**מחברת קניין מתומצתת**

**נושא א: הקניין הפרטי**

1. **הזכות הקניינית**

**כללי**

1. **הזכות לקניין -** הוגדרה במשפט הישראלי כזכות חוקתי שניתן לפגוע בה לפי תנאי פסקת ההגבלה.
2. עם זאת, **לא כל פגיעה בזכות קניינית/קביעה שנעשית ביחס לזכות קניינית היא בהכרח פגיעה שתדרוש בחינה של תנאי פסקת ההגבלה** (פטנט, חלוקת רכוש בגירושין, זכויות יוצרים: מגבלות זמן, רישיון כפייה, חלוקה שווה וכדומה).

**ייחודיות הזכות לקניין - התיאוריה הקניינית**

1. **התיאוריה הקלאסית -** לבעל הזכות יש זכות ביחס לנכס. בשונה מזכות חוזית בה הזכות היא כנגד אדם אחר ולא כנגד הנכס עצמו. **הבעיה:** קשה לדבר על חפצים בתור מושאי זכויות.
2. **התיאוריה הפרסונלית -** מתמקד בהיקף. לפיכך, גם בזכות חוזית וגם בזכות קניינית מדובר ביחסים משפטיים ביחס לאדם אחר. ההבל: בזכות קניינית המערכת היא למול כל האנשים בעולם, ובזכות חוזית המערכת היא רק מול האדם איתו נכרת החוזה. **הבעיה:** מבחינה באופן מעשי בלבד ולא באופן מהותי בין הזכות הקניינית לזכות החוזית. ההבדל הוא רק כמות האנשים ולכן יש בעיה להבחין.
3. **התיאוריה המודרנית קלאסית -** משלבת את שתי התיאוריות - עליה מסתמך המערב ומאמץ אותה בשיטת המשפט המודרנית. המייחד את הזכות הקניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס ומעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית.(דוג' מובהקת - זיקה בלתי אמצעית לנכס של הבנק במשכנתא). בזכות הקניינית, הזיקה הבלתי אמצעית היא לנכס עצמו.

**תפיסות קנייניות - מהו קניין?**

1. **William Blackstone -** ברגע שאדם הופך לבעלים, הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה עם המשאב הזה, ואף אחד לא יכול לעשות שום דבר עם הקניין שלו (הגישה הליברטינית, תפיסה שמקדשת את החירות, במקרה זה את חירות הבלים). שני דברים שנגזרים מגישה זו:
	1. גם לבעל קניין אחר יש מונופול על הקניין שלו (שלי שלי שלך שלך)
	2. כל גריעה ממה שיש לי תיחשב כפגיעה בקניין.
2. **התפיסה ההופלדיאנית -** יש להסתכל על קניין באופן מודולרי: לפעמים הזכות לקניין היא רחבה ולפעמים הזכות לקניין היא מצומצמת. (לדוג': שכירות היא זכות מצומצמת). משמע, לא כל גריעה מהווה פגיעה בקניין.

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

**חלוקה של 3 תפיסות קנייניות שמשפיעות על הדרך בה בתי המשפט בישראל מתייחסים לדיני הקניין:**

1. **מישור תורת משפטי -** מפריד בין גישה פורמליסטית (צורנית) לגישה ריאליסטית. גישה פורמליסטית: הליכה בצמוד לחוק. ביקורת: לא גמישות. תפיסות קניין ריאליסטיות: תפיסות שהולכות ע"פ חוק, אך נותנות משמעות למציאות במקרה הספציפי. ביקורת: חוסר וודאות, כפיפות לשיקול דעת של השופטים, פסיקות אד הוקיות. המצב בישראל: בין לבין.
2. **מישור התחולה -** מפריד בין תפיסות מוניסטיות (תפיסות שמבוססות על ערך אחד) לתפיסות פלורליסטיות (מרובות ערכים). **מוניסטית:** ערך חירות הבעלים כערך אולטימטיבי. אם ערך חירות הבעלים נפגע, יש פגיעה בזכות הקניינית. דוג' מוניסטית אחרת: רווחה מצרפית/יעילות **תפיסות פלורליסטיות:** תפיסות שעושות איזון בין ערכים שונים, ולא מכריעות ע"ב ערך אחד בלבד.(איזון בין ערכים).
3. **מישור נורמטיבי - להשלים!!**

**מאפייני הזכות הקניינית**

1. **שליטה וניהול -** בכל זכות קניינית חייב להיות אלמנט של שליטה וניהול. אם האלמנט לא קיים, כנראה שהזכות אינה קניינית.
2. **שימוש -** שימוש חופשי בקניין. האם? כנראה שלא יהיה ניתן לעשות ככל העולה על הדעת בנכס בעל אינטרס ציבורי. יש מקומות שהמחוקק עושה איזון בין הזכות הקניינית לערך הציבורי (כמו בשימור בניינים).
3. **העקיבה והעדיפות -** היכולת לעקוב אחרי הזכות שלי. רלוונטי לדיני תחרויות ותקנות שוק.היכולת לעקוב אחרי הנכס, ולמי תינתן העדיפות בתחרות על הנכס.
4. **עבירות -** הבעלים יכול להעביר את הכנס לאדם אחר, זכות מוגבלת, למשל בירושה: אפשר להגביל את הירושה בשתי דורות קדימה. (למה? שיקול כלכלי, אי אפשר לדעת מעבר לשני דורות מי יהיה מוצלח יותר לניהול ההון, ושיקול חברתי - אם לא היו מגבילים, בעלי ההון היום היו רק גברים לבנים ולא היינו יכולים לעשות שינויים חברתיים).
5. **חיובים -** בעלי קניין תמיד יהיו מחויבים כלפי הקהילות שלהם, למרות הנאמר בגישה ליברטארינית. (חובות כלפי היישוב והקהילה; הפקעות קהילתיות) - הזכות כפופה לחובות שנלמדות מהזכות ולא מחובות חיצוניות.
6. **פומביות -** חשיבות גדולה לפומביות מאחר ולא מדובר בחוזה פרטני, אלא בגישה וזיקה בלתי אמצעית לנכס שמחייב את כל העולם. לכן כל כך חשוב הרישום בטאבו.
7. **עקרון הרשימה הסגורה -** סט מוגדר של מוסדות קנייניים, בשביל לדעת מראש מה הזכויות והמגבלות בכל מוסד קנייני. למשל: סט מוגדר של חובות וזכויות ביישוב קהילתי. שני טעמים: **(א) טעם כלכלי** - פעולות שוק מבוססות יציבות וודאות **(ב) טעם נורמטיבי:** המחוקק צריך להגדיר מה האיזון הערכי במוסד הקנייני ולקבוע מראש את הסט של החובות והזכויות.
8. **רכושיות**
9. **קניין פרטי - למה?**
10. **שלושה משטרים של קניין:**
	1. **קניין פרטי -** אנשים פרטיים יכולים להיות בעלים של נכסים ומשאבים
	2. **קניין קולקטיבי -** החברה כולה מחזיקה בקניין כולו, משטר שלא מאפשר משטר פרטי.
	3. **קניין משותף**
11. **המשטר הקנייני בישראל הוא משטר של קניין פרטי. מדוע? מס' הצדקות:**
	1. **הצדקת החירות -** ההצדקה הבולטת ביותר. ככל שהקניין הוא פרטי יותר, לאנשים יש יותר נכסים משל עצמם, הם יותר עצמאיים ופחות תלויים וכפופים למדינה וחברה, יש להם יותר בשביל לפעול ולממש את עצמם. (בברית המועצות לא היה להם את הכוח להתנגד למשטר כי לא היה להם קניין פרטי). בשורה התחתונה: מתן אוטונומיה. היכולת של אדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו. **רוברט נוזיק, הוגה ליברטריני טהור אומר שכל דיני הקניין בכל מקום צריכים להתבסס על 3 כללים (כאשר כל מדינה צריכה לקבוע בעצמה מהם הכללים האלה:**
* **כלל תפיסה תקפה -** כללים שמגדירים את רכישת (תפיסת הנכס). לדוג': בעלות דירה בישראל מחייבת רישום בטאבו.
* **כלל העברה תקפה -** כללים להעברת הקניין ע"מ שהמערכת תזרום ותתפקד באופן תקין.
* **כלל תיקון -** כללים להתגברות הקשיים.(למשל: גניבת רכוש).

**ביקורת על הצדקת החירות:**

1. **ביטוי עצמי באמצעות קניין -** האם אנחנו רוצים שאנשים יגדירו את עצמם באמצעות הקניין שלהם? האם זה חשוב מה גודל הבית ומה סוג הרכב שיש לאדם?הביקורת אומרת שזו הפחתה של משמעות החירות: רכישת והפגנת עושר לעומת 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 זכויות של קניין פרטי יש זכויות אחרות, זה אומר שאחרים לא יכולים להשתמש בקניין הזה. לכן, במשטר של קניין פרטי צריך לדאוג שלכולם יהיה קניין. לדאוג שלכל אדם יהיה המינימום לחיות בכבוד.
	1. **הצדקת העבודה -** גישה המזוהה עם ג'ון לוק ומרכזית בתפיסה האמריקאית. נקודת המוצא: למעט גוף האדם ששייך לאדם באופן ספציפי, הקרקע, וכל שקיים בעולם, ניתן לכולם, ולכן כולם בעלים במשותף, לכן המשטר הקנייני הוא קולקטיבי. קניין פרטי יהיה מוצדק רק אם האדם מפקיע את הנכס באמצעות עבודה והופך אותו לשלו. לדוג': קטיפת תפוח. התפוח שייך לכולם, אבל ברגע שקטפתי אותו, עשיתי פעולה- עבדתי, רכשתי בעלות פרטית על התפוח. **שני סייגים:**
3. **שאריות ואיכויות -** יהיה מותר לעשות זאת רק אם יישאר מספיק ובאיכות טובה גם לאחרים.
4. **"בל תשחית" -** אפשר לקחת רק מה שנחוץ ולא מעבר. אנחנו רוצים ששפע וברכה ימשיכו לשגשג, לכן צריך לתת גם לאחרים את האפשרות קניין פרטי, אחרת הם יגוועו ברעב.

**ביקורת על תפיסת העבודה:**

1. **חוסר במשאבים -** הגישה מתארת מצב אוטופי, אבל בתכלס אין מספיק משאבים, מה שהופך את התפיסה ללא רלוונטית. אין באמת יכולת להשאיר לכולם מספיק באיכות גבוהה.
2. **תיאוריית הערבוב -** (ביקורת של נוזיק) - מתודולוגיה בעייתית. לא באמת מסבירה למה צריך קניין פרטי (שפיכת מיץ עגבניות באגם הופכת את האגם לשלי לפי תיאוריה זו). סתם עבודה לא רלוונטית לא באמת מצדיקה קניין פרטי.
3. **עבודה מינימלית -** האם היא מצדיקה תפיסה של כל הנכס? נגר שהשקיע ימים מול יצירת אומנות מעץ מול מישהו שרק קטף תפוח. האם כל ערבוב כוח מצדיק העברת בעלות על כל עבודה שהוא עושה? בלי קשר למידת ההשקעה? או שיש חשיבות להיקף העבודה המושקעת.

**התמודדות עם הביקורת על תפיסת העבודה:**

1. הרציונל הוא תמרוץ אנשים על עבודה, התנהגות ראויה. תפיסת העבודה כגמול. התמריץ יהיה רק על התנהגות ראויה והשקעה ראויה של התנהגות באופן מידתית לתרומה, להשקעה, וביחס לצרכים הציבוריים. כך, הסיבה שנותנים לאנשים עובדים זכויות קנייניות היא כי אנחנו רוצים לתמרץ אנשים לחשוב ולעבוד. אנשים שמשקיעים ועובדים בפיתוח דברים חיוביים לחברה זכאים לקבל גמול. וככה הם גם מתמרצים אחרים לעשות את זה.
	1. **בעיית הפעולה המשותפת - שלוש טענות:**
		1. **סירוב אנשים לשתף פעולה -** קשה מאוד לגרום לאנשים לגבור על האינטרס הפנימי שלהם ולשתף פעולה עם אחרים, בטח במצבים בהם אין תוצאות במידית**.** (טרגדיית השיתוף במרעה, דילמת האסיר - הוכחות לכך שאנשים מעדיפים להרוויח בטווח זמן מידי ובדרך להפסיד, על פני לשף פעולה).  **לכן, רק באמצעות קניין פרטי אפשר לשמור על משאבים, כי רק לבעלים הפרטי יש אינטרס גדול לשמור על הנכס, ולדאוג שלא ייהרס.**
		2. **נכון לנתח כלכלית בגלל שהניתוח מפנים ערכים והחצנות של המשטר הקנייני על גורמים חיצוניים -** הניתוח הכלכלי כולל פגיעה בשופים, בדורות הבאים, לכן נכון לנתח כלכלית איזה משטר קנייני הוא נכון.
		3. **אבולוציה של דיני ומושאי הקניין -** היום אפשר לראות מה קורה בכר המרעה, ולבדוק אם מישהו מרמה. במצב בו עלויות הפיקוח והתקשורת הן זולות יותר, לא בטוח שהרווחה המצרפית תחייב בהכרח מצב של קניין פרטי. עם עלויות זולות של תקשורת ומידע, ניתן להיות במשטר קולקטיבי, תוך פיקוח זול על אזרחים שעלולים לנצל יתר על המידה את המשאבים. משמע, צריך לבחון מעת לעת את המשטר הראוי בהתאם לשינויים אבולוציוניים, ולבחון (לפי גישתו של דמשטשז) האם הטענה של הארדינג לפיה הגדלת הרווח המצרפית מחייבת קניין פרטי, צריכה להיבדק מחדש.
	2. **הצדקת האישיות -** (מרגרט ריידן) - האדם חייב להיות בעלים של קניין פרטי כיוון 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. אם לא יהיה לי קניין עצמי, אני מאבד חלק מהאני שלי. מבחינה יישומית, תינתן הגנה חזקה יותר לנכסים שקשורים לגרעין אישיותו של האדם (כמו בית מגורים) והגנה חלשה יותר על נכסים שרחוקים מאישיותו של האדם).
	3. **הצדקת הקהילה -** מתן אפשרות למוסדות קנייניים שונים - כדי שאנשים יוכלו לחיות את חייהם באופן בו הם רוצים לחיות. לכן נותנים להם מוסדות קניינים שמבטאים את השוני הזה. 3 תפיסות עקרוניות בספרות:
		1. **תפיסה ליברטארינית של קהילה -** קהילה היא אוסף של פרטים. אנשים יכולים לחבור זה לזה וליצור קהילה, אבל ברגע שהפרט ירגיש שהקהילה גוברת עליו או מכריחה אותו לעשות משהו שהוא לא רוצה לעשות, או מצמצמת את האינדיבידואליות שלו - היחיד תמיד ייגבר. לפי תפיסה זו, הקיבוץ ההיסטורי אינו מוסד קנייני רלוונטי וראוי נורמטיבית.
		2. **תפיסה קהילתנית -** תפיסת עולם קולקטיביסתית, הכלל קובע לגמרי על היחיד. וויתור על הקניין הפרטי למען טובת הכלל.הכלל תמיד ייגבר.
		3. **תפיסה ליבראלית -** מאפשרת קהילה, אבל באופן מוגבל. היכולת של הכלל לכפות על הפרט את החלטות הקהילה צריכה להיות מוגבלת.הכלל גובר אך מוגבל.

**שלושה שלבים בקהילה:**

1. **הכניסה לקהילה -** התערבות המשפט בכניסה לקהילה?
2. **המשטר בקהילה -** התערבות המשטר במדיניות פנימית של קהילות?
3. **היציאה מהקהילה -** התערבות המשטר ועד כמה ביציאה מקהילה? (הוצאה, מחויבות לקהילה, מגבלות על הזכות ליציאה, החלטה של קהילה להוציא חבר).
	1. **צדק חלוקתי -** מה ההשפעה של הגנה קניינית על צדק חלוקתי? האם צריך לתת לזה משקל? מחלוקת גדולה. שני חוקרים, בין היתר, שאומרים שצריך לתת מקל נסמכים על שני טיעונים: טעם חיצוני: הפעולה של חלוקת הזכות היא חלוקתית בבסיסה: המדינה מקצה וקובעת מי יקבל את הזכות, לכן כבר בתוכה היא מתייחסת לחלוקה המצרפית. טעם פנימי: בכל שאר ההצדקות יש אלמנטים של צדק חלוקתי שצריך להתמודד איתן.
4. **קניין פרטי - במה?**

**כללי**

1. באילו נכסים, באיזה סוג, רוצים לתת קניין פרטי?
2. באיזה מושאי קנין לכאורה, אנחנו לא מוכנים לאפשר עבירות או המרות של נכסים?
3. כדי להחליט, צריך קודם כל להסתכל בהצדקות , בתכליות למעשה, אותן הזכות תקדם. זה השלב הראשון. אם שואלים במבחן האם להעניק זכות קניינית, התשובה צריכה להתחיל בהצדקות - כלומר בתכליות: מתמרץ/קשור לגרעין האישיות/מרחיב את החירות וכו'. (פסד מקדונלד, חוק הדיור הציבורי, חוק הדיור המוגן, חוק המקרקעין בתים משותפים - כולם לא בעלות רגילה, וכולם לוקחים בחשבון ערכים אחרים).

**הקניין החדש - האם לתת קניין כן/לא?**

* **הקניין החדש, הקניין של צ'ארלס רייך -** האם שלילת הזכות לפנסיה זו פגיעה בקניין? או זו מתנה שהמדינה נותנת, וברצונה היא נותנת וברצונה היא לוקחת. טענתו של רייך היא שבמציאות של היום בה אנשים תלויים בגמלאות אלה, כאשר הפנסיה מנוהלת ע"י רגולציה מדינתית, מדובר בבעלות על זכות קניינית של קצבאות. נושא זה נדון בשני פסקי דין:
* **פס"ד מנור -** עדכון וקיצוץ קצבאות, מהווה פגיעה בזכות קניינית? לפי רייך, במציאות המודרנית שלנו זו זכות קניינית. ברק בכלל לא מדבר על זכות קניינית וקובע שבגלל שמדובר בחיסכון של אזרחים של עצמם לתקופת הזקנה, הרי שמדובר בזכות קניינית. אם לא היה מדובר בחיסכון אלא בהטבה, רק אז היה אולי צריך לבדוק אם לאמץ את הקניין החדש.
* **פס"ד מנחם -** רישיון המוניות ופתיחת השוק. בשורה התחתונה, לבתי המשפט הייתה הזדמנות בשתי פסקי הדין האלה לאמץ ולהחיל את הקניין החדש בישראל, אך בכל פעם הוא יצל פתח מילוט אחר ולא עשה זאת.
* **אינטרס ההסתמכות בקניין -** העובדים שכל חייהם מסתמכים על המשך פעילות ושל המפעל כנדבך מרכזי לניהול החיים שלהם. אינטרס שמצמיח לעובדים זכויות קנייניות במפעל למקרה שהבעלים עוזב. אם הבעלים נשאר, אינטרס ההסתמכות שלהם נשאר, ואין בעיה. בסופו של דבר סינגר חזר בו מהתיאוריה, בגלל שתי בעיות מרכזיות:
	+ - 1. **האינטרס הוא בעייתי כשלעצמו -** בגלל שהוא מעגלי. אם לא היינו קובעים זכות לא הייתה להם סיבה להסתמך. ההסתמכות מתחילה עם הקביעה וההגדרה.
			2. **לא ישים בפועל -** היה יוצר בלגן עצום. צריכים להיות נורא ברורים, אחרת זה יוצר כאוס. לא ישים.

**במה לא קניין פרטי**

1. סחר באיברים ובנכסים שלא בהכרח היינו רוצים לראות בהם קניין עם מאפייני עבירות, נכון להגביר או להגביל?
	1. **להגביר -** אם ניקח את הדוג' של סחר באיברים, מלאי האיברים בשוק יגדל. איכות חייהם של רבים ישתפרו ואף ינצלו. בנוסף, ימנע שוק שחור: בהיעדר מיסוד לא ניתן יהיה להתערב. (כמו בזנות). טיעון ההגברה אומר להכשיר משהו גרוע כדי לא להכשיר משהו גרוע הרבה יותר. כדי להימנע מהפעילות הפלילית בצרכנות שממילא יצרכו אותה, יש צורך בהכשרת הפעולה ובפיקוח עליה.
	2. **להגביל -** בעיה חלוקתית (רק עשירים יוכלו לקנות ועניים יקצרו לעצמם את האיברים כדי למכור ולהרוויח), מסחור של טובין אישיים, החצנות על צדיים שלישיים (הילדים שנולדו מהאם הפונדקאית, צריך לשים את טובת הילד במרכז).
2. **קומודיפיקציה - מסחור.** האם להפוך דבר לסחיר שניתן לסחור בו? רוב הטיעונים בספרות אומרים שלא להפוך כל דבר לסחיר. שני טיעונים מרכזיים:
	1. **השחתה -** אם כל דבר יהיה ניתן למסחור אנחנו נשחית ונוזיל את ערך המשאב. (שליטה במוצר - בחירת צבע שיער ועיניים לילדים; יחסי מין ממוסחרים נעדרי אלמנטים חשובים; ארוחת ערב אצל החמות עבור תשלום - מעקרים את משמעות הפעולה).
	2. **כפייה -** כפייה על החלשים בחברה להשתתף בסחר הזה: אישה ענייה תתחיל למכור ילדים, למכור את עצמה לזנות - אם זה יהיה לגיטימי, החברה תדרוש ממנה להסתדר בכוחות עצמה לפני שהיא באה לבקש קצבאות.

**נושא ב: הבעלות**

1. **תחום הבעלות**
2. **ס' 13:** עסקת מקרקעין חלה על כל הקרקע, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים מהמקרקעין, למעט החריגים. זאת, מפני שיש חשש מפני פיצו יתר של הקרקעות - יוצר סיבוך ובלגן מיותר. **האם השוק לא יודע להתמודד עם פיצול יתר? שתי תשובות:**
	1. **כשלי שוק -** אין שוק תקין לגמרי, ויש גם כשלי שוק, לכן אנחנו מבקשים למנוע את המצב מלכתחילה.
	2. **שנאת סיכון ציבורי -** בגלל שמדובר בגוף ציבורי, שמנהל משאב ציבורי, קיימת שנאת סיכון מובנית, שעדיפה לא לצאת לסיכונים אתגרים והרפתקאות כשמדובר במשאבים ציבוריים.
3. **חריגים שיש להם תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין:**
	1. **בעלות נפרדת בדירות -** ס' 54 לחוק המקרקעין, דירה בבית משותף. בגלל שזה מוסד מעורב: בעלות פרטית על הדירות ובעלות משותפת על הרכוש המשותף.
	2. **זיקת הנאה - ס' 93(ג) , זיקת הנאה -** יכולה להיות בהסכם משתיקה מכוח שנים וכו'. יכולה להיות על חלק מסוים במקרקעין. **(פס"ד כריית חול)**
	3. **הפקעות של מקרקעין -** כאשר המדינה לוקחת את השטח של אדם פרטי לצרכיה. מאחר והפקעה אינה עסקה, היא אינה נכנסת לגדרי ס' 13. **(פס"ד אקונס)**
	4. **שכירות -** החריג המרכזי של ס' 13. ס' 78 לחוק המקרקעין.
* **פס"ד לוסטינג -** הסכם חכירה לדורות נכנס תחת גדרי ס' 78, ולכן גם הוא חריג לס' 13. המשמעות של פסק הדין כמעט מרוקנת את ס' 13 מתוכן.
	1. **ירושה -** ס' 6 לחוק המקרקעין. אין כאן מוכר או קונה מרצון, אלא סוג של הנחתה. לירושה יש את הסייגים שלה, אבל הם אינם כפופים לס' 13. עם זאת, בנחלה חקלאית לא ניתן שיהיו שניים שיהיו בעלים משותפים, רק אחר. הרציונל - מישהו אחד שינהל את המשק.
1. **ס' 11:** מתחם בעלות המקרקעין לעומק ולגובה. מלמטה, (בכפוף לדיני מים, נפט, משאבים ואוצרות טבע - בשונה מארה"ב). עד למעלה (לא כולל מטוסים ובכפוף לכל דין, בלי שיוכל למנוע מעבר בחלל הרום.)

**מחוברים לקרקע**

1. **ס' 12:** מחוברים לקרקע. הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה. מתי נכס מאבד את האופי שלו כמיטלטלין והופך להיות מחובר לקרקע? ויסמן אומר שפירוש טכני של ס' 12 מביא לתוצאות אבסורדיות, כי כמעט כל נכס ניתן להפרדה, מבחינה פיזית, לכן לא יכול להיות שזו מטרת הס'. לפיכך, ויסמן מציע לאמץ שלושה מבחנים **בנוסף למבחני המידתיות, לפיהם ניתן יהיה לדעת מי הנכס נכנס לגדרי ס' 12:**
	1. **מבחן החיבור הפיזי -** חייב להיות חיבור פיזי כלשהו. האם לא ניתן לנתק מבלי שייהרס/האם למיטלטל אין קיו ללא החיבור וכדומה. חייבים להתייחס למבחן הזה. עם זאת, זה לא חזות הכל, ואחרי שראינו שזה מחובר, עוברים למבחן הבא.
	2. **מבחן סוג הנכס -** מה המאפיינים של הנכס, האם טיבו להיות מחובר לקרקע או מנותק מהמקרקעין. מבחן פונקציונאלי מבקש לבחון האם הנכס המחובר נועד להיות מחובר באורח קבע.
	3. **מהחן הכוונה -** מה הייתה כוונתו של בעל הנכס? כוונת הצדדים. סובייקטיבי או אובייקטיבי? מבחן הכוונה הוא סובייקטיבי כלל האפשר בכל הנוגע לצדדים קרובים (כוונת הצדדים עצמם, בעלי הדין שנמצאים בסכסוך) ואובייקטיבי ככל האפשר לצדדים רחוקים - למי שלא היו מעורבים בשלבים הראשונים, גורמים שלישיים למשל או נושים.
2. **הפסיקה מוסיפה מבחני מדיניות נוספים:**
	1. **מונע הנזק הזול -** בירור של מונע הנזק הזול לבדוק מראש לגבי מחוברים, שיקול משמעותי בדיני תחרויות שנועד לתמרץ את הגורמים למנוע סיבוכים שכאלה.
	2. **שיקולים רלוונטיים נוספים** - וודאות השוק, עידוד פעילות כלכלית, שיקולי יעילות מצרפית,תמרוץ השוק, תקנות השוק והתמודדות של השוק.

**אוצרות טבע ועתיקות**

* **בג"צ הממונה על הנפט -** ס' בו כתוב שהמפקח רשאי להעניק זכויות הובלה לחברות שקיבלו זיכיונות לקידוחי נפט. חשין, בפעם יחידה, מאמץ את הגישה שקניין בנוי מכמה מוסדות שונים ועושה איזון בין ערכים (לא רוצה מונופול שייפגע ביעילות וברווחה המצרפית של קידוחי הנפט למשל).
1. **מהות הזכות ומגבלותיה - משפט פרטי**
2. **ס' 14 -** בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. ס' 14 קובע שהזכות הקניינית כפופה להימנעות מגרימת נזק או אי נוחות לאחר.
* **פס"ד שלב נ' הררי מואב -** פס"ד משקשה על הצורך של ס' 14. לפני החלוקה לשלוש חלקות, המשאיות היו עוברות בחלקות האחרות כדי להגיע לשטח. אחרי החלוקה, בעלי החלקה דרכה עוברות המשאיות דורשות תשלום. בית המשפט מתיר ואומר שאחרת אין משמעות לזכות הקניינית. רוצה לעבר? תשלם. לגיטימי.
* **פס"ד רדמוליסקי נ' פרידמן -** הדייר המוגן והטלוויזיה.הבעלים עשתה שימוש דווקני בזכות שלה לא רק בשביל אינטרס כלכלי, אלא גם תוך פגיעה במוסד קנייני שהמחוקק יצר - הדיור המוגן.
* **פס"ד רוקר נ' סלומון -** מצמצם מאד את ס' 14 והופך אותו לכמעט חסר משמעות ע"י דעת הרוב. אחרי פסק הדין כמעט לא היה שימוש בסעיף עד לנושא של התחדשות עירונית. **מה קרה? התקבל היתר בנייה ללא הסכמה (השכנים ביקשו להרוס את מה שנבנה בלובי).**
	+ 1. **אנגלרד -** יעילות כלכלית, לא צריך להרוס את מה שכבר נבנה, מאזן נזקים.
		2. **טירקל חשין ולוין -** צמצום ס' 14 למען ערך החירות.
		3. **ברק -** עיצוב המחוקק למוסד הקנייני שנותן אופי למשאב, הבית המשותף במקרה זה. איזונים ערכיים במוסדות קנייניים שמשליכים על חירות הבעלים.
1. **המשטר הקנייני בישראל**
2. המשטר הקנייני של ישראל, 93% מהקרקע הם בבעלות ממשלתית, ורק 7% בבעלות פרטית. קיימים שלושה גופים שמחזיקים את 93 האחוזים האלה:
	1. המדינה/רשות מקרקעי ישראל מטעם המדינה
	2. **רשות הפיתוח -** מחזיקה בקרקעות שהולאמו בעבר (קרקעות שהיו של אנשים פרטיים שהולאמו ע"י המדינה בשנות הקמת המדינה)
	3. **קק"ל -** מבחינת המדינה מדובר בגוף פרטי שהיה אמון על רכישות קרקעות בישראל עוד לפני קום המדינה באמצעות תרומו של יהודים מחו"ל. עם קום הדמינה, הארגון חתם על אמנה עם המדינה, שהבעלות של הקרקעות תישאר בידי קק"ל, אבל המדינה תנהל את הקרקעות האלה באמצעות רשות מקרקעי ישראל, כאילו הן שלה.
3. המנגנון הישראלי להתגבר על העובדה שהבעלים של מרבית מהקרקעות בישראל היא המדינה הוא מנגנון החכירה, מנגנון שמבחין בין המגזר העירוני והמגזר החקלאי.
	1. **המגזר העירוני -** מנגנון חכירה לטווח ארוך, 49+49 שנה. רוב מוחלט של בעלי הדירות בישראל הם שוכרים לטווח ארוך של המדינה. בפס"ד לוסטינג, בית המשפט אמר שכשיפוגו החוזים, הוא כבר רואה את זה כבעלות, והמנהל צריך לחדש את חוזה החכירה בתם ההסכם.
	2. **המגזר החקלאי - זכות חלשה יותר בדמות רישיון במקרקעין. עם זאת, המדינה בהדרגה מאפשרת העברת זכויות חכירה גם במגזר החקלאי. רישיון זה בר רשו, אך לא זכות קניינית. זכות חלשה שנתונה לשיקול דעתו ולרצונותיו של בעל המקרקעין. זו זכות חוזית, ולא זכות קניינית שמקנה זיקה בלתי אמצעית לקרקע (כמו בהסכמי משבצת בקיבוצים).**
4. **מדוע המדינה עושה זאת?** בספרו של פרופסור חיים זנדברג על חוק יסוד: מקרקעי ישראל, מפורט הרציונל הכלכלי (וגם חשש ביטחוני). עם זאת, הסיבה המוסווית בספר היא סיבה פוליטית, המדינה לא רוצה שללא יהודים תהיה גישה ישירה למשאבי קרקע ולרכישת קרקעות בישראל, חוסר רצון שכל סוגי הקהילות יוכלו להקים יישובים.
5. רחל אלתרמן, האם באמת יש הכרח להשאיר את מרבית הקרקעות בניהולה של המדינה. לדעתה לא, ובמאמרה היא עוברת על המשטרים האפשריים:
	1. **הלאמה מלאה של זכויות הקרקע -** המדינה מחזיקה את כל המקרקעין במדינה והיא מחליטה מה ואיך לעשות איתם. מכפיפה את כולם במובן מסוים לשלטון וכל גורם שרוצה להקים יישוב צריך אישור והקצאה של קרקע. מה שלא קיים ברוב מדינות העולם. בעולם אתה קונה קרקע ומקים יישוב. בישראל אין חיה כזאת.
	2. **הפקעה מסיבית -** הקרקע היא בבעלות פרטית, אבל המדינה יכולה לבצע הפקעות מסיביות, באופן שישמור בידיה את הכוח להלאים בכל מצב שתצטרך, ע"פ הקריטריונים שתיצור לעצמה. לא ברור מה מהשניים יותר גרוע, הפקעה מסיבית עלולה להיות מאוד שרירותית.
	3. **רכישה לצורך בנק קרקעות -** המדינה לא מפקיעה אזורים שלמים, אבל היא מפקיעה יותר ממה שהיא צריכה כדי לשמור לעצמה אקסטרה לעתיד לפרויקטים אחרים.
	4. **איחוד קרקעות וחלוקה מחדש - רפצלציה.** בניגוד להפקעה רגילה, המדינה תשאיר חלקים קטנים מהחלקה אחרי ההפקעה, שיהיו שווים הרבה יותר.
	5. **הפקעה נקודתית** - הפקעה שנדרשת למטרה ציבורית מסוימת. נותנים לבעלים פיצויים ולא קרקע.
	6. **תכנון ציבורי -** שליטה באמצעות תכנון ולא באמצעות הפקעות. המדינה משנה את ייעוד הקרקע, מה שיתמרץ את הבעלים למכור אותה (למשל שינוי ייעוד לבית ספר - המדינה לא תפקיע את הקרקע, אבל שינוי הייעוד יתמרץ אותו להיפטר ממנה).
	7. **שוק חופשי ללא התערבות**
6. **האם נכון יהיה לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית? 2 סיבות: כשלי שוק והצדקות חברתיות.**
	1. **כשלי שוק**
		1. **הטרגדיה של השיתוף -** לא רוצים סחיטה של בעלים פרטיים את המדינה.
		2. **שמירה על משאבים לדורות הבאים**
		3. **טיפול בהחצנות -** צריך לקחת בחשבון את ההשלכות אם לא תהיה התערבות מדינתית: למשל, יהיה מספר מצומצם של בתי חולים כי לא תהיה למדינה את היכולת לקנות כלכ ך הרבה קרקעות.
		4. **שליטה בעיתוי הפיתוח -** אם משאירים את הבנייה והפיתוח בידי גורם פרטי בעל אינטרס גדול, השליטה תהיה רק אצל אדם פרטי, שלא בהכרח דואג לאינטרס של טובת הכלל.
		5. **פערי מידע -** גורמים פרטיים מחזיקים אצלם הרבה מידע שעלולים לעכב פיתוח פרויקטים, שהמדינה והחברה צריכות כנראה. אם המדינה לא תוכל להציע מבני שיטור/כיבוי אש/בתי ספר/בתי חולים, בגלל כשלי שוק, המדינה תפשוט רגל ולא תוכל למלא את תפקידה.
	2. **הצדקות חברתיות:** קידום ערכים פוליטיים, ביטול פערים חברתיים, הערכות להתמודדות עם משברים, מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות.
7. **אז למה לא הפרטה מלאה?** כי יש מוצרים בסיסיים לכל אזרח. יש מוצרים שלא רוצים להפריט בצורה מלאה.

**מקרקעי ייעוד**

1. **מקרקעי ייעוד - ס' 107,** מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור. (שפת הים, נהרות, נחלים, דרכים מסילות ועוד). למקרקעין אלה, לא יהיה תוקף לעסקאות שנעשו ביחס אליהם, אלא אם ההסכם אושר ע"י הממשלה או השר הרלוונטי. הדבר היחידי שאפשר יהיה לעשות איתם זה עסקאות שלא טענות רישום - שכירות קצרת טווח, בלי אישור של הממונה לעיל. כך, למרות חשיבות המקרקעין האלה, הממשלה יכולה לאשר עסקאות אלה, בלי מנגנון הרמטי שישמור עליהם. יש לה גם היכולת להפריט אותם, על אף שמדובר במקרקעין הכי שמורים במדינה.
	1. **השאלה הראשונה, למה רק מקרקעין?** אין הסדר דומה למיטלטלין חשובים של המדינה, כמו הכרזת העצמאות, חפצי אומנות וכדומה. (כמו באוצרות האומנות של צרפת למשל)
	2. **השאלה השנייה, למה רק קרקעות אלה?** למה לא עתיקות/גנים לאומיים?
	3. **השאלה השלישית, למה אין הסדר מגן והרמטי יותר, אם כבר זה רק מקרקעין ורק המקרקעין האלה?** ממשלה פופוליסטית תוכל למכור את הבניאס לחבר מרכז. מה ההיגיון? למה אין רוב דרמטי שימנע מהממשלה לעשות שטויות?
2. **אין תשובה חד משמעית.** אפשר לנסות לתת מענה היסטורי, אבל רק לחלק מהשאלות (תפקידים היסטוריים של מסחר לאתרים אלה).

**המשטר הקנייני בישראל - זכות לכניסה בישראל**

1. **בארה"ב -** חוק פדרלי שקובע שאסור להפלות במכירה ורכישה של זכויות קנייניות במגורים, בלי קשר לעמדות פוליטיות, צבע עור, מוצא וכו' עם זאת, לחוק יש הרבה חריגים. למשל: מוסדות דת יכולים להפלות, חריג לפיו אדם שיש לו 4 דירות במתחם אחד + הוא גר באחת מהן, יכול להפלות.
2. **בישראל - טיעונים והצדקות:**
	1. **זכות קניין -** אני יכול לעשות בנכס שלי מה שאני רוצה, ואף אחד לא יכו לחייב אותי להכניס אנשים שאני נגעל מהם , מהאישיות שלהם או מהמאפיינים שלהם.
	2. **אדם פרטי אינו המדינה -** אדם פרטי לא חב באחריות חברתית כוללת לכל מסכני העולם וגם לא למסכני מדינת ישראל. יש מדינה והמדינה צריכה לספק פתרונות לאלה שאין להם איפה לגור.
3. **בשכירות -** בתי המשפט מנסים להחיל את חוק האפליה על מוצרים ושירותי גם על השכרה של דירות. חל בעיקר על יזמים שמוכרים כמות גדולה של דירות, ופחות על אנשים פרטיים. גם אם יהיה חוק שיחול על אנשים פרטיים, יהיה קשה מאוד לאכוף אותו, כי קל להסוות את האפליה.
4. **בוועדות הקבלה ליישובים -** יש אישור לוועדות קבלה בקיבוצים ומושבים. עד פס"ד קאעדן, גם כל היישובים הקהילתיים החזיקו וועדות קבלה.
* **פס"ד אביטן (88) -** העליון קובע שיהודי לא יכול לקנות קרקע ביישוב בדואי כי לקהילה יש מאפייני חיים ותרבות מסוימים ומאפיינים משותפים שבאים לידי ביטוי באופן ניהול היישוב. אפשרות לפתיחה של אנשים לא בדואים ליישוב בדואי עלול להביא לאובדן הזהות הבדואית ולפגיעה במרקם הקהילתי.
* **פס"ד קאעדן -** מה הסיבה שאדם ספציפי לא נכנס ליישוב? היישוב קציר מסנן את קאעדן באמצעות וועדת קבלה ומחליט שהם לא יכולים להצטרף. בית המשפט פוסק שליישוב קציר אין שום ייחודיות שמאפיינת אותו שעשוי היה להיפגע מכניסתם של בני הזוג, ושהיישוב אל עומד בתנאים של ס' 6(ג) לפקודת האגודות השיתופיות. הכניסה שלהם לא תפגע במרקם החיים הקהיתי (הטעה של היישוב הייתה שהם רוצים לגוג שם חגים לאומיים בלבד. לא תפס).אין להם מרקם קהילתי מאפיין, **ככה שמישהו מבחוץ לא יוכל להרוס אותו.** בפועל, בית המשפט פותח פתח גדול לשינוי לזכות הכניסה בישראל.
* **פס"ד סבח -** אחרי קאעדן ולפני חוק הלאום. ג'ובראן בדעת מיעוט קורא להבין מהו מרקם קהילתי - מתי יהיה אפשר לסנן ומתי לא. דעת הרוב משכה את ידה וחיכתה לדבר המחוקק בשביל לראות מה תכולת צמצום וועדות הקבלה. (אחרי קאעדן המחוקק מתקן את פקודת האגודות היישוביות וקובע שרק יישובים שמחזיקים למטה מ-400 בתי אב ויישובים בנגב בגליל יכולים לערוך וועדות קבלה. הרציונל - ככל שהיישוב קטן ומרוחק יותר, כניסה של אנשים לא תואמים יכול לפגוע במרקם החיים הקהילתי).
1. **בחוק הלאום -** הפתח הגדול שפתח העליון בקאעדן, הוביל לחקיקת הסעיף האופרטיבי היחיד בחוק הלאום, ס' 7(ב) שנועד לעקוף את פסיקת בית המשפט בקאעדן. בס' במתכונתו המקורית קבע שהמדינה רשאית להעניק זכות התיישבות נפרדת לכל קהילה שתדרוש זאת (דת או לאום). ס' שמשנה את זכות הכניסה בישראל.בכך, חוק הלאום מכשיר את התפיסה של התיישבות יהודית נפרדת. יש כמובן שינויים פוטנציאליים על השולחן.
2. בהמשך לקריאתו של ג'ובראן, האם יש מקום ליצור הבחנה בין קהילות שיהיו זכאיות להדיר אנשים מבחוץ לקהילות שלא יהיו זכאיות לעשות זאת?
	1. **תפיסת טוב משותפת - תפיסות שקבוצת אנשים חולקים במשותף.** קיומה של קהילה מסוימת, מתוך תפיסה פלורליסטית.
		1. **פלורליזם מבני -** המדינה מאפשרת מגוון מוסדות כדי שאנשים יוכלו לחיות את חייהם כפי שהם רוצים. (קיבוץ/מושב/עיר/חוות בודדים וכו'). ההכרעה לפי האוטונומיה של היחיד. **ביקורת:** אם במקרה של עימות נלך לפי האוטונומיה של היחיד, לא יהיו מוסדות קולקטיביים.
		2. **פלורליזם מהותי -** אליזבת אנדרסן, תפקידה העיקרי של המדינה הוא לכונן ולממן מוסדות לכל אדם, שיחיה את חייו בהתאם לתפיסת הטוב שלו. המדינה צריכה למצוא את האיזון ולא לתת ליחיד לבטל ע"י האוטונומיה א הכלל בכל מחיר. לפעמים היחיד יצטרך לוותר על האוטונומיה למען הכלל. **ביקורת:** מה קורה כשזו תפיסה פשיסטית או גזענית? המדינה מחויבת או יכולה לשים גבול?
	2. **תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב - השלב השני.** אחרי שזיהינו שיש תפיסת טוב משותפת, יש לבחון מהו התפקיד של האחר במימוש תפיסת הטוב. חובת המדינה: פחותה ביישובים בהם רוצים לחגוג רק חגים לאומיים (לא באמת זקוקים לאחר בשביל לממש את תפיסת הטוב, לכן החובה הפלורליסטית של המדינה נמוכה יותר) מול דרך התיישבות של קיבוץ היסטורי,, אידיאולוגי, מבלי שאפשר באמת לעשות את זה בעיר, לכן במקרים כאלה החובה הפלורליסטית של המדינה גבוהה יותר.
	3. **ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה**
	4. **חוסן פוליטי כלכלי של קהילה -** קריטריון שנוי במחלוקת. חובת המדינה למול קהילות חזקות (פוחתת כי הן יכולות לדאוג לעצמן יותר) לעומת קהילות חלשות יותר, שנשענות וזקוקות לסיוע המדינה.
	5. **מוסיף ערך -** הקהילה לא רק מקלה על תפיסת הטוב שלי אלא גם מוסיפה לו ערך נוסף: תילה במניין (ערך מוסף), אורח חיים אקולוגי ביישוב - כל התשתיות אקולוגיות לעומת בעיר שזה רק בתוך הבית. זה לא רק מסייע אלא זה שינוי משמעותי.
3. **דיני נטילה שלטונית בישראל, הפקעות**

**ז.2 הפקעות - כשרותן**

1. **הפקעות -** נטילה שלטונית של מקרקעיןזה מצב בו רשות שלטונית (מדיניה/רשות מקומית) לוקחות או פגועות במקרקעין או בזכויות המקרקעין של בעלים פרטיים. קיימת הבחנה בין שני מושגים:
	1. **הפקעה -** לקחה של זכויות מקרקעין, המדינה לוקחת חלק מהקרקע/את כולה של בעלים פרטי, משנה את הרישום בטאבו ולמעשה פיזית נוטלת אותם. הבעלים יוצא ומאבד את המקרקעין.
	2. **גריעה תכנונית -** הבעלים נשאר הבעלים, אלא שבמקרה זה השלטון מטיל מגבלות על המקרקעין: שינוי ייעוד, פגיעה בתכונות השימוש של המקרקעין (מתיחת קו חשמל מעל המקרקעין) ואפשר גם בשוויה הכלכלי.
2. **מערכת הדינים שחלה על נטילות שלטוניות של מקרקעין -**
	1. **פקודת הדרכים ומסילות הברזל -** פקודה משמעותית עד 2010 (בוטלה) שנועה לייעד מקרקעין פרטי לדרכים ולמסילות ברזל.
	2. **חוק הבזק -** הפקעות לצורך תקשורת
	3. **חוק רשויות נחלים ומעיינות -** לשימור נחלים ומעיינות
	4. **חוק הרשויות המקומיות -** ביוב וצנרת
	5. **חוק העתיקות -** שמירה על עתיקות
	6. **המרכזיים: חוק התכנון והבנייה + פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)**
3. **הפקעה - רכישה כפויה של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי תמורת פיצוי בעל המקרקעין.**
	1. **רכישה כפויה של מקרקעין -**
		1. **מכוח מה מקבל השלטון את הזכות לשלוח ידו למקרקעין פרטי ולקחת אותם?**
		2. **תיאוריית שימור הכוח -** מתחת להקצאה לבעלות פרטית, הריבון שומר על כוח ובעלות במקרקעין. תיאוריה בעייתית. לא צריך להסוות בעלות עמקה בשביל להפקיע קרקעות.
		3. **תיאוריית הכוח המוענק למדינה מעצם היותה מדינה -** המדינה חייבת את הכוח שהפקדנו בידיה, כי זה התפקיד שלה, להתקדם ולדאוג לנו. אם לא יהיו לה כוחות, היא לא תוכל לתפקד.
		4. **תיאוריית ההסכמה הראשונית של ג'ון לוק -** האזרח נתן למדינה הסכמה ראשונית על עיוור, ומכוח זה היא יכולה להפקיע קרקעות.
		5. **למה המדינה פשוט לא יכולה לקנות את הקרקע כמו כל אחד אחר?**
			* 1. **כשלי שוק -** הרבה קרקעות, והרבה בעלים, ולנהל עם כל אחד מהם מו"מ ולהביא לסיום מוצלח ויעיל שלהם, דורש הרבה זמן, מאמץ והמון כסף. כדי להגבר על כשל השוק הזה, המדינה בכל זאת הולכת על הפקעות.
				2. **חוסר מחויבות של אדם פרטי -** בעל קניין פרטי לא מחויב לאחרים ויכול למנוע מהם מעבר ואפשרויות ע"י שליטה בקרקע. למשל - אם יש לי בית על חוף הים, אני יכול בקלות למנוע מעבר של אנשים ברצועת חוף.
				3. **כוח שלטוני קלאסי -** המדינה צריכה לספק לנו שירותים, אפילו שטחים בהסכמי שלום. אף אחד לא יוותר מרצונו על פיסת קרקע לטובת צורך ציבורי - כלא/משטרה/בי"ח וכו'.
	2. **לשם הגשמתו של צורך ציבורי -** עד כמה הצורך הוא ציבורי באמת?מהם המאפיינים של צורך ציבורי?
* **ס' 2 לפקודת הקרקעות -** מגדיר מהו צורך ציבורי, תוך שהוא פורט רשימה ארוכה של 10 תתי סעיפים.
* **ס' 3 לפקודת הקרקעות -** אם הוחלט זה צורך ציבורי, הולכים לס' 3, הפורט מהן האפשרויות שניתן לעשות אם נקבע שזהו אכן צורך ציבורי. עד להפקעה.
* **פס"ד סוזט בניו לונדון -** הדין האמריקאי הוא קצת שונה. האם הפקעה לשימוש מפעל פרטי משמש לצורך ציבורי? הרוב בעליון קבע שמספיק שהקרקע תשמש את הציבור לצורך כזה או אלר, ומכשיר את הפקעה.
* **פס"ד קרסיק -** בייניש אומרת שחקיקת חוק היסוד מצמצמת את סמכות הזכות להפקעה לצורך ציבורי. לפיה, **מאז קום המדינה ישראל הלכה על ביקורת שיפוטית אמתית** בכל הנוגע להפקעות רשויות שלטוניות, שפוקח תמיד עם **שיקול דעת**. **עם זאת, המציאות מראה אחרת:**
* **פס"ד דור נ' שר האוצר -** הפקעת קרקע למען שיכונים של עולים חדשים. בית המשפט לא מבקר ורק אומר **שאין לו סמכות להתערב ולעשות ביקורת שיפוטית** על החלטה של שר האוצר.
* **בג"צ שוורץ נ' שר האוצר - (מאתא נ' שוורץ, שלב 2) -** גם פה, בית המשפט אומר שאין לו איפה להתערב. בפועל, חושב שתועלת עקיפה לציבור (מפעל שמעסיק מאות עובדים) מוצדק למימוש הפקעה.
* **בג"צ מהדרין בע"מ נ' שר האוצר -** פרויקט נתב"ג 2000 - הפקעת קרקע מגורם פרטי, לגורם פרטי אחר. בעלי הקרקע מבקשים להשאיר אותה אצלם ולהפעיל בעצמם את הפרויקט. בית המשפט: חוזר ואומר שלא יכול להתערב בהחלטת שר האוצר, וממילא לא היה רוצה לתת לגורמים פרטיים להתערב, בגלל שהם יכולים לעכב את הפרויקט הלאומי (לא תירץ מדים כי המדינה ממילא תכננה להעביר את זה לגורם פרטי שיכול לעכב את הפרויקט).
* **ע"א מחמוד חליל נ' מדינת ישראל -** הפקעה משנות החמישים לשימור שטחים פתוחים. ביקשו לעשות זאת על דרך שינוי ייעוד ולא על דרך הפקעה. בית המשפט קובע שזה בסדר ושאין לו יכולת להתערב בהחלטה של שר האוצר, לכן ההפקעה תישאר כהפקעה.

**מאלה ניתן ללמוד שבייניש לא ממש דייקה בקרסיק, בתי המשפט נטו שלא להתערב.**

* **בג"צ לוביאנקר נ' שר האוצר -** שמגר, מיותר לטעון שיש צורך ציבורי בשטח, כי ההחלטה של שר האוצר היא זו שקובעת את הציבוריות שלו (במבחן לטעון גם את זה, אבל גם את המאפיינים הציבוריים של שטח) ולכן לבית המשפט אין מקום להתערב בחלטה. **לכן, אין עטם לפיו להשקיע בציבוריות ההפקעה, אלא במידתיות ההפקעה. הכלי המרכזי כיום שבאמצעותו פוסלים הפקעות. המידתיות נבחנת ע"י פסקת ההגבלה, וע"י 7 מבחנים שמעידים לבית המשפט על היותה של ההפקעה מידתית או לא.**
* **7 מבחנים למידתיות ההפקעה:**
	+ - * 1. **ניסיון רכישה הסכמית, חובת מו"מ -** הרשויות לא יכולות להפעיל את הכוח הכופה, מבלי שבדקו קודם אם הקרקע ניתנה בצורה רצונית (הנחיות היועמ"ש בתקופת שמגר). אי אפשר להניח שהוא יסרב, וצריך קודם לבדוק. רק אם הוא מתנגד משתמשים בשוט ההפקעה. אם הלקוח לא קיבל פנייה למו"מ בקרקע, ניתן לנסות לפסול את ההפקעה על דרך מבחן זה, כי ההפקעה לא מידתית.
				2. **ביצוע עצמי - דורנר בדעת מיעוט בדיון נוסף ובפס"ד מהדרין**
* דורנר בפס"ד נוסייבה (המרכז המסחרי ותחנת הדלק בירושלים) + (פס"ד מהדרין) - בסיבוב הראשון נקבע שצריך להחזיר את הקרקע כי מטרת ההפקעה נזנחה, ומלכתחילה לא היה צריך להפקיע אותה, כי משפחת נוסייבה היא משפחת מסחר והיא הייתה יכולה לבנות שם מרכז מסחרי, תוך שינוי ייעוד של הקרקע. העליון לא יכול היה לחיות עם פסיקה כזאת כי המשמעות היא החזרה של מאות דונמים לבעלים פלסטיניים על קרקעות שלא עשו איתם עדיין כלום. בדיון נוסף המצב התהפך: את רומא לא בנו ביום אחד וגם את ירושלים לא יבנו ביום אחד. דורנר בדעת מיעוט עדיים אומרת שבכל מצב שבו מתבצעת הפקעה, חייבים לבדוק האם בעלים יכול בעצמו לממש את הצורך בקרקע.
	+ - * 1. **איחוד משאבים -** תת מבחן של ביצוע עצמי.
* **פס"ד מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מדינת ישראל -** בנייה של שכונת הר חומה בירושלים, ולצורך כל הופקעה קרקע. הבעלים מבקשים לעשות את זה בעצמם, בית המשפט נותן להם הזדמנות (שנועדה מראש לכישלון) להתאחד, תוך 3 חודשים (לא ריאלי) ואם תושבי השכונה, הבעלים המשותף (חלקיקי קרקעות, בעייתי, בגלל זה המדינה התנגדה) יצליחו להתאחד, המדינה תהיה צריכה לחזור בה מההחלטה. כך, גם כשיש הרבה מאוד בעלים, צריך לתת להם את האפשרות להתאחד ולעשות זאת בעצמם. אם המדינה לא נותנת להם מספיק זמן, המדינה למעשה לא פועלת באופן מידתי.

מבחני בדיעבד:

* + - * 1. **שיהוי -** שיהוי בין שינוי הייעוד בקרקע לתהליך ההפקעה בפועל למשל. מריחה של התהליך.
* **ס' 5 לפקודת הקרקעות -** הודעה לבעל המקרקעין על הכוונה לבצע הפקעה(שלב (ג))
* **ס' 7 לפקודת הקרקעות -** הודעה מעשית, על מתי שינוי הייעוד והקרקע יהיו בפועל (שלב (ד)
* **שלושה מועדים חשובים:**

שלב הפקדת התכנית, טרם אישורה

**(א)(1)** שלב הבין לבין - של ההתנגדויות לתכנית המוצעת -

שלב אישור התכנית, לאחר ההתנגדויות

מועדים נוספים במקביל:

הודעה לבעלים על שינוי הייעוד והפקעת הקרקע - **ס' 5**

הודעה על תאריך הממשי לשינוי הייעוד והפקעת הקרקע. - **ס' 7**

* **בג"צ יצחק אמיתי -** הרשות שינתה את ייעוד המקרקעין, אבל לא התקדמה בפועל בתהליך ההפקעה. פסק הדין הראשון בו בית המשפט פסק שהרשות חצתה את רף המידתיות (שיהוי של 26 שנים מאז שינוי הייעוד בקרקע) והקרקע הוחזרה לבעלים.
	+ - * 1. **תום/שינוי המטרה הציבורית -** לאחר פס"ד קרסיק, יש בפקודה הוראות לגבי תום או שינוי המטרה הציבורית: אם נגמר/שונה הצורך הציבורי, הרשות לא חייבת להחזיר את המקרקעין, אך היא חייבת להעביר את המקרקעין לייעוד ציבורי אחר, תוך שהיא מחזרה את הבעלים המקורי לתמונה ולאפשר לו שימוע נוסף על הייעוד החדש.
* **פס"ד קרסיק -** מבינים ששטח אש של צה"ל ליד הים, זה מיותר, ורוצים לבנות שם שכונת מגורים. **האם יורשי קרסיק יכולים לקבל את הנכס חזרה, לאחר תום השימוש הציבורי? חשין פוסק שהבעליים הפרטי שומר על קשר למקרקעין גם לאחר ההפקעה.** במידה ומתבטל/משתנה צורך הציבורי, הקרקע לא הופכת להיות בבעלותה הפרטית של המדינה, אלא יכולה להשתמש בה רק לצרכים ציבוריים. בי"ח כן, שכונת מגורים לא. הזיקה של חשין באה לידי ביטוי גם בשינוי שעשה המחוקק.
	+ - * 1. **זכות מזערית -** הפקעה מינימלית ככל האפשר.
* **פס"ד אקונס (מנהרות הכרמל) -** הפקעה של המינימום ההגיוני (רק את החלק התחתון, ולא את כל הקרקע).
	+ - * 1. **מיקום רלוונטי ומיטבי -** צריך לחפש את המיקום הרלוונטי והמיטבי לבניית הצורך הציבורי. אין טעם לבנות בית ספר בשכונה שאין בה כמעט ילדים למשל. צריך להוכיח עם מומחים האם זה המקום או התוואי האופטימלי.
* **פס"ד מועצה אזורית זמר -** האם נכון להעביר את כביש 6 במועצה אזורית זמר.
	1. **תמורת פיצוי בעל המקרקעין - החלק הבא:**

**ז.3 הפקעות - הזכות לפיצוי**

1. **מהו צדק? מספר תפיסות:**
	1. **צדק מתקן -** ע"מ להגיע לתוצאה הצודקת ביותר לאחר תאונה משפטית, הגורם הפוגע צריך להשיב את האיקס, או שווה הערך לאיקס, למי שנפגע, בשיעור שנפגע. מערכת יחסים סגורה שלא מסתכלת לגורמים אחרים שלא במערכת.
	2. **צדק חלוקתי -** מערכת שמסתכלת על המערכת באופן כולל, ולא רק לסיטואציה ספציפית. התוצאה הצודקת היא השבה של אדם למשחק, ומתן אפשרות שוויונית לכולם להשתתף ביחס לחברה (ארגזים בגובה שונה, לאנשים בגובה שונה). **ביקורת במשפט הפרטי:** לא ברור אם תפקידו של הפרט לתקן את כשלי החברה; לא ברור אם נרצה להחיל את הצדק החלוקתי על המעט חלשים ולא על החלשים באמת (לחלשים באמת אין מכונית לעשות איתה תאונה) **אלה הובילו את בתי המשפט לא להחיל צדק חלוקתי במשפט הפרטי, אלא החילו אותו על מערכות דיני כלליות שחלות על כל החברה:** עם הסתכלות רוחב על כולם: מס הכנסה, ביטוח לאומי רווחה וכדומה.
	3. **צדק הליכי -** תפיסה שנותנת משמעות להליך ופחות לתוצאה. צדק הוא הליך נכון והוגן לשני הצדדים. הקפדה על הליך ראוי מגשימה צדק. (גישה רווחת במשפט הפלילי - זכויות, אך פחות במקרים אחרים כמו בדיני עבודה- שימוע לפני פיטורין כהליך סרק).
	4. **צדק מאחה -** שילוב של חשיבות ההליך וחשיבות התוצאה. בתי משפט קהילתיים למשל.

**בשורה התחתונה, התפיסה המשמעותית היא של צדק מתקן.**

1. **בארה"ב -** בתי המשפט מכירים בקושי לכמת אומדן אמתי לפגיעה שנגרמת. מהו הפיצוי ההוגן? השבת הבעלים למצבו הכלכלי עובר להפקעת הנכס. **פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס לא בהכרח מבסס צדק:**
	1. **אובדן ערכים סובייקטיביים -** ערכים סנטימנטליים שווים יותר ממחיר השוק (בית ילדות/מגורים), לכן הוא לא הועמד למכירה, כי אני רוצה לשמור אותו. דוג' נוספת: בית צמוד להורים, בית עם מעלית שדורש תחזוק (ואפילו יכול להוריד את מחיר הבית) לא מקיים צדק מתקן.
	2. **כשלי השוק המדומיין**
	3. **ערכים כלכליים -** עסק עם מוניטין, פיצוי על עורך דין, מעבר, שמאי, תיווך, מציאת נכס חלופי.
2. **בישראל - פקודת הקרקעות מציבה שני קריטריונים לפיצוי הוגן -**
	1. **התמקדות במחיר השוק של הנכס -** הפיצויים בישראל מושתתים על מחיר השוק של הנכס, והעובדה שהנכס נלקח בכפייה ללא הסכמה, לא נכנס בחישוב הפיצויים. + ס' 12(א) מוציא את האפשרות של פיצוי על פגיע באוטונומיה.
* **פס"ד עיזבון המנוח אדוארד -** חשין רואה פיצויים של הפקעה כתחליף ממי לקניין, וכדרך הנכונה ביותר לתקן את העוול שנגרם.
	1. **חריגים -** שלא קיימים בשום מקום אחר בעולם:
		1. **ס'20(2) -** ברשויות מקומיות - בהפקעות עד 25%, לא צריך לשלם פיצוי (בגלל שרשויות מקומיות נמצאות בגירעון, אם לא יהיה פטור, לא יהיו הפקעות והן לא יצליחו לשלם לתושבים מוצרים בסיסיים. (פעם היה נכון לכל הפקעה, בוטל ב-2010) מעל 25%, ישלמו פיצוי.(רציונל נוסף: הנחה שערכה של הקרקע שכן תישאר בידי הבעלים תשביח ותעלה).
		2. **ס'20(ג) - סייג לחריג ב-20(2) -** יד חופשית לשר האוצר לחלק פיצויים. (ביטול ההפחתה/הענקת פיצוי נוסף). בית המשפט נכנס בסעיף (על אף שהוא כולל גדרות רבים נגד ביקורת שיפוטית):
* **פס"ד רוטמן -** (אמנם עסק בפקודת הדרכים ומסילות הברזל, אבל מדובר במנגנון דומה) - אם כתוצאה מלקיחת חלק מהקרקע, ערכה לא עלה, והיא לא השביחה, שר האוצר יהיה חייב לשלם את דמי אחוז הפיצוי., להשתמש בסמכות שלו להגדיל את הפיצויים, מבלי שזה יהיה נתון לשיקול דעתו. טענת נגד - זה היה רלוונטי לפקודת המסילות והברזל.
	+ 1. **חוק התכנון והבנייה -** ס' 190(א) כאשר מבוצעת הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה יש להשתמש במנגנונים של פקודת הקרקעות. אמנם שינוי הייעוד נעשה מכוח חוק התכנון הבנייה, אבל ההפקעה בפועל נעשית מכוח פקודת הקרקעות. עם זאת, הפטור שמוענק מכוח חוק התכנון והבנייה יהיה של 40% משווי הקרקע. כך, בהפקעה של עד 40% משטח הקרקע אין פיצוי (רציונל: מעלה את ערך הקרקע, ביקורת: רוב השימושים הציבוריים לא באמת מעלים את ערך הקרקע.), ומעל 40% יהיה פיצוי על ההפרש.
* **פס"ד הולצמן -** ברגע שכל החלקה מופקעת, אין מה לדבר על הפחתת.בהפקעה של 100% מהקרקע, לא ניתן להשתמש בפטור של 40%. **ברור שאין השבחה, לכן צריך לשלם מחיר מלא.**
* **הלכת חממי - הא ם באמת ניתן להפחית 40%?** הקדמה: כרשות מפקיעה קרקע מכוח חוק התכנון והבנייה, יש שני שלבים עיקריים:

**שלב שינוי הייעוד -** שינוי התכנית בה קובעים את הייעוד של המקרקעין

**שלב ההפקעה בפועל -** השלב בו הרשות תופסת חזקה במקרקעין

עד הלכת חממי, מערכת המשפט ראתה בהם הליך אחד, כאשר שני השלבים כרוכים אחד בשני. בהלכת חממי בית המשפט מחק את התהליך לשני שלבים נפרדים. שלב א': שינוי הייעוד, שלב ב'" ההפקעה בפועל. מדוע? מפני שחולף זמן רב בין שני השלבים: אחרי ששונה הייעוד, הבעלים לא יכול לעשות כלום בקרקע, הוא לא יכול לפתח אותה, והוא לא יכול לקבל פיצויים כי ההפקעה לא בוצעה. הוא תקוע בשלב ביניים. בית המשפט לוקח את ס' 197 שמפצה על גריעות תכנוניות (שינוי ייעוד), ובגלל שהוא הפריד בין שני השלבים, הוא מאפשר לבעלים שייעודה של הקרקע שלו שונתה (לא משנה שזה לצורך הפקעה כי זה לשני שלבים שונים) ונותן את האפשרות לתבוע פיצויים לפי ס' 197 לחוק התכנון והבנייה, כבר מיד לאחר שינוי הייעוד, המאפשר לו לקבל פיצויים בשווי 90%. הקרקע שנשארה שווה 10%, ומה-10% רשות קטנונית יכולה להפחית 40% מהפיצוי. בכך, הלכת חממי הפכה את ההפחתה של 40% לפחות משמעותית. ההשלכות: אם הבעלים לא תובע לפיצוי לפי ס' 197 מיום אישור התכנית, עד שלוש שנים, הוא מאבד את הפיצוי של ה-90%, ויאלץ להסתפק בחלקי שאריות. זו ההשלכה של הקביעה של בית המשפט שמדובר בשני שלבים נפרדים.

* הפסיקה פירשה את ס' 190(א) ופסקה שאם כתוצאה מההפקעה לא ניתן לעשות שימוש סביר בחלק שנשאר ממנה, הרשות צריכה להחליט אם היא לוקחת הכל או לא מבצעת הפקעה כלל.

הרשות יכולה לבחור מכוח איזה חוק לעשות את ההפקעה. רוב ההפקעות במישור הלאומי נעשות מכוח פקודת הקרקעות ורוב ההפקעות במישור העירוני נעשות מכוח חוק התכנון והבנייה - דורש הרבה בירוקרטיה (ומעשית מכוח פקודת הקרקעות, לפי ס' 190(א) לחוק התכנון ובנייה)

ואם אין השבחה בהפקעה שנעשתה מכוח חוק התכנון והבנייה?

* **פס"ד כרמיאל נ' אחמד מסרי -** שר הפנים לא חייב להשלים את הפיצוי במקרה של הפחתה, בניגוד לשר האוצר לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל. אבל במידה וזה קורה, הנטייה שלו צריכה להשלים את הפיצוי. הוא לא חייב, אבל צריכה להיות לו נטיה להשלים. החוק נותן קריטריונים למתי יהיה נכון לא להשלים את היצוי: פגיעה מינורית; ככל שהפגיעה מבזרת יותר על בעלי קרקעות רבים (לא נופל על כתפיו של אחד); ככל שההפקעה נעשית לצורך יותר קהילתי.

מודל תיאורטי של חנוך דגן מתי יהיה נכון לתת פיצוי מלא ומתי יהי נכון להפחית את הפיצוי בעמ' 43, למחברת המלאה.

1. **פיצויים בעין -** פיצויים שאינם כספיים שצריך לתת במקרים מסוימים.
	1. **ס' 39(א) לחוק פינוי בינוי -** דיור חלופי באותו אזור או באזור אחר, כל זמן שלא מדובר באזור אחר שמיועד לשיקום.
	2. **ס' 194 לחוק התכנון והבנייה -** אפשרות לבחור בין פיצוי כלכלי לשיכון חלופי סביר.
2. **הפקעות קהילתיות -** הפקעות שמשפיעות על קהילות (התנתקות)**,** אובדן הקהילה, נוסף על אובדן המקרקעין. בחוק יישום ההתנתקות נקבעים שני מנגנונים חריגים:
	1. **מנגנון חריג של העתקה קהילתית - ס' 85 לחוק יישום ההתנתקות**, פיצוי לא מובטח שאומר שכל 20 אנשי(בתי אב) יכולים להגיש תביעה להקמת יישוב חדש בישראל (לא קריטי אם ה גרו יחד לפני ההתנתקות) מחוץ לשטח המפונה. הוועדה תדון ותחליט, לכן הפיצוי לא מובטח.
	2. **מנגנון חריג של פרמיה עבור ותק -** חוק יישום ההתנתקות קובע שכל אדם שחי בשטח המפונה, כלומר כל אדם גם בתוך בית האב, יקבל סכום מסוים של כסף עבור כל שנה שהוא גר בשטח המפונה.

בנוסף:

* 1. **פיצוי על בתי מגורים -** בנוסף, בלי קשר למנגנונים, הם קיבלו פיצוי על בתי המגורים ע"פ מטר/שומה
	2. **פיצוי על עסקים -** לפי גודל החממות/חישוב כלכלי של עסק חי - קיבלו גם וגם.
	3. **פיצוי על אובדן הקהילתיות -** חוץ מקהילה 1 שקיבלה 100%, רוב הקהילות נדחו מטעמים כלכליים.
		1. **ביקורת -** יישום החוק הביא לכך שמעט מאוד קהילות הצליחו לעבור כקהילות שלמות, וחלק מהביקורת הייתה שדווקא החוק במתכונתו הוא שהביא לפיצול הקהילות. הצעת המחוקק להתמודדות (זהה לוועדות קבלה וחוק הלאום):
			1. **האם יש תפיסת טוב משותפת לקהילה-** היו בגוש קטיף
			2. **תפקיד -** מה הוא נותן, חייב/נחמד
			3. **השפעת ההפקעה על הקהילה -** רלוונטי להפקעות, 3 סוגים:
				1. **הפקעה בודדת -** של אנשים בודדים מהקהילה. סביר להניח שלא ייפגע בקהילה בכללותה.
				2. **פקעה של חלקים מהקהילה -** מצב ביניים. למשל מצב של 40%. נקודת מפנה - שני הצדדים נפגעים: אלה שהולכים, ואלה שנשארים, בלי חלק משמעותי מהקהילה.
				3. **עקירה של הקהילה -** גילוח אזור שלם. המחוקק מציע סעד של העתקה, שאינו כפוי, ם לא, יש אפשרות לסעד כספי.
			4. **עוד רלוונטי: חוסן כלכלי ופוליטי (בלט בגוש קטיף)**
			5. **בשורה התחתונה,** הפיצוי עבור אובדן הקהילתיות הוא פיצוי כספי מעין כספי. הסעד האופטימלי: העתקה שאינה בכפייה.

**חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין**

1. **חוק ההסדרה -** קובע שלוף פיקוד מרכז מחוייב להפקיע את זכויות השימוש החזקה בקרקע (אך לא את הבעלות) קרקע פלסטינית פרטית שמצויה בתוך יישובים פרטיים פלסטינים באיוש. כפיצוי, יש להם שתי חלופות: קרקע חלופית או 125% ממה שמוגדר בחוק משווי הקרקע. הפלסטיני יכול לערער על השומה של 125% מערך הקרקע בלבד. גם לאלוף פיקוד מרכז אין שיקול דעת.
2. **לא מובן מאליו שהמדינה מפקיעה כך קרקעות פרטיים, מה שמקים שלושה חששות:**
	1. **חשש מהשחתת הכוח השלטוני -** שימוש לא ראוי בכוח ע"י הפקידים/שרים/מוציאים לפועל.
	2. **חשש מהיעדר חלוקה הוגנת של הנטל -** הפקעה של גורמים חלשים בחברה או הפלת של השירותים הציבוריים על כתפיים פרטיות.
	3. **חשש מפני אי יעילות -** חשש מהפקעות לא יעילות שלא מפנימות את כל העלויות של הצרכים הציבוריים.
3. **לאור החששות, שלושה מנגנוני הגנה -**
	1. **הליך הוגן (מפני החשש להשחתת הכוח השלטוני) -** הטמעת דרישות להליך הוגן (זכות טיעון, ערעור, לו"ז הגיוני, היוועצות עם מומחים)
	2. **צורך ציבורי ( מפני החשש של היעדר הוגנות בחלוקת הנטל) -** הפקעה לטובת צרכים ציבוריים בלבד. הגדרת מסגרת.
	3. **פיצוי (מפני החשש של חוסר יעילות) -** ספקטרום של פיצוי בהתאם למחירי השוק.
4. **התפשרות -** לכאורה, בכל הליך צריכים להתקיים שלושת מנגנוני ההגנה, אך אם תהיה הקפדה על הליך הוגן מושלם ברף גבוה, לא יהיו שירותים ציבוריים תקינים, לכן צריך להתפשר - ההצדקה. (כמו הפטור של הרשויות המקומיות כי אין להן כסף). **אי אפשר לעמוד ברף הגבוה של כל אחד ממנגנוני ההגנה, לכן במידה והתפשרנו על אחד מהמנגנונים, יש להקפיד על רף קיום גבוה של השניים האחרים.**

**ז.4 פיצויים בגין גריעות תכנוניות**

1. **גריעות תכנוניות -** מגבלות שמטילות רשויות על מקרקעין של בעלים. הליך רך יותר מאשר הפקעות, שכולל רק שינוי ייעוד הקרקע, ולא לקיחה של הקרקע.
2. **פיצוי על גריעות תכנוניות, ס' 197 -** תביעה לפיצויים עקב גריעה תכנונית מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור **בס' 200 - ס' החריגים**. תפיסה העיקרית היא שצריך להעניק פיצוי, וס' 200 הוא מקרים חריגים בהם לא יהיה פיצוי, ונטל ההוכחה יהיה על הרשויות (מסקנה שמגיע אליה השופט מלץ).
* **פס"ד רעננה נ' הורוויץ - בו נקבע מבחן לקביעת הסבירות של שינוי הייעוד והשפעתו של הפיצוי, שהושתת על שלושה קריטריונים:**

**שיקולי ירידת ערך -** כמה נפגע ערך ושווי המקרקעין כתוצאה משינוי התכנית. אם לא נפגע, אין טעם להמשיך בבדיקה.

**מידת פיזור הנזק -** פגיעה סבירה ולא מצריכה פיצוי היא פגיעה שגרמה נזק לבעלים רבים. בגלל שיש פיזור של הנזק.

**חיוניותו של הצורך הציבורי -** ככל שהצורך הציבורי הוא גבוה יותר, הפגיעה תהיה סבירה יותר. ככל שפחות חיוני, יעלה הסיכוי לפיצוי.

1. **עד כמה אפשר לתבוע 197, עד לאן מגיע הקו הכחול?**
* **פס"ד שרגא ויטנר -** כל מקרקעין שסמוכין וגובלין במישרין עם הקו הכחול של התכנית או סמוכים ללא גבול - ייחשבו כ"גובלים עמו" לפי דרישת הסעיף. כמו כן, צריך לבדוק עם שמאי שהם לא נופלים בשני החריגים: אם יש חציצה (כמו שורת מבנים) אז למרות הפגיעה, לא ניתן יהיה לתבוע 197, אלא לנסות נזיקין.
1. **תקופת ההתיישנות של תביעת פיצויי מקרקעין -** עד מתי אפשר לתבוע פיצוי?
* **עיזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פתח תקווה -** פוסק לפי חוק ההתיישנות ואומר שאפשר לתבוע עד 7 שנים. השאלה היא מתי מתחילים לספור את 7 השנים? שלוש גישות בפסק הדין:

**השופט חשין -** בתפיסה ליברטאריאנית ששומרת על זכויות הבעלים בקניין, מתחילים לספור רק מהרגע שהרשות משיבה תשובה שלילית ביחס לפיצויי ההפקעה ברשות.

**השופט גרוניס -** נפסק כהלכה, מיום שבה הרשות תפסה חזקה בקרקע.

**השופטת ארבל -** תפיסת ביניים לא ברורה, מרגע שמתממשת המטרה הציבורית. למה לא ברור? אם בנו בריכה - זה מרגע בניית הבריכה? ההפעלה שלה? לא ברור.

**רישיון במקרקעין**

**צריך תמיד לטעון לרישיון בזכות קניינית במקרקעין.**

1. **רישיון במקרקעין -** הרשאה חוזית לאדם אחר לעשות שימוש או להחזיק במקרקעין. **אין מדובר בזכות קניינית. לבר רשות במקרקעין, לאדם שקיבל רישיון אין זיקה בלתי אמצעית לנכס.**
	1. **אופן הענקת הרישיון -** בצורה מפורשת (חוזה) א מכללא - משתיקה או מהיעדר מחאה מצד הבעלים (שתיקה/אי מחאה)
	2. **שאלת התמורה עבור הרישיון -** רישיון בתמורה או רישיון חינם.
* **פס"ד חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן -** ההגדרה של הרישיון לא משנה. ההכרעה של בית המשפט על הרישיון נבחנת ונבדקת לגופו של רישיון לפי נסיבות העניין.
1. **היקף ההגנה על רישיון -** קיימים מספר מאפיינים שבית המשפט בוחן את קיומם והיקפם ע"מ לפסוק אם מדובר ברישיון בר ביטול (**רישיון הדיר** - שניתן לחזור בו מהרישיון, או **ברישיון בלתי הדיר,** בו בעל המקרקעין לא יכול לחזור בו מהרישיון)
	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.

בפועל, כמעט לא מכירים ברישיונות בלתי הדירים (נרשמו 5-6 מקרים)

1. **התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון -**
	1. המשך ההכרה ברישיון על אף רצון הבעלים לבטלו
	2. ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים לתשלום פיצוי
	3. ביטול הרישיון ללא פיצוי
* **פס"ד חבה נ' מנהל מקרקעי ישראל -** בניגוד לקרקע פרטית שם אנו מטילים על הבעלים חובה לוודא מה קורה בקרקע שלו, במקרקעי ציבור הרבה פעמים אין לנו את היכולת לפקח בצורה הדוקה מספיק על השימוש שנעשה בקרקעות, ובתי המשפט נלחמים בכך. כמעט כל פסק דין שמנסה לבסס זכות רישיון במקרקעי ציבור – בד"כ זה לא מתקבל בטענה **שאין רישיון במקרקעי ציבור**.

**דרכי רכישת זכות קניינית (במקרקעין, מיטלטלין, זכויות ומקרקעין לא רשומים)**

1. **דרכים שונות לרכישת זכות קניינית:**
	1. ירושה
	2. תפיסת חזקה (רלוונטי בעיקר למקרקעין, בנכסים שהופקרו או אבדו.
	3. חלוף זמן + שימו שאין עמו חזקה - כלומר זיקת הנאה מכוח שנים.
	4. שיפור נכסי זולת - ערבוב/חיבור במקרקעין
	5. עסקה רצונית - מכר/מתנה/שכירות וכו'. עסקה רצונית היא עסקה חוזית, כאשר נכרת חוזה בין שני גורמים. עבירות הזכות הקניינית עוברת בשני שלבים:
		1. **השלב החוזי/האובליגטורי -** בשלב זה יש ביד זכות חוזית בלבד.
		2. **שלב קנייני, השתכללות העסקה -** בשלב זה הזכות הקניינית עברה, ומדובר בבעלות עם זיקה בלתי אמצעית לנכס.
* **במקרקעין -**
* **פס"ד בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות -** כל עוד לא נגמרת עסקת הרכישה ברישום בטאבו (כדרוש לפי ס' 7(א)) נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד.
	+ - 1. **פער זמנים במקרקעין -** פערי זמן בין העסקה להשתכללות הזכות
				1. **סיבה ראשונה -** עיקרית: אישורי מיסים, רישום, רשויות מקומיות וכו'. בירוקרטיה.
				2. **סיבה שנייה -** הרישום בטאבו, שלוקח כשלעצמו זמן.
			2. **הליך רישום סטנדרטי במקרקעין**
				1. **שטר מכר -** כולל את פרטי המוכר, הקונה, פרטי הדירה, חתימות, והבאה של 5 העתקים לרישום המקרקעין.
				2. **חוזה -** חתום ע"י שני הצדדים.
				3. **אישור עירייה - כוללים שני סוגים:** (א) אישורים שמראים שאין חובות ארנונה וחובות אחרות (ב) אישור שמראה שאין חבות בהיטלי השבחה ופעולות לא חוקיות שנעשו ביחס למקרקעין.
				4. **אישורי מיסוי -** טופס מש"ח שרשות המיסוי מספקת, ונותנת אפשרות לבחירה: שווי העסקה או שומה עצמאית של המקרקעין (האפשרות העדיפה לרוב, 95% בוחרים בה. אחרי שרשות מיסוי מקרקעין מקבלת את המש"ח ובוחרת להאמין לו (אם לא מאמינה מאריך שוב את התהליך) היא מוציאה אחד מהשניים: אישור פטור מיסוי מקרקעין/אישור סכום לתשלום - במקרה כזה רק לאחר שהסכום שולם הולכים עם כל המסמכים לטאבו.
				5. **מימון והסרת משכנתאות -** מעשית, לשכות רישום המקרקעין לא יעבירו נכס לפני שימחקו את המשכנתאות הקודמות, תהליך הסרה שלוקח גם הוא זמן. כדי להסיר את המשכנתא ע"מ להתקדם בתהליך, צריך לשלם לבעלים הקודם סכום מספיק גדול כדי שהוא יוכל להיפרע מהמשכנתא, למחוק אותה בטאבו ואז לבצע שינוי ברישום. כל זה במידה ואף אחד לא פשט את הרגל בדרך כמובן.

**כל האישורים האלה דורשים זמן ויוצרים פער זמנים גדול בין חתימת החוזה להליכה לטאבו. מה עושים בינתיים? רושמים הערת אזהרה:**

* + - * 1. **בינתיים, הערת אזהרה:** הערה שרושמים בנסח הטאבו, שאמורה להזהיר כל אחד שניגש לנכס. הערת אזהרה אינה מהווה זכות קניינית אלא תמרור אזהרה בלבד ורלוונטית מאוד לדיני תחרויות.
	1. **דרך נוספת:** באמצעות התיישנות רוכשת (ס' 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, רלוונטי בעבר לאדם שהחזיק ועיבד את הקרקע בפועל), כבר לא קיים, ככל הנראה מסיבה פוליטית.
* **במיטלטלין:** כוול גם שני שלבים**:**
	+ - * 1. **אובליגטורי, חוזי-** התחייבות לעסקה
				2. **קנייני השתכללות העסקה -** השתכללות העסקה
			1. **העברת הבעלות -** אין רישום מטעמי יעילות, בלתי אפשרי לרשום כל העברת בעלות של מיטלטלין - מסובך מאוד והיה מונע מאנשים לבצע עסקאות במיטלטלין. מאחר ואין רישום, חוק המכר קובע שהבעלות עוברת במסירה, אלא אם הצדדים החליטו אחרת (ס' 33 לחוק המכר), ואז הבעלות תעבור לפי התנאים שהוסכמו ע"י הצדדים. ברירית המחדל היא עם המסירה עם זאת.
			2. **חזקה -** במיטלטלין יש ממד חשוב לחזקה, כי היא מבטאת בעלות של גורם מסוים ביחס לנכס, ועשויה להוות ראיה משמעותית לבעלות של מי מהצדדים על נכס המיטלטלין.
* **בזכויות -** העברת זכויות זו המחאה. החוקים הרלוונטיים: חוק המכר וחוק המחאת חיובים. הבעלות בזכויות עוברת כמו במיטלטלין, לפי חוק המכר: בכריתת ההסכם בין הצדדים, אלא אם הצדדים החליטו אחרת.
* **במקרקעין לא רשומים-** אופן ההתנהלות יהיה כמו בזכויות. אין רישום, ואין מסירה, לכן העברת הבעלות היא במועד כריתת ההסכם, אלא אם הצדדים קבעו אחרת.

**נושא ג: דרכי רכישת בעלות**

**יא. קניית דירה מקבלן**

1. **כשלי התחום-** כשלים התנהגותיים משמעותיים מצד רוכשי הדירות
	1. **ריבוי ליקויים קוגניטיביים -** רוכשים נוטים להתעכב על דברים קטנים שקל יותר להתמודד איתם מאר התמודדות עם הכרישים הגדולים. נושאים מהותיים שאינם מוחשיים שהקבלן שומר לעצמו כזכויות ונותן ללקוח להתווכח על נושאים קטנים שגורמים לרוכש להרגיש שהוא ניצח את המערכת - כסף.
	2. **הצפת מידע -** החוזים מורכבים וכוללים פרטים רבים.ההנחה היא שזה נעשה באופן מכוון להציף את הרוכשים במידע כך שהם מאבדים את הראש או נאלצים לשלם לעורך דין שיביא להם את עיקרי הדברים.
	3. **מסגור -** חוזה אחיד שהמסוגר שלו נעשה בידי הצד החזק שעוצב לרוב לטובתו.
2. **הכשלים מובילים לחקיקה -** הטיות אלה מתרחשות במרבית ההתקשרויות של רכישת דירה מקבלן, שהובילו לבסוף את המחוקק הישראלי לשים את הזרקור על הפערים, ולחוקק בהתאם למציאות בשטח, באופן די מהיר כדי לשפר את עמדת הרוכשים, ושם שתי הגבלות מרכזיות:
	1. **חובות גילוי -** חובת חשיפה לפי ס' 2-6 לחוק המכר (דירות)שקובע חובות שונות של גילוי שנותנים מענה לכשל הקוגניטיבי ולא מאפשר למרוח את הלקוחות. למשל: מפרט להסכם, וכו'.
* **פס"ד שמעונוף -** מטרת חוק המכר היא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת, ללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות, מבלי להבליע דברים בעלי חשיבות כספית חשובה, בתוך דברים טפלים בעלי חשיבות נמוכה. חשיפה ברורה של כל האינפורמציה הרלוונטית לקונה.
	1. **בטוחות -** בשל בעיות שנובעות ממצבו הכלכלי הלא ידוע של הקבלן (חפציבה) או בשל סיכונים שהקבלן לוקח שגם הם לא ידועים לרוכש (עסקאות קומבינציה) מונה החוק (ס' 2) 5 דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי דירות (מה שמצדיק כפייה של בטוחות במדינה שמנוהלת ע"פ שוק חופשי)

הרחבת החלת בטוחות: חוק המכר מגדיר דירה באופן מאוד רחב; מכירת דירה תיחשב גם חכירה לדורות; אך לא חל על בנייה עצמית ועסקאות קומבינציה.

**בטוחות פיננסיות, רווחות יותר שמטרתן להבטיח את הקונה מפני סיכון של אבדן כספו:**

* + 1. **ערבות בנקאית - ס' 2(1),** הרלוונטי כיום. ערבות בנקאית זה מצב בו משולם תשלום לקבלן בתמורה לערבות מהבנק המלווה את הכסף שאומרת שאם הקבלן פושט רגל והפרויקט נעצר, הקונה יקבל בכל מצב מהבנק החזר של סכום הכסף שהקונה נתן. הרוכשים לא מקבלים הבטחה של הדירה, אלא של סכום הכסף ששילמו. בטוחה של ערבות פיננסית שעולה כסף על דרך תשלום עמלה לבנק על הוצאות הערבויות.
		2. **ביטוח - ס' 2(2),** פחות רווח, כי הבנק ממילא מעורב וחברות הביטוח פחות קפצו על התחום.

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

* + 1. **שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה - ס' 2(3) ,** רישום הקונה כמשכנתא בדרגה ראשונה של המקרקעין. זכות קניינית במקרקעין שאינה בעלות. אם הפרויקט מתבטל והקבלן יוצא מהתמונה, הרוכש עדיין נשאר בה.
		2. **רישום חלק יחסי של הקרקע ע"ש הרוכש - ס' 2(5),** סיכוי אפסי, לא הבעלים ולא הקבלן יסכימו לשותפות במקרקעין בשלב כל כך ראשוני ולא סביר שהבנק יוותר על רישום משכנתא ראשונה על שמו. רק אם הבנק הוא הבעלים של הקרקע ולא נדרש למימון ראשוני של מימון בנקאי הוא אולי יסכים להשתמש בחלופות האלה.
		3. **רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית (ס' 2(4),** מבטיח את בעלי הדירות בדיני תחרויות מול נושים אחרים. או שימשיכו עם בלעי הערות האזהרה או שיפצו אותם. אפשרות לא קלה ליישום מעשי: בעלי קרקע שמסרבים לרישום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות (בעסקאות קומבינציה למשל) ובמקרים אחרים יש כבר הערות אזהרה קודמות.
* **פס"ד חפציבה -** עד חפציבה הערבות הבנקאית הייתה הפקדה של כסף לחשבון מיוחד, וכל כסף שלא הופקד לחשבון הספציפי לא קיבל ערבות. חפציבה הטעתה את הרוכשים ונתנה להם חשבון אחר ולא את החשבון המיוחד, ולכן הרוכשים לא קיבלו ערבות בנקאית. בעקבות כך, המחוקק תיקן את החוק וביטל את הסיפור של החשבון המיוחד, והיום כל כסף שעובר חייב בבטוחה כלכלית.
* **פס"ד מטרי -** חוק הבטחת השקעות הוא חוק צרכני שנועד להגן על הצרכן ולא על גופים עסקיים גדולים. כך, אם יש מצב וקבלן פשט רגל, החוק יגן רק על האנשים הפרטיים שנפגעו, ולאו דווקא על הגופים שרכשו דירות כחלק מעסקה עסקית.
* **תוספות לאחר תיקון 2008:** המוכר חייב ליידע את הקונה בכתב על הזכויות שלו לפי ס' 2א(1 וליידע אותו אם הפרויקט לא מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי. כמו כן, התיקון מטיל חובות גם על הבנק או תאגיד אחר שהלווה לקונה הלוואה שמטרתה רכישת דירה על זכויותיו לקבל בטוחות כחוק, ולא להעביר את כספי ההלוואה אלא לאחר שווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה (ס' 3ג)
1. **הגנת הבעלות והחזקה**
2. **מדוע מעניקים הגנה רחבה לחזקה?** מספר סיבות:
	1. **שמירה על הסדר הציבורי -** הנחת מוצא שרוצים להמשיך לאפשר למחיק במקרקעין להחזיק בה ולשמור על הסדר הציבורי, אם כל גורם היה יכול לערער על החזקה במקרקעין, סדר הציבורי שלנו היה נשחק. נשאלת השאלה האם נכון להטיל את שמירת הסדר הציבורי על אנשים פרטיים, זה אינטרס ציבורי, ולא אינטרס של האדם הפרטי.
	2. **יעילות והגנה על נכסים -** ההכרה בחזקה והאפשרות של מתן סעד עצמי למי שיש לו חזקה מאפשרת דרך יעילה וזולה יותר להגנה על נכסים האם זה רלוונטי למצב כיום בשוק שרבים בו הנכסים שאין עליהם חזקה? (פנסיות, מניות, קניין רוחני - בעלי משמעות קניינית גדולה גם כן).
	3. **מנגנון להטלת נטלים ראייתיים -** לחזקה כשלעצמה אין ערך מיוחד, אלא היא מסבירה את סדרי הדין ואומרת שנטל ההוכחה מוטל על מי שרוצה להוציא את הנכס מחברו - עליו הראייה. הבעיה: הופך את החזקה לראייה בלבד ומשמרת אותה כמנגנון ראייתי ולא מבחינה מהותית.
	4. **תפיסה חלוקתית -** עידוד בשימוש נכסים פנויים. הצדקה מרכזית: עדיף גנב יעיל מאשר בעלים שלא עושה כלום עם הקרקע. נכסים בשימוש על פני נכסים ריקים. ביקורת: לא תמיד נכון כלכלית ונורמטיבית - יש קרקעות שרוצים להשאיר לא בשימוש.
3. **הבחנות: בעלים** - **בעל זכות להחזיק** - **מחזיק** - **מסיג גבול.** יש צורך לעשות הבחנה באיזה גורם מאלה מדובר במבחן, ולאיזו קטגוריה נכנסים כל אחד מהצדדים ואז להחיל על כל אחד את הסעיף הרלוונטי עבורו.
4. **סעיפי החוק הרלוונטיים להחלה על הצדדים:**
	1. **ס' 15 - החזקה:** "בסימן זה, "**מחזיק**" בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו, ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו. **מחזיק:** מחזיק בפועל מחזיק מטעמו. **שליטה:** החזקה ויכולת לעשות פעולות במקרקעין.
	2. **ס' 16 - תביעה למסירת מקרקעין: בעל מקרקעין**, או **אדם שזכאי להחזיק במקרקעין**, שניהם יכולים להגיע למי שמחזיק את המקרקעין שלא כדין ולתבוע את הפינוי שלו מהמקרקעין. הסעד הוא משפטי: דרישת פינוי מהמחזיק שלא כדין בקרקע.
	3. **ס' 17 - תביעה למניעת הפרעה:** מצב בו המחזיק במקרקעין (**בעלים**/**בעל זכות להחזיק**/**מחזיק**/**מסיג גבול**) זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה. ס' 17 כולל אפילו **מסיגי גבול**. לצורך ס' 17, גם **מסיג גבול** יכול להיחשב כ**מחזיק** (ולא לצורך ס' 16!) ס' שעונה לרציונל ההמשכיות.
* **פס"ד עוקשי -** לעניין ס' 17, הכלל החל במשפטנו היא שמחזיק בפועל בנכס המקרקעין זכאי להגנה מפני כל העולם פרט לבעל הזכות לנכס, ולא תוכל להישמע נגדו טענת ה-IUS TERTI.אנגלרד חושב שמטרת ס' 17 היא מניעת הפרעה, ולא רלוונטי לגזילת חזקה.
	1. **ס' 18 - סעד עצמי -** האם ראוי להרשות סעד עצמי?
		1. **מענה לאופי אנושי -** הגנה עצמית באמצעות הדיפה, אי אפשר להתעלם מהטבע האנושי שרוצה להגן על הקניין שלך
		2. **חלופה מעשית במקרים דחופים -** חלופה מעשית במקרים דחופים: כמו גניבה של מיטלטלין למשל, אם לא תפעל זה ילך וחבל.
		3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות -** כלל אחריות: פיצוי על לקיחת הנכס בלי רשות - לא מונע מאחרים להשתמש במה ששייך לי, אלא רק דורש פיצוי; **כלל קנייני -** אומר באופן קטגורי שאסור לקחת את הנכס ללא הסכמת הבעלים. הסעד העצמי בס' 18, הוא הביטוי הכמעט יחיד **לכלל קנייני בדיני הקניין הישראלים. כלומר אסור לך לקחת, לא שאתה יכול לקחת אבל אחר כך תשלם .**

**בשורה התחתונה, מדובר בסעד ראוי, אך שראוי לצמצם אותו ע"י פרשנות מצמצמת:**

1. **לא תאגידים ולא מישהו מטעם הבעלים -** בעלים פרטי בלבד.
2. **תוך 30 יום מיום התפיסה -** לכאורה לא נותן למענה הטבעי של האינסטינקט, אבל נעשה מתוך פשרה לבעלי הקרקעות החקלאיות שלא נמצאים כל יום בשטח שלהם.
3. **כוח במידה סבירה -** לרוב פורש כזימון משטרה ופניה לגורמי אכיפת החוק, למרות שהסעיף מנוסח כסעד עצמי לחלוטין.

**ס' 18 (א) -** המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילית שליטתו בהם שלא כדין.

**ס' 18(ב) -** תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך 30 יום מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם" - כלומר, יש הגבלת זמן.

**ההבדל הגדול ביניהם:** בס' 18(א) אין הגבלת זמן בעוד שבס' 18(ב) יש הגבלת זמן של 30 יום. למה? ההבחנה שואלת האם יש החזקה בפועל במקרקעין. בכל מקרה בתי המשפט מצמצמים מאוד את הסעד העצמי.מתוך חשש בממד הסבירות של הפעלת כוח עצמאי.

* 1. **ס' 19 - החזרת גזלה:** מטרתו לשמר מצב קיים. "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בס 18(ב) חייב להחזירם למחזיק; אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא נכון עד להכרעה בזכויותיהם.אם מתעלמים רגע מהסיפא שמעניק סמכות לבית המשפט, בית המשפט לא דן בזכותו של אדם למקרקעין אלא הרישא מדבר על החסרת המצב לקדמותו, התביעה הפסוסורית, בניגוד לתביעה הפוטוטורית, הדנה גם בזכות. לבית המשפט יותר קל לתת סעד מכוח ס' 19, בגלל ההפרדה שיוצר הס' שיכולה לדחות את הדיון על הזכות.
1. **מה קורה כשהמדינה היא הבעלים?** ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור(צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור) - לא מופיע בספר חקיקה. הס' מרחיב מאוד את הזמן בו המדינה יכוה לפעול.
* **פס"ד מדינת ישראל נ' בן שמחון -** שינויים ורציונלים כשמדובר בקרקעות המדינה:
	+ - 1. **הגבלת סעד עצמי -** רק צו והליך משפטי (מדינה גוף גדול מול אדם פרטי)
			2. **הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול -** למדינה יש הרבה מאוד קרקעות, והיא לא יכולה לשלוח את אנשיה לסייר כל יום בכל הקרקעות
			3. **אין צורך בהחזקה של המדינה -** לא מחייבים את המדינה להחזיק בפועל את השטחים האלה, ומספיק שהם נמצאים בבעלותה. אי אפשר שהמדינה תחזיק בכל רגע נתון שטחים שלה.
		1. **שכירות**
1. **ס' 3 לחוק המקרקעין -** "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות".
	1. **בתמורה -** ערך כלכלי ממשי, ולא בהכרח כסף. אם למשל יש סיפוק עבוד תמורת שכירות, יכולה גם להיחשב כתמורה.
	2. **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם -** לאו דווקא החזקה או שימוש ייחודיים. ויסמן אומר שניתן להיות בעל זכות לזכירות ואחרים עדיין יוכלו לעשות בו שימוש שונה. למשל: דירות בהן החדרים מושכרים באופן בלעדי, ואילו המרחב המשותף מושכר לכולם במשותף.
	3. **שלא לצמיתות -** ע"פ חוק המקרקעין לא קיימת שכירות ללא הגבלת זמן (כפי שנקבע בפס"ד **עמידר נ' מנדה**). לפי פסק הדין, הסיבה לפיה מתחמים ומגבילים בזמן, היא סיבה טכנית ולא נורמטיבית - כי ככה כתוב בחוק.
* **פס"ד לוסטינג -** ניתנה שכירות ל-999 שנה, שם נחשב התיחום הזה לפרק זמן לגיטימי. פשוט חייב להיות תיחום זמן כלשהו, כדי שיהיה ברור שזכות השכירות תפקע בשלב מסוים אחרת אם לא תהיה הגבלה של זמן, זו לא תהיה זכות שכירות, אלא העברת בעלות או מתן רישיון/בר רשות ולא שכירות.
1. **שלושה סוגים של שכירות בחוק -**
	1. **שכירות קצרת מועד -** תקופה של עד 5 שנים. רוב שכירויות הן בסוג הזה.
	2. **חכירה -** 5-25 שנים.
	3. **חכירה לדורות -** למעלה מ-25 שנים. לרוב מדובר בשכירויות מול המדינה.
2. **שכירות כזכות קניינית -**
* **זיקה בלתי אמצעית לנכס** - הזכות מעניקה זיקה בלתי אמצעית לנכס עצמו.
* צדדים שלישיים - מעניקה הגנה מול צדדים שלישיים (בתחרות) מכוח הזיקה הבלתי אמצעית אל הנכס.
* **חלפת בעלים לא משפיעה -** הזכות מעניקה הגנה על השוכר מפני נעבירם או מחליף המשכיר - אם הבעלות עוברת זה לא משפיע על השוכר, והוא נשאר במקרקעין עד תום חוזה השכירות ונהנה מאותם התנאים שהוסכמו בחוזה.
* **שיעבוד -** כמו כל זכות קניינית, במידה ואין התנאה בחוזה השכירות, השוכר יכול לבקש למשכן את זכות השכירות אצל רשם המשוכנות, כמקור נוסף לקבל כסף. בפועל רוב החוזים יתנו על זכות זו כי זה לא עונה על אינטרס המשכיר.
* **היכולת להעניק זיקת הנאה**
* **העברה -** היכולת להעביר שכירות לאחר - עבירות הזכות.
1. **העבר של משכיר - ס' 21 לחוק השכירות והשאלה-** השוכר מוגן מפני העברות של המשכיר. כל מי שירכוש את הנכס מידי המשכיר, יהיה מחויב כלפי השוכר באותם חיובים, גם אם הבעלים החדש לא ידע על הזכויות האלה.
2. **העברה של שוכר - ס' 22 לחוק השכירות והשאילה -** ברירת המחדל היא שהוא לא יכול, כי בעל המקרקעין עושה תהליך שלם למי הוא רוצה להשכיר. אלא אם כן, השוכר מצליח להוכיח שהטעמים הם אינם סבירים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין | מיטלטלין/זכויות |
| יש הגבלת עבירות | **שיקול דעת בית משפט אם יש טעמים לא סבירים** | **איסור עסקה, לא יעזור אם הטעמים סבירים. אלא אם כן בהסכמת המשכיר.** |
| אין הגבלת עבירות | **הרשאה לביצוע העסקה - אם הטעמים להתנגדות המשכיר אינם סבירים, אין צורך בשיקול דעת** | **שיקול דעת בית משפט האם אפשר או אי אפשר להעביר את השכירות** |

**מהם טעמים סבירים?**

* + - 1. **סוג הנכס - פס"ד אשגרום נכסים בע"מ -** כאשר ניתנת שכירות מטעמים ייחודיים של הנכס, שינוי סוג הנכס הוא סירוב סביר.
			2. **זהות השוכר - פס"ד מדינת ישראל נ' וייס יהודה -** דירות מגורים לטובת אנשי צוות שפועלים בכפר הנוער מקווה ישראל. בית המשפט קובע שסירוב הבעלים לשכירות המשנה הוא לגיטימי כי יש חשיבות לזהות השוכר -שיעבוד במקווה ישראל.
			3. **אי עמידה בתשלומים - 7783/00 בנק הפועלים -** אם השוכר לא עומד בתשלומים שלו לא ניתן לעביר את השכירות לאחר. אחרת הוא היה מפסיק לשלם.

בשורה התחתונה, סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות (פס"ד חברת הכשרות הישוב בישראל בע"מ)נטל ההוכחה יהיה על השוכר (**מדינת ישראל נ' וייס**).

1. **חוק השכירות ההוגנת -** תיקונים לחוק השכירות והשאילה שנכנסו כחלק ממאבק לתמרץ את בעלי הדירות להשכיר דירות לזמן ארוך יותר ובמאפיינים הוגנים יותר עבור השוכרים:
	1. **הוספת 6א' -** ס' הצהרתי שמבקש למנוע מצב בו המשכיר לא יכניס את השוכר למצב של עסקאות נוגדות. מחזק את זכויותיו של השוכר.
	2. **הוספת סימן ו' לחוק-** נוסף סימן שלם שעוסק בשכירות ההוגנת
		1. **קביעת חוזה מצוי -** כולל הוראות הוגנות ביחס לזכויות של משכיר ושוכר. החוזה המוצע - העקב השימוש וההצלחה הגבוהה בקרב התקנון המצוי, החוזה ממצוי מבקש להציע ברירת מחדל הוגנת, ברירת מחדל שוקית רגילה.
		2. **חובת מסירת דירה ראויה למגורים -** אי התאמה תהווה הפרת חוזה, והשוכר יוכל להשתחרר מהחוזה בלי תשלום קנסות. מה לא ראוי למגורי אדם? לפי תפיסת בית המשפט.
		3. **קביעת תשלומים בהם חב השוכר -** התערבות המחוקק בתשלומים (ביטוח ודמי תיווך)
		4. **הגבלת ערובות -** התיקון קובע תקרה שמגבילה ערבויות שעולות על שליש תקופת השכירות או פי 3 מדמי השכירות, ולא כמו פעם - שהערבויות לא היו מוגבלות מה שהיווה קושי גדול לשכור את הדירה מלכתחילה.
		5. **מניעת תניית ביטול ללא עילה למשכיר -** הוספת התיקון אסרה על הוספת סעיף לחוזה האוסר על ביטול החוזה בלי עילה. אפשר אבל לעוף את זה עם עילה של כדאיות כלכלית. מותר להתנות רק בתניות לטובת השוכר על חלק מהסעיפים.
* **סייגים לתחולה -** ההוראות לא חלות על מלון, מעון סטודנטים, דיור מוגן, דירות חוק הגנת הדייר לא חל עליהן ובשכירות שהיא פחות מ-3 חודשים (קצר מדי) או למעלה מ-10 נים (לא ברור למה) ושכירות שעולה על 20 אלף ₪ (כנראה לא זקוקים להגנה).
1. **שכירות קצרת מועד -** ס' 152 לחוק הגנת הדייר גובר על ס' 79 לחוק המקרקעין, הדין בישראל:
	1. **דרישת הרישום -** הולכים לפי חוק הגנת הדייר: רק נכס שהשכירות שלו לא עולה על 10 שנים (כולל אופציה להארכה, גם נכס של שכירות ל-8 שנים +3 ייחשב חוזה שכירות שעולה על 10 שנים)לא צריך רישום. אם הוא עולה על 10 שנים (כולל אופציית הארכה) הוא דרו רישום.
	2. **דרישת חוזה בכתב -** הולכים לפי חוק המקרקעין - צריך לעשות עסקה בכתב על חוזה שכירות שעולה על 5 נים (כולל אופציה להארכה).
2. **חכירה לדורות -** לצורך עריכת עסקאות, מכריע בית המשפט שמדובר בשכירות, ולכן ניתן לעשות עסקה על חלק מהמקרקעין. **צעד קטן לפני בעלות. פס"ד בסו נ' מלאך -** שם נפסק שבתום חוזה החגירה לדורות, ימשיכו כנראה לשבת בקרקעות האלה, ולכן המנהל יהיה חייב להסדיר את זה מבחינה פורמלית. בית המשפט מעניק לחכירה לדורות משמעות שיותר מתקרבת לבעלות מאשר לשכירות.

**יב. תחרויות**

**תחרויות - הלכות קונקרטיות בלבד. (בלי היסטוריה, הצדקות, דיונים וכו' - אלה ועוד מחברת הארוכה.**

**תחרות I - בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל**

1. **זיהוי הצדדים:**
	1. **בעל התחייבות לעסקה -** נמצא בשלב החוזה ולא בשלב הרישום בטאבו
	2. **נושה מעקל -** אדם שיש לו חוב, ואין לו זיקה למקרקעין (כמו משכנתא למשל)
2. **סוג המשאב:**
	1. **מקרקעין רשומים:** פס"ד אהרונוב ובנק המזרחי נ' גדי(+כספי ורשף)
* **פס"ד אהרונוב -**
	+ 1. **שטרסברג כהן -** ס' 127(ב) שדורש הערת אזהרה זה טכני מדי (שימוש בתיאוריית האישיות) + מעגל שוטה שאי אפשר לשבור אותו רק באמצעות הערת אזהרה.
		2. **ברק -** מחזיר את דיני היושר לאחר שהמחוקק הוציא אותם בס' 161, ולוקח את קדימותו של בעל ההתחייבות לעסקה על הנושה המעקל מכוח ס' 9. **- נפסק להלכה.** אם לא רשמו הערת אזהרה וניתנה רק חלק מהתמורה, הראשון עדיין זוכה בהכל, גם אם הוא שילם רק חלק. (זכות מעין קניינית, שטרסברג כהן בדעת מיעוט מחזירה את דיני היושר האנגלים ואומרת שיקבל ביחס למה ששילם).
* **פס"ד כספי נ' נס -** ההלכה של אהרונוב רלוונטית גם לסיטואציה של פשיטת רגל (לפי חשין)
* **פס"ד רשף** - כשבעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה מקצועי (כמו בנק), הוא לא כמו כל בעל התחייבות לעסקה, ויש לו חובות מוגברות כלפי הציבור.

|  |
| --- |
| **ההלכה: הלכת אהרונוב:** בעל התחייבות קודם גם אם לא רשם הערת אזהרה (משכללת זכות שביושר מעין קניינית לפי ברק; רלוונטי גם לסיטואציה של פשיטת רגל, **פס"ד כספי נ' נס**). כאשר בעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי, אי הרישום של הערת אזהרה מוציא אותו מהדין הרגיל של פס"ד אהרונוב ועשוי לגרום לניצחון של הנושה המעקל, בגלל חובתו המוגברת לציבור (**פס"ד רשף**) .גם אם בעל ההתחייבות שילם רק חלק מהתמורה, הוא יזכה בנכס. (ברק וחשין באהרונוב, לעומת שטרסברג כהן שהולכת לפי דיני היושר האנגליים). לא צריך לייבא את גנז ואת דרישת רישום הערת האזהרה: מוסד העיקול זה לא עסקאות נוגדות, אין הסתמכות על נכס ספציפי ועצמת האינטרס של המעקל בנכס שונה. **כך גם בבנק המזרחי נ' גדי** שקבע: יש הבדל בין זיקה מהותית מול סעד דיוני; תאונה משפטית מול תאונה כלכלית; אינטרס הסתמכות של המעקל נמוך משל הקונה.  |

* 1. **מקרקעין לא רשומים + זכויות - לא יהיה במבחן.**
	2. **מיטלטלין -** רק פס"ד אהרונוב - כלומר בעל ההתחייבות בעסקה (אין קשר להערת אזהרה כי אנחנו במיטלטלין) מנצח למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי.(עקרונית, לא צריך לעסוק ברשף, לא הוכרע במפורש).

**תחרות II - עסקאות נוגדות - אי אפשר לחיות בשלום עם שתיהן (כפל עסקאות מאותו סוג (מכירה/שכירות/משכנתא בדרגה ראשונה) או שכירות יכולה לפגוע בבעלות, משכנתא מלאה מול מכירה וכו')**

1. **זיהוי הצדדים:** בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה**.** כדי להבין איפה אנחנו (בשלב האובליגטורי - ואז בעסקאות נוגדות, או בשלב הקנייני - ואז בתקנות שוק) חייבים לבדוק את פרטי החוזה.
	1. בהיעדר התנאה בין הצדדים, הולכים לפי **ס' 33 לחור המכר**: לפיו הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירותו. (זכות עוברת בעת חתימת החוזה, אלא אם הייתה התנאה).
	2. אם קיימת התנאה, הבעלות עוברת לפי הקביעה של שני הצדדים (גם לפי **ס' 33 לחוק המכר**). (לגבי זכות - אם הייתה התנאה, היא עוברת לפי ההתנאה).
2. **סוג המשאב:**
	1. **מקרקעין רשומים -** ס' 9 + פס"ד גנז**:**
		1. **ס' 9: (מיושם בורטהיימר נ' הררי)** הראשון בזמן זוכה אלא אם השני בזמן השלים שלושה תנאים מצטברים: תום לב, תמורה ורישום בטאבו.
		2. **פס"ד גנז -**
		3. מחיל חובת תו"ל אובייקטיבית גם על הראשון בזמן.הראשון בזמן צריך לרשום הערת אזהרה. רשם - ניצח. לא רשם - בודקים הצדקות, יש הצדקות - ניצח. אין הצדקות - הפסיד, גם אם השני לא מילא את שלושת התנאים. ההצדקות:
			* 1. **אין התרשלות -**

**לא ניתן לרשום הערת אזהרה -** שביתה/חג וכדומה.

**אי הרישום הוא מוצדק/שיש שיקולי מדיניות -** לא רוצים לערער מערכת זוגית או שיתופית (לא נרצה לחייב בני זוג לרשום הערת אזהרה או בשותפות מקרקעין - עלול ליצור תחושה בעייתית במישור הזוגי או השיתופי

* + - * 1. **אין קש"ס -** אי הרישום לא גרם לתאונה משפטית:

**השני בזמן ידע על הראשון -** ידע ובכל זאת ביצע את העסקה, כלומר גם לא היה תם לב)

**השני בזמן לא בדק את הרישום -** התאונה המשפטית הייתה מתקיימת בכל מקרה

**השני בזמן לא ירד אל השטח -** ירידה לשטח יכולה לחשוף אינפורמציה רבה.

* + - * 1. **השיקול הלא ראוי -** הרוכש התחייב כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים. ברק אומר שזה לגיטימי כי זה חלק מחוזה. שי שטרן שהתנאה על דבר כזזה יוצר עוד מצבים של תאונות משפטיות.

 **(ב)** ניתן להסתכל על שתי העסקאות כהתחייבות לעסקה במקרקעין גם כאשר המוכר הוא גם רק בעל התחייבות לעסקה**.**

* 1. **מקרקעין לא רשומים + זכיות -** ס' 12 + ס' 13 לחוק המיטלטלין
		1. **ס' 12:** זכותו של הראשון בזמן עדיפה, אלא אם השני בזמן התקשר בעסקה, וקיבל את הזכות/המיטלטלין בתום לב ובתמורה. אם מילא את שלושת התנאים האלה, השני בזמן ינצח**.**
			+ 1. **קיבל את הזכות/המיטלטלין -** לפי שני התנאים שמופיעים למעלה: אם יש התנאה - לפי החוזה, ואם אין התנאה, במועד הקבלה (או במועד החתימה אם מדובר על זכות) - ס' 33 לחוק המכר. **קיבל - חזקה בנכס + קניין.**
				2. **בתום לב - סובייקטיבי -** בגלל שאין יכולת להחיל סטנדרט אובייקטיבי, בהיעדר רישום, ובהיעדר פרסום סטנדרטי של המכירה, נאלצים להסתפק בתום לב סובייקטיבי.
				3. **בתמורה -** תמורה משמעותית בת ערך. לחלופין - מצב של שינוי לרעה: גם אם לא שילמת כלום, אבל השינוי שעשית היה קיצוני במאזן המצוקה (נשארת בלי נכס משמעותי, בלי דירה נניח) משפיע גם על הכרעת התחרות.
		2. **ס' 13:** מחיל את ס' 12 גם על זכויות.
	2. **מיטלטלין -** ס' 12 לחוק המיטלטלין - לפי מה שמפורט.

|  |
| --- |
| **ההלכה בזכויות (+מקרקעין לא רשומים) ומיטלטלין: ס' 12 + 13 (בהתאמה לזכויות ומקרקעין לא רשומים)לחוק המיטלטלין: הראשון בזמן מנצח את התחרות, אלא אם השני בזמן מילא את שלושת התנאים. לא מחילים את פס"ד גנז כי אין מרשם.**  |

**תחרות III - תקנת השוק**

1. **זיהוי הצדדים:** בעלים מול רוכש בתום לב
2. **סוג המשאב:**
	1. **מקרקעין רשומים -** ס' 10 לחוק המקרקעין
		1. **בתמורה**
		2. **בתום לב על הרישום - בתום לב -** תו"ל סובייקטיבי (מי שיודע שיש חוליה שחורה בשרשרת לא יכול להיחשב תם לב ולא יוכל ליהנות מהתקנה - לכן מי שעצם עיניים מסימני האזהרה, לא יוכל ליהנות מתקנת שוק + כל התנהלות שלא בתו"ל של העו"ד השליח, הלקוח שלו גם לא ייהנה מתקנת שוק - הם הופכים להיות שליחים מכוח חוק השליחות). **על הרישום -** ההסתמכות חייבת להיות על הרישום ולא על מסמכים או דברים אחרים. פס"ד מורדכיוב - מי שהסתמך על המתחזה ולא על הרישום - לא יהנה מתקנת השוק. סיטואצית הבעלים-המתחזה-רוכש א'-רוכשת ב'
		3. **אף אם הרישום לא היה נכון**

**רציונל -** ניהול חיי מסחר תקינים. אחרת אם לא היינו מסתמכים על רישום עסקאות מקרקעין. אחרת אנשים היו מפחדים לעשות עסקאות במקרקעין, או מעלים את המחירים שלהם משמעותית כי לא מסתמכים על רישום אלא על גורמים חיצוניים שעולים עוד כסף.

* **מה הדין כשלמוכר יש רק הערת אזהרה?** (רוכש א' מעביר לרוכשת ב' ע"ב הערת אזהרה בלבד) רוכשת ב' תוכל ליהנות מתקנת השוק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים (רובינשטיין במורדכיוב):
	+ - 1. **רוכש א'** השלים את הרישום של המקרקעין בטאבו לאחר חתימת החוזה עם רוכשת ב'
			2. **התנאת התשלומים ע"י רוכשת ב' -** התנתה את התשלומים עד לרישום הנכס על שמו של א', או לפחות את מרביתם. כי כשאתה קונה על בסיס הערת אזהרה אתה לוקח סיכון. לכן ההתנהלות של רוכשת ב' צריכה להיות תקינה והגיונית.
			3. **בדיקה ראויה-** אין קביעה לפרטים, אבל גדול המטרה היא שרוכשת ב' תוודא את כל סיפור הערת האזהרה ושתהיה זהירה וחכמה. ככל שיצוצו סימנים מחשידים - יידרש ממנה לחקור יותר לעומק.
	1. **מקרקעין לא רשומים + זכיות -** ס' 4 לחוק המחאת חיובים**:** ככלל הראשון בזמן לוקח, אלא אם השני השיג אותו והודיע קודם לחייב על זכות ההמחאה שלו. כך שמי שזוכה זה מי שמודיע קודם לחייב על הזכות שלו.
	2. **מיטלטלין -** ס' 34 לחוק המכר קובע 6 קריטריונים להכרה בקיומה של תקנת השוק**:**
		1. **ממכר -** העברת הנכס תמורת מחיר, תמורה. (ס' 1 לחוק המכר).
		2. **נכס נד -** רק מיטלטלין מוחשיים ולא זכויות (ויסמן)
		3. **ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר -** לקנות תמונה ממישהו שמוכר תמונות ולא ממישהו שמוכר גרביים. למה צריך את הס'?
			1. **אייל זמיר -** תנאי אובייקטיבי לבדיקת תום ליבו של הקונה
			2. **דגן -** תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן מעמיק יותר את טיב הנכס שהם מכניסים לשוק. פיתוח מומחיות. אם הוא לא מומחה, יותר קל למכור לו זיופים וסחורות גנובות.
		4. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו של המוכר -** תנאי שמבטיח את תום ליבו של הקונה: היעדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה. אחרת אמורות להידלק נורות אזהרה (רק במזומן/ שעות עבודה לא רגילות/מקום מכירה לא רגיל) - צריך אבל לבדוק את המכלול ולראות אם יש הסבר, ולראות אם הקונה הוא שדורש את מהלך העסקים הלא רגיל.
		5. **הקונה קנה וקיבל -** לבדוק אם הוא אכן קנה וקיבל - לפי ס' 33 לחוק המכר (אם יש או אין התניה)
		6. **תום לב -** שמתקיים לאורך כל התנאים עד להשלמת העסקה. תום לב סובייקטיבי שכולל ידיעה בפועל/עצימת עיניים. אין צורך בידיעה קונסטרוקטיבית (היה עליו לדעת) כי אז זה יטיל בדיקה מעמיקה על כל מוצר שקונים (פס"ד רוזנשטרייך)
* **פס"ד כנען - מבחין בין 2 סיטואציות של תקנת שוק במיטלטלין:**
	+ - 1. **פגם בשרשרת האספקה בלבד -** רכוש גנוב למשל - לקיחה שלא כדין מהבעלים. במקרה כזה נבדוק את הנתונים בזמן אמת.
			2. **העברה שלא כדין בנוסף לשוני בזהות סוג הנכס ומהותו ממה שחשבו הצדדים.** רק במצב כזה נבדוק לפי פס"ד כנען בחינה של בדיעבד את סוג הנכסים ואם זה סוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור. וגם התמורה תבחן בדיעבד (כלומר תמורה אובייקטיבית, ולא לפי מה שחשבו הצדדים).