם שמושכר - ויסמן אומר שאתה יכול להיות בעל זכות שכירות ועדיין אחרים יוכלו לעשות בהם שימוש שונה. **דוג':** דירות שמשכרות בהם חדרים לשותפים באופן ספציפי ובלעדי, ואת החלקים האחרים (סלון, מטבח, מקלחת) יושכרו במשותף. רלוונטי בעיקר כשזכות שכירות של אחד תעמוד מול זכות שכירות של אחר.

**"You still think it's your apartment and I'm just renting a room"**

* 1. **שלא לצמיתות - רע"א 1784/98 עמידר נ' מנדה -** נקבע כי לא קיימת ע"פ חוק המקרקעין שכירות ללא הגבלת זמן. **מדוע מגבילים ומתחמים בזמן?** התשובה שניתנה בפסק הדין לא מספקת מענה נורמטיבי, אלא טכני בלבד- כי החוק קובע שבשכירות צריכה להיות הגבלת זמן. בפס"ד לוסטיג - שם ניתנה זכות שכירות ל-999 שנים, נחשב פרק הזמן הזה לתיחום זמן לגיטימי. חייב להיות כל תיחום זמן כדי שיהיה ברור שהזכות הזאת תפקע באיזה שלב, כדי שזו תהיה זכות שכירות. אם לא תהיה הגבלה של זמן, זו לא תהיה זכות שכירות - אלא העברת בעלות או מתן רישיון/בר רשות ולא שכירות.

1. במקרקעין יש שלושה סוגים של שכירות, לכל אחת מהן הוראות שונות בחוק. -
   1. **שכירות קצרת מועד -** תקופה של עד 5 שנים. רוב שכירויות נופלות בגדר שכירות זו
   2. **חכירה-** 5-25 שנים
   3. **חכירה לדורות -** למעלה מ-25 שנים. לרוב מדובר בחכירות מול המדינה.
2. **זכות השכירות היא זכות קניינית, שמעניקה זיקה בלתי אמצעית אל הנכס עצמו.**
   1. כמו כן, במקרקעין, יש **הגנה מול צדדים שלישיים (בתחרות)** מכוח הזיקה הבלתי אמצעית אל הנכס.
   2. היא **מעניקה הגנה על השוכר מפני נעברים או מחליף המשכיר -** לא קריטי אם הבעלות עוברת, השוכר נשאר במקרקעין עד תום חוזה השכירות ונהנה מאותם תנאים שהוסכמו בחוזה. החלפת הבעלים לא משנה על אלה.
   3. **הכוח לשעבד את השכירות -** כמו כל זכות קניינית (במידה ואין התנאה בחוזה השכירות). השוכר יכול לבקש למשכן את זכות השכירות אצל רשם המשוכנות. מקור נוסף לקבל כסף. בפועל, רוב החוזים יתנו על הנושא הזה, לא עונה על אינטרס המשכיר. בכלל, כדאי בהתחלה להתנות על הכל (בלי גרידיות) ובמהלך המשא ומתן להוריד את התנאים שלא קריטיים ללקוח.
   4. **היכולת להעביר שכירות לאחר -** עבירות הזכות. נניח שהבעלים, המשכיר מחליט במהלך תקופת השכירות שהוא רוצה למכור את הדירה למישהו אחר.
      1. **משכיר - ס' 21** לחוק השכירות והשאילה, מרחיב את הגנת השוכר. השוכר מוגן מפני העברות של המשכיר את הנכס. **כל מי שירכוש את הנכס מידי המשכיר, יהיה מחויב כלפי השוכר באותם חיובים, גם אם הרוכש של הדירה לא ידע על הזכויות האלה בכלל, הוא עדיין מחויב להמשיך ולקיים באותם חיובים.** כל טענה שי שלשוכר כלפי המשכיר הראשון, עומדת לו גם כלפי המחליף של המשכיר- המשכיר של השני.
      2. **שוכר - ס' 22** לחוק השכירות והשאילה, מדבר על המצב ההפוך, מה קורה כשוכר רוצה להעביר את זכות השכירות לאדם אחר. **באופן עקרוני ברירת המחדל היא שהוא לא יכול, בעל המקרקעין עשה תהליך שלם למי הוא רוצה להשכיר.** המשך הסעיף אומר **שאלא אם כן המשכיר לא מסכים מטעמים בלתי סבירים.** כלומר, ברירת המחדל היא שמשכיר עם סיבות ספציפיות יכול לסרב להסכים לסיפור. ואולם, במקרים בהם השוכר מראה בבית משפט שטעמי המשכיר אינם סבירים, אז החוק עושה הבחנה בין שכירות מקרקעין לשכירות אחרת, בשאלה איך אנחנו מתמודדים במצב בו המשכיר מסרב לאפשר את העברת השכירות מטעמים לא סבירים. **במידה והשכור מצליח להוכיח שהטעמים אינם סבירים (קנטרניים, ניסיון לפגוע בשוכר, כתוצאה ממערכת יחסים לא טובה למשל), אלה המצבים הרלוונטיים לפי ס' 22:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין | מיטלטלין/זכויות |
| יש הגבלת עבירות | **שיקול דעת בית משפט** | **איסור עסקה. אלא אם כן בהסכמת המשכיר.** |
| אין הגבלת עבירות | **הרשאה לביצוע העסקה - אם הטעמים להתנגדות המשכיר אינם סבירים** | **שיקול דעת בית משפט** |

* **במיטלטלין, אם יש תניית הגבלת עבירות בחוזה,** לא יעזור שבית המשפט חושב שיש טעמים סבירים, לא יהיה ניתן להעביר את השכירות שכירות משנה. **אם אין הגבלת עבירות, יש לבית המשפט שיקול דעת לקבוע האם אפשר או אי אפשר להעביר את השכירות.**
* **במקרקעין, אם יש הגבלת עבירות בחוזה**, אם מדובר במצב בו הבעלים מסרב מטעמים לא סבירים, ובית המשפט משתכנע שמדובר בטעמים לא סבירים, אזי אפילו אם יש הגבלת עבירות בהסכם, והסכם השכירות שבו הותנתה הגבלת העבירות, בית המפשט יכול להחליט לאפשר לשוכר להעביר את השכירות לשכירות משנה, למרות התניה הברורה בחוזה. **אם אין הגבלת עבירות,** אין צורך בשיקול דעת, וניתן יהיה להעביר את השכירות בשכירות משנה בלי צורך בשיקול דעת, זאת במידה ובית המשפט קבע שמודבר בתנאים לא סבירים.

**טעמים סבירים:**

* + 1. **סוג הנכס - ה"פ (ת"א) 1374/02 אשגרום נכסים בע"מ ,** שם דובר על מצב בו השוכר על השכרה להסתדרות נכס בפטור ממכרז, בגלל שהיא הייתה אמורה להקים שם בית לפועלים של האזור. לאחר שהפכה להיות השוכר של הנכס, מבלי שהייתה צריכה לעמוד במכרז כמו כולם במכרז של המדינה בגלל סוג הנכס, רצו לשנות את מטרת החכירה מבית הסתדרות לבית חולים. בית המשפט קבע שכאשר ניתנת שכירות מטעמים ייחודיים של הנכס **- שינוי סוג הנכס עשוי להצדיק שינוי ושכירות משנה. ההסתדרות קיבלה נכס מפטור ממכרז, רצה להשכיר אותו בשכירות משנה לגורם פרטי כדי להרוויח כסף. בית המשפט אומר שהריצה הזו לשנות את מהות הנכס היא לא לגיטימית, וממילא הסירוב הוא סביר.**
    2. **זהות השוכר - ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס יהודה,** דירות מגורים לטובת אנשים צוות שפועלים בכפר הנוער מקווה ישראל. אחד מאנשי הצוות שזכה בשכירות מבקש להשכיר את הדירה למי שלא איש צוות במקווה ישראל. האם לאותו איש צוות יש זכות להשכיר את הדירה למי שלא איש צוות במקווה ישראל? בית המשפט קובע שסירוב הבעלים הוא לגיטימי, כי יש חשיבות לזהות השוכר. חשוב שהשוכרים יהיו אנשים בעלי מאפיינים מסוימים - אנשים שעובדים במקווה ישראל.
    3. **אי עמידה בתשלומים - ע"א 7783/00 בנק הפועלים,** מה קורה אם השוכר לא עומד בתשלומים ורצה להעביר את זכות השכירות שלו לאחר. **לא ניתן להעביר את שכירות המשנה.** אחרת, הוא היה פשוט מפסיק לשלם ומגבש לעצמו זכות להעביר את הכנס לאדם אחר.
  1. **היכולת להעניק זיקות הנאה**

1. **בשורה התחתונה, סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות** (ע"א 335/67 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ) **נטל ההוכחה - על השוכר** (מדינת ישראל נ' וייס). העברת הנטל על כתפי השוכר, לרוב תהיה נטל לא פשוט.
2. **חוק השכירות ההוגנת -** גולת הכותרת במשך שנתיים, מלחמות בין סתיו שפיר ואיציק שמולי לבין איילת שקד וחברי הכנסת מימין שנלחמו לעצור את החוק בוועדות הכנסת - מאבק עקרוני שנוגע לשיקולים ערכיים אמתיים, ולא רק לפוליטיקה. המאבק לגבי שכירות הוגנת היה חלק ממחאת הדיור ב-2011, הרעיון היה שבמדינת ישראל בעיקר בערי המרכז, לא כל אדם שרוצה דירה יכול לקנות דירה, ולא באמת ניתן להוריד את מחירי הדירות בצורה משמעותית, והדרך לאפשר לאנשים לחיות במרכז לחיות שם בלי לפגוע פגיעה קשה מדי, בלי לפגוע בזכויות הקניין הייתה לפי סתיו ואיציק, לתמרץ את בעלי הדירות לתמרץ אותם להשכיר לזמן ארוך יותר ובמאפיינים הוגנים יותר עבור השוכרים. חלק מהפרויקט הזה, בעיקר של ההוגנות, הצליח להיכנס לחוק השכירות והשאילה, והחלק הנגע להגנה כלכלית - משכי זמן של שכירויות, וניסתה לשים מגבלות על היכולת של בעלי דירות להעלות את דמי השכירות, כל החלק הזה לא נכנס בסופו של דבר לחוק, או רוכך במידה כזו שניתן להתייחס אליהם כאל לא נכנסו לחוק. **תוספות החוק: תיקון מס' 1 לחוק השכירות והשאילה**
   1. **הוספת ס' 6א -** ס' הצהרתי שדואג שהמשכיר לא יכניס את השוכר למצב של עסקאות נוגדות. אי אפשר להשכיר פעמיים, ציווי לא חריג במיוחד לבעל מקרקעין שפועל בתום לב. חיזוק זכויותיו של השוכר
   2. **הוספת סימן ו' לחוק -** עוסק בחוזה שכירות. התוספת העיקרית. הוסיפו סימן שלם שלא היה לפני כן, שעוסק בחוזה השכירות וכולל מספר הישגים משמעותיים למצדדי הכירות ההוגנת:
      1. **קביעת "חוזה מצוי"** שיכלול הוראות הוגנות ביחס לזכויות של המשכיר והשוכר. זה לא אומר שהמשכיר חייב להשכיר לפי החוזה הזה, אבל הרעיון הוא שאנחנו מציעים לבעלים ולשוכרים ברירת מחדל הוגנת, שכבר כוללת את האיזונים של הזכויות של שתי הצדדים. הניסיון אומר שהרבה מאמצים את התקנון המצוי או את החוזה המצוי והופכים אותו לברירת המחדל השוקית הרגילה.
      2. **חובת מסירת דירה "ראויה למגורים" - אי התאמה = הפרת חוזה.** והשוכר יוכל להשתחרר מהחוזה בלי צורך בתשלום קנסות. לאור ניצול של בעלי דירות במרכז בשנים האחרונות, היו נתונים רבים שבעלי דירות משכירים דירות בלי שירותים מינימליים וחולקים שירותים בסיסיים ביותר. במידה והדירה לא ראויה למגורים, ניתן יהיה לראות בכך הפרת חוזה. מה זה לא ראויה למגורים? כנראה לפי התפיסה של בית המשפט. תיקון פטרנליסטי במובן מסוים. לא חייבים להפר את החוזה, אלא אפשר במדיה והדירה לא ראויה למגורים.
      3. **קביעת תשלומים בהם חב השוכר -** התערבות בתשלומים (לא חל במערכות קבועות; ביטוח ודמי תיווך).
      4. **הגבלת ערובות** התיקון קובע תקרה שמגבילה ערבויות שעולות על שליש תקופת השכירות או פי 3 מדמי השכירות, ולא כפי שהיה בעבר שהיו ערביות לא מוגבלות שגרמו לקושי גדול לשכור את הדירה מלכתחילה.
      5. **מניעת תניית ביטול ללא עילה למשכיר -** לרוב אין למשכיר אפשרות ביטול בלי עילה. אבל אם יש משכירים שמצליחים להכניס אפשרות לביטול החוזה בלי עילה, ואז תוך 30 יום השוכר היה צריך להתפנות - לפי חוק השכירות ההוגנת - אסור לעשות את זה יותר. אפשר לעקוף את זה ע"י הוספת סעיף של תניה של כדאיות כלכלית. המחוקק היה מודע לזה דברים רבים שהיו ברירת מחדל, המשכיר היה כופה על הזוכר להתנות בחוזה על דברים שהיו לטובתו. השינוי המרכזי של החוק אוסר התניה על סעיפים מסוימים בחוק. אי אפשר להתנות על סעיף דירה ראויה למשל. על רצף סעיפים מותר להתנות רק אם מדוב ר בהתניה לטובת השוכר.

* **סייגים לתחולה -** הוראות אלה לא חלות על **מלון, מעונות סטודנטים, דיור מוגן, דירות שחוק הגנת הדייר לא חל עליהן** (גם ככה הן מאוד לטובת השוכר), **שכירות שהתקופה היא פחות מ-3 חודשים (**תקופה קצרה מדי) **, שכרות שהתקופה לפיו עולה על 10 שנים (**לא ברור למה) **, ושכירות שעולה על 20 אלף שקלים (**כנראה אלה לא האנשים שזקוקים להגנה).

1. **שכירות קצרת מועד - ס' 79,** על אף האמור בס' 7-ו-8 לחוק המקרקעין, שכירות שלא עולה על תקופה של 5 שנים, והתחייבות לעשות עסקה כזאת לא טעונה עסקה בכתב. **כך, אפשר לעשות שכירות של עד 5 שנים בלי לרשום אותה ובלי שתהיה דרישה לחוזה בכתב.** זאת, משוםשהנזק שעלול להגרם הוא הרבה פחות משמעותי. תחת ההנחה הזו, קובע החוק שאין צורך ברישום ובדרישת כתב. שאלה שתמיד עולה במבחנים: **הוראות ס' 79(א) לא יחולו במצבים בהם יש אופציה להארכה.** **מצב כזה לא פטור מדרישת הכתב ומדרישת הרישום -** גם אם האפשרות לא תמומש בפועל. גם 5 חוזים ברצף לשנה אחת כל אחד, מבחינה מעשית מדובר במצב בו יש רצף חוזי שלא קשר אחד לשני - גם אין רישום וגם לא בהכרח מעיד. אם יש אפשרות להוכיח את זה, ניתן יהיה לטעון שיש בעיה עם חוסר הרישום.

**ס' 152 -** חוק הגנת הדייר, חוק שמתגבר על חוק המקרקעין. שכירות שאינה עולה על 10 שנים, שחוק זה לא חל עליה, כלומר שכירות רגילה, שאין היא עמה ברירה להאריכה - לא טעונה רישום בפנקסי המקרקעין. כך, למרות הנאמר בחוק המקרקעין, שכירות שלא עולה על 10 שנים, ואין עמה ברירה להאריך אותה ל-10 שנים, שכירות כזאת לא טעונה רישום. לא מתייחס לעניין דרישת הכתב.

אם כן, **מה הדין בישראל? הגנת הדייר גובר על חוק המקרקעין, מפני שמדובר בחוק ספציפי שגובר על חוק כללי.**

**באופן עקרוני, מבחינת הרישום הדירה בלשכת הרישיון במקרקעין, רק נכס שהשכירות לא עולה על 10 שנים (כולל האופציה להארכה לדוג' 8 שנים +3 - נחשב חוזה שעולה על 10 שנים) לא צריכה רישום שכירות ל-7 שנים + אופציה של 5, כלומה עולה על 10 שנים, כן צריכה רישום.**

**לעניין דרישת הכתב - הולכים לפי חוק המקרקעין, לגבי עסקה בכתב, חייבים לעשות עסקה בכתב על כל שכירות שעולה על 5 שנים כשהאופציה כבר בפנים. לכן, אין היום הרבה רישומים של עסקאות שכירות, ורוב הרישומים הן עסקאות חכירה. גם הם, אין הרבה רישומים. - לבדוק ולהשוות שהבנתי נכון.**

1. **חכירה לדורות -** צעד קטן לפני בעלות. לצורך עריכת עסקאות מכריע שמדובר בשכירות ולכן אפשר לעשות חכירה לדורות על חלק מהמקרקעין. פס"ד בסו נ' מלאך, נאמר שגם כשיסתיימו חוזה החכירה לדורות, הם ימשיכו כנראה לשבת בקרקעות האלה, ועל המנהל יהיה לסדר את זה מבחינה פורמלית. פסק הדין משלים את נושא החכירה לדורות ומסביר למה חכירה לדורות במרחב הישראלי היא קצת מעבר לחוזה שכירות ארוכת טווח. בתי המשפט מפנימים את החכירה לדורות בהקשר הישראלי, ומעניקים להם משמעות גבוהה יותר מסתם שכירות ארוכת טווח, אלא משהו שקרוב יותר לבעלות.

**דיני תחרויות**

1. **הנושא המרכזי במבחן. מומלץ מאוד לקרוא את פסקי הדין. נושא מסובך וחשוב. לב ליבו של הקייס במבחן. לפחות 40-50 נקודות במבחן.**
2. **הדוגמא הקלאסית -** ב' מוכר את הדירה שלו ל-א'. לאחר מכן, מוכר אותו גם ל-ג'. למה הוא עושה את זה? שלל סיבות אפשריות. המציאות הראתה שיש אנשים שמוכרים את הדירה שלהם פעמיים, בין אם כתוצאה מטעות, ובין אם מדובר בנוכלים שרוצים את הכסף, בנושים שרוצים להיפרע מהנכס וכו'.
3. **עד אמצע המאה הקודמת, דיני התחרויות נמדדו באופן הבא:** היו בודקים את המרקם המשפטי בין א-ל-ב', ובין ג' ל-ב', והיו מנסים להכריע איזה מבין מערכות היחסים מגבשת זכות עדיפה מבין שתיהן. כל מערכת יחסים הייתה נמדדת בנפרד, בין ב' ל-א ובין ב' ל-ג'**.**
4. **מאמצע המאה הקודמת,** ולאחר המאמר המשפיע של מני מאוטנר, הפסיקו לבדוק את מערכות היחסים הנפרדות בין ב' והשניים האחרים, אלא להתחיל לבחון את מערכת היחסים של א' ו-ג'. **המוכר הפסיק לעניין,** מההבנה הפשוטה שדיני תחרויות הן למעשה תאונה משפטית, כשהנפגעים הם הקונים, ולא המוכר, בין היתר משום שהמוכר כבר לא נשאר בתמונה, ואי אפשר לחזור אליו. לכן יש לפתור את מערכת היחסים בין א' ל-ג'. בתי המשפט אימצו גישה זו, ובודקים את מערכת היחסים בין שניהם, ולקבוע מתי גובר האחד על פני השני. **ההנחה הבסיסית היא, שלא משנה מי מהם זוכה בתביעה או בדירה, יש לשני בכל מקרה זכות תביעה חוזית מול ב', בפועל זה לא תמיד יעזור לו, כי ב' לא נמצא כבר בתמונה.**

**שיעור 18, 23.12.18**

1. לא משנה מי ינצח , המפסיד בתחרות יכול לחזור ל-ב' ולתבוע אותו. הבעיה מתחילה כש-ב' נעלם מהתמונה - מצב קיצון בו הזוכה בנכס נשאר עם הנכס ביד, ולעומתו המפסיד נשאר בלי שום דבר. התחרויות נעשות קשות במיוחד כאשר הצב המפסיד לא יכול לחזור ל-ב' לגבות את הכסף. לרוב, אם ניתן להגיע ל-ב', המקרים האלה פחות יגיעו לבית משפט, כי ניתן יהיה לגבות את הכסף.

* **פס"ד חוות מקורה -** מתאר מצב בו יש אדם או גורם שקנה או חכר את המקרקעין באופן תם לב, ובצורה בה לא התכוון לפגוע. לעומת זאת, בסופו של יום הוא עדיין יכול להפסיד את הכנס. השאלה המשפטית שעולה בחוות מקורה (מקרה ניואנסי של תקנת השוק). מה שמעניין בחוות מקורה הם השיקולים המשמעותיים ביותר בסיפור של דיני תחרויות. השיקולים הם שניים: **תום הלב והתמורה.** מה שכדאי לקחת מפסק הדין זו העובדה שיש שני שיקולים מרכזיים, כאשר לכל אחד מהם יש שתי פרשנויות אפשריות. שתי אפשרויות לקבוע מהו תום לב ושתי אפשרויות לקבוע מהי תמורה.
  + - 1. **תום הלב -** 
         1. **תום לב אובייקטיבי -** עמידתו של האדם בכללים משפטיים שהחברה קובעת, שמבחינתנו משקפים תום לב של האדם הסביר/האדם הראוי. כללים משפטיים אובייקטיביים שהאדם צריך לעמוד בהם.
         2. **תום לב סובייקטיבי -** האם האדם הספציפי שנכנס לתחרות היה תם לב. כלומר, הכללים המשפטיים פחו מעניינים, אלא האם הוא באמת יכול להוכיח שהוא פעל בתם לב.

באופן עקרוני, דיני התחרויות אימצו בבסיסם, תום לב סובייקטיבי. בית המשפט הכניס בשלבים מאוחרים יותר גם דרישות אובייקטיביות של תום לב לצורך הכרעה בתחרויות.

* + - 1. **תמורה -** 
         1. **תמורה כלשהי -** סכום שלא בהכרח משקף את ערך הכסף. כל תשלום מהווה תמורה כלשהי עבור הנכס.
         2. **תמורה בת ערך, משמעותית -** התמורה צריכה לשקף את ערך הנכס, ולא סכום אחר, משמעותי ככל שיהיה. גם סכום גבוה שלא משקף את ערך הנכס לא יהווה תמורה, זאת משום שזה משקף הרבה יותר על כוונה אמתית לבצע עסקה.

מה הבסיס של דיני תחרויות? איזה ממד של תום לב ואיזה ממד של תמורה מחפשים - ההכרעות יתקבלו כאשר נבי איך נכון לבנות את דיני התחרויות.

1. מני מאוטנר מתאר את דיני התחרויות כתאונה משפטית. א' ו-ג' שנקלעים שלא ברצונם לתאונה משפטית. הוא למעשה מעתיק את דיני הנזיקין לתאונה בקניין, הוא מסתכל על הסיטואציה כעל סיטואציה של תאונה משטית, כבדיני הנזיקין, או למניעת תאונות משפטיות כאלה. מאוטנר מדבר על שיקולים רלוונטיים המועתקים מדיני הנזיקין. האינטרסים של עולם המשפטי:
   1. **שלב המניעה -** ביסוס של משטר של אחריות נזיקית, העיקר שיש לשאוף אליו זה מניעת תאונות. מניעת התאונה היא הדבר הנכון ביותר - מבחינה כלכלית. נכון כלכלית למנוע את התאונה ועדיף לא להגיע למצב הזה מלכתחילה. עדיף להשקיע ולבנות משטר אחריות שייתן ביטוי וקדימות לנושא המניעה וההרתעה. פעולה שמתרחשת לפני שקורית תאונה - **צדק מתגמל. אדם שהתנהל בצורה הראויה לפי המשטר שנקבע, יקבל את הדירה, ואדם של אפעל לפי המדיניות, יצטרך לשלם את המחיר ולוותר על הדירה.**
   2. **מזעור עלויות התאונה -** כאשר כבר מתרחשת תאונה, צריך למצוא משטר אחריות שמצמצם את הנזק ואת עלויות התאונה המשפטית. מתרחשת אחרי שקורית תאונה - **צדק חלוקתי במובן בו מנסים לראות מי הגורם שנפגע יותר, ולמי ייגרם נזק גדול יותר - מה נכון לפי מאזן המצוקה. מי יסבול יותר כתוצאה מהסיפור.**
   3. **התנהלות מערכתית -** צמצום העלויות של התפעול המערכתי. מתרחשת אחרי שקורית תאונה **- צדק חלוקתי במובן בו מנסים לראות מי הגורם שנפגע יותר, ולמי ייגרם נזק גדול יותר - מה נכון לפי מאזן המצוקה. מי יסבול יותר כתוצאה מהסיפור.**
2. מבחינת מני מאוטנר, מניעת התאונות, השלב הראשוני, זה השלב שמתבטא על בסיס עיקרון תום הלב. דיני התחרויות שאימצו את תום הלב בתור אחד הקריטריונים, ישתמשו בו כקריטריון שנועד למנוע מלכתחילה את התאונות. הסיבה שדיני התחרויות הטמיעו את דרישת תום הלב היא למנוע את התחרויות בין הטוענים לזכות הקניינית. לעומת זאת, מזעור עלויות התאונה וההתנהלות המערכתית, מבוססים על התמורה. באמצעות דרישת התמורה ניתן לבחון ולאזן את עלויות התאונה והשיקולים המערכתיים.
3. **בשורה התחתונה,** מני למעשה אומר שנכון יהיה לבחון את דיני התחרויות במקרקעין כמו כל תאונה משפטית אחרת. שם, יש שלושה גורמים שמשפיעים על ההחלטה: השלב המקדים, בו מנסים למנוע את התאונה, השלב היעיל ביותר, השלב הרצוי בו צריכה להיות מושקעת עיקר האנרגיה. שלב המבוסס על עיקרון תום הלב. בשני השלבים האחרונים, לאחר שמתרחשת התאונה המשפטית, מבוססים על התמורה שניתנת. תום לב מאפשר להתמודד עם השלב המניעתי, התמורה מאפשרת לקבוע את מאזני המצוקה ומזעור העלויות והנזקים.
4. **עם זאת, לא הכל מנותח על פי הגישה הכלכלית בלבד.** בתי המשפט דנים בדיני התחרויות מתעסקים בנוסף לשיקולים כלכליים שיקולים נוספים: **אחריות חברתית**, כמה בעלי הקניין נושאים באחריות חברתית אחד כלפי השני וכלפי החברה בכללותה; **צדק חלוקתי**: בחינה של גורמים חזקים/חלשים/חברות/אנשים פרטיים; **תאוריית האישיות** נלקחת גם היא בחשבון, בעיקר כשמדובר על נכסים שיש להם קרבה לאישיות של המתחרים (רלוונטי בעיקר בבתי מגורים, אבל אל רק). בבתי מגורים יש לעיתים כללים מחריגים ביחס לדיני התחרויות, זאת משום שיש משמעות אחרת לבית המגורים בתפיסת הקניין שלנו. כל תיאוריות האישיות באות לידי בפועל בדיני התחרויות.
5. **עבודה בקטגוריות = תפיסה ריאליסטית.** במבחן: זיהו התחרות בקטגוריה הספציפית, ולדון בכללים של התחרות הספציפית. צמצום לקטגוריות, ולעבוד בצורה קטגורית ומסודרת. הקטגוריות מדברות על סוגי התחרויות, שלושה סוגים שונים: **(א)** רוכש הזכות הקניינית מול נושה, **(ב)** עסקאות נוגדות, שני רוכשי זכות (ס' 9) **(ג)** ותקנת השוק. לכל קטגוריה כללים משלה, ולפיהם יש לפעול. לא כל תחרות לוקחת ומפרשת את דרישת תום הלב ודרישת התמורה בצורה זהה. **בפס"ד אהרונוב, השופטת שטרסברג כהן** אומרת שלא הרי אדם שמתמודד מול נושה, כאשם שמתמודד מול אדם אחר שקנה את הנכס. לא יהיה זה נכון לערבב בין קטגוריה לקטגוריה.

**תחרות I תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לנושים של המוכר**

1. **זיהוי הצדדים:**
   1. **בעל התחייבות לעסקה -** איך מזהים? שלב החוזה. **לא** בשלב הרישום.
   2. **נושים -** אדם שיש לו חוב מסוים, שאדם חייב לו לרוב סכום כסף מסוים, ומחכה לזמן הפירעון, ונושה ולוקח בחזרה את החוב שחייבים לו (לא בהכרח קשור לדירה עצמה).
2. תחרות זו, היא תחרות נפרדת. כך, אם מוצאים במבחן תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לנושה, יש לפעול לפי הכללים בקטגוריה הזו.
3. **היסטוריה -** בדיני היושר האנגליים, הייתה חשיבות גדולה לתמורה ששילם בעל ההתחייבות לעסקה. **הסיטואציה הקלאסית:** אדם רוכש זכות (חותם על הסכם רכישה של ניכס) ולפני שהוא רושם את הזכות שלו, מגיע נושה אחר, האדם שהמוכר חייב לו כסף, ומבקש להיפרע מהנכס. כך, לפתע מגיע אדם שהמוכר חייב לו כסף, ודורש לממש את הנכס שרכש. דיני היושר האנגליים אמרו שההכרעה פשוטה: אם הנכס שווה מיליון וחצי, ורוכש הזכות שילם 500 אלף ₪, יקבל הוא שליש מהנכס. כך, **רוכש זכות המקרקעין עדיף על הנושה, אולם, הוא עדיף עליו רק בגובה המחיר שהוא שילם, על פני שאר הנושים של המוכר.** **יש לו זכות שביושר, ולכן תינתן לו הגנה, אבל רק בעבור מה ששילם בפועל. אם שילם רק על שליש מהנכס, יתר הנכס יכול להתחלק בין נושים אחרים.** בעל הזכות בעסקה גובר על הנושים עד הסכום ששילם בפועל. דיני היושר באו לתת ביטוי לעובדה שברור שלא היה מעבר בין השלב החוזי לשלב הקנייני, יש כאן משמעות שונה מסתם התחייבות חוזית כזו או אחרת.
4. (1969) דיני היושר מאומצים באופן עקרוני בדין הישראלי. עם חיקוקו של חוק במקרקעין ב-1969, נחקקו שני סעיפים שמתנגשים עם דיני היושר.
   1. **ביטול דיני היושר האנגליים - ס' 161:** מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.
   2. **רשימה סגורה -** החל מחקיקת החוק, לא יוכרו זכויות במקרקעין, למעט זכויות מכוח חוק. זכויות במקרקעין בישראל הן זכויות שרק נקבעו בחוק - רשימה סגורה של זכויות במקרקעין, בהם אנחנו נכיר. שזה אומר שזכויות שביושר לפני חקיקת החוק, בטלות ולא יהיו מוכרות מכאן והלאה, מעת חקיקת החוק.
5. כך, חוק המקרקעין מבטל באופן ברור את הזכויות מכוח דיני היושר, ולמעשה מכריע בכך את התחרות הזו (ללא התייחסות ספציפית בסעיף מיוחד בחוק המקרקעין) לטובת הנושה. כך, מאחר והזכות העדיפה לבעל הזכות הייתה מבוססת על הזכויות שביושר, שבוטלו בחוק המקרקעין, **מכאן נובע שלפי החוק הישראלי, הנושה הוא שגובר בתחרות זו.**

* **הלכת בוקר (1971) -** נכס מקרקעין ששימש משפחה, עבר כבר לחזקתה (ילדיה גרו שם, היו שיקולי אישיות), ולמרות זאת, כשהגיע הנושה, לפני שהם רשמו את הדירה על שמם, הם נאלצו לצאת מהדירה או לשלם לו את החוב. הלכת בוקר מבטאת את הדין הישראלי ומבטלת את הזכויות שביושר.

1. **(1972) התיקון בחוק שנעשה לאחר הלכת בוקר, שהעמיד רבים בבעיה: ס' 127 ב' לחוק המקרקעין, שקובע:** נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהייתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.
2. המחוקק הישראלי קובע שיש כלי זול ופשוט מאוד לתפעול: הערת האזהרה. אמנם למחוקק אין זכויות שביושר, אבל האינטואיציה עדיין מכוונת לחוסר הוגנות שאדם שרכש נכס, ייאלץ להפסיד ממנו אם מגיע נושה. אותו בעל התחייבות בעסקה, יכול לרוץ ולרשום הערת אזהרה. ובמידה ותהיה רשומה הערת אזהרה לפני שהנושה מטיל עיקול, החוק **יגן** על הכותב של הערת האזהרה. **למעשה, החוק יגן על בעל הזכות לעסקה ומכריעה את התחרות לטובתו בכללותה, במידה ורשם הערת אזהרה.**

* **בנק מזרחי נ' רוזובסקי (1994) -** לו רכשת ורשמת הערת אזהרה - גברת על הנושים הלא מובטחים. רכשת ולא רשמת הערת אזהרה - הפסדת. לפי מאוטנר, אם לא רשמת הערת אזהרה, לא פעלת בתום לב. **כך, עד 1994 (וגם אחרי), גם אם רשמת הערת אזהרה, הפסדת.**
* **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב (1999) -** זוג שהתגרש בהסכם גירושים שקיבל תוקף של פסק דין. היא לא רשמה הערת אזהרה על החלקה שהובטחה, ואז הגיע הנושה. אישה שטוענת שהחלקה היא שלה (לאחר שהובטח לה במסגרת הסכם הגירושין) מול הבנק הנושה. **השאלה המהותית:** בעל התחייבות לעסקה (לא העבירה עדיין את הנכס על שמה) לעומת נושה**. מצד אחד, יש את הכלי שהמחוקק הכניס כבר בשנת 1972, שהיא לא השתמשה בו. מצד שני, אחרי שהסכם הגירושין קיבל תוקף של בית משפט, מה יהיה ההיגיון לקחת את הנכס שאינו שייך לחייב כדי לפרוע את החוב.** כך, האם יש להמשיך להחיל את התפיסה לפיה אם רשמת תקבל ואם לא רשמת לא תקבל, או שאנחנו קובעים הלכה חדשה. **מחלוקת עקרונית:**
  + **שטרסברג כהן -** לא ייתכן שכל הביסוס יושתת על הערת האזהרה. מבינה את ההשתלשלות ההיסטורית, אבל היא חושבת שזה טכני מדי, ולא באמת מבטא איזון ערכי ראוי בסיטואציה. לכן מבחינתה היא לא חושבת שיש לאפשר תוצאה טכנית כזו. בשלילת הערת האזהרה כרכיב אולטימטיבי, היא לא מקבלת את תפיסתו של מני מאוטנר את השיקול המקדים של מניעת התחרות. **דחיית האולטימטיביות של רישום הערת האזהרה = דחיית ההכרעה על פי יעילות לכתחילית.** כהן פוסקת שזכות הנושה וזכות האישה אינן שוות מעמד. בעוד שלאישה יש זכות אובליגטורית שבדרך להיות זכות קניינית, ואת הנושה הספציפי לא מעניין הנכס הספציפי, אלא הכסף בלבד. משכך, כהן מיישמת את תיאוריית האישיות: (על אף שלא מדובר בבית מגורים למשל) אך מאחר ויש לה זיקה גדולה יותר לקרקע, היא הובטחה לה במסגרת הסכם הגירושין, ולכן גוברת היא. אלמנט נוסף ששטרסברג כהן שוקלת היא זהות הצדדים: הנושים לרוב יהיו בנקים או גופים מוסדיים, והרבה יותר חזקים כלכלית מאנשים פרטיים שבאו לרכוש את הנכס הספציפי. לכן, לא יהיה נכון לתת או להכריע ולתת את הקרקע דווקא לגורמים החזקים, אלא לגורמים פרטיים, חלשים יותר (מאזן המצוקה). **כך, ניתן לראות שלא פוסקים רק על פי השיקול הכלכלי, אלא גם בצורה שנותנת ביטוי לתיאוריית האישיות, ולצדק חלוקתי: זהות הצדדים הטיפוסית ומאזן המצוקה.** כהן דוחה את האולטימטיביות ל הגישה הכלכלית. כמו כן, במקרים בהם נחשוב שדרישת רישום הערת האזהרה לא ראויה ולא רצויה מבחינה נורמטיבית (יכולה להרוס את מערכת היחסים) ניתן יהיה להתעלם מחובת הרישום של הערת האזהרה, ונוכל להכריע בהתאם לשיקולים האחרים - החברתיים יותר. (ככלל, יש הקלות גדולות מאוד במקרקעין של בני זוג).

**(⮘הרחבה במייל, שיעור 19 בקניין, תיקיית דיני קניין)**  כמו כן, שטרסברג מסבירה למה ההתבססות על רישום הערת אזהרה עלול להוביל אותנו למעגל שוטה שלא נוכל לצאת ממנו: אדם (א') בעל התחייבות שלא רשם הערת אזהרה - לפני אהרונוב, מי שזוכה הוא המעקל (גם אם עשינו עסקה). עכשיו שטרסברג כהן אומרת כי עלינו לחשוב שבאותו זמן יש בעל התחייבות למשכנתא שרשם הערת אזהרה - גובר על המעקל. בהנחה שא' היה הראשון שעשה את העסקה - א' גובר על ג' לפי סעיף 9 - הראשון בזמן הוא שזוכה. אם יש לנו 2 בעלי התחייבות לעסקה, מי שזוכה הוא הראשון בזמן. שטרסברג כהן אומרת כי אם נגיע לסיטואציה זו - נגיע למעגל שוטה שאנשים לא יוכלו לשבור אותו.

א' - אדם שרכש מב' את הנכס, אבל לא רשם הערת אזהרה (לפני הלכת אהרונוב) - זכות חוזית בלבד. אם יש מעקל שבא אחרי ההתחייבות לעסקה, במידה וא' רשם הערת אזהרה הוא גובר, ואם לא רשם הערת אזהרה - המעקל/נושה גובר. ג' - בעל התחייבות במשכנתא שרשם הערת אזהרה. ב' לקח משכנתא והבטיח לבנק שהוא ירשום על שמו משכנתא, והבנק רץ ורשם הערת אזהרה. ג' (בעל ההתחייבות למשכנתא) שרשם הערת אזהרה יגבר על המעקל. א' מפסיד וג' מנצח - ההבדל הוא רישום הערת האזהרה.

נניח שא' היה ראשון בזמן - ב' מכר את הזכויות לא', עוד לא נרשמה הערת אזהרה, ואז ב' לוקח משכנתא ומבטיח רישום לבנק (ג') הכלל - ס' 9 קובע שאם יש 2 בעלי התחייבות לעסקה, הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני השלים תום לב, תמורה ורישום. הערת אזהרה לא נחשבת רישום - ומי שהיה ראשון יזכה.

יש כאן מעגל, שאם אנו נמשיך להתייחס לרישום הערת האזהרה כחסם היחידי בפני זכייתו של המעקל - נגיע למעגל שוטה. לכן, נכריע על פי בדיקת זכויות הצדדים ונכריע. אנו נכריע לטובת הבעל להתחייבות בעסקה (הספציפי מול הנושה) - ובד"כ בעל ההתחייבות לעסקה יהיה במצוקה גדולה יותר מהבנק/הנושה.

שטרסברג אומרת כי אנו למעשה מתעלמים מהתיקון שעשה המחוקק בחוק. שטרסברג עושה את העבודה בצורה הדוקטרינרית הנכונה - היא שוקלת את זהות הצדדים, את קשר האדם לזכות, ועושה זאת בצורה נכונה. השאלה שעולה היא האם זה התפקיד שלה? או שהמחוקק הוא זה שצריך לתת את ההנחיות בנוגע להכרעה בנושא תחרויות?

שטרסברג למעשה מנסה להראות לנו את האבסורד של השימוש ברישום הערת אזהרה כגורם היחידי אשר קובע מי זוכה בתחרות. האבסורד הוא שיש כאן מצב בו אנו לכאורה נותנים לג' (בעל ההתחייבות למשכנתא) נקודת מוצא טובה יותר מאשר א' (מי שיש לו התחייבות בקרקע) - כשבתחרות ישירה הם היו מפסידים.

* + **ברק - ברק עושה מהפכה בדיני הקניין, ומכניס בחזרה דינים שביושר לאחר שהמחוקק הוציא אותם.** הוא לא נכנס לדיונים של שטרסברג כהן (צעד לא ברקי) ולא מדבר במושגים של ערכים. זאת, משום שניתן לשאוב את קדימותו של הראשון בזמן מכוח ס' 9. הראשון בזמן הוא שזוכה. כדי לשבור את החזקה שהראשון בזמן גובר, השני צריך להוכיח כל מיני דברים. ברק לומד מקביעה זו איזושהי זכות שביושר. חשוב לנו שמדובר בראשון בזמן שזוכה כדי לתת אמירה של זכותו של בעל ההתחייבות הראשון לעסקה, ולהפוך אותו לבעל התחייבות משודרג, עם זכות בעלת מעמד גבוה יותר מאשר זכות אחרת. **המשמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום.** **ס' 9 קובע את קדימות הראשון בזמן.**

**להלכה, התקלה השיטה של ברק: הראשון בזמן גובר על נושה מעקל. משמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום.**

**שיעור 19, 26.12.18**

1. **האם אהרונוב רלוונטי רק לעיקול?**

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

1. **מה עושים עם ס' 127(ב)?** למה צריך אותו? אין תשובה חד משמעית. היה ניסיון של חשין לדבר גם על פשיטת רגל, ולהבחין בין נושה מעקל לבין פשיטת רגל (כמו בכספי), אך זה עדיין לא מראה מה היתרון בס' 127(ב). בית המשפט היה מודע לבעיה הזו, ועדיין פסק מה שפסק. כיום, אחרי לכת אהרונוב ובנק המזרחי - אין באמת משמעות ל-ס' 127, ואין באמת משמעות להערת האזהרה במקרה הזה. לפי שטרסברג כהן, ניתן לנסות להכניס את 127(ב) למצבים בהם הזהויות משתנות, אפשר להכניס את ס' 127(ב). אם במבחן זו התחרות: התשובה צריכה להיות שאין צורך בהערת האזהרה. צריך לדון בברק ובשטרסברג כהן, על שתי דעותיה (במיוחד לפי הזהויות המשתנות של הצדדים). **בבנק מזרחי נגד גדי גם שינוי בסיטואציה לא בהכרח משנה את התוצאה. ס' 127(ב) יכול לבוא לידי ביטוי בזהויות המשתנות של שטרסברג כהן. לא רלוונטי רק לעיקול, רלוונטי גם לפשיטת רגל (כספי). לכן, ההערה של אהרונוב חלה גם לפשיטת רגל.**
2. **מה קורה במידה ולא רשמו הערת אזהרה, אבל שולמה רק חלק מהתמורה?** סיטואציה שכיחה. תשלום התמורה בשלבים, ובין השלב חתימת החוזה לבין שלב השלמת התמורה, הוטל העיקול. **בעל הזכות לעסקה גובר על העיקול, אך האם הוא גובר על העיקול גם אם לא ניתנה התמורה במלואה?** לפי הזכות שביושר הישראלית של ברק - הזכות שביושר היא זכות חזקה מאוד לפי ברק. **ברק וחשין - שזו ההלכה, בעל ההתחייבות מקבל את הכל, גם אם הוא שילם רק 20%. כלומר הראשון עדיין זוכה, וזוכה בהכל. (**ברור שהוא יצטרך לשלם את שאר האחוזים, למפרק/לנאמן וכו'). **לפי שטרסברג כהן, חוזרים לדין האנגלי - הוא יקבל באופן יחסי למה שהוא שילם. אם הוא שילם 50% - אז הוא יקבל 50% מהדירה. ההלכה שנקבעה היא לפי ברק וחשין.** אם היינו מדברים על נושה שהובטחה לו זכות קניינית במקרקעין (משכנתא) אבל עוד לא רשמו את המשכנתא על שמו. בסיטואציה כזו, הסטאטוס של הבנק הוא בעל התחייבות לעסקה. זה הסיווג שלו, על אף שהוא בנק ונושה. יש לו התחייבות לעסקה. מדגיש את החשיבות הגדולה בזהות הצדדים. איך מזהים נושה מעקל: חוב כספי שמטיל עיקול על המקרקעין. לא מדובר פה על תחרות בעלי שני בעלי התחייבויות לעסקה ולא שני גורמים שטוענים לזכות למקרקעין - אלא אדם בעל התחייבות לעסקה, מול מישהו שיכול להטיל עיקול על המקרקעין כאמצעי לחץ כדי לשלם את החוב. הבלבול הכי גדול יכול להיות בבנקים - מפני שהם יכולים להיות גם וגם. הוא יכול להיות חייב להם חוב כספי, ואז הדבר היחיד שהם יכולים לעשות כנושה לא מובטח, זה להטיל עיקול - שזו לא זכות קניינית אלא זכות דיונית שמאפשרת לו להטיל לחץ. אבל הוא גם יכול להיות בעל התחייבות לעסקה או בעל זכות קניינית למשכנתא - ואז הוא נושה מובטח, ואז זו תחרות אחרת.

**תחרות II - עסקאות נוגדות במקרקעין**

1. **סוג התחרות:** שני גורמים שקיבלו התחייבות מהמוכר לקבל זכות קניינית, לעומת התחרות הקודמת בה היה נושה מעקל מול בעל זכות קניינית. **כשמדברים על עסקאות נוגדות, הן צריכות להיות נוגדות.** פעמים רבות, יש הרבה סוגי עסקאות במקרקעין, כאשר העסקאות עצמן לא נוגדות. **למשל:** אם אני מתחייבת למכור למישהו את הדירה, ובאותו הזמן משכירה את הדירה למישהו אחר - העסקאות לא נוגדות, הן יכולות להתקיים במקביל, ולכן הן לא נוגדות. **דוג' נוספת:** משכנתא ובעלות. מתי מדובר על עסקאות נוגדות?כפל מכירה, או כפל עסקאות: אם הן מאותו סוג (ברור שאי אפשר למכור גם ל-א' וגם ל-ב'), משכנתא בדרגה ראשונה לשני גורמים, יכול להיות בשכירויות, זיקות הנאה וכו'. **במבחן:** יכול להיות מצבים מסומכים יותר: השכירות יכולה לפגוע בבעלות, משכנתא מלאה מול מכירה וכו'. **שלב ראשון בזיהוי עסקאות נוגדות - האם אכן מדובר בעסקאות נוגדות, או שמא אפשר לחיות בשלום עם קיום שתי העסקאות האלה.**
2. **ס' 9 -** אין שתיקה לחוק המקרקעין, אלא החוק אומר בצורה ברורה איך פותרים תחרות כזו: "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." כך, רק במידה והשני בזמן מקיים את שלושת התנאים, יזכה הוא בתחרות. **הסעיף: ככלל, הראשון בזמן יזכה בתחרות (אפילו שלא רשם) , אך אם השני מילא את שלושת התנאים: תמורה, תום לב ורישום, יזכה הוא בתחרות.**

* **פס"ד ורטהיימר נ' הררי -** מקרה קלאסי של עסקאות נוגדות. הררי מר את הדירה לורטהיימר, שחתמו על זיכרון דברים, שישלמו על הדירה מיליון לירה, ובעת החתימה שילמו 5000 לירות. ההסכם ביניהם לא מצליח להיחתם, ולא מצליח להתגבש (מתלבטים על שלבי התמורה). אמנם אין חוזה, אבל יש זיכרון דברים. כשהררי רואה שהסיפור לא מתקדם, הררי מוכר את הדירה לבנימיני. בנימיני חוזה על חוזה של 800 אלף לירות (מחיר נמוך מלכתחילה)**.** הוא שילם 350 אלף לירות לפני שידע שיש עסקה קודמת, אבל אחרי ששילם אותם, הוא מגלה שיש עסקה קודמת. **בשלב זה הוא משלם כבר את כל הסכום. מי אמור לזכות בסיפור? ורטהיימר או בנימיני? ברק מעלה את השאלה איזה מהחוזים לא יהיה זה מן הצדק לאכוף: זיכרון הדברים בין הררי לורטהיימר או חוזה בין הררי לבנימיני?** בלתי אפשרי לאכוף את שני החוזים האלה יחד. האם כאשר מדברים על ס' 4 לחוק החוזים תרופות, שהחוזה זכאי לאכיפת חוזה אל א אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. **השאלה המשפטית:** האם אכיפת החוזה של ורטהיימר לא יהיה צודק בנסיבות העניין?

**ברק -** חוק החוזים תרופות ("לא יהיה מן הצדק") לא מדבר על צדדים שמחוץ לחוזה. אם לא רוצים לאכוף את החוזה בין הררי לורטהיימר, צריך להיות לא צודק לורטהיימר או להררי. בלי קשר לבנימיני. **מה שהפריע לברק מעבר לניתוח החוזי מול הקנייני, הוא שאם נאמץ את התפיסה של עקיפת הוראה ס' 9** (שאומרת 3 כללים בהם השני יכול לזכות, כאשר בנימיני במקרה הטוב עומד רק באחד מהם) **זה שאימוץ תפיסה זו (**והליכה לפי חוק החוזים שהחוזה של הררי מול ורטהיימר הוא חוזה שלא צודק לאכוף אותו) **יאיין את ס' 9 - לא יהיה צורך בס' 9. אימוץ תפיסה זו לפי ס' 3(א) לחוק החוזים תרופות ולא לפי ס' 9, הסעיף ימחק, ולא יהיה בו צורך, לכן הוא מכריע שורטהיימר זוכה לפי ס' 9.** תוצאה קשה מבחינה שוקית. **בשורה התחתונה, בנימיני לא עומד בדרישות ס' 9, ולכן ורטהיימר זוכה.**

ברק משאיר בצריך עיון שתי שאלות: **(א) האם העובדה שהראשון בזמן מתעקש על אכיפת החוזה שלו, חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן, עולה לכדי חוסר תום לב כשלעצמו?** בעתיד ברק יתייחס אליה. היא למעשה תחיל את חובת תום הלב גם על הראשון (חובת תום הלב שחלה על כל המשפט). **(ב) בהנחה שניתן לרשום הערת אזהרה, מה ההשלכה של אי רישומה על ידי הראשון בזמן?** האם במקרה כזה יהיה נכון לתת לו את הדירה בסופו של דבר ולפסוקלפי ס' 9?(קשור למונע הנזק הזול)

* **פס"ד גנז נ' בריטיש -** מנסה לתת תשובה לשאלה השנייה. **העובדות:** חברת בריטיש מוכרת את הקרקע לחברת נוטריקון, שלא מעבירה את רישום הקרקע על שמה. כך, מהווה היא בעלת התחייבות לעסקה, ולא בעלים של הקרקע. חברת נוטריקון מוכרת את הקרקע לאדון גנז. חולפות 17 שנה, גנז לא רושם הערת אזהרה, ולא מעביר א הקרקע על שמו. חברת נוטריקון מוכרת את הקרקע פעם שנייה לקיבוץ, שמתפעל את המקרקעין האלה. הקיבוץ רושם הערת אזהרה (כי גנז לא רשם הערת אזהרה). מעבירים את הקרקע על שם. גנז רץ לבית המשפט ומבקש לאכוף את החוזה. כך: יש לנו כאן רק **שני בעלי התחייבות לעסקה שהעסקאות שלהם נוגדות: גנז, הראשון בזמן, מול אפק (הקיבוץ).** אחרי שעיצבנו את זהות הצדדים: שני בעלי התחייבות לעסקה, נוח וקל יותר לעבוד.

בית המשפט מגדיר את שני הצדדים כבעלי התחייבות לעסקה, על אף שחברת נוטריקון שמכרה להם את הקרקע אינה הבעלים של הקרקע, אלא בעלת ההתחייבות לעסקה במקרקעין. לכן **השאלה הראשונה שעלתה האם ניתן להסתכל על שתי העסקאות בתור התחייבות לעסקה במקרקעין - האם מישהו שכל הסטאטוס שלו זה בעל התחייבות לעסקה במקרקעין לבעל התחייבות בעסקה? בית המשפט מכריע שכן, לכן גם גנז וגם אפשק הם בעלי התחייבות לעסקה.** כל אחד רוצה את הקרקע לידיים שלו, ולכן אנחנו נמצאים בס' 9, עסקאות נוגדות.

**לפי ס' 9, מי שצריך לקבל את המקרקעין:** אי רישום הערת האזהרה עשוי להצביע על חוסר תום לב של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן. כך, **במקרים מסוימים, אי רישום הערת אזהרה על ידי הראשון תביא למצב בתנאים מסוימים, נוותר לשני על קיום התנאים האלה, ולמרות ס' 9, הוא יזכה במקרקעין. אם הראשון לא ירשום הערת אזהרה, במקרים מסוימים, אז הראשון מפסיד את הזכות המעין קניינית שלו לטובת השני.**

**העובדה שכל כך קל לכתוב הערת אזהרה, ולא עשית את זה, מעידה על חוסר תום לב של הראשון: לא הפגין אחריות חברתית מינימלית, וגם גרם לתאונה המשפטית הזאת. היו לו 17 שנים לרשום הערת אזהרה, שהייתה מונעת את כל השקעה והסיפור של חברת אפק.**

**סייגים לרישום הערות אזהרה:** אין חוסר תום לב (בהתנהלות של הראשון, אין סיבה להטיל עליו סתם אחריות); אין קשר סיבתי לפעולת השני (אם השני התקשר בעסקה בלי קשר לעובדה שהוא לא רש הערת אזהרה אז מה אכפת. נניח השני לא הלך לבדוק אם בכלל הייתה הערת אזהרה, הוא לא הוציא את הנסח טאבו מהאינטרנט - ברור שהשני נכנס לעסקה בלי קשר לרישום הערת האזהרה. **במצבים האלה נתייחס ל-ס' 9 ככתבו, בלי קשר לאי רישום הערת האזהרה.**

**כאשר נרשמה הערת אזהרה** - אנו נידרש לחזור לראשון בזמן, ולבדוק אם הוא רשם הערת אזהרה. אלא אם השני השלים את כל 3 התנאים של ס' 9.

**כאשר לא נרשמת הערת האזהרה** (יותר סביר שיהיה במבחן) - נצטרך לבדוק מה הסיבה לכך שלא נרשמה הערת אזהרה. קודם נבדוק

1. **האם בכלל היה ניתן לרשום?** (אולי לא היה ניתן בגלל שביתה, חג....) במקרה שלא היה ניתן לרשום, ברור שלא נטיל על הראשון אשמה בגין חוסר תו"ל – הוא לא היה יכול למנוע את אי הרישום – זה לא הגיוני להטיל עליו חבות כתוצאה מאי הרישום. כאשר לא ניתן לרשום – ברור שאי רישום הערת האזהרה לא צריכה לפגוע בבעל ההתחייבות הראשון.
2. **יכול להיות שהיה ניתן לרשום – אבל משיקולי מדיניות אנו לא מחייבים את הראשון לרשום** – כמו במקרי של **בני זוג** (**אהרונוב** – הסכם גירושין שנתן לאישה את החלקה, וביהמ"ש אומר שהוא לא רוצה לגרום למצב שבת זוג תרוץ לרשום הערת אזהרה) – לא נרצה לחייב את אחד מבני הזוג לרשום הערת אזהרה – תיווצר תחושה בעייתית במישור הזוגי/משפחתי ואולי גם בשיתוף במקרקעין (יכול להיות שגם במצבים של שותפויות במקרקעין – אנו נבין למה לא נדחוף אחד לרשום הערות אזהרה על חלקים במקרקעין. אנו לא רוצים לערער את המערכת הזוגית-שיתופית).
3. הסיבה השלישית להימנעות מהטלת חובת תו"ל על הראשון בזמן כאשר הוא לא רשם הערת אזהרה – זה **כאשר אי הרישום לא היה הגורם שגרם לתאונה המשפטית**. **לדוגמא** – הגורם השני בזמן לא בדק את הרישום, ואז לא משנה אם הייתה או לא הייתה הערת אזהרה – התאונה המשפטית הייתה מתקיימת בכל מקרה. **דוגמא אחרת** - הוא ידע ובכל זאת ביצע את העסקה. יכול להיות שהשני **"לא ירד אל השטח"** – ועדיין ברק טוען כי ירידה לשטח של השני בזמן יכולה לחשוף אינפורמציה רבה – אם לא עשה כן, זה יכול לשמוט את הקרקע תחת טענתו כלפי הראשון הזמן.

**שיקול נוסף (לא ראוי לדעת המרצה)** – ברק העלה שיקול נוסף – כאשר המוכר מוכר את הנכס, ומתנה בחוזה שהמוכר לא ירשום לזמן מסוים את הערת האזהרה, לא יראו בכך חוסר תו"ל. **ברק** אומר כי זה לגיטימי ואם הקונה קיבל על עצמו בחוזה לעשות זאת זה לא יהיה חוסר תו"ל. **המרצה** מתנגד לכך – זה הרי מקרה קלאסי של חוסר תו"ל. אם נקבל מצבים שהבעלים מתנה על כך זה רק יוצר מקרים של תאונות משפטיות.

1. **אימוץ הערת האזהרה כאמצעי זול לתפיסת הרישום - היא אימוץ תפיסתו של מאוטנר. מזעור התאונות והטלת האחריות על מונע הנזק הזול - הראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה.**

**שיעור 20, 30.12.18 - חלק ראשון, השלמה מאופיר1**

1. **חזרה קצרה:** פס"ד גנז מחיל דרישת תום לב אובייקטיבית מהראשון בזמן, שבאה לידי ביטוי בה"א. שני סייגים: במידה שלא ניתן או לא ראוי לרשום ה"א, והשני - אם השני לא הסתמך על העובדה שהראשון לא רשם ה"א, לא ניתן את האחריות על הראשון. כל הרעיון של הטלת האחריות על הראשון בזמן מונע מתפיסת מונע הנזק הזול. מבחינת אירוע זה יכול להיות או שהשני ידע שיש פוטנציאל לתאונה ובכל זאת המשיך או שהוא לא בדק את הרישום. שאלה מעניינת היא מה אם השני לא בדק אבל גם לא היה יכול לבדוק, **למשל:** שביתה בטאבו. עוד עניין הוא הירידה אל השטח, זה יכול לעורר תהייה לגבי כוונתו למנוע תאונה.
2. **למשל:** במקרה בו השני לא ירד אל הקרקע. באופן עקרוני ייתכן שאם היה יורד אל הקרקע היה רואה שחיים שם וכו', אולם בחלק מהמקרים הראשון בזמן לא באמת יושב בקרקע, או כשיש שוכר בקרקע, ולכן זה לא היה משנה הרבה אם הוא ירד לשטח. כשאנו טוענים אחת מהטענות הללו, תמיד צריכה לבוא טענת נגד שתערער על משמעות אחת הטענות. כלומר אם גורם יאמר הוא לא רשם ה"א, אבל יש שיקולי מדיניות, ואז תבוא טענת נגד ותאמר שצריך לשים גבול וכו'. המטרה היא לפתח את ההבנה שתמיד יש מה לטעון כנגד הטענות הללו.

* **פס"ד 7113/11 ביאד נ' לחאם -** מראה איך ביהמ"ש מאמץ את ה"א לווידוא מי מונע הנזק הזול ביותר. "רישום ה"א הוא אקט פשוט וזול. במחיר 159 ₪ נכון ליום פסה"ד, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום ה"א ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכומי עתק ולבזבז משאבי שיפוט עלות מניעת הנזק היא אפסית לעומת תוחלת הנזק. אני סבור שיש לאמץ את הלכת גנז על דרך ההרחבה, ולהטיל את הנטל על הקונה הראשון בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תו"ל או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה". (ברור שאם השני בזמן עומד בדרישות סעיף 9 אז הוא מנצח. כל העניין של פס"ד גנז, הוא מתן הנכס לשני למרות שהוא לא מקיים את הדרישות. השאלה תחל בתו"ל של השני בזמן. אם הוא ידע שיש עסקה ולמרות זאת עשה את הפעולות, אין לו תו"ל ולכן אינו יכול לזכות).

1. האם רישום ה"א ע"י השני בזמן מהווה "רישום" לפי ס' 9? לא. - (גם גנז וגם אפק הם לא בעלי התחייבות לעסקה, לכאורה, מאחר שנוטריקון עצמה לא הייתה רשומה כבעלים, אלא בריטיש. ולכן התחרות ביניהם לא בהכרח צריכה להתבצע ע"פ סעיף 9. אולם, לאור תמיכה של בריטיש ונוטריקון ואי הכחשה שהיא רכשה מהם, ביהמ"ש קובע שאין בעיה להחיל את הסעיף). הרי אם ה"א הייתה נחשבת כרישום אוטומטית היא הייתה זוכה, לאור עמידה בדרישות סעיף 9. השופטת פרוקצ'יה דנה בשאלה האם, בסיטואציה בה יש שני בעלי התחייבות לעסקה, לא מספיק רישום ה"א ע"י השני בזמן לצורך השלמת סעיף 9? מציעה לראות ברישום ה"א ע"י השני בזמן כהגשמת דרישת הרישום. לפיכך, השני בזמן יכול לרשום ה"א ולנצח ע"פ סעיף 9. זה לא התקבל להלכה. לדעת ד"ר שטרן גם דעה זו לא נכונה, במובן של ההבדל בין רישום לה"א.
2. **מבחינת ההלכה, פס"ד גנז: אם הראשון בזמן, בסוג התחרות הזה, בין שני בעלי התחייבות לעסקה, לא רושם ה"א ואין לו הסבר מטעמי אי יכולת או חוסר צורך (שיקולי מדיניות) ולא מצליח להוכיח שהשני בזמן לא הסתמך על היעדר הרישום הזה כדי לעמוד בתחרות, אז גם אם השני בזמן לא עמד בדרישות סעיף 9 הוא יזכה בתחרות.**

**סיכום שלי:**

1. **הערת האזהרה -** אחרי שביטל את המשמעות של 127(ב) בפס"ד אהרונוב, בית המשפט מנסה לתת משמעות להערת האזהרה:
2. **בחזרה לתחרות הראשונה:** איך משליכים את היעדר רישום הערת האזהרה לתחרות הראשונה: בתחרות הראשונה לקחנו את ס' 9 והשלכנו על התחרות הראשונה. האם השלכות פסק דין גנז משפיע גם על התחרות הראשונה? אם ברק ייבא את גנז לתחרות הראשונה? לא, בעודו מאמץ את דעת המיעוט של שטרסברג כהן באהרונוב. כל מה ששטרסברג כהן אומרת באהרונוב, ברק לוקח לעניין זה. (אם הוא שולח את המצגת, להשלים את השקופית הזו). בית המשפט קובע שאי רישום הערת אזהרה גם לאחר 7 שנים אינה מקנה את הנכס לנושה הבלתי מובטח. הסיבות: מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות; אין הסתמכות על נכס ספציפי; עצמת האינטרס של המעקל בנכס.

* **ה"פ 2247/03 רשף נ' יוסף -** פס"ד שמדבר על בעל התחייבות לעסקה /הוא בנק. מזיזים את הגבינה במובן שינוי העובדות הבסיסיות של פס"ד אהרונוב. (השופט אוקון - מחוזי ירושלים). בעל התחייבות לעסקה זו הוא לא גורם פרטי וחלש - אלא בנק עם משכנתא. ממול מגיע נושה מעקל לא מובטח, משמע, התחרות הראשונה. השאלה הגדולה פה היא מה עושים. האם הולכים על פי פסק דין אהרונוב, פסק הדין שמבנה את התחרות הראשונה, או לפי פס"ד גנז ומשנים את התחרות ועוברים לדיון אחר כי אנחנו מטילים חובת רישום הערת אזהרה. (פס"ד בנק המזרחי לא התקבל עדיין, רק גנז ואהרונוב). עקרונית, אחרי גנז ומזרחי - מי שאמור לנצח זה הבנק. אממה , פסק דין המזרחי עדיין לא התקבל. הבנק מנזה בשלב זה להיבנות מפסק דין אהרונוב. כך, המנצח לפי פס"ד זה שמי שמנצח הוא בעל ההתחייבות לעסקה מול הנושה המעקל. ממול, הנושה המעקל שמכיר את פס"ד גנז, טוען שבגלל פסק דין גנז, הראשון היה צריך לרשום הערת אזהרה, ובגלל שלא רשם, אפילו שלא מדובר באותה תחרות, הנושה צריך לקבל את הקרקע.

פסק הדין מעלה נק' חשובה לגבי התחרות הראשונה. בית המשפט קבע שבעל הזכות שביושר הוא הבנק. במקרה של בנק, כשהבנק בוא בעל התחייבות לעסקה, אנחנו צריכים להתייחס לתחרות הזו בעיניים אחרות. הבנק הוא בעל התחייבות לעסקה, הראשון בזמן, שלא רשם הערת אזהרה. הנושה המעקל הטיל עיקול במקרקעין. לכאורה היינו צריכים להכריע לפי פס"ד אהרונוב, ובגלל שפס"ד גנז הוא בכלל על תחרות אחרת, לכאורה התשובה הייתה אמורה להיות פשוטה. השופט אוון פוסק שבנק הוא לא כמו כל בעל התחייבות לעסקה, ובשונה משאר בעלי ההתחייבות לעסקה, אנחנו עושים הבחנה בין זהות הצדדים ועוצמת האינטרס של כל אחד. **אם הבנק הוא הראשון בזמן, יש לו חובות מוגברות כלפי הציבור וכלפי אחרים. ראשית בגלל שהוא בנק, הוא גורם חזק ומקצועי, חזק בתחום המקרקעין וצריך מיד ללכת ולרשום הערת אזהרה** ולא להסתמך על המזל. יש עליו חובה מוגברת למנוע תאונות משפטיות. כך למעשה שופט מחוזי מאמץ בפועל את שטרסברג כהן , דעת המיעוט, ושוקל שיקולים ספציפיים (למרות שכותב בפסק הדין שהוא לא מכרסם בפסק דין אהרונוב). משפטית הוא יכול לעשות את זה כי התוצאה היא אותה תוצאה, הוא לוקח רק את ההצדקה של דעת המיעוט.

* בפס"ד **ע"א 790/97 בנק המזרחי נ' גדי -** ברק בעצמו מאמץ כבר את ההצדקה של שטרסברג כהן.

1. **סיכום שתי התחרויות עד עכשיו:**
   1. **בתחרות הראשונה - להשלים. הסיבוך במבחן בתחרות הראשונה: זהות הצדדים**
   2. **בתחרות השנייה - הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני השלים את** **שלושת הס' לפי ס' 9.** אם הוא לא השלים אותם, הראשון אמור לזכות. **פס"ד גנז** **הוסיף עוד קריטריון,** ובשביל שהראשון יזכה בתחרות, הוא **צריך לרשום את הערת אזהרה על הזכות שלו** (אלא אם הוא לא יכל, לפי התרשים, או שהשני לא הסתמך על זה) **אם לא חלים הסייגים, השני יזכה, גם אם הוא לא השלים את 3 התנאים לפי ס' 9.**

**תחרות III - עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות.**

1. הבעיה הגדולה במיטלטלין, זכויות ומקרקעין לא רשומים זה היעדר המרשם. ממילא לא מאפשרים לקיים את ס' 9 לחוק המקרקעין. איך פותרים את התחרות? ע"פ שני סעיפים. שני סוגים של תחרויות:
   1. **עסקאות נוגדות במיטלטלין מקרקעין לא רשומים וזכויות -** ההכרעה תהיה ע"פ ס' 12+13 לחוק המיטלטלין.
   2. **תקנת שוק -** ס' 4 לחוק המחאת חיובים, רלוונטית רק לזכויות ולמקרקעין לא רשומים. מקרקעין לא רשומים = זכויות. מבחינה משפטית דנים בהם כזכויות משפטיות. בעלים של מקרקעין לא רשומים מביאים שרשור כל הזכויות של בעל מקרקעין.
2. **ס' 12 ו-13 לחוק המיטלטלין -** סיטואציה כמו בס' 9, רק במיטלטלין: **ס' 12, עסקאות נוגדות:**  "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". **ס' 13,** **תחולה**: **(א)**  הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות.  **(ב)**  הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון.
3. עסקאות נוגדות יכולות להיות גם במיטלטלין וזכויות. עסקאות נוגדות לא חלות רק על בעלות, אלא גם על זכויות אחרות: שכירות למשל.
4. **הכלל (פס"ד טקסטיל ריינס):** א' מבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי ב' לאדם ג' - מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה.
5. **מה השלב בו אנו מצויים - שלב חוזי או קנייני?** ההשלכה היא איזה ס' מחילים. אם אנחנו בשלב חוזי, אנחנו עובדים ע"פ עסקאות נוגדות (12 ו-13 לחוק המקרקעין). אם אנחנו כבר בזכות קניינית מול זכות חוזית, אנחנו במצב של תקנת שוק. ע"מ להבין איפה אנחנו להבין, הדרך היחידה לעשות את זה במיטלטלין וזכויות זה באמצעות בדיקה של החוזה: האם אנחנו בשלב החוזי או בשלב הקנייני. לפי ס' 33 אנחנו יכולים להתנות על מועד העברת הבעלות, לכן חושב לבדוק את פרטי החוזה לגבי המיטלטלין והזכויות. עלינו לבדוק את החוזה- מהו השלב בו עוברת הבעלות:
   1. **בהיעדר התנאה בין הצדדים -** הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם = מועד המסירה של הזכות התאמה של ס' 33 לחוק המכר.
   2. **אם קיימת התנאה -** הבעלות עוברת בהתאם להתנאה. העברת הזכות הקניינית, הקביעה מתי אתה נהיה בעל הקניין, נתונה להתנאה בין הצדדים. ייתכן שאתה כבר קיבלת את הנכס, ואתה עושה בו שימוש כבר שנה, אבל הבעלות עוד לא ניתנה, ואתה עדיין בשלב האובליגטורי.
6. **במבחן:** מזהים את המשאב, מזהים את התקופה - שלב חוזי או קנייני: האם מדובר בבעלי התחייבויות עסקה (ס' 9 במקרקעין) ובמיטלטלין וזכויות ב-12 ו-13 לחוק המיטלטלין. אדם לא יכול להעביר מעבר למה שיש לו. מי שיש לו זכות חוזית כלפי מישהו מסוים, יכול להעביר רק זכות חוזית למישהו אחר, ולא א הזכות הקניינית.
7. **שלב חוזי -** אם אנחנו בשלב החוזי אנחנו ועלים לפי ס' 12 -13 לחוק המיטלטלין. הראשון בזמן גובר אלא אם כן השני בזמן מקיים: תום לב סובייקטיבי + תשלום ערך+ השלמת הקניין. יש דרישה לתום לב סובייקטיבי, ולא אובייקטיבי (כמו בגנז) כי אין לנו סטנדרט קל לבדיקה, לכן אין חובה להטלת חובה כללית.
8. **ס' 12+13 לחוק המיטלטלין:** הראשון זוכה אלא אם כן השני התקשר בעסקה, וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה.
   1. **קיבל - יש צורך בחזקה + קניין** (אופן ההקניה בהתאם לסוג הנכס. עשוי להיות הבדל בין חזקה לנכס מיטלטלין לבין בעלות קניינית על הנכס. **הכלל בס' 33 לחוק המכר**, הוא שהבעלות עוברת במסירה, אולם ניתן להתנות על מועד העברת הבעלות. בשביל לנצח ע"פ ס' 12, אני צריך גם להחזיק בנכס, וגם להיות בעלים מבחינה משפטית. (מיטלטלין - מועד המסירה (ס' 33 חוק המכר) , זכויות - מועד החתימה (אם העברת הבעלות עוברת במועד החתימה, למעשה אין שלב אובליגטורי, הבעלות עוברת מיד, אולם יכול להיות מצב בו פותחים בהתניה על המועד ופותחים בשלב אובליגטורי - על שניהם אפשר להתנות, התנאה על מועד העברת הבעלות - העברת הבעלות לא תהיה כשאתה מקבל את הנכס לידיים שלך, אלא בעוד פרק זמן מסוים), כך, במהלך התקופה הזו, אנחנו עדיין נמצאים בשלב האובליגטורי, החוזי.)
   2. **תמורה -** ערך ממשי או שינוי מצב לרעה התמורה של השני בזמן צריכה להיות תמורה משמעותית בת ערך. ייתכן גם מצב של שינוי מצב לרעה, גם אם לא שילמת כלום, אבל שינית בפועל את המצב שלך שעלול לגרום לשינוי קיצוני במאזן המצוקה ( נשארתי בלי דירה) זה גם משפיע על הכרעת התחרות.
   3. **תום לב סובייקטיבי -** אין יכולת להחיל סטנדרט אובייקטיבי של פרסום המכירה, לכן נאלצים להסתפק בתום לב סובייקטיבי

**שיעור 21, 02.01.19, שיעור תרגול**

**זיקת הנאה**

1. **אפיון הזכות -** מעניקה רק זכות שימוש ולא בעלות.
   1. **ס' 5 לחוק המקרקעין -** "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם"
   2. **הס' מהווה חריג ל-ס' 13 -** תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין, בזיקת הנאה אפשר לעשות עסקה בחלק מסוים מתוך מקרקעין כולל.
2. **השימוש במרשם אינו הכרחי**, משום שיש בה מאפיין של פומביות. ברגע שמתקיימת זיקת הנאה, המשתמש והבעלים מודעים לקיומה של זיקת ההנאה, לכן עניין המרשם הוא פחות קריטי. הזכות תתקיים גם בלי המרשם. עם זאת, עדיף תמיד לרשות את הזכות לענייני החלפת בעלות, סכסוכים, ולהעמיק ולהשריש את ערך הפומביות.
3. **היווצרות הזכות:**
   1. **מכוח הסכם -** מתן אפשרות מעבר במקרקעין תמורת סכום מסוים בהסכם.
   2. **בשל דין - צוואה, מעשה מנהלי - פס"ד קיבוץ החותרים -** קיבלו קדימות במכרזים בותק לכריית חול. המדינה החליטה לבטל את זכות הקדימות שלהם. הם עתרו ואמרו שיש להם זיקת הנאה לכרות את החול. העתירה אמנם נדחתה, אבל חשוב לשים לב שניתן לטעון לזיקת הנאה מפעולה מנהלית.
   3. **מחמת כורח -** אם הצליח להוכיח שהוא צריך לעבור במקרקעין מחמת כורח**.** מתקיימת לרוב כשהכורח הוא אמתי, ודורשת הוכחה לבית המשפט. כשהכורח קיים, היא תוכר באופן כמעט אוטומטי. למשל: מעבר בקרקע של אחר לצורך הנגשת המקום/ חלקה שבגלל סיבות תכנוניות אין אליה דרך.
   4. **מכוח שנים** - ס' 94 התיישנות רוכשת. אנשים עוברים במקום מסוים במשך שנים. החוק נוקב במספר 30, בהם אדם עושה שימוש במקרקעין של אחר, הוא רוכש ע"י כך זכות במקרקעין של ממש. בתום השלושים שנה, הוא יכול לרשום את זיקת ההנאה שלו, בכפוף לתנאים בס' (עושה זאת באופן פומבי). **המבחן הוא המבחן הפומבי:** בעל הקרקע היה צריך לדעת.
4. השתכללותה של זיקת הנאה, היא זכות קניינית. היא יכולה להיווצר מכוח זכות אובליגטורית הניתנת לרישום, שנעשית תקפה גם לצדדים שלישיים. הזכות משתכללת
5. הזכאים לזיקת הנאה בהתאם ל-ס' 92:
   1. **אדם בודד**
   2. **סוג בני אדם -** **קבוצה מסוימת:** קבוצת מתפללים של בית כנסת/משפחה שמקבלת זיקת הנאה - כל קבוצה בעלת מאפיינים משותפים שיוצרים זכות משותפת להשתמש במקרקעין
   3. **הציבור -** הציבור כולו (מנהלי, הפקעות)
   4. **מקרקעין -** מקרקעין חייבים מול מקרקעין כפופים. גם אם מתחלפים הבעלים, יש את הזכות ליהנות במקרקעין הכפופים. זיקת ההנאה לא מתחלפת עם החלפת הבעלים.
6. **מקרקעין זכאים מול מקרקעין כפופים:** בשביל להגיע לקרקע א', צריך לעבור בקרקע ב'. קונה חדש של קרקע א', זיקת ההנאה לא תישאר שלה, אלא הבעלים החדש של אותה קרקע יזכה ליהנות מזיקת הנאה.
7. **זכאי מול חייב:**
8. **ס' 98':**
   1. אפשרי במקרה בו שתי חלקות בבעלות אותו אדם
   2. אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד - הזיקה לא בטלה
   3. אם אוחדו לחלוקה אחת, החלקה כן מתקבלת
9. **ס' 97:** מקרה של חלוקת מקרקעין
10. **ס' 94: זיקת הנאה מכוח שנים (תנאים מצטברים)**
    1. **שימוש ממושך של 30 שנה,** גם כשהשימוש נעשה לסירוגין (פס"ד טוינה נ' לוי - בית המשפט אפשר להעביר בלוני גז מכוח זיקת הנאה)
    2. **הזיקה צריכה להיות פומבית - מ**ה היה צריך בעל הקרקע לדעת (פס"ד בן חורין - משפחה שנהנתה בזיקת הנאה בשטח של משפחה אחרת, ויום אחד החליטה שצריכה לקבל זכאות להגדיר את הקרקע שנהנתה ממנה כחנניה שלה. ביתה משפט סירב, משום שמדובר בזיקת הנאה ולא בבעלות, ומפרש בצמצום את זיקת ההנאה, פס"ד לוי חריג לפרשנות בצמצום של זיקת ההנאה)
    3. **בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים:** הודעה בכתב למשתמש **או** הודעה כללית לציבור
    4. **אופציית כניסת לנעליים -** אם אני עוברת בקרקע 20 שנה, ואז הבת שלי עוברת 10 שנים בקרקע - היא למעשה נכנסה לנעלי, ובכך השלמנו 30 שנה של זיקת הנאה. **נתון לפרשנות של בית המשפט.**
11. **זיקת הנאה מכוח שנים, המשך, ס' 94:** שיקולים למבחן הזכויות הקרקע (פסד בן חורין): סוג השימוש ותכליתו; הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות; פומביות השימוש; עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים
12. בית המשפט נוטה לפרש בצמצום את זיקת ההנאה (מסבך את הרישום ומוריד את הוודאות) בצמצום, לפי שיקול דעתו.
13. **תוקף הזיקה - ס' 96:** כל עוד לא הוסכם אחרת, בלתי מוגבל. בית ה משפט מוסמך לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהזיקות: אי הפעלת הזיקה (לא משתמשים בה, אז עדיף מבחינת המקרקעין הכפופים שלא תהיה קיימת); שינוי שחל בנסיבות שימוש הזיקה (יכול להשתמש במדרגות למשל); שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים (יצרו כביש חדש וכו').
14. **העברת זיקת הנאה: ס' 95:** ללא הסכמה של בעל המקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת אדם
15. **ס' 113, תחולה במקרקעי ציבור:** מלשון החוק נובע שזיקת הנאה לא חלה שם - עלול לפתוח פתח שלא יהיה ניתן לסגור. וממילא, רוב הפעולות שנעשות בזיקת הנאה, נעשות בכל מקרה במקרקעין ציבוריים, כן אין טעם לרשום שם את רוב זיקות ההנאה. דעת ויסמן חולקת (פס"ד עיריית ר"ג).

**המשך נושא 2 - להשלים את הנושא השני.**

**שיעור 22, 06.01.19**

**המשך תחרות III**

1. **מקרקעין שאינם רשומים**
2. **ס' 12 +13 לחוק המיטלטלין -** כל זמן שאנחנו בשלב האובליגטורי, יש אפשרות להתפתחות של עסקאות נוגדות, אם הבעלים הקנה פעמיים את אותה הנכס/זכות. ס' 12 קובע שבמקרה זה הראשון בזמן עדיף, אבל - אם השני קיבל גם את המיטלטלין, יחד עם שני תנאים נוספים, הוא ינצח את התחרות.
3. **מה שצריך לבדוק במקרה כזה:** לבדוק את החוזה, ולראות האם הבעלות בנכס/במשאב עברה כבר לידיים של הקונה הראשון. אם היא לא עברה לקונה הראשון (קצת יותר בעייתי בזכויות), אבל אם יש התניה בהעברת הבעלות למועד מאוחר יותר, צריך לבדוק אם הראשון בזמן השלים את המשאב. במידה ולא השלים, אנחנו נמצאים בשלב האובליגטורי, לכן כל הקנייה נוגדת מביאה למצב של עסקאות נוגדות. לכן **השלב הראשון הוא לבדוק את החוזה אם אנחנו בשלב האובליגטורי נכנסים לס' 12 ו-13, לפיהם הראשון בזמן גובר, אלא אם השני קיבל את המיטלטלין בתום לב ובתמורה, ואז הוא ינצח.**
4. במקרה זה **לא מחילים את פס"ד גנז,** היא מפני שאין מרשם. יצירת מרשם כזה יקשה מאוד על קניית מיטלטלין או זכויות. יהיה צורך לרשום כל דבר שקונים. תהיה בעיה קשה להניע את הגלגלים של המכירות.
5. **השלב הקנייני -** השלב שבו קראנו את החוזה בין הבעלים לראשון, והגענו למסקנה שהקניין עבר. כך, לבעלים אין יותר קניין בנכס, אלא הוא שייך לראשון בזמן. ולמרות זאת, הבעלים, שאין לו כבר קניין בנכס, מקנה את הזכות לאדם אחר. מה שמכניס לסט השני של התחרויות: **תקנת השוק.**
6. **תקנת השוק - איך גורמים לשוק לגרום כמו שצריך ברמה המסחרית, כלכלית. איך מנעים כשלי שוק.**
7. **תקנת השוק בזכויות ובמקרקעין לא רשומים:**

**זכויות -** השלב בו יש לי זכות מסוימת לסכום כסף אצל אדם אחר נניח, ובמקום לגבות את הכסף, אני ממחה את החוב שיש לי אצל אדם אחר ישירות אצל צדדים שלישיים. זכות לקבל 200 ₪ נניח, ובמקום לעשות סיבבו - יחזירו לי ואני אשלם לאחר, אני ממחה את החוב - ישלם ישירות לצד שלישי.

**מקרקעין לא רשומים -** קרקע. מבחינה משפטית מדובר בזכות - כי לא ניתן להתייחס אליה כאל מקרקעין ע"פ חוק המקרקעין כי אין מרשם, אז ההנחיות של ס' 9 ו-ס' 10 לא רלוונטית. בקרקע לא רשומה יכולהלהיות פעילות שגרתית. זכות שכירות למשל. רשות מקרקעי ישראל היא הבעלים של מקרקעין לא רשומים, והיא יכולה לתת זכיות חכירה במקרקעין לא רשומים.על מקרקעין פרטיים לחלוטין הבעלות מופיעה בהיסטוריה החוזית. אם אלה מקרקעין שנמצאים בבעלות קבלן או בבעלות רשות מקרקעי ישראל - הם מנהלים מרשמים חיצוניים למרשם המקרקעין, בהם יש רישום של זכויות על המקרקעין האלה. ומביים למחצה - לא פומביים במובן הזה שהם לא משמשים ראיה כמו מרשם המקרקעין. עם זאת, כל אחד שדורש לראות יכול לראות אותם.

1. אם העסקה השנייה נעשית לפני שהקניין עבר לראשון - מדובר בשלב עסקאות נוגדות. אם העסקה נעשתה עם השני לאחר שהושלמה עם הראשון - כלומר הבעלות כבר עברה לראשון בזמן, מה הדין? לבעלים המקורי אין יכולת להעביר משהו שאין לו, ולכן לא ברור איך השני יכול לנצח. עם זאת, **עדיין יכולה להיות מציאות שהשני בזמן ינצח את הראשון מטעמים של תקנת השוק.**
2. **תקנת השוק בזכויות ובמקרקעין לא רשומים - נקבע בס' 4 לחוק המחאת חיובים ב- שקובע שהראשון בזמן זוכה, אלא אם הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני. הטעם לכך נעוץ בראיית הראשון כמונע הנזק הזול ביותר:** החוק מתמרץ לערוך בירור אצל החייב. אם הראשון יעשה זאת, הוא יודיע לו על ההמחאה - וממילא יצלח את תקנת השוק. **בשביל לבצר את הזכות שלהם, בשביל למנוע תקלות. הרעיון של תקנת שוק זה הסדרת השוק בצורה ברורה וודאית. כל זמן שהראשון לא יידע את החייב, הוא חשוף למצב בו יאבד את הזכות שלו. לרוב לא מכניסים ערכים אחרים והתחשבות בשל הוודאות. כך, הרציונל של תקנות שוק הוא נוגד עסקאות נוגדות.**
3. **הדוגמא:** ל-ב' יש זכות מרשות מקרקעי ישראל - החייב. ב' ממחה את הזכות שלו ל-א' ולאחר מכן ממחה את הזכות שלו ל-ג'. אם אנחנו בשלב האובליגטורי - הולכים ל-ס' 12+13. אם ההמחאה של הזכות הסתיימה (לא הייתה התניה ועברה עם כריתתו, או שהתקיימה ההתניה). אם ב ממחה שוב את מה שלא קיים אצלו ל-ג', הפתרון של הסיטואציה, ומי שיזכה בזכות בסיטואציה מול מקרקעי ישראל, הוא מי שיודיע לראשון לחייב, למנהל מקרקעי ישראל, על קבלת הזכות. **אפשר כמובן לחזור למטעה- אבל לרוב זה לא יעזור - או שהוא לא נמצא או שהוא חדל פירעון, ואז זה לא עוזר.**
4. **סיכום תחרויות בינתיים:** 
   1. **התחרות ראשונה, בעל התחייבות בעסקה בנושה מעקל במקרקעין רשומים:** פס"ד אהרונוב ופס"ד בנק המזרחי נ' גדי, שקובעים שהזוכה בבעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל, הזוכה הוא בעל התחייבות לעסקה. צריך לרשום הערת אזהרה רק אם הבנק הוא בעל התחייבות לעסקה, לפי פס"ד מחוזי שלא נפסל עדיין בעליון.
   2. **התחרות שניה, עסקאות נוגדות במקרקעין רשומים -** מוכרעות לפי ס' 9 לחוק המקרקעין, בתוספת פס"ד גנז - על כל הסתייגותו וחובותיו לגבי רישום הערת אזהרה לגבי הראשון.
   3. **התחרות השלישית, עסקאות נוגדות במיטלטלין -** מכריעים ע"פ ס' 12 +13 לחוק המיטלטלין.
   4. **עסקאות נוגדות בזכויות ומקרקעין לא רשומים -** ההכרעה תהיה לפי ס' 12 ו-13 לחוק המיטלטלין
   5. **תקנת שוק בזכויות ומקרקעין לא רשומים -** ההכרעה תהיה לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים.
   6. **תקנת שוק במקרקעין רשומים -** (עוד לא למדנו)ההכרעה תהיה לפי ס' 10 לחוק המקרקעין
   7. **תקנת שוק במיטלטלין -** (עוד לא למדנו) ההכרעה תהיה לפי ס' 34 לחוק המכר.
5. **עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים -** האם יש לבחון גם תום לב אובייקטיבי בדומה לפסק דין גנז? השופט מצא בפס"ד גנז חושב שצריך לרשום בספרי החברה המשכנת/מנהל/קבלן. לפיו, אם הראשון לא רשם - עשוי להשפיע על תו"ל אובייקטיבי. **עם זאת, בפועל לא עושים את זה. יוצר בעייתיות גדולה. אפשר לנסות לטעון את זה, אבל בפועל זה מסובך מדי, ומבכרים בתחרות זו את הוודאות על פני תום הלב.** לכן, לעניין ההכרעה זה לא רלוונטי.

**תקנת שוק במקרקעין רשומים**

1. ההשלכות שלה הן לרוב הקשות ביותר על בלי קניין. למרות ההשלכות הקשות והבעייתיות, הסיפור יכול להיות מוכרע לטובת גורם מסוים, למרות שאין פגם בגורם המפסיד. לא מדובר על תחרות בין הצדדים, אלא על ההכרעה על פי האינטרס השוקי הכולל - של כלל החברה בקיומן של עסקאות מקרקעין. הרעיון שעומד מאחורי תקנת שוק במקרקעין - הוא המרשם. המרשם אמור להמשיך לשמש כראיה, לצורך קבלת החלטות לגבי רכישה של מקרקעין. לכן נסכים לסבול ולהכשיר טעויות מסוימות במרשם, ע"מ שנוכל להמשיך לסמוך על המרשם, ולפעול על פי הרישום שמופיע בו.
2. ס' 10 לחוק המקרקעין קובע ש"מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה בהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחו של זכותו יפה, אף אם הרישום לא היה נכון". תנאי הס':
   1. **בתמורה -**
   2. **בתום לב על הרישום -** הסתמכות על רישום ולא על מסמכים אחרים. קריטי מאוד - הסתמכות על המרשם עצמו ולא על גורמים או מסמכים חיצוניים למרשם. **פס"ד מורדכיוב -** פס"ד שבו אדם התחזה להיות הבעלים. הרישום היה נכון, ובמקרה הזה השאלה הייתה האם אדם שרכש את הנכס ממתחזה צריך ליהנות מתקנת שוק? במקרה הספציפי הזה, אומר בית המשפט שלפחות לגבי מערכת היחסים הראשונה, של הרוכש ישירות מהמתחזה, הוא לא ייהנה מתקנת שוק, משום שהוא לא הסתמך על טעות ברישום במקרקעין, אלא על תעודת הזהות המזויפת שהציג לו המתחזה. המרשם היה תקין, ולכן לא תחול תקנת השוק.

**תום הלב שנדרש הוא תום לב סובייקטיבי.** אדם שעושה את כל הפעולות האל, לא יכול לדעת שמדובר במהלך בעייתי. אדם שיודע שמדובר במהלך בעיתי, ויודע שיש זיוף או חוליה חלשה ושחורה, וממשיך ומסתמך על הדבר הזה, לא יכול להיחשב אדם שמסתמך בתום לב, ואז לא יהיה זכאי ליהנות מהתקנה. כחלק מהחמרת הקריטריונים לגבי תקנת שוק- הפסיקה מדגישה שעצימת עיניים כמוה כתום לב. עצימת עיניים מרחיב את תום הלב - אם היו סימני אזהרה, והוא בחר להתעלם מהם, לא יוכל להסתמך על תקנת השוק. (פס"ד מורדכיוב). החמרת דרישת תום הלב. הכללה נוספת (יכולה להיות במבחן) היא לגבי עורכי הדין. הרבה פעמים עורכי הדין הם שעורכים את העסקאות ולא הצדדים עצמם. מה קורה הרבה פעמים, הוא שעורכי הדין הופכים להיות שליחים מכוח חוק השליחות. לכן, כל התנהלות שלא בתום לב שמיוחסות לעורכי הדין, מיוחסת גם לשולח. אם מזוהים זיופים ומשהו בעייתי מ עיניים מתמרורי האזהרה, עורך הדין שלא היה תם לב או עצם את עיניו, הלקוח לא ייהנה מתקנת השוק. הוא יוכל לתבוע את עורך הדין על התרשלות והפרת החובה כלפיו.

תום הלב צריך להיות בכל השלבים, לאורך כל הדרך - מהעסקה עד הרישום.

* 1. **אף אם הרישום לא היה נכון**

1. אם רוצים לנהל חיי מסחר תקינים של רישום עסקאות מקרקעין, חייב להיות גורם שאצלו ניתן לוודא שהעסקה היא כשרה. האמירה של תקנת השוק מודעת לטעויות, ולמרשם שגוי, ולמרות זאת, ע"מ לא לגרום לאנשים לפחד לעשות עסקאות במקרקעין, ולהגדיל את העלויות על מרשם מקרקעין כי לא סומכים על רשם (עדים ווידוא שרשרת העברות תקינה), אנחנו מכשירים את הטעויות האלה. לו הסתמכת על טעות, עדיין תוכל לקבל את הכנס, גם אם זה פוגע מאוד בגורם שלקחו לו את הכס. תיאורטית אדם יכול לשבת בנכס שלו, ולא לדעת שיש עסקאות ביחס לנכס שלו, ולגלות יום אחד אדם שמבקש שיצא מהכנס, מפני שזה הנכס של האורח הלא רצוי. במקרים מסוימים הוא ייאלץ לעזוב את הבית שלו - פגיעה קשה מאור אצל בעלים של מקרקעין. ועדיין, ממשיכים עם תקנת השוק - כדי לבצר את המרשם.
2. **מקרה קלאסי של תקנת שוק:** בעלים מקורי שנתן לעו"ד ייפוי כוח סטנדרטי לעשות פעולות עבור המקרקעין שלו. לרוב הלקוחות לא מודעים/לא קוראים וחותמים למעשה על זה על כך שהעוד יכול לעשות עסקאות במקרקעין בשם הבעלים. מה קורה כאשר העו"ד מנצל את ייפוי הכוח למטרות אחרות? האם רוכשת א' נהנית מתקנת שוק? שילמה הכל, הייתה תמת לב, רשמה את המקרקעין, בדקה את הרישום.הסתמכה על ייפוי הכוח. האם הסתמכות על ייפוי כוח מקנה לו זכות ליהנות מתקנת השוק? מה קורה אם היא מוכרת את הנכס לרוכש ב'? האם גם הוא נהנה מתקנת השוק? רוכש ב' הסתמך על הרישום השגוי, ומילא את כל ס' 10 - נהנה מתקנת השוק. אבל האם רוכשת א' נהנית מתקנת השוק? אם היא הסתמכה על המרשם אפשר ליהנות מתקנת השוק, אבל אם היא לא הסתמכה על המרשם - **לפי הפסיקה היא לא יכולה ליהנות מתקנת השוק. כל דבר חיצוני למרשם לא יזכה את הקונה של הנכס ע"פ תקנת השוק**. רוכשת א' לא הסתמכה על הרישום (הרישום לא היה שגוי) אלא הסתמכה על שימוש מזויף בייפוי הכוח, ולא על המרשם השגוי, ולכן לא זכאית לתקנת השוק.
3. **חלק גדול במבחן יהיה להראות שהטעות חייבת לנבוע מטעות במרשם, ולא מטעות חיצונית לרשם כל הרעיון בתקנת שוק היא להגן על ההסתמכות שבמרשם.**
4. **מה הדין כשלמוכר יש רק הערת אזהרה?** בעלים ואדם שנחזה להיות הבעלים.המתחזה מזייף תעודת זהות ומחליט למכור את הכנס של הבעלים המקורי כדי להרוויח כסף. המתחזה לבעלים התקשר עם רוכש של הדירה וכורת איתו חוזה לרכישת הדירה. הרוכש רואה שהמקרקעין רשומים ע"י המתחזה, רואה את תעודת הזהות המזויפת, ומאמי בתום לב שמדובר בבעלים המקורי וכורת את החוזה. תקנת השוק לא חלה כי הוא הסתמך על תעודת זהות ולא על טעות במרשם.

**מה קורה אם רוכש א' מעביר או מוכר את הנכס לרוכש ב'?** האם רוכש ב' בהנחה היא רושמת את זכותה צריכה ליהנות מתקנת השוק? רוכש ב' מסתמכת על המרשם השגוי, ועל טעות במרשם, ולכן זוכה בתקנת השוק.

**מה קורה אם המקרקעין רשומים עדיין על שם הבעלים המקורי:** רכוש א' מוכר עם הערת האזהרה לרוכש ב'. (לפי פס"ד גנז אפשרי למכור נכס רק אם הוא בעל התחייבות לעסקה). כך, הרוכש הראשון יכול למכור את הכנס גם רק אם יש לו הערת אזהרה (הרציונל: אין סיבה לתקוע נכס ולהפוך אותו ללא שכיר רק בגלל עיכוב ברישום). הבעיה היא שקונה הנכס ממי שיש לו רק הערת אזהרה, כלומר רוכש ב', לוקח סיכון שהעסקה המקורית, הבסיסית, בין הבעלים לרוכש א' - לא תתקיים, גם במכירה כדין, בלי קשר לתקנת השוק. רוכש ב' צריך לקחת בחשבון שרוכש א' לא השלים א הרכישה הקנייני, אלא עדיין נמצא בשלב האובליגטורי.

בתקנת השוק יש בעלים שלא רוצה למכור את הכנס ומתחזה. המתחזה רוכש את הנכס לרוכש א', אבל לא מספיק להעביר את הבעלות לרוכש א' לפני שרוכש א' מכר את הנכס לרוכש ב'. המצב בו רוכש ב' קנה את הכנס ע"ב הערת אזהרה בלבד שרשומה על שמו של רוכש א' (הקרקע רשומה על שם הבעלים המקורי - אין טעות במרשם), **האם זה מספיק לתנאים של ס' 10 להסתמכות על המרשם לתקנת שוק? אמנם יש פה משהו שהוא פנימי במרשם, אך עדיין לא מדובר במרשם שגוי - הוא עדיין על שם הבעלים המקורי, רק הערת האזהרה היא על שם רוכש א'. בית המשפט קובע שבאופן עקרוני, אין מניעה עקרונית להכיר במצב זה כתקנת שוק. בגול, לא אמורים להכיר בזה כתקנת שוק, אבל במציאות מסוימת, ניתן יהיה להכיר בזה כתקנת שוק. לא שוללים קטגורית מצב שבו אדם רכש מאדם אחר על סמך הערת אזהרה בלבד, כשמרשם הזכויות לא היה שגוי, אך הערת האזהרה הייתה שגויה. עקרונית לא צריך לדון בתקנת השוק, אלא אם מתקיימים שני תנאים נוספים.** הרציונל הוא עידוד עסקאות ומתן תוקף לרישום עסקאות של מקרקעין. לכן למרות שהרישום שגוי, נכיר במקרים מסוימים ברישום כאינדיקציה כהכשר לפעולה שגויה.

1. **בשורה התחתונה:**
   1. אדם שמתחזה לבעלים, מוכר את הקרקע לאדם אחר בשם הבעלים: אם המתחזה לבעלים לא שינה את הרישום, רוכש א' לא ייהנה מתקנת השוק, כי המרשם לא היה שגוי.
   2. אם הנחזה לבעלים כן שינה את הרישום, רוכש א' יוכל ליהנות מתקנת שוק כי העסקה בוצעה על בסיס טעות ברישום.
   3. אם מתחזה לבעלים מוכר לרוכש א', ורוכש א' לא העביר את הקרקע על שמו, ועל בסיס הערת האזהרה מוכר את הקרקע לרוכש ב'. אם מוכר א' שינה את הרישום - הדין יהיה שרוכש ב' זכאי ליהנות מתקנת שוק. אם הוא לא שינה את הרישום ורכש רק הערת אזהרה - על פי רוב לא תחול הערת אזהרה, אלא רק במקרים חריגים לפי הפסיקה. יש צורך להבחין בין שני מצבים במקרה זה:
      1. **המצב:** כשהם חתמו על החוזה, הדירה הייתה רשומה על שם הבעלים המקורי, ולרוכש א' הייתה הערת אזהרה. בשלב חתימת החוזה בין א' ל-ב', הקרקע רשומה על שמו של הבעלים המקורי. השאלה שנדון בה, והדרך לפתור את הבעיה: אחד התנאים הוא האם לאחר שבוצעה העסקה בין רוכש א' לרוכש ב', האם לאחר מכן רוכש א' העביר את הקרקע על שמו, או שלאורך כל העסקה הוא השאיר את הערת האזהרה על שמו. (פס"ד מורדכיוב).

**שיעור 23, 09.01.19**

1. **תנאים מצטברים להכרה בתקנת שוק לטובת רוכשת ב', למרות שהיא רכשה את המקרקעין על בסיס הערת אזהרה בלבד של רוכש א':**
   1. **תנאי א':** רוכש א' השלים את הרישום של זכויותיו במקרקעין **לאחר חתימת החוזה.** לאחר העסקה (שבשלב זה הוא עם הערת אזהרה בלבד).
   2. **התנאי השני:** התנעת התשלומים ע"י רוכשת ב', עד לרישום הנכס על שמו של רוכש א'. דרישה מרוכשת ב' להבין בזמן אמת, כשהיא עושה את העסקה שרכישת נכס על בסיס הערת אזהרה זה בסדר ותקף, אבל היא צריכה להתנות את מרבית התשלומים ברישום הזכויות על שמו של רוכש א'. עקרונית, רוכשת ב' לוקחת סיכון, בלי קשר לתקנת שוק, שהעסקה הראשונה תבוטל. כשאתה קונה על בסיס הערת אזהרה, אתה לוקח סיכון שהעסקה הראשונית בין הבעלים הרשום לבין זה שיש לו רק הערת אזהרה. לן, רובינשטיין במרדכיוב אומר שההתנהלות של רוכשת ב' צריכה להיות תקינה והגיונית. וכדי לוודא זאת, אדם סביר והגיוני לא היה משלם את כל התשלומים באופן מידי למי שיש לו רק הערת אזהרה, אלא אך אחרי שהוא ווידא שעסקת היסוד מתקיימת.
   3. **+ "בדיקה ראויה" -** בית המשפט לא קובע פרטים מפורטים למהי בדיקה מפורטת וראויה, אבל אומר שהמטרה של הבדיקה הראויה שהמוכרת ב' תוודא שהמוכר עומד מאחורי הערת האזהרה ושאין לו כוונה להתנגד לעסקה. במה עוזרת הבדיקה הראויה? רציונל הבדיקה הראויה - עד כמה עמוקה החובה לבדוק ולמצוא את הבעלים. כמובן ככל שיצוצו כל מיני דברים מחשידים, להתרשם שהבעלים הוא הבעלים המקורי או שהוא מבין על מה מדובר - יידרש ממנה לחקור יותר. בית המשפט דורש בצדק בדיקה ראויה של עסקת היסוד, אבל צריך לזכור שלא תמיד מדובר בצעד אחד אחורה - אלה יותר צעדים. לא בהכרח הבעלים הרשום הוא הבעלים הנכון. יעזור להגיע לחקר האמת, אבל לא יפתור כל סיטואציה כזו.

* **לקרוא את פס"ד מרדכיוב! יעזור מאוד לשאלה במבחן.**

1. **סיכום דיני תחרויות עד עכשיו:**
   1. **שלב ראשון: בירור זהות הצדדים.** אם לא עושים את זה, נופלים בדרך. שלושה סוגים של תחרויות:
      1. **א':** בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח/נושה מעקל
      2. **ב':** בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה **(עסקאות נוגדות)**
      3. **ג':** בעלים מקורי מול רוכש בתום לב **(תקנת שוק)**
   2. **השלב השני סוג המשאב:** האם מדובר במקרקעין רשומים/מיטלטלין/זכויות שכוללות מקרקעין לא רשומים
      1. **מקרקעין רשומים:**
         1. **תחרות ראשונה:** פס"ד אהרונוב ובנק המזרחי נ' גדי - הכרעה ברורה של הפסיקה \*התייחסות לפס"ד רשף נ' יוסף, מה קורה אם החוזק הכלכלי מתהפך: נושה מעקל חלש מול בעל התחייבות חזק (בנק)
         2. **תחרות שנייה, עסקאות נוגדות:** תנאי ס' 9 + פס"ד גנז - כולל סייגים וחריגים - חייבים ליישם על נסיבות המקרה. אחרת ירדו נקודות. אם למשל יש הצדקות - לבדוק אם הן באמת מתקיימות.
         3. **תחרות שלישית, תקנת שוק:** תנאי ס' 10 - כולל חריגים (הערת אזהרה ע"ב מורדכיוב).
      2. **זכויות + מקרקעין לא רשומים** 
         1. **תחרות ראשונה:** פס"ד אהרונוב, למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי. (יהיו רשומים טכנית, קיימים וניתן להטיל עליהם עיקול). התחרות **הספציפית** הזאת לא תהיה במבחן, כי אין הכרעה פסיקתית ברורה בסיפור הזה. ההנחה הרווחת בקרב חוקרי הקניין חושבים שיחול פה פס"ד אהרונוב.
         2. **תחרות שנייה:** ס' 12+13 לחוק המיטלטלין ס' 12 - לפי התנאים (תום לב ותמורה) חתימת חוזה/התניה וכו'. ס' 13 - חל גם על זכויות.
         3. **תחרות שלישית:** ס' 4 לחוק המחאת חיובים
      3. **מיטלטלין:**
         1. **תחרות ראשונה:** פס"ד אהרונוב למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי. פס"ד אהרונוב אומר במפורש שבתחרות זו זה חל גם המיטלטלין, חל במפורש. מה שלא הוכרע - אם אפשר להחיל פה את רשף נ' יוסף. לכן עקרונית, לא צריך להכניס את רשף נ' יוסף.
         2. **תחרות שנייה:** ס' 12 לחוק המיטלטלין. אין צורך להחיל את ס' 13 לחוק המיטלטלין (שרק מחיל גם על זכויות). חשוב לחפש התניות חוזיות בשלב המכר. אם כן - פועלים לפיהן, אם אין פועלים לפי ס' 33 לחוק המכר.
         3. **תחרות שלישית:** ס' 34 לחוק המכר - התחרות היחידה שעוד לא למדנו. יופיע בהמשך המחברת. מהווה כר נרחב לשאלות במבחן, כי יש בו הרבה פרטים וסעיפים.

**תקנת שוק במיטלטלין**

1. **פס"ד כנען -** סיפור מאוד מעניין, ומהווה כר טוב לדון בנושא. הסיפור מתחיל עם גברת כנען, שקונה בשוק הפשפשים ממישהי שמוכרת תמונות , 2 תמונות במחר של 250 ₪. היא מנקה את התמונות ומגלה שמדובר בתמונות מקוריות ששוות עשרות אלפי דולרים שנגנבו ממוזאון אומנות בניו יורק. **בית המשפט מבין שכל הכרעה שלא תהיה שלא לטובת ממשלת ארה"ב תגרור לתקרית דיפלומטית - מה שיכול להסביר את התוצאה בפסיקה. השאלה המשפטית כמובן ההיא למי שייכות התמונות, מה שמוביל ל-ס' 34 לחוק המכר, שכולל שישה תנאים מצטברים(ליישם במבחן על כל אחד מהסעיפים):**
   1. **ממכר -** התנאי הבסיסי הוא העברת רכש תמורת **מחיר - תמורה**. מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר (ס' 1 לחוק המכר). האם זה צריך לשקף תרומה סובייקטיבית או אובייקטיבית? בכנען - האם אפשר להסתפק ב-250 ₪ עבור התמורה - מה שהרוכש האמין שזה השווי, או שבוחנים לפי האופי האובייקטיבי - כמה עשרות אלפי שקלים של התמונה? תשובה בהמשך.
   2. **נכס נד -** ויסמן מסיק מכך שס' 34 לא אומר מיטלטלין, אלא נכס נד - משמע ייחוד ס' 34 **רק למיטלטלין מוחשיים, ולא לזכויות.** לכן מיטלטלין מוחשיים מוכרע לפי ס' 34 לחוק המכר, ולא בס' המחיל גם זכויות.
   3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר -** הכוונה היא שאם קונים תמונה - צריך שזה יהיה ממישהו שמוכר תמונה ולא ממישהו שמוכר גרביים. למה להכניס את התנאי? שתי גישות:
      1. **אייל זמיר -** תנאי **אובייקטיבי** שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה**.**
      2. **דגן -** המטרה היא **תמרוץ** הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. פיתוח ממוחיות בתחומים שהם עוסקים.אם סוחר ידע שמי שונה אצלו יהיה מוגן בתקנת שוק רק אם הוא מתמחה בתחום מסוים, יגרום לסוחרים להתמחות בתחום מסוים, כשבאמצעותה, אנחנו מייצרים מנגנון הגנה שוקים מפני זיופים. כי אם הוא לא מומחה, הרבה יותר קל למכור לו דברים מזויפים. אם הסוחר יוכל להיות מתמחה, הוא זה שיוכל לפקח אם מגעות אליו סחורות גנובות. למשל: אדם שמתמחה באומנות, ידע לזהות זיופים או בדברים שנגנבו.
   4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו של המוכר -** תנאי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה, העדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס. תנאים מחשידים: מקומות שהם לא מקום עיסוקו הרגיל; שעות עבודה לא רגילות; רכישה רק במזומן - אמורים להדליק נורות אדומות ללמה הוא לא מוכר במהלך רגיל של עסקים.) צריך לבדוק שני דברים עיקריים: צריך לבדוק את כל המכלול - לפעמים יש הגיון בשינוי מהלך העסקים. הדבר השני: מה קורה אם הקונה הוא זה שדורש את שינוי מהלך העסקים הרגיל. (הקונה לא יספיק להגיע לחנות ומבקש לקנות מהבית) - האם הרציונל מתקיים כאשר הקונה הוא זה שמבקש את השינוי?
   5. **הקונה קנה וקיבל -** מיטלטלין בלבד, ובמיטלטלין הבעלות עוברת בעת המסירה, אלא אם יש תנאים אחרים בחוזה.רשותו של הקונה = גם אצל אחר מטעמו/שומר וכו'. חסרה שורה מהמצגת.
   6. **תום לב -** מתקיים לאורך כל התנאים עד להשלמת העסקה. תום לב סובייקטיבי, כולל שני סטנדרטים: ידיעה בפועל (האם ידעת שמדובר בנכס גנוב, וגם סטנדרט של עצימת עיניים (נסיבות מחשידות ועצימת עיניים מתוך כוונה להימנע מלברר את החשד). תום הלב הסובייקטיבי עולה מרציונל לתקנת השוק - תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב "זרימת הסחורות" ע"י חיוב בבדיקות. האם יש צורך בידיעה קונסטרוקטיבית? למשל האם רוכש רכב אשר שועבד במרשם יכול להיחשב תם לב? לא, כי זה יטיל עלינו כצרכנים לבצע בדיקה על כל מוצר שקונים -נפסק בפס"ד רוזשנטרייך.
2. **בחזרה לפס"ד כנען: שני מסלולים:**
   1. **מסלול פנימי בדיני הקניין: הרציונל**: אי עמידה בתנאי תקנת השוק. התוצאה שהשופטים סימנו את המטרה וכיוונו אליה היא שכנען צריכה להחזיר את התמונות. מסלול עוד יותר גרוע מהמסלול החיצוני: לקיחת מכשיר קנייני שנועד לאפשר מסחר תקין ומפרשים אותו בצורה קשה. בוחנים את נושא סוג הנכס ונושא התמורה.
      1. **סוג הנכס -** כיצד יש לסווג את הנכס (אולי לא מדובר בסוג נכס שהמוכר רגיל למכור.
      2. **תמורה -** גילוי בדיעבד של חיסרון תמורה. התמורה נבחנת על פי הבדיעבד- תמורה אובייקטיבית.

הסתכלות בדיעבד על חיסרון התמורה וסוג הנכס, היא בעייתית. שני הצדדים חשבו שמדובר בתמונה מסוימת ששווה 250 ₪. אם מאמינים שהרעיון הוא לאפשר מסחר שוטף, החלת הסתכלות של בדיעבד, כולנו נתחיל לחשוש ולוודא, ולחקור את המוכר אם מדובר במשהו שנזרק, או במעשה גניבה. מאבד את כל ההיגיון שבתקנת שוק. ההתבררות למפרע שמדובר בנכס אחר לחלוטין, וההכרעה פה היא על בסיס שיקול של מאזן המצוקה - מה שלא נעשה בתקנת שוק במקרקעין נעשה בתקנת שוק במיטלטלין. **במידה ומתברר שהנכס שונה ממהותו ממה שחשבנו בזמן המכירה, אנחנו נטיל אחריות על הרוכש- מה שיוצר בעיה גדולה.**

* 1. **מסלול חיצוני לדיני הקניין -** ע"י דיני החוזים. "עשיית עושר" - לא צריכות להיות מתנה משמיים. לא קשור לתקנת שוק, אבל מנסה להסביר את הנסיבות של פסק הדין, בטענה שמדובר בטעות משותפת: גם כנען וגם המוכרת לא ידעו שמדובר בתמונות מקוריות. (במבחן השאלה לא תהייה על המסלול החיצוני)
     1. **טענה א': ברק ואור:** טעות משתופת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה - עשיית עושר ולא במשפט. מגיעים למסקנה שצריכה להחזיר. **החיסרון: רלוונטי רק לטעות משותפת. דרך נוספת שברק מחיל: תום לב אובייקטיבי על העסקה הזו.**

1. **בשורה התחתונה, פסק הדין מחיל את מאזן שיקול מאזן המצוקה. הביקורת על פסק הדין:** בחינה בדיעבד של המציאות: האם אין מדובר בחתירה תחת הרציונל של תקנת השוק? **צריך להבין בין 2 סיטואציות במיטלטלין:**
   1. **הבעייתיות במכר המיטלטלין נוגעת לשרשרת האספקה:** יש לנו חוליה שחורה בשרשרת ההעברות של המיטלטלין עד להגעתם של הידיים של הרוכש האחרון. מה שמפריע לנו פה, זה שבאחת ההעברות של המיטלטלין האלה הייתה גניבה/זיוף: לקיחה של המיטלטלין מהבעלים המקורי שלא כדין, ולאחר מכן הן התגלגלו לידיים של הרוכש האחרון - סוג 1 של תקנת שוק במיטלטלין: **בדיקה של הנתונים בזמן אמת תום הלב שנדרש הוא סובייקטיבי שכולל שני סטנדרטים: ידיעה בפועל ועצימת עיניים.**
   2. **לעומת זאת, הסיטואציה השנייה בה מתברר בדיעבד שלא רק הייתה העברה שלא כדין בשרשרת ההעברות, אלא גם הנכס עצמו, ומהותו, שהועבר, היא לא זהה למה שחשבו הצדדים בשלב העסקה, בעיקר למה שחשב הרוכש האחרון - זה שטוען לתקנת שוק.** במצב כזה וכזה בלבד - שינוי במהות ובעלות של הנכס - **נבדוק על פי פס"ד כנען**, אנחנו נבדוק גם את סוג הנכסים, והאם זה סוג הנכסים שנוהג המוכר למכור. הבדיקה תהיה בדיעבד, ולכן אותה מוכרת בשוק הפשפשים, נופלת גם בשלב סוג הנכס - כי היא מכרה תמונות יוקרה, וזה לא מהלך העסקים הרגיל שלה, וזה לא סוג ממכר העסקים שהיא מוכרת. התנאי השני מדבר גם על תמורה, גם אותה בודקים בדיעבד: האם התמורה ששולמה בפועל ע"י מי שטוען לתקנת השוק, היא תמורה בת ערך, ביחס לשווי האמיתי של הנכס ולא השווי שעליו חשבו הצדדים בזמן העסקה.
2. **מה קורה אם אנחנו קונים מיטלטלין מיד 2, או מאדם פרטי? האם ניתן לטעון לתקנת שוק?** לא, אין הגנה מתקנת השוק. זאת, משום שהיא נועדה להגן על חיי מסחר, ולא נועדה להגן על אנשים פרטיים. הקונה מאדם פרטי לא מוגן מתקנת השוק, הפתרון הוא להתנות את התשלום בהעברת הבעלות: **תקנות התעבורה העוסקות בהעברת בעלות מחייבות את הבנק המקוון לבדוק זהות המתקשרים + אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה.**

**שיעור 24, 16.01.19**

**סקירה רצופה בתמצות של מה היה לנו השנה:**

1. **מהי הזכות של קניין: החלק התיאורטי: יהיה רלוונטי בעיקר בשאלת מחשבה:** 
   1. תפיסות של קניין: מה הן אומרות, יתרונות וחסרונות: ליברטארינית, קהילתנית, ליבראלית (פורמליזם מול ריאליזם)
   2. הערכים של הקניין: חירות, קהילה, אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, חירות, סביבה?
2. **נטילות שלטוניות של מקרקעין:**
   1. מקרה מורכב שמערב בעליז זכויות, קהילה, שלטון מקומי ושלטון מרכזי
   2. סעדים, מחויבויות, סעדים לקהילה
   3. חוק ההסדרה, חוק ההתנתקות
   4. ארועונים בסגנון הזה ייבדקו את מבחני המידתיות, שאלת הצורך הציבורי כן/לא, כל מה שקשור לנושא. כל הרכיבים של תחום ההפקעות. כשרות ההפקעה, המבחנים השונים, פיצוי
3. **מחוברים -** לא מופיע כמקרה בודד לרוב, אבל יש לו השלכה גדולה על ההשפעה מי מקבל את הנכס או הקרקע. השאלה המרכזית: נכס נפרד או חלק מהקרקע. לתשובה יש השפעה בעיקר בדיני תחרויות.
4. **שימוש לרעה בזכות -** רציונלים, ניאונסים בין שתי הפסיקות העיקריות (לא הספקנו להגיע להתחדשות עירונית, אבל יכול להיות שבמבחן זה יגיע דרך התחדשות עירונית)
5. **המשטר הקנייני בישראל -** בעלות, שכירות(וחכירה לדורות) רישיון במקרקעין - לבחון האם יש או אין. טענה של רישיון הרבה פעמים מגיעה גם כשיש טענה קניינית אחרת. + הגנת הבעלות והחזקה (סעד עצמי וכדומה).
6. **רכישה של דירה מקבלן:** חובת גילוי, בטוחות, איך פועלים כדי למזער ליקויים קוגניטיביים. כולל כל ההסתיגויות.
7. **דיני תחרויות.** הדבר הראשון זה זיהוי הצדדים. מן הסתם לא יהיו רק שני צדדים, אלא משהו יותר מתגלגל, גלגול של תחרויות וזיהוי של יותר צדדים. לכן צריך להבין מה תפקידו של כל אחד וביחס למי. בניגוד לשנים קודמות, השאלה הרבה יותר ממוקדת. זהות הצדדים, זהות המשאב וכניסה לתחרויות השונות ופעולה באופן סיסטמתי.
8. בתים משותפים ושיתוף יכולים להיות במבחן.

* הערה כללית: גם מי שיעלה על כל הנקודות העיקריות ולא יישם על נסיבות המקרה, זה לא ייתן את מלוא הנקודות. חייבים ליישם את הדברים לפי המקרה הספציפי. מי שלא מיישם ירדו נקודות, גם אם התוצאה נכונה. לא לשכוח לציין סעיפים ופסיקה, וליישם. אין חריגה. חריגה לא תיבדק!! צריך לכתוב בצורה ממוקדת ולא לשפוך את כל המחברת.
* חייבים לטעון גם את כל טענות הנגד. אם לא ירדו חצי מהנקודות. עם זאת חשוב לא לטעון סתם נקודות - יש מגבלת מקום. לא לפתח טענות לא רלוונטיות.

**המבחן עצמו**: שלוש שאלות, שלוש שעות(הרבה מאוד זמן, ואין סיבה לשבת בכל שלוש השעות, אפשר גם שעה וחצי - שעתיים. מגבלת מקום כללית של 5 עמודים. יש המלצה לכל שאלה כמה עמודים מומלצים לכל שאלה.

1. 50% שאלה ראשונה, המלצות: (העמוד החמישי הוא מיותר לאקסטרה)
2. שאלה שנייה : 35%: אירועון קצר יותר / שאלת מחשבה: הצעת חוק שמבקשת לשנות מצב קיים. התייחסות לשינוי , ולערכים שעומדים מאחרוי, איך זה ישפיע וכו'.
3. שאלה שלישית: שאלת מתנה, 15%: ברמת הציטוט/אמירה, שאמורים לחוות דעתנו על בסיס ערכים. אין סיבה לא להצליח לקבל את מלוא 15 הנק'.