

דיני קניין

ד"ר שי שטרן



תש"פ

מירון לחמני

הפקולטה למשפטים – בר-אילן

תוכן עניינים

[מבוא 4](#_Toc44342280)

[**הקדמה** 4](#_Toc44342281)

[**תאוריות קנייניות** 6](#_Toc44342282)

[מאפייני הזכות הקניינית 11](#_Toc44342283)

[**שליטה וניהול** 11](#_Toc44342284)

[**שימוש** 11](#_Toc44342285)

[**עקיבה ועדיפות** 12](#_Toc44342286)

[**עבירות** 12](#_Toc44342287)

[**חיובים** 13](#_Toc44342288)

[**פומביות** 14](#_Toc44342289)

[**עקרון הרשימה הסגורה** 14](#_Toc44342290)

[קניין פרטי 15](#_Toc44342291)

[**הגדרות** 15](#_Toc44342292)

[**הצדקות לקניין פרטי** 15](#_Toc44342293)

[**קניין פרטי – במה** 22](#_Toc44342294)

[הבעלות במקרקעין 28](#_Toc44342295)

[**חוק המקרקעין** 28](#_Toc44342296)

[**חוסר תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין** 28](#_Toc44342297)

[**עומק וגובה** 32](#_Toc44342298)

[**המחובר לקרקע** 33](#_Toc44342299)

[**מהות הזכות ומגבלותיה** 35](#_Toc44342300)

[זיקת הנאה 38](#_Toc44342301)

[**הקדמה** 38](#_Toc44342302)

[**היווצרות זיקת הנאה** 38](#_Toc44342303)

[**זכאים לזיקת הנאה (ס' 92)** 38](#_Toc44342304)

[**תוכן הזיקה (ס' 93)** 39](#_Toc44342305)

[**זיקת הנאה במקרקעין – חלוקה ואיחוד** 39](#_Toc44342306)

[**זיקת הנאה מכוח שנים (ס' 94)** 39](#_Toc44342307)

[**תוקף הזיקה (ס' 96)** 40](#_Toc44342308)

[**העברת זיקת הנאה (ס' 95)** 40](#_Toc44342309)

[**תחולה במקרקעי ציבור (ס' 113)** 40](#_Toc44342310)

[זכות קדימה 40](#_Toc44342311)

[**הקדמה** 40](#_Toc44342312)

[**סוגי זכויות קדימה** 41](#_Toc44342313)

[המשטר הקנייני בישראל 41](#_Toc44342314)

[**הקדמה** 41](#_Toc44342315)

[**בעלות בידי המדינה** 42](#_Toc44342316)

[**רמת ההתערבות בשוק** 43](#_Toc44342317)

[**מדוע לא הפרטה מלאה** 45](#_Toc44342318)

[**מקרקעי יעוד** 46](#_Toc44342319)

[הזכות לכניסה 46](#_Toc44342320)

[**הקדמה** 46](#_Toc44342321)

[**שוויון למול ערכים אחרים** 48](#_Toc44342322)

[**הזכות לכניסה בישראל** 49](#_Toc44342323)

[הפקעות 52](#_Toc44342324)

[**הקדמה** 52](#_Toc44342325)

[**רכישה כפויה של מקרקעין** 52](#_Toc44342326)

[**הגשמת צורך ציבורי** 53](#_Toc44342327)

[**הזכות לפיצוי** 54](#_Toc44342328)

[דרכי רכישת זכות קניינית 63](#_Toc44342329)

[**הקדמה** 63](#_Toc44342330)

[**השתכללות הזכות במקרקעין** 64](#_Toc44342331)

[**השתכללות הזכות במיטלטלין** 66](#_Toc44342332)

[**זכויות** 66](#_Toc44342333)

[רכישת דירה מקבלן 67](#_Toc44342334)

[**הקדמה** 67](#_Toc44342335)

[**ליקויים בקניית דירה מקבלן** 67](#_Toc44342336)

[**חובות גילוי** 67](#_Toc44342337)

[**בטוחות** 68](#_Toc44342338)

[הגנת הבעלות והחזקה 72](#_Toc44342339)

[**הקדמה** 72](#_Toc44342340)

[**הדין בישראל** 73](#_Toc44342341)

[דיני תחרות 75](#_Toc44342342)

[**הקדמה** 75](#_Toc44342343)

[**שיקולים בדיני תחרויות** 76](#_Toc44342344)

[**תחרות 1: בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר** 78](#_Toc44342345)

[**תחרות 2: עסקאות נוגדות במקרקעין** 81](#_Toc44342346)

[**תחרות 3: עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות** 87](#_Toc44342347)

[**תחרות 4: תקנת שוק במקרקעין** 89](#_Toc44342348)

[**תחרות 5: תקנת שוק במיטלטלין** 93](#_Toc44342349)

[**תחרות ומתנה** 98](#_Toc44342350)

[שעבודים 103](#_Toc44342351)

[**מהו שעבוד** 103](#_Toc44342352)

[**יתרונות של מוסד המשכון** 103](#_Toc44342353)

[**סדר הפירעון** 103](#_Toc44342354)

[**עסקאות קונסיגנציה** 104](#_Toc44342355)

[**כוחו של המשכון** 106](#_Toc44342356)

[התחדשות עירונית 108](#_Toc44342357)

[**מהי התחדשות עירונית** 108](#_Toc44342358)

[**התחדשות עירונית בישראל** 109](#_Toc44342359)

[**בעיית הפעולה המשתפת** 109](#_Toc44342360)

[רישיון (בר רשות) במקרקעין 113](#_Toc44342361)

[**הקדמה** 113](#_Toc44342362)

[**היקף ההגנה על הרישיון (קריטריונים)** 114](#_Toc44342363)

[**עקרון הציפייה** 114](#_Toc44342364)

[**עבירות** 115](#_Toc44342365)

[**זכות שימוש בלתי הדירה** 115](#_Toc44342366)

[**סעדים** 115](#_Toc44342367)

[**זכות שימוש במקרקעי ציבור** 116](#_Toc44342368)

[סיכום קורס 116](#_Toc44342369)

# **מבוא**

## **הקדמה**

1. **מה זה קניין** – בד"כ האינטואיציה הראשונה כשאומרים קניין זה להגיד את המילה "שלי". העניין הוא שמה שלמדנו בחוקתי זה בד"כ את ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שאומר "אין פוגעים בקניינו של אדם אלא באמצעות חוק זה". ניתן לפגוע בזכות שמנויה בחוק אם זה עומד בפסקת ההגבלה. ההבנה של חו"י כבוד האדם או שלנו אינטואיטיבית היא שכשיש למישהו זכות קניינית היא זכות מוחלטת שלו, ולעומת זאת אם רוצים לפגוע בזכות זו כל פגיעה חייבת לעמוד בכל הקריטריונים של פסקת ההגבלה. ניתן להסתכל על מקרי בוחן שמראים שהתפיסה לפיה זכות קניינית היא זכות מוחלטת לא תואמת את המציאות.
2. **מקרי בוחן**
   1. פטנט – פטנט הוא סוג מסוים של המצאה. אדם ישב והשקיע את הזמן בלחשוב על משהו והצליח למצוא איזה מוצר או המצאה מסוימת. הוא החליט שהוא הולך ורושם את הדבר הזה. לא פשוט לרשום פטנטים, צריך להגיע עם אבטיפוס כלשהו. עושים בדיקות בכל העולם אם קיים כבר או לא ואז רושמים. ברגע שרושמים את הפטנט מקבלים זכות קניינית מאוד חזקה. פטנט נחשב לזכות מאוד חזקה כי הוא מקנה לבעלים למנוע את השימוש בפטנט מכל אחד אחר. אחת החברות הבולטות בשוק הישראלי בהקשר זה היא חברת טבע. חברת טבע הייתה חברת תרופות לה היה פטנט אחד רשום בכל העולם על תרופה שנקראת קופקסון. חברה זו עשתה המון כסף מהתרופה הזו כי ברגע שהיא קיבלה את הפטנט אף אחד אחר לא יכול לקחת את הכדור ולעשות לו הנדסה חוזרת כדי לייצר כזה משל עצמה. יש לטבע זכות קניינית במוצר הזה. זה מצחיק כי מצד אחד לטבע יש פטנט עליו היא עשתה את כל ההון ומצד שני כל מה שהיא עושה מנגד לסיפור הזה זה לעשות הנדסה הפוכה לתרופות של חברות אחרות כדי לעשות רפואה גנרית (העתקה של תרופות אחרות שהפטנט שלהן פג כדי לייצר תחליפים). כל פעם שרואים שתי תרופות דומות זה בד"כ כי שתי חברות מייצרות את אותה התקופה שנגמר לה הפטנט. פטנט נחשב זכות קניינית מאוד חזקה. המלחמות בבתי המשפט על פטנטים הן בעלויות של מאות מיליוני דולרים. טבע ניהלה מלחמות בארה"ב על תוקף הפטנט בעשרות מיליוני דולרים. למה למרות זאת משתמשים בפטנט כדי להראות שהתפיסה שזכות קניין היא זכות מוחלטת היא לא מדויקת? סיבה אחת היא שגם פטנט ניתן לתקופה מאוד מוגבלת (20-25 שנים). כשנגמרת התקופה כל חברה אחרת יכולה לבוא ולהעתיק את הפטנט. לא ניתן לחדש את התקופה, בד"כ חברות יעשו שינוי מסוים בפטנט וירשמו את זה מחדש. כבר פה רואים שנותנים זכות קניינית מאוד חזקה אבל מגבילים אותה בזמן. זה לא אומר שאסור יותר לייצר את הפטנט זה רק אומר שגם חברות אחרות יוכלו לייצר אותו. סיבה נוספת היא שפרק ח' לחוק הפטנטים קובע שאם בעל הפטנט לא משתמש בפטנט בצורה ראויה מבחינה חברתית אז רשם הפטנטים יכול להפקיע ממנו את הבלעדיות על הפטנט, כלומר לתת לכל גורם אחר רישיון (רישיון כפייה) לייצר את המוצר שמוגן בפטנט למרות שזה עדיין בתוך תקופת הפטנט. דוגמה לשימוש לא ראוי הוא למשל אם טבע הייתה מייצרת את התרופה בשיעור של 20% מהדרישה. רשם הפטנטים יכול היה לבוא ולתת רישיון כפייה כדי לייצר את הקופקסון בכמות מספיקה.
   2. דיני משפחה – הלכת השיתוף ביצעה שינוי תפיסה לגבי איך שמסתכלים על קניין של בני זוג. עד לפס"ד בבלי, התפיסה בקרב בתי הדין ובתי המשפט הייתה שמי שרשום על הדירה יקבל אותה. ס' 7 לחוק המקרקעין קובע שרישום במקרקעין הוא הוכחה לבעלות במקרקעין. ההסתכלות שלנו על בעלות על זכות קניינית מסוימת במקרקעין נקבעה, עד הלכת השיתוף, בהתאם לרישום. בטאבו מופיעות רוב החלקות בישראל. אדם שקונה נכס מקרקעין צריך ללכת לרשום את הזכות שלו בלשכת הרישום. חוק המקרקעין קבע שמאחר שרוצים לתת משמעות לרישום הזה ומשום שזו הדרך היחידה כמעט להבטיח סוג של פומביות, הרישום הופך להיות הוכחה חותכת של בעלות בישראל. דיני המשפחה אימצו את הקביעה הזו של חוק המקרקעין וקבעו שלא משנה מה קרה בנכס מבחינת מחיה של בני הזוג והשקעה שלהם בו, הבעלות במקרקעין נקבעת בהתאם לרישום בלבד. בד"כ הסיפור הזה הוביל לכך שהגברים יקבלו את הנכסים, מאחר שהם אלו שהיו רשומים. הלכת השיתוף שינתה את התפיסה הזו. אותו גבר שהגיע לביהמ"ש והיה רשום על הנכס היה משוכנע שהוא יוצא מהסיפור הזה עם כל הדירה. ביהמ"ש אומר לו שהם מסתכלים על הזכויות הקנייניות לא בצורה פורמאלית (האם אתה רשום והיא לא) אלא בצורה מהותית. כשמסתכלים מהותית על זכויות הקניין רואים שבני הזוג השקיעו באופן שווה ולכן אין שום סיבה שבעולם שכשיוצאים מהנישואין האישה תהיה נטולת נכס מקרקעין והגבר יקבל את כל הנכס. ביהמ"ש לא פוגע בזכות הקניין של הבעל אלא למעשה מברר מהן הזכויות הקנייניות האמיתיות של כל אחד מבני הזוג. מעבר להשלכות על בני זוג יש פה אמירה מאוד ברורה לפיה גם מה שאתה חושב שהוא זכות מאוד מוחלטת וברורה, זה לאו דווקא מקוים במציאות. זכות קניינית היא לא קלף שניתן לשלוף ולסגור את הדיון. הרבה פעמים האמירה "יש לי זכות קניינית" רק פותחת הליך בירור במטרה להבין מה נכלל בזכות הזו. או במילים אחרות, זכות קניינית היא לא זכות של שרירות בעלים מוחלטת, שהבעלים מקבל הגנה מלאה מפני כל אחד אחר. היא יכולה לקבל פנים אחרות לחלוטין עם הגנה פחותה והכרה פחותה בהיקף הזכות. זה חשוב כי זה מטיל על העו"ד את הצורך להסביר מה בדיוק כלול או לא כלול בזכות הלקוח והאם יש פגיעה ומה היקפה. העובדה שכותבים בכתב טענות "למרשי יש זכות קניין" לא אומרת כלום. צריך לשכנע את ביהמ"ש שהזכות הקניינית כוללת את מה שהלקוח רוצה שהיא תכלול.
   3. זכויות יוצרים – חוק העונשין בנוי מהגדרות של עבירות ואז יש הגנות. אדם עשה עבירה כזו או אחרת, ולאחר שהבנו האם זה באמת קרה הולכים לשאלה של הגנות. האם לאדם זה יש הגנה מפני האחריות על המעשה הזה. העובדה שאדם הרג מישהו אחר מתוך הגנה עצמית לא אומרת שהוא לא הרג, היא רק אומרת שהוא לא יישא באחריות הפלילית לרצח כי יש לו הגנה מסוימת בחוק. חוק זכויות היוצרים היה בנוי ממש במתכונת הזו. אדם שהוא יוצר של יצירה מסוימת מקבל זכות יוצרים ביצירה (שיר, ציור, מאמר). זכות יוצרים נמשכת ל-70 שנים. יש גם זכות מוסרית אבל יש זכות כלכלית שאומרת שאם אתה פוגע בזכויות היוצרים אתה צריך לשלם. חוק זכויות יוצרים היה בנוי כך שיש זכות, אדם הפר את הזכות ואז יש כל מני הגנות שפוטרות את המפר מאחריות להפרה. לדוגמה, אחת ההגנות היותר מוכרות הייתה הגנת השימוש ההוגן. אם אדם משתמש בצורה הוגנת ביצירה (למשל כדי ללמד אותו בכתה) אז הוא פטור מהפרה של זכויות יוצרים. זה לא אומר שאין הפרה, זה רק אומר שיש הגנה שפוטרת מאחריות. חוק זכויות היוצרים תוקן כך שהגנת השימוש ההוגן הפסיקה להיות הגנה והפכה להיות חלק מהגדרת השימושים המותרים בזכות יוצרים. כלומר, אם אדם מלמד מאמר כך שהוא נתפס כמי שהפר את זכויות היוצרים אבל יש לו הגנה, היום מי שילמד את המאמר לא ייתפס כמי שהפר את הזכות. מלכתחילה זכות היוצרים לא כוללת את מי שמשתמש ביצירה בשימוש הוגן. בחוק העונשין יש את הגנת דרומי, לפיה אם מישהו נכנס לשטח שלך אתה יכול להפעיל כוח כדי להסיר את האיום. הגנה זו נשארת בצורת הגנה, כלומר לא מרשים מלכתחילה להרוג את כל מי שנכנס לשטח. אם הרגת מישהו אתה צריך להסביר את עצמך ולהראות שההגנה חלה לגביך. חוק זכויות היוצרים לא אומר את זה. הוא למעשה אומר שלכולם מותר להיכנס לשטח, כל עוד הם עושים את זה בצורה הוגנת. החוק נותן לכל אחד את הזכות לעשות שימוש הוגן ביצירה, מה שאומר שבעל זכות היוצרים איבד חלק מהזכות שהייתה לו לפני כן. שימוש הוגן הוא כבר לא כלול בזכות הקניינית.

## **תאוריות קנייניות**

1. **תיאוריה קלאסית** – התיאוריה הקלאסית של דיני קניין קבעה שלאדם שיש לו זכות קניינית יש לו זכות בנכס. הזכות של האדם היא מול הבית, ולא האנשים האחרים בעולם. יש חובה לא להפריע למערכת היחסים שבין האדם לבין הנכס. היא שימשה במשך הרבה מאוד שנים (עד סוף המאה ה-18). זכות קניינית משמע שהאדם תופס את הנכס, וכל השאר צריכים להדיר את עצמם מכך.
2. **תיאוריה פרסונאלית** – החל מסוף המאה ה-18 יש שינוי בתפיסות התאורטיות. הסיבה לשינוי היא שמאוד קשה להפוך בית מסוים למושא לזכויות וחובות. מי שיכול להיות מושא לזכויות לחובות הם גורמים שהם אישיות משפטית (דוגמת אדם או תאגיד). לבוא ולהגדיר שיש מערכת יחסים משפטית בין אדם לבין נכס היה מאוד צורם לאנשים שעסקו בתיאוריות של זכויות. בכך הם הגיעו להגדרה אחרת. במשפט הקלאסי יש ניגוד בין דיני קניין לדיני חוזים. דיני קניין נתפסים כמערכת של זכויות חזקות מאוד בעוד שדיני חוזים נתפסים כמשהו חלש וגמיש יותר. פילוסופים של דיני הקניין ניסו להבין מה ההבדל בין זכות קניינית לבין זכות חוזית. אם לא שוללים את התפיסה לפיה זכות קניין היא מול נכס קל להסביר את ההבדל, קניין זה מול נכס וחוזים זה מול אדם או תאגיד. התיאוריה הפרסונאלית אומרת שההבדל הוא רק כמותי. אין הבדל מהותי בין זכות חוזים לזכות קניין. זכות חוזים היא זכות שנכרתת בין קבוצה מוגדרת של אנשים והיא חלה רק על אותה הקבוצה. זכות קניין היא בדיוק כמו זכות חוזים מבחינה תפיסתית, היא גם אישית ולא מול נכס, אלא שברגע שמגדירים שלמישהו יש זכות קניין אומרים שבאותו הרגע נכרתים מיליוני חוזים בין בעל הקניין לבין כל האנשים בעולם והם אומרים שאסור להם להיכנס לשטח בלי הסכמה של הבעלים. מכך שמה שמבחין בין זכות חוזים לזכות קניין היא הכמות בלבד. תפיסה זו הייתה מאוד בעייתית בספרות מאחר שהיא בעצם לא עושה הבחנה מהותית בין חוזים לבין קניין. קיים פער גדול בין שני התחומים האלו במשפט הפרטי וכנראה שצריך ליצוק משהו משמעותי לתוך הפער הזה מעבר להבדל בכמות הצדדים לחוזה.
3. **התיאוריה המודרנית קלאסית** – מנסה לעשות שילוב בין התיאוריות כדי להגיע להגדרה מדויקת יותר. זכות קניין היא למעשה היכולת של בעלים להפיק מהנכס תועלת במישרין, ללא הפרעה של אף גורם אחר. מה שמייחד את זכויות הקניין שלנו לעומת זכויות חוזיות היא העובדה שזכות קניינית נותנת גישה בלתי אמצעית אל הנכס. היא לא נותנת רק זכות לפיצוי או יכולת לרדוף אחרי האדם שפגע בזכות הקניינית, אלא היא נותנת גישה בלתי אמצעית אל הנכס עצמו. הדוגמה הכי קלאסית כדי להסביר את זה היא באמצעות משכנתא. משכנתא היא זכות קניינית. כשהולכים לבנק לבקש הלוואה לא כל ההלוואות הן משכנתא. הרבה פעמים ההלוואות שלוקחים מבנקים הן יהיו גבוהות, אבל עדיין זה לא יהיה משכנתא. משכנתא היא הלוואה מבנק, אז מה ההבדל בין משכנתא לבין סתם הלוואה שהיא לא משכנתא. משכנתא היא הזכות הקניינית שנרשמת בטאבו. הבנק יכול לבקש במסגרת ההלוואה לרשום זכות קניינית. ההבדל הוא בשעבוד. נניח שיש שתי הלוואות, הלוואה שניתן לקבל באינטרנט מחברת אשראי והלוואה שמקבלים בבנק בתמורה לרישום של משכנתא. ההבדל בין שני דברים אלו הוא הבטחון בהחזר. כשבנק נותן משכנתא זה אומר שיש הלוואה גדולה, שהבנק רוצה לקבל וודאות גבוהה יותר של החזר הלוואה. לא מספיק לו הקשר החוזי. עדיין יש שם קשר חוזי והבנק יכול לתבוע ולבצע הוצאה לפועל. כשהבנק דורש זכות קניינית בנכס זה אומר שגם אם הלווה יברח או יפשוט את הרגל, לבנק יש גישה ישירה לנכס הזה עד לגובה של רישום המשכנתא. אם הבנק ילווה 500,000 שקלים בתמורה לרישום משכנתא בנכס אז אם לא מחזירים את ההלוואה הבנק לא מחפש את הלווה. הוא ידרוש את מימוש הנכס באמצעות הגישה הממשית שלו לנכס עצמו. מכאן הנקודה של התאוריה הזו. ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית הוא הוא הגישה הבלתי אמצעית. בנקים דורשים שיעבוד כשהם לא רוצים להיות תלויים ברצון הטוב של הלווה. ברגע שיש שעבוד הבנק יכול להתערב ולגבות את החוב שלו. כשמדברים על זכות קניינית אומרים שלבעל הנכס יש גישה ישירה ובלתי אמצעית לנכס.

**תפיסות קנייניות**

1. **דיאלוג של תפיסות קניין**
   1. בלקסטון – פילוסוף משפטי אנגלי. על קניין הוא רשם שאין דבר שמסעיר את הדמיון האנושי יותר מהזכות לקניין והתכולה שלה. בלקסטון התכוון לזה שהזכות לקניין היא זכות מוחלטת. בלקסטון היה ליברטריאן. תפיסות ליברטריאניות הן תפיסות שסבורות שהערך האולטימטיבי צריך להיות ערך של חירות הפרט. תפיסה כזו בעצם אומרת שלמדינה יש תפקיד מאוד מצומצם. תפקיד המדינה הוא להבטיח את החירות באמצעות הבטחת הבטחון האישי והלאומי וכן את הסדר הציבורי. הליברטריאנים רואים במדינה כשומר הלילה, היא לא אמורה להתערב כמעט בשום דבר שקורה בחברה אלא להבטיח את היכולת של אנשים לחיות כאנשים חופשיים. בארה"ב זו תפיסה מקובלת, יש שם אפילו מפלגה ליברטריאנית. אחת המלחמות הכי גדולות שהיו לאחרונה בארה"ב בין ליברטריאנים לאנשים יותר סוציאליסטיים הייתה בהקשר של אובמה-קייר. תוכנית הבריאות של אובמה הרחיבה קצת את הביטוח הרפואי של אוכלוסיות מסוימות בארה"ב. זה הגיע לביהמ"ש העליון האמריקאי והדיון שהיה שם זה האם מדובר במשהו שהוא לגיטימי שהמדינה תיקח מהאזרחים (מס לטובת תחזוקת תוכנית הבריאות). הליברטריאנים לא הבינו איך אפשר לקחת כסף שלהם ולתת אותו לאזרחים אחרים. בחנו האם מדובר בהפקעה לא לגיטימית של רכוש או מס לגיטימי. ההכרעה הייתה שזה לגיטימי (ברוב של 5 מול 4). בלקסטון אימץ תפיסה ליברטריאנית של חירות הבעלים. מה ששלי שלי ומה ששלך שלך. מה שנובע מהתפיסה המאוד ליברטריאנית שמקדשת את החירות בבעלים היא שכל דבר שנעשה ופוגע בזכות הקניין ישר צריך להסתכל עליו כפגיעה שמצדיקה את הפעלת ס' 8 לחו"י כבוד האדם. לדוגמה, אם מחוקקים חוק פטנטים שמאפשר צמצום של זכות הקניין של הפטנט במקרים בהם הבעלים עושה שימוש לא ראוי מבחינה חברתית זו פגיעה בזכות הקניין של בעל הפטנט. אם נותנים לגב' בבלי חצי מהדירה שהייתה רשומה רק על הבעל פוגעים בזכות הקניין שלו. תפיסות ליברטריאניות מחדדות את התפיסה שלבעל הקניין זכות מוחלטת בקניין שלו. כל גריעה מהקניין תיתפס כפגיעה ויש להתמודד איתה כפגיעה (פיצוי כספי וכדו').
   2. הופלד – אין דבר כזה זכות קניינית מוגדרת. לא ניתן להרים קלף ולהגיד שיש זכות קניינית כדי לסיים את השיחה. הופלד והונור באים ואומרים שזכות קניינית למעשה מורכבת מהרבה מאוד זכאויות. למשל, יש את זכות השליטה והניהול. לאדם שיש לו זכות קניינית יש זכות לשלוט בנכסים ולנהל אותם. יש זכות של שימוש. זכות השליטה והניהול וזכות השימוש הן לא בהכרח חופפות. לא בכל מצב בו יש זכות שליטה וניהול הוא מצב בו יש גם זכות שימוש. הדוגמה הקלאסית היא בעלים ושוכר. כשאדם משכיר נכס לאחרים יש לו עדיין את זכות השליטה והניהול אבל לשוכר תהיה הזכות לשימוש. יש זכאות של עקיבה. אדם יכול לעקוב אחרי הנכס שלו גם אם הוא נעלם. למשל, יש מצבים של תקנת שוק. מה קורה אם הטלפון שלי נעלם ואז אני רואה אותו אצל אדם אחר. האם מותר לי לקחת את זה חזרה אליי. לא תמיד התשובה תהיה כן. דוגמה נוספת היא זכאות להפיק הכנסה מהנכס או למכור את הנכס. כל הדברים האלו הם זכאויות שונות שהם לא בהכרח אגד אחיד. לא כל פעם שמישהו אומר שיש לו זכות קניינית זה אומר שכל האגד מתלווה לזה. כשלבנק יש משכנתא יש לו זכות עקיבה, אבל אין לו זכות שליטה וניהול או זכות שימוש. עדיין אומרים שמשכנתא היא זכות קניינית. הופלד למעשה בוחן את המציאות ומסתכל על זכויות הקניין שהחברה מעניקה לגורמים שונים, ניתן למצוא שהזכויות הללו לא כוללות בתוכן בצורה אחידה את כל הזכאויות האלו. הן מורכבות כמו לגו, חלק מהזכויות כוללות זכאויות מסוימות וחלק זכאויות אחרות. יש זכויות קנייניות שהן נבנות בצורה מודולארית. לכן ההבדל בין הופלד לבין בלקסטון היא שאצל הופלד לא בהכרח כל גריעה מהיקף היכולות של הבעלים לעשות משהו מהווה פגיעה כי יכול להיות שמלכתחילה אין לו את הזכאות שנפגעה בסל הזכאויות שלו. לכן צריך להיזהר כשמגדירים משהו כפגיעה בזכות קניין, ראשית יש לבחון האם לאדם המסוים יש את הזכאות הזו במסגרת הזכות שלו לקניין.
2. **מתחים בין תפיסות קניין**
   1. מישור תורת-משפטי – מבחינה בין תפיסות קנייניות פורמליסטיות לבין תפיסות ריאליסטיות. תפיסות פורמליסטיות נתפסות לדרישות צורניות, למילים של החוק, לקביעות שמוגדרות בחוקים. למשל העובדה שעד לאותה הלכת השיתוף בן הזוג הרשום היה מקבל את הדירה בכללותה הייתה מבוססת על תפיסה פורמליסטית. יש את ס' 7 לחוק המקרקעין וקובעים הכל לפי מה שהחוק מכתיב. בארה"ב יש את התפיסה הזו בקשר לחוקה. כשמפרשים את החוקה יש כאלו שרוצים לפרש אותה בדיוק לפי הלשון בלי אדפטציה למציאות. מהצד השני יש את התפיסה הריאליסטית. תפיסה זו מנסה להסתכל על המציאות בעיניים ולבדוק מהן ההשלכות בנסיבות הספציפיות של המקרה הזה. הלכת השיתוף היא לכאורה אמירה מאוד ריאליסטית. יש את האמירה בס' 7 לחוק ואת הרישום אבל ביהמ"ש החליט לאמץ תפיסה ריאליסטית. לא הגיוני שיש פה בני זוג שאחד מהם יצא בלי מחצית מהנכסים ששייכים לו רק בגלל שהחוק קובע שרישום הוא הוכחה לבעלות. תפיסה פורמליסטית היא תפיסה שהיא מאוד ודאית, יודעים למה נכנסים. זה לא רק במובן שיודעים מה ביהמ"ש יפסוק אלא יודעים איך לתכנן את הצעדים מלכתחילה. נניח יש שני אנשים שיודעים את ההבדל בין להיות ידועים בציבור לבין להיות נשואים. אם אנחנו מאמצים תפיסה פורמליסטית לפיה החוק יגיד נשואים זה X, ידועים בציבור זה Y וסתם חברים זה Z. באימוץ תפיסה זו אנשים ידעו לתכנן את הצעדים שלהם, הם ידעו מה יקרה תחת כל אחת מההגדרות. הם יודעים שאם הם יבחרו נכון את הקטגוריה אז כשיגיע יום הדין (הם ייפרדו או אחד מהם ימות) ויעלו השאלות הרכושיות הם ידעו מה יהיה הדין. תפיסה ריאליסטית היא תמונת המראה לסיפור הזה. היא תפיסה נוראית לעורכי דין. אחד הדברים שלקוחות רוצים בהתחלה הוא אומדן של הסיכויים. לא תמיד קל לעשות את זה, אבל אם יש תפיסה פורמליסטית ניתן לתת הערכה או אומדן של הסיכויים. בתפיסה ריאליסטית ממש לא ניתן לדעת. אפשר ליפול על שופט שרואה את המציאות בצורה מסוימת, והפס"ד ייקבע לפי ניתוח המציאות של השופט שישב באותו המקרה. יש בעיה מאוד קשה מבחינת ודאות בתפיסה הריאליסטית, במיוחד כשמדובר בזכות קניינית. זכויות הקניין תמיד נחשבו לזכויות מאוד יציבות וברורות. אמנם ערערנו על התפיסה שברור מה זה אומר זכות קניינית אבל עדיין הן נחשבות יותר חזקות מזכויות חוזיות. כשמאמצים תפיסה ריאליסטית פותחים את זה לפרשנות של בתי המשפט, מה שיכול להוביל לתוצאות בעייתיות. זה לא ממש ההבדל בין בימ"ש אקטיביסטי לשמרני, אבל בגדול אנשים שמאמינים בתפיסה פורמליסטית הם יותר שמרנים ולעומת זאת ריאליסטיים הרבה יותר גמישים ומאפשרים החלטות מוקצבות מציאות מאשר החלטות שתקועות בחוק. היתרון הגדול של הריאליזם הוא שהוא הרבה יותר צודק. הבעיה הגדולה של פורמליזם היא הרבה פעמים שהוא מוביל לתוצאות לא צודקות.
   2. מישור התחולה – במישור זה המתח הוא בין תפיסה מוניסטית לבין תפיסה פלורליסטית. תפיסת קניין מוניסטית אומרת שיש ערך אחד שעל פיו מנהלים את כל ההבנה של מה זה קניין. תפיסה פלורליסטית אומרת שמנהלים את זכות הקניין תוך שהיא מושתתת על כמה ערכים אנושיים וחברתיים שונים. דוגמה לתפיסת קניין מוניסטית היא הגישה של בלקסטון. לפי בלקסטון ודומיו הערך היחיד שמנחה את העולם הוא ערך החירות. ככל שיש יותר חירות המצב יותר טוב בעולם. תפיסת קניין שמושתתת על ערך החירות בלבד היא תפיסה מוניסטית שמאמצת ערך אחד בלבד כהגדרת הקניין וכהגדרה של היקף ההגנה על קניין. לכן כשדיברנו על בלקסטון אמרנו שכל דבר שמישהו פוגם בזכות הקניין הוא למעשה פוגע בחירות ולכן זה מיד מתרגם לפגיעה בקניין. הקניין זה החירות ופגיעה בקניין תבחן על בסיס פגיעה בחירות. לפי תפיסה זו כל הפקעה של מקרקעין היא פגיעה בקניין. כל שינוי חוק שמצמצם את היקף הזכות הקניינית מהווה פגיעה בקניין. לפי תפיסות אלו בד"כ כל פגיעה בקניין תחייב פיצוי של הבעלים. הערך היחידי לפיו בוחנים האם יש זכות קניינית ומה היקף ההגנה היא חירות הבעלים. ברגע שחירות הבעלים נפגעת (פוגעים ביכולתו לקבל החלטות ביחס לנכס ולעשות בו שימוש) זה מיד פגיעה בקניין. זו דוגמה לתפיסה מוניסטית קניינית אבל זה לא מחייב שכל תפיסה מוניסטית תתבסס רק על ערך החירות. יכולים להיות ערכים אחרים שעומדים כערכים יחידים. למשל דוגמה לתפיסה מוניסטית שיכולה להוביל לתוצאות הפוכות לתפיסה ליברטריאנית היא תפיסה שמבוססת על רווחה מצרפית. לפי הרווחה המצרפית בוחנים האם יש זכויות קניין ומה ההיקף שלהן. יש תפיסות קנייניות שלוקחות את הרווחה המצרפית כערך הבלעדי לתפיסת הקניין. עולה השאלה מה זה אומר ביחס לפגיעה בזכות הקניין או היקף זכות הקניין של הבעלים. זה אומר שהיקף הזכות של בעלים נקבעת בהתאם לרווחה המצרפית. יכול להיות מצב שמפקיעים זכות קניינית של אדם לטובת הקמת בריכת שחייה בעיר וזה לא ייתפס כפגיעה כי נראה את הקמת הבריכה כתורמת לרווחה המצרפית. בתחשיב של מה יותר תורם לרווחה המצרפית נגיע למסקנה שהבריכה תורמת יותר ולכן נוכל לדרוס את הבעלים לטובת הכלל. יש תפיסות קניין קומוניסטיות שמתבססות בדיוק על תפיסה מוניסטית כזו. זו תפיסה הרבה יותר קלה מבחינה תאורטית וגם מבחינה יישומית. אם יש ערך אחד בלבד מיישמים ומגיעים למשוואה כלכלית. אם יודעים לעשות את זה נכון זה מאוד קל. לעומת זאת, תפיסות קניין פלורליסטיות הן תפיסות קניין שמסתכלות למציאות בעיניים ורואות שכחברה יש הרבה מאוד ערכים שאנחנו חושבים שהם אנושיים וחשובים. בין היתר חירות, אבל לצד זאת יש ערכים נוספים חשובים כגון רווחה מצרפית, קהילה ועוד. לכן תפיסות קניין פלורליסטיות יגידו שכשמכריעים בשאלות על זכויות קניין חייבים לעשות איזון בין ערכים שונים ע"מ לקבל החלטה כזו. הדוגמה הקלאסית לזה היא הבית המשותף. בבית המשותף מצד אחד גרים בבית וזו דירה שקנינו, חיים שם כבעלים. עם זאת, בשנייה שרכשנו את הבעלות בדירה מקבלים על עצמנו סט מחויבויות כלפי הדיירים השכנים. מהרגע שנכנסו לקהילה הקניינית הזו של הבית המשותף אנחנו מקבלים על עצמנו סט שלם של מחויבויות. זה לא רק הזכות להתנהל בחירות אלא גם חובות כלפי הדיירים האחרים. לכן תפיסת קניין מוניסטית מאוד תתקשה לחיות עם הטלת המגבלות האלו על בעלים של דירה. לא במפתיע חלק גדול מהבנייה בארה"ב היא של בתים פרטיים. התפיסה היא תפיסה שיותר נוטה ללברטריאניזם. לאדם אין חובות לאף אחד מסביבו. כשאדם לוקח על עצמו חובות זה רק בהסכמה שלו, אי-אפשר לכפות עליו. בארה"ב בהרבה מהבניינים המשותפים הכללים שם לא נקבעים ע"י המחוקק, רוב הכללים הנוגעים לחיים בבניין המשותף נובעים מחוזים בין בעלי הדירות בבניין המשותף. אם מישהו לא רוצה הוא יכול לא להיכנס או ללכת למקום אחר. בארץ התפיסה היא אחרת, ומאזנים בין ערך החירות לבין זכות הקניין. יש הרבה מאוד ערכים שיכולים להנחות אותנו במסגרת הגישות האלו. דוגמה לערך כזה היא ערך העבודה. מעניקים זכות קניינית בפטנט כי רוצים לעודד יוצרים ליצור ונותנים להם הגנה קניינית כסוג של גמול על היצירה. ניתן לחשוב על מצבים בהם מצד אחד יש את היוצר ומצד שני יש רישיון כפייה. האם רישיון כפייה הוא פגיעה בזכות הקניין? אם הגישה הייתה גישה מוניסטית שנשענת על ערך העבודה זו אכן הייתה פגיעה. עם זאת, מאחר שיש גם את המחויבויות כלפי החברה ואת הרווחה המצרפית המטרה של המחוקק היא לעשות את האיזון. האיזון תלוי בהרבה מאוד גורמים שונים שצריך לקחת בחשבון.
   3. מישור נורמטיבי – במישור זה המתח הוא בין תפיסות ליברטריאניות לבין תפיסות ליבראליות. תפיסות ליברטריאניות מייחדות את הזכות לחירות של הבעלים. כל הפרה של החירות של הבעלים תיתפס כפגיעה שמחייבת פיצוי. תפיסות ליבראליות הן תפיסות שנותנות מקום משמעותי מאוד לערך של חירות הבעלים אבל הן לא רואות בזה ערך אולטימטיבי. זה אחד הערכים שחייבים לקחת בחשבון באיזון אבל הוא לא אולטימטיבי.
   4. היום ביהמ"ש העליון בישראל לגמרי אימץ את התפיסה הפלורליסטית של זכות הקניין, הוא מאזן בין ערכים שונים כדי להבין האם יש זכות קניינית ומה ההיקף שלה. הוא מאמץ תפיסה יותר ריאליסטית מאשר בעבר. הוא מאמץ תפיסה יותר ליבראלית, נותנים מקום לחירות אבל לוקחים עוד דברים בחשבון.
3. **ביקורת**
   1. תפיסה ליברטריאנית – תפיסה זו היא תפיסה מוניסטית שאומרת שכל זכויות הקניין מושתתות על חירות הבעלים. **ביקורת אחת** **היא ביקורת תיאורטית**. לפי ביקורת זו, תפיסה אחודה של זכות קניינית חוטאת מאוד למציאות. רואים שיש זכויות קנייניות (למשל הבחנה בין בעלות לשכירות) שהן למעשה זכויות שלא כוללות את אותן זכאויות בתוכן. הזכות לבעלות היא לכאורה הזכות החזקה ביותר בזכויות הקנייניות, היא כוללת את זכות החזקה, השימוש, ניהול המשאב, הפקת הכנסה. זכות השכירות היא זכות קניינית מוכרת אבל היא כוללת בעיקר את זכות השימוש במשאב. לכן רואים שיש זכויות קנייניות במציאות שתפיסה ליברטריאנית זו מתארת אותן לא נכון. **ביקורת שניה** **היא ביקורת דיסקורסיבית**. ביקורת זו תוקפת את התפיסה הליברטריאנית לפיה זכות קניינית היא קלף שמסיים דיונים. לפי ביקורת זו, כמו כל זכות, הזכות לקניין היא זכות יחסית, שנסוגה במקרים מסוימים מפני זכויות או אינטרסים אחרים. לכן לא ניתן להתייחס אליה בתור קלף שמכריע את הדיון.
   2. תפיסה הופלדניאנית – לפי תפיסה זו יש עוד מרכיבים זולת החירות בזכות הקניין. היא מדברת על זכות קניינית בצורה יותר מודולארית. זכות קניינית לא אומרת שום דבר, למעשה רק מתחילים את הדיון מה אומר המשפט "יש לי זכות קניינית". **ביקורת אחת היא אד-הוקיזם**. תפיסה מודולרית עלולה להוביל לאד-הוקיזם. מקבלים החלטות אחת אחרי השנייה ללא קו מנחה. תפיסה מודולרית של זכות הקניין יכולה להוביל לזה שלא יהיה קו מנחה שאומר לנו מהן הזכויות הקנייניות, מהם הקווים המנחים של הזכות הקניינית. צריך להחליט כל פעם על בסיס סכסוך מסוים האם יש זכות קניינית ומה המשמעות שלה. תפיסה אד-הוקיסטית מקשה על יציבות וודאות. **ביקורת שניה היא לגבי פריקות היתר של הזכות**. כשניסינו להבין מהי זכות קניינית ראינו שהתאוריה המודרנית יותר רואה בזכות הקניינית גישה בלתי אמצעית אל המשאב. החשש הגדול הוא שאם נאפשר מבנה מודולרי של זכאויות שונות עפ"י בחירת הצדדים או הבעלים נגיע למצב של סוג של דיני חוזים. אף אחד לא באמת ידע מה כלול במכירת דירה. בכך פותחים את זכויות הקניין, שאמורות להיות יותר ודאיות מאחר שהן פונות לכל העולם, למצב של חוסר ודאות מוחלט ופריקות יתר. יש שטוענים שפריקות יתר זו שומטת את הקרקע מתחת לדיני הקניין ומבטלת את ההבחנה בין דיני החוזים לדיני הקניין.

# **מאפייני הזכות הקניינית**

## **שליטה וניהול**

1. כשמדברים על זכות קניין, הדבר הראשון שקופץ לראש באופן אינטואיטיבי הוא המילה "שלי". אחד המאפיינים הבולטים של זכות קניינית היא יכולתו של הבעלים לשלוט ולנהל את המשאב שנמצא בבעלותו. בלקסטון למעשה היה אחד ההוגים שביצר את הזכות של שליטה וניהול בבסיס של הזכות הקניינית. בדין הישראלי היו שני שופטים בעלי תפיסה ליברטריאנית יותר שהיו סבורים שעיקרה של הזכות הקניינית היא להבטיח את חירות הבעלים ויכולתו לנהל את המשאבים. שני השופטים הם חשין ודורנר. נראה ששופטים אלו ביססו תפיסה מאוד ליברטריאנית שהתמקדה בשליטה והניהול של הבעלים. זה למעשה מה שהנחה אותם כשהם קבעו הנחיות או פירשו מהי הזכות הקניינית. ישנה אישה בשם סוזט קילו הקשורה לענף הפקעת המקרקעין. בהפקעה של מקרקעין, המדינה או הרשות המקומית לוקחת את המקרקעין של הבעלים ושוללת מהם את השליטה והניהול של מקרקעין. הפקעות נתפסות כאחת הפגיעות המשמעותיות יותר ששלטון גורם למקרקעין של בעלים, לכן המתח הזה בין הזכות של השלטון להפקיע מקרקעין לבין הפגיעה הקשה בזכות שליטה וניהול של הבעלים מכונן ענף שלם של דיני הפקעות.

## **שימוש**

1. אדם שיש לו זכות קניינית יכול להשתמש בזכות הקניינית שלו כחלק מהעובדה שיש לו את אותה הזכות. הדוגמה לגבי מקרקעין מופיעה בחוק המקרקעין (ס' 2) לפיה "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". כלומר ההגדרה של הזכות כוללת את ההיבט של להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר. עולה השאלה האם באמת ניתן לעשות כל מה שאנחנו רוצים במקרקעין שלנו. עלתה שאלה תיאורטית האם אדם יכול לקנות ציור של רמברנט ולהשתמש בו כמטרה במשחק חיצים. האם למעשה הזכות לנכס כוללת את הזכות להרוס את הנכס. היה מקרה לאחרונה בו בנקסי הציע ציור במכירה פומבית, וברגע שנכרת ההסכם עם הקונה הוא הפעיל מנגנון של מגרסה בתמונה כך שחצי מהתמונה נגרס. השאלה במקרה זה היא האם מותר לנו להרוס נכסים כחלק מהזכאות שלנו לשימוש. התשובה היא לכאורה שמותר כי זה בבעלותנו. כמובן שכשמדובר על דברים קטנים יותר יש פחות בעיה כי אף אחד לא יתעניין בזה. המקרים הבעייתיים יותר הם מקרים שכן מעניינים את הציבור. נראה בתוכניות תכנון שהרבה פעמים יכולה עירייה לבוא ולהגיד שהיא לא מפקיעה מקרקעין אבל להגביל את השימוש בהם. דוגמה נוספת היא אדם שרוצה לבנות פרגולה במרפסת והעירייה לא נותנת לו היתר, האם זה בסדר.

## **עקיבה ועדיפות**

1. אולי ההגדרה המשמעותית של הזכות לקניין היא שהנכס לא מתווך ע"י אדם אחר. לא מדובר על זכות שמתווכת באמצעות גורם אחר. לא מדובר על הסכם של אדם א' עם אדם ב' ביחס לנכס אלא זיקה בלתי אמצעית של אדם א' לנכס עצמו. תיאורטית זה מבסס את המאפיינים של עקיבה ועדיפות. אם אני מוצא את הטלפון שלי בידיים של אדם אחר תיאורטית אני יכול ללכת לקחת אותו בלי שום הסברים. זו תיאוריה שמסבירה את עקיבה ועדיפות ביחס לאחרים. עם זאת, מעשית, דיני הקניין מצמצמים את התכונות של עקיבה ועדיפות. הם מצמצמים את זה באמצעות דיני תחרויות. דיני תחרויות הם סט של כללים משפטיים שבא להתמודד עם המצב של עיוותים מסוימים שנגרמו כתוצאה ממעברים לא תקינים של נכסים. כשיש מעבר לא תקין של נכס (למשל גניבה של סלולר), צריך להתמודד עם זה. תיאורטית הבעלים המקורי היה מסוגל ללכת ולקחת את הסלולרי מהידיים של האדם שקנה את זה מהגנב. מעשית דיני הקניין אומרים שזה נכון עד גבול מסוים. כלומר, במקרים מסוימים, למרות שיש זכות קניינית, ויש זכות עקיבה ועדיפות, בגלל אינטרסים חברתיים מסוימים מצמצמים את העקיבה והעדיפות ונותנים את הנכס למי שקנה את זה מהגנב.
2. אחד המנגנונים באמצעותו מצמצים את הזכאות הזו הוא תקנת השוק. במקרים מסוימים, ובהינתן נסיבות מסוימות בהן רכש אותו אדם את הנכס מהגנב, ניתן את הנכס לרוכש ולא נחזיר לבעלים המקורי. לא יאפשרו לבעלים המקורי לעקוב אחרי הנכס אלא יתנו את הנכס כדין למי שקנה מהגנב. מצד אחד יש זכאות של עקיבה ועדיפות לבעל זכות קניינית. הזכאות הזו חשובה מאוד וחשוב להגיד שכברירת מחדל יש לבעלים המקורי זכאות לעקוב, אבל חשוב לזכור שבמקרים מסוימים יכול להיות מצב בו אינטרסים חברתיים ישנו את התוצאה ויעדיפו מישהו אחר.

## **עבירות**

1. עבירות היא מאפיין מאוד חשוב של זכות קניינית. מאפיין של עבירות אומר שמי שיש לו זכות קניינית צריך להיות מסוגל להעביר אותה למישהו אחר. כיוון שמרבית הזכויות הקנייניות הן זכויות כלכליות בעלות ערך כלכלי, רוצים להיות מסוגלים להעביר אותן למישהו אחר בתמורה לאותו הערך. עולה השאלה האם עבירות היא בכל מצב, האם כל הנכסים כפופים לעבירות. התשובה היא לא. השאלה היא האם נכסים לא עבירים לא יכולים לקבל את השם של מושאי קניין.
2. הדוגמה הקלאסית לנכסים לא עבירים היא למשל איברי גוף. האם רוצים שאיברי הגוף שלנו, שהם כמעט ללא ספק קניין שלנו, יהיו משהו שכיר שניתן להעביר מאחד לשני. האם רוצים לפתח שוק של איברי גוף. לפחות כיום התשובה היא לא, בטח לא תמורת כסף. הדבר נכון גם לגבי זנות, בשאלה האם אדם יכול למכור את הגוף שלו. האם זה לגיטימי בעינינו שאדם מוכר את הגוף שלו. האם לגיטימי למכור תינוקות. האם לגיטימי למכור עבד. כל הדברים האלו הם דברים שרוצים להגביל את העבירות שלהם. לא שואלים האם הם מהווים קניין, אלא רוצים להגביל את היכולת להעביר אותם בתמורה לערך כלכלי. מכאן צומחת השאלה האם כשמדבירם על משהו לא עביר ניתן להגדיר אותו כקניין.
3. דוגמה מעניינת של נושא העבירות הוא חוק הירושה. ירושה היא למעשה העברה של נכסים מאדם מסוים לאנשים אחרים. חוק הירושה קובע שמותר לאדם להוריש את הנכסים שלו שני שלבים קדימה (יורש אחר יורש). נניח לאדם יש בן בשם יוסי ובן בשם דני, לאותו אדם מותר להגיד שהנכסים שלו עוברים ליוסי ואז לדני. עם זאת, כל מה שאחרי דני הוא מחוץ לסמכות של המוריש. למוריש סמכות לקבוע רק לשני שלבים קדימה. בד"כ זה אומר שהיורש הראשון עושה מה שהוא רוצה עם הנכסים, ואת מה שנשאר הוא מעביר לשני. השאלה היא האם ההגבלה של עבירות לפי חוק הירושה היא נגיסה בזכות הקניין. המחוקק הישראלי הגביל את העבירות במקרה זה משני טעמים. **טעם אחד הוא טעם כלכלי**. לפי הטעם הכלכלי לא ניתן לצפות מראש בידיים של איזה אדם הנכסים האלו ישיאו את הרווחים הכלכליים שלהם. העובדה שאנחנו קובעים מראש שהבן הבכור לכל הדורות הוא זה שיקבל את הקניין מניחה הנחת מוצא שהבן הבכור ידע למקסם אותם. כנראה שזה לא המצב. לכן השיקול של הרווחה המצרפית מתערב במקרה זה כדי שהנכסים האלו לא יאבדו מערכם. **טעם שני הוא טעם חברתי**. לא רוצים לשמר הטיות תרבותיות או את חוסר המוביליות החברתית שעשויה להיות נעוצה בקביעת ירושה לדורות. לא רוצים לשמר את המצב בו נורמות של המאה ה-15 ממשיכות לחול במאה ה-21. לכן השיקול החברתי בא ואומר שנותנים את הכבוד לשני שלבים קדימה אבל לא מוכנים לשעתק את המאה ה-15 למאה ה-21 רק בגלל שמישהו פעם חשב בצורה מסוימת. זה לא אומר שאחרי שני דורות מפקיעים את הקניין. הנכס אחרי שני הדורות יישאר בידיים של היורש השני, והוא זה שיקבל את ההחלטה הנורמטיבית מה הוא עושה ולפי מה הוא פועל. בסופו של דבר רוצים לאפשר דינמיות מסוימת, וכדי לאפשר אותה מגבילים את היכולת של אדם לשלוט על מה שיקרה בנכס בעתיד.

## **חיובים**

1. גרגורי אלכסנדר הוא פרופ' מקורנל. הוא כתב כמה מאמרים על החיובים שגלומים בתוך הזכות לקניין. הוא אומר שאחד המאפיינים האינהרנטיים של הזכות לקניין הוא שהבעלים של הזכות הזו חב חובות מסוימות לחברה. זה בא לידי ביטוי בכל מני מוסדות קנייניים שמכירים. למשל, הבית המשותף. בבית המשותף העובדה שאדם בעלים של דירה אומרת שיש לו חובות כלפי יתר בעלי הדירות. זה לא משהו שהוא עושה אם הוא רוצה או שמגיע מתוך הסכם. עצם קניית הדירה כוללת בתוכה חובות כלפי בעלי הדירות האחרים. דוגמה נוספת היא ישובים קהילתיים. בחלק מהישובים הקהילתיים יש ועדות קבלה. אדם שקונה בית בישוב קהילתי עובר בד"כ ועדת קבלה. נניח שכעבור 20 שנים הוא רוצה למכור את הבית. מגיע עולה חדש מצרפת ומוכן לקנות את הבית ב-250% מעל מחיר השוק. ברור שהבעלים רוצה לעשות את זה, אבל הוא לא יכול להוציא את העסקה אל הפועל. הוא חייב לקבל אישור של ועדת הקבלה. אם ועדת הקבלה אומרת שהרוכש לא מוצא חן בעיניה המוכר מפסיד עסקה משתלמת ואין הרבה מה לעשות עם זה. חלק מהמוסד של ישוב קהילתי הוא להיות כפוף לשיקול דעת הקהילה ביחס למכירת הנכס. החיוב פה הוא לא חיוב חיצוני, זה משהו אינהרנטי לזכות הזו של קניית בית בישוב קהילתי. כשאלכסנדר מדבר על חיובים הוא לא מדבר על חיובים חוזיים אלא על חיובים אינהרנטיים של הזכות הקניינית.
2. כאמור, זכות קניין לא נופלת מהשמיים. כאשר יש לאדם זכות קניין כלשהי זה מתוקף חוק כלשהו. מה שאלכסנדר אומר הוא שעצם העובדה שמבינים שזכות קניינית היא לא אי בודד מובילה להבנה שיש בתוך הזכות גם חיובים. יש מקום אחד בעולם המערבי בו אין דיני תכנון ובנייה והוא ביוסטון, טקסס. שם באמת נקבע שכאשר אדם בעלים של נכס מקרקעין הוא לא חב דבר לאף אדם אחר ביחס לאותו הנכס. בכל מקרה אחר, לפי אלכסנדר, כל זכות קניינית טומנת בחובה גם חובות כלפי אנשים אחרים.

## **פומביות**

1. אחד המאפיינים המרכזיים של הזכות הקניינית, בעיקר במקרקעין אבל לא רק. ס' 7(א) לחוק המקרקעין קובע שעסקה במקרקעין טעונה רישום. רוצים רישום כדי להעניק פומביות לבעלות על הזכות. מאחר שרוצים לדעת מי הבעלים של הזכות ייסדנו מרשם מקרקעין בו ניתן לבדוק מי הבעלים של המקרקעין. ס' 7(א) חשוב להבחנה בין זכות קניינית לזכות חוזית. לפי הסעיף, העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום. כלומר, רק ברגע שרשמנו את הזכות שלנו במקרקעין אנחנו הופכים להיות בעלי זכות קניינית. **אם לא רשמנו את הזכות למקרקעין, אנחנו עדיין בעלי זכות מעין-קניינית או חוזית**. עד לרגע הרישום, אין קניין יש התחייבות. זה יהיה קריטי כשנדון בתחרויות. אם אדם א' מכר את הדירה לאדם ב' ואז לאדם ג', ואדם ב' לא רשם את הדירה, לאדם ב' אין זכות קניינית בנכס. יש לו זכות חוזית כלפי אדם א'. לעומת זאת, אם אדם רשם את הזכות שלו הוא מקבל זיקה בלתי אמצעית לנכס. זה רלוונטי בעיקר לדירות, כי בדירות אין יכולת לרשום את הזכות בצורה מהירה. בד"כ עוברים מספר חודשים מהשלב בו כורתים עסקה למכר דירה לבין השלב בו מעבירים את הרישום בטאבו. בכל התקופה הזו, כל מה שיש לקונה הוא זכות חוזית. במקרים מאוד קיצוניים נסתכל על זה כזכות מעין-קניינית, אבל זו לא זכות קניינית. זה אומר שאם מישהו באמצע רושם את הדירה על שם מישהו אחר, אותו אדם שלא רשם עשוי להפסיד את העסקה למרות שהוא שילם כסף. ישנו העניין של הערת אזהרה, אך גם הערת אזהרה אינה זכות קניינית. לא מספיק לרשום רק הערת אזהרה ע"מ לזכות בבעלות על הנכס הזה. הערת אזהרה עוזרת ומקדמת אותנו וכן משפרת את מעמדנו אבל היא לא סוף פסוק.

## **עקרון הרשימה הסגורה**

1. זהו עקרון שמדברים עליו לא רק בישראל. זו תפיסה ביחס לדיני הקניין שאומרת שלא רוצים להגיע למצב ההופלדיאני בו כל אחד מרכיב לעצמו זכות קניינית כזו או אחרת. רוצים שזכויות הקניין בכל מדינה יהיו מוגדרות ושכל אחד ידע לאיזה מוסד קנייני הוא נכנס כשהוא רוכש נכס. בישראל חוק המקרקעין קובע את זה בצורה ברורה בס' 161 שאומר "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". זה אומר שמהרגע שחוקקו את חוק המקרקעין אין זכויות שיוכרו ע"י המשפט הישראלי במקרקעין אלא אלה המגדרות עפ"י החוק. דבר זה הוא מתן כבוד מאוד גדול לציבור כי הוא קובע שמי שיכול לקבוע האם יש זכות קניינית זה רק המחוקק, שהוא למעשה נציג הציבור. זכויות קנייניות הן למעשה תולדה של איזונים בין ערכים שונים. ישנה דוגמה של החוק לשכירות הוגנת. היה ויכוח מאוד גדול בין שתי מחוקקות (שקד ושפיר) האם אנחנו יכולים לכפות על משכירי דירות איזושהי מכסה מסוימת של העלאת שכ"ד בכל שנה. הוויכוח הזה נראה לכאורה פוליטי, אבל הוא היה ויכוח מאוד ערכי על ערכים המבנים את החברה שלנו. הוויכוח על החוק לשכירות הוגנת היה בין זכות הבעלים לבין המחויבות כלפי החברה בכללותה (בגלל משבר הדיור רוצים לקבוע מכסות). זהו ויכוח ערכי שצריך להיות מוכרע אצל המחוקק. לכן כשחוק המקרקעין קובע את ס' 161 הוא למעשה אומר שהוא לא מכיר בזכויות קניין אלא אם כן המחוקק עשה את האיזון הערכי וקבע את הזכויות. לפני כן היו זכויות מקרקעין שונות שאומצו מהמשפט המקובל להן קראו זכויות שביושר. לפי הקניין זו לא הייתה זכות קניינית (לא היה רישום) אבל בתי המשפט ראו את זה כזכות מעין-קניינית. ס' 161 למעשה מבטל את הזכויות שביושר. רק המחוקק יכול להחליט על זכות קניינית ורק לאחר ביצוע האיזון הערכי. כל מוסד קנייני קובע מה המאפיינים של כל זכות וזכות. המחוקק אמר שמי שיקבע את זה יהיה המחוקק ולא ביהמ"ש.
2. פס"ד הקשור לזה הוא נוגה. שטרסברג-כהן דנה בשאלה האם אדם שמפיץ מוצרים באזור מסוים זו זכות קניינית או חוזית. היא בודקת את המאפיינים של הזכות הזו (האם זה פומבי, האם יש מאפיינים של שליטה וניהול וכו'). חוזה הפצה לא קשור למקרקעין, אבל ניתן לעשות את ההקבלה. עם זאת, השופטת היא לא זו שצריכה לעשות את העבודה הזו. מי שצריך לעשות את העבודה הזו הוא המחוקק. הוא צריך להבין האם מכירים ברישיון להפצה כמוסד קנייני או זכות חוזית. לכן למרות המהלך היפה של השופטת זה לא התפקיד שלה.
3. על עקרון הרשימה הסגורה יש ביקורת. טעם אחד לעקרון הרשימה הסגורה הוא טעם כלכלי. כשמדברים על בעלות במקרקעין רוצים שאנשים ידעו מה כלול בבעלות. לכן לא רוצים בעלויות שונות (בדומה להופלד). רוצים לדעת מה זה אומר בעלות במקרקעין. הטעם הכלכלי שמצדיק את זה הוא שאם זה לא יהיה כך ואם יהיו יותר מדי ניואנסים אנשים לא ידעו מה קורה עם זה, יהיו פערי מידע ועלויות הבירור יהיו גבוהות. בכך יוצרים חוסר ודאות. הביקורת על כך היא שזה לא טעם מספיק לרגולציה דווקנית ונוקשה ולשלילית יכולת גורמים שונים (דוגמת שופטים) לעצב את הזכות לקניין.
4. טעם נוסף לעקרון הרשימה הסגורה הוא טעם נורמטיבי. רק המחוקק הוא זה שמייצג את החברה ואת הערכים שלה. לא רוצים שכל שופט ושופטת יבואו ויעצבו את הזכויות בחברה עפ"י האיזון הערכי שהם מאמינים בו. הגורם שהכי משקף את ערכי החברה הם הנציגים בכנסת. לכן רוצים שאם כבר משנים זכויות קנייניות אז שמי שיעשה את זה הוא המחוקק. טעם זה מסתמן כטעם מוצדק וכנראה שאין ביקורת ששוללת אותו.

# **קניין פרטי**

## **הגדרות**

1. **קניין פרטי** – משטר של קניין פרטי אומר שאנשים פרטיים יכולים לרכוש רכוש ולהיות בעלים שלו.
2. **קניין קולקטיבי** – משטר של קניין קולקטיבי אומר שאין בעלות פרטית. הבעלות היא קולקטיבית (של הריבון) ומקצים לפרטים שימוש במשאבים.
3. **קניין משותף** – זהו בעצם תת-פרק של קניין פרטי. מדובר על קניין שמספר אנשים מחזיקים במשותף. דבר זה יכול להתקיים רק במשטר של קניין פרטי.

## **הצדקות לקניין פרטי**

1. **חירות**
   1. רוברט נוזיק הוא אחד הליברטריאנים הגדולים של המאה האחרונה. הוא טוען שהסיבה לאמץ משטר של קניין פרטי היא בגלל שרק משטר זה מפקיד בידי היחיד חירות מספקת לעמוד מול השלטון ולא להיות כפוף לגמרי לגחמות של השלטון. נוזיק ודומיו אומרים שבמשטרים קולקטיביים אנשים כפופים לחלוטין למשטר, לא רק במה שקשור לקניין. זה ישפיע על כל החלטה בחיים. למשטר יש כוח להחליט מה הפרט עושה כי הם שולטים על כל הרכוש. נוזיק אומר שבהנחה שמקבלים את ההנחה שיש משטר של קניין פרטי צריך גם לקבוע כללים. הוא מציע שלושה כללים לקיום משטר של קניין פרטי. **הכלל הראשון הוא כלל של תפיסה תקפה**. אם רוצים לדעת מה הוא השלב שאדם רוכש בעלות פרטית בנכס או באמצעות מה חייבים להגדיר כלל תפיסה תקיפה. בארץ דוגמה לכלל התפיסה הזה הוא שלב רישום הנכס במקרקעין. **הכלל השני הוא כלל העברה תקפה**. אמרנו שמאפיין מרכזי של זכות קניינית הוא עבירות. רוצים לאפשר מסחר, לכן לא מספיק לקבוע כלל תפיסה אלא צריך לקבוע כללים לגבי העברה. דוגמה לכלל העברה הוא ירושה. מדינות החליטו שירושה היא כלל העברה תקפה. אפשר להוריש את הנכס וזה תקף. בנוסף לכללים אלו, קובע נוזיק צורך בכללים נוספים. כללים אלו הם **כללי תיקון**. נוזיק אומר שאנו נמצאים בעולם שהולך ונהיה מודרני. צריך לקחת בחשבון שהרבה אנשים לא יקיימו את שני הכללים הראשונים. למשל, אנשים מסוימים ישלמו את כל המחיר עבור הנכס אבל לא ירשמו את הנכס. אז למעשה הם לא יעמדו בכלל התפיסה התקפה. או שאנשים יגנבו נכסים ולמעשה יעבירו נכס מאדם אחד לאחר מבלי לעמוד בכלל העברה תקפה. במצבים כאלו, לפי נוזיק, חייבים לקבוע כללים של תיקון. דוגמה לכלל תיקון הוא תקנת שוק. להגיד שבמקרים מסוימים שגם אם כלל ההעברה לא היה תקף מי שיקבל את הנכס יהיה מי שקנה מהגנב. **כדי לקיים משטר של קניין פרטי חייבים את כל שלושת סוגי הכללים**. נוזיק לא קובע מה הכללים עצמם, הוא רק אומר שחייבים את שלושת הסוגים ברגע שמאמצים משטר קניין פרטי.
   2. הפרשנות הנכונה של חירות היא למעשה אוטונומיה. רוצים חירות כדי שאדם יוכל לא להיות כפוף לאחרים אלא שהוא יוכל לכתוב בעצמו את סיפור חייו. עולה השאלה האם באמת רוצים שהקניין יהיה הביטוי העצמי שלנו או היכולת שלנו לבטא את עצמנו. האם אנחנו לא חושבים שיש בעייתיות מסוימת כשאנחנו מבטאים את עצמנו באמצעות קניין. זו ביקורת אחת על נימוק החירות, מאחר שאנחנו מחפשים ביטוי אחר לעצמנו.
   3. בטבלת הופלד הוא מציב מול חירות את היעדר הזכות. כשהמדינה מעניקה לאדם מסוים חירות היא למעשה שוללת חירות של מישהו אחר. כשאנחנו מדברים על זכויות קנייניות כאיזשהו בסיס להבטחת החירות של הפרט ביחס למדינה אנחנו באותה הנשימה אומרים שאנחנו שוללים או מפחיתים או מקטינים את החירות של שאר האנשים שמאבדים את היכולת שלהם לעשות שימוש במשאבים האלו. הטיעון שעולה מטבלת הזכויות של הופלד אומר שאם מה שחשוב לנוזיק וחבריו זה להגדיל את עוגת החירות זה לא יכול להתקיים אם לא נעניק זכויות חיוביות לכולם. אם לא לכולם יהיו זכויות חיוביות במינימום זה אומר שלא לוקחים ברצינות את הטיעון של חירות כהצדקה לקניין פרטי. למעשה משלימים עם זה שחלק גדול מהאוכלוסייה הוא נטול חירות. המשטר של קניין פרטי מוביל לכך שלחלק אין קניין, ומעבר לכך ביצור חירות הבעלים בנכסים מוביל למצב שהם לא יכולים להשתמש בנכסים אחרים. ניתן מכך לטעון שפגענו בחירות המצטברת. לכן הביסוס על חירות חייב להיות מלווה במשהו שנוזיק לא יסכים אליו לעולם. נוזיק לא יסכים לעולם למתן זכויות חיוביות קנייניות לכל אזרחי המדינה. הוא לא יסכים שהמדינה תקבע זכויות קנייניות חיוביות לכולם. אם לא מסכימים לזה, כל התיאוריה שמבוססת על השאת החירות לא אמיתית. לכן יש פה כשל פנימי בהצדקה זו של נוזיק. זה לא אומר שחירות היא לא ערך מרכזי בהקשר של זכות קניינית.
2. **עבודה**
   1. הצדקת העבודה מתבססת על דברים של ג'ון לוק. ג'ון לוק היה יועץ של מלך אנגליה, והוא היה צריך לנסות להצדיק את המשטר הקנייני באנגליה ואת העובדה שיש אצילים עם קניין פרטי ואנשים בלי קניין פרטי ואיך למעשה נוצר המצב הזה. ג'ון לוק מדבר במסכת ממשל מדיני פרק ה' איך נוצר משטר הקניין בעולם. הוא קובע ש"אף על פי שהארץ וכל היצורים הנמוכים ניתנו במשותף לכל בני האדם, כל אדם הוא בעל קניין ביחס לגופו שלו". הוא למעשה מתחיל מנקודת מוצא דתית, כולם בעלים במשותף על הכל. הדבר היחידי שהאדם הוא אינהרנטית בעלים שלו הוא על הגוף שלו. אם מנסים לחשוב מה יש לאדם באופן פרטי זה הגוף שלו ומה שנוצר כתוצאה מפעולה של הגוף שלו. **כדי להסביר קניין פרטי הוא אומר שיש ערבוב של הכוח של האדם הפרטי והמשאב**. ברגע שאדם מערבב את הכוח שלו (שזה משהו פרטי שלו) במשאב הוא הופך להיות בעלים של אותו המשאב. יש לו סייגים לזה, אבל מה שחשוב כרגע הוא שלוק נותן את כלל התפיסה האולטימטיבי. אדם רוכש קניין פרטי בגלל שהוא מערבב את הכוח שלו במשאב הזה. אם אדם הולך ברחוב וקוטף תפוח הוא למעשה הופך להיות הבעלים של התפוח כי הוא ערבב את הכוח שלו במהלך הקטיף במשאב.
   2. לוק מסביר למה לא נכון לשמר את הקניין המשותף ולמה נכון להבנות משטר של קניין פרטי. אם היינו צריכים הסכמה של כולם לשימוש של כל אחד במשאב היו בני אדם מתים ברעב. למרות שיש הרבה מאוד משאבים בעולם, אם היינו צריכים הסכמה מכולם זה פשוט לא היה קורה. מצד אחד ההצדקה של לוק היא הצדקת העבודה, קניין פרטי כי אדם מערבב את הכוח הפרטי שלו במשאב. כשבודקים באמת מה ההצדקה שלו, **ההצדקה שלו היא מעין תועלתנית**. הוא אומר שאחרת היינו מתים ברעב. הבעיה שלנו לשתף פעולה בין בני אדם תמנע מאיתנו פיתוח נכון וראוי של המשאבים.
   3. הסייג הראשון הוא שזה נכון כל עוד יש כמות מספקת שנשארת ברשות האחרים. נותנים לאדם לרכוש בעלות פרטית במשאב מסוים רק אם נשאר מספיק ובאיכות לא פחות טובה במשותף בשביל אחרים. אם רואים עץ עם תפוח אחד בלבד אי אפשר להפוך אותו לקניין פרטי.
   4. הסייג השני של לוק נקרא "בל תשחית". מותר לאדם להפקיע מרשות הרבים רק כל עוד הוא יכול להשתמש בזה והמשאב לא יתקלקל על ידי ההפקעה. אם אדם לוקח יותר מדי זה לא קניינו הפרטי, וכל מה שהוא לקח מעבר לצורך שלו נשאר עדיין ברשות הרבים. עולה השאלה איך אפשר להסביר את זה שהיו אצילים בעלי הרבה קרקעות, יותר ממה שהיו צריכים. ההסבר של לוק לכך הוא שהיו להם עובדים שעבדו בקרקעות האלו ולכן הם סיפקו לא רק את הצרכים של עצמם אלא את צרכי כל אותם העובדים.
   5. לסיכום – לוק אומר שבמצב הטבע הקניין משותף לכולם. לכל אחד יש את הזכות לשימור עצמי, ולכן מותר לו להפקיע משאבים מרשות הכלל ולהעביר אותם לרשותו. כלל התפיסה הוא ערבוב העבודה של האדם עם המשאב. הסייגים הם: 1. מותר לאדם לקחת משאב רק אם הוא משאיר מספיק ובאותה האיכות לאחרים; 2. אסור לקחת יותר מכפי שאותו אדם יכול לצרוך.
   6. ביקורת
      1. **הביקורת הראשונה** היא ביחס לסייג הראשון. חוקרים רבים אומרים שמדובר במצב אוטופי. מצב בו אפשר לקחת משאב ושיישאר מספיק לכולם הוא תיאורטי ואוטופי. יש חסר במשאבים בעולם ואף פעם כשמישהו לוקח מרשות הכלל יישאר מספיק ברשות הכלל.
      2. **הביקורת השנייה** היא בקורת של נוזיק על לוק. נוזיק כאמור האמין שהקניין הוא חירות. נוזיק מנסה להגחיך את תיאוריית התפיסה של לוק. לוק דיבר על ערבוב כוחו הפרטי של האדם במשאב. נוזיק טוען שתיאוריית הערבוב היא שטויות. אם אדם ייקח צנצנת של מיץ עגבניות ישפוך אותה לאוקיינוס, האם זה אומר שהאוקיינוס שייך לו? הוא לכאורה ערבב כוחו במשאב. הפרקטיקה שלוק מציע של ערבוב היא לא ברורה (כמה ערבוב נדרש) וזה גם קצת לא הגיוני שניתן לאדם להסתובב ברחוב, להסתכל על משאבים שנמצאים ברחוב, לעשות פעולה פשוטה (למשל להשקות עץ) ואז לקבל בעלות על המשאב. הביקורת של נוזיק היא על הפרקטיקה, על כלל התפיסה.
      3. **הביקורת השלישית** עוסקת בפרופורציונלי. לוק לא נותן איזושהי פרופורציונאליות בהצעה שלו. הוא מדבר על מצב בו אדם משקיע איזשהו מאמץ (ולא משנה כמה הוא קטן או גדול) ואז מקבלים בעלות על המשאב. הביקורת השלישית שואלת למה לא מכניסים לסיפור הזה סיפור של מידתיות. לפי לוק, כל מאמץ או כל השקעה של כוח מקנה 100% בעלות במשאב. במצב זה, למעשה נותנים לאנשים שלא עשו יותר מדי בעלות מלאה במשאב על כלום. לפי הביקורת הזו אין שום היגיון להדיר את סיפור הפרופורציונאליות מהמשוואה הזו בהצדקת העבודה. הבעיה של הביקורת השלישית זה פחות הפרקטיקה אלא יותר התוצאה.
   7. התיאוריה של לוק פותחת את שיעורי דיני קניין כמעט בכל אוניברסיטה בארה"ב. עם זאת, היא מאוד ארכאית ויש ביקורות לגיטימיות עליה. הסיבה לכך שבכל זאת פותחים איתה בארה"ב היא שיש קריאה מאוד אוהדת של תיאוריית העבודה של לוק. מסיטים את המיקוד מהערבוב ועוברים לתפיסה של גמול. לוקחים את הרעיון של לוק, אדם שמשקיע וקוצר פירות, ומעבירים את זה לסיפור של גמול. המשפט מתגמל אותנו על ההתנהגויות הרצויות. הוא נותן לנו זכויות קניין כשאנחנו מתנהלים באופן רצוי או ראוי. זכויות הקניין שלנו, לפי תפיסה זו, הן גמול שהחברה נותנת לנו על ההתנהגות הראויה שלנו. ברגע שקוראים את זה בצורה של גמול, אנחנו כחברה שולטים במתי לתת את הגמול, על אילו התנהגויות נותנים את הגמול ועל הפרופורציונאליות של הגמול. לכן לפי הקריאה האוהדת הזו של התיאוריה, החברה נותנת את הגמול רק בהתקיים שלושה תנאים: 1. כשמדובר בהתנהגות ראויה; 2. רק כשהתוצאה של ההתנהגות היא חיובית לחברה; 3. רק אם הפרס פרופורציונאלי. הסיבה שמלמדים את זה בארה"ב בשיעור הראשון היא שדיני הקניין שם מכוונים לקניין רוחני ודיגיטלי. שם תיאוריית העבודה היא הצדקה מרכזית למתן זכות קניינית בעולם הרוחני. אנשים משקיעים את הזמן שלהם בפיתוח המצאות, ואנחנו כחברה נותנים להם זכות קניינית כתגמול על העבודה שלהם. התגמול הזה הוא פרופורציונאלי. אם מדברים על פטנט, נותנים לאדם זכות קניינית אבל היא מוגבלת בכך שהיא מוגבלת בזמן ושהיא מותנית בשימוש ראוי לחברה. אם אדם משתמש בזה לא בצורה ראויה, הזכות שלו נסוגה ואין טעם לתת את הגמול. מאחר שקוראים את תיאוריית העבודה כתפיסה של גמול ולא כתפיסה של ערבוב כוח וזכויות טבעיות, אנחנו כחברה רוצים לפצות או לתת תמריץ לאנשים לפעול בצורה ראויה. נותנים לאדם את הפרס רק כל אותו זמן שהוא מתנהל בצורה ראויה. בשל כך תיאוריה זו היא עדיין חלק משמעותי מדיני הקניין האמריקאים.
3. **רווחה מצרפית**
   1. הצדקה זו מתחילה במאמר מפורסם של הארדין שנקרא "הטרגדיה של השיתוף" (בעיית הפעולה המשותפת). מדובר על מקרה בו יש ארבעה בעלים, כל הבעלים האלו הם בעלים במשותף של חלקת מרעה. מרעה זה יכול להכיל בכל יום עד 12 פרות. עם יהיו במרעה 12 פרות כל יום המרעה יוכל להמשיך ולהתקיים. אם נעלה יותר מ-12 פרות המרעה הזה יתרושש, הוא יפסיק להצמיח עשב ואחרי כמה ימים כבר לא יהיה בכלל מרעה. הארדין מנסה להסביר את הבעיה עם מקרה בו יש ארבעה בעלים, לכל אחד יש חמש פרות והוא שואל שאלה לכאורה רטורית שאומרת כמה פרות יעלה כל בעלים בכל יום נתון על הקרקע. התשובה של הארדין היא 5. כלומר, הארדין אומר שלמרות שאם כל אחד יעלה 5 הסך הכל יהיה 20 והמרעה יתרושש, עדיין זה יקרה כי יש פה בעיה. הבעיה היא שכשיש משאב משותף, כל אחד מנסה למקסם את הרווחים הפרטיים שלו באופן מידי ולהחצין את העלויות שלו לבעלים האחרים. כשיש מקום בו כל העלויות נופלות על אדם אחד הוא מודע לזה ולכן הוא פועל בהתאם. לעומת זאת, כשיש מקום שהוא משותף אנשים פחות יקפידו כי מישהו אחר יטפל בעלויות. אם נחזיק בבעלות משותפת במשאבים נרושש את המשאבים האלו מאחר שכל אחד מהבעלים ירצה למקסם את הרווח שלו ולכן כל אחד יעלה 5 פרות בכל זמן, ואף אחד לא יחשוב על המצב שיהיה בעוד כמה ימים כשהמרעה יתרושש. התוצאה של בעלות משותפת לפי הארדין תוביל בהכרח לפגיעה כלכלית ולמצב לא יעיל בחברה.
   2. הסיפור של הארדין מזכיר קצת את דילמת האסיר. יש שני אסירים שנכנסים לחקירה, והם תלויים בהתנהלות של האדם השני. אם שניהם מכחישים, כל אחד מהם מקבל עונש קטן. אם א' מכחיש וב' מודה ומפליל, ב' יצא לחופשי וא' יקבל עונש גדול. אם שניהם יודו ויפלילו הם יקבלו עונש גדול יותר מהמינימום אבל קטן יותר מהעונש הקיצוני. האידיאל פה הוא ששניהם יכחישו, מאחר שהתוצאה תהיה הנמוכה ביותר. מה שסביר שיקרה הוא ששניהם יודו ויפלילו, מאחר שכל אחד מהם יודע שאם הוא יכחיש והשני יודה ויפליל הוא יקבל את המקסימום. רואים שהעובדה ששניהם יודו ויפלילו היא לא האידיאל, אבל עדיין זו התוצאה. זו התוצאה מאחר שיש פערי אינפורמציה מאוד גדולים. במקרה זה מקבלים החלטות לא אידיאליות מבחינת רווחה מצרפית.
   3. כדי לפתור את בעיית הרכוש המשותף אפשר לקחת את אותו כר מרעה, לחלק אותו בין כל הבעלים, ואז כל אחד מהבעלים ידאג לאותו החלק. במצב זה, לפי הארדין, עדיף מבחינה תועלתנית לתת קניין פרטי, מאחר שזה ימקסם את הרווחה המצרפית. ככה כל המרעה הזה יישאר תקין, כי כל אחד מהבעלים יעשה את המקסימום כדי שזה יישאר תקין.
   4. ביקורת חשובה על טענת הארדין היא של דמשץ. הוא נותן ביקורת של שלושה חלקים שמתקשרים זה לזה, וזה מלמד משהו מעבר לדיני קניין ומתקשר לניתוח כלכלי של המשפט. **הנקודה הראשונה** היא שניתוח כלכלי אמיתי לא מניח ולא יכול להניח עדיפות לשיטת קניין מסוימת. ניתוח כלכלי אמיתי אומר שצריך להכניס לתוך המשוואה הזו, כשבודקים האם משהו יעיל, את כל העלויות, את כל ההפסדים ואת כל הרווחים שעשויים להיגרם כתוצאה משיטת הקניין המסוימת. דמשץ למעשה אומר שהארדין עשה ניתוח כלכלי מאוד מצומצם. הם מזהים איזושהי עלות או הפסד מסוימים ומזה הם גוזרים מסקנות כוללניות בלי לקחת בחשבון את כל המרכיבים. דמשץ אומר שהניתוח הכלכלי אדיש לשיטות הקניין. ההכרעה איזו שיטת קניין מאמצים תלויה בשאלה איך המשוואה מתעצבת. האם מצליחים להגיע למשוואה שבסופה יש רווח. **הנקודה השנייה** אומרת שהניתוח הכלכלי צריך להביא בחשבון גם החצנות על הדורות הבאים, ולא רק החצנות נוכחיות. דמשץ למעשה אומר שכשמנסים להצדיק שיטת קניין מסוימת בטיעונים כלכליים למעשה חייבים להביא בחשבון מה יקרה בעתיד. האם נכון לדורות הבאים לתת קניין פרטי או שבדורות הבאים יהיה יותר נכון קניין משותף. אם משלבים את שתי הטענות הראשונות דמשץ למעשה מדבר על בחינה עיתית של משטר הקניין. הארדין כתב מאמר מאוד יפה, אבל הוא אולי היה נכון לאותו הרגע בו נכתב המאמר. יכול להיות שבעוד שני עשורים הדבר הזה יהיה לא נכון כי יגלו עלויות נוספות. **הנקודה השלישית** שומטת את הקרקע מתחת לטענה לפיה חייבים קניין פרטי. נקודה זו אומרת שיש אבולוציה. גם מושאי הקניין עצמם משתנים עם השנים. מושאי הקניין היום הם הרבה יותר דיגיטליים, הם הרבה יותר פתוחים לציבור מאשר קרקע ומיטלטלין שהיו בזמנו. לא פחות מהאבולוציה של מושאי הקניין, יש אבולוציה בדרכים למשטר את הקניין. באמצעות דיגיטציה ומעבר לעולם מקוון יש הרבה פחות עלויות במשטור הקניין. בדוגמה של חלוקת המרעה בנינו גדרות כדי לחלק את הקרקע. בניית הגדרות עולה כסף ועושים את זה כי זה משתלם לפי הארדין. דמשץ אומר שכיום ישנם פתרונות יותר אלגנטיים שמאפשרים למשטר קניין משותף בצרוה זולה יותר מאשר פיקוח של קניין פרטי (למשל מעקב של כל בעלים אחרי כמה פרות יש במרעה). הביקורת חשובה מאחר שהרבה זמן הארדין היה זה שהצדיק מעבר אבסולוטי לקניין פרטי. דמשץ מפנה את תשומת הלב לכך שיש לבצע בקרה מתמדת, שיש לבצע בבחינה של כל העלויות ותוך לקיחה בחשבון של האבולוציה (הן של מושאי הקניין והן של דרכי משטור הקניין המשותף).
4. **אישיות**
   1. מי שהעלתה הצדקה זו היא מרגרט ריידין. היא חוקרת פמיניסטית שמתעסקת הרבה בקניין. היא טוענת שלא כל חפץ בהכרח צריך להיות משאב בבעלות פרטית ולא כל משאב או כל חפץ צריך לקבל את אותה ההגנה הקניינית כמו שאר החפצים. מה שריידין מציבה כנתון הוא שיש חפצים שהם קרובים לגרעין האישיות שלנו ויש כאלו שפחות (הם בעלי אופי כלכלי). ככל שחפץ יותר קרוב לגרעין האישיות שלנו ניתן לו הגנה גדולה יותר, וככל שהוא רחוק (למשל נכס להשקעה) ניתן לו הגנה פחותה.
   2. טיעון זה לא חוזר לטיעון האוטונומי לפיו ככל שיש יותר נכסים בבעלותי מדד החירות עולה. הטיעון שלה הוא שיש נכסים שהם חלק מהאישיות שלנו, ולכן החברה צריכה לתת להם הגנה כפי שמגנים עלינו. זה לא עניין של השאת החירות והיכולת להתמודד מול השלטון, זה חלק ממני ופגיעה בזה תהיה פגיעה בי.
   3. דבר נוסף הוא שריידין לא מדברת על יעילות. יש נכסים שהם קרובים לגרעין האישיות שלנו, ולכן נותנים להם ערך כלכלי גבוה יותר מאשר לנכסים אחרים. לדוגמה, טבעת נישואין. כל זמן שהיא בחנות היא לא שווה שקל יותר מאשר טבעת רגילה. העובדה שהיא טבעת נישואין לא נותנת לה שום עדיפות על פני כל טבעת אחרת בחנות. הערך היחידי עבור המוכר הוא הערך הכלכלי שלה, הוא רוצה למכור אותה כמה שיותר מהר. לעומת זאת, אדם שהתחתן ייתן חשיבות גדולה יותר לטבעת מאחר שהיא מייצגת את הנישואין שלו. אם אנשים אלו יאבדו את טבעת הנישואין שלהם זה יהיה יותר בעייתי מאשר לאבד כל טבעת אחרת. אם היינו רוצים לפרש את ריידין כיעילות היינו אומרים שלנכסים הקרובים אלינו אנחנו מייחסים ערך סובייקטיבי יותר גבוה, ולכן בהסתכלות יעילה ניתן להם ערך כלכלי גבוה יותר. ריידין לא מדברת ביעילות, היא מדברת על הפגיעה האישיותית באדם שנובעת מפגיעה בנכס הקרוב לגרעין האישיות שלו.
   4. מבחינת ריידין בית המגורים הוא המשאב האולטימטיבי שקרוב לגרעין האישיות של האדם. בית המגורים זו לא עוד דירה שמחזיקים להשקעה. כשפוגעים בבית מגורים (למשל מאפשרים לנושה לקחת את בית המגורים או למדינה להפקיע את בית המגורים) צריך לפצות ביתר או למנוע לקיחה של בית מגורים ע"י נושים. זו לא רק פגיעה בנכס כלכלי אלא פגיעה בנכס אישיותי. אפשר להסביר את אותם הדברים גם לפי הצדקת החירות וגם לפי הצדקת התועלתנות. ריידין מדברת על הצדקת האישיות, בית המגורים קרוב לגרעין האישיות של האדם. פגיעה באישיות שלנו קשה יותר מפגיעה בערך כלכלי סתם. לכן ההגנה צריכה להיות גבוהה יותר מאשר ההגנה על משאבים שהם כל כולם כלכליים.
   5. ריידין מדברת לא במובן שכל אחד יגדיר לעצמו מהו נכס אישי. לא מדובר על הגדרה סובייקטיבית. היא מדברת על זה שהאישי יוגדר בקטגוריזציה ע"י החברה. קטגורית בתי מגורים יוגדרו כנכס שקרוב לגרעין האישיות, למרות שיהיו אנשים שזה פחות משנה להם והם עוברים דירה כל שנה.
5. **קהילה**
   1. ערך הקהילה הוא ערך שנסמך על הנושא של חיובים. הוא נסמך על המאפיין הקנייני של חיובים. כשמדברים על קהילה באופן כללי יש שלושה טיפוסים של קהילות, שכל אחד מהם מכיל התייחסות שונה למהות של קהילה. יש קהילה לפי תפיסה ליברטריאנית, לפי תפיסה ליבראלית ולפי תפיסה קהילתנית.
   2. נוזיק (ליברטריאני) מדבר על קהילה וולונטארית. כל אדם מצטרף לקהילה שהוא רוצה להיות חלק ממנה וכל קהילה קובעת את הערכים שלה. זה לא אומר שהליברטריאנים לא רואים חשיבות בהתחברות אנושית. הם פשוט חושבים שהקהילה הזו לא יכולה להיות בשום פנים ואופן מקור לכפיית נורמות על היחיד. הם באים ואומרים מצד אחד שיש קהילה ומצד שני שהיא יכולה לעשות רק מה שהחברים שלה מסכימים שהיא תעשה. כל מה שחורג מזה מהווה פגיעה בחירות של האינדיבידואלים, וקהילות כאלו לא יכולות להיות לגיטימיות. גם המדינה בשל כך צריכה להיות מאוד מצומצמת. מצב הטבע הוא בעייתי אז יש צורך במדינה, אבל היא חייבת להיות מאוד מצומצמת ולפגוע ככל הפחות בחירות של האנשים. האידיאל הוא מדינה שלא יכולה לפגוע כלל בחירות של האנשים (הצטרפות וולונטרית וכוח וולונטרי של הקהילה).
   3. סוג שני של קהילות הוא קהילות קהילתניות. תפיסה קהילתנית אומרת שלקהילה יש ערך כשלעצמה. היא לא רק סך כל יחידיה, יש לה ערך אמיתי כשלעצמה. יש לה ערך כשהיא מכוננת את היחיד, היא יוצרת את האדם שהוא, היא נותנת לו ערכים. לכן המשמעות של קהילה קהילתנית היא קהילה שיש לה יכולת לכפות על היחידים, וניתן לדרוש מהיחידים להקריב עבור הקהילה. אם בתפיסה הליברטריאנית זה כולם בשביל אחד בתפיסה הקהילתנית עשויים להגיע למצב של אחד בשביל כולם. האחד עשוי להירמס בשביל שהקהילה תמשיך לתפקד. הרבה פעמים כשמתסכלים על קהילות דתיות או על קיבוצים רואים שהרבה פעמים היחיד נדרש להקריב עבור החברה.
   4. חנוך דגן מנסה להציע קהילה ליבראלית. מה שהוא אומר זה שקהילות זה דבר חשוב ורצוי, רק לא רוצים שיהיה לקהילה כוח לכפות על היחיד ולדרוש ממנו להקריב. בתפיסה הליבראלית הטענה היא שהערך האולטימטיבי הוא האוטונומיה של היחיד, לכן אי אפשר לכפות על יחידים להקריב לטובת הקהילה. מה שכן ניתן לעשות זה לדרוש מהיחידים לבצע התאמות כדי לעזור לחלשים בחברה. ניתן להקים מערכת תמיכה סוציאלית שתאפשר התחשבות באחרים. חנוך דגן כתב יחד עם הלר מאמר בשם "השיתוף הליברלי". מה שהם טוענים שם זה ששיתוף הוא דבר חיובי, אבל תמיד חייבים לוודא שיש זכות יציאה של יחיד מהשותפות. זכות היציאה היא אבן היסוד של קהילה ליבראלית. זה חשוב גם בהיבט של נישואין ליברליים. ברור שבנישואין אנשים מאחדים כוחות, ודגן טוען שזה מצוין, אבל צריך לקחת בחשבון שכדי שנישואין יהיו ליבראליים כל אחד מהם יוכל לקום וללכת ברגע שהוא ירצה. משמע הדבר הכי חשוב הוא שתהיה זכות יציאה מהקהילה. זאת בניגוד לתפיסה הקהילתנית, שהרבה פעמים תכשיר לשים מכשולים קשים מאוד על הזכות של האדם לצאת מהקהילה. היא תכשיר את זה כי היא דואגת לקהילה ולהמשך קיומה.
   5. יש שלושה מופעים עיקריים בהם הקהילה או החיובים לקהילה משפיעים על הקניין שלנו. **המופע הראשון הוא שלב הכניסה לקהילה**. הרבה פעמים כשנכנסים לקהילה מסוימת יש לזה השלכה גדולה עלינו. כשרוצים לקנות דירה בבניין משותף במאה שערים לא נצליח לעשות זאת אלא אם כן אנחנו חרדים מזרם מסוים. הקהילה משתמשת בקניין כדי לשמר את עצמה במקום מסוים. הרבה פעמים הטיעונים הם כאלו שכניסה של אנשים שלא מאמינים בתפיסת העולם של הקהילה עשויה לאיים על קיום הקהילה. לפעמים זה לגיטימי לתת לקהילה מנגנוני סינון כאלו ולפעמים לא. **המופע השני הוא המשטר בקהילה**. כשיש שיתוף בין אנשים בקניין יש כללים של התנהלות בשיתוף הזה. השאלה היא איזו סוג של קהילה מאמצים (ליברטריאנית, קהילתנית, ליבראלית) משפיעה על הכללים המשפטיים ועל קביעת התקנונים. האם בשיתוף כל אחד יכול לעזוב את השיתוף מתי שהוא רוצה או שלא. שאלות כאלו נגזרות מתפיסת הקניין. בקהילה ליברטריאנית כל אחד יכול לעזוב מתי שהוא רוצה. לעומת זאת, בתפיסה קהילתנתית הכרעה של הרוב יכולה לדרוס את המיעוט בהחלטה מסוימת. **המופע השלישי הוא של יציאה מהקהילה**. מופע זה מתחלק למספר מופעים. או שהקהילה מחליטה להוציא אותך, האם זה אפשרי. יש החלטה של אדם לצאת מהקהילה, ואז עולה השאלה האם הקהילה יכולה לשים חסמים בפני אדם שמעוניין לצאת. הדבר השלישי הוא הפקעות.
6. **צדק חלוקתי** – אי-אפשר לדבר על קניין (בכל משטר קנייני שהוא) מבלי לדבר על ההשלכות החלוקתיות שיש לקביעה לנו. ישנם שני טעמים לכך: **הטעם החיצוני** הוא שהזכות לקניין עוסקת למעשה במשאבים, בחלוקה שלהם ובאופן שבו אנו מאפשרים למי מהגורמים (בעלי הקניין, המדינה, מי שאינו בעלי קניין) להיות במגע/קשר/זיקה למשאבים. מעצם העיסוק בזכות שדנה במשאבים ובהקצאה שלהם לגורמים מסוימים מדובר במשהו שיש לו השלכות חלוקתיות. זה לא אומר שמשטר של קניין פרטי טוב יותר מבחינה חלוקתית או שקניין משותף רע מבחינה חלוקתית. זה רק אומר שישנן השלכות חלוקתיות שצריך לקחת בחשבון. **הטעם הפנימי** נוגע להצדקות למשטר קנייני מסוים כשלעצמן. גם ההצדקות עליהן מבססים את המשטר הקנייני הן בעלות השלכות חלוקתיות. לכן יש להכיר בעובדה שיש הלשכות חלוקתיות.
7. **סביבה**

## **קניין פרטי – במה**

1. זכות קניין היא זכות שנקבעת בהכרעה חברתית. זו הכרעה שקובעים כי חושבים שזה נדרש עבור הבעלים, כי רוצים לתגמל מישהו, כי חושבים שזה קרוב לגרעין האישיות, כי זה ישיא את היעילות או את הרווחה המצרפית. ללא קשר להצדקה, מדובר בהכרעה חברתית. לכן כששואלים במה רוצים להעניק קניין פרטי השאלה הראשונה היא במה מעוניינים להעניק קניין פרטי והשאלה השנייה היא באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/המירות של נכסים (למעשה מה לא רוצים שייחשב קניין).
2. **פטנט** – כשמחליטים לתת זכות קניינית בפטנט עולה השאלה מדוע עושים זאת. אחת ההנחות החברתיות היא שאם לא נעניק זכות קניינית אנשים ימנעו מלעשות את זה. מכאן עולה ההצדקה של יעילות (נותנים תמריץ כלכלי לאנשים כדי ליעל את החברה). כששוקלים האם לתת קניין באיזשהו משאב למעשה בוחנים את התכלית. התכליות האלו, שלא במפתיע, הן למעשה אותן ההצדקות עליהן דיברנו לפני כן (רווחה מצרפית, עבודה, אישיות, חירות). כשרוצים לתת זכות פטנט אומרים שזה ישיא את הרווחה המצרפית, זה ייתן תגמול, לפעמים מדובר על משהו שהוא קרוב לגרעין האישיות של בעל הפטנט (מדען שהשקיע שנים רבות בגילוי מסוים). למעשה לוקחים את הערכים הללו ועושים בהם איזון. האיזון מתבצע מאחר שבמקרים מסוימים מתן זכות יגשים תכלית מסוימת אבל יפגע בתכליות אחרות. במקרה זה האיזון מתבצע בחוק הפטנטים. לכן ראשית יש לקבוע האם רוצים לתת זכות קניינית ושנית לקבוע מה היקף ההגנה על הזכות (מה שנקבע באמצעות האיזון).
3. **פס"ד מקדונלד**
   1. פסק הדין סב סביב הזכות לפרטיות מול הזכות לפרסום. השופט ריבלין דן בשאלת הזכות לפרסום ושואל האם הזכות לפרסום היא זכות קניינית של האדם. הוא שואל האם מדובר בזכות קניינית של האדם מאחר שאין מוסד קנייני של הזכות לפרסום. המחוקק לא עשה את ההכרעה הערכית ולא הגיע להחלטה האם הזכות לפרסום היא זכות קניינית או לא. ביהמ"ש עושה את מה שהוא לא אמור לעשות אבל נאלץ לעשות וזה לבדוק במקום המחוקק האם מדובר בזכות קניינית. ריבלין עושה זאת באמצעות ההצדקות לקניין עליהן דיברנו, הוא שואל את עצמו האם במקרה זה ההצדקות מתקיימות. הוא שואל מצד אחד האם יש להכיר בזכות כזו ומצד שני מה ההיקף של אותה הזכות הקניינית.
   2. פס"ד זה הוא דוגמה לדרך הלא נכונה לקביעת זכות קניינית. הדרך הנכונה היא באמצעות המחוקק. ההבדל בין זכות קניינית לחוזית היא בזיקה בלתי אמצעית למשאב (שמתקיימת במקרה של זכות קניינית אבל לא במקרה של זכות חוזית). למרות הבעייתיות בפס"ד, במקרה זה השופט מדגים את האופן שבו מחוקק אחראי היה קובע זכות קניין.
   3. מה שחשוב לקחת מהפס"ד הוא את המונח **מוסד קנייני**. זכות קניינית לא אומרת הרבה. להגיד "יש לי בעלות בזה", בלי להבין מה זה "זה" לא אומר הרבה. אין הגדרה אחידה שאומרת בעלות היא בעלות. בעלות במקרקעין היא לא בעלות במטלטלין. בעלות במטלטלין היא לא בעלות בזכויות. בעלות בזכויות היא לא בעלות בקניין רוחני.
4. **מוסד קנייני** 
   1. מוסד קנייני הוא למעשה חוק מסוים שהמחוקק חוקק ובו הוא קבע זכות קניינית אפשרית לבני אדם. כשהמחוקק בארץ חוקק את חוק המקרקעין הוא קבע כמה וכמה מוסדות קניינים, כששני המובילים בהם הם הבית הפרטי והבית המשותף. יש פרק שלם בחוק המקרקעין שעוסק בבתים משותפים, והבעלות שלנו במוסד הקנייני של בית פרטי שונה לחלוטין מהבעלות שלנו במוסד הקנייני של בית משותף. שתי הבעלויות האלו שונות לחלוטין מבעלות בדיור ציבורי. כל אחד מהדברים האלו הוא מוסד קנייני שונה, שהמחוקק קבע בו איזונים שונים בין ערכים חברתיים (אותם הזכרנו), והאיזונים השונים האלו נותנים משמעות שונה לבעלות של כל אחד במוסד הזה. כשמישהו בעלים של בית פרטי יש לו היקף שונה של חובות וזכויות מאשר אם הוא בעלים בבית משותף. יש הבדלים משמעותיים שנובעים מהחקיקה הספציפית שעוסקת בכל מוסד קנייני. לכן כשאדם אומר שיש לו בעלות בנכס צריך ראשית לשאול באיזה נכס מדובר. אם אדם אומר שיש לו זכות קניין רוחני זה לא אומר הרבה, אבל כשהוא אומר שיש לו זכות פטנט, או זכויות יוצרים, או סימן מסחר אז ברור מה הבעלות הזו אומרת. הולכים לחוק ובודקים איך עוצב המוסד הקנייני עליו מדברים.
   2. דיור ציבורי – מוסד קנייני אחד לדוגמה הוא מוסד הדיור הציבורי. אדם שהוא בעלים של דירה בדיור ציבורי לא דומה לאדם שיש לו דירה רגילה בבית משותף. מחיר דירה בבית משותף הוא מחיר השוק של הדירה, אך בדיור ציבורי (ס' 3 לחוק הדיור הציבורי) מחיר הדירה יהיה שונה ממחיר השוק. זה יהיה מחיק השוק פחות הסכום שיהפוך למענק בהתקיים תנאים מסוימים. אם רוצים לקנות דירה בבית משותף רגיל קונים את זה לפי מחיר השוק, לא יופחת שום דבר. הכל תלוי באיזה מוסד קנייני רוכשים את הדירה. הבדל נוסף הוא בהוראות של ס' 4 לחוק הדיור הציבורי, העוסק בזכות דייר ממשיך לרכוש דירה ציבורית. בחוק הדיור הציבורי יש קריטריונים הנוגעים למתי ניתן להוריש את הדירה. קריטריונים אלו לא קיימים בדירות בבתים משותפים.
   3. דיור מוגן – אדם עם הרבה כסף יכול לעשות אחד משני דברים. הוא יכול לרכוש בית משותף ולהשכיר את הדירות או להפוך את הבניין לדיור מוגן. עם זאת, מהרגע שהוא הפך את הבניין לדיור מוגן יש עליו חובות שונות. יש חובת רישוי, יש תנאים לפעילות, יש חובה לספק שירותים מסוימים. אדם יכול לבוא ולהגיד שהוא בוחר לא להיכנס למוסד הקנייני הזה שנקבע בחוק הדיור המוגן אלא להישאר בחוק הבתים המשותפים. השאלה היא למה בכל זאת לעשות דיור מוגן. כנראה שברגע שעושים דיור מוגן יש יכולת לנהל עסק. זה לא רק עסק של שכירות, זה נדון בתור עסק רגיל. ההכנסות מהשכירות ממוסות כהכנסות מעסק ולא כהכנסות משכירות. יש יתרונות מסוימים לבחור במוסד של דיור מוגן, אך חשוב לזכור שמוטלות גם חובות אחרות שנובעות מההבנה שהאוכלוסייה שתשכור את הדירות היא אוכלוסייה חלשה.
   4. בתים משותפים – חוק המקרקעין נותן התייחסות לשני מוסדות קנייניים מרכזיים, בית פרטי ובתים משותפים. כשהחוק מדבר על בתים משותפים הוא נותן את הגבולות של הזכות בבעלות על דירה בבית משותף. יש בעלות נפרדת בדירות ובעלות משותפת בשטחים משותפים. בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות על החזקתו התקינה של הרכוש המשותף (ס' 58(א)). הדבר החמור יותר מופיע בס' 60(ב). אם אדם מסרב לשלם על תיקון הרכוש המשותף שנהרס, אפשר להפקיע ממנו את הזכות הקניינית שלו בדירה ולהעביר את זה לידי אדם אחר שינהל את השיקום הזה. זה נשמע מנותק לגמרי מבעלות בבית פרטי. עולה השאלה למה דבר כזה קיים, למה אם אדם מסרב ניתן להפקיע את הזכות הקניינית הזו. תופעה זו קיימת רק במוסד הקנייני של הבית המשותף. הבעלות במוסד הקנייני של הבית המשותף כוללת את האפשרות שיפקיעו את הבעלות אם הבעלים יסרב להשתתף בתשלום על הרכוש המשותף. הסיפור הזה עולה באופן מובהק בהתחדשות עירונית. בגלל שהרבה מאוד דיירים היו דיירים סרבנים החוק תוקן במובן כזה שעכשיו אפשר להפקיע להם את הזכות ולחייב אותם להצטרף לפרויקט או להליך של ההתחדשות העירונית.
   5. מוסד קנייני הוא בד"כ מוגדר בחוק. המחוקק עושה את האיזון הערכי בין כל הערכים שדיברנו עליהם וקובע את מועד רכישת הזכות הקניינית במוסד מסוים וכן את היקף ההגנה. מועד רכישת הזכות והיקף ההגנה לא זהה בין כל המוסדות הקנייניים.
5. **קניין חדש**
   1. מאמר חשוב של צ'ארלס רייך בשם "The New Property". הוא טוען שכיום, כשחלק גדול מבני האדם מסתמך על הקצאות, קצבאות זיכיונות ורישיונות מהמדינה, צריך לחשוב האם גם הם הופכים להיות קניין של אותם אנשים. זה משנה לשאלה של מהי הזכות של אותו מקבל קצבה. אם זו זכות קניינית אז ככל שהמדינה רוצה לשנות את היקף הקצבה הרי שהיא צריכה לפצות את מקבל הקצבה. אם מדובר בטובה שהמדינה נותנת היא לא חייבת למקבל שום דבר, ואז אם המדינה מחליטה לשלול את זה או לשנות את זה אין שום טענה כלפי המדינה. לפי רייך, התלות הגדולה שנוצרת כתוצאה מקבלת קצבה מהמדינה הופכת את הקצבה לקניין. זה מונע מאנשים לנהל את חייהם באופן אוטונומי. הפחתה של הקצבה תוביל לכך שאנשים לא יוכלו לנהל את החיים שלהם. ניתן לחשוב על אדם שהוא עו"ד, עשה רישיון על פי הכללים ואז המדינה החליטה לשלול לו את הרישיון הזה. האם מסתכלים על הרישיון כקניין של אותו האדם או כטובה שהמדינה נותנת. נניח המדינה רוצה להילחם בהצפת המקצוע של עריכת דין ולכן היא מחליטה לקחת את הרישיון מעורכי הדין הצעירים ביותר. האם זה דבר לגיטימי. באשר לקצבאות ישנה השאלה של איך מקבלים את הקצבאות. האם זו קצבה שמקבלים בתמורה לתשלום ששילמנו כל החיים (דוגמת ביטוח לאומי). ההבחנה בין רישיונות לקצבאות היא הבחנה נכונה. מה שרייך מדבר עליו הוא השאלה האם היום, כשאנשים רבים תלויים במדינה, יש להסתכל על הדברים האלו כקניין של אותם אנשים או כאיזושהי הטבה שהמדינה נותנת לאותם האנשים. רייך טוען שיש להסתכל על כך בתור קניין.
   2. זה בא לידי ביטוי בשני פסקי דין בישראל. בפס"ד מנור עסקו בקצבאות זקנה. המדינה רצתה להפחית אותן ושאלו האם מדובר בזכות קניינית. נקבע שבשאלת קצבאות זקנה לא צריך לשאול האם מדובר בקניין חדש מאחר שמדובר בקניין ישן. זה חסכון שאנשים צברו במהלך חייהם, ולא משהו שהמדינה נותנת בתור הטבה. לכן ברור שיש פגיעה בקניין. הפס"ד השני היה פס"ד מנחם. הוא עסק ברישיונות למוניות, שאלו האם המדינה יכולה לעשות שינויים ברישיונות למוניות. סוגיית הקניין החדש עלתה אך עסקו בסוף בנושא דרך חופש העיסוק. יש אינדיקציות לדיון בקניין חדש אבל אין אינדיקציות בהכרעה בשאלה האם התלות של אנשים במדינה משנה את החשיבה על קניין ומכניסה לסל הקנייני מושאי קניין חדשים.
6. **קניין פרוגרסיבי**
   1. הצעה של ג'ורג' סינגר, חוקר קניין בהרווארד ואחד מראשי התפיסה הפרוגרסיבית לקניין. קניין פרוגרסיבי זה תפיסת קניין שמנסה להציג את עצמה כהפוכה לתפיסה קפיטליסטית ליברטריאנית. כדאי להסתכל על זה בתור שני קצוות, ליברטריאנית שמדגישה את חירות הפרט ופרוגרסיבית שמדגישה את החובות לחברה. סינגר הוא חלק מהחבורה הקהילתנית. סינגר כותב מאמר על מקרה שקרה בינגסטון אוהיו. חברת פלדה הפעילה מפעלים בעיר, ואלו היו המפעלים העיקריים של העיר הזו. רוב האוכלוסייה הסתמכה על קיום המפעלים לצורכי הכנסה. החברה החליטה לסגור את המפעל בעיר ובכך נשארה קבוצה גדולה של אנשים נטולי פרנסה ונטולי אפשרות לפרנסה (כל מה שהם הכירו זה את העבודה בחברת הפלדה). סינגר מנסה לתת לעובדים כלי כלפי הבעלים ואומר שיש להכיר בזכות קניינית של עובדים במפעל הזה, במובן הזה שאם החברה מחליטה לסגור את המפעל אז נכיר בזכות קניינית של העובדים במפעל, שנוצרת על בסיס ההסתמכות שלהם על המפעל ועל מקום העבודה שלהם במשך שנים. ההכרה הזו נותנת לעובדים את הכוח להפעיל את המפעל למרות שהחברה מעוניינת לסגור. אם לנסות לזקק את מה שסינגר אומר, במצבים כאלו של עבודה צריך להכיר בזכות קניינית שנוצרת כתוצאה מהסתמכות של אדם על מקום העבודה שלו. סינגר למעשה מציע כלל תפיסה או כלל העברה חדש במצבים בהם עובדים מסתמכים על מקום העבודה שלהם. במצב כזה הזכות הקניינית עוברת מהבעלים לעובדים כשהבעלים מחליטים לסגור את מקום העבודה.
   2. הבעיה האמיתית עם הטיעון של סינגר (וזה גם מה שגרם לו לחזור בו בסופו של דבר) לפיו אינטרס ההסתמכות יכול להקנות זכות קניינית היא שלא ברור על מה העובדים יסתמכו. במקרה של הסתמכות בחוזה יש כללים משפטיים שקובעים מתי יש הסתמכות, מתי לא ולכמה זמן. במקרה זה על מה בדיוק העובדים יסתמכו. מה בדיוק גרם להם לחשוב שאם המפעל ייסגר הם יקבלו בעלות. אין כלל משפטי כזה, אין שום אמירה של הבעלים שהוא ייתן את המפעל. לכן אם מנסים לבסס זכות משפטית על הסתמכות צריך שלהסתמכות הזו יהיה ביסוס בחוק. זה מעין טיעון מעגלי כי קובעים שההסתמכות לא תוביל לקביעת חוק שיצמיח זכות מתוך אותה ההסתמכות. אם היה חוק שקובע את זה לא היה צורך בהסתמכות מאחר שהיה את החוק והוא זה שהיה מצמיח את הזכות.
7. **במה לא רוצים לתת קניין פרטי**
   1. יש דברים בהם לא רוצים לתת קניין פרטי, גם אם הם יכולים להיות מושא קניין באופן מסוים. השאלה היא האם הזכאויות שלנו הן כאלה שמותר לנו להעביר לאחרים או שניתן להמירן בכסף. האם יש זכאויות שאנחנו לא מוכנים שהמשפט יהפוך למוצרים סחירים.
   2. הדוגמה הבולטת ביותר היא תרומת איברים אבל יש דברים נוספים. למשל, זנות. שימוש בגוף לסיפוק יחסי מין עם לקוחות. דוגמה נוספת היא מכירת תינוקות, כל הנושא של פונדקאות וכדו'. דוגמה שלישית היא עבדות. ההחלטה האם משהו צריך לקבל שם קנייני או לא וההחלטה האם נראה במשאב מסוים מושא לקניין זה לא מהשמיים אלא הכרעות חברתיות שלנו. כשאנחנו שואלים את עצמנו האם לתת לאיברים/תינוקות/גוף האדם להיות מושא קנייני יש טיעונים בעד ונגד. לדוגמה, יש הרבה אנשים שהם נגד פונדקאות במובן עקרוני אבל אז כשהדיון היה על בני זוג מאותו המין הם אמרו שאולי צריך לחשוב על זה אחרת. זה נשמע אולי צבוע אבל חשוב לזכור שנוסף פה שיקול ערכי של ערכים חברתיים אחרים, ואולי השיקול הזה מטה את הכף בהכרעה האם לתת את זה.
   3. סחר באיברים – **הטיעון הראשון בעד** זה הוא שמלאי האיברים בשוק יגדל. זה נשמע מעט קשה לעכל את זה אבל חשוב לזכור שאנשים רבים ממתינים לתרומה. מלאי האיברים המצומצם שיש היום הוא בעייתי. אנשים יכולים לסבול שנים כתוצאה מכך שאין איברים מתאימים בשוק. **טיעון שני בעד** הוא שרגולציה של משאבים כאלו תמנע היווצרות של שוק שחור. זה מתקשר גם לדיון של מיסוד הזנות. אנשים רבים אומרים שלא רוצים למסד את הזנות מאחר שזה ייתן לגיטימציה. מצד שני, הטיעון של שוק שחור אומר שצריך לצאת מהאוטופיה. גם אם נאסור מגוף האדם או מאיברים את הכותרת הקניינית, גם אם נאסור ברגולציה מאוד נוקשה את העיסוק בזנות ואת מכר האיברים, עדיין יהיה מסחר בדברים האלו. המסחר הזה יתנהל בצורה לא מוסדרת, ייווצר שוק שחור, והשוק השחור הזה מאוד בעייתי. אלו שיגיעו לשוק הזה הם המסכנים שיאלצו למכור את גופם. מי שעובד במקרה זה בזנות לא יהיה מוגן בדיני עבודה, לא יוכל לקבל תשלום במידה ויהיו חולים, לא יקבלו הגנות, ביטוח בריאות וכדו'. אם נטמון את הראש בחול השוק השחור יהיה מאוד מסוכן. אם לא נטמון את הראש בחול אמנם ניתן לגיטימציה אבל גם נוכל לפקח. הפיקוח יכול להיות מאוד משמעותי, במיוחד במצבים כאלו שהם מצבים בריאותיים, זכויות עבודה וכו'. **טיעון נגד אחד** הוא בעיה חלוקתית. הבעיה החלוקתית פה כפולה. מצד אחד ברור איזה צד של הרצף הסוציו-אקונומי יהיו אלו שימכרו את האיברים / את גופם / את ילדיהם. ברור שאנשים במעמד סביר ומעלה לא ימצאו את עצמם בצד המוכר. מצד שני סביר להניח שמי שנמצא במעמד הנמוך לא יהיה בצד הקונה. רוצים שמלאי האיברים יגדל כי מכירים בצורך אמיתי בחברה, אנשים מתים בתור להשתלה. מכירים בזה שיש אנשים שמאוד רוצים ילדים אבל ע"מ להגשים את זה הם צריכים פונדקאות. לכן יש חיובי בהגדלת המלאי. הבעיה החלוקתית אומרת שברור מי יהיו אלו שימכרו (החלשים בחברה) וכן ברור מי יהיו אלו שיקנו (לא החלשים). יוצרים פה מצב חלוקתי בעייתי בו מגדילים את השוק אבל רק עבור העשירים. **טיעון שני נגד** הוא מסחור של טובין אישיים. **טיעון שלישי נגד** הוא החצנות על צדדים שלישיים. הרבה פעמים מי שנפגע ממסחור של דברים כאלו הם אנשים שלישיים, למשל התינוק שמוכרים אותו. נכון שבד"כ יהיה עדיף לתינוקות מעולם שלישי לגדול בעולם הראשון, אבל חשוב לזכור שיש פה מעורבות של צד שלישי שלא אומר מה הוא רוצה.
   4. מסחור – מסחור הוא הליך בו לוקחים משהו שהוא לא חלק מהמסחר למשהו שהוא סחיר. למשל כשלוקחים תינוק והופכים אותו ממשהו שהוא לגמרי בספירה המשפחתית למשהו שהוא חלק מהספירה השוקית. יש בספרות שתי טענות עיקריות נגד מסחור. טענה אחת היא טענת ההשחתה והטענה השנייה היא טענת הכפייה. **טענת ההשחתה** אומרת שברגע שמעבירים משאב מסוים מספירה לספירה, אנחנו למעשה משחיתים את המשמעות של המשאב הזה. אם נתחיל להתייחס לתינוקות כאל מוצר לכל דבר ועניין, וכשנהפוך את זה למוצר ננסה לבחור את התינוק שמתאים לנו בצורה הטובה ביותר, אנחנו נאבד את המשמעות שאנחנו מייחסים לתינוקות. בעוד 20 שנים, כשנתסכל על תינוק, לא יהיה זכר לתינוק במשמעות של היום. לא נסתכל על תינוק כאדם עצמאי, חלק מהמשפחה שצריך לדאוג לו. נסתכל עליו או כמו חיית מחמד או כמו בובה. הבעיה במסחור מההיבט הזה היא שאנחנו מאבדים את היכולת להסתכל על משהו כמשאב לא שוקי. יש הרבה דוגמאות להשחתה, דן אריאלי נותן דוגמה לפיה הוא הולך לארוחה אצל חמותו ובסוף הארוחה הוא משלם על זה כסף. ברור לנו כיום שאדם שהולך לארוחה משפחתית ומשלם על כך פוגע בנורמות שלנו כבני אדם. המשפחה תראה את זה כהתייחסות אליה כמשהו שהוא לא בספירה המשפחתית. הבעיה היא לא רק בהיבט החלוקתי, אלא עצם ההשחתה של המשאבים האלו בתפיסה האנושית. **טיעון הכפייה** הרבה יותר פשוט. לפי טיעון זה, ברגע שמאפשרים את זה, הרבה מאוד אנשים שעד עכשיו לא עשו את זה ייאלצו להיכנס לשוק הזה. זה טיעון מאוד בעייתי. למשל, אישה בהודו עם חמישה ילדים לא תיכנס להיריון כדי למכור את הילד, אבל אם זה יהיה מותר היא תעשה את זה. נגד טיעון הכפייה יש שני טיעוני נגד. אחד הוא שיש שוק שחור אז גם ככה אפשר לעשות את זה. טיעון נגד שני הוא של מרגרט ריידין. לפי טיעון זה האנשים האלו נמצאים במלכוד. זה לא שאותה אמא לחמישה ילדים רוצה ללדת ילד ולמכור אותו בשביל לפרנס את הילדים שלה, אבל אין לה ברירה אחרת. זה לא שהעולם נותן לה הרבה אפשרויות לפרנס. אם היא רוצה ללדת ילד ולמכור אותו ואנחנו נשלול ממנה את זה אנחנו למעשה צבועים. אנחנו לא מאפשרים לאנשים לפרנס את עצמם באופן שהם יכולים לעשות זאת.
8. **סיכום ביניים** – זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה. זכות קניינית היא הכרעה שלנו. אין זכויות מהשמיים. כשלאדם יש זכות קניינית זה נובע מהעובדה שהכרענו שאותו אדם צריך לקבל זכות קניינית. כדי לקבוע מה הזכות הקניינית ומה ההגנה שאותה הזכות מקבלת על המחוקק לבצע את האיזון בין הערכים השונים. כשהמחוקק קובע מוסד קנייני הוא זה שעושה את האיזון בין הערכים השונים. במקרה בו יש דבר מה שלא מוסדר בחוק, ושואלים עליו האם ראוי שתהיה עליו הגנה קניינית, ניתן לטעון שרצוי וראוי שהמחוקק יבצע את האיזון ויקבע האם קיימת זכות ומה היקף ההגנה. על המחוקק לבדוק את ההשלכות של מתן זכות קניינית מסוימת. בד"כ במבחן מקבלים הצעת חוק שעוסקת או מנסה לכונן מוסד קנייני מסוים או לשנות מוסד קנייני קיים. מה שצריך לעשות זה להסביר מה ההצעה עושה והאם זה ראוי או לא. כדי לעשות זאת יש לאתר מה המוסד הקנייני החדש עושה, בד"כ זה יהיה שינוי באיזון הערכי. צריך להבין לאילו ערכים ההצעה נותנת משקל ובאילו ערכים היא פוגעת. כל שינוי של מוסד קנייני כנראה מגיע משינוי באיזון הערכי שעמד בבסיס של אותו מוסד לפני כן. אם למשל שמים תקרה על היכולת של בעלי דירות להעלות בשכר הדירה כל שנה למעשה פוגעים להם בחירות כדי להעדיף את ערך הקהילה והרווחה המצרפית. יש פה שינוי באיזון הערכי שעומד בבסיס של המוסד הקנייני. חשוב להבין שככה זה פועל במציאות. כשמחוקק עושה תיקון לחוק המקרקעין, בד"כ מה שעומד בבסיס התיקון הוא איזון מחודש בין הערכים השונים. כשאומרים שיש זכות קניינית זה לא עוזר לאף אחד אם לא נדע באיזה מוסד קנייני יש את אותה הזכות. בשאלה כזו במבחן חשוב מאוד לזכור שתפיסת קניין ליברלית לעולם לא מוותרת על ערך חירות הבעלים. זה תמיד חייב לבוא לתוך האיזון. יכול להיות שזה ייסוג או יצטמצם ביחס לערכים אחרים, אבל חייבים לדון בזה.

# **הבעלות במקרקעין**

## **חוק המקרקעין**

1. ס' 13 לחוק המקרקעין קובע "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת". יש כאן סעיף שמעלה שלוש שאלת שיש לדון בהן. השאלה הראשונה היא מה ס' 11 ו-12 מוסיפים על הקרקע. השאלה השנייה היא למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין. אם יש קרקע של 100 דונם אי-אפשר למכור 50 דונם לא' ו-50 אחרים לב'. השאלה השלישית היא מהם החריגים שהחוק צופה, שבהם כן ניתן לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין.

## **חוסר תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין**

1. **קביעת החוק**
   1. המסגרת הרחבה יותר של החלוקה התכנונית בישראל מוגדרת כגוש. בד"כ יהיו כמה וכמה גושים בכל מועצה אזורית או רשות מקומית. זו חלוקה רחבה או גסה של תוואי השטח. לכל חלקת קרקע שאפשר לעשות בה עסקאות יש מעין ת"ז. הת"ז מורכבת מכמה מספרים. המספר הראשון הוא מספר הגוש, המספר השני הוא מספר החלקה, ובמקרה של בית משותף יש גם תת-חלקה. כששני אנשים רוצים לעשות עסקה במקרקעין יש ראשית לברר מה מספר הגוש ומספר החלקה. בכל חוזה הקשור למקרקעין מופיעה ת"ז של המקרקעין האלו, שמורכבת מגוש חלקה. ברגע שמדברים במספרים האלו ברור לכולם על איזו חלקה מדברים, מאחר שמספרים אלו מופיעים ברישום רשות המקרקעין. הגושים נקבעים לרוב לפי תוואי השטח של הרשות, אך השאלה היא איך קובעים מה גודל החלקות בכל גוש. חלקות, בין אם באותו הגוש ובין אם בגוש אחר, לא חייבות להיות באותו הגודל. יכולה להיות חלקה של 100 דונם ושל 250 מ"ר באותו הגוש. יש שוני בהיקף של החלקות. בד"כ חלקות בעיר יהיו קטנות יותר וחלקות במושבים וקיבוצים יהיו גדולות יותר. הסיבה לכך היא שבכל גוש חלקה, כאשר מחלקים את החלקות האלו, החלוקה נקבעת לפי צרכים חברתיים ותכנוניים. אם נמצאים בעיר כמו ת"א, בה יש צורך בהרבה מאוד מקומות מגורים, חלקות המקרקעין כנראה יהיו כאלו שמתאימות להקמה של מגדלים. לכן כשיחלקו את המקרקעין יבצעו את החלוקה כך שהשטח של כל מגרש יתאים להקמה של מגדל. יש לזה השלכה משמעותית מבחינת השטחים שיש לספק לכל חלקה. לעומת זאת במושב יודעים שהשטח שצריכים הוא בעיקר חקלאי. במקרה כזה יודעים שצריך שטח שיאפשר עבודה חקלאית. לכן יכולה להיות חלקה בת"א של 100 מ"ר וחלקה בקיבוץ של 60 דונם. ההחלטה על גודל חלקה במקום מסוים נעשית עפ"י הצרכים החברתיים והתכנוניים. קביעת החלקות וגודל החלקות זה דבר שנעשה ע"י ועדות התכנון המקומיות והמחוזיות. יכול להיות מצב בו הצרכים התכנוניים והחברתיים של העיר משתנים. במצב כזה בו הצרכים משתנים עושים דבר שנקרא רה-פרצלציה, חלוקה מחדש של חלקות המקרקעין. כך יכול לקרות מצב בו יש חלקות מאוד גדולות שרוצים להפוך למגורים ולכן ישרטטו את המפה מחדש כך שהגושים יכללו חלקות רבות וקטנות יותר, מאשר חלקה אחת גדולה שמתאימה לחקלאות.
   2. הטיעון המרכזי שנותן הסבר ללמה לא רוצים לתת לכל אדם לחלק את החלקה שלו באופן שהוא רוצה אלו הטיעונים שעומדים בבסיס החלוקה הבסיסית שעושות ועדות התכנון, שיקולים חברתיים ותכנוניים. ההנחה שלנו היא שהייתה מחשבה מאחורי הגדרת גודל החלקות באזור מסוים, ולכן לא רוצים לאפשר לאנשים פרטיים לעשות חלוקה שלא תיקח בחשבון את השיקולים האלו אלא תיקח בחשבון רק את השיקולים האינטרסנטיים של הבעלים.
   3. סוג שני של טיעונים הוא החשש מפני פיצול יתר. חשש זה עשוי לעלות במצב בו הרשויות יצטרכו את המקרקעין למטרות ציבוריות (הקמת מוסדות ציבור, סלילת כביש וכדו'). ישנו חשש שאם נדרש לקחת את המקרקעין מהבעלים לטובת מטרות שונות יהיה מאוד קשה לקחת את המקרקעין. ככל שיש יותר בעלים, ככל שיש יותר פיצול של בעלות במקרקעין, קשה יותר לאסוף את המקרקעין האלו חזרה. יהיה יותר קשה לאתר את הבעלים כדי לקחת מהם את המקרקעין. לצד זאת יש בעיות של עלויות עסקה, ככל שיש יותר אנשים לעשות מולם עסקה זה עולה יותר. סוג שלישי של בעיות הוא הפעולה המשותפת. יש פחד מסחטנות של פרטים ברגע שהרשות רוצה לקחת את המקרקעין. הפחד מפיצול יתר הוא למעשה החשש שביום בו נדרש לקחת את המקרקעין נבזבז יותר כסף וזמן ויהיה יותר קשה לאחד את המקרקעין מחדש. זו סיבה נוספת לצד הסיבה של התעלמות מצרכים חברתיים וציבוריים.
   4. ע"מ להמחיש את החשיבות של החלוקה הראשונית ניתן להסתכל על פירוק שיתוף. אם אדם צריך כסף, ויש לו מקרקעין, אבל הוא לא רוצה למכור את כל המקרקעין, הוא יכול במקום זאת להכניס שותף במקרקעין. קיים הבדל בין מכירת חצי מהמקרקעין לבין הכנסת שותף, כשמכניסים שותף החלקה נשארת במלואה, אין בה פיצול. אם מאפשרים למכור ואדם א' היה מוכר לאדם ב' חצי מהמקרקעין שלו מה שהיה קורה אילו זה היה מותר זה שכל אחד מהם היה בעלים בחצי מהמקרקעין. מקרקעין אלו היו מפוצלים. במצב בו אדם א' מכניס שותף החלקה נשארת באותו הגודל, ופשוט יש לה שני בעלים. החלוקה בין הבעלים לא משנה והיא נקבעת לפי מה שצוין בחוזה ביניהם. המשמעות של השותפות היא שכל גרגר וגרגר במקרקעין מחולק בין שני השותפים. זה לא שלפי השותפות החלק הצפוני הוא של א' והחלק הדרומי של ב'. הם יכולים להסכים על זה ביניהם, אך מבחינת הבעלות כל אחד מהבעלים מקבל בעלות על כל גרגר בשיעור הבעלות שלו. אם נרצה לפרק את השותפות הזו, דרך המלך היא לעשות הסכם בין השותפים. לפי ס' 38 לחוק המקרקעין פירוק שיתוף יהיה לפי הסכם. השאלה היא מה קורה אם בהסכם הזה הצדדים מנסים להתחכם. במקום לסכם שאחד יקבל כסף על החלק שלו, הם יקבעו כי עושים חלוקה בה כל אחד יקבל קרקע לפי שיעור הבעלות שלו. זה למעשה עוקף את האיסור על חלוקת קרקע ויוצר מנגנון לעקוף את ס' 13. החוק קובע שההסכמה לפרק את השותפות בצורה בה כל אחד מקבל חלקת מקרקעין נפרדת לבעלותו חייבת להיות מאושרת ע"י המפקח, שזה תואם את הוראות התכנון והבנייה. כך ניתן לשמור על קיום המטרות המוזכרות לעיל.
   5. מי שמאמין בשוק חופשי יכול לטעון שצריך לסמוך על השוק החופשי שיטפל בסוגיה. אם הכי יעיל שהקרקעות האלו יתפצלו אז אנשים יפצלו את זה ואם הכי יעיל שהמקרקעין יישארו כחלקות גדולות כך היה קורה. התשובה היא כפולה. מצד אחד ישנו טיעון שתמיד עולה בסוגיית השוק החופשי והוא כשלי שוק. תמיד יש כשלי שוק, ובעיית הסחטן היא דוגמה קלאסית לכך בכל הקשור לחלוקת מקרקעין. לכן, למרות שלכאורה השוק אמור להכתיב את היקפי החלוקה הנכונים, בגלל כשלי שוק כנראה לא היינו מגיעים לחלוקה האידיאלית. הטיעון השני הוא שאמנם השוק יכול להביא לתוצאה נכונה, אך מאחר שמדובר בחשש שלא נצליח לספק את צורכי הציבור יש כאן שנאת סיכון ציבורית. כשמדובר על רשויות ציבוריות שצריכות לקבל החלטות יש שנאת סיכון מאוד גדולה. ניתן לראות דוגמה לכך בכל ההתנהלות עם הקורונה, הרשויות מפחדות מהתרחיש הגרוע ביותר ולכן הולכים לפי התרחיש הקיצוני ביותר. מטילים סגר ומנסים בכל דרך למנוע התפשטות רחבה של הנגיף. לכן, בהקשר של שוק חופשי, מוכנים להניח שהוא מסוגל להוביל לחלוקה האידיאלית אך בשל חשש מעדיפים להטיל מגבלות.
2. **החריגים בחוק**
   1. יש חריגים שהחוק צופה מראש. הוא אומר שאי-אפשר לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין אבל במקרים מסוימים ניתן לעשות זאת.
   2. המצב הראשון והכי קלאסי הוא **בעלות נפרדת בדירות בבית משותף**. בנושא זה עוסק ס' 54 לחוק המקרקעין, המחריג דירה בבית משותף מהוראות ס' 13. בית משותף נמצא בחלקה אחת. אם יש עשרה בעלים בעשר דירות בבית משותף, לפי ס' 13 ניתן להגיד שכולם בעלים בכל הבית והם פשוט מסכימים על חלוקה של דירה לכל בעלים. אי-אפשר להיות בעלים בנפרד ולכן בכל מקרה של בית משותף יצטרכו לעשות שותפות. לטובת כך קיים ס' 54 שקובע שכל דירה היא מושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות. כל בעל דירה הוא בעלים בנפרד בדירה שלו. מכאן השאלה היא מה קורה מבחינה רישומית, מה מופיע בת"ז של החלקה. נניח אדם רוצה למכור את הדירה שלו, לפי ס' 54 הוא לא כפוף לבעלי הדירות האחרים. השאלה היא איך יהיה רשום ברישום המקרקעין שהרוכש קנה רק את אותה הדירה. אם יהיה רשום גוש X חלקה Y, האם הקונה יהיה בעלים של כל החלקה? הפתרון הוא שבבתים משותפים יש ת"ז יותר מדויקת המורכבת מגוש, חלקה ותת-חלקה. תת החלקה היא בד"כ מספר הדירה. אם אדם רוצה לקנות דירה בבניין הוא ילך ללשכת הרישום ויבדוק האם תת החלקה המופיעה בהסכם רשומה על שם המוכר. כדי לאפשר את הבעלות הנפרדת בדירות בבית משותף המחוקק קבע את ס' 54 שמאפשר לחרוג מהוראות ס' 13.
   3. החריג השני הוא חריג שמדבר על **זיקת הנאה**. זיקת הנאה היא כל דבר שאין עמו חזקה. הכוונה היא שאי-אפשר לבוא ולתפוס קרקע של מישהו אחר ואז לבוא ולטעון שיש זיקת הנאה. בד"כ מדובר בשימוש מסוים במקרקעין של מישהו אחר, כשניתן לרכוש במקרקעין האלו זכות קניינית (זיקת הנאה היא זכות קניינית, ניתן לרשום אותה בטאבו). ניתן להגיע לזיקת הנאה או באמצעות הסכם (בעל המקרקעין מסכים לשימוש שעושה אדם אחר במקרקעין שלו) או מכוח שנים (אם עושים שימוש של 30 שנים במקרקעין של מישהו אחר והוא לא מחה או הפסיק את השימוש המשתמש רוכש מכוח השימוש הממושך זיקת הנאה במקרקעין לגבי אותו השימוש. ניתן אחרי 30 שנים לרשום את זיקת ההנאה בטאבו ולגבש זכות קניינית של זיקת הנאה). לפי ס' 93(ג) אין הכרח שזיקת ההנאה תהיה לגבי כל החלקה, ניתן שהיא תהיה לגבי חלק מהמקרקעין. למשל, אם אדם עובר בשטח של מישהו אחר כדי להגיע למקום שנמצא בצד השני של השטח והוא עושה את זה במשך 30 שנים, ניתן ללכת ולרשום את זה כזיקת הנאה. זיקת הנאה שכזו נרכשת ביחס לחלק המסוים של המקרקעין בו נעשה שימוש. זה נכון גם לגבי זיקת הנאה בהסכם. אם יש זיקת הנאה שבעלים של קרקע מוכן לתת שימוש למישהו אחר כזיקת הנאה זה לא מחייב את הבעלים להסכים לשימוש בכל המקרקעין. ס' 93 מחריג זיקות הנאה ממה שקבוע בס' 13 לגבי עסקה בחלק מהמקרקעין ומאפשר לעשות עסקה של זיקת הנאה גם בחלק מהמקרקעין.
   4. הפקעה – **פס"ד אקונס** (מנהרות הכרמל). החשש היה שאם המדינה תפקיע את הבעלות בקרקע ברובד התת-קרקעי היא תהיה חייבת להפקיע גם את הקרקע מעל פני הקרקע. תהיה לזה משמעות מבחינת פיצויים לנפגעים. ככל שמפקיעים רק את התת-קרקע אין פגיעה בבעלים, יש מספיק מרחב ליסודות. המדינה מנסה לחמוק מתשלום פיצוי על הרובד של פני הקרקע ומה שהיא עושה זה להפקיע את זכויות החזקה והשימוש ברובד התת-קרקע. אם היא תפקיע את כל זכות הבעלות היא למעשה מפקיעה חלק מחלקת מקרקעין, מה שלא אפשרי לאור ס' 13 (היא תהיה חייבת להפקיע הכל ולשלם פיצוי מלא). המדינה הוציאה צו הפקעה של זכויות השימוש ברובד התת-קרקעי. ביהמ"ש מבקר זאת וקובע שלבנות את מנהרות הכרמל זו לא הפקעה של זכויות חזקה ושימוש, מדובר בהפקעה של בעלות ברובד התת-קרקעי מהטעם שאין שום כוונה להחזיר את זה בשלב כלשהו לחזקת הבעלים של הקרקע. ביהמ"ש קובע שהופקעה הבעלות. לצד זאת קובע ביהמ"ש שבהפקעה אין מחויבות להוראת ס' 13. הסיבה שאין מחויבות היא שלא מדובר בעסקת מקרקעין. ס' 6 לחוק המקרקעין מגדיר עסקה במקרקעין וקובע שמדובר בפעולה של מוכר מרצון. לכן ביהמ"ש קובע שהכי נכון היה מבחינה משפטית להגיד שמפקיעים זכות בעלות של התת-קרקע אבל זה לא חוסה תחת ס' 13 מאחר שלא מדובר בעסקה במקרקעין. לכן אין שום צורך לעשות עסקה בכל המקרקעין או להפקיע את כל המקרקעין. ניתן לבקר ולטעון שלא ברור מה הייתה הגישה של המדינה באותה הסוגייה מאחר שמאז קום המדינה תמיד עשו הפקעות בחלק ממקרקעין. ביהמ"ש בפס"ד אקונס למעשה קובע שהפקעה לא חוסה תחת ס' 13 ולכן היא לא מחויבת לחול על כל המקרקעין כולם.
   5. שכירות – ס' 78 לחוק המקרקעין קובע שעל אף האמור בס' 13, ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין. אם למשל יש דירה ורוצים להשכיר חדר בדירה למישהו אחר, בניגוד למצב בו רוצים למכור חדר (מה שלא אפשרי), להשכיר חדר אפשר. **פס"ד לוסטיג** (הפרטים מסובכים), ביהמ"ש דן בשאלה של חכירה לדורות לתקופה מאוד ארוכה. השאלה המשפטית היא האם חכירה לדורות נחשבת כשכירות לצורך ס' 78 או שבגלל שמדובר בחכירה לדורות לתקופה ארוכה אז רואים בזה סוג של בעלות. במקרה זה מדובר על גורם אחד שהחכיר חלק מהנכס שלו ל-999 שנים. כשמשכירים למישהו נכס ל-999 שנים למעשה מאבדים את היכולת לשלוט ולנהל את החלק הזה במקרקעין. השאלה היא האם חכירה לדורות משמעותית, בה הבעלים מאבד לחלוטין את השליטה והניהול שלו במקרקעין ומאבד את היכולת להשתמש במקרקעין, האם זה לא הופך להיות בעלות של השוכר. לחילופין האם רואים במקרה כזה שכירות ואז מצב זה פטור מתוקף ס' 78. ביהמ"ש מתחיל להסביר שחכירה לדורות זה כמעט כמו בעלות. לכאורה יש בזה התנגשות עם הרציונלים של ס' 13. לפני ההכרעה, שלכאורה נראית מאוד ברורה, ביהמ"ש מסתובב וקובע שלמרות כל מה שנאמר חכירה לדורות זה עדיין שכירות, ולכן אפשר להחכיר לדורות חלק מהמקרקעין ואין שום בעיה משפטית עם ס' 13. לכן גם חכירה לדורות ארוכת טווח עדיין נחשבת שכירות לעניין ס' 78. לכן, למרות שאי-אפשר למכור חלק מהנכס, ניתן להחכיר למישהו חכירה לדורות (שמבחינת השוכר זה ממש בעלות) ולפצל את המקרקעין במישור הזה. כך מפצלים דה-פקטו את המקרקעין. יש פה עקיפה בעייתית של ס' 13 אבל ביהמ"ש אישר את זה. לא קם מאז תיקון לסיפור הזה, לכן היום זו ההלכה.
   6. ירושה – זה חריג שלא לגמרי מיושם היום. ס' 6 לחוק המקרקעין אומר שעסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה. בעצם, בתיאוריה של ס' 6, עסקה במקרקעין היא כל דבר שהמקנה קובע, למעט הורשה לפי צוואה. אם זה לא נחשב עסקה במקרקעין זה לא חוסה תחת ס' 13. לכן יכול להיות מצב בו לאדם יש דירת מגורים והוא לא רוצה להוריש את הדירה לשני הבנים שיהיו בעלים במשותף אלא 50% צפוניים לבן ו-50% דרומיים לבת. מה שקרה זה שהתקנות של ירושה מגבילות את היכולת לעשות זאת ומחזירות את ירושה לחסות תחת ס' 13. לא רוצים לאפשר לאדם לחלק מקרקעין אחרי מותו ולכן מגבילים את הדבר הזה. תיאורטית יש פה חריג אבל מעשית לא מאפשרים לפצל.

## **עומק וגובה**

1. ס' 11 קובע שהבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות וכו', והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום. כאשר יש מחצבים למשל מוציאים את זה מבעלות פרטית ומעבירים את זה לבעלות ציבורית. החלק הראשון של הסעיף אומר שכל מה שנמצא מתחת לקרקע גם שייך לבעלים (למעט מים, מכרות ומחצבים). גם כל מה שנמצא מעל הקרקע שייך לבעלים, כל עוד לא מונעים מעבר מעל הקרקע. ס' 11 למעשה אומר שכשאדם קונה חלקת קרקע לא רק פני הקרקע בבעלותו אלא גם התת-קרקע ומה שמעל הקרקע. מכך ניתן להבין את החשש שעלה בפס"ד אקונס. המדינה פחדה שכשהיא מפקיעה את התת-קרקע היא מפקיעה גם את פני הקרקע. כל הסיפור של ס' 11 היה מאוד ברור עד לשנה האחרונה. בשנה האחרונה תוקן החוק ונכנסה בפועל האפשרות לפצל את רבדי הקרקע השונים לבעלויות נפרדות. לפני התיקון, אם היינו מפקיעים את תת הקרקע אי-אפשר היה לרשום בעלות בתת הקרקע (כל המערכות דיברו על פני הקרקע, היה ברור שמה שמתחת ומעל זה אותה הבעלות) לכן היו רושמים הערה של הפקעה של תת הקרקע. תיקון חוק המקרקעין בא להתמודד עם זה. התיקון הוא תולדה של פס"ד אקונס. זה היה כרוך בטור של יכולות טכנולוגיות וגם בהבנה של המדינה שהסיפור הזה של הפקעות בתת-קרקע עומד להיות מאוד משמעותי (רכבת קלה באזור המרכז, הכוונה להשתמש בתת-קרקע לצרכים מסחריים וכדו'). כתוצאה מההבנה הזו שצריך למצוא פתרון רישומי וקנייני של התת-קרקע תוקנה החקיקה. בס' 14 מוגדרת חלקה תלת-מימדית. זו יחידה נפחית שגבולותיה רשומים באופן תלת-ממדי, המצויה בעומק שמתחת לקרקע או בחלל הרום שמעליה, במקרקעין רשומים. ס' 14ב קובע שעל אף הוראות ס' 11, הבעלות בחלקה תלת-ממדית מוגבלת לגבולותיה הרשומים, ואינה מתפשטת מעבר לכך. ס' 14ד קובע כי מבלי לגרוע מהוראות ס' 13 סיפא, חלקה תלת-ממדית תהווה נושא נפרד לבעלות, לזכויות במקרקעין ולעסקאות. למעשה אימצו את ההסדר הקיים בבעלות בדירות בית משותף. מאפשרים בעלות נפרדת ברבדי הקרקע השונים. ס' 14ה מסביר שהשינוי הזה לא יפגע ברציונאלים של ס' 13, לפחות לא בשלב הראשון. הוא קובע כי לא תירשם בפנקסי המקרקעין חלוקת קרקע הכוללת חלוקה תלת-ממדית ולא יינתן פסק דין לחלוקת קרקע כאמור בין בעליה המשותפים, אלא אם זה אושר לפי תכנית חוק התכנון והבנייה או במצב של הפקעה. למעשה מכפיפים את האפשרות לקבוע את הפיצול הרובדי בקרקע לחוק התכנון והבנייה (לכן אין חשש שזה יעשה בצורה פרטית) או בהפקעה (עליה לא חלים הרציונלים של ס' 13 מאחר שכאמור זו לא עסקה). החשש הגדול בסיפור הזה הוא שעם הזמן, ועם התפתחות היכולות לפצל חלקות בחתך רובדי, מה שיקרה זה שגם בעלים פרטיים יכנסו לסיפור הזה. כרגע זה לא מאיים על ס' 13. התיקון הזה התאפשר בגלל שהכניסו טכנולוגיה לטאבו שמאפשרת רישום בחלקות תלת-ממד.
2. **אוצרות טבע ועתיקות** – כאמור, בעלות בקרקע היא גם בתת הקרקע ובעל הקרקע, למעט מחצבים ומים וכו'. לגבי אלו המחוקק קבע שורה של חוקים ביחס לכל אחד מהמחצבים האלו, והוא קובע מוסד קנייני ביחס לכל אחד מהם. הרציונל הוא שמשאבים אלו הם בבעלות הציבור. **פס"ד סמדן** מתעסק בקידוחי נפט. יש חוקים שמעודדים אנשים לחפש נפט, ע"מ שאנשים יהיו מוכנים לקחת את הסיכון. בחוק הנפט כתוב (ס' 53) שגורם שקיבל רישיון להפיק נפט רשאי להוביל את הנפט בצינורות למקומות שונים. משמע מי שמקבל זיכיון ורישיון להפיק את הנפט מקבל רישיון להוביל את הנפט. הממונה בסמדן סירב לבקשה של החברות שקדחו את הנפט לרישיון הובלה. הממונה הסכים לרישיון ההפקה אבל סירב לרישיון ההובלה. ההיגיון של הממונה הוא מניעת מונופול ומצב בו הציבור כלוא בידיו של אותו הגורם. מחלוקת זו הגיעה לביהמ"ש, מאחר שהחברות טענו שהחלטת הממונה סותרת את החוק. חשין פסק במקרה זה, ומהיכרות אתו ניתן להניח כי הקביעה שלו תהיה שברגע שיש זכאות קניינית, אין למדינה את הזכות לפגוע במה שהוקנה (עמדה ליברטריאנית). עם זאת, חשין בפס"ד אומר שכל המטרה של חוק הנפט זה לעודד חיפושי נפט מצד אחד ולעודד תחרות מהצד השני. הוא מנתח את כל הסעיפים הרלוונטיים של חוק הנפט ומסביר את ערכי התחרות והרווחה המצרפית העולים מהחוק. אם זו המטרה שעל פיה מרכיבים את המוסד הקנייני של חיפושי והפקת נפט, אי-אפשר לבוא ולהגיד שהממונה חייב לתת את הזכות להובלה. בכך יעקרו את המשמעות מהמוסד הקנייני הזה. במקום להשתמש במוסד הקנייני שאמור לקדם תחרות מעקרים את המטרה ונותנים לחברה אחת מונופול. מבחינת חשין זו נסיגה מאוד גדולה מהתפיסה שלו של קניין. עד עכשיו היה ברור שאם למישהו יש זכות קניינית, המדינה צריכה סיבה מאוד טובה להתערב בזה. פה חשין אומר שזו לא פגיעה בזכות קניינית, הוא מנתח את המוסד הקנייני הזה מבחינה ערכית. מתברר שעבור חשין חירות הבעלים היא לא הערך היחיד שלוקחים בחשבון, אלא שיש עוד ערכים הנלקחים בחשבון (תחרות, רווחה מצרפית וכו'). ניתן לשאול האם חשין אקטיביסט במקרה זה או שהוא שמרן.

## **המחובר לקרקע**

1. ס' 12 קובע שהבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר. אם קונים חלקת אדמה עליה בנוי בית, העסקה שעושים כוללת אוטומטית את הבית. זה ברור שזה כולל גם את הבית. יש דברים שלא ברור שזה כולל. למשל, מכונית החונה בחניה. לדוגמה, אם אדם שוכר דירה מבעלי הדירה והוא מתקין מזגן. השוכר קונה מזגן שניתן להוריד אותו אחרי תקופת השכירות. תוך כדי תקופת השכירות הבעלים מחליט שהוא רוצה למכור את הדירה למישהו אחר. כשמשכיר מוכר את הדירה תוך כדי השכירות זה לא משפיע על שוכר, הוא ימשיך לגור עד תום תקופת השכירות. בתום תקופת השכירות הבעלים החדש מגיע לדירה ורואה את השוכר מוריד את המזגן. הבעלים שואל מדוע הוא מוריד את המזגן, הוא חלק מהדירה. השאלה המשפטית שתהיה היא האם המזגן הזה הוא של השוכר או שהוא של הבעלים החדש כחלק מהדירה. במקרה זה צריך לדון האם מדובר במשהו שניתן להפרדה, ואז הוא מיטלטלין והוא לא חלק מהקרקע, או שהוא מחובר חיבור של קבע ואז הוא חלק מהמקרקעין. הסיפור של מזגן הוא יחסית זול, אבל חשוב לזכור שההחלטה האם משהו מחובר היא החלטה שיש לה השלכות קריטיות לגבי גורמים שנמצאים בסכסוך הזה. למשל, אדם שיש לו חברה והוא זקוק למכונה גדולה כדי להתחרות בשוק. הקרקע של המפעל שלו ממושכנת לבנק דיסקונט. הוא חייב את המכונה הזו לכן הוא לוקח הלוואה מבנק לאומי לצורך רכישת המכונה. אחרי חצי שנה הוא פושט את הרגל. עולה השאלה מי מהשניים מקבל את המכונה במצב של חדלות פירעון. שאלה זו תלויה בהחלטה האם המכונה הזו נחשבת כמחובר לקרקע או שהיא שומרת על האופי שלה כמיטלטלין. כשחברה נכנסת לחדלות פירעון, בד"כ יש פחות מדי כסף לפרוע את כל החובות. במצב כזה חוק החברות קובע סדר פירעון של החובות. הראשון בתור באופן עקרוני הוא מי שיש לו שסל"ן (שעבוד ספציפי לרכישת נכס). כשבנק לאומי נותן הלוואה לרכישה של נכס מסוים, הוא מבקש שירשם לטובתו שעבוד על המכונה הזו. לצורך העניין, הוא הופך להיות ראשון בתור ביחס למכונה. במקרה שלנו יש מישהו שאמור להיות ראשון בתור של הפירעון. השאלה היא מה קורה אם הקרקע משועבדת במשכנתא לבנק דיסקונט. אם נתייחס למכונה הזו, שהיא מכונה מאוד גדולה, בתור מקרקעין, מי שיקבל את הנכס יהיה דיסקונט. המכונה הזו מאבדת את הכותרת של מיטלטלין והופכת להיות חלק ממש מהקרקע לפי ס' 12. מה שחשוב להפנים לגבי מחוברים זה שהסעיף עצמו מדבר בצורה מאוד כללית. יש בו כפילויות וחזרה. מה שבתי המשפט מסיקים מהכפילות הזו זה מה שהכי חשוב לקחת מהסיפור של מחוברים. הנושא של מחוברים הוא פחות עניין פיזיולוגי והוא יותר עניין של הכרעה משפטית. ההכרעה שלנו בסופו של יום אם לראות נכס מסוים שנמצא על המקרקעין כמיטלטלין (ואז אין קשר בינו לבין הבעלות על המקרקעין) או כחלק מהמקרקעין היא לא הכרעה שבודקים פיזית האם אפשר להפריד או לא. כל דבר ניתן להפרדה כיום. למעשה, המבחנים שאנחנו נעשה כדי לקבוע האם מדובר בנכס ששומר על המאפיינים של המיטלטלין שלו או שמדובר בנכס שהופך להיות חלק מהקרקע קשורים לשאלות מדיניות משפטיות.
2. **מבחנים לקביעת מחוברים**
   1. מבחנים אלו הועלו ע"י ויסמן הדוגל בתפיסה ריאליסטית. הקביעה האם מדובר במחוברים היא קביעה ריאליסטית. אנחנו מאזנים בין שיקולים שונים ולפי האיזון בין השיקולים מכריעים האם מדובר במחוברים. ויסמן הציע שלושה מבחנים (מצטברים) שאומצו ע"י הפסיקה. **בשאלה בבחינה על מחוברים צריך לבדוק את שלושת המבחנים ואז לעבור למבחני המדיניות**.
   2. מבחן החיבור הפיזי – לא מבחן של חיבור של קבע שלא ניתן להפרדה. ע"מ לצלוח את מבחן הסף של החיבור הפיזי צריך חיבור כלשהו של הנכס למקרקעין. מכונית שעומדת בחניה לא צולחת את המבחן של החיבור הפיזי. מזגן שמחובר עם ברגים לקיר צולח את מבחן החיבור הפיזי. זה כן מבחן פיזיולוגי אבל הוא מינימליסטי. הוא מצריך חיבור למקרקעין באיזשהו אופן.
   3. מבחן סוג הנכס – ע"מ לקבוע האם נכס מסוים מחובר חיבור של קבע למקרקעין צריך לבחון את סוג הנכס. יש נכסים שמסוגם מחוברים חיבור של קבע ויש נכסים שמסוגם הם ניידים. מכוניות, באופן עקרוני הם נכסים ניידים. ברזים או אסלות הם מטיבם נכסים נייחים, כאלו שמחוברים לקרקע. מבחן סוג הנכס הוא מבחן שמנסה להתגבר על מצבים בהם לא יודעים לגבי צורת החיבור של הנכס המסוים הזה. לא יודעים להכריע לגבי מזגן מסוים אבל מזגנים בד"כ מחוברים לקרקע, לכן ניתן להכריע כי מדובר במשהו מחובר. המבחן הזה הרבה פעמים לא יהיה מבחן חד-משמעי. ניתן להגיע למצב ששני צדדים טוענים טענות נכונות לגבי סוג הנכס המסוים הזה ולכן נצטרך לעבור למבחנים ולשיקולים אחרים. זה לא אומר שלא צריך לבדוק את המבחן הזה, תמיד צריך לטעון טענות לשני הצדדים.
   4. מבחן הכוונה – פה ויסמן מבחין בין כוונה אובייקטיבית לסובייקטיבית. מצד אחד כשמנסים לראות האם מדובר בנכס מיטלטלין או מקרקעין נכון לבדוק למה התכוונו הצדדים כשחיברו את הנכס למקרקעין. ניתן לחזור לדוגמה של השוכר והמזגן. ניתן לתאר מצב בו הצדדים הסכימו שהשוכר יחבר את המזגן ולאחר מכן ייקח אותו. לעומת זאת, בצדדים שלאו דווקא מכירים זה את זה, לא ברור מה הכוונה. לכן לפי ויסמן כאשר מדובר בצדדים קרובים יש לבחון כוונה סובייקטיבית וכשמדובר בצדדים מרוחקים יש לבחון כוונה אובייקטיבית (מה צדדים סבירים היו מתכוונים). מבחן הכוונה למעשה מפוצל לשניים; צריך לאתר האם מדובר בצדדים קרובים או רחוקים זה מזה ולאחר מכן לבדוק את הכוונה המתאימה (סובייקטיבית בקרובים, למשל בחינת תנאי החוזה, ואובייקטיבית במרוחקים, ע"י בחינת הצדדים הסבירים באותו סוג עסקה).
3. **מבחני הפסיקה לקביעת מחוברים**
   1. המבחן המשמעותי ביותר של הפסיקה הוא מבחן מונע הנזק הזול. מונע הנזק הזול הוא שיקול בעיקר בנזיקין, לפיו מטילים את האחריות למעשה לא על מי ש"אשם" במובן המוסרי אלא על אותו אחד שיכול היה למנוע את המעשה בצורה הזולה ביותר ולא עשה זאת. ניתן להתייחס לזה כשיקול מוסרי, מאחר שמבחינה תועלתנית אפשר להגיד שמי שלא מנע נזק כשהוא מונע הנזק הזול הוא אינו מוסרי. מונע הנזק הזול הוא שיקול משמעותי בדיני התחרות. בהקשר של מחוברים ביהמ"ש יבחן מי היה מונע הנזק הזול כאשר הנזק הוא המצב המשפטי בו הצדדים לא יודעים למי שייך המחובר. מניעת הנזק היא למשל עריכת חוזה ברור בנושא.
   2. שיקולים רלוונטיים נוספים הם וודאות השוק; עידוד פעילות כלכלית; שיקולי יעילות מצרפית; שיקולי חלוקה (?). שיקולים אלו, בעיקר כשמדובר בהלוואות של בנקים או גורמי אשראי, אומרים שחייבים לקחת בחשבון את ההשפעה של ההכרעה המשפטית על הנכונות של בנקים לתת הלוואות (או הנכונות של חברות לקנות מגרשים וכדו').

## **מהות הזכות ומגבלותיה**

1. ס' 14 מדבר על מגבלות שיש לבעל מקרקעין ביחס לאחרים. הוא קובע "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר". ניתן לבחון שני פסקי דין הקשורים לנושא, בהם הגיעו לתוצאות הפוכות.
2. **שלב נ' הררי מואב**
   1. עובדות המקרה – מפצלים חלקה לשלוש חלקות נפרדות, שכל אחת מהן נמצאת בבעלות של מישהו אחר. בחלקה ג' יש מחצבה של חול. כשפיצלו את החלקות האלו לחלקות נפרדות, לא רשמו ביחס לאף אחת מהן זכות מעבר. משמע, הבעלים של חלקה ג' לא זכאי לעבור באף אחת מהחלקות. שלב היא חברה שהחכירה מהמנהל את חלקה ג'. כאשר יש מחצבה צריך להעביר את הסחורה ללקוחות. שלב החליטו שלמרות שאין להם זכות מעבר בחלקה ב' (ששייכת להררי מואב) הם מעבירים את המשאיות שלהם בחלקה ב' כדי להוציא את החול מהמחצבה. הררי מואב סילקו את שלב מהחלקה שלהם ולא אפשרו להם לעבור בחלקה. שלב טענו בביהמ"ש שהעובדה שהררי מואב הם הבעלים של חלקה ב' לא מצדיקה לגרום אי-נוחות לשלב. לצורך העניין, אין שום סיבה ששלב ישלמו יותר על המעבר הזה, והניסיון של הררי מואב למנוע את המעבר הוא חריגה מס' 14.
   2. ביהמ"ש קובע כי אין במקרה זה חריגה ממימוש זכות קניינית בסיסית של הררי מואב. זכותם למנוע השגת גבול במקרקעין שלהם. זו לא הייתה כוונת המחוקק בס' 14, הוא לא התכוון לאפשר השגת גבול וביטול ערך כלכלי של זכות הקניין של מישהו אחר. במקרה זה ניתן לעבור מכיוון אחר או להגיע להסכם בין הצדדים שמאפשר לשלב מעבר בחלקה ב'. ביהמ"ש למעשה אומר שס' 14 לא חל על כל עסקה שוקית. זה לא מאפשר לאנשים להשיג גבול ולהתחמק מעסקה כדי לחסוך עלויות.
3. **רדומילסקי נ' פרידמן**
   1. עובדות המקרה – שושנה רדומילסקי קנתה מבנה עם מספר דירות, כאשר באחת הדירות מתגורר אדון פרידמן. פרידמן הוא דייר מוגן בדירה בה הוא גר. דייר מוגן הוא שוכר בתנאים מאוד נוחים (דמי שכירות שקשה לשנות), שמאוד קשה לפנות אותו מהדירה (חייבים למצוא עילת פינוי בחוק ע"מ לפנות). כמו כן, ישנו הסדר של הורשת דיירות מוגנת. הדייר המוגן חי בדירה עד מותו אלא אם כן מתקיימים תנאים מאוד מסוימים בחוק. לצד זאת, החוק קובע שאם עד חצי שנה לפני מותו של הדייר המוגן מגיע בן משפחה וחי אתו בבית, בן המשפחה יכול להמשיך ולגור בנכס כדייר מוגן בעצמו. המקרה של שושנה רדומילסקי הוא ניסיון של בעלת המבנה לנסות להילחם במה שהיא תפסה כניסיון ירושה של הדירה ע"י פרידמן. כאמור, באחת הדירות במבנה שרדומילסקי קנתה גר פרידמן בדיירות מוגנת. יום אחד רדומילסקי מגלה שבתו של פרידמן גרה אתו בדירה. רדומילסקי מבינה מה הבת מנסה לעשות והיא חושבת איך היא יכולה להילחם בזה. היא מוצאת את הדרך באמצעות זה שהבת של אותו פרידמן רצתה לראות טלוויזיה. בשביל לראות טלוויזיה צריך להתחבר לאנטנה. הבת חיברה את הטלוויזיה לאנטנה באמצעות חוט שעבר מעל החצר של המבנה. רדומילסקי הגישה תביעה להוציא את החוט של האנטנה כיוון שמדובר בפגיעה בזכות הקניין שלה. הסיבה שזו פגיעה בזכות הקניין של רדומילסקי היא שהחוט עובר במקרקעין שנחשב שלה (מה שנמצא מעל הקרקע, ס' 11).
   2. ביהמ"ש מפעיל בפעם הראשונה את ס' 14. הוא קובע כי מדובר פה למעשה בדבר שגורם נזק ואי-נוחות לאחר. העובדה שרדומילסקי היא הבעלים של הקרקע לא מקנה לה את הזכות לפגוע באחר. עולה השאלה מה השוני בין הסיפור הזה לסיפור של הררי מואב. אם אמרנו בהררי מואב שיש סיפור כלכלי שניתן לפתור בעסקה, ולכן אין סיבה להחיל את ס' 14, מדוע פה זה לא המצב. נכון שלכאורה ההעברה של החוט היא פוגעת פחות בערך הכלכלי, אבל ניתן להסתכל גם על ההישארות של הבת בדירה כנזק הכלכלי, מה שמגיע לכדי נזק כלכלי רציני (דיירות מוגנת שנמשכת בירושה). ברור לכולם ששושנה רדומילסקי מנסה להפסיק את הדיירות המוגנת, ושהחוט הוא לא באמת מה שמעניין אותה. זו הסיבה שביהמ"ש מסרב לה, אי-אפשר לקטוע דיירות מוגנת באמצעות עמידה דווקנית על זכות. ביהמ"ש מטיל את האחריות על רדומילסקי בגלל שהיא מנסה לעקוף את חוק הגנת הדייר ואת ההסדרים שקבועים בו.
4. ס' 14 די ירד מהכותרות למשך כמה עשרות שנים. הוא חזר לפעילות בתחום של התחדשות עירונית כשמדובר על דייר סרבן. רוב המקרים שמגיעים לבתי משפט לא מופיע בהם דייר, אלא מופיעה בהם דיירת מבוגרת שמסרבת להצטרף לפרויקט. העובדה שהפעמים היחידות בהן החילו את ס' 14 הן במקרה של רדומילסקי ושל דיירות סרבניות מראה אולי שביהמ"ש נכון להפעיל את הסעיף בעיקר במקרים של מישהי שמקטרת ולא במקרים של חברה שמנסה להפיק רווח כלכלי (דוגמת הררי מואב). המקרה הנוסף בו ביהמ"ש החיל את הסעיף הוא בפס"ד שוורצברגר (2014), שנסוב על גברת מבוגרת שסירבה להתחדשות העירונית.
5. **רוקר נ' סלומון**
   1. עובדות המקרה – מדובר על מצב בו שכנים בבית משותף ביקשו היתר בנייה לסגור את קומת העמודים ולבנות בה מחסן. הם קיבלו היתר בנייה מרשויות התכנון אבל לא קיבלו את ההסכמה של בעלי הדירות האחרות לבנייה עצמה. יש הפרדה מאוד ברורה בין ההיתר לבנייה לבין הזכות הקניינית לבנות בפועל. נניח יש תכנית שמאפשרת למי שנמצא בדירות העליונות לבנות על הגג ומי שנמצא בקומות התחתונות לבנות מרתף. ניתן לקבל היתר לבנות על הגג אבל עדיין נדרשת ההסכמה של יתר בעלי הדירות. ברוקר נ' סולומון, רוקר קיבלו את היתר הבנייה לבנות את קומת העמודים ולפני שקיבלו הסכמה של יתר בעלי הדירות הם כבר בנו. באו יתר הדיירים וביקשו מהם להרוס את המבנה. רוקר באו ודרשו לא להרוס את המבנה, אמנם הם לא קיבלו הסכמה אבל התעקשות להרוס את המבנה היא בדיוק המקרה של ס' 14. נכון שהיו צריכים לשאול אבל העמידה הדווקנית של יתר הדיירים על הריסת המבנה נכנסת תחת ס' 14, ולכן אסור להם לגרום לרוקר נזק. ביהמ"ש נחלק לשלוש כיתות שונות.
   2. אנגלרד – היחיד שחושב שלא צריך להרוס את המבנה. הוא חושב שבמצב הנוכחי, בו יש מבנה בנוי שכבר השקיעו בו את הסכום, הדרך הנכונה לקבוע האם להרוס את המבנה או לא היא באמצעות **מאזן הנזקים**. בודקים מי יישא בנזק הגדול יותר כאשר יכריעו לכאן או לכאן. במקרה זה ברור שרוקר יישאו בנזק גדול יותר אם יכריעו להרוס את המחסן. לשאר הדיירים לא נגרם נזק כלכלי. נכון שצריך לקבל הסכמה של הדיירים, אבל יש היתר.
   3. טירקל, חשין, לוין – קבוצה זו טוענת שיש להרוס את המבנה. מציגים תפיסה ליברטריאנית של זכות הקניין ואומרים שס' 14 הוא סעיף שצריך לחנוק אותו. היה עדיף שס' 14 לא היה בספר החוקים, ומהרגע שהוא בספר החוקים צריך לפרש אותו בצמצום. רק במקרים קיצוניים מחילים את הסעיף, וזה אינו מקרה קיצוני. היו צריכים לבקש אישור ולא עשו זאת, לכן יש להרוס את המבנה.
   4. ברק, שטרסברג-כהן, מצא – ברק במקרה זה קובע שס' 14 הוא חובת תו"ל. זה לא מפתיע מאחר שמדובר בברק. ע"מ להבין מתי להחיל את ס' 14, יש לעבור שני שלבים: 1. להסתכל על המוסד הקנייני שביחסו עולה השאלה הזו (מהו המשאב הנדון); 2. להבין מהי מערכת היחסים שבתוכה המוסד הקנייני נטוע. אין קביעה אחידה לפיה ניתן להכריע מתי ס' 14 חל או לא. יש לבחון כל מקרה ולשאול לגביו את השאלות הללו ע"מ להבין האם מחילים את הסעיף. ככל שהמוסד הקנייני הוא פרטי יותר, נפרש בצמצום את ס' 14. לעומת זאת, ככל שהמוסד הקנייני הוא בעל משמעות יותר סוציאלית (המוסד הקנייני מערב בתוכו מערכות יחסים יותר מאוזנות בין בעלים מסוימים לבעלים אחרים) נפרש בצורה רחבה יותר את ס' 14 וניטה יותר להחיל אותו. אם מנסים להסביר את ההבדל בין הררי מואב לבין רדומילסקי, בהררי מואב מדובר בבעלות פרטית ולכן מפרשים את ס' 14 בצמצום. לעומת זאת ברדומילסקי, המוסד הקנייני שמדובר עליו הוא דיירות מוגנת. בדיירות מוגנת יש חובה מאוד גדולה של הבעלים כלפי הדייר המוגן. מה שביהמ"ש אמר ברדומילסקי הוא שהיא לא יכולה להיאחז בעובדה שהיא הבעלים כדי לגרום אי-נוחות לדייר, מאחר שכבר לקחו את זה בחשבון והכפיפו אותה כבעלים לזכות של הדייר המוגן. על רקע זה קבוצה זו קובעת שיש להרוס את המבנה. נקבע מראש שצריך לקבל את ההסכמה של יתר הדיירים (משמע היחסים בין הדיירים מוסדרים), וחריגה מזה לא צריכה להיות בגדר ס' 14 (ולכן אי-אפשר להישען עליו ע"מ להצדיק את השארת המבנה).

# **זיקת הנאה**

## **הקדמה**

1. זיקת הנאה זו זכות קניינית שהוגדרה לפי החוק. זה מטופל בס' 5 וס' 92-98 לחוק המקרקעין.
2. **אפיון הזכות**
   1. ס' 5 לחוק המקרקעין מגדיר "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם". ההגדרה בנויה משני נדבכים.
   2. יסוד חיובי – הנדבך הראשון הוא חיובי, לפיו בעל המקרקעין חייב לתת לזכאי להנות מהקרקע שלו.
   3. יסוד שלילי – העדר זכות חזקה והעדר זכות שימוש ייחודית. אם יש למישהו חזקה בנכס או אם רק הוא יכול להשתמש באותו הנכס אז זו לא זיקת הנאה. זיקת הנאה היא דבר מסוים שבעל מקרקעין יכול לתת לאנשים. למשל, אם למישהו יש חניון מסוים הוא יכול לתת לאדם אחר זיקת הנאה לחנות, אבל לא לחניה ספציפית. אם הוא ייתן למישהו לחנות בחניה ספציפית זה כבר יותר כמו שכירות.
3. זיקת הנאה היא חריג לס' 13 לחוק המקרקעין (כלל האחדות). ס' 93(ג) לחוק קובע "על אף האמור בס' 13, יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין".
4. מוצע לרשום זיקת הנאה אצל רשם המקרקעין. זאת ע"מ שהיא תהיה רלוונטית גם כלפי צדדים שלישיים, למשל במקרה בו צד שלישי יקנה את המקרקעין מבעל המקרקעין הכפופים.

## **היווצרות זיקת הנאה**

1. **הסכם** – צדדים יכולים לחתום על הסכם ולקבוע שיש לצד אחד זיקת הנאה במקרקעין של הצד השני.
2. **מכוח הדין** – צוואה, פס"ד, מעשה מנהלי (פס"ד קיבוץ החותרים).
3. **מחמת כורח** – כורח פיזי המחייב את הענקת זיקת ההנאה כדי לאפשר לאחר לממש את זכותו. למשל גישה למקרקעין אחד רק דרך מקרקעין אחר.
4. **מכוח שנים** – לפי ס' 94 לחוק המקרקעין (זיקת הנאה מכוח התיישנות). אם אדם השתמש בזיקת הנאה מסוימת לאורך שנים ולא הייתה התנגדות לכך, הוא יכול עפ"י חוק להמשיך להשתמש באותה זיקת הנאה.

## **זכאים לזיקת הנאה (ס' 92)**

1. **לטובת אדם** – ניתן לתת לאדם מסוים זיקת הנאה.
2. **לטובת סוג בני אדם** – למשל דיירי בית משותף. נניח יש בניין פנימי ובניין חיצוני, בעלי הבניין החיצוני יכולים לתת לדיירי הבניין הפנימי כסוג בני אדם זיקת הנאה לעבור בחלקה.
3. **לטובת הציבור** – למשל אם המקרקעין גובלים בבי"ס או בי"ח. לא הגיוני שכולם יעשו עיקוף כדי להגיע לכן נותנים זיקת הנאה לציבור לעבור בשטח.
4. **לטובת מקרקעין** – למשל כשיש בעיית נגישת ניתן לקבוע זיקת הנאה לטובת המקרקעין עצמם. ניתן לקבוע שמקרקעין מסוימים מעניקים זיקת הנאה למקרקעין אחרים, ללא קשר לבעלים שלהם.
5. בכל מקרה יש זכאי וחייב. המקרקעין הזכאים הם אלו להם יש זיקת הנאה והמקרקעין הכפופים הם אלו שנותנים זיקת הנאה.

## **תוכן הזיקה (ס' 93)**

1. זכאות לשימוש מסוים של **בעל המקרקעין הזכאים** או **לזכאי**. שימוש מסוים משמע שימוש מוגבל, לצורך שימוש מסוים.
2. הימנעות מביצוע פעולות מסוימות של **בעל המקרקעין הכפופים**. למשל אם במקרקעין של צד א' יש צינור נפט, הוא יכול לבקש מבעל מקרקעין ב' לא לשתול עצים באופן שיפגע בצינור.
3. חובה לביצוע פעולות מסוימות של בעל המקרקעין הכפופים או שלא יגביל פעולה במקרקעין הזכאים. למשל לא להקים שער שמגביל מעבר בשביל.

## **זיקת הנאה במקרקעין – חלוקה ואיחוד**

1. **סעיף 97** – במקרה של פיצול מקרקעין וחלוקתם, זיקת ההנאה תתקיים בחלק של המקרקעין בו התקיימה זיקת הנאה. זה לא פוגע בזיקת ההנאה, היא פשוט ממשיכה להתקיים איפה שהיא התקיימה לפני הפיצול.
2. **סעיף 98**
   1. זיקה בין מקרקעי בעל אחד. אם יש שתי חלקות מקרקעין בבעלות של אדם אחד, הוא יכול לשעבד אחת מהן בזיקת הנאה לשנייה.
   2. אופציה נוספת אליה החוק מתייחס היא שאם בעלות בשתי חלקות מקרקעין התמזגה, לא מתבטלת זיקת ההנאה (למשל במקרה בו בעל מקרקעין א' קונה את מקרקעין ב' הסמוכים).
   3. המקרה בו כן מתבטלת זיקת ההנאה הוא מקרה בו החלקות מתאחדות. כאשר שתי החלקות מתאחדות לחלקה אחת כבר אין צורך בזיקת הנאה ולכן כאשר זה המצב זיקת הנאה מתבטלת.

## **זיקת הנאה מכוח שנים (ס' 94)**

1. זו הסוגייה השנויה במחלוקת ביותר, מאחר שבמקרה זה ניתנת זיקת הנאה ללא הסכמה אקטיבית של בעלי המקרקעין הכפופים.
2. **טיב הזכות** – הזכות צריכה להיות זכות הראויה להוות זיקת הנאה. כאמור, לכך יש יסוד חיובי ויסוד שלילי (בחינה בהתאם לשני היסודות).
3. **טיב השימוש** (פס"ד בן חורין)
   1. שימוש הנוגד לזכות הבעלים של המקרקעין הכפופים.
   2. שימוש שהוא גלוי וחשוף לכל.
   3. שימוש הנמצא בידיעתו הקונסטרוקטיבית של בעל המקרקעין הכפופים.
   4. שימוש שמקורו אינו בזכות חוזית או בזכות אחרת שהוענקה על ידי בעל המקרקעין הכפופים למשתמש.
4. **תקופת שימוש – שלושים שנים רצופות**
   1. שימוש לסירוגין עשוי להביא לגיבוש זיקת הנאה (בן חורין, טוינה נ' לוי).
   2. שימוש לא חייב להיעשות על ידי אותו אדם, אלא גם חליפיו (למשל יורשים שנכנסו בנעליי הזכאי).
5. **ס' 94ב – בעל הקרקע לא מחה על כך**
   1. הודעה **בכתב** למשתמש.
   2. הודעה כללית לציבור.

## **תוקף הזיקה (ס' 96)**

1. כל עוד לא הוסכם אחרת, זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת.
2. ביהמ"ש רשאי, לפי בקשת צד מעוניין או היועמ"ש, לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהסיבות:
   1. אי הפעלת הזיקה – הזכאי הפסיק בעצמו להשתמש בזיקת הנאה, למשל אם בנו כביש גישה שמאפשר לו גישה מכיוון אחר למקרקעין שלו.
   2. שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה.
   3. שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים – למשל בניית מבנה חדש.

## **העברת זיקת הנאה (ס' 95)**

זיקת הנאה לטובת אדם ולא לטובת קרקע, אינה עוברת לחליפיו של הזכאי בלי שבעל המקרקעין הכפופים הסכים לכך. ניתן להתנות בהסכם על הסעיף.

## **תחולה במקרקעי ציבור (ס' 113)**

מלשון החוק משתמע שזיקת הנאה לא חלה במקרקעי ציבור.

# **זכות קדימה**

## **הקדמה**

1. זכות זו מוזכרת כבר במשפט העברי, שם נאמר שיש זכות קדימה לשכן (בר מצרא). השאלה היא מה ההיגיון בלתת זכות קדימה לשכן. התשובה היא ניצול מקסימלי של השטח, השכן יוכל לנצל את השטח בצורה מיטבית אם יוסיפו לו את השטח הצמוד.
2. זכות קדימה היא זכות שמקנה בעל מקרקעין לאחר, לפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה. עדיפות לבעל הזכות לרכוש את מקרקעי הזולת באותו מחיר ובאותם תנאים שהוצעו למציעים אחרים. משמע מדובר על **זכות סירוב ראשונה**.
3. **תחולה**
   1. הזכות חלה בבעלות וחכירה לדורות (ס' 106).
   2. הזכות לא חלה בהעברה ללא תמורה, אך במקרה שכזה החובה חלה על מקבל הנכס במתנה (ס' 104). אם יש לאדם א' נכס והוא רוצה לתת אותו במתנה לאדם ב', אבל לאדם ג' יש זכות קדימה על הנכס. אם אדם א' יחליט למכור את הנכס הוא יצטרך להציע אותו לאדם ג', אבל אם הוא ירצה לתת אותו במתנה הוא יכול לתת אותו במתנה לאדם ב'. כשאדם ב' ירצה למכור את המתנה שקיבל הוא יהיה מחויב לשמור על זכות הקדימה שניתנה ע"י אדם א' לאדם ג'.

## **סוגי זכויות קדימה**

1. **מכוח הסכם** – יש לרשום במרשם המקרקעין (ס' 99(א)). כאשר ההסכם נרשם במרשם המקרקעין הוא הופך את הזכות החוזית שיש לצד א' מול צד ב' לזכות קניינית שיש לצד א' מול כולי עלמא.
2. החוק מכיר בשני מקרים ספציפיים בהם אין צורך לרשום את הזכות והיא קיימת מאליה. מקרים אלו הם יורשים ובני זוג. החוק מכיר בייחודיות של מקרים אלו ולכן הוא מכתיב מראש את התנאים של הזכות באותם המקרים.
3. **מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה (ס' 100(ב)+ס' 113)**
   1. זכות קדימה של יורשים על פני זרים. אם למשל יש משק חקלאי, מעדיפים להציע אותו ליורשים מאשר מצב בו הוא יתפצל לידי זרים.
   2. זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים. אם למשל יש נחלה שלא ניתנת לחלוקה, היורש שיכול להציע את הסכום הגבוה יותר יקבל את החלקה.
4. **זכות קדימה בין בני זוג (ס' 101)**
   1. משק חקלאי.
   2. בית עסק שלהם.
   3. דירת מגורים.

# **המשטר הקנייני בישראל**

## **הקדמה**

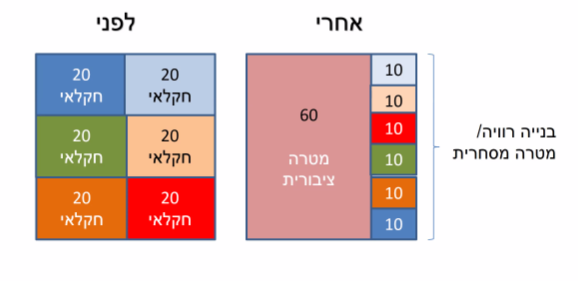
1. המשטר הקנייני בישראל הוא משטר שמרבית המקרקעין במדינה נמצאים בבעלות או בניהול המדינה. המדינה כן מפריטה קרקעות אבל באופן כללי הרוב עדיין בבעלות או ניהול המדינה. בפועל כשמדברים על קרקע בבעלות ממשלתית מתכוונים לזה שהמדינה בכל מקרה נשארת הבעלים, ובנסח הטאבו תמיד יהיה רשום את המדינה כבעלים, וכל מי שעושה עסקה במקרקעין האלו עושה זאת מכוח זכויות קנייניות שניתנות לו מהמדינה.
2. חשוב להבין שכשכתוב קרקע בבעלות ממשלתית זה יותר בניהול ממשלתי. בתוך הקרקע הנדונה יש גם קרקע בבעלות שלושה גורמים שונים: רשות מקרקעי ישראל (רמ"י), בבעלותה רוב הקרקעות; קק"ל (גוף פרטי שהיה קיים לפני הקמת המדינה. תפקידו העיקרי היה "גאולת קרקעות", קיבל תרומות מיהודים בעולם ורכש בעזרתן קרקעות. כשנוסדת מדינת ישראל מגיעה המדינה לאמנה מול קק"ל, לפיה למרות שמדובר בקרקעות ששייכות לקרן המדינה תהיה זו שמנהלת את הקרקעות האלו לכל דבר ועניין. קק"ל מקבלת כסף מהמדינה על ניהול הקרקעות שלה); רשות הפיתוח (הגוף שהלאים את הקרקעות ורשם אותן על שמו). מבחינה טכנית, בנסח טאבו הנוגע לקרקע ששייכות למדינה, ניתן לראות בסעיף הבעלות את אחד משלושת הגופים האלו. מבחינה עקרונית מי שמנהל את כל הנכסים של המדינה זה רשות מקרקעי ישראל, לכן תיאורטית לא נדרשים לאישורים משני הגופים האחרים. לצד זאת עדיין יש הבדלים משמעותיים (בעיקר בכל הנוגע לקרקעות של קק"ל) וההבדלים האלו נובעים מהפער שבין המטרות של קק"ל לבין המטרות של המדינה. קק"ל רואה את עצמה כארגון שהוא קודם כל יהודי, בעוד שהמדינה מחויבת לשוויון בניהול הקרקעות שלה כלפי כל האזרחים. אפשר מיד להבין שכשמדובר בקרקע של קק"ל (שמטרתה ליישב יהודים בישראל) וקבוצה של אזרחים לא יהודים רוצים להקים יישוב, עשויות להיות התנגשויות ערכיות בין רצונות קק"ל לבין החובות המוטלות על המדינה. התנגשות זו מעניינת מאחר שהיא ייחודית בעולם, מצד אחד חלק מהקרקעות שהמדינה מחזיקה יש עליהן כוכבית לפיה הן בעצם שייכות לארגון שמטרתו יישוב יהודי. האמנה מול קק"ל צריכה להיות מחודשת פעם בכמה שנים. חידוש האמנה או אשרור האמנה שמפקיד את קרקעות קק"ל בידי המדינה מהווה שוט בידי קק"ל ע"מ שהמדינה לא תבצע בקרקעות הללו מה שעולה על רוחה. כל זמן שהמדינה מעוניינת לעשות דבר מה קק"ל יכולה לאיים שהיא לא תחדש את האמנה ותיקח חזרה את הקרקעות.

## **בעלות בידי המדינה**

1. כשמדברים על בעלות בידי המדינה יש לבצע הבחנה בין שני מגזרים: העירוני והחקלאי.
2. **המגזר העירוני** – מתנהל בד"כ באמצעות **חכירה ארוכת טווח**. רוב המקרקעין מוחכרים ל-49 שנים עם אופציה להארכה ל-49 שנים נוספות. זו זכות מאוד חזקה. אדם שמחכיר לדורות דירה מקבל אותה מרשות מקרקעי ישראל ובד"כ ההבנה, גם של בתי המשפט, היא שחכירה לדורות זה משהו שהוא למעשה כמעט בעלות. יש כמה וכמה פסקי דין בהם נדרשים לשאלה מה יקרה אחרי 98 השנים, האם אז רשות מקרקעי ישראל יוכלו לדרוש חזרה את המקרקעין. לכאורה כל משכיר אחר מקבל חזרה את המקרקעין. בשורה של רמזים, ביהמ"ש מביע עמדה לפיה רשות מקרקעי ישראל לא תוכל לתבוע חזרה את הבעלות בנכס אחרי 98 שנים. הסיבה שמסתכלים על חכירה לדורות כזכות חזקה במגזר העירוני היא מאחר שמבינים שזו בעלות בנוסח הישראלי.
3. **המגזר החקלאי** – מרבית האנשים שיש להם מקרקעין במגזר החקלאי הם אנשים שאין להם למעשה זכות קניינית. מה שיש להם זה **רישיון במקרקעין**. רישיון במקרקעין זה מוסד שייבאנו מאנגליה, זו לא זכות קניינית, זו זכות אישית. זו למעשה הרשאה של בעל מקרקעין לאדם אחר לפעול מהמקרקעין שלו. מכך מבינים שלא ניתן להעביר את הזכות לאחר (כאמור, היא אישית), וכן שבאופן עקרוני מי שנותן את הרשות יכול גם לחזור ממנה. נראה איך זה בא לידי ביטוי בהמשך כשנדבר לעומק על רישיון במקרקעין (האם אפשר לחזור בכל שלב, האם צריך לפצות וכו'). למרות שהמגזר החקלאי עובר תהליכים של הפרטה, הוא ברובו מתבסס על רישיון במקרקעין. ההסכם באמצעותו תקשרה המדינה עם מרבית המושבים, הקיבוצים והאגודות השיתופיות נקרא הסכם בר רשות (או הסכם משבצת, חוזה תלת-שנתי ועוד) בוסס על העניין שהמדינה נתנה רשות לאגודה השיתופית לשבת במקרקעין ולפעול מהם, ואותם חברים באגודה השיתופית למעשה לא היו ברי רשות של המדינה אלא היו בר רשות של בר רשות. הם קיבלו את הרשות שלהם במקרקעין מהאגודה השיתופית. קונסטלציה זו מביאה לכך שלפחות עקרונית הזכויות של המגזר החקלאי מאוד חלשות ביחס למגזר העירוני. קודם כל מאחר שזו זכות של רשות ולא זכות קניינית. נכון שלא ניתן להתנער ממתן הרשות הזה ביום אחד, וברור גם שהמדינה לא תעשה זאת, אבל מצד שני כשהיו מקרים בהם אגודות שיתופיות החזיקו בקרקעות ולא השתמשו בהן לצרכים החקלאיים המדינה הוציאה את אותם שטחים מהסכמי המשבצת. הסכמי המשבצת נקראים כך מאחר שהם מסמנים את משבצת הקרקע בה האגודה השיתופית רשאית לפעול. כשהמדינה רצתה לקחת חזרה את הרשות שהיא נתנה מאיזושהי סיבה המדינה יכלה בצורה קלה יותר לקחת את הקרקעות האלו מאשר במגזר העירוני (מאחר שבעירוני נדרשת הפקעה, ניתנה זכות קניינית). נוסף על כך, חוזים אלו מתחדשים כל שלוש שנים ולא כל 49 שנים, לכן יותר קל למדינה לבצע התאמות בתנאים. הרבה שנים לא היו שינויים בחוזים האלו, מאחר שלמגזר החקלאי היה כוח רב, אך לאחרונה המדינה נוטה יותר לבצע התאמות בחוזים ולקחת קרקעות שלא משמשות יותר למטרות החקלאיות. חקלאים ניסו לדרוש פיצוי בהתאם לערך העתידי של הקרקעות (לאחר שיבנו עליהם את המבנים שרצו לבנות עליהם) אך השיבו לחקלאים כי לא יכולים להעניק להם פיצויים בסדר גודל כזה.
4. מאחר שרשות מקרקעי ישראל היא זו שמנהלת את קרקעות המדינה, כל פעולה במקרקעין טעונה אישור של הרשות. גם כשמישהו מעוניין להעביר את הזכות שלו בדירה שהוא חוכר מהמדינה הוא צריך ללכת לרשות ולקבל חותמת שהרשות מאשרת את העברת הדירה הזו. אם אין את החותמת של הרשות לשכת הרישום בטאבו לא תעביר את הרישום. מה שהרשות עושה היום זה שיש לה חותמת שאומרת שלא צריכים לבוא בפעם הבאה. חותמים פעם אחת על רשות להעביר את החכירה למישהו אחר, וזה שמקבל את הזכות לא יצטרך לבוא לרשות כדי לקבל את האישור במועד העברת הזכות ממנו לאחר.

## **רמת ההתערבות בשוק**

1. רחל אלתרמן היא אחת המומחיות הגדולות בעולם בכל הנושא של תכנון. היא כתבה את המאמר "מי ימלא קרקעות ישראל". רחל אלתרמן מסתכלת על המציאות בישראל בה המדינה מחזיקה את רוב המקרקעין בידיה. במאמר שלה היא בודקת את המשטרים האפשריים של התערבות המדינה במקרקעין. מה שהיא אומרת זה שיש כמה וכמה משטרים אפשריים של התערבות המדינה. את המשטרים הללו ניתן למנות במדרג יורד (מהתערבות מלאה עד פחותה).
2. **הלאמה מלאה של הזכויות בקרקע** – זה פחות או יותר מה שקורה בישראל. המדינה מחזיקה בידיה את מרבית אם לא כל המקרקעין שיש במדינה. בסיטואציה הזו המדינה היא תמיד הבעלים, מה שנותן לה תמיד את האפשרות להשפיע גם על מי שיקבלו את הזכויות מטעמה (כל שינוי טעון אישור המדינה, אז המדינה יכולה גם לא להסכים לשינוי כזה או אחר).
3. **הפקעה מסיבית של מקרקעין** – מצבים בהם מדינות מפקיעות קרקעות בצורה לא פרופורציונאלית או שלא מקושרת לצורך מסוים. הפקעות כאלו נעשות לרוב מטעמים ביטחוניים. בישראל, כשהיה את חוק נכסי נפקדים (שנות ה-50) הפקיעו קרקעות באופן מסיבי לצורך הקמת המדינה.
4. **רכישה לטובת בנק קרקעות** – הרבה פעמים מדינות לא מפקיעות בצורה לא פרופורציונאלית, אבל כן עושות הפקעות של יותר מקרקעין ממה שהן צריכות כרגע. אם מדינה צריכה להפקיע קרקע לטובת בריכת שחייה, היא תפקיע עוד X מקרקעין מסביב לטובת בניית חנייה בעתיד למשל.
5. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)** – במדינה המקרקעין מחולקים לחלקות. אחת האפשרויות למצב שבו המדינה מפקיעה מקרקעין היא לעשות איחוד וחלוקה של המקרקעין. בדוגמה מטה, המדינה יכולה להחליט שהיא מפקיעה את כל הטור השמאלי לטובת בניית הכביש. במצב זה המדינה תפקיע את הקרקע לכל הבעלים בטור השמאלי והבעלים בטור הימני לא נפגעים בכלל. המדינה תצטרך לשלם פיצוי לשלושת הבעלים שנפגעו ולא תצטרך לשלם לאלו שלא נפגעו. זו האופציה של הפקעה. האופציה של איחוד וחלוקה היא זו המופיעה בחלק הימני מטה. מאחדים את כל הקרקעות, לוקחים את מה שצריך לטובת המטרה הציבורית, ואת היתרה מחלקים בין כל הבעלים שנותרו. עולה השאלה איך אומרים לבעלים שלא היו אמורים להיפגע שלוקחים להם חצי מהקרקע. אחת הדרכים שחוק התכנון והבנייה מאפשר היא באמצעות איחוד וחלוקה. המדינה לוקחת את כל הקרקעות, מאחדת אותן לפול אחד גדול של 120, משתמשת ב-60 הנדרשים לטובת מטרות ציבוריות, ואת ה-60 הנותרים מחלקים בין הבעלים. כמו שלכל בעלים הייתה שישית מהמקרקעין המאוחדים, כך לכל אחד מהבעלים תהיה שישית מהמקרקעין שנותרו לאחר השימוש למטרה ציבורית. מה שהמדינה משיגה בכך זה שהיא לא מוציאה כסף מהכיס. מה שקורה בד"כ באיחוד וחלוקה זה שחלקות המקרקעין הקטנות יותר, אותן הבעלים מקבלים לאחר החלוקה מחדש, בד"כ משנים להן את היעוד ליעוד שיש לו ערך כלכלי גבוה יותר. אם לפני כן היעוד היה יעוד חקלאי אז לאחר מכן משנים את היעוד לבניה או למסחר. איחוד וחלוקה היא למעשה הלאמת מקרקעין מבלי לבצע הפקעה.



1. **הפקעה נקודתית** – המדינה יכולה לעשות הפקעה של מקרקעין מסוימים לטובת מטרה מסוימת.
2. **תכנון ציבורי** – המדינה לא מפקיעה מקרקעין אבל היא כן שולטת במה שיקרה במקרקעין האלו באמצעות תכנון. הועדות המקומיות קובעות מה יהיה היעוד של המקרקעין, ואז גם אם הקרקע היא בבעלות פרטית לחלוטין עדיין הבעלים לא יכולים לעשות מה שהם רוצים והמדינה שולטת באופן כזה או אחר במה יהיה במקרקעין.
3. **בעלות פרטית ללא התערבות של מדינה** – קורה ביוסטון טקסס בלבד. המדינה לא מתערבת כלל.
4. רחל אומרת שיש ספקטרום של מנגנונים באמצעותם המדינה יכולה להשפיע על המקרקעין במדינה, החל מהתערבות מקסימלית וכלה בהתערבות מינימלית (ואפילו שוק חופשי בדומה ליוסטון).
5. **שורה תחתונה במאמר**
   1. הנקודה העיקרית של רחל במאמר שלה זה שחייבים לעשות הבחנה בין השאלה האם נכון לשמר בעלות בידי המדינה לבין השאלה האם נכון לשמר איזושהי מידה של התערבות ציבורית בשוק המקרקעין. מה שרחל אומרת זה שהפתרון שמדינת ישראל בחרה לפיו משאירים את מרבית המקרקעין בידי המדינה הוא פתרון שניתן להבין את הרציונל שלו (אספקט לאומי), אבל כל הדבר הזה הוא מעין פטיש של 5 קילו כשנדרש פתרון יותר מעודן. נכון שנדרשת התערבות של המדינה, אבל כל הדבר הזה לא שווה לבעלות מלאה של המדינה במקרקעין. רחל לא מציעה איזה מהאמצעים נכון להחיל אבל היא אומרת שלא נכון לשמר בעלות של המדינה ברוב המוחלט של המקרקעין, אפשר להשיג את אותן התוצאות באמצעים אחרים. כן כדאי לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית משני נימוקים: כשלי שוק והצדקות חברתיות.
   2. כשלי שוק
      1. טרגדיית ההמונים – אם לא נשמור מעורבות ציבורית הרבה מאוד דברים שחשובים לחברה לא יקרו. אנשים לא יצליחו להתגבר על כשלי שוק מובנים בתוך מנגנוני קבלת החלטות. לא יבנו כבישים, לא יבנו מוסדות ציבוריים. להפקיר את החברה כולה למנגנוני קבלת החלטות שיודעים שיש בהם כשלים יהיה דבר לא נכון לעשות.
      2. שמירה על משאבים לדורות הבאים – לא רוצים שיהיה ניצול מקסימלי של כל המשאבים כיום, לכן כן נדרשת התערבות של המדינה.
      3. טיפול בהחצנות.
      4. שליטה בעיתוי הפיתוח – רוצים שעיתוי הפיתוח יהיה בידי מי שרואה את התמונה הגדולה.
      5. פערי מידע – הציבור לא תמיד יודע את מה שהמדינה יודעת.
   3. הצדקות חברתיות – אלו הצדקות שונות, לפיהן למדינה יש תפקידים שחורגים מרמת הניצול הכלכלי של הקניין. הערכים והמחויבויות של המדינה כלפי האזרחים שלה הרבה פעמים מחייבים תכנון או פעולה שהיא ממשלתית או עירונית ולא רק פעולה אישית. בניגוד לאדם פרטי, למדינה יש מחויבות של **צמצום פערים חברתיים** או **קידום ערכים פוליטיים** (ומצד שני מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות). למדינה אין ולא צריכה להיות אפשרות להפלות אזרחים ביחס למקרקעין, ולכן לעיתים היא צריכה להתערב כשהפליה כזו כן מתרחשת בידיים פרטיות. הצדקה נוספת היא **הערכות להתמודדות עם משברים**. נניח שלכל אדם בעלות פרטית במקרקעין ושהמדינה לא יכולה להתערב, מה יקרה במצב של משבר? אם שוללים מהמדינה את היכולת להתערב זה אומר שכשיש משבר מאוד גדול ידי המדינה כבולות. מי שיצטרך להתמודד עם המשבר הם אותם האנשים הפרטיים. התפיסה לפיה המדינה קיימת למצבי משבר היא לא תפיסה הזויה, היא תפיסה מאוד הגיונית. המדינה קיימת ע"מ לקיים בטחון וסדר, לכן משברים שמערערים את הבטחון דורשים התערבות של המדינה. אם אומרים שהמדינה לא יכולה להתערב אז גם בעתות משבר היא לא תוכל להתערב. כדי לשמר את היכולת שלה להתערב בעתות משבר יש לשמר את היכולת שלה להתערב במקרקעין. כמובן שזה לא מצדיק בעלות מלאה במקרקעין, אך זה כן מצדיק התערבות או שמירה על כלים מסוימים להתערבות המדינה במקרקעין.

## **מדוע לא הפרטה מלאה**

1. יש את ההצדקות של רחל אלתרמן נגד בעלות מוחלטת, אך עדיין ישנה השאלה מדוע לא עושים הפרטה מלאה תוך שימור יכולת מסוימת של המדינה להתערב.
2. **מצרכים בסיסיים לכל אזרח** – במדינה ליברלית יש מצרכים בסיסיים לכל אזרח. לא נפריט את המים או את האוויר מהטעם הפשוט שיש מצרכים בסיסיים שכל אדם צריך. לכן לא אמור לעלות על הפרק אפשרות של הפרטה מלאה. דוגמה לאותם מצרכים בסיסיים זה הפרשה שהייתה עם בית הכלא (הניסיון להפריט את בתי הכלא וסירוב בג"צ לכך). אמנם זה לא ברמה של מים או אוויר אבל זה כן חלק מהתפיסה לפיה יש דברים שעומדים בבסיס היותנו אזרחים שאנחנו לא מוכנים להפריט.
3. **קומדיית ההמונים** – לפי קרול רוז, אם תהיה הפרטה מלאה זה יגרום לכך שאנו נאבד את ערך החברתיות של החברה שלנו, מאחר שאנשים לא יספקו טובין ציבוריים. מה שקרול רוז אומרת זה שהמקומות הציבוריים שלא מפריטים אותם הם המקומות בהם אין טרגדיה, בהם נוצר ה"חברות" של החברה שלנו. החברה שלנו הופכת להיות כזו שפרטיה מתקשרים זה עם זה.

## **מקרקעי יעוד**

1. בסעיף 107 נקבע "בפרק זה 'מקרקעי יעוד' -מקרקעי ציבור המיודעים לתועלת הציבור, והם – (1) שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי נמל; (2) נהרות, נחלים ותעלות וגדותיהם; (3) דרכים ומסילות ברזל, לרבות מקרקעין המשמשים תחנות של מסילות ברזל; (4) נמלי תעופה; (5) סוגים אחרים של מקרקעי ציבור שנקבעו בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמקרקעי יעוד לעניין פרק זה". רוב הדברים בסעיף מדברים על תחבורה. לפחות בס"ק 1-4 מדברים בעיקר על מקרקעין שמשמשים כשערי כניסה ויציאה או כעורקי תנועה במדינה.
2. בס' 111 נקבע כי "מקרקעי יעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך." כאן נקבע כי במקרקעי יעוד אי-אפשר לעשות עסקאות שטעונות רישום. עסקאות שלא טעונות רישום הן שכירות קצרת טווח (פחות מחמש שנים). כל עסקה אחרת במקרקעין לא תהיה בתוקף במקרקעי יעוד. זאת אלא אם העסקה אושרה ע"י הממשלה או השר שנקבע לכך. אי-אפשר לעשות חכירה כי לא יהיה לזה תוקף אלא אם כן המדינה אישרה זאת. לכן, אם יש חופים שכן מוחכרים למשל, זה כנראה אושר ע"י הממשלה.
3. **שאלות מרכזיות בנושא**
   1. למה רק מקרקעין – אם חושבים שיש נכסים מסוימים שהם בעלי חשיבות לאומית משמעותית, כנראה שמדובר לא רק במקרקעין. בצרפת למשל יש הגנה דומה ליצירות אומנות בעלות ערך לאומי.
   2. למה רק הייעודים המנויים – נכון שיש את סעיף הסל (ס"ק (ה)), אבל רואים שיש ייעודים מסוימים שכבר מנויים בחוק והשאלה היא למה דווקא אלו נבחרו ולא למשל גם עתיקות או גנים לאומיים.
   3. ההסדר המשפטי – אם כבר חושבים שמדובר במקרקעין שלא רוצים שיעשו בהם עסקאות, למה עדיין מאפשרים בסיפא להפריט אותם (ע"י אישור הממשלה).
   4. אין תשובות טובות לשאלות אלו. אפשר לנסות להבין למה מאפשרים לממשלה לחרוג מהאיסור הגורף. דוגמה אחת לכך היא ההסבר הכלכלי, הממשלה זקוקה למימון מידי ולכן היא תרצה להפריט מקרקעי יעוד. הסבר זה הוא בעייתי מאחר שאם סומכים על הממשלה לפעול בצורה נכונה עם מקרקעי יעוד אפשר לבטל את הסעיף ואם לא סומכים עליה אז אין סיבה לאפשר את החריג. דוגמה נוספת לתשובה היא ביטוי ברירת המחדל. ברירת המחדל היא שבמקרקעין האלו לא תהיה הפרטה ושאם ביהמ"ש בוחן עסקאות כאלו הוא צריך לתת לזה פרשנות מצמצמת ולהבין טוב מה ההצדקה שהממשלה נותנת למהלך ההפרטה.

# **הזכות לכניסה**

## **הקדמה**

1. **גברת מרפי**
   1. חריג לחוק איסור אפליה במגורים בארה"ב (FHA). החוק נחקק ב-1968, והוא מהווה איזושהי נקודת מפנה מאוד משמעותית. ע"מ להבין את המפנה יש להבין מה הייתה המציאות בארה"ב.
   2. העבדות בארה"ב הייתה כרוכה בהרבה מאוד ניצול והשפלה של האוכלוסייה השחורה בארה"ב. היו על הנושא הרבה מאוד מלחמות בתוך ארה"ב, וב-1865 ארה"ב מתחילה כגוף פדרלי לחוקק תיקונים לחוקה שאוסרים על העבדות ונותנים לאנשים שחורים זכויות בסיסיות. יש קשר מאוד חזק בין אזרחות לבין קניין, קשר זה התחיל בכך שמי שהיה רשאי להצביע היו רק אנשים שיש להם נכסי מקרקעין באותה הקהילה. המציאות המרחבית שהייתה ב-1865 מעט מפתיעה. עד 1865 המציאות המרחבית בארה"ב הייתה יחסית משולבת, במובן הזה ששחורים ולבנים גרו אחד ליד השני. הסיבה לכך נעוצה בכך שהיה יותר קל לתפעל את העבדות אם העבד היה גר קרוב לבעלים. לכן הרבה פעמים העבדות, שנתפסת כתקופה המשפילה ביותר בהיסטוריה האמריקאית, מבחינה מרחבית היא הייתה הרבה יותר אינטגרטיבית ממה שבא לאחר מכן. באמת לאחר 1865 מתחילה תקופת הסגרגציה (הפרדה מרחבית). אנשים שחורים מתחילים להתקבץ בגטאות ובאזורים נפרדים והלבנים שומרים על האזורים שלהם. הפרדה זו הייתה תקפה גם לדברים נוספים, דוגמת תחבורה ציבורית ובתי ספר. ההפרדה נולדה אחרי העבדות כי לא היו זקוקים לקרבה שהייתה לפני כן וכן כי אותם אנשים שמאמינים בעליונות לבנה אמרו שאם לקחו להם את העבדות שדאגה להבחנה בין הגזעים אז הם יצרו את ההבחנה באמצעות הפרדה מרחבית. מ-1865 מתחילים להתגבש, בעיקר במדינות הדרום, סדרה של חוקי הפרדה שמחייבים הפרדה במרחבים הציבוריים. חוקי ההפרדה נקראים חוקי ג'ים קרואו.
   3. ב-1896 הסיפור הזה מגיע לעליון האמריקאי בתיק שעוסק בתביעה של אדם שהיה למעשה רק 1/8 שחור, והוא החליט שהוא יושב בקרון של אנשים לבנים בלואיזיאנה (פס"ד פלסי נ' פרגסון). במקרה זה העליון מאשר את חוקי ג'ים קרואו, כלומר קובע ש"נפרד אבל שווה" היא דוקטרינה חוקתית, ולכן אפשר לכפות על אנשים שחורים לנסוע בקרונות נפרדים מאנשים לבנים מבלי לפגוע בחוקה. ברגע שהעליון מאשר את הפרקטיקה הזו רוב המדינות, בעיקר הדרומיות, מאמצות את זה בצורה עמוקה ודואגות להפרדה במרחבים הציבוריים. ההפרדה בפועל התבצעה ע"י כך שבעלי קרקע קבעו תניות מגבילות על המקרקעין, למשל כאלו שקובעות שאי-אפשר למכור או להשכיר את הקרקע לאדם שחור. אנשים עשו זאת מאחר שחששו לערך הקרקע, הייתה תפיסה שברגע ששחורים יכנסו לשכונות ערך הקרקע ירד.
   4. ב-1948 מתקבל פס"ד נוסף בעליון האמריקאי (שלי נ' קרמר). במקרה זה נאמר שלא מתערבים לאנשים פרטיים בתניות שהם כותבים על המקרקעין שלהם. אדם פרטי יכול לכתוב תניה שאסור למכור או להשכיר את הקרקע לאנשים שחורים. עם זאת, אוסרים על בתי המשפט לאכוף את התניות האלו. כלומר, אם אדם כתב תניה כזו ובניגוד לתניה השכיר את הקרקע לאדם שחור בתי המשפט לא יאכפו את התניה. המשמעות של פס"ד זה היא שכל הסיפור הזה של התניות האלו שנועדו למנוע עסקאות עם אנשים שחורים כבר לא רלוונטיות, מאחר שבתי המשפט מנועים מאכיפה.
   5. ב-1954 ניתן פס"ד בראון. מקרה זה עסק במערכת חינוך (בתי ספר יסודיים). ביהמ"ש אומר שנפרד אבל שווה לא עובד (מקפידים על הנפרד אבל לא על השווה, המימון לא זהה בבתי ספר שונים). בנוסף, גם אם המימון היה שווה, יש אפליה שנוצרת מעצם העובדה שילדים נאלצים ללמוד בנפרד ולשאת בנטל של הפרדה. בראון לא עוסק בהפרדה מרחבית, הוא מאוד ייחודי לתחום של חינוך יסודי. ביהמ"ש אומר שמדובר בהשפלה כשיש ילדים בתמונה שמבינים שהם שונים וצריכים להיות נפרדים מילדים לבנים. ביהמ"ש מקפיד להשאיר את זה רק בתחום החינוך היסודי. מכאן שנפרד אבל שווה זה לא חוקתי בהקשר של חינוך, עקב ההשפלה של אותם הילדים.
   6. כאמור, ב-1968 נחקק חוק איסור אפליה במגורים, שמנסה להטיל חובת שוויון במישור המרחבי. בשלב זה יש ירידה בהפרדה על בסיס מרחבי אבל עלייה בהפרדה על בסיס הכנסה. חוק איסור אפליה במגורים אוסר אפליה בין שני בני אדם כשרוצים למכור או להשכיר מקרקעין. עם זאת, חוק זה כולל הרבה מאוד חריגים. אולי החריג הכי מוכר הוא החריג של גברת מרפי. חריג זה אומר שאם לאדם יש עד 4 דירות במתחם אחד, אז הוא יכול להפלות כשהוא רוצה להשכיר את המקרקעין שלו. החריג הזה היה תולדה של מו"מ. ברור שמי שתומך בשוויון לא ירצה להכיר בחריג כזה, אך בסנאט האמריקאי היה צורך להגיע לאיזושהי הסכמה. לכן הדמוקרטיים ויתרו לרפובליקנים ונתנו להם את החריג הזה.
2. בישראל אין חוק שאומר האם מותר או אסור להפלות במגורים, בטח לא כשמדובר על המגזר הפרטי. המשפט הישראלי התמודד עם קעדאן, עם חוסר רצון להשכיר לעובדים זרים, התמודדו עם קריאות דתיות שלא להשכיר דירות לערבים, היו סיפורים עם יוצאי אתיופיה, כל הנושא של כניסה למועדונים וכדו'.

## **שוויון למול ערכים אחרים**

1. **פס"ד מאסטרפיס קייקשופ**
   1. עובדות המקרה – מתרחש ב-2018. אופה מומחה ליצירת עוגות חתונה שלו מאפייה בקולורדו. ג'ק פיליפס הוא אדם נוצרי מאמין ויום אחד נכנסים למאפיה שלו זוג גברים שמבקשים ממנו לאפות להם עוגה לקבלת הפנים של הנישואין שלהם. ג'ק מסרב להם. הזוג הגיע לוועדה האחראית על יישום זכויות אזרח, שקובעת שג'ק הפר את חובת השוויון בכך שהוא סירב להעניק שירות לזוג.
   2. המקרה מגיע לעליון האמריקאי. העליון האמריקאי מתעסק בכ-100 תיקים בשנה. בעליון האמריקאי יש תשעה שופטים, כולם יושבים בכל דיון. ניתן להבין שהעליון האמריקאי בוחר את התיקים שלו בפינצטה. מי שבוחר את השופטים הוא הנשיא, לכן הרכב השופטים תלוי במי שנמצא בשלטון. טראמפ מינה שני שמרנים לעליון האמריקאי. רוב הקונפליקטים הליברלים-שמרנים בארה"ב הוכרעו ברוב של 5 מול 4 לטובת הליברלים (ע"ב הקול של קנדי, שהוא שופט שמרן שהלך עם הליברלים). קנדי פרש ומונה במקומו שופט שמרן (קבנו). לכן כיום יש 5 שמרנים ו-4 ליברלים. מבין השופטים יש 6 קתוליים ו-3 יהודים. מבחינת ייצוגיות זה בעייתי, מאחר שבארה"ב יש כ-50% פרוטסטנטים.
   3. העליון במקרה זה מכריע ברוב של 7 מול 2 שנפגעה הזכות של ג'ק לדת. לא כל השופטים קיבלו את התפיסה של בשם חופש הדת אפשר לא לספק שירותים באופן שוויוני. מה שהם קבעו זה שבנסיבות הספציפיות של המקרה הועדה לא התייחסה בצורה רצינית לטענות של חופש הדת של ג'ק, ולכן במקרה הספציפי הזה אי-אפשר לקבוע שהוא חייב, הואיל והוא לא קיבל הליך הוגן בוועדה.
2. **פס"ד דפוס הקשת**
   1. עובדות המקרה – אישה שמשתייכת לתא הגאה באונ' ב"ש שלחה בקשה לקבלת הצעת מחיר לכרזה לבתי דפוס שונים בב"ש. דפוס הקשת ענה שהם לא מפרסמים דברים כאלה ומדובר מבחינתם בתועבה. בית הדפוס לא ידע מה נדרש ממנו להדפיס, אלא רק התבקש לתת הצעת מחיר להפקת כרזה. הוא ישר ענה ע"ב העובדה שמדובר על מישהי המשתייכת לקהילה הגאה.
   2. פס"ד עצמו נסוב על חוק פיקוח על מוצרים ושירותים, האוסר על נותן שירות להפלות אדם ע"ר נטייתו המינית. השלום קובע שדפוס הקשת הפר את החוק והפלה את אותה פעילה של האגודה הלהט"בית ע"ב נטייתה המינית ולכן עליהם לשלם פיצוי.
   3. עלתה טענה שמקרה זה דומה למקרה של ג'ק פיליפס. במקרה של ג'ק אותו אופה סירב לבקשה הספציפית של עוגה של זוג גאה, ובדפוס הקשת סירבו מבלי לדעת את התוכן, לכן לא ברור האם המקרים אכן דומים. ביהמ"ש הישראלי אומר שאין רלוונטיות, מאחר שבשונה מהטענות של אותו אופה שמדברות על פגיעה בחופש הדת או הביטוי שלו, אותו בית דפוס לא ידע בכלל מה תוכן הכרזה. לכך יש להוסיף את השוני במציאות החוקית בין ישראל לבין ארה"ב. בישראל יש חוק מובהק שקובע שאסור להפלות בעוד שבארה"ב מבצעים תמיד איזון בין ערכים.

## **הזכות לכניסה בישראל**

1. **הפליה בהשכרת דירות** – יש אנשים שמסרבים להשכיר דירה. אין שום הוראת חוק שמחייבת שוויון בשכירות. אם אדם פרטי מסרב אי-אפשר לחייב אותו. המצב כנראה יהיה שונה אם יהיה מדובר בגוף ציבורי או דו-מהותי, אותו ניתן יהיה לחייב.
2. **הפליה במכר דירות**
   1. בסוגיה זו עוסק **פס"ד מיטל הנדסה**. באופן עקרוני לא יכולה להיות מחלוקת שהמחוקק הישראלי לא רצה לכלול את תחום הדיור בחוק הפיקוח על שירותים ומוצרים. השופט שם מתפתל כדי לעשות הבחנה בין תכלית סובייקטיבית ואובייקטיבית, אבל זה פשוט לא נכון. מה שהשופט מזוז עשה הוא מהלך לא ראוי מבחינה אינטלקטואלית. המחוקק הישראלי ללא ספק לא התכוון להכניס את תחום מכר הדירות לחוק פיקוח על שירותים ומוצרים. הסיבה שהמחוקק לא הכניס את זה לחוק היא שהוא לא רצה לכבול את הידיים של מי שעושה את העסקאות המרכזיות במקרקעין (המדינה או אנשים פרטיים) לחובת שוויון. הוא השאיר בצורה די ברורה את מכר הדירות מחוץ לחוק המוצרים והשירותים. זה לא הרשים את ביהמ"ש, והשופט מזוז מדבר על זה שזה צריך להיכנס, בין היתר מאחר שמדובר בתכלית אובייקטיבית (אין הבדל בין כל מוצר אחר לבין דירה) אבל גם מבחינה סובייקטיבית (לא בטוח שהמחוקק רצה להשאיר את זה בחוץ).
   2. השופט שטיין מתאר את המצב העובדתי, המחוקק הישראלי לא התכוון להכניס מכר דירות לחוק הפיקוח. האם זה נכון או לא זו שאלה מעניינית, אבל באופן עקרוני, אם מסתכלים על מה החוק הזה כולל שטיין קובע כי זה לא כולל מכר דירות. עם זאת, בכל זאת אותה חברה שסירבה למכור דירה לזוג ערבי עשתה משהו שאסור לעשות. לא מדובר פה על מכר דירה מאדם פרטי, מדובר על קבלן שקיבל קרקע במכרז מהמדינה והחליט שהוא משווק את הקרקע רק ליהודים. השופט מזוז מבסס את הקביעה שלו על חוק הפיקוח, בעוד שהשופט שטיין טוען שאין הפרה של חוק הפיקוח. לפי שטיין, הקבלן במקרה זה הפר את חובת תום הלב. מכוח זה הם יהיו חייבים לשלם פיצוי לאותו זוג שנמנעה ממנו רכישת הדירה. נוסף על כך, שטיין אומר שבמצב זה לא יהיה סעד של אכיפה. כשהוא קובע שלא יהיה סעד של אכיפה הוא מסביר לקבלנים שהם יכולים, אם הם רוצים שלא יגורו זוגות ערבים בדירה, לשלם קנס מסוים על הפרת תום הלב ואכן לא למכור את הדירה.
   3. ההכרעה היא שלא מדובר בהפרה של חוק הפיקוח (הנדל לא מצטרף למזוז). מה שנקבע זה שאסור לאדם שקיבל מכרז מהמדינה להפלות בין רוכשים שונים. השאלה היא מה קורה עם אדם פרטי. אנשים פרטיים כיום יכולים עדיין להפלות, מאחר שאין חקיקה או פסיקה בנושא. אם יתחדש הדיון ייתכן שיקבע אחרת.
3. **ועדות קבלה לישובים**
   1. פקודת האגודות השיתופיות מגדירה סמכות של אותו ישוב קהילתי לבוא ו"לסנן" את המועמדים שרוכשים דירה בישוב. זה מצב שמוגדר במפורש בחוק, ניתן להחזיק ועדת קבלה. הפקודה קובעת בס' 6(ג) שאסור להפלות ע"ב דת, גזע וכו'. כן ניתן להפלות ע"ב הטענה שיש חשש לפגיעה במרקם הקהילתי של הישוב. זה מה שהחוק הישראלי וביהמ"ש הישראלי נמנעים מלהתעסק בו.
   2. ב-2011 היה תיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שקבע צמצום של התחולה של ועדות הקבלה ממה שהיה לפני כן. בעבר היה אפשר לעשות בכל ישוב קהילתי, כעת רק בנגב ובגליל. אי-אפשר להקים ועדת קבלה בישוב קהילתי שיש בו יותר מ-400 בתי אב. בפועל מה שעושים זה שיש ראיון לפני ועדת קבלה ושולחים את המתמודד למכון בו עושים מבחנים פסיכוטכניים, שלא ברור מה המבחנים קשורים לקביעה האם אותו מועמד מתאים למרקם הקהילתי. הסיפור הזה עולה פעם אחרי פעם בביהמ"ש.
   3. פס"ד קעדאן – הישוב קציר סירב לקבל משפחה ממוצא ערבי. הסיבה הרשמית שנתנו להם הייתה שהם לא יחגגו את יום העצמאות ויום הזכרון, מה שיפגע במרקם הקהילתי. העליון במקרה זה מכריע שע"מ להיכנס לסיפור של פגיעה במרקם הקהילתי צריך שלקהילה יהיו מאפיינים ייחודיים, שבונים מרקם קהילתי כלשהו בו ניתן לפגוע. אם אין בקהילה שום דבר מיוחד אז כניסה של אדם אחר לא תפגע בזה כי אין מה לפגוע. טענה שנייה הייתה לגבי הקרקעות עצמן. אלו קרקעות מדינה לכן השאלה היא האם ישובים יכולים להגיד לאנשים שרוצים להתקבל שהם לא מתקבלים. ביהמ"ש קובע שזה לא לגיטימי ושאי אפשר בקרקעות שמנוהלות ע"י המדינה לסרב על בסיס זה. גם אם יעשו ישוב ערבי נפרד שמיועד לערבים בלבד (נפרד אבל שווה) זה לא יעבוד מאחר שלא מתקצבים ישובים ערבים באותו האופן וכן מאחר שזה לא לגיטימי ופוגע בשוויון. ביהמ"ש אומר שיש ישובים שאפשר לקבוע שיש בהם פגיעה במרקם החברתי, לדוגמה ישובים בדואים או חרדים. יש שם אורחות חיים ייחודיים, וכניסה של אדם שלא משתייך לאותה הקהילה תפגע באורחות החיים. בכל מקרה אחר לא מאפשרים לישוב הקהילתי להפלות ולסנן מועמדים.
   4. פס"ד סבח – גם אחרי קעדאן ישובים קהילתיים לא יורדים מהפרק. לישובים עדיין אין מחויבות לקבל אנשים ואין הגדרה למהו אותו מרקם קהילתי. מקרה זה מגיע ב-2011, לאחר התיקון. במקרה זה העותרים זה אנשים שכבר חיים בישובים קהילתיים, והם עותרים כנגד ועדות הקבלה בישובים שלהם. לדעתם מדובר במנגנון גזעני והם מבקשים שהוא יבוטל או יצומצם. ביהמ"ש במקרה זה ממציא מונח של בשלות מוקדמת, ודעת הרוב אומרת שלא דנים במקרה זה כי מדובר במשהו שעוד לא הבשיל. העתירה לא הבשילה כי התיקון רק נכנס. צריך לחכות לסינונים ולמקרים שיקרו אחרי התיקון ולראות מה יקרה. העמדה המעניינת פה היא של ג'ובראן במיעוט, שאומר שיש להפסיק עם ההתעלמות מהפיל שבחדר. חייבים לחפש מהו אותו מרקם קהילתי שפגיעה בו יכולה להצדיק סירוב לאישור של מועמדות של אדם מסוים. הוא אומר שבמשך כל שנות קיום המדינה נמנעים מלעשות זאת, כמו שרוצים לעשות במקרה זה. הבעיה בלהגדיר מהי קהילה היא שיש בדיני הקניין הגדרה לקהילה לצרכים שונים, אבל לא עבור הצורך של סינון לישוב קהילתי.
4. **מהי קהילה**
   1. המאמר של שטרן מנסה להגדיר מהי קהילה שצריכה לקבל יחס משפטי במערכת הדינים בארץ, מתוך הבנה שלא כל דבר לו אנו קוראים קהילה היום צריך להיות בעל השלכה משפטית. נקודת המוצא של שטרן לסיפור של קהילות מתחילה בכך שהמדינה צריכה לאמץ תפיסה פלורליסטית ביחס לכל האזרחים, שעיקרה אומר שכל אחד זכאי לחיות את חייו עפ"י תפיסת העולם שלו. יש תפיסות עולם שדורשות מאיתנו קרבה מרחבית לאחרים ולפעולה משותפת עם אחרים ויש כאלו שלא. אם המשפט יגיד שכל קהילה באשר היא קהילה זכאית להדיר אנשים ולפיצוי במידה ומפקיעים שטחים שלה מגיעים למצב בו רוצים לפצות את כל הקהילות, מה שיוביל לכך שאף קהילה לא תקבל פיצוי שיאפשר לה לשמור על אורח חייה כקהילה. על כן יש חשיבות להגדיר במדויק מהי קהילה מבחינה משפטית מאחר שלא רוצים לאפשר לכל אחד להפלות וכן מאחר שרוצים להתייחס לקהילות שראויות להיקרא קהילות בצורה ראויה. המודל של שטרן מציע מספר שלבים שיש לעבור ע"מ להגדיר קהילה כקהילה.
   2. בשלב הראשון יש להבין האם לקהילה תפיסת עולם משותפת. אם היינו עוצרים בשלב הזה עדיין היינו באותה צרה בה נמצאים כיום, מאחר שלהרבה קהילות יש תפיסת עולם משותפת. למשל בפס"ד קעדאן אנשי קציר טענו שיש להם תפיסת עולם ציונית. ביהמ"ש אומר שם שזה לא מספיק.
   3. בשלב השני יש לבחון מהו תפקיד אותו שיתוף פעולה במימוש תפיסת העולם. יש תפיסות עולם שלא דורשות שיתוף פעולה ע"מ לממש אותן. אם המדינה רוצה לאפשר לכל אזרח לממש את תפיסת העולם שלו, ברגע שנדרש שיתוף פעולה למימוש תפיסת העולם חובה על המדינה לאפשר את המימוש המשותף של אותה תפיסת העולם. אם אדם נדרש לקהילה ע"מ לממש את תפיסת העולם שלו יש על המדינה חובה לאפשר לו לחיות בקהילה. ישנם ארבעה תפקידים עקרוניים של שיתוף פעולה למימוש תפיסת עולם (נמצאים על ציר, מהקל לכבד). התפקיד הראשון הוא שזה לא קיים. ישנן תפיסות עולם שלא נדרש אף שיתוף פעולה ע"מ לממשן. לדוגמה, תפיסות עולם כלכליות לאו דווקא דורשות מגורים בסמוך לאנשים עם תפיסת עולם זהה. אדם קפיטליסט לא צריך לגור ליד עוד קפיטליסטים ע"מ לממש את תפיסת עולמו (הוא לא יהיה חייב לשתף איתם פעולה במישור הכלכלי בהכרח). התפקיד השני הוא שזה מסייע. אם אדם גר בקרבה לאנשים אחרים שחולקים את תפיסת עולמו זה יסייע לו לממש אותה. לדוגמה, אם אדם צמחוני יגור בקרבת הרבה אנשים צמחוניים אחרים, יותר סביר שבסופר ובמסעדות יהיו דברים צמחוניים. התפקיד שלישי הוא שזה מוסיף ערך. ניתן לממש את תפיסת העולם לבד, אבל אם משתפים פעולה אז מוסיפים ערך משמעותי עפ"י הנורמות של תפיסת העולם. דוגמה לכך היא תפילה במניין ביהדות. ניתן להתפלל לבד, אך אם מתפללים במניין יש לתפילה ערך גבוה יותר. התפקיד הרביעי הוא שזה מכונן. יש מקרים בהם אם אדם לא ישתף פעולה למימוש תפיסת העולם שלו הוא לא יצליח לממש אותה. דוגמה לכך היא הקיבוץ ההיסטורי (בניגוד לקיבוץ המופרט). חלק מהתפיסה של הקיבוץ ההיסטורי הוא שיתוף עם אחרים, ולא ניתן לעשות את זה בלי שיתוף פעולה עם הסובבים אותך. ארבעת התפקידים נועדו ע"מ לתעדף קהילות. אם מסתכלים על מספר קהילות וצריכים להכריע לאיזו מהן לתת קרקע יש לבחון איפה הן נמצאות על הציר. כנראה נתעדף את הקהילה שבה שיתוף הפעולה מכונן על פני זו שבה הוא מסייע. חשיבה דומה ניתן ליישם בהקשר של הפקעות, פחות יטו להפקיע קרקע של קהילה בה שיתוף הפעולה מכונן. בפינוי של גוש קטיף התייחסו לכל הקהילות באותה הצורה ולכן העניקו לכולן את האפשרות לקבל פיצוי של הקמת הקהילה מחדש, למרות שהן היו שונות זו מזו בהיבט הקהילתי. מה שקרה בסוף זה שכמעט כל הקהילות לא הצליחו להקים את הקהילה מחדש. לכן יש לבחון על אילו קהילות חייבים להגן מבחינת תפקיד שיתוף הפעולה בהן.
   4. בשלב השלישי יש לבחון מה ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה. צריך לבדוק מה יקרה אם לא ניתן לקהילה לסנן את המתמודדים. האם כניסה של אדם חילוני לקהילה חרדית תפגע ביכולת שלה לממש את תפיסת העולם שלה.
   5. בשלב הרביעי יש לבחון את חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה. יש קהילות מאוד חזקות מבחינה כלכלית ופוליטית. ככלל אצבע, המודל טוען שקהילות חזקות מבחינה זו יצליחו כנראה לשמור על היכולת של החברים שלהן לממש את תפיסת העולם גם בלי תמיכה משפטית או ממשלתית. זה לא אומר שהמשפט צריך לפעול נגדן אבל זה גם אומר שלא צריכים לתת להם כלים ייחודיים להגן על עצמן. פה יכולה להיווצר בעיה למדינה למשל עם הקיבוצים ההיסטוריים. עד שנות ה-80 הם היו גופים מאוד חזקים כלכלית ופוליטית. מצד אחד שיתוף הפעולה שם מכונן אך מצד שני הם מאוד חזקים כלכלית ופוליטית ולא בטוח שהם היו צריכים עזרה מדינתית ע"מ לשמור על עצמם.
   6. יש איזון שצריך לעשות בין השיקולים בשלבים השונים ע"מ להבין כמה יש לפעול ע"מ לעזור לקהילה מבחינה משפטית.

# **הפקעות**

## **הקדמה**

1. **דיני הפקעות** – לקיחה פיזית של המקרקעין. המשמעות היא שמפקיעים את הזכויות במקרקעין של בעלי המקרקעין ומעבירים אותן לידי גורם אחר (הרשות עצמה או מי מטעמה). פה הבעלים יוצא מהמקרקעין שלו והרשות לוקחת את המקרקעין פיזית ורישומית, והרשות יכולה להשתמש בזה לצרכיה.
2. **גריעות תכנוניות** – הטלת מגבלות על המקרקעין. פגיעות מסוימות שנגרמות למקרקעין כתוצאה מאישורן של תוכניות. אם למשל מעבירים תכנית שמאשרת את הרכבת הקלה בת"א, ונניח ברח' ירושלים ביפו עוברת הרכבת הקלה, יש שם הרבה בתים בצדי הרחוב. לא לוקחים את הבתים של האנשים לטובת הרכבת הקלה מאחר שהיא עוברת בכביש. עם זאת, בתוכנית כתוב ש-200 מטר מהמסילה של הרכבת הקלה אסור לבנות מבנים. אם קרקע של אדם נמצאת בטווח הזה, אז לא לקחו לו את הקרקע אבל הטילו עליו מגבלה שפוגעת בקרקע שלו. אם עד אז אותו אדם תכנן לבנות מבנה, עכשיו הוא לא יוכל לעשות זאת מאחר שהגבילו את השימוש שלו במקרקעין שלו. פגיעה נוספת היא בערך הכלכלי של הקרקע, הנובעת מהגבלת השימוש בה.
3. **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו** – ס' 3 מדבר על הזכות לקניין וס' 8 מדבר על היכולת לפגוע בזכות לקניין.

**הגדרת הפקעה –** אין הגדרה של הפקעה בחוק. בתי המשפט אימצו את ההגדרה של הפקעה מאחד המלומדים, שמגדיר את ההפקעה בשלושה חלקים: רכישה כפויה של מקרקעין, לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

## **רכישה כפויה של מקרקעין**

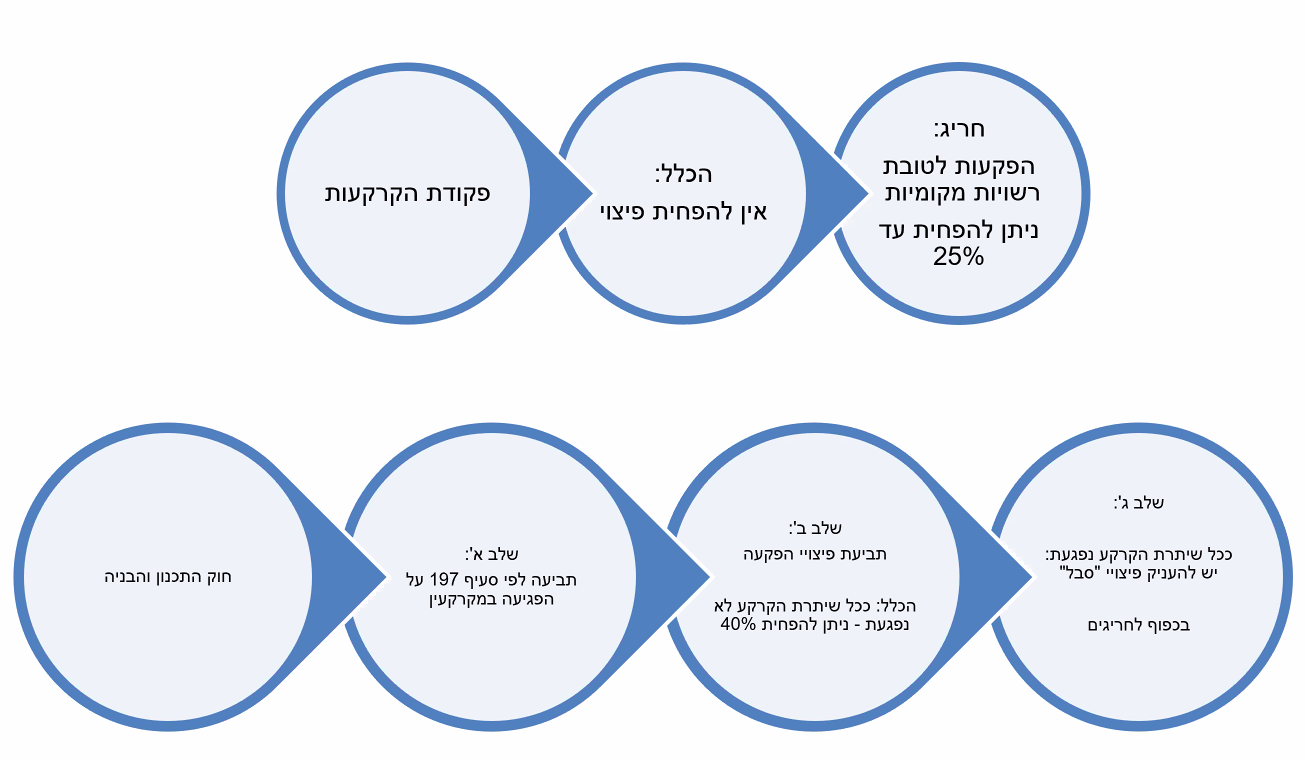
1. השאלה הראשונה שיש לשאול היא **מכוח מה יש לרשות שלטונית את היכולת לקחת מקרקעין פרטיים**. אם מכבדים את התפיסה של משטר קניין פרטי, וקניין פרטי הוא ערך חוקתי, איך ייתכן שניתן לקחת אותו בכפייה. דיני הנטילה השלטונית חלים בכל העולם המערבי וכולם מכירים בכוח של המדינה לקחת קרקע.
   1. שימור הכוח – אחת התיאוריות היא תיאוריית **שימור הכוח**. לפי תיאוריה זו, הקרקע שייכת בבסיס לריבון. כל קרקע בכל מדינה שהיא. הריבון הוא זה שמחליט לחלק את הבעלויות במשטר של קניין פרטי. עם זאת, גם במקומות בהם יש משטר של קניין פרטי, הריבון תמיד שומר לעצמו את הכוח הבסיסי הזה להחזיר לעצמו את הקרקע.
   2. תיאוריה נוספת היא תיאוריה של "**Police Power**". אנשים יצרו את המדינה למטרות מסוימות, וכחלק מההסכמה ליצירת המדינה גם הפקידו בידיה את הכוח לקחת מקרקעין למימוש התפקידים שלה כמדינה. בתיאוריית שימור הכוח המדינה יכולה לקחת לכל מטרה ומתי שהיא רוצה, ופה היא יכולה לקחת רק לטובת המטרות הבסיסיות של תפקידי המדינה. כמובן שזה תלוי במה מגדירים תפקידי המדינה, אבל עדיין תהיה הגבלה מסוימת.
   3. הסכמה ראשונית – התיאוריה האחרונה היא של ג'ון לוק, ולפיה כל אחד מהאזרחים נתן לנציגים שלו (המדינה) את הסמכות להפקיע מקרקעין. מדובר למעשה בהסכמה ראשונית להפקיע מקרקעין ככל שיידרש. זו התיאוריה הדמוקרטית, והיא אומרת שאף אחד לא יודע איזו קרקע תידרש לאיזו מטרה, ולכן כל אחד נותן הסכמה פתוחה שאם יצטרכו את המקרקעין שלו לצרכים מסוימים הוא נותן את ההסכמה לכך. לכן גם למעשה לא מדובר ברכישה כפויה באמת, מאחר שיש הסכמה.
2. השאלה השנייה היא **למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין הפרטי**. למה המדינה לא יכולה לבוא לבעלים ולבקש ממנו את המקרקעין שלו לטובת הגשמת מטרה כזו או אחרת.
   1. כשלי שוק – התשובה הראשונה היא כשלי שוק. יש מצבים בהם השוק המשוקלל לא עובד. יש מצבים בהם צריך להפקיע יותר מקרקע אחת, ואם המדינה תנהל מו"מ עם כל בעל קרקע אז אולי הראשונים יסכימו אבל האחרונים עלולים לבקש יותר כסף. ברגע שהם ידעו שהמדינה כבר קנתה קרקעות אחרות הבעלים יכול לנסות ולסחוט את המדינה. כשלי שוק הם הסיבה העיקרית שבגינה מדינות מפעילות את הכוח של הפקעה.
   2. צדק חלוקתי – ונוד קיסלה הוא אדם שיש לו חברת טכנולוגיה נקייה בעמק הסיליקון, והוא רכש אחוזה גדולה בקליפורניה. הדבר הראשון שהוא עשה הוא לסגור את השביל שאפשר לגולשים באותה העיירה להגיע לחוף הים. העירייה של אותה העיירה איימה על קיסלה שאם הוא לא יאפשר את המעבר היא תפקיע את השביל הזה כדי לאפשר לאותם אנשים שאין להם בית בקו הראשון של הים להנות מהמשאב הציבורי של הים.
   3. כוח שלטוני קלאסי – אותן מטרות שאף אחד לא יסכים להקריב את הקרקע שלו לטובתן. אנשים לא רוצים לתת את הקרקע לטובת מה שאין לו ערך שוק. להקמה של כביש או תחנת משטרה אין ערך שוק, זה לא כמו הקמה של בניין דירות. לכן הרבה פעמים אותם בעלים לא היו מקימים מרצון את המבנים האלו ונדרשים להפקעה.

## **הגשמת צורך ציבורי**

1. בס' 2, פקודת הקרקעות מגדירה מהו צורך ציבורי. צורך ציבורי הם "צורכי ציבור כמשמעותם לפי ס' 188 לחוק התכנון והבניה, וכן כל אחד מאלה, ולרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם". זו הגדרה מרחיבה מאוד, מאחר שאם צריכים מחנה צבאי זה לא רק עבור המחנה עצמו, אלא ניתן להפקיע גם עבור הכביש שמוביל אליו וכל מה שמשרת אותו מסביב. ס' 2 מונה מספר דברים כצורך ציבורי, כאשר ס"ק 10 מציין "צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הועדה המייעצות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת". פקודת הקרקעות למעשה אומרת שלא צריך לחפש הרבה מהו צורך ציבורי, מאחר שכל דבר אותו מגדיר שר האוצר, בהתייעצות עם הועדה המייעצת (גוף הנמצא במנהל מקרקעי ישראל), יכול להוות צורך ציבורי. לא ברור מה זה אומר התייעצות בהקשר זה (לא צריך לקבל הסכמה). אישור של ועדת הכספים די פשוט עבור שר האוצר להשיג. במילים אחרות, כל דבר ששר האוצר קובע כצורך ציבורי יוגדר כצורך ציבורי לגיטימי.
2. ס' 3 קובע ששר האוצר יכול לרכוש את הבעלות על כל קרקע אבל הוא יכול לעשות גם דברים פחותים (חזקה או שימוש לתקופה מסוימת, זכות שימוש או כל זכות אחרת על הקרקע, הטלת הגבלה על קרקע). ברגע שקבענו שמדובר בצורך ציבורי שר האוצר יכול לעשות כמעט כל מה שהוא רוצה עם הקרקע.
3. בארה"ב התיקון החמישי לחוקה קובע שקניין פרטי לא יכול להילקח במסגרת הפקעה ללא פיצוי הוגן. זה אומר שאי אפשר להפקיע בלי שזה יהיה לשימוש ציבורי ועם פיצוי הוגן. שאלה שעלתה לאחרונה (פס"ד סוזט קילו) היא מה זה שימוש ציבורי לטובת הדין האמריקאי. בארה"ב יש את החוקה הפדרלית ולצדה חוקים של מדינות שונות. התיקון החמישי הוא בחוקה הפדרלית. בפס"ד קילו מדובר על עירייה בקונטיקט שחיפשה אנשים שיקימו מרכזי תעסוקה בעיר ניו לונדון. בעיר היו הרבה מובטלים וחיפשו פתרון ע"י הבאה של חברות שיפעלו בעיר. העירייה מצאה את חברת פייזר (המקבילה של טבע בארה"ב) שמוכנה להקים בניו לונדון מרכז. עם זאת פייזר דרשה שהעירייה תפקיע קרקע לצורך הקמת המפעל, כדי שהיא עצמה לא תצטרך לפעול מול הדיירים. העירייה ניגשת למלאכת ההפקעה, ולצערה אחת הדיירות היא סוזט קילו, שמחליטה להילחם. קילו מגיעה לעליון בקונטיקט, שם היא אומרת שהפקעה לטובת חברת פייזר (חברה פרטית) לא יכולה להיכנס למילים של החוקה של שימוש ציבורי. לפי קילו, הכוונה בסמכות ההפקעה היא הפקעה לטובת מוסדות ציבור או דברים שממש משרתים את הציבור. פה העירייה לוקחת קרקע מאדם פרטי אחד ומעבירה אותה לגורם פרטי אחר. העליון בקונטיקט מכריע שאפשר להפקיע במקרה זה. לפי ביהמ"ש, מדובר פה בצורך ציבורי מאחר שמדובר על הפקעה לטובת פיתוח כלכלי של העיר. נכון שמי שיחזיק את הקרקע הוא גורם פרטי, אבל העיר כולה והתושבים האחרים בעיר ירוויחו מההפקעה הזו כי החברה תשלם מיסוי עירוני ותעסיק הרבה אנשים. הסיפור הזה מגיע לעליון האמריקאי. העליון האמריקאי מאשר את ההכרעה של ביהמ"ש בקונטיקט וקובע שלצורך פיתוח כלכלי, הפקעה של קרקע מגורם פרטי אחד לגורם פרטי אחר עומדת בהגדרה של התיקון החמישי לחוקה. החלטה זו מתקבלת בזעם מאוד גדול בארה"ב מאחר שיש פה פגיעה מאוד חמורה בתפיסה של קניין פרטי. תמיד מי שיקבל את הקרקעות הללו לידיו הם הגופים החזקים כלכלית והמקורבים לשלטון. כתוצאה מהפס"ד הזה מדינות רבות בארה"ב מגבירות את הפיצוי שצריך להינתן לבעלים אם קרקע מופקעת לטובת פיתוח כלכלי. אם בד"כ הפיצוי האמריקאי הוא שווי השוק של המקרקעין שנלקחים, אז במקרה שמטרת ההפקעה היא פיתוח כלכלי הפיצוי יהיה גבוה יותר.

## **הזכות לפיצוי**

1. **מהו צדק**
   1. כשבתי משפט מנסים להבין מהו הפיצוי הראוי להפקעה אז יש להם את התפיסה שהפיצוי צריך להיות פיצוי צודק או הוגן. ע"מ להבין האם הפיצוי בישראל הוא פיצוי הוגן צריך קודם להבין לאן אנו חותרים (לאיזו תפיסת צדק).
   2. צדק מתקן – ההבנה היא שכאשר התרחש מקרה של פגיעה כלשהי, ע"מ להשיג צדק צריך לתקן את הפגיעה הזו. מתקנים את הפגיעה ע"י כך שמסתכלים על הפגיעה עצמה שנגרמה לנפגע ע"י הפוגע. ברגע שמזהים ושמים את הפגיעה מחייבים את הפוגע לשלם את אותו הסכום לנפגע. במובן מסוים צדק מתקן מנסה להחזיר את מצב העולם שקדם לפגיעה. המזיק צריך להחזיר את הניזוק למקומו לפני אירוע הנזק. במקרה של הפקעה אולי אי-אפשר להחזיר את הקרקע אבל אפשר להחזיר את השווי הכלכלי של הקרקע. תפיסה זו היא תפיסה קלאסית בדיני נזיקין מאחר שהיא מתמקדת רק בפוגע ובנפגע. בד"כ תפיסות של צדק מתקן לא מסתכלות על ערכים סובייקטיביים. הן מנסות להסתכל באופן אובייקטיבי על הנזק ולהשיב את המצב לקדמותו.
   3. צדק חלוקתי – תפיסה של צדק שמטרתה לפזר את העושר באופן צודק בחברה. בהחלת צדק חלוקתי על משפט פרטי, אם יש אינטראקציה בין שני אנשים ונגרם נזק, רמת ההכנסה של כל אחד מהם תשפיע על התוצאה המשפטית. יש באופן עקרוני טענה ששוללת החלה של צדק חלוקתי במשפט הפרטי. טענה זו אומרת שאם נחיל שיקולים של צדק חלוקתי במשפט הפרטי נביא למעשה לעיוות. העיוות נוצר כיוון שהמשפט הפרטי הוא מאוד אנקדוטי, הוא למעשה מתעד מקרים פרטניים של התנגשויות בין גורמים פרטיים. המשפט הפרטי לא מתאר מערכת משפטית מובנית שיודעת להסתכל על כלל האוכלוסייה. הרצון שלנו להשיג צדק חלוקתי חייב לבוא תוך התבוננות בכל האוכלוסייה. לא יכול להיות יישום של צדק חלוקתי כשאנחנו מסתכלים על שני אנשים מקריים שיש ביניהם אינטראקציה. כן ניתן להחיל שיקולים של צדק חלוקתי למשל בסוגיות הנוגעות למערכת המס. מערכת המס אמורה לראות את כלל האוכלוסייה. מכאן שנכון להחיל צדק חלוקתי במערכות דינים שכוללות את כל הפרטים בחברה. במערכת המס מחילים הסדרים פרוגרסיביים ע"מ להפוך אותה למחלקת מחדש. מערכת נוספת של דינים היא דיני הרווחה (דוגמת ביטוח לאומי).
   4. צדק הליכי – זו תפיסה שבגרסה המוקצנת שלה אומרת שמה שחשוב לבני אדם זה לא התוצאה אלא לקבל את יומם בביהמ"ש. אם בני אדם יקבלו הליך הוגן, בו הם יהיו מיודעים ביחס לטענות נגדם ולהליכים וכן ביחס לעלויות וכדו', אז הם ירגישו חלק מהמערכת. ברגע שהם מרגישים חלק מהמערכת מושג הצדק. התוצאה בסוף חשובה אבל לא היא שתגרום לאנשים להרגיש שקיבלו צדק. פגיעה בהליך תגרום לפגיעה קשה בצדק. זו התפיסה הקיצונית מאחר שיש תפיסות מעורבות שאומרות שההליך חשוב אבל גם התוצאה. ניתן להסתכל כדוגמה על שימוע לפני פיטורין בדיני עבודה, האם שימוע כזה גורם להרגשה כי ישנה התייחסות צודקת לעובד, ואז גם אם הוא יפוטר הוא ירגיש שנעשה עמו צדק. רוב המחקרים מראים ששימועים כאלו הם הרבה פעמים הצגה (ברור שיפטרו את העובד אבל חייבים לעשות שימוע). מנגד יש הרבה עו"ד לעבודה שטוענים שכן חשוב לעובד לקבל את יומו מול המעביד. בהפקעות צדק הליכי מדבר על הקפדה על ההליך (הודעה מספיק זמן מראש, מתן זמן לפנייה לערכאות), ופחות חשוב סכום הפיצוי.
   5. צדק מאחה – תפיסה שמגיעה מהתחום הפלילי. לפי תפיסה זו אי-אפשר להסתכל על הנזק או על האירוע כמשהו שנמצא בין הפוגע והנפגע בלבד. כשיש אירוע כזה לא רק הפוגע והנפגע בתמונה אלא גם הקהילה כולה. זה מזכיר את הסיבות הראשוניות לזה שמדינות תובעות בשם העם. במשפט הפלילי תפיסה זו נולדה בעיקר על רקע עבריינות חוזרת. הגיעו להבנה שאם נמשיך עם ההליך הפלילי שלוקח את הנאשם, מכניס אותו לכלא ומשחרר אותו מהכלא נגרום לכך שאותם הנאשמים יחזרו שוב ושוב לביהמ"ש. אף אחד לא מפיק תועלת, העבריין עצמו נמצא בחיי פשע חוזרים, קורבן העבירה מתנתק מהעבירה, והקהילה משלמת מחיר כבד על העבריינות החוזרת ועל בתי הכלא. תפיסת הצדק המאחה מנסה לבוא ולהגיד שצריך לנסות לגרום לכל הצדדים פה להרוויח ולהרגיש שקיבלו צדק. עושים זאת ע"י כך שמושיבים סביב השולחן את העבריין, הקורבן והקהילה. ברגע שלוקחים בחשבון את כל הצדדים, וכל גורם מעלה בפני שני הגורמים האחרים את הפגיעה שהוא נפגע ואת האינטרסים שלו, ניתן להגיע בסופו של דבר למצב בו כל אחד מהצדדים ינסה לספק את האינטרסים של האחרים. העבריין לא יכנס לכלא (זה לא תורם) אלא יעשה עבודות בקהילה. כך כל אחד מהגורמים מקבל מענה לאינטרסים שלו. תפיסה זו מתאימה מאוד להפקעות מאחר שבהפקעה מי שפוגע ביחיד היא הקהילה כולה. כשהיחיד מקבל את הפגיעה הזו הרבה פעמים יש הרבה מאוד עלויות להתנהלות של ההליכים (כעס וטינה כנגד הרשות, המרדה פוליטית נגד הרשות). המטרה פה היא למצוא אפשרות לשיח בו ניתן לכל אחד את האינטרסים שלו. באופן זה ניתן לשמוע באמת את הבעלים (להבין מה כואב לו), לספק לבעלים את כל המידע הרלוונטי, ובעיקר אפשר לבחור סעד שיתאים לאינטרס של הבעלים. לפעמים האינטרס של הבעלים הוא אינטרס כלכלי בלבד, אבל זה לא תמיד המצב. לפעמים יש אינטרס של הבעלים למשל להמשיך להיות חלק מהקהילה. אם ממשיכים עם הליכים של צדק מתקן (רק מחזירים את סכום הפגיעה) לעולם לא נגיע להבנה איזה סעד באמת יענה על האינטרסים של בעל המקרקעין. רק אם נושיב את כל הצדדים יחד נוכל להגיע למצב שבו כל הצדדים מרווחים.
2. **בארה"ב** – אימצו את התפיסה של צדק מתקן. בחוקה נקבע כי קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן. העליון האמריקאי פירש את המילים פיצוי הוגן בתור מחיר השוק של הנכס. אם מפקיעים את הקרקע לבעלים אמריקאי הם מקבלים רק את מחיר השוק של הנכס. מטרת הפיצוי במקרה זה היא השבת הבעלים למצב בו היה לפני ההפקעה.
3. **מהו פיצוי**
   1. ניתן לשאול האם פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס מבסס צדק. ישנם מספר דברים שמחיר השוק לא לוקח בחשבון.
   2. אובדן ערכים סובייקטיביים – הדין האמריקאי מדיר לחלוטין ערכים סובייקטיביים מהשיקולים שלו. סוג אחד של ערכים סובייקטיביים הם ערכים רגשיים (זיכרונות וכדו'). באופן עקרוני השיטה הכי מקובלת לאמוד את מחיר השוק של הנכס היא שיטת ההשוואה, לוקחים נכסים דומים ומסתכלים בכמה הם נמכרו בתקופה האחרונה. הרבה פעמים השיטה הזו לא לוקחת בחשבון סנטימנטים ביחס לנכס. הסוג היותר מעניין של ערכים סובייקטיביים שלא נלקחים בחשבון הם נסיבות כלכליות הרלוונטיות עבור הבעלים בלבד. לדוגמה, אדם החי ליד החותנת שלו והיא שומרת על הילדים שלו לא צריך לשלם על בייביסיטר. אם הוא יצטרך לעבור הוא גם יצטרך למצוא מישהו שישמור על הילדים ולשלם לו. כשמעריכים את הנכס בשווי שוק לא ייקחו את השווי הכלכלי הזה בחשבון. סוג שלישי הוא מתחום הכלכלה ההתנהגותית. אפקט הבעלות הוא הטיה לפיה אדם מעריך בשווי גבוה יותר ממחיר השוק נכסים הנמצאים בבעלותו ללא סיבה (אך ורק מאחר שהם נמצאים בבעלותו). החשש הגדול בכל מה שקשור לערכים סובייקטיביים הוא שאם נתייחס אליהם בפיצוי הבעלים בעלי מקרקעין יגזימו בערך הסובייקטיבי של הקרקע. זה יקשה על היכולת לפצות על ערכים סובייקטיביים. ישנה הצעה לגבי הדין האמריקאי (פרחומובסקי ובל). בדין האמריקאי משלמים מס עירוני לפי שווי הנכס (ברוב המדינות 4% לשנה). כשהרשות רוצה להפקיע היא באה לבעלים ושואלת אותם כמה הם רוצים. אם שווי השוק הוא X והבעלים אומר X2, הרשות יכולה לפצות ב-X2 או להחליט שהיא נסוגה מההפקעה. כדי לדעת שהבעלים לא הגזים ניתן להגיד לו שמס המקרקעין שלו ייגזר מהשווי שהוא קבע עבור ההפקעה (מעתה הוא ישלם 4% מ-X2). לכן בעלים לא ירצו לקחת את הסיכון שהרשות תיסוג בה מההפקעה ואז הם יהיו כבולים לשומה הגבוהה הזו במיסי המקרקעין האלו.
   3. כשלי השוק ה"מדומיין" – עד תחילת שנות ה-2000 חלק גדול מההפקעות בארה"ב היה בשכונות מצוקה לטובת בניית שכונות חדשות. גילוח השטחים הזה והשימוש בהפקעה לצורך התחדשות עירונית גרר הרבה מאוד ביקורת מאחר שהרשות שהפקיעה הקפידה על דיני ההפקעות. הם נתנו לכל אחד מהבעלים של הנכסים באותן שכונות מצוקה את שווי השוק של המקרקעין האלו. העניין הוא שלאף אחד לא היה מה לעשות עם הפיצוי הזה מאחר שהיה מדובר בנכסים במצב קשה ובשווי נמוך. השומה של הפיצוי נעשית לפי שווי הנכס לפני ביצוע ההפקעה. אנשים קיבלו סכומים זעומים עבור הנכסים שלהם ולא יכלו למצוא חלופה עבור מגורים. הדין האמריקאי ממשיך להתנהל ככה (הפקעת שכונות מתפוררות), ובמצב הזה יש כשל שוק אמיתי. מצד אחד נותנים את מחיר השוק של הנכס, מצד שני מחיר השוק של הנכס לא עוזר לאף אחד וגורם לאותם בעלים של מקרקעין לאבד את קורת הגג ואת הסטטוס של בעלים. הדין הישראלי התנהל בצורה אחרת לגמרי. הדין הישראלי מאז ומעולם הבהיר שדיירים שגרו בשכונות מצוקה שפונו או משוקמות יקבלו דירות חלופיות באזור או בסמוך לאזור המשוקם. במקרים קיצוניים כאלו ששווי השוק המלא לא מאפשר לאנשים לשמר את הסטטוס שלהם כבעלים של דירות הדין הישראלי התערב ושינה את המנגנון הזה של שווי שוק של מקרקעין והתייחס לבעיה.
   4. הדרת ערכים כלכליים – הדוגמה היא עסקים שיש להם בסיס לקוחות טוב התלוי במיקום. ברגע שמוציאים אותם הדין האמריקאי (זולת קליפורניה) לא מתייחס לאובדן המוניטין או הפסקת הפעילות של עסק חי. משלמים רק את העלות המבנה, למרות שבעסקים מצליחים המבנה הוא לא מה שמשקף את הפעילות של העסק.
4. **בדין הישראלי** – בפס"ד ארידור השופט חשין מתאמץ להראות שהפיצויים חשובים ושביהמ"ש חייב להתייחס אליהם כקניין של הבעלים. "פיצויי ההפקעה חוט של **קניין** משוך עליהם. יתר על כן, פיצויי **קניין** הם. פיצויי ההפקעה באים תחת נכס **הקניין**, ונועדים לתפוס את מקומו של **הקניין**...". למעשה ביהמ"ש הישראלי מתייחס לפיצויים בצורה רצינית. בהקשר הזה הדין הישראלי מאמץ תפיסה של צדק מתקן כבסיס לתפיסת הפיצוי שלו ולכן הוא מתייחס ברצינות להעמדת הנפגע במעמדו הכלכלי לפני ההפקעה.
5. **פקודת הקרקעות**
   1. ס' 12 קובע "בבוא ביהמ"ש להעריך את הפיצויים שיש לפסוק בעד כל קרקע או זכות או טובת הנאה בקרקע, ינהג לפי התקנות הבאות: א. אין לו לביהמ"ש להביא בחשבון את העובדה שהקרקע נרכשה בכפיה; ב. בכפוף למותנה לקמן יקובל כשוויה של הקרקע, **אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב**". מטרת סעיף זה למנוע את הפגיעה באוטונומיה. בדיני ההפקעות נאמר לביהמ"ש שאסור לו להתייחס לעובדה שהקרקע נמכרת בכפייה. הכלל בישראל הוא פיצוי בהתאם למחיר השוק של הנכס.
   2. ס' 20 קובע חריג למחיר השוק. ס"ק א' אומר שאם לקחו עד רבע מהמגרש, יש פטור מלשלם פיצוי. שר האוצר מקבל פטור של 25% על ההפקעה. נכון שסטנדרט הפיצוי הוא 100%, אבל שר האוצר מקבל פטור של 25%. לא רק שהוא מקבל פטור אם הוא מפקיע עד 25%, גם אם הוא מפקיע יותר מ-25% הוא עדיין מקבל הנחה. אם הוא מפקיע 40% הוא חייב לשלם רק 15%. כל זה היה נכון עד שנת 2010. בשנת 2010 החוק לתיקון פקודת הקרקעות מבטל את החריג. כל פעם שהשר מחליט להפקיע קרקע הוא צריך לשלם 100%. ישנו מקרה אחד בו עדיין יש תחולה לחריג זה והוא כאשר ההפקעה מתבצעת על ידי רשות מקומית. משמע **סטנדרט הפיצוי הוא 100% משווי השוק של הנכס, אלא אם כן מדובר על מקרה בו ההפקעה מבוצעת לטובת רשות מקומית, אז שר האוצר יכול להפחית 25% מהפיצוי**. הסיבה התיאורטית לאפשר הפחתה במקרה של הפקעה לרשות מקומית היא שבד"כ כשרשות מקומית מפקיעה זה לטובת צרכים קהילתיים, ולכן מבקשים מהבעלים הקרבה מסוימת מצדו. הסיבה המעשית שחריג זה נשאר בחוק הוא שרשויות מקומיות נמצאות בגירעון, כך שאם לא נפתור אותן הן לא יספקו שירותים מקומיים.
   3. ס' 20(ג) הוא מהסעיפים שמנוסחים בצורה הגרועה ביותר בספר החוקים. הוא נותן שיקול דעת בלי ניתן לביקורת שיפוטית לשר האוצר. הוא קובע כי למרות ההוראות של ס"ק (א)+(ב), מותר לשר האוצר להעניק - לפי ראות עיניו, אם נקבע כדי הנחת דעתו, שהצמצומים שהוטלו בכל אחת מן הפסקות ההן, יגרמו סבל - אותם פיצויים או פיצויים נוספים, שיראה אותם נכונים בהתחשב בכל נסיבות המקרה. משמע **שר האוצר יכול לפי שיקול דעתו, במקרים קשים של עוגמת נפש, לבטל את ההפחתה (משמע לשלם את כל ה-100%) או להעניק פיצוי נוסף**.
6. **חוק התכנון והבניה**
   1. בס' 190(א) נקבע שבמידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק התכנון והבניה, תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות. זה כאילו הועדה המקומית רשאית להשתמש בסמכויות של הממשלה. לגבי פיצוי, ס' 190(א)(1) מחיל את ס' 20 לפקודת הקרקעות ונותן פטור גדול יותר לרשויות (40% במקום 25%). בהמשך נאמר שלא יופקע חלק ממגרש אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש. האינטואיציה הבריאה אומרת שאם יש קרקע ששווה 100 ורשות לוקחת 60, אז מה שנשאר אצל הבעלים צריך להיות שווה 40. אם הם שווים פחות מ-40 לאחר ההפקעה אז אפשר או להפקיע את כל הקרקע או לא להפקיע. אי-אפשר לקבל תוצאה שבה יתרת הקרקע שנשארת בידי הבעלים פוחתת בערכה. ביהמ"ש לא פירש את הסעיף באופן זה. הפרשנות של הגנת יתרת החלקה היא פרשנות שמדברת על ניצול סביר של הקרקע. כל עוד הבעלים יכול לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע זה לא יחייב את הרשויות להפקיע את כל החלקה. פרשנות זו נכונה יותר מאחר שבפרשנות יחסית נוכל לשמור על השווי היחסי של החלקה אבל הבעלים לא יוכל לעשות שום דבר עם החלקה. אם מפקיעים 99% ומשאירים 1% אצל הבעלים, ואותו אחוז שומר על ערכו, זה לא יעזור לבעלים שנשאיר אותו עם השווי היחסי. **לפי ביהמ"ש, ניתן לקיים הפקעה ולהשאיר יתרת קרקע אצל הבעלים רק כשהבעלים יוכל לעשות שימוש סביר בקרקע**.
   2. השאלה המרכזית העומדת במרכז הפקעות מכוח חוק התכנון והבנייה היא מדוע קיים חריג של 40% משווי החלקה. ראשית, חריג זה של 40% לא התבטל בחוק לתיקון דיני הרכישה. בעוד שבפקודת הקרקעות בוטל החריג של 25% והשאירו אותו רק במקרים מסוימים, החריג של 40% עדיין קיים. השאלה היא האם רשויות באמת יכולות לשלם רק 60% על קרקע שהיא מפקיעה. התשובה היא לא, וע"מ להבין זאת צריך להבין מה קרה בביהמ"ש בשנות ה-80.
   3. הלכת חממי – הסיטואציה שהלכת חממי באה לתת לה מענה היא סיטואציה בה רשויות היו מאשרות תוכנית שמייעדת את המקרקעין של הבעלים לייעוד ציבורי, אבל לא היו מבצעות את ההפקעה בפועל במשך עשרות שנים. בעלים שנמצאים בסיטואציה הזו הם בעלים של קרקע שלא שווה כלום מבחינה שוקית, אך מצד שני לא ניתן לתבוע פיצויי הפקעה מאחר שלא הייתה הפקעה בפועל. היו בעלים שחיכו שנים עם קרקע קפואה. הלכת חממי קובעת שינוי משמעותי בתפיסה של הפקעות מכוח חוק תכנון ובניה. היא עושה עיוות של ההבנה של חוק תכנון ובניה והיא למעשה מפצלת את הליך ההפקעה מכוח תכנון ובניה לשני שלבים (**ההליך הדו-שלבי**). הלכת חממי מסתמכת על ס' 189, ולפיה יש שני שלבים בהפקעה. השלב הראשון הוא אישור התוכנית והשלב השני הוא ההפקעה בפועל. הלכת חממי קובעת שהחלוקה הזו לשני שלבים מאפשרת לבעלים לקבל פיצוי מוקדם יותר על הפגיעה שנגרמת לו בקרקע באמצעות סעיף אחר בחוק התכונן והבניה העוסק בגריעות תכנוניות, ס' 197. כאמור, נטילה שלטוני מחולקת להפקעות (שם הרשות לוקחת את הקרקע) ולגריעות תכנוניות (הרשות לא לוקחת את הקרקע אבל היא משפיעה על היכולת להשתמש בקרקע ע"י אישור תוכניות מסוימות). ס' 197 נועד לתת מענה למצב של גריעות תכנוניות. לפי סעיף זה, אם נפגעו מקרקעין על ידי תכנית, שלא בדרך של הפקעה, מי שביום תחילתה של התוכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית. המשמעות היא שאם אישרו תוכנית שפוגעת בשווי ובתכונות של המקרקעין, הבעלים יכול להגיש תביעה מכוח 197 לוועדה המקומית לקבל פיצוי. הפיצוי הוא שווי הפגיעה, בודקים מה הפגיעה שנגרמה והבעלים מקבלים 100% משומת הפגיעה. יש שתי בעיות בהקשר של הפקעה עם ס' 197. בעיה אחת היא שכתוב במפורש שהסעיף נוגע למצב שאינו הפקעה. בעיה נוספת היא שההתיישנות של תביעת 197 היא שלוש שינם בלבד ולא שבע שנים כמו תביעות רגילות. **הלכת חממי למעשה אומרת שמתעלמים מהמילים "שלא בדרך של הפקעה" בס' 197, ומאפשרים לבעלים של קרקע קפואה לתבוע פיצויים בהתאם לס' 197**. אנשים אלו מקבלים לכיסם בערך 90% משווי הקרקע שלהם ברגע שמאושרת התוכנית באמצעות ס' 197. כשתגיע ההפקעה, בשלב השני, המקרקעין שווים בערך 10% (רוב השווי ירד בשלב אישור התוכנית), ועל סכום זה ניתן להגיש תביע על הפקעה (ס' 190) ורק מזה הרשות יכולה להוריד 40%. אם למשל הקרקע שווה 100, אושרה תוכנית שמייעדת את הקרקע לצורך ציבורי ולכן הקרקע שווה 10. בשלב הזה צריך להגיש תביעה עפ"י 197, ואז ניתן לקבל מיד 90% משווי הקרקע. כשתגיע ההפקעה ניתן לתבוע את יתרת השווי של הקרקע באמצעות ס' 190 (10) ואז הרשות תוכל להפחית 40% (משמע 4% משווי הקרקע כולה). לכן לפי הלכת חממי אין דרמה בחריג של 40%, מאחר שרוב הכסף כבר נמצא בכיס של הבעלים כאשר מגיעה ההפקעה עצמה.
   4. פס"ד חגולי – אין ספק שהרציונל בהלכת חממי הוא לטובת הבעלים, אך חשוב להבין שזה עובד לשני הצדדים. במקרה זה מדובר על אנשים שלא הגישו תביעה לפי 197 תוך שלוש שנים. במקרה זה ביהמ"ש אומר שלוקחים את החלוקה של ההליך הדו-שלבי ברצינות. משמע, אם תוך שלוש שנים לא תובעים את ירידת הערך מפסידים את הזכות לפיצוי על ירידת הערך, ואז כל מה שניתן לתבוע זה את ה-10% שנשארו אחרי ירידת הערך. לכן חשוב להבין שהפיצול אינו חד-צדדי שנועד רק לטובת הבעלים, ביהמ"ש לוקח אותו ברצינות.
7. **מתי ראוי להפחית פיצוי**
   1. פס"ד פייצר – באופן עקרוני, יש הנחיות בדין הישראלי שמאפשרות לרשויות פטורים והנחות בלקיחת מקרקעין. השאלה היא מה ההיגיון במתן פטורים אלו. אלו פטורים שלא נמצאים באף מדינה מערבית אחרת. רק בגרמניה יש אפשרות כלשהי להפחית אבל לא קבוע סטנדרט בחוק של 25 או 40. הסיבה שביהמ"ש נותן לזה היא השבחה. נניח יש חלקה שלקחו ממנה 60% לטובת הקמה של בי"ס. אומר ביהמ"ש שהבעלים אמור לקבל 60. אם הוא יקבל 60 יהיו לו ה-40 שנשארו אצלו וגם ה-60 בכסף ולכן לכאורה הוא נמצא באותו מקום בו הוא היה. עם זאת, אם מקימים בי"ס למעשה משביחים את יתרת הקרקע. עד עכשיו הבעלים גרו בשכונה בלי בי"ס ועכשיו יש בי"ס, לכן יתרת הקרקע מושבחת. אם עכשיו הקרקע שווה 60 ויחייבו את הרשות לתת עוד 60, הבעלים למעשה הרוויח מההפקעה (יש לו ביד 120). אין בעיה להרוויח, הביעה היא שמדובר בכסף ציבורי. מכאן שמותר להפחית פיצוי מאחר שליתרת החלקה יש השבחה, וע"מ למנוע פיצוי יתר מכספי הציבור מאפשרים להפחית פיצוי. עפ"י פס"ד פייצר היה מותר להפחית 40% מהפיצוי גם כשהפקיעו את כל החלקה. לא מגיעים לשאלה האם מבחינה עובדתית יתרת החלקה הושבחה מאחר שאין יתרת חלקה. מצד אחד יש פה רציונל של השבחה, מצד שני גם כשבוודאות אין השבחה (הפקעה של 100%) עדיין ניתן להפחית. יש פה אבסורד מאוד גדול, והדבר הזה תוקן בשנות ה-90.
   2. פס"ד הולצמן – כשמפקיעים קרקע בשלמות אי-אפשר להפחית. אם נאמנים לתפיסה לפיה סמכות ההפחתה היא בגלל ההשבחה שנגרמת ליתרת החלקה, אז ברגע שבוודאות אין השבחה עקב הפקעת 100% מהקרקע אי-אפשר להפחית. עדיין ישנה השאלה לגבי מצבים בהם כן נשארת יתרת קרקע אך עובדתית אין השבחה.
8. **מה קורה כשאין השבחה**
   1. פס"ד רוטמן – ע"מ להבין מקרה זה יש לדון בפקודת הדרכים ומסילות הברזל. כיום פקודה זו כבר לא קיימת אבל באותה העת פקודה זו הייתה אחת המשמעותיות ביותר בדיני ההפקעה השלטונית. פקודת הדרכים הכילה הוראה זהה לפקודת הקרקעות בכל הנוגע להפחתת הפיצוי. בס' 7 לפקודה נאמר ששר התחבורה יכול להפחית את הפיצוי בשיעור של 25%. אם שר התחבורה נוכח שיש פגיעה או סבל לבעלים הוא רשאי להגדיל את הפיצוי ולהוסיף פיצויים נוספים. הסיפור ברוטמן הוא על קרקע שהופקעה בצורה חלקית, והפיצוי שניתן לבעלי הקרקע היה מופחת ב-25%, למרות שעובדתית הקרקע שנשארה בידיים של הבעלים לא הושבחה. ביהמ"ש קובע שאם יתרת הקרקע לא מושבחת הלכה למעשה אז הסמכות של שר התחבורה לפיה הוא רשאי להשלים את הפיצוי או להעניק פיצויים נוספים הופכת להיות חובה. כלומר, אם יתרת הקרקע לא מושבחת מחייבים את שר התחבורה להשלים את הפיצוי ל-100%. במילים אחרות, אי-אפשר למעשה לבצע הפחתה של הפיצוי אם יתרת הקרקע לא מושבחת. זו ההכרעה שהתקבלה ב-2010 והיא הייתה מאוד משמעותית עבור הפקעות מכוח פקודת הדרכים.
   2. פס"ד מסרי – פס"ד זה עוסק בחוק התכנון והבניה. על פניו כל מה שביהמ"ש היה צריך לעשות זה לקחת את האמירה מרוטמן וליישם אותה גם בהקשר של חוק התכנון והבניה. רוטמן החזיר לפס"ד פייצר וקבע שככל שהרציונל לא מתקיים (אין השבחה ליתרת החלקה) אי-אפשר להפחית מהפיצוי. חוק התכנון והבניה מפנה לפקודת הקרקעות, שבה יש את אותה ההוראה כמו בפקודת הדרכים, ולכן מצפים ליישום זהה של ביהמ"ש. ביהמ"ש לא אומר את זה. בס' 190(א)(2), שהוא הסעיף שמפנה מחוק התכנון והבניה לס' 20(ג) בפקודת הקרקעות (המאפשר מתן פיצוי סבל), הוא המאפשר להעניק פיצוי מלא. ביהמ"ש קובע שברירת המחדל היא שצריך להשלים את הפיצוי המלא אך הוא גם קובע שיקולים לשלילת פיצויי סבל והם: 1. הפגיעה מינורית; 2. הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים; 3. ההפקעה הינה לצורך קהילתי. המשמעות היא ששר האוצר יכול להמציא את קיומו של אחד מהשיקולים האלו ואז גם אם הקרקע לא הושבחה ניתן להפחית מהפיצוי. ביהמ"ש לא קבע היררכיה כלשהי בין השיקולים. מה שקורה כיום זה שבמשרד המשפטים עובדים על גיבוש תקנות מתי שר הפנים יהיה חייב להשלים פיצוי ומאילו טעמים הוא יוכל שלא להשלים פיצוי.
9. **לסיכום: מתי מותר להפחית פיצוי**



* 1. פקודת הקרקעות – באשר לפקודת הקרקעות, מצד אחד פקודת הדרכים כוללת את אותה ההוראה כמו פקודת הקרקעות. מצד שני, ההסדר שנקבע לגבי חוק תכנון ובניה נקבע לגבי הסעיף המפנה לפקודת הקרקעות. באופן עקרוני, היינו אומרים שבפקודת הקרקעות ההיגיון עובד כמו בפקודת הדרכים (השר מפעיל אותה, שימושים כלליים). לכן אם יגיע מקרה כזה לביהמ"ש היו מחילים את רוטמן. הסיבה שביהמ"ש הבחין בין רוטמן למסרי היא השימוש הקהילתי בחוק התכנון והבניה. לכן מאחר שיש שימוש כללי בפקודת הקרקעות זה היה צריך ללכת לפי פס"ד רוטמן. עם זאת, האפשרות היום להפחית פיצוי בפקודת הקרקעות היא רק לטובת רשויות מקומיות. כלומר, אם עושים שימוש בפקודת הקרקעות ומפחיתים פיצוי זה יהיה רק לטובת שימושים קהילתיים. לכן יש פה קונפליקט לגבי מה תהיה ההכרעה. מצד אחד הפקודה עצמה משמשת לשימושים כלליים, מצד שני היכולת להפחית מוגבלת לרשויות מקומיות (כלומר שימושים קהילתיים). לכן יתכן שביהמ"ש דווקא יחיל על מקרה מסוג זה את הלכת מסרי.

1. **האם קיים פיצוי בעין**
   1. למרות שסטנדרט הפיצוי הוא מחיר השוק של הנכס יש גם סעדים אחרים המוענקים לבעלי מקרקעין שמפקיעים להם את הקרקע. הסעדים האחרים קיימים מאחר שלפעמים הפיצוי הכספי לא כולל בתוכו הרבה מאוד ערכים וגם לא מאפשר לבעלים לעשות שום דבר עם הפיצוי הכספי הזה.
   2. חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום – חוק זה כלל הוראה מאוד פרוגרסיבית וחברתית כבר בשנות ה-60, שניסתה להתמודד עם הפקעות שמשליכות על אנשים חלשים בשכונות מתפוררות (שאם נחיל עליהם את הפיצוי בשווי השוק הם היו מאבדים את היכולת לחזור להיות בעלים של נכס). בס' 39(א) נקבע כי "מחזיק הגר במקרקעין מופקעים או שיש לו בהם עסק לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיוק חלוף באותו אזור או אזור אחר או שיש לו דיור כאמור; ובלבד שלא יהיה הדיור החלוף באזור המיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין". מדובר פה על מחזיק, אפילו לא חייבים להיות בעלים. החוק קובע שחייבים להציע למחזיק דיור חלוף אם אין לו מקום לעבור לגור בו. לא רק שההוראה מחייבת לתת דיור ולא רק מחיר שוק, היא גם קובעת בסיפא שאי-אפשר לתת לו דיור חלוף בשכונה שעומדת בעצמה לעבור שיקום. פה הדין הישראלי מנסה להתמודד עם הבעיה של השארת בעלי מקרקעין בלי אפשרות לחזור ולהיות בעלים של דיור. זה מראה שיש בדין הישראלי סעדים שהם לא סעדים כספיים.
   3. חוק התכנון והבניה – ס' 194 קובע כי "בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה בית מגורים שנועד בתוכנית להריסה אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף סביר למי שהיה דר בבית מכוח זכות שבדין או זכות שביושר במועד פרסום ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין, או, אם רצה הדייר בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר". פה כבר מדובר על בעל זכות במקרקעין. מבחינת הסעד סעיף זה מאפשר לצד האפשרות של דיור חלוף גם אפשרות של פיצויים כספיים לטובת השגת דיור חלוף.
2. **חזרה מהפקעה**
   1. פס"ד קרסיק – השופט חשין עושה שינוי דוקטרינרי בכך שהוא קובע שהבעלים נשאר בתמונה. הפקעה משמרת את הזיקה של הבעלים לקרקע. אם לאחר ההפקעה מסתיים הצורך הציבורי בקרקע המדינה צריכה להחזיר את הבעלים לקרקע. פס"ד קרסיק הטמיע את התפיסה לפיה הבעלים זכאי ליחס יותר טוב מצד הרשויות במקרה של הפקעה, גם בשלב שלפני ביצוע ההפקעה וגם בשלב שאחרי ביצוע ההפקעה אם הצורך של ההפקעה הסתיים. החוק לתיקון דיני הרכישה הכניס שלושה אלמנטים עיקריים לדיני הנטילה השלטונית.
   2. ביטול הפחתת הפיצוי – כאמור, תיקון לדיני הרכישה צמצם מאוד את היכולת להפחית פיצוי מכוח דיני הרכישה.
   3. הקמת ועדה מייעצת + שימוע – התיקון הקים את הועדה המייעצת וקבע חובת שימוע לבעלים. עד אז הייתה חובת שימוע אך היא לא הייתה קבועה בחוק. נקבע גם שאם נגמר הצורך הציבורי חייבים להחזיר את הבעלים לשימוע חוזר.
   4. חובת תחימת זמן ההפקעה – כששר האוצר מפקיע מקרקעין הוא משתמש בשני צווים. הצו הראשון הוא צו עפ"י ס' 5, הקובע שצריך להוציא הודעה לבעלים שמתכוונים להפקיע את המקרקעין. הצו הראשון עוד לא תוחם זמן או אומר מתי זה עומד לקרות, הוא רק אומר שעומדת להיות הפקעה. הצו השני הוא עפ"י ס' 7, ובו הרשות אומרת לבעלים שהיא מתכוונת לתפוס חזקה במקרקעין ביום X. בד"כ, עד לחוק לתיקון דיני הרכישה, רוב הרשויות היו מוציאות את שני הצווים האלו יחד, מאחר שלא הייתה משמעות לפער ביניהם. עד לתיקון רשות לא הייתה חייבת עפ"י חוק להתחיל את מימוש ההפקעה בשלב כלשהו. מאז התיקון, בצו 7 חייבים לתחום את תקופת תחילת הביצוע. כששר האוצר מוציא צו 7 הוא חייב לכתוב שהוא מתכוון לתפוס את הקרקע ביום X ותקופת תחילת הביצוע (להיות סגור מבחינת חוזים עם קבלנים וכו') היא תוך Y שנים. התקופה יכולה להיות ארוכה. ברירת המחדל היא עד 8 שנים, כאשר השר יכול מטעמים מיוחדים לדרוש עד 15 שנים. אם כבר התחילה התקופה (נקבע 15 שנים וכרגע נמצאים בשנה 4) ורואים שיש בעיות אז שר האוצר יכול להאריך את זה בעוד שנתיים (מקסימום של 17 שנים). ניתן לשאול מדוע נותנים כל כך הרבה זמן. מבחינת הבעלים יש כאן הטבה ביחס למצב הקודם, מאחר שבעבר לא הייתה כל מגבלה שהיא. למרות זאת נשאלת השאלה למה נותנים לרשויות כל כך הרבה זמן. הסבר אחד הוא שיש הליכים מורכבים שדורשים מספיק זמן כדי להיערך. הסיבה העיקרית שנתנו היא דיני המכרזים. רשויות ציבוריות שמפקיעות קרקע ורוצות להקים מבנים ציבוריים צריכים לצאת למכרז. מכרזים לוקחים המון זמן (כל מכרז שמוכרע יום אחרי מתקבלת עתירה לביטול המכרז, מה שעלול להוביל למכרז נוסף).
3. **התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה**
   1. כאמור, בהליך הדו-שלבי ההתיישנות היא של שלוש שנים. בפיצויי הפקעה ההתיישנות היא של שבע שנים.
   2. פס"ד ארידור – מדובר במקרה זה על הפקעה שלאחר 40 שנים באו היורשים וביקשו פיצויי הפקעה. העירייה טענה שצריך לסלק את התביעות. ביהמ"ש דחה את התביעה בגלל התיישנות. הוא קבע שמחילים את חוק ההתיישנות על פיצויי הפקעה. זה מגיע לעליון שם יש מחלוקת בין שופטי ההרכב. כולם מסכימים שחוק ההתיישנות חל על פיצויי הפקעה. השאלה הגדולה היא ממתי סופרים שבע שנים (או לפי ס' 6, מתי נולדת עילת התובענה). **לפי חשין**, העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי. כלומר, נתחיל לספור את שבע השנים רק לאחר שקיבלנו תשובה ברורה מהרשות שהיא מסרבת לשלם את הפיצוי. משמע, גם אם חיכינו מאה שנים ורק אז פנינו וקיבלנו סירוב, רק אז מתחילה ההתיישנות של שבע שנים. כל עוד לא התקבל סירוב הבעלים משמר את הזכות שלו לתבוע פיצויים. **לפי גרוניס**, העילה נולדת ברגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין. רק כשהרשות תופסת חזקה במקרקעין תביעת הפיצויים נולדת (זה למעשה מה שהוביל להלכת חממי). כל עוד הרשות רק פרסמה תכנית שהורידה את ערך הקרקע אי-אפשר לתבוע. **לפי ארבל**, העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית. זו איזושהי עמדת ביניים בין חשין לגרוניס.
   3. ד"נ ארידור – גרוניס כבר היה נשיא במקרה זה, וכאן הוכרע אחת ולתמיד כי תביעת ההתיישנות על פיצויי הפקעה נולדת בשלב בו הרשות תופסת חזקה במקרקעין, ומשם מתחילים לספור שבע שנים (לפי עמדת גרוניס).

# **דרכי רכישת זכות קניינית**

## **הקדמה**

1. כבר בתחילת הקורס, כשניסינו להסביר את ההבדל בין זכות חוזית לזכות קניינית, דיברנו על כך שיש משמעות גדולה לשלב בו נרכשת הזכות הקניינית. ההבדל המשמעותי הוא שהזכות לקניין מקנה לבעלים שלה גישה בלתי אמצעית אל הנכס, בשונה מזכות חוזית שהיא זכות אישית ביחס לאדם אחר. המשמעות יכולה להיות למשל שאם כרתתי חוזה על דירה מול אדם מסוים, כל עוד לא שכללתי את הזכות לכדי זכות קניינית, כל מה שיש לי זה זכות מול אותו אדם.
2. **דרכי הרכישה**
   1. ירושה – אדם נפטר והוא מוריש את הזכות הקניינית שלו לאדם אחר.
   2. תפיסת חזקה – במקרקעין תפיסת חזקה זה משהו שהיה קיים (ועדיין קיים בחלק מהעולם המערבי). יש מצב כזה שבו אדם תופס נכס שלא שלו, והתפיסה הזו של הנכס מביאה אותו בסופו של דבר להפוך להיות בעל זכות קניינית בנכס. באנגלית זה נקרא "Adverse Possession", בעברית זה נקרא התיישנות רוכשת. מדובר על תפיסת חזקה בקרקע למשך הרבה מאוד זמן, ואז משך הזמן שבו אתה מחזיק בקרקע מעביר לך או מגבש לך זכות קניינית בקרקע. בישראל הסיפור הזה בוטל ע"י ביהמ"ש העליון. הסיבה שזה בוטל היא בגלל שמי שהשתמש בעיקר בהתיישנות רוכשת היו מגזרי מיעוטים (בעיקר בדואים בנגב). לעומת זאת, במיטלטלין, נכסים שהופקרו או אבדו, עצם החזקה יכולה לגבש זכות קניינית בנכס.
   3. חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה – זיקת הנאה מכוח שנים. מעצם העובדה שעובר מספיק זמן ומשתמשים במקרקעין יכולה לצמוח זכות קניינית של זיקת הנאה.
   4. שיפור נכסי זולת – ערבוב או חיבור של מיטלטלין ומחוברים ובנייה במקרקעי הזולת. מצבים שבהם אדם מכניס נכס מיטלטלין שהוא לא שייך לי וכתוצאה מהעובדה שהוא נהיה מחובר למקרקעין הוא משנה את הבעלות והופך להיות שייך לגורם אחר.
   5. עסקה רצונית – מכר, מתנה, שכירות, משכון וכו'. זו הדרך הסטנדרטית ביותר לרכוש זכות קניינית. רכישת זכויות בנכסים (מקרקעין, מיטלטלין, זכויות) היא עסקה שדיני החוזים חלים עליה. במקרים מסוימים, ע"מ לעמוד על דרישות החוק ביחס לנכסים מסוימים, ישנן דרישות מיוחדות. לדוג', דרישת הכתב (לגבי מקרקעין, בהתאם לס' 8). חריג לדרישת הכתב היא שכירות קצרת מועד. ניתן לשאול מתי משנים את המצב של זכות חוזית לזכות קניין. מתי עוברים משלב חוזי/אובליגטורי (התחייבות לעסקה) לשלב הקנייני (השתכללות העסקה). יש לכך חשיבות הן ליחס בין הצדדים לחוזה אבל בעיקר ביחס לצדדים שלישיים. חשוב להבין שכשעושים חוזה למעשה נמצאים בשלב החוזי. כל דיני החוזים חלים על השלב הזה.

## **השתכללות הזכות במקרקעין**

1. **המצב בישראל**
   1. יש הוראה ברורה בס' 7 לחוק המקרקעין. לפי סעיף זה עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני כשרושמים את הזכות בלשכת המרשם של המקרקעין. סעיף זה רלוונטי רק לעסקאות במקרקעין הטעונות רישום. זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום הן זיקת הנאה מכוח שנים וזכות קדימה מכוח החוק. זכות שהיא תוצר של עסקה ואינה טעונות רישום היא שכירות קצרת מועד.
   2. פס"ד בוקר – כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום, נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה, אך לא צד שלישי.
   3. פס"ד אהרונוב – כאן מתבצע שדרוג לשלב החוזי. בגלל החשיבות של עסקאות במקרקעין, רוצים להסתכל על השלב החוזי בצורה שונה. אם מסתכלים על השלב החוזי כמציאות חוזית בלבד, שלא מקנה לרוכש שום דבר זולת ההתחייבות החוזית, למעשה מסתכלים על זה באופן דיכוטומי ושגוי. גם לפני שהרוכש רשם את המקרקעין נכון להסתכל על מצב הרוכש כעל מישהו שיש לו זכות מעין קניינית. זה פחות מזכות קניינית אבל גם יותר מזכות חוזית.
2. **סיבות לפער בין מועד החתימה למועד העברת הזכות**
   1. כאמור, השלב בו עוברים בצורה רשמית מהשלב האובליגטורי לשלב הקנייני זה רישום הזכות בטאבו. השאלה הגדולה היא למה בכלל יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום. למה שהרוכש לא ייגש מיד עם החתימה לרישום הנכס על שמו. באופן עקרוני, כשמנסחים חוזים לרכש מקרקעין מה שקורה זה שכורתים את החוזה ולוקח זמן עד שרושמים את הדירה בטאבו. בזמן זה הרוכשים צריכים להתחיל לשלם את התשלומים. מצד אחד הם משלמים ומצד שני הם לא מקבלים את הזכות הקניינית. הרבה פעמים מה שעושים זה להעביר כספים בנאמנות לעו"ד או דוחים את התשלומים עד שנרשמת הזכות בטאבו. יש שתי סיבות עיקריות בגין אי אפשר לעשות את הרישום מיד עם כריתת החוזה.
   2. הסיבה העיקרית היא **מיסים ואישורים**. ע"מ שיהיה ניתן למכור דירה צריך ראשית להביא לטאבו חבילה של אישורים. בין היתר, האישורים האלו כוללים אישורים ממיסוי מקרקעין. במיסוי מקרקעין צריך ממלאים טופס דיווח מיסוי מקרקעין, מדווחים על המכירה כולל שומה עצמית של מכיר המכירה של הנכס. אם פטורים ממיסוי מקבלים אישור פטור מרשות המיסים, אותו צריך להגיש לטאבו. אם לא פטורים צריך לשלם ואז מקבלי שובר אישור תשלום אותו מגישים לטאבו. הדבר הזה לוקח זמן, ולכן חייב להיווצר פער בין השלב שבו חותמים על החוזה לבין השלב שבו רושמים. מעבר לזה, יש עוד הרבה מאוד אישורים שצריך לקבל מהרשויות המקומיות (ארנונה, היטל השבחה ועוד), אותם חייבים להביא לטאבו.
   3. גורם נוסף שגורם לפער בזמנים הוא נושא **המימון ומשכנתאות**. רוב מי שרוכש דירה עושה זאת באמצעות משכנתא. משכנתא היא גם זכות קניינית, ולכן היא רשומה בטאבו. אם אדם א' קונה דירה מאדם ב', גם לאדם ב' יש משכנתא. אם אדם א' רוצה משכנתא הוא צריך להביא לבנק חוזה על הדירה. לוקח זמן עד שמוציאים את המשכנתא בבנק. הרבה פעמים יש גם למוכר משכנתא משלו, לטובת הבנק שהוא לקח ממנו את הבנק. יש הליך שדורש את הסרת הרישום של המשכנתא. נניח שהמוכר לקח משכנתא של מיליון שקלים, ונשארו לו כעת 200 שקלים להחזיר. הקונה צריך לשלם שני מיליון על הדירה. ע"מ שהמוכר יוכל להעביר את הדירה לקונה, חייבים להסיר את המשכנתא הקודמת. הבנק לא יאפשר החלפת בעלות לפני כן. ע"מ להסיר את המשכנתא הקודמת צריך לפרוע אותה. בשביל זה המוכר צריך את יתרת הכסף. כסף זה יגיע מהסכום עבור הדירה. לכן צריך ראשית לחתום על החוזה ושהקונה יעביר את הסכום למוכר לטובת הסרת המשכנתא. לכן, בשורה התחתונה, תמיד יהיה פער של זמנים בין שלב העסקה לבין שלב הרישום.
   4. כשמדברים על עסקה במקרקעין מתכוונים למקרקעין רשומים. מקרקעין רשומים אלו מקרקעין שמופיעים בטאבו. יש מקרקעין (מעטים) שלא רשומים בטאבו. מקרקעין אלו הם מקרקעין לא רשומים. לא מתייחסים למקרקעין לא רשומים כמקרקעין בכל הקשור לזכות קניינית.
3. **הליך רישום סטנדרטי**
   1. יש להביא את כל המסמכים – צריך להביא לטאבו שטר מכר. שטר מכר הוא לא החוזה, זה שטר רשמי של מדינת ישראל הקובע איך מעבירים זכויות במקרקעין + עותק של החוזה +אישורי עירייה + אישורי מיסוי + הסרת משכנתא.
   2. הערת אזהרה – אם רוכשים מקרקעין וצריכים לשלם שני מיליון על הדירה. כשחותמים על החוזה לקונה אין עדיין זכות קניינית אלא רק זכת חוזית. הדבר הראשון שעו"ד מכניסים כתנאי ראשוני להעברת כסף למוכר זה רישום הערת אזהרה. הערת אזהרה **אינה** זכות קניינית, היא לא מקנה שום זכות קניינית. היא כן עושה שני דברים: 1. היא מהווה תמרור אזהרה לכל אדם או גורם אחר שמתעניין במקרקעין האלו. כל גורם אחר שירצה לקנות את המקרקעין האלו רואה שהקונה המקורי נמצא בתמונה. לשכות הרישום לא מאפשרות העברת בעלויות בנכסים אלא אם כן מסירים הערות אזהרה או אישור מבעלי הערות אזהרה להחלפת הבעלות. 2. היא מקנה סוג מסוים של בטוחה. לא מאפשרים להעביר את הנכס פרקטית לגורם אחר כל זמן שלא בוטלו הערות האזהרה. שלושה המופעים העיקריים של הערות אזהרה הם: 1. בחתימת חוזה על דירה (הכסף לא יעבור עד לרישום הערת אזהרה). בד"כ בחתימת החוזה יחתמו על ייפוי כוח מהמוכר לרישום הערת אזהרה. 2. בעסקאות קומבינציה. 3. בדיני תחרויות. אחד הרציונלים של דיני תחרויות זה מונע הנזק הזול. בדיני תחרויות אפשר להפסיד את הנכס אם לא עושים את הצעד המינימלי והזול הזה של רישום הערת אזהרה בנכס. לכן יכולים להטיל על הקונה את האחריות בתור מונע הנזק הזול ביותר.

## **השתכללות הזכות במיטלטלין**

1. דגם כאן יש את החלוקה לשלב האובליגטורי (חוזי, התחייבות לעסקה) ושלב קנייני (השתכללות העסקה). באשר למיטלטלין, יש את **ס' 33 לחוק המכר**. הוא קובע שהבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו. משמע ברירת המחדל היא שכאשר מיטלטלין עוברים מיד ליד הופכים להיות הבעלים ואז מתגבשת הזכות הקניינית. הסעיף גם מתיר לצדדים להסכים על מועד ועל דרך אחרים להעברת הבעלות. ניתן לשאול מדוע קיים ס' 33 ולא פשוט מעבירים את הבעלות בשלב הרישום בדומה למקרקעין. הסיבה היא שאין מרשם של מיטלטלין ולכן אין יכולת ליצור מנגנון שמתנה את גיבוש הבעלות ברישום. גם במצב זה ניתן לשאול מדוע למשל לגבי רכבים אי אפשר לעשות את זה (יש מרשם של מכוניות). הסיבה היא שמרשם המכוניות הוא למטרות של ביטוחים ונזיקין ולא למטרות בעלות. על רקע זה יש ממד חשוב לחזקה בכל הנוגע למיטלטלין.

## **זכויות**

1. זכויות, באופן עקרוני, זה כל מה שהוא לא מקרקעין ולא מיטלטלין. זה יכול להיות חובות של מישהו אחר (א' חייב ל-ב' 50 שקלים, ב' יכול להגיד ל-ג' ש-א' יחזיר ל-ג' במקום ל-ב'). זה נקרא המחאת חיובים. זה רלוונטית לכל מה שאינו ניתן לתפיסה פיזית, שלא ניתן לתפוס אותם בחזקה פיזית. החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר וחוק המחאת חיובים.
2. **חוק המכר** – בס' 4(א) נקבע כי "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מיטלטלין, ובשינויים המחויבים גם על מכר של מקרקעין וזכויות". השאלה היא מהם השינויים המחויבים. דוגמה לכך היא ס' 33. ס' 33 לא יכול לחול בלי שינוי מסוים, משום שאי אפשר לעשות מסירה פיזית של זכויות. השינויים המחויבים להקשר של מכר של זכויות זה שמועד כריתת ההסכם נחשב מועד העברת הבעלות. גם כאן שומרים על התנאי של הסיפא לפיו הצדדים יכולים לקבוע אחרת. אם החייב חייב כסף לממחה, הממחה יכול להמחות את החוב הזה לנמחה. אז החייב משלם לנמחה באופן ישיר. הנמחה הזה מגבש את הבעלות שלו בחוב של החייב במועד כריתת ההסכם בין הממחה לבין הנמחה (כאמור, אלא אם כן נקבע אחרת ע"י הצדדים).
3. **מקרקעין שאינם רשומים** בטאבו מתייחסים אליהם כאל זכויות. ז"א אם יש מקרקעין שאינם רשומים, כיוון שהיא לא עברה את תהליכי ההסדר אי אפשר להתנהג אליה כמקרקעין. כל הבסיס של גיבוש הזכות הקניינית במקרקעין מבוסס על רישום. אם המקרקעין האלו לא נמצאים במערכת ואי אפשר לרשום בעלות ביחס למקרקעין האלו בלשכת הרישום, יש למצוא מנגנון אחר. המנגנון שמשתמשים בו הוא להתייחס למקרקעין כזכויות. לכן במקרקעין לא רשומים הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם.

# **רכישת דירה מקבלן**

## **הקדמה**

1. ברכישת דירה מקבלן יש אי-שוויון מאוד משמעותי בין הצדדים. אין ספק שכשקונים דירה מקבלן (בשונה מקנייה ביד שניה, שם ניתן להגיד שהיחסים מאוזנים) יש פער מאוד משמעותי בין הצדדים. לצורך זה המחוקק הישראלי גיבש הוראות חקיקה מיוחדות וייעודיות לרכישת דירה מקבלן, בשונה מחוק המקרקעין הרגיל שחל על כל זכות קניינית אחרת במקרקעין.

## **ליקויים בקניית דירה מקבלן**

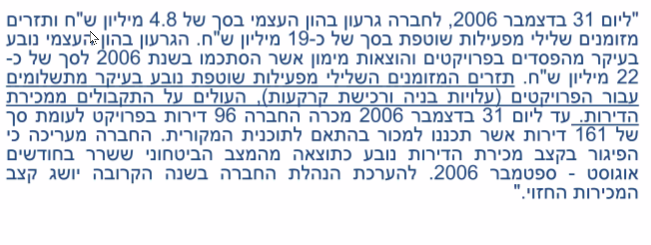
1. התגלו פערים קוגניטיביים משמעותיים במערכת היחסים בין הקבלן לבין הקונים.
2. **הצפת מידע** – לקבלן עו"ד מנוסים. זה לא הפרויקט הראשון שלו. הם יודעים להכניס לתוך החוזה הרבה מאוד פרטים. חלק מהפרטים חשובים מאוד וחלקם פחות. הצפת החוזה בהרבה פרטים היא מעט מיותרת בהקשר של מכר דירה (ניתן להסתפק בשישה עמודים עבור חוזה כזה) והיא מקשה על הקונה מבחינה קוגניטיבית.
3. **מסגור** – קבלן יודע למסגר דברים בצורה שהוא רוצה. הוא יודע לסדר את הסעיפים באופן המתאים לו, הוא יודע לבנות בתוך הסעיפים את החובות שלו בצורה המתאימה לו ולמסגר אותן כאילו מדובר בחובה שלו אבל כשקוראים את זה באופן ביקורתי מבינים שיש לו מעט מאוד חבות. להדיוטות קשה להתגבר על המסגור. המסגור הזה נעשה מאחר שהקבלן הוא זה שמספק את החוזה. הוא לא מתווכח יותר מדי על החוזה, מה שהוא עיצב זה מה שיחתמו עליו.
4. **שגיאות הסתברותיות** – הסעיף עליו מתווכחים הכי הרבה הוא התאריך של מסירת הדירה, ובעיקר על הפיצוי שיקבל הרוכש של הדירה אם יש עיכוב במסירת הדירה. אם נניח הקבלן מתעכב בשלושה חודשים, במקרה הקיצוני מדובר על עשרות אלפי שקלים. פחות מתעסקים בחוזה בפגמים מהותיים בנכס, פשיטות רגל, מצבים שמובילים לאי-מסירת הנכס. המחקרים שנעשו על חוזי דירות מגלים שהרבה פעמים כושלים בהערכות הסתברותיות ונותנים משמעות גדולה מאוד לנזקים שאמנם הסבירות שהם יקרו יותר גבוה אבל תוחלת הנזק שלהם מזערית לעומת נזקים שההסתברות שלהם נמוכה אבל תוחלת הנזק גבוהה מאוד. השגיאות האלו הן שגיאות שכולם כושלים בהן בתחומים שונים מאחר שהרבה יותר קל לבני אדם לחשוב שאירועים שכיחים יקרו ולכן מנסים להבטיח את עצמנו מפניהם. לא לוקחים בחשבון את האירועים המשמעותיים. זה לא נכון מבחינה צרכנית לא לקחת קטסטרופות בחשבון.
5. **הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי** – כשאנחנו מקבלים חוזה מקבלים גם מפרט שמפרט מה מקבלים בדירה (מטבח, אריחים, שירותים). את הדברים האלו מבינים וניתן לדבר עליהם. אנשים מתעסקים עם זה כי זה מוחשי והם יודעים להתייחס לזה. לעומת זאת, הוראות משפטיות שקשורות לחבויות וזכויות כאלו ואחרות, הרבה פעמים אנשים שרוכשים דירות לא מבינים במה מדובר. אם אנשים מקבלים את האסלות והאריחים שהם רוצים הם יהיו מרוצים ולא ידעו להתייחס לדברים המופשטים.
6. יש שני סוגים של הסדרים משפטיים ייחודיים לרכישת דירה מקבלן. הם מבוססים בחוק המכר (דירות), שעוסק בחובות גילוי ובחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) העוסק בבטוחות.

## **חובות גילוי**

1. בחוק המכר (דירות) יש את ס' 2-6. החוק מחייב את הקבלן לפרט בצורה ברורה מה מקבלים ממנו:
   1. סעיף 2 – קובע שהמוכר דירה חייב לצרף לחוזה מפרט. מפרט זה פירוט מאוד ברור של המתווה של הדירה עצמה ושל הדברים שהקבלן מתחייב לספק בדירה.
   2. סעיף 3 – קובע את מבנה המפרט. מחייב את הקבלן לאפשר לקונה לוותר על חלק מתכולת הדירה בתמורה להנחה על הדירה.
   3. סעיף 4 – קובע שהמוכר לא מקיים את החיובים שלו לקונה בהתקיים אחד ממספר תנאים (אי-התאמה בדירה). הסעיף מדבר על מתי תופסים את הקבלן כמי שמפר את חוזה המכר בשל אי התאמה בדירה.
   4. סעיף 5 – מדבר על מה קורה עם מוכר שלא מסר מפרט.
   5. סעיף 6 – מדבר על נושא של תקנון ומחייב את הקבלן לרשום פרטים שונים. ס' 6 נועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים. קבלנים יכולים להשאיר חלקים מהרכוש המשותף בבעלותם, ולפני המסירה הם יכולים להצמיד את הרכוש המשותף לדירות שונות. ס' 6 דורש מהקבלן להבהיר את כל ההצמדות שהוא עשה. הקונים חייבים לדעת שהקבלן הוציא חלקים שונים מהרכוש המשותף. קבלנים לא אוהבים את הסעיף הזה מאחר שזה מטיל עליהם חובות לחשוף את מה שהם עושים. **בפס"ד שמעונוף** נאמר שמטרתו של חוק המכר דירות היא להביא לידיעת הקונה, בצורה ברורה ומובנת (וללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים, שלהם משמעות כספית חשובה, בתוף ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים) מהן כוונותיו האמיתיות של המוכר... בהגנה מיוחדת זו על קונה הדירה נובע ממעמדו הנחות של הקונה מבחינת כוח מיקוח. משמע, המחוקק חוקק חוק מיוחד עבור מצב של מכירת דירה ע"י קבלן לאור פערי הכוחות המשמעותיים בין הקונה לבין הקבלן.
2. **אופן הגילוי** – הגילוי צריך להיות מפורט (להגיד בדיוק מה הקונה מקבל), בהיר (לא בשפה משפטית עמומה) ובמועד עריכת החוזה (כל הפרטים נדרשים טרם חתימת החוזה).
3. **אם לא מולאה חובת גילוי** – אם הקבלן לא גילה דבר מה (רלוונטי בעיקר לס' 6) יראו את זה כאילו התקנון המצוי חל על הבית. המשמעות היא שכל מה שהקבלן ניסה לעשות ע"מ לסטות מהתקנון המצוי לא יהיה תקף. הקבלן יכול הרבה פעמים לקבל החלטות שונות ולרשום את זה כחלק מהתקנון של הבית המשותף. אם הוא לא גילה את זה הסנקציה היא ביטול כל הדברים שהוא עשה וחזרה להוראות של התקנון המצוי.

## **בטוחות**

1. **פרשת חפציבה** – חוק המכר דירות הבטחת השקעות הוא מ-1974. בשנת 2007 היה סיפור שהעלה אותו שוב למודעות. בדו"ח הכספי לשנת 2006 של חברת חפציבה נכתב:



הבעיה של חפציבה הייתה בתזרים המזומנים. היא משלמת הרבה מאוד כספים עבור הפרויקטים ולא מקבלת מספיק בתמורה על הפרויקטים. באוגוסט 2007 מתפרסם שהחברה נמצאת בקשיים כלכליים חמורים. אחת הסיבות שהפרשה הזו זכורה היא שכמה ימים אחרי שזה מפורסם יש נהירה של רוכשי דירות לבניינים שעוד לא הסתיימו. אנשים משתקעים בבניינים החלקיים. הייתה תמיהה מה הסיפור. באופן עקרוני אנשים שקנו דירה יודעים שיש הבטחת השקעות. אדם ששם כסף לרכישת דירה מקבלן מקבל סוג מסוים של בטוחה עבור הכסף שלו. הדוגמה הקלאסית היא ערבות בנקאית. אם רוכש משלם 200,000 שקלים לקבלן, הוא מקבל ערבות בנקאית שאומרת שאם הקבלן לא מוסר את הדירה או מחזיר את הכסף הבנק יחזיר את הכסף לרוכש. לכן לא אמור לעניין את הרוכשים שהקבלן פושט את הרגל. מה שהתברר הוא שחפציבה לא פעלה עפ"י חוק הבטחת השקעות, לא ניתנו בטוחות לרוכשי הדירות. בד"כ כשמקבלים ערבויות של בנקים צריך להעביר את הכסף לחשבון מיוחד ורק כספים שנכנסו לחשבון הזה הבנק הוציא עבורן ערבויות. חפציבה סיפקה ללקוחות שלה מספרי חשבון שונים. הם שילמו את הכספים, לא קיבלו ערבויות ונשארו ללא בטוחות על ההשקעות שלהם.

1. **האם כפיית בטוחות מוצדקת** – ניתן לשאול האם מוצדק לכפות בטוחות על הקבלנים, האם נכון להתערב בשוק. הנחת המוצא היא שיש כשל שוק, עיוות מאוד ברור ביחסי הכוחות בין אותם קבלנים לבין הרוכשים. במצב כזה, אם לא נכפה בטוחות, נגיע למצב בו הפערים הללו יובילו רוכשים לאבד חלק משמעותי מהכסף שלהם. לכפייה הזו יש עלות כלכלית. הבטוחה הנפוצה ביותר היא ערבות בנקאית. קבלנים משלמים הרבה כסף לבנקים על הערבויות הללו, לכן הקבלנים מגלגלים את העלויות האלו אל הלקוחות. כך שבסופו של דבר כפיית הבטוחות מייקרת את מחירי הדירות.
2. **מדוע צריך בטוחות**
   1. הסיבה העיקרית היא שרכישת דירה היא אחת ההשקעות המהויות ביותר של משפחה סטנדרטית. יש פה שני סיכונים משמעותיים שבגינם זקוקים לבטוחות.
   2. סיכון אחד נובע מבעיות כלכליות של החייב. לא רוצים להגיע למצב בו הקבלן פושט את הרגל ואז הרוכשים יישארו בלי כסף ובלי דירה.
   3. הסיכון השני נובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר. הרבה פעמים הקרקע עליה נמצא הבניין לא שייכת לקבלן, היא שייכת לצד ג'. הקבלן למעשה רק מבצע עבודה של בנייה (עסקאות קומבינציה). במקרים שלא מדובר רק על דירה אחת או על בית פרטי, רוכשי דירות שהם לא בעלי הקרקע מסתכנים כשהם רוכשים זכויות מהקבלן. יש פה סוג מסוים של שרשור, שבסופו עומד הבעלים ולא הקבלן. נוצר מצב שהקבלן מוכר לקונים משהו שאין לו, הואיל והקבלן אינו בעל זכות קניין בקרקע. מטרת הבטוחות היא הרבה פעמים להבטיח את השרשור. לא רוצים שהפגמים בזכות הקניין של הקבלן יפגעו בזכויות של הרוכשים. תמיד יכול להיות שהבעלים של הקרקע יעיף את הקבלן (יפר את ההסכם מולו).
3. **עקרונות**
   1. משרד המשפטים ומשרד השיכון בוחנים אפשרות להרחיב את תחולת החוק גם לקבוצות רכישה. כרגע זה לא שם. החוק חל רק על רכישת דירה, אך יש לשים לב כי הגדרת דירה כוללת לא רק מטרת מגורים אלא רחבה יותר "חדר או מערכת חדרים למגורים, לעסק או לכל צורך אחר".
   2. מכירה = חכירה לדורות.
   3. החוק לא חל על בניה עצמית ולא על מכירה יד שנייה כאשר הדירה כבר רשומה.
4. **סוגי בטוחות**
   1. חוק הבטחת השקעות מחייב את הקבלנים לספק בטוחה לכסף של הקונים. יש חמישה סוגים של בטוחות (מפורט בס' 2), חלקם מאוד ישימים אך אחרים פחות.
   2. ערבות בנקאית – מצב בו הרוכש משלם לקבלן תשלומים, ועבור כל תשלום מקבלים כתב ערבות מהבנק לפיו אם ההתחייבות של הקבלן לא תתממש הבנק ישלם את הסכומים חזרה לרוכש. אם הקבלן בוחר בבטוחה הזו ניתן ללכת לישון בשקט ביחס לכסף. הערבות מתחילה מ-7% משווי הדירה. עד שהרוכש משלם 7% אין לו ערבות, אבל מהרגע שהוא שילם 7% ומעלה הערבות תקפה.
   3. ביטוח – דומה לערבות בנקאית אלא שנעשה עם חברת ביטוח. זה אותו המנגנון רק שמי שיחזיר את הכסף לרוכש היא חברת הביטוח ולא בנק. ההבדל המשמעותי פה הוא הגורם שנותן את הערבות. ערבות בנקאית וביטוח הן בטוחות פיננסיות. הן לא מדברות על הנכס עצמו. מה שמקבלים בסופו של דבר זה את הכסף שהושקע. לצד הבטוחות הפיננסיות יש שלוש בטוחות קנייניות.
   4. שעבוד הקרקע במשכנתא בדרגה ראשונה – קבלן יכול להחליט שהוא לא שולח יד לכיס ומשלם כסף לחברת ביטוח או לבנק. במקום זאת, הוא רושם לטובת הרוכשים משכנתא על המקרקעין. בהנחה שהמקרקעין האלו רשומים, הקבלן יכול להגיד שהוא רושם משכנתא על המקרקעין. רישום משכנתא מגן על הרוכשים משום שמדובר בזכות קניינית במקרקעין מסוימים בשווי הכסף ששולם. אם הקבלן פושט את הרגל זה לא משנה לרוכש, מאחר שהוא יכול לפנות ישירות למקרקעין ולהיפרע ישירות מהמקרקעין. ניתן להסתכל על זה כך שרוכשי הדירה מלווים לקבלן כסף, ובתמורה להלוואה הזו הקבלן רושם לטובתם משכון על המקרקעין. הבעיה העיקרית בבטוחה זו היא שכאמור הקבלן הוא הרבה פעמים לא הבעלים של הקרקע.
   5. רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש – הקבלן אומר לרוכשים שהוא רושם חלק יחסי של הקרקע על שמם, בהתאם לגובה התשלום. זו הבטוחה הנפוצה בקבוצות רכישה. אותם אנשים שמשקיעים הרבה מאוד כסף בקבוצות רכישה רוכשים את הקרקע ומקצים לכל אחד חלק יחסי במקרקעין, וזה מבטיח להם את ההשקעה שלהם. זה גורם למצב בו הכסף שהם משלמים מוגן באמצעות העובדה שיש להם בעלות במקרקעין.
   6. רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית – במקום לתת משכנתא או חלק יחסי במקרקעין בבעלות, הקבלן יכול לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכש. השקעת הרוכש מוגנת במידה מסוימת. זה פחות מגן ממשכנתא או רישום חלק יחסי.
5. **בעיות בבטוחות**
   1. שעבוד (ס' 2(3)) או רישום (ס' 2(5)) – בטוחות אלו אינן מעשיות, מאחר שבד"כ הקבלן אינו בעל הקרקע. לא סביר שבעל הקרקע יאפשר רישום או שעבוד כזה. אם העסקה בין הבעלים לבין הקבלן תתפוצץ, הוא יהיה תקוע מול רוכשי דירות להם זכויות בקרקע. גם אם הבעלים מנח בסכסוך החוזי מול הקבלן הוא יהיה תקוע עם רישום של רוכשי הדירות בקרקע. כמו כן, לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו. הוא רוצה הבטחת השקעה משל עצמו. לכן בד"כ מה שעושים זה משכנתא בדרגה ראשונה לבנק ולכן לא נשאר מקרקעין לרשום עליהם משכנתא עבור הרוכשים.
   2. הערת אזהרה (ס' 2(4)) – גם אפשרות זו אינה קלה ליישום מבחינה מעשית. במקרים מסוימים (כמו למשל בעסקת קומבינציה) בעלי הקרקע מסרבים לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן (מאותה ההצדקה המובאת לעיל). זה נותן קלף מאוד גדול לקבלן אם הבעלים מסכים לעשות את זה, מאחר שהקבלן יודע שהבעלים תקוע עם בעלי הערות אזהרה על המקרקעין שלו. לכן ייתכן שהוא ינצל את זה לטובת ביצוע הפרות חוזה שונות, כי הוא ידע שהבעלים לא ירצה להפר את החוזה. במקרים אחרים, הערות אזהרה קודמות (כמו למשל לגורם מממן) שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים (אינו עומד בתנאי ס' 2). או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים רישום הערות לטובת הקונים. בנקים של משכנתאות לא מסכימים לא רק לרישום משכנתא זהה אלא גם להערות אזהרה. הם רוצים את הקרקעות שלהם נקיות מאנשים שיפריעו להם לממש את המקרקעין במידת הצורך.
   3. בטוחות פיננסיות – כאמור, המטרה היא להבטיח את הכסף. בד"כ זה ערבות בנקאית מאחר שהקבלנים נמצאים במערכת יחסים מאוד הדוקה עם הבנקים למימון הפרויקט. חלק מהמימון של הפרויקט זה מתן הערבויות (הבנק מהווה One stop shop). הבעיה היא שאין פיצוי על נזקים שנגרמו לקונה כאשר הדירה כן נמסרת (אי עמידה בלוחות זמנים, אי-התאמה). הערבויות נועדו להבטיח את ההשקעות כך שהרוכש יסיים את העסקה או עם כסף או עם דירה בידיים. הערבויות האלו אינן כלי משחק אצל הרוכשים. לא מדובר במצב בו מהערבות הזו ניתן לקזז ויכוחים שיש עם הקבלן ביחס לטיב הדירה. כשיש בעיות כאלו מול הקבלן צריך לטפל בזה בביהמ"ש.
6. **חזרה לחפציבה**
   1. חוק הגנת השקעות היה קיים לפי חפציבה. העובדה שלמרות המחויבות הזו קבלנים מצליחים להערים על רוכשי דירות בצורה כזו אומרת שהחוק לא תפור מספיק כדי להגן על הרוכשים. בחפציבה חלק גדול מהאנשים לא היו זכאים לכסף ומצד שני לא היו זכאים לדירה משום שאין בטוחה על הדירה. ברור שברגע שקבלן פושט את הרגל, מעבר לרוכשי הדירות יש עוד הרבה מאוד נושים. הדיירים נכנסו לקבוצה זו של נושים, אבל מאחר שלא הייתה להם ערבות להשקעה שלהם הם לא קיבלו קדימות בתור ולא קיבלו החזר של ההשקעה שלהם.
   2. אחרי חפציבה, כשהבינו שחוק המכר לא באמת עובד, המחוקק הגיב מאוד מהר. החוק תוקן כך שאין צורך יותר בחשבון המיוחד, אלא כל הפקדה לכל חשבון שהוא מחייבת את הקבלן לתת ערבויות. כל העסקאות הן עסקאות של ליווי בנקאי. בפס"ד חפציבה השופט צבן פירש את חוק המכר וחוק הבטחת השקעות. לדבריו, חוקים אלו הם חוקים צרכניים, שנועדו לתת הגנה לרוכש הפרטי. לכן כשמגיע אדם פרטי שקנה דירה אחת ושעסקת חייו עומדת על הפרק, לעומת רוכש מסחרי שקונה מספר דירות, הדין מייחס חשיבות לאדם הפרטי. זאת מתוך הנחה שיש פערי כוחות משמעותיים. ההבחנה בין רוכש פרטי לרוכש עסקי לא עולה מהחוק באופן מילולי. עם זאת, היעדר ההבחנה הוא לכאורי בלבד, משום שתכלית החוק היא להגן על הרוכש הפרטי. ברגע שמדובר בחוק צרכני חשוב להבין מהם הרציונאליים הצרכניים העומדים מאחורי החוק. ברגע שמבינים את הרציונאליים ניתן להבין על מי החוק נועד להגן ועל אילו כשלים הוא נועד להתגבר. החוק הזה נועד להתגבר על פערי כוחות, ואם מי שרוכש את הדירות הוא גורם מוסדי חזק לא בטוח שמקרה זה חוסה תחת החוק.
   3. המשמעות המעשית – כיום נותנים ערבות על כל תשלום בנפרד, בד"כ באמצעות שוברים. רוכש הדירה מקבל פנקס שוברים מהקבלן התואם את מועדי התשלום. ברגע שמקבלים את השובר מקבלים אוטומטית את השובר. הבנקים לא יכולים להתחמק ממתן הערבות משום שזה חלק מותנה מהתשלום.
7. **תוספות לאחר תיקון 2008**
   1. סעיף 2א1 – חובת המוכר לידע את הקונה בכתב על זכויותיו מכוח החוק, וכן לידע אותו על כך שהפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי. לפני התיקון לא הייתה חובה לידע בכתב את הקונה על זכויותיו. כמו כן, התיקון מחייב את הקבלן ליידע אם הוא בוחר בבטוחה לא פיננסית.
   2. סעיף 3ג – התיקון לחוק מטיל חובות גם על בנק או תאגיד אחר שהעמיד לקונה הלוואה שמטרתה רכישת דירה. המלווה חייב ליידע את הקונה על זכויותיו לקבלת בטוחות מכוח החוק, ואסור לו להעביר את כספי ההלוואה למוכר אלא אם וידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה.

# **הגנת הבעלות והחזקה**

## **הקדמה**

1. מדובר על מצב בו אנחנו נדרשים להתמודד עם אנשים שמשיגים את הגבול שלנו. נלמד כאן מה המשמעות של חזקה במקרקעין. הגנה על בעלות או חזקה מדברת על מצב בו חוק המקרקעין נותן משמעות לזה שמישהו יושב במקרקעין, גם אם הוא לא בעלים ואפילו אם הוא נכנס שלא כדין.
2. **הצדקות לחזקה (ויסמן)**
   1. שמירה על הסדר הציבורי – סכסוכים של מקרקעין מאיימים לנו על הסדר הציבורי במובן הזה שאנחנו עשויים להגיע למצבים בהם לא ברור מה משטר הזכויות. אנשים טוענים טענות שונות לגבי המקרקעין והם עלולים לערער את הסדר שקיים בחברה, לכן נותנים משמעות לחזקה. לפי ויסמן, העובדה שניתן קדימות או חזקה לאדם שיושב במקרקעין תגרום לנו לשקט ורגיעה יחסיים בכל הקשור למשטר המקרקעין. אם ניתן כזו קדימות אנשים שהם פולשים לא ינסו לבוא ולאתגר את המקרקעין האלו, ועדיין מתן המשמעות לחזקה אינו סוף פסוק, עדיין אפשר לנהל שיח על המקרקעין האלו. אם נותנים משמעות לכך שאדם יושב במקרקעין זה לפחות ישמר את המצב עד לסוף בירור הזכויות ולכן זה נותן שקט תעשייתי. השאלה הגדולה ביחס לטיעון זה היא האם זה עניין למשפט הפרטי. לא מדובר כאן על מדיניות ממשלתית. הגנת הבעלות והחזקה מאפשרת הרבה פעמים סעד עצמי, המחזיקים במקרקעין יכולים להפעיל כוח נגד אנשים אחרים. אם מדברים על שמירה על הסדר הציבורי לא בטוח שמתן סעד עצמי זה מה שישיג את המטרה. יכולים להיות מצבים בהם מתן משמעות לחזקה יוביל למתן כוח רב מדי למחזיק.
   2. יעילות בהגנה על נכסים – הסיפור הזה עלה בישראל אחרי המחאה החברתית ב-2011. אנשים פלשו לדירות ריקות בערים מרכזיות. היו הרבה דירות להשקעה לא מאוישות לתקופות ארוכות. לפי ויסמן, יש איזשהו היגיון תועלתני בלאפשר לאנשים לשבת במקרקעין גם אם הם לא הבעלים משום שאם לא ניתן לזה משמעות הרבה מקרקעין ישבו ללא שימוש. מה שיקרה זה שיהיו אנשים שצריכים מקרקעין ואין להם ומצד שני כאלו שלא צריכים את המקרקעין שבבעלותם. ויסמן עצמו מעלה שאלות לגבי טיעון זה האם זה נכון או לא. השאלות שלו נוגעות בעיקר לשאלה האם נכון להשתמש ברציונל זה במצב השוק הקיים. הרבה פעמים היום אפשר לעשות שימוש במקרקעין גם כשלאו דווקא מחזיקים בו. ניתן לעשות שימוש מרחוק. לכן המחשבה שיש להחזיק במקרקעין כדי להשתמש בהם פחות רלוונטית כיום. אדם יכול לשבת בקצה העולם ולשלוט במקרקעין שלו במקום אחר. לכן הטיעון הזה של תועלתנות יש בו הרבה מאוד קסם (אם כבר יש מקרקעין שישתמשו בהם), אבל האמת היא שזה לא מיושם.
   3. הטלת הנטל על התובע – אין בחזקה כשלעצמה ערך אלא זה פשוט מטיל את הנטל על מי שתובע את הפינוי של המחזיק. עפ"י טיעון זה החזקה היא למעשה סוג של מכשיר דיוני בדיני ההוכחות. היא לא אומרת שום דבר מהותי על המחזיק (לא קובעת שהוא צודק) וגם לאו דווקא משהו דיוני (לא נאמר שלא ניתן לתבוע את המחזיק). כל מה שהיא אומרת זה שאנחנו רוצים לדעת מי צרי להוכיח את התביעה שלו ביחס למקרקעין. כיוון שיש מישהו שכבר יושב במקרקעין, הנטל מוטל על מי שרוצה לפנות אותו. מכאן שהמשמעות של החזקה היא רק לעניין הנטל.
   4. לעודד שימוש בנכסים פנויים – דומה לטיעון היעילות בהגנה על נכסים. אין סיבה להשאיר נכסים פנויים. הבעיה פה דומה לבעיה המוצגת בשמירה על הסדר הציבורי. נקבעת מדיניות של עזרה לעניים אבל הכוח ניתן לאנשים פרטיים. אם המדינה רוצה לנהל את זה היא צריכה לקבל החלטה שתיישם מדיניות מסוימת שתאפשר רכישת דירה ע"י אוכלוסיות מסוימות, ולא להשאיר את זה בידיים פרטיות.

## **הדין בישראל**

1. **שחקנים חוזרים**
   1. ישנם ארבעה שחקנים בסוגיית הבעלות והחזקה. לכל אחד מהשחקנים יש זכות שונה, והסעיפים שמדבירם על הגנת הבעלות והחזקה עורכים הבחנה בזכויות של כל אחד ואחד מהשחקנים האלה ביחס לאחרים.
   2. בעלים – בעלים של קרקע. הבעלים יכול לשבת במקרקעין או לא, אבל בכל מקרה יש לו זכות בעלות במקרקעין.
   3. המחזיק – מחזיק כדין. אדם שקיבל רשות מהבעלים להחזיק את המקרקעין. מחזיק כדין יכול להיות הבעלים עצמו ויכול להיות גם אדם שקיבל רשות מהבעלים לשבת במקרקעין.
   4. בעל זכות להחזיק – אדם שקיבל הרשאה להחזיק במקרקעין (יכול להיות הבעלים), אבל בשונה מהמחזיק הוא לא מחזיק במקרקעין בפועל. יש לו זכות אבל הוא לא עושה זאת בפועל.
   5. משיג גבול – אדם שמחזיק במקרקעין או נכנס למקרקעין אבל אין לו זכות כלשהי להחזיק במקרקעין.
2. **סעיפי החוק**
   1. סעיף 15 – מחזיק יכול להיות אדם שהשליטה הישירה במקרקעין בידיו או שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידי אדם מטעמו.
   2. סעיף 16 – בעל המקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאים לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק במקרקעין שלא כדין (משיג הגבול). המשמעות היא שהבעלים והזכאים להחזיק יכולים להגיש תביעת פינוי. מי שאחראי על הסעד במקרה זה הוא ביהמ"ש.
   3. סעיף 17 – המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות להחזיק במקרקעין, שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין, ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזו. אדם השיג גבול למקרקעין של מישהו אחר ומחזיק במקרקעין שלא כדין. גם אדם כזה, אם יש משיג גבול אחר שמפריע לו, הוא זכאי בהקשר זה להגיש תביעה. מאחר שהדרישה של הסעיף היא רק להחזיק במקרקעין (ולא להחזיק כדין), ביהמ"ש עשוי להכריע במצב כזה לתת צו מניעה לטובת אדם שהוא משיג גבול מלכתחילה.
3. **האם סעד עצמי ראוי**
   1. עד עכשיו דיברנו על מצבים בהם הסעד להתמודדות עם אדם שמפריע לאדם שיושב במקרקעין הוא פניה לביהמ"ש. מה שרואים בפניה הזו לביהמ"ש זה שהנטל מוטל על מי שמנסה להפריע לישיבה במקרקעין, והוא יצטרך להראות שיש לו זכות לעשות את זה. עכשיו נעבור לסעיף שמדבר על סעד עצמי, אך ראשית יש להבין האם נכון לתת לאדם שיושב במקרקעין את האפשרות לעשות סעד עצמי. זה ערעור מאוד גדול על התפיסה לפיה מי שמפעיל את הכוח במדינה הן רשויות שלטון החוק. פה נותנים אפשרות לאדם פרטי להפעיל כוח ביחס לאדם פרטי אחר. כשדנים בשאלה של סעד עצמי יש שלוש הצדקות עיקריות ללתת כוח לאכיפה או לסעד עצמי בידיים פרטיות.
   2. מענה לאופי אנושי – מתן סעד עצמי הוא מנגנון של שחרור קיטור. המשפט אומר שהוא יודע שאנשים שפוגעים להם בחזקה ושמפריעים להם בקרקע יגיבו באלימות או יפעילו כוח כדי להדוף את מי שפוגע בהם, ולכן מכשירים את זה מלכתחילה. לא רוצים להפוך התנהלות זו להתנהלות עבריינית. לכן נותנים לזה לגיטימציה משפטית. לוקחים את האופי האנושי ונותנים לזה לגיטימציה משפטית.
   3. חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר מיטלטלין) – לפעמים אם לא נותנים לאדם לעשות סעד עצמי הוא יאבד את הזכויות שלו וזה כבר לא יהיה רלוונטי. למשל, אם אדם מסוים לוקח את הנייד מהידיים של אדם אחר, אם הבעלים לא יפעיל כוח סביר להניח שהוא לא יראה את הנייד שלו יותר. לכן, לפחות במיטלטלין, יש משמעות גדולה ליכולת להפעיל סעד עצמי מידי ולא לדחות את זה רק לבירור הזכויות בשלב יותר מאוחר. נכון שבמקרקעין הסיפור מעט שונה (הם לא יברחו לשום מקום), אבל עדיין ניתן להעלות על הדעת נזקים שחשוב למנוע אותם משום שלא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו.
   4. כלל קנייני לעומת כלל אחריות – קניין זה כלל שאומר שאם אדם לא מסכים שייקחו את הנכס שלו אי אפשר לקחת את הנכס שלו. הדרך היחידה להתגבר על כלל קנייני זה באמצעות הסכמה מהבעלים. אם היינו מחילים כלל קנייני הפקעות לא היו רלוונטיות, אי אפשר היה לקחת קרקעות בכפייה. לעומת זאת, כלל אחריות אומר שניתן לפגוע בזכויות אבל תהיה חובה לשלם פיצוי על הפגיעה. הפקעות שהן לא לטובת צורך ציבורי זה בכלל קניין, המדינה לא יכולה לקחת. כשזה צורך ציבורי זה כלל אחריות, אפשר לקחת אבל צריך לפצות. סעד עצמי זה סוג של כלל קנייני. המחזיק מונע מאותו הפולש להביא למצב בו הוא יצטרך לפצות. בהרבה מאוד מובנים כלל קנייני הוא כלל שמונע סכסוכים, זה מונע את הפעולה מלכתחילה. לכן סעד עצמי הוא נתפס כביטוי של כלל קנייני. ניתן לשאול האם ראוי להחיל כלל קניין או אחריות, אבל בגדול יש יתרון להפעלה של סעד עצמי משום שהוא מונע התדרדרות לכלל אחריות. אם רוצים להחיל כלל קנייני הסעד העצמי הוא חלק מהחבילה הזו.
   5. לסיכום, אפשר להגיד שסעד עצמי הוא ראוי או עשוי להיות מוצדק בנסיבות מסוימות, אבל שזה לא יכול להיות גורף. לא מאפשרים למחזיק לעשות מה שהוא רוצה בכל מצב. הסעד צריך להיות תחום.
4. **סעד עצמי בחוק**
   1. סעיף 18(ב) – תפס אדם את המקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם. החוק למעשה אומר שיש שלושים ימים בהם ניתן להפעיל סעד עצמי כדי להוציא משיג גבול. ניתן לתפוס אותו בכוח סביר ולהוציא אותו מהמקרקעין.
   2. תנאים להפעלת הסעד העצמי ב-18(ב)
      1. בתי המשפט הפעילו פרשנות מצמצמת לגבי מי שיכול להפעיל את הסעד. לא מדובר על תאגידים או אנשים מטעם המחזיק אלא רק המחזיק עצמו.
      2. החוק מגביל את תקופת הסעד העצמי ל-30 יום. 30 יום הם הרבה זמן להפעלת סעד עצמי. סעד עצמי הוא משהו שאמורים להפעיל מיידית. 30 יום הם היענות לדרישה של הסקטור החקלאי, שאמר בזמנו שהם לא נמצאים כל יום בשטחים שלהם ולכן הם צריכים פרק זמן שעדיין יוכלו להפעיל סעד עצמי. מבחינת החוק מדובר כאן על כניעה לסוג מסוים של לובי, שביקש להרחיב את מסגרת הזמן.
      3. כוח במידה סבירה. חוץ מכוח ברמה מינורית של להוציא את האדם בעדינות זה בד"כ משטרה.
   3. סעיף 18(א) – המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין. סעיף זה למעשה מדבר על שלב אחד לפני כניסה של משיג הגבול. המחזיק במקרקעין כדין יכול להפעיל כוח סביר כדי למנוע את הכניסה של משיג הגבול. חשוב לשים לב שבהקשר זה אין מגבלת זמן קבועה בחוק.
   4. סעיף 19 – "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בס' 18(ב) חייב להחזירם למחזיק; אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות ביהמ"ש לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי ביהמ"ש להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם". אם נניח עבור 30 ימים, חייבים להחזיר את המקרקעין למחזיק שלא כדין. עם זאת, לפי הסיפא עדיין ניתן לדון בזכויות הצדדים. אם אותו אדם שרשאי להחזיק במקרקעין כדין הוציא את המחזיק שלא כדין שלא בהתאם לתנאים שנמצאים ב-18(ב), חייבים להחזיר את המקרקעין לפולש. כשמגיעה לביהמ"ש התביעה של אחד הצדדים, הוא יכול להחליט שהוא דן בזכויות של כל אחד מהצדדים. תוך כדי הדיון ביהמ"ש יכול לקבוע את הסדרת החזקה איך שהוא חושב. תיאורטית הוא יכול להחזיר את משיג הגבול למקרקעין עד להכרעה המהותית בזכויות.
5. **החזקה כשהמדינה היא הבעלים**
   1. ההוראות בסעיפים 15-19 עוסקות באנשים פרטיים שמנסים להגן על הבעלות או החזקה שלהם מפני פלישה של אנשים אחרים. כשמדובר על מקרקעין שהם של המדינה, יש הנחיות אחרות לטיפול בפולשים.
   2. סעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור – מאפשר לממונה לתת צו לפינוי הפולש.
   3. הגבלת סעד עצמי – רק צו והליך משפטי, לא הפעלת כוח.
   4. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול – תוך שישה חודשים מגילוי התפיסה ועד שלושים ושישה חודשים מהתפיסה. נותנים זמן רב יותר משום שהמדינה לא נמצאת במקרקעין כל הזמן.
   5. אין צורך בהחזקה של המדינה – מקרקעי הציבור האלו יכולים להיות רק בבעלות המדינה. היא לא צריכה להחזיק אותם בפועל. הסיבה לכך היא שהמדינה לא נמצאת ונוכחת כל הזמן בכל מקרקעי הציבור בישראל. קביעת הוראה שתחייב את המדינה להחזיק בפועל כתנאי מקדים להוצאת צו היא משהו שירחיב את הלגיטימציה לפלישה.

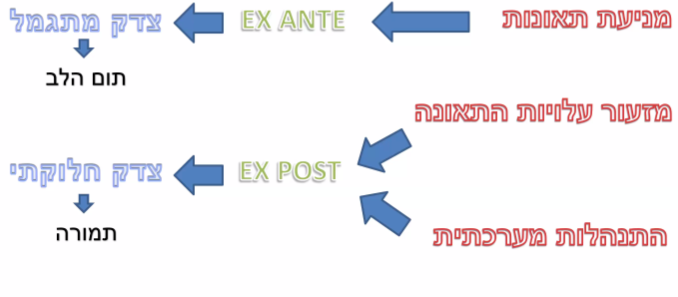
# **דיני תחרות**

## **הקדמה**

1. יש שלושה מושאי קניין: מקרקעין, מיטלטלין וזכויות. יש שלושה סוגי תחרויות עיקריים. אם ניקח את שלושת מושאי הקניין ושלושה סוגי התחרויות יש למעשה תשע רובריקות שצריך להכיר (שלושה סוגי תחרות עבור כל סוג מושא קניין).
2. הגישה הקלאסית לדיני תחרויות הייתה גישה שמדברת על מצב בו ב' (המוכר) מוכר את הדירה שלו לא', ולאחר מכן הוא מוכר אותה לג'. בכך נוצרת תחרות קלאסית (א' וג' רוצים שניהם את הדירה). דיני תחרויות הקלאסיים היו בתפיסה שהזכות של א' וג' והשאלה מי יקבל את הנכס בסופו של דבר יוכרע על בסיס הזכויות שיש להם מול ב'. מה שהיו עושים בדיני תחרויות זה לבדוק את הזכויות של א' מול ב' ושל ג' מול ב' ובודקים איזו זכות חזקה יותר. התחרות הייתה מוכרעת באמצעות זכויות אלו.
3. **תחרות = תאונה משפטית**
   1. בשלב מסוים הגיע מאוטנר והציע להוציא את ב' מהתמונה. יש פה תחרות בין א' לג'. ב' פחות רלוונטי משום שבד"כ במצבים כאלו ב' לא נוכח (בורח / פושט רגל). כשב' לא נוכח בתמונה לא נכון לבדוק את השאלה מה הזכות של א' וג' מול ב' אלא נכון יותר לבדוק מה מערכת היחסים שבין א' לבין ג'. זה שינוי מאוד משמעותי באופן בו מסתכלים על דיני תחרויות. עד עכשיו הסתכלנו על זה כעל שני אנשים שלא מכירים ורק בודקים את היחסים שלהם מול ב', כעת לאור הצעת מאוטנר מסתכלים על התחרות שנוצרה בין א' לבין ג' כאל מעין תאונה משפטית. יש פה מצב שא' וג' מתנגשים. כל אחד מהם חשב שהוא קונה דירה, בסופו של דבר התברר לו שהוא מתנגש במישהו אחר וצריך לפתור את הבעיה שנוצרה.
   2. שני השחקנים המרכזיים שיש בדיני תחרויות הם תום לב ותמורה (התשלום שכל אחד מהאנשים שילם עבור הנכס). תו"ל מכיל שתי פרשנויות, אובייקטיבי (בודקים האם אותו אדם שבודקים את תום ליבו פעל כמו שאדם סביר היה צריך לפעול) וסובייקטיבי (בודקים האם האדם המסוים הזה שבוחנים את תום ליבו באמת פעל עובדתית בתו"ל). ההבדל בין אובייקטיבי לסובייקטיבי הוא האם הוא ידע לעומת האם היה צריך / היה יכול לבדוק. לגבי תמורה יש הבחנה בין תמורה כלשהי (חלק מערך הדירה) לעומת תרומה בת ערך (כל או כמעט כל שווי הדירה).
   3. חלק מהטיעון של מאוטנר הוא שאנחנו יודעים איך להתמודד עם תאונות. יש לנו דיני נזיקין שבהם יש מערכת שלמה של שיקולים הקובעים כיצד מתמודדים עם מצב בו שני גורמים נקלעים לתאונה. לכן אין שום סיבה להמציא מחדש את הגלגל בדיני קניין. א' וג' נמצאים בתאונה משפטית. אם נשאיל את השיקולים מדיני הנזיקין נוכל ליישם אותם בדיני קניין ולבסס את דיני התחרויות על אותה מערכת שיקולים. מאוטנר מדבר על שלושה שיקולים מרכזיים: מניעת תאונות, מזעור עלויות התאונה, התנהלות מערכתית.

## **שיקולים בדיני תחרויות**

1. **מניעת תאונות** – מערכת משפטית טובה צריכה להשקיע משאבים במניעת תאונות. אם נסתכל על התנועה בדרכים קבענו כללי בטיחות בדרכים שונות, שמים תמרורים ורמזורים וכו'. מעדיפים להשקיע את מרבית האנרגיה בשלב המניעה כדי שזה לא יקרה. תאונות בסופו של דבר קורות, לכן יש שני שיקולים שמטרתם להתמודד עם המקרים בהם תאונות כן קורות. לפי מאוטנר שיקול זה הוא שיקול לכתחילה (EX ANTE). חושבים על אילו כללים קובעים כדי למנוע מצב זה. באילו כלים נשתמש כדי למנוע תאונות משפטיות. מאוטנר קורא לשיקול זה צדק מתגמל (במונחים של נזיקין מונע הנזק הזול). רוצים לתמרץ את מונע הנזק הזול לפעול כדי למנוע את התאונה הזו. למשל, אם לא תרשום הערת אזהרה (שזה משהו זניח וקל) אפשר להפסיד את הדירה. השיקולים של הצדק המתגמל ידברו בד"כ על דרישת תום הלב. באמצעות דרישת תום הלב ננסה לתמרץ גורמים שיהיה להם תפקיד במניעת התאונה.
2. **מזעור עלויות התאונה** – רוצים למנוע מצב בו מטילים עלויות גבוהות על כל המשתתפים ופועלים בצורה לא יעילה. אלו עלויות שקשורות לצדדים לתאונה. שיקול זה הוא שיקול אוחר (EX POST). במקרה זה מאוטנר מדבר על צדק חלוקתי. שואלים את עצמנו איך מחלקים את הנזק, על מי נטיל את העלויות של הנזק שקרה. פה נכנסים שיקולים של זהות הצדדים, מאזן המצוקה של כל אחד מהצדדים וכדו'. החלק של הטלת העלויות על הנזק קשור יותר לשיקולים של תמורה. שואלים מי יפסיד יותר או מי יפגע יותר כתוצאה מההכרעה.
3. **התנהלות מערכתית** – איך אנחנו מבטיחים שהעלויות של המערכת יהיו זולות (פחות התדיינויות, פחות הוצאות לבירור המקרה). אלו עלויות שקשורות למערכת כולה. שיקול זה הוא שיקול אוחר (EX POST). במקרה זה מאוטנר מדבר על צדק חלוקתי. שואלים את עצמנו איך מחלקים את הנזק, על מי נטיל את העלויות של הנזק שקרה. פה נכנסים שיקולים של זהות הצדדים, מאזן המצוקה של כל אחד מהצדדים וכדו'. החלק של הטלת העלויות על הנזק קשור יותר לשיקולים של תמורה. שואלים מי יפסיד יותר או מי יפגע יותר כתוצאה מההכרעה.



1. **הערה** – בתחרויות התחרות העקרונית היא על הנכס. כשמדברים על תחרות בקניין, א' וג' יתחרו על הנכס. זה מה שדיני הקניין קובעים. הם קובעים מי מהשניים יקבל בסופו של דבר את הנכס ליד. דיני הקניין לא קובעים מה קורה עם מי שמפסיד, ומה מי שמפסיד יכול לעשות ביחס להפסדים שנגרמו לו. אם א' מנצח את ג' אז ג' מפסיד את הנכס אבל גם את התמורה שהוא שילם. אז השאלה היא מה ג' יכול לעשות. התשובה היא שזה לא נמצא בדיני קניין. כל התחרויות בדיני קניין מסתיימות בשלב בו אחד הצדדים זוכה בדירה. מה שקורה עם המפסיד נמצא בדיני חוזים. המפסיד בתחרות לא איבד את הזכות החוזית שלו לתבוע את ב'. הסיבה המרכזית שזה קריטי שדיני הקניין יסדירו את התאונה בין א' לג' היא שבהרבה מאוד פעמים אין את ב'. הוא היה בשלב כריתת החוזה אבל הוא לא קיים יותר (או פיזית משום שברח או משפטית משום שנמצא בחדלות פירעון). במצב כזה מפסידים לא רק את הנכס אלא גם את הכסף שהושקע. זו ההשלכה המאוד קשה שיכולה להיות לדיני תחרויות. לכן זה קריטי מי מנצח בתחרות. צריך להצדיק למה גוזרים הפסד כזה כבד על אחד הצדדים.
2. **שיקולים נוספים** – ניתן לשאול האם רק שיקולים כלכליים הם אלו המכווינים אותנו בהתנהלות שלנו בדיני תחרויות. התשובה היא שלא. יש לצד זאת גם שיקולים נוספים: אחריות חברתית, צדק חלוקתי, תיאורית האישיות.
3. **אחריות חברתית** – האם לבעל הקניין עצמו יש אחריות לאנשים אחרים. למשל, האם לאדם המוכר נכס יש אחריות להתריע על כך.
4. **צדק חלוקתי** – בהקשרים של תחרויות זה מופיע בעיקר בהקשר של בני זוג. למשל, התחרות נוצרת בין נושים של הבעל לבין האישה. זה מופיע גם בשאלה מי הם הצדדים. נראה שבניגוד להרבה מאוד תחרויות או התנגשויות שונות כשבתי המשפט דנו בתחרויות, ובעיקר בתחרויות בין נושים מוסדיים לבין צד שני שהוא אדם פרטי, הם מחילים דינים שונים או תפיסה שונה לגבי מי זוכה בתחרות. מטילים חובות גבוהות יותר על נושה מוסדי מאשר על אדם פרטי.
5. **תיאורית האישיות** – הרבה פעמים עבור צד אחד מדובר בנכס מאוד משמעותי (בד"כ דירות מגורים) , ועבור הצד השני מדובר בנכס כלכלי. ביהמ"ש צריך להכריע האם לתת משמעות לכך שצד אחד הוא משפחה הגרה בנכס והצד השני הוא נושה שרוצה להיפדות מהנכס. כפי שנראה בהמשך, זה בא לידי ביטוי בשיקולים של ביהמ"ש.
6. **הערה** – ביהמ"ש עובד בעבודה קטגורית. ככה צריך לעבוד בתחום הזה. זה פותר הרבה מאוד בעיות ולכן צריך לעבוד באופן ריאליסטי. יש שלוש תחרויות ושלושה מושאי קניין. צריך לעבוד בצורה מסודרת וקטגורית. לכל אחד ממושאי הקניין ולכל אחת מהתחרויות יש את הכללים שלה, ולכן צריך לעבוד בצורה של קטגוריות. לא צריך לדון בכל פעם בכל השיקולים מחדש. צריך ללמוד איך כל אחד מהשיקולים מיושם עבור כל קטגוריה.

## **תחרות 1: בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**

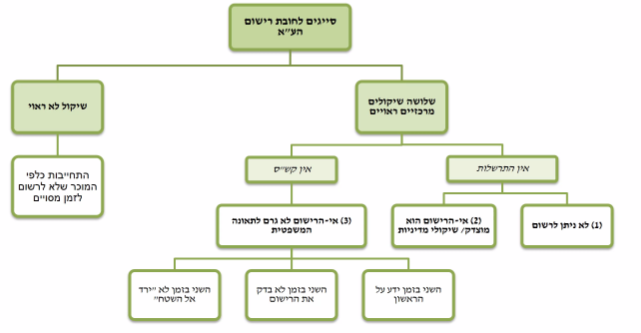
1. מדברים כאן על מושא קנייני של מקרקעין ועל תחרות בין אדם שחתם על חוזה אבל לא רשם אותו בטאבו (כל מה שיש לו זה זכות חוזית) לבין נושים של המוכר.
2. **דיני היושר במשפט האנגלי** – אדם שרכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם על פני שאר הנושים של המוכר. יש את ב', שלו עסקים שונים. יש לו נכס שהוא רוצה למכור לא'. ברגע שמוכרים לא' את הנכס א' הופך להיות בעל התחייבות לעסקה. אחרי שב' מכר לא' את הדירה מגיע זמן פירעון של ההלוואה שלו והוא לא יכול לעמוד בפירעון. מגיע הבנק, שהוא נושה של ב', ורוצה חזרה את הסכום של הכסף. במצב זה, בדיני היושר התשובה הייתה שאדם שרכש זכות במקרקעין עדיף כמידת המחיר שהוא שילם. אם הדירה שווה 2 מיליון, וא' שלם מיליון, אז מוכרים את הדירה, א' מקבל מיליון מהדירה והבנק מקבל את היתר. אין פה החלטה בינארית שא' מקבל את כל הדירה, יש פה חלוקה. מי שגובה מהדירה זה מי שרכש זכות במקרקעין. אז בעל ההתחייבות לעסקה גובר על הנושים במובן הזה שהוא מקבל ראשון את החלק שהוא שילם עבור הדירה. אם נשאר משהו אז יתר הנושים מתחלקים ביתרה. אם א' שילם 100% מהתמורה הוא מקבל את הדירה. מצד אחד אין פה הכרעה בינארית, אבל כן אומרים שאם א' שילם הוא גובר על הנושים האחרים בכך שהוא מקבל לפניהם.
3. **חקיקת חוק המקרקעין** – ב-1969 נחקק חוק המקרקעין. בחוק המקרקעין לא הייתה התייחסות לתחרות מסוג זה (זאת למרות שזו התחרות הכי שכיחה). אם אין התייחסות לכאורה אפשר לייבא את המשפט המקובל. עם זאת, מה שהחוק עושה זה לקבוע שאין יותר תחולה של דיני היושר. הוא מצד אחד לא מתייחס לתחרות הזו, ומצד שני מבטל את ההסדר שהיה רווח בארץ לפני כן.
4. **הלכת בוקר**
   1. עובדות המקרה – משפחה קנתה דירה ונכנס אליה. היא עוד לא רשמה את הדירה בטאבו. בשלב מסוים מגיע נושה שמטיל עיקול על הנכסים של המוכר.
   2. הלכת בוקר מדברת על מצב בו יש תחרות מסוג זה. ההלכה קובעת כי אין יותר זכויות שביושר. היא מכירה בכך שחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר. לכן, במצב כזה בו יש עיקול על נכסי המוכר ויש עסקה שעוד לא הושלמה ברישום, מי שגובר הוא הנושים. הם גוברים משום שאין יותר דיני יושר, ואותה משפחה כבר לא יכולה להנות מההנחיה שרוכש זכות עדיף על הנושים האחרים, ולכן היא נכנסת למעגל הנושים הרגיל של אותו החייב. המשפחה עומדת בתור של הנושים, ומאחר שלנושה יש עיקול הוא גובה ראשון.
   3. לא נוח לשופטים עם הקביעה הזו. הם קובעים זאת בלית ברירה. השופט לנדוי מכיר בכך שהתוצאה קשה במיוחד עבור המשפחה. הם עברו למקום מגורים חדש, וכנראה כבר לא יכולים לחזור למקום המגורים הקודם. לנדוי שואל האם היה אפשר להגיע לתוצאה אחרת והאם המשפחה הייתה יכולה למנוע את אותה התוצאה. התשובה שלו הייתה שבנסיבות שהיו אז לא היה מה לעשות, משום שמצד אחד ביטלו את דיני היושר ומצד שני לא קבעו הסדר מיוחד עבור תחרות מסוג זה. לכן לא הייתה ברירה אלא לקבוע שבעל ההתחייבות מפסיד לנושה.
5. **תיקון החוק** – בעקבות פס"ד בוקר המחוקק פועל במהרה ומתקן את חוק המקרקעין כך שהוא מוסיף את ס' 127. בס' 127(ב) לחוק נקבע "נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעת מההתחייבות נשוא ההערה". בהתאם לתיקון זה, כל מה שמשפחת בוקר הייתה צריכה לעשות זה לרשום הערת אזהרה על הנכס. הערת האזהרה, מאז התיקון ב-1972, מקנה קדימות לבעל ההערה על פני הנושים האחרים של המוכר.
6. **פס"ד בנק מזרחי נ' רוזובסקי** – ב-1994 ביססו את ההכרעה בתחרות כזו. ההכרעה מתבססת על השינוי החקיקתי של 1972. אם רכשת וכתבת הערת אזהרה, גברת על יתר הנושים המובטחים. אם רכשת ולא כתבת הערת אזהרה, הרוכשים המובטחים לפניך בתור לגבייה.
7. **פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**
   1. הש' שטרסברג-כהן – הרישום של הערת אזהרה לא יכול להיות האופן שבו פותרים תחרות כזו. לא נכון להסתכל על כל התחרויות האלו, במיוחד במקרה של בעל התחייבות מול נושה, רק לפי תפיסה של יעילות מלכתחילה (מונע הנזק). הערת אזהרה מונעת את התאונה בצורה הזולה ביותר. מדובר על הכרעה בתחרות שיש בה עוד שיקולים שחייבים לקחת בחשבון, שהם לא רק השאלה האם מישהו פעל בצורה הזולה למנוע את הנזק. צריך לשים לב שבתחרות מהסוג הזה הזכויות הן לא שוות מעמד. יש פה גורם אחד שממש רוצה את הדירה המסוימת הזו, הוא עשה עסקה לדירה הזו. מהצד השני עומדים גורמים שאין להם שום עניין בדירה הזו. התחרות הזו היא תחרות על אותו הנכס, אבל הזכויות שמדברים עליהן הן שונות (אדם שרוצה את הדירה הזו לעומת אדם שרק רוצה כסף ולא משנה לו מאיפה הוא מגיע). זה למעשה יישום של תיאורית האישיות. בנוסף על כך, זהות הצדדים הטיפוסית היא זהות שמבטאת הבדל מאוד משמעותי במאזן המצוקה. מצד אחד עומדים נושים מוסדיים, חזקים, שחקנים רב פעמיים שרוצים את הכסף שלהם. מהצד השני עומדת משפחה שזו עסקת חייב, ואם היא תפסיד בתחרות יהיה נזק הרבה יותר משמעותי. על רקע כל זה שטרסברג-כהן קובעת שלא ניתן להכריע רק עפ"י רישום של הערת אזהרה. בכך היא למעשה מבקרת את הלכת בוקר. בבנק המזרחי הוסיפו להלכת בוקר את הערת האזהרה. השופטת מדגימה זאת באמצעות מעגל שעשוי להיווצר. נניח שיש אדם בעל התחייבות שלא רשם הערת אזהרה לפני שהמעקל הטיל את העיקול. בסיפור הזה מי שינצח הוא המעקל (עפ"י הלכת בוקר). עכשיו נניח שיש בעל התחייבות למשכנתא שכן רשם הערת אזהרה. מכוח בנק מזרחי, בעל ההתחייבות למשכנתא ינצח את המעקל. עכשיו ניתן להסתכל על התחרות בין בעל ההתחייבות הראשונה לבין בעל ההתחייבות למשכנתא. במקרה זה מי שמנצח הוא בעל ההתחייבות הראשונה. נוצר כאן מעגל של תחרויות שאי אפשר לפתור אותו רק על סמך הלכת בוקר ובנק המזרחי. לכן, הדרך הנכונה להתמודד עם זה היא לבחון את זהות הצדדים, את מהות הזכויות שמדברים עליהן, ועפ"י זה להכריע בתחרות. היא לא פותרת את זה במובן הטכני (מי שרשם הערת אזהרה יקבל), היא מכריעה באופן ערכי. לכן צריכים להכריע לטובת בעל ההתחייבות לעסקה, ללא קשר להערת האזהרה. מעוניינת לבטל את הלכת בוקר ולעבור לדרך אחרת להכרעה בתחרות הזו.



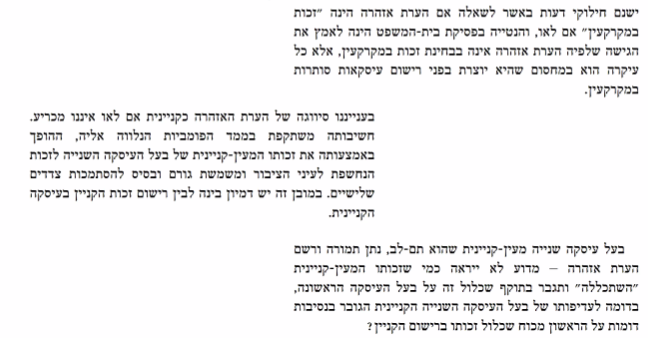
* 1. הש' ברק – זו דעת הרוב במקרה זה. השופט ברק עושה משהו שהוא בד"כ לא עושה. הוא דוחה את הניתוח הערכי של שטרסברג-כהן. אולי הוא לא דוחה אותו ערכית, אבל הוא אומר שלא צריכים להידרש לזה. יש סעיף בחוק המקרקעין שקובע בצורה די ברורה שבעל ההתחייבות לעסקה הראשון בזמן הוא גובר. לפי ברק, ס' 9 (שעוסק בסוג תחרות אחרת, עסקאות נוגדות), עדיין קובע שבעל ההתחייבות לעסקה הראשון גובר, אלא אם כן השני שילם ורשם. המחוקק למעשה אומר לנו בס' 9 שמרגע שכרתת את ההתחייבות לעסקה, הראשון בזמן גובר. לא מחייבים את בעל ההתחייבות לעסקה הראשון בזמן לרשום הערת אזהרה. השופט ברק אומר שמחוקק הישראלי דוקטרינרית קבע שהראשון זוכה. המשמעות היא שברגע שאתה כורת עסקה לזכות קניינית בנכס אתה למעשה הופך להיות בעל זכות מעין קניינית. זו לא זכות חוזית רגילה. העובדה שיש זכות מעין קניינית היא זו שמאפשרת לגבור על בעל התחייבות שני בזמן, ונדרשים להמון תנאים (כולל רישום של הנכס) כדי לגבור על זכות מעין קניינית. העקרון הקיים בעסקאות נוגדות לא נעלם כשמדברים על תחרות בין בעל התחייבות לבין נושים. אין הבדל בין שני המקרים האלו, שניהם עוסקים באותה הזכות. הזכות של בעל ההתחייבות לעסקה צומחת מההתחייבות לעסקה שלו באותו האופן בשני המקרים. לכן דוקטרינרית ס' 9 קובע את הקדימות של הראשון בזמן, ואין שום צורך להגיע לחישובים לגבי זהות הצדדים ולגבי מאזן המצוקה. המשמעות בשורה התחתונה היא שבעל ההתחייבות לעסקה גובר על הנושים האחרים.
  2. מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה – לפי שטרסברג-כהן, מה שצריך לעשות במצב כזה זה לנסות להחזיר את החלוקה של דיני היושר. היא לא ההלכה במקרה זה. ברק וחשין (ברוב) קובעים שהראשון עדיין זוכה. אין השלכה לשאלת התמורה לגבי שאלת הזכייה בנכס. אם שילמת 5% מהתמורה, זה לא אומר שאתה זוכה בנכס בשווי המלא שלו. עדיין צריך להשלים את שאר התמורה ולשלם אותה לכונס הנכסים, שיפרע את התמורה לנושים. לכן זה לא אומר שאם הנושה מפסיד את הנכס הוא מפסיד הכל. הוא עדיין יכול לקבל את יתרת התשלום עבור הדירה ממי שזכה בדירה.

## **תחרות 2: עסקאות נוגדות במקרקעין**

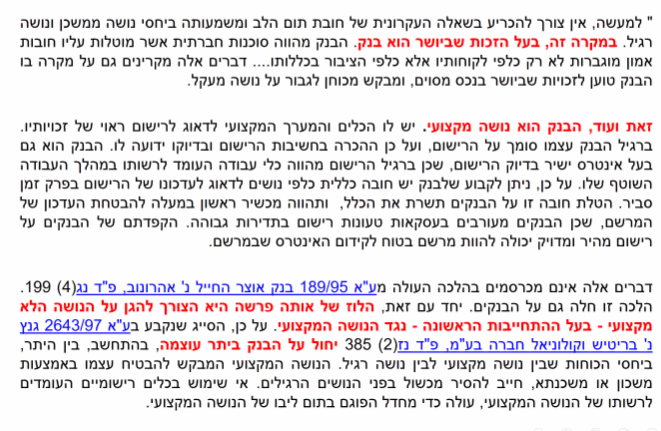
1. יש את ב', שהוא המוכר. אותו אדם מוכר זכויות במקרקעין לאחד, ולאחר מכן מוכר את אותן הזכויות לגורם אחר. במצב זה יש התנגשות בין א' לג', ורוצים לברר מי מקבל את הנכס. בניגוד לתחרות 1, פה יש סעיף מפורש בחוק המקרקעין שקובע איך מנהלים תחרות כזו.
2. **סעיף 9 לחוק המקרקעין**
   1. נוסח הסעיף – "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתו"ל ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתו"ל – זכותו עדיפה".
   2. מצד אחד יש ברירת מחדל לפיה הראשון בזמן מנצח את התחרות הזו. מצד שני, יש עדיין אפשרות שהשני בזמן ינצח. ע"מ לנצח הוא צריך גם להשלים תמורה, גם להיות תם לב (כולל בשלב הרישום) וגם לרשום את הנכס. אם השני בזמן משלים את כל התנאים האלו הוא מנצח את הראשון בזמן.
3. **פס"ד ורטהיימר נ' הררי**
   1. עובדות המקרה – מכירת דירה. הריי מוכר את הדירה לורטהיימר. הם חותמים על זיכרון דברים לפיו הוא ישלם מיליון לירות. שולם על החשבון 5,000 לירות. בשלב הזה הררי מוכר את אותה הדירה לבנימיני. הם עושים חוזה על 800 אלף לירות. בנימיני מגלה שהייתה מכירה מוקדמת לורטהיימר. עד למועד הידיעה הוא שילם 350 אלף לירות. ברגע שהוא ידע שהדירה נמכרה הוא רץ ושילם את כל הסכום. מצד אחד יש את הראשון בזמן שהוא ורטהיימר, שהוא שילם על הדירה 5,000 לירות. מצד שני יש את השני בזמן שהוא בנימיני. בנימיני כרגע שילם את כל הסכום, אלא שבשלב מסוים הוא ידע על המכירה לורטהיימר, ורק אז הוא רץ לשלם את יתרת הסכום. השאלה היא מי זוכה בתחרות הזו.
   2. ביהמ"ש במקרה זה דן במתח שיש בין חוק המקרקעין לבין חוק החוזים תרופות. חוק החוזים תרופות קובע בס' 3(4) שהנפגע זכאי לאכיפת חוזה, אלא אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. אם נסתכל על החוזה של ורטהיימר מול הררי, ניתן לשאול האם נכון לאכוף את החוזה הזה. זה חוזה שמדבר על התחייבות לעסקה במקרקעין בשווי של מיליון, שמתוך המיליון האלו שולמו 5,000 בלבד. שולם רק 0.5%. מהצד השני יש חוזה שבו כל הסכום שולם. ניתן לטעון שלפי ס' 3(4) לא צודק לאכוף את החוזה של ורטהיימר. מהצד השני יש את ס' 9 של חוק המקרקעין, שבנימיני לא עומד בתנאים שלו. ביהמ"ש מתלבט איזה סעיף נכון להחיל במקרה זה.
   3. ביהמ"ש קובע שורטהיימר גובר משום שהוא הראשון בזמן. לפי ס' 9 לא צריך לבדוק את התנאים האחרים של הראשון בזמן, הוא רק צריך להיות ראשון. במקרה של בנימיני, הוא עמד בתמורה, תום הלב שלו מוטל בספק (הוא ידע על העסקה משלב מסוים) ואין לו רישום. חשוב לזכור שאם נבדוק את מאזן המצוקה זה מצב בעייתי, משום שאחד מהם שילם 800 אלף והשני שילם רק 5,000. זה דומה למה שברק קבע באהרונוב.
   4. ברק משאיר שתי שאלות בצריך עיון: 1. האם ההתעקשות של הראשון בזמן על לקבל את הנכס למרות המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן יכולה לעלות כדי חוסר תו"ל. נניח בנימיני היה מקבל את הכסף רק עוד זמן רב (היה נכנס לפול גדול של נושים). לעומתו, אין ספק שבנימיני היה מסוגל לשלם את ה-5,000 לירות לורטהיימר. לכן שואלים האם עצם ההתעקשות שלו לקבל את הדירה, למרות מאזן המצוקה, היא חוסר תו"ל. זה נשאר בצריך עיון משום שלא אומרים שהראשון צריך להיות תם לב. 2. בהנחה שניתן לרשום הערת אזהרה, מה ההשלכה של אי-רישומה על ידי הראשון בזמן. האם ניתן לתפוס את הראשון בזמן כאחראי על התאונה המשפטית שקרתה. בשאלה זו דנים בפס"ד גנץ.
4. **פס"ד גנז נ' בריטיש**
   1. עד עכשיו נקבע שלמרות שוורטהיימר שילם רק 5,000 הוא גובר על בנימיני משום שהוא הראשון בזמן. ס' 9 קובע הסדר ייחודי לעסקאות אלו ולכן מספיק להיות הראשון בזמן. מי שצריך להוכיח את הדרישות הוא השני בזמן (תשלום, תו"ל, רישום). אם לא התקיימו התנאים, לא משנה מה מאזן המצוקה והראשון יזכה.
   2. עובדות המקרה – מקרקעין ששייכים לחברה בשם בריטיש. חברה זו מוכרת את המקרקעין לחברה בשם נוטריקון. נוטריקון לא רושמת את המקרקעין על שמה, למעשה הם עדיין בבעלות של בריטיש. כל מה שיש לנוטריקון זה התחייבות לעסקה במקרקעין. למרות שלא היה רישום, נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז, שגם הוא לא משלים את הרישום. הוא רק חותם על הסכם מול נוטריקון. מבחינה משפטית אין לו זכות קניינית במקרקעין אלא יש לו רק זכות מעין קניינית (חוזית). 17 שנים לאחר העסקה בין גנז לנוטריוקן, נוטריקון מוכרת את המקרקעין האלו שוב לאפק. כפי שניתן לראות, מדובר במקרה של עסקאות נוגדות (התחייבות גם לגנז וגם לאפק).
   3. אחת שאלות המשנה היא האם נוטריקון מכרה התחייבות לעסקה במקרקעין (שאז דנים את זה לפי ס' 9) או שהיא מכרה להם זכות שלה כלפי בריטיש (משום שעד עתה כל מה שיש לה זה התחייבות לעסקה מול בריטיש). הנטייה היא להגיד שאדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו. ביהמ"ש אומר שבמקרה זה נוטריקון מכרה לגנז ולאפק התחייבות לעסקה במקרקעין. למרות שהעסקה של נוטריקון לא השולמה, אדם יכול לעשות עסקה במקרקעין גם כשהוא לא בעלים וכשיש לו רק התחייבות מהבעלים. לכן הדיון בין גנז לאפק צריך להיקבע עפ"י ס' 9, לשניהם יש התחייבות לעסקה במקרקעין. לפי מה שלמדנו עד עתה, גנז אמור לזכות משום שהוא הראשון בזמן. ביהמ"ש לא ממהר לקבוע זאת.
   4. ברק קובע שמה שקרה פה זה מצב שבו אי-רישום הערת האזהרה ע"י גנז במשך 17 שנים עשוי להצביע על חוסר תו"ל של הראשון בזמן. אם מקבלים את התזה הזו, עולה השאלה מה זה אומר (בס' 9 אין דרישה לתו"ל של הראשון בזמן). ברק אומר שאי אפשר להתעלם בדיני המקרקעין מהכללים שחולשים על כל מערכת המשפט שלנו. ברק אומר שס' 39 + 61(ב) לחוק החוזים מחילים את תו"ל על כל המשפט הישראלי, לכן גם ס' 9 בו אין דרישה מפורשת לתו"ל מהראשון עדיין כולל חובת תו"ל על הראשון. כיוון שיש כלי כזה פשוט של הערת אזהרה, יכולים לדרוש מהראשון בזמן להשתמש בכלי הפשוט הזה ולממש תא חובת תו"ל שלו. חובת תום הלב פה היא כלפי הרוכש השני (או למעשה כלפי כלל הציבור). למעשה אומר ברק שהעובדה שהראשון בזמן לא השתמש בכלי של הערת אזהרה הכניסה את הרוכש השני לתאונה. הוא שם מכשול בפני אותו רוכש שני פוטנציאלי תמים, שלא הייתה לו שום כוונה להיכנס לעימות או תאונה משפטית. לכן, מעדכנים את ס' 9 כך שאם הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה, השני בזמן יכול לזכות גם אם הוא לא מילא את כלל התנאים. הפרת תו"ל של הראשון המתבטאת בהימנעות מרישום הערת אזהרה משנה במובן מסוים את העליונות של הראשון בזמן. אם עד עכשיו התחלנו עם הראשון בזמן, עוברים כרגע לשני בזמן.
   5. ברק אומר שמטילים אחריות על הראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה. מטילים אותה משום שהעדר הרישום עולה כדי חוסר תו"ל של הראשון בזמן ביחס לשניים הפוטנציאליים. הוא זה שהכשיל אותם. ברגע שזה קורה הקדימות עוברת מהראשון בזמן לשני בזמן. לכך יש שני סייגים עיקריים: 1. לא ניתן להאשים את הראשון בחוסר תו"ל על כך שלא רשם הערת אזהרה. דוגמה קלאסית לכך היא שלא ניתן היה לרשום (למשל אם לשכות הרישום היו סגורות מזמן ביצוע העסקה עד לחתימת החוזה של השני בזמן). 2. אי אפשר להצביע על קשר סיבתי בין היעדר הרישום לבין כניסת השני לתאונה. הדוגמה הקלאסית לכך היא שהשני בזמן כלל לא בדק האם קיימת הערת אזהרה. השני בזמן היה מתקשר בעסקה בין אם הייתה הערת אזהרה או לא. יכול אפילו לקרות מצב בו השני בזמן יודע על כך שהעסקה לא רשומה ולכן הוא נכנס לעסקה. השני בזמן יבנה על כך שאין רישום של הערת אזהרה כדי שיפסקו כי הנכס צריך להגיע אליו. ברגע שמתקיים אחד מהסייגים האלו השני בזמן צריך להראות שמתקיימים לגביו התנאים של ס' 9.



* 1. אין התרשלות – אם אין התרשלות לא נרצה להטיל אחריות על הראשון בזמן. הדוגמה הקלאסית היא שלא ניתן לרשום. הדוגמה השנייה היא מצבים בהם אפשר היה טכנית לרשום, אבל לא רוצים לחייב את הראשון בזמן לרוץ ולרשום הערת אזהרה. הדוגמה שברק מתייחס אליה היא דוגמה של בני זוג או משפחה. אם אחד מבני הזוג מתחייב לעסקה מול בן הזוג השני, אנחנו לא רוצים שאותו בן זוג יהיה חייב לרוץ ולרשום הערת אזהרה על ההתחייבות לעסקה הזו משיקולי מדיניות. זו תפיסה שנובעת מהבנה של מערכת זוגית או משפחתית. רישום הערת אזהרה נתפס כמשהו מאוד משפטי/קר/חוסר אמון וכדו'. לא רוצים להכניס את האווירה הזו למערכת הזוגית. בגלל הסיטואציה הזו לא נדרוש מבני זוג שמתחייבים לעסקה מול בן הזוג שלהם לרוץ ולרשום הערת אזהרה כתנאי לניצחון בתחרות מול גורם חיצוני. אם בן זוג התחייב לעסקה על מקרקעין מסוימים מול בן זוגו, ולאחר מכן הוא מתחייב לעסקה מול גורם אחר, העובדה שבן הזוג שהוא הראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה לא תהווה ראייה להפרת תו"ל מצדם. אם אותו שני בזמן יבוא ויתבע את המקרקעין משום שהראשון בזמן לא רשם הערת אזהרה, במקרים כאלו, ע"מ לזכות בתחרות מבן הזוג, לא תספיק העובדה שלא רשמו הערת אזהרה. פוטרים אותם מהרישום במקרה זה. השני בזמן במקרה זה יצטרך לעמוד בתנאים של ס' 9.
  2. אין קשר סיבתי – היעדר קשר סיבתי בין אי-רישום הערת אזהרה ע"י הראשון לבין הפעולה של השני שומט מבחינת ברק את אחריותו של הראשון על גרירת השני לתאונה הזו. גם מבחינה תועלתנית זה שומט את הטענה של מונע הנזק הזול. במצבים כאלו יש שלושה מקרים אותם ברק מפרט. מקרה אחד הוא אם השני בזמן ידע על הראשון בזמן. לא נדרשה הערת אזהרה, השני בזמן ידע בכל מקרה על קיומו של הראשון בזמן. מקרה נוסף הוא אם השני בזמן לא בדק את הרישום. אם הוא היה בודק את המרשם הוא היה יכול לגלות את הערת האזהרה. אם הוא לא בדק זה כבר לא משנה אם היית הערה או לא, משום שהוא היה נכנס לתחרות הזו ללא קשר לרישום. מקרה שלישי הוא מצב בו השני בזמן לא ירד אל השטח. זה נכון במצבים בהם הראשון בזמן כבר יושב בקרקע והשני בזמן אפילו לא עשה את הפעולה הפשוטה של ללכת לקרקע ולראות האם היא פנויה או לא. ההנחה של ברק היא שאם השני בזמן היה בודק את המקרקעין הוא היה מגלה את הראשון בזמן יושב במקרקעין. לכן למרות שלא נרשמה הערת אזהרה עדיין היה ניתן לגלות שיש ראשון בזמן. אם אחד מאלו התקיים, לא נחזיק את הראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה אחראי, וממשיכים לפעול לפי ס' 9 בפרשנות הפשוטה שלו (הראשון גובר אלא אם כן השני הוכיח תו"ל, תמורה ורישום). חשוב להבין שלא בכל מצב ירידה לשטח תעזור, משום שיכול להיות שאף אחד לא יושב בשטח. עדיין ישנה חובה לרדת לשטח לבדוק.
  3. התחייבות כלפי המוכר שלא לרשום לזמן מסוים – ניתן לטעון ששיקול זה אינו ראוי. ברק קובע שישנם מצבים בהם המוכר מתנה את מכירת הנכס בכך שהראשון ימתין עם רישום הערת אזהרה. לפעמים זה נוגע לדרישות בשוק (צורך בהסרת הערות אזהרה קודמות), אך לפעמים מדובר ברצון של המוכר לשמור על חופש תמרון (יכולת למכור פעמיים, יכולת לבטל את העסקה). ברק אומר שמשום שלראשון אין ברירה במקרה זה, לא נתפוס אותו אחראי. תיאורטית ברק צודק, אך שיקול זה לא ראוי משום שהוא פותח את הפתח לתאונות. אם מה שמפריע לנו זה החשש הזה להכניס אנשים תמי לב לתאונה משפטית, להכיר בהתמסחרות בין הקונה למוכר כמשהו שמצדיק כריית בור לקונים שניים זה משהו בעייתי מאוד. לכן, למרות שברק כן מתחשב בחריג זה (זה כן קיים מבחינת ההלכה של גנז), ניתן לבקר את זה.
  4. שאלה שמעלה פרוקצ'ה – האם רישום הערת אזהרה על ידי השני בזמן מהווה "רישום" לפי ס' 9. זה לא הוכרע, אבל השופטת אומרת שצריך לשקול להסתפק לצורך ס' 9 ברישום הערת אזהרה ע"י השני בזמן ולא רישום מלא. השיקול המוביל הוא שרוכש שלישי לא ייפול גם הוא בפח, ולכן ניתן לטעון שרישום הערת אזהרה נותן לכך מענה.



1. **פס"ד ביאד נ' לחאם**
   1. מקרה זה ממחיש עד כמה ביהמ"ש מאמץ את פס"ד גנז. פס"ד גנז היה מאוד משברי בעולם דיני הקניין. עד אז היה ברור שהראשון בזמן זוכה, וגנז שינה באופן דרמטי משום שהוא החיל תו"ל אובייקטיבי על הרוכש הראשון.
   2. אומר השופט עמית "רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ₪ נכון ליום פס"ד זה, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכמי עתק ולבזבז משאבי שיפוט. במונחים השאולים מדיני הנזיקין, עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר... כשלעצמי, נוכח העלות הקטנה הנדרשת לרישום הערת אזהרה מול תוחלת הנזק, אני סבור כי יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההחרבה, ולהטיל את הנטל על הקונה ראשון בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תו"ל או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה". למעשה עמית אומר שלא מספיק שיש את פס"ד גנז, צריך לפרש אותו בהרחבה. הנטל שמוטל על הראשון בזמן הוא בדיוק משום שהוא היה יכול למנוע את הנזק הזה, כיום ברמה של לחיצה על כפתור. העובדה שיש מנגנון מאוד זול ופשוט למנוע תאונה משפטית ולא עשית בו שימוש, צריך להסביר טוב מאוד למה הראשון בזמן פטור מאחריות.
2. **פס"ד בנק המזרחי נ' גדי**
   1. זה מקרה שמגיע אחרי פס"ד גנז, והוא מחזיר אותנו לתחרות הראשונה (בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה). פס"ד אהרונוב הוכרע בכך שהראשון בזמן זוכה משום שיש לו זכות מעין קניינית, מתוקף ס' 9. אחרי פס"ד גנז, בו ברק הוסיף את חובת רישום הערת אזהרה, עולה השאלה האם חוזרים לתחרות הראשונה ומייבאים אליה את חובת רישום הערת האזהרה, או שמספיק להיות בעל התחייבות לעסקה ראשון בזמן מול נושה.
   2. ביהמ"ש קובע שלא מייבאים את דרישת רישום הערת האזהרה כתנאי לזכייתו של הראשון לתחרות הראשונה. זאת למרות שאת עצם הזכות לומדים מס' 9. יש שלוש סיבות לכך שלא מייבאים את הדרישה: 1. מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות. זו לא אותה התחרות. אין פה חשש שאם הראשון בזמן היה רושם הערת אזהרה זה היה משנה את השיקולים של הנושה המעקל. לא מעניין את הנושה המעקל הנכס, הוא רק רוצה לגבות את החוב. 2. אין הסתמכות על נכס ספציפי. זה מעט חוזר למה שאמרה שטרסברג באהרונוב. כשמטילים עיקול על נכסי המוכר לא מטילים על נכס מסוים, מטילים עיקול על כל נכסי המוכר. זה לא שעבוד של נכס. עיקול אומר שתופסים את כל נכסי המוכר ושהוא לא יכול לעשות בהם עסקאות. 3. עוצמת האינטרס של המעקל בנכס. גם אם היו מטילים עיקול ספציפית על הנכס לא הנכס הוא מה שמעניין, רוצים את הכסף.
3. **פס"ד רשף נ' יוסף**
   1. מדובר על אדם שנתן התחייבות למשכנתא לבנק לאומי. כשאדם מתחייב לבנק לרשום משכנתא למעשה הוא עושה התחייבות לעסקה. משכנתא היא זכות במקרקעין. הבנק הוא בעל התחייבות לעסקה במקרה זה, כמו כל בעל התחייבות לעסקה של מכר. לאחר שניתנה לבנק התחייבות למשכנתא, מוטל עיקול על הנכס ע"י נושה לא מובטח. הבנק לא רשם הערת אזהרה. עולה השאלה מי משני הצדדים זוכה.
   2. קודם כל צריך לבחון מהו המשאב, האם מדובר במקרקעין, מיטלטלין או זכויות. במקרה זה מדובר על מקרקעין. כעת השאלה היא מהי התחרות (כרגע, האם מהסוג הראשון או השני). פה מדובר על הסוג הראשון של התחרות. מעצם העובדה שמוזכרת כאן המילה עיקול ניתן להבין שנמצאים בסוג הראשון של התחרות (בעל התחייבות מול נושה). בסיפור כזה ההכרעה אמורה להיות אוטומטית בהתאם לפס"ד אהרונוב (הראשון זוכה) +בנק מזרחי נ' גדי (משמע, בלי ההשלכות של גנז, אין צורך בהערת אזהרה). לכאורה אמור להיות מאוד פשוט להכריע במקרה זה, הבנק גובר על הנושה. אכן הבנק במקרה זה טען אהרונוב. מהצד השני, מגיע המעקל וטוען גנז, הבנק לא רשם הערת אזהרה. עד כאן התשובה של הבנק אמורה להיות בנק המזרחי נ' גדי, אין דרישה לרישום הערת אזהרה במקרה של תחרות מהסוג הראשון.



* 1. השופט אקון למעשה מייבא את חובת רישום הערת האזהרה מפס"ד גנז לתחרות הראשונה. הוא עושה זאת רק ביחס לנושים מקצועיים (בעיקר בנקים). הבנקים הם אחד הגורמים שהכי מסתמכים על הרישום בשוק. לכן, לבנקים יש אינטרס גדול להסדיר את המרשם. לא מטילים עליהם חובה שעוזרת רק לציבור, יש להם אינטרס עצמי שהמרשם יהיה מדויק וברור. כיוון שהם נושים מקצועיים, כיוון שהם מהווים סוכנות חברתית שאמורה לדאוג גם לציבור, כיוון שיש להם אינטרס גדול במרשם מדויק, וכיוון שהם שחקנים חוזרים, מוטלת עליהם חבות לרישום הערת אזהרה כתנאי לניצחון בתחרות הראשונה.

1. **לסיכום תחרויות 1 ו-2**
   1. בתחרות 1 (בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל במקרקעין) הולכים לפי הלכת אהרונוב בתוספת בנק מזרחי נ' גדי. בעל ההתחייבות לעסקה הוא הזוכה בתחרות, בין אם הוא רשם ובין אם לא רשם הערת אזהרה. זאת למעט במקרה של גורם מוסדי (באופן ספציפי בנק). אם בעל ההתחייבות הוא בנק והוא לא רשם הערת אזהרה, הראשון בזמן (שהוא הבנק) יפסיד למעקל בגלל האחריות המוגברת שמטילים על בנקים. תחרות זו זהה גם כשעוסקים במיטלטלין או בזכויות. בכל התחרויות של בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל ההלכה היא אהרונוב + בנק המזרחי נ' גדי + רשף נ' יוסף (רלוונטי רק למקרקעין משום שרק שם ניתן לרשום הערת אזהרה). הראשון בזמן זוכה, למעט מקרה של ראשון שהוא נושה מקצועי (אז הוא נדרש לרשום הערת אזהרה). הסיבה לכך היא שכמו שיש ס' 9 יש גם ס' 12, וברק באהרונוב אומר בצורה ברורה שההסדר שהוא מדבר עליו רלוונטי גם למיטלטלין ולזכויות בשינויים המחויבים.
   2. בתחרות 2 (עסקאות נוגדות), לגבי מקרקעין, הראשון בזמן זוכה אם הוא רשם הערת אזהרה או היה פטור מרישום הערת אזהרה או הוכיח שאין קשר סיבתי בין אי-רישום הערת אזהרה לפעולה של השני. אם הראשון לא רשם הערת אזהרה ולא הצליח להוכיח שהיה פטור מרישום או שאין קש"ס, השני בזמן זוכה, גם אם הוא לא השלים את כל תנאי ס' 9.

## **תחרות 3: עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות**

1. **הבעיה** – עולה השאלה מה הבעיה להחיל את הוראות ס' 9 על מיטלטלין וזכויות. הבעיה העיקרית היא שאין מרשם. ס' 9 מבוסס בצורה די מלאה על המרשם. כל ההנחיות של ס' 9 מתבססות על המרשם, בין אם מדובר על החובה של השני לרשום או על החובה של הראשון לרשום הערת אזהרה. תחרות זו מתייחסת למרשם בתור גורם שמעיד על תו"ל או על השלמת העסקה. במיטלטלין ובזכויות אין מרשם. הסיבה שאין מרשם היא שיש כל כך הרבה עסקאות שהניסיון ליצור מרשם יהיה בלתי אפשרי, וגם אם הוא יהיה אפשרי הוא יגרום לתוצאות בעייתיות בשוק (יעכב את היכולת לסחור במיטלטלין).
2. **החוק**
   1. חוק המכר נותן את האפשרות להתמודד עם עסקאות נוגדות במיטלטלין. עסקאות נוגדות במיטלטלין קורות בתכיפות הרבה יותר גבוהה מאשר במקרקעין.
   2. עסקאות נוגדות במיטלטלין ובזכויות – סעיף 12 לחוק המיטלטלין קובע "התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות, חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון בזמן עדיפה". כמו ס' 9, הראשון בזמן עדיף. זאת אלא אם כן השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתו"ל ובתמורה. זה נכון לא רק למיטלטלין, אלא גם לזכויות. גם כשיש הקניה נוגדת של זכויות זה יהיה נכון. זאת משום שס' 13 אומר שהוראות חוק זה יחולו בשינויים המחויבים גם על זכויות. לכן הסעיף שחולש על עסקאות נוגדות במיטלטלין הוא ס' 12, בעוד שהסעיפים הרלוונטיים לעסקאות נוגדות בזכויות הם 12+13.
   3. המחאת חיובים – סעיף 4 לחוק המחאת חיובים הוא לא סעיף של עסקאות נוגדות. הוא סעיף שעוסק בתקנת שוק. יש שלושה סוגים של תחרויות, הסוג הראשון הוא בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל, הסוג השני זה עסקאות נוגדות והסוג השלישי זה תקנת שוק. פה נדרש לדבר על תקנת שוק בזכויות. בגלל האופי המיוחד של זכויות, כמעט ואין מצבים שנגיע בזכויות למצב של עסקאות נוגדות. לא יכולים כמעט להגיע למצב כזה. הסיבה היא שבהרבה מאוד פעמים, בניגוד למיטלטלין בהם נדרשים לתפיסה של הנכס להעברת הבעלות, בזכויות זה במועד כריתת החוזה. לכן הרבה פעמים הבעלות לראשון עוברת כבר בשלב שבו ממחים לו את הזכות. אז לא נמצאים במצב של עסקאות נוגדות אלא במצב שבו אותו אדם שמעביר את הזכות לשני בזמן כבר אין לו בעלות על אותה הזכות.
3. **הכלל (פס"ד טקסטיל ריינס)** – אדם א' שמבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם ב' לאדם שלישי ג', מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה. כשמדברים על זכויות השאלה היא מה אדם מעביר או מה הוא יכול להעביר. זה חשוב משום שיש השפעה משמעותית אם מדובר בעסקאות נוגדות או שמדובר בתקנת שוק. חשוב לדעת איזו זכות יש לאותו אדם שמעביר את הזכות. אם האדם שמעביר כרגע את הזכות הוא עדיין הבעלים, אנחנו כנראה נדבר בסיטואציה של עסקאות נוגדות. אם האדם שמעביר את הזכות כבר העביר את הזכות הקניינית לראשון בזמן, אין לו יכולת יותר להעביר את הזכות לשני בזמן. במצב הזה, אם וכאשר נוצרת תחרות, היא תהיה מסוג תקנת שוק ולא עסקאות נוגדות. אין פה עסקאות שסותרות אחת את השנייה, משום שהעסקה השנייה לא באמת תקפה משפטית. א' לא יכול להעביר את הזכות פעם נוספת אחרי שכבר העביר אותה לג'. זה נכון גם לגבי מקרקעין ומיטלטלין, רק ששם יש את סוגיית הרישום. אם הראשון בזמן רשם כבר אז השני בזמן לא יוכל לקנות את המקרקעין מהמוכר. השוק של זכויות הרבה יותר פרוץ משום שניתן להתנות על תנאי החוזים, ולכן יכול לקרות מקרה בו אדם מוכר משהו שאין לו. ברגע שזה קורה נכנסים לסיפור של תקנת השוק, שם שואלים האם רוצים למרות הפגם להכשיר את העסקה שקרתה, מתוקף עקרונות של השוק.
4. **השלב בו נמצאים:** **חוזי או קנייני**
   1. על-מנת לדעת איפה נמצאים במיטלטלין ובזכויות, חייבים לבדוק את החוזה. בשונה ממקרקעין, שם יודעים איך מבררים את שלב העברת הבעלות, במיטלטלין ובזכויות חייבים לבדוק את החוזים כדי לקבוע האם נמצאים בתחרות של עסקאות נוגדות או תקנת שוק. אם בחוזה אין התנאה בין הצדדים, הבעלות במיטלטלין עוברת ברגע העברת המיטלטלין. אם יש התנאה בחוזה, הבעלות עוברת בהתאם להתנאה. אם אנחנו בשלב החוזי (לא מסרנו את הנכס או התננו את העברת הבעלות) נכנסים לתחום של עסקאות נוגדות. לעומת זאת, אם נמצאים בשלב הקנייני (העסקה בין המוכר לבין הראשון בזמן נגמרה מבחינה קניינית) מגיעים לנושא של תקנת שוק.
   2. שלב חוזי – הסעיפים הרלוונטיים לבדיקה הם 12+13 לחוק המיטלטלין. מה שצריך לבדוק זה האם השני בזמן קיים תו"ל סובייקטיבי, תשלום ערך (תמורה ממשית) והשלמה של קניין מצדו (קיבל את המטלטלין, אלא אם הותנה אחרת). במצב זה צריך לברר שלושה דברים עיקריים לגבי השני: 1. האם השני קיבל את המיטלטלין. יש צורך בחזקה של השני בנכס + קניין (החוזה יורה שהשני גיבש את הבעלות וכן הוא תופס את הנכס). כשמדובר בעסקאות נוגדות במיטלטלין, בתי המשפט כן דרשו שלא רק תהיה זכאות קניינית על-פי ההתנאה בחוזה, אלא גם שהשני יחזיק את הנכס בידיו (היות שבחוק כתוב "וקיבל את המיטלטלין או את הזכות"). 2. תמורה. בתי המשפט פירשו זאת כתמורה ממשית, בת ערך. לא שילם שקל מהחשבון אלא שהשני בזמן שילם סכום משמעותי שקשור לשווי האמיתי של אותו נכס מיטלטלין שהוא רכש (לא חייב הכל אבל צריך הרוב). התמורה יכולה גם להיות שינוי מצב לרעה. אם אדם קנה מכונית ומכר את המכונית הקודמת שלו, אפשר לראות את מכירת המכונית הקודמת שלו כביטוי לתמורה. רוצים לראות שהשני בזמן התכוון להתקשר בעסקה. 3. תו"ל סובייקטיבי. אם מסתבר שיש ראשון בזמן שכבר קנה את הנכס, גם אם השני בזמן קיבל את הנכס לחזקתו ושילם תמורה, אם השני בזמן ידע או עצם עיניים לעובדה שיש מכירה ראשונה, גם אם הוא השלים את שני התנאים הראשונים הוא לא יזכה בנכס.
   3. שלב קנייני (זכויות) – בשלב הקנייני (המוכר מכר לשני בזמן, כאשר הבעלות של הראשון בזמן כבר הושלמה), יש הפרדה בין מיטלטלין וזכויות. תקנת שוק בזכויות מוכרעת עפ"י ס' 4 לחוק המחאת חיובים. לפי ס' 4, הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני. יש אדם (ב') שיש לו זכות במקרקעין לא רשומים (זכות מול רשות מקרקעי ישראל). ב' מוכר את הזכות שלו ל-א'. דבר זה, עפ"י ס' 33 לחוק המכר, אם אין התנאה מועד כריתת החוזה הוא מועד העברת הבעלות. נניח שאין התנאה, ולכן הזכות עוברת במועד החתימה. בהמשך, ב' מעביר את אותה הזכות ל-ג'. המצב המשפטי הוא של-ב' אין זכות להעביר, משום שהעסקה בן ב' ל-א' הסתיימה. הבעלים של הזכות הזו הוא א'. לכאורה היינו צריכים להגיד ברור ש-א' זוכה, העסקה מולו נגמרה עוד לפני ש-ג' הגיע לתמונה. עדיין, לפי ס' 4, מי שמנצח הוא מי שיעדכן ראשון את החייב (רשות מקרקעי ישראל). הסיבה היא שרוצים לתמרץ מי שמקבל זכות ללכת ולהודיע לחייב כמה שיותר מהר שהזכות הזו עברה. משום שמדובר בזכויות, להן אין נוכחות ממשית, רוצים לתמרץ את הראשון ללכת ברגע שנחתמה העסקה לחייב ולעדכן אותו. הראשון בזמן במקרה זה הוא מונע הנזק הזול ביותר. ברגע שהוא מעדכן את החייב הוא צולח את תקנת השוק. אם הוא לא עושה זאת הוא זה שפותח את הפתח לתקלות, ולכן אם ג' הודיע לחייב ראשון אז הזכות תהיה שלו. אם לא נתמרץ את הראשון לעדכן את החייב נמצא במצב בעייתי בשוק, אנשים לא יהיו בטוחים למי הם חייבים ולכן אנשים יסרבו לתת הלוואות ולהתחייב (לא ירצו להגיע למצב בו הם מחזירים חוב ואז מקבלי תביעה מבעל זכות אחר).
5. **האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי** – השופט מצא בגנז מתלבט האם נכון לחייב את הראשון בזמן במקרה של רכישת מקרקעין לא רשומים לרוץ ולרשום איפה שאפשר לרשום (רישום בספרי החברה המשכנת/ מנהל/ קבלן). מצא אמר שבאופן עקרוני, ניתן לרשום הערות כאלו ואחרות בספרי החברה המשכנת / המנהל / הקבלן. אם הראשון לא רשם, עולה שאלה זהה לזו העולה בגנז. מצא קובע שזה עשוי להשפיע על תו"ל אובייקטיבי שלו. זו לא הלכה, זה עלה רק בפס"ד של מצא.

## **תחרות 4: תקנת שוק במקרקעין**

1. **ההבדל בין תחרות זו ליתר התחרויות** – ביתר התחרויות, כשמדובר על מקרקעין יודעים שהמרשם משחק תפקיד. מה שהמרשם עושה הוא לשמש לנו אמצעי לבירור התנהלות הצדדים. הוא מכשיר לקביעה איזה מהצדדים יזכה בתחרות. הוא עושה זאת לא בהכרח כמשהו מהותי אלא הרבה פעמים כאינדיקציה להתנהלות הצדדים. הדוגמה הבולטת היא כמובן פס"ד גנז, לפיו דורשים מהראשון בזמן רישום הערת אזהרה למרות זה לא נדרש בחוק. אי ניצול הכלי של המרשם מעיד על חוסר תו"ל. הראשון בזמן הוא מונע הנזק הזול ביותר בכך שהוא יכול לרשום הערת אזהרה. לכן המרשם משחק תפקיד אינסטרומנטלי ואל תפקיד מהותי. בתקנת שוק הסיפור אחר. בתקנת השוק היכולת להסתמך על המרשם היא המטרה. המטרה של תחרות מסוג תקנת שוק הוא לאפשר לאנשים להסתמך על המרשם, למרות שמבינים שלעיתים המרשם יהיה שגוי. למרות שיודעים שהמרשם במקרה הספציפי בו אנו מחילים תקנת שוק שגוי, למרות זאת נמשיך להגן על המרשם, וניתן את הזכויות בהתאם למה שכתוב במרשם למרות שיש שם טעות. בתקנת שוק מדובר על מצב בו לבעלים החוקי של הנכס אין מושג ביחס למה קורה בנכס. אין לו שום יכולת למנוע את המצב בו אדם חיצוני לוקח את הנכס ומוכר אותו לאדם שלישי, עדיין יכול להיות מצב בו נגיד שלמרות הטעות ולמרות הפגיעה הקשה שנגרמת לבעלים המקוריים של הנכס, עדיין ניתן את הנכס למי שרכש אותו בתו"ל ובהסתמך על המרשם. החשש הוא שאנשים לא יסתמכו על המרשם, ואז הרבה מאוד עסקאות מקרקעין יתעכבו. ידרשו הרבה מאוד בטוחות בעסקאות כאלו ותהיה פגיעה בשוק. תקנת השוק לא נועדה להגיד איזה צד נפגע יותר או פעל בחוסר תו"ל, מדובר פה בשני אנשים (הבעלים החוקי והרוכש בתו"ל) תמי לב לחלוטין שאין שום סיבה שבעולם לקחת מהם את הנכס. אין שום יכולת להכריע מוסרית או כלכלית למי צריך לתת את הנכס. מה שמשחק תפקיד זה העקרון שמדריך את כל נושא תקנת השוק במקרקעין והוא ביצור המרשם. רוצים להקנות מעמד אולטימטיבי למרשם, גם אם יש בו טעות. רוצים לשמר את היכולת של אנשים לפעול ולרכוש מקרקעין על בסיס המרשם.
2. **החוק** – סעיף 10 לחוק המקרקעין קובע "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים **בתמורה** ובהסתמך **בתום לב על הרישום**, יהא כוחה של זכותו יפה **אף אם הרישום לא היה נכון**". המשמעות היא שאם אדם רכש זכות על בסיס רישום שגוי במרשם, והוא הסתמך על רישום שגוי זה, עדיין זכותו תהיה בת תוקף.
3. **תרחיש תקנת שוק במקרקעין**
   1. בד"כ מדובר על שרשרת רכישות מקרקעין הנוגעות לנכס מסוים, כאשר בחוליה כלשהי בשרשרת יש פגם בהעברה. ההעברה לא תקפה. זו ההנחה הבסיסית של תקנת שוק. אדם מסוים העביר לאחר את הנכס למרות שלא הייתה לו הזכות להעביר את הנכס הזה. זה יכול להיות בגלל שהוא רמאי, זה יכול להיות בגלל שכבר אין לו את הזכות להעביר את הזכות הזו. למרות שהיה פגם בהעברה השרשרת נמשכה. אנשים תמי לב רכשו את הנכס הזה מתוך מחשבה שהם קנו נכס מושלם, משום שהם הסתמכו על המרשם. לכן במצב כזה, הרבה פעמים נצטרך להכשיר העברות לא תקפות.
   2. הבעלים המקורי – בעלים של מקרקעין לא נמצאים באופן תכוף במקרקעין שלהם (דירה להשקעה / דירה שלא משכירים וכדו') או שיש להם מקרקעין שהם נתנו לעו"ד ייפויי כוח לעשות בהם פעולות שונות. הרבה פעמים ייפויי הכוח מנוסחים בצורה מאוד רחבה כי לא יודעים לצפות מה מיופה הכוח יצטרך לעשות עם הנכס. לפעמים אנשים מנצלים את ייפויי הכוח שיש להם לדברים שהם לא באמת מטרת ייפוי הכוח. לשכת הרישום של המקרקעין תסתכל על ייפוי כוח רחב שכזה כתקף עבור ביצוע העברת בעלות בנכס. גם בשגרה בד"כ מי שעובד מול לשכת הרישום הם עו"ד עם ייפויי כוח, לכן זה לא משהו חריג וזה נתפס כלגיטימי.
   3. רוכשת א' – הבעלים נתן ייפוי כוח לעו"ד לנהל את הנכס, והעו"ד הולך ומוכר את הנכס לרוכשת א'. כשהיא הולכת לרישום היא תראה את הבעלים המקורי בתור הבעלים הרשומים על המקרקעין. זה בסדר גמור משום שכנראה מראש העו"ד יציג עצמו כנציגו של הבעלים המקורי (שגם זה דבר שקורה בשגרה, עורכי דין מייצגים בעלים של מקרקעין בעסקאות מכירה). ניתן לשאול האם רוכשת א' יכולה להנות מתקנת שוק. התשובה היא שלא, משום שמטרת תקנת השוק היא להתגבר על תקלות במרשם ולהגיד שלמרות שהיה פגם במרשם העסקה תהיה תקפה (משום שרוצים שאנשים ימשיכו להסתמך על המרשם). במקרה של א', אין פגם במרשם. הטעות של א' לא נבעה מהסתמכות על המרשם, המרשם היה נכון. הכניסה שלה לעסקה זו נבעה מהסתמכות על ייפוי הכוח והמצג של העו"ד שיש לו אפשרות למכור את המקרקעין. לכן במקרה זה הרישום יעבור שוב על שם הבעלים המקורי. מה ש-א' יכולה לעשות במקרה זה הוא לתבוע את העו"ד.
   4. רוכש ב' – רוכשת א' העבירה את הנכס על שמה ואז היא מוכרת את הקרקע הזו ל-ב'. לכאורה יש פגם בהעברה, החולייה הפגומה של הזיוף שהעו"ד העביר משהו שהוא לא יכול להעביר עדיין קיימת, ללא תלות במספר הרוכשים. זה ההבדל הקלאסי בין תקנת השוק לבין מצב בו לא מחילים תקנת שוק. אם רוכשת א' סיימה את הרכישה שלה ועד שהיא סיימה את הרכישה שלה הבעלים המקורי לא התעורר ביחס למצב, ואז היא מוכרת את זה ל-ב'. ב' מסתכל במרשם והוא רואה שם את א' כבעלים. המרשם במקרה זה פגום, משום שמי שהיה אמור להיות רשום במרשם הוא הבעלים המקורי. הרישום של א' במרשם הושג בצורה לא תקינה. בגלל העובדה שרוצים לשמור על המרשם כאמצעי שניתן להסתמך עליו, מכשירים את הטעות הזו ונותנים לרוכש ב' את הזכות במקרקעין. אם הרוכשת הראשונה לא עשתה שום דבר, אלא פשוט נשארה הבעלים, והבעלים המקורי התעורר, היא מפסידה את המקרקעין. אם היא מכרה את המקרקעין לאדם אחר, רוכש ב' יהיה הבעלים של המקרקעין, ואילו הבעלים המקורי כרגע מפסיד את המקרקעין שלו והוא זה שיצטרך לחפש את העו"ד.
4. סעיף 10 על כל תנאיו דורש יישום דקדקני וקפדני. כשתובעים מאותו שני בזמן תמורה, בתו"ל והסתמכות על המרשם זה חייב להיות דווקני. לא נסתפק בתמורה חלקית, לא נסתפק בתו"ל חלקי או בהסתמכות חלקית. כדי שרוכש ב' יזכה בהגנה של תקנת השוק, נדרוש יישום קפדני של כל דרישות הסעיף. לכן מבחינת תמורה זה תמורה בת ערך מלאה.
5. **הסתמכות בתום לב על הרישום**
   1. ההסתמכות של הרוכש חייבת להיות על בסיס טעות במרשם – היא לא יכולה להיות על בסיס טעויות חיצוניות למרשם. זו נקודה חשובה, משום שהרבה פעמים לא מצליחים לעכל את השוני. השוני הזה נובע מכך שהמטרה היא להגן על המרשם כמרשם. ברגע שהמרשם לא שגוי, לא יכולה להיות תקנת שוק (לכך יש חריג אחד של הערות אזהרה). בגדול, ברגע שאין שום אינדיקציה במרשם לשגיאה, אי אפשר לבסס תקנת שוק. כל הדברים שמופיעים בפסיקה (ייפוי כוח מזויף, התחזות לבעל המקרקעין) לא נוגעים לתקנת שוק.
   2. תום הלב הנדרש הוא תו"ל סובייקטיבי – האם אדם ידע או עצם עיניים לגבי הפגם ברישום. במקרים מסוימים מחילים גם תו"ל אובייקטיבי (היה צריך לדעת), שמחייב בדיקה מעמיקה יותר ומטילה סטנדרט של אדם סביר. באופן כללי, הכלל הוא שבתקנת שוק אותו רוכש צריך להאמין שהמוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר.
   3. תום הלב חייב להיות בכל השלבים – דורשים מרוכש ב' להיות תם לב הן בשלב העסקה והם בשלב הרישום. ברגע שהוא רשם את זכותו נגמרת חובת תום הלב שלו כלפי הבעלים המקורי. ניתן לשאול מה יקרה במצב בו רוכש ב' רושם את הנכס על שמו לפני שהוא משלם את כל התמורה. אין לשאלה זו תשובה חד משמעית ויש לבחון אותה לאור המטרות של תקנת השוק.
6. **מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה**
   1. חשוב להבין שהפרקטיקה הזו שאנשים מוכרים מקרקעין כשיש לטובתם רק הערת אזהרה היא פרקטיקה מאוד נוהגת. יכול לקרות מצב בו אדם לא השלים את תשלום התמורה עבור הנכס, ומי שרשום על הנכס הוא הבעלים המקורי, אבל הוא מעוניין למכור את הזכות שלו בנכס לרוכש ב'. בשלב זה לרוכש א' יש רק הערת אזהרה, ועדיין הוא יכול למכור את הזכות שלו בנכס. בתקנת השוק אין רצון לפגוע בפרקטיקה הזו, היא חלק מהשוק של המקרקעין וכל המטרה של תקנת השוק היא לשמור על השוק מתפקד. לא רוצים להגיע למצב בו כל אדם שיש לו רק הערת אזהרה לא יוכל למכור את המקרקעין. אם נקבע שמקרה כזה פסול נפגע בשוק המקרקעין הישראלי. אנשים לא יקנו נכסים כשמדובר על נכס כזה.
   2. באופן עקרוני הסיפור (פס"ד מרדכיוב) הוא מצב בו אדם מסוים החליט שהוא מתחזה לבעלים של נכס, כאשר הבעלים המקורי לא נמצא באזור. המתחזה מתחזה לבעלים המקורי ומוכר את הנכס לאדם תמים. המתחזה במקרה זה מעביר משהו שהוא לא יכול למכור. המתחזה והרוכש הולכים לעו"ד שחשד בתיעוד של המתחזה. המתחזה חוזר עם תיעוד אחר. חותמים על הסכם. הרוכש א' מקבל בהסכם הזה רישום של הערת אזהרה, כמו בכל הסכם סטנדרטי. רוכש א' החליט למכור את הנכס לרוכש ב' על בסיס הערת האזהרה. כשרוכש ב' מגיע למרשם, הם רואים שהבעלים המקורי הוא הרשום על כנס, כאשר יש הערת אזהרה לטובת רוכש א'. העו"ד של ב' אמר להם שמשום שיש רק הערת אזהרה בשלב זה (מה שמסוכן משום שעסקתם תלויה בהשלמת העסקה של רוכש א' מול הבעלי המקורי), כדאי להם לדחות את עיקר התשלומים עד לאחר שרוכש א' ירשם כבעלים. אחרי כמה שנים מגיע הבעלים המקורי ותובע את קבלת הדירה. השאלה היא האם יש לבעלים המקורי קייס או שמחילים פה תקנת שוק. באופן עקרוני מבינים שאין פה הסתמכות על המרשם במובן העמוק שלו או על השגיאה במרשם. הרישום הוא עדיין על שם הבעלים המקורי. מצד שני, יש פה הערת אזהרה, שכן יכולה להטעות. רישום הערת האזהרה במקרה זה הוא מוטעה, הוא הושג בצורה לא תקינה. יש פה רישום או אינדיקציה במרשם היא לא לגמרי תקינה. ביהמ"ש שואל עצמו האם מוותרים ומאפשרים את הפרקטיקה הזו, או שנצמדים רק לטעות מהותית במרשם כהצדקה לתקנת שוק ובכך מבטלים את הפרקטיקה הזו. ביהמ"ש מכריע שלא לבטל את הפרקטיקה הזו.
   3. השופט רובינשטיין קובע שאין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במקרה זה משום שיש טעות במרשם. עם זאת, ע"מ להחיל תקנת שוק במצב כזה צריכים להתקיים שני תנאים: 1. החלת "בדיקה ראויה", משמע סטנדרט התנהלות אובייקטיבי על רוכש ב'. צריכה להיות בדיקה ראויה של רוכש ב' את עסקת היסוד. העסקה הראשונה היא בין הנחזה לבעלים לבין רוכש א' והעסקה השנייה היא בין רוכש א' לרוכש ב'. העסקה הראשונה היא עסקת היסוד. ע"מ שרוכש ב' ייהנה מתקנת שוק כשהוא קנה את הנכס על בסיס הערת אזהרה שגויה, הוא חייב לבדוק את העסקה הראשונה. הוא חייב לחזור אחורה ולבקש לראות מסמכים מהעסקה הראשונה, לראות שהכול שם היה תקין. הוא לא יכול להסתפק רק במערכת היחסים שבינו לבין הרוכש הראשון. זה גם הגיוני ברמה כלכלית-מסחרית, העסקה השנייה תלויה בהשלמת העסקה הראשונה. זה נכון גם בהקשר של דרישת תום הלב מהרוכש השני. אם רוכש ב' רוכש נכס על בסיס הערת אזהרה, ככל שהוא רוצה להיות מוגן מבחינה משפטית הוא חייב להוכיח שהוא בדק בצורה סבירה את עסקת היסוד. 2. התניית תשלומים. אם אתה קונה נכס על בסיס הערת אזהרה, אתה צריך להתנות את מירב התשלומים לשלב של אחרי הרישום ע"מ להנות מההגנה של תקנת שוק. מה שהשופט רובינשטיין עושה פה הוא לקחת שתי פרקטיקות מסחריות נוהגות וקובע שאם אנשים שרוכשים נכס על בסיס הערת אזהרה מתנהלים בצורה תקינה מבחינה מסחרית זה מעיד לביהמ"ש על זה שהם תמי לב ועל זה שצריך להחיל את תקנת השוק במקרה שלהם. אם הם פועלים בצורה לא תקינה מבחינה מסחרית, מוותרים על דברים שמגנים עליהם בעסקה, יש פה משהו שמעיד על כך שהם מזדרזים מדי לסיים את העסקה. הם מוכנים לקפוץ למים בצורה שאדם סביר לא היה עושה. הרציונל הוא מתן תוקף לרישום ועידוד עסקאות במקרקעין.
7. **לסיכום תקנת שוק במקרקעין**
   1. אם יש רק בעלים, אדם שנחזה לבעלים ורוכש א' – אם הנחזה לבעלים לא שינה את הרישום, רוכש א' לא ייהנה מתקנת שוק. הסיבה היא שלא היה פגם ברישום, הפגם היה בכך שהרוכש הסתמך על תיעוד מזויף של הנחזה. מה שיש פה זה אדם רמאי, ולכן משיבים את המצב לקדמותו ואותו רוכש א' יכול לרדוף אחרי הנחזה לבעלים. אם הנחזה לבעלים שינה את הרישום (למשל באמצעות ייפוי כוח מהבעלים), רוכש א' ייהנה מתקנת שוק. הסיבה היא שהעסקה בוצעה בשל פגם ברישום.
   2. אם יש בעלים, נחזה לבעלים שלא שינה את המרשם, רוכש א' ורוכשת ב'. אם רוכש א' שינה את הרישום, רוכשת ב' תהנה מתקנת שוק, משום שהרכש על בסיס פגם ברישום. אם רוכש א' לא שינה את הרישום בזמן העסקה עם רוכשת ב', ורוכשת ב' קונה את הנכס על בסיס הערת אזהרה בלבד, צריך להבחין בין שני מצבים. המצב הראשון הוא שהרישום לא הושלם גם לאחר העסקה. כלומר, בשום שלב במהלך ההתקשרות עם רוכש ב' רוכש א' לא העביר את הבעלות על שמו. המצב השני הוא שבשלב כלשהו לאחר העסקה עם רוכש ב' רוכש א' כן העביר את הרישום על שמו. על פניו התשובה היא שאי אפשר להחיל תקנת שוק. הסיבה היא שאין טעות במרשם בשלב שבו נעשית העסקה. יחד עם זאת, מתוך הבנה שהפרקטיקה הזו היא רווחת ושלא רוצים לבטל אותה, מכשירים בתנאים מסוימים החלה של תקנת שוק בסיטואציה הזו. במצב הראשון, רוכש ב' לא ייהנה מתקנת שוק, מהסיבה שאין פגם ברישום באף שלב. במצב השני ניתן להנות מתקנת שוק אם עומדים בשני תנאים, התנאת תשלומים עד לרישום ובדיקה ראויה של עסקת היסוד.

## **תחרות 5: תקנת שוק במיטלטלין**

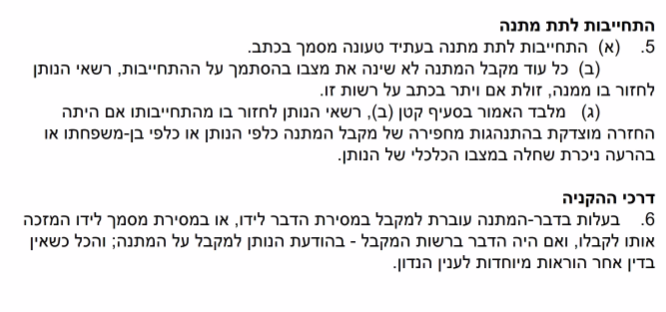
1. מה ששונה בינה לבין תקנת שוק במקרקעין הוא שאין מרשם. כשאין מרשם יש הרבה תנאים אחרים לעמוד בהם ע"מ להגיע למצב של תקנת שוק.
2. **החוק**
   1. ס' 34 לחוק המכר קובע "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב". כל אחד מהפרטים של הסעיף הוא קריטריון שיש לעמוד בו על מנת להיות מוגן בתקנת שוק: נמכר, נכס נד, על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, הקונה קנה וקיבל, תום לב.
   2. נמכר – מפנה לסוגיית התמורה. מהות המכר היא הקניית נכס תמורת מחיר (ס' 1 לחוק המכר). התנאי הבסיסי לקיומה של תקנת שוק הינו קיומה של עסקה בה נרכש הנס מהמוכר (מי שאינו בעל הקניין) תמורת מחיר. עולה השאלה האם התמורה צריכה לשקף שווי אובייקטיבי או סובייקטיבי. אם נקבע שצריך לשלם מחיר אובייקטיבי זה אולי ימנע קנוניות כאלו ואחרות. אפשר לחשוב על מצב בו אדם גנב מכשיר והוא יודע שיש תקנת שוק, לכן הוא יעביר אותו בתמורה זעומה לחבר שלו. הוא ירוויח את התמורה והחבר ירוויח את המכשיר. ברגע שנקבע שיש לשלם מחיר אובייקטיבי אנשים לא ירוצו לקנות דברים במחיר מציאה משום שהם ידעו שהם לא יהיו מוגנים בתקנת שוק בהמשך. לכן למחיר אובייקטיבי יש תרומה. בפס"ד כנען נקבע שזהבה כנען לא עמדה בתנאי התמורה לא בגלל שהיא שילמה את מחיר השוק של ההדפסים אלא בגלל שבדיעבד התברר שיש כשלון תמורה בכך שהיא לא שילמה את התמורה של המוצר האמיתי. זה שערורייתי משום שזה לא עוזר לכלום. המצב של כשלון תמורה בדיעבד (הרוכש שילם את הסכום על מה שהוא חשב שהוא קונה, אבל בדיעבד התברר שיש כשלון תמורה משום שהמוצר שונה) לא עוזר. לכן באופן עקרוני דורשים תמורה אובייקטיבית, כאשר בכנען לקחו את זה לקיצון.
   3. נכס נד – סעיף 34 חל על נכסים מוחשיים. רק לגבי נכסים מוחשיים ניתן לדבר על התנאים הכלולים בתקנת השוק. אין הבחנה בין מיטלטלין שאין להם מרשם לכאלו שיש להם מרשם. חוק המכר חל לגבי כל סוגי המיטלטלין.
   4. על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר – יש בנושא שתי גישות. לפי זמיר, זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה. אם אתה קונה טבעת יהלום בחנות ירקות, משהו צריך לעורר בך חשד לגבי המקור של הטבעת. היום הטיעון הזה בעייתי, משום שיש הרבה מאוד חנויות שמוכרות מגוון רחב של מוצרים. לפי דגן, המטרה היא לתמרץ את הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק. לא בודקים פה את תום הלב, יש לו תנאי נפרד בסעיף. המטרה של תנאי זה היא לגרום לסוחרים להיות מומחים בתחום שלהם. אם סוחרים יודעים שאם הם ימכרו סחורה אקלקטית הדברים האלו לא יזכו להגנה קניינית, הסוחרים לא יביאו את המוצרים האלו לחנות אלא אם הם יוודאו טוב מאוד מה המקור של המוצרים. סוחר שיחליט להכניס פריטים שהם לא מסוג הממכר הרגיל שלו, הוא צריך לוודא מה המקור של הסחורה אם הוא רוצה שיקנו את הסחורה. לכן לפי דגן התנאי לא קשור לרוכש, הוא קשור לסוחרים. רוצים שהם אלו שיבדקו שאין פגם בשרשרת. סיפור זה מעלה שאלה מעניינת לגבי יד2. מה קורה אם קניתי טלפון ביד2 ואז התברר לי שהטלפון גנוב, האם אני נהנה מתקנת שוק או שלא, בהנחה שאנשים ביד2 הם לא סוחרים. יש לבחון האם על פי הרציונלים של החוק נכון להחיל תקנת השוק. אם כל הנושא הוא תום הלב של הרוכש (גישת זמיר) אפשר אולי לנסות למצוא לכך פתרון. אם יש מוכר שמוכר נכסים מסוג אחד ואז מוכר נכסים מסוג אחר, זה אמור לעורר חשדות. אם אין מוכר כזה, וכל אחד באתר מוכר נכסים אחרים, מראש החשד לא מתעורר. אם הולכים על דגן, אולי זה יכול להיות אחרת כי אולי אפשר לתמרץ את האנשים ביד2 כן לבדוק. באופן כללי הסיפור של יד2 בעייתי. לא מוכר מקרה של החלת תקנת שוק על מקרה כזה. גם התנאי הזה וגם התנאי הבא מתייחסים למוכר ולנסיבות. אם אכן כל הדרישות מטרתן לוודא את תום ליבו של הרוכש, אין סיבה לא להחיל את זה בשינויים המחויבים על מכירה ביד2. זה גם נכון לעשות את זה משום שאם רוצים שתהיה מכירה של דברים ביד שנייה, נכון להחיל תקנת שוק כי זה יעודד אנשים לקנות. לעומת זאת, אם הרעיון הוא מסחרי בהכרח (לגישת דגן) אז לא בטוח שהתנאים האלו (שהם לא רק הרחבה של תום הלב, אלא נוגעים לפן המסחרי של תקנת שוק) נכונים למכירה ביד שנייה.
   5. במהלך הרגיל של עסקיו – תנאי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה, העדר נסיבות מחשידות לגבי העסקה וזכויותיו של המוכר בנכס. אם אדם מוכר לנו שעון בסמטה חשוכה, צריך לעלות אצלנו חשד. זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר: מקום עריכת העסקה (האם חנות או סמטה), מועד עריכת העסקה (האם באמצע היום או באמצע הלילה), תנאי העסקה (הנחות, דרישה לתשלום מזומן).
   6. קנה וקיבל – חזקה היא הדבר הסטנדרטי. משום שהדרך הרגילה לביצוע עסקת רכישה היא העברת הנכס מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה. רשותו של הקונה משמע גם אצל אחר מטעמו / שומר וכדו'. אם הנכס עדיין אצל המוכר והתגלתה הבעיה, ומתלבטים האם להעביר את הנכס לבעלים המקורי או להעביר אותו לרוכש החדש, התשובה היא שאם הרוכש החדש לא קיבל את הנכס לידיים שלו אי אפשר להחיל תקנת שוק (ולכן הבעלים המקורי יקבל). הסיבה היא שמאוד מדקדקים בהקשר של תקנות שוק משום שיודעים שמכשירים משהו בעייתי. מקובל לפרש חזקה + העברת בעלות, משמע מסירת חזקה או מועד אחר שהצדדים קבעו (ס' 33 לחוק המכר). לכן דורשים גם סיום של העסקה וגם החזקה בנכס.
   7. תום לב – תום ליבו של הקונה צריך להתקיים מעת כריתת ההסכם ועד להשלמת התנאים של חזקה + קניין לפי המועד המאוחר (עד שכל הסיפור מתקיים). המבחן הוא סובייקטיבי, משמע היעדר ידיעה והיעדר עצימת עיניים (נסיבות מחשידות ועצימת עיניים מתוך כוונה להימנע מלברר את החשד). תום הלב הסובייקטיבי עולה מרציונל לתקנת השוק: תקינות חיי מסחר, חוסר רצון לעכב זרימת סחורה על ידי חיוב בבדיקות. רוצים לתת לאנשים בשוק לנוע ולעשות עסקאות. אם נחיל עליהם סטנדרטים אובייקטיביים זה ימנע מהם לעשות עסקאות. כל פעם שהם יבואו לעשות עסקה הם יחשבו איך אדם סביר היה מתנהל. לא רוצים שכל עסקה של מיטלטלין תדרוש ייעוץ משפטי. לכן כדי שתקנת השוק לא תתקיים צריך להראות או שהרוכש ידע או שהיה עליו לדעת במובן הסובייקטיבי (כל הנסיבות היו מולו והוא בחר לא להסתכל לכיוונן). עולה השאלה האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית. האם מטילים על אדם ידיעה קונסטרוקטיבית ואומרים לו שאם הוא היה בודק בדיקות מסוימות הוא היה יכול להסיק מכך שיש בעיה. הדוגמה בפס"ד רוזנשטרייך היא של מקום בו כתובים שעבודים שלא בהכרח בודקים (קניית רכב). במקרה זה נקבע שלא חייבים ללכת לבדוק אם יש שעבודים. אפשר לעשות את העסקה ללא הבדיקה. מה שצריך לדעת זה שאם יהיו לכך השלכות בשלב מאוחר יותר יצטרכו לשאת בהשלכות. הכוונה היא שלא מפלילים את העסקה בחוסר תו"ל על בסיס כך שלא בדקו היבטים מסחריים של העסקה, אבל זה לא אומר שלא יצטרכו להיפרע מהשעבוד הזה. זה רק אומר שלא יראו את הרוכש כחסר תו"ל ולא ייקחו לו את המיטלטלין בשל כך.
3. **פס"ד כנען**
   1. עובדות המקרה – זהבה כנען קנתה שתי תמונות של רובין בשוק הפשפשים. היא קונה אותם ב-250 שקלים לציור. לאחר שהיא קונה את הציורים ולוקחת אותם מתברר שהם מקוריים. הערך שלהם הוא כמה מאות אלפי דולרים. יש פער מאוד משמעותי גם בסכומים וגם בטיב הממכר. היא חשבה שהיא קונה הדפסים והתברר שהיא קנתה את הציורים המקוריים. כשמגלים שציורים אלו נמצאו ממשלת ארה"ב תובעת את החזרת הציורים האלו משום שהם נגנבו. מקרה זה שערורייתי משום שעושים הכל כדי להגיע לתוצאה בה מחזירים את הציורים לארה"ב, כאשר המשוכה העומדת בפני ביהמ"ש היא תקנת השוק. זהבה טענה שגם אם זה נכון, ברור שיש פגם בהליך, אבל מהרגע שהם הגיעו אל כנען בצורה תקינה ושהיא מקיימת את התנאים של תקנת שוק, יש להתעלם מהפגם ולהשאיר את המיטלטלין בידיים של הרוכש התמים.
   2. ביהמ"ש מתמודד עם הדרישה של ממשלת ארה"ב להחזרת הציורים האלו בשתי דרכים משפטיות. דרך אחת היא חיצונית לתקנת השוק והדרך השנייה היא פנימית לתקנת השוק. לפי המסלול פנימי זהבה כנען לא עומדת בתקנת השוק ולכן צריך להחזיר את הנכס. לפי המסלול חיצוני ישנה סוגיה של טעות חוזית ותו"ל. הרציונל של המסלול החיצוני הוא שאין הצדקה למתנות משמיים. לא רוצים כמערת משפטית שאנשים יקבלו לידיהם נכסים שאין הצדקה שיגיעו אליהם. הדרך הנכונה להתמודד עם שאלות כאלו היא לבחון ולהפעיל את תנאי תקנת השוק. כפי שנראה, ביהמ"ש עיוות את התנאים של תקנת השוק והוא היה מודע לכך, לכן הוא בחר להציע מסלולים נוספים. האופן שבו הוא פירש את תנאי תקנת השוק הוא שערורייתי. אם כל מה שחשוב בתקנת השוק זה לאפשר מסחר ושאנשים לא יפחדו שייקחו להם את הנכסים, לא יכולים לבוא ולעקר את כל הרציונל הזה מתוכן באמצעות הטלת חובות או פרשנות דרקונית לחלק מהתנאים.
   3. מסלול חיצוני – הדרך הראשונה (ברק ואור) הייתה של טעות משותפת. אין ספק שגם אותה מוכרת לא הייתה רמאית, היא הייתה עוד שלב תם לב בשרשרת ההעברות. באיזשהו מקום הייתה גניבה, אך המוכרת גם היא לא ידעה זאת. אין ספק שמדובר פה בטעות משותפת של שני הצדדים. טעות משותפת מאפשרת ביטול של החוזה. אין למוכרת אינטרס לבטל את החוזה, לכן ביהמ"ש היה צריך משהו נוסף מעבר לטעות המשותפת. הטעות המשותפת לא מחייבת את ביטול חוזה. מה שביהמ"ש עשה זה לצרף את הנושא של עשיית עושר. הם טענו שבמידה שבה נעשה עושר ולא במשפט כתוצאה מחוזה שמבוסס על טעות משותפת, האפשרות לביטול החוזה הופכת לחובה לביטול החוזה. זו קונסטרוקציה מעניינת מבחינת דיני חוזים, אבל גם היא מאוד בעייתית ומצביעה על כך שסימנו את המטרה ואז תפרו את הדרך. ביהמ"ש מפעיל שיקולים חיצוניים לחוזה עצמו ולרצון הצדדים, בדרך פעולה שמתבססת על רצון הצדדים (טעות משותפת). הבעיה בדרך הראשונה היא שהיא רלוונטית רק למצבים של טעות משותפת, וכן שהיא מכניסה אלמנטים חיצוניים ליחסים בין הצדדים לחוזה. הדרך השנייה (ברק), שניתן להגיד שהיא הרבה יותר נכונה מאשר הדרך הראשונה, היא באמצעות החלת תו"ל אובייקטיבי. אומרים שגם אם לא ידעת בפועל שמדובר בציורים מקוריים, ברגע שזה נחשף יש פה חוסר תו"ל בסירוב להחזיר את הציורים האלו. כל ההתנהלות צריכה להיות בתום לב. העובדה שהיית תם לב סובייקטיבית לא פותרת אותך מלפעול בתום לב. זו תפיסה מאוד ברקית שמנסה להחיל תום לב באופן גורף על כל שלב בהתנהלות של הצדדים. מובן שדרך זו יוצרת בעיות, אך נראה שהיא יותר נכונה משפטית.
   4. מסלול פנימי – ביהמ"ש ערער על שני תנאים מתוך ס' 34. אין מחלוקת שהיא קנתה וקיבלה וכו'. קודם כל ביהמ"ש אמר שצריך לחשוב האם בסיטואציה המסוימת הזו **סוג הנכס** שנמכר הוא מסוג הנכסים שהמוכרים רגילים למכור. האם תמונות מקוריות של רובין הן סוג הנכסים שאותה המוכרת בשוק הפשפשים רגילה למכור. השופטים עושים משהו שחותר תחת הרציונל של תקנת השוק. נכון שפס"ד כנען מדבר על טעות בהבנת הממכר, גם המוכרת וגם זהבה כנען לא היו מודעות למהות הממכר. עם זאת, לבוא בדיעבד ולהגיד שברגע שהתבררה הטעות וגילו שמדובר בנכס ששווה הרבה יותר מהנכס המקורי ואז להגיד שזה לא נכנס לקטגוריה של סוג הנכס מעלה שאלה מעניינית, בעיקר אם מסתכלים על הפרשנויות של זמיר ושל דגן. זמיר דיבר על תו"ל, ופה לא יכולה להיות מחלוקת שגם אם קניתי נכס שלא ידעתי מה הוא באמת אין אינדיקציה לחוסר תו"ל. כולם האמינו שבאמת מדובר בנכס ששווה 250 שקלים. אם כל הרעיון בסוג הנכס הוא לבטא אינדיקציה לתו"ל של הקונה, פה אין ספק שזהבה פעלה בתום לב. לכן לפי זמיר זה לא רלוונטי להכניס את זה לסעיף. לפי דגן, הטיעון כן רלוונטי, כשעדיין השאלה היא כמה הוא יכול לעזור. לפי דגן כאמור הרעיון הוא לתמרץ את הסוחרים להשקיע זמן ואנרגיה בבדיקת המקורות של הנכסים. אם אומרים שלאותה המוכרת צריכה להיות מומחיות באומנות היא הייתה יכולה לגלות שהציורים מקוריים. או שהיא לא הייתה קונה את הציורים מידי הגנב או שהיא הייתה מדווחת על כך. לכן לפי הרעיון הזה יש יותר הגיון בקביעה שמדובר בטעות בסוג הנכס. עדיין, הגילוי בדיעבד של הטעות חותר תחת הרציונל של תקנת שוק. כל הרעיון של תקנת שוק הוא שכשעובר נכס מיטלטלין לא נבוא ונטיל על הקונה לעשות בירורים יותר מדי משמעותיים עם עלויות גבוהות. רוצים לאפשר את השוק, לכן בירור בדיעבד או ניסיון להלביש את הטעות הזו על תקנת השוק מעקר מתוכן את תקנת השוק. הדבר החמור יותר שביהמ"ש עשה הוא לגבי **התמורה**. אין ספק שיש כאן כשלון תמורה. העניין הוא האם בוחנים את התמורה בשלב העסקה ועפ"י מה שהצדדים האמינו או שבודקים את התמורה בדיעבד, כשמתבררת הטעות. מבחינת תקנת שוק, ככל שתופסים אותה כמשהו שנועד לאפשר עסקאות בלי בירורים יקרים ומיותרים, כשלון תמורה לא יכול להיעשות רטרואקטיבית. העובדה הזו לא מעידה על כלום. אם כבר, היא מעידה על זה שזו בדיוק המטרה של תקנת שוק. רוצים שאנשים יוכלו לעשות עסקאות בלי לשכור חברה שתעיד על שווי הנכס. נכון שהמקרה של זהבה כנען מאוד חריג, אבל זה אומר שבעתיד כל אדם שרונה תדפיס יצטרך להביא מומחה אומנות שיוודא שהתמונה אינה מקורית. לא רוצים שכל רכישה של מיטלטלין תעשה בצורה של הבאת מומחה שיעשה בדיקה ויקבע את השווי. רוצים העברה יותר רציפה של נכסים. על כן קביעת כשלון תמורה בדיעבד בעייתית עבור תקנת השק. מה שברק עושה הוא להחיל את שיקול מאזן המצוקה. המצוקה נוטה בצורה דרמטית לרעתו של הצד שנגנב ממנו הציור, לכן פוסקים שצריך להסתכל על התמורה בדיעבד. זה מקרה של ביצה ותרנגולת, משום שמאזן המצוקה נקבע על בסיס התמורה שהתגלתה בדיעבד.
   5. אם ננסה להסביר למה ביהמ"ש עשה את זה, ההסבר הכי הגיוני הוא שביהמ"ש עשה את זה משום שמרבית המקרים הם לא מקרים של טעות ביחס לממכר או לשווי של הממכר. מרבית המקרים מדברים על ממכר עם שווי זהה, והבעיה היא בשרשרת ההעברה. אין טעות לגבי הנכס עצמו בד"כ. אם אין טעות ביחס לנכס אין פער במאזן המצוקה, משום שכל צד יפסיד את אותו הדבר. כשזה קורה ניתן לבחון את התמורה בשווי האמיתי שלה ואז אין בעיה. הבעיה היא כשיש פער משמעותי, כפי שקרה במקרה של כנען. לכן ניתן להניח שברק אומר שקביעה זו ביחס לתמורה לא תשנה דרמטית את כל תקנת השוק, משום שברוב המקרים התמורה ידועה ואין כשלון תמורה, ולכן ניתן לעשות את המהלך הזה. לכן כנראה שהקביעה בכנען תשנה רק במקרים שדומים מאוד לכנען, בהם יש פער גדול מאוד בתמורה.
4. **סחר פרטי** – תקנת שוק לא חלה על אדם פרטי. עצם העובדה שהסעיף נותן חשיבות למוכר, שהוא מוכר נכסים מסוג הממכר וכו' מראה שהסעיף לא חל על אדם פרטי. אם קונים מכונית מאדם פרטי זה לא חוסה תחת תקנת השוק. קשה עד בלתי אפשרי יהיה למלא את התנאים של תקנת השוק בהקשר הזה. השאלה שעולה בשנים האחרונות היא לגבי פלטפורמות של מכירה כמו יד2. לא מדובר במכירה פרטית נקודתית אלא אנשים שהם שחקנים חוזרים ואפשר להתחקות יותר אחרי ההיסטוריה שלהם והאמינות שלהם. שאלות אלו הן שאלות גדולות. התשובה היא שכרגע יד2 לא חוסה תחת תקנת השוק. קשה מאוד לראות את יד2 כמשהו שמעביר את המוכר הפרטי מפרטיותו לסטטוס של מוכר. לכן לא רוצים לתת הגנה של תקנת השוק על מכירות של אדם פרטי. שאלה שניתן לשאול היא האם אפשר להצדיק את החלת תקנת השוק על מוכרים פרטיים. התשובה היא שככל שהסחר האינדיבידואלי יעלה ויתעצם, וככל שיהיו יותר פלטפורמות מסחריות שינהלו את הסחר הזה, ניתן לחשוב יותר על להסתכל על הדרים בצורה קצת אחרת. ברגע שאנשים שמעורבים כל הזמן במסחר אונליין יד שנייה, וצוברים מוניטין, ויש מסד נתונים שניתן להתבסס עליו כדי לאמוד את האמינות שלהם, אפשר לחשוב על תקנת שוק בהקשר שלהם. זאת בהינתן שחלק משמעותי מהאינטראקציות המסחריות היא מול אנשים פרטיים. הפתרון הוא מאוד פשוט, משום שמדובר במיטלטלין ומשום שהחוק קובע שהבעלות עוברת במסירה או על פי התנאה, הרוכש פשוט צריך להתנות את התשלום בהעברת הבעלות. לא לשלם על נכס לפני שמקבלים את הבעלות בנכס. לא חייבת להיות חזקה בנכס אבל חייבת להיות בעלות בנכס.

## **תחרות ומתנה**

1. עסקאות מתנה מצד אחד דומות ומצד שני שונות מעסקת מקרקעין רגילה. הן דומות בכך שמדובר בעסקה. אם נותנים מקרקעין למישהו אחר במתנה, מדובר בעסקה לכל דבר ועניין. מדובר בעסקה ללא תמורה. כמו כן, למתנה יש כללים מסוימים וייחודיים בחוק המתנה. אחד הכללים האלו הוא שנותן המתנה יכול לחזור בו בנסיבות מסוימות. לכן השוני ביחס לעסקאות רגילות הוא שאין תמורה ושניתן לחזור מהמתנה. הדבר הזה מאוד בעייתי אם מסתכלים על צדדים שלישיים שעשויים להיפגע מהמתנה הזו.
2. **חוק המתנה**



* 1. ס' 1 – אסור שתהיה כל תמורה שהיא. לא כסף, לא שירות, לא שום תמורה.
  2. ס' 2 – עסקת המתנה נגמרת כשצד א' מקנה לצד ב' את המתנה, והם מסכימים שהנכס ניתן במתנה.
  3. ס' 3 – נכון שס' 2 דרש שמקבל המתנה יסכים, אבל ס' 3 אומר שרואים אותו כמסכים אלא אם כן סירב. אדם עשוי לסרב למתנה בשל מערכת היחסים עם נותן המתנה או בשל שיקולים כספיים (הרבה פעמים מתנות מגיעות עם חובות, למשל על מקרקעין שמקבלים במתנה צריך לשלם מס).



* 1. ס' 5 – כאמור, המתנה נגמרת ברגע שהנותן הבהיר שהוא נתן ושהצדדים הסכימו. כשמדובר על מקרקעין עסקת המתנה היא עסקה במקרקעין, ולכן הזכות הקניינית מתגבשת ברישום אבל העסקה נגמרת בשלב בו מסכימים על המתנה. כאשר ישנה התחייבות לתת מתנה, מדובר במצב בו הנותן מתחייב לתת את המתנה בעתיד. ס' (א) פחות מרגש משום שמדובר בעסקה במקרקעין, ולכן כבר ישנה דרישת כתב. ס' (ב) יותר בעייתי משום שהוא אומר שאם א' כתב שהוא ייתן ל-ב' את הקרקע שלו בעוד שנה, ו-ב' לא שינה את מצבו בצורה כלשהי בהתבסס על כך (שעבודים, הלוואות וכו'), א' יכול לחזור בו מהמתנה. ל-ב' לא תהיה טענה חוזית כלפי א'. זה בניגוד לעסקת מקרקעין רגילה, בה במקרה של חתימת חוזה ונסיגה ממנו תהיה טענה משפטית. כל זמן שהמקבל לא שינה מצבו לרעה הנותן יכול לחזור בו ללא השלכות. זה דרמטי כשעוסקים במקרקעין, בעיקר בדיני תחרויות. אם נחשוב על העניין הזה שנותן המתנה יכול לחזור בו במסגרת של דיני התחרויות, פותחים פה פתח מאוד גדול לקנוניות בתחרויות, למשל בבעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל. נחשוב על אדם שיש לו נכסים שיודע שהוא עומד להיכנס למצב של פשיטת רגל, לכן הוא מתחייב לתת את הנכסים שלו במתנה לקרוב שלו. אם הולכים לפי פס"ד אהרונוב, הנושים המעקלים יגיעו וירצו לגבות, אבל הנותן יגיד שהנכסים כבר לא בבעלותו. העובדה שהמתנה היא עסקה ללא תמורה, והעובדה שנותן המתנה יכול לחזור בו, זה בעייתי מאוד ביחס לתחרות כזו. מציבים את הנושים המעקלים במצב מאוד בעייתי. מדובר פה על אדם שעשוי היה להבריח נכסים שהנושים היו חייבים להיפרע מהם. לפי ס' (ג), גם אם מקבל המתנה שינה את מצבו, עדיין ניתן לחזור ממנה הנותן אם מתמלא אחד התנאים של הסעיף. המשמעות של זה במקרקעין היא שעד שלב הרישום נותן המתנה יכול לחזור בו, משום שמדבור עד אז בהתחייבות.
  2. ס' 6 – במיטלטלין ובזכויות פועלים לפי הקריטריונים של הסעיף ובמקרקעין פועלים בהתאם לחוק המקרקעין.

1. **בעיות עיקריות ממאפייניה של המתנה**
   1. עסקה ללא תמורה – אם עסקת המתנה היא השנייה בזמן יהיה מאוד בעייתי להשלים את תנאי ס' 9 בהקשר של התמורה. לכן זה משליך על דרישת התמורה בעסקאות נוגדות למשל. אם ב' מכר את הנכס ל-א' ואז נתן אותה במתנה ל-ג', השאלה היא איך ג' יכול להשלים את דרישות ס' 9. בנושא זה עוסק פס"ד **סולימאן נ' מ"י**. דנציגר קובע "במקרה בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה בלתי הדירה, עדיין על מקבל המתנה להוכיח כי שינה את מצבו לרעה בהסתמך בתום לב על המרשם, ולא די ששינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות למתנה בלתי הדירה... במצב בו העסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, נראה כי הסיכויים להעדפתו של השני בזמן קלושים, זאת מאחר שבשקילת "מאזן ההפסדים" יש לקחת בחשבון גם את ההפסד שיגרם לראשון בזמן אם תבוטל העסקה עמו". במילים אחרות, דנציגר מחיל את שיקול מאזן המצוקה כשיקול אולטימטיבי. כיוון שאין תמורה, מאזן המצוקה ייטה כמעט תמיד לרעתו של השני בזמן. דנציגר מתעלם מאפשרות שמאזן המצוקה ייטה לרעת בעל ההתחייבות למתנה, אם למשל הוא הסתמך על המתנה הזו ושינה מצבו לרעה. בנוסף, דנציגר עושה משהו מאוד בעייתי ביחס לפס"ד גנז. זאת משום שהוא אומר שלא דורשים מהראשון בזמן רישום כתנאי לגבור על השני בזמן בהקשר של עסקת מתנה. הוא למעשה אומר שבהקשר של עסקאות נוגדות במקרקעין, כשהעסקה השנייה היא עסקת מתנה, לא מחילים את פס"ד גנז. יש בזה היגיון, משום שבשונה מהתחייבות לעסקה רגילה, במקרה של עסקת מתנה אדם שמקבל מתנה לא הולך בד"כ לבדוק ולחפש בעיות. פחות מצפים ממקבל מתנה להיות מוטרד ממצבם של המקרקעין. הסיכוי היחידי של השני בזמן לנצח הוא אם הוא ישלים את כל תנאי ס' 9 (רישום ותו"ל). לגבי התמורה, הוא יצטרך להראות הסתמכות ממשית שלו (שינוי מצב לרעה) על המתנה הזו. לא נאפשר פה את העקיפה הזו שגנז עשה לשני בזמן של היעדר רישום הערת אזהרה ע"י הראשון בזמן.
   2. הסתמכות נושים – מאחר שמדובר בעסקה שאפשר לחזור ממנה, זה משליך על ההסתמכות של נושים על נכסי החייב. פס"ד אהרונוב אומר שאם יש בעל התחייבות לעסקה במקרקעין הוא גובר על נושה מעקל מאוחר יותר, גם אם הוא לא רשם הערת אזהרה. גם אחרי פס"ד גנז, ברגע שמדובר בבעל התחייבות מול נושה מעקל לא דורשים מהראשון בזמן לרשום הערת אזהרה. נשאלת השאלה מה קורה אם ההתחייבות לעסקה היא התחייבות לעסקת מתנה. ביהמ"ש **בפס"ד לניאדו** אומר שאם בעל ההתחייבות למתנה רושם הערת אזהרה, הוא גובר על נושים מאוחרים. אם הוא לא רושם הערת אזהרה עדיין ניתן לשאול האם הוא גובר על נושים מאוחרים. אם מסתכלים על הרציונל של פס"ד אהרונוב התשובה צריכה להיות שכן. גם אם הוא לא רושם הערת אזהרה, הוא צריך לגבור על נושים מעקלים. ניתן להסתכל על הרציונלים של אהרונוב כדי להבין האם להחיל אותו במקרה של מתנה. רציונל אחד הוא שהזכות של הנושה היא דיונית בלבד וזה נכון גם במקרה זה. רציונל שני הוא שההסתמכות של הנושה על כלל נכסיו של החייב ולא על הנכס המסוים וגם זה נכון כאן. נכון שההסתמכות של מקבל המתנה קטנה יותר, אבל הוא עדיין אמור לקבל את הנכס המסוים. לבסוף, אם בעל ההתחייבות לעסקה מקבל את הנכס, הוא מעביר למוכר כסף. מבחינת הנושה, זה לא משנה לו אם הוא יקבל את הכסף במזומן או במימוש הנכס. בעסקה רגילה אומרים שנוח שבעל ההתחייבות לעסקה זוכה משום שהוא רצה את הנכס המסוים, והנושה רק רוצה כסף. בסיום העסקה הנושים מקבלים את הכסף מהחייב. במתנה המצב שונה, משום שלא עובר כסף ממקבל המתנה לחייב. לכן לכאורה היה צריך לשנות את הדין מאהרונוב, משום שאין כסף שמחליף את הנכס. התשובה היא שאין הבטחה לנושה לא מבוטח שנכסי החייב יישארו באותו המצב בעת יצירת החוב, וגם זה נכון במקרה של מתנה. זה שבעסקה רגילה הכסף חוזר לקופה זה טוב ויפה, אבל זה שאין כסף הוא לא סיבה להעדיף את הנושים הלא מובטחים על פני מקבל המתנה. למרות זאת, השופט אלון בלניאדו אומר שנקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה. עם זאת, עדיין יכול מקבל המתנה לגבור על הנושה הלא מובטח בתנאים מסוימים: 1. הנסיבות יעידו על כך שהמתנה היא אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה). צריך להראות שאין מצב כלשהו של פשיטת רגל. 2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה מצבו לרעה. 3. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר). 4. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (חוסר תום לב). מספיק שתנאי אחד לא יתקיים באופן קיצוני כדי שיקבעו כי הנכס ילך לנושה המעקל.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין** | **מיטלטלין** | **זכויות (+ מקרקעין לא רשומים)** |
| **תחרות 1**  **בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל** | ראשון בזמן זוכה, אלא אם הוא נושה מקצועי, ואז נדרש לרשום הערת אזהרה (אהרונוב + בנק המזרחי נ' גדי + רשף נ' יוסף)  כאשר בעל ההתחייבות הוא בעל התחייבות למתנה: אם רשם הערת אזהרה הוא זוכה. אם לא רשם, ברירת המחדל היא שנושה מעקל זוכה, אלא אם כן בעל ההתחייבות עומד באחד מהתנאים: 1. הנסיבות יעידו על כך שהמתנה היא אמיתית (בעיקר מצבו הכלכלי של נותן המתנה עובר למתן המתנה). 2. כאשר בעל ההתחייבות למתנה שינה מצבו לרעה. 3. כאשר החזרה מהמתנה אינה אפשרית (למשל ייפוי כוח בלתי הדיר). 4. כאשר הנושה המעקל ידע על המתנה (חוסר תום לב). | ראשון בזמן זוכה (אהרונוב + בנק המזרחי נ' גדי) | |
| **תחרות 2**  **עסקאות נוגדות**  **שני בעלי התחייבות לעסקה** | הראשון בזמן זוכה אם: הוא רשם הערת אזהרה / היה פטור מרישום הערת אזהרה / הוכיח שאין קשר סיבתי בין אי-רישום הערת אזהרה לפעולה של השני. אם הראשון לא רשם הערת אזהרה ולא הצליח להוכיח שהיה פטור מרישום או שאין קש"ס, השני בזמן זוכה, גם אם הוא לא השלים את כל תנאי ס' 9. (ס' 9 + פס"ד גנז)  כשהעסקה השנייה בזמן היא עסקת מתנה, השני בזמן בד"כ יפסיד (אלא אם כן מילא באופן משמעותי את דרישות ס' 9). אין דרישת רישום הערת אזהרה מהראשון בזמן. | הראשון בזמן זוכה אלא אם השני קיים שלושה תנאים מצטברים: 1. קיבל את המיטלטלין; 2. שילם חלק משמעותי מהתמורה עבור השווי האמיתי של הנכס; 3. תו"ל סובייקטיבי. (ס' 12 לחוק המיטלטלין) | הראשון בזמן זוכה אלא אם השני קיים שלושה תנאים מצטברים: 1. קיבל את הזכות (נכרת החוזה); 2. שילם חלק משמעותי מהתמורה עבור השווי האמיתי של הזכות; 3. תו"ל סובייקטיבי. (ס' 12+13 לחוק המיטלטלין) |
| **תחרות 3**  **תקנת שוק**  **בעלים מקורי מול רוכש תם לב** | ס' 10 לחוק המקרקעין. המקרקעין יינתנו למי שהסתמך בתו"ל על מרשם שיש בו טעות והשלים את התמורה עבור הנכס.  אם ההסתמכות הייתה על הערת אזהרה, יש לקיים שני תנאים: 1. בדיקה ראויה (סטנדרט אובייקטיבי) של העסקה המקורית; 2. התניית התשלומים עד השלמת העסקה המקורית. | ס' 34 לחוק המכר. | ס' 4 לחוק המחאת חיובים. הראשון בזמן זוכה, אלא אם כן הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני |

# **שעבודים**

## **מהו שעבוד**

1. **החוק**
   1. ס' 1(א) לחוק המשכון: "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב.
   2. אם אדם רוצה לוודא שהוא יוכל לקבל חזרה את החוב, הוא יכול לבקש מהלווה לשעבד נכס. הפעולה של המשכון היא שעצם העובדה שהוטל שעבוד או משכון מזכה את המלווה להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב.
2. **חשין בקידוחי הצפון**
   1. החייב חב חיוב כלשהו לנושה.
   2. החייב מכפיף – משעבד – נכס כערובה לקיומו של החיוב – הפיכת הזכות לבעלת "אופי" קנייני (In Rem).
   3. השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו.

## **יתרונות של מוסד המשכון**

1. **לנושים**
   1. זכות להיפרע מהנכס עצמו, ייחוד נכס כבטוחה.
   2. זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים (כפוף לדיני הקדימות בעת חדלות פירעון). הסיפור של שעבודים נכנס בשיא כוחו דווקא בשלב בו החייב הופך להיות פושט רגל או חדל פירעון. במקרה כזה, בו החברה כלווה הופכת להיות חדלת פירעון, יש למעשה חברה שלא יכולה לפרוע את כל החובות. יש מספר חובות מסוים וכמות נכסים מסוימת מהם ניתן לפרוע את החובות. השאלה היא מי יקבל קדימות בפירעון. שעבודים נותנים לנושים את האפשרות להיות קודמים בתור.
2. **לחייב** – מאחר שהמשכון מקטין סיכון, תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר. ישנן שתי הלוואות עיקריות בשוק, רכב ובית. בנק יכול לתת ריבית נמוכה בהלוואות לקניית רכב או בית בכך שהוא משעבד את הנכס. הוא לא לוקח סיכון משום שאם תהיה בעיה בגבייה ניתן לממש את הרכב. ריביות של משכנתאות בד"כ נמוכות יותר מריביות של הלוואות רגילות משום שתמיד ניתן להיפרע. ברגע שהבנק מקבל את האחיזה בנכס המקרקעין הוא הרבה יותר רגוע. בבנקים יש כללים לגבי מה היחס בין הנכסים לבין החובות שניתן שיהיו לבנק. בנקים היו מוסמכים לתת הלוואות בריביות הרבה יותר גבוהות ע"מ להבטיח את היחס הנדרש, אבל ברגע שהבנק ממשכן נכס הסיכון יורד ואז ניתן לספק ריביות נמוכות יותר.
3. **לחייב ולחברה בכללותה** – תמריץ לעסקאות מועילות. בהנחה שהחייב מתכנן להחזיר את החוב, הוא מקבל עסקה מועילה מאוד עבורו, משום שהצד השני בטוח בהחזר ולכן הוא יכול לספק תנאים יותר טובים. מבחינת הצד השני, או שהוא מקבל חזרה את ההלוואה או שהוא ממש את השעבוד.

## **סדר הפירעון**

1. **שסל"ן** – שעבוד ספציפי לרכישת נכס. משעבדים נכס ספציפי שהוא זה שהנושה יפרע ביום בו החייב לא ישלם את החוב שלו. ניתן לחשוב על חברה שנכנסת לחדלות פירעון. מה שקורה בד"כ בשלבים שלפני הכניסה לחדלות פירעון זה שהחברה מתחילה עם קשיים תזרימים, קשיים לפרוע הלוואות וכדו'. חברה יכולה לנסות לרכוש נכסים חדשים כדי להתחרות עם חברות אחרות. במצב בו החברה נמצאת בתחילתם של קשיים, וחלק גדול מהנכסים שלה כבר משועבדים לנושי עבר, היא תמצא את עצמה במצב בו אין לה נכסים חדשים לשעבד, ומצד שני היא חייבת את החמצן הזה. חברה כזו יכולה לשעבד את אותו הנכס שהיא רוצה לקנות. היא תרכוש את הנכס המסוים שהיא צריכה ומיד תשעבד אותו. החברה תבטיח את אותו הנכס, שלא נכנס לסדר הפירעון של שאר השעבודים, אלא המלווה גובר על כל הנושים האחרים ביחס לנכס המסוים הזה. רעיון זה נועד לאפשר לחברות להתמודד ולאפשר להן מנגנון שיעודד מלווים לתת להם אשראי גם בתקופות פחות נוחות. לכן השסל"ן הוא הראשון שגובה, אבל הוא גובה מהנכס המסוים לגביו הוא חל.
2. **שעבוד ספציפי** – המלווה מבקש לתפוס נכס מסוים שיהווה בטוחה לפירעון. ניתנת הלוואה, מסתכלים על הנכסים שיש ללווה ומצביעים על נכס מסוים שיש בידיו שישמש לטובת השעבוד. ההבדל משסל"ן הוא שבמקרה הנוכחי ההלוואה לא משמשת לרכישת אותו הנכס עליו יוטל השעבוד, אלא שהשעבוד מוטל על אחד מהנכסים שכבר נמצאים בידי הלווה. לדוגמה, משפחה ממשכנת את הבית שלה לבנק לטובת לקיחת הלוואה הנדרשת לה כדי לצאת לטיול בחו"ל. תמונת הראי של שעבוד ספציפי הוא שעבוד צף.
3. **שכר עבודה + פיצויי פיטורין**.
4. **רשויות המס + דמי שכירות על הנכס**.
5. **שעבוד צף** – שעבוד צף נועד למקרים מאוד מסוימים. כשעושים שעבוד ספציפי בנכס, מבחינת המלווה זה שעבוד אידיאלי. בשעבוד זה ברור למלווה שהוא מממש את הנכס המסוים ומשם תיפרע ההלוואה. הבעיה בשעבוד כזה היא שהחייב לא יכול למכור את הנכס ללא הסכמה של המלווה. שעבוד ספציפי מתאים לנכסים שנשארים בידיים של החייב. אם החייב לא מוכן להתחייב לזה שהוא לא יעשה העברה של הנכס או אם הנכס לא מתאים לאופי זה, אי אפשר לעשות שעבוד ספציפי. במקרים אלו ניתן לתת שעבוד צף. אין ספק שמבחינת המלווה שעבוד צף הרבה פחות בטוח והרבה פחות חזק מאשר שעבוד ספציפי. קודם כל, לא משעבדים נכס מסוים, משעבדים סכום מסוים מתוך כל נכסיו של החייב. שנית, גם בזמן הפירעון, אי אפשר לדרוש לממש נכס מסוים ולקבל ממנו את הכסף. הנושה גובה אחרי כל הגורמים האחרים (1-5). אנשים בכל זאת נותנים שעבוד צף משום שזה מקדם מעבר לנושים הלא מובטחים לחלוטין בסדר הפירעון. זה לא יכול להבטיח שלא ימכרו הנכסים, זה לא יכול להבטיח שבשלב בו תקבע חדלות הפירעון יהיה בידיו של החייב כמות מספקת של נכסים כדי לפרוע את החוב. זה כן נותן קדימות על נושים לא מובטחים. השאלה היא למה לתת שעבוד צף. קודם כל, יש עסקים שלא יכולים לתת שעבוד ספציפי (למשל עסקים שעוסקים במסחר, אי אפשר לשעבד את הסחורה כי כל מטרתה להימכר). כמו כן, בנק שלוקח שעבוד צף ייקח ריבית יותר גבוהה. לכן יש איזון בין הריבית לבין הבטוחה. כשעושים שעבוד צף, אפשר להתנות שלא יהיו שעבודים ספציפיים לאחר מכן.
6. **נושים אחרים (ספקים) ללא בטוחות** – הנושים שדיברנו עליהם בתחרות הראשונה הם הנושים הלא מובטחים. אם הם היו מובטחים הייתה להם זכות קניינית בנכס עצמו.

## **עסקאות קונסיגנציה**

1. ניתן לשאול אילו עסקאות יש לראות כשעבוד. הסיפור העיקרי שלומדים בקניין היא של עסקאות קונסיגנציה. עסקאות אלו הן עסקאות בהן הבעלים לא מוכר את הנכס ללקוח. הבעלים מעביר את הנכס לחנות והחנות מוכר את הנכס ללקוחות. עסקאות אלו למעשה משמרות את הבעלות בידיים של היצרן. זו פרקטיקה מאוד נפוצה אצל ספקים וחנויות. הרבה פעמים הספקים רוצים לדחוף כמה שיותר סחורה, חנויות לא בטוחות שהן יכולות למכור את הסחורה הזו, ולכן משאירים את הבעלות אצל הספק כך שאם לא מצליחים למכור הסחורה חוזרת ליצרן. זו פרקטיקה שנועדה לאפשר מסחר, לא להעמיס על חנויות ולא להגיע למצב בו חנויות לא מוכנות לקבל סחורות.
2. **פס"ד קולומבו**
   1. עובדות המקרה – חברת הצעצועים קולומבו והמוכרת מאמא יוקרו. נקבע ביניהן לבצע עסקאות קונסיגנציה, כך שהבעלות תישאר אצל קולומבו. באופן עקרוני עסקאות קונסיגנציה הן עסקאות שמפחיתות את הסיכון של בעלי החנויות. הסיפור של מאמא יוקרו מעט יותר מורכב. עסקה זו נחתמה כבר בשלב בו קולומבו ידעו על הבעיות הכלכליות של מאמא יוקרו, הם ידעו שהחנות מתגלגלת לקראת חדלות פירעון. כמו כל נושה אחראי הם אמרו שהם לא רוצים להעביר את הנכסים לבעלות של מאמא יוקרו, שמא החברה תיכנס לחדלות פירעון ואז קולומבו מסתכנת בכך שהנכסים האלו יעברו לנושים אחרים. לכן נחתם הסכם הקונסיגנציה.
   2. השאלה שעלתה היא האם עסקאות קונסיגנציה הן עסקאות מכר לכל דבר ועניין, או שמדובר בעסקת אשראי והבעלות אכן לא עברה. ס' 2(ב) לחוק המשכון קובע כי הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא. ביהמ"ש במקרה זה ניסה לעשות שימוש בס' 2(ב) ולקבוע שעסקאות קונסיגנציה הן עסקאות מכר עם שעבוד כערובה לחיוב של החנות.
   3. מה שהפריע לביהמ"ש בכל הסיפור זה שמאמא יוקרו וקולומבו עשו העדפת נושים. במקום לבוא ולהגיד את האמת, להסתכל על העסקה כמו שהיא (עסקת מכר של הנכסים בתמורה לשעבוד של הנכסים לטובת קולומבו), הם מכנים את העסקה קונסיגנציה. לפי ביהמ"ש יש קונפליקט בין שני סעיפים, בעלות עוברת (ס' 33 לחוק המכר, הבעלות עוברת במיטלטלין במסירה או בהתניה) והתניה על העברת בעלות (קונסיגנציה). לכן שואלים האם דובר בעסקה מוסוות. ניתן לשאול למה זה משנה איך מסווגים את העסקה. קולומבו בכל מקרה לא יכולה להיות בעלת משכון ספציפי, משום שמדובר במיטלטלין שהמטרה שלהם היא להימכר. לכן היא אמורה להיות בעלת שעבוד צף. גם אם נגיד שיש שעבוד, היא לא רשמה את המשכון. אם קובעים שמדובר בעסקת משכון, היא חייבת לרשום את המשכון. אם היא לא רשמה את המשכון הוא לא תקף ואז קולומבו הופכת להיות נושה לא מובטח. לכן מבחינת קולומבו החשיבות של ההגדרה האם מדובר בעסקת משכון מוסוות או קונסיגנציה קריטית לשאלה האם היא מקבלת את הכסף בחדלות פירעון של מאמא יוקרו או לא.
   4. ביהמ"ש קובע שמדובר בעסקת משכון קלאסית. זו המטרה של שני הצדדים, ולפי ס' 2(ב) לחוק המשכון אי אפשר להסתכל עליה אחרת בגלל הכותרת שלה. צריך להסתכל על מהות העסקה, ובמקרה זה המהות היא של עסקת משכון.
   5. הלכת קולומבו הייתה מאוד בעייתית. התפיסה לפיה ביהמ"ש מסתכלת על עסקאות קונסיגנציה בצורה מאוד חושדת, כאשר הן מהוות את הפרקטיקה הרווחת בשוק, וקובע שמי שלא רשם משכון מפסיד לנושים אחרים, הובילה לבעיות בשוק.
3. **הצדקות להלכת קולומבו**
   1. מתן תוקף להיבטים הכלכליים והמסחריים של העסקה. זה לא באמת שקולומבו רצתה להשאיר אצלה את הנכסים, היא רצתה להיות בטוחה שהיא לא תדרדר לסוף התור עם הנושים הלא מובטחים.
   2. בחינה ראויה על פי הרציונלים של חוק המשכון: הגנה על צדדים שלישיים, מתן פומביות למשכון.
4. **הביקורת על הלכת קולומבו**
   1. ביקורת מעשית מסחרית
      1. פגיעה בפרקטיקה המסחרית: הפרקטיקה של מכירה באשראי תוך התניית שימור בעלות חשובה לעולם המסחר התקין כיוון שהיא מאפשרת מתן אשראי.
      2. התניית מתן אשראי ברישום משכון אינה מעשית וכרוכה בעלויות גבוהות. אי אפשר שכל טרנזקציה שקורה בין ספקים לחנויות תירשם.
      3. אין היתכנות לרישום שעבוד ספציפי על סחורה מתחלפת בתדירות גבוהה, ואילו שעבוד צף אינו רלוונטי לנושים קטנים ופרטיים.
      4. היעדר מידע משפטי על השינוי שיצרה הלכת קולומבו. השוק לא הפנים את הלכת קולומבו. עסקאות קונסיגנציה המשיכו להתקיים למרות שהלכת קולומבו שוללת את הקיום שלהן.
   2. ביקורת תיאורטית
      1. פגיעה בזכות הקניין: הלכת קולומבו שגתה שעה שהעניקה משקל רב (או בלעדי) לעקרון הפומביות על פני הפגיעה הנגרמת בעקבותיה לזכות הקניין ולחופש ההתקשרות.
      2. סעיף 2(ב) לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום. יש להחיל את הסעיף רק במקומות בהם ברור שמדובר בעסקה מוסוות. אחרת אנו מעניקים העדפה לא הוגנת לנושי הקונה (מאמא יוקרו) על פני נושי המוכר (קולמבו). אם הכוונה לעשות צדק עם הנושים אז פספסו את המטרה, משום שבתמונה הגדולה עדיין יש כאן העדפת נושים.
5. **פס"ד קידוחי הצפון**
   1. הביקורות על הלכת קולומבו נלמדות מבפס"ד קידוחי הצפון, שם נקבע שהלכת קולומבו צריכה להתפרש בצמצום. מכל מקום, הלכת קולומבו לא חלה על כל מקרה של מכר התלוי בתנאי של שמירת בעלות. לכן הפרקטיקה הזו המשיכה וממשיכה לאפיין את המסחר. עסקאות קונסיגנציה הן עסקאות שקיימות ומכובדות, למעט באותם המקרים בהם ברור שהעסקה נקראת קונסיגנציה אך כל המטרה היא להבריח נכסים.

## **כוחו של המשכון**

1. **חובת רישום** – ס' 4 לחוק המשכון מבהיר את סדר הקדימויות בפירעון. לפי ס' 4(1) בנכסים שיש לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה, יפעלו בהתאם לאותן ההוראות. זה נכון שעקרונית אין צורך לרשום פעמיים, אבל הפרקטיקה שהתפתחה היא לרשום גם וגם. למשל כשרושמים משכנתה ידרשו לרשום את המשכנתא בלשכת רישום המקרקעין וגם אצל רשם המשכונות.
2. **הטעם לרישום** – הטעם לרישום הוא פומביות. נכסים של חברות אין צורך לרשום גם ברשם המשכונות, אבל רושמים גם וגם כדי לא לאבד את המשכון אם ביהמ"ש יקבע בסוף שכן היה צריך לרשום איפה שלא רשמו.
3. **תוקף המשכון** – התוקף של המשכון כלפי צד שלישי הינו משעת רישומו. הולכים לפי עקרון הפומביות, מהרגע שהצד השלישי יכול היה לדעת על זה יש לזה תוקף. החריג היחיד שמכירים הוא חוק המכר בס' 34, שאומר על תקנת שוק. תקנת שוק מתגברת על משכונות או שעבודים שקיימים בנכס, והבעלות עוברת למי שנהנה מתקנת השוק כשהיא נקייה מכל שעבוד.
4. **משכון נוסף**
   1. ס' 6 לחוק המשכון קובע "בהיעדר התנאה בין החייב והנושה הראשון, ניתן לרשום משכון נוסף". באופן עקרוני לא צריך לבקש את האישור של הנושה הראשון, אלא אם כן מלכתחילה הנושה הראשון אמר שאסור יהיה לרשום שעבודים נוספים על הנכס.
   2. החיסרון הוא שהנושה השני יכול להיפרע מהנכס רק לאחר שייפרע הנושה הראשון, משמע דחייה בחלוקה. רק לאחר שהנושה הראשון פרע את כל חובו ניתן יהיה לממש את הנכס עבור הנושה השני. אם למשל מדבירם על שני שעבודים ספציפיים על אותו הנכס, אם יש חדלות פירעון הנושה השני יוכל לגבות מהנכס רק אחרי שהנושה הראשון גבה את כל חלקו. הנושה השני אומנם נושה מובטח, אלא שהוא מגיע אחרי הנושה הראשון באותו הנכס.
   3. ניתן לשאול למה שהנושה השני יסכים לכך. אם כל הרעיון של שעבודים זה בטוחה בנכסים האלו, מדוע שנושה שני יסכים לאופרציה זו. יש לכך מספר תשובות שמגיעות מהשוק: 1. כשיש נכס שעולה בהרבה על גובה החיוב הראשון. למשל מקרקעין בשווי 5 מיליון שקלים והלוואה לבנק של חצי מיליון. גם אם יפרעו את המשכנתא לבנק עדיין יישאר ממה לגבות. גם אם יש משכנתא על כל שווי הנכס עדיין יכול להיות שיהיה נושה שני על אותו הנכס, משום שיבנו על זה שישלמו את המשכנתא בתשלומים כך שבמועד בו יצטרכו להיפרע מהנכס לבנק כבר יהיה רק חלק קטן מהנכס. 2. כשמועד פירעון חיוב ראשון קרוב והסבירות שיפרע גבוהה מאוד. 3. כשנושה מוכן ליטול סיכון, זה יבוא לידי ביטוי בריבית. הריבית של הנושה השני תהיה יותר גבוהה. 4. כשמעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח, גם אם יש סיכון.
   4. ס' 6 אומר דבר נוסף. הוא קובע שהחייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במשכון נוסף ללא קבלת רשות הנושה, אבל נושה נוסף לא יוכל להיפרע אלא לאחר שיסולק החיוב הראשון, והכל כשאין קביעה אחרת בהסכם המשכון הקודם. כלומר, אם יש קביעה אחרת בהסכם המשכון הקודם צריך לשאול האם הנושה השני עובר לסוף רשימת הנושים או שמתנהלים כאילו זה היה תקף כל עוד נשאר משהו מהנכס לאחר שהראשון גובה.
5. **מעמדו של משכון שני שנעשה בניגוד לתניה**
   1. אין עמדה בעליון, ויש מחלוקת במחוזיים.
   2. ויסמן – עצם ההגבלה שוללת את היכולת למשכן את הנכס פעם נוספת. משמע אם יש תניה הנושה השני הוא למעשה נושה בלתי מובטח.
   3. גרוסקופף, זלצמן ולרנר – אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני, כל זמן שהראשון נפרע במלואו.
6. **פס"ד שטיינמיץ נ' בנק משכן**
   1. השאלה היא האם משכון על הזכויות החוזיות מכוח הסכם המכר מאפשר לבנק מימוש דירה שעדיין רשומה על שם המוכר. הסיטואציה פה היא של משכון זכות עתידית, ושואלים האם זה מאפשר לממש את הזכות לפני שהנכס עבר לקונה. לחילופין, האם זה מאפשר אך ורק את מימוש הזכויות החוזיות של הקונה. הקונה נמצא בשלב האובליגטורי, לכן יש לקבוע האם בשלב הזה אפשר לממש את הדירה עצמה או שאפשר לממש רק את הזכויות החוזיות (יהיה זכאי לקבל את הדירה / להיכנס בנעליו של הקונה מול המוכר).
   2. לפי השופט אנגלרד, הנכס הממושכן הוא הזכויות החוזיות בלבד, ולכן יש לפעול בדרך עליה מורה חוק המשכון לעניין מימוש זכויות חוזיות. הבנק לא יוכל ללכת לדירה עצמה ולדרוש למכור אותה ע"מ לקבל את התשלום. לנושה יש שתי אפשרויות: 1. לפנות לביהמ"ש או להוצאה לפועל ולמכור את הזכויות החוזיות של הקונה במצבן על פי החוזה עם המוכר. אפשרות זו לא ישימה שעה שהחוזה בוטל. 2. ס' 20 לחוק המשכון, לפעול במקום הקונה על פי ההסכם עם המוכר.

# **התחדשות עירונית**

## **מהי התחדשות עירונית**

1. התחדשות עירונית היא תהליך של שיקום המרקם הבנוי הקיים ושיפורו באמצעות מגוון רחב של כלים, תוך התייחסות הן למצב הפיזי של המבנים והן למצב החברתי של התושבים. בזמן האחרון התחדשות עירונית בעיני הציבור נוגעת בעיקר למה אפשר לשפר, כמה כסף אפשר להרוויח, האם אפשר להוסיף חניות וכו'. יש שני מסלולים עיקריים של התחדשות עירונית הקיימים ממטרות שונות, אך כיום התהליך מרודד לכדי המטרות הכלכליות שלו. התחדשות עירונית זה לא תהליך ישראלי. ישראל היא מדינה חדשה יחסית, לכן כמה שבניין יכול להיות ישן עדיין לא מדובר בבניינים בני מאות שנים. בחו"ל יש מרכזי ערים מאוד עתיקים, ושם באמת התחדשות עירונית היא משהו שנדרש יותר.
2. התחדשות עירונית היא תמונת המראה של שימור. עד לפני 15 שנים בישראל התפיסה הייתה של שימור ופחות של התחדשות עירונית. רצינו לשמר את הקיים, לנסות לחזק אותו ולשמור על המאפיינים שלו. ב-15 שנים האחרונות שמים דגש על התחדשות עירונית במובן של שינוי. השינוי הזה נדרש בגלל המצב הפיזי והתשתיתי אבל גם בגלל המצב החברתי והכלכלי של מרכזי הערים. תופעה זו מתקשרת גם לתופעה של הפקעות ורטיקאליות. כל כמה שנים מדיניות התכנון משתנה. כל כמה שנים יש טרנד תכנוני שבא ושואל את עצמו האם המציאות התכנונית הרווחת היא טובה או לא. בישראל האיזון הוא בעיקר בין עירוב שימושים להפרדת שימוש. הפרדת שימוש אומר שיש אזורי מגורים, יש אזורי תעשייה, יש אזורי מסחר, יש אזורים ציבוריים. לכל דבר יש את האזור שלו. אנשים שמתגוררים בבית המגורים שלהם לא צריכים לחיות יחד עם מסעדות ובתי מסחר. כל יעוד מסוים נמצא באזור משלו. טרנד זה היה רווח ב-20 שנים האחרונות, וזה התבטא בעיקר בזה שהוציאו את מרכזי המסחר ממרכזי הערים. במקום שמבנים יהיו בנויים על חנויות הוציאו הכל החוצה והפרידו את השימושים. בכל חלק של העיר היה חלק נפרד (מגורים, מסחר, תעשייה). הטרנד החדש של 5 השנים האחרונות (בארץ ובעולם) הוא של עירוב שימושים. לפי עירוב שימושים, באותו הבניין יכולה לפעול גם חנות, גם בי"ס וגם מגורים. הרעיון הוא לעשות מרכז עיר דינאמי שלא מצריך את האנשים לנסוע כדי לקבל שירותים בסיסיים. יש לזה את היתרונות מבחינת הדינאמיות אבל יש לזה גם יתרונות מבחינת ניצול משאב הקרקע. כיום אם רוצים להקים בי"ס צריך להקצות בניין עצמאי, מה שלוקח הרבה מאוד קרקע. בתפיסה של עירוב שימושים, יכול להיות שבאותו הבניין בו אנו גרים יהיה גם גן ילדים. כך חוסכים משאב של קרקע, במקום לעשות הכל אופקי עשים את זה אנכי. זה מתקשר להתחדשות עירונית משום שהתפיסה של התחדשות עירונית גורסת שצריך להחיות את מרכזי הערים, וחלק מההפעלה המחודשת כוללת גם את עירוב השימושים, חסכון במשאב הקרקע, בנייה לגובה ומתן יכולת לעיר להתמודד עם אתגרי המאה ה-21.
3. התחדשות עירונית מתבצעת מבחינה מעשית באמצעות: שיפוץ בניינים קיימים; הרחבת דירות קיימות; עיבוי המרקם הקיים על ידי תוספת קומות ויחידות דיור למבנים קיימים; בניה חדשה בשטחים פנויים; הריסת הקיים ובנייה חדשה (פינוי בינוי לסוגיו); פרויקטים לשיקום חברתי של האוכלוסייה. הרבה פעמים דברים אלו נתפסים כפרויקטים נדל"ניים לחלוטין. הבעיה הגדולה היא ההשלכות הקשות שיש לפרויקטים כאלו על האוכלוסייה. תפסו את זה כמשהו מתבקש והכרחי לאור ההתקדמות הטכנולוגית והתשתיתית. המחוקק והיזמים שכחו מההשלכות הלא פשוטות שיש לזה על האוכלוסייה, בין אם אוכלוסיית המקור (שגרה במבנים הקודמים) או באוכלוסיית היעד (מי שיקנה את הדירות החדשות). עושים פה עירוב אוכלוסיות וצריך לחשוב איך עושים את זה באופן נכון (להימנע ממצב של ג'נטריפיקציה למשל).
4. **מטרות התחדשות עירונית**
   1. מניעת הזדקנות של מרכזי ערים (נטישת אוכלוסייה).
   2. מניעת חוסר יעילות (גסיסה כלכלית).
   3. השוואת תנאי המחיה (שיקום השכונות).
   4. פתרון משבר הדיור (הבנה שאפשר להפוך בניין של 3 קומות לבניין של 7 קומות).
   5. בטיחות.

## **התחדשות עירונית בישראל**

1. התחדשות עירונית בישראל מורכבת מכמה מנגנונים. יש מנגנונים שנועדו לסייע לשכונות מצוקה ויש מנגנונים שנועדו לצורכי בטיחות (בעיקר תמ"א 38) ונועדו להתמודד עם חשש מרעידות אדמה (חשש שעדיין קיים אם כי הוא איבד את מקום הבכורה שלו בשיקולי השונים).
2. **תמ"א 38**
   1. מטרה – צורכי בטיחות, התמודדות עם רעידות אדמה.
   2. מסלול תכנון – תמ"א 38.
   3. מסלול קניין – חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה).
3. **פינוי בינוי**
   1. מטרה – שיקום שכונות.
   2. מסלול תכנון – חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית.
   3. מסלול קניין – חוק פינוי בינוי.

## **בעיית הפעולה המשתפת**

1. מה שמאפיין את שני המנגנונים הוא שבשניהם יש בעיה של פעולה משותפת. אם מנסים להתחקות אחרי הבעיות הקיימות בהתחדשות עירונית יש הרבה בעיות שניתן להצביע עליהן. הבעיה המרכזית שאי אפשר להתעלם ממנה בשני המסלולים האלו זה הסיפור של בעיית הפעולה המשותפת והיכולת להניע פרויקטים כאלו ולהוציא אותם אל הפועל. בכל הדו"חות האפשריים שבוצעו בנושא בעיית הפעולה המשותפת היא הדבר שהטריד את רוב הגורמים, ובצדק. כפי שנראה, מדינת ישראל לא בחרה לבצע התחדשות עירונית בדרך של הפקעות (הלאמת הפרויקטים), אלא בחרה לעשות את זה בדרך של רגולציה. זה אומר שרוב העניין הכלכלי והתכנוני נמצאים בידיים של היזם. מדינת ישראל לא פטרה את היזמים להשיג את ההסכמה של אותם בעלי הקניין. ברגע שזה מה שקובעים למעשה מחזירים למרכז הבמה את בעיית הפעולה המשותפת. כפי שהוזכר, מה שמאפיין את בעיית הפעולה המשותפת היא שאנשים רוצים למקסם את האינטרס המיידי שלהם ופחות מתחשבים בתוצאה הכללית. יש פה בעיה של חוסר יעילות וחוסר יכולת לקדם מהלכים מסוימים או לקדם מהלכים יעילים לטובת החברה כולה. הפתרון שדיברנו עליו לבעיית הפעולה המשותפת הוא קניין פרטי. ברגע שיש קניין פרטי כל אחד דואג לחלקה שלו ומנסה למקסם את הרווחים מהחלקה שלו. אם נצרף את כל הקניין נשיג את הרווחה המצרפית, מה שלא היה אם היינו משאירים את כולם באותו השטח (כי אז כל אחד היה מנסה למקסם את הרווחים שלו על חשבון האחרים). בהתחדשות עירונית, ניתן לראות את בעיית הפעולה המשותפת בכך שיש הרבה מאוד אנשים עם הרבה מאוד אינטרסים ותפיסות עולם. בכל מקרה צריכים להגיע למנגנון של הסכמה.
2. **דרכי התמודדות עם בעיית הפעולה המשותפת**
   1. הפקעה – אפשר להגיד שהגענו למסקנה שצריך לשקם את מרכז העיר. אם רוצים או לא זה לא מעניין, החברה מחליטה שזה מה שהעיר צריכה כרגע, לכן מוציאים את הדבר הזה אל הפועל באמצעות הפקעה. לא נותנים ברירה אלא מוציאים את התהליך לפועל. זה מה שעשו בארה"ב ברוב התהליכים של התחדשות עירונית. כשפועלים ככה לא אמורה להיות בעיה להתקדם.
   2. הפרטה – יכול להיות שיש בעיית פעולה משותפת ויכול להיות שלא, משאירים את זה לשוק. אם חושבים שהשוק ממקסם את הרווח מניחים שיזמים יצליחו להתגבר על הבעיה באמצעות תמריצים שונים. הם יצליחו כי כל עוד ההצעה כדאית השוק ידחוף אותנו להתקיימות הפרויקט.
   3. רגולציה – זו הדרך שמדינת ישראל בחרה בה. לבחירה זו יש משמעויות בנוגע ליכולת להתגבר על בעיות שונות ועל החששות שיש בקיום ההליך. בהפרטה משאירים את זה לשוק החופשי, בעוד שברגולציה אומרים מה המסגרת שפועלים בה. מי שיעשה את הפרויקט הוא יזם פרטי, אבל מספקים לו מסגרת פעולה מסוימת. זה יכול להיות למשל בקביעת תקרת הפיצוי שהיזם יקבל. אופן פעולה זה הוא סוג של שילוב בין הפקעה להפרטה. מצד אחד משאירים את זה לשוק החופשי בכך שזה מתבצע ע"י יזמים פרטיים, מצד שני מטילים מגבלות על היזמים המבצעים את הפרויקטים. ניתן לראות את ההחלטה של החוק הישראלי בדרך פעולה זו בס' 1 לחוק פינוי בינוי (הגדרת עסקת פינוי ובינוי). מצד אחד אומרים שעסקת פינוי בינוי היא חוזה בין היזם לבין בעל הדירה בבית משותף. מצד שני אומרים בדיוק מה החוזה הזה יכלול. לא נותנים לבעל הדירה וליזם לעשות איזה חוזה שהם רוצים, מכתיבים להם בדיוק מה החוזה אומר ואילו עקרונות חייבים להיות בחוזה. זה מסנדל בעיקר את היזם (מחייבים אותו לקבוע עקרונות לקביעת התמורה, מועדים, פרטים בדבר גורם מבצע, התחייבות להעמדת ערבויות). יש עלויות לכך שבחרנו ברגולציה, שאחת מהן היא התמודדות עם בעיית הפעולה המשותפת. בעיה נוספת היא שבמסגרת רגולציה עושים את ההתחדשות במקטעים (אף יזם אחד לא יכול לחדש את כל תל אביב). חסרון נוסף הוא שהרבה פעמים דברים שקובעים ככללים הופכים להיות לא כדאיים (למשל בשל משבר כזה או אחר). נכון שאפשר לשנות את הרגולציה, אבל שינוי החוקים הללו זה מהלך מורכב. הסיבות לבחור רגולציה הן שיש בזה היגיון כלכלי, לא בטוח שהרשות היא זו שצריכה לבצע פרויקטים כאלו.
3. **המוסד הקנייני של הבית המשותף** – יודעים שמצד אחד יש בעלות פרטית בדירות ומצד שני בעלות משותפת ברכוש משותף. העובדה שנמצאים במצב של יצור כלאיים מעמידה אותנו בקונפליקט כשאנחנו מנסים ליצור רגולציה. אם היינו במצב של בית פרטי היינו יודעים שלאדם יש השפעה יותר גדולה ויכולת לסרב להתחדשות. אם אדם בקיבוץ היה מסרב זה היה נחמד אבל היה אפשר להתקדם עם ההחלטה. בבית משותף יש את הקונפליקט הזה. כפי שחשין אומר בצודלר, הבית המשותף הוא יצור כלאיים שהוא תוצר של המשפט המודרני. בין אם חשין צודק בטיעון שלו או לא, אין ספק שהבית המשותף מציב אתגר משום שהוא משלב בין בעלות פרטית למשותפת. מצד אחד רוצים למקסם את זכויות הקניין הפרטיות ומצד שני יש מחויבות קהילתית. כבר בצודלר חשין אומר שהחיים ביחד בבית המשותף מחייבים מעצמם ויתור של כל המעורבים, תרומות הדדיות אלו הן לא מעשי חסד, הן חלק מהיסוד האישי המייחד את חיי הבית המשותף. מה שחשין אומר זה נכון, שיש פה מצב של התנגשות הזכות הפרטית עם המחויבות לאחרים.
4. **מנגנוני הכרעה של בעיית הפעולה המשותפת**
   1. מתן זכות וטו – אם מחליטים שבדברים מסוימים תוקנה זכות וטו לדיירים, זה אומר שבדברים אלו חושבים שההכרעה משמעותית לזכות הקניין של כל אחד, כך שבהם לא נרצה שהעובדה שגרים בבית משותף תגבר על הזכות הפרטית לקניין. אם המחוקק חושב שהפגיעה שעשויה להיגרם לבעל הזכות הקניינית כתוצאה מההחלטה היא משמעותית, ושהיא יורדת לשורש הזכות הקניינית שלו, תינתן זכות וטו. זאת למרות שמדובר בדברים שמשפיעים על אחרים.
   2. דרישת רוב מיוחס – מצד אחד דרישת הרוב המיוחס אומרת שלא נותנים לכל אחד את האפשרות להפיל את ההחלטה, אבל מצד שני ההחלטה לא מתקבלת ברוב רגיל. זו הדרישה שמנסה לאזן בין שני האינטרסים.
   3. הכרעת רוב – לא נותנים לכל אחד מבעלי הקניין להפיל את ההחלטה, מספיק שרוב (51%) יצביעו בעד. זה יהיה רלוונטי לדברים פחות דרמטיים, שפחות פולשים לקניין הפרטי של היחיד.
5. **מנגנוני הכרעה בפינוי בינוי**
   1. בפינוי בינוי נקבע מנגנון של רוב מיוחס על גבי רוב מיוחס. לכאורה מדובר בדרישת רוב מיוחס קלאסית. דורשים ש-80% לפחות מהדיירים במקבץ, ש-75% לפחות מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, יסכימו לתוכנית. המארגן הוא הגורם שאחראי על השגת החתימות, וזה חלק גדול מאוד מהבעיה. יש פה בעיה כפולה, המארגן הרבה פעמים היה משתמש בכל מני מאכרים שהיו מבטיחים הבטחות ולאחר מכן המארגן היה מתכחש, לאחר שקיבל את החתימות. הדבר השני הוא שהרבה פעמים האמרגנים היו נכנסים לבעיה פנימית משום שהיו מבטיחים דברים בצורה פיראטית, וכשהדברים האלו היו מתגלים הכעס על המארגנים היה גדול כך שלא היו משיגים חתימות. לצד כל זאת, צריכים להתקיים שני תנאים נוספים: 1. 67% לפחות מדיירי כל אחד מן הבתים המשותפים הסכימו לעסקה; 2. 67% לפחות מן הרכוש המשותף בכל בניין צמוד לדירותיהם. המשמעות היא שגם אם השיגו את הדרישה המקורית, אבל יש בניין אחד שאין בו 67%, אי אפשר להוציא את התוכנית אל הפועל. הדבר הזה קריטי משום שהוא מטיל חובה מאוד משמעותית על אותם היזמים. מה שמעניין הוא שיש ניסיון להבין את האינטרס הקהילתי והציבורי אבל מצד שני מבינים שלהרוס בית ולהקים משהו אחר במקומו זה משהו שפוגע משמעותית בדיני הקניין. לא נותנים וטו, משום שזה פתח גדול מאוד לסחטנות. מה שנותנים זה דרישה לרוב מיוחד על גבי רוב מיוחס (גם במתחם וגם בכל אחד מהבניינים). דבר זה מאוד מקשה על יזים שמנסים להתניע הליכים של התחדשות עירונית. זה בעיקר מקשה כשמגיעים לדרישה השנייה (רוב בכל אחד מהבניינים). יכול להיות סחטן שמבין שכל הבניינים תלויים בו וכך הוא יחזיק את כל המתחם.
   2. אם הושג הרוב המיוחס אבל עדיין ישנם דיירים המסרבים לפרויקט, צריכים להבחין בין סירובים מוצדקים לבין סירובים לא מוצדקים. נוטים לראות בד"כ את הדייר הסחטן. תמיד חושבים על אותו אדם סחטן שמנסה לסחוט כמה שיותר כסף ולשפר את התנאים שלו. למעשה, אבי ללום (עו"ד שמתעסק הרבה במקרקעין) כתב מאמר במקרקעין שמסכם את הידע של עו"ד התחדשות עירונית בנוגע לדיירים סרבנים. על פניו, זה נראה כמו שיח מאוד כלכלי. עם זאת, בפועל יש המון פסיכולוגיה שנמצאת מאחורי דיירים אלו (בסוף מתעסקים עם אנשים ויש הרבה אינטרסים שלאו דווקא קשורים לכסף). תמיד יש אחד שנעלב כי לא מתייחסים אליו מספיק. תמיד יהיה זה שיתלבט ויחשוב שמה שמציעים זה לא המהלך הנכון. הדייר השמרני זה משהו שקשה מאוד להתמודד אתו, מי שלא רוצה שינוי לא רוצה שינוי בשום צורה. קשה מאוד לשכנע אדם שפשוט לא רוצה לעזוב את הבית.

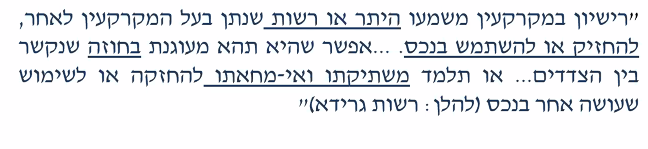


* 1. הסרבן הצודק – ס' 2(ב) לחוק פינוי בינוי נתן התייחסות עניינית לדיירים סרבנים, והוא מכתיר חלק מאותן עילות סירוב כעילות לגיטימיות: 1. **עסקה אינה כדאית כלכלית**. מצד אחד זו עילת סירוב סבירה, ומצד שני מי שמכריע זה השמאי שמלווה את הפרויקט. ברגע שהשמאי קובע שהעסקה כן כדאית כלכלית נשללת עילת הסירוב הזו. 2. **לא הוצעו מגורים חלופיים/מתאימים לבעלי מוגבלויות**. החוק למעשה קובע שיזם חייב להציע לבעלי הזכות הקניינית שמתקשרים אתו בחוזה חלופות לתקופת הבנייה. כשמדובר על בעל מוגבלויות הוא חייב להציע לו חלופה שתאפשר לו מחייה עם המוגבלות. אם היזם לא מציע חלופות או לא מציע חלופות מתאימות, דייר שיסרב ייחשב סרבן סביר. באופן עקרוני, הסרבן הסביר יכול לתקוע את התקדמות הפרויקט. בניגוד לעסקה כלכלית או לא, בה קשה לתקן את הקביעה שהעסקה אינה כלכלית, מגורים חלופיים זה משהו שאפשר לתקן בצורה פשוטה (פשוט לספק חלופות מתאימות). 3. **לא הוצעו בטוחות**. מבחינה קניינית מה שקורה זה שהדיירים מוכרים ליזם את הזכויות שלהם במקרקעין, זה לא שהזכויות נשארות אצלם והיזם בונה כמה קומות. הדיירים לכאורה נשארים ללא זכויות במקרקעין, אלא רק עם התחייבות של הקבלן לתת להם את הדירות בעתיד. מצב זה מסוכן עבור בעלי הדירות, לכן החוק קובע שחייבים לתת להם בטוחות על הזכויות שלהם. אם הקבלן לא הציע בטוחות הולמות, סירוב של אנשים להתקשר בעסקה כתוצאה מכך יהיה סירוב סביר. גם פה, זה נתון לידיים של השמאי המלווה לקבוע האם ניתנו בטוחות הולמות. 4. **דירת הקבע החלופית אינה מתאימה לבעלי מוגבלויות**. אם הקבלן בדירה העתידית לא מביא בחשבון את המוגבלות ואת הנגישות. 5. **נסיבות אישיות מיוחדות**. זהו סעיף סל שהחוק משאיר פתוח.

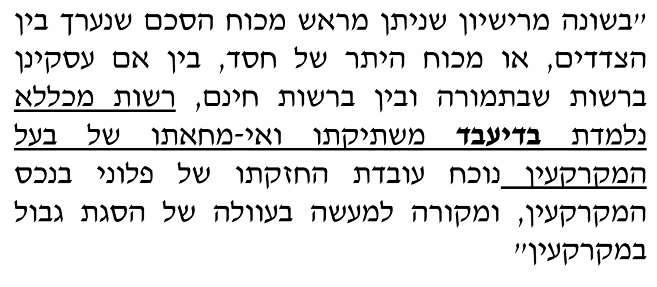
# **רישיון (בר רשות) במקרקעין**

## **הקדמה**

1. בר רשות במקרקעין הוא בעל רשות להשתמש במקרקעין שלא על פי אחת מחמש הדרכים המנויות בחוק המקרקעין: 1. בעלות; 2. שכירות ושאילה; 3. זיקת הנאה; 4. משכנתא; 5. זכות קדימה. כלומר, הזכויות של אותו אדם בר רשות לא מוסדרות בחקיקה אלא רק בפסיקה. ס' ---- אומר שאין זכות במקרקעין אלא בחוק המקרקעין. המשמעות היא שבר רשות אינה זכות קניינית, היא יציר פסיקה. המקור הוא במשפט האנגלי, זה מוסד קנייני שלא קבוע בחוק המקרקעין. המלומדת נינה זלצמן הגדירה רישיון כך:



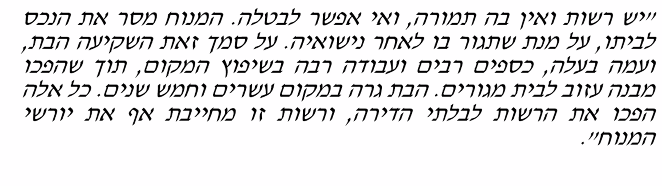
1. יש כאן למעשה מספר אפשרויות לפיהן ניתן ליצור רישיון במקרקעין:
   1. זכות שימוש חוזית – כלומר, חוזה שנכרת בין הצדדים לשימוש במקרקעין שיקבע את גדרי זכות השימוש ואת משך זמן השימוש.
   2. רשות שימוש מכללא – שתיקה או אי מחאה של בעל המקרקעין אודות שימוש בפועל שעושה בהם אחר. זהו הסכם שלא נאמר במפורש מהצדדים אבל משתמע מההתנהגות שלהם.
2. במקביל, הפסיקה מבחינה בין שני סוגים עיקריים של רישיון, רישיון שניתן בתמורה ורישיון שניתן ללא תמורה (רישיון חינם). בפס"ד נחום נקבע:



1. כלומר, גם פה אנחנו יודעים על ההתנהגות בדיעבד. מהשתיקה ואי מחאה של בעל המקרקעין. לכן רואים שנעזרים הרבה בטענה הזו של רישון במקרקעין כאשר יש עוולה של השגת גבול במקרקעין.
2. אפשר לראות שיש ארבע אפשרויות: מבחינת אופן הענקת הרישיון יש מפורש או מכללא, מבחינת התמורה יש בתמורה או בחינם.
3. **פרשנות הרישיון** – כיום מטבע הלשון השגורה בפני השופטים היא "רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה". היינו מצפים למצוא כללים כלשהם. למשל, רשות שניתנה בתמורה ובהסכם צריכה לקבל תוקף לזמן שנקבע בהסכם. לעומת זאת, מקרה בו יש רישיון חינם יהיה יותר קל לבטל. עם זאת, בפסיקה נאמר שאין משהו מוגדר. צריך להסתכל על הנסיבות המיוחדות של כל מקרה שהובא בפני ביהמ"ש.

## **היקף ההגנה על הרישיון (קריטריונים)**

1. **היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין** – אם באמת יש אדם שנכנס לשטח מקרקעין, ידע לא ידע בבעלות של מי הוא, בנה שם מבנה, השקיע שם משאבים. ככל שמשקיעים יותר באותו המבנה ההנחה היא שביהמ"ש יראה בחיוב את התרת הרישיון.
2. **הציפיה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול מהמקרקעין** – גם פה רואים שכאשר אדם נמצא בשטח מסוים והוא קיבל איזו הסכמה (בין במפורש בין בשתיקה) והוא מסתמך על זה, אפשר לראות ציפייה שמבססת רצון להכיר באותו הרישיון.
3. **משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור** – בפס"ד נחום למשל מדובר על משפחה שהייתה בנכס למעלה מ-60 שנים. ביהמ"ש מתחשב גם בסוגיה הזו.
4. **התמורה (כלל שניתנה) בגין הרישיון** – זה שניתנה תמורה לא אומר בהכרח שלא יבטלו את הרישיון, מצד שני, אם זה רישיון חינם זה לא בהכרח אומר שיבטלו אותו. למרות זאת כן מדובר בשיקול שביהמ"ש ייקח בחשבון.
5. **פס"ד ציזיק**
   1. אב כתב לבתו כי הוא מעניק לה מבנה מסוים כדי שתגור בו לאחר שתתחתן. הבת השקיעה במבנה משאבים רבים. האב נפטר והיורשים טענו שהנכס צריך להתחלק ביניהם. הבת טענה שהיא צריכה להחזיק בנכס כבעלת רישיון בלתי הדיר, מכוח ההשקעות והשיפורים שבוצעו במבנה בהסכמת אביה. ביהמ"ש קבע כי למרות שהבעלות במבנה לא עברה לבת, הרי שבידיה רישיון בלתי הדיר להחזיק במבנה להשתמש בו.



* 1. בפס"ד זה רואים את כל השיקולים באים לידי ביטוי. דבר ראשון, דיברנו על היקף ההשקעות. מדובר פה על כספים רבים ועבודה רבה שהבת השקיעה. הציפייה לגיטימית, היא קיבלה הבטחה מאביה. מבחינת הזמן רואים שמדובר על 25 שנים בהן הם גרים באותו המבנה. מבחינת תמורה, למרות שלא ניתנה תמורה, רואים שביהמ"ש לא מבטל את הרישיון ונקבע שלבת ובעלה יש רישיון במקרקעין.

## **עקרון הציפייה**

1. זכות השימוש מותנית בקיומן של נסיבות מיוחדות שניתן ללמוד מהן על קשר סיבתי בין הציפייה שבעל המקרקעין נטע במחזיק בנכס לבין השינוי ברעה שהתרחש במצבו של המחזיק. למשל, המחזיק השקיע בנכס, עבד בו וכו'. ברגע שיש קשר סיבתי המטרה היא לבוא לקראת בעל הרשות. במקרים בהם זה יהיה בלתי צודק לאפשר לבעל המקרקעין להתנער מן ההבטחה או להתכחש למצב שיצר, יקבע ביהמ"ש כי בפנינו זכות בלתי הדירה מכוח השתק.
2. זכות שימוש מכללא לא יוצרת זכות קניינית במקרקעין. עם זאת, אין בכך לשלול טענת השתק אשר נוצרת כתוצאה מעקרון הציפייה. כלומר, במקרה של תביעה להסגת גבול, טענה של רישיון במקרקעין עשויה להיות הגנה טובה. לכן כאשר רואים טענה של הסגת גבול יש לבחון האם ניתן להעלות טענה של רישיון מכללא.

## **עבירות**

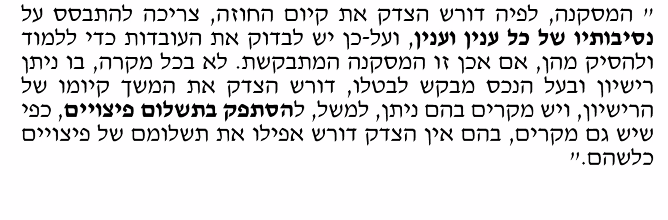
1. הזכות שנוצרת עקב הרישיון מהווה זכות אישית של בעל הרישיון כלפי נותן הרשות (משום שלא מדובר בזכות קניינית). חליפו של הבעלים נותן הרשות, אשר רכש ממנו את הנכס מושא הרישיון, אינו כפוך לזכות שניתנה לבר הרשות. כלומר, הרישיון יבוא לקיצו עם כל העברה של זכויות הבעלות במקרקעין. על אף שמדובר בזכות אישית, הרי שמקבל זכות השימוש זכאי להעבירה לצד שלישי בהסכמת הנותן.

## **זכות שימוש בלתי הדירה**

1. זכות שימוש מכללא, לכאורה, ניתנת לביטול בכל עת על ידי הודעתו של בעל המקרקעין כי אינו מתיר את הפעולות לגביהן ניתנה הרשות והגשת תביעה לסילוק יד. בפועל, הביטול של זכות השימוש במקרקעין כפוף לעקרונות של צדק, בהתחשב בציפייה הסבירה שנטע בעל המקרקעין אצל בעל זכות השימוש והסתמכותו על כך.
2. אם ההצדקה העיקרית נובעת מעקרון הציפיות, בדומה לפרשת ציזיק, ייתכן שמדובר בזכות שימוש מכללא שאינה ניתנת לביטול (לא היה מדובר בשתיקה בהסכמה אלא רשות מפורשת של האב). הרשות מצד בעל המקרקעין יצרה "השתק" ולכן אינה ניתנת לביטול.

## **סעדים**

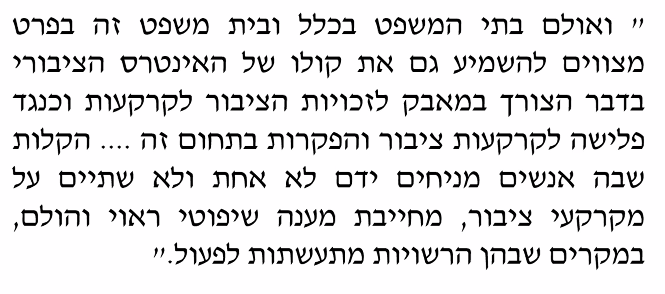
1. **הודעה מוקדמת סבירה והולמת** – בשים לב לנסיבות העניין ולציפייה שנוצרה אצל בעל הזכות. מודיעים לבעל הזכות שעומדים לבטל את הזכות ולכן עליו להיערך לכך.
2. **ביטול הרישיון ללא פיצוי** – יקבעו שאותו אדם שנמצא בנכס נמצא ללא הרשאה, אין מקום לפצות אותו ועליו לפנות את השטח בהקדם.
3. **רשות בלתי הדירה** –במקרים קיצוניים בלבד. רשות בלתי הדירה ולא ניתנת לביטול ע"י בעל המקרקעין (על אך רצון הבעלים לבטלו).
4. **פיצוי על ההשבחה**
   1. התניית ביטול זכות השימוש בתשלום פיצוי כספי בגין השבחת הנכס. בנסיבות מתאימות ביהמ"ש יכול לקבוע שיש לבטל את זכות השימוש בכפוף לתשלום פיצויים לבעל הרישיון. בפס"ד רוזן נ' סלונים נאמר:



* 1. הפיצוי הכספי שעשוי להיקבע אינו פיצוי בגובה שווי הנכס אלא רק בגין ההשקעות בנכס והשבחתו.

## **זכות שימוש במקרקעי ציבור**

1. השופט מזוז (דעת מיעוט) בפרשת היפר חליף אמר שכאשר מדובר בפלישה למקרקעי ציבור, אין צידוק חוקי להכיר בקיומו של רישיון מכללא. הסיבות לכך הן:
   1. אינטרס הציבור – אם נכיר ברישיון מכללא במקרקעי ציבור לא יישארו יותר מקרקעי ציבור. כדי לשמר את המוסד של מקרקעי ציבור יש לקובע שלא מכירים ברישיון מכללא בהקשר זה.
   2. מקרקעי ציבור רבים – קושי בפיקוח ומודעות לפלישה למקרקעין.
   3. בפועל אין הסכמה – לעיתים רשויות אינן משכילות לטפל בפלישות למקרקעין באופן יעיל, אין מדובר בהסכמה להחזקה או שימוש במקרקעין.
2. ניתן לראות ראיה נוספת לעמדה זו בפרשת חבה:



1. רובינשטיין בהיפר חלף (דעת הרוב) קובע שרק בהתקיים נסיבות חריגות ונדיבות עד מאוד נכיר בזכות השימוש מכללא במקרקעי ציבור. מקרים נדרים הם כאשר הרשות הציבורית יישבה את מסיגי הגבול על הקרקע ואלו השקיעו מכספם על בסיס הציפיות שהפיחו בהם. במקרים אלו יבוצע פינוי עם תמורה ראויה. בפרשת נחום המשפחה ישבה במקרקעים כ-60 שנים מבלי שנעו צעדים ממשיים לפינויה (התרחש לפי שחוק המקרקעין נכנס לתוקף).

# **סיכום קורס**

**הזכות לקניין**

1. **תפיסות של קניין**
   1. ליברטריאנית – שרירות הבעלים. הערך העיקרי הוא ערך החירות. כל סכסוך קנייני צריך להיות מוכרע על חיזוק וביצור חירות הבעלים בנכסים שלו. כל פגיעה בזה מצדיקה פיצוי.
   2. ליבראלית – יש חשיבות לחירות הבעלים, אך יש עוד ערכים שצריכים לאזן מולה. לא ערך החירות לבדו ולא ערך הקהילה לבדו. יש ערכים קנייניים שצריך לאזן ביניהם בכל סכסוך קנייני. ערכים כמו סביבה, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית, כל אלו לצד קהילה וחירות. אחד המקומות בהם צריך באופן ברור לאזן בין הערכים זה הבית המשותף.
   3. קהילתניות – בגרסה הקיצונית של תפיסה קהילתנית מדובר על הלאמה של נכסים לטובת החברה. מותר לקחת את קניינו של היחיד לטובת הכלל בלי שזה ייחשב פגיעה, זה חלק מהמחויבות.
   4. בתי המשפט בהחלט מאמצים את התפיסה הליבראלית לקניין. במבחן או שזה יופיע בצורה ברורה (שאלה לגבי תפיסות) או כטענה של מי מהצדדים (צד יעלה טיעון שמדבר על תפיסה ליבראלית והצד השני יצטרך להתמודד עם זה).

**בתים משותפים ושיתוף במקרקעין**

1. החומרים שניתנו לצורך העבודה.

**נטילות שלטוניות של מקרקעין**

1. יופיע במבחן. יכול להופיע בתור אירועון או בתור הצעת חוק או רעיון לשינוי חקיקתי כזה או אחר.
2. בהפקעות צריך לזכור את ההבחנה בין שלטון מרכזי לשלטון מקומי, איזה גורם מפקיע ומכוח איזה חוק. כמו כן, יש לזכור את המתח בין בעלי הזכויות לבין הקהילה שאמורה להנות ממימוש הצורך הציבורי. צריך להתייחס גם לנושא כשרות ההפקעה, הפיצוי ומבחני המידתיות השונים.
3. מומלץ מאוד לקרוא את חומרי הקריאה בנושא זה.

**מחוברים**

1. נושא המחוברים חשוב כי הוא מהווה סוג של תחרות ביחס לנכס מיטלטלין שמוצב או מחובר למקרקעין, ומתפתחת תחרות למי שייך הנכס הזה. במבחן יכול להופיע נכס מיטלטלין ששני הצדדים טוענים שהוא שייך אליהם. אם זה מחובר לקרקע אולי מתפתחת תחרות כזו או אחרת (למשל תחרות במיטלטלין). הרבה פעמים זה יכול להיות מוכרע לפי מחוברים ולא לפי תחרות במיטלטלין. אם מיישמים את המבחנים ומבינים שמדובר במחובר הרי שמכריעים בהתאם למחוברים.
2. מומלץ מאוד לקרוא את חומרי הקריאה בנושא זה. דובר על הרבה מבחנים, אבל כשקוראים את זה בויסמן מבינים יותר טוב איך ליישם.

**שימוש לרעה בזכות**

1. שושנה רדומילסקי והררי מואב. במבחן יכולים להופיע דברים שקשורים לתו"ל או שימוש לרעה בזכות, לכן צריך להכיר את הפסיקה הרלוונטית בנוסף לביקורות שמתחנו על הסוגיה הזו (על פס"ד רדומילסקי).

**המשטר הקנייני בישראל**

1. לא יופיע כשאלה כשלעצמה, אבל כן צריך להכיר את ההבחנות בין בעלות, חכירה לדורות ורישיון במקרקעין. בכל מה שקשור לחכירה לדורות, זה בעיקר כל מה שקשור לנושא פיצול המקרקעין (ס' 13, פס"ד לוסטיג).
2. רישיון זו טענה שעולה הרבה מאוד בפסקי דין הקשורים למקרקעין. הסיבה היא שטענת הרישיון היא טענה מאוד נזילה במובן הזה שאין לה קווים מאוד ברורים. לכן הרבה פעמים היא פותחת את הדלת בפני מי שיושב במקרקעין להגיד שהוא יכול להמשיך לשבת. צריך להכיר את הנושא ואת הקריטריונים שביהמ"ש הציב להבחנה בין רישיון הדיר או בלתי הדיר.

**סעד עצמי**

1. יכול להופיע באירועון או בשאלות מדיניות. צריך להיערך לנושא הזה וללמוד את הסעיפים והביקורת שמתחנו בכתה.

**רכישת דירה מקבלן**

1. מה שלמדנו זה שמזהים פה כשלים קוגניטיביים שנובעים מפערי כוחות ומידע בין הקבלן לבין הרוכשים. דיברנו על רגולציה שחייבה קבלנים בחובות גילוי מצד אחד (חוק המכר דירות) ובבטוחות (חוק המכר הבטחת הקעות). צריכים להכיר גם את חובות הגילוי וגם את הבטוחות (חמש הבטוחות שהחוק מציע). לצד זאת, הביקורות על הבטוחות (מה ישים ומה לא).
2. שאלה אפשרית היא לגבי האם נכון להחיל את חוק המכר על קבוצות רכישה. אמנם לא למדנו על קבוצות רכישה, אבל אם מקבלים שאלה על מה שלא למדנו, הנתונים הרלוונטיים יופיעו במבחן.

**דיני תחרויות**

1. יופיע במבחן. אמורים לפתור את זה בצורה קלה, בתנאי שעובדים בצורה מסודרת. הרבה פעמים דיני התחרויות משתלבים בסיפור כלשהו, ומה שצריך לעשות זה **לזהות את זהות הצדדים**. יש שלוש תחרויות שלמדנו, ורק לאחת מאלו תתייחס השאלה במבחן.
2. כל אחת מהתחרויות מכניסה אותנו לסוג אחר של תחרות, וברגע שזיהינו את זהות הצדדים ניתן לעבור הלאה ולדבר על **המשאב** (מקרקעין רשומים, מיטלטלין או זכויות ומקרקעין לא רשומים). אסור להתבלבל בין זכויות לבין התחייבות לעסקה. כשיש התחייבות לעסקה במקרקעין (זכות אובליגטורית) מדובר במקרקעין. אם יש עסקה במקרקעין אותו אדם הוא בעל התחייבות לעסקה במקרקעין. בלבול נוסף אפשרי הוא בין מקרקעין רשומים למקרקעין לא רשומים. בד"כ זה רשום, אבל אם לא רשום צריך לנסות להבין מהסיפור האם הזכויות רשומות בטאבו. אם לא מצליחים לזהות בצורה ברורה, לכתוב את שתי האופציות.
3. ללמוד את הטבלה – מה קורה בכל עסקה. לדעת גם עסקאות מתנה (פס"ד לניאדו).
4. אם מקבלים שאלה וצריך ליישם תחרות, החלק המאוד משמעותי הוא יישום על הנסיבות של המקרה. אם יש תחרות של בעל התחייבות לעסקה במקרקעין מול בעל התחייבות לעסקה במקרקעין, לא מספיק להגיד פס"ד גנז לס' 9. צריך להסביר האם א' רשם הערת אזהרה, אם הוא לא רשם איזה שיקול מדיניות פוטר אותו מזה. צריך להתייחס לנסיבות הספציפיות של המקרה בשאלה.

**שעבודים**

1. יהיה במבחן. לא יהיה במובן הרחב של חדלות פירעון. אם תהיה שאלה היא תדון בשסל"ן, שיעבוד ספציפי, שיעבוד צף ונושים אחרים. להכיר את פס"ד קולומבו וקידוחי הצפון. לדעת את ההכרעות שקבעו מי מקבל מה ומתי.

**חשוב!!!!** – לא לשכוח להיות בני אדם.