**דיני קניין – ד"ר שי שטרן (מחברת מקוצרת ע"ב המחברת של מירון)**

**מבוא**

**מה זה קניין?** כשחושבים על קניין מתכוונים לשייכות. **ס' 3 לחו"י כבוד האדם** קובע, כי לא פוגעים בקניינו של אדם אלא בחוק. ניתן ללמוד כי זכות קניינית היא כמעט מוחלטת. באם רוצים לפגוע בזכות זו יש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה נועדה לתת מענה, למקרים בהם מתן זכות קניינית מוחלטת לא תתאם את המציאות. **מקרי בוחן** – **1. פטנט** – פטנט הוא המצאה אשר נרשמה, תהליך הרישום הוא מורכב ויקר, אולם מרגע שנרשם הזכות הקניינית היא חזקה, ומקנה לבעליו את היכולת למנוע מאחרים את השימוש בהמצאה. לדוגמא טבע במשך שנים החזיקה את הפטנט לתרופה קופקסון, וחברות לא יכלו ליצר אותה. עם זאת, גם הזכות לפטנט פגה בשלב מסוים, וחברות אחרות החלו ליצר את התרופה. הגבלה נוספת על פטנט היא, במקרים בהם בעל הפטנט משתמש בו בצורה לא ראויה מבחינה חברתית, רשם הפטנטים יכול להפקיע ממנו את הזכות הקניינית (**פרק ח' לחוק הפטנטים**), דוג' לשימוש לא ראוי הוא יצור באופן חלקי מכמות הדרישה בפועל ע"מ לעלות מחירים. **2. דיני משפחה** – **ס' 7 לחוק המקרקעין** קובע כי הבעלים של הדירה הוא מי שהיא רשומה על שמו. עד להלכת השיתוף, כך גם התייחסו לבעלות על דירה בגירושין. ברם, בשלב מסוים ביהמ"ש קבע, כי לא בוחנים במקרה של גירושין את ההיבט הפורמאלי של הקניין אלא המהותי. בחינה מהותית מעלה כי הזכויות במקרקעין הם של שני בני הזוג. במובן הזה ביהמ"ש לא שולל את ערך הקניין אלא רק את ערך הקניין הפורמאלי. נמצאנו למדים, כי בכל דיון על זכות קניינית מוטלת על העו"ד החובה להציג מה היקף הזכות הקניינית של הלקוח. **3. זכויות יוצרים** – חוק זכויות יוצרים בעבר העניק זכויות לכל יוצר, אולם לאחר מתן הזכויות היו למשתמשים מסוימים הגנות, בדומה להגנות שיש בחוק הפלילי. משמע, אם השתמשת לא אומר שלא הפרת את זכות היוצרים אלא קיימת לך הגנה. לדוגמא, אחת ההגנות המוכרות היא שימוש הוגן הפוטרת מי שמשתמש ביצירה מתשלום בעדה, באם השתמש באופן הוגן. זכות יוצרים אמנם מוגנת גם ברמה המוסרית וגם ברמה הכלכלית, אך היא מחזיקה ל-70 שנה ולא לעד. היום זה ישתנה וזכויות יוצרים כוללת גם הגנה ישירה לשימוש הוגן.

**תאוריות קנייניות**

1. **תאוריה קלאסית** – אדם בעל זכות קניינית הוא בעל זכות בנכס, משמע קיימת מערכת יחסים בין הנכס לבעליו, כך שכל שאר האנשים בעולם אין להם זכות בנכס. התאוריה הזו שימשה במשך שנים רבות עד לסוף המאה ה-18.
2. **תאוריה פרסונאלית** – החלה בסוף המאה ה-18, עת הבינו כי קשה לחשוב על נכס כמושא לזכויות וחובות, ולכן גם כבעל מערכת יחסים עם אדם. בעולם המשפטי קיימת הבחנה בין זכות קניינית לחוזית, בעוד זכות קניינית היא חזקה, זכות חוזית היא גמישה יותר. משכך, ניסו להסביר, כי זכות חוזית היא כלפי אדם אחד או קבוצה מוגדרת וניתנת להעברה, בעוד זכות קניינית היא מעין זכות חוזית כלפי כל העולם, ושייכת לאדם אחד. בהתאם, ההבדל היחיד בין זכות חוזית לקניינית הוא הכמות. הקושי בתפיסה זו הוא, כי בפועל לא קיימת הבחנה מהותית בין חוזים לקניין, מה גם שבפועל במערכת המשפט יש פער גדול ביניהן.
3. **התאוריה המודרנית הקלאסית** – זכות קניין היא היכולת להפיק מהנכס תועלת במישרין. משמע, זכות הקניין נותנת לנו גישה בלתי אמצעית לנכס. זאת בשונה מזכויות חוזיות, שם ניתנת זכות פיצוי השבה וכיוצ"ב. דוגמא טובה לכך היא משכנתא, מדובר בהלוואה אך בניגוד להלוואה רגילה, כנגד הכסף נרשם שעבוד על נכס מקרקעין, כך במקרה שהלווה מפסיק לשלם עבור ההלוואה יכול הבנק לגבות את חובו מהנכס עצמו. ברישום השעבוד על הנכס ניתנת לבנק האפשרות לממש את הנכס ללא קשר לרצון הבעלים ומצבו.

**תפיסות קנייניות**

**דיאלוג של תפיסות קניין** – בלקסטון, פילוסוף ומשפטן אנגלי בעל תפיסות ליברטריאניות, טעון כי הזכות לקניין היא זכות מוחלטת. משמע, בבסיס התפיסה הליברטריאנית עמוד הערך האולטימטיבי חירות הפרט, משכך תפקיד המדינה הוא להבטיח חירות זו. המשמעות היא, שכל חקיקה המגבילה את הזכות לקניין יש לבחון האם היא עומדת בס' **8 לחו"י כבוד האדם**. כמו כן, כל גריעה מזכות קניינית תחייב את הגורע לפצות את בעליו. הופלד והונור – טענו כי זכות קניינית אינה עומדת בפני עצמה, אלא מורכבת מהרבה זכויות קטנות יותר. לדוגמא, זכות הניהול והשליטה, לאדם יש את הזכות לשלוט ולנהל את נכסיו. בנוסף, יש את זכות השימוש, זכות זו אינה בהכרח חופפת לזכות הניהול והשליטה. ניתן לראות זאת ביחסים של בעלים ושוכר, לבעלים יש את זכות השליטה והניהול, אך לשוכר יש את זכות השימוש. זכויות נוספות הן עקיבה, היכולת לאתר את הנכס, והזכות להפיק הכנסה מהנכס. ניתן לתאר את הויכוח בין בלקסטון והופלר, בכך שבעוד בלקסטון סבור כי כל פגיעה בזכות היא בעייתית, לדעת הופלד יש לבחון האם הפגיעה אכן פוגעות ברכיב של הזכות לקניין שבעל הזכות מחזיק.

**מתחים בין תפיסות קניין** – **1. מישור תורת משפטי** – יוצרת הבחנה בין התפיסות הפורמליסטיות לבין התפיסות הריאלסטיות, ניתן לחשוב על הדוגמא של הלכת השיתוף, בה הוחלט לאמץ תפיסה ריאלסטית על אף הכתוב ב**ס' 7 לחוק הרישום**, ולחלק בין בני הזוג את הנכס. תפיסה ריאלסטית בעיקרה, מקשה על עו"ד לאמוד את סיכויי התביעה ולייעץ ללקוחותיהם, אך מעניקה פתרונות צודקים יותר. עם זאת, תפיסה פורמאליסטית, היא תפיסה אשר בבסיסה מעניקה וודאות יחסית גדולה לצדדים. **2. מישור התחולה** – במרכז הוויכוח עומדת השאלה האם יש להחיל תפיסה מוניסטית, הטוענת כי יש ערך אחד עליו מבוסס הקניין ולפי עקרונותיו לפסוק, או האם להחיל תפיסה פלורליסטית הסוברת, כי יש לנהל את זכות הקניין לפי מספר ערכים. דוגמא לתפיסה מוניסטית, היא תפיסתו של בלקסטון הסובר כי בבסיס ערך הקניין עומדת החירות ותו לא. דוגמא נוספת, היא תפיסה הסוברת כי בבסיס ערך הקניין עומדת הרווחה המצרפית, משמע כל פגיעה בקניין צריכה להוביל ליותר רווחה מצרפית מי שהיה קודם לכן. התפיסה המוניסטית היא פשוטה יותר ליישום, שכן בכל פעם יש לבחון רק ערך אחד. לעומת זאת תפיסה פלורליסטית, סוברת כי כאשר מכריעים בשאלות קנייניות נדרש לעשות איזון בין הערכים. דוגמא לכך היא בית משותף, מחד כל אחד הוא הבעלים של ביתו ויכול לעשות בו ככל העולה על רוחו, מאידך, ברכישת הנכס קמה לאדם סט של מחויבויות כלפי הדיירים האחרים. בארה"ב חוקי הבית המשותף מוסדרים לרוב בחוזה, שכן התפיסות שם הם יותר ליברטריאניות, בעוד בישראל המחוקק כן מתערב בדרכי הניהול של הבית המשותף, ונותן ביטוי לאיזון בין הזכויות. דוגמא נוספת הוא רישיון כפייה בפטנט, מצד אחד נפגעת זכות הקניין של בעל הפטנט, ומצד שני הרווחה המצרפית עולה והפגיעה בחברה פוחתת. **3. מישור נורמטיבי** – המתח הוא בין תפיסות ליבראליות לתפיסות ליברטריאניות, בעוד האחרונים תופסים את ערך הקניין כזכות אולטמטיבית, הראשונים טוענים כי ניתן לפגוע במקרים מסוימים בזכות לקניין. **סיכום** היום ביהמ"ש בישראל אימצו תפיסה פלורליסטית של זכות הקניין ומבצעים איזונים בין הדברים. כמו כן, אומצו תפיסות ריאליסטיות מבעבר ותפיסות ליברליות יותר.

**ביקורת** – **1. תפיסה ליברטריאנית** – קיימת ביקורת תיאורית על תפיסה זו שכן היא אינה מיטיבה לתאר את המצב, כיוון שהיא מתארת זכות קניינית כהכל או כלום בעוד לא כך המצב בפועל, לדוגמא זכות קניינית של שכירות אינה מוחלטת אולם היא עדיין זכות קניינית. כמו כן, קיימת ביקורת דיסקורסיבית, הביקורת טוענת כי לא ניתן לתאר זכות קניין כקלף שמסיים דיונים, וגם זכות זו נסוגה מפני זכויות אחרות. **2. תפיסה הופלדניאנית** – תפיסה הסוברת, כי זכות קניינית היא זכות מודולרית המורכבת מזכויות רבות. ביקורת אד-הוקיזם בכל סכסוך מוכרע לפי ערך אחר, והדבר יוצר חוסר עקביות בדין. ביקורת פריקות היתר של הזכויות זכות הקניין בבסיסה היא גישה בלתי אמצעית למשאב, ריבוי זכויות יכול למנוע גישה בלתי אמצעית למשאב, בדומה להתדיינות הנעשית בדיני חוזים.

**מאפייני הזכות הקניינית**

**שליטה וניהול** – היא חלק מהותי בזכות הקניינית, הראשון לבסס תפיסה זו היה בלקסטון. כמו כן, בדין הישראלי דורנר וחשין, הרבו לקדם תפיסה זו. ניתן לראות גם את **סוזט קילו**, אשר פיתחה תאוריה שלמה בנושא הזכויות הקנייניות בדיני הפקעות. **שימוש** – אדם בעל הזכות הקניינית יכול להשתמש בה, ביטוי לכך נמצא ב**ס' 2 לחוק המקרקעין** המתיר לבעלי המקרקעין להשתמש בהם. עולה השאלה האם זכות השימוש היא גם להרוס, על פניו נראה שכן, אולם יהיו מקרים בהם נרצה להגביל מעשים מסוג זה. קיימות הגבלות נוספות כגון הגבלה על בניה בשטח. **עקיבה ועדיפות** – קל לתאר זכות זו, בכך כי אדם המוצא חפץ ששייך לו אצל אחר רשאי לקחת אותו. ברם, תאוריה זו מצומצמת ע"י דיני התחרות בקניין, המביאים לידי ביטוי אינטרסים חברתיים אחרים המשפיעים על הבעלות בנכס. **עבירות** – מעניק לבעל הזכות הקניינית את היכולת להעבירה לאחר. עם זאת, קיימים נכסים אשר לא ניתן להעבירם ובכל זאת הם יהיו מושאי קניין. לדוגמא, סחר באיברים, על אף העובדה כי איבריו של אדם הם קניינו, קיים איסור לסחור בהם. דוגמא מעניינית יותר היא, חוק הירושה, הקובע כי מותר לאדם להעביר את זכויותיו עד שני שלבים קדימה. מדובר בפגיעה בזכות הקניין, משום שאדם לא יוכל לצוות את קניינו כפי העולה על רוחו, קיימים שני טעמים: **1. טעם כלכלי** – קשה לצפות מי ימקסם את הנכסים ולכן רוצים לאפשר שינוי ביורשים אחרי שתי העברות. **2. טעם חברתי** – לא רוצים לשמר נורמות חברתיות לעולמי עד. **חיובים** – גרגורי אלכסנדר סובר, כי אחד המאפיינים האינהרנטיים של הזכות לקניין, הוא החובות שחב בעל הזכות כלפי החברה. ניתן לחשוב על זה כחובות שמוטלות על בעלים בבית משותף. **פומביות** – אחד מהמאפיינים העיקריים של זכות קניינית במקרקעין (**ס' 7(א) לחוק המקרקעין**) וכן בזכויות אחרות היא חובת הרישום. ברישום מקרקעין, אין לאדם זכות במקרקעין אם הוא לא רשם את זכותו במרשם. **עקרון הרשימה הסגורה** – הרעיון הוא כי מרגע שאדם מחזיק בזכות קניינית ראוי שידע מה תחולת הזכות. כך למשל **ס' 161 לחוק המקרקעין** קובע כי זכות במקרקעין יכולה להיות מבוססת רק על חוק. משמע, ניתנת למחוקק זכות לקבוע את היקף הזכות. לפיכך, המוסד הקנייני של זכות במקרקעין צומח מחוק המקרקעין, וכך גם שאר זכויות הקניין. **פס"ד נגה**, עולה השאלה האם מפיץ מוצרים יש לו זכות קניינית בקו ההפצה או רק זכות חוזית, השופטת שטרסברג-כהן אומרת כי ניתן להקביל מחוק המקרקעין, אולם אין בסמכותה לעשות כן וזו סמכותו של המחוקק. קיימת ביקרות על עקרון הרשימה הסגורה הגורסת, כי העיקרון מביא לרגולציה דווקנית השולל, את יכולתם של השופטים לעצב את הזכות לקניין במקרים הנדונים. מנגד יטענו, כי הגורם שמייצג באופן המיטבי את החברה הוא הכנסת, ולכן ראוי כי זה הגורם שבפועל יקבע את צורת מוסדות הקניין.

**קניין פרטי**

**הגדרות:** **1. קניין פרטי** – משטר המתיר לאנשים לקנות רכוש ולהיות בעליו. **2.** **קניין קולקטיבי** – משטר בו אין בעלות פרטית והכל שייך לריבון, והריבון ככזה מקצה לפרטים רשות שימוש. **3.** **קניין משותף** – תת שיטה של קניין פרטי, כאשר מספר אנשים מחזיקים ביחד בקניין.

**הצדקות לקניין הפרטי:**

1. **חירות** – נוז'יק שהיה ליברטריאן, טוען כי משטר פרטי נותן לפרט יכולת לעמוד בפני השלטון מבלי להיות כפוף באופן מוחלט לגחמותיו, הוא לומד זאת מיכולתם של המשטרים הקומוניסטיים לשלוט באופן מוחלט באזרחיהם. לדידו, באם קיים משטר פרטי יש לבססו על שלושה סוגי כללים בסיסיים. **א.** **תפיסה תקפה** – להגדיר מהו השלב הראשון בו אדם זוכה בבעלות בנכס. **ב. העברה התקיפה** – לא מספיק לקבוע ממתי נתפס הנכס, אלא נדרש גם לקבוע כיצד להעביר אותו. **ג.** **כלל תיקון** – לאור העובדה כי לא תמיד אנשים מתנהלים ביושר, יש לקבוע כללים אשר יגנו על מי שנפגע מכך. **עולה השאלה האם על מנת להעניק לאדם חירות חייבים להעניק משטר פרטי למושאי הקניין**? הופלד טוען, כי במתן חירות לאדם מסוים בנכס נלקחת החירות מאדם אחר. משכך, יש להעניק בנוסף על החירות זכויות קנייניות בסיסיות לכל אדם, תפיסה זו בהכרח נוגדת את טענותיו של נוז'יק.
2. **עבודה** – ג'ון לוק היה יועץ למלך אנגליה, והוא ניסה להצדיק את המשטר הקנייני בארצו, אשר כלל את קיומם של אצילים עם קניין פרטי, ואנשים ללא קניין פרטי. הוא טען, כי כל האנשים בעולם נולדו שווים עם קניין משותף, אולם מרגע שאדם ערבב את כוחו בקניין מסוים הוא הפך להיות שלו. הוא מסביר כי הדבר נוצר, כיוון ולא ניתן לקבל את הסכמת כל הפרטים בעולם לקניין משותף. תפיסה זו על אף שנחזית להיראות כקניינית בפועל היא תועלתנית. כמו כן קיימים שני סייגים לתפיסתו של לוק. **1.** ניתן לרכוש בעלות במשאב ע"י עבודה כל עוד נשאר מספיק מהקניין באיכות ובכמות לאחרים. **2.** "בל תשחית" באם לאדם יש מספיק הוא אינו יכול לקחת יותר ולא להשתמש. קיימות שלוש ביקורות על גישתו של לוק. **א.** ביקורת על סייג הראשון, היא כי רק במצב אוטופי אדם יוכל לקחת ולא יחסר לאחרים. **ב.** נוז'יק טוען, כי לא ברור מה זה בדיוק עבודה? אם אדם שפך מיץ לאוקיינוס זה אומר שהאוקיינוס שלו? **ג.** ההצעה היא חסרת פרופורציה, אדם יכול להשקיע את ההשקעה הקטנה ביותר ולקבל 100% במשאב. ביקורת זו, מבקרת בעיקר את התוצאה ולא את הפרקטיקה. על אף הקשיים בתאוריה של לוק, זו התאוריה שמלמדים בתחילת קורס בדיני הקניין בארה"ב. הסיבה היא כי התאוריה נותנת דגש על העבודה, ודיני הקניין בארה"ב מכוונים מאוד לקניין רוחני המתמקד גם הוא בגמול. גמול אשר ניתן לאדם מהחברה בהתקיים שלושה תנאים. **1.** התנהגות ראויה. **2.** תוצאת התנהגות חיובית לחברה. **3.** הגמול פרופורציונלי.
3. **רווחה מצרפית** – התאוריה מתחילה במאמר של הארדין הנקרא "הטרגדיה של השיתוף". המאמר מתאר מרעה היכול להאכיל 12 פרות ביום, ולמרעה יש 4 בעלים שלכל אחד 5 פרות. הארדין טוען, כי בעקרון כל אחד מהבעלים יעלה את כל פרותיו בכל יום על המרעה על מנת למקסם את רווחיו, ובדרך זו המרעה יתרושש. בכדי לפתור מצב זה, ניתן לקחת את המרעה לחלק אותו ל-4 וכל רועה יוכל להחליט כיצד לנהל את שטחו. **דמשץ** מותח ביקורת על הארדין מכמה סיבות, **ראשית**, הוא טוען כי ניתוח כלכלי אמיתי נדרש להיעשות באופן מלא תוך שלוקחים את כל העלויות בחשבון, ולא רק התנהגות אחת. עוד הוא מוסיף, כי הניתוח הכלכלי אדיש לשיטות הקניין ויש לבחון בכל מקרה כיצד המשוואה מתעצבת. **שנית**, הניתוח של הארדין לא מנתח מה יקרה בדורות הבאים, והאם גישה זו תהיה נכונה מבחינה כלכלית גם לדורות הבאים. **ושלישית**, כיום יש דרכים טובות יותר לנהל את הקניין המשותף, משכך, לא בטוח כי תינתן היעילות המקסימלית דרך קניין פרטי.
4. **אישיות** – מרגרט ריידין, טוענת כי לא נדרש שכל חפץ יקבל הגנה קניינית מלאה, אלא יש לבחון באיזה מידה החפץ קרוב לאישיות בעליו ובהתאם להעניק את מידת ההגנה. ריידין לא מדברת על יעילות אלא על שמירה על האישיות האדם המתבטאת בחפציו הקרובים. דוגמא לכך היא בית המגורים, המשמש מבטחו של אדם. לדעת ריידין, שמירה על בית המגורים הינה חלק מהותי, ולקיחת הבית תדרוש מהלוקח פיצוי נוסף. לדעת ריידין, לא ניתן לחלק קניינים לפי העדפותיו של כל סובייקט, ולכן יש להגדיר קטגוריות מוגנות.
5. **קהילה** – קהילה מתבססת על קיומם של חיובים, ניתן לחלק קהילה לשלוש קטגוריות, ליברטראיניות, ליברליות וקהילתניות. נוזי'ק (ליברטריאן) טוען, כי השתייכות לקהילה הוא וולנטרי ודורש הסכמה לקבל את החבות. באם לא ניתן לשרוד ללא מסגרת קהילתית, כגון במצב של מדינה, יש לראות כי היא פוגעת באופן מינימלי בחירותם של הפרטים. קהילה קהילתנית, טוענת כי לקהילה יש ערך בפני עצמה. משכך, היא תדרוש מהיחידים ולעיתים אף תעדיף את הקהילה על פרט מסוים. בקהילה ליבראלית, לא ניתן לכפות על היחיד להקריב לטובת הכלל. ברם, ניתן לבקש מהיחיד לתמוך בחלשים בחברה. כמו כן, חובה כי ליחיד תהיה אפשרות יציאה מהקהילה. שלושה מופעים עיקריים בהם הקהילה משפיע על הקניין. **1. כניסה לקהילה** – לדוגמא כשרוצים לקנות בית בבניין משותף במאה שערים, יש להראות כי אתה משתייך לזרם חרדי מסוים. **2.** **המשטר** **בקהילה** – שיתוף בקניין בין אנשים, דורש לקבוע כללים כיצד הוא יעשה. **3. יציאה מהקהילה** – מתחלק לשלוש, הוצאת אדם מהקהילה, פרישת אדם מהקהילה, והפקעת רכושו של אדם.
6. **צדק חלוקתי** – שני טעמים **1. טעם חיצוני** – כיוון ומדובר בזכויות על משאבים וחלוקתם, נדרש לקחת בחשבון את ההשלכות האלו. **2. הטעם הפנימי** – נוגע לסוג ההצדקה המצדיקה את קיומו של הקניין, כיוון וגם ההצדקה היא בעלת השלכות חלוקתיות.

**קניין פרטי – במה?** כשחושבים על השאלה הזו, בוחנים את ההצדקות בקניין פרטי ובוחנים באילו מהקניינים לא ראוי שהדבר יחשב קניין. פטנט לדוגמא, מתן זכות בפטנט נעשית על מנת לעודד אנשים להשקיע ולפתח את הפטנטים, ובכך גדלה הרווחה המצרפית. ניתן לומר כי הפטנט הוא גם קרוב לגרעין האישיות של יוצרו. מהדוגמא נלמד, כי בבחינת מושאי קניין יש לבחון קודם מה התכלית לקיומה של הזכות ורק לאחר מכן לבחון את היקפה, במקרה שבדוגמא חוק הפטנטים מגדיר את היקף הזכות. **פס"ד מקדונלד** נשאלת השאלה האם זכות לפרסום היא זכות קניינית של אדם? השופט ריבלין, יודע כי המחוקק לא הגדיר את הזכות לפרסום כקניינית, אולם הוא בעצמו מניתוח תכליות הקניין יוצר את **המוסד הקנייני** של הזכות לפרסום. בנוסף פסה"ד קובע, כי בהגדרת מוסד קנייני יש להגדיר גם מה היקף הזכות.

**מוסד קנייני** – הוא חוק מסוים המגדיר זכות קניינית של אדם. לדוגמא, חוק המקרקעין, מגדיר שני מוסדות קניינים, הבית הפרטי והבית המשותף, וכל אחד מהם הוא בעל היקף שונה של זכויות וחובות. להלן מספר דוגמאות נוספות למוסדות קניינים. **א. דיור ציבורי** – מחיר דירה בדיור הציבורי, יהיה מחיר השוק פחות סכום שהופך למענק בתנאים מסוימים **ס' 3 לחוק הדיור הציבורי**. זאת ועוד, קיימים תנאים למתי דייר בדיור ציבורי יכול להוריש את דירתו **ס' לחוק הדיור הציבורי. ב. דיור מוגן** – אדם שהינו בעלים של בית משותף יכול להפוך אותו לדיור מוגן, אולם אז הוא יידרש לעמוד בתנאים הקבועים בחוק לשם כך. **ג. בתים משותפים** – בבית משותף הבעלים יהיו כפופים לעוד חובות, לדוגמא **ס' 58(א) לחוק המקרקעין**, מחייב את בעל הדירה לשאת בעלויות הרכוש המשותף. **ס' 60(ב) לחוק** קובע כי באם נהרס הבית בהחלטה של רוב מסוים ניתן לחייב את המתנגדים לשלם את ההוצאות בגין הקמתו מחדש.

**קניין חדש** – צ'ארלס רייך כתב מאמר בו הוא טוען, כי כיום בשל השליטה הרבה שיש למדינה בחיינו. ניתן להתייחס לחלק מהדברים אשר מתקבלים מהמדינה כקניין. לדוגמא, אדם המקבל קצבה מהמדינה באופן שהוא מסתמך אליה, באם המדינה מפסיקה לו אותה היא תידרש לפצותו. דוגמא נוספת היא שלילת הרישיון לעו"ד, אם המדינה שוללת את הרישיון לעו"ד בעלי תואר ראשון בלבד, עליה החובה לפצותם. הדבר בא לידי ביטוי בשני פסקי דין בישראל. **1. פס"ד מנור** – רצו להפחית את קצבאות הזקנה וטענו כי יש פגיעה, נקבע כי מדובר בקניין ישן, שכן אנשים חסכו לכל אורך חייהם ועכשיו הם פשוט מקבלים את כספם. **2. פס"ד מנחם** – דנו בשינוי הדרישה למתן רישיון למוניות, דנו בזכות הקניין אבל בסוף הוכרע מכוח חופש העיסוק.

**קניין פרוגרסיבי** – ג'ורג' סינגר מציג את הגישה הזו, מדובר בגישה הפוכה לגישה הקפיטליסטית ליברטריאנית. סינגר כותב מאמר על מקרה שהיה באוהיו, בו חברת פלדה אשר העסיקה את רוב תושבי העיר החליטה לסגור את מפעליה. סינגר טוען, כי יש לתת לעובדים זכויות קנייניות במפעל, בטענה כי נותרו על בסיס ההסתמכות על מיקומו של המפעל ועל עבודתם בו במשך שנים. במילים אחרות סינגר מציע, כי במקרה של סגירת המפעל, הזכויות הקנייניות יועברו לעובדים בו. הבעיה בטיעון, כי לא ברור על מה העובדים מסתמכים כיוון ולא קיים חוק או תניה בחוזה המורה לעשות כן. לפיכך, באם רוצים ליצור הסתמכות במקרה כזה יש לחוקק זאת בחוק.

**במה לא רוצים לתת קנין פרטי** – קיימים מקרים בהם הקניין קיים בפועל אך מסיבות חברתיות אנו נאסור על מסחר בו, קניינים כגון זנות, סחר באיברים, סחר בתינוקות, עבדות ועוד. מדובר בהחלטה חברתית ויש לשקול בה שיקולים רבים. דוגמא לכך היא העובדה, כי קיימת דעה בחברה המתנגדת לפונדקאות, אולם היא בעד פונדקאות לזוגות חד מיניים, כיוון שפונדקאות מסוג זה מכניסה שיקול נוסף. נדון ב**סחר באיברים** כדוגמא לדיון, הטיעונים בעד: **1.** מלאי האיברים בשוק יגדל, כיום קיימים מעט איברים, האפשרות לקבל כסף תמורת איבר תגדיל את כמות האיברים הניתנים להשתלה. **2.** רגולציה של משאבים תמנע מצב של שוק שחור, כיום האיסור מוביל לקיומו של שוק שחור רחב, ופיקוח על הסחר ימנע מצב מסוג זה. **טיעוני נגד** **1.** בעיה חלוקתית, ברור כי באם יותר סחר איברים אילו חלקים באוכלוסייה יהיו המוכרים ואילו חלקים באוכלוסייה יהיו הקונים. נוצר מצב בעייתי בו בפועל השוק גדל אך רק עבור קבוצה מסוימת. **2.** מסחור טובין אישיים. **3.** הרבה פעמים סחר יוביל למכירה של איברים של מי שלא שולט בגופו בפועל לדוגמא תינוק, דבר היוצר כפיית עסקה על צד שלישי מבלי לשמוע לדעתו.

**מסחור** – הוא מצב בו לוקחים מושא קניין לא סחיר ומתחילים לסחור בו. קיימות שתי טענות מרכזיות נגד מסחור. **1. השחתה** – כאשר אנו מתירים סחר של משאב מסוים, אנחנו מורידים מערכו של המשאב. דוגמא של דן אריאלי, הוא אדם ההולך לארוחה משפחתית ובסוף הארוחה הוא משלם לבן משפחתו עבור האירוח. ברי כי התנהגות כזאת תשחית את מוסד הארוחה המשפחתית. **2. כפייה** – הטענה היא שאנשים שעד היום לא עשו זאת יחלו לעשות זאת, כך לדוגמא אם יתירו סחר בילדים, אישה שעד היום לא הייתה נכנסת להריון סתם, באם עכשיו יתירו סחר בילדים היא תיכנס להיריון על מנת לפרנס את משפחתה. כנגד טיעון זה קיימים שני טיעונים. אחד כי גם ככה מתקיים שוק שחור המאפשר זאת. שתיים כי בפועל חסימת האפשרות בפני מסחור, היא צבועה כי גוזרת על אנשים למות ברעב.

**סיכום ביניים** – זכות קניינית מחייבת לאזן בין זכויות. זכות קניינית נוצרת מכוח חוק, המגדיר מה היקף ההגנה הקניינית. כאשר משנים זכות קניינית או יוצרים חדשה, יש לבחון איך הזכות משנה את האיזון הקיים, ועל בסיס איזה ערכים היא נעשית.

**הבעלות במקרקעין**

**ס' 13 לחוק המקרקעין** מגדיר כי עסקה במקרקעין כוללת את המוגדר ב**ס' 11-12** (עומק גובה, ומחוברים) והעסקה לא תקפה על חלק מהמקרקעין.

**חוסר תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין** – כל שטח קרקע מוגדר באמצעות גוש וחלקה. כל גוש מחולק לחלקות בגדלים שונים (אותם לפי **ס' 13 לחוק המקרקעין** אסור לחלק למעט מקרים של בית משותף המחולק לתתי-חלקות), גודל החלקות נקבע לפי הצרכים החברתיים. כאשר הצרכים משתנים עושים רה-פרצלציה ומחלקים מחדש את גודל החלקות. ביטוי נוסף, לאיסור על חלוקה הוא **ס' 38** הקובע כי בפירוק שיתוף במקרקעין, אם הוחלט לחלק את הקרקע ולא למכור יש לקבל את הסכמת המפקח לחלוקה. קיימים מספר טיעונים מדוע לא להתיר לכל אדם לחלק את החלקה לפי רצונו. **1.** הוא הטיעון המרכזי, הרעיון הוא לתת לוועדה לתו"ב לשקול את השיקולים החברתיים והתכנוניים ולהביא אותם לידי ביטוי בגודל החלקות, ולא רוצים כי אנשים פרטיים יבצעו שינויים בחלקות. **2.** קיים חשש מפני פיצול יתר, כאשר באם יום אחד ידרשו להפקיע את הקרקע או לשנות את ייעודה ריבוי בעלים יצור מצב המקשה להשיב את הקרקע ליחידה אחת. **3.** ריבוי בעלים, במקרה של רצון לאחד קרקעות, ריבוי הבעלים מגדיל עלויות עסקה ועלויות התדיינות משפטית. **4.** בעיית הפעולה המשותפת, קיים חשש כי אדם אחד יתנגד לפעולה וימנע אותה, או יבזבז כסף וזמן יקר באופן סחטני. כנגד טיעונים אלו, תמיד עולה הטיעון של **כוחות** **השוק**. עם זאת, יש לזכור כי במקרים רבים קיימים כשלי שוק, כגון בעיית הסחטן. כמו כן, גם אם השוק יכול ליצור איזון מושלם הדבר אינו וודאי, ולא ראוי לקחת סיכון גדול מדי בשם כל הציבור. **החריגים לחוק** – קיימים חריגים המאפשרים ביצוע חלוקה. **א.** **בית** **משותף** – **ס' 54** קובע כי כל דירה בבית משותף על אף שהיא קיימת בחלקה אחת, תהיה בבעלות נפרדת, ותהיה רשומה כתת-חלקה. **ב. זיקת הנאה** – זיקת הנאה יכולה להיות בחלק מסוים מהחלקה ולא בכולה **ס' 93**. **ג. הפקעה** – **פס"ד אקונס** – בחפירת מנהרות הכרמל, עולה חשש כי כאשר המדינה תפקיע את חלקה ברובד התת קרקעי היא תאלץ להפקיע את חלקה גם מעל הקרקע, דבר שיחייב לפצות את הנפגעים בסכומים גבוהים. המדינה טענה כי היא מפקיעה ברובד התת קרקעי זכויות חזקה ושימוש. בדומה ביהמ"ש קבע, כי לא מדובר בעסקה במקרקעין כיוון שזו הפקעה והיא אינה חוסה תחת **ס' 6** הקובע כי עסקה במקרקעין נעשית ברצון, ובהתאם אין איסור לבצע הפקעה חלקית של החלקה. **ד. שכירות** – **ס' 78** מאפשר להשכיר חלק מהחלקה. **פס"ד לוסטיג** עולה השאלה האם חכירה לדורות נחשבת שכירות או מכירה. במקרה דנן החכירו את הנכס ל-999, במצב כזה מאבדים את יכולת הניהול והפיקוח במקרקעין, ובכך מאבדים את השליטה בנכס. ביהמ"ש קובע כי על אף על פי כן, חכירה לדורות היא שכירות וניתן להחכיר רק חלק מהעסקה. יש פה מצב בעייתי שכן בכך ניתן לעקוף את **ס' 13**. **ה. ירושה** – **ס' 6** קובע כי הורשה על פי צוואה אינה נחשבת עסקה במקרקעין, תאורטית ניתן לבצע חריג הדומה להפקעה אך בפועל לא מפעילים את החריג.

**עומק וגובה** – **ס' 11** קובע כי הבעלות במקרקעין מתפשטת לכל העומק ולכל הגובה. בתוך הסעיף יש חריגים, המאפשרים במקרה של מציאת מחצבים להפקיע את המחצב מהבעלות הפרטית ולהעבירה לבעלות ציבורית. כמו כן, אין בבעלות במקרקעין אפשרות למנוע מעבר בחלל הרום. בשנה האחרונה תוקן החוק ונכנסה אפשרות לפצל את השטח מתחת לקרקע או מעליו. התיקון נועד לאפשר להפקיע את תת הקרקע ולרשום אותו על שם הגוף המפקיע. הדבר דרש יכולות טכנולוגיות מתקדמות, ונעשה בשל ההבנה כי בזמן הקרוב המדינה תידרש לבצע רישומים מסוג זה. **ס' 14** מגדיר חלקה תלת-מימדית, כמו כן, **ס' 14ב'** קובע כי החלקה התלת-מימדית מתפשטת רק באזור בו היא מוגדרת, על מנת להחריג מהקבוע ב**ס' 11**. **ס' 14ד'** קובע כי הסעיף אינו גורע מהאמור ב**ס' 13** על מנת לאפשר חלוקה מסוג זה. **ס' 14ה'** קובע, כי השינוי לא יפגע ברציונאליים של **ס' 13**, לא תירשם חלוקת קרקע תלת-מימדית ולא ינתן פס"ד לחלוקה מסוג זה, וכי הדבר יעשה רק במצב של הפקעה או לפי אישור מכוח **חוק** **התו"ב**. המטרה היא כרגע לא לאפשר לבעלים פרטיים להפוך את שטחם לשטח תלת מימדי.

**אוצרות טבע ועתיקות** – כאמור בעלות בקרקע מתפשטת למעלה ולמטה למעט משאבים. **פס"ד סמדן** **ס' 53 לחוק הנפט** קובע כי מי שקיבל זיכיון להפיק נפט, רשאי גם להוביל אותו הרציונל הוא לעודד אנשים לחפש נפט ולקבל רווח מוגבר. הממונה על ההגבלים, אישר לסמדן להוציא את הנפט אך לא נתן לה רישיון להובלה, על מנת למנוע מונופול. חשין מנתח את הסעיפים של חוק הנפט, ומראה כי מטרת החוק היא לעודד חיפוש ולמנוע מונופול, וכי אילו עקרונות המוסד הקנייני דנן. משכך, אין מניעה שהממונה לא ייתן רישיון להובלת נפט. מדובר בנסיגה של חשין מהיותה של זכות קניינית מבוססת בעיקר על חירות הבעלים.

**המחובר לקרקע** – **ס' 12** קובע כי הבעלות על הקרקע מתפשטת על כל דבר המחובר לקרקע למעט דברים הניתנים להפרדה. לסעיף יש משמעות רבה, בעיקר לקביעה מה נחשב מחובר ומה ניתן להפרדה. דוגמא לכך, היא מכונה המחוברת לקרקע של מפעל, הקרקע משועבדת לבנק אחד והמכונה לבנק אחר. בעל המפעל חדל"פ, עולה השאלה, האם המכונה שייכת לבנק המחזיק בשעבוד על הקרקע כיוון והמכונה לא ניתנת לניתוק? עיקר ההכרעה היא, כי מדובר בהחלטה משפטית ולא פיזית, נדרש לבחון עד כמה המחובר מהווה חלק מהמקרקעין או מהמיטלטלין. **מבחנים לקביעת מחוברים:** ויסמן הציע שלושה מבחנים מצטברים שהתקבלו ע"י הפסיקה, ולאחר צליחתם יש לבחון גם שיקולי מדיניות. **1. מבחן החיבור הפיזי** – נדרש חיבור פיזי מינימלי למקרקעין. **2. מבחן סוג הנכס** – יש נכסים שמסוגם הם מחוברים, כמו ברז, ויש נכסים שמסוגם הם ניידים כמו רכב, בהתאם, יש להראות כי הנכס נייח מסוגו. **3. מבחן הכוונה** – לפי ויסמן כאשר מדובר בצדדים קרובים יש לבחון את הכוונה באופן סובייקטיבי, וכאשר מדובר בצדדים רחוקים יש לבחון את הכוונה במדד אובייקטיבי. **שיקולי מדיניות: 1. מונע הנזק הזול** – מטילים את האחריות על מי שיכל למנוע את המצב בצורה הזולה ביותר. ביהמ"ש יבחן מי מהצדדים יכל למנוע בצורה הטובה ביותר את המצב המשפטי אליו נקלענו. **2. וודאות השוק. 3. עידוד פעילות כלכלית. 4. יעילות מצרפית. 5. שיקולי חלוקה**. שיקולים אלו יקבלו משקל בעיקר כשמדובר בבנקים נותני אשראי, כיוון שלהכרעה משפטית יש השפעה על התנהלות הבנקים במתן אשראי.

**מהות הזכות ומגבלותיה** – **ס' 14** קובע, הבעלות במקרקעין אינה דבר המצדיק גרימת נזק או אי נוחות לאחר. נבחן שני פסקי דין רלוונטיים: **1. שלב נ' הררי מואב** מפצלים חלקה לשלוש חלקות שבחלקה שלישית יש מחצבה, כשפיצלו את החלקה לא רשמו לבעלי המחצבה זכות מעבר בחלקות האחרות. שלב היו בעלי המחצבה והחלו להעביר את הסחורה דרך השטח של הררי מואב. הררי מואב חסמו את המעבר, שלב טענו כי לפי **ס' 14** הם גורמים נזק ואי נוחות. ביהמ"ש דחה את הטענה וקבע כי **ס' 14** לא מאפשר השגת גבול תוך ביטול הערך הקנייני של זכות הקניין של משהו אחר. במילים אחרות **ס' 14** לא חל על עסקה שוקית שכל עניינה היא לחסוך סיבוב שיוזיל עלויות. **2. רדומילסקי נ' פרידמן** שושנה רדומילסקי רכשה מבנה בה פרידמן היה דייר מוגן. החוק מתיר להוריש דיירות מוגן, עם בחצי שנה לפני מותו גר עמו בן המשפחה היורש. בתו של פרידמן עברה לגור ביחד איתו בדירה. שושנה מבינה את המשמעות ומנסה להילחם בזה, היא רואה כי הבת חיברה טלויזיה בחוט מעל החצר, ובכך פלשה לשטח המשותף. שושנה מגישה תביעה, וביהמ"ש קובע כי לפי **ס' 14**, מדובר במעשה שיגרום אי נוחות לגב' פרידמן, ואין היא יכולה למנוע ממנה זאת. ביהמ"ש במקרה דנן, מבין שכל מטרתה של שושנה זה להקשות על גב' פרידמן להעביר את הדיירות המוגנת. **הבהרה**, במשך השנים הפסיקו יחסית להשתמש ב**ס' 14**, אך לאחרונה הוא חזר בכל הנושא של התחדשות עירונית. מקרה נוסף שהסעיף הגיע לביהמ"ש בשנת 2014. **רוקר נ' סלמון** רוקר קיבלו היתר לבנות את קומת העומדים שבבסיס הבית המשותף, אך לא קיבלו את הסכמת שאר הדיירים. בפועל הם בנו את קומת העמודים, הדיירים האחרים ביקשו להרוס את המבנה, רוקר טענו כי הדרישה להרוס את המבנה היא עמידה דווקנית האסורה לפי **ס' 14**. **אנגלרד**, מגיע למסקנה שלא צריך להרוס לפי מאזן הנזקים, כי לרוקר יגרם נזק גדול יותר מהריסה. **טירקל, חשין ולוין**, יש להרוס את המבנה, וכי **ס' 14** עדיף שלא היה בספר החוקים, ואם קיים יש לפרשו בצמצום. **ברק, שטרסברג כהן ומצא**, קובעים כי מדובר בחובת תו"ל ספציפית, וכי על מנת להחיל אותו יש לעבור שני שלבים. **1.** להסתכל על המוסד הקנייני הרלוונטי. **2.** להבין מהי מערכת היחסים שבתוכה נמצא המוסד הקנייני. יש לבחון כל מקרה לגופו, אולם ככל שהמוסד הוא פרטי יותר נפרש את **ס' 14** בצמצום וככל שהוא חברתי יותר, יפרשו את הסעיף בהרחבה. בדומה לכך, בהררי מואב לא קיבלו את הסעיף, ואילו ברדומילסקי כן קיבלו על מנת להגן על מוסד הדיירות המוגנת.

**זיקת הנאה**

זכות קניינית המוגדרת בחוק **ס' 5 וס' 92-98**. **ס' 5** מגדיר כי זיקת היא שעבוד מקרקעין להנאה במקרים בהם לא קיימת זכות החזקה במקרקעין. ניתן לומר כי מורכב משני נדבכים: **1.** **יסוד חיובי** – בעל המקרקעין חייב לתת לזכאי להנות מהקרקע. **2. יסוד שלילי** – לא קיימת זכות שימוש ייחודית, לדוג' בעל חניות יכול להתיר לאדם מסוים לחנות אבל לא בחניה ספציפית, כי אז זה כבר חזקה. כמו כן יוזכר, כי מדובר בחריג ל**ס' 13**, המתיר לרשום זיקה רק על חלק מהקרקע.

**היווצרות זיקת הנאה** – **1. הסכם** – צדדים יכולים לחתום על הסכם המתיר לאחד זיקת הנאה במקרקעין של השני. **2. מכוח דין** – צוואה, פס"ד, מעשה מנהלי. **3. מחמת כורח** – כורח פיזי המחייב מתן זיקת הנאה על מנת לאפשר לאחר לממש את זכותו. **3. מכוח שנים** – **ס' 94** אם אדם משתמש בזיקת הנאה מסוימת לאורך שנים ואין התנגדות לכך, הוא יכול להמשיך ולהשתמש באותה זיקת הנאה. **זכאים לזיקת הנאה ס' 92** – בכל מקרה יש זכאי וחייב, הזכאי הוא מקבל זיקת הנאה והחייב הוא בעל המקרקעין הנותנים זיקת הנאה. **1. אדם** – ניתן להקנות לאדם ספציפי זיקת הנאה. **2. סוג בני אדם** – למשל דיירי הבית המשותף. **2. לטובת הציבור** – כאשר המקרקעין גובלים במבנה ציבור, והגיוני לעבור דרכם על מנת להגיע למבנה. **3. לטובת מקרקעין** – כאשר יש בעיית נגישות למקרקעין עצמם, ניתן להעניק רשות מעבר למקרקעין. **תוכן הזיקה ס' 93** – **1. זכאות** – לשימוש מסוים של בעל המקרקעין הזכאים. **2. הימנעות** – מביצוע פעולות של בעל המקרקעין הכפופים, היכולות לגרום לפגיעה בזיקה. **3. חובה** – לא להגביל פעולה במקרקעין הזכאים. **זיקת ההנאה במקרה של חלוקה או איחוד** – **1. חלוקה ס' 97** – זיקת ההנאה נשארת במקומה גם לאחר החלוקה. **2. איחוד ס' 98** – **א.** כאשר יש שתי חלקותו מקרקעין בבעלות אחת, ניתן לשעבד כל אחת מהן בזיקת הנאה לשנייה. **ב.** מיזוג הבעלות של שתי החלקות לא מבטלת זיקת ההנאה ביניהם. **ג.** כאשר שתי חלקות מתאחדות מבחינה רישומית מתבטלת זיקת ההנאה אחת לשנייה. **זיקת הנאה מכוח שנים ס' 94** – זו הסוגייה השנויה במחלוקת ביותר, כיוון ולא ניתנת הסכמה אקטיבית לזיקת ההנאה. **טיב הזכות** נדרש כי מדובר בזכות הראויה להוות זיקת הנאה, כאמור יסוד חיובי או שלילי. **טיב** **השימוש** (**פס"ד בן חורין**): **א.** שימוש הנוגד לזכות הבעלים במקרקעין. **ב.** שימוש שהוא גלוי וחשוף לכל. **ג.** שימוש הנמצא בידיעתו הקונסטרוקטיבית של הבעלים. **ד.** שימוש שמקורו בזכות חוזית או זכות אחרת שהוענקה ע"י בעל המקרקעין הכפופים למשתמש. **תקופת השימוש** נדרש להשתמש במשך 30 שנים באופן רצוף, יכול להיות שימוש לסרוגין (**בן חורין**, **טוינה נ' לוי**). **בעל הקרקע לא מחה בכתב ס' 94ב'** – באם בעל המקרקעין רוצה למחות, עליו לשלוח הודעה למשתמש או לציבור במקרה של ציבור. **תוקף הזיקה ס' 96** – בעיקרון זיקת הנאה היא בלתי מוגבלת, צד המעוניין או היועמ"ש יכול לבטל זיקת הנאה מאחת הסיבות להלן: **א**. אי הפעלת הזיקה. **ב.** שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה. **ג.** שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים. **העברת זיקה ס' 95** – זיקת הנאה לטובת אדם ולא לטובת קרקע לא ניתן להעביר, אלא אם כן החייב בזיקה הסכים לבצע את העברה. **בעיקרון זיקת הנאה לא חלה על מקרקעי ציבור ס' 113**.

**זכות קדימה** – ניתן להעניק זכות קדימה ולרושמה במרשם המקרקעין. המשמעות היא, כי אם רוצה בעל קרקע למכור את הקרקע ראשית הוא צריך לפנות לבעל זכות הקדימה, הבעל הזכות צריך להסכים לקנות באותו מחיר ובאותם תנאים שהציעו האחרים. **תחולה** – הזכות חלה הן על בעלות והן על חכירה לדורות **ס' 106**. הזכות לא חלה על העברה ללא תמורה, אולם העברה ללא תמורה לא תפתור את המקבל מזכות קדימה שנרשמה. **סוגי זכויות קדימה** – **א.** מכוח הסכם, באם קיים הסכם כזה יש לרשום אותו במרשם **ס' 99(א)**. **ב.** מכוח דינים אחרים **ס' 100(ב) וס' 113**, מחייבים מתן זכות קדימה במקרה של מכירת משק חקלאי בירושה, וכנ"ל לגבי נחלה אחרת שלא ניתנת לפיצול. **ג.** זכות הקדימה בין בני זוג תחול על דירה, משק חקלאי ובית עסק **ס' 101**.

**משטר המקרקעין הקנייני בישראל**

רוב המקרקעין בישראל נמצאים בידי המדינה, והציבור רק מחכיר אותו ממנה. המדינה מחזיקה בקרקעות דרך שלושה גופים: **1.** רמ"י. **2.** קק"ל. **3.** רשות הפיתוח (משמש כמנהל הקרקעות בקרקעות שהולאמו). בפועל מי שמנהל את המקרקעין זה רמ"י, לצד זאת, יש הבדלים בניהול, כי בעוד ברמ"י ורשות הפיתוח צריכים לנהוג בשוויון. קק"ל הוא גוף פרטי שנועד להתיישבות יהודית, בהתאם לכך קק"ל יכולה להגביל את השימוש בקרקעותיה. הדבר נעשה ע"י חתימה על אמנה הנחתמת מחדש בכל כמה שנים. החתימה על האמנה משמשת את קק"ל כמעין שוט לדאוג שהמדינה תשתמש בקרקעותיה לפי רצונה.

**בעלות בידי המדינה** – ברמה הפרקטית כל שינוי בקרקע צריך להיעשות באישור רמ"י, אולם בשנים האחרונות רמ"י נותנת אישור חד פעמי המאפשר לבצע פעולות, מבלי שכל פעם יידרשו לאישורה מחדש. ניתן לחלק את הבעלות לשני מגזרים **1. המגזר העירוני** – נעשה ע"י חכירה לרוב ל-98 שנה, מדובר בזכות חזקה אשר סביר להניח כי גם בסיום החכירה לא רמ"י לא תוכל לדרוש את הקרקע בחזרה. **2. מגזר חקלאי** – במגזר החקלאי המחזיקים בקרקע הם רק בעלי רישיון, המתיר להם לפעול בשטח של המקרקעין. הקרקע מחולקת ע"י הסכמי בר רשות למיניהם, לרוב המדינה נותנת רשות לאגודה והאגודה מחלקת את השטחים בין החקלאים. מה שיוצר בפועל סיטואציה כי הבעלות בנחלות החקלאית היא חלשה יחסית מבחינה קניינית. בעבר כאשר חידשו את החוזים, לא ביצעו בהם שינויים אולם בשנים האחרונות המדינה מתאימה אותם יותר למציאות.

**רמת התערבות** – רחל אלתרמן מומחית למשטר המקרקעין, מראה מספר סוגי משטרי מקרקעין, המדורגים במדרג יורד מהתערבות מלאה לחוסר התערבות. **1. הלאמה מלאה** – דומה למה שקורה בישראל, המדינה מחזיקה במירב הזכויות בקרקע. **2. הפקעה מסיבית של זכויות בקרקע** – מקרים בהם המדינה מפקיע בצורה לא סבירה לצרכיה, קורה הרבה פעמים בהפקעה לצורכי ביטחון. **3. רכישה לטובת בנק קרקעות** – בכל הפקעה המדינה מפקיעה קצת יותר על מנת לאפשר לה מרחב תמרון. **4. איחוד בעלויות וחלוקה מחדש** – במקרה של הפקעה על מנת לא לפגוע בקבוצה ספציפית מפקיעים כמות קרקעות גדולה, ומחלקים אותה מחדש בין כל השאר. לרוב בנוסף להליך הזה עושים שינוי ייעוד לקרקע המעניק לקרקע שווי גבוה יותר ודרך זו מפצים את בעלי הקרקעות. **6. הפקעה נקודתית** – המדינה מפקיעה רק לצרכים ספציפיים. **7. תכנון ציבורי** – המדינה לא מפקיעה אלא רק מכווינה מה יהיה במקרקעין ע"י מתן היתרי בניה, לפי התכנון הכולל. **8.** **בעלות** **פרטית** – המדינה לא מתערבת בניהול הקרקעות בכלל, קורה רק ביוסטון. **מסקנת המאמר**, היא כי יש מקום להתערבות ממשלתית מסוימת בניהול הקרקעות, אולם, החזקת המקרקעין כולם ע"י המדינה הינו כלי כבד מדי לטיפול בבעיה קטנה יותר. משכך, מוצע לבחור פתרון טוטאלי פחות מהפתרונות שהוצגו לעיל או שילוב של כמה מהם. התערבות המדינה נדרשת משתי סיבות: **1. כשלי שוק** – קיימים מספר סוגים של כשלי שוק: **א.** טרגדיית ההמונים – אם לא נשמור על מעורבות ציבורית לא יבנו הטובין הציבוריים כגון כביש, בי"ס וכו'. **ב.** שמירה על משאבים לדורות הבאים – לא רוצים ליצור ניצול מקסימלי שיקשה על שמירת הקרקעות להתפתחות עתידית. **ג.** טיפול בהחצנות. **ד.** שליטה בעיתוי הפיתוח. **ה.** פערי מידע בין הציבור למדינה. **2. הצדקות חברתיות** – תפיסה האומרת כי למדינה יש מחויבות לצמצם פערים חברתיים ולקדם ערכים פולטים, ועליה לעשות זאת גם ע"י התערובת בניהול המקרקעין. אפשרות נוספת, היא התערבות המדינה במקרים של משבר, הדורשים ממנה התערבות בניהול הקרקע.

**מדוע לא הפרטה מלאה**? מדוע לא עושים הפרטה מלאה תוך שימור ההצדקות של אלתרמן לעיל, קיימות מספר סיבות. **1. מצרך בסיסי לכל אזרח** – יש מצרכים שאיננו מעוניינים להפריט כמו מים, ואוויר, כך ניתן גם לחשוב על הפרטת קרקעות באופן מלא. **2. קומדית ההמונים** – לפי קרול קרוז, המקומות הלא מופרטים הם המקומות שבהם החברה שלנו קושרת את עצמה בחברות בין האנשים.

**מקרקעי ייעוד** – **ס' 107**, מגדיר כי מקרקעי ייעוד הם מקרקעין שנועדו לתועלת הציבור, והם: שפת הים וסביבתה, נהרות נחלים וגדותיהם, דרכים ומסילות ברזל, נמלי תעופה, וסוגים נוספים אשר נקבעו בתקנות ואושרו בוועדת הכלכלה של הכנסת. רוב מקרקעי ייעוד קשורים לתחבורה. **בס' 111**, נקבע כי אין תוקף לעסקה הטעונה רישום במקרקעי ייעוד אלא אם כן אושרה ע"י הממשלה. קיימות מס' שאלות מרכזיות בנושא: **1. למה רק מקרקעין** – אם קיימים נכסים בעלי חשיבות לאומית, הם יכולים להיות לא רק מקרקעין. **2. למה רק הייעודים המנויים**? **3. ההסדר המשפטי** – אם לא ראוי להעביר אותם לידיים פרטיות למה לממשלה יש אישור לעשות זאת? התשובה היא, כי הממשלה לא רוצה לנעול את עצמה ולכן מותירה פתח, אולם קשה לראות בהצדקה הזו הצדקה מספקת.

**הזכות לכניסה**

קיים חוק איסור אפליה במגורים בארה"ב FHA, חקיקת החוק היוותה נקודת מפנה בחקיקה האמריקאית, הבאה לאחר שנים בהן ניצלו והשפילו את האוכלוסייה השחורה. לאחר שחרור העבדות של השחורים החלה הפרדה, והחלו להיווצר שכונות לבנות ושחורות, ההפרדה נעשתה גם בתחבורה ציבורית בתי ספר וכו'. ההפרדה התבססה על דוקטרינת "נפרד אבל שווה". כחמישים שנה לאחר מכן, קובע ביהמ"ש כי איסור על מכירה לשחור לא ייאכף בביהמ"ש. כשבע שנים לאחר מכן הוצאה דוקטרינת נפרד אבל שווה מחוץ לחוק בהקשר של חינוך. עשרים שנה לאחר מכן, נחקק חוק איסור אפליה במגורים, אך החוק כולל הרבה חריגים אחד מהם הוא **גב' מרפי** מי שיש לו ארבע דירות במתחם אחד יכול להפלות בהשכרת דירה. בישראל אין חוק האוסר על הפליה אך המשפט הישראלי התמודד עם מקרים כאלו כגון בקעדאן, בהפליה בהשכרה לעובדים זרים וכו'.

**שוויון למול ערכים אחרים** – **פס"ד מאסטרפיס קייקשופ** – אופה מקולרדו מסרב לאפות עוגת חתונה לזוג חד מיני מסיבות דתיות. בוועדה האחראית על יישום השוויון נקבע כי הדבר לא תקין. התיק מגיע לעליון ונקבע, כי בשל זכותו של האופה לדת מותר לו לסרב לאפות את העוגה. עם זאת, חושב לציין כי מה שנקבע בפועל, הוא שהוועדה לא התייחסה ברצינות לטענות חופש הדת ולכן ביהמ"ש הפך את קביעתה. **פס"ד בית הקשת** – אישה המשתייכת לתא הגאה באונ' ב"ש, בקשה הצעת מחיר להדפסה. הדפוס עוד בטרם ידע מה יודפס על המודעה ענה, כי זה תועבה וכי הוא לא מדפיס דברים כאלה. נקבע כי הדבר אסור, אולם אי אפשר להשוות למאסטרפיס, כי פה הוא לא מה מתכננים להדפיס בפועל. כמו כן, קיים שוני במציאות החוקית בין ישראל לארה"ב כי בישראל נקבע בחוק שאסור להפלות ללא קשר באיזון בין ערכים.

**הזכות לכניסה בישראל** – **הפליה בהשכרה** – אדם פרטי יכול לסרב להשכיר נכס, זאת בשונה מגוף ציבורי או דו- מהותי. **הפליה במכר דירות** – באופן עקרוני המחוקק לא כלל מכר דירות בחוק השוויון במוצרים. **פס"ד מיטל הנדסה** – סירבו למכור לאדם דירה בפרויקט בשל גזעו. **השופט מזוז** אומר כי מבחינת תכליתו האובייקטיבי של החוק השוויון במוצרים יש להכליל גם דירות. כמו כן, גם מבחינת סובייקטיבית לא בטוח כי המחוקק רצה להותיר זאת בחוץ. שטרן מעביר ביקורת על מזוז וטוען, כי מזוז יודעה שדירות לא הוכנסו לחוק בכוונה ובכל זאת מכניס דירות דרך חקיקה. **השופט שטיין** קובע, כי אין הפרה של חוק הפיקוח או חוק איסור הפליה, אולם יש הפרה של חובת תו"ל ויש לפצות את הזוג שהם לא הסכימו למכור לו. בכך שטיין מאשר לקבלנים לא למכור באם הם מפצים את מי שלא מוכרים לו. ההכרעה היא כי לא מדובר בהפרה של חוק הפיקוח, ברם, יש חובה למי שקונה קרקע מהמדינה למכור באופן שווה. לגבי קרקע פרטית אין חובה. **ועדות קבלה ליישובים** – פקודת האגו"ש מאפשרת לסנן את המועמדים לחברות באגודה, לא לפי דת, גזע או מין, אך ניתן לדחות לפי חוסר התאמה למרקם החיים הקהילתי. ב-2011 נקבע כי ניתן לעשות ועדות קבלה רק ביישובים של עד 400 בתי אב. **פס"ד קעדאן** – משפחה ערבית מנסה להתקבל ליישוב קציר ונדחית, הסיבה הרשמית זה כי הם לא יחגגו את יום הזיכרון ויום העצמאות. ביהמ"ש קובע, כי סירוב קבלה ליישוב יעשה רק במקרים שמדובר ביישוב בעל מרקם חיים מיוחד, כגון חרדים ובדואים, אך בשאר המקרים לא ניתן לסרב בטענה כזו. **פס"ד סבח** – טוענים כי גם התיקון של 2011, כי מותר לדחות על אי התאמה למרקם החיים אינו חוקתי. נקבע, כי העתירה לא בשלה עדיין ונדרש לראות כיצד ינהגו בפועל. ג'ובראן במיעוט טוען שיש לקבוע עכשיו מה זה אי התאמה לחיי קהילה מבחינת קבלה ליישוב. **מהי קהילה** – שטרן במאמרו מסביר כי יש חשיבות להגדיר מהי קהילה מבחינה משפטית, זה מתוך ההבנה כי אם יכירו בכל קהילה כבעלת הגנה משפטית, לא ניתן יהיה להגן על כולם, וכולם יצאו נפסדים. **בשלב הראשון** יש לראות כי אנשי הקהילה חולקים תפיסת עולם משותפת. **בשלב השני** יש לבחון מהו תפקיד שיתוף הפעולה הקהילתי בהשגת אותה תפיסת עולם? שטרן מצייר ספקטרום של 4 תפיסות הנדרשות למימוש מטרה משותפת? **1.** תפיסות עולם שלא נדרש שת"פ על מנת להשיגן. **2.** מסייע, אם אדם דר בקרבה לאנשים בעלי תפיסת עולם דומה זה יסייע לו להשיג את מטרותיו. **3.** הוספת ערך מוסף, ניתן להשיג את התפיסה לבד, אבל אם חיים בקבוצה ניתן להשיג את המטרות בצורה טובה יותר. **4.** תפקיד מכונן, ללא מגורים משותפים לא ניתן להשיג את המטרות. אם נבחן את סוגי הקהילות נעדיף לתת הגנה לקהילות שזה מכונן. **בשלב השלישי** יש לבחון האם המניעה של כניסת אדם לקהילה, פוגעת במימוש המטרה. **בשלב הרביעי** בוחנים את חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה, ככלל קיימת גישה כי קהילה חזקה תצליח לשמר את מטרותיה גם ללא הגנה משפטית. **יובהר,** כי נדרש לאזן בין השיקולים בכל שלב ושלב ע"מ להבין כמה נדרש להגן מבחינה משפטית על כל קהילה.

**הפקעות**

בהפקעה המקרקעין מועברים מידיים פרטיות למדינה או למי מטעמה, על מנת שהאחרונה תשתמש בזה לצרכיה. כמו כן, ניתן להטיל **מגבלות תכנוניות** על נכס דבר שלא יגרע מהבעלות אבל יפגע בזכות למימוש הקרקע. במקרים כאלו יש לאזן בחו"י כבוד האדם בין **ס' 3** הקובע כי אין לפגוע בזכות קניינית, **וס' 8** הקובע כיצד כן ניתן לפגוע בזכות קניינית. בחוק אין הגדרה להפקעה ולכן אימצו את ההגדרת מהמלומדים: רכישה כפויה של מקרקעין, לשם הגשמת צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין. להלן הבהרה על כל רכיב:

**רכישה כפויה של מקרקעין** – עולה השאלה מכוח מה מותר למדינה להפקיע קרקעות ולפגוע בזכות לקניין. יובהר, כי בפועל דיני הנטילה השלטונית קיימים בכל העולם המערבי, לכך קיימות שלוש הצדקות: **1. שימור הכוח** – הקרקע שייכת בבסיסה לריבון, בהתאם גם כאשר מבוצעת נטילה שלטונית, היא בפועל רק החזרת הבעלות בקרקע לריבון. **2.police power** – המדינה נוצרה למטרות מסוימות, ועל מנת להגשים אותם היא צריכה ליטול קרקעות, במגבלות מסוימות. **3. תאוריית ההסכמה של לוק** – עצם הבחירה במוסדות השלטון מעניק את הכוח לשלטון לבצע הפקעה. כמו כן, קיימות שלוש הצדקות מדוע המדינה מבצעת את ההפקעה בכוח. **א. כשלי שוק** – המדינה צריכה קרקעות ואם היא תנהל מו"מ עם כל אחד, כנראה חלק יסחטו אותה ויוציאו ממנה מחירים גבוהים. **ב. צדק חברתי** – דוגמא היא ונוד קסילה, רכש אחוזה בקליפורניה שחסמה את הגישה לים, העירייה איימה עליו כי אם הוא לא יאפשר לעבור לים היא תפקיעה לא חלק מהאחוזה. **ב. כוח שלטוני קלאסי** – אנשים לא מעוניינים לתת הקרקע למה שאין לא ערך שוקי כגון כביש, לכן המדינה צריכה לעשות זאת.

**הגשמת הצורך הציבורי** – **ס' 2 לפקודת הקרקעות** מגדיר צורך ציבורי לפי **ס' 188 לחוק התו"ב**, ומקרים נוספים. מדובר בהגדרה רחבה ביותר, שאותה שר האוצר יכול גם להרחיב. **ס' 3** מתיר לשר האוצר לרכוש את הבעלות בכל הקרקעות, או לחלופין לקחת זכות מסוימת בקרקע, כגון זכות שימוש לזמן מוגבל או הטלת הגבלה על הקרקע. **בארה"ב** החוק מתיר להפקיע רק עם פיצוי הוגן ולצורך ציבורי. **פס"ד קילו** **(אמריקאי)** רצו להקים מפעל בעיר, פייזר הסכימה להקים את המפעל, אך בתנאי שהעירייה תפקיע עבורה את השטח, כיוון והם לא רצו להתעסק עם כל בעלי המקרקעין. קילו תושבת המקום מגיע לעליון בקונטיקט וטוענת כי ההפקעה היא לטובת החברה ולא לצורך ציבורי, ביהמ"ש קובע, כי מדובר בצורך ציבורי, משום שהקמת המפעל יביא לפיתוח העיר. כתוצאה מפס"ד מדינות רבות בארה"ב מתקנות את החוק, וקובעת כי הפקעה לטובת פיתוח כלכלי לא תחייב בתשלום שווי הקרקע בזמן ההפקעה אלא בשוויו לאחר ההפקעה.

**הזכות** **לפיצוי** – ע"מ להבין איזה פיצוי הוגן לתת יש להבין לאיזה תפיסת צדק חותרים. **א. צדק מתקן** – מנסים לאמוד את הפגיעה שהתרחשה מההפקעה ולפצות את הבעלים על מנת שיוכל להשיב ככל הניתן את המצב לקדמותו. **2.** **צדק חלוקתי** – המטרה היא לנסות ולפזר את העושר באופן אחיד בחברה. עם זאת, קיימת ביקורת כי צדק כזה במשפט הפרטי אינו צודק בפועל כי הוא מתייחס רק למקרים ספציפיים ולא מיצר איזון כולל בחברה. **3. צדק הליכי** – תפיסה אשר מתמקדת בהליך הצודק ולא בתוצאה, לפי תפיסה זו יש לדאוג כי הליך ההפקעה נעשה באופן ראוי למול הבעלים על מנת שירגיש כי הדבר לא מתבצע במחטף. **4. צדק מאחה** – המטרה היא ליצר שיח עם הבעלים על מנת למצוא פשרה שתהיה מקובלת הן על המדינה והן על הבעלים. במילים אחרות מנסים לתפור לכל בעל מקרקעין את הסעד האולטימטיבי. **בארה"ב** אימצו את גישת הצדק המתקן, נקבע כי גובה הפיצוי יהיה כשווי הקרקע בעת ההפקעה.

**מהו פיצוי**? בניגוד לתפיסה האמריקאית יש מספר ערכים שמחיר השוק לא לוקח בחשבון. **1.** **אובדן ערכים סובייקטיבי** – קיימים מס' סוגים של ערכים סובייקטיביים: הראשון, הוא רגשות סנטימנטליים כלפי הנכס. השני, נסיבות רלוונטית כלפי הבעלים הספציפיים, לדוגמא הקריבה למשפחה מאפשר להשאיר את הילדים אצל קרובי משפחה ולא אצל שמרטף. השלישי, אנשים נוטים להעריך ביחס גבוה יותר את נכסיהם, למול השווי השוקי שלהם בפועל, מצב זה מקשה על מתן פיצוי סובייקטיבי אמיתי. בדין האמריקאי מוצא ע"י פרוחמובסקי ובל, כי במקרים של הפקעה יבואו וישאלו אדם כמה הוא מעריך את הנכס, אם המחיר טוב המדינה תפקיעה אם לא, ייגזר עלות הארנונה מהמחיר שאותו אדם הציע. משכך, הבעלים יזהרו וישתדלו לתת מחיר הוגן עבור נכסיהם. **2. כשלי השוק המדומיינים** – בארה"ב מקבלים סכום לפי שווי הנכס ביום ההפקעה, הבעיה הייתה כי בשכונות עוני כאשר הפקיעו בעלי הדירות נותרו בלי דירות ולא יכלו בפועל לקנות דירות חדשות. בישראל הסדירו את המצב וקבעו כי באם הפיצוי לא מכסה דיור חלופי המפקיע צריך לדאוג לדיור חלופי. **3. הדרת ערכים כלכליים** – עסק בעל בסיס לקוחות, נדרש להעריך את השווי הזה בנוסף על שווי הנכס.

**פיצוי בדין הישראלי** – **בפס"ד ארידור** השופט חשין לוקח את סוגיית הפיצוי ברצינות, ומחייב במקרה של הפקעה להשיב לבעלים את השווי הכלכלי. **פקודת הקרקעות** – **ס' 12**  קובע כי המחיר על הקרקע בהפקעה יהיה זהה למחיר של הקרקע במכירה רגילה. **ס' 20** קובע חריג לחוק, כי אם מפקיעים פחות מ-25% לא צריך לשלם ואם מפקיעים עד 40% צריך לשלם 15%. כל זה היה נכון עד 2010, בשנה זו תוקן החוק ובוטל החריג. החריג היחיד שעדיין חל הוא במקרה של הפקעה ע"י רשות מקומית מכוח **חוק התו"ב**. משמע, כאשר רשות מקומית מפקיעה, שר האוצר יכול להפחית מהפיצוי 25%. הסיבה התאורטית לכך, היא שכאשר נעשית הפקעה לקהילה הקרובה סביר כי אדם "ישתתף" יותר בעלויות ההפקעה. הסיבה הפרקטית היא שרשויות מקומיות נמצאות בגירעון תמידי, ולא רוצים כי הגירעון הזה יפגע באספקת השירותים. **ס' 20(ג)** מנוסח באופן לא ברור, אך אומר כי שר האוצר רשאי לפי שק"ד, במקרים של עוגמת נפש לבטל את ההפחתה או להעניק פיצוי נוסף. **חוק התו"ב** – **ס' 190(א)** קובע כי הוועדה המקומית רשאית להשתמש בסמכויות הממשלה ע"מ להפקיע. יתרה מכך, **ס' 190(א)(1)** מחיל את **ס' 20 לפקודת הקרקעות** ונותן פטור של עד 40% לתשלום פיצוי, עוד הוא מוסיף כי לא ניתן להפקיע חלק מהמגרש שכתוצאה ממנו יפחת שוויו של החלק האחר מהמגרש. ביהמ"ש פירש זאת, כי ביתרת הקרקע יוכל הבעלים לעשות שימוש סביר לאחר ההפקעה.

יובהר, כי הרשויות בפועל לא יכולות להפקיע 100% מהקרקע ולשלם רק על 60%, על אף הקבוע ב**ס' 190(א)(1)**. נקבע ב**פס"ד חממי**, בעבר הרשות יכלה להודיע כי מתכננת ליעד חלק מהמקרקעין למקרקעין ציבוריים אך לא לעשות עם זה כלום, במשך שנים. התוצאה הייתה שבעלי הקרקע היה להם קרקע קפואה והם לא קיבלו פיצוי. בפס"ד ביהמ"ש הפך את הליך ההפקעה להליך בעל שני שלבים (**ס' 189**), בשלב הראשון מאשרים את התוכנית ובשלב השני מבצעים את ההפקעה בפועל. משכך, בעלי הקרקע יכולים לקבל פיצוי מכוח **ס' 197** גריעות תכנוניות, המחייב את המדינה לשלם 100% מהנזק במקרים של גריעה תכנונית. ביהמ"ש לא מתייחס למילים "שלא בדרך של הפקעה" הכתובת בסעיף, ומאפשר לקבל את הכסף על הגריעה התכנונית. עם זאת, התיישנות לתביעות מסוג זה היא תוך 3 שנים. משכך הפרקטיקה בפועל היא, כי ביום הגריעה התכנונית בעל המקרקעין, מקבל סדר גודל של פיצוי בסך 90% משווי הקרקע, המהווה את שווי הקרקע לאחר הגריעה. לאחר מכן ביום ההפקעה בפועל הרשות צריכה לשלם לו את שווי הקרקע שהוא בסדר גודל של 10% ומזה היא יכולה להפחית 40%. משמע, הסעיף בפועל מפחית רק 4%. **פס"ד חגולי** התביעה לא הוגשה תוך שלוש שנים. נקבע כי אם לא הוגשה התביעה תוך שלוש שנים אין פיצוי על ירידת ערך ויש לשלם את השווי ביום ההפקעה.

**מתי ראוי להפחית פיצוי** – **פס"ד פייצר** – בישראל אם יש השבחה ליתרת החלקה, אזי ניתן להפחית עד 40% מהפיצוי, הסיבה היא כי לא רוצים להוציא כספי ציבור לריק כאשר יש השבחה. בפס"ד נקבע, כי ניתן להפחית פיצוי גם כאשר מפקיעים את כל החלקה, תוצאה שהיא אבסורדית. **פס"ד הולצמן** שינה את התוצאה האבסורדית וקבע, כי רק שיש השבחה בפועל לבעלים ניתן להפחית. **מה קורה שאין השבחה** – **פס"ד רוטמן** – **בס' 7 לפקודת הדרכים והמסילות**, קבע ששר התחבורה יכול להפחית פיצוי בשיעור של 25%, וכן אם הוא נוכח שיש פגיעה הוא רשאי להגדיל את הפיצוי. בהפקעה דנן, לא הייתה השבחה, נקבע כי במקרה ואין השבחה מחובתו של השר להשלים את הפיצוי ל-100%. **פס"ד מסרי** – ביהמ"ש לא מיישם את הרציונל של **רוטמן** על אף שבפועל היה ראוי לעשות כן, כיוון שמדובר בס' דומה בחוק התו"ב לס' הנמצא בפקודה המסילות. ביהמ"ש קובע כי ככלל יש להעניק פיצוי מלא, ונותן שיקולים מתי ראוי להפחית פיצוי. **1.** הפגיעה היא מינורית. **2.** הפגיעה היא מבוזרת על בעלי קרקעות רבים. **3.** ההפקעה היא לצורך קהילתי. המשמעות היא ששר הפנים יכול להפחית באחד מהמקרים האלו וללא קשר להשבחה. כיום משרד המשפטים מנסח תקנות מתי יהיה ראוי ששר הפנים יפחית פיצוי.

**פקודת הקרקעות** – על פניו היינו מצפים כי ביהמ"ש יחיל את רוטמן, משום שפקודת הדרכים מפנה לסעיף בפקודת הקרקעות. יתרה מכך, ההבדל בין רוטמן למסרי לדעת ביהמ"ש, הוא כי מסרי הוא לצורך קהילתי. מצד שני, בפועל מי שרשאי להפחית פיצוי כיום הוא רק רשות מקומית, משמע הפקעה לטובת הקהילה. משכך, יתכן כי ביהמ"ש יחיל במקרה כזה את הלכת מסרי.

**פיצוי בעין** – קיימים דרכי פיצוי נוספות לפצות בעלי מקרקעין במקרים בהם שווי הקרקע לא מפצה. **1. חוק בינוי פינוי אזורי שיקום** – **ס' 39(א)** קובע כי חייבים להציע דיור חלופי למחזיק הדר באזור פינוי. נדרש כי הדיור החלופי לא יינתן במקום, שבזמן הנראה לעין התרחש פינוי. **חוק התו"ב** – במקרב של פינוי בעל המקרקעין, נדרש להציע לו דיור חלופי או פיצויים למימון דיור חלופי.

**חזרה מהפקעה** – **פס"ד קורסיק** – קבע חשין כי הבעלים במקרה של חזרה מהפקעה רשאי לקבל חזרה את זכותו בקרקע אם הצורך בהפקעה הסתיים. החוק לתיקון דיני הרכישה הכניס שלושה אלמנטים לדיני הנטילה השלטונית. **ביטול הפחתת הפיצוי** – כאמור לעיל צומצמה מאוד היכולת להפחית את הפיצוי מכוח דיני הרכישה. **הקמת ועדה מייעצת ושימוע** – החוק חייב שימוע גם לפני ההפקעה וגם לאחריה, באם נגמרה ההפקעה. **חובת תחימת ההפקעה** – בעיקרון בהפקעה השר צריך לשלוח הודעה על הכוונה מכוח **ס' 5**, וגם להוציא צו בו הרשות מודיעה כי ההפקעה תתרחש ביום מסוים **ס' 7**. בעבר שתי ההודעות היו מגיעות יחד, אולם משתוקן החוק, הוכנסה מגבלה, כך שבפועל הרשות יכולה להודיע כי היא מתכננת להפקיע תוך 8 שנים ומטעמים מיוחדים ניתן לעשות זאת תוך 15 שנים. המצב טוב יותר מבעבר, כי בעבר ההפקעה לא הייתה תחומה בזמן, אבל עדיין מדובר בזמן הרב, הסיבה היא כי ע"מ לעמוד בחוק חובת מכרזים, נדרש לרשות זמן רב.

**התיישנות בתביעת פיצוי להפקעה** – כאמור בהליך הדו שלבי (**הלכת חממי**), תביעת התיישנות יכולה לבוא רק לאחר שלוש שנים. **פס"ד ארידור** – תובעים פיצוי להפקעה שהתרחשה לפני 40 שנים, המקרה מגיע לעליון. כולם מסכימים שיש התיישנות על פיצויים השאלה מתי העילה נולדה. חשין קובע כי העילה היא מהיום שבו פנו לרשות והיא סרבה לשלם פיצוי. גרוניס התיישנות נולדת מרגע תפיסת החזקה במקרקעין, ולא מפרסום התוכנית. ארבל העילה נולדה כשמומשה המטרה הציבורית. בדיון נוסף, קיבלו את דעת גרוניס, כי התיישנות מתחילה מרגע שהרשות תפסה חזקה.

**דרכי רכישת הזכות הקניינית**

דרך הרכישה, היא הזמן בו החל להיות לרוכש זכות בלתי אמצעית בנכס. קיימים מספר דרכי רכישה: **1. ירושה**. **2. תפיסת חזקה** – תפיסת חזקה בקרקע למשך זמן רב יכולה להקנות לתופס זכויות קנייניות, בישראל דרך זו בוטלה, כי התוצאה הייתה השתלטות על אדמות מדינה. עם זאת, הדבר עדיין קבים במיטלטלין שהופקרו או נאבדו. **3. חלוף זמן או שימוש שאין עמו חזקה** – זיקת הנאה מכוח שנים. **4. שיפור נכסי הזולת** – חיבור מיטלטלין לקרקע המשפר את נכס הזולת והופך להיות בבעלות של אדם אחר. **עסקה רצונית** – עסקה רגילה אשר דיני החוזים חלים אליה בשנויים הרלוונטיים.

**השתכללות זכות במקרקעין** – **ס' 7 לחוק המקרקעין** קובע, כי העסקה משתכללת כאשר היא נרשמת, למעט זיקת הנאה מכוח שנים וזכות קדימה מכוח החוק. כמו כן, אין חובה לרשום שכירות קצרת מועד. **פס"ד בוקר** – אם העסקה לא נגמרה ברישום, אזי לרוכש זכות חוזית שאינה תקפה כלפי צדדי ג'. **פס"ד אהרונוב** – מכיר בחתימת על חוזה מקרקעין, כזכות מעין קניינית. **סיבות לפער בין מועד החתימה למועד העברת הזכות** – הסיבה העיקרית היא, כי על מנת להעביר את הרישום בטאבו יש להמציא כל מיני אישורים ומיסים אשר לוקח זמן להפיק אותם. נדרש לפנות למס רכש מקרקעין ולבקש פטור או לשלם ולקבל אישור תשלום. גורם נוסף הוא מימון משכנתא, לרוב על הדירה יש רישום הערה של משכנתא מהמוכר, על מנת להוריד את הערה על הבנק לקבל את החלק שהמוכר חייב לו. **הליך הרישום הסטנדרטי** – לרישום בטאבו יש להגיש שטר מכר, הכולל בתוכו מסמך על דרך העברת הזכויות במקרקעין, העתק של חוזה המכר, אישורי עירייה, אישורי מיסוי, והסרת משכנתא אם יש. **רישום הערת אזהרה** – על מנת להבטיח את מכירת הדירה לאחר המכירה רושמים הערת אזהרה בנכס. הערה היא לא קניינית אולם היא עושה 2 דברים: **1.** כל קונה אשר מעוניין לרכוש יוכל לדעת כי מתנהל הליך נוסף לגבי הנכס. **2.** מדובר בבטוחה מסוימת שלא ניתן להעביר את הנכס ללא מחיקת הערת האזהרה. שלוש מקרים בהם רושמים הערה: **א.** בחתימת חוזה דירה. **ב.** עסקת קומבינציה. **ג.** בדיני תחרויות, משמש כמונע הנזק הזול.

**השתכללות זכות במיטלטלין** –**ס' 33 לחוק המכר** קובע כי הבעלות במיטלטלין עוברת למוכר במסירה, אם לא הותנה אחרת בהסכם. יובהר, כי אין מרשם ברוב המיטלטלין ולכן לא ניתן לרשום.

**השתכללות בזכויות** – זכויות הם כל מה שהם לא מקרקעין או מיטלטלין. **ס' 4(א) לחוק המכר** קובע כי הוראות יחולו בשינויים המחייבים על מכר מיטלטלין ומכר זכויות. כך למשל בהמחאת חיובים, מסירת הזכויות תחול ממועד כריתת ההסכם. **מקרקעין לא רשומים** – קיימים מקרקעין שלא רשומים בטאבו ומתייחסים אליהם כאל זכויות, גם במקרים אלו הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם.

**רכישת דירה מקבלן**

קיים פער כוחות ברכישת דירה מקבלן, בין הקונה למוכר. על מנת לאזן ביניהם, חוקק חוק מכר דירות, וחוק מכר דירות הבטחת השקעות. חוקים אלו נועדו להגן על הקונים ועל השקעתם. **הפערים בקניית דירה מקבלן** – **1. הצפת מידע** – הקבלן מנסח חוזה ארוך ומתוחכם המסתיר את הפרטים הקריטיים בו, דבר המקשה על הקונה חסר הניסיון. **2. מסגור** – קבלן יכול לנסח את החוזה, כך שישמע כאילו הרבה מהחיובים מוטלים עליו, בעוד בפועל קריאה מעמיקה תגלה כי לא כך פני הדברים. **3. שגיאות הסתברותיות** – קונים של דירה מתווכחים הרבה על מקרים שכיחים כמו עיקוב במסירה, אך הם לא מגנים על עצמם ממקרים קיצוניים למשל במקרה של תקלה מהותית בנכס. **3. הטיה בין מידע מוחשי ללא** – אנשים נוטים להתמקד במפרט הדירה, משום שזה מידע מוחשי, אך מתעלמים מהוראות חוזיות שיכולות ליצור להם בעיות בעתיד.

**חובת הגילוי** – **ס' 2-6 לחוק מכר דירות**, מטילים על הקבלן חובות שבסיסן נועדו לגלות בצורה ברורה ללקוחות מידע. **ס' 2** חובה לצרף מפרט לחוזה. **ס' 3** קובע את אופי המפרט, ומאפשר לקונה לוותר על חלקים מהמפרט בתמורה להנחה. **ס' 4** קובע חובות שאי קיומם יהווה הפרת חוזה. **ס' 5** מגדיר מה הדין של אי מסירת מפרט. **ס' 6** מגדיר כי הקבלן חייב להודיע לרוכשים אם הוא לוקח חלק מהרכוש המשותף, וכיצד הוא עושה זאת, אם הקבלן לא גילה אזי הוא לא יכול לקחת את הרכוש המשותף ויחול התקנון המצוי על הבית. **פס"ד שמעונוף** – נאמר כי מטרת חוק מכר דירות הוא להביא לקונה את מירב המידע, ולהימנע מהסתרת פרטים חשובים בעלי משמעות כספית. **אופן הגילוי** – נדרש כי יהיה מפורט, בהיר ובמועד ערכית החוזה.

**בטוחות** – **חפציבה**, חברה שהייתה בבעיה תזרימית בשל כמות הפרויקטים הגדולה. אנשים שומעים כי היא בבעיה של תזרים ופורצים לדירות שרכשו ומתחילים לגור בהם. בדר"כ הקבלן תמורת התשלום לדירה, מוציא ערבות בנקאית, כך שברגע שהוא לא משלים את הפרויקט הבנק משלם. ברם, חפציבה נהגו במרמה ולא עשו זאת, כך שלא היה לקונים בטוחות. **האם מוצדקת כפיית בטוחות בחוק** – נדרש לזכור כי כפיית הבטוחות מובילה להתייקרות מחירי הדירות. הדבר נעשה בכדי להגן על קוני הדירות במקרה שהקבלן חדל"פ. בנוסף, ברוב המקרים הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע עד סיום הפרויקט ולכן אינו יכול להעמיד את הדירה או השטח כבטוחה. **עקרונות** – כרגע משרד המשפטים בוחן אופציה להחיל את החובה גם על קבוצות רכישה. בנוסף, למרות המילה "דירה" בחוק, החוק חל גם על מקרקעין אחרים. כמו כן, מכירה יכולה להיות גם חכירה לדורות. לבסוף יצוין, כי החוק חל רק על קבלנים, ולא על דירה יד שניה או בבניה עצמית. **סוגי הבטוחות** – לפי החוק קיימים 5 סוגי בטוחות אפשריים: **1. ערבות בנקאית** – הבנק ערב לכל תשלום שהלוקח משלם על הדירה, הערבות מתחילה מ-7% משווי הדירה. זו הדרך המקובלת, כיוון ובדר"כ יש כבר בנק מלווה לפרויקט לרוב אותו בנק ייתן את הבטוחות. **2. ביטוח** דומה לערבות בנקאית אולם נעשה ע"י חברת ביטוח. שתי הבטוחות הראשונות הינן פיננסיות לעומת השלוש האחרות שהן קנייניות. **3. שעבוד הקרקע במשכנתא בדרגה ראשונה** – בהנחה שהמקרקעין רשומים על הקבלן יכול הקבלן לרשום משכנתא לטובת הרוכשים על המגרש. **4. רישום חלק יחסי על שם הרוכש** – מקובל בקבוצת רכישה, כל רוכש מקבל חלק יחסי משווי הקרקע. **חסרונות** לרוב לא ניתן לעשות זאת כי הקרקע לא בבעלות הקבלן, גם אם היא כן בבעלות הקבלן לא סביר שהבנק המממן יוותר על היכולת לרשום משכנתא ראשונה על שמו. **5. רישום הערת אזהרה לגבי דירה או חלק יחסי מהקרקע** – הערת אזהרה פחות מגנה ממשכנתא, אך כן מקנה בטוחה מסוימת לרוכש. **חסרונות** לרוב במקרים של ויכוחים הערות האזהרה יתקעו את ביצוע הפרויקט ע"י הקבלן, בנוסף, בנקים לא אוהבים לרשום משכנתא על נכס עם הערת אזהרה. כמו כן, קיימים מקרים בהם רשומות כבר הערות אזהרה, ואז לא ניתן לרשום הערה כבטוחה, משום שהחוק מחייב הערת אזהרה ראשונית. **חזרה לחפציבה** – בחפציבה הדיירים לא היו מוגנים בבטוחות והצטרפו לכלל הנושים בתור. המחוקק הבין זאת ותיקן את החוק כך שכל הפקדה לבנק כיום מקבלת ליווי בנקאי. כמו כן, השופט צבן פירש את חוק מכר דירות וקבע, כי תכליתו היא להגן על הצרכן, ובהתאם הצרכן קודם פה לנושים עסקיים אחרים. כמו כן התיקון הוסיף חובה לידע את הקונה על שיטת הליווי הפיננסי **ס' 2א'1 לחוק מכר דירות מימון**. בנוסף הבנק חייב לוודא כי ניתנה בטוחה לכספים ואסור להעביר את הכסף למוכר לפני שהדבר נעשה **ס' 3ג'**.

**הגנת הבעלות וחזקה**

מדובר במצב בו אדם יושב במקרקעין והישיבה מקבלת משמעות קניינית על אף שאינו הבעלים ונכנס לא לפי חוק. **ההצדקות לחזקה (ויסמן)**: **1. שמירה על הסדר הציבורי** – מתן משמעות לאנשים הישובים במקרקעין, ישמר את המצב עד לסיום התדיינות המשפטית. למעלה מכך, שמירה על הסדר הציבורי מחייבת למנוע מצבים של סעד עצמי. **2. יעילות בהגנה על נכסים** – כאשר אף אחד לא משתמש בדירה פלישה לדירה תוסיף לרווחה המצרפית, הטיעון הוא קוסם אך במצב כיום אדם יכול להשתמש בנכס גם מהצד השני של העולם, ולכן טיעון זה לא רלוונטי. **3. הטלת הנטל על התובע** – מכשיר דיוני שאין לא כל משמעות למעט הטלת חובת ההוכחה על התובע לזכות במקרקעין. **4. עידוד שימוש בנכסים פנויים** – דומה לטיעון היעילות, איום של קבלת חזקה יעודד בעלי נכסים להשתמש בנכסיהם.

**הדין בישראל** – **שחקנים חוזרים** – ישנם מספר שחקנים חוזרים בסוגיית הבעלות והחזקה. **1. בעלים** – יכול להיות שישב במקרקעין ויכול להיות שלא. **2. המחזיק** – אדם שיושב בפועל, יכול להיות הבעלים או משהו שקיבל מהבעלים זכות. **3. בעל זכות להחזיק** – קיבל הרשאה להחזיק בפועל אך לא משתמש בהרשאה. **4. משיג גבול** – המחזיק שלא בזכות. **סעיפי החוק** – **ס' 15** – מחזיק הוא מששולט במקרקעין או מי מטעמו. **ס' 16** – בעל המקרקעין או הזכאי להחזיק רשאים להגיש תביעת פינוי. **ס' 17** – המחזיק במקרקעין יכול לדרוש מכל מי שאין לו זכות להחזיק להתפנות מהמקרקעין. בהתאם, משיג גבול שקיבל חזקה יכול לדרוש ממשיג גבול אחר להתפנות.

**האם סעד עצמי ראוי** – עד עכשיו דנו בפניה לביהמ"ש, השאלה היא האם ראוי לאפשר למחזיק במקרקעין לפעול לסעד עצמי? מדובר בערעור על התפיסה הרווחת, כי מי שמחזיק בכוח הוא הריבון. קיימות לכך שלוש הצדקות: **1. מענה לאופי אנושי** – יש להניח כי השגת גבול תגרום לתגובה אלימה מצד המחזיק, על מנת לגדר את גבולות התגובה נקבע הסעד של פינוי עצמי. **2. חלופה מעשית במקרים מסוימים** – רלוונטי בעיקר במיטלטלין, אם חוטפים לאדם פלאפון מהיד אם מי שחטפו לו, לא יפעל הוא כנראה יאבד את המיטלטלין. **3. כלל קניין לעומת כלל אחריות** – סעד עצמי הוא סוג של כלל קנייני המאפשר לפעול מידית ע"מ להגן על הנכס. קיים יתרון בהפעלת כלל קנייני כי הוא מונע התדרדרות למעבר למצב של כלל אחריות. **סעד עצמי בחוק** – **ס' 18(ב)** מתיר לפעול בכוח סביר על מנת להוציא פולש מהשטח בכפוף לעמידה בתנאים שלהלן: **1.** רק המחזיק בעצמו יכול להפעיל את הכוח. **2.** יש להפעיל את הסעד תוך 30 ימים, 30 ימים הם הרבה זמן ביחס להפעלת סעד מידי, הדבר נועד לעזור לחקלאים שלא נמצאים כל יום בכל נקודה בשטחם. **3.** הפעלת הכוח היא במידה סבירה. **ס' 18(א)** מתיר למחזיק במקרקעין לחסום משיג גבול בכוח סביר על מנת למנוע השגת גבול. **ס' 19** קובע כי הוצא המחזיק במקרקעין שלא כחוק, הוא יוכל לשוב להחזיק במקרקעין, אולם הדבר לא מונע התדיינות בביהמ"ש ע"מ לקבוע למי שייכות זכויות ההחזקה. **החזקה שהמדינה היא הבעלים** – הוראות **ס' 15-19** דנות במקרקעין בבעלות פרטית, כאשר המדינה היא הבעלים. **ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור** מאפשרת לממונה לתת צו פינוי פולש, תוך 6 חודשים מגילוי התפיסה ועד 36 חודשים ממועד התפיסה עצמו. הזמן הרב הוא בשל העובדה כי המדינה לא נמצא כל הזמן במקרקעין. בהתאם, גם אין צורך בהחזקת המדינה בפועל וניתן להסתפק בבעלות בלבד.

**דיני תחרות**

קיימים שלוש סוגי תחרויות ושלושה מושאי קניין, לכן סך הכל יש 9 מקרים של תחרויות. בעבר היו בוחנים במקרה של תחרות את מערכת היחסים מול ב' מוכר הנכס ביחס לא' ולג' בעלי הזכויות. **מאוטנר** הציע להוציא את ב' מהתמונה שכן לרוב הוא לא נוכח, ולבדוק את מערכת היחסים בין א' לג'. שני הקריטריונים המרכזיים בתחרות הם **תו"ל ותמורה**. כאשר תו"ל מתחלק לאובייקטיבי וסובייקטיבי, ההבדל הוא בשאלה האם ידע או האם היה צריך לדעת? גם בתמורה יש חלוקה בין תמורה כלשהי (חלק מהערך) לבין תמורה בת ערך (כל הערך או כמעט כולו). מאוטנר טוען, כי לא צריך להמציא את דיני התחרות מחדש, וכי מדובר במקרה קלאסי של דיני הנזיקין. לפיכך, יש לבחון את המקרים בראי דיני הנזיקין.

**שיקולי בדיני התחרות:** **1. מניעת תאונות** – יש לחשוב באיזה כלים נשתמש על מנת לצמצם התרחשות תאונות. את השיקול הזה נכניס בעיקר דרך דרישת תוה"ל, כך לדוגמא נכניס את השיקול של מונע הנזק הזול. **2. מזעור עלויות תאונה** – בודקים מי מהצדדים יפסיד יותר ומי יפגע יותר כתוצאה מהכרעה כנגדו. **3. התנהלות מערכתית** – בוחנים איך מוזלים את עלות התדיינות, במקרים בהם התרחשה כבר תאונה. **הערה** – דיני התחרות מתמקדים במי שזוכה בנכס, ואינם דנים במה שקורה עם המפסיד, לרוב המפסיד יקבל את סעדיו דרך תביעות חוזיות, אולם במקרים רבים צד ב' יהיה חדל"פ ולא יוכל לשלם למפסיד. משכך, יש חשיבות גדולה לשאלה מי הצד המנצח. **4. שיקולים נוספים** – נוסף על השיקולים הכלכליים יש גם שיקולים חברתיים כגון: **א.** אחריות חברתית – האם לבעל הקניין עצמו יש אחריות כלפי צדדים אחרים להתריע על מכירת הנכס. **ב.** צדק חלוקתי – מופיע בעיקר בתחרויות הקשורות בין בני זוג, או לחלופין בשאלת זהות הצדדים, לדוגמא כאשר קיים נושה מוסדי ונושה פרטי יעדיפו את הפרטי. **ג.** תאוריית האישיות – כאשר יש צד שמבחינתו מדובר בנכס כלכלי גרידא וצד שמבחינתו מדובר בנכס אישי יעדיפו את הצד בעל העניין האישי. **הערה** – ההחלטה המשפטית מבוצעת באופן קטגורי, ולכן גם בקייס יש לנתח את באופן קטגורי באילו משואי קניין מדובר ומה סוג התחרות.

**תחרות 1 בעל התחייבות לעסקה מול נושה מוכר** – אדם שחתם על חוזה אך לא רשם בטאבו למול נושה של המוכר. **דיני היושר** – לרוכש המקרקעין יש עדיפות בנכס עד לגובה המחיר שהוא שילם, והיתרה מחולקת בין הנושים. **חוק המקרקעין** – בחקיקת החוק ביטלו את תחולת דיני היושר, אך לא הסדירו תחרות זו. **הלכת בוקר** – משפחה קונה דירה ומתחילה להתגורר, אך הבעלות לא נרשמה בטאבו, מגיע נושה של המוכר ומבקש את הזכויות בנכס. על פניו, היה צריך לקבוע כי מאז שפג תחולת דיני היושר, המשפחה היא חלק מהנושים הכללים. לנדוי לא מרגיש נוח עם התוצאה אך לא מוצא פתרון טוב יותר. **החוק מתוקן** ונקבע **ס' 127(ב)** כי אם נרשמה הערת אזהרה בעלי הערה יהיו קודמים לנושים הכלליים. **פס"ד בנק מזרחי נ' רוזובסקי** – כתיבת הערת אזהרה ברכישה, תאפשר לגבור על כלל הנושים ביחס לדירה.

**פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב** – שטרסברג כהן – הערת אזהרה היא מתן ביטוי למונע הנזק, אך יש עוד שיקולים שנדרש לקחת בחשבון כמו האישיות, כי רוכש הדירה מעוניין בדירה הספציפית, או זהות הצדדים מעידה בדר"כ כי רוכש הדירה נמצא במצוקה גדולה יותר. היא מבקרת את **בנק המזרחי** ומראה כי הדבר יוצר מעגל תחרויות (ראו שרטוט). ברק כריתת עסקה לזכות בנכס מעניקה זכויות מעין קנייניות המאפשרות לגבור על השני בזמן, כך גם במקרה של נושים יש להחיל את העיקרון הקבוע בעסקאות נוגדות. מה יקרה אם שולמה חלק מהתמורה? לפי שטרסברג כהן יש לנסות להחזיר את החלוקה לקבוע בדיני היושר. לפי ברק וחשין הזוכה צריך להשלים את סך התמורה לנושים האחרים.

**תחרות 2 עסקאות נוגדות במקרקעין** – כאשר אדם מוכר חלקת מקרקעין לאחד ואז מוכר אותה לאחר. **ס' 9 לחוק המקרקעין** הראשון בזמן מנצח, אלא אם השני השלים את התמורה, והיה ת"ל בשלב הרישום. **ורטהימר נ' הררי** – הררי מוכר את הדירה לורטהימר, והוא משלם 5,000 ל"י מסך של 800,000. לאחר מכן הררי מוכר את הדירה לבנימיני והוא משלם 350,000 מהסך הכולל, כאשר הוא מגלה על התחרות הוא רץ מהר ומשלים את התמורה. ביהמ"ש מתלבט האם להחיל את **ס' 3(4)** לחוק החוזים תרופות הנותן לנפגע אכיפה, או להחיל את **ס' 9** המזכה את השני שהשלים את התמורה בנכס. נקבע שהראשון יזכה, כי גם לפי **ס' 9** השני לא היה בטוח ת"ל ולא נעשה רישום. זו תוצאה קצת קשה, שכן השני שילם סכום הרבה יותר משמעותי מהראשון. נשארות שתי שאלות בצריך עיון – **1.** האם התעקשות הראשון על קבלת הנכס למרות שהוא ישלם תמורה קטנה מאוד היא חתו"ל. **2.** האם יש להטיל אחריות על הראשון על שלא רשם הערת אזהרה.

**גנז נ' בריטיש** בריטיש מוכרים מקרקעין לנוטריקון, אך לא מעבירים רישום. נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז וגם לא מעבירה רישום. 17 שנים לאחר מכן נוטריקון מוכרת את המקרקעין לאפק. במילים אחרות, נוטריקון מכרה לשני צדדים זכות לעסקה במקרקעין. על פניו גנז אמור לזכות כי הוא הראשון בזמן, אולם העובדה כי לא רשם הערת אזהרה במשך 17 שנים מצביע על חתו"ל. על אף ש**ס' 9** לא דורש תו"ל מהראשון, חוק החוזים דורש זאת. **נקבע, כי אי רישום הערת אזהרה אצל הראשון יכולה לעלות כדי חתו"ל ותעדיף את השני**. לכלל מספר סייגים: **1. אין התרשלות** – מקרים בהם לא ניתן היה לרישום, או שלא רוצים לרשום משיקולי מדיניות, כגון במערכת בין בני זוג. לפיכך, על מנת לזכות במקרים של בני זוג יש להשלים את התנאים של **ס' 9**. **2. אין קש"ס** – קיימים שלושה מקרים בהם ינותק אי הרישום מעסקת השני. **א.** במקרים בהם השני ידע על קיום העסקה עם הראשון. **ב.** במקרה בו השני לא בדק את המרשם. **ג.** מקרה בו השני לא ירד לשטח, אם היה יורד לשטח היה רואה כי יש משהו שתופס בקרקע, עוזר רק במקרים בהם ירידה לשטח הייתה מביאה להבנת המצב באופן שונה. **3. התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים** – ברק מתאר מקרים בהם המוכר מתעקש שלא לרשום הערה על מנת להסיר הערות קודמות או להשאיר חופש תמרון. לקונה אין ברירה במקרים כאלו אלא להסכים למוכר. ברם, שיקול זה אינו ראוי כי הוא יכול להוביל לתאונות רבות. **פורקצ'יה** שואל האם רישום הע"א נחשבת רישום לפי **ס' 9**, על פניו המטרה היא למנוע את נפילת השני בפח אזי רישום הע"א ימנע סיטואציה מסוג זה, אולם לא בטוח מה תהיה התוצאה.

**פס"ד ביאד נ' לחאם** – ממחיש עד כמה ממאמצים את הלכת גנז, עמית אומר כי הנטל המוטל על הראשון בזמן לרשום הערה, הוא נטל גדול כיוון והוא מונע הנזק הזול. **בנק מזרחי נ' גדי** האם בתחרות הראשונה של נושה למול בעל התחייבות לעשות עסקה, קיימת חובה לרשום הע"א מכוח **ס' 9**? ביהמ"ש קובע שאין חובה דרישה זו משלוש סיבות: **1.** רישום הע"א לא תשנה את שיקוליו של הנושה המעקל. **2.** הנושה המעקל לא מסתמך על נכס ספציפי, ולכן אין משמעות לע"א. **3.** גם עיקול ספציפי ע"י המעקל מטרת המעקל היא כספו ולא הנכס.

**רשף נ' יוסף (מחוזי)** – בנק קיבל התחייבות לרישום משכנתא ולא נרשמה הע"א, לאחר התחייבות בא נושה מעקל וניסה לעקל את המקרקעין לטובתו. מדובר בסוג הראשון של התחרות, ולכן על פניו הראשון בזמן זוכה (**אהרונוב**) ואין חובת הע"א (שילוב של **גנז ובנק מזרחי נ' גדי**). השופט אקון קובע כי נושים מקצועיים מחויבים לרשום ע"א גם בתחרות מהסוג הראשון, כיוון והם המוסדיים מעוניינים לדאוג שהמרשם יהיה מדויק.

**סיכום 1 ו-2:** בתחרות הראשונה הולכים לפי אהרונוב בתוספת גדי, בעל התחייבות לעסקה הוא הזוכה הראשון גם אם לא נרשמה הע"א, למעט במקרים בהם מדובר בנושה מוסדי ואז נדרש רישום הע"א, לפי רשף נ' יוסף. ברק מוסיף כי ההסדר הזה רלוונטי גם למיטלטלין וזכויות. בתחרות השנייה, הראשון בזמן זוכה אם רשם הע"א או חלו עליו אחד מהסייגים לרישום. השני יזכה אם לא נרשמה הע"א גם אם לא השלים את התנאים ב**ס' 9**.

**תחרות 3 – עסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים, המיטלטלין ובזכויות** – הבעיה העיקרית היא שלקניינים אלו אין מרשם. **ס' 12 לחוק המכר** מעדיף את זכותו של הראשון בזמן במיטלטלין. **ס' 13** קובע כי דינם של זכויות זהה למיטלטלין בשינויים המחייבים. **ס' 4 לחוק המחאת חיובים** מדבר על תקנת שוק, כיוון ובפועל בהמחאת זכויות הזכות עוברת ברגע החתימה על ההסכם, וכמעט לא ימצא מצב של תחרות בזכויות. **פס"ד טקסטיל ריינס** – יש להבחין בין מה אדם יכול להעביר ומה לא, כאם מדובר בזכות שהועברה לאדם אחד ואז לכאורה הועברה לאדם אחר, בפועל העברה השנייה לא אמיתית ויש לסווג אותה כתקנת השוק. אם מדובר בהתחייבות להעביר זכות או מיטלטלין שנעשית פעמים, אזי ניתן לדון לפי עסקאות נוגדות. במילים אחרות על מנת לבדוק אם מדובר בעסקה נוגדת או בתקנת השוק, יש לבחון האם הנכס הועבר לראשון כבר או שמדובר רק בהתחייבות להעביר. אם מדובר בהתחייבות להעביר מדובר בעסקה נוגדת, אם הנכס הועבר מדובר בתקנת השוק. מועד העברה הוא חתימת החוזה למעט אם צוין אחרת בהסכם. **שלב חוזי** – יש לבחון שלושה דברים לגבי השני בזמן: **1. קבלת המיטלטלין** – אם השני בזמן קיבל את התמורה מחזיק בו והוא בעל הזכויות הקנייניות בו. **2. תמורה** – השני צריך לשלם תמורה משמעותית לא מספיק קצת, כמו כן, ניתן להראות כי השני שינה את מצבו לרעה, לדוגמא מכר את המכונית שהייתה לו על מנת לקנות את החדשה. **3. תו"ל סובייקטיבי** – אם השני ידע או עצם עיניים בכדי לא לדעת הדבר יחשב כחתו"ל והזכאות תעבור לראשון, **ס' 12+13 לחוק המיטלטלין**. **שלב קנייני (זכויות)** – לפי **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**, הראשון בזמן זוכה ובלבד שעדכן את החייב בחובו. המטרה היא למנוע חיוב כפול והדרך הזולה ביותר למנוע נזק כזה הוא לעדכן את החייב במקרה דנן רמ"י. **האם ניתן לבחון גם תו"ל אובייקטיבי** – השו' מצא בגנז אומר כי אם יש באפשרותו לרשום ברישום מסוים זה יכול להשפיע על תוה"ל האובייקטיבי של הראשון, אך זה לא הלכה.

**תחרות 4: תקנת שוק במקרקעין** – מטרת תקנת השוק היא לאפשר לאנשים להסתמך על המרשם, בהתאם גם אם המרשם היה שגוי ננסה להגן על מי שיסתמך עליו. מדובר במצב בו לבעלים החוקי אין מושג מה קורה בנכס, יכול אדם לבוא ולמכור את הנכס לצד שלישי. התוצאה היא כעל אף שהנכס נלקח מהבעלים שלא בדין ניתן לצד שלישי שקנה את הנכס בתו"ל (הסתמך על המרשם) את הזכויות בנכס. מטרת תקנת השוק, היא לא להגן כלכלית או מוסרית על אחד הצדדים, אלא לבצר את אמינותו של המרשם. **ס' 10 לחוק המקרקעין** קובע מספר תנאים לתחולת תקנת השוק חשוב לציין כי הדרישות הם קפדניות ודווקניות, באם לא עומדים בהם לא תתקבל הגנה של תקנת השוק, **1.** רוכש זכות במקרקעין רשומים. **2.** בתמורה – נדרשת תמורה מלאה **3.** תוך הסתמכות בתו"ל על המרשם. התוצאה היא כי זכותו תהיה יפה גם אם המרשם היה שגוי.

**הסתמכות בתו"ל על הרישום** – **א.** ההסתמכות חייבת להיות על המרשם עצמו ולא דבר אחר (לדוגמא אם מדובר ביפוי כוח מזוייף לא תחול תקנת השוק), קיים חריג אחד של תקנת השוק. **ב.** נדרש תו"ל סובייקטיבי, שבבסיסו עומדת השאלה האם ידע או לא ידע על הטעות במרשם. המקרים בהם היה צריך לדעת ולא להסתמך על המרשם יבחן תו"ל אובייקטיבי. **ג.** תו"ל חייב לחול בכל השלבים, עד לרישום העסקה מהרגע שנרשמה העסקה זה לא משנה. עולה השאלה, מה קורה אם לא הועברה התמורה במלואה, אך נרשם הנכס ואז מתגלה הטעות? אין תשובה ויש להראות את השיקולים.

**מה הדין כאשר למוכר יש רק הע"א**? **פס"ד מורדכיוב** – אדם התחזה לבעלי הקרקע המקורי מכר את הקרקע, והקונה רשם הע"א על שמו. הקונה מוכר לאדם נוסף את זכותו, האדם הנוסף דוחה את רוב התשלומים לאחר שהרוכש הראשון ירשם כבעלים. לאחר כמה שנים מגיע הבעלים המקורי. בעיקרון הרישום הוא על שמו של הבעלים המקורי, אולם בפועל נרשמה הע"א לטובתו של הרוכש. **רובינשטיין**  קובע כי אין בעיה להחיל את תקנת השוק אך היא נדרשת לעמוד בתנאים הבאים: **1.** על הרוכש השני להראות כי בדק את מסמכי עסקת היסוד וראה שהם תקפים. **2.** ברכישה על בסיס הערת אזהרה יש לדחות את רוב התשלומים לאחר השלמת העסקה הראשונה.

**תחרות 5: תקנת השוק במיטלטלין** – כאשר אין מרשם יש הרבה תנאים אחרים שנדרש לעמוד בהם. **ס' 34 לחוק המכר** קובע את התנאים לתקנת השוק במיטלטלין. הסעיף מונה מספר קריטריונים שיש לעמוד בהם בתקנת השוק: **1.נמכר** – **ס' 1 לחוק המכר** מגדיר כי מכירה היא הקניית נכס תמורת מחיר. באופן עקרוני מדובר בתמורה אובייקטיבית. **2. נכס נד** – החוק חל רק על נכסים מוחשיים, ללא קשר לשאלה אם יש מרשם או אין. **3. ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר** – לפי זמיר המטרה היא למנוע מאנשים לעשות עסקאות מפוקפקות כמו קניית טבעת יהלום בחנות ירקות. לפי דגן, המטרה היא לתמרץ את הסוחרים לבדוק את מקורותיהם על מנת להימנע מטעויות. הסיפור הזה מעלה שאלה לגבי יד 2, מה קורה שאתה קונה ביד 2 ולאחר מכן מבין שזה גנוב. לפי זמיר אפשר למצוא פתרון כיוון וזו עסקה הגיונית. לפי דגן, לא בטוח שיש להחיל על יד 2, כי המטרה היא לתמרץ קניה אצל סוחרים מקצועיים. **4. במהלך הרגיל של עסקיו** – זהו מבחן אשר בודק את נסיבות העסקה והאם היו הגיוניות. **5. קנה וקיבל** – יש הקפדה כי הנכס יגיע לרוכש והעסקה תסתיים, לא יחול אם שלם ועוד לא קיבל את המוצר לידיו. הסיבה היא כי תקנות השוק היא דבר בעייתי ורוצים להפחית בה ככל הניתן. **6. תום לב** – צריך להיות ת"ל לאורך כל הדרך עד קבלת המוצר. המבחן הוא סובייקטיבי לא ידע ולא עצם עיניים. המטרה היא לאפשר לעשות עסקה ולא רוצים בכל פעם לחייב אדם לשקול מה היה האדם הסביר עושה. עולה שאלה לגבי ידיעה קונסטרוקטיבית? **פס"ד רוזנשטרייך** – נקבע כי אי הסתכלות במרשם הרכבים לא מהווה חתו"ל, אולם באם מדובר בשעבוד בעתיד יוכל המשעבד לממש את הנכס על אף שנמכר.

**פס"ד כנען** – כנען רכשה ציור של רובין בשוק הפשפשים במחיר זעום, לאחר מכן התברר כי זה ציור של רובין וכי הוא שייך לממשלת ארה"ב. כנען טוענת כי חלה לגביה תקנת השוק והיא לא צריכה להחזיר. ביהמ"ש מתמודד בדרך חיצונית לתקנת השוק וקובע, כי מדובר בטעות משותפת לפי חוק החוזים של גב' כנען והמוכרת ויש לבטל את החוזה, ברק מוסיף גם, שאין כאן עמידה בתו"ל אובייקטיבי, שכן מרגע שהיא ידעה על הדבר היא הייתה צריכה להחזיר את הציור. כמו כן, יש ניסיון להתמודד בדרך פנימית לתקנת השוק. נקבע כי לא מדובר **בסוג הנכס** שנמכר בדרך כלל בשוק הפשפשים, הדבר בעייתי כי לבוא לאחר שהושלמה העסקה ולהגיד כי משנתגלה סוג הנכס האמיתי הוא אינו עומד בדרישה, אינו מאפשר באמת להנות מתקנת השוק. גם לפי זמיר הרואה בסוג הנכס אינדקציה לתו"ל, נראה כי לא חל כי הצדדים האמינו כי שווי התמונות נמוך. לפי דגן, יש מקום להחיל את הטיעון כי היה על המוכרת לבדוק את מקורותיה. ביהמ"ש קובע כי יש כאן גם כישלון **תמורה**, על אף העובדה כי קיים כזה, עד להשלמת העסקה אף אחד מהצדדים לא ידע זאת. כמו כן, זאת בדיוק מטרת תקנת השוק לאפשר עסקאות לא מדויקות.

**סחר פרטי** – בעיקרון תקנת השוק לא חלה על מוכרים פרטיים, ובכלל זה מוכרים ביד 2. עם זאת, יש להניח שככל שהתופעה הזו תגדל יהיה צורך לאפשר גם בפלטפורמות כאלו תקנת השוק. במקרים בהם כן יש מידע על המוכר ויש לו מוניטין ניתן לחשוב עליו כסוחר שאפשר להחיל עליו את תקנת השוק.

**תחרות ומתנה** – **ס' 1 לחוק המתנה** מורה כי מתנה היא נכס הניתן ללא תמורה. **ס' 2** העסקה נגמרת שהמתנה מוקנית לצד ב' והוא קיבל אותה. **ס' 3** רואים את מקבל המתנה כמסכים לקבלת המתנה, למעט אם סירב. **ס' 5** דן בהתחייבות לתת מתנה, **ס"ק (א)** מחייב כי ההתחייבות תהיה בכתב, **ס"ק (ב)** נותן המתנה יכול לחזור בו, אם מקבל המתנה לא שינה את מצבו לרעה, היכולת לחזור ממתן המתנה בעייתית לדיני תחרות כי הוא מאפשרת הברחת נכסים. **ס"ק (ג)** ניתן לחזור מהתחייבות למתן מתנה שנקבע כי לא ניתן לחזור ממנה בהתקיים תנאים מסוימים. **ס' 6** קובע כי ההקניה במקרקעין נעשית לפי חוק המקרקעין ובזכויות ברגע העברת הנכס. **בעיות עיקריות ממאפיינה של מתנה**: **1. עסקה ללא תמורה** – **סולימאן נ' מ"י** מה קורה כאשר הוקנתה המתנה לשני בזמן, אך לא ניתן לעמוד בדרישת **ס' 9 לחוק המקרקעין** של השלמת התמורה. דנצינגר מחיל את שיקול מאזן המצוקה, וקובע כי הוא תמיד ייטה לטובת הראשון. בכך דנצינגר מתעלם מהאפשרות כי מקבל המתנה שינה את מצבו לרעה, וכן דנצינגר מתעלם מהאפשרות כי אם הראשון לא רשם את העסקה הוא לא יזכה בה. משכך, באם רוצה השני מקבל המתנה לזכות, הוא יצטרך להראות כי השלים רישום ותו"ל וכי במקום תמורה הוא שינה את מצבו לרעה. **2. הסתמכות נושים** – ביהמ"ש **בפס"ד לניאדו** דן בשאלה מה קורה עם בעל ההתחייבות בתחרות מול נושה מעקל, הוא בעל התחייבות לקבלת מתנה. בהסתכלות על הרציונליים של אהרונוב אין קשר לרישום, ולכן גם אם לא רשם הוא גובר על הנושים המעקלים. עם זאת, קיים שיקול אחד שכן משתנה, הוא ההיגיון כי בעל הזכות לעשות עסקה מעביר כסף אשר יחולק לנושים בעוד במתן במתנה לא כך הדבר. ניתן לענות ולומר כי העובדה שאין כסף בתמורה אינה סיבה מספקת להעדיף נושים. עם זאת בפועל קובע השופט אלון, כי בדר"כ יגבר הנושה המעקל למעט בתנאים להלן: **א.** הנסיבות מעידות כי המתנה נתנה באמת ולא נועדה להבריח נכסים. **ב.** בעל התחייבות לקבלת המתנה שינה את מצבו לרעה. **ג.** כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית (ניתן יפוי כוח בלתי הדיר). **ד.** כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה. יש לאזן בין התנאים כך שבפועל מספיק שתנאי אחד לא יתקבל באופן קיצוני.

**שעבודים**

**ס' 1(א) לחוק המשכון** מתיר לשעבד נכס כערובה לחיוב. הדרישות למשכון לפי חשין בקידוחי הצפון: **1.** קיומו של חוב. **2.** השעבוד נרשם כנגד נכס ומקבל אופי קנייני. **3.** השעבוד מאפשר להיפרע מהנכס עצמו. **יתרונות של מוסד המשכון: 1. הנושה** – הנושה מבטיח כי יהיה לא ממה להיפרע, וכי יהיה קודם לנושים אחרים. **2. החייב** – הקטנת הסיכון מורידה את עלויות המימון. **3. החייב והחברה בכללותה** – נוצר תמריץ לקיום עסקאות מועילות.

**סדר הפירעון**: **1. שסל"ן** – נעשה על מנת לאפשר לחברות בקשיים לגייס כספים, ולהבטיח כי הלווים יוכלו להיפרע מהנכסים שנקנו מהכספים האלו. **2. שעבוד ספציפי** – תפיסת נכס ספציפי ע"י המשעבד, ההבדל משסל"ן הוא כי בשסל"ן המשעבד הוא המממן את רכישת הנכס. **3. שכר עבודה + פיצוי פיטורין. 4.** **מיסים ודמי שכירות על נכס. 5. שעבוד צף** – שעבוד על כלל נכסי החברה מבלי לנקוב בנכס ספציפי. נעשה בדרך כלל עבור סחורה, שכן לא ניתן לרשום שעבוד ספציפי כיוון והיא נמכרת. **6. כלל הנושים**.

**עסקאות קונסיגנציה** – מכירים בהם הספק לא מוכר לחנות את הסחורה אלא מלווה לה עד שהיא מוכרת, ברגע המכירה מועברים הכספים לספק. **פס"ד קולומבו** מאמא יוקרו מכרה צעצועים בשם הספק קלומבו בעסקת קונסיגנציה. **ס' 2(ב) לחוק המשכון** קובע כי ההוראות יחולו על כל עסקה שעניינה משכון. משכך נקבע, כי עסקת הקונסיגנציה היא עסקת משכון נסתרת ויש להחיל עליה את כללי המשכון. בפועל המשכון לא נרשם ולכן הוא לא חל. התוצאה היא בעייתית כי נאסרות עסקאות קונסיגנציה, שהן פרקטיקה מקובלת בשוק. ההצדקות לכך הם, כי בפועל מטרת קולומבו הייתה להימנע מלחלוק את נכסיה עם כלל הנושים בעלי השעבוד צף, ולכן הרציונליים של עסקת משכון חלים כאן ואי אפשר להתחמק ממצב כזה. **ביקורת מסחרית על קלומבו**: **1.** פגיעה בפרקטיקה מסחרית חשובה המאפשרת שימור בעלות. **2.** קיים קושי לרשום כל עסקה, והדבר מייקר את הטרנזקציות במשק. **3.** לא ניתן לשעבד באופן ספציפי חברה, וספק קטן יבלע בין הספקים הגדולים בשעבוד צף. **4.** בפועל השוק לא הפנים את הלכת קולומבו והפרקטיקה המשיכה להתרחש. **ביקורת תיאורטית 1.** בשם הפומביות נפגעה זכות קניינית שהיא חזקה מאוד. **2.** יש לפרש את סעיף המשכון המסווה בצמצום, אחרת יש פה העדפה מוזרה של נושי הקונה על נושי המוכר. **פס"ד קידוחי הצפון** – נקבע שיש לפרש את הלכת קולומבו בצמצום, ויש לבחון בכל מקרה את תנית שימור הבעלות.

**כוחו של משכון** – **ס' 4** קיימת חובה לרשום ברשם המשכונות, אין חובה לרשום במרשמים נוספים כמו רשם החברות או רישום מקרקעין אך בפועל מקובל לרשום, על מנת להיחשב ת"ל. הטעם לרישום הוא פומביות. המשכון יהיה תקף כלפי צדדי ג' רק לאחר הרישום. החריג היחידי הוא תקנת השוק **ס' 34 לחוק המכר**.

**משכון נוסף** – **ס' 6** מתיר רישום משכון נוסף, מותר לעשות זאת ללא אישור הנושה הראשון למעט אם הנושה הראשון רשם כי יש לבקש את אישורו. הנושה השני יוכל להיפרע רק לאחר פריעתו של הנושה הראשון. הנושה השני יסכים לכך בכמה מצבים: **1.** כששווי הנכס גבוה משמעותית מחובו של הנושה הראשון. **2.** שמועד פירעון הראשון קרוב וסביר שיפרע בזמן. **3.** הנושה נוטל סיכון גבוהה יותר ולוקח ריבית גבוהה בהתאם. **4.** כשהנושה השני אין לא נכסים אחרים לרשום עליהם.

**משכון שני שנעשה בניגוד לתנית הראשון** – ויסמן אומר כי המשכון בטל, והנושה עובר למקום הנושים הלא מובטחים. גרוסקופף, זלצמן ולרנר סוברים כי אם הראשון נפרע אין מניעה שהשני יפרע. **שטיינמיץ נ' בנק משכן** – האם משכון זכות חוזית לקבלת דירה הוא משכון הדירה בפועל? נקבע כי לא וכי יש לנהוג לפי הקבוע במימוש חיובים, ניתן למכור את הזכות ולהיפרע מהמכירה, למעט במקרים שההסכם בוטל. אופציה שניה היא להיכנס בנעליו של הרוכש ולממש את הזכות החוזית.

**התחדשות עירונית**

התחדשות עירונית הוא תהליך של שיפור הקיים שיפור המצב הפיזי של המבנים, והתאמתו למרקם החברתי. בישראל הדבר בא לידי ביטוי במתח שבין עירוב שימושים להפרדת שימושים. ב-20 השנים האחרונות התמקדו בהפרדת שימושים והיום מתחילים להתמקד בעירוב שימושים. התפיסה של עירוב שימושים מביאה לניצול איכותי יותר של הקרקע, כי ניתן להכניס כמה שימושים באותו מבנה. היום התחדשות עירונית נתפסת בעיקר כפרויקט נדלנ"י, בנוסף כיום המדינה קצת שכחה את מרקם החיים החברתי שנפגע בעקבות התחדשות כזו. **מטרות ההתחדשות העירונית: 1.** מניעת הזדקנות ערים. **2.** מניעת גסיסה כלכלית. **3.** השוואת תנאי מחיה (ע"י שיקום השכונה). **4.** פתרון משבר הדיור. **5.** בטיחות. ניתן לחלק את מנגנוני ההתחדשות העירונית ל-2, **א.** בטיחות, נוסח תמ"א 38, נעשה מכוח חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים). **ב.** שיקום שכונות, נוסח פינוי בינוי, נעשה מכוח חוק פינוי בינוי.

**בעיית הפעולה המשותפת** – בשני המסלולים קיימת הבעיה של הפעולה המשותפת. מדינת ישראל מבצעת התחדשות בדרך של רגולציה ומחייבת את היזם לקבל את הסכמת בעלי הקרקע. בהתאם, בכל מקרה של התחדשות עירונית יש לקבל את הסכמת הדיירים וליצור מתווה מתאים, דרישה שבמקרים רבים יוצרת את בעיית הפעולה המשותפת. **דרכי התמודדת עם הבעיה: 1. הפקעה** – לא מאפשרים לבעלי הדירות ברירה כאשר רוצים לבצע התחדשות עירונית, אלא פשוט מפקיעים את השטח שלהם, מקובל מאוד בארה"ב. **2. הפרטה** – בונים על השוק שיפתור את בעיית הפעולה המשותפת בעזרת כוחות השוק. **3. רגולציה** – מכתיבים את מסגרת הפעולה שיכול השוק החופשי לפעול ומאפשרים לו לפעול במסגרת. קיים יתרון גדול כי ניתן חופש פעולה מסוים אך הוא מתוכנן. החיסרון הוא שאין פרויקטים גדולים, והכללים יכולים להפוך את הפרויקט ללא כדאי.

**הבית המשותף כמוסד קנייני** – הבית המשותף הוא יצור כלאיים של רכוש פרטי ושיתוף של רכוש משותף (**חשין בצ'ודלר**), משמע יש התנגשות בין הזכות הפרטית לבין המחויבות לאחרים. **מנגנוני הכרעה בבעיית הפעולה המשותפת:** 1. מתן זכות וטו – במקרים בהם נרצה כי כל דייר יוכל להגן על קניינו, ניתן לו זכות וטו. 2.דרישת רוב מיוחס – מקרים בהם לא רוצים שההחלטה תתקבל ברוב רגיל, ומצד שני לא רוצים לתת זכות וטו. 3. הכרעת רוב – רלוונטי להחלטות פחות דרמטיות בהקשר של הקניין. **מנגנוני הכרעה בפינוי בינוי** – הדרישה היא 80% מסך הדיירים, ו-75% מהבעלות ברכוש המשותף. כמו כן, נדרש ש-67% מדיירי כל בניין יסכימו לעסקה, וכן 67% מבעלי הרכוש המשותף בכל בניין. הרעיון לתת דרישה לרוב מיוחס הוא מצד אחד להגן על הקניין ומצד שני לא לתת וטו כדי למנוע סחטנות. **הסרבן הצודק** – **ס' 2(ב) לחוק פינוי בינוי** מגדיר עילות סירוב כעילות לגיטימיות: **1. עסקה אינה כדאית כלכלית** – מי שקובע האם יש כדאיות הוא השמאי המלווה, אם הוא קבע שיש כדאיות העילה נדחית. **2. לא הוצעו מגורים חלופיים או מותאמים לבעלי מוגבלויות** **3. לא הוצעו בטוחות** – מעבירים ליזם את הזכויות הקנייניות בקרקע וכנגד זה היזם מציג בטוחות. **4. דירת הקבע החלופית לא מתאימה לבעל מוגבלות 5. נסיבות אישיות מיוחדות** – סעיף סל שהחוק משאיר פתוח.

**רישיון (בר רשות) במקרקעין**

רישיון הוא דרך שימוש במקרקעין שלא מנויה בחוק. מדובר במוסד קנייני יציר הפסיקה הנלמד מהמשפט האנגלי. קיימים שני סוגים של רישיון במקרקעין: **1. זכות שימוש חוזית** – נכרת בין הצדדים חוזה המגדיר את השימוש. **2. רשות שימוש מכללא** – נוצר כתוצאה משתיקה או אי מחאה של בעל המקרקעין כאשר משהו אחר עושה בהם שימוש בפועל. **פס"ד נחום** מבצעים הבחנה בין רישיון הניתן בדיעבד כתוצאה משתיקה, לבין רישיון הניתן מכוח הסכם ומראש. **סוג הרישיון** יש רישיון הניתן בתמורה ויש רישיון שניתן ללא תמורה. רישיון הניתן מכוח הסכם ובתמורה הוא לרוב מוגבל בזמן, רישיון מכללא לרוב לא יהיה מוגבל בזמן אך יהיה יותר קל לבטל אותו. נדרש לשים לב אבל כי כל רישיון יש לו את ההגדרות שלו וזוכה ליחס שונה.

**היקף ההגנה על הרישיון (קריטריונים)** – **1. היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון** – ככל שמשקיעים יותר במקרקעין, ביהמ"ש ייטה להכיר ברישיון. **2. הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול במקרקעין** – ככל שאדם התבסס יותר בשטח, ותכנן תוכניות על בסיס הרישיון ניטה להכיר ברישיון. **3. משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון** – **בפס"ד נחום** מדובר במשפחה שהשתמשה במקרקעין 60 שנה, ביהמ"ש מתחשב בזה. **4. התמורה אם ניתנה בגין הרישיון** – מדובר בשיקול אך לא בהכרח, אם ניתנה תמורה ישמרו את הרישיון, ואם לא ניתנה תמורה יבטלו את הרישיון. **פס"ד ציזיק** – אב כתב לביתו כי הוא מעניק לה רישיון להתגורר במבנה שבבעלותו, היא שיפצה את המבנה והתגוררה בו. לאחר מות האב טענו היורשים כי יש לחלק את הנכס, מנגד היא טענה כי היא קיבלה רישיון בלתי הדיר וכך נקבע. פסה"ד נותן הצצה לכל השיקולים שנכתבו לעיל.

**עיקרון הציפייה** – נדרש להראות קש"ס בין הציפייה שנטע בעל המקרקעין בבעל הרישיון לבין שינוי מצבו לרעה בעקבות הפסקת הרישיון. מרגע הוכחת קש"ס המטרה היא לבוא לקראת בר-הרשות. חשוב לציין כי מחד לא מדובר בזכות קניינית, ומאידך עדיין יכול בר הרשות להגן על הרישיון עם טענות כגון השתק. **עבירות** – מתן הרישיון יבוא אל קיצו כאשר תועבר הבעלות בקרקע, כמו כן, ניתן להעביר את הרישיון לצד ג', בהסכמת בעל הקרקע. **זכות שימוש בלתי הדירה** – בעיקרון זכות שימוש מכללא ניתנת לביטול ע"י הודעה של בעל המקרקעין, כי אינו מתיר עוד את השימוש. ברם, באם נטע בעל המקרקעין ציפייה בבעל הרישיון קיימת האפשרות שלא תינתן זכות ביטול **פס"ד ציזק**. **סעדים** – **1. הודעה מוקדמת סבירה והולמת** – הזמן נקבע בשים לב לנסיבות. **2. ביטול הרישיון ללא פיצוי** – באם נקבע כי לאדם אין הרשאה לשימוש עליו לפנות באופן מיידי את הנכס, והוא לא יזכה לפיצוי. **3. רשות בלתי הדירה** – ניתן רק במקרים קיצוניים, כיוון שלא ניתן לבטל ע"י בעל המקרקעין. **4. פיצוי על השבחה** – בנסיבות מסוימות יקבע ביהמ"ש כי ביטול זכות השימוש מותנה בתשלום פיצוי כספי בגין השבחת הנזק. **בפס"ד רוזן נ' סלונים** נאמר כי הפיצוי הוא לא בגין שווי הנכס , אלא בגין ההשבחות שנעשו בו.

**זכות שימוש במקרקעי ציבור** – השופט מזוז בדעת מיעוט **בפרשת היפר חליף** קובע, כין הצדקה לא להתיר רישיון במקרקעי ציבור מהסיבות הבאות: **1. אינטרס ציבורי** – הכרה במתן רישיון מכללא בקרקע ציבורית לא תותיר קרקעות ציבוריות. **2. מקרקעי ציבור רבים** – יש קושי לפקח על כל המקרקעין מפני פלישה. **3. בפועל אין הסכמה** – טיפול לא יעיל של רשות בפלישה למקרקעין, אינו מעיד על הסכמה. רובינשטיין בדעת רוב קובע, כי רק בהתקיים נסיבות חריגות יכירו ברשות שימוש, כמו במקרה שהמדינה ישבה את הפולשים בקרקע ונטעה בהם ציפייה.