

א. הקניין הפרטי

א. הזכות הקניינית:

היקף הזכות לקניין וחוזקה:

הזכות הקניינית היא זכות כלפי כולם ולא כלפי גורם/אובייקט/אדם ספציפי כמו הזכות החוזית. הזכות הקניינית מעניקה בלעדיות לבעל הקניין ביחס לאותו רכוש קנייני (מופשט או מוחשי כאחד). הזכות לקניין היא זכות חוקתית (ס' 3 לחו"י: כוה"ח), הזוכה להגנה חזקה מאוד בחו"י: כוה"ח (בכדי לפגוע בה יש לעמוד בתנאים בס' 8 לחו"י – פסקת ההגבלה). יחד עם זאת, **לא כל דבר שייראה במבט ראשון כפגיעה בזכות לקניין מהווה פגיעה בה** (למשל: רישיון כפייה בפטנטים, שימוש הוגן בזכויות יוצרים) ומחייב עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, אלא למעשה זו יכולה להיות הבהרה של גבולות הזכות הקניינית (למשל: הלכת השיתוף בפס"ד בבלי (דירה של גרושים)). הזכות לקניין (ככל הזכות) איננה זכות מוחלטת אשר מתעלמת משיקולים חברתיים וערכיים שונים. אנו צריכים לשאול מה הזכות לקניין כוללת, מה היקפה בהתאם לערכים והשיקולים החברתיים. השאלה היא איך אנו כחברה מגדירים את זכות הקניין.

מבחינה תיאורטית – מהי זכות קניינית? (נוגעות להבחנה בין זכות קניינית לזכות חוזית) (עמ' 2-3)

1. **התיאוריה הקלאסית** – לפיה **זכות הקניין היא זכות של אדם כלפי חפץ המטילה חובה על החפץ**. חובת ההישארות והבלעדיות מוטלת על החפץ. הוא לא יכול לכן להיות במערכת יחסים עם אף אדם אחר. זאת בניגוד ל**זכות חוזית** שהיא זכות האדם כלפי אדם אחר ביחס לשירותים/מוצרים. **הבעיה**: חפץ לא יכול להיות מושא לחובות וזכויות, הוא לא יכול להיות חלק ממערכת יחסים. התיאוריה בעייתית.
2. **התיאוריה הפרסונלית** – לפיה ההבחנה היא כמותית; **הזכות החוזית** כורתת חוזה מול אדם אחד או יותר, בעוד **הזכות הקניינית היא למעשה חוזה מול כל העולם** שאומר שהם לא יכולים לעשות שימוש בנכס ללא הסכמה שלי ברגע שרכשתי זכות קניינית. כך, מבחינה רעיונית ומהותית אין הבדל בין דיני חוזים לדיני קניין. שני הענפים מבוססים על עקרון של זכות אישית ביחס לאחרים (כאמור, אין זכות כלפי נכס), ההבדל הוא רק בכמות האנשים עמם כרתי חוזה. **הבעיה**: הבחנה כמותית לא מאפשרת משמעות להבחנה מהותית בין שני הענפים וזה מקשה להסביר איך התפתחו 2 ענפי משפט שונים וכן כיצד התפתחו מציאויות משפטיות מסוימות.
3. **התיאוריה המודרנית הקלאסית** – לפיה, כמו בגישה הקלאסית, **הזכות הקניינית היא כלפי כל העולם**. אבל, בניגוד לגישה הקלאסית, גישה זו מוסיפה שבעוד שבזכות חוזית הכל תלוי במערכת החוזים האישית בין המתחייבים בחוזה המאפשרת הפקת תועלת מהנכס רק באמצעות האישיות של החייב, **בזכות הקניינית ישנה התחייבות של האחרים כלפי בעל הזכות הקניינית שתישמר לו זיקה בלתי אמצעית אל הנכס** (גישה ישירה לנכס ללא תלות באחר) וזה מה שמייחד את הזכות קניינית. (למשל: ברישום משכנתא הבנק יגבש זכות קניינית בתגובה לאי פירעון ההלוואה, ותהיה לו יכולת להפיק תועלת מהנכס במישרין).

דיאלוג של תפישות קנייניות (עמ' 3-5)

1. **תפישה ליברטריאנית / בלקסטוניאנית – בלקסטון**: מבטא תפישה ליברטריאנית-פורמליסטית-מוניסטית לקניין. מסתכלים על הקניין בעיניים של ערך **חירות הבעלים**. לדידו, **קניינו של אדם נמצא בשליטה מוחלטת ובלעדית של הבעלים**. לבעלים יש חירות ואחריות מלאה לעשות כרצונו בקניינו (להדיר אחרים) – מכך נגזר: (1) בעל זכות קניינית צריך לכבד זכויות קנייניות של אחרים מתוך הכרה ורצון שיכבדו גם את זכותו שלו; (2) כל גריעה מחירותו, מזכותו הקניינית של אדם מהווה פגיעה בזכות הקניינית שלו (וצריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה).
2. **תפישה הופלדיאנית – הופלד**: מבטא תפישה ליברלית-ריאליסטית-פלורליסטית לקניין. לדידו, **הקניין מעניק זכות מוחלטת לבעלים אך לא מעניק לו שליטה יחידנית בנכס**. **הקניין הוא משהו מודולרי** – ניתן לפרקו למאפייני הזכות לקניין (זכות לשכור ולהשכיר, זכות לנהל את הנכס, לשלוט בנכס וכו'). ממילא, לא כל פגיעה היא פגיעה בקניין. לדעתו, הזכות לקניין היא למעשה חוזה בין שתי ישויות משפטיות ביחס למשאב המאפשרת גישה בלתי אמצעית אליו, כאשר לכל חוזה הסדר שונה, כל הסדר מאפשר אחיזה ב"אגד זכאויות" מסוים ביחס לקניין, אך לא בכל היקף הזכויות, ולכן אנו צריכים לתת לאנשים שמתקשרים ביניהם להגדיר את מאפיינייה של הזכות קניינית הספציפית בהתאם להסדר ביניהם. (למשל: הזכויות לשכירות ולבעלות אינן שוות בהיקפן).

3 תפישות קנייניות מרכזיות להן יש משמעות בקביעת גבולות הזכות לקניין:

1. **מישור תורת משפטי** – לפי מישור זה התפישות הקנייניות נכות על רצף בין תפישה פורמליסטית → ← לבין תפישה ריאליסטית.
 - א. **תפישה פורמליסטית** – תפישה המבוססת על צורה. עפ"י תפישות פורמליסטיות נוקשות לשופט אין זכות לבחון את הצדק אלא יש דרישות/צורות/מסגרות שהחוק קובע ומחן לא ניתן לסטות. למשל: בס' 7 לחוק המקרקעין נקבע שבעלות נקבעת ברישום המהווה ראיה לזכות קניינית במקרקעין ואם אדם עמד בתנאים שבס' הוא הבעלים של הנכס ללא עוררין.
 - i. **יתרון**: וודאות ויעילות. התוצאה המשפטית ברורה, וההליך בין המקרים תמיד יהא אחיד.
 - ii. **חסרון**: תוצאות נוקשות מאוד, ללא התחשבות בנסיבות המקרה, מקשות על עשיית צדק.
 - ב. **תפישה ריאליסטית** – תפישה מציאותית שמבינה כי לא ניתן לקבוע תפישות צורניות שיכתבו תוצאה ברורה בכל מצב. לפי תפישה זו יש לבחון מה קורה בכל מקרה נתון (מהי המציאות והזכויות של כל אחד מהצדדים), במטרה לבטא את הזכות הקניינית בצורה מדויקת לכל מקרה ולהגיע לתוצאה הצודקת (גם אם התוצאה לא פורמליסטית).
 - i. **יתרון**: הריאליזם מאפשר לנו להתגבר על עיוות אפשרי, לתת מענה לנסיבות המקרה ולחזור לצדק.
 - ii. **חסרונות**: חוסר וודאות ויעילות. כאשר מאפשרים לכל שופט לעשות בדיקה לפי הנתונים הספציפיים, אנו מאבדים את הוודאות של הצדדים ביחס לתוצאה המשפטית (למשל: בבלי). זה גם יכול לגרום לעיוות דין בין מקרים שונים (תוצאה שונה במקרים דומים). בנוסף, תפישה ריאליסטית רחבה נותנת שק"ד רחב לסוכני המשפט, ללא ידיעה איך יכריעו בהתאם לתפיסתם של צדק/יעילות.
2. **מישור התחולה** – לפי מישור זה התפישות הקנייניות נכות על רצף בין תפישות מוניסטיות → ← לבין תפישות פלורליסטיות.
 - א. **תפישה מוניסטית** – לפי תפישות אלו **כל דיון הקשור לקניין יוכרע בהתאם לערך יחיד בלבד** (למשל: חירות, יעילות/ תועלת מצרפית וכו'). אם התפישה המוניסטית היא ליברטריאנית למשל, כמו של **בלקסטון**, (המדגישה חירות), כל פגיעה בחירות הבעלים (גם מינימלית כמו הסתרת אור שמש), היא פגיעה בקניינו. תפישה מוניסטית לא חייבת להיות ליברטריאנית, התשובה לשאלה האם הקניין נפגע יכולה להשתנות בהתאם לערך שנגדיר כערך היחיד.
 - i. **יתרון**: קל יותר להכריע בסכסוך.
 - ii. **חסרון**: כפרט וכחברה יש לנו מגוון ערכים חברתיים שאנו חיים לאורם, ואנו נמצאים בהליך מתמיד של איזונים. לכן, מתן בכורה לערך אולטימטיבי אחד לא משקף את חיינו כחברה.
 - ב. **תפישות פלורליסטיות של קניין** – לפי תפישות אלו יש מכלול ערכים שניקח בחשבון כשנעריך האם פגיעה מסוימת בקניין של אדם מותרת או לא (לעומת הגישה הליברטריאנית שתבחן ותאסור רק פגיעה בחירות הבעלים), **וכל דיון הקשור לקניין יוכרע עפ"י איזון בין ערכים שונים** (למשל: ערך הקהילה מול חירות הבעלים). אלו יאמרו שחירות האדם לפעול בעולם היא ערך חשוב אבל לצד זה אנו נבין שיש עוד אנשים בחברה (בעלי קניין או לא), שיש להם צרכים מסוימים שצריך למלא. מדובר על ערכים שאנו כחברה חיים לאורם ביומיום ולכן מוזר להסתכל על הקניין כבעל ערך יחיד.

- i. **חסרון: בפס"ד בן חמו שטרסברג-כהן** שקלה איזון ערכי ביחס לזכות ההפצה כזכות קניינית. ראוי וצריך שאת האיזון יעשה המחוקק ולא יותיר את שיקוי"ד לשופט, שכן אין אנו רוצים שהאיזון יקבע ע"י זהות השופט אלא בידו הגוף הערכי שאמון על ההכרעה לאיזון בין הערכים ומייצג את הערכים של הציבור.
3. **מישור נורמטיבי** – לפי מישור זה התפיסות הקנייניות נכות על רצף בין תפישה ליברלית → ← לבין תפישה ליברטריאנית.
- א. **תפישה ליברלית** – **וצאת מנקודת המוצא של היחיד ומאזנת בינו לבין החברה**. עפ"י תפישה זו יש להסתכל על הקניין כזירה שבאופן זהיר עושה בחינה ריאליסטית (בעין המציאות – כמו **הופלד**) של המצב כשאנחנו מגדירים זכות קניינית. גם תפישה זו רואה בערך חירות הבעלים ערך עליון, אך מאזנת אותו, לאחר מחשבה, מול ערכים חשובים נוספים (תפישה פלורליסטית).
- ב. **תפישה ליברטריאנית** – **לא מנסה לאזן בין היחיד לחברה אלא רואה ביחיד כגורם הבלעדי בו יש להתחשב**. תפישה זו היא תפישה מוניסטית המקדשת את ערך חירות הבעלים כערך יחיד, בעוד כל הערכים האחרים נסוגים.
- ביטוי במשפט הישראלי** – **חוק השכירות ההוגנת** – השרה שקד ביטאה גישה ליברטריאנית בעוד ח"כ סתיו שפיר ביטאה את הגישה הליברלית המאזנת את היחיד עם הקהילה והחברה, בסופו של דבר החוק נחקק כאיזון של 2 התפיסות שלהן.
- הבעייתיות בתפישות:**
1. **תפישה ליברטריאנית / בלקסטונית** – זוהי תפישה ליברטריאנית-פורמליסטית-מוניסטית.
- א. **ביקורת תיאורטית** – לא מתארת נכון את המציאות הקניינית שלנו, לא כל דבר שנתפס כפגיעה בקניין לפי תפישה זו אכן מהווה פגיעה. זו לא תפישה שאומצה באף מוסד קנייני ולכן אין להכריע בסכסוכים לפיה. בנוסף, ישנן תופעות קנייניות שלא ניתן לתת להן הסבר לפי תפישה זו (למשל: בעלות בבית משותף, תכנון ובנייה וכו'). בנוסף, תפישה זו לא מאפשרת לנו לתת סעד ברמת הצדק.
- ב. **ביקורת דיסקורסיבית (היקשי)** – תפישה נותנת המון כוח לזכות לקניין וקובעת כי זו תכריע בסכסוך – הדבר גורם לשיח מעוות. שום דבר לא יכול להיות מוחלט באופן כזה. **דוג' לשופט ליברטריאני: השינ,** כל פגיעה בחירות הבעלים היא פגיעה בקניין ומחייבת ביטול או לפחות פיצוי על הפגיעה.
2. **תפישה מודולארית / הופלדיאנית** – זוהי תפישה ליברלית-ריאליסטית-פלורליסטית.
- א. **אד הוקיים** – זכות הקניין מוגדרת באופן שונה ע"י אנשים שונים. תפישה זו גורמת למשפט לפתור כל בעיה קניינית בצורה נקודתית והדבר גורם לכך שלא ניתן יהיה לגזור שום תובנה או ליצור מערכת יציבה בעלת הכרעה רוחבית, לא יהיה קו מנחה או הכוונה של מהי התפישה ביחס לזכות לקניין.
- ב. **פריקות יתר של הזכות לקניין** – אם נבחן את הקניין כאגד זכויות נגיע למצב שבו יהיה אפשר לקרוא למשהו זכות קניין, למרות שש לו מימד מאוד מצומצם. צריך שיהיה גרעין מסוים כדי שנוכל להגדיר זכות קניינית.
- ג. **חוסר וודאות** – גישה זו מאפשרת לנו גמישות, התחשבות ברצונות הצדדים ועשיית צדק, אך היא גם גורמת לזילות, פגיעה בוודאות ולכך שהכל יהיה נתון לשיקוי"ד השופט, במקום לשיקוי"ד ואיזון המחוקק המייצג את ערכי הציבור (נבחר על-ידו). למערכת המשפטית ולכפופים לה יהיה קשה לדעת האם יש איזושהו בסיס לזכותם הקניינית. הזכות הקניינית הופכת למעין חוזה, עפ"י הכרעה של צדדים מסוימים וקשה לנהל ככה מערכת של דיני קניין.
- התפישה הישראלית** – **תפישה פלורליסטית-ריאליסטית-ליברלית תוך שמירה על פורמליזם מסוים**. התפישה הישראלית נותנת ערך חשוב לחירות הבעלים – שתמיד נמצא בתמונה אחרת ההכרעה מעוותת, אך בכל החלטה על מוסד/סכסוך קנייני, אנו צריכים לברר מה הערכים במקרה הספציפי, במציאות, ולערוך איזונים בין הערכים השונים כדי להגיע להכרעה. **בפס"ד בבלי** בוטאה גישה ריאליסטית, אך נקבע תקדים מסוים כך שבמקרה דומה בני הזוג ידעו למה לצפות. קביעת התקדים מונעת משופט אחר להכריע בהתאם לתפיסותיו במקרה הבא, ובכך בהמ"ש מחיל כלל חדש ונוצר סוג של פורמליזם.
- מאפייני הזכות הקניינית (עמ' 6-7)**
- לא כל המאפיינים צריכים להתקיים בכל זכות קניינית**. תפקיד המשפט (לכאורה) לבדוק את המאפיינים של זכות מסוימת ולראות אם היא מכילה את המאפיינים של זכויות קנייניות (כפי שעשתה **שטרסברג-כהן בפס"ד בן חמו**).
1. **שליטה וניהול** – תואם את גישת **בלקסטון**. חלק משמעותי מבעלות על נכס היא היכולת לנהל אותו ולשלוט בו. אם אין חירות לבעלים לכך, כנראה שלא מדובר בזכות קניינית. מאפייני זה נותן לכאורה המון כוח לבעלים. דוגמה לפגיעה: הפקעת מקרקעין (**פס"ד סוזט קלן**). **אם השליטה והניהול נלקחים מהבעלים אנו עדיין בשיח הקנייני**, והם יכולים לזכות בפיצוי, למשל: הפקעה.
2. **שימוש** – עקרונית חוק המקרקעין קובע שהחזקה במקרקעין מאפשרת החזקה ושימוש במקרקעין (**ס'2 לחוק המקרקעין**). אבל לעיתים השימוש האפשרי של הבעלים בנכס יהיה מוגבל, כשמדובר על נכס בעל ערך רב לאנשים רבים, למשל: קניין שנועד לשימור, או הרס ציור של רמברנט. **נבחן את השימוש מול אינטרסים וזכויות של החברה**.
3. **עקיבה ועדיפות** – הזכות הקניינית מקנה לבעלים גישה בלתי אמצעית לנכס (בלוי לעבור דרך אף גורם). בעלי הזכות הקניינית יכולים לרדוף את הנכס באופן ישיר. אך, יש מקרים בהם דיני הקניין מצמצמים את הגישה הבלתי אמצעית לנכס כשיש ערך אחר שעומד מול חירות הבעלים (כמו רווחה מצרפית).
- א. **דוגמה לגישה בלתי אמצעית: משכנתא** – זכות קניינית, המאפשרת לבנק לפנות ישירות לדירה ולא לפנות ללווה שלא עומד בהתחייבויותיו.
- ב. **דוגמה להגבלת עקיבה ועדיפות: תקנת שוק** – אדם קונה נכס והוא נגב ממנו. האדם מזהה את הנכס שנמכר ע"י אדם אחר שטוען שקנה אותו בכסף רב במקום שהגיוני לקנות את הנכס בו. **לפי זכות הקניין** – לבעלים המקורי יש עקיבה ועדיפות והוא יכול לקחת את הנכס ישירות. אבל לפי **תקנת שוק** – הבעלים החדש, המוכר, הוא שינצח. במקרה זה נעדיף להגן על השוק החופשי, טובת הציבור, ולא נאפשר לבעלים המקורי גישה בלתי אמצעית לנכס, ניתן את הבעלות לאדם השני.
4. **עבירות** – אחד המאפיינים הבולטים של זכות הקניין הוא שהבעלים רשאי להעביר/לשחור במשאב/בנכס שלו עם אדם אחר. **אם נקבע שניתן לשחור או להעביר משהו לאדם אחר זה אומר שלבעליו יש עליו זכות קניינית**.
- א. **דברים לא עבירים, ללא תלות בניסיונות העניין (אין עליהם זכות קניינית)**: ילדים, איברי גוף.
- ב. **העבירות מוגבלות במקרים מסוימים**: למשל: הגבלת מכירת בית בישוב קהילתי (רק למי שעבר ועדת קבלה); **ס'42(ד) לחוק הירושה** מגביל את יכולתו של אדם לקבוע למי להעביר את הנכס עד 2 דורות קדימה. זה נעשה משיקולים הגוברים על חירות בעלים בנכס.
- i. **שיקול כלכלי/יעילות**: המוריש לא בטוח ידע אם האדם בדור השלישי ידע להשיא את הרווחה המצרפית. התרחקות מהמוריש מגדילה את חוסר הוודאות.
- ii. **שיקול חברתי**: לקניין יש המון משמעות בשינויים חברתיים – יכולת האדם להיות בעל הון ולהחזיק בנכס. אם נאפשר לבעלים לקבוע את ההעברה של הנכס לדור השלישי והלאה זה ימנע שינוי חברתי בעולם ויאפשר לו לכפות את התפישה החברתית שלו על הדורות הבאים. למשל: אם רק זכר יורש את הנכס, הייתה נמנעת בעלות נשים על נכסים.

5. **חיובים** – עפ"י **רגורוי אלכסנדר** זכות לקניין אינה זירת חירות מוחלטת מבחינת הבעלים, האדם לא יכול עשות בנכס ככל שירצה, זכות הקניין (פנימית ולא מבחינת איזון זכויות) טומנת המון חיובים כלפי אחרים וכפופה לחובות הללו. החובות הללו אינן עומדות בסתירה לזכות הקניין אלא הן נגזרות כתוצאה מההשתייכות לקהילה. המוסד הקנייני מגדיר לנו את היקף החובות ואת אלה שאנו חייבים כלפיהם. למשל: ניתן לכפות על דייר סרבן תמ"א 38; בבית משותף יש חובות כלפי השכנים; הגבלה של מכירת בית בישוב קהילתי וכו'.
6. **פומביות** – הזכות הקניינית נותנת לאדם גישה בלתי אמצעית לנכס כלפי כל העולם. לכן, כדי שתגבש זכות קניינית יש צורך בפומביות (שכל העולם יידע על הזכות). בישראל – עפ"י **ס'7(א) לחוק המקרקעין**, כל עסקה במקרקעין חייבת ברישום וכל זמן שהזכות לא רשומה בלשכת המקרקעין, בטאבו, אין פומביות – ולא מתגבשת הזכות הקניינית, אלא ישנה זכות חוזית בלבד (תלוי בסוג הנכס), במקרה כזה אין גישה בלתי אמצעית לנכס (כל שניתן זה לרדוף אחרי בעליו).
- א. הטאבו – המקרקעין בישראל מחולקים לגושים, חלקות ותתי חלקות. כל חלקה ותת חלקה מוגדרים בלשכת הרישום. כל זכות קניינית על נכס (כולל שכירות לטווח ארוך, חכירה, משכנתא, בעלות וכו') נרשמת בלשכת הרישום. גם הערות אזהרה רשומות בטאבו (אך הן אינן זכות קניינית אלא רק תמרוז אזהרה). בטאבו לכל מקרקעין יש ת"ז שמפרטת את כל ההשתלשלות ההיסטורית שלו, כך אנו יכולים לכלכל צעדינו נכונה. יש מקרקעין שהם לא רשומים (לא מופיעים בטאבו), עליהם **סעיף 7(א)** לא חל והם נחשבים ל"זכויות".
- i. **חריג: פס"ד בבלי** – הלכת השיתוף – האישה הוכרה כבעלים של הבית במקביל לבעלה, למרות שרק הוא היה רשום.

7. **עקרון הרשימה הסגורה** – אנחנו לא רוצים מצב בו כל אחד יכול להגדיר לעצמו זכות או מוסד קנייניים, אלא רוצים ליצור מוסדות קנייניים שיש בהם איזוני ערכים, להיקף הזכויות של אנשים שונים בהתאם לזיקתם לנכס, אך לא רוצים ליצור מצב שבו נגיע למצב הופלדיאני בו אין איזושהי הגבלה למודלים אלו. לכן, **ס' 161 לחוק המקרקעין קובע שאין זכות מקרקעין שלא עפ"י חוק**. המשמעות היא שהשופטים לא יכולים להגדיר זכויות קנייניות (כלומר, אין זכויות שביישר וזכאויות אלו ואחרות) אלא רק המחוקק יכול.
- היתרונות והרצינות:**

- א. **הטיעון הנורמטיבי/ערכי:** עפ"י **חנוד דגן**, השאיפה היא למוסדות קנייניים שאינם תלויים בבהמ"ש או בשופטים. למחוקק יש יותר אמצעים ויכולת מאשר לשופטים לעשות את הבירור הערכי ולבצע איזון בין השיקולים הערכיים הללו והאחרים בעת קביעה של מוסד קנייני זה או אחר (מתנהל דיון, אנשים יכולים לבוא, להשתתף, לתת דעתם ולהגיע לפשרה). לעומת זאת, אם הדבר היה נתון בידי שופט הוא היה שוקל את שיקוליו וההכרעה הייתה נתונה לתפיסות הערכיות שלו בלבד. להכרעה יש השלכה על אינטרסים של המון צדדים וחשוב שקולם יישמע בקביעתו, לכן **לפי הסעיף, יש צורך ברשימה סגורה ע"מ לוודא שמי שעושה את האיזון הנורמטיבי והערכי הוא המחוקק ולא שופט כזה או אחר**. למשל: בחוק שכירות הוגנת היה דיון על אינטרס המשכירים לעומת אינטרס השוכרים שהם קבוצה חלשה.
- ב. **טיעון של כלכלי/יעילות:** אנחנו רוצים לייצר שקיפות בהתנהלות כך שגם צדדים שלישיים יוכלו לדעת לאן הם נכנסים. **פתיחת הרשימה של שופט לחלטי ולהגדיר זכות קניינית (ריאליזם) הייתה גורמת לחוסר וודאות ומבחינה כלכלית זה היה יכול לפגוע בשוק להתקדם. טענה נגדית:** נכון לבצע הגנה על כלשהי על צדדים שלישיים, אבל זה לא טעם מספק, ניתן להתמודד עם שינויי השוק ולא חייב להגביל את זכויות הקניין.

ב. קניין פרטי – למה?

סוגי משטרים קנייניים (עמ' 7)

1. **קניין פרטי** – משטר שבו לפחות חלק מהזכויות יכולות להיות מוקצות לאינדיבידואלים.
 2. **קניין קולקטיבי** – תמונת ראי של הקניין הפרטי. משטר שבו אין אפשרות להקנות קניין לפרט, אלא הוא קולקטיבי.
 3. **קניין משותף** – אנשים פרטיים שמחזיקים קניין ויש להם זכויות משותפות. למשל: בעל ואישה שמחזיקים בבית ששניהם בעלי.
- המצב בישראל** – מבחינה משפטית, כמעט כל הקרקעות בישראל הן בבעלות המדינה (הועברו מרשות המקרקעין ומקק"ל), אך ברוב הקרקעות המדינה מאפשר חכירה (בעלות מסדר שני), אם נתעלם מהעובדה שהבעלות על הקרקע במדינה היא של המדינה, **אנחנו במשטר של קניין פרטי, אך מפשרים גם קניין משותף** (לו יש מערכת כללים נפרדת המגדירה את יחסי השיתוף).
- הצדקות למשטר קניין פרטי חובה להתייחס להצדקות אלו בתשובה!**
- אלו הצדקות המאפשרות לאנשים להיות בעלי קניין פרטי ולא להחזיר את הקניין למדינה (משטר קניין קולקטיבי). **ההצדקות זהות לערכים שנסקול כשנבחן האם הייתה פגיעה בזכות הקניין של הבעלים.**

1. חירות (עמ' 7-8) (חובה להזכיר אותו)

1. ערך החירות הוא מרכזי בזכות לקניין (גם בתפישות ליברליות וגם בתפישות ליברטריאניות). אנחנו רוצים לתת לבעלים את השליטה המרבית בחיים שלו, ולכן אנחנו רוצים להגדיל כמה שאפשר את מימד החירות שלו. **כשדנים בזכות לקניין יש לדון בפגיעה אפשרית בחירות הבעלים.**
- 3 כללים עיקריים למשטר קניין פרטי (לפי **נוזיק** הוגה ליברטריאני):
- א. **כלל התפישה תקפה** – צריך שיהיה ברור איך רוכשים קניין (למשל: **ס'7 לחוק המקרקעין** – קובע בבירור צורך ברישום).
 - ב. **כלל העברה תקפה** – אם אפשר לקנות מקרקעין אפשר גם למכור אותו, **לכן צריך שיהיה ברור איך מעבירים נכס**. למשל: חוזה.
 - ג. **כלל תיקון** – מאחר והעולם לא אידיאלי, ובכדי לשמר את מערכת הקניין כמערכת תקינה, צריך לקבוע כללים שיאפשרו תיקון של **גם נקודתי בשרשרת ההעברות** (למשל: תקנת שוק).
- ההצדקה למשטר קניין פרטי לפי נוזיק:** ערך החירות מבקש למקסם את האוטונומיה והחירות של בני האדם – היכולת לכתוב את סיפור חייהם. ככל שנאפשר לאנשים להחזיק בקניין פרטי, כך הם יהיו פחות תלויים במדינה וכפופים לה. **בכדי שמערכת קניינית תתפקד, חייבים לשמר באופן חזק את חירות ואוטונומיה הבעלים, זאת משום שהקניין הוא היכולת של אדם לשמר את כוחו בחברה, ורק לאדם שיש לו זכות בקניין יהיה הכוח והיכולת לממש את עצמו, לשלוט על חייו ולהגשים את רצונותיו בחברה**. למשל: קיבוץ (כל הקניין בידי הקיבוץ ואפשרות היציאה של האדם מהקהילה קטנה); קומוניזם.
- ביקורת על הצדקה זו:**

- א. **האם אנחנו רוצים להתייחס לקניין כזירה המרכזית לביטוי והגדרה עצמית?** אם כך, למעשה נצמצם את הגדרת החירות. למשל: צרכנות מוגזמת; ביטוי עצמי באמצעות מותגים. אפשר לענות על כך כי הקניין מגדיל את סך החירות, ומאפשר לאדם להיות כמה שפחות כפוף לאחרים וכמה שיותר עצמאי – ואין כוונה שהאדם יגדיר את עצמו באמצעות הקניין בלבד.
- ב. **טבלת הזכויות של הופלד** –
 - i. **פגיעה בחירותם של אחרים** – מול כל זכות יש גם חובה – אם לאדם מסוים ניתנות זכויות קנייניות חזקות (המדגישות את ערך החירות), יעמדו מנגד אנשים אחרים שזכותם לחירות תפגע כי תוטל עליהם החובה לכבד את החירות והקניין של האדם האחר.
 - ii. **תפישה המתעלמת מאנשים שאין להם קניין** – למעשה, סך החירויות בעולם גדל רק אצל "החזקים" (בעלי הקניין) ויורד אצל אלו שאין להם קניין ("החלשים") שחייבים לכבד את זכות "החזקים", ובכדי להביא למצב שקניין=חירות יש לוודא שלכל אדם יהיה קניין שהוא ביטוי למינימום כבוד אנושי.

2. **עבודה (עמ' 10-8)**
- הצדקה זו ניתנה ע"י **ג'ון לוק**. עפ"י הצדקה זו כל אדם הוא בעלים פרטיים של גופו ויציר עמל כפיו, וכל השאר הוא משותף (תפישה דתית). עצם השקעת כוחו הפרטי של אדם, מגופו שמהווה קניינו הפרטי, במשאב מפקיעה את המשאב מחזקת הקולקטיב ומעבירה אותו לחזקתו הבלעדית. למשל: עץ שהוא משותף, וקטיפת התפוח ממנו הופכת את התפוח לקניינו הפרטי של הקוטף.
- ההצדקה למשטר קניין פרטי לפי **ג'ון לוק**:
- הצדקה מסדר ראשון**: אם היה צורך לקבל הסכמה קולקטיבית, האדם היה גווע ברעב עד שהיה משיג זאת (אם היה משיג בכלל).
 - הצדקה מסדר שני**: האדם ערבב את כוחו הפרטי, השקיע עבודה מגופו הפרטי במשאב וזה מצדיק את ההפקעה שלו ממצב הטבע. סייגים להפקעה אישית: לכל אדם זכות לשימור עצמי, ולכן **מוותר לו לקחת משאבים אם השקיע ערבב עבודה במשאב, ואם**:
 - "בל תשחית" – אסור לקחת יותר מהכמות שהאדם יכול לצרוך, וזקוק לה לשם קיום. לקיחה מוגזמת = השחתה.
 - יש להשאיר מהמשאב ברמה מספקת לאנשים אחרים** (למשל: שיישאר מספיק תפוחים על העץ).
- ביקורת על הצדקה זו:**
- העולם שלנו הוא עולם שיש בו מחסור גדול במשאבים**, הוא לא אוטופי, ולא ניתן להשאיר כמות מספקת לכולם. אם לא היה מחסור לא היה מתעורר הרצון של אנשים בקניין פרטי. לכן, התיאוריה של לוק פחות רלוונטית לחיי המעשה ודיני הקניין.
 - נוזיק** מגחיק את תיאוריית הערבוב – **קריאת לוק כפשוטו מקשה על הבנה כוונתו ב"ערבוב"**, האם ערבוב פחית עגבניות בים מקנה בעלות עליו?
 - משל הנמלה והצרצר – **אין הבחנה בתיאוריה של לוק בין כמות/מידת ההשקעה שהאדם השקיע בנכס** – האם כל מידת השקעה תקנה לאדם בעלות עליו? הליכה ישרה עם התיאוריה של לוק גורמת לכך שכל קניין שנשקיע בו מאמץ כלשהו תקנה לנו בעלות עליו, ללא קשר למידת ההשקעה, לתרומה לחברה, לאיכות העבודה וכו'.
- תפישת העבודה כגמול** (קריאה אוהדת לתיאוריה של **לוק**) – יותר מקובלת מהתפישה שהדגישה את רעיון הערבוב.
- עומדת בלב דיני הקניין בארה"ב. העבודה פחות נוגעת לערבוב שבתיאוריה של לוק, אלא היא נוגעת לגמול ותמריץ. **מתן קניין פרטי על משאב/נכס שאדם השקיע בו, היא (1) גמול (2) ותמריץ שהחברה מעניקה לאנשים שמשקיעים מחקר, כוח, מחשבה בפיתוח משאבים**. החברה רוצה לעודד אנשים ולתגמל אותם על פעילויות שחיוביות לחברה. אם אדם השקיע את כל כוחו בפעילות שלא תרמה/הזיקה לחברה, למרות השקעת העבודה והכוח הוא לא יקבל זכות קניינית על משאב. גם מתן הזכות הקניינית, כגמול על פעילות מועילה לחברה, לא חייבת להיות מוחלטת, היא תיקח בחשבון את מידת ההשקעה של האדם וההשפעות החיוביות לחברה. כלומר, הפרס יהיה פרופורציונלי.
- למשל: **זכות לפטנט** – גמול לאנשים שהשקיעו במחקר ופיתוח שלו, הגנה מהחברה עליו מפני שימוש של אחרים. מגלם את התפישה של לוק – לעודד אנשים לקדם ולפתח את החברה ובתמורה מקנים להם זכות קניין על המשאב שפיתחו. אבל הפטנט מגלם תפישה נוספת – מוגבל בזמן, וגם במהלך תקופת הפטנט התנהגות האדם צריכה להיות ראויה ולתרום לחברה, אם לא המוצר יופקע ממנו (תועלת מצרפית). כנ"ל לגבי **זכויות יוצרים**. זכות הקניין אינה מוחלטת, היא מגלמת גם חובות כלפי החברה.
3. **תפישת הרווחה המצרפית /יעילות/ניתוח כלכלי של המשפט (עמ' 10)**
- עפ"י **גארט הארדין** (דוגמת המרעה ודילמת האסיר) הסיכוי שאנשים יגברו על האינטרס העצמי שלהם ויסיכמו לוותר על מקסום הרווח המידי שלהם לטובת שימור רווחים עתידיים מאוזנים עם זולתם הוא קלוש, ולכן בסופו של דבר נגיע לטרגדיית השיתוף ולתוצאה שאינה יעילה לאף אחד מהצדדים. מסיבה זו, **קניין פרטי יותר זול/יעיל לחברה מאשר קניין קולקטיבי** – כך לאנשים יהיה אינטרס להגן ולשמור עליו, תמנע טרגדיית השיתוף ונשיא את הרווחה המצרפית.
- הביקורת: הרולד דמשץ** נותן 3 נקודות שכדאי להתייחס אליהן כשאנחנו מדברים על תפיסתו של **הארדין** (שטוען כי קניין פרטי=השאת הרווחה החברתית ומצדיק אותו):
- הניתוח הכלכלי של המשפט אינו מצביע על שיטת קניין ספציפית** – הדוגמה של **הארדין** מצביעה על פתרון שלא בהכרח מתאים למקרים אחרים. **יש להתחשב בנסיבות המקרה** ולבדוק מה יעיל יותר – יכול להיות שבעתיד דווקא משטר קניין פרטי לא יהיה יותר יעיל ממשטר קניין קולקטיבי. לכן, הניתוח הכלכלי הוא כלי מעולה, אולם הוא צריך להיעשות באופן רציף ובצורה תדירה, ולא להתקבע כמו הארדין ולהניח שמשטר קניין פרטי תמיד יהיה יותר יעיל.
 - הניתוח הכלכלי מביא גם בחשבון החצנות על החברה ועל הדורות הבאים** – יש לקחת בחשבון את כל הגורמים הנוגעים לעניין, כולל הדורות הבאים ולא רק את מיהם הצדדים לסכסוך הספציפי (לחשוב איך להשאיר את המשאב גם לדורות הבאים). זאת משום שיכול להיות שאנשים ידאגו למרעה הפרטי שלהם ולא ידאגו לדור העתיד – לכן הנחה זו צריכה תמיד להיבדק.
 - ביקורת**: לא בטוח שדבר זה אפשרי כיוון שקשה לצפות כיצד יפתחו קניינים חדשים הבאים.
 - יש לשים לב לאבולוציה של מושאי הקניין** – המחוקקים יוצרים מוסדות קנייניים חדשים שלא היו בתקופת **הארדין** (נובע מהטכנולוגיה וההתפתחות הכלכלית). ההתפתחות הזאת מחייבת אותנו לבדוק האם התפישה של הקניין הקולקטיבי היא **אכן טרגדיה או לא**. יכול להיות שיש משאבים/נכס שנגלה שלא נגרם לו נזק כתוצאה מהשימוש המשותף הזה (למשל: לא הרי קרקע כפטנט או יצירה), אם יש לנו משאב שהוא לא מתכלה, אין הצדקה שהוא יהיה קניין פרטי לפי הטעון של הארדין.
 - האבולוציה של הדרכים למשטר קניין** – היום, בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית, עלויות השיטור והפיקוח על הקניין ירדו. עלויות הפעלת המשאב, בעת כתיבת המאמר של **הארדין**, הייתה יקרה יותר. היום, עם ההתפתחות הטכנולוגית, יש לנו יותר אמצעים (תקשורת, מצלמות, תחבורה וכו') המקלים על ניהול המשאב. ולכן, לדעת **הרולד**, יש לבחון בכל מצב נתון את המשוואה הכלכלית שמטרתה להשיא את הרווחה המצרפית ולבדוק מה העלויות והרווח.
4. **אישיות (עמ' 11)**
- התיאוריה**: עפ"י **מרגרט ראדין**, יש משאבים שקרובים יותר לגרעין האישיות של האדם (טבעת נישואין, בית מגורים וכו'), הם מהווים חלק ממנו וכמו שהאדם לא יכול להיות בבעלות קולקטיבית, כך גם הנכסים הללו לא יכולים – אין מדובר על משטר פרטי גורף. אלו מושאי קניין שהאוכלוסייה מעניקה להם ערך גבוה יותר ממחיר השוק – ובכדי שהאדם יוכל לחוות את עצמו בצורה המלאה ביותר הוא חייב להיות הבעלים הפרטיים של המשאבים הללו. אין מדובר על נכסים שיש להם ערך מסחרי גבוה, אלא על נכסים הופכים לחלק מהאישיות של האדם וכך יש להתייחס אליהם (נכסים אישיים ולא מסחריים).
- ההשלכה המעשית: (1) ניתן בעלות על משאבים שמהווים חלק מהעצמי; (2) ככל שיהיה מדובר בנכס שקרוב יותר לאישיות האדם, כך ניתן לו הגנה חזקה יותר** מלנכסים אחרים חלופיים ופחות קשורים לאישיות האדם בהם פחות נרתע מלפגוע. למשל: בהפקעות יש הסדר שונה הנוגע לפיצוי גבוה יותר, יהיה קשה יותר גם לקחת אותו מאדם הנכנס לחובות.
5. **קהילה (עמ' 11) (חובה להזכיר אותו)**
- זו אינה בהכרח הצדקה למשטר קניין פרטי, אלא מדובר בערכים שמיושמים במערכת דיני הקניין שלנו. ערך זה מושך לצמצום ההגנה הניתנת לזכות הקניין עבור הקהילה בה אדם חיי.
- ישנן 3 תפישות הגדרת הקהילה:**
- תפישה ליברטריאנית (בלקסטון ונוזיק)** – תפישה זו מקדשת את חירות היחיד, כל מקרה של קונפליקט בין החברה לפרט צריך להסתיים בניצחונם של הפרט. קהילה תמיד מביאה לצמצום חירות היחיד לעשות כרצונו, ולכן הסיכוי שהיא תצליח לגבש קהילה הוא אפסי. עם זאת, תפישה זו לא דוחה לגמרי את ערך הקהילה, אלא "סובלת אותה" ומעניקה הכרה מינימאלית בלבד לערך זה (רק ענייני סדר וביטחון, מדינת שומר לילה), מה שמעבר לכך – ייתפס כפגיעה בקניין.

- ב. **תפישה קהילתית (גרג ואדוארדו)** – הקהילה היא המצב האולטימטיבי והיא תדאג להטיב את חייהם המשותפים של כולם וגם אם זכות הקניין היא פרטית, היא כוללת חיובים אישיים מאוד חזקים להמשך פעילות הקהילה. לכן, עפ"י תפישה זו יש להכיר במוסדות קנייניים קולקטיביים, שמצריכים הקרבה של הפרטים מעצמם, בכל מחיר.
- ג. **תפישה ליברלית (חנוד דגן)** – מצד אחד, מכיר בצורך של הקהילה והתרומה שלה, אך מצד שני, מאמין בתפישה הליברלית שהאדם אוטונומי וצריך לכתוב את סיפור חייו. לדעתו יש ליצור קהילות ליברליות, המבוססות על היכולת של כל חבר בקהילה לצאת ממנה ברצף שרצה ללא מגבלות. כך, תישמר החירות והאוטונומיה האישית של כל אדם. כך, אדם היודע שיש לו זכות יציאה ונשאר בקהילה עושה זאת מרצונו וכך חירותו נשמרת. מגבלה: יציאות אופורטוניסטיות לא יתאפשרו.
- i. **ביקורת שטרן על דגן**: מתן אפשרות יציאה לכל אדם בכל רגע נתון, תחזיר אותנו לתפישה הליברלית שתייצר קהילות חלשות. **דגן ואחר** הוסיפו שמה שמגביל את היציאות היא מניעת יציאות אופורטוניסטיות. שטרן לא מבין כוונתם.

שלבי המפגש עם הקהילה:

- א. **הכניסה לקהילה** – נבדוק מהו האופן הראוי לחלוקת משאבים והקצאת הקרקע עם כניסתם של אנשים לקהילה. למשל: וועדות קבלה בקיבוצים מסננות את המבקשים להצטרף – יש כאן השלכה ישירה על יכולתם לרכוש קניין.
- ב. **המשטר בקהילה** – איך מנהלים משטר קנייני במצבי שיתוף וקהילה – האם יש לאפשר את התערבות המשפט או לאפשר התנהלות עצמאית של הקהילה? למשל: חיים בבית משותף מגבילים את הקניין הפרטי של האדם ע"י חוק, רלוונטי גם לשיתוף מקרקעין.
- ג. **היציאה מהקהילה** – (1) אדם שרוצה לצאת ולממש זכותו לכך – מהן המגבלות והתנאים? (אמור להיות נטול מחסומים אך לעיתים לא קל לצאת מהקהילה); (2) הוצאה מהקהילה – מהם התנאים ומידת התערבות המדינה? (בתים משותפים/קהילות מסוימות); (3) הפקעה (שלמה/חלקית) הפוגעת בקהילה (בדואים, התנתקות, הסדרת פיצויים ראויים להפקעה הפוגעת בביתו של אדם).

6. **צדק חלוקתי לעומת צדק מתקן (עמ' 11-12)**

- צדק מתקן** – כשנחשוב מהי התוצאה הצודקת, אנשי הצדק המתקן אמרו שנגיע אליה במידה והצד הפוגע יפצה את הצד הנפגע, עד למילוי החסר. כלומר, יחזירו את המצב למה שהיה טרם הפגיעה.
- צדק חלוקתי** – אנשי הצדק החלוקתי יטענו כי אין די בהשלמת החסר והחזרת הנפגע למצב שהיה לפני הפגיעה, אלא יש אף לקדם ולשפר את מעמדם החברתי של החלשים בחברה ולהביאם למצב ראוי יותר מבחינה חלוקתית חברתית.
- המחלוקת/הביקורת על צדק חלוקתי במשפט הפרטי: **קפלוב ושביל** טוענים כי תפיסת הצדק החלוקתי לא יכולה להיות התפישה לפיה ננחל את המשפט הפרטי מכיוון שזה עשוי להוביל לעיוות גדול מאוד של הדין הפרטי. **סיבות**:
- א. הצדק החלוקתי מטיל אחריות על הפרט לשפר את מצבו החברתי של החלש, אך זה עשוי ליצר תמריץ שלילי בחברה. בנוסף, אין זה צודק להטיל את האחריות לכך על הפרט אלא נכון כי הדבר יהיה באחריות המדינה/החברה כולה.
- ב. אין לנו תפישה רחבה הכוללת את כל החברה, מערכת הקניין היא מערכת פרטית ובסופו של יום כל סכסוך קנייני ידבר על האנשים שנמצאים בשכבה החזקה בחברה (בעלי הקניין), ולא ניתן לזהות את החלש באמת.
- היכן ראוי להפעיל צדק חלוקתי? במערכת המס. זוהי מערכת פרוגרסיבית, שראוי שתיתן ביטוי למצב הסוציאקונומי של האדם כי היא רואה את החברה בכללותה, הניגוד לדיני הקניין שרואה מקרה פרטי (מדובר על משפט פרטי מול ציבורי).
- ביקורת על קפלוב ושביל**: למה לא ניתן להתעלם לחלוטין מצדק חלוקתי בדיני הקניין?
- א. **טעם חיצוני – מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות** – עצם ההכרה בקניין היא פעולה חלוקתית שבה המדינה מקצה לאנשים משאבים/זכויות ולכן יש להגיע לחלוקה צודקת ככל האפשר כבר אז.
- ב. **טעם פנימי** – השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן – בהצדקות קנייני עצמן (שנאמרו לעיל) יש אלמנטים של צדק חלוקתי.

ג. **קניין פרטי – במה? (עמ' 12-15)**

כאן אנו שואלים איזה סוגי משאבים ונכסים יהיו קניין פרטי, ואיזה סוגי משאבים ונכסים אנו לא מוכנים שיהיו קניין פרטי ולכן נסיר מהם את התכונה הקניינית של עבירות וכך נוציא אותם מגדר הנכסים הקנייניים.

סדר פתרון "קייס" – תכליות הקניין הפרטי ואיזון

אלו הערכים שנסקול כשנדון בשאלה האם הייתה פגיעה בקניין / האם נרצה לתת זכות קניינית / מה היקף הזכות הקניינית שניתן במשאב במסוים. (בדיקה מהותית של זכות הקניין)

1. **עלינו לקבוע מהן הסיבות והתכליות להענקת זכות קניינית לאותו גורם משאב** – עפ"י **פס"ד מקדונלד** – הדרך הנכונה לקבוע מהן זכויות הקניין ומהו היקפן היא ע"י בחינת ההצדקות הקנייניות והשיקולים הערכיים שדנו בהם עד כה (**חירות**, תועלת מצרפית/יעילות, עבודה, אישיות, קהילה, צדק חלוקתי, סביבה וכו').
2. **נגדיר באיזה מוסד קנייני מדובר תוך ביצוע דיון באיזון בין הצדקות הקניין והשיקולים הערכיים שדנו בהם עד כה**.
*** יתכן שחלק מההצדקות ידחפו לכיוון אחד וחלק לכיוון אחר, ואז אולי ניטה לתת זכות אבל להגביל אותה מעט.
- הערה** – בשאלה כזאת ניתן תמיד לומר שיש לתת למחוקק לבחון את השיקולים הערכיים ולערוך איזון ביניהם (**ראה**: מאפייני הזכות הקניינית ← עקרון הרשימה הסגורה ← רציונאליים ← הטיועון הנורמטיבי) וממילא בהמ"ש לא יכול להגדיר בעצמו זכות קניינית חדשה שלא קיימת בחוק (**ס' 161 לחוק המקרקעין** – בניגוד למה שקרה **בפס"ד בן חמו נ' טנא** שם האיזון בוצע ע"י בהמ"ש). אם קיים כבר חוק ניתן לומר שהמחוקק ערך כבר איזון ערכי בין הערכים כשהגדיר את הזכות הקניינית וראוי שבהמ"ש יפעל עפ"י איזון זה.

1. **חירות – תמיד** כל בחינה מהותית תבחן האם החירות של הבעלים נפגעה, האם האוטונומיה שלו לכתוב את סיפור חייו נפגעה (**בלקסטון נוחיק**). (עמ' 7-8)
2. **עבודה** – האדם השקיע עבודה בנכס, ולכן יש לתת לו תגמול. מתן התגמול יהווה תמריץ שיעודד אנשים להשקיע, מחקר, כוח ומחשבה בפיתוח משאבים. החברה צריכה לתגמל אנשים (בדמות זכות קניינית) כדי לעודד אותם לעשות פעילויות חיוביות שתורמות לחברה. רק התנהגות ראויה תזכה בפרס, התוצאה של העשייה צריכה להיות חיובית, והפרס צריך להיות פרופורציונלי. השקעה בפעילות שהיא שלילית לחברה לא צריכה להקנות בגינה קניין. בנוסף, מתן הזכות הקניינית, כגמול על פעילות מועילה לחברה, לא חייבת להיות מוחלטת, היא תיקח בחשבון את מידת ההשקעה של האדם וההשפעות החיוביות לחברה (התיאוריה האוהדת, **לוק**). (עמ' 8-10)
3. **רווחה מצרפית (יעילות)** – נבדוק בכל מצב נתון את העלויות והרווח (גם של הצדדים וגם של החברה ואף של הדורות הבאים) – **הרווח דמשץ**. נבחר במה שהכי מועיל (עלות, תועלת). (עמ' 10)
4. **אישיות** – ככל שמדובר בנכס שקרוב יותר לאישיות האדם, ניתן לו הגנה קניינית חזקה יותר. משהו שהוא חליפי ופחות קשור לאישיות האדם, פחות נרתע מלפגוע בו. הערך שלו לאדם גבוה מערכו בשוק (**מרגרט רדין**). לדוג': בית, טבעת נישואים. (עמ' 11)
5. **קהילה** – הקהילה זה מוסד חברתי בעל חשיבות גבוה מאוד לאדם, לכן לעיתים עליו להקריב למען טובת המוסד. (עמ' 11)

6. **צדק חלוקתי** – תפישה לפיה יש להתחשב במצב הסוציאקונומי של הצדדים לסכסוך כשיקול רלוונטי להכרעה בו. **סיבות: (1)** מעצם הגדרתה המשפטית של זכות קניין, או דנים בחלוקת עושר/משאבים בחברה בין האזרחים. לכן, החלוקה צריכה לשקול שיקולים חלוקתיים (לדוגמה: הגנת זכות קניין של בנק לעומת אדם פרטי). **(2)** לכל ההצדקות שמנינו עד כה (חירות, גמול על עבודה כמתן תמריץ וכ"ו) יש השלכות חלוקתיות בעצמן. לדוגמה: חירות של אחד מגבילה את החירות של האחר. לא ניתן להתעלם משיקולי צדק חלוקתי בקניין, כשכאמור החלוקה משפיעה גם על הקצאת האוטונומיה והתמריצים בחברה. **(עמ' 11-12)**

7. סיבה

דוגמאות ליישום:

1. **פטנטים** – מחד, האדם השקיע עבודה בפטנט ולכן אנו רוצים לתת לו הגנה קניינית עליו בדמות זכות קניין, כדי לתמרץ אחרים לפתח ולהשקיע כוח ומחקר בפיתוח משאבים לטובת החברה. מצד שני, הפטנט מוגבל ל-20 שנה, וגם במהלך זמן זה ניתן לשלול מהאדם את הפטנט משיקולי תועלת מצרפית. אם לא יפתח את הפטנט ניקח אותו כדי שמישהו אחר יוכל לפתח אותו לטובת החברה.
2. **זכויות יוצרים** – ההגנה ניתנת משיקולי אישיות, מדובר בזכות מוסרית (עפ"י פרק הדן בזכות המוסרית מתוך חוק זכויות יוצרים). הזכות נועדה לשמור על ביטוי האישיות של היוצר ביצירה הזו.
3. **פס"ד מקדונלד** – בפסה"ד בהמ"ש מגלה שהזכות לפרסום (=הזכות לשימוש בשם של אדם) לא קיבלה התייחסות מהמחוקק בגלל שאין לה מוסד קנייני להיכנס אליו. ואז ביהמ"ש מבצע דיון על איזונים בין ערכים שונים המצדיקים ומכירים בזכות לפרסום כזכות קניינית – עבודה, אישיות, תמריצים (לתמרץ עבודה ויצירה, לתמרץ תרומות של אנשים לרווחה המצרפית). בסופו של דבר, בהמ"ש אומר כי זה לא תפקידו לבנות מעצמו מוסד קנייני (אלא של המחוקק) ולכן הוא משתמש במוסד הקנייני של עשיית עושר.

דוגמאות למוסדות קנייניים: (עמ' 12-13)

1. **חוק הדיור הציבורי** – מוסד קנייני הקובע זכויות קניינית שונות מזכויות קנייניות של בית פרטי (דיור ציבורי מקנה לדייר מענק מהמדינה, דיור מתמשך). בבית פרטי אדם יכול להעביר את הדירה אך בבית ציבורי הוא לא יכול להעבירה לאדם אחר כרצונו. **הערכים עליהם מושתת החוק** – רווחה מצרפית, **צדק חלוקתי** (הדיור הציבורי ניתן רק לחלשים בחברה).
2. **הצעת חוק שכירות הוגנת** – סעיפים מסוימים בהצעת החוק שלא התקבלו כמו אי קביעת הרף של העלאת שכר הדירה, הראו על **ניסיון לאזן בין חירות הבעלים לערכים הקהילתיים**.
3. **חוק הדיור המוגן** – מגבילים את זכות הקניין של בעל הדיור המוגן. למשל – אבזור ומצב הדירות, חובת התקשרות בהסכם (בשפת הדירה), חובה לספק שירותים לדייר, וחובת רישיון, כל הכללים הללו אינם חלים על בעלים של בניין רגיל שמשכיר דירות לאנשים שונים. זה נועד להגן על דיירי הדיור המוגן שהם יותר חלשים.
4. **58' לחוק המקרקעין** – **בתים משותפים** – לכל בעלי הדירות בבית משותף יש חובה הדדית להשתתף בהוצאות הדרושות לאחזקתו התקינה וניהולו של הרכוש המשותף בבית המשותף (החלטה של הרוב תחייב גם את היחיד, גם אם יתנגד). **יש איזון ערכי במקרה זה בין חירות הבעלים וערכים אחרים**.
5. **60' (ב) לחוק המקרקעין** – **פס"ד סולברג** – **(בית משותף שנהרס)** – אפשר לאלץ דיירים סרבנים להתפנות או אפילו למכור את הדירה שלהם. זו פגיעה חמורה בזכות הקניינית אבל זה מאפיין ייחודי לתחום הקנייני הזה (הסעיף הופך לבסיס להתמודדות עם דיירים סרבנים בהתחדשות עירונית). **חירות הבעלים מול ערך הקהילה**.

האם קצבאות, גמלאות, הבטחות, הקצבות, דברים הניתנים מהמדינה הם מושאים לזכות קניינית? (עמ' 13)

צ'רלס רייך ("הקניין החדש") – הרקע: כתב מאמרו בתקופה בה קומוניסטיים נרדפו בארה"ב. הוא מספר על מקרה בו שללו מאדם שנחשב כקומוניסט את הפנסיה שלו ומשפחתו לא יכלה להתקיים ממנה. השאלה: האם מותר למדינה לשלול גמלה כיוון שמדובר במתנה אותה היא חופשית לשלול בכל עת ללא התנגדות מהפרט או שמדובר בזכות קניינית אותה למדינה אסור לשלול כי אז תאלץ לשלם פיצויים? **הטענה: כל פגיעה בקצבה/מענק מהמדינה היא פגיעה בזכות קניינית. אסור למדינה לפגוע בה, ופגיעה מצדיקה פיצויים.** רייך טוען שבמציאות שלנו, המדינה הופכת ליותר מעורבת בחיי האזרחים וחלק גדול מחיינו מנוהל ע"י זיכיונות וקצבאות מהמדינה. במציאות זו חייב להכיר בהם כזכות קניינית של האזרח הזכאי להם. מכיוון שאנו כה נדרשים ומסתמכים על כך (בייחוד פנסיה) שזה הופך משמעותי לכל אזרחי המדינה. אם לא נכיר בכך כזכות קניינית, נשמוט את הקרקע ונאפשר למדינה לפגוע באזרחים ביתר קלות. **הקניין החדש של רייך לא נתפס בארה"ב. המצב בישראל:**

פס"ד מנור (ברק): רקע: קיצוץ תכניות הקצבה ע"י המדינה שגרמה לפגיעה במסתמכים עליה. **פסק דין**: ברק דן בקניין החדש של רייך ואומר שבמקרה הזה, לא מדובר בקניין חדש אלא בקניין של ממש כי אנשים שילמו ביטוח לאומי כל חייהם, ולמעשה מדובר בתוכנית חסכון. **גרונס וריבלין** לא הסכימו עם ברק ודבקו בהחלטה שלא מתערבים בהכרעות מדיניות (מאפשרים לממשלה לקצץ), הם גם דנו בקניין החדש ובשאלה האם מדובר בזכות קניינית (לא ניתנת לעבירות), לא הכריעו אבל נטו ללא.

פס"ד מנחם: לא אומצה תפיסת הקניין החדש.

***** כיום אין פס"ד שמגדיר את כל נושא הגמלאות/קצבאות/הטבות/רישיונות כקניין**, מלבד נושא הקצבאות לביטוח לאומי שיכולות להיחשב כתוכנית חסכון דברים אלו לא נכנס למשפט הישראלי עדיין.

אינטרס ההסתמכות כמקנה זכות קניין: (עמ' 14)

המאמר של סינגר – The Reliance Interest in Property

רקע: סינגר הוא סוציאליסט. מספר על עיר שרוב אנשיה היו עובדים של **במפעל ברזל**. כלומר, הייתה תלות מאוד גדולה בין העיר הזו לחברה. יום אחד החליט הבעלים, לסגור את המפעל משיקולים לגיטימיים. העובדים רצו לקבל את המפעל לידיהם ולהמשיך להפעילו, והבעלים סרב. ביהמ"ש מונה שיקולים ערכיים המסבירים מדוע ראוי שהעובדים יקבלו את המפעל, אך, קובע כי לבעלים יש יכולת לעשות כרצונו בנכס. **סינגר** מנסה להראות את התפישה הקניינית הליברטריאנית המעוותת של בתי המשפט. טוען כי על מערכת המשפט להיות פרוגרסיבית יותר, לאזן בין ערכים וכך להקנות זכויות קנייניות במצבים הנדרשים.

טענת סינגר: עבודה לאורך שנים (30-20 שנה) יצרה זכות קניינית כתוצאה מאינטרס ההסתמכות של העובדים על מקום העבודה. ברור שהזכות הקניינית לא תבוא לידי ביטוי כשהבעלים מפעיל את המפעל אלא רק בשלב בו הוא נסוג. ואז יש מעבר של הבעלות מהבעלים לעובדיו.

ביקורות על התפישה של סינגר:

1. **אינטרס ההסתמכות כמשהו מעגלי** – יש כשל בטיעון ההסתמכות, ההסתמכות נבנית על בסיס הנורמות החברתיות שאנחנו קובעים כציבור, ההסתמכות מתחילה להיווצר כשאנו מגדירים כללים או נורמות שגורמים לאדם שפועל לאורך להאמין שאם נפעיל אותן הוא יוכל להסתמך עליהם. **ברגע שהמשפט נותן ביטוי להסתמכות הוא מנציח אותה והופך אותה לסטנדרט קבוע שלא בטוח שהיינו רוצים שיהפוך לכה**. ברגע שאינטרס ההסתמכות תוכר במשפט, אנשים יתחילו להסתמך. אם אין כלל משפטי של הסתמכות, אין סיבה הגיונית שאנשים יסתמכו על כך, לכן הכלל הזה בעייתי. בנוסף, לא בטוח שהיינו רוצים לתמרץ אנשים להסתמך באופן זה.
2. **פגיעה אנושה באוטונומיה של הבעלים**, שיכולה לגרום להם לא להעסיק אנשים לאורך זמן, וזה **ישפיע באופן שלילי על התנהלות המפעלים**.

3. **לעיתים ניסיון המשפט לעזור לחלש מביאה לתוצאה הפוכה.** הכלל הזה יכול דווקא להזיק לעובדים ולגרום לפיטוריהם. **החזקים יידעו לגלגל את ההגנות על החלשים כנגדם** (למשל: בטוחות בדירה גורמת להשלכת עלות הבטוחה על הקונים).
4. **קשה להבין מתי תעבור זכות הקניין מהעובדים לבעלים** – כשמעבירים זכות קניינית צריך להיות כלל העברה תקפה (**נוזיק**), במקרה הניל **סינגר** מציע עמימות מכוונת – **זה גורם לחוסר וודאות והיא פחות טובה כשדנים בזכויות קניין (חוסר יעילות).**

קניין פרטי – במה אנו לא רוצים לתת זכויות קניין? (עמ' 14-15)

במה לא נרצה לאפשר עבירות/עסקאות? הדוגמה הבולטת היא **טאבו טריידס** – מוצרים שלא ראוי שיהיו חלק מהשוק. דוגמה: איברי אדם, סחר בגוף (זנות), ילדים (תיירות פיריון במדינות העולם השלישי). **אלו משאבים שאנו לא רוצים לתת להם ערך כלכלי/כספי.**

בעד הכנסת משאבים כמו ילדים ואיברים לשוק: תהיה לכך תועלת לחברה, מ-2 סיבות:

1. **הגדלת הזדמנויות ושיפור חיי הפרט** – ברגע שנעשה זאת בצורה חוקית מלאי האיברים יגדל, וכתוצאה יינצלו יותר אנשים ואיכות חייהם תשתפר. אנשים לא יסכנו את בריאותם בטיפולי פוריות כדי להביא ילדים, יותר אנשים יוכלו להיות הורים.
 2. **רגולציית השוק תמנע שוק שחור** – השוק יהיה מפוקח, יהיו מספיק איברים וילדים בו. ואז השוק יוסדר באופן ראוי וגלוי.
- נגד הכנסת משאבים אלו לשוק:**
1. **בעיה חלוקתית** – הכנסת המוצרים הללו לשוק תעצים את הבעיה החברתית, כי החזקים ירשו לעצמם לסחור במשאבים אלו בעוד החלשים יהיו הנסחרים.
 2. מסחור של טובין אישיים – **שידור מסר שלילי לחברה** – אנו גורמים לאנשים למסחר את הדברים הכי אישיים שלהם. זה יהפוך את הסחר ללגיטימי, יהפוך למשל איבר/ילד למוצר, ויש בכך מסר שלילי לחברה.
 3. **החצנות על צדדים שלישיים** – התרה של סחר בדברים מסוימים בשוק, עלולה לגרום החצנה שלילית על גורמים שלישיים, למשל: ילד שנסחר ללא התחשבות ברצונותיו ואיך יגדל בסביבה שלא נולד בה. זה נכון גם לגבי החברה כולה ולמשפחות הילדים שיימכרו. **לא ניתן יהיה לקחת בחשבון את האינטרסים של כל הצדדים.**

זוהי קומודיפיקציה (מסחור) – הפיכה של דבר לסחיר, אנו כחברה צריכים למנוע כניסה של מוצרים מסוימים לשוק, למנוע הפיכתם למוצר. 2 טיעונים נגד קומודיפיקציה:

1. **השחטה/אובדן ערך** – **עצם האפשרות להכניס את המשאבים הללו מהמרחב האינטימי למרחק השוק, פוגעת במשמעותם אלינו כבני אדם.** המשמעות תרד בפני המוכר ובפני כל החברה בכללותה, נחשוב על זה בצורה מסחרית במקום אישית. (למשל: סחר בילדים יבטל את הערך הרגשי שאנו רוכשים לילד, סחר באיברים יגרום לנו להסתכל על גופנו כמוצר חלופי ויפגע בתפיסת הבעלות עליו).
2. **טענת נגד:** מניעה מאישה אשר יכולה להביא ילד להתפרנס בדרך הזו – מרעה לה ופוגעת בערך העבודה, החירות וכו'.
2. **כפייה** – אם נפתח את השוק למשאבים מסוימים, אנו נכפה על החלשים בחברה לסחור בהם כנגד רצונם. **מ-2 סיבות: (1)** עכשו הם יוכלו לעשות זאת – גם אם לא ממש רוצים, הם יכולים וזה מקל על החסמים; **(2)** מדינות צריכות לתמוך בחלשים בחברה, הכשרה של הטאבו טריידס תגרום למדינה להתנער מאחריותה, ולדרוש מהאנשים לנצל את המשאבים שברשותם בטרם יפנו אליה.

סיכום – מהי הזכות הקניינית וכיצד קובעים את גבולותיה?

1. **זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית שלנו כחברה שמשנתה, מתעכנת ותופסת ערכים חדשים.** אין משהו שברור שהוא זכות לקניין. אנו כחברה החלטנו שהבעלים יקבל זכות בעלות על משאב מסוים. כל ההכרעות הללו מתבצעות תוך שקילת ערכים שונים (חירות, עבודה, רווחה מצרפית, קהילה, אישיות וכו'). **על בסיס איזון בין הערכים השונים נכריע האם לתת זכות קניינית במשאב, באיזה משאב ואיך היא תיראה (גבולותיה והיקף ההגנה עליה).**
2. **כשהמחוקק מנסח מוסד קנייני חדש הוא מתווכח ערכית ומנסה לקבוע איזון בין ערכי הקניין השונים.** למשל: חוק שכירות הוגנת – הוויכוח בין חה"כ סתיו שפיר, שדגלה בערכי קהילה, לעומת השרה איילת שקד שדגלה בחירות הפרט של הבעלים.
3. **אין משמעות אחידה לזכות הקניין** יש לבדוק איזה איזון ערכי הזכות מבטאת.

II. הבעלות

1. המשטר הקנייני בישראל

- המצב במדינת ישראל היום הוא ש-7% מקרקעות המדינה הן בבעלות פרטית טהורה, בעוד 93% מקרקעות המדינה הן בבעלות המדינה עצמה ומוחכרות לדורות. המאסה הגדולה של קרקעות המדינה מוחזקת ע"י 3 גופים עיקריים: **(עמ' 24 למטה)**
1. **המדינה ע"י רשות מקרקעי ישראל** – היא שמנהלת כיום את כל קרקעות המדינה.
 2. **המדינה כרשות פיתוח** – מחזיקים בעיקר בקרקעות שהולאמו מאנשים פרטיים בתקופת הקמת המדינה.
 3. **קק"ל** – **גוף פרטי ולא מדיני.** היה אמון על רכישת קרקעות בישראל טרם הקמת המדינה. כיום, הבעלות על הקרקע בידי קק"ל את הניהול בידי המדינה. **קק"ל מאיימת תדיר להפסיק את השת"פ עם המדינה.**

המדינה מאפשרת לפרטים לעבד/להחזיק קרקע למרות שהיא שומרת את הבעלות ברשותה וזה בעזרת 2 מנגנונים עיקריים: (עמ' 25)

1. **במגזר העירוני – חכירה לדורות (חכירה ארוכת טווח)** – המדינה מאפשרת לפרטים זכות שכירות ארוכת טווח, זהו המצב של הרוב המוחלט של בעלי הדירות בישראל. גם בתום תקופה החכירה המנהל יחדש את חוזה החכירה ולא היה מצב של לקיחת הקרקע מהחוכר. בגלל שאין בישראל דרך לרכישת מקרקעין באמת, יש להתייחס למנגנון החכירה כקרוב לבעלות, אך עדיין מדובר במעין שכירות – **פס"ז לוסטיג. זוהי זכות קניינית חזקה מאוד.**
2. **במגזר החקלאי – רישיון במקרקעין** – מדובר בזכות אישית, חוזית, ולא קניינית. המדינה נותנת רישיון לאגודות שיתופיות (קיבוצים, יישובים וכו') לשימוש במקרקעין ליעוד חקלאי בלבד – ואין להם זכות קניין ביד אלא רק רישיון. המדינה יכולה להוציא את בעל הרשות מהמקרקעין היות והוא נתון לרצונותיה (למשל, המושבים רצו להקים קניון והמדינה אסרה עליהם כיוון שהקרקעות משויכות ליעוד חקלאי בלבד). בנוסף, לכך שאין מדובר בזכות קניינית, ההסכמים הללו נבחנים מידי 3 שנים – **לכן מדובר בזכות חלשה, כיוון שרישיון תמיד אפשר לבטל.**

4 ישנם מצבים בהם זכות הרישיון תגבר על זכות הבעלות, זאת לרוב יקרה במצב של השקעות והסתמכות גבוהה מצד המורשה.

למה חשוב למדינה לשמור על הבעלות? סיבה פוליטית – ישנו עניין לחשש לצרכי ביטחון וכן, חוסר רצון של המדינה לאפשר למי שאינו יהודי גישה ישירה למקרקעי ישראל – שמירת האום והשליטה למדינה.

שליטת המדינה במקרקעין (מאמר רחל אתרמן – "מי ימלא גבולות מקרקעי ישראל") (עמ' 25-27) **משטרים שונים**

אלתרמן מציגה **סקאלה** בין המצב **הקשה ביותר** בו המדינה מתערבת בצורה מקסימלית בשוק הקרקעות ולוקחת את המקרקעין, לבין המצב **הקל ביותר** שבו המדינה מאפשרת **שוק חופשי** בלי התערבות. היא טוענת שבאף מדינה אין התערבות בצורה המקסימלית, ובאף מדינה אין שוק חופשי מלא – כל מדינה ומדינה מצויה במקום מסוים על הסקאלה אך לא באף קיצון שלה.

1. **התערבות מרבית בשוק – הלאמה מלאה של הזכויות בקרקע** – המקרקעין כולו בבעלות המדינה.
 - א. **יתרונות: (1)** המדינה יכולה לעשות חלוקה של הזכויות בצורה יחסית שוויונית; **(2)** אין סכסוכים בין אנשים על קרקעות, ואין בעיה של "פעולה משותפת" (**הארדין**) – קושי לבצע פרויקטים שהקרקע מפוצלת **ס'13**). זה לא קורה באף מדינה מערבית.
 - ב. **חסרונות: (1)** בהלאמה מלאה יש ביטול של ערך **חירות** הבעלים; **(2)** במצב שבו יש למדינה בעלות מלאה, לאנשים הפרטיים יש פחות כוח (**נזיק**).
2. **הפקעה מסיבית** – הפקעות לא מבוקרות. המדינה יכולה להפקיע את הקרקע בכל מצב בלי תירוץ ולכל מטרה. כמעט לא קורה בעולם המערבי – שם החקיקה לא מאפשרת למדינה לעשות הפקעות מסיביות שלא תלויות בשום גורם.
 - א. **יתרון:** הפקעה כזאת מבטלת את כל הבעיות של "פעולה משותפת" והצורך להתחשב בבעלים אחרים.
 - ב. **חסרון:** סכנה כי המדינה תוכל לעשות מה שהיא רוצה.
3. **רכישה לצורך בנק קרקעות** – המדינה תוכל לקחת קרקעות ולשמור אותן אצלה למרות שהיא לא צריכה את אותן קרקעות למטרה מסוימת. בכך, נשארות קרקעות כרוזרות למדינה לביצוע פרויקטים במידה ויידרש (רכישת קרקעות עבור עתודה לידי המדינה). זה כן קורה בחלק מהמדינות.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)** – איחוד וחלוקה בארץ נעשית באופן תדיר – לקיחת כמה חלקות, איחודן לחלקה גדולה ואז פיצולם ליחידות שונות. אין עירייה שלא מבצעת את זה בצורה שותפת. הסיבה לכך היא שהרבה פעמים יש לנו קרקעות בבעלויות פרטיות ואנו רוצים להפריש חלק מהקרקע לשימושים מסוימים מדיניים (מצרפים את המדינה לבעלות). **אפשרויות:** (נהוג בישראל)
 - א. הפקעת הקרקע בתמורה ל**פיצוי כספי**. לא מועדף על העיריות עקב המחיר היקר של הפקעה רגילה.
 - ב. **איחוד וחלוקה** – גם הפקעה. המדינה לוקחת את כל החלקות, מאחדת אותן למגרש אחד גדול, ואז מחלקת אותו מחדש בצורה שונה. במקום לשלם כסף, העירייה נותנת לבעלים קרקע יותר מצומצמת עם ייעוד הרבה יותר רווחי. למעשה מאחדים את הקרקע ומפצלים אותה מחדש (זו פעולה שמתרחשת מיד).
5. **הפקעה נקודתית** – כשהמדינה צריכה להגשים צורך מסוים היא יכולה להפקיע קרקע.
6. **תכנון ציבורי** – משטר המגביל ע"י תכנון. מגבילים את יכולת הרחבת הבית/משנים את יעוד הקרקע וכו'... כולנו חיים בישראל תחת מערכות של תכנון בסופו של דבר – יש וועדות שמסדירות את הזכויות שלנו במקרקעין **מבלי להיות הבעלים של המקרקעין**. העירייה היא זו שמגבילה את יכולת השימוש שלי במקרקעין כמדיניות של תכנון.
7. **שוק חופשי ללא התערבות** – היד הנעלמה, כוחות השוק יפעלו מעצמם.

האם נכון לשמר את בעלות המדינה במקרקעין?

עפ"י אלטרמן, **יש לשמר מידה מסוימת של מעורבות ממשלתית בזכויות הקניין של הפרטים**, אולם אין זה אומר להעניק למדינה בעלות והלאמה מלאה של הקרקע. מספיק שניתן למדינה את הכלי של ההפקעה הנקודתית כדי להגשים מטרות ציבוריות חשובות בלי לפגוע בכל המקרקעין. **ככל שאנו יורדים במשטרים לעיל ניתן לראות כי ניתן לפגוע בזכויות בצורה הרבה יותר חלשה והרבה יותר לגיטימית מבחינת זכויות הקניין** – ואנו עדיין מצליחים להגשים חלק די נרחב ממטרותינו כמדינה **ורשות מקומית**. אנו צריכים לשמר מידה מסוימת של מעורבות ממשלתית בזכויות הקניין שלנו, אבל זה בכלל לא אומר שאנו צריכים לתת למדינה בעלות במקרקעין.

מדוע נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית/לאפשר הפקעות?

טעם כלכלי (כשלי שוק) – אם הבעלות מפוצלת וחזקה, המדינה לא תוכל לקדם מטרות ציבוריות (הקמת כבישים לדוג'). אם המדינה תצטרך לנהל מו"מ כל הזמן מול האזרחים נגיע לבעיה של טרגדיית המרעה המשותף. שיקולים נוספים הם: שמירה על משאבים לדורות הבאים, טיפול בהחצנות, שליטה בעיתוי הפיתוח ופערי מידע.

הצדקות חברתיות – יש לאפשר למדינה לתקן עוולות חברתיות מסוימות או לקדם אינטרסים/ערכים פוליטיים. לעיתים המדינה צריכה להתערב כדי למנוע מצבים שבהם תהיה התעלמות לחלוטין מהשכבות הנמוכות כי הם לא בעלי קניין (אינם בעלי נכסים). בישראל זה לא כל-כך קורה כי קשה לראות פעולות אמתיות לצמצום הפערים וקידום הערכים החברתיים שנעשים באמצעות קניין (אפשר היה לעשות את זה בפחות התערבות).

היערכות להתמודדות עם משברים – המדינה צריכה להיערך ולטפל במצבי משבר.

מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות – נפגע פחות בחלשים אם יהיה לנו אפשרות לקחת גם מהחזקים. זאת מכיוון שאם יש לנו חזקים וחלשים בחברה, והמדינה לא יכולה להתערב ורק צריכה לנהל מו"מ – אז המטרות יקודמו בד"כ בקרקעות החלשים, כי יש להם פחות יכולת לנהל מו"מ, פחות הבנה בנושא, ובסופו של דבר החלשים ייכנעו יותר. דווקא העובדה שאני מאפשר למדינה להתערב בצורה כפויה במקרקעין בעצם מאפשרת למדינה לא לקחת רק מהחלשים אלא גם מהחזקים.

למה לא לעשות הפרטה מלאה?

1. **אספקת צרכים בסיסיים לכל אזרח** – יש מוצרים בסיסיים שלכל אזרח צריכה להיות גישה בסיסית אליהם. לכן דיני הקניין מוציאים, למשל, את המחצבים שיש להם ערך לכולנו – הם לא נמצאים תחת ההגדרה של זכויות קנייניות פרטיות (**ס' 11 לחוק המקרקעין**).
2. **The Comedy of the Commons – קרול רוז** אומרת שהמדינה חייבת לשמר שטחים ומשאבים מסוימים בבעלות ציבורית כדי ליצור את המפגש וחברות בין בני אדם. אם נפריט הכל אנו לא נוכל להיכנס לחלקה אחד של השני, ולא יתאפשר לנו בעצם לפגוש את האחרים שחיים מסביבנו. לטענתה של קרול רוז זו פגיעה מאוד קשה בחברה, בהון החברתי וביכולת שלנו לתפקד כחברה – לכן צריך להשאיר קרקע מסוימת בידיים ציבוריות.

בישראל – מקרקעי ייעוד (עמ' 27)

מקרקעי ייעוד הם מקרקעי ציבור שאמורים להישאר לשימוש ותועלת הציבור (**ס' 107 לחוק המקרקעין**). מדובר בקרקעות שאנחנו לא רוצים לאפשר בהם בעלות פרטית, אלא לשמר עליהם פתוחים. הסיבות ל"מקרקעי ייעוד" הן הסיבות לעיל ל"למה לא לעשות הפרטה מלאה".

במקרקעי ייעוד לא יינתן תוקף לעסקה במקרקעין שטעונה רישום (בטאבו) אלא באישור השר/ממשלה (**ס' 111 לחוק המקרקעין**).

4 **איזה עסקה לא טעונה רישום?** שכירות קצרת מועד זה הדבר היחיד שלא צריך להירשם כדי להיות לזכות קניינית ולכן מותר להשכיר מקרקעי ייעוד בשכירות קצרת מועד.

4 ס' 107 לחוק המקרקעין מגדיר רשימה של מקרקעי ייעוד: (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 ייעוד לעניין פרק זה.

יש לנו מצבים שבחלק מהקרקעות הייעוד האלו הועברו זכויות קנייניות לידיים פרטיות, איך עושים את זה?

1. מדובר בשכירות קצרת טווח – משכירים לגורם הפרטי את קרקע הייעוד לפחות מ-5 שנים.
2. אנו מעבירים החלטת ממשלה שבאה ואומרת שאנו נעניק זכויות קנייניות לקרקע למרות שמדובר בקרקע ייעוד. הבסיס בהיתר של הממשלה – הוא לאפשר למדינה להתמודד עם מצבים בשוק – כמו למשוך את הסינים לבניית נמל בהבטחת זכות קניינית לתפעל ולהפעיל את הנמל.

שאלות בנוגע לחוק

1. למה רק מקרקעין? אם חשוב לנו שיהיו נכסים בידי המדינה – למה זה חל רק על מקרקעין ולא על מיטלטלין שחשובים לנו כחברה כדוג' תמונות?
2. למה דווקא היעודים האלה? למה לא להרחיב את זה להרבה מאוד דברים (למשל גם לעתיקות או לגנים לאומיים)?
- 4 ההסבר ההיסטורי הוא שמה ששותף למקרקעין הללו הוא שהם דרכי כניסה וגישה למדינה (נמלי ים, מסילות ברזל, נמלי תעופה). אלו נכסים שיכולים להשפיע על כניסה ויציאה מהמדינה וגם כלכלית ולכן אנו לא רוצים להפקיד אותם בידיים פרטיות.
3. אם אנו כבר באמת מגיעים למסקנה שהמקרקעין צריכים להישאר בידיים ציבוריות – למה יש את הסיפא שמאפשרת להפריט את המקרקעין?

כל שאלות אלו לא ברורות. הדבר הכי בעייתי – למה אנו כן מאפשרים בסוף להפריט?! על איזו ממשלה אנו בדיוק סומכים שתדע לשמור על המקרקעין האלה לשנים הבאות?

זכות הכניסה למקרקעין בישראל (עמ' 27-30)

איסור אפליה במגורים: יש פה קונפליקט בין ערכים שמתנגשים – מצד אחד זה הקניין שלי ואני יכול להחליט למי אני רוצה להשכיר/למכור, מצד שני יש לזה השלכות חברתיות ופוגעניות כלפי אנשים בחברה שלנו. הסיפור של זכות הכניסה למקרקעין בישראל – מדבר במופעים כפולים:

1. השכרה של דירות פרטיות – אין בישראל חוק שמסדיר מניעת אפליה. יש ניסיון להחיל את חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים על קבלנים/זממים/מכרזים.
- 4 בארה"ב: יש איסור אפליה בדיוור. חריג מרפי: אדם שיש לו 1-4 דירות במתחם יכולת להפלות (מעל לכך, אסור).
2. וועדות קבלה – בתחילה החוק אפשר לכל יישוב קהילתי לעשות וועדות קבלה, אך החוק תוקן ב-2010 וכעת רק קיבוצים ומושבים יכולים להמשיך בוועדות קבלה, לגבי יישובים קהילתיים – רק בנגב ובגליל אם יש להם פחות מ-400 בתי אב. פס"ד קעדאן – וועדת קבלה סירבה לקבל את קעדאן, והעליון קבע כי אין סיבה עקרונית למנוע מהם לגור ביישוב.
- אסור לוועדות אלו להפלות על בסיס דת, גזע, מין, גיל....
- מותר להן לפסול על בסיס אי התאמה לחיים קהילתיים (אורח חיים) – מדובר בהגדרה שלא אומרת כלום, ונותנת המון כוח לוועדות הקבלה לפסול את מי שהם רוצים.

4 ס' "עוקף קעדאן" – בס'7(ב) לחו"י: הלאום נקבע כי המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת או בני לאום אחר, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת ויכולה להשקיע משאבים לשם כך. לכן, כעת, על בהמ"ש לערוך איזון בין חו"י: כוה"ח לבין חו"י: הלאום בעת מניעת כניסה של אדם כלשהו ליישוב.

4 השובט גובראן בפס"ד סבח אמר כי יש צורך בהבנת המונח "קהילה" ובאילו קהילות נכון לאפשר הדרה ובאילו לא (המאפיינים שכלולים תחת "המרקם הקהילתי" ויכולים להוות סיבה לדחייה של כניסה ליישוב), אין זה נכון לסווג אילו קהילות יכולות לאפשר הדרה של אנשים ואיזה לא כי יש קהילות מסוימות שאם לא נאפשר להן להדיר אנשים – הן יחדלו מלהתקיים.

למה מדינה ליברלית בכלל צריכה לתת לגיטימציה ליישוב להגבלת כניסה של אנשים? (עמ' 29)

תפישות פלורליסטיות (ריבוי ומגוון דעות) –

- חנוך דגן – פלורליזם מבני: יש לאפשר האוטונומיה של הפרט, לאפשר מגוון מוסדות קנייניים, כל אדם בעל תפישת עולם יגיע למוסד הראוי בעיניו (לדוג': ליברטריאני יגור בעיר). בהתנגשות בין הפלורליזם לאוטונומיה של הפרט, האינדיבידואל יזכה בבכורה.
- אליזבת אנדרסון – פלורליזם מהותי: מדינה חייבת להכיר בשונות בין בני אדם מתוך הבנה שאנו חווים את החיים בצורה שונה. עליה להקים מוסדות שונים שכל אחד יוכל לממש בהם את מה שטוב בעיניו ולא רק הטוב בעיני הרוב (מסכימה עם דגן למעט עליונות הפרט).

מאמר שי שטרן – כניסה, משטר ויציאה – איזה יישוב צריך לעשות וועדות קבלה ולאיה יישוב לא ניתן לעשות וועדות קבלה? המדינה הליברלית לא אמורה להתערב בתפישת הטוב שלנו, אלא לאפשר לאנשים לממש אותה, ולחיות את חייו כפי שהוא רוצה – גם אם זה מצריך השקעת משאבים. עליה לאפשר פלורליזם. אם אדם יכול לממש את תפישת הטוב שלו – יש לאפשר לו לעשות זאת; אם לא – נסייע (למשל: דתי בעיר חילונית). (דוג' לתפיסות טוב – צמחונות, דת, אקולוגיה, תפישה כלכלית של צדק חלוקתי).

קווים מנחים לקהילה שצריכה את מנגנוני ההדרה (וועדות קבלה):

1. האם יש לקהילה תפישת טוב משותפת/"מרקם קהילתי ייחודי"?
 2. האם ישנו צורך בשיתוף פעולה כדי לממש את תפישת הטוב?
- ישנם 4 מצבים של שיתוף פעולה (ככל שאנו נדרשים לשיתוף פעולה חזק יותר אז הסיכויים שנתיר לאותו יישוב לבצע סינון גבוהים יותר) בסדר עולה:
- תפישת טוב שלא מצריכה שיתוף פעולה.
 - שיתוף פעולה מסייע.
 - שיתוף פעולה מוסיף ערך.

- שיתוף פעולה מכוון (רק באמצעות שיתוף פעולה עם אחרים אפשר לממש את תפיסת הטוב).
3. מה ההשלכה של מניעת הדרה על הקהילה?
4. מהו חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה? ככל שהקהילה יותר חזקה אנו ניתן לה פחות הגנה משפטית – כי יש להם יותר השפעה והיא יכולה לדאוג לעצמה.

לפי הקריטריונים הללו אנו נבחן איזה מנגנון סינון לתת לאותה קהילה, ולקהילה שבאמת צריכה אנחנו ניתן מנגנוני סינון גבוהים, ולקהילה שפחות צריכה אנו נגביל אותם יותר במנגנוני הסינון.

ז. דיני נטילה שלטונית (עמ' 49-30)

- 4 הנטילה השלטונית מתייחסת ל-2 נושאים: הפקעות וגריעות תכנוניות.
- 4 חו"י: כוה"ח קובע בס"ח כי אין פוגעים בקניינו של אדם וס"ח 8 מפרט באילו תנאים מותר לעשות זאת (פסקת ההגבלה) – מידתיות.
- 4 ההגדרה של נטילה שלטונית מחולקת ל-3 חלקים: (1) רכישה כפויה של מקרקעין; (2) לשם הגשמתו של צורך ציבורי; (3) תמורת פיצוי לבעל המקרקעין.

(1) רכישה כפויה של מקרקעין (עמ' 31-30)

ציונאלים של רכישה כפויה של מקרקעין – הצדקות לכוח המדינה להפקיע מקרקעין:

1. שימור הכוח – המדינה/החברה/הריבון היא שמעניקה את הכוח/המקרקעין מלכתחילה. גם במשטר קניין פרטי טהור לחלוטין (בשונה מישראל), למדינה יש זכות ראשונית בקרקע – לכן כשהמדינה רוצה את הקרקע לצורך ציבורי, היא יכולה לבטל את הבעלות מסדר שני (החכירה בישראל לצורך העניין) ולהחזירה לידי הריבון.
2. Police Power – דוקטרינה הנהוגה בעיקר בארה"ב, לפיה למדינה הוקמה כדי למלא תפקידים מסוימים (למשל: ביטחון, סדר ציבורי), ולכן יש לה כוחות מסוימים שמותר לה להפעיל והפעלתם היא חלק מכך שאנו חיים במדינה. עבור תפקידי המובנים של המדינה היא זכאית להפקיע/לפגוע במקרקעין. זהו חלק מכוחה האינהרנטי של המדינה (למשל: מיסוי, הפקעה), ולכן המדינה לא צריכה לפצות. כאן יש מגבלה על המקרים בהם מותר להפקיע (רק במקרים מסוימים – לשם מילוי תפקידים מסוימים).
3. הסכמה ראשונית – כשאנחנו הצבענו לממשלה אנחנו נתנו הסכמה לנטילת זכויות.

הבנו מהיכן הכוח של המדינה נובע על מנת להפקיע קרקע. אך מדוע להשתמש בכפייה/כוח ולא במשא ומתן כדי להתערב בקניין הפרטי?

1. כשלי שוק – "בעיית הסחטן" – האדם תמיד ישאף למקסם אינטרס אישי. כשהמדינה תרצה להקים מוסד ציבורי לטובת כלל הציבור (דוג': כביש/בי"ח), יש חשש האדם יראה את האינטרס האישי שלו, יראה במדינה כיש עמוק ויבין שהקרקע שלו נחוצה מאוד לפרויקט מסוים וינסה לסחוט כסף מהמדינה. כך כולנו נפסיד. זו ההצדקה העיקרית להפקעות.
2. צדק חלוקתי – יש לאפשר לאוכלוסייה הכללית ליהנות מהמשאבים הציבוריים או כדי להתמודד עם מטרות חברתיות ולכן אנו עשויים להידרש להפקעת הקרקע (דוג': עשיר שמונע גישה לים כי השביל אליו עובר בשטחו). בעיות: (1) יכול ליצור תמריץ שלילי לאנשים לקנות קרקע פרטית; (2) עלול לערער את הקונספט של קניין פרטי לחלוטין.
3. כוח שלטוני קלאסי – כדי לאפשר למדינה למלא חובותיה כלפי האזרחים אנו מאפשרים לה להפקיע קרקעות, מאחר ואין אינטרס לפרט לוותר על המקרקעין שלו לצרכים ציבוריים.

(2) לשם הגשמתו של צורך ציבורי (עמ' 31-30)

4 ס"ב לפק' הקרקעות מגדיר מהו צורך ציבורי: מונה רשימה, וכן כל מה ששר האוצר מחליט.

פס"ד סוזט קילון (אמריקאי) – הופקע שטח ביתה, בנוסף לקרקעות נוספים, ע"י העירייה, לצורך בניית מפעל פרטי. סוזט טענה כי אין להפקיע קרקע שאינה לשימוש ציבורי. הכרעת בהמ"ש: 4 שופטים – בסופו של דבר הקרקע תגיע לידיים פרטיות ולכן לא מדובר בצורך ציבורי גם אם כלל הציבור ייהנה מהפעילות של החברה ברמה מסוימת. 5 שופטים – מדובר בצורך ציבורי (יצירת מקומות עבודה חדשים); אין צורך שהקרקע עצמה תהיה לצורך ציבורי, די בכך שהקרקע/הערכת הקרקע תשרת את הציבור בצורה כזו או אחרת. עפ"י פס"ד זה – למדינות/עיריות מותר להפקיע קרקע לטובת פיתוח כלכלי כאשר הקרקע מסיימת את רכה בידיים פרטיות אחרות. (שמרנים, ליברטריאנים, לא אהבו פסיקה זו).

4 עפ"י ס"ב לחו"י: כוה"ח אין פוגעים בקניינו של אדם, עפ"י ס"ח לחו"י: כוה"ח על מנת לפגוע בזכותו הקניינית של אדם יש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה – כלומר, האם ההפקעה מידתית? ישנם מבחנים מהפסיקה – בצ"ק ליסט בעמ' 5-6.

(3) הזכות לפיצוי בעבור ההפקעה (עמ' 31-30)

מהו פיצוי צודק? (עמ' 35-36)

החוק לא אומר שהפיצוי צריך להיות צודק (למעט בחוק הספציפי של תכנית ההתנתקות), אך בתי המשפט לוקחים את הפיצוי לכיוון של פיצוי צודק. מה ייחשב פיצוי צודק?

התפיסות העקרוניות של צדק:

1. צדק מתקן – זו התפישה הנהוגה בישראל. פיצוי מהמזיק לניזוק בגובה הנזק. החזרת המצב לקדמותו – העמדת הבעלים במצב הכספי שהיה לפני ההפקעה.
 2. צדק חלוקתי – יש לחשוב איך ניתן להגיע לחלוקה הוגנת של העושר, עוד לפני שקרה מקרה ספציפי של חוסר צדק – צדק לכתחילה. הפיצוי ישקף משהו אחר מהשווי הכלכלי ההכרחי של המקרקעין. לאדם עשיר שיש לו הרבה קרקעות לא בהכרח שניתן פיצוי מלא, ולאדם עני לא בהכרח שנסתפק רק בפיצוי מלא (אלא ניתן לו עוד).
- 4 יש טענה כי נכון להשתמש בהפקעות משום שכך המדינה היא הפוגעת.
- 4 כאמור, ישנה מחלוקת/ביקורת על החלת צדק חלוקתי במשפט הפרטי: קפלוב ושביל טוענים כי תפיסת הצדק החלוקתי לא יכולה להיות התפישה לפיה ננהל את המשפט הפרטי מכיוון שזה עשוי להוביל לעיוות גדול מאוד של הדין הפרטי. סיבות:

- הצדק החלוקתי מטיל אחריות על הפרט לשפר את מצבו החברתי של החלש, אך זה עשוי ליצר תמריץ שלילי בחברה. בנוסף, אין זה צודק להטיל את האחריות לכך על הפרט אלא נכון כי הדבר יהיה באחריות המדינה/החברה כולה.
- אין לנו תפישה רחבה הכוללת את כל החברה, מערכת הקניין היא מערכת פרטית ובסופו של יום כל סכסוך קנייני ידבר על האנשים שנמצאים בשכבה החזקה בחברה (בעלי הקניין), ולא ניתן לזהות את החלש באמת. לא בהכרח שהגורמים הסוציאליים בתאונה הם אלו שנרצה להחיל עליהם את הצדק החלוקתי.
- 4 לדידם, נכון להחיל את תפישת הצדק החלוקתי על מערכות דינים שחלות על כל החברה בכללותה, בניגוד למשפט הפרטי שחל על אינטראקציות בין פרטים – אז נוכל לראות מי החזקים ומי החלשים ולקבוע איזון אמיתי ושווה (מיסוי, רווחה).
- 4 בדיני הפקעה ישנה התנגשות של רשויות מקומיות וציבוריות עם הפרט, לכן פחות חשוב לחייב את הרשות לשקול מראש שיקולים של צדק חלוקתי, כיוון שאלו צריכות לדאוג לשוויון בחברה. **אולם**, הרבה פעמים ההפקעות הן דבר נקודתי שחל על גורם מסוים בחברה ולא על החברה בשלמותה ולכן זה לא לגמרי מקדם צדק חלוקתי ברמה הכללית.
- ← צדק מתקן וצדק חלוקתי הן 2 תפישות מתנגשות ולכן לא ניתן להחילן במקביל.
- 3. **צדק הליכי** – הליך ראוי. לתת לאדם תחושה שההליך מוסדר (שקיפות, הפעלת שיקוי"ד, זכות טיעון וכו'..). ולא מוכרע מראש (לדוג': לפני שמפטרים מישהו עושים לו שימוע, כדי לא לתת לו תחושה שכבר החליטו לפטר אותו). בהפקעות, ישנה **חובת שימוע (ס' 5 לפקודת הקרקעות)** – כל בעלים שמקבל צו הפקעה מוזמן לשימוע בפני הוועדה המייעצת (לשימוע את הסיבות להפקעה ולתת לו גם להתנגד לכך). תפישה זו כמעט מתעלמת מהתוצאה, ומבינה כי ההליך חשוב משום שאם יבוצע לא נכון – הוא עשוי לגרום סעדים נוספים. **המרצה** תומך.
- 4. **צדק מאחה** – מסתכל גם על ההליך וגם על התוצאה. יצירת הליך שנותן ביטוי לכל הצדדים, וכן מאפשר להתייחס פרטנית לגורם שעומד מולנו, ולא קובע מראש כללים שחלים באופן גורף על כולם. ובעניין הפיזיו, אנחנו נראה שלפי צדק מאחה אנחנו נצטרך לתת פיזיו יותר ספציפי מאשר איזשהו סטנדרט כללי – נראה הכנסה של סעדים נוספים חוץ מכסף (לדוג' פיזיו בעין-קרקע חלופית) כדי להכניס חזרה את האדם לקהילה, איחוי של הפגיעה בגורמים השונים. נותן מענה גם לקהילה, לנפגע ולפוגע (בד"כ נהוג בפלילי).

מה קורה בארה"ב עם הפיזיו? (עמ' 37)

תפישה של צדק מתקן. הפיזיו מוגדר בחוקה האמריקאית – והוא מוגדר **כפיזיו הוגן/ צודק**. זה פורש על ידי ביהמ"ש העליון האמריקאי כפיזיו על פי **מחיר השוק** – שום דבר מעבר ושום דבר פחות.

האם פיזיו לפי מחיר השוק מבסס צדק? (עמ' 37)

1. **אובדן ערכים סובייקטיביים** – יתכן שהאדם מעריך את שווי הנכס מבחינה סובייקטיבית כגבוה ממחיר השוק (לדוג': מיקומו ליד הוריו, בית עם מעלית מוריד ערך נכס מבחינה שוקית אבל מעלה את ערכו בעיני אדם עם מוגבלות). אלו דברים שלא מתומחרים במחיר השוק בגלל שהם סובייקטיביים. ולכן כאשר מפיקעים לי את הבית, **אני מאבד לא רק את הנכס הפיזי אלא גם את הקרבה והערכים הסובייקטיביים והסנטימנטליים שאני מייחס לנכס**.

4 **Brian Lee** טוען כי לא צריך לשלם עבור ערכים סובייקטיביים של אנשים, מכמה טעמים:

1. ערכים סובייקטיביים שקשורים לסנטימנטליות מתפזרים בחברה – ולכן מלכתחילה זה מתומחר במחיר השוק.
2. קשיי הערכה – טיעון החתונה – אנחנו כאזרחים לא צריכים לממן את השטיקים שיש לכל אחד בראש.
3. קשה לביהמ"ש להעריך מהו השווי של הערך – זוהי הסיבה של ביהמ"ש העליון האמריקאי שאין דרך להעריך ערכים סובייקטיביים ולכן מפצים במחיר השוק.
- אולם ישנו ראש נזק אחד שלפי בריאן לי אנחנו כן נפצה מעל מחיר השוק – **פגיעה באוטונומיה. בישראל, פקודת הקרקעות** אומרת במפורש שאסור לתת פיזיו עבור הפגיעה באוטונומיה כיוון שנטילה שלטונית היא רכישה כפויה ואנו צריכים לשמור על המצב הזה שבו הכפייה לא בת פיזיו/חלק מהפיזיו.

4 **בעיות בהתייחסות לערכים סובייקטיביים: (מתוך פסיקה)**

- עלויות הערכת הפיזיו גבוהות.
- פיזיו יתר: יש בעיה בכימות השווי הסובייקטיבי, יש צורך בסובייקטיביות וזה עלול להוביל לפיזיו יתר/חסר.
- בעיית הגזמה: ללא מגבלה, סביר שהאדם (כממקסם אינטרס אישי), יעריך באופן מופרז את ערך את ביתו. יכולתנו לברר ערכים סובייקטיביים אפסית, לביהמ"ש אין יכולת לכמת ערכים/חוויות סובייקטיביות ולכן נסוגים למחיר השוק שמהווה ערך אובייקטיבי שאנו משתמשים בו בליט ברירה.

4 **פתרון לבעיה של הערכת ערך סובייקטיבי (מאמר על שוק הנדל"ן האמריקאי - פרחומבסקי ובל):**

הציעו מנגנון הערכה שאומר שאדם צריך "לעמוד במילתו" (ההצעה היא ביחס לארה"ב). כלומר, אם רוצים להפקיע בית בשווי 2 מיליון, והנפקע אומר שיש לו ערך סנטימנטלי ולכן הוא שווה 3.5 מיליון. לרשות יש שתי אפשרויות, או שהיא מסכימה, או שהיא נסוגה מההפקעה. אם היא נסוגה, הבעלים כבול לשווי שהוא נקב. **למה זה משנה? משנה לשני דברים: (1) בארה"ב משלמים כל חודש מס מקרקעין ביחס לשווי הנכס וכעת הבעלים יצטרך לשלם מס בהתאם לסכום בו הוא נקב; (2) כשהאדם ירצה למכור את הנכס, הוא יהיה מחויב למחיר שהוא נתן. כלומר, הוא יהיה חייב למכור את הנכס ב-3.5, ואם מכר בפחות, יצטרך לשלם את ההפרש למס.**

← **לפי תפישה זו אין מימוש לצדק מתקן, כיוון שלא מפצים את הניזוק בשיעור בו הוא מרגיש שהוא נפגע.** ככלל גישות של צדק מתקן אומרות להתעלם מערכים סובייקטיביים.

2. **כשלי השוק המדומיין** – בחלק מהמקרים/נסיבות (שכונות ישנות ואתרי שיקום) – **גם אם הבעלים יקבלו את 'מחיר השוק' המלא של הנכס, הם בעצם לא יוכלו לעשות איתו שום דבר** – לדוג': שכונות מצוקה שהדירות שם ישנות, אלו דירות שלא שוות כלום, וגם אם הבעלים יקבלו את 'מחיר השוק' המלא על הדירות הללו, הפיזיו לא יאפשר להם למצוא דירה אחרת במחיר שיש להם ביד והם ישארו חברי בית. **הדין האמריקאי לא מתייחס לבעיה הזו ומבחינתו יש לתת פיזיו רק לפי מחיר השוק.**

הדין הישראלי מתייחס לתופעה הזו ולשם כך ישנם 2 מגוונים:

4 **בישראל** – המצב שונה לגמרי, 2 מנגוונים: (מבטאים תפיסת צדק מאחה)

- **חוק שיקום שכונות** – אוסר על הפקעה של נכס בשכונת מצוקה/שיקום, אלא אם נמצא מקום דיור חלופי לאדם. והדיור הזה לא בשכונת מצוקה אחרת.

- **פינוי בינוי** – רגולציה המונעת שימוש בכלי הפקעה לשם שיקום שכונות ישנות. הרגולציה מתמרת קבלנים ויזמים פרטים לשקם שכונות ישנות ולהחזיר את הדירות לבעלים (לא הפקעה). גם אם יאלצו לעקור למיקום אחר – יש להם דירה בשווי גבוה יותר והם יוכלו למצוא דירה במקום אחר.

3. **הדרת ערכים כלכליים** – **הדין האמריקאי** קובע בבירור כי הפיצוי ינתן בעבור מחיר השוק בלבד, ללא התחשבות בערכים שוקיים/כלכליים שמתלווים להפקעה של מקרקעין אבל הם לא מבוטאים ב'מחיר השוק' של הקרקע – **כמו מוניטין** של העסק בהקשר למיקומו, **מיקום מיוחד** שבו היה העסק, **הוצאות נלוות** להפקעה (כמו עו"ד, תיווך, שמאי).
- ⌘ הערה: קליפורניה נותנת פיצוי על אובדן מוניטין (דוג': בהעברת מקום עסק – מקבלים את שווי המקרקעין במקום בו מוקם כמו מוסך בכניסה לאזור עסקים).
- ⌘ במרבית המדינות בארה"ב: מקבלים סיוע על העברה בסך 20,000 ₪.

← **המרה** חושב שצריך לתת פיצויים על 3 הדברים הללו – אובדן ערכים סובייקטיביים, כשלי השוק ה"מדומיין", והדרת ערכים כלכליים.

מהן הסיבות שאנחנו משלמים פיצוי לאדם שהופקעה ממנו הקרקע?

1. **הגינות** – אנחנו רוצים להשיג תוצאה צודקת. אנחנו לא רוצים שאדם אחד יישא בנטל של הפרויקט הציבורי, ולכן אנו רוצים שכל החברה תשתתף בכך שנשלם לאותו אדם פיצוי. אם כן- הפיצוי נדרש מטעמי הגינות- השוואה של נטלים.
2. **יעילות** – אנחנו מפחדים שאם רשויות לא יצטרכו לשלם פיצוי- זה יגרום לרשויות ליפול לאשליה **פיסקלית** – כלומר, כאשר רשויות לא מפנימות את כל העלויות של הצעדים שלהן (כמו עלות הקרקע שכביכול הגיעה להם בחינם) זה יגרום להן להפקיע יותר קרקעות. ואם לא נחייב פיצויים – הרשויות יפלו לאשליה פיסקלית.

אנו יודעים שניתן להפחית פיצויים. **הפחתה של 25% משווי המגרש – איך זה מסתדר עם יעילות והגינות?**

1. 25% זה יחסית **נטל סביר** ולכן משוואת ההוגנות שלנו וחלוקת הנטלים לא מופרת בצורה גסה.
2. גם 25% משווי הקרקע זה מספיק בשביל לגרום לרשויות **לשמור על יעילותן** והן לא ירוצו לבצע הפקעות.

⌘ **ההבדלים בין הפקעה דרך חוק התכנון והבניה לבין פקודת הקרקעות** – מדוע רשויות ממשלתיות לא יעדיפו ללכת במסלול חוק התכנון והבניה – על אף שניתן להפקיע דרך מסלול זה עד 40% מהקרקע ללא פיצוי?

1. **דרך חוק התכנון והבניה** – ברגע שהקרקע שרוצים להפקיע מעורבת עם מספר רשויות מקומיות יש צורך לקבל אישור מכל רשות, וזה הליך מסורבל. **דרך פקודת הקרקעות** – ניתן לעשות זאת באמצעות שר האוצר והוא יכול להפקיע בכל צורה שירצה.
2. **דרך חוק התכנון והבניה** – יש צורך לתת מתן זכות התנגדות **לכל גורם** שרואה עצמו נפגע מההליך (גם אם הוא לא ישיר) וזה דורש **המון זמן**. **דרך פקודת הקרקעות** – ישנה זכות שימוע רק לגורם הנפגע, וזה הליך מקוצר יותר.
3. **בהפקעות ע"פ חוק התכנון והבניה – סעיף 197** העוסק בגריעות תכנוניות – מאפשר לבעל המקרקעין בשלב **אישור התוכנית** (השלב הראשון) לרוץ ולתבוע פיצוי על פי **ס' 197** על הפגיעה שנגרמה לו, והוא **יכול לקבל פיצוי עד 90% מגובה הקרקע!** וההפחתה של ה-40% תהיה רק מה-10% הנותרים.

○ הפקעה מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור):

- ההפקעה היא דרך שר האוצר.
- הפקודה מגדירה כ"צורך" גם את כל הכלול בחוק התכנון והבניה ומכאן **שהפקודה רחבה יותר**. רשימת התכליות **בס' 2 לפקודה**
- **סמכות שר האוצר**- להפקיע בכל צורה שרוצה. **ס' 3 לפקודת הקרקעות**
- **החובות המקדמיות של שר האוצר**:
 - חקירה מוקדמת לגבי הצורך – **ס' 4 לפקודה**.
 - פרסום על הקרקע/בסמוך לה ולשלוח את זה לכל בעלי הקרקע הרשומים – **ס' 5 לפקודה**.
 - לאפשר "זמן סביר" לטענות כנגד ההפקעה - **ס' 5A לפקודה**.

○ הפקעה מכוח חוק תכנון ובניה:

- רשימה צרה יותר של אפשרויות להפקיע.
- הרשויות יכולות להפקיע באופן עצמאי ללא אישורו של שר האוצר.
- **בפועל**- רק וועדה מקומית מפקיעה מכוח חוק זה.
- רשימת התכליות שלצרכן מותר להפקיע- **ס' 188 לחוק תכנון ובניה**.
- **מי יכול להפקיע מכוח חוק זה**, ומה **התנאים להפקעה**- **ס' 189 לחוק התכנון והבניה**.

כל האמור לעיל מבסס את הקביעה **מדוע רשויות אינן מבצעות הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה**.

פיצוי על אובדן הקהילה – החוק ליישום תכנית ההתנתקות

- **חוק יישום תכנית ההתנתקות** – ניתן: (1) פיצוי על אובדן הקהילה (גודל הפיצוי תלוי בוותק); (2) אפשרות להעתקה קהילתית (זהו פיצוי על אובדן הקשרים בקהילה).
- **בפועל**: ישוב חזק (גני טל בהתנתקות) מסוגל לתבוע את זכויותיו הפוליטיות וחלש פחות.
- **ביקורת על החוק**: השימוש בחוק נעשה בצורה שלא ממש משקפת את אובדן הקהילה. המחוקק ניסה להתייחס לעובדה שמדובר בקהילות מגורים שנעקרות, אך מצד שני לא ידעו בדיוק איך להתמודד עם המוסד הכללי של קהילה. הרציונל לניתנת פיצויים עבור קהילה הוא צדק מתקן – השבת המצב לקדמותו. אבל התוצאות של יישום החוק היה שרק מעט מאוד קהילות הצליחו לעבור כקהילות שלמות.

התנאים/הצדקה לנתינת פיצוי לקהילה – שי שטרן – נבדוק (תנאים מצטברים): (סיכום תיאורטי – עמ' 9)

- האם לקהילה יש תפישת טוב משותפת? יש עדיפות לנתינת פיצוי לישובים שבהם הקהילה אדוקה ומגובשת, בעלי תפישת טוב משותפת ומשמעותית. לא חייבת להיות תרבותית/אתנית/דתית. יכולה להיות גם כלכלית (דוג': קיבוץ, שיתוף).
- עד כמה בקהילה זקוקה לבדלנות גאוגרפית כדי לתפקד כראוי? נסתכל על תפקיד שת"פ במימוש תפישת הטוב. ככל שהשת"פ הכרחי יותר, כך ניטה יותר לתת פיצוי על אובדן הקהילה. עמ' 30

נאפשר פיצוי >>> שת"פ מכונן (קיבוץ) – שת"פ מוסיף ערך (יישוב דתי/קהילה אקולוגית) – שת"פ מסייע (תפישת טוב שניתן לממש בעצמנו) – תפישות טוב שלא מצריכות שת"פ עם אחרים (דוג': ארסוף) <<< נשלול פיצוי.

4. מה ההשלכה של ההפקעה על הקהילה?

- Isolated** – הפקעת קרקע לאדם אחד או אנשים בודדים שלא פוגעים בקהילה ולא הגיוני לפצות את כלל אנשי הקהילה עבור הפקעה כזו.
- Tipping** – מצב ביניים. מפיקים חלק משמעותי מהקהילה, אך לא את כולה ולא את רובה, ההפקעה מהווה סכנה להריסת הקהילה. אז נפגעים האנשים שהקרקע שלהם הופקעה, והקהילה שאיבדה חלק משמעותי מחבריה. יש לבדוק מה יקרה לקהילה מנק' זו ואילך.
- Clearing** – הפקעת כלל הקרקע והריסת הקהילה מהיסוד, גם היחידים וגם הקהילה בכללותה נפגעים. במקרה עזה המחוקק מציע סעד של "העתקת הקהילה" (אם לא ירצו – אז פיצוי כספי).
- מהו חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה? ככל שהחוסן של הקהילה גדול יותר, החובה של המדינה להגן על הקהילה נמוך יותר כיוון שסביר שהיא תצליח לדאוג לעצמה (כי למדינה משאבים מוגבלים). אולם, ככל שהקהילה חלשה יותר ולא יכולה לדאוג לעצמה, חובת המדינה כלפיה גדלה.

חששות, מנגנוני ההגנה ויחסי גומלין – עקרונות היסוד של נטילה שלטונית (עמ' 44-45)

באופן עקרוני, דיני הנטילה השלטונית של מקרקעין מקימה 3 חששות עיקריים:

- 1. חשש מהשחתת הכוח השלטוני** – זהו חשש שהמדינה תעשה שימוש לא ראוי בכוח שלה לנטילה שלטונית. זה רלוונטי לכל כוח שמצוי בידי המדינה. השימוש לרעה יכול להיות של המדינה/הפקידים/הממשלה וכו'. השימוש לרעה יכול להיות גם העברה של הקרקע מהחלשים לחזקים, או למשל שימוש בהפקעה כשלא ניתן להגיע להסכמה עם הבעלים.
 - מנגנון ההגנה – הליך הוגן.
- 2. חשש מהיעדר הוגנות של הנטל** – חשש שהמדינה/רשות מקומית יפקיעו קרקעות של גורמים חלשים בחברה, או לחילופין יפילו את כל הנטל של השירותים הציבוריים בחברה על כתפיהם של הבעלים הפרטיים. זוהי מחשבה בעייתית כי מצד אחד צריך לאפשר צרכים ושירותים ציבוריים, אך מצד שני – אין שום סיבה שאדם פרטי יישא בעלויות הללו וכל כתפיו יוטל כל הצורך הציבורי.
 - מנגנון הגנה – צורך ציבורי "הגבלת מסגרת".
- 3. חשש מפני אי יעילות** – "אשליה פיסקלית". חוששים מבעיה תקציבית – לפעמים הרשויות לא לוקחות בחשבון את כל העלויות ואז ההפקעה לא תהיה יעילה. עלות תעלה על תועלת.
 - מנגנון הגנה – פיצוי.

אלו העקרונות/המנגנונים שצריכים להתקיים כדי שנאמר שהנטילה מוצדקת ומידתית:

- הליך הוגן** – הקפדה על הליך כמו: זכות עמידה, שקיפות, טוהר מידות, לוחות זמנים, התייעצות עם מומחים, הוגנות וכו' תגרום לכך שההליך יהיה חשוף לציבור וכך יקשה על רשויות השלטון לפעול באופן לא ראוי. כלומר, כך נגן על טוהר השלטון. הקפדה על ההליך ההוגן מאפשרת לבעלים להגיע לרשות ולומר מה הערך האמיתי של הקרקע וכך הרשות מפנימה את מלוא העלות של הפרויקט ולא נופלת ל"אשליה פיסקלית".
- צורך ציבורי** – נועד למנוע מצב בו מתאפשר להעביר קרקע מאדם פרטי אחד לאדם פרטי אחר ללא הצדקה של צורך ציבורי כלשהו. הצורך הציבורי נועד בעיקר להבהיר שמוצדק לבצע הפקעה שלטונית רק כשיש צורך ציבורי ורק אז יש חובה של האדם כלפי הקהילה שלו. כשמדובר בגורם פרטי אחר – אין מחויבות של האדם לאותו גורם פרטי. הצורך הציבורי מבהיר מתי לגיטימי להטיל נטל על האדם לטובת החברה. כך אנו מגנים גם על טוהר השלטון ולא רק על ההוגנות – מגבילים את השלטון ומאפשרים לו להפקיע רק כשמדובר בצורך ציבורי. כך גם דואגים ליעילות – הפקעה לצורכי ציבור ולטובתו תשיא את הרווחה המצרפית, הפקעה מאחד לטובת גורם פרטי אחר אינה יעילה.
- מנגנון הפיצוי** – החובה לתת פיצוי תוביל את הרשויות להערכת של העלות תועלת האמיתית. בנוסף, הפיצוי משרת גם את ההוגנות, בצורה זו הנטל לא מוטל רק על אדם אחד בחברה אלא מתחלק על כולה. הפיצוי מגן גם על טוהר השלטון כי הוא יוצר בפניו חסם בפני התנהגות לא ראויה, זה יכול להרתיע אותו מלהפקיע מהחלשים ולהעביר לעניים.

ביקורת על הקפדה רבה מידי על קיום המנגנונים: (עמ' 46-47)

זכות הקניין מוגדרת כזכות חשובה (מאפשרת לאדם לפעול בעולם), אבל אמרנו גם יש לאפשר למדינה לפעול ולהפקיע קרקעות כדי לדאוג לצרכים של החברה. הקפדת יתר על המנגנונים הללו עלולה לגרום לכך שלא ניתן יהיה לבצע הפקעות.

במציאות:

משמעותם של הליך הוגן, צורך ציבורי ופיצוי (מנגנוני ההגנה) אינה אחידה. בהרבה מדינות חלק מההליכים של ההליך ההוגן לא אומצו (לדוג': שימוע, מיצוי הליכים וכו'). גם לגבי הצורך הציבורי, יש צורך ציבורי ברף גבוה (ביטחון, רפואה, מצבי חירום) ויש צורך ציבורי נמוך יותר שיש בו תועלת ציבורית לדוגמה אבל ניתן להפקיע גם לצורך העברה ליום פרטי (קילו ואתא נ' שוורץ).

מסקנה: בגלל ש-3 המנגנונים הללו (צורך ציבורי, הליך הוגן, פיצוי) נותנים מענה לכל אחת מהחששות (הוגנות, טוהר השלטון, יעילות) ניתן להתפשר על ההגנה באחד המנגנונים כי העמידה במנגנון אחר מפחיתה את החשש לפגיעה.

בישראל:

ניתן להפחית פיצוי, עקרונית מכניס רשויות לאשליה פיסקלית כי הן לא מפנימות את מלוא עלות הפרויקט. ואז יש לנו חשש שגם פרויקטים לא יעילים יצאו לפועל. אז לפי התיאוריה שדנו בה, יש להסתמך על הצורך הציבורי וההליך ההוגן ועל כך שהם ידאגו גם ליעילות. דוגמה: הקפדה על ההליך ההוגן מאפשרת לבעלים להגיע לרשות ולומר מה הערך האמיתי של הקרקע וכך הרשות מפנימה את מלוא העלות של הפרויקט ולא נופלת ל"אשליה פיסקלית".

שטרן – התנאים להתפשרות/ויתור על אחד המנגנונים – (עמ' 46)

- 1. אי אפשר להתפשר לחלוטין על מנגנון הגנה כלשהו** – לדוג': לא ניתן להפקיע קרקע לצורך פרטי לחלוטין, מכיוון שגם אם נקפיד על הליך הוגן ופיצוי יוטל נטל לא הוגן על אדם שלא מחויב בכלום לאדם אחר.
- 2. אם מתפשרים ההקפדה על 2 המנגנונים האחרים צריכה להיות ברמה גבוהה** – דוג': בהפחתת הפיצוי אנו לא יכולים לאפשר גם צורך ציבורי חלקי. במקרה כזה לא נראה בהפקעה כלגיטימית או מידתית. אנו נאפשר הפחתה כי זה אומר שהרשות לא יכולה לעמוד בתשלום ועדיין אנו רוצים לאפשר לה לפעול (למרות הפגיעה בפרט) אבל לשם כך היא זקוקה לצורך ציבורי חיוני ביותר (דוג': מצב חירום).

כלומר, שימוש בפטור במקרה זה לצורכי מטרת אינו אפשרי. אנו נאפשר הפקעה במקרה בו אין כסף בארנק רק כשמדובר בצורך חיוני ביותר לחברה.

חוק ההסדרה בהקשר המנגנונים (עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית): (עמ' 47-46)

לא מקיים אותם – (1) הליך הוגן לא מתקיים בכלל כי הבעלים הפלסטינים לא משתתפים בהליך ואין שיקוי"ד למפקד בשטחים. (2) לא בטוח שיש צורך ציבורי, מכיוון שמדובר במספר התנחלויות קטן יחסית אז גם אם נאמר שההתנחלויות תורמות לביטחון לא בטוח שפינוי ההתנחלויות הממוקמות על קרקע פרטית פלסטינית יפגע בביטחון. (3) יחד עם זאת, הפיצוי הוא גבוה מאוד (125% מערך הקרקע). כלומר, החוק לא מקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. מכיוון שכאמור לא ניתן לבטל לגמרי את אחד המנגנונים (ובמקרה זה אין בכלל הליך הוגן) ואם מתפשרים על מנגנון אחד צריכה להיות עמידה ברף גבוה של השניים. כלומר, ההפקעה במקרה כזה היא לא לגיטימית.

אי עמידה בעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית אינה עילה לפסילת חוק ולכן בג"ץ מתקשה לפסול אותו. יחד עם זאת, ניתן לתקוף את הסיפור ע"י 3 אופציות שונות:

1. אמירה שאי התקיימות של אחד מעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית גורמת לכך שההפקעה לא מידתית.
 2. ההפקעה על בסיס החוק אינה מקיימת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – כלי הנטילה השלטונית מאיים על השלטון הדמוקרטי, שימוש בו באופן לא מידתי פוגע בערכיה של מדינת ישראל.
 3. הדין שבחוק הנ"ל מבקש לחול בענף ההפקעות השלטוניות ולכן חייב לקיים את עקרונות הענף.
- המחוקק בא ואמר שהוא מודעי **לפערי כוחות** משמעותיים שקיימים בין קבלן לבין אנשים שבאים לקנות ממנו דירה. ולכן המחוקק עשה הרבה מאוד תיקוני חקיקה כדי לנסות ולהטות את המוטטלת שנוטה לקבלן, ולאזנה בין הצדדים.

ח. הגנת הבעלות והחזקה (עמ' 64-61)

ייסמן במאמרו מעלה מספר הצדקות/יתרונות למתן נפקות משפטית לחזקה:

1. **שמירה על הסדר הציבורי** – על מנת לשמור על הסדר הציבורי, ולא לאפשר לכל גורם להשפיע על זכות החזקה של אדם, המחוקק למעשה מכונן מערכת הגנה על הבעלות והחזקה. **נשאלת השאלה** האם קם צורך להכניס עניין זה תחת המשפט הפרטי שכן ישנו חשש לזליגת דינים מהמשפט הציבורי (הרצון לשמור על הסדר הציבורי) למשפט הפרטי.
2. **יעילות בהגנה על נכסים** – בקיומו של סעד עצמי המחוקק מאפשר יעילות והוזלת עליות בהגנה על נכסים כך שלא כל עניין מצדיק פנייה לבית משפט. יש נכסים מסוימים שבאם לא תתאפשר הגנה עצמית מהירה לא תהא עליהם הגנה כלל כדוגמת מיטלטלין. **השאלה שעולה** בהקשר הצדקה זו הינה האם הדבר רלוונטי למצב השוק הקיים שכן במציאות בפועל ישנו ריבוי נכסים וירטואליים.
3. **הטלת הנטל על התובע** – מערכות הדינים מטילות נטל הוכחה רב על התובע את הנכס או השימוש. **במקרה זה נשאלת השאלה** האם מדובר בנטל ראיתי או שמה בנטל מהותי.
4. **עידוד שימוש בנכסים פנויים** – תפישה חלוקתית. דיני ההגנה מאפשרים לתמרץ שימוש בנכסים שעומדים ריקים ללא שימוש. **השאלה שעולה** בהקשר זה הינה האם הפגיעה הקשה ב"עשירים" והסיוע הרב לעניים הינם לגיטימיים?

מהם הרציונאלים לסעד עצמי?

1. **מענה לאופי האנושי** – החוק במקרים מסוימים חייב לתת ביטוי לאינסטינקט האנושי שהוא ריאקציה טבעית למקרה. ואם נחסום זאת – אנו נפליל אנשים על אינסטינקט מאוד טבעי. **(המקרה של שי דרומי)** – ירה באדם שפלש לקרקע שלו).
 2. **אין חלופה אפשרית** – יש מצבים שבהם אם לא נאשר לאדם להתנגד בצורה מידית לפלישה/לנטילת החזקה בנכסים – אותו אדם ייאבד את הנכס – בעיקר במיטלטלין (יש מקרים שבהם לא יעזור לנו ללכת לבית משפט). (למשל: אם גנבו פלאפון ולא ננסה להחזיר אותו אלינו באותו רגע, רוב הסיכויים שלא נראה אותו יותר).
 3. **כלל קנייני לעומת כלל אחריות** – במאמר של **קלברזי ומלמד**, הם מנסים לעשות חלוקה בין 3 סוגים של כללים משפטיים:
 - א. **כלל קנייני** – אומר באופן עקרוני שאם יש לי נכס מסוים/זכות שלי – אסור לפגוע בה אלא אם כן אני הסכמתי לתת את הנכס הזה לך. אם לוקחים / פוגעים בנכס שלי – צריך להחזיר את הנכס לידיים של הבעלים.
 - ב. **כלל אחריות** – אני מניח שבמקרים מסוימים למרות התנגדותו של הבעלים יהיה מותר/רצוי לאדם אחר לקחת את הנכס. הדבר היחיד שאותו אדם יצטרך להחזיר לבעלים זה פיצוי כספי/תשלום עבור הנכס.
- איפה נמצא הסעד העצמי? באופן כללי, דיני הקניין אמצו את כלל האחריות** (הדורש פיצוי בגין פגיעה), אך הסעד העצמי מתאים יותר לכללים הקנייניים, שבהם אנחנו אומרים שאם הבעלים לא רוצה בפגיעה – מותר לו להפעיל את כוחו כדי להתנגד ללקיחה. לכן, אנו מכירים בסעד עצמי בדיני הקניין, ולבעלים מותר להפעיל את כוחו כדי להתנגד ללקיחה, אך הסעד העצמי הזה יהיה **די מצומצם**.

III. דרכי רכישת בעלות

יא. קניית דירה מקבלן (עמ' 61-57)

הכשלים הייחודיים לרכישת דירה מקבלן: (סיבות להסדר) (עמ' 57-56)

מהם הפערים המשמעותיים שהביאו את המחוקק הישראלי לנסות ולאזן בין הכוח הגדול של הקבלן לבין הרוכשים הפוטנציאליים: **ריבוי ליקויים קוגניטיביים:**

1. **הצפת מידע – הסיבה העיקרית להסדר** – מנסים לצמצם את היכולת של הקבלים שרוצים להציף אותנו במידע לא רלוונטי. החוזים עם הקבלן מורכבים בצורה מסורבלת ובעיקר כוללים פרטים רבים. ההנחה היא שהפרטים המרובים הללו/העובדה שהחווה ארוך מאוד – נעשית באופן **מכוון**. מודע? זה נעשה על מנת להציף את הרוכשים במידע רב, כך שבאיזשהו שלב הם מאבדים את הידיים/רגליים שלהם בחווה.
2. **מסגור** – הטענה היא שמי שמציע את החווה (הקבלן) ממסגר את קווי המתאר של החווה, ומוסר אותם בתבנית שהוא רוצה שנקבל. ההנחה היא שהקבלנים ממסגרים דברים מסוימים בצורה מסוימת (לדוגמא הפרק של מועדי המסירה), הם יודעים מתי הלקוחות יתייאשו, ומתי הלקוחות יקבלו את המידע בצורה שטובה להם. הקבלנים משקיעים הרבה מאוד במסגור החווה - באופן שבו החווה מתקבל, כדי שהוא יתקבל בצורה טובה עבורם מול הקונים – איך לא ליצור אנטגוניזם עם הרוכשים ולהטמיע את דרישות הקבלן בצורה נעימה.
3. **שגיאות הסתברותיות** – אנו נותנים הרבה יותר משמעות לנזקים דחופים, גם אם הנזק בהם הוא קטן, מאשר לקטסטרופה. בגדול, יכול להיות שהסתברות של קרות הנזק היא זהה. עם זאת, אנו נוטים לתת חשיבות רבה יותר לנזק קל ולא לקטסטרופה. לדוג': מה שהכי

מסעיר את הישראלים בחוזה הוא מועד קבלת הדירה, אך לא מתעסקים במצבי קטסטרופה – כשהקבלן פושט רגל, או שקיימות סטיות ניכרות מהתכנון המקורי של הדירה (בראש שלנו, הסיכוי לסטייה ניכרת מהתכנון הוא מאוד קטן, למרות שהנזק הצפוי יכול להיות עצום).

4. **הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי** – אדם שקורא את העסקה- מסוגל להבין את החלק הפרקטי (פיצוי על ימי איחור במסירה, אישור חניה, ועוד), אבל יש מלל נוסף ונרחב שיש לו משמעות גדולה על החיים בבית משותף – שכולל זכויות שמוקנות לקבלן – אבל לאנשים קשה לקלוט את המידע הזה כי הוא עמום ומנוסח באמצעות הרבה מאוד מלל, בלי שורה תחתונה ברורה.

כאן, המחוקק מבין את הכשלים המובנים בחברה ביכולת שלה לקרוא ולעבד את החוזה, ולמעשה קובע רגולציה מאוד נוקשה לגבי 2 סוגים של חובות של הקבלן:

1. **חובות גילוי** (שנמצאות בחוק המכר (דירות)).
2. **בטוחות (חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות))**.

יב. תחרות

שיקולים

2 השיקולים המרכזיים בדיני התחרויות: (חנות מקורה)

1. שיקול תום לב:

- א. **תו"ל אובייקטיבי** – עמידתו של האדם בכללים משפטיים שחברה קובעת, שמבחינתנו אלה הכללים שמשקפים את האדם הסביר/הראוי.
 - ב. **תו"ל סובייקטיבי** – האם האדם הספציפי הזה יכול להוכיח כי הוא פעל בתו"ל.
2. **שיקול התמורה:**
- א. **תמורה כלשהי** – תמורה עבור חלק מהנכס/הזכות. תמורה חלקית בעבור הנכס מעידה על כוונה ורצון לעשות עסקה.
 - ב. **תמורה בת ערך/משמעותית** – תמורה בשווי של כל הזכות/הנכס שקיבלנו. לא מסתפקים בניסיון להעיד על רצינות העסקה/הכוונה אלא רוצים להראות מאזן מצוקה שאם נכריע כנגד האדם ששילם את הסכום תרגם לו מצוקה. לא רואים בתמורה כלשהי כתמורה.

מאמר מאוטנר - (עמ' 70-72) – תחרות – מצב של תאונה משפטית (לפי **מאוטנר**). לכן נבדוק איזה צד צריך לשאת בהוצאות התאונה. נשקול שיקולים נזיקיים: מזעור עלויות התאונה, מניעת תאונות עתידיות ע"י מנגנון משפטי (הרתעה), ניסיון גיבוש מערכת משפטית שתוכל להתמודד עם המקרים בצורה ראויה. **עושים זאת ע"י מונע הנזק הזול ביותר שמוטמע דרך תו"ל**. בגלל שזו תאונה משפטית, יש לבחון את היחסים שבין ב' ל-ג' – שני הצדדים שבתחרות על הנכס (לא מתעסקים בא' – מי שלא בתחרות על הנכס כמו למשל בעל נכס שמכר אותו פעמיים).

מאוטנר – תו"ל והתמורה נועדו לבדוק 3 שיקולים כלכליים: (הטמעת גישה נזיקית לטיפול ב"תאונה המשפטית")

1. **שיקול מניעתי** – נרצה ליצור כלל משפטי שנועד ליצור הרתעה כדי למנוע **מלכתחילה** את התאונה. במקרה התחרויות נדון **במונע הנזק הזול ביותר** ונמשג זאת המושגי **תו"ל** (סובייקטיבי/אובייקטיבי). דוג': אי רישום ה"א מעיד על חוסר תו"ל של הראשון בזמן. יש פה **צדק מתגמל** כיוון שהאדם שהתנהג בצורה הראויה לפי המשטר שנקבל יקבל לבסוף את הנכס ויזכה בתחרות.
2. **מזעור עלות התאונה** – נבצע **מאזן מצוקה** ונבדוק לאיזה מהצדדים עלות ההכרעה גבוה יותר. נעשה זאת האמצעות דרישת **התמורה** (תמורה כלשהי/תמורה בת ערך). זוהי דרכו של מאוטנר להכניס צדק חלוקתי – נשקול מי מפסיד יותר כסף (לא לטיפוס הרוכשים). **שיקול בדיעבד** – מזעור נזקים.
3. **שיקולים מערכתיים** – נבדוק איך התאונה/נזקיה משפיעים על המערכת כולה, ומה תהיה תוצאת ההכרעה על המערכת כולה (**עלויות למערכת**) נעשה זאת האמצעות דרישת **התמורה** (תמורה כלשהי/תמורה בת ערך). לדוג': בתקנת שוק נבחן את ההשפעה של ההכרעה על יכולת השוק להתנהל, בתחרות נדון בהרתעה של אנשים מעשיית עסקים בעתיד. **שיקול בדיעבד** – מזעור נזקים.

שיקולים נוספים:

1. **אחריות חברתית** – כמה **האדם חב לחברה בכללותה**. דוג': אחריות האדם לדוגמה לבצע פעולה מסוימת שתימנע **כניסה** של אנשים לתחרות מלכתחילה כמו רישום הערת אזהרה (נוגע לתו"ל).
2. **צדק חלוקתי** – לא מדובר בהסתכלות על 2 צדדים ספציפיים (מאזן המצוקה של מאוטנר מתייחס אליהם דרך דרישת התמורה), אלא נתייחס גם ל**טיפוס הרוכשים** כשיקול חברתי חלוקתי רלוונטי. לדוג': בנק יכול להפסיד מיליון שקל, לעומת אדם שמפסיד חצי מיליון. כאן אנו לא לוקחים בחשבון רק את סכום ההפסד אלא גם מיהו הגורם המפסיד.
3. **תיאוריית האישיות** – יש נכסים שיותר קרובים לאישיות האדם (**מרגרט ראדין**), נכסים אלו יזכו להגנה יותר גבוהה מצדנו. דוג': נושה מעקל מול בעל דירה למגורים. משמעות הבית למתגורר בו גבוהה מלמעקל משמעות הבית עבורו היא כלכלית בלבד (ולכן גם חליפית).

עסקה 1 – התגלגלות היסטורית של הכרעה: (עמ' 72-)

4. **דיני היושר האנגליים** – הייתה חשיבות מאוד גדולה לתמורה ששילם בעל התחייבות בעסקה. דיני היושר האנגליים קבעו שבעל ההתחייבות לעסקה יהיה עדיף על פני יתר הנושים של המוכר עד לסכום המחיר שהוא שילם. הוא לא יהיה עדיף בצורה אבסולוטית – הוא לא יקבל את הנכס כולו, אבל יקבל לפי מה שהוא שילם. זה מעין מנגנון הגנה לבעל ההתחייבות בעסקה – הוא רכש זכות שביושר, על אף שהיא רק אובליגטורית ולא קניינית ממש – הוא קיבל אותה כיוון שהוא נמצא בהליכים של רכישת הנכס ולכן ניתן לו הגנה על מה שהוא שילם בפועל. לגבי יתר הנכס – יכול להתחלק לנושים אחרים. על אף שבשלב האובליגטורי הזכות לא עברה מהשלב החוזי לשלב הקנייני עדיין דיני היושר מעניקים לחובה האובליגטורית משמעות שונה.

4. **תחילה, הכירו בדיני היושר גם בישראל**. אולם, לאחר חקיקת **חוק המקרקעין**, חקיקת **ס' 161 לחוק המקרקעין**, בוטלו ונשללו הזכויות שביושר ונקבע כי רשימת הזכויות בחוק היא סגורה.

← מאחר שהחוק מכיל רשימת זכויות סגורה, ולא הייתה התייחסות למצב בו בעל התחייבות לעסקה נתקל בנושה **החלו מכריעים לטובת הנושה**.

← **הלכת בוקר (1971)** – אם בעל התחייבות לעסקה "מופתע" ע"י נושה, מכיוון שבוטלו הזכויות שביושר וחוק המקרקעין לא נתן הסדר חלופי למצב כזה, **נפסק כי בעל התחייבות לעסקה שלא רשם את זכותו (עדיין בשלב האובליגטורי) יפסיד והנושה ינצח**. פסיקה זו יצרה אבסורד גדול ולכן שאנשים לא ירכשו דירות בשלב מוקדם מחשש שנושים יופיעו ויגבו את הנכס שלהם.

← **התיקון לאבסורד**: נחקק ס' 127(ב) לחוק המקרקעין וקובע שאם בעל ההתחייבות לעסקה רשם הערת אזהרה על המקרקעין, לפני העיקול של הנושה הוא שיזכה. הערת אזהרה לא מעניקה זכות קניינית אך היא זו שתכריע. היא פתרון זול, יעיל ופשוט.
i. לשים לב! ביטול הסעיף יחזיר אותנו להלכת בוקר כי הפסיקה כיום מתבססת עליו. ללא הסעיף אין פתרון בחוק ואין זכות קניינית של בעל ההתחייבות לעסקה ולכן חוזרים להלכת בוקר.