דיני קניין – אור כהן

[**קניין - מבוא** 3](#_Toc506297850)

[**הקניין הפרטי** 8](#_Toc506297851)

[**קניין פרטי – במה?** 14](#_Toc506297852)

[**במה אנו לא רוצים לתת זכויות קניין?** 17](#_Toc506297853)

[**הבעלות!** 17](#_Toc506297854)

[**זיקת הנאה** 24](#_Toc506297855)

[**זכות קדימה** (ס' 99-106 לחוק המקרקעין) 26](#_Toc506297856)

[**מבחני מדיניות במחוברים (השלמה של המרצה)** 28](#_Toc506297857)

[**מהות הזכות ומגבלותיה – משפט פרטי** 29](#_Toc506297858)

[**המשטר הקנייני בישראל** 30](#_Toc506297859)

[**מקרקעי ייעוד** 33](#_Toc506297860)

[**זכות הכניסה למקרקעין בישראל** 34](#_Toc506297861)

[**וועדות קבלה** 35](#_Toc506297862)

[**נטילה שלטונית של מקרקעין** 37](#_Toc506297863)

[**הפקעות** 38](#_Toc506297864)

[**מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה** 41](#_Toc506297865)

[**פיצוי** 43](#_Toc506297866)

[**סטנדרט הפיצוי בישראל – פקודת הקרקעות** 46](#_Toc506297867)

[**חוק יישום תכנית ההתנתקות** 50](#_Toc506297868)

[**חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין** 51](#_Toc506297869)

[**גריעות תכנוניות** 54](#_Toc506297870)

[**האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?** 55](#_Toc506297871)

[**רישיון במקרקעין** 55](#_Toc506297872)

[**דרכי רכישת זכות קניינית** 57](#_Toc506297873)

[**יישום** 58](#_Toc506297874)

[**רכישת דירה מקבלן** 60](#_Toc506297875)

[**חובת הגילוי** 61](#_Toc506297876)

[**בטוחות** 61](#_Toc506297877)

[**הגנת הבעלות והחזקה** 64](#_Toc506297878)

[**שכירות** 66](#_Toc506297879)

[**עבירות הזכות** 67](#_Toc506297880)

[**דיני תחרויות** 70](#_Toc506297881)

[**סוגי התחרויות** 72](#_Toc506297882)

[**תחרות I - בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר** 73](#_Toc506297883)

[**תחרות II – עסקאות נוגדות במקרקעין** 76](#_Toc506297884)

[**חתרות III – עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות** 80](#_Toc506297885)

[**ס' 10 - תקנת שוק במקרקעין** 82](#_Toc506297886)

[**תקנת שוק במיטלטלין** 86](#_Toc506297887)

[**שעבודים** 90](#_Toc506297888)

[**התחדשות עירונית** 99](#_Toc506297889)

[**אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת** 101](#_Toc506297890)

[**תמ"א 38** 107](#_Toc506297891)

[**סקירה כללית על הקורס מתחילת הסמסטר** 109](#_Toc506297892)

23.10.17

**דיני קניין – שיעור 1 – שי שטרן**

נפגשים פעמיים בשבוע, 3 שעות כל מפגש. הקורס בקניין נחשב לאחד מהקורסים היותר קשים בתואר. במהלך התואר נצטרך לעשות 2 עבודות, 5 בחנים מתוך 8 (על פסקי דין שצריך לקרוא). המטרה של הבחנים היא לתת את ה10 נקודות ולהעשיר אותנו בחומר.

הקורס עוסק בהרבה מאוד תחומים, ומי שלא יעקוב אחרי ההתפתחויות בכיתה יהיה לו קשה. יש שינויים משנה שעברה.

בד"כ העבודות והבחנים עזרו לסטודנטים, והציונים הכלליים כן שיקפו את ההשתתפות בכיתה.

אין בדיקת נוכחות. המרצה כאן בשבילנו. חלקנו נתעניין בתחום. זה תחום שכמעט בטוח שהשאלות שנישאל על ידי המאמנים יהיו מהתחום הזה. יש כאן פסקי דין מרכזיים, וזה דיי חוזר על עצמו.

בשונה מקורסים אחרים, המרצה מנסה לתת לנו יותר זוויות מעשיות. לראות איך הדברים עובדים בפועל, איך טפסים נראים בפועל, עסקאות מסוימות מבוצעות, ולהכין אותנו להמשך.

2 מתרגלים – משה וגאיה. מדובר ב2 מתרגלים מצוינים. הם יתנו את המענה. רצוי לפנות אליהם עם בעיות אישיות (אפשר גם לפנות למרצה). המטרה היא לעזור לסטודנטים.

המזגן יפעל רוב שעות השיעור, והמרצה לא מתעסק אף פעם עם בירוקרטיה או משמעת. כל זמן שהאיחור סביר ואין תחנת רכבת זה בסדר, אבל אם זה יתחיל להיות מוגזם הדלתות יסגרו.

**קניין - מבוא**

דיני הקניין משתייכים גם למשפט הפרטי, אבל יש הרבה מאוד אספקטים שרלוונטיים למשפט הציבורי. **יש לי בעלות על נכס מסוים ולכן הנכס הזה הוא שלי.**

ההגדרה הזאת לא אומרת כלום בעצם. גם אם מדובר במשהו שלי זה לא אומר עדיין מה יש לי ביד.

**ס' 3 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו** מכניס את זכות הקניין כזכות חוקתית.

*"אין פוגעים בקניינו של אדם"*

לכאורה החוק הזה מגבש איזשהו **מעמד חוקתי** לזכות הקניין, כך שבאופן עקרוני היא אמורה להיות מורמת מזכויות אחרות. ברור לנו שמדובר באיסור על פגיעה ברכוש.

**דוגמא 1 – פטנט** זה משהו שהמצאתי והוא שייך לי, ורשמתי אותו במשרד הפטנטים. אסור לאדם אחר להעתיק את הפטנט ולשווק אותו בעצמו. אנו רוצים לתמרץ את האנשים היזמים שיעבדו ובתמורה לכך אנו כחברה נותנים להם הגנה קניינית.

1. אין ספק שפטנט הוא זכות קניינית, אבל מותר לפגוע בו. הפטנט ניתן לתקופה מסוימת. (טבע וקופקסון). הוא מוגבל בזמן.
2. במידה וטבע תחליט שהיא לא רוצה להשתמש בפטנט בצורה ראויה – ניתן לבוא ולתת רישיון בכפייה לאחרים לייצר את המוצר.

זכות הקניין כמעט הכי חזקה שיש, היא גם למעשה מוגבלת. במידה ולא משתמשים בה כראוי אפשר להפקיע חלק/כל הזכות הקניינית.

**דוגמא 2** - **רכוש בהתגרשות** (בני זוג קונים דירה ביחד).

בעלות על מקרקעין מתחילה ונגמרת ברישום. הרשום בטאבו הוא לצורך העניין הבעלים.

לפני **הלכת השיתוף**, גם אם בני הזוג רכשו דירה ביחד, והדירה נרשמה על שם הבעל, למרות שיכול להיות שהאישה השקיע חצי מהסכום, **הבעל היה מקבל את הדירה** (או האישה אם היא הייתה רשומה). מקרה זה הגיע לבית המשפט העליון ב**הלכת בבלי**, והבעל ציפה לקבל את הבית. בסוף הדיון יוצא בבלי עם חצי נכס בלבד, כי בית המשפט העליון קובע כי למרות שחוק רישום המקרקעין קובע כי הבעלים הרשומים הם בעלי המקרקעין, כשמדובר בבני זוג כל אחד מהם מקבל חצי מהנכס.

להלכה זו קראו **הלכת השיתוף**.

כשאדון בבלי יוצא מבית המשפט – לא טענו כי נפגעה זכות הקניין של בבלי. בית המשפט אומר כי זכותו הייתה למעשה חצי, ובית המשפט רק הבהיר את זכותו. זכות קניין ברורה ומלאה הפכה למחצית בלבד. כך למעשה, הרבה פעמים בסופו של דבר דברים הרבה יותר דינמיים ומוכרעים ברמה הערכית.

**דוגמא 3** – **זכויות יוצרים** חוק זכויות יוצרים עבר שינוי מסוים. אדם יוצר יצירה מסוימת והיצירה שייכת לו. מי שרוצה לעשות שימוש ביצירה צריך לשלם. כל השימושים הנוספים (כמו סאטירה) נכנסו כהגנות מפני פגיעה.

חוק זכויות יוצרים היה בנוי בתפיסה שיש זכויות יוצרים ליוצר, וכל מי שעושה פגיעה מסוימת מוגדר כפוגע, ולאחר מכן הוא יכול להיות פטור מלשלם כי הפגיעה נכנסת להגנות בחוק.

חוק זכויות היוצרים עבר שינוי מסוים. בוורסיות הקודמות הייתה "הגנת שימוש הוגן" – אם עשיתי שינוי ביצירה אני פטור מלשלם ולפצות על הפגיעה. החוק שינה לחלוטין את הגנת השימוש ההוגן – וקבע כי אדם שעושה שימוש הוגן ביצירה **לא פוגע מלכתחילה** בזכויות היוצרים.

כשאנו אומרים שלי/זכות קניינית – זה לא אומר יותר מידי. צריך לברר מה אומרת הזכות הקניינית הספציפית עליה אנו מדברים.

היו תפיסות שראו כל פגיעה מינימלית בזכות שהייתה לי קודם כפגיעה אנושה בזכות הקניין. תפיסה זו אינה נכונה. זה לא שאין פגיעות בקניין, אבל הרבה מאוד חוקים ורגולציות הן למעשה שינוי של מצב קודם. הרבה פעמים המצב הקודם נתפס כזכות קניינית, והיום אנו משנים, והשמיים לא נופלים.

**מה מיוחד בזכות לקניין?**

**תיאוריה קלאסית –** מדברת על כך **שלאדם יש זכות כלפי הנכס**. הבעייתיות בתיאוריה הזאת, היא שקשה לראות מערכת יחסים של זכות כנגד חובה, וקשה לדבר על חפצים ונכסים בתור מושאי חובות וזכויות. גם מבחינה תיאורית קשה להבין את התיאוריה הקלאסית. תיאוריה זו רצתה לעשות את ההפרדה בין זכות חוזית לקניינית. בגלל שיש לי קשר ישיר מול הנכס – לאף אחד אחר אסור לפגוע בזכות הקניינית שלי כלפי הנכס.

**תיאוריה פרסונלית** – מתחילה מזכות חוזית (זכות בין אדם לאדם). היא אומרת שברור שאין קשר בין אדם לנכס, אלא בין אדם לאדם. אז מה ההבדל בין זכות קניינית לזכות חוזית?

ברגע שאני כורת חוזה מול אדם מסוים , מדובר בקבוצה מוגדרת.

**הזכות הקניינית בהפשטה התיאורטית שלה היא זכות שכאילו כרתתי ביני לבין 7 מיליארד בני אדם**. כרתתי 7 מיליארד חוזים בכל העולם, ובכולם כתוב שאסור לעשות שום דבר בנכס.

במשפט הפרטי דיני הקניין שונים לחלוטין מדיני החוזים, אבל במהות אין שום הבדל בין דיני חוזים לקניין. הרוב המוחלט של החוקרים מחפשים הבדל מהותי בזכויות אלו.

**תיאוריה מודרנית קלאסית** – בניגוד לתיאוריה הפרסונלית, אנו מחזירים את הנכס לתמונה. הזכות הקניינית היא זכות המאפשרת לבעלים שלה **להפיק באופן ישיר תועלת כלכלית מהנכס**.

הרבה פעמים יש הבדל בין ההכרה בזכות לבין הסעד שאני אקבל. לעומת זאת, בקניין, בעל הזכות הקניינית רוכש קשר בלתי אמצעי לנכס.

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

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

**אז מהו בעצם קניין?**

1. **William Blackstone** – הוגה אירופאי **ליברטריאני** (תפיסה שמקדשת את החירות), שאמר כי ברגע שמוגדר שיש לי זכות קניינית, אני המלך של הנכס, ואף אחד לא יכול לומר לך שאסור לך לעשות משהו. **כל דבר שפוגע בזכות שלי לממש באופן מלא את הנכס שלי הוא למעשה פגיעה בקניין**. מבחינת Blackstone – קניין הוא משהו מאוד מאוד ברור. כשיש לי פטנט – יש לי שליטה מוחלטת על הפטנט הזה. כל פעולה שתפגע בשליטה המלאה תחשב כפגיעה בקניין. אין פשרות או איזונים אצל Blackstone. זכות הקניין מבססת את החירות לבעלים. הלכת השיתוף של בבלי לדוגמא לא הייתה יכולה לקרות – כי היה מדובר בפגיעה קשה מאוד בזכות הקניין של בבלי.
2. **Hohfeld** – זכות הקניין היא מילה שהמצאנו, ואין לה תוכן אמיתי ומחייב. **יש אגד של זכויות** (ברמות שונות). ל Blackstoneברור כי זכות הקניין היא החירות של הבעלים לעשות מה שהוא רוצה בנכס. כל דבר אחר מהווה פגיעה. Hohfeld אומר כי **אין דבר כזה זכות קניינית מוגדרת**. כשאני בעלים של קניין יש זכויות רבות שרצות, כמו היכולת שלי לשלוט ולנהל את המקרקעין. זכות אחרת היא זכות של חזקה ושימוש (אני יכול לנהל את המקרקעין אבל לא להחזיק ולהשתמש בו, כמו שכירות). Hohfeld אומר כי לקניין יש הרבה מאוד זכאויות שנכללות במטרייה של הקניין. אצל Blackstone כל הזכאויות של קניין חייבות להיות שם. Hohfeld אומר כי ניתן להכיר בזכויות קנייניות גם אם הן רק ממשמשות חלק קטן מזכאויות הקניין. קניין יכול להיות כל מני תרכובות של זכאויות שונות. אין משהו מוחלט של קניין – ניתן לגבש ולהחליט כל דבר אם הוא יעקוב אחר הזכאויות הללו.

**ביקורת על התפיסה הליברטריאנית**

1. **הביקורת התיאורית**: הבעיה עם התפיסה של Blackstone – היא לא קשורה למציאות. יש מערכת קניין שמתפקדת והיא לחלוטין לא קשורה לחירות בעלים מוחלטת. בגלל שאנו חיים בחברה, יש הגבלות על זכות הקניין, ולמרות שמדובר בזכות חוקתית, כל ההוראות לא נפסלות כתוצאה מכך שפגענו בזכויות הקניין.

תפיסה ליברטריאנית לא יכולה לחיות עם פגיעות אלו. כל מעשה כזה מהווה פגיעה ומחייב פיצוי.

1. **הביקורת הדיסקורסיבית**: הבעיה השנייה היא ביקורת דיסקורסיבית (מבחינת השיח).

אנו רואים שלפי התיאוריה הליברטריאנית יש הגדרה מוחלטת למה הוא קניין. המציאות מראה שלא ברור לנו על מה מדובר.

**ביקורת על התפיסה ההופלדיאנית**

1. **אד-הוקיות**: Hohfeld מכניס אותנו לבעיה עמוקה של Ad-hoc (החלטות לגופו של עניין ולא החלטות רוחב). על פי תפיסה כזו על מנת להכריע בסכסוכים קנייניים נצטרך לבדוק לגופו של החלטה מהי התרכובת הספציפית ולא נוכל לתת הסתכלות רחבה יותר.

במשפט זה נתפס כמשהו רע. זה משאיר לשופטים שיקול דעת רחב מאוד. אנו גם לא ניצור תקדימים שיוכלו להתפרס על מקרים נוספים.

**פס"ד טנא נוגה**

הייתה שאלה האם חוזה ההפצה הוא זכות חוזית או קניינית. השופטת ניתחה את השאלה והחליטה כי מדובר בזכות חוזית. לא היינו רוצים שהדבר הזה כשלעצמו יקרה. שופט אחר בנסיבות דומות יוכל להחליט אחרת.

1. **פריקות יתר**: כל אחד יכול לטעון שיש לו זכות קניינית בלי שיש לו שום דבר ביד.

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

יש לנו 3 חלוקות של תפיסות קניינות שונות שמשפיעות על הדרך שבתי המשפט בישראל מתייחסים לדיני הקניין:

1. **מישור תורתי משפטי** – מפריד בין תפיסות קניין פורמליסטיות לריאליסטיות.

**תפיסות קניין פורמליסטיות** – נותנות משמעות לצורה של החוק. כשחוק המקרקעין קובע בסעיף 7 שהבעלים בנכס הוא מי שרשום בלשכת הרישום, אז תפיסה פורמליסטית לא תסתדר עם חלוקה של חצי-חצי בשום מצב. אנו נלך על הצורה/על פי החוק! הבעלים הוא מי שרשום בלשכת הרישום, ולכן ניתן את הדירה למי שרשום (הבעל) ולא חצי חצי.

**תפיסות קניין ריאליסטיות** – תפיסות שבאות ואומרות שהן שמות לב לחוק, אבל הן נותנות משמעות למציאות שנגלת לפנינו בתיק הספציפי. במקרה של בבלי – ברור שיש לנו אי צדק, ולכן חייבים לפעול על פי הערכים והריאליזם למרות מה שכתוב בחוק.

1. **מישור התחולה –** מוניסטית מול פלורליסטית.

**מוניסטית** - מבחינת Blackstone – הערך היחידי שמבחינתו אנו קובעים את הזכויות הוא חירות הבעלים. כל מה שיפגע בחירות שלו ייחשב כפגיעה בקניין מדובר בתפיסה מוניסטית.

Blackstone מעמיד את החירות ושם אותה במרכז.

תפיסה מוניסטית אחרת – **תפיסה תועלתנית**. בודקים אחרי חישובים האם לתת או לא לתת. מדובר בתפיסה שונה לחלוטין (ולפעמים מנוגדת) לתפיסה הליברטריאנית. בסופו של דבר אם שתיהן מאומצות בצורה טהורה – הן מוניסטיות. הן מעמידות ערך אחד מרכזי במרכז.

**פלורליסטית** – אנשים אלו לוקחים מספר ערכים, וכל פעם שאנו רוצים לבוא ולהחליט איזו הגנה תהיה על זכות הקניין/איזה זכות תוענק, אנו נעשה את האיזון הערכי בין הערכים השונים כדי להחליט על זכות זו.

1. **מישור נורמטיבי** – ליברטריאנית מול ליברלית.

**ליברלית –** בגדול, תפיסות ליברליות הן תפיסות שיוצאות מנקודות המוצא של היחיד, ומאזנות בין היחיד לבין החברה, בעוד שתפיסות **ליברטריאנית** לא מנסות לעשות זאת. הן מתעלמות מהעובדה שיש לנו שכנים – הן פשוט רוצות שנעשה מה שאנו רוצים.

אם נלך בגישות הפורמאליסטיות-מוניסטיות-ליברטריאניות – הכל יהיה וודאי, צר, וברור. מצד שני, כאן אנו נצטרך להתפשר על צדק. נבין שיש עוול מאוד גדול, ולא תהיה לנו האפשרות לתת את הסעד ברמת הצדק.

אם נלך לריאליסטיות-פלוראליסטיות-ליברליות, אז יהיה גמישות ויהיה אפשר לעשות צדק, אבל תהיה גם זילות, והכל יהיה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. למעשה האנשים שיקבעו את המסגרות המשפטיות יהיו השופטים שלא נבחרו על ידנו בכלל.

אף אחד מהצדדים הללו של המשוואה הוא לא אידיאלי. אף אחד מהצדדים האלה אינו טוב למערכת המשפט באופן כללי ולא טוב לזכות הקניין באופן יותר פרטני. אם נצטרך לבחור איפה להיות, אז רצוי שנאמץ מיזוג בין התפיסות שנותנות ברמה הערכית להכיר בעובדה שזכויות הקניין משקפות קודם כל הכרעה ערכית חברתית.

כל המוסדות הקניינים שקיימים בישראל הם למעשה מוסדות שהוכרעו על ידי המחוקק באיזון של ערכים קניינים שונים. **הדין הישראלי אימץ את התפיסה הריאליסטית פלוראליסטית ליברלית**, אבל עם Twist – **את המוסדות שלנו לא בונה בית המשפט אלא המחוקק**.

**חוק השכירות** שעבר לאחרונה היה למעשה מלחמה ערכית בין שתי תפיסות עולם ערכיות מנוגדות. שקד ייצגה את הגישה הליברטריאנית וסתיו שפיר ייצגה את הגישה של הקהילה והחברה. בתי המשפט לא יכולים להגדיר זאת כי המחוקק הוא זה שמשקף את האיזון הערכי בחברה. בסופו של דבר החוק נחקק כאיזון של שתי התפיסות.

**מאפייני הזכות הקניינית**

המחוקק נותן הרבה מאוד מוסדות קנייניים שכל אחד מהם מאזן ערכים בצורה שונה. אנחנו לא נמצאים במצב שבו זכות הקניין מושתתת על ערך אחד, אלא יש הרבה איזונים של ערכים פנימיים. כעת נבצע סקירה של תכונות קנייניות, שחלקן למעשה הן אותן התכונות שעליהן דיבר Hohfeld.

* **שליטה וניהול**: Blackstone, שדגל בגישה הליברטריאנית, שם את **ערך החירות** בראש יחד עם השליטה והניהול. אדם שיש לו זכות קניינית צריך להיות בעל היכולת לשלוט בנכס שלו. השופטים שאימצו את התפיסה הזו כגולת הכותרת של דיני הקניין הם **השופט חשין והשופטת דורנר**. הם ביססו את התפיסה שאחד המאפיינים החשובים ביותר של זכות קניינית הוא היכולת של הבעלים לשלוט ולנהל את הנכס. הדבר בא לידי ביטוי פעמים רבות במקרים של הפקעות. כאשר מפקיעים את זכות הקניין של הבעלים בעצם מפקיעים זכות זו של שליטה וניהול.
* **יכולת שימוש**: לא תמיד תבוא יחד עם שליטה וניהול. חוק המקרקעין קובע:

"*הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות ולפי דין או לפי הסכם...*",

כשחוק המקרקעין קובע מהי הגדרת הבעלות הוא קובע שיש לי זכות להשתמש ולעשות בהם כל דבר. האם למישהו מותר להרוס את הנכס שלו? נראה שעל פי החוק הישראלי התשובה היא כן. (האם מותר לי לקנות רכב ולשרוף אותו? כן).

זכות הקניין היא לא זכות מוגדרת. כשמישהו קונה בית לשימור, בתוך הזכות הקניינית שלו מקופלת החובה לשמר את הבניין. אתה יודע שבעוד 20 שנה הבית שלך יכול להיות תחת החוק של השימור.

זכות הקניין שלנו היא **זכות דינאמית**. בשוק הסלולר לדוגמא – המחוקק עשה רגולציה שפגעה בשחקנים שיכלו לעשות כמעט כל מה שהם רצו עד אותה עת. כשמשנים את חוק השכירות וקובעים תקרת ההעלאה – באו משכירי הדירות וטענו כי פגעו להם בפנסיה וברווחים.

מדובר בטענה הגיונית, אבל אנחנו כחברה שומרים לעצמנו את היכולת להגדיר זכויות מחדש.

זה לא יכול להיעשות בהחלטה של רגע ולכן זה לא יכול להיות נתון להחלטה של בית משפט, אבל השינויים מתרחשים כל הזמן. חברות הגז נכנסו עם 30% תמלוגים ויצאו עם 60%, אך לא פסלו את זה בגלל שבית המשפט לא הגדיר את זכויות החברה כזכות קניינית. עובדתית אנו כל הזמן משנים את הזכויות.

* **עקיבה ועדיפות** – אנו נראה תחרויות בקניין, מצב שבו אדם מוכר את הנכס לא' ולב'. מי שיקבל את הקניין הוא מי שיועדף כלפי הנכס עצמו. בגדול אמורה להיות זיקה בלתי אמצעית לנכס.

דיני הקניין קצת מגבילים את העקיבה והעדיפות.

* **עבירות** – מדובר במאפיין חשוב של זכויות הקניין. לא ניתן למכור איברים.

האם כל מה שהוא לא עביר לא יכול להיחשב כמושא של קניין? החוק יכול גם להגביל את העבירות – יש דברים שאנו מנועים מלהעביר. אדם יכול לומר בצוואה שהוא מוריש בצוואה שלו לאדם איקס, ואחרי שהוא יוריש הנכס יעבור לאדם Y. (יורש אחרי יורש). כאן החוק אומר שניתן להוריש רק שני צעדים קדימה. לא ניתן לתת הוראה שרק הגברים יקבלו את הנכס. לא ניתן לתת הוראה שרק מי שיסיים תיכון יקבל. החוק מגביל במפורש את העבירות/היכולת שלך בתור בעל המקרקעין להעביר את המקרקעין. אז למה בכל זאת עושים זאת?

1. **שיקול כלכלי** – אם אני קובע שרק הגברים יקבלו את הנכס, ודווקא המוצלחות הן הנשים, עשיתי עיוות כלכלי ואני מנציח את העיוות הכלכלי הזה – רק הגורמים הפחות מוצלחים (גברים) יהיו בעלי הנכס.
2. **שיקול חברתי** – בעצם אנו משמרים את השיטות הפיאודליות שגברים מחזיקים את הנכסים, ונשים חייבות להתחתן. השיקול החברתי לא מצדיק את הדבר הזה. וכדי ליצור אפשרות לריענון של נורמות וערכים בחברה אנו מגבילים את היכולת שלך לקבוע את העבירות.

* **חיובים** – **Gregory Alexander** וחוקרים נוספים קבעו כי יש לבעל נכסים **גם חיובים כלפי החברה**. הדוגמא לכך היא "**הבית המשותף**". בית משותף הוא מסגרת משפטית שונה לחלוטין מבית פרטי. יש לנו חובות מסוימות, אנו יכולים להיאלץ לשלם דברים מסוימים שאנו לא רוצים (אם יש החלטות של רוב), יכולים לכפות עלי להתפנות מהבית ואפילו למכור את הנכס בגלל שרוב האנשים האחרים החליטו שהם רוצים ללכת לפרויקט תמ"א, והחובות האלו נובעים מהעובדה שאתה בעל קניין במוסד בעל מאפיינים יותר קהילתיים.

יכול להיות מצב שאנו חיים ביישוב, מצאנו קונה שמעוניין לרכוש, אך וועדת הקבלה יכולים לומר לנו שהם לא מאשרים את הרוכש את הקניין. זו פגיעה חמורה, אבל מעצם העובדה שאנו נמצאים ביישוב קהילתי, יש לנו חיובים כלפיהם, ולכן אנו יכולים להיתקע עם דירה ביישוב עד שוועדת הקבלה תחליט שמצאתי את הקונה המתאים.

* **פומביות** – מדובר בנקודה חשובה. **עסקה במקרקעין מחויבת להירשם בטאבו**. **אם העסקה לא נרשמת, אין לנו זכות קניינית באמת!** הזכות הקניינית צומחת רק מהשלב שהעסקה נרשמת במקרקעין. אם לא רשמו – כל מה שיש זה **התחייבות במקרקעין = זכות חוזית**. רק מהשלב בו זה נרשם זה הופך להיות זכות קניינית.

הזכות הקניינית זה משהו שנותן גישה בלתי אמצעית לנכס כלפי כל העולם. אם העולם לא יודע על הרישום בטאבו (פומביות) – לא נקבל את הזכות הקניינית. אם משהו לא מופיע בטאבו הוא לא זכות קניינית.

* **עקרון הרשימה הסגורה** – סעיף 161 לחוק המקרקעין קובע שמרגע תחילת החוק, אין יותר זכויות במקרקעין למעט אלה שמוכרות על פי חוק. הגדרה זו מתחברת בדיוק להגדרה של המוסדות הקנייניים. רק המחוקק יכול לקבוע זכויות קנייניות, ולא ניתן להכיר בזכויות אלו למעט בדרך אחרת.

1. **טעם כלכלי** - הסיבה העיקרית לרשימה הסגורה היא "**צדדים שלישיים – מידע**", בעיה של עלויות. הביקורת על כך היא שזה לא ברור שזה צריך להיות כל-כך נוקשה. ניתן להגיע היום למצבים שזה חשוף לציבור. ככל שלא נקבע מוסדות ברורים ורגולציה ברורה, תהיה לנו בעיה של צדדים שלישיים – רוב העולם שאמור לכבד את ההסכם הזה, לא יהיה לו מושג.
2. **טעם נורמטיבי** – המחוקק הוא זה שחייב להיות זה שמחליט על המוסדות הקנייניים שלנו – המחוקק הוא זה שמשקף אותנו, והוא משקף את ההכרעה הערכית. כל הכרעה אחרת תהיה הכרעה לא מוסמכת שלא בהכרח משקפת את הציבור והערכים שלו.

**לסיכום** – דיני הקניין הן אוסף של מוסדות קנייניים. כל מוסד קנייני הוא תולדה של איזון ערכי. מדובר במוסדות של איזונים ערכיים. גם בתי המשפט אמורים להתנהל ככה אם כי הם לא תמיד מבצעים את תפקידם.

25.10.17

**שיעור 2**

בסוף השיעור הגענו לעקרון הרשימה הסגורה, חזקה, שימוש ועבירות. כל אלו מאפיינים שנמצא אותם בד"כ בזכויות קנייניות (לא בהכרח בהיקף מלא).

האם זה אומר שמדובר בהכרח בזכות קניינית אם יש מאפיינים אלו? **לא**. אם הזכות הקניינית לא מוכרת בחקיקה, אז אין זכות קניינית (חוק המקרקעין – אין זכות אם היא לא מופיעה בחוק).

אנו רוצים שמי שייתן לנו את האיזונים הערכיים האלו לקניין יהיה המחוקק. לא נרצה שהאדם מהרחוב או השופטת יקבעו זאת. הסיבה העיקרית היא שלמחוקק יש אמצעים לקבוע החלטות אלו. אנו לא רוצים שנדון במקרה המסוים אלא בצורה יותר רחבה וגלויה.

לסיום, המחוקק נבחר ואמור לייצג את הציבור, ולכן הוא אמור לייצג טוב יותר את הערכים שלנו כחברה מאשר השופטים.

משפט יכול להיות משהו שמשקף את הציבור או משהו שמחנך את הציבור. אנו מניחים שבגלל שהמחוקק נבחר הוא משקף את הציבור, והשאלה הגדולה היא האם למחוקק יש את היכולת לחנך את הציבור? ההערכה היא שיש לו את זה יותר מבתי המשפט.

**הקניין הפרטי**

* **קניין פרטי** – בתים, קרקעות, נכסים, מיטלטלין. מאפשרים לבני אדם לרכוש בעלות פרטית בנכסים אלו.
* **קניין קולקטיבי** – תמונת הראי של קניין פרטי. לאף אדם פרטי אין אפשרות לרכוש בעלות פרטית/זכות קניינית פרטים בנכסים. כל הנכסים כולם מוחזקים בשיתוף מלא בידי המדינה, קבוצה, קהילה. זהו מקום שאין אפשרות שאדם פרטי ירכוש זכות קניינית.
* **קניין משותף** – לא מציאות שבה אין אפשרות לרכוש בעלות פרטית לנכסים, אלא מצב שבו אנשים משתפים פעולה ומחזיקים במשותף נכסים משותפים.

**בישראל יש את כל 3 הסוגים**, וההבחנה ביניהם נעשית בסוג הקניין. יש נכסים שהמדינה מאפשרת לרכוש, יש נכסים שהמדינה מחזיקה בבעלות קולקטיבית (גז), וקניין משותף זהו מקרה של קניין פרטי – אני לא חייב להחזיק את הנכס בעצמי, אני יכול להחזיק אותו במשותף.

**למה ראוי/נכון לאפשר/לבסס משטר קנייני פרטי?**

יש מספר הצדקות לקניין הפרטי. כל אחת מהן מנסה להסביר למה טוב יותר לעבור למשטר של קניין פרטי (ולא קניין קולקטיבי).

1. **הצדקת החירות** – הצדקת החירות תהיה ההצדקה שתלווה אותנו כמעט בכל השיח הקנייני. (הערה למבחן) – לא משנה איזו תפיסה ואיזו גישה קניינית אנו נסה להכיל, חייב להיות הרכיב ששומר על חירות הבעלים. בכל התפיסות יש רכיבים של חירות הבעלים. לא יכולה להיות זכות קניינית אם לא נכיר באיזשהו רכיב של חירות הבעלים בנכסים בהם הוא שולט.

הערך הזה של חירות קיים תמיד. הליברטריאנים יגידו כי הכל צריך להיבחן על האם אנו שומרים על חירות הבעלים, ותפיסות אחרות יכירו בחירות אבל יאזנו אותה.

**Robert Nozick** הוא אחד הבולטים בגישה הליברטריאנית. מבחינתו ההצדקה היחידה לקניין פרטי היא שמירה על חירות הבעלים. ההחזקה של הקניין נותנת לאזרח הרבה כוח – כוח לממש את עצמנו, לשמור על הביטחון של עצמו, ולשמר מצב בו המדינה לא תוכל לבוא ולהגיד לנו מה לעשות. אנשים חלשים הרבה יותר נתונים להשפעה, ולכן **נוזיק אומר שהקניין הוא חלק אינהרנטי בשמירה על חירות בני האדם**. אם נוותר על הקניין הפרטי (ברית המועצות) נאבד את החירות האנושית, נהפוך להיות שבויים בידי המדינה (מי שמנהל את הקניין), ואנו נאבד את החירות האנושית שלנו להיות בני אדם.

רוברט אומר כי כל דיני הקניין בכל מקום צריכים להתבסס על 3 כללים:

1. **כלל התפיסה התקיפה** (איך רוכשים זכות קניינית) – אנחנו החלטנו שאנו עושים משטר של קניין פרטי, והדבר הראשון שנרצה לדעת זה איך רוכשים בעלות בנכס? נוזיק אומר שהמדינה חייבת להגדיר כלל תפיסה תקיפה – דרך רכישת הבעלות (חוזים, הסכמים, סחר חליפי...)
2. **כלל העברה תקיפה** – על מנת שדיני הקניין יתפקדו, אנו צריכים כלל העברה תקיפה (איך מעבירים את הקניין? האם מותר לגנוב? או שחייבים להעביר אותו בחוזה/בטאבו).

אנו צריכים לקבוע רשימה של כללים להעברת הקניין על מנת שמערכת הקניין תזרום ותתפקד בצורה תקינה.

1. **כלל תיקון** – מה קורה כאשר לא עקבנו אחר הכללים? **לדוגמא** – מישהו גונב נכס ומוכר אותו לאדם שלישי. האם המכשיר הסלולרי שנרכש כגנוב נשאר אצלנו ביד? או שהמכשיר חוזר אליו? נוזיק אומר שצריך לקבוע כללי תיקון שאומרים מתי ואיך מתייחסים למצבים בהם הכללים הראשונים בוצעו באופן לא תקין.

**מטרתו של רוברט הוא למקסם את החירות האנושית**, בעיקר את הכוח מול השלטון. כל מה שעומד במסגרת הכללים הוא לחלוטין בשליטה ובניהול פרטיים שלה.

אומנם הערך של החירות נשמע מגונה, אבל הוא ערך שחוזר בכל תפיסה קניינית שהיא, והוא מגיע בד"כ בשם דומה של **אוטונומיה**

**אוטונומיה = היכולת של האדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו**.

החובה של המדינה לאפשר לאדם לחיות את חייו מושרשת בתפיסה הליברלית. כל תפיסה ליברלית אמורה לגבש את היכולת של אדם לכתוב את סיפור חייו. אם כך, הערך של החירות הוא ערך מאוד מאוד רצוי הקניין בהחלט מאפשר לנו לממש את עצמנו (אם יש לנו הרבה כסף אנו יכולים לממש את חלומותינו).

**הביקורות על ערך החירות/האוטונומיה:**

1. **האם אנו רוצים לעודד ביטוי עצמי באמצעות קניין?** האם אנו רוצים להביא את עצמנו למצב שרק בעלי קניין יממשו את עצמם? האם אנו רוצים לתפוס את הקניין כאמצעי למימוש עצמי? אם אנו מקדשים קניין פרטי באספקט של חירות – אז אנשים פונים לשם כדי לשקף את עצמם ורצונותיהם. לא בטוח שזו החברה שאנו רוצים לפתח.
2. **טבלת הזכויות של הופלד**:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| זכות | חובה | כוח | כפיפות |
| חובה | היעדר זכות | חסינות | היעדר כוח |

מדובר בטבלה שמסבירה שהכל בעצם הוא השתקפות של מושג.

לדוגמא: כשיש לנו זכות מסוימת, כנגד הזכות עומדת חובה. אם יש לי זכות לקבל 50 שקלים – אז יש חובה לתת 50 שקלים. אם אין חובה לתת את ה50 שקלים – אין זכות.

מה שחשוב לנו זה הזכות והחובה. אם אנו נותנים זכות לקניין פרטי, הגדלנו את מימד החירויות של בני האדם. **הופלד אומר שזה לא נכון** – אולי ל-X הגדלנו את החירות, אבל בצורה רחבה בסך הכל, אם אנו נותנים למישהו זכויות, יש גם חובות של אחרים מהצד השני. אנו פוגעים בחירויות של האנשים האחרים כדי שהם יוכלו לממש את הזכות הזאת. בסה"כ המצרפי אנו משאירים את העוגה שלמה.

הדבר הבעייתי, יותר ממה שהופלד אומר כאן, הוא שאנו יודעים שלחלק מבני האדם אין קניין. לכן השיח על חירות שהקניין נותן זה שיח של עשירים. האם נגדיל את מרחב החירות לאלה שיש להם? **אנו למעשה יוצרים משטר של קניין לעשירים**. אם נעשה משטר אחר – נפגע באלו שיש להם את מרבית הקניין הפרטי, אבל האחרים יוכלו ליהנות יותר.

יש כאן בעיה קשה מאוד בשיח הקנייני, כי הרבה פעמים מערכת דיני הקניין מדברת מלכתחילה רק על אלה שנמצאים בתוך המערכת. אלא שאין להם קניין הם "**שחקנים שקופים**". גם נוזיק שמדבר על ה-3 כללים מדבר על כללים של אנשים שיש להם.

הקניין הפרטי יכול להיות נהדר, אבל יש הרבה אנשים שלא נמצאים בתוך המערכת.

1. **הצדקת העבודה** – מתחילה מתפיסה יותר דתית, והיא מנסה להסביר לנו למה נכון שהקניין יהיה קניין פרטי.

**John Locke** – אחד ההוגים הגדולים, תיאורטיקן פוליטי מערבי. יש לו פרק מעניין על נושא הקניין. ג'ון לוק עשה תיאוריה מעניינת של דיני קניין. תיאוריה זאת היא עדיין התיאוריה הדומיננטית ביותר בארה"ב של דיני קניין.

(במידה ונלמד תואר שני בארה"ב בדיני קניין – נלמד קודם על ג'ון לוק. מגיעים הסמסטר הזה 2 מרצים של קניין. אחת מהמרצות תלמד קורס באנגלית בדיני קניין. מי שרוצה להיכנס לקורס כדי לקבל טעימה – מוזמן. הקורס השני – יגיע בסוף נובמבר - מישל וורס מכרוניגן).

1. **מצב הטבע – קניין הוא משותף:** ג'ון לוק מתחיל את התיאוריה שלו במצב הטבע. ג'ון לוק מסתכל על מצב הטבע בתור מצב רגוע ונעים (בניגוד להובס). במצב הטבע הקניין של כולנו משותף – כולנו בעלי נכסים. ג'ון מקשר זאת לתפיסות דתיות – אלוהים נתן לכל בני האדם את הקרקע. אז ג'ון צריך להסביר איך מגיעים למצב שבו בני אדם בעצם הפקיעו קניין מהפול המשותף ונכסו אותו לעצמם?
2. **לכל אחד יש זכות לשימור עצמי ולכן מותר לו לקחת משאבים:** הוא מתחיל ומדבר על הגוף – הגוף של אדם הוא בבעלותו (למעט עבדות). הוא מתחיל בזה שבגלל שלכל אחד יש את הזכות לשמור על הגוף שלו. מותר לכל אדם לקחת משאבים לצורך שימור עצמי.
3. **ערבוב עבודה של אדם עם משאב – מקנה לו את המשאב:** אז ג'ון אומר, כי ברגע שאדם ישקיע עבודה/כוח של הגוף שלו בנכס (כמו קטיפת תפוח מהעץ) – ברגע שאתה משקיע מהכוח שלך/גוף בנכס, אתה בעצם **זוכה במשאב**.

**הסייגים**:

1. **הסייג הלוקיאני** – חייב שיישאר מספיק ובאיכות דומה לאחרים. אם אני קוטף תפוח, חייב שיישאר מספיק לאחרים. אני לא יכול לקחת את התפוח האחרון על העץ.
2. **אסור לקחת יותר ממה שצריך** – אסור לקחת סתם בשביל להחזיק סחורה לעצמך (לא להשחית דברים בעולם).

**הביקורות**:

1. **חוסר במשאבים** – העולם שלנו הוא לא עולם שרוויי במשאבים. יש יותר ביקוש מאשר היצע, ולכן המלחמות הקנייניות מתחילות. לדבר על מציאות שבה אין חוסר במשאבים זה לא אפשרי – ולכן התיאוריה היא אוטופית בלבד.
2. **תיאוריית הערבוב (מיץ עגבניות)** – נוזיק תוקף את ג'ון לוק. הוא מגחך את התיאוריה שלו. אם הוא נוסע בסירה ושופך פחית **מיץ עגבניות** לאוקיינוס – האם האוקיינוס הופך להיות שלי עכשיו? המהות של הביקורת שלו – מה באמת משפיע? הערבוב של הכוח של האדם בנכס מעביר את הקניין מהציבורי לפרטי? **הביקורת של נוזיק היא טובה**. לוק לא מצליח להסביר לגמרי למה ערבוב כוח מקנה את הנכס הפרטי. הוא בוודאי לא מצליח להסביר את הדוגמאות הקיצוניות.
3. **נמלה 1 – צרצר 0** – אדם מסוים שהשקיע כוח/פעולה של גופו בנכס – הוא זוכה בכל הנכס. לפי התיאוריה של לוק, תשובה שהשקיע את הקידוח אמור לזכות ב-100% מהנפט. למה שכל הדבר הזה יהיה כל-כך בינארי?

אין שום חובה לתת את ה-100% לנכס. זה גם לא תמיד פרופורציונאלי (ההשקעה מול התמורה). חייבת להיות איזושהי פרופורציה לכמות ההשקעה. אדם שקוטף תפוח מעץ לא צריך להיות בעל כל הקרקעות מסביב.

אז מדוע נרצה לחלק קניין דרך הצדקת העבודה?

**העבודה כגמול** – אנו רוצים שאנשים יעבדו וישקיעו בפיתוח העולם, שאנשים יזמו פטנטים ויעשו דברים. אנו מוכנים להכיר בעובדה שאנו ניתן להם גמול עבור העשייה הזאת (על עבודתם).

אם נקרא זאת כך, אנו ננתק את עצמנו מהתפיסה הלוקיאנית הקלאסית (שמדברת על סייגים לא הגיוניים ותפיסות דתיות), ואנו מעבירים את תפיסת העבודה שלנו לגמול.

אנו אומרים שיהיה נכון לעשות משטר של קניין פרטי כי אנו חושבים שיהיה נכון לתמרץ אנשים להשקיע, לפתח וליצור. הגמול של הקניין הפרטי מאפשר לנו לגמול להם.

**עם זאת**, אנו צריכים לשים לב **ל-3 תנאים שיגדירו את הכלל הזה**:

1. **רק התנהגות ראויה מזכה בפרס** – נוכל לשלול את הזכות אם ההתנהגות לא ראויה.
2. **התוצאה של העשייה היא חיובית** - התוצאה של העשייה צריכה להיות חיובית.
3. **הפרס צריך להיות פרופורציונאלי** להשקעה/לעבודה שהאדם השקיע.

אם נקפיד על שלושת תנאים אלה, נוכל לראות הצדקה של עבודה כמשטר של קניין פרטי. אנו רוצים קניין פרטי כדי לתגמל אנשים שמשקיעים ועושים את כל תנאים אלו. אנו רוצים לקדם את העולם ולתגמל את האנשים שמשקיעים עבודה.

1. **הצדקת היעילות/הרווחה המצרפית**

הצדקה זו באה ואומרת כי יותר יעיל לנו כחברה לגבש משטר של קניין פרטי מאשר משטר של קניין קולקטיבי.

אחד מהמאמרים היותר מוכרים הוא **The Tragedy of the Commons**. משאב משותף יתרושש מהר יותר ויאבד את ערכו מהר יותר מאשר משאב שנמצא בבעלות פרטית.

הוא מביא דוגמא של מרעה משותף של כמה וכמה רועים. לכל אחד מהרועים יש אינטרס שהפרות שלו יתנו את התוצרת הגבוהה ביותר, ויאכלו הכי הרבה. בסופו של דבר, אף אחד מהאנשים האלה לא יעצרו עד שהמרעה **יתרושש לחלוטין**. הם ימשיכו להכניס פרות עד שהמרעה לא יוכל להכיל אותן (לא יהיה יותר אוכל). כולם יודעים מה יקרה אם הם יכניסו עוד.

אם אנו יודעים שמותר להכניס בכל יום 4 פרות, בסופו של דבר כל אחד מהבעלים יכניס 5 פרות, כי חשוב לכל אחד מהם שהם יאכלו את העשב, **ולא מעניין אותם מה יהיה מחר**. כל אחד יגיד שהאחר יכניס 3 פרות במקום.

**דילמת האסיר** - לאנשים יש אפשרות לצאת בזול, אבל בסופו של דבר בגלל איזשהו פער מסוים, הם יובילו את עצמם לשלם יותר/לשאת בנטל גבוה יותר.

דילמת האסיר מדברת על 2 אסירים שעשו פשע במשותף ותופסים אותם. החוקרת צריכה הודאה לגבי אחד מהם/הפללה. הכלל הוא שאם שניהם יכחישו – אולי יכניסו אותם לכלא על משהו קטן לשנתיים בלבד. אם אחד מהם מודה ומפליל את השני – מי שהודה מקבל עסקת טיעון, וזה שהכחיש נענש קשות. אם שניהם יודו ויפלילו אחד את השני – הם יקבלו תקופות מאסר ממושכות בהשוואה לאם שניהם היו מכחישים.

הפתרון האידיאלי עבור שניהם זה להכחיש. בפועל שניהם מודים ומפלילים את השני. כל אחד בא ואומר – אם אני אשתוק, והשני ידבר, אחטוף עונש גדול. אם אבוא ואגיד, יהיה לי או 0 או 5 שנים. הוא שכח את זה שיש לו אפשרות טובה יותר (שנתיים ושנתיים לשניהם).

כשיש פערי מידע והאסירים לא יוכלו ליצור קשר – שני האסירים יודו ויישאו בנטל הכבד יותר.

זה בדיוק מה שקורה ב"**בעיית הפעולה המשותפת**" של **Hardy** – אין לנו כלי ורצון לשתף פעולה. כל אחד רוצה למקסם את האינטרסים שלו למרות שהוא מודע לכך שמקסום הרווחים פוגע בסך הכל המצטבר. האסירים בדילמת האסיר מודעים לעונשים והם עדיין בוחרים בתפיסה שפחות טובה להם, למרות שהם לכאורה מודעים מראש לכל הכללים.

רוב משאבי הטבע הם משאבים שיש חשש מאוד גדול שנכחיד אותם אם תהיה שם הרשאה חופשית. **Hardy אומר שההצדקה לעבור ממשטר קולקטיבי לפרטי היא** **הצדקת היעלות**. במידה ונעבור מקניין משותף לקניין פרטי (ולכל אחד תהיה חלקת קרקע קטנה משלו), ושם הוא ירעה את הפרות והכבשים שלו, לכל אחד יהיה אינטרס גדול יותר לשמור על הנכס שלו. אם לא יהיה אז למישהו אחר יגמר. יהיה לך אינטרס לשמור על הנכס.

**ברגע שיהיה משאב משותף – אף אחד לא ייקח אחריות** וכל אחד ינסה למקסם את התועלת שלו על כולם, ולכן עדיף קניין פרטי.

Hardy מסביר את התזה שלו – ככל שאדם מחויב לקחת אחריות וככל שהוא צריך להתמודד עם תוצאות פעילותו, האדם ישמור טוב יותר על המשאבים וימקסם את היעילות.

הdrive לעבור ממשטר קולקטיבי לפרטי זה בגלל קשיים אינהרנטיים של שיתוף פעולה בין בני אדם, ולכן אנו נהיה נצלנים לא יעילים של המשאבים שלנו.

**הרולד דמסץ (Harold Demsetz)** מוסיף שזה לא רק שמאגר משותף מייצר תמריצים הרסניים, אלא שהוא גם מעקר את האפשרות שלנו להתגבר על התמריצים האלה. חלק מהסיבות לכך הן לחלוטין טכניות:

1. **ניתוח כלכלי של המשפט אינו מניח שיטת קניין מסוימת** - ניתוח כלכלי יוכל לבחון ולנתח באילו סיטואציות שיטה אחת טובה יותר ובאילו סיטואציות שיטה אחרת תהיה טובה יותר. ניתוח כלכלי הוא בעצם **כלי** כדי להתמודד עם המציאות. יש לו בעיות של כימות המספרים, אבל אין ספק שהכלכלה נותנת לנו יכולת לעבוד בצורה מסודרת יותר, להשיג דברים ולהגיע לתוצאות מסוימות. אם ניתן כללים באוויר לא ניתן כללים מסוימים שצריך לפעול לפיהם. אין ספק שהניתוח הכלכלי נתן כלים מעשיים רבים למשפט לפעול, אבל **דמסץ** אומר שהניתוח הכלכלי בסה"כ מתאר את הכשלים, הבעיות וההנחות השונות שפועלות כרגע במשטר.

**Hardy** במקרה הספציפי תיאר מה יהיה נכון לעשות במקרה הספציפי של המרעה, **אבל** זה לא מחייב שזו השיטה הכי יעילה כלכלית. כל פעם הניתוח הכלכלי של המשפט בוחן את עצמו ואת המציאות מחדש, ובוחן האם חלו שינויים שמצדיקים מעבר ממשטר אחד לאחר. זה לא באמת שHardy- הצדיק משטר אחד באופן עדיף, הוא פשוט בדק מקרה ספציפי בו הרווחה המצרפית תהיה גדולה יותר אם כל אחד יהיה הכרחי לשטח שלו.

יש סיכוי טוב שבאיזשהו שלב הדברים האלה ישתפרו ואז נוכל לקיים משטר קנייני קולקטיבי ולא רק פרטי.

1. **הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות – על השותפים, על דורות העתיד** –גם אם היינו מתחשבים בעצמנו, היינו בעיקר מתחשבים בעצמנו ולא באף אחד אחר, ובעיקר לא בדורות הבאים. היינו דואגים שהמרעה הזה ימשיך לתפקד כל עוד שאנחנו מפיקים ממנו רווח. לא היינו עושים חסכון לעתיד או דאגה למראה לעתיד. דמסץ מצדיק את המעבר לקניין פרטי עקב סיבה זאת.
2. **האבולוציה – הן של נושאי הקניין והן של הדרכים למשטר קנייני** - היום אני יכול לפקח באופן טוב יותר על המרעה המשותף. יש לי אפשרות לצלם את המרעה. גם למשטר פרטי יש עלויות. יש עלויות לכלב של השמירה והפיקוח של המשטרה כשמפצלים את החלקות (פיקוח, שיטור ושמירה). אם אנו מסתכלים על הניתוח הכלכלי (הרווחה המצרפית) – גם המעבר של משטר פרטי כולל עלויות מסוימות שלא כלולות במשטר של קניין קולקטיבי ועלויות אלו צריכות לבוא לידי ביטוי.

אנו צריכים לשים לב שכל הזמן מחוקקים ונוצרים מוסדות חדשים שלא היו בכלל בתקופה שהארדי כתב את מאמרו (נובע מהטכנולוגיה וההתפתחות הכלכלית). כל ההתפתחות הזאת מחייבת אותנו לבדוק האם התפיסה של השיתוף = טרגדיה.

**למרצה חשוב שניקח את ההצדקה הכלכלית מכך** – ככל שאדם מפנים את כל ההחצנות על עצמו, הוא ימקסם את הרווח על עצמו, וכך הרווחה המצרפית תעלה. בעולם של דמסץ נולדים אמצעי שיטור חדשים, ואנו צריכים לבחון האם ההצדקה הכלכלית של היעילות לקניין פרטי עדיין מצביעה על העדפת הקניין הפרטי.

1. **הצדקת האישיות** –

מדובר בהצדקה ששונה בבסיסה מאוטונומיה, ושונה מהיעילות. **Margaret Radin** מדברת על מציאות שבה הקניין הפרטי מאפשר לבטא את האישיות של האדם בצורה טובה יותר. בעקרון זה נשמע כמו טענה הגיונית, אבל מצד שני, דיברנו על הביטוי העצמי הזה ב"אוטונומיה".

אז מה ההבדל בין אישיות לאוטונומיה?

מרגרט אומרת שיש נכסים שהם קרובים יותר לגרעין האישיות של האדם, כמו הבית, או טבעות נישואין. עבור אותו אדם שמקבל טבעת נישואין – לטבעת יש ערך הרבה יותר גבוה ממחיר השוק. מרגרט מדברת על ירושות (שיש להן שווי רגשי – כמו תמונות), ובית המגורים.

**מרגרט פורסת ציר בין הצד המסחרי לאישי – ככל שהנכס קרוב לאישיותו של האדם – צריך לתת לו הגנת קניין חזקה יותר.**

לדוגמא – בישראל רוצים לקחת את בית המגורים לטובת כיסוי חוב. ברוב המקרים ימנעו מהנושה לקחת את בית המגורים בגלל ההבנה שבן הזוג ובת הזוג לא צריכים לאבד את הנכס עם הרבה מאוד ערך אישיותי בגלל חוב כלכלי מסוים.

**יש על כך הרבה מאוד ביקורת אקדמית**:

1. **טיעון אמפירי – הטענה של רדין לא מוכחת אמפירית.** כדאי לבדוק אם יש נגיעה למציאות. לא בטוח שהנכסים האלה כל-כך קרובים לגרעין האישיות. במחקר בארה"ב סטפן אומרת כי לא בטוח בכלל שלאזרחים בארה"ב יש ערך אישי לבית בו הם גרו ומכרו.
2. **הדבר הזה יוצר פטישיזם לנכסים** – אנו מאדירים את הנכסים ומביאים אותם לחיבור אישי בין אדם לנכס שלו. רדין מעלה טיעון של פטישיזם כנגד כל התפיסה שנכסים מהווים קשר של בני אדם.
3. **הצדקת הקהילה** –

**התפיסה הליברטריאנית (נוזיק) -** לא דוחה לחלוטין את התפיסות של הקהילה, אבל היא בהחלט לא נותנת לה מעמד רציני בשיח הקנייני. מבחינת נוזיק הגורם הקנייני החושב הוא האינדיבידואל או הבעלים. הוא לא היה רוצה שהבעלים יידרש לכפוף את עצמו לשיקול דעת של אחרים, כי כל הכפפה כזאת פוגעת בחרות שלו. יש דברים שגם הוא יסכים, אבל הם מעטים מאוד.

**התפיסה הליברלית (חנוך דגן) –** ניסו ללכת בין הטיפות. חנוך דגן מכיר את הצורך של האנשים בקהילות, ומצד שני הוא ליברל אמיתי. הוא באמת מכיר בתפיסה האוטונומית שהאדם צריך להיות מסוגל לכתוב את סיפור חייו. עדיין, המאמר שלו מנסה להגיד איך עדיין אפשר לשמור על תפיסות של שיתוף בקהילה ליברלית.

הם אומרים שאפשר לשמור על שיתוף בחברה ליברלית, אבל:

1. **אדם לא יכול להידרש להקריב את עצמו לטובת הקהילה**.
2. **שימור זכות היציאה -** חייבת להיות זכות יציאה (exit) מהקהילה שהיא תהיה בלתי מוגבלת חוץ מתנאים קלים למניעת אופורטוניזם. אין בעיה שאנשים יחיו במסגרות שיתופיות, אבל האדם צריך תמיד לדעת שברגע שהוא רוצה לצאת מהקהילה הוא יכול לעשות זאת, למעט במקרים של אופורטוניזם – ניצול מהיר של סיטואציה מזדמנת. לא נרצה לאפשר לאדם לקפוץ מקהילה לקהילה באותה שנייה. צריך לשים תנאים מסוימים לעזוב, אבל הם צריכים להיות תנאים נמוכים.

**התפיסה הקהילתנית (אדוארדו וגרג) –** מתארים את תפיסת הקניין כמקרה בו האדם הפרטי יוכל להקריב חלק מהקניין שלו (אפילו חלק גדול) לטובת הכלל. **תפיסת הקניין היא מופרכת**. העובדה שאני מאפשר לבני אדם לחיות בקהילות היא לא רק סוג של חיוב. אם בני אדם לא יחיו בקהילות מתפקדות, בני האדם עצמם יפגעו (החיים שלהם לא יהיו שלמים ללא הקהילה). בגלל עובדה זאת שהחיים שלהם לא יהיו מלאים ושלמים – הם עשויים להידרש לתרום לקהילה כחלק משימור הקהילה. זה גם דומה לתפיסה של **אריסטו** שהיחיד והקהילה משפיעים אחד על השני, והיחידים לא יכולים לחיות באופן מלא בלי קהילות.

מבחינה קניינית – לגמרי יכול להיות שהשכן יעשה הצבעה להעלות את ועד הבית ל-1000 שקלים, ולי לא יהיה מה לעשות כי השגשוג בסופו של דבר יתרום לשגשוג שלי.

**המופעים שבהם הקהילה עשויה לבוא לידי ביטוי בדין הקנייני**:

1. **שלב הכניסה** – בארץ יש לנו את חוק וועדות הקבלה ליישובים. הקהילה מתערבת ומסננת את האנשים שרוצים לקנות נכס. אין לנו דברים כאלה בד"כ בבתים רגילים בעיר. כך גם בחלק גדול מהישובים הקהילתיים, אבל בחלק מהם יש וועדות קבלה שמסננות על בסיס ההשתייכות או היכולת של האדם לחיות על פי הערכים שמבנים את הקהילה, וכאן יש השלכה על היכולת שלי לרכוש קניין.
2. **המשטר בקהילה** – יש המון כללים שאנשים חייבים לעמוד בהם שהם לא מחויבים להם כשהם גרים במסגרות אינדיבידואליות. קובעים לך מתי אפשר להתקין מעלית, ודוד שמש... מדובר בדברים שמוסדרים בשלב המשטר של הקהילה.
3. **היציאה מהקהילה** – שלב זה אמור להיות נטול מחסומים. יש כמה אפשרויות ליציאה – כי האדם החליט שהוא רוצה לעזוב, או שהקהילה החליטה שהאדם צריך לעזוב, או שמדובר בהפקעה שמחייבת את האדם. בכל אחד מהשלבים הללו יש השלכה שמדובר בקהילה. כשאדם רוצה לעזוב לבד, אם הקהילה כוללת וועדת קבלה, יש אפשרות לסרב לרוכש פוטנציאלי של הדירה – ואז או שתעזוב בלי למכור את הדירה, או שלא תעזוב.

**במקרה של הפקעות** – האם המדינה מחויבת להתייחס לאובדן הקהילתי הזה בשלב של ההפקעה?

30.10.17

**שיעור 3**

בשיעור הקודם כמעט סיימנו את עניין ההצדקות לקניין פרטי. הנושא האחרון שדיברנו עליו היה הקהילה. בשיעור האחרון דיברנו גם על המופעים בקהילה (כניסה, משטר ויציאה).

**צדק חלוקתי בקניין**

לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות.

**טעם חיצוני** – מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות.

**טעם פנימי** – השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן.

בד"כ אנו מסתכלים על משפט כאינטראקציה בין 2 אינדיבידואלים. בדיני הנזיקין אין כוונה מראש ליצור מערכת יחסים. האם נכון להחיל כאן שיקולים של צדק חלוקתי במערכת יחסים כזאת?

אם אנו לוקחים שיקולים של צדק חלוקתי, והשאלה של הכנסת שיקולים אלו למשפט הפרטי היא עדיין סוגיה בוערת – אומרים כי זה יוצר עיוותים. מערכות היחסים הפרסונאליות האלה הן לא מערכות יחסים בהן אנו יכולים לבדוק את כל החברה כולה. אם נתחיל לעשות שיקולים חלוקתיים ניצור עיוות – כי אנו לא בודקים את מצב החברה כולה ביחס ל-2 אנשים אלו.

**במיסוי לדוגמא**, אנו כן יכולים לעשות שיקולים חברתיים כלליים מקיפים. **בקניין**, לחלק גדול מהאוכלוסייה אין קניין או דירה. אם נחיל שיקולים של צדק חלוקתי על בעלות של דירות, אנו משחקים משחק פנימי של העשירים (של אלה שיש להם, אלה שאין להם לא נמצאים במשחק ולא יילקחו בחשבון).

קשה מאוד לחשוב על דיני קניין בלי להתייחס לשיקולים של חלוקה הטעם הפנימי והחיצוני:

**הטעם החיצוני** אומר כי כל הכרעה משפטית משפיע על הצדק החלוקתי (ויתרנו על הדיור הציבורי, והולכים על כיוון של בעלות פרטית). כל החלטה כזאת בעלת השפעה על הצדק החלוקתי בנושא הקניין.

**הטעם הפנימי** – בתוך ההצדקות מתנהל ויכוח/שיקול חלוקתי. אם אנו רוצים להצדיק קניין בהרחבת חירות בחברה, אנו צריכים לחשוב על זכויות חברתיות שיתנו קניין.

הרחבת ה-Title "קניין" היא בעלת מאפיינים חלוקתיים.

במהלך הקורס נראה השלכות חלוקתיות. נראה האם הצדק החלוקתי יכול לחול בדיני הקניין, ואם כן, איך נכון להחיל אותו? (איך חומקים מהבעיות של צדק חלוקתי ושלב של עיוות מערכת הדינים).

**קניין פרטי – במה?**

1. **במה אנו מעוניינים להעניק קניין פרטי?**

הזכות לקניין לא יורדת מהשמיים. קניין הוא למעשה יציר החברה. אנו מגדירים מה יקבל את ה-Title של קניין, ואנו מחליטים למה אנו רוצים לקורא קניין ולמה לא.

1. **באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/המירות של נכסים?** אנו נראה שיש נכסים שלא נרצה להעביר אותם.

**פטנטים** – אנו נרצה להגן על זכויות היוצרים עקב ה**עבודה** שזו עבודתם ויצירתם, ועקב **הרווחה המצרפית** שרוצה להפוך את החברה לחברה טובה יותר.

אחת הבעיות עם פטנטים היא שדווקא פטנטים שעושים צעדים הרבה יותר קטנים בחברה הם אלו שמקבלים את תשומת הלב, בעוד פטנטים אחרים (כמו תרופות למחלות יתומות) לא מקבלות תעדוף. יש בד"כ מעט מאוד אנשים שחולים במחלה ולא משתלם לפתח את התרופה. אקמול יסובסד מאוד, אבל תרופות ייחודיות לא יכללו בסל התרופות.

**ברווחה המצרפית** כמובן שהיינו רוצים להציל יותר חיים. בגדול הזכויות האלה (הרווחה המצרפית) לפעמים עומדת בספק כשנתקלים במצבים כאלה – דברים שהם פופולאריים יותר/תורמים ברמות קוסמטיות מקבלים יותר מימון/הכרה בהשוואה לדברים יותר רציניים. יכול להיות שדווקא מציאת תרופות למחלות היתומות האלה היה יותר חשוב מאשר התמריצים למחלות קלות.

גם **הצדקת האישיות** יכולה להצדיק את הנושא של זכויות היוצרים. בחוק זכויות יוצרים יש פרק שמדבר על הזכות המוסרית – מדובר בזכות מוסרית שאנו מנסים לשמור על הביטוי של האישיות של היוצר ביצירה הזאת מעבר לתפיסה הכלכלית.

**הצדקת החירות** – **תמיד תמיד תמיד תהיה בכל זכות קניינית**. היא תמיד צריכה להופיע. ההגדרה של החירות חייבת להופיע כל פעם שאנו מדברים על זכות קניינית. חירות הבעלים בנכס שלו.

**פס"ד מקדונלד**

חברת בורגרקינג לקחה את אריאל לפרסומת שלה, ואז מקדונלד עשתה פרסומת מתחרה.

בזמנו של מכבי תל אביב היה כוכב ישראלי (בשם אריאל מקדונלד). חברת ברגר קינג עלתה על הרעיון, ולקחת את השם שלו (מקדונלד) ורק לאחר הורדת החולצה יתנו לו להיכנס. בתגובה חברת מקדונלד מצאה ראיון בו מקדונלד אמר שהוא מעדיף לאכול מקדונלד. זה הגיע לביהמ"ש כתביעה קניינית. ביהמ"ש עושה הפרדה בין הזכות לפרטיות והזכות לפרסום.

הזכות לפרסום הייתה לכאורה עד אותו רגע חלק מהפרטיות, אבל למעשה מדובר בזכויות מתנגשות.

הזכות לפרטיות מדברת על הזכות לאדם שישכחו אותו – לא יתעסקו עם נתוניו.

הזכות לפרסום זה משהו קנייני – אני רוצה למכור את השימוש בשם שלי. **הזכות לפרסום היא זכות כלכלית** (לא נפשית כזו או אחרת) שאותה אני רוצה למסחר / לתת לאחרים בתמורה לטובה כלכלית.

ביהמ"ש גילה כי אין לו מושג קנייני להיכנס אליו – אין התייחסות מהמחוקק, או תרכובות ואיזונים בין ערכים כאלו ואחרים. ביהמ"ש הפשיל שרוולים, בחן את כל ההצדקות ל"למה אנו נותנים זכויות קנייניות" – **אישיות** (מוכר את עצמו), **עבודה**, **רווחה מצרפית** (אנו רוצים שהזכות תוביל את האנשים להיות טובים יותר).

השאלה היא **האם ביהמ"ש צריך לבוא ולערוך את האיזון בין ההצדקות השונות?** בסופו של דבר ביהמ"ש פותר זאת בקונסטרוקציה של **עשיית עושר**. אין לו את היכולת להמציא מוסד קנייני של הזכות לפרסום, והוא בוחר מוסד קנייני מוכר ודרכו בוחר את הזכאות של מקדונלד. כל פסק הדין נועד לדבר על המוסדות הקניינים – דברי חקיקה שמגדירים לנו את האיזונים בין ערכים שונים. ברוב המקרים המחוקק עושה את הדברים האלה. בחלק מהמקרים ביהמ"ש מוצא את עצמו בלי מוסד קנייני ברור. הרבה פעמים ביהמ"ש הוא זה שעושה את האיזונים הערכיים. לפעמים המחוקק רודף אחריו ומתקן. לפעמים זה נשאר בתור הלכה ולא עושים יותר מידי.

**חוק הדיור הציבורי** – זה מוסד קנייני כי הוא קובע זכות קניינית שונה מזכויות קנייניות של בית פרטי.

מי שמקבל דיור ציבורי מקבל הטבה מהמדינה שחלק מהסכום הופך להיות מענק. אדם שגר בבית משותף לא מקבל את הזכות הזאת. יש לנו כאן שוני בהגדרת הזכות עצמה או המוסד הקנייני.

ההבדל בין זכות קניין בבית ציבורי ופרטי – **רווחה מצרפית**, **צדק חלוקתי** (מי שיקבל את זכויות הקניין של דיור ציבורי הם האנשים החלשים ביותר בחברה). במצבים האלה האיזון יהיה שונה לחלוטין מתוכניות אחרות.

זכות נוספת – **זכות דייר ממשיך** – אנו מבינים כי למרות שלכאורה הדירה ציבורית, אנו לא רוצים לגזור עוני מתמשך, אנו רוצים לאפשר לדור השני בטחון דיור מסוים.

**חוק שכירות הוגנת** – אף אחד מסעיפי הצעת החוק של חוק השכירות ההוגנת לא התקבלו. דברים אלו התפוגגו מהחוק. כל קביעת הרף של העלאת שכר הדירה, חובה לקיום חוזה ל-12 שנים – לא נכנסו בסוף. הייתה מחלוקת בין חירות הבעלים לערכים הקהילתיים, וכחלק מהרצון לאזן את הדברים, הדברים אוזנו בכך שלא קובעים את התקרה להעלאת שכר דירה וחיוב 12 שנה. יש כאלה שיגידו שעקרנו מתוכן את החוק, ובאמת במובן הזה צעדי חוק השכירות ההוגנת נכשלו, למרות שדרך ההבניה של המוסד הייתה התדיינות בין מחוקקים במשך 3 שנים.

**חוק הדיור המוגן** – גם מקנה זכויות קנייניות – מגבילים מאוד את זכות הקניין של בעלי הבניין. יש הרבה מאוד תנאים בחוק שקובעים איך הוא יכול לפעול. חלק מזה זה תנאים פיזיים (אבזור ומצב הדירות), חובת התקשרות בהסכם (בשפת הדייר) וחובה לספק שירותים לדייר.

אם אני בעלים של דירות – אני יכול להשכיר או למכור את הדירות. אני יכול גם ללכת על האופציה של דיור מוגן – ואז זכות הקניין שלי משתנה לחלוטין. היא לא הייתה מצטמצמת כל-כך אם הייתי משכיר את הדירות לאנשים שונים.

**חוק המקרקעין** – **בתים משותפים** – אם רוצים לתקן את המעלית, נצטרך לשתף. לכל בעלי הדירות יש אחריות הדדית לטפל בציוד המשותף, וזה לא בהכרח תואם לרצון הפרטי שלנו.

**ס'** **60 ב'** – קם לתחייה במלחמת המפרץ. באחד הבתים ברחוב יונה הייתה התמוטטות, ורוב בעלי הדירות רצו להרוס אותו ולהקים אותו מחדש – דומה לתמ"א 38. רצו להוסיף דירות כדי שהקבלנים ירצו. יש סרבנים שבאים ואומרים – עם כל הכבוד שאני גר במערכת קהילתית – יש גבול למה שאני מוכן להרגיש חלק מקהילה, וזה עובר בדירה שלי. אני לא מוכן להיות חלק מקהילה בדירה שלי. ס' זה הפך להיות הבסיס להתמודדות עם דיירים סרבנים בהתחדשות עירונית – אפשר לאלץ דיירים סרבנים להתפנות או אפילו למכור את הדירה שלהם.

זו פגיעה חמורה במיוחד בזכות קניינית – אבל זה מאפיין ייחודי לתחום קנייני זה.

**מאמר צ'ארלס רייך – the new property**

אי אפשר להיתקע רק במחשבות של מאה 18-19 על קניין, אלא צריך להתקדם קדימה – ולחשוב על הטבות כמו קצבאות, זכאויות, רישיונות. לא יכול להיות שכל הדברים האלה לא נכללים בהגדרה של קניין. רייך מספר לנו סיפור על אדם בתקופת המקרתיזם – תקופה חשוכה שבה חיפשו את הקומוניסטים בארה"ב וצדו אותם. היה אדם מסוים שזומן לוועדה וברח מארה"ב. על פי הבריחה הזאת הממשלה החליטה שהוא מפסיק לקבל הטבות (הוא ומשפחתו).

אז עלתה השאלה על ידי רייך – האם זה נכון לעשות זאת? האם הם לא קניין?

רייך טוען שהמדינה המודרנית היום מבוססת על ההטבות שניתנות לאזרחים.

**לדוגמא** – חייבים רישיון מהמדינה כדי לפעול. המדינה מחזיקה בידיים שלה כוח גדול.

רייך גם טוען כי אין ספק שהמדינה הרחיבה את התלות של בני האדם במדינה (קצבאות) ולכן היא מחזיקה הרבה מאוד כוח בידיים שלה. לא יהיה הגיוני להגיד שלא נכיר בדברים האלה מאשר קניין.

עמדה זו לא התקבלה בארה"ב – תפיסת הקניין בארה"ב קרובה לליברטריאניזם – הכל צריך להיות קניין פרטי מוגדר. בישראל היה לנו 2 מקרים שביהמ"ש דן בשאלה זו.

**פס"ד מנור**

**השופט ברק** מזכיר את רייך (הקניין החדש) ואומר שהמצב קצת שונה מאשר המצב של רייך – כי האנשים שילמו ביטוח לאומי כל החיים. זה בעצם חסכון מסוים (קצבאות הזקנה) ולכן לא מדובר על קניין חדש אלא קניין ממש. למעשה זו תכנית חסכון שלנו. ברק מאמץ בתפיסה מסוימת את העניין של הקניין החדש. למרות זאת השופטים האחרים לא הסכימו עם טענתו של ברק בנושא זה, וביהמ"ש היה נאמן לגישתו שלא מתערבים בהחלטות מדיניות. גרוניס וריבלין בעצם מצד אחד מסכימים לקביעה שהממשלה יכולה להמשיך עם הקיצוץ, ובו זמנית הם מעלים סימן שאלה מאוד גדול בנושא הקניין החדש – האם מדובר כאן בנושא בעל מאפיינים קנייניים? (אי אפשר למסחר או להעביר את הקצבאות), הם לא קובעים קביעה אבל נוטים ל-לא.

**פס"ד מנחם** – ניסו לעשות שימוש בקניין החדש אבל נסוגו מזה.

כיום במדינת ישראל **אין פס"ד** שמגדיר את כל נושא הרישיונות/הטבות/קצבאות כקניין של אותם המקבלים חוץ מנושא הקצבאות של ביטוח לאומי שיכולות להיחשב לחסכון.

דברים אלה לא נכנסו למשפט הישראלי עדיין.

**מאמר Joseph Singer The Reliance Interest in Property** (מפעל המתכת)

אחד החוקרים הקניינים המשמעותיים. יש זרם אחד של משפט וכלכלה, וזרם שני של סוציאליסטיים. **ג'וזף** יותר סוציאלי מליברטריאני.

העיר הייתה עיר שכל כולה הייתה מוכוונת למפעל. רוב האנשים בעיר היו עובדים של החברה. באמת היתה כאן תלות מאוד גדולה. הבעלים החליט יום אחד משיקולים לגיטימיים לחלוטין לסגור את המפעל. ניתן להקביל זאת לנגב קרמיקה היום – ההסתדרות נכנסה לעימות עם הבעלים הפרטי שהחליט שלא משתלם לו להחזיק את המפעל. היה רצון של העובדים לקבל את המפעל לידיהם ולהפעיל את המפעל, והבעלים סרב. ביהמ"ש מתחיל להסביר למה הגיוני שהעובדים יקבלו את המפעל, אבל בסופו של דבר – הוא קובע כי לבעלים יש יכולת לעשות מה שהוא רוצה עם הנכס.

**סינגר** מנסה להראות את התפיסה המעוותת הקניינית של השופט. אם היינו מסתכלים על מערכת המשפט בצורה פרוגרסיבית יותר ולא ליברטריאנית – היינו יכולים לקחת את הדברים היפים שהשופט דיבר עליהם ולפרוט אותם להחלטה משפטית..

**סינגר אומר כי אם אני עובד במקום עבודה 20-30 שנה, נוצרת לי זכות קניינית כתוצאה מאינטרס ההסתמכות על מקום העבודה**. **אינטרס ההסתמכות שלי** (לא הלכתי אחרי שנתיים) מסביר עד כמה הוא גבוה, וזה יכול להצמיח לי זכות קניינית בנכס הזה.

ברור שהזכות הקניינית לא תבוא לידי ביטוי כשהבעלים מפעיל את המפעל, אלא רק בשלב שהבעלים אומר שהוא נסוג. יש איזשהו מעבר של זכות הבעלות מבעל המפעל לפועלים.

1. **טיעון הראשון נגד המאמר של סינגר - הסתמכות – זה משהו נורא מעגלי**. זו טענה שאנו יוצרים אותה. אם היינו קובעים מערכת כללים שאסור להסתמך – אז אף אחד לא היה מסתמך. זו טענה מעגלית שבמשפט היא מאוד בעייתית. אנו קובעים כללים שמנציחים את הבעייתיות (אולי היינו רוצים לתמרץ אנשים להחליף עבודה?).

יהיה מאוד קשה (גם לג'ו) – יש כשל בטיעון ההסתמכות במשפט. אם המשפט נותן ביטוי להסתמכות הוא מנציח אותה והופך אותה לסטנדרט קבוע שלא בטוח שהיינו רוצים להפוך אותו לסטנדרט קבוע.

1. **הטיעון השני נגד המאמר של סינגר – יש כאן סוג מסוים של בלגן**. קשה להבין מתי מועברות הזכויות של המפעל מהבעלים לעובדים. סינגר מדבר על מעבר של זכויות. זה משהו לא כל-כך וודאי וברור, והמשפט לא אוהב חוסר וודאות, בטח שלא בזכויות קנייניות.
2. **הטענה האחרונה – ניסיונות של המשפט לעזור לאנשים חלשים הרבה פעמים מביאים לתוצאה הפוכה דווקא ביחס לאותם חלשים**. ניתן לחשוב על כל מני כללי מגן בעבודה – אם מעביד יודע כי הוא מחויב בתנאים של העסקה בהריון – הוא יתכנן לעצמו (בצורה לא חוקית ולא פומבית) שנשים לא יעבדו במפעל, כי הוא לא רוצה לקחת על עצמו את כל הבעיות והעזרה שהמשפט בא לתת לאותן נשים.

**במכירה של דירה** – אנו רואים שהרבה פעמים החוק קובע בטוחות מסוימות – הקבלן נותן בטוחות כנגד התשלומים שאנו משלמים. מי שבסוף מפסיד מזה זה אנחנו – הרוכשים. חלק מהעלויות הגבוהות נובעות מהבטוחות שחייבים לשלם הקבלנים. החזקים ידעו לגלגל את ההגנות על החלשים כנגדם. החשש הוא שיפטרו עובדים כל 10 שנים כדי שהם לא יקבלו זכות בעלות על הקניין. זו בעיה כללית ביחס של המשפט לאנשים חלשים – העזרה היא חרב פיפיות שדופקת את החלשים שבאנו לעזור להם.

**במה אנו לא רוצים לתת זכויות קניין?**

האם הזכאויות שלנו, הן כאלה שמותר לנו להעביר לאחרים, או שניתן להמירן בכסף?

סחר איברים – לכאורה האיברים בגוף שלנו הם נכסים שלנו ואנו יכולים למכור אותם לכל מי שרוצה.

**למה כן לאפשר סחר איברים?**

מלאי האיברים יגדל - אם נאפשר לעשות זאת בצורה חוקית, אנשים יבואו ויתרמו בצורה יותר גבוהה.

ימנע היווצרות שוק שחור - הטיעון הכי אפקטיבי לגבי הכשרת הזנות – הוא דווקא בגלל מניעת השוק החופשי/פראי. אנשים ממדינות לא מפותחות תורמים את אבריהם. Taboo Trades.

**למה שלא נרצה לעשות זאת?**

**בעיה חלוקתית** - ברור מי ימכור את חלקי הגוף שלו (החברה החלשה – מאגר חלפים לעשירים).

**מסחור של טובין אישיים** – המסר. אנשים ממסחרים את הדברים הכי אישיים שלהם – מסר פוגעני.

**החצנות על צדדים שלישיים** – זוגות שלא יכולים להביא ילדים באים לחוות אנושיות לגידול תינוקות. בסופו של דבר יש כאן צרכן, מישהי שאיכות חייה משתפרים משמעותית, אבל יש פה צדדים שלישיים כמו הילד.

אם נתיר סחר בדם – נקבל תמריץ לתרום דם תאורטית. עם זאת, דווקא כשעושים מעשה מצעד אלטרואיסטי – נרצה לעשות זאת יותר (אנגליה).

כל הדבר הזה מביא על איסור לסחר באיברים. כשמדובר על כליה בישראל ומעורבות של כסף – יש לנו בעיה. זה מעלה את השאלה של גבולות השוק – מה אנו לא מכניסים מלכתחילה לגבולות השוק?

**קומודיפיקציה** – הפיכה של מוצר למסחר. אנו כחברה/משטר/כנסת צריכים למנוע הפיכת דברים מסוימים למוצרים. אנו מוציאים את הדברים האלה מחוץ לשוק הקנייני.

**2 הטענות נגד קומודיפיקציה**:

1. **השחתה** – העובדה שאנו עכשיו ממסחרים משאבים מסוימים ומכניסים אותם לשוק פוגעת במשמעות של הדברים האלה (של המשאבים).

לקחת ילדים ולמכור אותם – היה מפחית/פוגע/משחית את משמעות הילד בחיים שלנו – ממשהו מאוד אינטימי למשהו שהוא בר החלפה.

גוף האישה – ברגע שנאפשר למסד את הזנות, אנו נשחית את המשמעות של גוף האישה.

השאלה האם הטיעון של ההשחתה מצדיק למנוע את מהאישה את הכסף באמצעות הולדת ילדים? לצורך העניין אנו קצת צבועים.

1. **כפייה** – אם אנחנו נאפשר לסחור במשאבים מסוימים, אנחנו נכפה על אותה אישה חלשה בהודו או על אותו אדם מסכן שיצטרך למכור את הכליה שלו – אנו כופים עליהם את המכירה. בשנייה שאנו מכשירים את הנתיב הזה – הם יהיו מחויבים לעשות כך כדי להתקיים.

**לסיכום –** יש ניסיון להרחיב את תוחלת זכויות הקניין למושגים שלא הוכרו בהכרח בדין. יש עמידה בצורה לדברים שאנו לא מכניסים לשוק הקנייני בדיוק מהסיבות שאנו כחברה לא רוצים ולא מעוניינים להכניס אותם פנימה. כרגע בישראל כל הדברים האלה עדיין מחוץ לשיח הקנייני.

**סיכום ביניים** – הזכות לקניין היא הכרעה חברתית (אין משהו ברור מאליו שהוא זכות קניינית – אנו כחברה החלטנו שהבעלים יקבל זכות קניינית על אותו משאב), כל הכרעות אלו יבוצעו על בסיס ערכים שונים – **חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית והקילה**.

כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש – הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים. צריך לעשות שינויים אלו מאוד בזהירות ובצורה מדודה.

**אין משמעות אחידה לזכות הקניין** – כשאני אומר שיש לי זכות קניינית רק פתחתי את הדיון המשפטי ואני צריך להסביר איזו זכות קניינית יש לו, ומה היקף ההגנה שצריך לתת לה.

**החוק הוא תולדה של איזון ערכי**.

**הבעלות!**

ס' 13 לחוק המקרקעין – סעיף זה אומר *שעסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בס' 11 ו12 ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת*.

1. מה מוסיפים ס' 11 ו12 על הקרקע?
2. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?
3. מהם החריגים שצופה החוק כשהוא קובע שאין הוראה אחרת בחוק?

**2. למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?**

**יש חשש מפני פיצול יתר.**

יש יחידות תכנוניות שלצורך העניין רישום המקרקעין חילקו במדינת ישראל את השטחים ליחידות תכנוניות שונות. יש יחידה שנקראת גוש (יחידה גדולה) ויש חלקות שמרכיבות את הגוש.

זה נותן לי אינדיקציה ברורה לבעלויות השונות. – אני צריך להגיע עם מספר גוש וחלקה כדי לזהות את הנכס הספציפי. בבית משותף יש תת חלקה – הדירה שלי בלשכת הרישום.

זה עוזר לקבל אינדיקציה על הנכס המסוים, אבל למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין?

אני לא יכול למכור חצי מהדירה שלי (רק הסלון ומהטבח). זה לא מונע בעלויות משותפות – אני יכול למכור 20% מהדירה שלי (בעלים במשותף) אבל הבעלות היא בכל גרגר וגרגר מהחלקה ביחס שקנינו. אי אפשר לעשות עסקה בחלק מסוים מהמקרקעין.

ביום רביעי הבא יהיה שיעור תרגול (שמלמד חומר נוסף), ויהיה בו בוחן על חומרי הקריאה בתחילת השיעור. זה בוחן קצר של עובר/לא עובר בלי ציון.

01.11.17

**שיעור 4**

**המשך הבעלות!**

בשיעור הקודם - ס' 13 קובע כי עסקת המקרקעין..... (משיעור קודם)

אמרנו שיש 3 שאלות שנתייחס אליהם. השאלה האחרונה היא מה מוסיפים ס' 11 ו12 על המושג קרקע, למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין והשאלה השלישית....

עסקנו בשאלה הראשונה – למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין

**2. למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין? – המשך**

בעלות משותפת באה ואומרת שיש לנו חלק יחסי בכל גרגר וגרגר בחלקה. החלקה היא של שנינו והפערים בהשקעה שביצענו באים לידי ביטוי באחוז המסוים שלנו בכל גרגר בדירה.

אם היה אפשר לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין, היינו קונים ביחד דירה, אני הייתי מקבל חלק מהחדרים, וכל אחד היה הבעלים הפרטי הנפרד של אותם חדרים.

החוק אומר שאי אפשר לעשות זאת, כי קיים **חשש מפני פיצול יתר**.

כשיש לנו מצב של פיצול יתר, הנחת המוצא היא שהגופים שאחראים על התכנון במדינת ישראל, כשהם חלקו את הגושים והחלקות, עשו זאת בצורה המיטבית מבחינת צרכי החברה (בצורה האופטימלית). במידה ואנו נאפשר בעצם חלוקה פרטית (על עסקה בעלים של מקרקעין לגורם אחר תאפשר לו לעשות חלוקה פרטית) אנו עלולים להגיע למצב של פיצול יתר.

**אז מה הבעיה בפיצול?**

הסיפור כאן הוא לא בהכרח למנוע כל פיצול שהוא, אלא הוא מתבסס על חוסר האיזון של הקלות בפיצול לבין הקושי של להחזיר את המצב לקדמותו.

נניח שיש לנו חלקה של 100 דונם – יהיה מאוד קל למצוא אנשים שיקנו חלקים מהחלקה, אבל יהיה קשה מאוד להחזיר את החלקה למצבה הראשוני.

כשיש חוסר איזון כזה – אנחנו מפחדים שאנו נפגע בעצם במטרות הציבוריות החברתיות הציבוריות שמגולמות מהחלוקה הראשונה.

1. **הסיבה הראשונה: בעיות איתור** – הסיבה שיהיה קשה להחזיר את הפיצול למצב הראשוני שלו הוא שיהיה קשה לנו מאוד למצוא את הבעלים. יש החלפות שלא נרשמות בטאבו. יש מצבים שבהם בעלים נעלמים. יש מצבים שבהם יש יורשים של אדם שמת. יהיה לנו מאוד קשה לאתר את הבעלים.
2. **הסיבה השנייה: עלויות עסקה** – גם אם אני אצליח לאתר את הבעלים, יש כאן הגדלה משמעותית בעלויות העסקה. באופן עקרוני קל לנו מאוד לפצל, ואחרי שאיתרתי את כל הבעלים, יש לנו עלויות עסקה מאוד גדולות כדי להחזיר את המצב לקדמותו.
3. **סיבה שלישית: פעולה משותפת (בעיית הסחטן)** – אם יש לנו 10 חלקות, ואנו צריכים את כולם כדי לבנות בית חולים, תמיד האחרון יבין שחייבים את החלקה כדי לממש את המטרה, ואז המחיר קופץ וכחברה אנו משלמים סכום הרבה יותר גבוה ממה שהיינו רוצים לשלם.

כל בעיות אלו יקשו עלינו מאוד להחזיר מחדש את החלקה למצבה הראשוני, וגם אם יהיה אידיאלי/רצוי/כלכלי להחזיר את החלקה למצבה הראשוני, כנראה שבגלל כל הכשלים האלה המצב הזה לא יקרה (לא נצליח לחזור למצב הראשוני).

**פירוק שיתוף** (דוגמא לעד כמה החוק לוקח בחשבון את החלוקה התכנונית)

אם יש לנו 2 אנשים שהם בעלים במשותף בקרקע שמעוניינים להתפצל (כמו 2 בני דודים שקיבלו ירושה ביחד) – הם יכולים לפנות לביהמ"ש ולפרק את השיתוף ביניהם.

מפרקים את השיתוף על פי הסכם – בד"כ כשנכנסים לשותפות במקרקעין עושים גם הסכם פירוק. הסכם פירוק שיתוף בא לנסות להגדיר מה יקרה כשננסה להתפצל.

ס' 38 (א) – *"פירוק שיתוף יהיה על פי הסכם. נקבע שהמקרקעין יוכל להיות מפוצל בעין. טעון ההסכם כי אישור המפקח המאשר...."*

גם אם אנו מכירים בחופש החוזים, וגם אם אנו מכירים בכך שהשותפים הם שותפים כפויים מכורח הצוואה, בסופו של דבר חלוקה בעין (ממשית ל-2 חלקות שונות) מחייבת אישור שזה תואם את הוראות חוק התכנון והבנייה, זאת עקב החשש מפיצול יתר והאמונה כי הפיצול הראשוני נעשה במטרה להטיב עם החברה בצורה האופטימלית.

אם פיצול היתר הוא תופעה שממנה אנו חוששים והחששות הם שלא נצליח לחזור לחלוקה האופטימלית – מי אמר שהחלוקה החדשה היא לא האופטימלית? **האם השוק לא יודע להתמודד? למה צריך לעשות רגולציה? השוק הרי יסתדר בעצמו.**

1. **הטיעון הקלאסי הוא שיש כאן כשל שוק** – מדובר בחסמים בפני היכולת לנהל שוק חופשי אמיתי בסיטואציה הזאת. זו אחת ההצדקות לאסור את חלוקת היתר הזאת.
2. **טיעון שני – שנאת סיכון ציבורי** – יכול להיות שהשוק כן יוביל אותנו לתוצאה אופטימלית. כשמדובר במשאבי ציבור, אנו מפתחים איזושהי שנאת סיכון גבוהה יותר מאשר האדישות או שנאת הסיכון הרגילה. כשמדובר על משאבים בעלי חשיבות מאוד חשובה לקניין שלנו – יכול להיות שאם היה מדובר במשאב אחר (מיטלטלין) – היינו יכולים להיות קלים יותר על ההדק, אבל כשמדובר בקרקע, אנחנו מרימים את סף שנאת הסיכון שלנו. במצב הזה אנו יכולים לחשוב על שהשוק יכול היה להגיע לתוצאה אופטימלית – אבל אנו לא מאפשרים את זה מטעמים של שנאת סיכון במשאבים ציבוריים.

**3. מהם החריגים שצופה החוק כשהוא קובע שאין הוראה אחרת בחוק?**

אמרנו שאסור לחרוג בעסקה במקרקעין, אבל כבר בס' 13 כתוב שיהיו חריגים בהם כן ניתן יהיה לעשות עסקה במקרקעין. אז מהם החריגים?

* **בעלות נפרדת בדירות** – רוב האוכלוסייה בישראל חיה בבית משותף. יש לנו רכוש פרטי (הדירה) ורכוש משותף (העבודה הראשונה שלנו על זה – לא נעבור עליו בשיעור). אחד הדברים המשמעותיים בבית משותף זה ההבחנה בין הדירה הפרטית לבין הרכוש המשותף.

השאלה בכל הסיטואציה הזאת זה מה העיקר בבית משותף? האם בית משותף זה בעלות פרטית שקצת אנוסה? (נאלצים לחיות ביחד) או שמדובר במצב אידיאלי (אנשים רוצים לחיות בבתים משותפים, ולא רוצים לחיות כמו אטומים, כל אחד בחלקה שלו)?

אם זה משהו שנכפה עלינו – ניתן יותר מקום לאינדיבידואליזם. אם זה נעשה במשותף – יהיו יותר חובות.

החוק קובע בצורה ברורה בסעיף 54 – *"על אף האמור בסעיף 13, תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות".*

מדובר כאן בתת חלקה – החוק מאפשר לנו לעשות עסקאות נפרדות בדירות כאלה.

כל הבית הוא חלקה אחת, והדירה שלי היא תת חלקה. זוהי החרגה ראשונה של חוק המקרקעין.

* **זיקת הנאה** – (ס' 93) (ג) – *"על אף האמור בסעיף 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין."* בעצם יש לי שטח שהוא שלי, ולמרות שהוא שלי אדם אחר יכול לעבור בשטח שלי.

**איך מקבלים את זיקת ההנאה?**

ניתן לעשות **הסכם** שאני יכול לעבור אצלך בקרקע (אופציה קלה).

בנוסף, זיקת הנאה יכולה **להירכש רק מכוח הפעולה עצמה** (30 שנה השתמשתי בקרקע והבעלים לא מחה). ניתן ללכת ולרשום ממש את זיקת ההנאה הזאת אחרי 30 שנה.

**זיקת הנאה לא מאפשרת לך להחזיק במקרקעין**, אלא רק להשתמש בו. (היה פינוי של תחנת כוח קטנה שהיה צריך לפנות מטעמי בטיחות, והתושבים שם לא רצו ללכת. העורך דין טען שהתושבים יושבים בקרקע 50 שנה תחת זיקת ההנאה. השופט הציע לעורך דין לתקן את כתב התביעה. לא יכולה להיות זיקת הנאה שמאפשרת לך להחזיק במקרקעין).

אז מדוע החוק קובע במפורש שיכול להיות שתהא זיקת הנאה לגבי חלק במקרקעין?

אין שום סיבה למנוע רישום של הערות זיקת הנאה על חלק במקרקעין כי זה לא מקיים את הרציונל של האיסור מלכתחילה. האיסור נועד למנוע מצב של פיצול יתר. זיקת הנאה לא מפצלת את הבעלות במקרקעין. לכן הכלל של סעיף 13 לא חל.

* **הפקעה** – **פס"ד אקונס** – סיפור של מנהרות הכרמל. היה צריך לכרות את המנהרות מתחת לפני הקרקע.

מה שהמדינה עשתה בפסק דין אקונס הוא להפקיע את התת קרקע, אבל המדינה אמרה שהיא לא רוצה להפקיע את כל הקרקע כולל פני השטח בשביל כמה מנהרות מתחת לפני הקרקע, אבל אנו כפופים לסעיף 13 – אני לא יכול להפקיע חתיכה מהקרקע. לכן המדינה אמרה שהיא לא תפקיע בעלות, אלא את זכות החזקה והשימוש – הבעלות על הקרקע נשארה בבעלות הבעלים, והמדינה בעצם הפקיעה רק את זכות החזקה והשימוש בתוואי של המנהרות.

הצדדים הגיעו עם זה לביהמ"ש, וביהמ"ש לא קיבל את טענת המדינה – ברור לכולם שמנהרות הכרמל לא נועדו לתפקד לתקופה מאוד קצרה, אלא אמורות להיות להרבה מאוד שנים. אחרי שהוצאנו את העפר, אין כוונה להחזיר אותו למנהרה. השופטת נאור אומרת כי עושים כאן קונסטרוקציה משפטית שהמדינה חשבה שהיא הכרחית – אבל היא לא מתארת את המציאות בשטח. נאור מציעה להפקיע את הבעלות על חלק מהמקרקעין – על הרובד התת קרקעי. אבל איך עושים זאת עם סעיף 13? אנו פוגעים בכל הרציונל של חלוקת קרקעות.

**השופטת נאור** אומרת כי הפקעה של מקרקעין **היא לא עסקה במקרקעין**. ס' 13 אומר שאין תוקף לעסקה, והפקעה זו לא עסקה, בין היתר כי הפקעה בד"כ כן לוקחת בחשבון שיקולים סביבתיים תכנוניים (בניגוד לפיצול פרטי) במקרה כזה זה לא נכנס בכלל לגדר של סעיף 13.

הפקעות באמת יכולים להיעשות על חלקים מאוד מסוימים בחלקות.

למרות שפסק הדין הזה התקבל מזמן, מדינת ישראל סוף סוף מתקדמת ועושה רישום תלת ממדי. בגדול הולך להיות שינוי בגלל פסק הדין הזה. יש התייחסות מעשית להכרעות אלו.

* **שכירות** – ס' 78 *"על אף האמור בסעיף 13 ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין"*

(במבחן – הרבה פעמים שכאשר יכנסו שאלות מדיניות של שינוי מילה, הרעיון הוא תמיד לחזור לרציונל שאוסר או מצדיק את הפעולה ,ולראות האם המקרה הספציפי הזה עונה על הרציונל. יהיה הרבה יותר קל אם נחזור אחורה ונבין למה בעצם אסור לעשות משהו).

שכירות באופן עקרוני (שכירות קצרת טווח) לא מאיימת על המקרקעין. השוכרים באים לשנתיים-שלוש ומפנים את הדירה. לא משנה אם יהיו 4 שותפים, כי הבעלים של החלקה נשאר אחד.

הבעיה מתחילה כשמדובר על שכירויות ארוכות טווח – או באופן ספציפי **חכירה לדורות**.

באופן עקרוני, רוב המקרקעין בישראל הוא לא מקרקעין פרטי. רוב המקרקעין שייך למדינה עם קק"ל ורשות מקרקעי ישראל. 10% זה קרקע פרטית, 90% זו קרקע מדינתית.

יש לנו בעלות על הדירות באמצעות חכירה לדורות (הסכמים ארוכי טווח). רשות מקרקעי ישראל כורתת אתנו חוזים ל-49 שנים כל פעם. אם נרצה למכור את הדירה – נצטרך לבקש אישור מהרשות להעביר את הזכות למישהו אחר. אנו עדיין משכירים/חוכרים את הקרקע, ולכן אם הקרקע היא של הרשות, נצטרך להביא אישור מרשות מקרקעי ישראל על מכירת הקרקע.

השאלה היא מה קורה לשכירויות ארוכות טווח + חכירה לדורות ביחס לחריג.

**פס"ד לוסטיג –** הייתה חלקה אחת, ובאיזשהו שלב בעלי החלקה מחליט להשכיר לתקופה ארוכה של 999 + 999 שנים לגורם אחר. למעשה לקחו חלקה אחת וחילקו אותה למעשה ל-2 משפחות/בעלים שונים. היה שם סיפור על זכויות בנייה, והשאלה שעלתה שם היא האם באמת שכירות ל-999 שנים היא העברת בעלות בנכס או שהיא עדיין שכירות?

אם מדובר בבעלות, אז אסור לפצל את החלקה. אם מדובר בשכירות (אחרי 999 שנים) אז היא נכנסת תחת החוק.

ביהמ"ש מנתח מהו מושג החכירה לדורות, והוא מגיע למסקנה שמדובר במשהו שהוא לגמרי עונה על פי כל הרציונליים בסוג של בעלות. הוא מסביר למה – רציונל הבעלות זה שליטה וניהול בנכס... כל התנאים האלה קיים כאשר השטח הוא ל-999 שנים.

**עם זאת**, עם כל העובדה שזה מאוד קרוב לבעלות – זה עדיין מוגדר כשכירות, ולצורך העניין זה נכנס לסעיף 78 ומותר לעשות זאת.

ביהמ"ש למעשה מבטל את כל הרציונל של סעיף 13. אם כל המדינה מתנהלת בחכירות, אין כמעט שום משמעות לסעיף 13. ביהמ"ש מודע לכך, ולמרות כל זה ביהמ"ש מכריע שחכירה לדורות נכנסת לסעיף 13, גם ל-999 שנים.

באמת בשכירויות ובחכירות ניתן בעצם להתגבר על האיסור של סעיף 13 לפצל את הקרקעות.

* **ירושה** – כמו הפקעה, בעצם הדרך להוציא ירושה מגדר סעיף 13 דומה להפקעה, רק שבניגוד להפקעה, כאן חוק המקרקעין קובע במפורש שירושה היא לא עסקה במקרקעין.

ירושה היא לא עסקה במקרקעין, אלא המשכיות – ולא קרה אירוע מס.

ס' 6 לחוק המקרקעין *– עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכאות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה*.

אם אין צוואה זה עושה מעט בעיות, אבל הורשה על פי צוואה לא מוכרת כעסקה במקרקעין ולכן זה לא מוגבל. לא היינו רוצים לתת למוריש לתת לנו פיצול, וזה בהחלט לא מצב אידיאלי לתת למישהו שלא נושא בעלויות לעשות את הפיצולים הללו.

**1. מה מוסיפים ס' 11 ו12 על הקרקע?**

**ס' 11 - עומק וגובה**

סעיף 11 מדבר על רבדי הבעלות השונים – רובד תת קרקעי, קרקעי ועל קרקעי – שכולם נמצאים בבעלותו של הבעלים, אבל יש לנו בעיות – יש דינים מיוחדים שמתייחסים לנפט ומחצבים, והבעלות העל קרקעית (החלל) כפופה לכך שניתן לטוס מעל השטח שלך בלי בעיות.

אקונס הפקיעו את החלק התת קרקעי, אבל מאותו רגע יש בעיה של רישום הרובד התת קרקעי. אם המדינה רוצה להפקיע שליש מהחלקה – הפרוצדורה הרגילה היא שהמדינה מפקיעה שליש מהחלקה, ואז מעבירים את הבעלות על שם הרשות שהפקיעה. אנו יכולים לעשות זאת כי מערכת הרישום שלנו היום היא מערכת דו ממדית שיכולה לחתוך חלקות אלו במישור של פני השטח. **עם זאת** , אין באפשרותנו לרשום בעלויות ברובד תת קרקעי. ביהמ"ש אמר שממש מפקיעים את הרובד התת קרקעי – וכיום זה עובד באמצעות **רישום הערת אזהרה** – המנהרה שייכת לבעלים. הערת אזהרה היא לא זכות קניינית לפי הרישומים של היום, אלא רק "אזהרה".

מה שהולכים לעשות זה לשנות את כל המערכת, ותהיה מערכת שתסתכל על כל הקרקע על כל רבדיה – ניתן יהיה לעשות את כל הפיצולים. כל המערכת הזאת נכנסת לטובת מימוש פסק דין אקונס. הפקעות יהיה ניתן להפקיע רבדים תת קרקעיים. (בניית קניונים תת קרקעיים).

**ס' 12 – מחוברים**

נושא שתמיד עולה במבחנים – תמיד יש במבחן נושא של מחוברים. מדובר באחת השאלות היותר משמעותיות בשוק הישראלי, וגם אחת השאלות שקל להרחיב עליה.

*"הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו בידי בעל המקרקעין או בידי אדם אחר."*

**לדוגמא:** יש לנו משכיר של דירה, כשהאדם ששוכר את הדירה רוצה להתקין מזגן, ואז להוציא אותו כשהוא ילך. מה קורה כשהבעלים תוך כדי תקופת השכירות מוכר אותה לבעלים אחרים?

כל רוכש דירה שנכנס רואה מזגנים בדירה. מה קורה כשהשוכר מסיים את תקופת השכירות? הרוכש הפך להיות הבעלים, והשוכר מסיים את תקופת השכירות. אז האם מותר לשוכר להעביר איתו את המזגן?

**דוגמא 2:** אדם שיש לו מפעל ולצורך העניין צריך או לסגור את המפעל או למכור ציוד כדי להתקדם למאה ה-21. אין לו כסף, אבל יש לו קרקע ומפעל. על מנת לרענן את המפעל ולהוביל אותו לדרך חדשה – הוא צריך לרכוש את המכונה החדשה ביותר בשוק. הוא לוקח הלוואה לרכישה של המכונה.

בנק לאומי התרשל והלווה את הכסף בלי למשכן את המכונה הספציפית, והקרקע הייתה ממושכנת כבר לפני כן לבנק דיסקונט.

למרות רכישת המכונה המפעל קורס, והדבר היחידי שנשאר זו הקרקע והמכונה הזאת. מי גובר? בנק לאומי או דיסקונט?

לבנק דיסקונט יש משכנתא על הקרקע, ולבנק לאומי יש משכנתא. במה תלויה ההכרעה מי יקבל מה בנוגע למכונה? (בנק דיסקונט בטוח יקבל את הקרקע). מדובר במכונה שנמצאת במפעל.

השאלה של מחוברים היא איך אנו מתייחסים מבחינה משפטית למכונה הזאת – האם המכונה היא מיטלטלין (נכס בפני עצמו), או שהנכס הזה הוא ממש חלק מהמקרקעין?

אם זה חלק מהמקרקעין – בנק דיסוקנט ייהנה מהמכונה. אם מדובר בנכס עצמאי שלא קשור לקרקע – אז בנק דיסקונט יגבה מהקרקע, ובנק לאומי יגבה את תשלומיו באמצעות המכונה.

**מתי נכס של מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה, והופך לחלק בלתי נפרד מהמקרקעין?**

על פי ס' 12, "*הבעלות חלה על* ***הבנוי והנטוע****, כולל מה שמחובר* ***לחיבור קבע****, זולת כאלו הניתנים להפרדה".*

החוקר העיקרי שעסק בנושא היה **ויסמן** (עמ' 130-150). הוא מבטא תפיסה **ריאליסטית של קניין**.

מדובר בתפיסה שמסתכלת על המציאות ולא נצמד להגדרות מאוד נוקשות של החוק.

ויסמן מגלה את הצדק הריאליסטי שלו בשונה להתייחסות שלו לבעלי הקניין (הוא מאוד פורמליסט כלפיהם).

לכאורה, החוק מנוסח בצורה מאוד טכנית. כל מה שאי אפשר לנתק – הוא חלק מהמקרקעין. מה שניתן – לא חלק ממנו. ויסמן מציע **3 מבחנים** בנוגע לשאלה איך לקבוע האם נכס מסוים/מבנים/עמדת מכירה הופכים להיות חלק מהקרקע, או שמדובר בנכס עצמאי?

1. **מבחן החיבור הפיזי** – מדובר מבחן הקבוע בצורה ברורה בהוראה של ס' 12 לחוק.
2. **מבחן סוג הנכס** – ויסמן קצת נסוג מהתפיסה הפורמליסטית. הוא מנסה לבחון את הנכס הספציפי בצורה מציאותית.
3. **מבחן הכוונה** – נסיגה מההגדרה הטכנית של החוק.

**1. מבחן החיבור הפיזי** – האם התוצאה של חיבור המיטלטלין למקרקעין היא כזו שלא ניתן יהיה להפריד את המיטלטלין בחזרה בלי שהמיטלטלין או הקרקע תיהרס?

זה יכול להיות או פגיעה במיטלטלין עצמו (המכונה עצמה תיהרס בעת הניתוק) או פגיעה במקרקעין, או שהמיטלטלין הזה מאבד את הקיום שלו במובן מסוים אם אנו מנתקים אותו – כמו לבנה. כל עוד שלבנה חלק מבניין – זה בניין. אם נוציא את הלבנה, היא מאבדת את הזהות שלה בתור חלק ממשהו.

בנוסף, ויסמן אומר שהדבר שמעניין אותנו הוא לא האמצעים הפיזיים שבהם השתמשו, ויותר התוצאה עצמה של החיבור של המיטלטלין לקרקע.

המבחן הפיזי הוא המבחן הקלאסי. אם היינו מסתפקים במבחן הזה ויסמן היה אומר שהוא פורמליסט ערכי. הנסיגה הפרשנית פה היא שזה **לא רק האם ניתן להפריד, אלא גם האם יגרם נזק**.

**2. מבחן סוג הנכס** – אנו צריכים להסתכל על הנכס ולבחון האם הנכס הזה מסוגו הוא בד"כ מחובר באורך קבע או שהוא לא נועד להיות מחובר באורך קבע. כבר כאן ויסמן מסמן נסיגה מחיבור פיזי (לדוגמא – פס"ד שעוסק ביחידת קרקע שבנו עליה יציע שלא היה מחובר עם בטון. משקל הבנייה היה הרבה יותר מסיבי מדברים אחרים שעמדו על הקרקע. למרות זאת ביהמ"ש הכריע שהיציע לא מחובר למקרקעין כי הוא לא מחובר פיזית, אלא רק יושב על הקרקע. ויסמן מבקר זאת, ואומר שלא יכול להיות שיש מתקן משמעותי על המקרקעין עם משקל מאוד כבד שמעיד על חיבור לקרקע, והדבר היחידי שאנו בודקים הוא חיבורו לקרקע. אנו צריכים לבדוק את המשמעות של החיבור לקרקע, אבל מבחינת מהותית ולא טכנולוגית).

ויסמן מבקש לבחון האם הנכס מחובר לקרקע ודרכו (נועד) להיות מחובר באורח קבע – כמו מזגן, מרצפות, חלונות, תריסים... דברים שלא מחוברים לקרקע זה ספות, כסאות, שולחנות...

(במבחן – צריך לדון בכל אחד מהמבחנים האלה ולראות איך אנחנו מכריעים. לא משנה את המרצה מה נכריע – אבל צריך להיות דיון על למה הכרענו).

**3. מבחן הכוונה** – אין שום מילה בס' 12 שמדברת על כוונה. מאוד קשה להכניס שאלות של כוונה לתוך הסיפור של מחוברים, ועדיין ויסמן עושה את המהלך. אנו צריכים לראות למה התכוונו – האם התכוונו שהנכס יהיה מחובר, או שהתכוונו שהוא לא יהיה מחובר?

לא מיד ברור שהשוכר התכוון לקחת את המזגן איתו, וגם אם זה לכאורה ברור, עדיין יכול להיות שבמערכת היחסים הספציפית היה משהו ששינה את הכוונה. מבחן הכוונה אמור ממש להשפיע על המחובר.

**יש בעיה בכוונה** – אנו מוציאים את המבחן הטכני/פיסיקלי משאלת המחוברים (אנו לא מביאים מהנדס), ואנו צריכים לנתח כל מקרה לגופו האם במקרה הספציפי הזה מדובר במשהו שהוא חלק מהקרקע, או שלא.

מבחן הכוונה על פי ויסמן הוא לא מבחן אחיד. צריך לעשות הפרדה בין צדדים קרובים לבין צדדים רחוקים, כשההבדל בין 2 הדברים האלה יהיה האם מבחן הכוונה יהיה **אובייקטיבי או סובייקטיבי**. האם יעניין אותי באמת מה השוכר ומהשכיר הסכימו ביניהם, או שאני בעצם יסתכל על המצג שהציגו בפני העולם ואנתח את הכוונה על בסיס מדד אובייקטיבי? (האדם הסביר).

* **צדדים קרובים (סובייקטיבי)** – אם אני, בעל המזגן, עומד מול השוכר של הדירה – זה צדדים קרובים. אנו ידענו מה היה משמעותו של המזגן. יש ללכת לחוזה, להבין מהי הכוונה הסובייקטיבית בין 2 הצדדים הללו. הכוונה הסובייקטיבית יכולה להשפיע על התוצאה **גם אם המבחנים האחרים לא ברורים**. גם אם מבחן החיבור הפיזי לא ברור, מה שייתן לי את ההכרעה/היכולת להכריע זה ההכרעה האם הכוונה הסובייקטיבית של השוכר/משכיר זה שהמזגן יהיה חלק מהמקרקעין או שזה יהפוך למיטלטלין והשוכר יוכל לקחת את זה איתו כשהוא יסיים. זה למעשה נתון לשיקול דעתו של ביהמ"ש.
* **צדדים רחוקים (אובייקטיבי)** – אנו מסתכלים על האדם הסביר/האנשים הסבירים על מנת להכריע, ולא מסתכלים על הכוונה הספציפית שהייתה לבעלי הדין. ברגע שאנו פורצים את המסגרת של הדיון האינטימי בין 2 בעלי דין, ועוסקים באנשים שלא יכלו לברר מה הייתה הכוונה הסובייקטיבית – אנו לא מתחשבים בסיטואציה הזאת בכוונה הסובייקטיבית. **לדוגמא** – במקרה של בנק דיסקונט ולאומי עם המפעל, בנק דיסקונט לא יכול היה לדעת על הכוונה של העסקה בין בנק לאומי והמפעל. מה שמעניין את וייס זה התפיסה האובייקטיבית – האם כשאנו מחברים מכונה כזאת, מבחן הכוונה של אנשים סבירים זה להוציא את המכונה או להשאיר אותה?

זה די מחזיר אותנו ל-2 המבחנים הקודמים.

במבחן כשנוגעים לצדדים קרובים נעבור על המבחנים עד שנגיע למבחן הכוונה הכנסת המזגן נעשית מול הבעלים הראשון, ואז נכנס רוכש חדש לדירה.

מה קורה שנכנס צד שלישי לתמונה כשמגיעה תום תקופת השכירות? בין הרוכש למשכיר אין מערכת יחסים ישירה ,ולכן מבחינת המזגן – הרוכש הוא צד שלישי/חיצוני/רחוק, והוא לא היה בדיון בין הבעלים לשוכר.

**גם בדוגמא של הבנקים** – הבעלים יכלו לקבוע שמדובר בשעבוד חזק, זה רק היה בין בנק לאומי למפעל. צריך לבדוק את הכוונה הסובייקטיבית שלהם. אבל כשנכנס בנק דיסקונט – זה כבר צד רחוק, כי הוא לא חלק מההגדרה הסובייקטיבית שלהם. יש לו זכות במקרקעין, והשאלה היא שאלה אובייקטיבית בין צדדים רחוקים מול בנק דיסקונט ולאומי. אין קשר ישיר בין דיסקונט ללאומי.

**צדדים קרובים** זה צדדים שביחס לנכס המחובר שעליו אנו כרגע שואלים את השאלה, הייתה ביניהם תקשורת ישירה לגבי הנכס.

**צדדים רחוקים** כוללים כל מצב שבו אחד מאותה אינטראקציה (הבעלים/משכיר/בעל המפעל) פתאום מתמודד לגבי הנכס עם גורם אחר שלא היה חלק בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע לנכס בזמן אמת. פתאום יש לנו מישהו עם דרישה שירצה שהמיטלטלין ייחשב כמחובר למקרקעין, ואז בגלל שהצד השלישי לא היה חלק בזמן כניסה המקרקעין – אנו נבדוק את המיטלטלין בהתאם למבחן האובייקטיבי – בעיקר נחזור למבחן סוג הנכס ומבחן החיבור הפיזי.

שבוע הבא אין שיעור ביום שני. יש שיעור ביום רביעי ובוחן בו (המתרגלת תהיה)

הבחנים הם 10 דקות בתחילת שיעור, כתיבת 6 שורות, פתוח, בנושא חומרי הקריאה.

8.11.17

**שיעור 5 (מתרגל)**

**זיקת הנאה וזכות קדימה**

המרצה לא יעסוק היום ב-2 הנושאים של העבודות – גאיה תתעסק איתם.

הנושא של זיקת הנאה וזכות קדימה הוא מצד אחד פשוט להבנה (2 זכויות מתוך 5 הזכויות הקנייניות) ומדובר בנושא שמאוד חוזר במבחנים. בד"כ יש בלבול בין בעלות וזיקת הנאה במבחנים.

**למה הפסיקה בתחום של זיקת ההנאה מאוד מאוד דלה?**

5 הזכויות הקנייניות בחוק: **בעלות, שכירות, משכנתא במקרקעין/משכון במיטלטלין, זיקת הנאה וזכות קדימה**. היום ניגע בזיקת הנאה וזכות קדימה. אנו מבינים שיש פחות פסיקה כי זה משהו פחות פופולרי בניגוד לזכויות אחרות. מדובר במשהו שהוא יותר נדיר.

זיקת הנאה מופיעה בחוק המקרקעין בס' 5 ובס' 92-98.

**זיקת הנאה**

**ס' 5 לחוק המקרקעין**: *"זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם".*

זו זכות קניינית שמוגבלת בהיקפה. אם אני מבין שזכות הבעלות היא מלכת הזכויות. בזיקת ההנאה אני מבין כי נהנה מזכות קניינית, אבל לא דרך בעלות או שכירות.

**ס' 13** – אסור לחלק כנגד החוק את זכות הבעלות. זיקת הנאה היא חריג לדבר הזה כי יש כאן חלוקה מסוימת. זיקת הנאה היא זכות מוגבלת בהיקפה במקרקעין, ולכן יש **חריג לס' 13**.

**שימוש במרשם** – זיקת הנאה וזכות קדימה הם חריגים לכך – זיקת הנאה היא זכות קניינית שיכולה להתקיים גם **בלי המרשם במקרקעין**. (בניגוד לבעלות/שכירות).

טאבו (לשכת רישום מקרקעין). מדובר בגוף ציבורי, הפקידים יושבים שם ורושמים כל דירה ודירה. הם הופכים זכות חוזית לזכות קניינית. כאשר עושים חוזה של מכירת דירה – יש בין האנשים חוזה. שני אנשים אלו הולכים ללשכת המקרקעין עם החוזה, הולכים לטאבו, והפקיד מעביר את הקרקע לבעלות על שם אחר – הוא מעביר זאת מזכות חוזית לזכות קניינית. ב**פס"ד גנז** (נדבר עליו בעתיד) הגיעו למסקנה שאדם שלא רשם הערת אזהרה במשך 17 שנה – הוא לא תם לב.

**זיקת הנאה יכולה להיווצר על ידי 4 גורמים אפשריים:**

1. **מכוח הסכם** – ליוסי לא תהיה זכות בעלות, אבל הוא יוכל לעבור שם באופן חופשי למרות שזה השדה שלה במסגרת זיקת הנאה. יש לו זכויות קנייניות מסוימות בשדה של שפרה.

במצב הזה – אם יוסי לא הלך לטאבו ושיקלל את הזכות החוזית שלו לקניינית – יש לו זכות חוזית בלבד שיש לה הרבה פחות משמעויות.

1. **בשל דין (צוואה, מעשה מנהלי)** –

**צוואה -** אם אברהם נפטר והוריש את הקרקע ליעקב יצחק ויוסף, והוא הוריש את ליעקב את המכונית, ליצחק את הקרקע, וליוסף בקרקע של יצחק זיקת הנאה מסוימת – במרשם המקרקעין (הטאבו) ליצחק תירשם הקרקע על שמו עם הערה שליוסף יש זיקת הנאה. הקרקע על שם יצחק באופן מלא עם הערה שמסייגת זכויות מסוימות ליוסף.

נסח טאבו– מה שלשכת רישום המקרקעין רושמת. ניתן להוריד מאתר הטאבו נסח טאבו שכתוב מה קורה בנוגע לכל הקרקע. מזינים גוש וחלקה. בד"כ זה כולל בעל אחד על נכס אחד. אם אני רוצה ללכת לקנות דירה, אפשר לבדוק של מי הדירה באמת.

**מעשה מנהלי - פס"ד קיבוץ החותרים**

בראשית ימי המדינה היה עניין של כריית חול, והיו אנשים שפתרו אותם ממכרז. כעבור הרבה מאוד שנים באו אותם כורים שזכו במכרזים, וטענו שיש להם זיקת הנאה מכוח שנים ומעשה מנהלי. בית המשפט העיף אותם מכל המדרגות – הוא אמר שיש כללים. מעשה מנהלי יכול להיות לא גוף מסוים שקיבל הטבה מהמדינה אלא פס"ד שיוצר זיקת הנאה.

1. **מחמת כורח** – מקרה שבו שלאדם בחלקה א' אין ברירה והוא חייב לעבור דרך ב' כדי לצאת מחלקתו. אז רשום כבר לא' שיש זיקת הנאה מכורח, ואז כתוב כי ב' חייב לתת לו את זיקת ההנאה הזאת (קל מאוד להבנה).
2. **מכוח שנים** – אם עכשיו אדם במשך 30 שנה ומעלה עשה שימוש הנאתי בקרקע של חברו, נוצרה לו זיקת הנאה בקרקע הזאת. במצבים מסוימים, אוכל להמשיך ליהנות מהשימוש שעשיתי במהלך ה-30 שנה.

**מי הם הזכאים בהתאם לס' 92 לזיקת הנאה?**

* אדם (שמעון).
* סוג בני אדם (כמו סטודנטים).
* הציבור (סוג בני אדם בצורה יותר רחבה).
* מקרקעין (לדוגמא מחמת כורח – לא משנה מי הוא א' או ב', ב' נותן את זיקת ההנאה לא' כי אי אפשר אחרת. כאן המקרקעין הם אלה שנהנים מזיקת ההנאה.

**זכאי** (מי שנהנה מזיקת ההנאה) **מול חייב** (מי שנותן אותה, בעל המקרקעין).

**מקרקעין זכאים** (קרקע שנהנית) **מול מקרקעין כפופים** (קרקע שחייבת).

**ס' 93 - תוכן הזיקה**

זכאות לשימוש מסוים של **בעל המקרקעין הזכאים** או **של הזכאי**.

1. הימנעות מביצוע פעולות מסוימות של **בעל המקרקעין הכפופים**.
2. חובה לביצוע פעולה מסוימת של **בעל המקרקעין הכפופים**.

לחייב בתחום של זיקת הנאה יש חובות מסוימים שהוא צריך להימנע מלעשות. בסעיף 93 יש גם **חובה אקטיבית** לבצע פעולות. כאן מחייבים לעשות משהו אקטיבי לטובת בעל המקרקעין הזכאים. זה לא רק לתת את האופציה לשחק בחצר שלי, אלא גם חייב להתקין להם מגלשה. זיקת ההנאה למעשה **חזקה יותר**.

בדוגמא של הכורח של קרקע א' וב' – אני יכול לחייב את ב' לעשות שביל גישה שיהיה לא' נוח לעבור!

**זיקת הנאה במקרקעין**

**פס"ד אסטרחאן נ' בן חורין**:

2 משפחות בנהריה שעברו במשך הרבה מאוד שנים בתחום של חבריהם, והם רוצים זיקת הנאה שתשמש אותם כחנייה. ביהמ"ש העליון מתחלק ל-2 –

**השופט לוין** בא ורוצה לצמצם את זיקת ההנאה. בגלל זה הוא גם לרעת העותרים.

**השופט בן יאיר** מנגד אומר שכן אפשר להרחיב את זיקת ההנאה לכיוונים האלו.

**בשורה התחתונה** – מצמצמים את זיקת ההנאה בדעת הרוב. בגלל זה המגמה בפסיקה היא לצמצם את זיקת ההנאה.

**ס' 98 מדבר על כמה מצבים שונים**:

* **אפשרי במקרה בו שתי חלקות בבעלות אותו אדם** - במקרה שאני גם הבעלים של א' וגם הבעלים של ב' – עדיין יכולה להיות זיקת הנאה, כי היא יכולה להיות על המקרקעין עצמו בלי קשר לבעלים.
* **אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד – הזיקה לא בטלה**.
* **אם אוחדו לחלקה אחת – הזיקה כן מתבטלת** – הרשות תוכל לומר כי אין יותר חלקה א'/ב' – אלא חלקה אחת גדולה שנקראת חלקה ג'. אם החלקה אכן התאחדה לחלקה אחת – זיקת ההנאה מתבטלת.

**ס' 97**

מקרה של חלוקת מקרקעין – אם ג' תתחלק לא' וב' – כל חלקה תוכל לקבל את זיקות ההנאה היחסיות שלה. (לא יהיה במבחן).

**ס' 94 - זיקת הנאה מכוח שנים**

שימוש ממושך של 30 שנה – כמו לעבור בחצר כל יום באופן קבוע באופן פומבי – מקנה זיקת הנאה מכוח שנים, **גם אם לא רשמתי את הזיקה**.

**פס"ד טוינה נ' לוי –**

הייתה משפחה שהעבירה בלוני גז ועברה בחלקה אחרת. בית המשפט הכיר בזיקת הנאה זו **למרות שהשימוש נעשה לסירוגין**.

שימוש של 30 שנה ומעלה יכול במצבים מסוימים ליצור זיקת הנאה. אילו מצבים?

הזיקה צריכה להיות פומבית – המבחן הוא מה בעל הקרקע היה צריך לדעת? (פס"ד אסטרחאן).

בודקים האם האדם הסביר היה צריך לדעת. גם אם האדם הספציפי לא ידע, **מבחינה אובייקטיבית** הוא היה צריך לדעת, ולכן הזיקה צריכה להיות פומבית באופן אובייקטיבי.

על מנת שתהיה זיקת הנאה, צריך שבעל הקרקע לא מחה בעבר על כך באחת משתי הדרכים:

1. הודעה **בכתב** למשתמש.
2. הודעה כללית לציבור.

אופציית ה"כניסה לנעליים" – נגיד וגם הבן של האבא אהב ללטף עציצים כמו האבא – ובמצטבר ביחד הם עשו ליטוף עציצים במשך 30 שנה (20+10) – תהיה להם זיקת הנאה.

**מבחן הזכויות בקרקע** (פס"ד אסטרחאן נ' בן חורין):

* מבחן סוג השימוש ותכליתו – האם אני בן אדם משוגע או איש תם לב שמנסה להגיע לקרקע שלי אחרי יום עבודה ארוך?
* הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות.
* עד כמה השימוש היה פומבי? (לא עשיתי זאת בסתר באישון לילה).
* עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים? (עד כמה מפריע לבעל הקרקע שאני מלטף עציצים).

אלו השיקולים שיש לבצע וליישם במבחן. המבחנים ייבחנו יותר בהבנת הדברים.

כיום יש נטייה לפרש את שיקול הדעת של ביהמ"ש בצמצום.

**ס' 96 - תוקף הזיקה**

כל עוד לא הוסכם אחרת הזיקה היא בלתי מוגבלת – אם לא נתנו תאריך תוקף הזיקה תהיה לתמיד.

ביהמ"ש יכול לבטל את הזיקה עקב צרור של שיקולים:

* אי הפעלת הזיקה.
* שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה (החלקה שלי כבר לא חסומה על ידי יער סבוך לדוגמא).
* שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.

**ס' 95 - העברת זיקת ההנאה**

ללא הסכמה של בעל המקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת אדם.

כל נתינה של זכות קניינית בחלקה של קרקע של חברו פוגעת בבעל הקרקע. אנו לא רוצים לפגוע בזכות זו יותר מידי.

**ס' 113 - תחולה במקרקעי הציבור**

על פי החוק בפשט – **זיקת ההנאה לא חלה במקרקעי ציבור**.

**דעת ויסמן החולקת** (פס"ד עיריית ר"ג) עושה משמעות מילולית שמאפשרת שתהיה זיקת הנאה במקרקעי ציבור. אני לדוגמא עובר בפרק הירקון במשך 30 שנה עם החצוצרות שלי והאריות והאבוקות אש. האם יש לי זיקת הנאה? בפשט החוק לא, ועל פי ויסמן כן.

אם אני בא במקרקעי ציבור ואומר שיש זיקת הנאה – מי אמור להיות זה שמודיע שהוא לא מסכים? ראש העיר? המדינה? מי אמור למנוע לבצע משהו?

מצד שני, 93 אחוז מקרקעות המדינה הם מקרקעי ציבור. 7 אחוז הן בידיים פרטיות. אם אני בא ואומר שב-93 אחוז מהמקרים אין זיקת הנאה – אני סוג של הופך את הסעיף לאות מתה בחוק.

**פס"ד עיריית ר"ג (2011) –**

מדובר פס"ד טרי מ2011. **השופט עמית** אומר הרבה דברים נחרצים. הוא דיי מקבל את הדעה של **ויסמן** באופן מוחלט וגורף.

השופט עמית אומר שמרחיבים את זיקת ההנאה בפס"ד עיריית ר"ג ב-2011, אבל 2 השופטים האחרים מבהירים שהם לא חותמים על הדבר הזה (למרות שדעתו של עמית מתקבלת)

כך הייתה למעשה הרחבה ב-2011.

כל השאלות בנושא בחנים, עבודות, היעדרויות, השלמות – גאיה.

כל הבקשות של דחיית עבודה – תשתדלו להימנע מהם. גם אם יש שבוע עמוס – תשתדלו לסנכרן את הזמן שלכם טוב. חבל על ההתקשקשות של המיילים לדעת המתרגל.

כל הבקשות שמגיעות באופן כיתתי (להזיז בחנים) – זה דרך הנציגים. מה שאומרים הנציגים זו האמת המוחלטת. להעביר את כל הבקשות המרוכזות דרכם.

**זכות קדימה** (ס' 99-106 לחוק המקרקעין)

**זכות קדימה = זכות סירוב ראשונה**

אם למישהו יש קרקע, והוא רוצה למכור אותה, לאדם שלו יש את זכות הקדימה תהיה זכות הסירוב הראשונה. ליוסי יש קרקע, והקרקע שלי היא בבעלות מלאה. במידה וארצה למכור את הקרקע שלי אצטרך **להציע אותה קודם כל ליוסי**.

זכות קדימה מופיעה כבר במשפט העברי בתור *"דינא דבר מצרא"*. המשמעות היא שחייבים קודם להציע לשכן. כשבני זוג גרים בדירה – אנו מבינים כי קודם כל הבעל יהיה צריך להציע את הקרקע לאשתו שהתרגלה לקרקע. רק אם אשתו לא מעוניינת – באותם תנאים הוא יוכל להציע את הקרקע לאחרים.

**מהי זכות קדימה**?

זכות שמקנה בעל הקרקע לאחר ולפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין יהיה עליו לפנות לזכות קדימה – **זכות סירוב ראשונה**.

**מתי חלה?** – בעלות וחכירה לדורות (שכירות של 25 שנה ומעלה).

**מתי לא חלה**?

* **בשכירות** שהיא לא חכירה לדורות או בעלות.
* **בהעברה ללא תמורה (במתנה)** – **לדוגמא**, יוסי נשוי לחדווה. הוא צריך להציע את הדירה לחדווה אם הוא רוצה למכור, אבל במקרה שהוא רוצה לתת במתנה לאח שלו בנימין – הוא יכול לעשות את זה. יש לציין כי על בנימין, אחרי שקיבל את הקרקע – תחול הזכות קדימה (זכות הסירוב הראשונה) לחדווה.

**סוגי זכויות הקדימה**:

1. **מכוח הסכם – ס' 99 (א) -**

יש שני אנשים שעושים הסכם שהקרקע שייכת להם, אבל נעשה הסכם שאם אני אמכור את הקרקע אצטרך להציע אותה לך. מדובר בחופש חוזים – יכולות להיות הרבה סיבות לעשות זכות סירוב ראשונה בהסכם. **צריך לשים לב כי מדובר בזכות חוזית**.

הזכות היא חוזית תמיד אלא אם נעשתה פעולה קניינית למעט 2 החריגים:

למעט זיקת הנאה במשך שנים וזכות קדימה בין בני זוג.

1. **מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה – ס' 100 (ב)** – יש מספר מקרים של ירושה, בדינים מסוימים מבחינת הרווחה המצרפית.
2. זכות קדימה של יורשים על פני זרים - אם לאבא יש משק חקלאי גדול, ליורשים שלו תהיה עדיפות על פני אנשים זרים.
3. זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים - יכול להיות מקרה של בן מועדף.
4. **זכות קדימה בן בני זוג – ס' 101** – יכולה להתקיים כזכות קניינית גם אם לא נרשמה בטאבו. בין בני זוג יש הנחה שמה שהם חולקים זה משק בית משותף (חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון). אנו לא רוצים שהאישה תצטרך לרוץ ולרשום את הזכות קדימה בין כל בני זוג, ולכן אין צורך לבצע פעולה קניינית כדי לקבל זכות קניינית. יכולה להיות תקפה בין היתר על:
5. משק חקלאי.
6. בית עסק שלהם.
7. דירת המגורים.

**לסיכום** – ראינו שיש זיקת הנאה – מדובר בזכות קניינית חלקית שהיא חלשה. היא יכולה להיות לטובת 4 גורמים. ראינו שזיקת הנאה יכולה להיווצר על ידי 4 גורמים – הסכם, מעשה מנהלי, דין/צוואה, כורח או התיישנות (30 שנה) שבו זיקת הנאה נוצרת גם אם לא רשמתי אותה בטאבו. זיקת הנאה יכולה לחייב אדם באופן אקטיבי. דיברנו על דעתו של ויסמן.

זכות קדימה – זכות סירוב ראשונה שיכולה להגיע מכוח גירושין, מכוח הסכם וירושה.

13.11.17

**שיעור 6**

המרצה מחזיר אותנו לשיעור האחרון שלנו – סיימנו במחוברים.

המרצה אומר כי יש להגיש את העבודה ב28/11.

דיברנו על המבחנים שגם ויסמן וגם הפסיקה מכניסים לכל הסיפור של מחוברים – איך אנו בודקים אם משהו מחובר או לא.

1. **מבחן החיבור הפיזי** – לבדוק האם החפץ מחובר לקרקע. אם הוא לא מחובר הוא לא ייחשב למחובר גם אם יעמוד בכל התנאים.
2. **מבחן סוג הנכס** – סוג הנכס אמור לגלות לנו עוד איזושהי אינדיקציה לגבי כוונת הצדדים לגבי הנכס.
3. **מבחן הכוונה** – בכוונה יש לנו הבחנה בין צדדים רחוקים לקרובים. צדדים קרובים זה צדדים שיש/הייתה תקשורת ישירה ביניהם – אנו מחפשים את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים.

צדדים רחוקים – יש לנו כאן צד ג' שנכנס בשלב מסוים של העסקה/התקשרות, והצד הרחוק הזה – אנו לא מחילים עליו את החובה להבין מה רצו הצדדים (צד שלישי). הסיבה לכך היא שהוא לא היה חלק במו"מ, והדברים האלו לא טעונים רישום בלשכת המקרקעין – אנו מודעים לכך שיש פחות מימד של פומביות, ואז לא נרצה להטיל על צדדים שלישיים את האחריות.

**מבחני מדיניות במחוברים (השלמה של המרצה)**

יש עוד מבחנים שהפסיקה מכילה. מבחנים שבאים ומכניסים אל מערכת היחסים בין הצדדים שיקולים כלליים מערכתיים – שיקולי מדיניות.

שיקול המדיניות הכי מוכר בדיני הקניין – **מונע הנזק הזול** (שיקול משמעותי בדיני התחרויות).

שיקול זה נכנס גם בנושא מחוברים – כי גם מחוברים **היא תחרות קניינית**. יש תחרות על נכס/משאב, כשההכרעה המשפטית שלנו קובעת מי יישאר בעל קניין/נכס ומי לא ייחשב כבעל הקניין.

אותו דבר לגבי הבנקים – הבנק שינצח הוא יהיה בעל הקניין במכונה. הבנק השני יוכל לרדוף אחרי החייב האישי, אבל החוזה לא יהיה שווה הרבה במקרה הזה.

במבחן/בעבודה נצטרך לבדוק מי היה הגורם שהיה לו הכי קל והכי זול לפתור את התאונה הזאת/למנוע את התאונה. האם למשל כשהרוכש החדש נכנס לדירה והסתובב בה – אולי היה הכי קל לשוכר לבוא ולומר לו שהמזגן הוא לא נכס מהדירה. אם נגיע למסקנה שכן – השוכר יהיה מונע הנזק הזול, ואז השוכר עלול להפסיד בתחרות בגלל שהוא לא ביצע את הפעולה הקלה כדי למנוע את הזנק.

יש עוד שיקולים שרלוונטיים למקרים ספציפיים –

* **וודאות השוק** – אנו רוצים שיהיה תמריץ לבנקים/למלווים להמשיך ולהלוות – אחרת יהיה מחנק אשראי במשק. כשבנקים יהיו מעורבים בנושא מחוברים – נחשוב על איך אנו לא משתקים את המשק.
* **עידוד פעילות כלכלית.**
* **שיקולי יעלות מצרפית** – במידה ויחליטו כי הקביעה האם מדובר במקרקעין/מיטלטלין – תגדיל את גודל העוגה המצרפית.
* **~~שיקולי חלוקה~~** – זה לא מתקיים. שיקולי חלוקה אומרת שבמחלוקת בין שוכר למשכיר – אולי נאמין/ניתן יותר כוח לקבוצה החלשה – השוכרים.

כל השיקולים הללו הם שיקולים תורמים/נלווים. השיקולים העיקריים הם שלושת השיקולים העיקריים מהמבחן הקודם. עם זאת, קיימים גם שיקולים אחרים העשויים להשפיע – כפי שצוין לעיל.

פס"ד Samedan – **חשין** סוטה מתפיסתו הליברטריאנית.

מדובר בפס"ד שעוסק באיתור ובעיקר בהובלה של נפט.

האם חברה שמצאה נפט לפי סעיף 53 בחוק – האם הסעיף אומר שהממונה רשאי לתת לה בעצם רישיון הובלה? הממונה לא נתן רישיון הובלה.

**השאלה המשפטית** – האם מותר לממונה לומר שהוא לא נותן רישיון הובלה?

חשין עושה ניתוח בנושא הובלת נפט, והוא מגיע למסקנה שהממונה לא חייב לתת בעצם זכות כזאת.

על פי תפיסה ליברטריאנית – אם עודדתי מישהו לחפש נפט, אתן לו אפשרות להוביל אותו. אז חשין אומר כי תפיסות ליברטריאניות הם לא חזות הכל. מעניינת הנסיגה של חשין מהתפיסה הזאת והכרה שלו בכך שיש מוסדות קניינים (כמו החוק לעידוד חיפושי נפט) שמבוססים על ערכים אחרים לגמרי. ברגע שהערכים שונים לגמרי – גם האיזון שנעשה בפנים שונה לגמרי.

החוק של חיפוש נפט הוא מוסד קנייני שנותן זכויות למחפשי הנפט, אבל הוא לא מושתת על תפיסות ליברטריאניות – אלא **רווחה מצרפית ויעילות**. מרגע שזיהינו את הערך הזה שעומד בבסיס המוסד הקנייני, אז אנו צריכים לפרש את הוראות החוק כדי שהם יגשימו את הערך הזה.

אם זיהינו שהחוק לעידוד חיפושי נפט הוא מוסד קנייני כאשר ערכו הדומיננטי הוא מקסום הרווחה המצרפית – כל הוראות החוק צריכות להתממש כדי להגשים את הערך הזה.

אם אנו נחייב את הממונה לתת לכל גוף שקיבל רישיון חיפושי נפט, נחייב את הממונה לתת לו גם רישיון להובלת הנפט – נפגע באותו ערך/תכלית של החוק. אם התכלית היא רווחה מצרפית ויעילות, אז מתן מונופול לאותם גורמים גם בתחום הקידוח עצמו וגם בתחום ההובלה – בעצם פוגע ביעילות ובתחרות החופשית של שוק הגז בישראל.

הוא מסביר למה כשנותנים לאותו גורם גם את זכות הקידוח וגם את זכות ההובלה – למה זה פוגע בתחרותיות. גם אם אותם גורמים יסכימו להוביל נפט – הם יחייבו אותם בסכומים מאוד גבוהים והצרכן יפסיד כתוצאה מהמונופול הזה, ולכן הוא מאשר את ההחלטה של הממונה לא להצמיד בין רישיון הקידוח לרישיון ההובלה.

מדובר בטכניקה של פרשנות של מוסד קנייני. **אנו מבינים מהם הערכים שעומדים בבסיס המוסד הקנייני, ואנו מפרשים את ההוראות כדי שיממשו את ערכי הבסיס**.

**מהות הזכות ומגבלותיה – משפט פרטי**

**ס' 14** – מדבר על מצב בו לאדם יש בעלות ויש לו זכויות, אבל למרות שיש לו בעלות ולמרות שיש לו זכויות הוא לא יכול לעשות דברים שגורמים לנזק ואי נוחות לאחרים. סעיף זה בא ואומר – שעם כל הכבוד לבעלות וזכויות הקניין, יש גבול. אבל מה הגבול? מה זה גרימת נזק? מה זה אי נוחות?

**ע"א 153/67 "שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ נ' נווה הררי מואב בע"מ** –

יש חלקה שהתחלקה ל-3 חלקים. בחלקה ג' יש מחצבה – ולטובתה צריך להוביל את הסחורה החוצה. ג' הקואופרטיב החליט לעשות את הדרך הקצרה – במקום לעקוף, הוא חתך דרך החלקה של הררי מואב (ב'). אין לקואופרטיב שום זכות – שום זיקת הנאה, להיכנס לשטח של הררי מואב, לעבור דרך שם ולהוציא את המשאבים מהמחצה. **ביהמ"ש** אומר כי הסגת הגבול הזאת אינה חוקית – ואין שום סיבה שבעל המקרקעין יהיה חייב לארח את הקואופרטיב ללא קבלת רשות.

**ע״א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן**

רדומילסקי קנתה בית. יש דייר (פרידמן) שהוא דייר מוגן – בכל חוזה שכירות מודגש שמדובר בשכירות שאינה מוגנת. זה עדיין שאריות של מצב היסטורי שהיה (חוק הגנת הדייר – דייר ששהה זמן מסוים בבית רוכש זכויות מיוחדות ואי אפשר לפנות אותו בצורה קלה).

אדון פרידמן היה דייר מוגן שלא ניתן לפנות אותו. רדומילסקי מחכה שהוא ימות למעשה.

כמה חודשים לאחר הרכישה – מגיעה ביתו של פרידמן. זה מדליק לשושנה נורה אדומה – חוק הדייר המוגן אומר כי קרובי משפחתו של האב יכולים לזכות גם הם בדיור המוגן אם ישהו איתו בבית במשך חצי שנה.

רדומילסקי מנסה למנוע את היקרות דבר זה באמצעות הסכם, אך לא מצליחה. לאחר מכן רדומילסקי טוענת כי זכות הקניין שלה נפגעה בגלל כבל האנטנה – והיא דורשת להוציא את כבל האנטנה.

סיפור זה מגיע לביהמ"ש.

שושנה רדומילסקי מגיע לביהמ"ש באופן בטוח – אין לכם שום זכות למתוח כבל בחלקה שלי בלי שקיבלתם על זה אישור מראש! אבל ביהמ"ש פוסק כאן אחרת. הוא אומר ששושנה רדומילסקי היא לצרוך העניין **עומדת בצורה דווקנית על זכותה הקניינית** – עושה נזק וגורמת אי נוחות לאחר וחורגת מגבולות **סעיף 14** שקובע שגם בעלות במקרקעין לא מצדיקה עשיית נזק או אי נוחות לאדם אחר. עד לאחרונה זה היה פסק הדין היחידי בישראל שעשה שימוש בס' 14 בישראל.

**השאלה הגדולה כאן – מה ההבחנה בין 2 פסקי הדין?**

ניתן לטעון כי רדומילסקי עושה זאת רק כדי להציק, ובהררי מואב מדובר במניע כספי נטו.

עם זאת – גם בבסיס של שושנה רדומילסקי עומד בסיס כלכלי – אז למה הבסיס שלה לא מוצדק והררי מואב כן?

היה אינטרס כלכלי מאוד גדול בפינוי הדייר מהדיור המוגן, כמו האינטרס הכלכלי של הררי מואב.

אין ספק שביהמ"ש הרגיש כאן כי מנסים לעקוף את חוק הגנת הדייר בהשוואה להררי מואב – שם יש אינטרס כלכלי נטו.

הבעיה היותר קשה – הכרעה דומה חוזרת בפס"ד לפני 3 שנים שעוסק בפינוי בינוי.

פסק הדין מדבר על מצב שבו אישה מבוגרת בעצם מסרבת לעזוב את הדירה שלה.

ביהמ"ש נתפס פעם אחר פעם כבעל הטיה מסוימת כלפי נשים מבוגרות.

כל פסקי הדין שמתעסקים בסעיף 14 בישראל – זה אישה מבוגרת שלא מוכנה להתפשר על זכויותיה בצורה כזו או אחרת. זה חוזר בנושא הדייר הסרבן בתמ"א 38 בפינוי בינוי. ביהמ"ש קובע כי העילה המשפטית של הדייר הסרבן היא סעיף 14 – הוא עומד בצורה דווקנית על זכויותיו בצורה אסורה גם אם אתה הבעלים או בעל הזכויות.

**רע״א 6339/97 רוקר נ' סלומון**

יש לנו בניין שעומד על עמודים. דיירי הקומה הראשונה מחליטים לסגור את קומת העמודים ולהוסיף שם מחסן. הם קיבלו לשם כך אפילו היתר בנייה. עם זאת, הם לא קיבלו את הסכמת הדיירים.

הם ביצעו את הפרויקט בלי לקבל את הסכמת שכניהם. (היום זה לא יקרה – העיריות חוששות ולכן הן דורשות הסכמה של הדיירים).

יש לנו שאלה – מה עושים עם הבנייה הזאת? ואיך זה קשור לסעיף 14?

השכנים באים ודורשים לפרק את הבנייה. הטענה של השכנים מהקומה הראשונה היא שהשכנים עומדים בצורה דווקנית על זכויותיהם וגורמים להם נזק.

סיפור זה מגיע לביהמ"ש העליון, שם יש 3 גישות אשר שונות אחת מהשנייה, אבל יש לנו רוב מסיבי של 7 שופטים להכרעה מסוימת:

**השופט אנגלרד** **בדעת מיעוט** אומר שלא צריך להרוס את הנכס. הוא היחיד שאומר כך. בנוגע ללמה לא להרוס את המבנה – הוא מדבר על השאלה לאיזה מהצדדים ייגרם הזנק הגדול יותר – ונעשה **מאזן נזקים**. כיוון שהתקבל היתר בנייה וכיוון שניתן לקבל את הסכמת השכנים – לבוא ולהרוס עכשיו את הבנייה תגרום לנזק מאוד גדול. אנגלרד נותן פרשנות רחבה של סעיף 14 – והוא אומר כי הנזק עבור אותם עברייני בנייה בעצם לא שווה את הריסת המבנה. – גרימת נזק ועינוי.

**טירקל, חשין ולוין**- **צמצום סעיף 14-** שלושת שופטים אלו אומרים שכל הסיפור של סעיף 14 שנמנע כלל קנייני – צריך להיות מאוד מאוד מצומצם – צריך להיות 0 סובלנות להחלה של ס' 14. לבעל זכות קניינית מותר לעשות הכל בקניין שלו – וצריך להיות מאוד קיצוני כדי שנגיד שהבעלים עושה שימוש פוגעני בזכות הקניין שלו. במקרה הנוכחי בוודאי שאין מדובר במקרה, ולכן יש להרוס את המבנה.

**שטרסברג כהן, מצא וברק** – ברק בעצם מבסס את התפיסה הפלורליסטית שלו – והוא אומר **שזה תלוי**. השאלה האם כן או לא להפעיל את סעיף 14 – צריכה להסתכל מעבר למאזן הנזקים (אנגלרד – כביכול אין לפגוע במי שעכשיו צריך להרוס את המבנה – זה בעייתי) **אבל** אי אפשר לקבל את התפיסה של החברה הליברטריאנית – יש סעיף חוק שאומר שבעלים ובעלות זכות יכולים לפעמים להידרש לא לגרום נזק או אי נוחות לאחרים, ובמצבים מסוימים אנו נמנע זאת למרות הבעלות והזכויות הקנייניות. ברק שואל את 2 השאלות הבאות:

1. **מהו המשאב?** (המוסד הקנייני שעליו אנו מדברים)**.**
2. **מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד הקנייני נטוע?**

על מנת להכריע האם בעל מקרקעין פעל בניגוד להוראת ס' 14 – אין תשובה/אמירה אחת נכונה.

במבחן נצטרך ללכת ולבחון האם מישהו בעצם פגע/הפר את סעיף 14 בהתאם לסיטואציה של הסיפור שבו הוא יהיה – מהו המשאב ומה היא מערכת היחסים שבתוכו נמצא המשאב.

ברור שניטה לראות בכל מיני אי נוחות ונזקים כהפרה של סעיף 14 – למרות שאנו בעלי קניין יש לנו מחויבות גדולה לאחרים. ככל שהמחויבות גדולה יותר – נמנע מכם לפגוע יותר למרות הזכויות שיש לכם.

זה הסיפור של תמ"א 38 – אתה חלק מבניין משותף/משכונה משותפת, והסירוב שלך מקבל הקשר אחר/משמעות אחרת מאשר אם לא היית מאשר למישהו לבנות אצלך בחצר.

כל הדבר הזה מוביל אותנו לאמירה של ברק – כשאנו בוחנים האם בעלים של קניין חצה את סעיף 14, אנו חייבים לשים לב באיזה הקשר הוא פועל.

**המשטר הקנייני בישראל**

המשטר הקנייני בישראל מורכב מ85%+ בבעלות המדינה והשאר בבעלות פרטית.

**קרקע בבעלות בידי המדינה**

מוחזקת על ידי 3 גופים שונים:

1. **קק"ל**.
2. **רמ"י** (רשות מקרקעי ישראל) - רשות מקרקעי ישראל היא זו שמנהלת את המקרקעין.
3. **רשות הפיתוח**.

קק"ל מסכימה שרשות מקרקעי ישראל תשווק את הקרקעות שלה – איך זה קורה?

התפיסה הייתה שקק"ל הייתה רוכשת קרקעות מבעלות פרטית, וכשהמדינה קמה קק"ל העבירה את הקרקעות שלה למדינה. לפני 3 שנים היה סכסוך בין קק"ל למדינה. המדינה דרשה מיליארד וחצי שקל מקק"ל – לא מדובר בגוף אשר מבוקר על ידי המדינה, וטוענים כי יש שם החלפת כספים נרחבת. המדינה באה לקק"ל ואמרה כי הם רוצים מיליארד וחצי שקלים. קק"ל התנגדו. קק"ל העבירה מיליארד שקלים והסיפור נגמר.

אחד מהאיומים הגדולים של קק"ל – הם ימשכו את הקרקעות, יבטלו את האמנה ואז יוצרים משבר לא קטן למדינה – אם הקרקעות של קק"ל משווקות באופן פרטי זה יוצא משבר למדינה.

לפני חודשיים שהיה את הסיפור של הפגנות הנכים – המדינה רצתה 3 מיליארד ₪ ושוב יש משבר. כרגע קק"ל לא אישרה את האמנה ואוסרת על המדינה לשוק את קרקעות קק"ל. כרגע קק"ל מאיימת שהיא תשווק את הקרקעות ואז הם ימכרו למעשה על ידי גורם שהוא SEMI פרטי.

האם זה טוב או רע שהבעלות היא בידי המדינה? **זה תלוי באיזה סוג של קרקע/מגזר מדובר**.

יש לנו בעצם 2 פתרונות עיקריים לסיפור הזה שהבעלות היא בידי המדינה, ואנו רוצים שאנשים פרטיים יוכלו לפעול מהמקרקעין:

1. **חכירה לדורות (חכירה ארוכת טווח) (מגזר עירוני)** – למעשה המדינה משכירה לנו את הקרקע, אנו הופכים להיות שוכרים אבל היא משכירה את הקרקע לתקופות מאוד ארוכות. חכירה לדורות היא כמעט כמו בעלות, ובאמת בתי המשפט מבהירים כי זכות של חכירה לדורות נתפסת מבחינתם כבעלות. אין לזה באמת נפקות אמתית בין בעלות לבין חכירה לדורות. אנו רואים כי במגזר העירוני – מדובר בזכות של חכירה לדורות. **מדובר בזכות חזקה**.
2. **רישיון במקרקעין (מגזר חקלאי)** – מדובר בזכות אישית ולא קניינית. היא נותנת לבר הרשות זכות אישית לעשות שימוש במקרקעין. מה שחשוב לנו כאן הוא שהמדינה מנהלת כמעט את כל המגזר החקלאי בצורה של רישיון במקרקעין. היא לא נותנת לתושבים של האגודות השיתופיות איזושהי זכות במקרקעין. כל מה שיש להם ביד הוא הסכם/רישיון לעשות שימוש במקרקעין – אבל אין להם זכות קניין ביד. כשהמושבים רצו להקים קניונים – המדינה אמרה כי יש רשות לייעוד חקלאי בלבד. אם רוצים לשנות צריך לפתוח את ההסכם. למדינה יש הרבה יותר כוח מאשר מישהו שהחכיר לדורות. **מדובר בזכות חלשה**.

ביום רביעי יהיה לנו בוחן על פסקי הדין שקראנו השבוע – יהיה בוחן על ה3/4 שקיבלנו השבוע. דיברנו על רובם. הבוחן הוא עד פס"ד רוקר. הוא יהיה על רוקר/רדומילסקי/הררי מואב (אחד מהשלושה).

15.11.17

**שיעור 7**

**המשך המשטר הקנייני בישראל**

בשיעור הקודם - המצב כיום הוא שהבעלות היא בעיקר בידי המדינה. אם זה יהיה במגזר העירוני – יהיה מדובר בחכירה ארוכת טווח. במרחב החקלאי זה יהיה זכויות אישיות (רישיון) – זכויות חלשות.

\*יש מגמה להתחיל להפריט גם את הרישיונות – כן רוצים להעביר מקרקעין מבעלות מדינתית לבעלות פרטית. גם אם לא להפריט אותם, לפחות לתת למגזר החקלאי זכויות חכירה לדורות.

**מאמר של אלתרמן – מי ימלל גבולות מקרקעי ישראל**

**אלתרמן** – אחת החוקרות הגדולות בארץ בנושא תכנון. היא כתבה מאמר (מופיע בסילבוס) שעושה הבחנה בין האפשרויות השונות לניהול מקרקעין על ידי המדינה. היא נותנת הבחנה בין אפשרויות – כשמצד אחד עומדת ההתערבות המקסימלית ומהצד השני – שוק חופשי בלי התערבות מדינתית.

אלתרמן אומרת שבאף מדינה בעולם אנו לא נמצאים באחד מ-2 הקטבים בצורה מלאה. באף מדינה אין התערבות מרבית בשוק (100% שליטה של המדינה במקרקעין), ובאף מדינה אין את המצב השני של שוק חופשי מוחלט במקרקעין.

אז מה כן יש?

על בסיס המחקר האמפירי שלה היא עושה חלוקה של מדיניות ממשלתית במקרקעין:

* **הלאמה מלאה של הזכויות בקרקע** – משטר מקרקעין שכל כולו בבעלות המדינה – אין דברים כאלה בעולם המערבי. **היתרון בכך** הוא שהמדינה יכולה לעשות חלוקה של הזכויות בצורה יחסית שוויונית. אין גם סכסוכים בין אנשים על קרקעות, ואין בעיה של "פעולה משותפת" (קושי לביצוע פרויקטים שהקרקע מפוצלת). זה לא קורה באף מדינה מערבית – יש בכך ביטול של ערך **חירות** הבעלים – ובמצב שבו יש למדינה בעלות מלאה – לאנשים הפרטיים אין כוח.
* **הפקעה מסיבית** – הפקעות לא מבוקרות. המדינה יכולה להפקיע את הקרקע בכל מצב בלי תירוץ לכל מטרה, וגם כאן זה כמעט לא קורה בעולם המערבי. בעולם המערבי החקיקה לא מאפשרת למדינה לעשות הפקעות מסיביות שלא תלויות בשום גורם. גם הפקעה כזאת מבטלת את כל הבעיות של פעולה משותפת – אבל זה גם הסכנה – כי אז המדינה תוכל לעשות מה שהיא רוצה.
* **רכישה לצורך בנק קרקעות** – רחל אלתרמן מציעה שהמדינה תוכל לקחת קרקעות ולשמור אותן אצלה למרות שהיא לא צריכה אותם קרקע למטרה מסוימת. נשארות קרקעות לרזרבות לביצוע לפרויקטים אם יידרש. (רכישת קרקעות עבור עתודה לידי המדינה).
* **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)** – איחוד וחלוקה בארץ נעשית באופן תדיר – 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.
* **אפשרות אחת** היא פשוט להפקיע את הקרקע בתמורה ל**פיצוי כספי**. אפשרות זאת לא מועדפת על ידי העיריות עקב המחיר היקר של הפקעה רגילה.
* **האפשרות השנייה** נקראת **איחוד וחלוקה** – למעשה היא גם הפקעה. המדינה לוקחת את כל החלקות – מאחדת אותם למגרש אחד גדול, ואז מחלקת אותו מחדש בצורה שונה – במקום שיהיו לנו 6 חלקות, היא מחלקת אותו ל60- דונם למטרות ציבוריות, וכל מי שהיה לו 20 – מקבל עכשיו 10 דונם. במקום לשלם כסף העירייה נותנת לבעלים קרקע יותר מצומצמת עם ייעוד **הרבה יותר רווחי** – יש עכשיו 10 דונם לבנייה ולא 20 דונם לייעוד כלכלי. למעשה מאחדים את הקרקע ומפצלים אותה מחדש (זו פעולה שמתרחשת מיד).

אנו לא צריכים לשמור את הקרקע בידי המדינה. מספיק שניתן לה את הכלי של ההפקעה הנקודתית כדי להגשים מטרות ציבוריות חשובות בלי לפגוע בכל המקרקעין.

* **הפקעה נקודתית** – כשהמדינה צריכה להגשים צורך מסוים היא יכולה להפקיע קרקע.
* **תכנון ציבורי** – כל תכניות התכנון. מגבילים את יכולת הרחבת הבית שלך וכו'... כולנו חיים בישראל תחת מערכות של תכנון בסופו של דבר – הוועדות מסדירות את הזכויות שלנו במקרקעין **בלי להיות הבעלים של המקרקעין**. העירייה היא זו שמגבילה את יכולת השימוש שלי במקרקעין כמדיניות של תכנון.

אלתרמן מציגה כאן **סקאלה** בין המצב **הקשה ביותר** שהמדינה לוקחת את המקרקעין, לבין המצב **הקל ביותר** שבו המדינה יכולה לשלוט במקרקעין רק באמצעים אחרים, ולא דרך בעלות.

אלתרמן בסוף המאמר אומרת שהשאלה האם נכון לשמר את הבעלות בידי המדינה – **לא זהה** לשאלה האם היא יכולה להתערב במקרים מסוימים. ככל שאנו יורדים אנו רואים שניתן לפגוע בזכויות בצורה הרבה יותר חלשה והרבה יותר לגיטימית מבחינת זכויות הקניין – ואנו עדיין מצליחים להגשים חלק די נרחב ממטרונתו כמדינה ורשות מקומית.

העיריות בעיקר פוגעות כל הזמן ביכולת שלי לעשות שימוש במקרקעין שלי. בשוק חופשי לא צריך לקבל היתר – אבל בישראל כן צריך, למרות שהבעלות היא שלך. אנו צריכים לשמר מידה מסוימת של מעורבות ממשלתית בזכויות הקניין שלנו, אבל זה בכלל לא אומר שאנו צריכים לתת להם בעלות במקרקעין.

**האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית?**

אלתרמן מגיעה למסקנה שנכון עדיין לשמר את יכולת ההתערבות.

1. **הצדקות חברתיות:** 
   * 1. קידום ערכים פוליטיים.
     2. ביטול פערים חברתיים.
     3. היערכות להתמודדות עם משברים.
     4. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות.
2. **כשלי שוק:**
3. The tragedy of the commons.
4. שמירה על משאבים לדורות הבאים.
5. טיפול בהחצנות.
6. שליטה בעיתוי הפיתוח.
7. פערי מידע.

**הטעם הראשון הוא כלכלי (כשלי שוק)** – חוסר היכולת של המדינה לקדם מטרות ציבוריות אם הבעלות הפרטית מפוצלת וחזקה. אם המדינה תצטרך לנהל מו"מ כל הזמן מול האזרחים נגיע לבעיה של פעולה משותפת (The Tragedy of the commons). שיקולים נוספים הם: שמירה על משאבים לדורות הבאים, טיפול בהחצנות, שליטה בעיתוי הפיתוח ופערי מידע.

**הטעם השני הוא עניין של הצדקות חבריות** – אלתרמן אומרת שנכון לשמור כוח והתערבות בקניין פרטי בידי המדינה, לא רק בגלל כשלי שוק, אלא גם בגלל הצדקות חברתיות, כלומר לאפשר למדינה לתקן עוולות חברתיות מסוימות או לקדם אינטרסים/ערכים פוליטיים. השימוש בקניין לצורך הזה הוא מאוד חשוב – כאן היא בעצם מקימה בית חולים באשדוד. 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 – אלתרמן סבורה שנפגע פחות בחלשים אם יהיה לנו אפשרות לקחת גם מהחזקים.

אלתרמן אומרת שאם יש לנו חזקים וחלשים בחברה, אם המדינה לא יכולה להתערב ורק צריכה לנהל מו"מ – אז המטרות יקודמו בד"כ בקרקעות החלשים – 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 היא בעצם מאפשרת למדינה לא לקחת רק מהחלשים אלא גם מהחזקים.

זה רציונל בעייתי (רחל מאמינה בכך מאוד). **המרצה אומר** שהנטייה לפגוע בחלשים לא נעלמת אם נותנים עוד כוח למדינה.

**מקרקעי ייעוד**

**למה לא לעשות הפרטה מלאה?**

* **צרכים בסיסיים לכל אזרח** – יש מוצרים בסיסיים שלכל אזרח צריכה להיות גישה אליהם. מי שלדוגמא יכול לקבל את הכנרת – יכול למנוע מאנשים מסוימים להיכנס למים – מים, זכויות אוויר ומעבר – דברים שאנו רוצים שלכל אזרח תהיה גישה בסיסית לאותם משאבים. לכן דיני הקניין מוציאים את המחצבים שיש להם ערך לכולנו – הם לא נמצאים תחת ההגדרה של זכויות קנייניות פרטיות.
* **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 פרטיות.

**ס' 107 לחוק המקרקעין – מקרקעי ייעוד**

*"מקרקעי יעוד - מקרקעי ציבור המיועדים 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."*

**ס' 111 לחוק המקרקעין**

**במקרקעי 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 שקבע לכך.

מקרקעי ייעוד הם מקרקעין שאמורים להישאר לשימוש הציבור – משהו שאנו לא רוצים לתת בעלות פרטית במקומות האלה כי אנו רוצים לשמר את המקומות פתוחים, משתי הסיבות שמנינו קודם – זה באמת משאבים ציבוריים במהותם, ואלו אזורים שיש בהם תהליכי חברות.

ס' 111 אומר שבמקרקעי ייעוד לא ניתן תוקף לעסקה במקרקעין שטעונה אישור.

שכירות קצרת מועד זה הדבר היחיד שהחוק אומר במפורש שהוא לא צריך להירשם כדי להיות זכות קניינית. יתר הזכויות – צריך ללכת ללשכת הרישום בטאבו. שכירות קצרת מועד לא צריך.

אם מישהו עשה עסקה שדורשת רישום בטאבו במקרקעי ייעוד – העסקה לא תקפה.

סיפא – אלא אם העסקה אושרה על ידי השר/ממשלה.

יש לנו מצבים שבחלק מהקרקעות האלו הועברו זכויות קנייניות לידיים פרטיות. אנו כן נותנים זכויות קניין בקרקעות שהן קרקעות ייעוד. איך עושים את זה?

1. **או שמדובר בשכירות קצרת טווח** – משכירים לגורם הפרטי את קרקע הייעוד לפחות מחמש 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 רק חל על מקרקעין ולא על מיטלטלין שחשובים לנו כחברה?
2. **למה דווקא היעודים האלה**? למה לא להרחיב את זה להרבה מאוד דברים?
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**

**גב' מרפי** זה בעצם שם של חריג משפטי בארה"ב ל**איסור אפליה במגורים**. בארה"ב יש חוק פדרלי שאוסר אפליה מגורים. החוק קובע שכאשר אתה מציע את הדירה שלך להשכרה/רכישה – אסור לך כבעל הדירה להפלות בין הבאים לרכוש/לשכור.

גב' מרפי הוא חריג – המחוקק האמריקאי נקרע בעת חיקוק החוק – השמרנים אמרו – "מי אתם שתגידו לי למי אני יכול להשכיר?!". הפשרה שהגיעו אליה היא שאסור להפלות למעט מקרים חריגים.

החריג של גב' מרפי מאפשר לבעל מס' יחידות דיור בבניין (עד 4) שגר בבניין להפלות, ויכול לומר שאתה משכיר את הדירות רק לבעלי רקע אתני מסוים/צבע עור מסוים.

דיברו על גב' מרפי שגרה בטקסס, והיה לה בניין 4 דירות קטן – אי אפשר היה לכפות עליה להכניס אנשים שלא לרוחה או שלא תואמים את השקפת עולמה המוחלטת.

כל הרעיון של גב' מרפי היה להגיע לפשרה ולהעביר את החוק.

החריג הזה עדיין קיים בארה"ב, וחלק מהתיקים במדינות סובבים סביב נושא זה.

**מה היא זכות הכניסה למקרקעין בישראל?**

**דוגמאות –**

* **פס"ד עאדל קעדאן** – היישוב סירב לאפשר לעאדל להיכנס ליישוב. ביהמ"ש קבע שליישוב אסור למנוע מעאדל להיכנס ליישוב – אין סיבה למנוע מבני הזוג קעדאן להתגורר ביישוב.

ביהמ"ש פסק שוועדת הקבלה צריכה לקבל את הזוג, הם באמת התקבלו ליישוב אבל הם לא גרים ביישוב – אף אחד לא היה רוצה להיות במקום שלא רוצים אותו.

* **השכרה לישראלים בלבד בדרום תל אביב.**
* **בקריית מלאכי לא רצו להשכיר דירות לאתיופים.**

**האם זה לגיטימי?** יש כאן בעצם קונפליקט/ערכים שמתנגשים – מצד אחד זה הקניין שלי שאני יכול להחליט למי אני רוצה להשכיר/למכור**.** מצד שני יש לזה השכלות פוגעניות כלפי אנשים בחברה שלנו.

גם יהודים וקבוצות מסוימות – הרבה אנשים לא היו רוצים שיגורו לידם, או שיעשו איתם עסקים.

החוק בישראל הסדיר את עניין האפליה בחוק מניעת האפליה בכניסה לדיסקוטקים.

**עם זאת**, כל הנושא של מגורים לא הוסדר בחוק.

בישראל מסתבר שאין מניעה מלהפלות בכניסה למגורים בישראל. **הבעיה הגדולה** – מי שרוצה שלא ישכירו לסטודנטים ערבים בצפת – לא מתבייש בזה, ואומר זאת באופן ברור.

**גם אם היינו עושים חקיקה – היה ניתן לעקוף אותה ב-2 דרכים:**

1. למרוח את הסיבה ולעמעם אותה.
2. להציב תנאים שאוכלוסיות מסוימות לא יוכלו לעמוד בהם – לדוגמה להביא 3 ערבים לכל דבר.

אולי יהיה נכון שהמדינה תיתן אמירה ברורה כנגד ההפליה – גם אם החקיקה לא תהיה אפקטיבית.

הסיפור של זכות הכניסה למקרקעין בישראל – מדובר במופעים כפולים.

1. **השכרה של דירות פרטיות** - אין חוק שמדבר על השכרת דירות פרטיות. אין אפילו חוק שאומר שאסור לקבוע הגבלות מסוימות – כמו איסור על שימוש במעלית בשבת. ביהמ"ש לא פסק אמירה נורמטיבית לגבי המקרה הזה. במישור הפרטי יש לנו בעיה לעקוב אחרי זה ולאכוף את זה. גם אם הייתה חקיקה/פסיקה – השוק מאפשר לבצע מניפולציות כדי לא להשכיר/למכור.

**המרצה חושב** שראוי שיהיה חוק הצהרתי ביחס לעמדת המדינה במקרה שבו בעל המקרקעין מתנהג באופן מפלה. ביהמ"ש די מפחד להתעסק בנושא הזה – והוא מושך את ידיו ולא אומר כלום בנושא.

המדינה רוצה שליטה בגורמים שהופכים להיות בעלים בקרקע (שלא יהיו זרים), אז למה לבעלי המקרקעין הפרטי אסור לבחור?

1. **ועדות קבלה לישובים** – החוק בזמנו אפשר כמעט לכל מושב קהילתי/קיבוץ ליצור וועדת קבלה – מנגנון סינון שנועד למנוע כניסה של אנשים לא רצויים ליישוב. החוק תוקן ב-2011 ובעצם עשו שקיבוצים ומושבים יכולים להמשיך בוועדות הקבלה, אבל לגבי יישובים קהילתיים – רק בנגב ובגליל ניתן יהיה להפעיל וועדות קבלה, רק אם יש מתחת ל-400 בתי אב, ואסור לוועדות אלו להפלות על בסיס דת, גזע, מין, גיל....

מותר להם לפסול על בסיס **אי התאמה לחיים קהילתיים** – מדובר בהגדרה שלא אומרת כלום ונותנת המון כוח לוועדות הקבלה לפסול את מי שהם רוצים.

היה בג"ץ על התיקון לחקיקה למרות שהתיקון צמצם את היכולת לעשות וועדות קבלה בישובים קהילתיים, היה בג"ץ והבג"ץ החליט לא להחליט – על פי תאוריית הבשלות המוקדמת – הוא לא יכול עדיין לדון בחוקתיות החוק כי המקרים שהיו בבג"ץ היו מקרים שאנשים נפסלו לפני תחילת החוק.

הקול היחידי שהיה מעניין בבג"ץ הזה היה של **השופט ג'ובראן** – שבא ואמר בצורה ברורה למדינה שהיא חייבת להפסיק למרוח את הנושא של "הקהילה" – המדינה טוענת שמותר לפסול מועמדים על בסיס אי התאמה לחיי קהילה – אבל אין הגדרה של אורח חיים קהילתיים. **בפס"ד קעדאן** השופט הטיל ספק בהגדרת הקהילה של היישוב. ג'ובראן אומר שאין לו בעיה עקרונית עם זה שקהילות מסוימות צריכות לקבל מנגנוני סינון והדרה כדי להמשיך להתקיים, אבל ג'ובראן אומר שהמחוקק/המשפט צריך להגדיר מהי קהילה – מהי הקהילה שזכאית לסינון, ומהי הקהילה המלאכותית שהאנשים רק רוצים לגור ביישוב איכותי יוקרתי עם אנשים דומים שלא תצטרך להתחכך עם אנשים אחרים.

הישובים הקהילתיים הם סוג יציר מיוחד של המושבים והקיבוצים – הם נולדו בהתחלה כדרך ליישב אזורים שוממים, וכעת הם הפכו ליישובים שמתבדלים מהאוכלוסיות השונות עם וועדת קבלה. השופט ג'ובראן אומר כי חייבים להגדיר מה זו קהילה או ליצוק תוכן לכל התפיסה הקהילתית שאנו מנסים ליצור. לא ברור שקהילה חרדית חייבת לגור בנפרד בעיקרון.

בשיעור הבא ננסה לענות על השאלה הזאת, או שננסה לתת תשובה לשופט ג'ובראן ב**פס"ד סבך** – איך לעשות זאת בצורה שוויונית וגם תוכל לכבד אורחות חיים של קהילות שונות.

בוחן בשבוע הבא בשני/רביעי. זה יהיה כמעט כל שבוע. לדעת המרצה זה יהיה ביום רביעי. הוא ייתן על זה תשובה מחר. הוא ישלח חומרי קריאה.

20.11.17

**שיעור 8**

היום אנו נדבר יותר על נושא וועדות הקבלה – אחד המופעים המרכזיים של זכות הכניסה בישראל, ונעבור להפקעות.

**וועדות קבלה**

יש לנו חקיקה שמאפשרת לישובים לבצע הפליה/למנוע/להדיר מאנשים חברות או זכות קניין.

החוק שבעצם תיקן את פקודת האגודות השיתופיות ב-2011, למעשה מתיר לישובים קהילתיים הקמה של ועדות קבלה, והשינוי שהחוק הזה מכיל הוא בעוד שלפני כן היה אפשר להקים ועדות קבלה בישובים קהילתיים כמעט בכל מצב, החוק למעשה מצמצם זאת רק לישובים שיש בהם פחות מ-400 משפחות, וכאלה שנמצאים בנגב ובגליל. ישובים קהילתיים שנמצאים במרכז הארץ לא זכאים ליהנות מוועדות קבלה – ואין להם את היכולת להפלות.

כל הנושא הזה מדבר על **ישובים קהילתיים** ולא מדבר על 2 מסגרות אחרות כמו **קיבוצים ומשובים**, שם **ברור שאפשר** לעשות וועדות קבלה, ובגדול כל מקום שיכול לעשות ועדות קבלה גם עושה ועדות קבלה.

לפני שהמרצה יגע בתיקון ולמה הוא צמצם – חשוב לנו להבין שוועדות קבלה מנועות על פי החוק למנוע קבלה על פי הבדלי דת/גזע/מין. האפליה למעשה נשללת בחוק עצמו, אבל יש הרבה סיפורים של אנשים שנדחו מישובים קהילתיים בדיוק מסיבות אלה.

**השאלה היא מה החוק כן מתיר?**

הקריטריון הוא **אי התאמה לחיי הקהילה** – הוא מתיר הרבה שיקול דעתי לבעלי הקניין הנוכחי ביישוב, והם צריכים להכריע. רוב השוני מודר (אסור להתייחס אליהם) ולכן הם צריכים לומר שהם לא מתאימים על בסיס התרשמותם מהמועמדים.

ישובים בנגב ובגליל גם נדרשים להגן יותר על היישוב שלהם ולא להכניס גורמים עוינים ליישוב, ולכן אנו נותנים להם כלי משפטי כדי להתקיים בצורה תקינה. עיקר ההדרה הייתה לאומית/אתנית/עדתית.

הצעה לפתרון – הסיפור של ועדות הקבלה עלה לביהמ"ש ב**פס"ד סבח**.

ביהמ"ש למעשה מתחמק מהכרעה. הוא קובע שהוא לא רוצה להכריע כי זה **מוקדם מדי**. ביהמ"ש מתחמק מלדון לגופו של עניין. **נטע זיו** למעשה הרימה ידיים אחרי סבח ואמרה שאפשר להרים ידיים – **המרצה** אישית חושב שהיא טועה, וזאת לאור פסיקתו של **השופט ג'ובראן** – הוא אמר שהבעיה שלנו בהגדרת הקהילות השיתופיות היא שאנו לא יודעים להגדיר את המונח "קהילה".

**בפס"ד** **כוכב יאיר** נקבע כי תושבי הכפר הסמוך לא יכולים להיכנס לקאנטרי קלאב – למרות שלא מדובר בעיר/קיבוץ, אבל כוכב יאיר משלמים ומתחזקים את הבריכה.

ביהמ"ש מאוד נזהר בעיסוק בנושאים אלו. נושאי ביטחון ומקרקעין הם שני נושאים בהם ביהמ"ש מאוד שמרן. הוא כמעט אף פעם לא קיבל החלטה כשהוא חשב שהיא תפגע באינטרס הציוני-ממלכתי של המדינה. הבריחה מהגדרת המושג "קהילה" היא אישור הפרקטיקות הקיימות על קנם.

**מאמר של שי שטרן (תשע"ז)**

המרצה בדק האם אפשר לעשות הבחנה בין יישובים שצריכים את ההדרה לבין ישובים שלא, כשההנחה אומרת שגם היום יש הרבה מאוד ישובים שאין שום סיבה לתת להם לבחור את התושבים שלהם. חשוב לציין כי כל הישובים ביהודה ושומרון לא נכללים בפרקטיקות הללו – יש שם הדרה מטורפת. החוק שותק בנוגע לפרקטיקה הזאת. מה שאנו מדברים עליו זה רק מה שקורה בגבולות 67. החוק לא חל ביהודה ושומרון.

התפיסה שעומדת בבסיס המודל ששי שטרן דיבר עליו הוא בסיס שהמדינה הליברלית צריכה לאפשר לכל אחד לחיות את חייו כפי שהוא רוצה. אם נחשוב מהו הבסיס של המדינה ומהי אמורה לספק לנו: היא אמורה לספק **ביטחון, צדק ציבורי**, ולאפשר לנו **לחיות את חיינו כפי שאנו רוצים**. זה מופיע כמעט בכל החוקות של העולם המערבי כולל ישראל – מדובר בזכויות שפיתחנו כדי להבהיר שהמדינה לא אמורה להתערב לנו בתפיסות הטוב שאנו מחזיקים.

הקונספט של תפיסות טוב מוביל אותנו ל**פלורליזם** – הבנה שמדינה ליברלית צריכה להיות פלורליסטית במובן הזה שהיא מאפשרת לנו לחיות את חיינו כפי שאנו רוצים (ריבוי תפיסות טוב).

אם יש לנו מצב שבו אנשים מסוימים יכולים לממש את תפיסות הטוב שלהם באופן עצמאי – אז המצב קל/מצוין. כשאנשים לא יכולים לממש את תפיסות הטוב שלהם – כמו אוכלוסיות חלשות, או אדם דתי בעיר חילונית – המדינה כן צריכה להשקיע ולתמוך באותן תפיסות עולם כדי שיוכלו להתממש. מדינה פלורליסטית אמתית שבאמת מבינה את הצורך לאפשר לבני האדם לחיות לפי תפיסת הטוב שלהם – מחויבת לעשות את הדבר הזה – לפעמים היא חייבת למשוך ידיים, ולפעמים חייבת לעשות פעולה אקטיבית.

**הקווים המנחים לקהילה שצריכה את מנגנוני ההדרה**

**א. האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?** – מדובר בשאלה שיכולה להכיל תפיסות טוב רבות – כל תפיסה שהיא מסמנת לנו שיש כאן פעולה משותפת של אנשים למימוש מטרה/תפיסת עולם משותפת.

**ב. עד כמה אותם קהילות נדרשות להתבדלות גאוגרפית כדי לפעול כראוי?** **מה תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב?**

שתי השאלות הראשונות הן למעשה 2 השאלות שעל פיהן יכולה וועדת הקבלה לסנן מועמדים. שאלות אלו חיוניות להבנה מהי ההתאמה לחיי הקהילה – האם יש לנו קהילה והשאלה על תפקיד שיתוף הפעולה מבהירה לנו עד כמה אנו נדרשים לשיתוף פעולה כדי לממש את תפיסת הטוב. רק אם שיתוף הפעולה הכרחי – יש לנו התחלה של מחשבה להתיר סינון של מועמדים. אם אנו לא צריכים שיתוף פעולה ויכולים לממש את תפיסת עולמנו בכל מקום – זה לא משנה מי יהיה השכן שלי. הסיבה היחידה היא רק אם אני נדרש לשיתוף פעולה כדי לממש את תפיסת העולם הזאת.

**חלש יותר**

**חזק יותר**

**מצב 1**

**תפיסות טוב שלא מצריכות שיתוף פעולה עם אחרים**

**מצב 4**

**שיתוף פעולה מכונן**

**מצב 3**

**שיתוף פעולה מוסיף ערך**

**מצב 2**

**שיתוף פעולה מסייע**

ככל שאנו נעים לשיתוף פעולה חזק יותר – אז אנו נתיר לאותו יישוב לבצע סינון/הדרה גבוהים יותר.

**מצב 1 – תפיסות טוב שלא מצריכות שיתוף פעולה עם אחרים**, בטח שלא גאוגרפי.

**לדוגמא** – **ארסוף.** אנשים שבנו לעצמם יישוב יוקרתי, אבל אין ביניהם שום קשר/מכנה משותף בהכרח. מדובר באנשים ברמה סוציואקונומית מאוד גבוהה. אין להם שום כוונה ליצור שת"פ עם השכנים שלהם, למעט שת"פ כספי. באופן עקרוני – היישוב ארסוף היה אמור עוד ליפול בשלב א'.

**מצב 2 – שיתוף פעולה מסייע** – יש לנו תפיסות טוב שאנו יכולים לממש בעצמנו – כמו אדם צמחוני שחי בקהילת קרניבורים. אנשים צמחוניים לא מחפשים בהכרח קרבה גאוגרפית לגור רק עם אנשים צמחוניים. עם זאת, באזורים כמו סן-פרנסיסקו – אזורים מחולקים לקהילות. אנשים נוטים לגור על פי תפיסות טוב בצורה גאוגרפית. תפיסת הטוב רלוונטית לדוגמא לצרכנות – ברור שבסביבה שהרבה טבעונים גרים יהיו מסעדות טבעוניות. זה דיי מסייע לאנשים לחיות את חייהם בצורה נוחה יותר.

**מצב 3 – שיתוף פעולה מוסיף ערך** – כמו קהילות דתיות. יהודי דתי יכול להיות יהודי דתי לבד, אבל יש מצוות מסוימות כחלק מתפיסת הטוב שמקבלים ערך גבוה יותר כשעושים אותם בציבור – דברים שמשדרגים בעצם את המעשה עצמו. אם אתה לא נמצא עם אנשים אין לך איך לשדרג (חלק זה ירד בעריכה של משפט וממשל).

דוגמא אחרת – קהילות אקולוגיות. יש דברים שלא תוכל לעשות לבד. אדם שמאמין בתפיסת עולם אקולוגית יכול לקנות מטהר מים בודד לבית, אבל הוא לא יוכל להחליף את כל התשתיות בבניין. לעומת זאת הקהילות האקולוגיות בישראל לגמרי מאפשרים להגשים את תפיסת עולם זו בצורה גבוהה יותר מאשר אם היה עושה זאת לבד.

**מצב 4 – שיתוף פעולה מכונן** – רק באמצעות שיתוף פעולה עם אחרים אפשר לממש את תפיסת הטוב – כמו הקיבוץ ההיסטורי שהיה מבוסס על שוויון בהכנסות, הוצאות וצדק חלוקתי – כל הדבר הזה הוא משהו שאתה חייב לעשות עם אנשים אחרים. אתה לא יכול לחיות על פי תפיסה כלכלית של קיבוץ בעיר. הקיבוץ כולל אנשים שחיים בסמיכות גאוגרפית של אנשים – ובשיתוף פעולה קבוע.

חשוב למרצה להבהיר לנו שאנו לא יכולים לתת מנגנוני סינון זהים בהשוואה לקהילות אחרות. אדם לא מתאים לקיבוץ יכול לשבור את כל המערכת. לארסוף להביא אדם אחר זה לא כזה משנה, ולכן, בעוד שבארסוף אנו לא צריכים לתת מנגנוני הדרה (או אם נותנים, צריך לעשות זאת בצורה מצומצמת), בישובים כמו הקיבוץ ההיסטורי צריך לשמור על מנגנוני ההדרה כדי שהקהילה לא תיפגע.

ככל שפחות צריך את שכניי למימוש תפיסת הטוב – לא יכולה להיות פגיעה בחיי הקהילה אם השכן לא יחזיק בתפיסת הטוב. **לעומת זאת**, אם השכן שלי לא יחזיק באותה תפיסת טוב ,יהיה מאוד קשה ויכולה להיווצר פגיעה בקהילה/במטרה של הקהילה.

**ג. מה ההשלכה/ההשפעה של מניעת הדרה על הקהילה?**

**ד. מהו חוסנה הפוליטי-כלכלי של הקהילה**? ככל שהקהילה יותר חזקה אנו ניתן לה פחות הגנה משפטית – יש להם יותר השפעה והיא יכולה לדאוג לעצמה. קהילה שיכולה לדאוג לעצמה – חובת המדינה לדאוג לה פוחתת.

**נטילה שלטונית של מקרקעין**

**הפקעות** = לקיחה פיזית של מקרקעין. **גריעות תכנוניות** = הטלת מגבלות על המקרקעין.

כל הקונספט הזה נקרא "דיני נטילה שלטונית של מקרקעין" – לדעת המרצה זה אחד הצמתים המעניינים של המשפט הישראלי. הוא מערב הכל – תחום משפטי שמערב את כל תחומי המשפט – פרטי, ציבורי, מנהלי – יש וויכוחים בין רשויות, בעלים, וכל הדברים במשפט נמצאים במערכת הזו.

בשני השיעורים הקרובים תהיה היכרות עמה.

**הפקעות** – העירייה/המדינה לוקחים פיזית את הקרקע מהבעלים שלה. בד"כ כשאנו עושים הפקעות אנו מעבירים את הבעלות על שמה / על שם גורם שלישי. הבעלים המקורי **למעשה מאבד לחלוטין את הקרקע שלו** – כאילו הוא מכר אותה מרצונו אבל הוא עשה את זה בכפייה. מדובר על נטילה מלאה של הזכויות והוצאת הבעלים גם פיזית וגם מבחינה רישומית מבעלות המקרקעין.

**גריעות תכנוניות** – מדבר על סוג אחר של פגיעה בבעלות הבעלים. אנו לא מוציאים את הבעלים לגמרי – הבעלים נשאר הבעלים, אבל מטילים כל מני הגבלות על השימושים שבעל המקרקעין יכול לעשות במקרקעין שלו.

**לדוגמא** – למרצה יש חלקה, ואנו מגיעים למסקנה שצריך להעביר קו חשמל בחלקה.

השטח שחוצה את הריבוע הוא שטח של הפקעה ממשית – מעבירים קו חשמל והבעלות לא נשארת של הבעלים (לכאורה מחלקים את חלקת הבעלים ל-2).

בד"כ כשמעבירים כבלים חשמליים – יש פרוזדור סביב הכבל שם אסור לגדל גידולים חקלאיים/לבנות מבנים. בעוד שהקו הירוק של כבל החשמל מופקע לחלוטין (ועובר על שם חברת החשמל), השטח "השחור" נשאר בידיים של הבעלים, למרות שלבעלים אסור לעשות דבר איתו. בשטח הזה הושארה לבעלים הבעלות, אך מצד שני נטלנו ממנו כמעט את כל השימושים שהוא יכול היה לעשות עם המקרקעין. בד"כ מדובר בתכניות שבהן יש הגבלות לגבי השימוש של הבעלים במקרקעין.

כשלוקחים לי פיזית את המקרקעין – אני יכול לתבוע פיצויים. כשפוגעים לי בשימוש בקרקע – זה שונה (גם מבחינת פיצויים).

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – ס' 3 +** **ס' 8**.

אנו יכולים להפקיע אם אנו עושים את זה בגדר **סעיף 8**.

יש לנו הרבה דברי חקיקה שמאפשרים לנו להפקיע קרקע:

* עד 2010 הפקיעו קרקעות עם **פקודת הדרכים ומסילות הברזל** (1943).
* יש לנו את "**חוק בזק**" (העברה של קווי תקשורת).
* **חוק רשויות נחלים ומעינות**.
* **חוק הביוב**.

הדגש הוא על **חוק התכנון והבנייה** **ופקודת הקרקעות** (רכישה לצרכי ציבור) 1943 (קרי פקודת הקרקעות/פקודת הרכישה). סביר להניח שעניין ההפקעות יהיה במבחן.

**הפקעות -** החוק למעשה לא נותן לנו הגדרה – מי שנותן את ההגדרה זה עורך דין, ובתי המשפט אימצו את ההגדרה והפכו אותה להגדרה מקובלת. ההגדרה של הפקעות 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**

מאיזה כוח רוכשת המדינה את האפשרות לקחת מקרקעין בכפייה? למה שהמדינה תוכל לשלוח את היד שלה ולקחת את המקרקעין שלי?

1. **שימור הכוח** – בעצם מי שנותן את הקניין/מעניק את הקניין מלכתחילה זו החברה/הריבון. אנחנו לא רק יכולים להחזיר לעצמנו, אלא אנו שומרים לעצמנו בעצם רובד ראשוני של בעלות בנכסים. בעצם משטר הקניין הוא משטר קניין משני – הבעלות של הנכסים היא של המדינה, ואנו נותנים בעלות פרטית מסדר שני לפרטים, **אבל** אם אנו שומרים לעצמנו את הבעלות הראשונית – כשאנו ממש זקוקים לקרקעות לצרכים מסוימים אנו יכולים להחזיר לעצמנו את הקרקע.

זה דומה למשטר הקרקעי בישראל (חכירה) למרות שזה לא הדין בישראל – מדובר בהצדקה בינ"ל, גם במדינות עם משטר פרטי לחלוטין. ההצדקה עצמה אומרת שגם אם יש לנו משטר פרטי לחלוטין – עדיין למדינה יש זכות ראשונית בקרקע. בתמורה לכך יקבל הפרט פיצוי.

1. **POLICE POWER** – למדינה בעצם יש תפקידים מסוימים שבשבילם הקמנו את המדינות – כמו ביטחון. אנו רוצים שמישהו ידאג לסדר הציבורי – גורם ממשטר שידאג לצרכים הבסיסיים ביותר שלנו. כל הדברים הללו הם בעצם תפקידים מובנים של המדינה. יש תפקידים מובנים למדינה ועבור התפקידים האלה המדינה בעצם זכאית להפקיע מקרקעין/לפגוע במשטר הקניין הפרטי – זה יורד ממש לשורש הקיום של מדינה.

על פי שימור הכוח – אנו לא בהכרח מגבילים את כוחה של המדינה לשימושים מסוימים. לעומת זאת, בpolice power ההפקעות שמורות למקרים מסוימים בלבד.

1. **הסכמה ראשונית** – תאוריית ההסכמה הראשונית בעצם אומרת שלמדינה מותר לקחת מקרקעין פרטיים בכפייה, מהטענה שאנחנו – האזרחים, כשהצבענו לממשלה – נתנו הסכמה ראשונית לנטילת זכויות. לא ידענו מלכתחילה למי המדינה תחליט לקחת את המקרקעין – הסכמנו מראש.

יש לנו כאן בעצם 3 תאוריות. הן נבדלות בצרכים/בטעמים שלשמה המדינה יכולה לקחת את המקרקעין. שלושתם מצדיקות את לקיחת היד של המדינה ואת הפקעת המקרקעין.

3 תאוריות אלה משמשות בספרות כהצדקה להתערבות המשטר במקרקעין.

כיום **כל העולם המערבי כולו מבין ומקבל את העובדה שלרשויות יש סמכות להפקיע מקרקעין**, כשהמחלוקת העיקרית בין כל המדינות המערביות נובעת מ-2 דברים מרכזיים –

1. שאלתה ההצדקה – לאיזה מטרות אפשר להפקיע?
2. שאלת הפיצוי.

**למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין פרטי?**

באיזו סיטואציה צריך להשתמש בכוח כופה? מתי לא נוכל לפתור זאת במו"מ?

1. **כשלי שוק** – יש אנשים שיתעקשו לא משנה מה – בגללים ערכים סובייקטיביים. יש כשלי שוק יותר אובייקטיבים כשמדובר בהפקעות כביש גדולות – הגענו להסכמה עם 99 מהאנשים, והאחרון יפעל כסחטן. אז הם לא יסכימו לקבל פיצוי כספי עבור הקרקע אלא הרבה יותר – יכול להיות שהיתרון/רציות של הפרויקט הזה כבר לא יהיה כלכלי/כדאי.

בסופו של דבר – כל הקונספט של ההפקעות הוא קידום צרכים ציבוריים. אם הסחטן יקבל סכום מטורף על הקרקע שלא שווה את הסכום הזה – כולנו נפסיד. בד"כ ההצדקה העיקרית של שימוש בהפקעות זה **כשלי שוק**.

1. **צדק חלוקתי** – סיפור: אחד מהיזמים הגדולים של הטכנולוגיה הירוקה בעמק הסיליקון רכש אחוזה על חוף הים באחת מהעיירות בקליפורניה. התברר לו שבאחוזה הזאת יש שביל שדרכו עוברים הגולשים והגולשות של העיירה לים. הוא ישר סגר את השביל והכניס לסחרור את כל העירייה – כי עכשיו התושבים היו צריכים לעקוף את האחוזה כדי להגיע לים. העירייה איימה שתפקיע את השביל.

בסופו של דבר העירייה נסוגה מהאיום והשער נשאר סגור כי סוללות עורכי דין התישו את העירייה. מה שמעניין כאן זה העובדה שהעירייה התכוונה להשתמש בכוח הכופה שלה לטובת מטרה שלא קשורה לכשל שוק אלא צדק חלוקתי – כדי שאנשים יוכלו לחצות ולהגיע למשאב ציבורי שכולנו יכולים להשתמש בו. השימוש בהפקעות למטרת צדק חלוקתי הוא נושא מאוד טעון. בישראל יש שאלות האם זה לגיטימי, אבל בעולם המערבי עושים שימוש דיי רחב בהפקעות למטרות חברתיות – על מנת לאפשר סוג מסוים של שימוש במשאבים ציבוריים, או על מנת להתמודד עם מטרות חברתיות. **לדוגמא** – המהגרים בגרמניה – נעשו הפקעות של קרקע פרטית והקימו מתקנים לאותן אוכלוסיות שלא יכלו לדאוג לעצמן. זה נעשה גם בארץ בגלי העלייה, אבל בארץ השימוש בכך קצת ירד לאחרונה.

זה בעייתי להשתמש בכך למטרות כאלה כי זה עשוי לערער באופן משמעותי את הקונספט של הקניין הפרטי – אם אני נותן את הקרקע לגורמים חלשים יותר, אז עלול להתערער משטר הקניין הפרטי, וגם להוריד את רצון האנשים לרכוש קניין פרטי.

1. **כוח שלטוני קלאסי** – יש דברים שאף אחד מאיתנו לא יתרום/יעשה מעצמו – זה החובה של המדינה ולכן היא תפקיע את הקרקע.

**2. לשם הגשמתו של צורך ציבורי**

טובת הכלל, ביטחון, תשתיות.....

**ס' 2 לפקודת הרכישה**...

ס' 2 (10) – יש פירוט של צרכים, אבל אם **שר האוצר** קיבל משהו אחר לגמרי כצורך ציבורי – זה ייחשב כך על פי החוק. זה פשוט פרוץ ופתוח.

**ס' 3** אומר כי שר האוצר יכול לעשות כל דבר – להעביר את המקרקעין, להפקיע זכויות מסוימות במקרקעין. **צורך ציבורי – כל מה שהממשלה/שר האוצר יחליטו שהוא צורך ציבורי.**

**בארה"ב** – אין חקיקה מפורטת כמו שיש לנו, אלא כתוב בצורה פשוטה כי קניין פרטי לא יכול להילקח לשימוש ציבורי בלי שישולם תשלום הוגן לבעל המקרקעין.

המרצה חוזר למקרה שטלטל את ארה"ב ב-2005 – במקרה של **סוזט קילו** – לקחו את הבית הקטן והוורוד שלה. העירייה רצתה לבנות מרכז פיתוח כדי לשפר את מצב התעסוקה בעיר.

אחרי שהסיפור הזה עבר את כל בתי המשפט בדרך, והא נבחר לדיון על ידי ביהמ"ש העליון בארה"ב – כשהשאלה היא מהו הצורך הציבורי כשלשמו אפשר לקחת מקרקעין בכפייה?

עורכי הדין של סוזט טענו כי מועבר כאן קניין מאדם פרטי מסכן/עני ומעבירה את הקרקע לרשותה של חברה חזקה (בעלי ההון) – מתוך מחשבה שאם יקימו את המפעל – אולי מצב התעסוקה ישתפר. בתי המשפט למעשה יתירו את ה-Public Use.

בהימ"ש אומר שמותר – וההלכה שיצאה היא **כשעירייה רוצה לקחת קרקע פרטית, גם אם התוצאה של ההפקעה תהיה שהקרקע עוברת מאדם פרטי אחד לגורם אחר, אם יש בנטילה הזאת להביא לפיתוח כלכלי בעיר, ההפקעה נכנסת לקטגוריה של שימוש ציבורי/צורך ציבורי אמריקאי**.

ביהמ"ש למעשה משנה את ההבנה מהו Public Use – בעבר הייתה התפיסה כי מדובר ב"שימוש הציבור", ועכשיו זה עבר ל"שימוש לתועלת הציבור" – מספיק לנו שהציבור ירוויח כתוצאה מהשימוש החדש על מנת שנכיר בזה צורך ציבורי לגיטימי. הימין בארה"ב תקף את פס"ד זה באופן קשה (חלוקה לא נכונה ללא כוח), ומשמאל תקפו זאת (לוקחים מהחלש ומעבירים את זה לחזק).

הטענה משמאל הייתה שבימה"ש מכשיר העברה של כסף מהחזקים לחברה לחלשים.

הסיפור של קילו הוכרע בצורה הזאת (5 מול 4), והחליטו שמדובר בצורך ציבורי לגיטימי.

51 המדינות אולצו לאמץ את פסיקתו של ביהמ"ש העליון. מה הן יכלו לעשות נגד כך?

22.11.17

**שיעור 9**

סיימנו את השיעור הקודם בנושא של **סוזט קילו** (האישה המבוגרת) בכך שהמרצה אמר לנו שכל המדינות חייבות לממש את מה שביהמ"ש העליון קובע, **אבל יש דרכים אחרות להתמודד עם התופעה הזאת** - הן יכולות לומר שמותר להפקיע לטובת הציבור, אבל מי שיפקיע יאלץ לשלם פיצוי גבוה יותר לבעלי זכויות המקרקעין – חלק ממדינות ארה"ב למעשה תובעות פיצוי של 200% להפקעות שנעשות בקונטקסט של פיתוח כלכלי. מצד אחד הן לא יכולות להכחיש את היכולת של הממשלה, ומצד שני הם סנדלו את הממשלה – כל נטילה שלטונית כזאת תחייב פיצוי גבוה יותר.

**פס"ד קרסיק נ' מקרקעי ישראל** - **בייניש**

*"בעידן שלאחר חקיקת חוה"י יש לתת להגבלה זו משמעות שתבטא את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה. בחוו"ד השונות שלהם הצביעו חבריי, כ"א לפי דרכו, על ההתפתחות שחלה במשך השנים בגישתו של בימ"ש זה ביחס לסמכות ההפקעה ולביקורת השיפוטית עליה. בתמצית ניתן לקבוע כי המסלול שעשתה הפסיקה מאז ראשית המדינה ועד היום היה מסלול חד-סטרי שהצעיד את ביהמ"ש בכיוון אחד: כיוון של התפתחות פרשנית שלפיה הועמד שקה"ד של הרשות בנושא ההפקעות בפני ביקורת שיפוטית ע"פ העקרונות הכלליים החלים על הרשות בבואה לפגוע בזכות יסוד"*.

ל**בייניש** יש אתוס של ביהמ"ש לאחר חקיקת חוקי היסוד – אנו מבססים תפיסה מעצימה של ביהמ"ש כמגן זכויות הפרט. עד היום ביהמ"ש היה בוחן את שיקול דעתן של הרשויות בכל הקשור למטרה הציבורית

**בג"ץ 180/52 דור נ' שר האוצר** (1952)

מדבר על מקרה בו הופקעו קרקעות לשיכוני עולים – השאלה שעלתה היא האם מדובר במטרה ציבורית? ביהמ"ש פשוט אומר שברגע ששר האוצר הגדיר את זה כצורך ציבורי – הוא לא יכול לבקר את ההחלטה הזאת (זה מה שקבעה את הפקודה, ביהמ"ש לא ראה עצמו כבעל סמכות לבצע את הביקורת השיפוטית הזאת).

**אתא נ' שוורץ (1977 – נזיקין)**

שוורץ מנהל תהליך מאוד ארוך, ובביהמ"ש העליון ביהמ"ש קובע ששוורץ צודק – המזיק הוא המפעל והוא צריך להפסיק לפעול/להתקין את החסמים.

אחרי ששוורץ ניצח, ראשי אתא פונים לשר האוצר, ומבקשים להוריד את שוורץ מהגב – אחרת יסגרו את המפעל. שר האוצר שוקל האם כדאי לו לשמור על המצב שקבע ביהמ"ש או להפקיע – והוא מפקיע. ביהמ"ש קובע שזה לגיטימי – והוא קובע שהוא לא מתערב בכך.

ביהמ"ש כן מתייחס לגופם של דברים למרות זאת, ואומר שמבחינתו סגירת מפעל של 500 משפחות ויצירת מצב תעסוקתי בעייתי – גם אם הוא היה נכנס ובודק – הוא היה מבין. כבר ב-77 אנו רואים כי ביהמ"ש הישראלי מאשר זאת לחלוטין בתור צורך ציבורי.

**פס"ד מהדרין בע"מ נ' שר האוצר (1994)**

הופקעו לחברת מהדרין קרקעות מנתב"ג 2000 – והיא ביקשה להפעיל את מתחם ה-duty free כפיצוי עבור ההפקעה. חלק מהתביעה הייתה שמפקיעים קרקע למטרה מסחרית לחלוטין – ואין שום סיבה שג'יימס יפעיל את הקרקע ולא מהדרין. ביהמ"ש אומר גם כאן שלא נכנסים לשיקול הדעת של שר האוצר, אבל לגופם של דברים – הדיוטיפרי הוא חלק גדול מכל המתחם וביהמ"ש לא ייתן לפצל את נתב"ג 2000 לכמה מפעילים. גם כאן לא מתערבים בשיקול הדעת של שר האוצר.

**מחמוד חליל נ' מדינת ישראל (2007)**

עיריית נצרת עילית הפקיעה שטחים עבור שטחים ירוקים (לא לעשות איתה שום דבר). ביהמ"ש אומר **כי הוא לא מתערב**.

האם מה שבייניש אמרה שאנו צועדים במסלול של ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של שר האוצר – כנראה שלא.

**נסכם עם דבריו של שמגר בבג"ץ 82/307 לובינאניקר נ' שר האוצר***:*

*"אמת המידה של צורך ציבורי אינה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על קיומו ועל אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי, אלא אישורו של שר האוצר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי".*

אין טעם אמיתי כשניתקל בהפקעה לנסות ולתקוף את המאפיינים הציבוריים כמאפיינים ציבוריים או לא. אישורו של השר הוא זה שמקנה לו את המעמד כצורך ציבורי. שמגר פשוט מתאר נכון את מה שקורה . שמגר אומר כי ביהמ"ש לא יתעסק עם ציבוריות המטרה. אנו לא מחפשים את המאפיינים הציבוריים או הלא ציבוריים, אלא אנו מחפשים דברים אחרים. לא נעשה ביקורת שיפוטית על ציבוריות. (למרות שביהמ"ש לא בודק זאת לעומק – תמיד בתור עורכי ועורכות דין תמיד כדאי להכניס פרק שתוקף את ציבוריות המטרה).

**מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה**

אנו כן בודקים את **המידתיות של ההפקעה**.

המידתיות של ההפקעה נמדדת כמו מבחן המידתיות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

יש לנו בפסיקה 6 מבחנים שהפסיקה נתנה לנו על מנת שנוכל לאתר מצבים שהם לא מידתיים בהפקעות, ומה שמעניין בדבר הזה, הוא שהמבחנים מצטברים – כל אחד צריך להתקיים כדי שההפקעה תהיה מידתית, אבל לא תמיד כולם חלים בנסיבות ההפקעה.



המרצה ריכז מס' מבחני פסיקה כדי לבחון את המידתיות (=לקבוע אם ההפקעה היא מידתית או לא). במבחן אצלנו המבחנים יצטרכו להופיע.

1. **ניסיון רכישה הסכמי** – היועמ"ש (שמגר) קבע שכל רשות חייבת לבצע ניסיון למו"מ עם הבעלים לפני הפקעה, ואם לא נעשה ניסיון רכישה הסכמי, אפשר לבטל את ההפקעה. הרשות תצטרך לבצע את תהליך ההפקעה מחדש – וזה יוביל לעיכוב. שווי הקרקע נקבע ברגע שהמדינה הודיעה על כוונה להפקיע. אלו למעשה חוזרים למצב הקדום – ובינתיים שווי הקרקע עולה. בנוסף, ברגע שההפקעה בטלה רשויות נוטות להפסיק לחלוטין את תהליך ההפקעה.

תמיד הרשויות צריכות לפנות – זה לא קורה תמיד, ואז אפשר לבטל את ההפקעה.

1. **מבחן ביצוע עצמי** – חברת פז רצתה להקים תחנת דלק, אבל ביהמ"ש אמר שלא רוצים לייעד את הקרקע לתחנת דלק, ולכן הקרקע לא נשארה אצלם.

**פס"ד נוסייבה** מדבר על אחת המשפחות העשירות בירושלים לאחר 1997 כשחיברו את 2 חלקי העיר. עיריית ירושלים וממשלת ישראל עשו תכנית ענקית שנועדה לחבר את קו התפר. 20 שנה אחרי שהתוכנית אושרה – משפחת נוסייבה דרשה את הקרקע בחזרה. בשנת 70 הקרקע שלה יועדה למסחר. המשפחה טענה כי לא היה צורך בהפקעה כי המשפחה יכלה לעשות את המטרה בעצמה. 20 שנה אחרי לא קרה שום דבר עם הקרקע.

בשלב הראשון פס"ד אומר כי צריך לתת להם את הקרקע בחזרה – **הם היו יכולים לממש את המטרה בעצמם**. ממשלת ישראל לא יכלה לחיות עם התוצאה הזאת כי יש לזה השלכות על כל קו התפר בירושלים, וביהמ"ש מקיים דיון נוסף והופך את התוצאה:

1. השיהוי של ה-20 שנה לא נורא כי זה חלק מתכנית מאוד גדולה.
2. הטענה של ביצוע עצמי יכולה להיות נכונה, **אבל** הם לא טענו את זה בעצמם, ולכן ביהמ"ש פטור מלהשיב את הקרקע אחרי 20 שנה.

ברור שפס"ד השני הוא חלק מניסיון ביהמ"ש לאזן את הפגיעה הפוטנציאלית של פס"ד הראשון. מה שיוצא מפס"ד מהדרין (נתב"ג) ונוסייבה – **שני פסקי הדין מצביעים על עקרון של מימוש עצמי וביצוע עצמי בתור דבר שהרשויות צריכות לשקול אותו, וזה עשוי, במידה וזה יהיה משמעותי והבעלים יטענו את זה בשלב ביצוע ההפקעה – לבטל את ההפקעה.**

1. **איחוד משאבים** (תת סעיף של ביצוע עצמי) – מדובר במקרה בו יש מספר בעלים בנפרד על מספר קרקעות שהופקעו למטרת פרויקט מסוים.

**פס"ד מקור הנפקת זכויות** – בניית הר חומה בירושלים. ראינו בפס"ד דור שהפקיעו קרקע פרטית לטובת עלייה. מדובר על מספר בעלי קניין שטענו כי הפקעת הקרקע שלהם לטובת בניית השכונה היא לא מידתית, כי **הם יכולים בעצמם** לקחת קבלנים שיבנו את השכונה, ואין הצדקה שהעירייה ייקחו את הקרקע וייגזרו עליה את הקופון של הבניה הפרטית.

ההבדל מביצוע עצמי – **מדובר בכמה בעלים באיחוד עצמי**.

אחת ההצדקות להפקעה היא שיש חלקה עם מספר בעלים – ולכן צריך לעשות הפקעה.

ביהמ"ש אומר כי גם במצב כזה צריך לתת את האפשרות לבעלים לבצע את המטרה במשותף, באופן עצמאי.

ביהמ"ש באמת דרש מהרשויות לתת לבעלים זמן התארגנות – 3 חודשים, שהוא לא סביר לטובת ארגון כל הדבר הזה. הם חזרו אחרי 3 חודשים ולא הצליחו לגבש הצעה מספיק טובה, ואז ביהמ"ש מכשיר את ההפקעה. ריבוי בעלים היא לא סיבה אוטומטית להפעלת כוח ההפקעה הכופה – צריך עדיין לתת להם את האפשרות לגבש ביצוע עצמי במיוחד אם הם טוענים שהם יכולים. כאן הם גם צריכים להראות שהם מסוגלים להתאחד.

1. **שיהוי** – מדובר במבחן שבו בודקים בדיעבד. אנו בודקים כמה זמן העירייה/הממשלה לקחו את הקרקע ולא עשו שום דבר. היום יש כבר חוק שאומר כמה זמן מותר להתמהמה – המקסימום הוא 17 שנים. אחרי זה סביר להניח שאם לא עשו שום דבר הקרקע תחזור לבעלים.

כאן, גם 20 שנים פלוס נחשבו לגיטימיים, אבל היום המבחן נכנס כמבחן המידתיות, ואם הרשות לא עושה שימוש בקרקע ניתן להעלות טענת שיהוי ולדרוש חזרה את הקרקע.

1. **תום / שינוי המטרה –** מה קורה כשאנו משנים מטרה ציבורית או שהמטרה הציבורית שלשמה הפקענו את המקרקעין נגמרה? נגיד שהפקעתי קרקע לגן ילדים, ואז העירייה אמרה שלא צריך את הגן – ונקים שם מבנה לצורך ציבורי אחר. השאלה היא האם ניתן לעשות את זה?

**פס"ד קרסיק** – מדבר על מצב בו הופקעה קרקע בשנות ה-50, ובשנות ה-90 המדינה החליטה שחבל לבזבז את השטחים ליד הים לצורך שטח אש וכדאי לייעד אותה למגורים. העבירו את שטח האש למגורים. על רקע זה היורשים של קרסיק רצים לביהמ"ש – ואומרים שאם יש כוונה לייעד את הקרקע למגורים – תחזירו לנו את הקרקע ואנו נשווק אותה לקבלנים.

**ביהמ"ש** אומר כי היורשים צודקים – חשין עושה כמה דברים שאסור לשופט לעשות (לא רצוי). **חשין** אומר בצורה ברורה ש**הוא משנה כרגע את תפיסת הקניין הישראלית** – הוא מעביר אותה בפס"ד מX- לY-. הוא מחליט שתפיסת הקניין משתנה בישראל. הוא אומר זאת בצורה ברורה, הוא מודע לעובדה שהוא עושה שינוי משמעותי שמשנה את התפיסה הקניינית בישראל.

מה שיצא בסופו של דבר מפס"ד לחשין הוא **השינוי מהדוקטרינה של ההפקעה כמנתקת זיקה להפקעה כשומרת זיקה.**

במצב בארה"ב – אם מפקיעים קרקע הבעלים יוצא מהתמונה – ההפקעה מנתקת את זיקת הבעלים לקרקע. הגורם שהפקיע יכול להשתמש בקרקע כרצונו. צריך לעמוד בכללים של כשרות ההפקעה בשלב ביצוע ההפקעה, אבל אם משהו משתנה בהמשך – הבעלים הוא הבעלים לכל דבר ועניין.

על פי חשין, בארץ יש את **שלב ההפקעה עצמה**, ואת **השלב של אחרי ההפקעה** אם משהו משתנה.

בשלב ההפקעה עצמה כמובן שהבעלים לא נמצא בתמונה. **אבל החידוש בפס"ד** הוא שהבעלים תמיד איפשהו נמצא בתמונה. לכן אם אנו מגיעים לשלב השני שמשהו משתבש, ובטלה המטרה הציבורית – הבעלים **חוזר לתמונה**. צריך למעשה להתחיל את הליך ההפקעה מחדש (ולהשיב את הקרקע). זה לא אומר שמעשית נעשה את כל ההליך מחדש (ואנו לא באמת מחזירים ומפקיעים מחדש) אבל הבעלים נכנס לתמונה כבעלים של הקרקע – מישהו עם זכות לקרקע.

החוק לתיקון פקודת הרכישה עיגן את הפסיקה בקריסק (2010).

במידה וצריך לשנות את המטרה הציבורית או שהמטרה הציבורית בטלה ואפשר לייעד אותה לצורך ציבורי אחר, אז אנו לא נחזיר את הקרקע פיזית לבעלים אבל נקיים את כל תהליכי ההפקעה (כולל שימוע, וועדה מייעצת...) למעט ההחזרה הפיזית והלקיחה מחדש – כאילו יש לנו הפקעה מחדש של הקרקע.

זאת התפיסה של חשין שעוגנה לתוך החוק – והחוק היום עיגן את המעשה של ההפקעה כמשמר זיקה אל תוך חקיקה. היום זה לא רק הלכה של שופט אלא יציר של חקיקה.

חשין אמר שאם בטלה המטרה הציבורית, אם אנו נמשיך להחזיק בקרקע/נשנה מטרות ציבוריות ללא החזרת הבעלים לתמונה – **ההפקעה לא תהיה מידתית**, ואנו יכולים לתבוע את ביטול ההפקעה.

1. **מבחן הזכות המזערית** - פס"ד אקונס-מנהרות הכרמל. לטובת ביצוע ההפקעה צריך שההפקעה תהיה מינימלית, לא צריך לרוץ על זכות הבעלות המלאה. אם לוקחים נתיב מאוד צר נפקיע רק את הנתיב הצר ולא את כל הקרקע. צריך להפקיע את המינימום האפשרי לטובת הפרויקט.
2. **מבחן המיקום** – **פס"ד זמר** – היה מדובר על העתקת כביש ממועצה אזורית אחת לשנייה. הנתיב של כביש 6 המקורי עבר דרך עמק חפר. כשהגיעו לשלב שסוללים את הכביש – התברר כי הנתיב עבר למועצה אזורית זמר. זמר טענה – איך יכול להיות ששיניתם את הנתיב? ברור לנו שעדיף להפקיע בכפרים ערבים ולא אצל היהודים (בציניות).

ביהמ"ש מכשיר את ההפקעה – הוא אומר מבחן מידתיות מסוים ופועל אחרת.

צריך שמיקום ההפקעה יהיה במיקום הכי טוב (כנראה המיקום הראשוני היה הכי טוב) אבל הוא מכשיר את ההפקעה בגלל טענה של מועצה מקומית עמק חפר שעלול להיפגע מאגר מים.

נושא המיקום הוא **קריטי**. בתור עורכי דין אנו לגמרי צריכים לטעון כנגד בחירה של קרקע של לקוחנו אם אנו יכולים להצביע על מיקום טוב יותר לפרויקט.

בנוסף – הסיפור של מיקום מאוד בעייתי ומביא בארץ לאפליה מאוד קשה בין האוכלוסייה היהודית לערבית. הוא מביא בכל העולם לאפליה בין עשירים לעניים יותר. הכביש שמקיף את כל מדינת ניו יורק נסלל בצורה מעוקלת כי לא רצו לפגוע בקרקעות של העשירים.

הסיפור של הפקעות הוא סיפור נורא סטנדרטי שמדינה/רשות מקומית עושה – אבל צריך להכיר בכך שעושים שימוש מאוד בעייתי בהפקעות. הכלי של ההפקעות הוא כלי שעשוי להיות מכשיר שלטוני שמנוצל לצרכים לא שלטוניים ואפילו בצורה רעה. באופן עקרוני, אנו לא יכולים לתמוך בכך ששלטון של מדינה יפעיל את הכוח שלו בצורה רעה. הדברים האלה יכולים להתגלגל בצורה מאוד מהירה גם לאותם אלו שתמכו בהפקעה בשלב הראשוני, אבל צריך להכיר את הסיפור.

המרצה חושב שלא יכול להיות מישהו שיבוא ויטען שמדינת ישראל לא עשתה שימוש נרחב מאוד בהפקעות במגזר הערבי (כחלק מכך שמדובר במגזר חלש וגם משיקולים פוליטיים של שליטה על המרחב). פס"ד זמר מראה שהמדינה לא לגמרי התקדמה. גם פס"ד מחמוד חליל בנצרת עילית מראה כי המדינה עדיין לא נותנת יחס שווה לאוכלוסייה הערבית. כלי שלטוני/כוח שלטוני שמופעל בצורה מפלה הוא דבר מאוד בעייתי.

**פיצוי**

השאלה הגדולה היא **מהו פיצוי צודק?** בארץ החוק לא ממש קובע שהפיצוי צריך להיות צודק (למעט ההתנתקות) – בפקודת הקרקעות לא רושמים שהפיצוי צריך להיות צודק, אבל בתי המשפט לקחו זאת לכיוון הזה, ואמרו שהפיצוי עבור הפקעות צריך להשיג תוצאה צודקת. השאלה היא **מהו צדק?**

**יש לנו 4 תפיסות עקרוניות של צדק**:

1. **צדק מתקן** – להחזיר את המצב לקדמותו. במקרה של הפקעה אנו צריכים לשלם פיצוי כספי ולהעמיד את הבעלים במצב הכספי שבו הוא היה אמור להיות לפני ההפקעה. זה הדין היום בישראל.
2. **צדק חלוקתי** – מדובר בתפיסה שעושה הבחנה בין אנשים שונים/מקרים שונים, והמטרה שלנו היא לא בהכרח להחזיר את בעל המקרקעין למצב הקודם – יכול להיות שהמצב בקודם לא היה טוב. הפיצוי ישקף משהו אחר מהשווי הכלכלי ההכרחי של המקרקעין. אם לקחתי לאדם חזק את הקרקע ויש לו הרבה קרקעות – אני לא חייב להחזיר לו את מלוא שווי הקרקע. אם לקחתי לאדם חלש את הקרקע – אולי אשלם לו יותר משוויה הכלכלי של הקרקע. יש טענות שאומרות כי צריך להחיל שיקולים חלוקתיים בדין הישראלי – היא לא אומצה במשפט, אבל הוא אומר כי צריך לתת פיצוי (צדק מתקן) כי הבעלים לא צריך לשאת בעלויות המלאות של הצורך הציבורי – ולכן צריך להשיב אותו למצב הקודם שלו. בזה שאני משיב אותו למצבו הקודם – אני מיישם צדק חלוקתי – כך עלויות הפרויקט חלות על כולם.

ברור שהפרשנות הזאת לא נוגעת לפרשנות של צדק חלוקתי במובן העמוק שלה. ביהמ"ש אומר כי הבעלים יקבל את שאר הכסף וכך יחולקו העלויות לכולם (מלאכת אומנות של ביהמ"ש). נחזיר למעשה את השווי של הקרקע עם כספי המיסים של החברה.

1. **צדק הליכי** – מה שמנסים להשיג באמצעות שימועים לפני פיטורים מזמינים את האדם לשימוע, נותנים לו להרגיש שיש הליך מסודר שלא הכל מוכרע מראש, ושהוא יכול להשיג תוצאות גם באמצעות ההליך עצמו הדבר הזה הוכנס בשנת 2010 גם לתוך דיני הנטילה השלטונית באמצעות **חובת שימוע** (ס' 5) – כל בעלים שמקבל צו הפקעה מוזמן לשימוע בפני הוועדה המייעצת – וכך הכנסנו עוד מימד של צדק הליכי – מאפשרים לאדם לשמוע את הסיבות להפקעה, לתת לו להעלות את הטענות שלו ובסוף להפקיע. גם צדק מתקן וגם צדק הליכי – בוחנים את התוצאות. לעומת זאת, בצדק הליכי אפשר לומר שהשגנו צדק בהליך גם אם התוצאה הייתה לרעת בעל המקרקעין – כי המטרה היא שההליך יהיה ראוי.
2. **צדק מאחה** – מציעה תפיסה מורכבת שמסתכלת גם על ההליך וגם על התוצאות.

מדובר בתפיסה שצמחה מהדין הפלילי – אנו צריכים לקחת את עובר העבירה (הפוגע), הנפגע (הקורבן) ואת הקהילה כולה – להכניס אותם לחדר ושם בתוך החדר אנו מנהלים הליך שההליך גם יעשה את הצדק ההליכי (כל אחד יתבטא) וגם יביא לתוצאה שתתרום/תיתן לכל אחד את מה שהוא צריך.

זה יותר טוב מצדק חלוקתי/מתקן/הליכי כי זה גם מערב את 2 האלמנטים, וגם לא קובע כללים שחלים באופן גורף לכולם – זה מאפשר התייחסות יותר פרטנית לגורם הספציפי מולנו.

**בארה"ב** – הפיצוי מוגדר בחוקה האמריקאית – **פיצוי הוגן/צודק**. זה פורש על ידי ביהמ"ש העליון האמריקאי כ**פיצוי על פי מחיר השוק** – כשאנו מפקיעים קרקע בארה"ב הפיצוי של הבעלים הוא על פי מחיר השוק של הנכסים – שום דבר מעבר ושום דבר פחות. המטרה היא צדק מתקן – השבת הבעלים למצבו קרוב ככל האפשר למצבו, עובר לביצוע ההפקעה.

**האם אפשר להצדיק ולטעון כי פיצוי לפי מחיר השוק הוא פיצוי הוגן?**

* **אובדן ערכים סובייקטיביים** – זה יכול להיות ערכים סנטימנטליים, אבל זה גם יכול להיות עניין של ערך סובייקטיבי ברמה יותר מציאותית – אם אני בניתי את הבית בצורה מאוד ייחודית – רוב האנשים לא יודעים לתמחר זאת, אבל לי/למביני עניין זה מאוד חשוב/יוקרתי/שווה כסף.

זה גם לא חייב להיות קשור לנכס – לדוגמא קרבה למקום מסוים (להורים לדוגמא, חברים).

אלו דברים שלא מתומחרים במחיר השוק בגלל שהם סובייקטיביים. אני מאבד לא רק את הנכס הפיזי אלא גם את הקרבה וערכים סובייקטיביים ברמה סנטימנטלית – בית המגורים נתפס כנכס בעל ערכים סובייקטיביים רבים.

**ספטני סטן** אומרת כי זה לא ברור בכלל שצריך לעשות מיתוס כזה מבית מגורים. חלקנו הגדול מוכר ועובר דירות באופן שכיח.

האם יש באמת ערכים סובייקטיביים? אם נניח שכן, האם אנו כחברה צריכים להתייחס לכך? האם משלם המיסים צריך לשלם יותר כסף על אובדן הזיכרונות האלה?

**לדוגמא** – חתונות. כשכותבים את הצ'ק, האם מקום החתונה/המנה/DJ משפיע על הסכום שכותבים בצ'ק? אפשר לנסות לייחס לכך את הערכים הסובייקטיביים. העובדה שאדם מממש את כל הפנטזיות בחתונה – השאלה האם האורחים צריכים לשלם על כל זה? האם אנו בתור אזרחים במדינה שלא מרשים לעצמנו את המבנים שאנשים בונים – האם אנחנו צריכים לשלם על פי הניואנסים שאנשים השקיעו?

**Brian Lee** כתב מאמר על כך שאמר שלא צריך לשלם עבור ערכים סובייקטיביים של אנשים מ-2 טעמים:

1. **ערכים סובייקטיביים שקשורים לסנטימנטליות מתפזרים בחברה** – מלכתחילה זה מתומחר במחיר השוק.
2. **קשיי הערכה** - קשה לביהמ"ש להעריך מהו השווי של הערך. בנוגע לחתונה – אנחנו כאזרחים לא צריכים לממן את השתיקים של כל אחד בונה בבית שלו.
3. **רוב הדברים לא צריכים להיכלל בסטנדרט** כי הם מתומחרים במחיר השוק.

* **פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה -** בישראל פקודת הקרקעות אומרת שאסור לביהמ"ש להתייחס לעובדה שהנכס נרכש בכפייה – אסור לתת פיצוי על הפגיעה באוטונומיה – זוהי למעשה הנחת היסוד של הפקעות. אם אנו רוצים לשמור על איזון תקציבי ויכולת להניע הפקעות, צריכים לשמור על המצב שבו הכפייה לא בת פיצוי/חלק מהפיצוי.

פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה מפוצה בד"כ בכסף. האם נכון לתת סכום קבוע או על בסיס אחוזים? אם אני מפקיע נכס גדול יותר – זה לא משנה מבחינת **Biran Lee** בנוגע לפגיעה באוטונומיה – אבל יש אחרים שטוענים שזה יכול להיות אחוזי בגלל הבדלי פגיעה באוטונומיה.

* **כשלי השוק המדומיין** – זה יכול להיות אובדן הבעלות בכוח. אם עושים הבחנה בין אובדן הבעלות בכוח ובפועל – כשאנו מפקיעים קרקעות, רוב בעלי הנכסים מאבדים את הבעלות בפועל – אנו לוקחים את הקרקע ונותנים כסף. בחלק מהמקרים/נסיבות (שכונות ישנות ואתרי שיקום) – גם אם הבעלים יקבלו את המחיר המלא של הנכס, הם בעצם לא יוכלו לעשות איתו שום דבר – דירות שלא שוות כלום לא יאפשרו להם, לאחר ההפקעה, למצוא דירה אחרת במחיר שיש להם ביד, אלא אם הם ילכו לשכונת שיקום אחרת, ואז גזרנו עליהם חיי נדודים. **החוק האמריקאי** לא מתייחס לזה – הפקעות אלו נעשות ומבחינת האמריקאים סיימנו את הסיפור.

**בדין הישראלי** המצב שונה לגמרי – יש לנו 2 מנגנונים:

1. **חוק שיקום שכונות** – **אסור להפקיע נכס בשכונות מצוקה/שיקום**, אלא אם מצאנו דיור חלוף לאדם, והדיור החלוף הזה **לא יהיה בשכונת מצוקה אחרת** (לא צפוי לעבור עוד פעם את תהליך ההפקעה).
2. **רגולציה שמונעת את השימוש בכלי ההפקעה לטובת שיקום שכונות ישנות**. הרגולציה היא **פינוי בינוי** - אנו מתמרצים יזמים פרטיים לקחת שכונות ישנות, לשקם אותם ולהחזיר את הדיירים לדירות שלהם – עשינו מנגנון שונה מהפקעה, אנו מחייבים את היזמים להחזיר אותם לדירות שלהם. גם אם כל זה נכון ובסופו של דבר הם יצטרכו לעקור למקום אחר – יש להם דירה בשווי גבוה שיאפשר להם למצוא דירות טובות במקום אחר.

החוק הישראלי למעשה פתר זאת ב-2 אופנים – חיוב הרשות לתת דיור חלוף שלא יצריך מעבר כל כמה שנים, ותמרוץ יזמים פרטיים לבוא ולשקם את השכונה מבלי להוציא את הדיירים מהדירות.

* **הדרת ערכים כלכליים** – ערכים שוקיים/כלכליים שמתלווים להפקעה של מקרקעין אבל לא מבוטאים במחיר הנכס – כמו מוניטין העסק בהקשר למיקומו (בארה"ב היה מוסך שמוקם לכניסה לרוב העסקים. אנשים היו זורקים אצלו את הרכב, והולכים לעבודה. הטיעון שלו היה כי הרסו לו את העסק – המיקום שלו היה מאוד חשוב לעסק, היה לאנשים הכי נוח להגיע אליו). דוגמא נוספת היא הוצאות של עורכי דין, שמאים, הובלה, הוצאות של תיווך (חיפוש בית במקום אחר) – אלו הוצאות שקיימות אבל הם לא נכללים במחיר השוק של הנכס.

**הדין האמריקאי אומר שרק מחיר השוק של הנכס** – שום דבר מעבר לזה (למעט קליפורניה).

**בארץ כן מכירים** – פס"ד דוייק דיבר בעיקר על החלק של הדרת ערכים כלכליים.

החוק הישראלי בס' 12 בפקודת הקרקעות קובע כי שיעור הפיצוי צריך להיות שווה למחיר השוק של הנכס – המחיר שהיה מתקבל בין מוכר מרצון וקונה מרצון. ביהמ"ש אומר שלמרות שהחוק הישראלי אומר שהפיצוי צריך להיות רק מחיר השוק של הנכס, ולמרות שלכאורה **אין מקור נורמטיבי** בחוק להצדיק מתן פיצוי בגין ערכים אלו, **עדיין** הוא פוסק לתת פיצוי בגין ערכים אלו. ביהמ"ש עושה צעד בעייתי ונותן פיצוי בגין הדברים האלה.

המרצה חושב שצריך לתת את הפיצויים על כל שלושת הנושאים שהוא העלה כעת (אובדן ערכים סובייקטיביים, כשלי השוק ה"מדומיין" והדרת ערכים כלכליים). לא יהיה בוחן בשבוע הבא.

27.11.17

**שיעור 10 – המשך הפקעות, הזכות לפיצוי**

היום נתחיל את החלק השלישי של הגדרת נטילת שלטונית של מקרקעין.

נפתח זאת באמירה של השופט חשין, בה הוא מגדיר את פיצויי ההפקעה כקניין של ממש.

התפיסה של **השופט חשין** ביחס לפיצויים היא תפיסה של **צדק מתקן** – הפיצוי נועד לשקף את הקניין שאבד ולכן אנו משיבים חלק מהקניין לבעלים.

כמובן, יש בעיות עם ההשבה האת – האם מדובר בהשבה מלאה? חלק מהערכים לא נכנסים תחת פיצוי זה.

**סטנדרט הפיצוי בישראל – פקודת הקרקעות**

**כלל (ס' 12**) קובע 2 הוראות בנוגע לפיצויי בעד הפקעה:

1. **לביהמ"ש אסור להתייחס לעובדה שהמקרקעין נלקחו בכפייה בחישוב הפיצוי**. זה מבדיל אותנו מארה"ב שם נטען כי רוצים לפצות בגין פגיעה באוטונומיה. בישראל אנו לא יכולים לעשות זאת.
2. אנו מפצים על פי סטנדרט מחיר השוק של הנכס כאילו יש כאן רכישה מרצון, ולכן אנו מתבססים על **סטנדרט הפיצוי של שווי השוק**. השיטה הכי מקובלת לחישוב שווי השוק היא בדיקת שווי עסקאות שנעשו באזורים סמוכים.

**חריג (ס' 20 (2))**

1. אם יש לנו מגרש, ואנו מפקיעים עד 25% ממנו – אין צורך לשלם פיצוי.
2. במידה ומפקיעים יותר מ25% - ניתן להפחית עד 25% מהפיצויים. אם לקחנו 35% מהקרקע – ניתן לשלם רק 10%.

על פי פקודת הקרקעות, כשרשות רוצה לבצע הפקעה, אם ההפקעה מסתכמת בעד 25% מהשטח הכולל – היא פטורה מלשלם פיצוי. אם היא לוקחת יותר מ25% - היא יכולה להפחית מהפיצוי עד 25% שמשקפים 25% משווי המגרש.

**ההצדקות**

הפיצוי נדרש מטעמי הגינות, או טעמי יעילות – לגרום לרשויות לא ליפול ל**אשליה פיסקלית** – כאשר רשויות לא מפנימות את כל העלויות של הצעדים שלהם. אם לא נחייב פיצויים – הרשויות יפלו לאשליה פיסקלית.

כאשר אני משתמש ב**ס' 12** – כולנו כמשלמי מיסים מחזירים לבעל הקרקע שקרקעתו מופקעות את שווי השוק של קרקעתו. בנוסף, היעילות של פעולות הרשות נשמרת – הרשות מפנימה את כל העלויות של הפרויקט כולל הקרקע המופקעת.

בנוגע לאפשרות להפקיע 25% ללא פיצוי – טענה אחד תגיד כי מדובר בנטל סביר שאין צורך להחזיר את שווי הקרקע (הפקעה שולית).

בנוגע להורדה של עד 25% בפיצוי – הטענה היא כי זה מספיק כי הרשויות עדיין ישמרו על יעילותן, למרות ההפחתה בפיצוי.

בשנת 2010 תוקנה פקודת הקרקעות, והחוק **מבטל את ההפחתה**, למעט אם **ההפקעות מבוצעות לטובת רשות מקומית**.

הסטנדרט הוא פיצוי לפי מחיר השוק. כיום אחרי 2010 **אי אפשר להפחית 25% באופן גורף**. המקום היחידי שבו אפשר לעשות שימוש בהפחתה זו של 25% היא אם ההפקעה בוצעה לטובת רשות מקומית.

**ההצדקה לכך -** כשתיקנו את החוק השלטון המקומי הגיע לכנסת ואמר כי במידה ויבטלו את היכולת שלו להפחית מהפיצוי הוא לא יוכל לעשות שום תכנית כי הוא בגירעון תקציבי. בהינתן הבעיה הזאת – אם לא ניתן להם להפחית הם לא יקדמו פרויקטים.

1. **הסייג** – סעיף מאוד בעייתי.

הסעיף מאפשר לשר האוצר לתת פיצויים גבוהים יותר ממחיר השוק למי שקרקעתו מופקעת. הבעיה היא **שאין לנו שום קריטריונים**, ותיקים כאלה לא יגיעו לביהמ"ש. אנו נחייב במצב שבו אנשים מקבלים פיצויים מוגדלים על חשבון הציבור.

**חוק התכנון והבניה**

נסמך על פקודת הקרקעות בהרבה מאוד דברים, עם זאת:

**ס' 90 (א) (1)**

מאפשר להפחית 40% משווי הפיצוי. בניגוד לפקודת הקרקעות שם צומצמה יכולת ההפחתה – בחוק התכנון והבניה, **ההפחתה הזאת עדיין תקפה** היא לא צומצמה לרשויות המקומיות, והיא תקפה בכל הפקעה שנעשית דרך חוק התכנון והבניה.

לכאורה, זה נראה ברור כי יעדיפו להפחית דרך חוק זה. עם זאת, **מדובר במסלולים שונים לחלוטין**, כשההליכים שהרשויות צריכות לעבור שונים.

1. **חוק התכנון והבנייה נשלט בפועל על ידי ראשי הערים וראשי המועצות האזוריות**. כשפותחים הליך דרך חוק התכנון והבניה, השליטה היא בידי הרשות המקומית. היא לא צריכה לפנות לשר האוצר, ולשכנע אותו שיפקיע עבורה.

רוב הרשויות המקומיות באמת פועלות בהתאם לחוק התכנון והבניה.

מצד שני, **רשויות שלטוניות יתקשו לפעול דרך חוק התכנון והבניה**. הוא מחולק להרבה וועדות, ואם יש לי תשתית שמחולקת ל-2 מועצות – זה גורם לסיבוך. להוביל פרויקט כזה דרך חוק התכנון והבניה זה כאב ראש עצום – העיריות יצטרכו לפעול באותו לוח זמנים. במקרה כזה יעדיפו לעשות זאת מכוח פקודת הקרקעות – באמצעות שר האוצר.

1. **הבדל משמעותי בהליך** – הליכים של תכנון ובנייה כרוכים במתן זכות להתנגדות כמעט לכל גורם שרואה את עצמו נפגע כתוצאה מההליך. ההליכים על פי חוק התכנון והבנייה יכולים להימשך **הרבה מאוד זמן**. לעומת זאת, הפקעות על פי פקודת הקרקעות, כיוון שיש גורם אחד, זכות השימוע היא רק לבעלים שמקבל יכולת שימוע בפני הוועדה. מדובר בהליך **הרבה יותר קצר**. הבחירה באיזה הליך לבצע את ההפקעה נובעת מהרבה שיקולים שהם לא בהכרח עלות הפיצוי בלבד.
2. **גריעה תכנונית** - הסיבה השלישית שרשויות לא בהכרח פונות לחוק התכנון והבנייה, למרות שניתן להפחית דרכו 40% משווי הפיצוי. בגריעה תכנונית מפקיעים שטח קטן שגורם לירידה בערך המקרקעין (יחד עם הגבלות). בעל המקרקעין יוכל לתבוע פיצוי על פי **ס' 197**.

מכוח חוק התכנון והבנייה ניתן להפחית 40%. הסיפור של ה-40% הוא קצת פיקציה – העובדה שחוק התכנון והבנייה שם את **סעיף 197**, מעקר את **כל המשמעות** של הפחתת הפיצוי. מה שקורה בד"כ בהפקעות על פי חוק התכנון והבנייה הוא שיש לנו 2 שלבים:

1. **אישור התכנית -** בשלב האשון אנו מעבירים תכנית שמשנה את הייעוד של המקרקעין לייעוד הציבורי שלו. אם ארצה להקים בית עירייה על קרקע פרטית, קודם כל אעביר תכנית שתשנה את הייעוד של המקרקעין. בשלב הזה, רץ בעל מקרקעין חכם ו**תובע פיצוי על פי ס' 197 על הפגיעה** שנגרמה לו לקרקע. לפי ס' 197 הוא יקבל את שווי ירידת ערך הקרקע השמאי ישווה את שווי הקרקע שנפגעה מול שוויה החדש. במקרה של הפקעה כזאת - הם למעשה מקבלים **95%** משווי הקרקע – ולא ניתן להפחית 40%. **בסעיף 197 לא ניתן להפחית פיצוי**. אז רוב הבעלים ילכו ויתבעו תביעה של 197. ה-5% הנוספים – יכולה הרשות להפחית 40%.

יש פרשנויות שאומרות כי אפשר להוריד את כל ה-5% הנוספים. אבל גם אם נלך לפרשנות הכי מחמירה – עדיין אין לנו כאן הפחתה של 40%, אלא אחוזים בודדים.

כל זה מבהיר מדוע הרשויות לא רוצות להפקיע על פי חוק התכנון והבנייה – הליכי ההפקעה לפי חוק התכנון והבנייה נותנים לבעל המקרקעין את רוב ערך המקרקעין שלו כבר בשלב הראשון.

חוק התכנון והבנייה מחייב אותנו לעשות הפקעה בשני שלבים. **בשלב הראשון** (אישור התכנית) לא לוקחים את הקרקע - רק אושרה תכנית והיא משנה את הייעוד של הקרקע. הקרקע עדיין שלי – אבל ערכה צונח מהערך הקודם שלה לייעוד שאי אפשר לעשות איתו שום דבר. במצב כזה אנו זכאים לרוץ ולתבוע תביעה לפי 197 על נזק שנגרם לנו כתוצאה מאישור של תכנית (עד 3 שנים מאישור התכנית). בתביעה כזאת אין לרשויות זכות להפחית את סכום הפיצוי. בהפקעה בפועל **(השלב השני)** נשארים אחוזים בודדים בשווי הקרקע, ובסופו של דבר לא תהיה הפחתת 40%.

1. **הפקעה בפועל** – נשארים רק 5%, ובמקרה הכי גרוע העירייה תיקח רק את ה-5% (למרות שהפרשנות הרווחת היא שהעירייה תוכל לקחת עד 40% מה-5% האלו).

הרשויות בכל מקרה משתמשות בחוק התכנון והבנייה –בגלל שכבר לא ניתן להפחית את הפיצוי לפי הפקודה, ושהרשויות הן השולטות בהליך במקרה זה.

**ס' 190 (א) (1)** – סיפא

אינטואיטיבית, אנו לא רוצים לגרום למצב בו מופקע לבעלים חלק ממגרש, ואנו משלמים לו את מחיר השירות, אבל הוא נדפק פעמיים. מצד אחד נלקח לו חלק מהמגרש וגם פוחת השווי של המגרש. פרשנות קיצונית זו כמעט לא תאפשר ביצוע הפקעות כי תמיד יש יתרון לגודל, ותמיד כשאנו לוקחים חלק ממגרש גם יתרת המגרש והשימושים בה יובילו לירידת ערך.

לכן בתי המשפט פרשו את הסיפא הזאת, בצורה שאומר כי **הפקעה של חלק מהמגרש מותנית בכך שיתרת המגרש** עדיין תאפשר **לעשות בה שימוש סביר**.

מדובר בפרשנות יצירתית של בתי המשפט. במידה וניתקל במצב שלא יאפשר לעשות שימוש סביר ביתרת הקרקע – הרשות תחויב בהפקעת כל הקרקע.

סטנדרט הפיצוי:

**מחיר השוק של הנכס**

פיצוי מופחת

פיצוי מוגדל

חוק התכנון והבניה

פקודת הקרקעות

סעיף 20(2)

ניתן להפחית עד 25% רק כאשר מדובר בהפקעות לטובת רשויות מקומיות

פקודת הקרקעות

סעיף 190

ניתן להפחית עד 40%

40% זה פיקציה,

ס' 197 מעקר בשלב הראשון את כל נושא ההפחתה של ה40%

סעיף 20(ג)

נתון לשיקול דעתו של שר האוצר

אם נקבל שאלה במבחן לעשות חישוב של פיצוי, כדאי לעבוד לפי זה.

**ההסבר הנורמטיבי להפחתת הפיצוי**

בהימ"ש אומר בתחילת שנות ה-80 שכל הרעיון מאחורי ההפחתה בפיצוי מתרחשת בגלל השבחת יתרת הקרקע. **המרצה אומר** כי שווי המקרקעין הצמוד (שעליו מתבצעת ההפקעה) **בוודאי שלא עולה**. אף אחד לא היה רוצה לגור בצמוד לתחנת רכבת (כן בסביבה, לא בצמוד).

באופן עקרוני, בגלל ההשבחה הגדולה שנוצרת לאנשים כאשר יש הפקעה – ביהמ"ש אומר כי ניתן להפחית 40% משווי יתרת הקרקע עקב ההשבחה (המרצה אומר שזה אבסורד).

**האם מותר להפחית פיצוי גם כשמפקיעים 100% מהקרקע?**

בשנות ה90 המאוחרת הסתבכה קריית אתא עם המשפחה הלא נכונה, והפקיעו להורים שלה 2 קרקעות סמוכות – באחת הפקיעו חלקה, ואת הקרקע השנייה הפקיעו במלואה.

העירייה רצתה להפחית 40% גם מהקרקע שהפקיעו במלואה. יפעת התעוררה והתפיסה **משתנה**.

לכאורה אומר ביהמ"ש כי הבעלים לא מפסיד את הכל – נשאר לו חלק מהקרקע, והיתרה מושבחת. אז לא אצטרך לשלם לך 100%, אלא רק השלמה ל100% הכלליים. אז למה לעשות זאת כשמפקיעים 100%?!

**פס"ד הולצמן** –

**דורנר** אומרת כי כאשר יש הפקעה של 100% לא ניתן להפחית בפיצוי. לא יעלה על הדעת שאנו לוקחים קרקע מאדם ומפחיתים בפיצוי שצריך לשלם לו. הרשויות צריכים להפעיל את סמכויות ההפחתה **במקרים מאוד קיצוניים**. ראוי מאוד שהרשויות לא יעשו שימוש בסמכות ההפחתה ויתנו כמעט ב-100% של ההפקעות (הפקעה חלקית או מלאה) 100% מהפיצוי ולא יפחיתו ממנו. דורנר נאמנה לתפיסתה הליברטריאנית – פיצויי ההפקעה הם תחליף הקניין וצריך לשלמם במלואם למעט במקרים מאוד מאוד קיצוניים כשיש צורך דחוף ולרשות אין כסף.

**ברק** אומר כי אסור להפחית פיצוי כשמפקיעים 100% מחלקה (**הלכת הולצמן**).

בנוגע להפקעה חלקית – קיימות 2 אופציות פרשניות לדברי ברק:

**גישה דווקנית** – מה שברק אמר רלוונטי רק להפקעות של 100%. אם לא מדובר בהפקעות של 100% מותר להפחית פיצוי לפי מה שנקבע בחוק (אז הרשות תשאיר שיעור מזערי בידיים של הבעלים, אבל תוכל להפחית את הפיצוי).

**גישה מרחיבה** – ראוי שהרשויות לא יעשו שימוש בהפחתה שמוקנת להם בחוק למעט מקרים קיצוניים – הלבשה של תפיסה ליברטריאנית על ברק. יש כאן בעיה אחת – ברק מעולם לא אימץ תפיסה ליברטריאנית, וכנראה שהוא באמת לא חושב כך.

**הבעיה בתפיסתה של דורנר:**

1. **רחבה מידי** – הקניין הוא אתר חברתי חשוב להבניית יחסים בין בני אדם – הופך לזירה אטומיסטית. אם נהיה מאוד דווקניים ולא נאפשר הפחתה בפיצויי – אנו נקדש את התפיסה הליברטריאנית – וזה לא ברק.
2. **פיצוי רגרסיבי –** תמיד יעדיפו לקחת את הקרקע הזולה מאשר את זו היקרה.

לומר שאנו מעדיפים שרשויות לא יעשו שימוש בסמכויות ההפקעה שלהם – יכולה להוביל לפיצוי **רגרסיבי**. מי שתפגע תהיה למעשה האוכלוסייה החלשה. הרשות תלך תמיד למקום שיהיה לה יותר קל במקרה כזה – לקרקעות הזולות יותר (והפחות מתאימות). אם הרשות הייתה מקבלת הנחה בקרקע יקרה, היא הייתה יכולה להפקיעה, במיוחד אם היא מתאימה יותר לתוואי התכנית.

יש לנו למעשה בעיה – הפרשנות הדווקנית והמרחיבה לא מתאימה, ולכן אנו מאמצים את המודל של חנוך דגן – **פרשנות מאוזנת.**

**פרשנות מאוזנת**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| רמת המחויבות שלי כבעלים לקהילה / חשיבות המקרקעין עבור הבעלים | מקרקעין מכוננים | מקרקעין חליפיים |
| שימוש כללי | סמכות הפחתה נמוכה מאוד | סמכות הפחתה בינונית |
| שימוש קהילתני | סמכות הפחתה בינונית | סמכות הפחתה מלאה |

אנו מסתמכים על סמכות ההפחתה בתור משהו שמשמש מתח בין 2 קטבים.

הקוטב האחד הוא רמת המחויבות שלי כבעלים לקהילה. במקרה כזה יש 2 אפשרויות:

**ציר ראשון**

1. **שימוש כללי** – הפקעות לצרכים לאומיים. הקרקע נלקחת למטרה כללית שלא משמשת בהכרח את הקהילה שלי (נתב"ג, כביש 6, מסילת רכבת).
2. **שימוש קהילתני** – משמש בעיקר את הקהילה שבה אני חיי. שימושים שמועילים לקהילה הקרובה שלי – צרכנייה, בית חולים...

ככל שהצורך יותר כללי – רמת המחויבות שלי/היכולת של המדינה לתבוע ממני להקריב חלק מהמקרקעין שלי ללא תשלום – הוא יותר נמוך.

**ציר שני** – חשיבות המקרקעין עבור הבעלים. מקרקעין יכולים לשמש ל2 צרכים שונים:

1. **מקרקעין מכוננים** – בעלי זיקה חזקה לבעלים שלהם. מקרקעין שמשמשים את האדם לעסקים/מגורים ויש לו זיקה משמעותית מאוד למקרקעין.
2. **מקרקעין חליפיים** – הקרקע מוחזקת בידיים של האדם בצורה של השקעה/משהו חליפי (תמורת כסף).

אם אני רוצה לעשות הפקעה לכביש 6 – אם המקרקעין מכוננים, סמכות ההפחתה צריכה להיות נמוכה מאוד. מצד אחד יש מקרקעין שחשובים לבעלים, ומצד שני יש שימוש כללי שמהווה מחויבות נמוכה בין הבעלים לקהילה – סמכות ההפחתה צריכה להיות נמוכה מאוד, וניתן יותר ביטוי לחשיבות של המקרקעין לבעלים. ראוי מאוד שהרשויות לא יפחיתו כאן פיצוי, אלא אם מדובר במקרים קיצוניים.

אם מדובר בכביש 6 – אבל הקרקע היא קרקע חליפית ולא מכוננת – במצב כזה, המחויבות הקהילתית נמוכה אבל המקרקעין לא חשובים לבעל הקרקע. אז נהיה בסמכות הפחתה בינונית – אפשר להפחית, אבל לא צריך לרוץ על כל ה-40%.

אם מדובר בשימוש קהילתי (שנועד לקהילה הספציפית – בית חולים באשדוד, גדר על רצועת עזה, כבישים עירוניים) – רמת המחויבות שאנו יכולים לדרוש מאדם כלפי קהילתו היא גדולה יותר. לא נדרש ממנו הפחתה מלאה – אבל נדרוש הקרבה גדולה יותר – פיצוי נמוך ממחיר השוק.

במידה ומדובר במקרקעין מכוננים - סמכות ההפחתה תהיה בינונית במקרה זה (למרות שמדובר במקרקעין מכוננים – יש חשיבות גדולה להיות ההפקעה לצורך קהילתנית).

אם מדובר בשימוש קהילתי על קרקע שלא חשובה לאדם (מקרקעין חליפיים) – כאן אנו נתיר לרשויות לעשות **הפחתה מלאה**.

הטבלה הזאת באה להראות לנו איך נכון להתייחס לסמכות ההפחתה של הפיצוי בהתאם לערכים הקנייניים. היה יפה אם המחוקק הישראלי הולך על הרעיון הזה, אך הוא לא עשה את זה. עם זאת, תיאוריה זו מתחילה לחלחל בבתי המשפט – ונוכל כבר להתחיל להשתמש בתיאוריה זאת.

**פיצוי בעין**

יש לנו 2 הוראות קצת שונות

**ס' 39 (א)** בחוק בפינוי בינוי

ההוראה הראשונה בחוק פינוי בינוי – מחזיק שגר במקרקעין מופקעים לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיור חלוף.... אנו מחויבים לתת לבעלי הבית המפונה נכס חלופי במקום בו הם יוכלו להמשיך להיות בעלים, במקום שלא מיועד לשיקום. יש כאן למעשה סעד בעין (נכס תמורת נכס).

**ס' 194** לחוק התכנון והבניה

גם חוק התכנון והבנייה מאפשר לרשויות לתת זכויות במקרקעין במקום כסף

ברור שאם האדם רוצה את הכסף ולא את המגורים החלופיים – צריך לתת לו את הכסף. אבל חייבים לתת אפשרות לקורת גג לאותם אנשים.

מדובר בדוגמאות כאשר מדובר באוכלוסייה חלשה/בית מגורים – אנו רוצים להשיב את האדם למצבו הכלכלי וה**סוציאלי** – אנו רוצים שתהיה לו קורת גג אחרת מעל הראש (ולא שהוא יישאר בלי).

**חוק יישום תכנית ההתנתקות**

מדובר בחוק ייעודי של נטילה שלטונית של מקרקעין בגוש קטיף וצפון השומרון.

הלכנו לזה, כי למפונים מגוש קטיף לא היו זכויות קניין. משטר המקרקעין/קניין בעזה היה כזה שהמפונים ישבו שם מכוח **רישיון** במקרקעין, אבל לא היה לאף אחד מהם זכויות קנייניות. במצב כזה אנו לא יכולים להפעיל את פקודת הקרקעות/חוק התכנון והבנייה, ולכן היה צריך לחקוק חוק ייעודי שנועד להסדיר את ההפקעה השלטונית (המדינה עשתה זאת גם במפוני סיני).

יש כאן 2 סעדים מעניינים שניתנו רק בחוק זה:

1. **הסדר של העתקה קהילתית** – כל 20 אנשים רשאים לתבוע הקמה של יישוב חדש מחוץ לשטח המפונה. גם אם נוכל להסביר את חשיבות הקהילה ואובדן הקהילתיות – מאוד קשה להסביר איך אנו מאפשרים ל-20 אנשים סעד מאוד יקר של העתקה קהילתית (עד היום – הוצאנו על פינוי גוש קטיף 15 מיליארד). מדובר בסעד שלכאורה בא לבטא את אובדן הקהילה – אנשים שחיים בקהילות קטנות סופגים אובדן נוסף.
2. **פרמיה בגין וותק** – כל אדם שחיי בגוש קטיף יקבל 3,800 ₪ על כל שנה שהוא גר בגוש.

ביהמ"ש העליון מסביר כי מדובר בפיצוי על עוגמת הנפש, פגיעה באישיות/קהילתיות. יש פיצוי לנכסים ממש, ופיצוי לאדם – האובדן שהאדם חווה מהפינוי הזה.

מדובר ב-2 סעדים שאנו לא מכירים אותם מבחינת נטילת מקרקעין דרך הפקעה שלטונית.

**פיצוי עבור אובדן הקהילתיות**

לא כל הקהילות הן אותו הדבר, והרבה ישובים בגוש קטיף לא באמת ניהלו חיים קהילתיים. ניתן לחפש קודם **1. האם יש תפיסת טוב משותפת? 2. מהו תפקיד שיתוף הפעולה**? ככל ששיתוף הפעולה בין האנשים יהיה מכונן יותר הפיצוי יהיה גדול יותר. אם הוא יהיה פחות משמעותי – הפיצוי יהיה קטן יותר/לא בכלל.

בסופו של דבר מי שנפגע הם אותם אנשים שאיבדו את הקהילתיות שלהם. גני טל הוא היישוב היחידי שקיבל את ההעתקה של היישוב – כי הוא באמת היה צריך. ביהמ"ש אמר כי המדינה לא חייבת לעשות זאת לכל היישובים – כי מדובר בפריצה תקציבית. מי שנפגע הם יישובים שלא הספיקו להגיש את הבקשה – ובסופו של דבר כל הקבוצות הפסידו.

צריך להסתכל על מבחן **3.** **ההשפעה של ההפקעה על הקהילה**:

בוחנים 3 תרחישים של השפעות ההפקעה על הקהילה:

1. **ISOLATED** – לא נוכל להעביר את כל הקהילה אם אנו צריכים קרקע קטנה מהקהילה – האדם עצמו איבד את הקהילתיות, אבל הקהילה ממשיכה להתקיים. ניתן יהיה למצוא לו קרקע אחרת, או להתמודד עם חסמים בירוקרטיים. יהיה ניתן לאפשר לו גם להצטרך ליישוב אחר שדומה ליישוב בו הוא חי.
2. **CLEARING** – מוחקים את כל הקהילה. במקרה כזה הסעד הוא העתקה קהילתית.
3. **TIPPING** – הפקעות באמצע. אנו נמצאים על נקודת מפנה – מפקיעים נתח **משמעותי** מהקהילה, אבל לא את כל הקהילה. לא בטוח שהגענו לנקודת מפנה ביכולתם הקהילתית. בהפקעות כאלה נצטרך לבדוק יותר לעומק את ההשפעות על הקהילה.

למעשה – 50% איבוד את הקהילתית, אבל גם ה-50% שנשארו איבדו חלק משמעותי מהם – נצטרך לבדוק האם הקהילה יכולה להמשיך לתפקד, או שהגענו למצב בו הקהילה לא מתפקדת.

לסיום, צריך לבדוק את **4. החוסן הפוליטי-כלכלי של הקהילה**:

לא במקרה גני טל זכתה בהעתקה קהילתית. יש הרבה מאוד משמעות לכך שקהילות חזקות כלכלית/פוליטית יכולות לשקם את עצמן מחדש ולא להצטרך את עזרת המדינה. עצמונה הצליחה לשקם את עצמה ללא עזרת המדינה. קהילות חלשות יותר מבחינה כלכלית – לא הצליחו לשקם את עצמן, ונדרשו לעזרה מהמדינה – מה שהן לא תמיד קיבלו (חוץ מגני טל).

**אילו פיצויים ניתן לתת עבור אובדן הקהילתיות!**

יש לנו מגוון רחב של סעדים אפשריים – זה יכול להיות כסף, פרמיות, סעדים עקיפים (כמו הלוואות שהופכות למענקים), דיור חלוף, ואפילו יישוב חלופי. השאלה איפה אנו ממקמים את הקהילה מבחינת הסעדים? צריך להתבסס על 4 השאלות האחרונות שהועלו. רק לאחר בירור כל הדבר הזה – נגיע לשאלה איפה למקם את הקהילה על פני הרצף.

**פס"ד קרסיק**

הפקיעו קרקע בשנות ה-50 לטובת שטח אש. מאז, אחרי 40 שנה, הבינה המדינה שאין שום סיבה להחזיק שטח אימונים על חוף הים בחדרה – ועדיף לבנות שם בתי מגורים.

ברגע שהמדינה עושה הצרכה עם המנהל ומשחררת את הקרקע בחדרה – יורשי קרסיק דורשים להחזיר את הקרקע – נגמר הצורך הציבורי ואין סיבה שהקרקע תישאר בידי הבעלים.

**ביהמ"ש** אומר כי צריך להחזיר (ולפתוח מחדש את תהליך ההפקעה). ביהמ"ש מחליט שצריך לשנות את תפיסת הקניין הישראלית – הוא אומר שהוא עושה כאן שינוי מהתפיסה שהפקעה מנתקת את הזיקה לתפיסה שהבעלים נשאר/משמר את זיקתו לקרקע. אנו צריכים לבדוק שהסיבה להפקעה כשרה, ואז פתאום אם משהו משתבש (ונגמר הצורך הציבורי/רוצים לשנותו) – אז הבעלים רץ וחוזר לתמונה. **חשין** מודע לכך שהוא משנה את הדוקטרינה.

מבחינה מעשית, ב-2010 אומצה ההלכה של פס"ד קרסיק **בתיקון לפקודת הקרקעות**:

1. **ביטול הפחתת הפיצוי** – מבוטלת הפחתת הפיצוי הגורפת ומשומרת רק לרשויות מקומיות.
2. **הקמת וועדה מייעצת וחובת שימוע לבעלים**. כל בעלים שנלקחת ממנו הקרקע לפי פקודת הקרקעות – חייב המנהל לקיים שימוע, בעיקר על נושאי מידתיות.
3. **אימוץ התפיסה של קרסיק** –
4. **קביעה שהזמן שבו הרשות יכולה להחזיק בקרקע בלי להחיל את המטרה הציבורית** למטרת ההפקעה – **8 שנים**. במידה והרשות יודעת מראש שיידרש לה יותר זמן מכך – היא יכולה להאריך את הזמן ל-**15 שנה**. אם תוך כדי תקופת הביצוע אנו מגלים שצריך זמן נוסף – השר יכול להאריך את זה בעוד שנתיים – לסה"כ מקסימום של **17 שנה**.

המקסימום הוא למעשה 17 שנה.

1. אם נגמרת המטרה הציבורית והרשות/שר האוצר רוצים לשנות את המטרה הציבורית תוך כדי השארת הקרקע על ידי הרשות – לא צריך להחזיר את הקרקע לידיים של הבעלים – אבל עושים את **כל התהליך של ההפקעה מחדש** כולל המלצת הוועדה המייעצת ושימוע הבעלים.

אנו למעשה מחזירים את הבעלים לתמונה. אם בטלה המטרה הציבורית – הבעלים חוזר לתמונה והוא יכול לנסות לשכנע את הוועדה המייעצת כי הקרקע לא מתאימה לקרקע החדשה/אפשר להסתפק בחלק ממנה.

**חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין**

**חוק ההסדרה** – קובע כי מפקד האזור חייב להפקיע את כל הקרקעות שמנויות בחוק, והחוק משאיר אפשרות לעתיד בנוגע לקרקעות שיתוספו בעתיד. האלוף יהיה חייב להפקיע את הקרקע לטובת ההתיישבות היהודית. מדובר בשטחים שיש עליהם כבר התיישבות ישראלית – התנחלויות, ותשתיות. החוק קובע שצריך להפקיע שטחים אלה, ובתמורה מקבלים הבעלים הפלסטינים 125% מדמי השימוש והאחזקה הראויים. ההפקעה היא לא הפקעה של זכות הבעלות (עדיין ברשות הפלסטינים) אלא רק השימוש והחזקה – ולכן משלמים 125% משווי השוק.

עיקר התקיפה של החוק נובעת ממשפט בינלאומי – מצד אחד לישראל אין סמכות להחיל את חוקיה בשטחים, ומצד שני זה לא חוקתי על פי חוקי מדינת ישראל עצמה.

**האם הפקעה כזאת הייתה צולחת את החוקתיות של דיני הנטילה השלטונית בחיפה?**

יש לנו **3 חששות מרכזיים**:

1. **חשש מהשחתת הכוח השלטוני** – נתנו לרשויות כוח לקחת מקרקעין פרטיים, והחשש הוא שהרשויות יעשו שימוש לא תקין בכוח הזה. מדובר בחשש גורף כלפי כל כוח שלטוני שנמצא בידי הרשויות.
2. **חשש מהיעדר חלוקה הוגנת של הנטל** – אנו חוששים שהרשויות יטילו/יבצעו הפקעות בצורה לא מאוזנת – הם ייקחו קרקעות מאנשים מסוימים בלי לאזן זאת מול אנשים מסוימים, ואז רק אותם אנשים יישאו בהפקעת הקרקעות
3. **חשש מפני אי יעלות** – אנו חוששים שתהיה בעיה תקציבית – רשויות שלא מפנימות את העלויות האלו, יסבלו מ**אשליה פיסקלית** – הם לא יפנימו את העליות, ואז לא יהיו יעילות.

**מה עשו דיני הנטילה השלטונית?**

יצרו דיני נטילה שלטונית שכל כולם מכוונים להתמודד עם החששות האלה:

1. **חיקוק חובה של הליך הוגן** – כמו חובת השימוע. אנו יוצרים הליך הוגן יחסית שקוף לציבור (הודעות פומביות) כדי למתן את רצון הרשויות לבוא ולהשחית את הכוח הזה. אם כל הדבר הזה קיים, רשויות לא יכולות לפגוע באופן מתמשך בקבוצות החלשות יותר – הן יצטרכו לתת דין וחשבון לציבור. הכל יהיה נתון לביקורת שיפוטית וציבורית – דיני הנטילה השלטונית מאמצים את ההליך ההוגן במידות שונות שחייבים לעמוד בהם.
2. **דרישת הצורך הציבורי** – הצורך הציבורי / צמצום דיני הנטילה השלטונית דווקא לצרכים שלטוניים תוחמים לנו את המתחם של ההגינות הבסיסית. אם אמרנו כי דיני נטילה שלטונית מאפשרים לרכוש מקרקעין לפרויקט מסוים, אנו לא נוכל להשלים אם הם יצטרכו לעשות זאת עבור שיפור מצבו של גורם פרטי אחר (בניגוד למדינה). הצורך למעשה יהיה להעשיר את מצבו של גורם פרטי אחר על חשבון בעל המקרקעין. לא יכול להיות שנעביר קרקע מאדם אחד לאחר ללא הוגנות בסיסית. הניסיון לשמר זאת למטרות ציבוריות בלבד הוא כדי לתחם את גבולות ההגינות שמאפשרים להטיל נטל מסוים על האזרחים.
3. **פיצוי** – חשש מפני אי יעילות כלכלית. חלק גדול מחובת הפיצוי היא בשביל למנוע מצבים שבהם הרשויות לא מפנימות את העלויות החברתיות הכוללות של מעשיים (אשליה פיסקלית).

29.11.17

**שיעור 11**

בכל אחד ממנגנוני ההגנה של דיני הנטילה השלטונית (הליך הוגן, צורך ציבורי ופיצוי) יש רצף – בחלק מהמקומות מאמצים דברים מסוימים, ובחלק לא. אבל בכל העולם המערבי מאמצעים **הליך**. בכולם חייבת להיות **זכות טיעון לבעל הזכויות במקרקעין** – הוא חייב להיות מעורב.

לא כל המדינות מסתכלות על הליך הוגן אותו הדבר, על הצורך הציבורי ועל הפיצוי, אבל כולם מקיימות את שלושת העקרונות האלה. שלושתם תמיד נמצאים בכל דיני הנטילה השלטונית

**הליך** - יכול להיות מורכב מכמה גורמים.

זכות טיעון של הבעלים, קציבה של לוחות זמנים (8, 15, 17 שנה), התייעצות עם מומחים (בארה"ב אין, אבל בישראל, גרמניה ודרום אפריקה יש דרישה ברורה להתייעצות עם מומחים והגשה של חו"ד)

כל המדינות מאמצות הליכים פרוצדוראליים שבעל המקרקעין מעורב בהם.

**צורך ציבורי** – כל המדינות דורשות צורך ציבורי, אבל יש רצף. יש מצבים בהם יש צורך ציבורי מאוד ברור, ויש צרכים ציבוריים שהם קצת פחות ברורים (כמו **פס"ד קילו** שבו ביהמ"ש נשאל האם פיתוח כלכלי של העיר הוא צורך ציבורי, או **פס"ד אתא נ' שוורץ** – פרויקטים גם מסחריים וגם ציבוריים)

**פיצוי** – לכאורה יש פיצוי אחיד (מחיר שוק) אבל יש גם סעדים אחרים כמו דיור חלוף, הפחתה של מחיר השוק... כל הדברים הללו הם רצף של הפיצוי (למרות שלכאורה הוא אחיד, יש לו ניואנסים).

**הגנות המנגנונים**

**חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין**

עיקרי: טוהר השלטון

משני: הוגנות

משני: יעילות

משני: טוהר השלטון

עיקרי: יעילות

משני: הוגנות

עיקרי: הוגנות

משני: טוהר השלטון

משני: יעילות

יש לנו 3 מנגנוני הגנה – הליך, פיצוי וצורך ציבורי – כל אחד מהם מגן מפני 3 החששות בנפרד (במידה שונה, אבל הוא מגן). כל אחד ממנגנוני ההגנה האלה – יש לו את ההגנה העיקרית שהוא מספק מפני אחד החששות, והוא מספק הגנה משנית על החששות האחרים.

**פיצוי לדוגמא** מגן בעיקר על יעילות – הוא דוחף את הרשויות להיות יעילות. הפיצוי גם יכול להתחבר לנושא של הוגנות בנטל. כשאנו משלמים פיצוי לבעל המקרקעין זה אומר שהוא לא נושא לבדו בנטל, והעבודה שהוא ספציפית נדרש למסור את המקרקעין לא אומר שהוא מממן באופן מלא את הצורך הציבורי – כי הוא מקבל את שווי הקרקע שלו בחזרה. הפיצוי למעשה מגן מפני **אשליה פיסקלית**, אבל הוא גם מגן מפני **העדר הוגנות**. פיצוי גם מגן על **טוהר השלטון**. החשש האמיתי שלנו הוא שהשלטון יפקיעו מהחלשים את הקרקע ויעבירה לחזקים – העובדה שלא מדובר בקרקע חינמית – יוצרת מחסום מפני הרשויות לקחת מקרקעין בצורה לא ראויה.

אי אפשר לעמוד ברף גבוה של כל אחד ממנגנוני ההגנה ביחד – לא תמיד נוכל ללכת על הפיצוי הכי גבוה, הליך הכי מוקפד.... הסיכוי שהוא יקרה הוא נמוך מאוד וזה יוביל אותנו לצמצם את ההפקעות האחרות שכיום מאושרות (לצרכים משולבים וסמי מסחריים) – בפועל לא מפקידים על רף גבוה בכל אחד מנגנונים אלו – אנו מאפשרים להנמיך את הרף. לדוגמא – אנו מאפשרים להפחית פיצוי ולא לשלם 100% ממחיר השוק, כי אנו מבינים שיש צרכים חברתיים שצריכים להתממש, ואם נעמוד על הדקדקנות של הפיצוי החברה תיפגע – אנו מאפשרים להם לשלם פחות כי אנו רוצים שהם יממשו את השירותים שהם מספקים.

**איך אנו מצדיקים את ההתפשרות הזאת מבחינה נורמטיבית (ראוי)?** למה נכון לא לעמוד ברף הגבוה?

אנו מבינים שאם נדרוש רף גבוה כל הזמן, חלק גדול מהמטרות החברתיות והצרכים החברתיים לא יתקיימו. בגלל שכל אחד מהמנגנונים מגן בפני שלושת החששות – **מספיק ששניים יתקיימו בצורה גבוהה**, ובאחד נוכל להפעיל בצורה נמוכה. אז יש סוג של יחסי גומלין בין מנגנונים שונים.

אם גם הליך וצורך ציבורי מגנים בפני שלושה – והפיצוי מורד במעט, עדיין החשש מפני אי יעילות נשאר מוגן. אפשר למעשה ליישם את אחד המנגנונים בצורה נמוכה ולממש את ה-2 האחרים.

**חוק ההסדרה** – האם הוא עומד במנגנוני ההגנה?

חוק ההסדרה לא מקיים הליך לבעלי זכויות הפלסטינים בכלל – אין לבעלי הזכויות הפלסטינים שום זכות טיעון כי החוק קובע שהוא חייב להפקיע את השטחים – למעשה אין הליך. לא קציבת זמנים, לא התייעצות עם מומחים, לא זכות טיעון – לבעלים הפלסטינים **אין למעשה שום הליך**.

המופע היחידי של בעלי הקרקעות מגיע בשלב הפיצוי – הן בנוגע לערעור על גובה הפיצוי, או בין אפשרות הבחירה לקרקע חלופית.

אפשר להסתכל על התקיימות המנגנון ולטעון כי **אין הליך** – האפשרות של האדם לטעון נגד ההפקעה לא קיימת (למעט פיצוי) אם אנו מכירים במציאות ואומרים שאין הליך/זכויות הליכיות – כל הסיפור של הInterplay- נופל והחוק לא צריך להיות מוכר כלגיטימי כחוק של דיני הנטילה השלטונית.

אפשר לומר כי המעורבות של הפלסטינים בנוגע לקביעת הפיצוי נחשב להליך ברף נמוך.

**צורך ציבורי** – לדעת המרצה, קשה להסביר איך מדובר כאן ברף גבוה של צורך ציבורי שמעבירים קרקע פרטית לאדם פרטי אחר. אם זה היה לטובת בסיס צבאי – זה היה ברף הגבוה. לפי התזה כי הישובים מגנים על כל המדינה – ניתן לטעון כי מדובר בצורך ציבורי, אבל קשה למרצה לטעון כי בית פרטי מהווה צורך ציבורי.

**פיצוי** – בחוק מאפשרים לתת לפלסטינים פיצוי של 125%. גם במידה ויינתן פיצוי של 200% - כאשר לא מתקיים צורך ציבורי בכלל – דיני הנטילה השלטונית לא מאפשרים לבצע הפקעה כזאת. בנוסף – הם לא באים לאסוף את הפיצוי – והם לא מכירים בהפקעה כ"חוקית".

כבר בשלב הזה אנו למעשה אמורים לומר שלום לחוק ההסדרה מבחינת דיני הנטילה השלטונית.

דעת המרצה (לא מחייב) – אפשר לנסות ולעשות מהלכים פוליטיים, אבל צריך לעשות אותם כמו שצריך. כאן עשו זאת בצורה גורפת מדי – ביטלו את ההליך לחלוטין.

**גריעות תכנוניות**

מטילים מגבלות על הקרקעות של הבעלים והם מאבדים חלק מתכונות המקרקעין ויש פגיעה בשווי (דיברנו על כך). כמו **לדוגמא**, שעובר קו חשמל, הקרקעות מסביב מקבלות הגבלות – ואז הבעלים לא יכול לעשות עם הקרקע מה שהוא רוצה.

ס' 197 מאפשר לבעלים שעומדים בפני הפקעה לקבל את רוב הכסף (פיצוי) כבר שהתכנית אושרה – הם רצים להגיש תביעה על פי ס' 197.

1. גם בעלים של קרקע שנמצאים בתוך התכנית וגם בעלים של קרקע שגובלים עמו יכולים לבקש פיצוי. גם בעלים של מקרקעין שגובלים עם הקו הכחול החיצוני מהתסריט (תסריט – משורטט קו כחול שמגדיר את גבולות התכנית. רק מה שמסומן בקו הכחול הוא השטח שעליו חלה התכנית)

מהקו החיצוני **יכולים להגיש תביעות על פי 197** (יחד עם הבעלים שנמצאים בתוך הקו הכחול). התביעה צריכה להיות מוגשת תוך 3 שנים **מאישור התכנית** (לא תמיד בעלים מודעים לאישור התכנית/מועד אישורה) – מתחיל מרוץ של שלוש שנים.

בעיקרון זה נראה כמו משהו שמטיב עם הבעלים (מנטרל את ה40% הפחתה שניתן לעשות) אבל זה הפך להיות **כלי כנגד הבעלים**, כאשר הבעלים לא הלכו ותבעו בתוך השלוש שנים לפי 197. הם באו אחר כך וביקשו פיצוי מלא – אבל הם איבדו את זכות התביעה לפי 197.

1. מותר לי לתבוע על פי פיצויים 197 אבל בכפוף ל**סעיף 200** לחוק התכנון והבנייה **ניתן לקבל פטור מהפיצוי**. הרשויות צריכות להראות כי הפגיעה לא עברה את תחום הסביר, וזה צודק שהן לא ישלמו את הפיצוי.

ב**פס"ד פרי הארץ** השופט **מלץ** קבע כי לכל מי שנפגע המקרקעין שלו יש זכות פיצוי לפי 197, וס' 200 נועד לתת פטור במקרים מסוימים לרשויות.

השאלות המעניינות היו סביב נושא הסבירות – האם הפגיעה חרגה מהסבירות. השופט מלץ קבע כי הדרך היחידה לבדוק את הסבירות זה **שיעור ירידת הערך**.

**פס"ד הורוביץ** – ביהמ"ש אומר כי על מנת לקבוע שהפגיעה לא עברה את תחום הסביר, אנו עושים שיקול בין:

1. **שיעור ירידת הערך** - מה היה הערך הקודם מול הערך העכשווי? בכמה ירד?
2. **מידת פיזור הנזק** - עד כמה התכנית מפזרת את הנזק בין בעלים, או שהכל נופל על בן אדם אחד.
3. **קיומו של אינטרס ציבורי חיוני** - ככל שמדובר בצורך חשוב וחיוני יותר (ביטחוני, רפואי) נכיר יותר בפגיעה. ככל שפחות – ניטה לראות בכך משהו לא סביר.

פס"ד האחרון (קריאת רשות) מדבר על שיקולים נוספים

**פס"ד ויטנר** – עסק בנושא מי נחשב ל"גובל בתכנית" מהי מידת הקרבה/ההשקה שצריכה להיות לקו הכחול כדי להיחשב כגובלים לפי ס' 197?

ביהמ"ש דן במקרה ספציפי וגזר הלכה מעוותת.

היה מדובר בכביש דו נתיבי שהפריד בין הקו הכחול לבין המקרקעין שנטען על ידי הבעלים שנפגעו. הבעלים רצה לקבוע תביעה לפי ס 197, וההתלבטות הייתה האם העובדה שיש כביש דו נתיבי שמפריד בין הקרקעות – פוגעת בהגדרתו כגובל עם התכנית?

**ההחלטה הייתה שהוא לא גובל**.

ביהמ"ש דן בשאלה מהו הרוחב של הכביש שלא מפר את המקרקעין כמקרקעין גובלים:

1. מקרקעין שממש גובלים לקו הכחול – יוכרו כגובלים והם יוכלו לתבוע לפי ס' 197 **במידה והמקרקעין שלהם נפגעו**.
2. יש אפשרות שגם מקרקעין שלא משיקים פיזית לקו הכחול אלא מופרדים ממנו בכביש שכונתי צר/בשטח פתוח צר – שני הדברים האלה עדיין לא פוגעים בהגדרה של "מקרקעין גובלים".

**האם ומתי חלה התיישנות בתביעת פיצויי הפקעה?**

**פס"ד עיזבון המנוח אדוארד ארידור**

האם אחרי **40 שנה** תביעה לפיצויי הפקעה מתיישנת או לא?

**ביהמ"ש המחוזי** דחה את דרישת היורשים מטעם התיישנות. ההתיישנות הכללית היא ל-7 שנים. ביהמ"ש המחוזי קבע שחוק ההתיישנות חל על פיצויי הפקעה, ובגלל שעברו 40 שנה התביעה התיישנה.

הסיפור הגיע ל**ביהמ"ש העליון** ושם יש לנו 3 דעות:

כולם מסכימים כי פיצויי הפקעה חלים תחת חוק ההתיישנות. השאלה היא מתי נולדת עילת התביעה?

סעיף 6 לחוק ההתיישנות קובע כי המרוץ מתחיל ביום שבו נולדת עילת התביעה – מתי מתחילים לספור את 7 השנים? יש לנו 3 עמדות שונות:

**חשין** – **העילה נולדת כשהרשות מסרבת לשלם פיצוי.** לפי תפיסתו הליברטריאנית – התביעה מתחילה את המרוץ של 7 השנים מהיום שבו הרשות מסרבת לשלם את הפיצוי. כלומר, אם הפקעתי בשנות ה-60, אבל לא פנית לבקש פיצוי ואני לא הצעתי/סירבתי לפצות – ואז אתה נזכר לשלוח אחרי 40 שנה בקשה לפיצויי הפקעה, מאותו רגע שהתקבלה תשובה שלילית – רק אז מתחילים לספור את 7 השנים. **זה כמעט שלילה לחלוטין של אפשרות ההתיישנות של פיצויי ההפקעה**.

**גרוניס – העילה נולדת ברגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין** – ברגע שזה קורה, אז מתחיל מרוץ ההתיישנות ומתחילים לספור 7 שנים לפיצויי ההפקעה. אם לא תבעת עד 7 שנים מרגע תפיסת הקרקע על ידי הרשות – איבדת את הזכות לפיצויים.

**ארבל - העילה נולדת כשמומשה המטרה הציבורית** (עמדת ביניים) – מהרגע שהתממשה המטרה הציבורית אז מתחיל מרוץ ההתיישנות.

**דיון נוסף** – גרוניס החיל את דעתו, ומרוץ הפיצויים מתחיל מהרגע שהרשות תופסת את המקרקעין. היום ההלכה היא שתקופת ההתיישנות מתחילה מהרגע שהרשות תופסת חזקה במקרקעין.

מדובר בנושא שיופיע במבחן, ואנו עוברים לנושאים אחרים.

**רישיון במקרקעין**

הרישיון עולה כמעט בכל תביעה של מקרקעין. מדובר למעשה בתביעת חילופין/תביעה משלימה במידה ולא יכירו בזכויות הקנייניות שלי. מוסד זה נקלט מהמשפט האנגלי והוא בגדול מוסד **חוזי**. בעצם הבעלים של הקרקע נותן רשות למשתמש/לאדם שיושב במקרקעין להשתמש במקרקעין.

הוא לא חייב להיות רישיון בכתב – הוא יכול להיווצר כתוצאה משתיקה או אי מחאה של בעל המקרקעין. יכול להיות שהעובדה שאף אחד לא מחה על השימוש שלי בקרקע מצמיחה לי זכות של רישיון. מפוני גבעת עמל למעשה קיבלו רישיון לשבת במקרקעין.

יש לנו רישיון שנעשה בצורה מפורשת (מחוזה), רישיון שנלמד משתיקה/אי מחאה (מכללא), ויש עוד הבחנה בין רישיון בתמורה ורישיון בחינם. רישיון בתמורה הוא רישיון ששילמתי עליו כדי להשתמש ובחינם זה רישיון שלא שילמתי עליו כסף.

**רישיון מפורש** – נעשה בצורה מודעת (בכתב ובעל פה).

**רישיון מכללא** – נעשה בצורה של הסכמה בשתיקה / אי מחאה כנגד הפעולה.

המשפט לא נותן לנו הגדרות ברורות מתי נכיר ברישיון, מתי לא, ומה תהיה המשמעות של ההכרה ברישיון.

**פס"ד חיים נויפלד** – ביהמ"ש בא ואומר שהעובדה שמדובר ברישיון בתמורה/חינם/מפורש/מכלאא – לא מגדרת את התוצאה המשפטית. ביהמ"ש תמיד יבחן באופן ספציפי את הרישיון כמערכת היחסים בין הצדדים, ויקבע האם יש רישיון והאם יש תוצאה, על בסיס ניתוח מערכת היחסים הספציפית בין הצדדים.

זו טענה קבועה יחד עם כתבי טענות במקרקעין – כי גם אם התביעה הקניינית קורסת, במידה וביהמ"ש יחשוב שצריך לתת לנו משהו, זה מאפשר לביהמ"ש להיאחז בקש הרישיון ולתת משהו בתביעה. זה מאפשר לו לומר כי אין כאן תביעה קניינית אבל חוזית. ביהמ"ש למעשה שומר לעצמו את היכולת להכריע האם יש רישיון. לכן תמיד עורכי דין מכניסים זאת.

**היקף ההגנה על הרישיון**

ביהמ"ש נתן קריטריונים לבחינה כדי להגן על בעל הרישיון:

1. **היקף ההשקעה שביצע בעל הרישיון במקרקעין** – כשארצה לבטל את הרישיון, ביהמ"ש יסתכל על ההשקעות וינסה לראות האם היה רישיון ומה עושים עם זה? איך מתבצע הליך הפיצוי/תשלום אחד לשני.
2. **הציפיה הלגיטימית והסתמכות בעל הרישיון לפעול במקרקעין** – אנו רואים עד כמה מי שהיה בעל הרישיון הסתמך וויתר על עסקאות דומות.
3. **משך הזמן שבו מחזיק בעל הרישיון ברישיון** – ככל שהוא מחזיק יותר זמן ברישיון, בעל מקרקעין סביר היה מגלה זאת יותר מוקדם/עושה עם זה משהו.
4. **התמורה** – מדובר בעדות מסוימת לכך שהיה ביננו חוזה/אינטראקציה מוסכמת. אם נתתי לך תמורה עבור השימוש יש כאן סימן מעיד לרישיון.

זה עדיין לא אומר לנו מה תהיה התוצאה המשפטית. ביהמ"ש יכול להגיד כי הרישיון הינו הדיר ולא בטוח שבעל הרישיון יצטרך לפצות (ניתן לבטל את הרישיון). מצד שני ביהמ"ש יכול לומר שזה רישיון בלתי הדיר.

**רישיון בלתי הדיר** – הסכם חוזי שנלמד מאי מחאה של בעל המקרקעין או נתינה חוזית – והתוצאה היא אי יכולת של בעל המקרקעין לבטל את הרישיון לנצח. יש 5 מקרים כאלה במדינה.

**פס"ד סלונים** – ביהמ"ש אומר שאנו נעים על סקאלה בין רישיון בלתי הדיר (כאשר ביהמ"ש לא מאפשר לבטל את הרישיון) לבין סקאלה שביהמ"ש מאשר את ביטול הרישיון ואומר כי לא צריך לשלם אפילו שום פיצוי. לכן מכניסים זאת לכל תביעה כי זה אף פעם לא יכול להזיק לנו. אם ביהמ"ש יכול לעשות צדק שלא מתבטא בזכויות קנייניות – הוא יוכל לעשות זאת בדרך אחרת.

רישיון **זו זכות אישית** ולא קניינית. אבל למה צריך את זה? יש הרי שכירות.

הסיבה היחידה שמכניסים את זכות הרישיון – היא כדי **למנוע עבירות**. שכירות היא זכות שניתנת להעברה בתנאים מסוימים – שוכר יכול להיות משכיר משנה בעצם. **ברישיון אין יכולת להעביר את זכות הרישיון,** אלא אם כן הבעלים נתן מראש את היכולת להעביר אותה.

**לסיכום**, הייחוד של רישיון הוא כפול במקרה שלנו:

1. **זכות סל במובן מסוים** – אנו יודעים עם איזו טענה אנו נכנסים, אבל אנו לא יודעים האם יכירו בטענה ומה יהיה ההשלכות הסעדיות לכך.
2. **רישיון הוא זכות אישית שלא ניתנת להעברה אלא אם יש את הסכמת הצדדים**, או במקרה של ירושה.

**התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון:**

1. **הכרזה על המשך קיומו של הרישיון** (על אף רצון הבעלים לבטלו) – ביהמ"ש יכול לומר שיש לרישיון תקופה לעוד שנתיים.
2. **ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים בתשלום פיצוי** - ביהמ"ש יבטל את הרישיון, אבל בעל הקרקע יצטרך לפצות את בעל הרישיון.
3. **ביטול הרישיון ללא פיצוי**.

**מקרקעי ציבור**

ביהמ"ש נלחם בתופעת הרישיונות במקרקעי הציבור – בניגוד לקרקע פרטית שם אנו מטילים על הבעלים חובה לוודא מה קורה בקרקע שלו, במקרקעי ציבור הרבה פעמים אין לנו את היכולת לפקח בצורה הדוקה מספיק על השימוש שנעשה בקרקעות, ובתי המשפט נלחמים בכך. כמעט כל פסק דין שמנסה לבסס זכות רישיון במקרקעי ציבור – בד"כ זה לא מתקבל בטענה שאין רישיון במקרקעי ציבור (**פס"ד חבה נ' מינהל**).

04.12.17

**שיעור 12**

**דרכי רכישת זכות קניינית**

השאלה שנדבר עליה כעת היא מתי/איך אנו רוכשים זכות קניינית.

המרצה ידבר על הבסיס להכרעה בתחרויות.

**דרכי רכישה של זכויות קנייניות**

* **ירושה** – דבר שמקנה ליורשים זכויות במקרקעין כמעט ללא מגבלות. (בניגוד להרבה מקומות בעולם שעושים מס על ירושה). בישראל אין מגבלות על ירושה. אותו יורש/יורשת מקבלים זכות קניינית.
* **תפיסה של חזקה** – דרך לרכישת בעלות (בעיקר במטלטלין – נכסים שהופקרו/אבדו).
* **חלוף הזמן** – כתוצאה מהשימוש התכוף למשך הזמן שאנו עושים, ניתן לרכוש זיקת הנאה מכוח שנים (זכות קניינית).
* **שיפור נכסי הזולת/בנייה במקרקעי הזולת** – בחלק מהמקרים בנייה/הקמת מחוברים יכולה להכריע מי יהיו הבעלים של הנכס.
* **עסקה רצונית** – מכר, מתנה, שכירות, משכון וכיו"ב – כל פעולה רצונית שנעשית כעסקה בין 2 צדדים, בסה"כ עם הבעלים המוכר/שאנו מכירים אותו במשפט.

**עסקה**

* **רכישת זכויות בנכסים** – בד"כ יהיה חוב של אדם אחד לאדם אחר.

כשאנו מדברים על עסקה במקרקעין – היא בד"כ נעשית בחוזה וחלים עליה כל דיני החוזים. יש הוראות מסוימות (סעיף 8 – דרישת הכתב) שייחודיות לחוזי מקרקעין, אבל באופן עקרוני נכרת חוזה בעת רכישת מכשיר והנכס עובר עלינו – ולכן דיני החוזים נכללים תחת רכישת זכויות.

* **הוראות מיוחדות - מקרקעין** – **דרישת כתב**. הסיבה לדרישה זו היא בגלל שמקרקעין נתפסו בתור נכס מאוד משמעותי, והיה חשש מאוד גדול מהעברת נכסים של מקרקעין. על מנת לוודא שהחוזים יהיו חוזים שנכרתו, ושיהיה ניתן לבדוק את האמינות, דרשו דרישה של כתב.

הדבר היחיד ששונה אצל דרישת הכתב היא **שכירות קצרת מועד** – ניתן לכרות חוזה בלי דרישת הכתב, וזה חריג לעסקאות המקרקעין.

**השתכללות הזכות בנכסים שונים**

יש שלב כלשהו בו אנו עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני. יש נקודת מפנה, שעד עכשיו היינו בשלב החוזי ומאותה נקודה אנו עוברים לשלב הקנייני. עד אותו רגע לא הייתה לנו זכות קניין, ולאחר מכן (אחרי שעברנו את הנקודה) פתאום יש לנו זכות קניינית.

ההבדל בין זכות קניינית לחוזית – בניגוד לחוזה, שהחוזה מקנה לי זכות כנגד האדם השני שכרת מולי את החוזה, כאן יש לי גישה בלתי אמצעית על הנכס. אם אנו לא מצליחים לעמוד בתשלומי המשכנתא, הבנק הולך וגובה מהנכס באופן ישיר. ההשלכות הגדולות של זה, מתקשרות למצב בו אותו מוכר לא נמצא. במקרים האלה, **אם כל מה שיש לנו ביד זה חוזה – סביר להניח שהפסדנו את הכסף**. לעומת זאת, **אם יש לנו זכות קניינית**, האדם הזה ומצבו הכלכלי פחות מעניינים אותי – מבחינתי הוא יצא מהתמונה כי **יש לי נכס שאני יכול לקחת אותו**.

**המלחמה הגדולה בדיני תחרויות זה לדעת מי עבר מהשלב החוזי/אובליגטורי לשלב הקנייני.**

נניח שאני מוכר דירה לאדם מסוים ואני מוכר יום אחרי זה לאדם אחר. אם אני קיים, המקסימום נזק, אז אפשר לתבוע אותי, והשני יקבל את הנכס. אם אני כבר לא בתמונה – אז 2 רוכשים יצטרכו לריב על הנכס. אחד יישאר בלי כלום ואחד יקבל את הנכס. השאלה היא מי חצה את הקו של השלב החוזי/אובליגטורי (התחייבות לעסקה) לשלב הקנייני (השתכללות העסקה).

**יישום**

**מקרקעין**

פונים אלינו הרוכשים ומבקשים מאתנו לחתום על הסכם. בשלב הזה אין העברה של זכות קניינית. כל זמן שהעסקה לא נגמרת ברישום (הלך עורך הדין לרשום את הנכס על שם הקונה בטאבו) – כל מה שיש לאותו קונה ביד זה **התחייבות לעסקה במקרקעין**.

המשפט הישראלי עשה שינוי בעניין זה, ו**ס' 9 לחוק המקרקעין** שמדבר על דיני תחרויות, קובע ש**הראשון בזמן זוכה כברירת מחדל**. ביהמ"ש לקח סעיף זה (פס"ד אהרונוב) ואמר כי צריך להתייחס להתחייבות לעסקה בצורה קצת שונה מאשר סתם התחייבות חוזית.

ביהמ"ש מקים **זכות מעין קניינית**, והעובדה שהראשון בזמן חתם על זכות מעין קניינית, מקנה לו עדיפות על פני רוכשים אחרים.

ביהמ"ש מפרש את סעיף 9, באופן שבו התחייבות לעסקה – מעניקה למחזיק בה זכות מעין קניינית (ולא רק זכות חוזית). יש לו למעשה עדיפות מסוימת על זכויות חוזיות רגילות.

ס' 9 קובע כי **בעסקאות נוגדות** הראשון בזמן זוכה, אלא אם האחר א.. ב... ג..

ביהמ"ש אומר כי אנו רואים את הזכות של הראשון בזמן כבעל "זכות מעין קניינית". ביהמ"ש למעשה מעלה את זכותו ל"כמעט זכות קניינית", והדרך היחידה לעלות על זכות זו היא באמצעות מענה על הסעיפים (המרצה לא יפרט על כך כרגע).

**נקודת המעבר בין זכות חוזית להשתכללות הזכות הקניינית – שלב הרישום בטאבו (ס' 7ב')**

ברגע שהפקידה/המפקחת מאשרת את העסקה, בעצם משתכללת באותו רגע זכות הבעלים במקרקעין. עד אז אין לו זכות זו. ברגע הפכתי לבעל זכות קניינית – אף אחד לא יכול לאתגר זאת.

**למה יש פער זמנים בין העסקה ובין הרישום?**

1. **מיסוי ואישורים** – צריך להביא לטאבו אישור ממיסוי מקרקעין שמעיד על כך:
2. שיש לנו פטור ממיסוי במקרקעין.
3. ששילמנו את מיסי המקרקעין.

צריך להביא עוד אישורים – כמו אישור ועד בית, אישור עירייה (שאין חריגות בנייה).

1. **מימון והסרת משכנתאות** – בד"כ אנו קונים דירה ממישהו שיש לו משכנתא לסיים. אז הפרוצדורות שהבנקים דורשים כדי למחוק משכנתאות ישנות ורישום משכנתאות חדשות – זה סיפור שלוקח זמן רב.

**כשהנכס רשום בלשכת הרישום בטאבו – הדרך היחידה לרכוש זכות קניינית היא רישום בטאבו**

**כשהמקרקעין לא רשומים בלשכת הרישום בטאבו – מתייחסים לזכות במקרקעין לא רשומים כמעין זכויות**. הבחינה מבוצעת כפי שאנו עושים לזכויות ולא כפי שאנו עושים במקרקעין.

כשמדובר במקרקעין לא רשומים שלא מופיעים בספרי המקרקעין – אי אפשר לרשום את הבעלות עליהם כי הם לא מופיעים שם. אנו נדבר עליהם בשיעורים הבאים.

**הליך הרישום הסטנדרטי**

**שטר מכר + חוזה + אישור עירייה + אישור מיסוי, הכל כפול חמש.**

**מה עושים בינתיים**?

יש לנו זכות קניינית שאנו עדיין לא הבעלים שלה. פנינו ללשכת מיסוי מקרקעין והצגנו בפניהם את עסקתנו וביקשנו מהם שתגזור האם צריך לשלם מס או לא, אבל אין עדיין זכות קניינית ביד, ועם זאת אנו משלמים חלק גדול מהתמורה (לפני ההעברה בטאבו).

כשאנו רוכשים דירה יד שניה ניתן לשים דריסת רגל באמצעות **הערת אזהרה**.

**הערת אזהרה** **זו לא זכות קניינית**. העובדה כי בעל הנכס מוכן לרשום הערת אזהרה עבורנו – זה לא מקנה לנו עדיין זכות קניינית בנכס, אבל יש לי הערת אזהרה.

הערת אזהרה היא בעצם סוג של תמרור שאמור להבהב לכל אחד אחר שבא ומתעניין לעשות איזושהי עסקה בנכס הספציפי. היא לא זכות קניינית, אבל היא כן נותנת לבעלים עמדת מיקוח מול הבעלים (יהיה מי שיהיה הבעלים). בתור בעל הערת אזהרה – יש לי עמדת מיקוח מול הבעלים. אני יכול להחליט שאני לא מסיר את תמרור האזהרה, ואז הבעלים מוגבל בשימושו במקרקעין.

**רישום הערת אזהרה חייב להיות בהסכמת הבעלים**. אם הוא לא חותם על הטופס – לשכת הרישום לא תכתוב הערת אזהרה בטאבו. לכן בד"כ נותנים את הכסף לעו"ד – כדי שהוא יעביר את התשלום הראשון למוכר כשיכתוב את הערת האזהרה.

**לשים לב: ס' 7 חל רק על עסקאות במקרקעין שטעונות רישום**. במקרקעין, הזכות הקניינית מתגבשת רק בשלב הרישום. אם לא רשמנו, יש לנו זכות חוזית/מעיין קניינית בנכס, אבל לא קניינית.

**זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום**: זיקת הנאה מכוח שנים (30 שנה, לא זכות קניינית), זכות קדימה מכוח החוק – חריגות לס' 7.

**זכויות שהן תוצר של עסקה ואין טעונות רישום:** שכירות קצרת טווח. החוק פוטר אותנו מלרשום כדי לקיים חיי מסחר, והזכות הקניינית משתכללת מרגע חתימת החוזה ולא מרגע הרישום.

**מיטלטלין**

איך מגבשים בעלות במיטלטלין?

גם כאן יש לנו את השלב החוזי והשלב הקנייני.

חוק המכר (ס' 33) – בעלות בממכר עוברת לקונה **במסירתו**. עם זאת, הסעיף קובע **שאפשר להתנות** או על מועד העברת הבעלות אחר, או על דרך העברת בעלות.

ברירת המחדל במיטלטלין היא **בשלב המסירה** (אם לא קבענו דבר אחר), אבל אם קבענו משהו אחר – שלב הבעלות ייקבע על פי ההסכמה שלנו בחוזה. (במבחנים זה פתח לשאלות להבין באיזה שלב עברה הבעלות, והאם יתנו/לא יתנו).

**זכויות**

סוג מסוים של חיובים אחד כלפי השני.

**העברת זכויות = המחאה**

החוקים הרלוונטיים: חוק המכר + חוק המחאת חיובים

**חייב ממחה (בעל הזכות) נמחה**

אם החייב חייב לממחה 50 ₪, הממחה רוצה להעביר את הזכות שלו ביחס לחייב לאדם אחר.

נשאלה הגדולה היא מתי עוברת הזכות בין הממחה לנמחה? זה עשוי לשנות בנוגע לשאלה למי החייב צריך לשלם – האם הוא צריך לשלם לממחה? או שהוא צריך לשלם לנמחה כי הזכות הקניינית עברה אליו? מתי הנמחה הופך להיות למעשה בעל זכות קניינית? (למי החייב צריך לשלם? לבעל הזכות או לצד ג'?). הדרך שלנו לדעת מתי עוברת הבעלות בזכויות היא לפנות לחוק המכר שקובע **שכל הדברים שהוא מדבר עליהם בנוגע למיטלטלין יחולו גם על זכויות**.

**ס' 33 לחוק המכר** – אנו ננסה להתאים את הסעיף לסיטואציה הזאת – העברת הבעלות הקניינית בזכויות נעשית **בשלב / מועד כריתת ההסכם בין הצדדים**, אלא אם הצדדים הסכימו אחרת.

**במקרקעין שאינם רשומים** – מבחינתנו הם **זכויות**, ואנו מתייחסים אליהם בהתאם. הבעלות במקרקעין תעבור רק בהסכם לפי זה במקרקעין לא רשומים (בעוד במקרקעין רשומים עיתוי הרישום יהיה במרכז). במקרקעין לא רשומים יהיה מדובר בשלב כריתת ההסכם/חוזה.

**התיישנות רוכשת (לא קיימת היום בדין הישראלי) - ס' 78 לחוק הקרקעות העותומני** הגדיר אפשרות נוספת לרכישת זכות קניינית, והאפשרות הזאת הייתה זכות שלא באמצעות עסקה, אלא באמצעות חזקה ממושכת בקרקע. זה היה החוק העותומאני שאפשר למעשה רכישת בעלות/זכות קניינות שלא באמצעות עסקה אלא באמצעות החזקה ממושכת בקרקע. הבעיה עם הסעיף הזה הוא שהוא מתנגש עם חוק מקרקעי ישראל – שקבע שלא תועבר בעלות למעט הדרכים שכתובות בחוק.

השאלה היא אם התיישנות רוכשת תקפה כתוצאה משהייה/עיבוד הקרקע הרבה מאוד זמן – חורג מעקרונות היסוד. **פס"ד שבלי** – **המושג "התיישנות רוכשת" לא קיים יותר בחוק הישראלי** ולא ניתן לרכוש בעלות בקרקע רק כתוצאה מישיבה ממושכת/עיבוד ממושך של קרקע. הדרך היחידה לרכוש בעלות במקרקעין (מעבר לירושה) היא באמצעות עסקה ובאמצעות רישום הבעלות.

**רכישת דירה מקבלן**

אחד המקרים שבהם החוק/המחוקק בא ואמר שהוא מודע לפערי כוחות משמעותיים שקיימים בין קבלן לבין אנשים שבאים לקנות ממנו דירה. המחוקק עשה הרבה מאוד תיקוני חקיקה כדי לנסות ולהטות את המטוטלת, ולאזנה. בהרבה מקרים הוא גם פגע בחופש/חירות של הקבלן על מנת לנסות ולתת את הכוח לרוכשי הדירות.

1. למה יש פער כזה גדול בין כוחו של הצרכן לקבלן?
2. האם נכון לעשות את כל הצעדים שהמחוקק עשה?

כל הרגולציה שהמחוקק הטיל על הקבלנים, היא רגולציה שספק אם היא מיטבית, וספק אם היא באמת לא מגולגלת בסופו של דבר על הכתפיים של הצרכנים.

1. **ריבוי ליקויים קוגניטיביים:**
2. **הצפת מידע** - החוזים מורכבים בצורה מורכבת ובעיקר כוללים פרטים רבים. ההנחה היא שהפרטים המרובים הללו/העובדה שהחוזה מכיל 30-40 עמודים – נעשית באופן **מכוון**. כוונה זו נועדה על מנת להציף את הרוכשים במידע רב, כך שבאיזשהו שלב הם מאבדים את הידיים/רגליים שלהם בחוזה, או שהם נאלצים לשכור עורך דין שיקרא את החוזה ויביא להם את עיקר הדברים. חוזי דירה של קבלנים כוללים הרבה מאוד מידע שכוללים את מועדי המסירה, הפרטים הטכניים, נושא ההצמדות... החוזה כולל כמעט הכל ויש הרבה מידע שצריך להתמודד איתו. זו סיבה עיקרית לכך שבתי המשפט מנסים לצמצם את יכולת הקבלים להציף אותנו במידע לא רלוונטי.
3. **מסגור** – הטענה היא שמי שמציע את החוזה (הקבלן) ממסגר את קווי המתאר של החוזה, ומוסר אותם בתבנית שהוא רוצה שנקבל. ההנחה היא שהקבלנים ממסגרים דברים מסוימים בצורה מסוימת, בידיעה מתי הלקוחות יתייאשו, ומתי הלקוחות יקבלו את המידע בצורה שטובה להם. הקבלנים משקיעים **הרבה מאוד במסגור החוזה**, כדי שהוא יתקבל בצורה טובה עבורם מול הקונים.
4. **שגיאות הסתברותיות** – אנו נותנים הרבה יותר משמעות לנזקים דחופים, גם אם הנזק בהם הוא קטן, מאשר לקטסטרופה. בגדול, יכול להיות שהסתברות קרות הנזק היא זהה. יכול להיות שההסתברות לקרות הקטסטרופה ולנזקים הקטנים תהיה זהה. עם זאת, אנו נוטים לתת חשיבות רבה יותר לנזק קל ולא לקטסטרופה. בקונטקסט הנדלני – מה שהכי מסעיר את הישראלים בחוזה הוא **מועד קבלת הדירה** – אם איחור כל יום יהיה 300 דולר או 600 דולר. לא מתעסקים עם זאת במצב של קטסטרופה – כשהקבלן פושט רגל, או שקיימות סטיות ניכרות מהתכנון המקורי (בראש שלנו, הסיכוי לסטייה ניכרת הוא מאוד קטן, למרות שהנזק הצפוי יכול להיות עצום).

בגלל הדברים האלה המחוקק נכנס לתמונה – והוא מנסה להבטיח את השקעות הבעלים.

1. **הטיה בין מידע מוחשי ומידע שאינו מוחשי** – כאן נכנס כל הנושא הפיננסי. נוכל לריב הרבה מאוד זמן על המפרט, והרבה פחות נדע לתת ביטוי לכל הקונסטלציה שעוטפת את העסקה.

המחוקק מבין את הכשלים המובנים בחברה, וביכולת של אנשים לקרוא ולעבד את החוזה, ולמעשה קובע **רגולציה מאוד נוקשה** לגבי 2 סוגים של חובות:

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

מדובר ב-2 חוקים מאוד חריגים באספקט הצרכני ודיני הקניין. בכל זאת, בתי המשפט מתייחסים לכך בצורה רצינית ומפרשים את הוראות המחוקק.

1. **חובת הגילוי - חוק המכר דירות (ס' 2,3,4,5,6)**. המצבים שהחוק נועד להתמודד איתם הם אותם המצבים בהם הקבלנים מנצלים את הידע שלהם, הכוח שלהם, והעובדה שהם מנסים למנוע מאתנו זרימה טובה של מידע. מטרת הסעיפים לעיל היא לגרום לקבלן לפרט, לא לעמעם דברים, להגדיר בצורה ברורה מה בתוך הזכות שאנו קונים ומה מחוץ לזכות. דבר זה קריטי בעיקר לכל הנושא של הצמדות והוצאת שטחים מהרכוש המשותף.

**ס' 6** – נועד לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים מוחשיים.

עולות השאלות – מה שלנו ומה לא? האם המועדון בבניין הוא של הדיירים או שהקבלן מכר אותו למישהו אחר? העניין המעניין הוא שאין מניעה שהקבלן ימכור את המועדון למישהו אחר. קבלן יכול למכור כל חלק בבניין על פי מה שהוא רוצה. העניין היחידי של חוק מכר דירות הוא להבטיח שאנו כרוכשים נדע בדיוק מה בפנים ומה בחוץ. שנדע מה הקבלן נותן לנו כחלק מהמכירה, ולעומת זאת – לדעת מה הקבלן משאיר לעצמו/נותן לאחרים.

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

**ההגנות שהחוק מספק לרוכשי דירות:**

1. אופן הגילוי צריך להיות **מפורט** – ממש מפורט. צריך להיות מצורף מפרט שבו הקבלנים מפרטים בצורה מאוד ברורה מה בפנים ומה בחוץ. מה בדיוק התמורה שאנו מקבלים.
2. הוא צריך להיות **בהיר מספיק** – לא יעזור לנו לקבל מפרט שגם הוא מסבך אותנו עם הגדרות לא ברורות.
3. הוא חייב להינתן **עד למועד עריכת החוזה** (לפני, עד למועד לכל המאוחר). יהיה בעיה לקבלן שהביא את זה דקה לפני חתימת החוזה (למרות שלכאורה חתמו על חוזה עם המפרט לפני – כנראה ייפסל לפי תום הלב).

**מה קורה אם לא מולאה חובת גילוי?** (כאשר לא כתבנו פרטים טכניים לדוגמא)

במידה וחובת הגילוי לא נכתבה כראוי בנוגע לפרטים טכניים – צריך לתת ב"רמה גבוהה"

במידה ומדובר על החרגות שטחים משותפים – זה צריך לעמוד בחובת הגילוי.

במידה ולא – הולכים לפי התקנון המצוי.

1. **בטוחות** - חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות)

**פס"ד חפציבה** – כבר קיימות בעיות לפי תזרים המזומנים לפני הקריסה. ב-2007 פורסם שהחברה בקשיים. חלק גדול מהפרויקטים לא קמו – אבל אנשים כבר רצו ונכנסו לדירות שהיו אמורות להיות שלהם, מתוך מחשבה שאם הם יחזיקו בקרקע ייפתר הסיפור.

אנשים תפסו את הדירות, כי נוצר מצב שבו הכספים של חלק גדול מהרוכשים **לא היו מובטחים** (בניגוד לחוק). אותם אנשים שהבינו שכספיהם לא מובטחים – הם ישר רצו לרוץ ולשים יד על הקרקע, מתוך תקווה שזה מה שבעצם ישאיר אצלם את הנכס.

המדינה רדפה אחרי יוני – הוא סיפק לרוכשים ערבויות לפי מספר חשבון לא נכון, שמאוד דומה לחשבון שממנו הוציאו את הערבויות. הרוכשים הפקידו את כספם, אך הבנקים לא הוציאו ערבויות כי לא נכנס סכום הכסף לחשבון הפרויקט.

החוק קובע **שקבלנים חייבים לספק ערבויות** לרוכשי הדירות בתמורה להפקדותיהם בתקופת הרכישה. לא ניתן היום על פי החוק להפקיד כספים לקבלן מבלי לקבל אחת מחמש בטוחות שהחוק מציע. כל הקונספט של הבטוחות נועד להגן על הרוכשים בשביל שלא נגיע לסיטואציות כמו חפציבה – שאנשים פשוטים חותמים על חוזה מול חברה מוכרת ללא עורך דין, ומוצאים את עצמם יום אחד בלי כלום (בלי דירה ובלי הכסף שהם השקיעו).

6.12.17

**שיעור 13**

**המשך רכישת דירה מקבלן - בטוחות**

בשיעור שעבר אמרנו כי אנו מטילים חובות גדולות יותר על הקבלן. חובות הגילוי – העובדה שהקבלן צריך לכתוב לנו בהקדם את כל הפרטים שהוא מעוניין להוציא – הוא צריך להודיע לנו על כך באופן ברור ומפורט.

הסוג השני – **בטוחות** – הבטחת ההשקעות. בחלק הזה נעסוק היום.

התחלנו בשיעור שעבר לעסוק בנושא חפציה – היו אלפי בעלי דירות שנפגעו מעניין זה, והדוחות הכספיים באים להראות שהיה ניתן לצפות משבר זה, ואנשים רצו ובאו לתפוס את הדירות פיזית.

המקרה של חפציבה עורר את ההבנה שצריך לתת בטוחות ללקוחות/לרוכשי הדירות, ובטוחות אלו צריכות להיות כאלה שיבטיחו את השקעותיהם. השאלות:

1. **האם כפיית בטוחות מוצדקת?**

אנו מחייבים את הלקוחות לקחת בטוחות, וערבויות אלו דורשות השקעת כספים על ידי הקבלנים עבור הבטחת השקעות אלו. האם נכון לחייב קבלנים להעניק בטוחות לרוכשים? או שנכון יותר לשמר שוק חופשי ולאפשר לכל רוכש לקבל את החלטותיו על פי מצבו הכלכלי והקרדיט שיש לו בבנק?

1. **למה אנו צריכים בטוחות בכלל?**

האם זה מוצדק? בנוסף, הקבלן הוא לא זה שמממן את הערבויות – זה בסופו של דבר מתבטא במחיר הדירה, ומי שישלם עבור הבטוחות יהיה הצרכן/רוכש הדירה.

1. **אין כאן פתרון קסם** – כמעט כל רגולציה תתגלגל על כתפי הרוכשים אלא אם הרגולציה תגביל את מחירי הדירות (וזה לא כאן).

2. בהקשר לשאלה השנייה – **צריך בטוחות בגלל**:

1. **סיכונים שנובעים מבעיות כלכליות של הקבלן**.
2. **סיכונים שנובעים מפגמים בזכות הקניין של המוכר**. מדובר ב-2 סיכונים שהבטוחות האלה מבצרות/מבטחות את הקונה מפניהם. העובדה שהקבלנים לא בעלי הקרקע – מגדילה את הסיכון שיבוא גורם שיגיד שהקרקע שלו, ואז בעלי הדירות יפסידו את הדירה בגלל שהזכות הקניינית של הקבלן מלכתחילה לא הייתה ברורה מספיק (ניגע בכך בדיני תחרויות).

**עקרונות לגבי חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)**

החוק חל רק על רכישת דירה, אבל הגדרת דירה היא רחבה – גם אם קנינו חנות בבית משותף, החוק יכול לחול עלינו. בגלל השימוש התכוף בחכירה לדורות בשוק הישראלי – חוק המכר גם מדבר על מכירת דירות באופן של חכירה לדורות. **לסיכום** - אנו יודעים שהחוק רחב יחסית בנושא מהות הדירה, וזה כולל גם מכירה של קרקע/זכויות במקרקעין בצורה של חכירה לדורות ולא רק בעלות.

חשוב לציין, כי **החוק לא חל על** **בניה עצמית** (כמו קבוצות רכישה) ועל **מכירות יד שנייה**. גם אם אנו שוכרים קבלן עבור בניית הדירה החוק לא חל על דירתנו. הקבלן לא חייב לתת לנו בטוחות, ואנשים ששוקלים ללכת לקבוצות רכישה צריכים לקחת זאת בחשבון - בנקים לא רוצים להלוות להם בד"כ.

**איך מבטיחים את ההשקעות?** החוק מונה 5 דרכים שונות להבטיח את השקעות הרוכשים (ס' 2):

1. **ערבות בנקאית** – בגדול, קונים דירה, ואחרי 7 חוזים צריך ללכת לבנק ולהפקיד כסף עבור הקבלן (מאות אלפים). מה שהיה קורה לפני חפציבה – היינו מחכים לקבלת מכתב ערבות של הבנק בדואר שבו הבנק מבטיח את הכסף ששילמנו. הבנק נותן ערבות של 500 אלף שח, וככה צוברים את המסמכים עד שמסיימים לשלם.

אחרי חפציבה זה לא עובד ככה – הולכים עם שוברים (ולא כסף מזומן) ומקבלים סוג של התחייבות לערבות כבר בשלב שמעבירים את השובר (זאת נעשה כדי לקצר את הזמנים, וברגע שיש את השובר חתום על ידי הבנק זה ערובה להפקדה של הבנק). זוהי הערבות הכי נפוצה.

1. **ביטוח** – חברות הביטוח מבטחות את ההשקעות (במקום בנק). במקום לקבל ערבות בבנק אנו מקבלים פוליסת ביטוח שמגנה על היקף ההשקעה למקרים של קריסה.
2. **שיעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה** – אם אנו בעלים שבאים לרכוש דירה, ונניח שהקבלן לא רוצה לשלם כסף לבנק ולחברת ביטוח, הוא יכול לתת לנו שיעבוד של הקרקע במשכנתא בדרגה ראשונה – הוא יכול לרשום אותנו כבעלי משכנתא כ**זכות** **קניינית** (לא בעלות!) על הקרקע של הפרויקט.

(ברגע שרושמים משכנתא אצל הבנק – הבנק רוכש זכות קניינית בקרקע. חוק הבטחת השקעות מאפשר לקבלנים לעשות את אותו הליך כדי להבטיח את זכות הרוכשים) הרוכש מקבל זכות בלתי אמצעית על הקרקע בהתאם לסכום שהוא שילם עליו. במידה והקבלן קורס הוא יוכל להתעלם מהקריסה ולנסות לגבות את חלקו מהמקרקעין.)

**משכנתא ראשונה בדרגה** – הוא זה שמממש ראשון את המשכנתא לפי בעלי משכנתא אחרים. המשכנתא יכולה להיות עד שווי השוק של הנכס. בעלי משכנתא מדרגה שניה ושלישית מודעים לכך שיש בעלי משכנתאות קודמים להם – מי שיגבה ראשון זה בעלי משכנתאות מדרגה ראשונה, ואז שנייה, ואז שלישית....

1. **רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש** – אנו ממש נרשום חלק יחסי בקרקע על שמו של הרוכש. זה בד"כ מה שקורה בקבוצות רכישה – הדרך להבטיח את ההשקעות הוא לרשום את הקרקע עצמה באופן יחסי על שמות הרוכשים. אז הם הופכים להיות הבעלים של הקרקע, וזאת הדרך היחידה שבה הם מבטיחים את ההשקעות שלהם. החלופה הזאת ניתנת גם לקבלנים – אם הקבלנים הם בעלים של הקרקע והם מוכנים לרשום חלקים מהקרקע על שמות הרוכשים, הם מספקים את דרישות החוק לבטוחות.
2. **רישום של הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית** – זו צריכה להיות הערת אזהרה שלא תישלל ממנה שום זכות. העיקרון הוא שזאת לא תהיה סתם זכות קניינית.

**שעבוד או רישום של הקרקע על שם הרוכש הן בטוחות בעייתיות** –

1. **לא סביר, בעיקר שהקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע**. כמי שהוא לא הבעלים, הוא לא יכול לתת זכויות קנייניות שאין לו. הקבלן למעשה צריך לשכנע את בעלי הקרקע לתת מרצונו זכויות קנייניות או זכויות בעלות לרוכשים שנמצאים בשלבים של רכישת המקרקעין (לתת זאת בשלבים מוקדמים). קשה מאוד להאמין שבעלי מקרקעין יסכימו לזה כי הם רוצים גם לאבטח את עצמם במידה והקבלן יקרוס. גם בעל הקרקע מסכן הרבה/כמעט כל מה שיש לו, במידה והקבלן יקרוס.
2. **לא סביר שהבנק המממן יוותר על רישום משכנתא ראשונה בדרגה על שמו**.

**הערת אזהרה (ס' 2 (4)) - יותר אפשרית, אבל גם היא אפשרות קשה לביצוע.**

1. **בעלי הקרקע בדרך כלל לא יתנו את הסכמתם לרשום הערות אזהרה**. הרבה פעמים, אם בעלים של קרקע נותן אישור לרשום הערות אזהרה, בעלי הקרקע תקוע עם הערות האזהרה שהקבלן קורס. מדובר בקרקע שהוא צריך להתחיל לתמחר עם קבוצה גדולה של רוכשים במקום לקחת את הקרקע שלו ולתת להם ללכת למפרק.
2. **הערות האזהרה שצריכות להינתן צריכות להיות הערות שלא סותרות זכויות אחרות** – וזה גם בעייתי. אנו לא נצליח להסיר או לתעדף הערות אזהרה אחרות במיוחד כשהקבלן אינו הבעלים, ולכן הערת האזהרה פחות אפשרית. עם זאת, אם הקבלן הוא הבעלים של הקרקע מדובר באופציה נוחה וזולה יותר – ואז השאלה היא האם הרוכשים יהיו מוכנים להסתמך על כך – שילום מלוא הסכום עבור הערת אזהרה – שזו לא זכות קניינית.

**ערבות בנקאית (ס' 2 (1)) וביטוח (ס' 2 (2))**

**אלו החלופות שכמעט ננקטות תמיד**. בד"כ בנקים יפעלו דרך ערבות בנקאית מסיבות מעשיות. אפשר גם לעשות ביטוח ולבטח את הכספים שאותם דיירים משלמים ולתת להם פוליסת ביטוח.

המטרה היא להגן על הקונה מפני סיכון. גם אם הדירה לא מתאימה – מבחינת הבטחת ההשקעות אנו לא בתוך התמונה. הבטחת ההשקעות נועדה לוודא שיש מסירה של נכס בסוף הדרך. אם יש לנו תלונות בנוגע לטיב הדירה – נצטרך לעשות זאת בבית משפט, אבל לא דרך החוק של הבטחת ההשקעות.

**חזרה לחפציבה**

דוגמא קיצונית לקבלן שקורס. חפציה שילמו במזומן הרבה פעמים לקבלנים במקום דרך בנק, ונתנו הנחות ללקוחות עבור תשלום במזומן. הם גם הטעו את הלקוחות לגבי מספר החשבון שדרכו הם היו אמורים לקבל ערבויות. כשהם נזכרו שלא קיבלו ערבויות זה היה מאוחר מידי.

מה שעשו אחרי חפציה – כל החוק תוקן ב-2008 בעיקר. אחרי חפציבה הכניסו לחוק הנחיות מאוד ברורות **לפיקוח וליווי של תאגיד בנקאי**. בנוסף, **שינו את ההנחיה בנושא חשבון מיוחד שחייבים להפקיד אליו כדי לקבל את הערבות** – מה שקרה אצל חפציבה שהטעו לגבי חשבון מיוחד.

4500 משפחות הגיעו לבית המשפט בניסיון לגבור/לקבל את הקרקע ולתעדף אותם לגבי אחרים.

אז בית המשפט עושה אבחנה בין חברות עסקיות לרוכשים פרטיים. בית המשפט מאמץ את תפיסת **מרכיב האישיות** בקניין.

**השופט צבן:** ממסגר את 2 החוקים (חוק מכר דירות וחוק מכר הבטחת השקעות) בתור **חוקים צרכניים שנועדו לתת הגנה לרוכש החלש מול הקבלן החזק** (פערי כוחות מאוד גדולים ואנו מנסים להגן על הרוכש החלש). **צבן** אומר בצורה כנה שהחוק לא אומר שמתעדפים רוכש אחד לאחר, **אלא שהעדר אבחנה הוא מלאכותי בלבד**. **צבן** אומר בצורה ברורה שלא כתוב בחוק שהחוקים הללו לא חלים על חוקים עסקיים. (לצורך העניין, אותו גורם עסקי זכאי להגנה בדיוק כמו הרוכש הפרטי – אבל זה לא נכון לפי השופט). **תכלית החוק נועדה להגן על הצדדים החלשים**. הקבלן יצליח בעצם לגרום להם לאבד גם את הכספים וגם את הנכס עצמו. תכלית החוק היא **צרכנית**, ולכן צריך לבדוק מהם הרציונאליים הצרכניים של החוק.

מעניין לראות שביהמ"ש מפנים לחלוטין **שהזכות לקניין** **היא לא אחידה**. אם הייתה לה משמעות אחידה – לא היה ניתן לפרש זאת אחרת. ביהמ"ש לוקח חוק שלא אומר דבר על אבחנה בין גורם עסקי ופרטי ומטמיע לתוכו את רציונל זה. עושים זאת באמצעות בדיקת הערכים שמאפיינים את המוסד הזה – ועל פיהם נבחן את מטרת החוק. במוסד סוציאלי כזה – אנו נעדיף את מתן ההגנה הקניינית גדולה יותר למי שזקוק לה באמת, ונתן הגנה פחותה/נתעדף בצורה משנית את אלה שלא עונים על הרציונליים באופן מלא.

כשנקבל שאלה כזאת במבחן – ונצטרך להסביר איך הזכות של אותו בעל קניין שונה למרות שהחוק לא מבדיל – דברים אלה זה בדיוק כל "הקשקושים הערכיים" שמגדירים את התוצאה המשפטית.

יכול להיות שדברים כאלה יגיעו בשאלת המדיניות במבחן ונצטרך לחזור לנושא הערכי של איך מבנים מוסדות קנייניים (בתחילת השנה).

**המשמעות המעשית:** הקפדת יתר של הבנקים בנושא הערבויות. הבנקים מחויבים לדווח לרוכש שהוא זכאי לערבויות. גם הקבלן/המוכר חייב לדווח בכתב על זכויות הרוכש, וגם הבנקים חייבים ליידע את הרוכש על הזכויות שלו. החבות למעשה מוטלת על הבנקים ועל הקבלן – ואנו מנסים לסגור הרמטית כמה שאפשר את המצב בו אנשים שלא מודעים לזכויותיהם המשפטיות – שגם הם לא ייקלעו למצב שבו הם משלמים כספים בלי בטוחות.

**הגנת הבעלות והחזקה**

יש מצבים בהם אנשים רוצים להפריע לבעלותנו בקרקע – והשאלה היא מה ניתן לעשות עם המטרידנים, או אלה שמנסים להיכנס לקרקע בלי אישור. אנו לא חייבים להיות בעלים – גם שכירות/רישיון הם אנשים ש"מחזיקים כדין" במקרקעין וגורמים אחרים ינסו לערער על הסיטואציה הזאת. אנו ננסה לבין **למה אנו בעצם צריכים מערכת כללים ייחודית להגנה על הבעלות והחזקה**.

**בנוסף** – בחלק מהסיטואציות, ניתנת אפשרות ל**סעד עצמי**. אנו נותנים אפשרות לבעלים/מחזיקים כדין לבצע סעד עצמי (בלי לפנות לביהמ"ש) – שזה כולל התנגדות בכוח סביר ביחס לאותו ניסיון פלישה/פלישה.

**למה אנו צריכים מערכת דינים זו?**

**ויסמן** מעלה מספר רציונליים שמצדיקים מערכת דינים כזאת:

1. **שמירה על הסדר הציבורי** – אנו קובעים מערכת דינים על הבעלות והחזקה. אנו נותנים משמעות לבעלות בקרקע, בגלל שההנחה שלנו היא שיש סיבה למי שיושב בקרקע – ואנו נגן על החזקה הזאת בגלל הרצון לשמר את הסדר הקיים. האם נכון לעשות זאת כמערכת כללים ייחודית במשפט הפרטי? האם זה הענף המשפטי שבו אנו צריכים לפעול לטובת הסדר הציבורי?

זו שאלה לא ברורה - יש חששות מזליגה של דינים מהמשפט הציבורי לפרטי. אלו מערכות משפט בעלות רציונליים שונים לחלוטין. הניסיון לעשות שימוש בכלים של המשפט הפרטי כדי להבטיח את הסדר הציבורי – יוצר **עיוות מסוים** או **פוטנציאל לעיוות**, ולא בטוח שזו הדרך הנכונה לעשות זאת.

1. **יעילות בהגנה על נכסים** – כשאנו מאפשרים סעד עצמי, אנו למעשה מאפשרים יעילות בהגנה על נכסים. לא כל דבר מצריך פנייה לבית משפט – יש פלישות שניתן לפתור בצורה די מהירה. יש נכסים שהם נכסים שאם אני לא אאפשר הגנה עצמית מהירה לא תהיה עליהם הגנה בכלל (מיטלטלין לדוגמא). האם זה רלוונטי למצב השוק הנוהג היום? אולי תפיסה כזאת הייתה רלוונטית בעבר, אבל היום כשיש הרבה נכסים וירטואליים – לא בטוח שתפיסת ההגנה על חזקה בכלל רלוונטי לסוג הנכסים עליהם אנו מדברים.
2. **הטלת הנטל על התובע** – מערכות הדינים מטילות הרבה מנטל ההוכחה על הכתפיים של זה שתובע את החפץ על השימוש. השאלה כאן האם מדובר בנטל ראייתי או מהותי? האם אנו דורשים ממנו להביא ראייה לטענתו, או שאנו דורשים ממנו לברר עד תום את טענתו?
3. **עידוד שימוש בנכסים פנויים** – המטרה היא שלא יהיו לנו דירות רפאים – במחאה החברתית אנשים נכנסו לדירות רפאים, פלשו אליהם, כשהמטרה הייתה להבהיר שהם לא מוכנים שיהיו נכסים פנויים בעוד אנשים אחרים לא יכולים לגור. דיני החזקה באים לתמרץ. השאלה היא האם אנו בדין עושים מדיניות של רובין הוד? לוקחים מהעשיר ומחייבים בעל דירה לתת אותה לאחרים? האם זה לגיטימי בשיטת המשטר הישראלי?

**יש לנו 4 שחקנים מרכזיים:** **הבעלים, מחזיק בקרקע, בעל הזכות להחזיק ומסיג הגבול** (מחזיק שלא כדין). החוק בס' 15-20 מתייחס לארבעת אלו ונותן כללים בנוגע למה כל אחד יכול לעשות ביחס לאחרים בסיטואציות שונות.

**ס' 15 – החזקה**

מחזיק יכול להיות מי שמחזיק בפועל וגם מי שמחזיק מטעמו – יש לו שליטה ישירה במקרקעין או מי שפועל מכוחו/מטעמו.

**ס' 16 – נותן את ההתנגשות האחרונה בין גורמים**

בעל המקרקעין או מי שזכאי להחזיק בהם כדין זכאים לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין. אם יש לי זכות להחזיק במקרקעין כדין, אני זכאי לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין.

הסיטואציה פשוטה – יש לנו אדם שפלש למקרקעין, מגיעים הבעלים – ואז החוק אומר שניתן לתבוע מאותו פולש לצאת מהמקרקעין. עושים זאת באמצעות תביעת פינוי – במהלך התביעה מברר ביהמ"ש שהבעלים הוא באמת הבעלים/ שבעל הזכות להחזיק כדין.... במידה והוא מוצא שהם באמת עונים על ס' 16 – הוא יורה על פינוי לפי ס' 16.

בסופו של דבר ביהמ"ש הוא זה שיברר את זכויות הצדדים ויכריע בכך.

**ס' 17 – המחזיק במקרקעין (כדין או שלא כדין) מקבל סמכות מהחוק לתבוע מאחרים פגיעה בשימושו במקרקעין.**

אם אדם לדוגמא זורק לי ניירות מהמרפסת למעלה/סיגריות – אני יכול לתבוע ממנו את הפסקה הפגיעה/ההפרעה במקרקעין.

כאן בסה"כ יש מטרד/הפרעה מסוימת – וגם אם יש מישהו שלא כדין, גם הצד כנגד יכול להיות שלא כדין.

**ס' 18 – סעיף של סעד עצמי, מאפשר למחזיק במקרקעין לבוא ולהוציא בכוח/להתנגד בכוח לקיומו/פלישתו של גורם אחר.** בניגוד לסעיפים הקודמים שהיו מגיעים לביהמ"ש – לא צריך להגיע כאן לביהמ"ש, וכאן ניתן סעד עצמי.

למה נכון לכלול בתוך ספר החוקים כלל שמאפשר להפעיל כוח כלפי אדם אחר בלי צורך לפנות לבית משפט?

יש מצבים שבהם לא נאשר לאדם להתנגד בצורה מידית לפלישה/לנטילת החזקה בנכסים – ואותו אדם ייאבד את הנכס (לא יעזור לנו ללכת לבית משפט). התפיסה היא שיש נכסים שבמידה ולא נאפשר סעד עצמי מידי – נאבד את הנכסים.

הסיבה האחרת היא שהחוק נותן מענה לאינסטינקט האנושי. אחד ההסברים הגדולים לסעד עצמי הוא שהחוק במקרים מסוימים חייב לתת מענה לאינסטינקט האנושי שהוא ריאקציה טבעית למקרה. אם נחסום זאת – אנו נפליל אנשים על אינסטינקט מאוד טבעי.

**השופט ברק** אומר שדמו של כל אדם רותח בו שהוא רואה את אשתו עם גבר אחר – ואז זה יהיה הריגה ולא רצח (פס"ד אזואלס). ביהמ"ש מצד אחד מכיר באינסטינקטים הראשוניים של בני האדם שלא יהיה נכון להפליל עליהם, ומצד שני השאלה היא מה הגבול של ההכרה באינסטינקט האנושי.

הסעיף פותח פתח קטן לשחרר קיטור.

במאמר של קלברזי מנסים לעשות הפרדה בין 3 כללים בנזיקין: **כלל קנייני, כלל אחריות וכלל אי עבירות.**

**כלל קנייני** - אומר באופן עקרוני שאם יש לי נכס מסוים/זכות שלי – אסור לפגוע בו/בה אלא אם אני הסכמתי לתת את הנכס הזה לך. אם לוקחים את הנכס – צריך להחזיר אותו לידיים של הבעלים המקוריים. (רק אם הבעלים מסכים).

**כלל של אחריות** – מקרים מסוימים בהם למרות התנגדותו של הבעלים יהיה מותר/רצוי לאדם אחר לקחת את הנכס. הדבר היחידי שאותו אדם יצטרך להחזיר לבעלים זה פיצוי כספי/תשלום עבור הנכס (לא בהכרח בהסכמתו).

**כלל אי עבירות** – יש דברים שאין להם שום אפשרות לעבור מאחד לשני, **גם אם הבעלים מסכים**, אנו כמערכת משפטית אוסרים על העבירות של נכס מאחד לשני (לא ניתן להסכים).

**הכלל** - לבעלים מותר להפעיל את כוחו כדי להתנגד ללקיחה על פי ס' 18, אך ראוי לצמצם.

אם לא נגביל את הסעד העצמי – כל אחד יעשה את החוק לעצמו. לכן מכירים בסעד עצמי אבל בהגבלות.

**ס' 18 (ב)** – תפס אדם את המקרקעין שלא כדין, רשאי מחזיק בהם כדין תוך 30 ימים מיום התפיסה להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו משם.

אם תפסתי אותו תוך 30 ימים מיום הפלישה ואני מחזיק כדין במקרקעין, אני יכול להפעילו כוח סביר ולהוציאו מהמקרקעין.

אנו רואים שסעיף זה מנסה לצמצם את הסעד העצמי (של הכוח). הסעיף הזה צריך להיות מפורש בצורה מאוד מצומצמת לפי **ויסמן**. רק האדם עצמו יוכל לפעול בכוח סביר – אבל זה לא יכול להיות פעולה מנוהלת על ידי אחרים, וזה **לא חל על תאגידים**. תאגיד לא יכול להשתמש בכוח/סעד עצמי כדי לפנות פולשים – אלא רק דרך בית משפט.

**ההגבלה ל-30 יום** – ההתיישבות החקלאית טענה כי הם לא נמצאים בדירות במשך כל היום, וכדי לאפשר מתחם מסוים מאפשרים 30 יום – זמן מספק כדי להיות מודע לפלישה לקרקע.

**מה זו מידה סבירה של כוח?** בד"כ הכוונה היא לא לכוח פיזי של אדם מול אדם אלא לקריאה למשטרה. כאן מתחילה הבעיה – מה המשטרה עושה? המשטרה בדרך כלל משאירה את המצב כמו שהוא והולכת לבית משפט.

**18 (א)** עושה צעד נוסף – וקובע שמחזיק במקרקעין כדין רשאי לעשות שימוש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

מדובר במצב מיידי – אתה רואה שמישהו פולש לך למקרקעין ואתה מנסה למנוע ממנו. לדוגמא – **פס"ד שי דרומי** (שם זה היה יותר הגנה עצמית). כשאדם נכנס לך למקרקעין יש לך אפשרות להגיב בצורה מידית ולהדוף אותו אל מחוץ למקרקעין.

**ס' 19** – מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בס' 18(ב) חייב להחזירם למחזיק. העונש למעשה שעשוי להיגזר על אדם שמוציא מחזיק שלא בכוח סביר – הוא צריך להחזיר את המקרקעין למחזיק (שיכול להיות לא כדין) – ביהמ"ש יקבע שאדם שיש לו זכות כדין צריך להחזיר קרקע למחזיק שלא כדין – וזה רק בגלל שהמחזיק כדין עשה פעולה שלא בהתאם לס' 18(ב). אבל, זה לא קורה.

ב**סיפא** של הסעיף – מה שקורה בפועל זה שביהמ"ש כמעט תמיד מנסה להחזיק את סכסוכי החזקה לסעיף 19 מהטעם שהסיפא של סעיף 19 נותנת שיקול דעת דיי רחב, והוא יכול לקבל החלטה על פי מה שנראה לו צודק. בתי המשפט רצים לסעיף 19 גם אם היה אפשר להכניס את הסיטואציה לסעיפים אחרים, וקובעים את ההחזקה לפי מה שנראה להם צודק בנסיבות העניין.

**מה קורה שהפלישה נעשית כשהמדינה היא בעלת המקרקעין**? האם מאפשרים לבצע שימוש בכוח על ידי המדינה?

**ס' 4 (א)** – הממונה רשאי תוך **שישה חודשים** ולא יאוחר מ**-36 חודשים** לתת צו שדורש מפולש לפנות את המקרקעין. יש כאן למעשה שונות מאוד גדולה מאדם פרטי בעל מקרקעין שיכול ליישם סעד עצמי, מול מצב שבו הבעלים של המקרקעין הוא לא אדם פרטי אלא המדינה ,ששם לא מאופשר סעד עצמי ודרוש הליך מאוד מסודר. הסיבה היא כנראה אותו רציונל של היענות לאינסטינקט האנושי – אין שום סיבה להצדיק פעילות עצמאית של פקחים/נציגי המדינה.

יש לנו לכן מצד אחד הגבלה של הסעד העצמי של המדינה – צריך הליך, הממונה צריך להשתכנע, צו... מצד שני הרחבנו משמעותית את פרק הזמן בהשוואה לסעד עצמי (בין חצי שנה ל-3 שנים).

הדבר האחרון הוא שאין צורך שהמדינה החזיקה פיזית קודם בשטח/או מי מטעמה – **כל קרקע שהיא בבעלותה – המדינה יכולה לבקש מהממונה צו של פינוי.** למעשה במהלך 3 שנים המדינה יכולה לפנות לממונה – אחרי זה היא צריכה לפנות לבית המשפט כמו כל אדם אחר.

בתחילת השיעור הבא נדבר על שכירות, ולאחר מכן נעבור לנושא התחרויות. (ניתנו פסקי דין בנושאי אלו). לא יהיה בוחן בשני/רביעי, אבל לצורך העניין כדאי להשקיע בנושא תחרויות וקריאת פסקי דין – זה ייתן לנו את הניואנסים למבחן.

11.12.17

**שיעור 14**

**שכירות**

**ס' 3** לחוק המקרקעין - **שכירות** – אחת הזכויות הקנייניות הכי נפוצות/משומשות בישראל ובעולם.

כשאנו מדברים על זכויות קנייניות אנו בד"כ מדברים על בעלות, אבל היום אנו נדבר על שכירות כדי שנוכל להבחין בין זכויות שונות, ההגבלות וכו'...

**סעיף זה כולל 3 חלקים:**

1. **בתמורה** = ערך כלכלי ממשי. השכירות צריכה להיות בתמורה ממשית. במידה ואנו חותמים על חוזה שכירות/קוראים לחוזה שלנו שכירות אבל אין לו תמורה ממשית – כשהוא יגיע לדיון, נגלה שאם לא נצליח להוכיח תמורה ממשית הזכות שלנו לא תקוטלג כשכירות.
2. **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם** = הזכות המעשית. לאו דווקא החזקה/שימוש ייחודים (והשוו לוויסמן) – הפסיקה אימצה לחלוטין את התפיסה שמשמעות זכות השכירות לא חייבת להיות אחזקה ושימוש בלעדיים, אלא היא יכולה להיות במשותף עם אחרים.
3. **שלא לצמיתות** =שכירות חייבת להיות קצובה בזמן. היא יכולה להיות קצובה להרבה מאוד זמן (49 + 49) אבל היא חייבת להיות קצובה בזמן.

**במקרקעין – 3 סוגים של שכירות:**

1. **שכירות קצרת מועד** – עד 5 שנים.
2. **חכירה** – מ-5 עד 25 שנים.
3. **חכירה לדורות** – מעל 25 שנים.

יש לכך משמעויות לדרישה בכתב, ומשמעויות לנו כעורכי דין.

**מה בעצם תורמת לנו ההגדרה של זכות השכירות כזכות קניינית?** (מולה עומדת הגדרת הרישיון – במה היא שונה ממנה?)

1. **השוני העיקרי** **במקרקעין – הגנה על השוכר מפני צדדים שלישיים (תחרות) -** כשאתה רוכש זכות קניינית של שכירות, אתה למעשה מקבל **גישה בלתי אמצעית בנכס**, כך שאם מישהו אחר מתחרה איתי על הנכס, אני **אמור** לגבור על אותם צדדים שלישיים שטוענים זיקה על נכס. מקרה קלאסי הוא כאשר אדם משכיר לאדם אחד והאחד משכיר לאחר – במידה וזכות השכירות היא שלו, השוכר השני לא יכול לקבל את הזכות להחזיק ולהשתמש בנכס.
2. **הגנה על השוכר מפני נעברים או מחליף המשכיר** – במצבים בהם בעלי הדירה מעוניין למכור את הדירה לאחר/במהלך תקופת ההשכרה.

**במקרה של רישיון כתוצאה מחוזה** – יהיה ניתן לדאוג לכך שהבעלים יסכים להמשך הרישיון. **עם זאת**, כאשר מדובר ברישיון מכללא (ללא הגבלת זמן), ברישיון הכל הוא זכות חוזית מול הבעלים של הנכס – הרוכש החדש לא מעוניין לדעת מהם העסקאות הקודמות בקרקע. לכן בעלים פשוט ימכרו את הנכס ואז הרישיון פוקע באופן עצמי כי הבעלים אומרים כי הוא לא מוכן.

**בשכירות** אם אנו שוכרים דירה – אנו מוגנים על פי החוק וכל המחויבויות של הבעלים הראשון עוברים לבעלים השני. מבחינת השוכרים זה מצוין. אם אנו המשכירים אנו צריכים לקחת בחשבון שהשוכר יכול להישאר שם עד תום תקופת השכירות ואנו כבעלים חדשים מחויבים לכל התנאים שהסכים עליהם בעל הדירה בחוזה השכירות הראשון.

1. **הכוח לשעבד את השכירות (אם אין התנאה)** – היכולת של השוכר לשעבד את השכירות בתמורה להלוואה של כסף – אם אנו רוצים לקחת כסף מהבנק, והנכס היחידי שלנו הוא הסכם השכירות – אפשר לשעבד את השכירות, ואם לא נעמוד בהלוואה, הבנק יוכל להיות המשכיר בנכס. לבעלים יש אפשרות לסרב – אבל זה לא יכול להיות סירוב מוחלט. ברישיון לא ניתן לשעבד את השכירות.
2. **יכולת להעביר את השכירות לאחר (עבירות)** – בחלק מהפעמים יש מצבים שאני רוצה להביא את הדירה לבן משפחה – התשובה היא בגדול כן (בעיקר במקרקעין) וזה שונה לחלוטין מרישיון שם אי אפשר להעביר אותו למישהו אחר אלא בהסכמת הבעלים.
3. **הענקת זיקת הנאה** – שוכר יכול לתת לאנשים זיקת הנאה. כמובן שזיקת הנאה זו כפופה עד תום החוזה, מתוך התפיסה שמה שאין לנו – לא ניתן לתת לאף אחד אחר.

**עבירות הזכות**

**ס' 21 -** *משהוקנתה זכות שכירות לשוכר.....****גם אם הרוכש לא ידע על קיום חוזה השכירות*** – התיקון. **בס' 21** אנו מגבשים את רעיון העברת הנכס בתקופת השכירות. הסעיף קובע כי מותר לבעלים להעביר את הבעלות בנכס בתוך תקופת השכירות. אבל אם הוא עשה את זה, הבעלים החדש/הרוכש נכנס לנעליו של הבעלים הקודם לכל דבר ועניין בקשר עם השוכר. השוכר ממשיך לשלם לבעלים החדש – שמחויב בכל ההתחייבויות החוזיות שהוסכמו בין הבעלים הראשון לשוכר. **החידוש** הוא שהבעלים החדש נכנס לנעליו של הבעלים הקודם **גם אם הוא לא ידע על כך שיש שוכר**. **זה אחד השינויים מ-2017 (תיקון מס' 1)**. רוכש נכנס לנעליו של הבעלים הראשון, וזה לא משנה לנו אם הוא ידע או לא ידע. אנו לא מתנים את המחויבויות של הבעלים החדש בידיעתו על השכירות – הוא מגן על שוכר הדירה.

**ס' 22 - עבירות הזכות -** נועד להגן במידה מסוימת על המשכיר. הוא דורש באופן עקרוני הסכמה של המשכיר להעברת זכות השכירות (שכירות משנה). אם אדם רוצה להעביר את הנכס לאדם אחר (להכניס מישהו אחר במקומו לשכירות) – השאלה היא האם הבעלים חייב או לא להסכים לזה.

**לפי ס' 22**,ה-Default גם למקרקעין וגם למיטלטלין – עקרונית **חייבים לקבל את הסכמת המשכיר** להעברת זכות השכירות לאחר. אם הבעלים של הנכס סירב להעביר את השכירות לאחר מטעמים בלתי סבירים, או לחלופין אפשר לך להעביר את השכירות למישהו אחר אבל התנה זאת בתנאים לא סבירים, **במקרקעין** רשאי השוכר להעביר גם ללא הסכמה של המשכיר/הבעלים.

נטל ההוכחה שהטעמים לא היו סבירים יהיו על השוכר – איך השוכר יכול להעביר על דעת עצמו את זכות השכירות, ומאילו טעמים?

**עבירות הזכות – ס' 22**

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

אם נהיה עורכי הדין של המשכיר – רצוי שנכניס הגבלת עבירות מפורשת בחוזה.

אם לא הכנסנו זאת, אז אין הגבלת עבירות בחוזה, והחוק בא ואומר שאם אין הגבלת עבירות בחוזה, אסור לשוכר להעביר את זכות השכירות ללא הסכמת השוכר. במידה והבעלים לא מסכים מטעמים לא סבירים – במקרקעין השוכר יכול להעביר את הזכות גם ללא הסכמת המשכיר.

**ס' 22 א' 2**

בכל שכירות (גם מיטלטלין וגם מקרקעין) רשאי ביהמ"ש להרשות את העסקה בתנאים שיראו לו.

במידה ואין אמירה מפורשת שאסור להעביר את הזכות במיטלטלין (כמו מכונית), ביהמ"ש יכול לומר אם מותר לנו להעביר או לא ללא הסכמת הבעלים של הרכב (שאני שוכר).

כאן אי אפשר להעביר ללא הסכמה אלא אם פונים לביהמ"ש ומבקשים ממנו להעביר את השכירות. ביהמ"ש יחליט לפי הטעמים לסירוב.

במקרקעין ניתן להעביר את הנכס ללא הסכמת המשכיר – ואנו כשוכרים נצטרך להסביר למה תנאיו היא לא תקינים.

במיטלטלין יש צורך בפנייה לביהמ"ש לצורך העברת נכס השכירות, שם ייבחנו תנאי המשכיר.

**בשכירות של מקרקעין** רשאי ביהמ"ש להפעיל שיקול דעת גם אם רשום אחרת בצורה מפורשת בחוזה השכירות. אם רשום במפורש בחוזה השכירות שהבעלים לא מרשה להעביר את השכירות, אז בחוזה של מקרקעין, למרות שבמפורש רשום שאסור להעביר, עדיין יש שיקול דעת של ביהמ"ש להחליט האם לאשר את עסקת ההערה בשכירות. **לעומת זאת במיטלטלין** – אם יש התניה מפורשת בחוזה, אז ביהמ"ש מנוע מלאשר את העברת השכירות.

**לסיכום הטבלה**

**מצב בו אין הגבלה** – **במקרקעין** השוכר יכול להעביר את המקרקעין לאחר, אבל אם המשכיר החליט לתקוף זאת בביהמ"ש, השוכר יצטרך לטעון כי התנאים אינם סבירים.

**במיטלטלין** – שיקול דעת בין המשפט.

**מצב בו יש הגבלה** – השוכר לא יכול להעביר את השכירות באופן עצמאי **במקרקעין**, אבל הוא יכול להעביר זאת לשיקול דעתו של ביהמ"ש. **במיטלטלין** כבר לא יהיה ניתן להעביר את השכירות – ביהמ"ש לא מוסמך לדון בדבר.

**ס' 22 ב' (תיקון 2017)** – הסכמה לפי סעיף קטן א', צריכה להינתן בכתב ומראש. כשאנו מדברים על הסכמת המשכיר – צריך לקבל את ההסכמה בכתב ומראש כדי למנוע בעיות משפטיות.

**טעמים סבירים/התניות סבירות של המשכיר:**

* **סוג הנכס – (אשגרום נכסים בע"מ)** – יש נכסים שאנו לא רוצים שאנשים מסוימים יהיו בהם/נכסים שאנו לא רוצים שהם יעברו מיד ליד כי שימוש תכוף בהם עלול להביא בפגיעה בנכסים. זה תלוי בסוג הנכס.
* **זהות השוכר** **(וייס יהודה)** – היה מדובר בדירות שרוקנו רק למורים/מדריכים שפעלו בכפר הנוער – הרצון היה לא להעביר את זכות השכירות לאדם חיצוני שאין לו קשר לאתר. הרעיון מבחינתנו הוא שהעובדים של הכפר יחיו בתוכו, והעברת שכירות כזו למישהו חיצוני פוגעת במטרה של הדירות שהוקמו.
* **אי עמידה בתשלומים** **(בנק הפועלים**) – 2 רבדים: אם השוכר עצמו הראשון לא עומד בתשלומים זה משפיע על יכולתו להעביר את הנכס לאדם אחר. הרובד השני – זהות השוכר הנעבר (החדש) לא יוכל לעמוד בתשלומים – סיבה מספיק טובה להעברת הנכס.

בכל מקרה, אין לנו רשימה סגורה של עילות לסירוב. **מי שיצטרך להוכיח כי הסירוב לא סביר הוא השוכר.**

**משהו שהוסף בחוק החדש (מופיע בחוק)**

**תיקון** **מס' 1 לחוק השכירות והשאילה (חוק השכירות ההוגנת – 2017)**

החוק לא עשה את כל המהפכה שהוא תכנן – אבל הוא עדיין עשה משהו.

**ס' 6 א'** – מבצר יותר את המעמד של השוכר. בעצם שולל מהבעלים את האפשרות להשכיר נכס כשיש זכויות נוגדות. עוד לא ברור איך זה יבוא בפסיקה. אולי זה יבוא במבחן (שאלה מעניינת). כשאני משכיר נכס, אני אמור להשכיר אותו נקי כשאין זכות שכירות נוגדת על הנכס. ואין להשכיר אותו למישהו אחר במהלך תקופת השכירות.

הסיבות לחוק – כל מני תופעות של בעלים שהשכירו לאחד ואז לאחר תוספת כספית קטנה השכירו לאחר. לכאורה זה נראה ברור שאסור להשכיר כשיש זכויות נוגדות.

* **התוספת המרכזית בחוק** – הוסיפו סימן שלם לחוק (סימן ו') שמנסה לתת הטבות עם השוכרים.

שרת המשפטים תקבע חוזה מצוי שאנשים יוכלו להגיע אליו ולשכור דירה איתו.

* **חייבת להיות מסירה של דירה ראויה למגורים**. התפיסה של החוק אומרת כי דירה מושכרת חייבת להיות ראויה למגורים (החוק מגדיר).
* **קביעת תשלומים בהם חב השוכר** - השוכר לא יכול להידרש לשלם ביטוח על הדירה, ולא יכול לשלם עבור דמי התיווך (פטור מכך) – השכירות תעלה בעקבות כך, אבל המטרה הייתה למנוע שהמשכירים לקחו מתווכים והשוכרים היו משלמים להם את השכר.
* **הגבלת ערובות (שליש מתקופת השכירות או פי 3 מדמי השכירות) –** החוק קובע שאפשר לקחת או את העלות של שליש מתקופת השכירות או פי 3 מדמי השכירות החודשיים – וזה על פי הנמוך מהשניים. – לפחות ברמת החשש/הצורך של האנשים להמציא התחייבויות על סכומים גבוהים – כאן יש הפחתה משמעותית של הסכומים הנדרשים.
* **מניעת תניית ביטול ללא עילה למשכיר** (ס' 25 יד') – הרבה פעמים משכירים היו שמים אפשרות לבטל את החוזה ללא עילה, והיום **אסור** לשים תניה זו בחוזה.
* על כל התנאים אפשר להתנות, רק אם זה לטובת השוכר.

**סייגים לתחולה – ס' 25 טו':**

לא חל בדירה במלון, במעון, בית דיור מוגן, מעונות סטודנטים, **שכירות קצרת מועד קצרה מאוד (עד 3 חודשים, חוזה שכירות לתקופה מעבר ל 10 שנים. מה הרציונל לכך?**

* שכירויות קצרות מאוד לא מתאימות הרבה פעמים להגבלות שנתנו בחוק, וזה יגביל מאוד את היכולת להוציא עסקאות כאלה בפועל.
* בעסקאות של ה-10 שנים ומעלה – אנו דווקא רוצים ששוכרים יציעו שכירות לתקופה ארוכה. בעצם החוק אומר שאם נשכיר ל-10 שנים ומעלה – נוריד את הרגולציה
* בנוסף, הרגולציה לא חלה על שכירת דירה בסך של 20,000 שח בחודש ומעלה.

**שכירות קצרת מועד**

חוק המקרקעין מגדיר כי שכירות מסוג זה היא עד 5 שנים – והיא לא צריכה להירשם. השקלול הקנייני שלה נקבע בשלב ביצוע העסקה.

**ס' 79 לחוק המקרקעין** – מסביר כי אם מדובר בשכירות קצרה מ-5 שנים, לא טעונה רישום ולא טעונה מסמך בכתב.

**ס' 79(ב)** הוראות הסעיף לא יחולו על חוזים בהם השכירות היא לעד 5 שנים אבל ניתנת אופציה להמשך – משקללים את האופציה בתקופת השנים מתוך הנחה שיש סיכוי שהאופציה תתממש. **מצרפים את השנים הוודאיות/הבטוחות ותקופת האופציות**. בעצם, כל חוזה שמדבר על תקופה **פחותה מ-5 שנים** כולל תקופת האופציה – **פטור מרישום ודרישת הכתב**.

**ס' 152** לחוק הגנת הדייר אומר הוראה אחרת – לא צריך לרשום שכירות של עד 10 שנים.

אנו הולכים לפי חוק הגנת הדייר (חוק ספציפי שאומר על אף האמור בחוק המקרקעין). כל זכות שכירות לדירה או בית עסק שאינה עולה על 10 שנים כאשר תקופת האופציה בפנים, פטורה מרישום, **אבל עדיין יש צורך בדרישת הכתב.**

למעשה **שכירות עד 5 שנים – אין צורך לכתוב. מעל 5 שנים יש צורך לעשות עסקה בכתב.**

במבחן נצטרך לבדוק האם זכויות קצרות טווח עולות על 5 שנים – אם פחות לא צריך כתב, אם יותר עד 10 הם צריכות כתב אבל פטורות מרישום.

**שכירות = חכירה לדורות = בעלות**?

ביהמ"ש מגדיר את החכירה לדורות כשכירות לכל דבר ועניין, ולכן אפשר לפצל את השכירויות (עסקה בחלק מהמקרקעין). השאלה היא **מה יש לנו ביד? מה קורה שיגמרו ה-98 שנים?**

ביהמ"ש אומר כי מדובר למעשה בחוזים להעברת בעלות. **בסו נ' מלאך -**  בנסיבות אלו חידוש החוזה הוא עניין פורמלי בלבד. – למנהל מקרקעי ישראל אין שיקול דעת בחידוש החוזה.

כשאנו חוכרים לדורות יש לנו בית שהוא לא בבעלותנו. אנו בתור בעלי הבית נופיע כחוכרים לדורות של הנכס (שוכרים).

**בעיקרון** – אמרנו שלמשכיר יש אפשרות למנוע את העברת הנכס לאחר (לפי ס' 22), וכשנפתח את חוזה החכירה לדורות מול המנהל – נגלה שהחוזה הזה מכיל תניות על הגבלה של עבירות – כל פעם שנרצה למכור את דירתנו נצטרך לפנות למנהל/רשות ונצטרך לקבל את אישורה להעברת השכירות/הדירה.

זה באמת קורה – צריך את אישור רשות מקרקעין, ללכת לטאבו איתה ורק אז ניתן יהיה למכור את הדירה. הרשות רוצה לפקח על העברת מקרקעין ולראות שהיא לא מועברת לגורמים שהיא לא מעוניינת בהם.

פעם היה צריך לחתום על כל העברה – אבל לאט לאט הרשות חותמת באיזושהי חתימה אחת ולתמיד (חתימה כללית) שמאפשרת לשוכרים מכאן והילך להעביר את הנכס בלי קבלת אישור מהרשות. הרשות למעשה נותנת הסכמה להעברת זכויות החכירה ללא אישור מחדש של הרשות.

עם זאת, עדיין הקונספט הוא שכירות – אז **מצד אחד כמעט בעלות, ומצד שני שכירות**.

**דיני תחרויות**

תחרות בגדול היא מצב שבו יש לנו **תאונה משפטית**. יש לנו כאן מצב אנו לא רוצים שיקרה, ולא רוצים להגיע אליו. אנו צריכים לנסות למנוע אותו, אבל אם לא הצלחנו אנחנו צריכים להתמודד עם השלכותיו. השיקולים שונים ואנו צריכים לראות איך ביהמ"ש מתמודד עם טענות אלו.

**הסיפור הקלאסי** – בעלים של דירה (ב') מוכר את דירתו לא', ולאחר מכן מוכר אותה גם לג'.

עד לפני 30 שנה – נבחן את זכויותיהם של א' וג' כלפי ב'. המשפט היה בודק את הזכויות של א' ביחס לב' (מערכת יחסים) ואיך ג' התנהג במערכת היחסים עם ב' – והיינו מנסים לגזור איזו מערכת יחסים בין ה-2 מצעידה אותה להבנה לגבי מי צריך לקבל את הנכס.

**כיום - הבעיה היא שבהרבה מאוד מקרים ב' לא קיים יותר בתמונה** – המשפט הוציא את ב' מהתמונה. בודקים את מערכת היחסים בין א' לג' – ולא בודקים את אותו גורם שגרם לתאונה הזאת.

**חוות מקורה בעמ' נ' חסן**

מה שעולה מפסק הדין – הוא מגדיר את 2 עמודי התווך של דיני התחרויות – איך נקבע מי משני הצדדים יגבר על השני. פס"ד חוות מקורה קובע את שני עמודי התווך שיש בסיפור הזה:

1. **סיפור תום הלב** – ממלא תפקיד כמעט מרכזי בדיני תחרויות, ויש בו כדי להכריע (לא כמו בחוזים או בדיני הקניין הכלליים – די קשה להוכיח תום לב אמיתי). בדיני התחרות תום הלב משחק **תפקיד קריטי**. בחלק מהמקרים יש בו כדי להפיל ולהכריע את התחרות ממש. בתי המשפט מסבירים לנו בפרטי פרטים איך בודקים את תום הלב בדיני התחרויות.

**השאלה היא האם צריך תום לב אובייקטיבי או סובייקטיבי?**

בדיני התחרויות אימצו גם תום לב אובייקטיבי, אבל **העיקרי הוא הסובייקטיבי**.

1. **סובייקטיבי** – בודק את ההתנהגות הספציפית של הגורם שאותו אנו בוחנים. אותו גורם שקיימת לו חובת תום לב – פעל שלא בתום לב. זאת יכולה להיות פעולה במזיד, וגם עצימת עיניים – גם במצב שבו אדם סביר היה צריך לראות את זה, ועצם את העיניים מלראות את המציאות.
2. **אובייקטיבי** – ביחס לאדם הסביר.

אין באמת הבדל גדול – אבל ב**חוות מקורה** השופט מנסה להבדיל בין האובייקטיבי לסובייקטיבי בתום הלב. לא דורשים כאן מידת חסידות, אלא ממש עמד לפניו *("הוא ראה שהם יושבים על הקרקע – והוא החליט שהוא לא מגיע לקרקע כי הוא לא רוצה לראות את המציאות"*).

1. **תמורה** – גם כאן פסה"ד עושה הבחנה בין 2 סוגי תמורה:
2. **תמורה כלשהי** (**Consideration**) – כל דבר שאפשר בעצם לראות בו כאיזושהי תמורה עבור הבטחה, חוזה... צריך משהו סמלי אפילו הצהרתי שאפשר לראות בו כסוג מסוים של תמורה מטעם הצד שמקבל את הנכס/החוזה/ההבטחה
3. **תמורה בת ערך** **Value**)**(Full)**) – תמורה ששווה בשוויה לזכות או לנכס שקיבלנו.

אם מכרנו משהו ששווה מיליון וחצי שקלים עבור נכס. תמורה זו לא מבטאת את השווי – זוהי תמורה כלשהי. אם מכרנו את זה ב-10% מהשווי – זאת לא תהיה תמורה בת ערך.

כשאנו נדרוש תמורה בדיני התחרות – אנו נשאל על איזה סוג של תמורה אנו נפסוק כדי להכריע למי שייך הנכס. לא תמיד יכולה להיות תמורה מלאה – ולכן אנו נצטרך לשאול את עצמנו האם התמורה החלקית עד כאן מספקת עד כה.

התחרות היא למעשה תאונה משפטית – המשמעות של זה, היא שאנו צריכים לחשוב על **3 מופעים/3 התמודדויות עם תאונה כזאת:**

1. **מניעת תאונות כאלו** – לא רוצים שיקרו בכלל.
2. **מזעור עלויות התאונה** – למרות שעשינו הכל ופרסמנו שצריך לעצור לפני מעבר חציה... עדיין יהיו תאונות בשטח ואיתן נצטרך להתמודד – לכן כן ננסה למזער את עלויות התאונה שכן קרתה.
3. **ניסיון ליצור התנהלות מערכתית שיכולה להיות ראויה לגיטימית וראייה מערכתית** (צורת ההתנהלות שלנו מול המערכת המשפטית) – אנו רוצים שמערכת המשפט תתמודד עם מקרים אלו בצורה ראויה.

13.12.17

**שיעור 15**

בשיעור הקודם התחלנו לעסוק בדיני תחרויות. התחלנו לדבר על 2 היסודות העיקריים של תחרויות:

1. עניין תום הלב – ניסינו להסביר מחוות מקורה האם אנו צריכים תום לב אובייקטיבי או סובייקטיבי
2. רכיב התמורה – שם יש 2 אפשרויות/סוגים של תמורה:
3. תמורה כלשהי (שלא בהכרח משקפת את השווי המלא).
4. תמורה מלאה (משקפת את שווי השוק של הזכות שנרכשת)

לאחר מכן המרצה ניסה להמשיג לנו באמצעות המאמר של מני מאוטנר (לא בסילבוס) – **התחרות כמו תאונה משפטית**.

בתי המשפט עד אותה תקופה למעשה דיברו על תחרויות בקניין בניסיון ללמוד מהם האינטרסים של הרוכש הראשון לרוכש השני אל מול המוכר. לא התייחסו ל-2 הצדדים (הרוכש הראשון והשני) כצדדים לאותה אינטראקציה משפטית.

**מאונטר** אומר שצריך לעזוב את המוכר – ומה שאנו צריכים לתת לו מענה בדיני התחרויות הוא **מי מהשניים מהם זוכה**? וכדאי שנסתכל עליהם יותר כאחד מול השני במקום אל מול המוכר.

**מני מאוטנר** פירט 3 שיקולים בתחרויות:

1. **מניעת תאונות** – אילו תמריצים אנו מספקים באמצעות הכללים המשפטיים כדי שאנשים לא יגיעו בכלל למצב של תאונה משפטית. העיקרון/השיקול המשפטי של מניעת התאונות יהיה **מונע הנזק הזול**.
2. **מזעור עלויות תאונה** – כאן הגענו למצב בו התאונה מתרחשת – איך אנו מצמצמים את הנזקים והעלויות של התאונה? – **שיקול של מאזן המצוקה** – מי נפגע יותר, וננסה לתת לו סעד מתאים.
3. **התנהלות מערכתית** – אנו צריכים לצד הדאגה ל-2 הצדדים לדאוג למערכת עולה שתמשיך לתפקד – באמצעות כללים שיתמרצו את הצדדים לעשות את הדבר הנכון ויפחיתו את העלויות שלנו בחברה/ישפיעו כמה שפחות על החברה שלנו. **לדוגמא** – לאפשר חיי מסחר תקינים. כתוצאה מהשיקול הזה אנחנו לפעמים נקבל הכרעה לטובת צד אחד או אחר כדי שהחיים במשק ימשיכו לפעול כמו שצריך. **לדוגמא** – **תקנת השוק**: מנגנון שלמעשה אדם יכול לשבת בבית שלו, מישהו ימכור את הנכס לאדם שלישי, ובנסיבות מסוימות אותו אדם שישב בשקט ימצא את עצמו בלי הנכס. הרציונל לכך הוא **חיי מסחר תקינים**. אנו חייבים להבין שלפעמים אנו צריכים להפנים/לסבול טעויות/תקלות מסוימות. המערכת צריכה לסבול/להכיל תקלות מסוימות בעלויות מסוימות על מנת לאפשר שיקולים מערכתיים רחבים יותר.

**שלושת שיקולים אלו נבדלים בכמה נושאים:**

1. **השיקול מונע הנזק הזול/מונע תאונות הוא שיקול EX ANTE** – אנו נקבע כללים שינסו למנוע את התאונה. תפיסה כזאת היא תפיסה של **צדק מתגמל** – אנו רוצים לתת הטבה למי שפועל כמו שצריך.
2. + 3. **שיקולי EX POST** – אחרי שמתבצעת תחרות, אנו בוחנים מה יהיה נכון יותר לפסוק/לקבוע. מדובר ב**שיקולים של צדק חלוקתי** – אנו צריכים לקבל הכרעה על פי מאזן המצוקה או שיקולים מערכתיים.

**מניעת התאונות** (השיקול הראשון) – הוא בעיקר שיקול של **תום לב**. אנו נבחן את תום הלב של המתנגשים הפוטנציאלים ואנו נטיל עליהם חובות שיבקשו לבחון את תום הלב שלהם.

**מאזן המצוקה** – יתייחס בעיקר לנושא של תמורה. אנו ניקח את הסכומים ששילמו רוכשים כדי לקבוע איך למזער את עלויות התאונה – כאן יהיה שיקול של **תמורה**.

האם השיקולים להכרעה הם כלכליים נטו? (השיקולים הכלכליים שמני מאוטנר דיבר עליהם למעלה)

זה תלוי. קיימים עוד שיקולים:

1. **אחריות חברתית** – יש כאן תפיסה שהאחריות שלנו כמערכת משפטית כלפי החברה, ואחריות של בעלי הקניין לפעול בצורה ראויה כלפי החברה. אני יכול לדרוש רישום הערת אזהרה כדי שהגורם ימנע תקלות מרוכשים אחרים – יש לבעל הדירה אחריות כלפי כלל החברה, ולכן אנו יכולים להטיל עליו חובות כדי למנוע תאונות.
2. **צדק חלוקתי** – לא מדובר בהסתכלות רק על 2 הצדדים הספציפיים, אלא גם על הטיפוסים של הרוכשים. אנו נראה שמצד אחד עומד נושה מקצועי (בנק) ומהצד השני אישה/גורמים מוחלשים, ונשאל האם צריך לתת לזה ביטוי בתחרות עצמה? (התשובה שכן – זה משפיע).

לא רק שיקולים כלכליים משפיעים פה, אלא גם שיקולים חברתיים וחלוקתיים.

1. **תיאורית האישיות (תפיסת האישיות בקניין)** – בגלל שדיני התחרויות הרבה פעמים מתייחסים לנכסים מכוננים/חשובים, כאשר עבור גורם אחר הם רק עניין כספי – דיני התחרויות מפנימים את השיקולים הללו (לא תמיד – רק כשזה רלוונטי) לתוך דיני התחרויות עצמם.

**בדיני התחרויות אנו עובדים בצורה מאוד מאוד קטגורית = תפיסה ריאליסטית**.

**לדוגמא** - יש לנו תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה, בין 2 בעלי התחייבויות לעסקה...

קטגוריות אלו אמורות להקל עלינו. המשימה הראשונה שצריך לעשות בדיני התחרויות היא **לזהות איזה סוג של תחרות מדובר**. ברגע שנבין מי הם הצדדים ומהי התחרות (לאיזה קטגוריה היא נכנסת) יהיה לנו הרבה יותר קל לעבוד, כי בסופו של דבר דיני התחרויות הם יחסית מאוד מאוד ברורים. יש איזושהי אפשרות לנוע על פני רצף, אבל הרצף הזה נורא מצומצם. בסופו של דבר המשפט הישראלי נתן לנו תשובה משפטית כמעט לכל סוגי התחרויות האפשריים.

**תפיסה ריאליסטית** – אנו מבינים שאי אפשר לדבר על עיקרון על, אלא עובדים בצורה מסודרת ושיטתית.

**סוגי התחרויות**

נושה הוא בעל חוב – אדם שיש לו זכות כלפי אדם אחר. בד"כ מדובר על גורם שהלווה כסף לאדם מסוים. אותו אדם חייב להחזיר את הכסף. ברגע שאדם הלווה כסף – הוא הופך להיות נושה.

יש 2 סוגים עיקריים של נושים:

1. **נושה מובטח** – נושה שדאג לקבל בטוחה ביחס להלוואה שהוא נתן/לחוב שקיים. בנקים למשל דורשים שירשמו על שמם בקרקע (שיעבוד של המקרקעין על שמם). יש לנו נושים שרושמים משכונות שונות על רכבים – מנגנון שהבנק רוצה להבטיח שההלוואה הזאת, במידה ולא תוכלו לפרוע אותה, יהיה לו בעצם גישה די ישירה לנכס. כל זכויות אלו הן זכויות שמנסות לתפוס גישה בלתי אמצעית לקניין.
2. **נושה לא מובטח** – אדם שהלווה לאדם אחר/בנק – קיבל התחייבות להחזרת הכסף אבל לא קיבל בטוחה לצורך החזרת הכסף.

כל הזמן שהלווה מתפקד – אין בעיה וזה לא משנה אם אתה מובטח או לא מבחינת הנושים. כל אחד מהם מקבל את ההחזר הכספי. הסיפור מתחיל כשאותו גורם לווה פשט את הרגל/חדל פירעון/לא נמצא. ברגע שהוא מפסיק לפרוע – אם הוא נכנס להליכים של פשיטת רגל, יש תור של נושים שמבקש בעצם מהנאמן/כונס/מי שאחראי על הנכסים לבוא ולגבות.

אם אין ללווה שום נכס – זה לא משנה אם אתה מובטח או לא כי אין לך מאיפה לגבות.

**פירוט מורחב על סוגי הנושים:**

נושה מובטח מנסה לתפוס אחיזה בנכס – בתוך זה יש רצף של נושים מובטחים – יכולים להיות מספר נושים מובטחים, וגם ביחס אליהם יכול להיות יחס שונה של קדימויות. נושה מובטח הוא אחד שתופס בטוחה ביחס לחוב שיש כלפיו, אבל יכולים להיות נושים מובטחים שקודמים לו. בנוסף, הדין/החוק הרבה פעמים ממקם גורמים מסוימים לפני הנושה המובטח (כמו עובדים). הנושים המובטחים קודמים לנושים הלא מובטחים.

אם יצרתי שיעבוד על **נכס מסוים** שלאותו בעל חוב – לצורך העניין אני אגבה ראשון מהנכס הזה

(כמו משכנתא של בנק) (ביטוח החוב בנכס ספציפי).

יש אנשים שמשעבדים באופן כללי סכום מסוים על נכסי החייב (**שעבוד צף**) – יש לחייב נכסים בשווי 3 מיליון – אני מטיל שיעבוד צף בשווי 300,000 שח. אנשים כאלה בד"כ נדחים מול אנשים שעשו שיעבוד מסוים. אלו שעשו שיעבוד לנכס מסוים קודמים לאלו שעשו שיעבוד צף. (אבל בעלי שיעבוד צף יהיו קודמים לכאלה שאין להם בטוחה כלל).

**יש נושים לא מובטחים מ-2 סוגים**: הסוג הוולונטרי, שאולי אין לו מספיק כוח לדרוש את הבטוחות (לא יכולים לדרוש גם ריביות גבוהות וגם בטוחות – אחרת כבר עדיף ללכת לבנק).

הרבה פעמים נושים לא מובטחים הם נושים לא רצוניים – אם גרמנו נזק לאדם מסוים ונפסק לטובתו סכום של חצי מיליון ₪ כתוצאה מהבנק (כמו תאונת דרכים), גם הם נכנסים לקופה הכללית ועומדים בתור. **זהו סדר הפירעון. ההבחנה החשובה היא בין נושים מובטחים ללא מובטחים**.

**תחרות I - בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**

התחרות שאנו נדבר עליה היום היא תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח.

אנו כרגע עומדים במצב בו יש תחרות בין אדם שיש לו התחייבות לעסקה (לא זכות קניינית) לבין אדם שהוא נושה לא מובטח – בין משום שהוא לא התעקש על בטוחות ובין אם הוא רוכש נזיקי שהגיע לחוב באופן לא רצוני.

**לדוגמא**: בעל ההתחייבות לעסקה רכש דירה ולא רשם בטאבו (לא שיקלל את הזכות הקניינית), ומהצד השני בא נושה לא מובטח שרוצה לגבות את החוב באמצעות הדירה. מי יקבל את הנכס?

ברור שמי שבא לרכוש את הדירה הספציפית רוצה את הנכס, בעוד שהשני לא אכפת לו מאיפה יביאו את הכסף. הבעיה בכך היא שאם נכריע לטובת בעל העסקה – הנושה לא יקבל את הכסף. השאלה היא מי יקבל את הדירה. אם הוא מפסיד הוא לא מקבל את החוב שלו.

**דיני היושר במשפט האנגלי** – רוכש זכות במקרקעין עדיף במידת המחיר שהוא שילם, על פני שאר הנושים של המוכר. משהו **שלא קיים לכאורה במשפט הישראלי**. רוכש זכות במקרקעין עדיף במידת הסכום שהוא שילם בהשוואה לשאר הנושים. אם קניתי נכס ממוכר ושילמתי רק 50,000 שח (הדירה שווה מיליון) – לי יש עדיפות על ה50,000 ₪, אבל בזה זה נגמר – כל שאר הערך של הדירה יחולק לנושים האחרים. תפסתי למעשה בטוחה בשיעור בו שילמתי (אם שילמתי 50% - יש לי 50%, אם לא בכלל – אין לי כלום. דיני היושר פיתחו מנגנון זה, כדי למנוע מצב אבסורד שאנשים ירוויחו דירה שלמה כאשר שילמת רק 20%. תהיה זכאי ל-20% אבל לא דירה שלמה. לא נכריע על פי פורמליסטיקה – אלא ננסה להגיע לתוצאה הצודקת ביותר שתשקף את מאזן המצוקה.

זה נקרא "**דיני יושר**" כי זה לא עוקב אחרי הדין – על פי הדין זה או שצד א' מקבל 100% או ב' מקבל 100% (כלל דיכוטומי שחור לבן). דיני היושר באו ואמרו שזה לא יהיה הוגן להגיע לכזה מצב – אם אדם שילם מעט מאוד לא יהיה הוגן לתת לו את כל הדירה רק בגלל שקיים כלל של שחור ולבן.

**הבעיה בישראל עם דיני היושר** – בשנת 1969 נחקק חוק המקרקעין. בס' 161 **ביטלו את דיני היושר** – אין יותר זכויות במקרקעין לבד מזכויות על פי חוק. מבטלים את כל דיני היושר שהיו עד עכשיו ולצורך העניין, אומרים שרק זכות במקרקעין שמוכרת על פי החוק תהיה זכות במקרקעין.

הבעיה היא **שאין התייחסות למעמדו הקנייני של בעל התחייבות לעסקה מול הנושים** – אנו נשארים בערפל. הבעייתיות עם הערפל הזה היא שיש רשימה סגורה של זכויות. החוק קובע במפורש שמבטלים את דיני היושר ולא נותן פתרון אחר לגבי מה עושים בסיטואציה הבעייתית הזאת.

**1971** – **הלכת בוקר** – אנו לא יכולים להתעלם מקיומו של חוק המקרקעין. למרות שמדובר במשפחה שגרה בדירה וחיה בדירה, ולמרות שמדובר בנכס מגורים – **אין זכות קניינית כזאת בחוק המקרקעין** לאדם שלא רשם את הנכס. אם לא רשמתי את הנכס אני בעל זכות בעסקה בלבד – נושה לא מובטח. לכן אם רץ נושה בעל זכות אחרת, והוא מטיל עיקול, הנושה הראשון שבא ועושה זאת הוא זה שתופס את הנכס. אין שום משמעות לעובדה שהמשפחה גרה בבית כל עוד שלא נכנסנו לרשימה הסגורה של בעלי הקניין בחוק. חוק הקניין למעשה אומר כי עובדים בקטגוריות של רשימה סגורה – מה שחורג מזכויות אלו, הוא לא זכות קניינית.

**1972** – בדומה לכל הסיפור של מטרי (אחרי חפציבה), גם כאן המחוקק תיקן את חוק המקרקעין לאחר פסה"ד – הוסף **ס' 127(ב)** - המחוקק רץ אחרי הלכת בוקר ושינה את החוק – בכך שהוא נתן אמצעי קל וזול להגן על בעל ההתחייבות לעסקה. אם אנו עוצרים כאן – בעצם נתנו לבעל ההתחייבות לעסקה אמצעי מאוד קל להבטיח את הזכות. כל מה שהם היו צריכים לעשות זה לרוץ ולרשום הערת אזהרה – ואז הם יכולים לישון בראש שקט ולא לפחד מעיקולים על המקרקעין שלהם. זה אומנם לא זכות קניינית אבל חוק המקרקעין שולל מצבים אלו אם רשמנו הערת אזהרה.

18.12.17

**שיעור 16**

**המשך תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**

המשך 1972 – יכול בעל התחייבות לעסקה, במידה והוא רוצה קדימות לנכס – יכול הוא לרשום הערת אזהרה. במידה והוא רושם הערת אזהרה הוא גובר על נושים מובטחים, ובמידה ולא רשם – אנו בהלכת בוקר – שהראשון הוא בעל הקדימות.

מציאות זו נמשכה 20 שנה (1994 – **בנק מזרחי נ' רוזובסקי**)

ואז מגיע ב-1999 **פס"ד אהרונוב** שמנסה לפתור את הסיטואציה הזאת.

יש 2 מחנות חשובים בפס"ד (גם כשאנו פותרים מבחן בתחרות מסוג זה, 2 העמדות חשובות למרות שההלכה היא לפי **ברק**, גם העמדה של **שטרסברג** חשובה ואפילו נכונה יותר במקרים מסוימים).

**שטרסברג כהן** אומרת כי כל העיסוק, וכובד המשמעות של התחייבות עסקה במקרקעין שניתן להערת אזהרה – היא למעשה שגויה, לא רק מבחינה דוקטרינרית, אלא שגויה גם מבחינה נורמטיבית – היא לא ראויה משני טעמים עיקריים:

1. **הזכויות הן לא שוות מעמד -** הזכויות של 2 הצדדים הן למעשה לא זכויות שוות. הכוונה היא לא שזו בעלות וזו זכות שכירות, אלא שהמהות של הזכויות **שונה**. שונות זו נובעת מהחיבור/אינטרס של כל אחד מהצדדים ביחס לנכס. (**לדוגמא** – זכויותיו אדם שרוצה לקנות נכס ספציפי ונושה על כלל הנכסים – ברור שהאדם שבא לקנות נכס מסוים רוצה לקנות את הנכס המסוים, לעומת הנושה המעקל שאין לו שום זיקה לנכס. כל הניסיון לאחוז בנכס נועד לבטח את החוב הכספי עבור הנושה. זה שונה לחלוטין מבעל התחייבות לעסקה).

כשאנו בוחנים את 2 הצדדים בתחרות מסוג זה – אין לנו צדדים בעלי אינטרסים זהים ביחס לנכס עצמו במקרה זה. הזכויות לא שוות מעמד.

יש למעשה **זכות מהותית** (בעל התחייבות בעסקה) במקרה של **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, **וזכות דיונית** (נושה לא מובטח).

התפיסה הזו של שטרסברג כהן **לא התייחסה לתיאוריה האישיות** – היא לא אומרת במפורש שהיא גוזרת זאת מתיאוריית האישיות. כשאנו קוראים את פס"ד, אין ספק שכשיש לנו בעל התחייבות עסקה שמעוניין לרכוש את הנכס אמור לגבור על מי שאין לו אינטרס מסוים בנכס הזה.

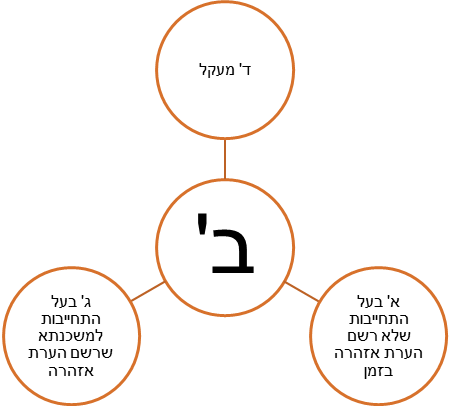
1. **זהות הצדדים הטיפוסית** – בד"כ הצד הנושה/המעקל יהיה חזק יותר (בנק, מלווה מקצועי) ואז אם נאשר למעקל לקבל – תמיד נביא את הגורם החלש (אדם שבא לרכוש את הנכס הספציפי) במצוקה (**מאזן המצוקה**) לעומת נושה ספציפי.

**שטרסברג** למעשה אומרת שצריך לפתור סיטואציה כזאת **בצורה ריאליסטית** – אנו קובעים את התוצאה בתחרות על פי תיאוריות קנייניות, מאפייני הנכס וזהות הצדדים.

הבעיה עם התפיסה הזאת היא שהיא משאירה אותנו עם קווים כלליים ופחות מנגנונים ברורים להכרעה משפטית.

**שטרסברג** מסבירה למה ההתבססות על רישום הערת אזהרה עלול להוביל אותנו למעגל שוטה שלא נוכל לצאת ממנו:

**בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר**



מכוח הלכת בוקר

מכוח ס' 127(ב)

מכוח ס' 9

אדם (א') בעל התחייבות שלא רשם הערת אזהרה – לפני אהרונוב, מי שזוכה הוא המעקל (גם אם עשינו עסקה).

עכשיו שטרסברג כהן אומרת כי עלינו לחשוב שבאותו זמן יש בעל התחייבות למשכנתא שרשם הערת אזהרה – גובר על המעקל.

בהנחה שא' היה הראשון שעשה את העסקה – א' גובר על ג' לפי סעיף 9 – הראשון בזמן הוא שזוכה. אם יש לנו 2 בעלי התחייבות לעסקה, מי שזוכה הוא הראשון בזמן.

שטרסברג כהן אומרת כי אם נגיע לסיטואציה זו – נגיע למעגל שוטה שאנשים לא יוכלו לשבור אותו.

**א'** – אדם שרכש מ**ב'** את הנכס, אבל לא רשם הערת אזהרה (לפני הלכת אהרונוב) – זכות חוזית בלבד. אם יש מעקל שבא אחרי ההתחייבות לעסקה, במידה וא' רשם הערת אזהרה הוא גובר, ואם לא רשם הערת אזהרה – המעקל/נושה גובר.

**ג'** – בעל התחייבות במשכנתא שרשם הערת אזהרה. ב' לקח משכנתא והבטיח לבנק שהוא ירשום על שמו משכנתא, והבנק רץ ורשם הערת אזהרה. **ג'** (בעל ההתחייבות למשכנתא) שרשם הערת אזהרה יגבר על המעקל.

**א'** מפסיד ו**ג'** מנצח – ההבדל הוא רישום הערת האזהרה.

נניח ש**א'** היה ראשון בזמן – **ב'** מכר את הזכויות ל**א'**, עוד לא נרשמה הערת אזהרה, ואז **ב'** לוקח משכנתא ומבטיח רישום לבנק (**ג'**)

**הכלל - ס' 9 קובע שאם יש 2 בעלי התחייבות לעסקה, הראשון בזמן זוכה, אלא אם השני השלים תום לב, תמורה ורישום**. הערת אזהרה לא נחשבת רישום – ומי שהיה ראשון יזכה.

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

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

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

העמדה השנייה היא של **ברק** שאליה הצטרף **חשין** – תחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושי המוכר – נקודת המוצא שלנו היא ש**לבעל ההתחייבות בעסקה יש זכות חזקה יותר**. ברק **מחזיר בצורה מפורשת את דיני היושר למשפט המקרקעין הישראלי** – ברגע שאדם עושה התחייבות לעסקה, בעצם צומחת לו לא זכות חוזית רגילה, אלא **זכות מעין קניינית**. זו פשוט זכות שביושר.

**ברק לא מדבר ערכית** (בניגוד לשטרסברג כהן). הוא אומר שעל פי ס' 9, שלפיו שכשיש עסקאות נוגדות (שזה לא הסיפור שלנו) בין בעל התחייבות בעסקה אחד לאחר – הראשון בזמן גובר. העובדה שחוק המקרקעין אומר זאת – מצמיחה **זכות מעין קניינית לראשון בזמן** – אחרת היינו בודקים הכל לפי דיני החוזים, אבל כאן אנו לא עושים את זה. **חוק המקרקעין קובע עמדה נורמטיבית שהראשון בזמן גובר**. ברק אומר שמעצם העובדה שהראשון בזמן (בעסקאות אחרות) מקבל קדימות חוקית – אנו מבינים שהמחוקק נתן לו זכות מעין קניינית – זכות עם כוח גדול יותר מסתם זכות אובליגטורית.

**משמעות אמירה זו מבחינת ברק – בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום**. יש כאן למעשה אמירה נורמטיבית לגבי זכותו של הראשון בזמן (שטרסברג חולקת על כך).

**האם אהרונוב רלוונטי גם לעיקול?**

התשובה היא **כן** – בית המשפט בפס"ד כספי נ' נס אומר כי גם במקרים של פשיטת רגל נכיר בזכותו של בעל התחייבות לעסקה.

כאשר מכרנו נכס מסוים, ורק אז פשטנו רגל (לא רשמנו את העסקה) – יראו כבעל הזכות לעסקה כבעל זכות מעין קניינית אלא אם מצליחים להוכיח כי היה מדובר בהעדפה פסולה של נושים – ואז פוסלים את המכירה מאליה. באופן עקרוני – אם מכרנו נכס וזה לא נגמר ברישום – אז לצורך העניין זה גובר גם על פשיטת רגל.

**מה יקרה אם שולמה רק חלק מהתמורה?**

כאשר בעל התחייבות בעסקה שילם רק 20%, בעוד לנושה יש חוב עצום – שטרסברג הייתה אומרת שיש לעשות זאת באופן יחסי, אבל לפי ההלכה היום בעל ההתחייבות בעסקה יזכה באופן גורף על כל הנכס.

**תחרות II – עסקאות נוגדות במקרקעין**

זאת התחרות ש-80% מאתנו ניתקל בה במבחן.

**מה ההבדל בין תחרות כזו לתחרות הקודמת?** מזהים את התחרויות לפי הגורמים המעורבים.

**בתחרות הראשונה** יש לנו גורם שאין לו זכות/התחייבות/כוונה להעביר זכות במקרקעין. כל מה שיש לו זה חוב כספי אצל הבעלים/המוכר – והוא מנסה להעביר זכות בנכס. לדוגמא - יש לנו בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח. (נושה מובטח לא רלוונטי בתחרות הראשונה – כי כבר יש לו התחייבות בקרקע. אם הוא קיבל התחייבות למשכנתא אבל לא רשם זאת – הוא בעל התחייבות לזכות קניינית, ואז הוא יהיה בתחרות השנייה.)

**בתחרות השנייה** – תחרות שבה שני הצדדים הם בעלי התחייבות לעסקאות במקרקעין – כמו אדם שמכר את הדירה שלו לאדם אחד, והחוזה לא מתקדם בקצב שהוא רוצה, ואז הוא פשוט מוכר את הדירה למישהו שמוכן לתת את כל הכסף במקום. השאלה היא מי משני הגורמים יקבל בסופו של דבר את הנכס.

בסופו של דבר – מי שמפסיד את הנכס יכול לפנות למוכר ולנסות לתבוע ממנו את ההפסדים. הבעיה מתחילה כשאין לנו את המוכר בתמונה – אחד נשאר עם הנכס והשני נשאר בלי כלום.

**ס' 9** – זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה – **ברק** גזר מכאן את הזכות העדיפה שיש לבעל ההתחייבות על העסקה הראשונה. (זכות שביושר/מעין קניינית) – והחיל אותה גם מעבר לס' 9.

ברק אומר שברגע שהחוק קבע כי הזכות של הראשון עדיפה – הוא ראה משמעות גבוהה יותר לאותו ראשון. הזכות של הראשון עדיפה **אלא אם השני פעל בתום לב ובתמורה, והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב** – ואז העסקה לטובתו תהיה תקפה.

יש לנו למעשה את הראשון בזמן שזוכה, אלא אם השני עומד ב3 תנאים – שאף אחד מהם אינו קל:

1. **תנאי התמורה –** אם השני רק חתם הסכם ולא שילם, אז אוטומטית הוא אמור להפסיד.
2. **תנאי תום הלב –** בשלב הזה במישור הסובייקטיבי (לפני גנץ).
3. **תנאי הרישום**.

החוק למעשה אומר לנו, כי לראשון יש זכות מעין קניינית. כזכות מעין קניינית הוא גובר על אחרים שבאים אחריו, גם אם יש להם התחייבות לעסקה – וזה עשוי לסתור את חוק החוזים – תרופות.

למרות זאת יש הכרעה במקרה ספציפי בחוק המקרקעין, אלא אם השני משקלל את הזכות הקניינית שלו **בעודו בתום לב**. גם שלב הרישום של הזכות צריך להיעשות כשהוא תם לב – הוא לא יודע שיש עסקה ראשונה שממתינה לשקלול. רק אם התקיימו כל 3 התנאים האלה – אז למעשה אפשר/השני בזמן גובר על הראשון.

**פס"ד וורטהיימר נ' הררי** (לא ניתן לקריאה)

הררי מוכר לוורטהיימר את הנכס (הם חותמים על זיכרון דברים – לא מוכר). נקבע כי הדירה שווה 1,000,000 לירות וורטהיימר משלם 5,000 לירות – ופרטי ההסכם יושלמו בהמשך.

הסיפור התעכב – ונקבע להיפגש עם עורך הדין. אחרי שהררי רואה שיש עיכוב – הוא עושה הסכם למכירת הדירה עם בינימיני (בסך 800,000 לירות) – חצי ישולם בהתחלה, והשאר בהמשך. בנימיני משלם חצי מהתמורה, ואז הוא נחשף לעובדה שהיה זיכרון דברים. **לאחר שבנימיני ידע** על זיכרון הדברים – הוא שילם את כל הסכום. אז עולה השאלה האמתית בבסיס ס' 9.

**ס' 3(4) בחוק החוזים (תרופות)** אומר כי נפגע זכאי לתרופות בשל הפרת החוזה – במידה ואכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין.

במידה והררי לא קיים – מי המשניים האלה צריך לקבל את הדירה?

הגיונית – **נבצע מאזן מצוקה**. לפי **ס' 3(4)** – נוכל לומר שזה לא יהיה נכון שוורטהיימר יקבל את כל הדירה למרות התשלום הזעום ששילם, ביחס לבנימיני.

**לדעת המרצה** – יהיה נכון מבחינת תום הלב החוזי – התעקשותו של וורטהיימר ליישם את החוזה למרות ששילם רק 5,000 לירות, נגועה ב**חוסר תום לב** הרבה יותר כבד בהשוואה לבנימיני.

הבעיה שלנו היא ש**ס' 9** בא ואומר אחרת – הזכות של הראשון בזמן עדיפה אלא אם השני בזמן מקיים את 3 התנאים. יש כאן מקרה ייחודי של הכרעה בתחרות לפי ס' 9 שכופה עלינו לאכוף את החוזה הראשון בזמן, בניגוד לחוק החוזים, ובניגוד לאינטואיציה (הרגשה פחות נוחה שוורטהיימר יקבל את הנכס למרות תשלומו הזעום).

**ברק** קובע שוורטהיימר הוא זה שזוכה בנכס – הוא לוקח ברצינות את האמירה בנוגע לעדיפותו של הראשון בזמן – וקובע שוורטהיימר הוא זה שמנצח את התחרות. ברק אומר שלמעשה לא בודקים בכלל את מאזן המצוקה – יש אמירה מאוד ברורה איך מכריעים בתחרות – בתור שופט שמים את הנתונים באקסל, וכך בודקים. אין כמעט שיקול דעת ערכי.

וורטהיימר משלם את התשלומים שהיה צריך לשלם להררי עד הגובה שבנימיני שילם – ואת השאר להררי. יש כאן אכיפה של החוזה שהוא ראשון בזמן. אם הררי לא בתמונה – הוא צריך לשלם לנושים של הררי, ובמקרה כזה היה צריך להעביר את הכסף לבנימין (הוא היה נחשב כבעל התחייבות לעסקה ביחס לאחרים המאוחרים לו – נושים).

וורטהיימר מנצח בתחרות, וחוזרים לערכאה הקודמת כדי להסדיר את הסכומים.

**ברק משאיר 2 שאלות בצריך עיון:**

1. האם ההתעקשות של הראשון בזמן לרעת השני בזמן לא עולה לכדי חוסר תו"ל?
2. האם הראשון בזמן (וורטהיימר) שלא רשם הערת אזהרה (ב150 ₪) – האם בהנחה שהוא יכול לעשות זאת, האם ההימנעות שלו לא מטה את התחרות לרעתו?

המרצה מבקש לקרוא את גנץ' לרביעי

20.12.17

**שיעור 17**

**המשך תחרות II – עסקאות נוגדות**

עמדנו על המתח בין 2 דברי החקיקה – בניגוד לס' 3(4) בחוק החוזים, סעיף 9 קובע שהראשון בזמן זוכה – וזאת ההתדיינות בכל פסקי הדין. דיברנו על ברק בוורטהיימר – שלמעשה מכריע בצורה ברורה שהראשון בזמן זוכה על פי ס' 9, ובמחלוקת בין ס' 3(4) לחוק התרופות לבין ס' 9, אנו מעדיפים את סעיף 9 (כאשר מדובר במקרקעין).

סיימנו את השיעור בשתי השאלות של ברק:

1. **האם ההתעקשות של הראשון בזמן לרעת השני בזמן לא עולה לכדי חוסר תו"ל?** האם אנו צריכים לראות את התעלמותו של הראשון ממאזן המצוקה המשמעותי בהבדלים המשמעותיים כדי חוסר תו"ל? - אין תשובה על כך בפסיקה.
2. האם הראשון בזמן (וורטהיימר) שלא רשם הערת אזהרה (ב150 ₪) – האם בהנחה שהוא יכול לעשות זאת, **האם ההימנעות שלו לא מטה את התחרות לרעתו?** מה קורה כאשר הראשון לא רשם הערת אזהרה למרות שיכול היה?

הכלל שנקבע ב**פס"ד גנז** – הוא שאי רישומה של הערת אזהרה בזמן עלול להעיד לחוסר תו"ל מצדו. אימוץ כלל זה, שיגרום לכך שהראשון בזמן יפסיד את הנכס, היא למעשה החלה של **תו"ל אובייקטיבי** לסיפור, כי למעשה אנו דורשים מהראשון בזמן לעשות פעולה מסוימת על מנת למנוע את התאונה המשפטית, מבלי שיש בפעולה הזאת כדי להעיד על תו"ל/כוונותיו – אלא רק ליצור מצב שבו אני שמים מכשול בפני התאונה המשפטית. החלטתו של **ברק** לראות באי רישום הערת האזהרה כחוסר תו"ל בוודאי אינה סובייקטיבית, אלא אנו מכילים **כלל של** **האדם הסביר**, וקובעים כי האדם הסביר שרוכש נכס לוקח/צריך לקחת על עצמו את המחויבות לרשום הערת אזהרה כדי למנוע תאונה משפטית.

**2 הסייגים העיקריים:**

1. כאשר אין חוסר תום לב – אי רישום הערת האזהרה לא יחשב כהפרת תו"ל.
2. כאשר אין קשר סיבתי בין היעדר הרישום (של הערת האזהרה) לבין קרות הפעולה של השני בזמן

**גנז נ' בריטיש**

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

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

1. **האם בכלל היה ניתן לרשום?** (אולי לא היה ניתן בגלל שביתה, חג....) במקרה שלא היה ניתן לרשום, ברור שלא נטיל על הראשון אשמה בגין חוסר תו"ל – הוא לא היה יכול למנוע את אי הרישום – זה לא הגיוני להטיל עליו חבות כתוצאה מאי הרישום. כאשר לא ניתן לרשום – ברור שאי רישום הערת האזהרה לא צריכה לפגוע בבעל ההתחייבות הראשון.
2. **יכול להיות שהיה ניתן לרשום – אבל משיקולי מדיניות אנו לא מחייבים את הראשון לרשום** – כמו במקרי של **בני זוג** (**אהרונוב** – הסכם גירושין שנתן לאישה את החלקה, וביהמ"ש אומר שהוא לא רוצה לגרום למצב שבת זוג תרוץ לרשום הערת אזהרה) – לא נרצה לחייב את אחד מבני הזוג לרשום הערת אזהרה – תיווצר תחושה בעייתית במישור הזוגי/משפחתי ואולי גם בשיתוף במקרקעין (יכול להיות שגם במצבים של שותפויות במקרקעין – אנו נבין למה לא נדחוף אחד לרשום הערות אזהרה על חלקים במקרקעין. אנו לא רוצים לערער את המערכת הזוגית-שיתופית).
3. הסיבה השלישית להימנעות מהטלת חובת תו"ל על הראשון בזמן כאשר הוא לא רשם הערת אזהרה – זה **כאשר אי הרישום לא היה הגורם שגרם לתאונה המשפטית**.

**לדוגמא** – הגורם השני בזמן לא בדק את הרישום, ואז לא משנה אם הייתה או לא הייתה הערת אזהרה – התאונה המשפטית הייתה מתקיימת בכל מקרה. **דוגמא אחרת** - הוא ידע ובכל זאת ביצע את העסקה.

יכול להיות שהשני **"לא ירד אל השטח"** – ועדיין ברק טוען כי ירידה לשטח של השני בזמן יכולה לחשוף אינפורמציה רבה – אם לא עשה כן, זה יכול לשמוט את הקרקע תחת טענתו כלפי הראשון הזמן.

**שיקול נוסף (לא ראוי לדעת המרצה)** –

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

**פס"ד גנז** הוטמע והופנם במערכת המשפטית – במידה ולא רשמנו הערת אזהרה, יאשימו אותנו בחוסר תו"ל.

בית המשפט בפס"ד **ביאד נ' להאם** משתמש בהלכה זאת, ואומר כי רישום הערת אזהרה הוא פשוט וזול – ולכן סבור השופט כי יש לפרש את הלכת גנץ **על דרך ההרחבה** (ואת כל החריגים בצורה מצומצמת) – לתת משקל **כבד מאוד** לאי רישום הערת האזהרה על ידי הראשון בזמן.

נבחן טוב טוב את הסיבות והתירוצים ללמה לא נרשמה הערת אזהרה.

עלתה שאלה בפס"ד גנז לגבי רישום הערת אזהרה לגבי השני – **מה קורה כאשר השני בזמן עשה את התמורה, היה תם לב אבל לא רשם את הנכס בטאבו?** על פניו, על פי החוק, הראשון יקבל את הנכס. **השופטת פרוקצ'יה** מתייחסת לכך בהוביטר – הערות אזהרה **הן לא** זכויות במקרקעין. התפקיד העיקרי - יוצרת מחסום לביצוע עסקאות במקרקעין. יש לה גם תפקיד להיות פומבית – כדי שאנשים ידעו שיש מישהו עם אינטרס במקרקעין.

היא מוסיפה ואומרת, שגם עם הראשון רשם הערת אזהרה והשני עשה את כל הדברים ולא רשם את הנכס, גם אם זה קורה – אין שום סיבה לא לתת לשני בזמן את הנכס. יש בעיה עם גישה זו. המרצה רוצה שנראה גישה המתייחסת אל רישום הערת האזהרה כמקיימת את תפקיד הפומביות. גישה זו **לא התקבלה בפסיקה** – ולכן צריך לרוץ כמה שיותר מהר כדי לרשום את הנכס בטאבו.

אם לא נרשמה הערת אזהרה ללא הצדקה – נוכל לגבור גם אם לא רשמנו הערת אזהרה. אם כן יש הערת אזהרה – הדרך היחידה שלנו לגבור היא על ידי רישום הנכס. לא ברור איך נוכל להיות תמי לב כשאנו יודעים שיש הערת אזהרה – אבל תיאורטית זה הדרך שלנו לגבור.

**בנק המזרחי נ' גדי**

אנו חוזרים לתחרות הראשונה – מדובר בפס"ד שניתן **אחרי** פס"ד גנז - תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לנושים לא מבוטחים. **בהלכת אהרונוב** – **ברק** קבע שהראשון בזמן גובר לפי ס' 9 – ומכך יש לנו זכות מעין קניינית של הראשון בזמן.

**עם זאת**, אז ברק אמר בגנז כי **זכות זו נהיית אפקטיבית רק אם נרשמה הערת אזהרה** – אם הראשון לא נכנסים בחריגים/ההצדקות לאי רישום הערת אזהרה – השני יכול לגבור.

אם נייבא את רציונל **ס' 9** לתחרות הקודמת – כדאי לייבא זאת עם הדרישה לרישום הערת אזהרה – אחרת ניצור עיוות. **עם זאת, בית המשפט קובע שלא** – כשאנו מגיעים לתחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח, **העדיפות של בעל התחייבות לעסקה קיימת גם אם לא נרשמה הערת אזהרה**. הסיפור - הייתה בעלות לא רשומה ל-7 שנים, הבנק רצה לעקל את הנכס, ובית המשפט קבע שלמרות שלא נרשמה הערת אזהרה – בעל ההתחייבות בעסקה גובר על המעקל.

י**ש 3 סיבות עיקריות להחלטה זו**:

1. **מוסד העיקול אינו עסקאות נוגדות** – עדיין צריך לעשות הפרדה בין התחרויות. מה שנכון לגבי תחרות אחת לא נכון בצורה מלאה ביחס לתחרות השנייה.
2. **אין הסתמכות על נכס ספציפי** – קצת דוחה את הגישה הפורמלית של **ברק** באהרונוב.

אנו צריכים להבין מהי התחרות (בדיוק כמו ששטרסברג אמרה אהרונוב – ההלכה בפועל), זהות הצדדים, עוצמת האינטרסים וכוחם של הצדדים. בד"כ במקרים אלה בעל התחייבות בעסקה הוא בעל אינטרסים בנכס מסוים לעומת המעקל.

1. **עוצמת האינטרס של המעקל בנכס**.

**רשף נ' יוסף**

אישה נפטרה והעבירה את הנכס לילדיה. הילדים לוקחים משכנתא מהבנק לצורך רכישת הדירה, ואז מגיע נושה מעקל פרטי ומנסה להטיל עיקול על הדירה. (בנק מול נושה פרטי).

הבנק טוען כי על פי אהרונוב – יש לנו בעל התחייבות בעסקה (שהיה גם הראשון בזמן). לאחר מכן היה נושה מעקל – ולכן הבנק טוען כי הוא צריך לקבל את הנכס, כי **בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה מעקל**. המעקל הפרטי אומר כי צריך להחיל את **הלכת גנז** – לא נרשמה הערת אזהרה ולכן נכון יהיה שהבנק יפסיד את הנכס בתחרות.

**בנק המזרחי נ' גדי** (אחרי גנז) אמר כי לא מייבאים כל דרישת הרישום למקרים אלו, ופס"ד זה מגיע 6 שנים אחרי, **אבל בפס"ד רשף נקבע כי אנו בכל זאת נפתח את התחרות הראשונה ונבדוק מיהם הצדדים -** לבנק יש חובה כללית כלפי נושים לדאוג לעדכונו של הרישום בפק זמן סביר.

למעשה, **קיים אימוץ מוחלט של שטרסברג באהרונוב – וזניחה של ברק וחשין**.

הכלל הוא באמת מאהרונוב – ככל שבעל התחייבות לעסקה הוא גורם לא מקצועי במשחק, לא נדרוש ממנו רישום של הערת אזהרה כדי להבטיח את ניצחונו על נושה מעקל. אבל ככל שבעל התחייבות לעסקה יהיה גורם מקצועי (ובוודאי בנקים – שאמורים להיות אמונים על רישום) – אנו נתבע ממנו רישום של הערת אזהרה על מנת שהוא יגבל על נושה מעקל לא מקצועי.

ההכרעה צריכה להסתכל (בהתאם לשטרסברג כהן) על זהות הצדדים – נצטרך להבין מיהו הנושה המעקל ובעל ההתחייבות בעסקה. **ככל שבעל ההתחייבות לעסקה רגיל ולא מקצועי – ניטה לאפשר לו לנצח למרות אי רישום הערת האזהרה**. ככל שמדובר בבעל התחייבות לעסקה מקצועי וחזק (כמו בנק) – תהיה דרישה חזקה לרשום הערת אזהרה, ויהיה לו קשה יותר לנצח בתחרות (ייתפס כחוסר תו"ל). **חשוב להדגיש שמדובר בפס"ד מחוזי** שאינו הלכה עדיין – למרות שהוא מיושם במחוזיים אחרים.

**חתרות III – עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, במיטלטלין ובזכויות**

הבעיה במקרקעין לא רשומים – אי אפשר להחיל את ס' 9, וגם השני לא יכול לרשום את העסקה.

אז לצורך העניין הוא לא יוכל להשלים את תנאי ס' 9, ולכן אנו צריכים לחפש בסיס משפטי אחר כדי להכריע בתחרויות אלו. אי הרישום בטאבו גורם לנו לחפש הסדר משפטי אחר לדון בו כשאנו מדברים על עסקאות נוגדות. לכן אנו פונים לסעיפים מחוץ לחוק המקרקעין, שעוסק במקרקעין רשומים. **אנו מתייחסים למקרקעין לא רשומים כאל זכויות**, ולכן אנו נטפל בעסקאות נוגדות באמצעות **ס' 12+13 לחוק המיטלטלין, ובנוגע לתקנת שוק באמצעות** **ס' 4 – המחאת חיובים**.

**ס' 12 לחוק המיטלטלין** – זכות הראשון עדיפה, אלא עם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין/זכות בתום לב ובתמורה.

**ס' 13** – צריך להוסיף את ס' 13 כי הוא למעשה מחיל את ס' 12 גם על זכויות ולא רק על המיטלטלין.

מכיוון שמדובר במיטלטלין ובזכויות, יש **כלל** (**פס"ד טקסטיל ריינס**) – כשאדם עושה עסקה עם אדם אחר, כשהעסקה הזאת נועדה להעביר לאותו גורם זכות שיש לאדם כנגד מישהו אחר, הוא מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה – **אם הזכות כבר לא קיימת בידיים שלי, לא אוכל להעבירה.**

**יש לנו למעשה 2 שלבים בהקניה נוגדת כזאת:**

1. **עסקאות נוגדות בשלב חוזי** – אם אני מוכר את הנכס שלי לאחד ואז לאחר, השאלה מה מכרתי לאחר תלויה מה יש לי בשלב השני.
2. **תקנת שוק** - אם העברתי את הנכס והזכות הקניינית כבר שוקללה (רישום הנכס) – אז למעשה נמכר לשני בעסקה "אוויר בלבד" (למרות שעדיין יש לו אפשרות לנצח בתחרות!).

**מהו השלב בו אנו מצויים – שלב חוזי או קנייני?**

עלינו לבדוק **את החוזה** – מהו השלב בו עוברת הבעלות.

* **בהעדר התנאה בין הצדדים – הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם** = מועד המסירה של הזכות. זה מתאים לס' 33 לחוק המכר.
* **אם קיימת התנאה – הבעלות עוברת בהתאם להתנאה**.

מדובר בדבר אשר חשוב מאוד בעסקאות נוגדות, בעיקר במקרקעין לא רשומים ובמיטלטלין.

אנו דיברנו על העברת הבעלות במיטלטלין ובזכויות, ובעצם אמרנו ששלב העברת הבעלות בזכויות (הרגע שבו עוברים מהשלב החוזי לקנייני) תלוי מאוד בחוזה עצמו.

**במילים אחרות:**

* **על מנת להכריע האם אנו בשלב החוזי או הקנייני, אנו חייבים לבדוק את החוזה, ולבדוק מה הוסכם לגבי העברת הבעלות.** אם החוזה שותק ומדבר רק על מכר המקרקעין הלא רשומים – הבעלות עוברת כבר בשלב כריתת החוזה. ס' 33 לחוק המכר מאפשר לנו למעשה להתנות על העברת הבעלות בשלב כריתת החוזה.
* **אם הייתה התנאה (כמו שהבעלות תעבור רק בשלב מאוחר יותר) – הבעלות עוברת בהתאם** **להתנאה זו**, והרוכש יהיה בשלב חוזי בלבד עד השלב המאוחר יותר – אז יעבור לחלק הקנייני.

**אם המוכר מכר את המקרקעין לאדם אחר בשלב החוזי כאשר קיימת התנאה – מי זוכה בעסקה?** הדרך שלנו להכריע היא על פי ס' 12 ו13 לחוק המיטלטלין. על פי סעיפים אלו – הראשון בזמן גובר כאשר אנו נמצאים בשלב החוזי, אלא אם מתקיימים **התנאים המצטברים**:

1. **קיים תו"ל סובייקטיבי** (לא ידע על העסקה הראשונה), ובנוסף

2. **תשלום** (תמורה), ובנוסף

3. **השלמת המעבר לשלב הקנייני עבורו** (בדיקת החוזה של השני בזמן – או שהחוזה שותק בנוגע להעברת הבעלות ואז יש השלמה של קניין, או שגם הוא משאיר את הרוכש בשלב חוזי)

**ס' 12 + 13 -** הראשון זוכה אלא אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה.

**קיבל -** בזכויות (מקרקעין לא רשומים) אין לנו דרישה לחזקה. לעומת זאת במיטלטלין תהיה דרישה שהחוזה יסתיים, וגם שתהיה חזקה פיזית של הנכס בידי השני.

**תמורה** – דורשים ערך ממשי. עם זאת, בפסקי הדין יש גם התייחסות לשינוי לרעה במצב – לא רק אם שילמת מיליון שקלים, אלא גם אם מכרת את הנכס הקודם שלך והסתמכת על העסקה הזאת. הסתמכות כזו תוכל להיחשב לתמורה

**תו"ל סובייקטיבי** – הרוכש השני צריך להיות תם לב מבחינה זאת שהוא לא ידע/לא עצם את העיניים שלו לגבי העסקה הראשונה. עצימת עיניים תהיה בדרך כלל במקרים שבהם זה ממש צועק מהנסיבות.

**למה השני בזמן זוכה?**

בכל הקשר למיטלטלין ומקרקעין לא רשומים – ניתן לראות **בראשון את מונע הנזק הזול ביותר**, שכן העובדה שלא דאג לקבל את הנכס לידיו, היא שאפשרה את התאונה המשפטית.

**למה לא מחילים את ההיגיון של פס"ד גנז על המיטלטלין? (תו"ל אובייקטיבי)**

1. **קשה ליצור מרשם במיטלטלין** – עלויות גבוהות מידי (לא כלכלי ולא יעיל). יש לנו מרשם של רכבים – אבל זה לא מרשם שרלוונטי לקניין – והוא לא מעיד על בעלות. הסיבה לכך היא שמדובר בעלויות מאוד גבוהות.
2. **הגדרת חזקה כהפגנת תו"ל עשויה לעכב את המסחר השוטף**. לא ניתן לדמיין מצב שיידרש רישום עבור העברת כל מיטלטלין – זה יתקע את כל המסחר השוטף.

בגלל שאנו לא עושים זאת – צריך להיות מאוד זהירים כקונים. יש משמעות מאוד גדולה להחזקת הנכס במיטלטלין – צריך לנסות ולהעביר את החזקה אלינו מהר ככל האפשר.

**תקנת שוק** (ס' 4 לחוק המחאת חיובים) – לפעמים אדם עשוי לאבד את הזכות הקניינית שלו (גם אם היא רשומה) לטובת גורם אחר, כשהמטרה היא חיי מסחר תקינים.

אם עברנו לשלב הקנייני במקרקעין לא רשומים (החוזה העביר את הבעלות ברגע כריתת החוזה ללא התנאה) והמוכר (הנוכל) המחה את זכותו (שלא קיימת יותר) לגורם אחר – **הראשון בזמן זוכה,** **אלא אם הודיעו לחייב קודם על זכותו של הנמחה השני**. הרציונל הוא לתמרץ את הראשון לרוץ ולבצע את כל הבירורים שנדרשים ברגע שהומחתה לו הזכות הראשונה.

נגיד ש**ב'** קיבל ממקרקעי ישראל זכות שכירות (חכירה) במקרקעין הלא רשומים. ל**ב'** יש דירה על המקרקעין הלא רשומים – והוא מוכר את זכות החכירה שלו על המקרקעין ל**א'**.

**ס' 33** אומר כי בסיטואציה הזאת נצטרך לבדוק האם אנו בשלב החוזי או הקנייני (האם יש או אין התניה בחוזה) – והגענו למסקנה שההתנאה כבר נגמרה ואנו נמצאים בשלב הקנייני.

אחרי המעבר לשלב הקנייני – ל**ב'** אין שום זכות ביד. למרות זאת, הוא מוכר את זכותו (שלא קיימת יותר) ל**ג'**.

למי המינהל יתן בסופו של דבר את הזכות?

ס' 4 לחוק המחאת חיובים אומר בצורה פשוטה כי **לראשון** (א') יש זכות עדיפה, אלא אם **ג'** רץ למינהל והודיע לו על העברת הזכות לפני ש**א'** עשה זאת. במידה ו**ג'** הלך מהר יותר מ**א'** למינהל והודיע להם על העברת הזכות, למרות ש**א'** היה בשלב הקנייני, **ג'** זוכה בזכות. זה כמובן לא אומר ש**א'** מאבד את הזכות לתבוע את **ב'** – אבל הוא לא יקבל את הזכות מהמינהל.

הרציונל הוא **חיי מסחר תקינים** ואפשרות לנהל מערכת תקינה של מכירות מקרקעין לא רשומים.

ברגע שהגיע אדם למינהל עם המחאת הזכות, המינהל יהפוך אותו לבעל הזכות. אנו מתמרצים את **א'** ללכת כמה שיותר מהר למינהל כדי להודיע להם על העברת הזכות.

במבחן – נצטרך לזהות את התחרות שאנו נמצאים בה –

1. בעל התחייבות לעסקה מול נושה
2. עסקאות נוגדות בין בעלי התחייבות לעסקה
3. אם המקרקעין לא רשומים – נצטרך לבדוק את החוזה, ולהבין אם אנו בשלב חוזי או קנייני.

בשלב חוזי נפעל לי ס' 12 ו-13 לחוק המקרקעין

אם אנו נמצאים בשלב הקנייני, נדון על פי ס' 4 לחוק המחאת חיובים (תקנת שוק).

לגבי העבודה – שאלו על הנושא של החזקה ייחודית וחוק הגנת הדייר. אין לכך רלוונטיות לעבודה (חוץ מזה שצריך לומר שאין כאן חוק הגנת הדייר).

במקומנו, המרצה היה כותב במקומנו שאולי היה אפשר לחשוב על דבר כזה, אבל כאן לא מדובר בחוק הגנת הדייר – לשלול בשורה וחצי-שתיים.

עוד דבר – אנו צריכים להשלים עוד 4 בחנים. לכן הבוחן יהיה בשני.

25.12.17

**שיעור 18**

**המשך עסקאות נוגדות – מקרקעין שאינן רשומים**

אם מדובר על מקרקעין רשומים – הולכים על פי ס' 9

אם מדובר במקרקעין לא רשומים – מתייחסים אליהם כמו זכויות, ואז אנו צריכים לבדוק אם אנו נמצאים בשלב החוזי או הקנייני.

ברירת המחדל – בעת כריתת החוזה, ללא התניה – המקרקעין עברו לבעלותו של השני ואנו כבר עברנו את השלב החוזי. אם יש איזושהי התניה – אנו בשלב החוזי, ואנו פועלים לפי ס' 12 ו-13. אם אנו בשלב הקנייני – עובדים לפי ס' 4.

הצעת גנץ' לבחינת תום ליבו של הראשון כשאין רישום – ניתן לטעון כי הראשון עדיין היה צריך לרשום. **עלתה שאלה בפס"ד גנץ'** – האם נכון יהיה לצורך העניין לבדוק גם את תום הלב האובייקטיבי של הראשון בזמן? (כשהבעיה ברורה).

**השופט מצא** מעלה את האפשרות שמקרקעין לא רשומים עדיין רשומים איפשהו (המנהל, חברה משכנת, קבלן) – ולכן נדרוש מהראשון למצות את כל האפשרויות של הרישום. אפשר לדרוש ממנו לרשום איזושהי אזהרה (להגדיל את מימד הפומביות) כדי למנוע תאונות משפטיות – וכך ניתן יהיה להטיל עליו אחריות. זאת לא ההלכה – והמרצה לא מכיר פס"ד שהטיל אחריות על הראשון שלא רשם במקומות שבהם הוא יכול היה לרשום. בנוגע לטופס החדש – זה בינתיים מסתמן ככישלון (המרצה לא ירחיב על כך – היה ניסוי שניסו לעשות והוא לא הצליח).

רשימה של איזו תחרות חלה באיזה נכס

**עסקאות נוגדות במקרקעין – ס' 9**

**עסקאות נוגדות במקרקעין ומיטלטלין לא רשומים – ס' 12 ו13 במיטלטלין**

**תקנת שוק במקרקעין לא רשומים וזכויות – מוכרע לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים**

**תקנת שוק במקרקעין רשומים – ס' 10 לחוק המקרקעין**

**תקנת שוק במיטלטלין – ס' 34 לחוק המכר**

**ס' 10 - תקנת שוק במקרקעין**

*"מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף* ***(רק!)*** *אם הרישום לא היה נכון".*

**תקנת שוק** – בעל המקרקעין לפעמים לא מודע שעשו עסקה במקרקעין שלו, והוא מאבד את המקרקעין בלי שהוא היה אמור לעשות כלום. אנו לא מטילים עליו צורך/חובה משפטית לעשות משהו. בגלל שמישהו נורא מסכן – אנו מאבדים את הנכס שלנו והופכים להיות מסכנים בעצמנו.

יש 2 אנשים נורא מסכנים – למה שנעדיף דווקא את השני בזמן?

**למה אנו צריכים את תקנת השוק?**

**מצד אחד**, אנו רוצים **לחזק את התוקף של המרשם**, לעודד אנשים ללכת ולהסתכל על המרשם, ורשום את זכויותיהם במקרקעין **מצד שני** – אנו רוצים לעודד חיי מסחר תקינים.

כל הרגולציה נועדה להגן על הציבור, החברה והבעלים מפני פגיעה שעלולה להתרחש בשוק החופשי. אנו מקשים על התנהלות שוק חופשית – כי אנו מכירים בכשלים שלו. אז למה כאן התוצאה של לקיחת המקרקעין מהבעלים נראית לנו ראויה? כאן הבעלים לא ידע ולא יכול היה לדעת על לקיחת המקרקעין מהנכס – ועוד אנו צריכים לחפש את הגנב/רמאי.

אין לכך תשובה חד משמעית – האינטרסים הם ברמה הכי בסיסית – הגנה על כלכלה חופשית ומתפקדת וחיזוק של המרשם כראייה לבעלות.

במרשם אומרים למעשה כי לא ניתן לחייב את עורכי הדין לבדוק מעבר למה שכתוב במרשם.

**דוגמא -** יש בעלים, והוא נותן ייפוי כוח לעורך דין לטפל בנכסים שלו. העורך דין עושה שימוש לא ראוי בייפוי הכוח שניתן לו ומוכר את המקרקעין לרוכש אחר. במקרה הזה – תקנת השוק לא תחול.

השאלה הגדולה היא מהו השימוש הלא ראוי שעשה עורך הדין?

האם הוא העביר את הקרקע על שמו או מכר את המקרקעין למרות שזה היה לא ראוי?

בלי טעות במרשם שעליה הסתמך הרוכש **אין תקנת שוק**

הסיפור מסתבך אם אנו מוסיפים עוד חוליות, כי בד"כ איפשהו בין החוליות, הרישום עובר משם הבעלים המקורי לשם אחד הרוכשים, ואז השאלה היא מה קורה לאותו אחד שקנה את הנכס על פי המרשם, אך הסתבר שהמרשם היה שגוי?

**הפסיקה לגבי יישומו של ס' 10:**

תקנת שוק **תמיד תבחן בצורה מאוד דווקנית**. תמיד תמיד נוודא שכל הדרישות בסעיף מולאו בצורה מאוד דווקנית. ההקלה היחידה שנתנו היתה הסיפור של מרדכיוב, וגם זה מטיל הרבה מאוד חובות על הזוכים הפוטנציאלים – הסיבה לכך היא שיש פגיעה ממש קשה בבעל המקרקעין. זה גם פגיעה בבעל המקרקעין הפוטנציאלים, ולכן ביהמ"ש מיישם סעיף זה בצורה מאוד זהירה.

**האם אפשר להסתמך על מסמכים אחרים?**

**התשובה היא כמובן שלא**. הסתמכות על מסמכים אחרים היא קצת טריקית פה. **בפס"ד מרדכיוב** היה אדם מתחזה, שבא ואומר שהוא הבעלים, כאשר הוא מציג ת"ז על שם הבעלים, וחותם על חוזה. לכאורה זה הכי קלאסי שאמור להיות, אבל בתור עורכי דין לא נעשה דבר כזה. ביהמ"ש גם לא מבקר את הפרקטיקה של עורך הדין – ואי אפשר לבקר זאת. לא ניתן לקפץ בין לקוחות כל הזמן.

מגיע אדם בלי ת"ז ורישיון נהיגה – נראה מקרים הרבה יותר גרועים מבחינת מסמכים דהויים עם בעיות במציאת כל הנסחים, מאשר המקרה הנוכחי שת"ז הייתה ישנה ודהויה.

כולנו מתחילים לקורא את פסק הדין כשברור לנו שהיה זיוף, אבל אין לנו באמת סיבה לחשוד שיש משהו בעייתי – ועדיין ביהמ"ש קובע שלמרות שבוהדנה היה תם לב לחלוטין, הוא לא זכאי ליהנות מתקנת שוק. הוא השקיע כסף, והיה מפסיד אותו אם לא היו קונים שלישיים. מבחינתו – המרשם היה שגוי, והא עשה את העסקה על בסיס מרשם שנתפס בעיניו שגוי.

אנו מחפשים **הסתמכות על טעות במרשם** – אם המרשם בסדר והאדם טעה בגלל התחזות – מדובר בטעות מצערת **אבל השני לא ייהנה מתקנת שוק**.

אם אין טעות במרשם – אנו צריכים לחפש חוליה שחורה בשרשרת ההעברות. אם זה לא קיים – לא נגיע למסקנה כי קיימת תקנת שוק. אם אין טעות במרשם, לא יכולה להיות תקנת שוק.

**א. הסתמכות על הרישום דווקא (ולא על מסמכים אחרים)**

**פס"ד קורצפלד**

מי שרכש זכות במקרקעין על בסיס מסמכים מזויפים – אינו זכאי להגנת תקנת השוק.

**פס"ד מורדכיוב**

אנו מסתמכים על הרישום. הפסיקה לא הכירה בתחולה של תקנת השוק במקרקעים במקרים בהם התחזה המוכר לבעל הזכות הרשומה (כמו ייפוי כוח מזויף)

זאת הפרשנות שנתנו כדי להקשות כמה שיותר את המצב בו ניתן יהיה ליהנות מתקנת השוק.

אם היה איזשהו רישום שהפך את המרשם לשגוי – כנראה שהמטרה במבחן היא שיש טעם לדון בשאלת תקנת השוק. אם לא היה שינוי כזה במרשם, גם אם היו הרבה מאוד זיופים בדרך, זה לא ישנה את התוצאה בסוף, כי צריך להסתמך על שגיאה במרשם. באירועונים אנו צריכים לחפש את הטעות במרשם (הנקודה השחורה). אם אין – אז תקנת השוק לא רלוונטית.

**ב. תום לב סובייקטיבי** – אנו דורשים תום לב סובייקטיבי, והמטרה היא לראות האם הטעות שנבעה מהמרשם הייתה בתום לב, או שאפשר בעצם להטיל חובה בגלל זה.

תום לב סובייקטיבי כולל גם עצימת עיניים – אם אפשר לטעון לעצימת עיניים של הרוכש – אפשר לערער את יכולתו ליהנות מתקנת השוק. **אנו לא מחילים תום לב אובייקטיבי** – אנו בודקים האם אותו רוכש ידע בפועל/עצם את עיניו מלדעת לגבי הטעויות במרשם. במקרים בהם הרוכש התכחש למציאות, אז יהיה אפשר לטעון שהוא לא תם לב.

**ג. תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום** – כשנחשפתי לחוליה השחורה – נשללת ממני היכולת ליהנות מתקנת שוק, עד למועד הרישום ממש.

**ד. מהו הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה**? **לדוגמא** – רכשתי דירה מאדם מסוים, והגעתי למסקנה שאני רוצה למכור אותה. אם אני מוכר אותה לפני שהעבירו את הבעלות על שמי – סביר להניח שיש לי רק הערת אזהרה.

**ברק** הולך באופן עקבי עם הקביעה ב**ס' 9** – ניתן למכור את הזכות על בסיס ההערכה הטבעית שתהיה לי את הזכות. פסקי הדין נועדו להכשיר את הפרקטיקה בשוק לפני שרוכשים. הופכים להיות הבעלים – אבל תקנת שוק נחיל בתנאים מסוימים

**דוגמא ל (ד)** – הבעלים מוכר בעסקה מזויפת את הקרקע לרוכש **א'**, ורוכש **א'** מוכר ל**ב'** – האם אחד מהם זכאי ליהנות מתקנת השוק?

בגדול התשובה היא שאין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במקרה כזה גם אם המוכר שמכר לאותו גורם דרך הערת אזהרה – עדיין יש אפשרות שהרוכשים ייהנו מתקנת השוק. עם זאת, זה מחייב שינוי של סטנדרט תום להב – ואנו מוסיפים דרישות כדי לוודא תו"ל אובייקטיבי.

בגדול – אמרנו שהרציונל הוא מתן תוקף לרישום ועידוד ביצוע עסקאות.

כשאנו יודעים שהייתה בעיה בשרשרת – השאלה היא האם רוכש **א'** זכאי להגנת תקנת השוק (כאשר יש נחזה לבעלים).

**עסקה מזויפת יכולה להיות אחת מ2: שנגמרה ברישום או שלא נגמרה ברישום** (כמו אדם שהשאיר את הרישום על שם האדם המקורי, אבל באמצעות ת"ז מזויפת התחזה להיות הבעלים המקורי) – צריך להתייחס ל2 האפשרויות האלה במבחן.

**אם מי שנחזה לבעלים לא שינה את הרישום** (השאיר אותה על שם הבעלים המקורי) – אז מי שקונה ממנו מסתמך על הרישום התקין, ולכן אין שום סיבה לצורך העניין שהוא ייהנה מתקנת שוק.

**אם הנחזה לבעלים שינה את המרשם**, אז מי שרוכש ממנו זכאי ליהנות מתקנת שוק. הסיבה לכך היא הרציונל הבסיסי של תקנת השוק – אנו רוצים שאנשים יסתמכו על המרשם מכוח תקנת השוק. אם המוכר שינה את שמו הוא מקיים את הרציונל של תקנת השוק, והרוכש יהיה זכאי ליהנות מתקנת השוק.

במקרה בו מי שנחזה לבעלים **לא שינה** את המרשם – רוכש **א'** לא יהיה זכאי ליהנות מתקנת השוק. אם רוכש **א'** מוכר את הדירה לאדם אחר, ובמקרה הזה יש לו הערת אזהרה, רוכש **ב'** רואה שיש לפניו אדם שהמקרקעין לא רשומים על שמו, הוא מספר לו את סיפור הרכישה, ואומר כי יש לו הערת אזהרה על שמו – במקרה זה, האם רוכש **ב'** יהיה זכאי להגנת תקנת השוק אם הרוכשת בדקה את הרישום למרות שאין טעות במרשם?

תקנת השוק אמורה להוביל אותנו לטעות במרשם. **אם אין טעות במרשם – אי אפשר לטעון להחלת תקנת השוק**. **במרדכיוב** עושים הפרדה בין מה קרה בשלב העסקה לבין מה קרה בשלב המאוחר יותר – אבל באיזשהו שלב צריך לעשות העברת בעלות. אם אין טעות במרשם לא יכולה להיות תקנת שוק – כל הרעיון של תקנת שוק הוא שיש טעות במרשם שעליה הסתמכנו, וזה הגורם שהביא אותי או את רוכשת ב' לברוך הזה.

אם היו משנים את הרישום במקרה הקודם – אז הוא היה זכאי להגנת תקנת השוק. אם לא - אז זה כמו **להיגי** – אומרים כי אין מניעה עקרונית מלהחיל תקנת שוק במקרה הזה, אבל **חייבת להיות טעות קודמת במרשם** – במידה ויש טעות קודמת במרשם, גם אדם שרכש לפי הערת אזהרה – יוכל שתהיה עליו את הגנת תקנת השוק (אם עמד בכל התנאים), וזאת בתנאי שהיה שינוי של הרישום.

**מה קורה אם בשלב עריכת העסקה רוכש א' לא שינה את הרישום, אבל אחרי זה הוא שינה?** (כמו מרדכיוב) – אם הוא שינה לפני העסקה עם **ב'** – אז אין בעיה. אם הוא שינה אחרי העסקה – בהתחלה הוא היה הבעלים של רק הערת אזהרה ולא הייתה טעות במרשם לפני שינוי הבעלות (בזמן עריכת העסקה אין טעות במרשם – החידוש במרדכיוב) – האם אפשר להגיד שהגברת הסתמכה על תקנת השוק למרות שלא הייתה טעות במרשם?

**כאן נכנסת הבדיקה הראויה עם עוד תנאי – זה באמת מאתגר את תקנת השוק**. תקנת השוק דורשת טעות במרשם שעליו הסתמכו הרוכשים בתקנת שוק – אבל אם הדבר הזה לא נעשה בשלב התגבשות העסקה, על מה הם הסתמכו? **למה רוכש א' לא יהיה זכאי ליהנות מתקנת השוק, ורוכש ב' כן?** (זה החלק הבעייתי במרדכיוב)

בתקנת שוק ברור לנו שיש מישהו שזייף/היה רמאי, ולמרות הרמאות הגורם האחרון שמבקש ליהנות מתקנת השוק לא יפסיד את הנכס. אם שינינו את המרשם והסתמכנו עליו בעת הקנייה – אין בעיה. אבל אם לא שינינו – למה שניתן את תקנת השוק – וזו השאלה של מרדכיוב (אחרי זה כן שונה!)

אם הרישום שונה באיזשהו שלב עד רגע רכישתו של רוכש **א'** – אז רוכשת **ב'** יכולה לנסות ולהיכנס לתקנת שוק – כי עד השלב שבו נעשית העסקה, הייתה טעות ברישום והיא יכולה לטעון שהיא הסתמכה על הטעות ברישום.

השאלה היותר מעניינת – מה קורה אם עד השלב בין העסקה של רוכש **א'** ו**ב'** – אין טעות ברישום? על פניו, היינו צריכים לומר כי היא תפסיד את הנכס כי אין טעות ברישום (הקלאסיקה של פרשנות ס' 10). מרדכיוב אומר כי ניתן לתקן את הפגם הזה והיא עדיין תהיה תחת תקנת השוק – אם עד הרוכש הראשון לא שונתה הבעלות, אם הרישום לא שונה בזמן שהיא רושמת את בעלותה – **היא לא יכולה ליהנות מתקנת שוק**. עם זאת, במידה והרישום הושלם לאחר החתימה על החוזה ולפני שהבעלות עברה – **יהיה אפשר לראות את רוכש ב' כמישהו שזכאי להגנת תקנת השוק**.

**חזרה של המרצה**:

אם בשלב חתימת החוזה הרישום של א' כבעלים לא הושלם/לא היה שום רישום קודם שהיה שגוי, אז לצורך העניין אנו צריכים לבדוק את הרישום לאחר העסקה. אם לאחר העסקה הרישום לא שונה בכלל – אז רוכשת **ב'** לא יכולה לשנות. אם הרישום כן שונה לאחר העסקה (קבענו בחוזה שבעלות תעבור חצי שנה אחרי) - **יש 2 תנאים מצטברים שרוכש ב' יצטרך לעמוד בהם:**

1. **התנאת התשלומים בעסקה עד לרישום** – מה שקורה כמעט בכל עסקה (אי אפשר ללמוד מזה הרבה לגבי תום הלב האובייקטיבי). במרדכיוב – אומרים כי אם העבירו את מרבית הכסף רק על בסיס הערת אזהרה – זה מראה שהסתמכתי על רישום תקין. אם דחיתי זאת והתנתי אותו בהעברת הרישום על שמו של מוכר **א'** (באתי כרוכש **ב'** ואמרתי שאני לא משלם את המסה הקריטית של הכסף עד שאראה שמוכר **א'** הופך להיות בעלים של הנכס) – צלחתי את אחד המבחנים. אנו לא מסתפקים במבחן הזה כי זו פרקטיקה שעושים אותה כמעט בכל העסקאות.
2. **בדיקה ראויה של עסקת היסוד** – אנו צריכים לעשות **בדיקה ראויה** – יצירת קשר עם הבעלים, ירידה לשטח.... כל דבר שיעיד שעשינו מאמץ לגלות את טיבה של עסקת היסוד, ואין לזה מסמרים (שאומרים בדיוק מה התנאים) – זה יהיה תלוי בנסיבות. נישלח בתור עורכי דין לבדוק את העסקה הראשונה. אלו דברים שבית המשפט מחמיר כאן כדי לבדוק **תום לב אובייקטיבי**.

במידה ורוכש **ב'** יצליח להראות שהרישום היה תקין בין הבעלים לרוכש א', ואז לאחר חתימת ההסכם הבעלות תעבור על שמו של רוכש **א'**, ואז שעמדנו בהתנאת התשלומים עד הרישום ובדיקה ראויה – אז בתי המשפט יאפשרו לרוכש ב' ליהנות מהגנת תקנת השוק, תחת דרישות רבות. בתי המשפט יבדקו טוב טוב האם בוצעה בדיקה ראויה.

27.12.19

**שיעור 19**

**דיני תחרויות – אז מה היה לנו עד עכשיו?**

אנו יודעים שיש לנו כמה סוגים של תחרויות שנבדלות בכמה אופנים:

* **זהות הצדדים**

**התחרות הראשונה** בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מבוטח.

**התחרות השנייה** – בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה (עסקאות נוגדות).

**התחרות השלישית** – בעלים מקורי מול רוכש בתו"ל.

* **המשאב**

**מקרקעין רשומים**

**מיטלטלין**

**זכויות + מקרקעין לא רשומים**

**במקרקעין רשומים** –

בתחרות בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מבוטח אנו נעזר בפס"ד אהרונוב, למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושא מקצועי.

בעסקאות נוגדות בין 2 בעלי התחייבויות לעסקה – נרצה לפנות לס' 9 וליישם את הכללים של פס"ד גנז

בתחרות בין בעלים לרוכש בתו"ל – במקרקעין רשומים נפעיל את ס' 10.

**במיטלטלין** –

בתחרות בין בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מבוטח עובדים לפי אהרונוב – בעל התחייבות לעסקה אמור לגבור אלא אם הוא גורם מקצועי.

בעסקאות נוגדות – ראינו את ההסדר שלומד מס' 12 לחוק המיטלטלין בעסקאות נוגדות – ואנו מחילים אותו.

במקרה של תקנת שוק – נדבר על כך היום. נשתמש בס' 34 לחוק המכר. למעשה מחילים תקנת שוק במיטלטלין.

**בזכויות + מקרקעין לא רשומים** -

בתחרות בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מבוטח אנו עוסקים בפס"ד אהרונוב (הוא לא התייחס במפורש לזכויות, אבל אנו עובדים על פי אהרונוב) – בעל התחייבות לעסקה גובר על נושה לא מובטח כי יש לו זכות מעין קניינית.

בעסקאות נוגדות בזכויות בין 2 בעלי התחייבות לעסקה – הדרך היא לפי ס' 12+13 לחוק המקרקעין

במקרה של בעלים מקורי מול רוכש בתום לב (תקנת שוק) נפעל לפי ס' 4 לחוק המחאת החיובים.

**תקנת שוק במיטלטלין**

השאלה היא האם נכון להחיל תקנת שוק במיטלטלין. זו שאלה שאינה פשוטה. הסיבה שנתנו תקנת שוק במקרקעין היא חיי שוק תקינים ו**חיזוק המרשם**. במיטלטלין אין מרשם (וויתרנו על הפומביות במיטלטלין) אז האם זה נכון להחיל תקנת שוק במיטלטלין? **התשובה היא כן**.

**פס"ד כנען (יהיה למבחן! לא ניתן לקריאה אבל כדאי לקרוא)** אחד מפסקי הדין היותר מוכרים.

מתחיל באישה בשם **זהבה כנען** – הייתה לה חנות לממכר תמונות ופוסטרים במחירים נמוכים בשוק הפשפשים. זהבה כנען קנתה ביום אחד 2 תמונות מסוחרת באזור של שוק הפשפשים (מישהי ללא דוכן קבוע שעוברת עם ואן). 2 התמונות היו נראות לה כמו העתק מאוד יפה של צייר מפורסם. היא פותחת יום אחד את התמונות ומגלה מאחור מדבקה ורישום שהתמונות מקוריות ולא מזויפות של ראובן רובין, והן יצאו ממוזיאון מארה"ב (התמונות שייכות לממשלת ארה"ב). מצד אחד – גברת כנען אומרת כי עשתה אחלה קופה – מתנה משמיים והרוויחה. כמובן שגילו את התמונות וממשלת ארה"ב דרשה דרך המשפט את התמונות מול זהבה. **השאלה מי מקבל את התמונות?**

ביהמ"ש למעשה דן בשאלה של תקנת השוק במיטלטלין – אנו צריכים להכריע מי זוכה בתחרות (התמונות נגנבו מהמוזיאון). אין חולק על כך שהיא רכשה את התמונות בתו"ל. בהינתן ששני הצדדים תמי לב, בעלים שלא עשה דבר רע ורוכש שלא עשה דבר רע – למי הולכות התמונות? כאן זה קריטי כי יש הבדל משמעותי במחיר. מיהו אותו גורם שזכאי להמשיך ולהחזיק בתמונות?

סיפור זה ישמש אותנו כרקע על תקנת שוק במקרקעין.

**ס' 34 לחוק המקרקעין** – *"נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו.....*"

מדובר בס' מסורבל ועמוס בדרישות. הוא נתון לפרשנויות רבות ובתי המשפט דנו בו לא מעט.

**הקריטריונים להכרה בקיומה של תקנת שוק (חייבים לבדוק את כולם במבחן!)**

* נמכר
* נכס נד (מה זה מוריד ומה זה מוסיף?)
* על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר
* המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו
* הקונה קנה וקיבל
* תום לב

**נמכר**

**ס' 1 לחוק המכר** קובע מהו מכר – *"מהות המכר – מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר"*

חייב להיות למעשה מחיר (תמורה) כדי שיהיה מכר. רק נכסים ששולמה עבורם תמורה יכולים להיכנס לתקנת השוק.

השאלה שעולה – האם התמורה צריכה לשקף את השווי **האובייקטיבי** של הנכס או שהיא צריכה לשקף את השווי **הסובייקטיבי** (ברגע הקנייה, כמה הבן אדם מאמין שהנכס שווה)?

בתקנת שוק – יש איזשהו רמאי באמצע שמוכר את הנכס. הגנב ידע שמדובר בתמונות מקוריות. השאלה היא האם אני צריך לשפוט את גברת כנען כמי שלא מקיימת את תקנת השוק למרות שהיא הייתה משוכנעת שמחיר הנכס הוא 250 ₪ בלבד? או שאנו צריכים לבחון את הרגע הספציפי שאמור לשקף את המחיר?

בכל מקרה – **חייבת להיות תמורה**. השאלה הגדולה האם זו תמורה **אובייקטיבית** (חכמים אחרי מעשה) או **סובייקטיבית** (באותו רגע נתון). יש לנו בעיה בקונספציה להעניק למישהי מתנה משמיים ב-250 ש"ח – והמרצה יענה על שאלה זו בפירוט פס"ד. זה מזכיר את **וורטהיימר נ' הררי** – שם היה ברור לנו שאין שום סיבה שוורטהיימר יקבל את הדירה, אך הוא קיבל, למרות ששילם רק 500 לירות.

**נכס נד**

מדובר בהגדרה שאינה קלאסית של מיטלטלין. ביהמ"ש העניק לכך פרשנות – תקנת השוק חלה רק לגבי מיטלטלין **מוחשיים** שניתן להחזיק אותם פיזית. למעשה הוצאנו את כל תקנת השוק מחוק המכר ומדברים רק על מיטלטלין מוחשיים (ולא על זכויות – **ס' 4** לחוק המחאת חיובים).

זה לא משנה לנו במיטלטלין אם יש רישום או אין (כמו רישום רכבים) – זה לא משפיע מבחינת תקנת השוק במיטלטלין. אין לנו דרישה לרישום כראייה, אבל זה כן יחזור בשלב מאוחר כאינדיקציה תום לב (זה יכנס לקטגוריה של תו"ל).

**על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**

מדוע חשוב לנו להכניס לתקנת שוק דרישה שהרכישה תעשה ממי שמוכר דברים מסוגו של הממכר בדרך הרגילה של הדברים? יש מחלוקת לגבי התנאי הזה. **קיימות 2 גישות:**

**זמיר** – זה תנאי שנועד לתמרץ את הרוכש לבדוק טוב יותר את המוצר והמוכר – אינדיקציה לתום הלב, ובדיקת מה עומד בבסיס חוסר ההתאמה. יש כאן משהו שאמור לעורר חשד. לא אומר שאסור לקנות! אבל צריך לבדוק איך הגיעו טלוויזיות לחנות כלי הרכב. אם לא בדקנו – זה למעשה סוג של עצימת עיניים לדבר מוזר שקורה כאן – שמעיד על תום הלב שלנו.

**חנוך דגן** – זה בכלל לא תנאי שבא לתמרץ את הרוכש – המטרה היא **לתמרץ את הסוחרים עצמם** לעשות בדיקות טובות יותר על מקורות הסחורות.

השאלה היא איזה חוליה בשרשרת אנו רוצים לבדוק ולתמרץ – האם אנו רוצים לתמרץ את החוליה האחרונה, או להגיע כמה שיותר קרוב לחוליה השחורה (הבעייתית) כדי להימנע ממצבים כאלה בכלל

חנוך רוצה לחזור למעשה לBasics של **מונע הנזק הזול ביותר** – ללכת אחורה ולמנוע את הכניסה של המוצרים הגנובים האלה לשוק.

מכירה/רכישת רכב מאדם פרטי זה בעייתי מבחינת תקנת השוק (מאוד) – נדבר על כך בעתיד.

**המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו**

למה אנו דורשים שהמכירה תהיה במהלך העסקים הרגיל?

הקונספט הוא להראות שאין לנו נסיבות מחשידות. בגלל שאין לנו רישום אנו מבקשים לנקות לחלוטין את העסקה הזאת מכל אבק של חוסר תו"ל/חשד כלשהו – ולכן אנו מבקשים שהעסקה תתבצע במהלך העסקים הרגיל, גם ביחס למועד המכירה, מקום המכירה...

הרעיון הבסיסי של הדרישה הזאת הוא באמת לוודא שכל המכירה נעשתה בצורה שלא הייתה לאדם שום סיבה לחשוד שקיים משהו לא תקין.

זה רלוונטי גם לתנאי העסקה – אם המוכר עומד בדווקנות שכל הכסף יעבור באותו רגע והכל יגמר בצורה מהירה שלא כדרכה של עסקה. גם משהו לא סטנדרטי עלול להיתפס כמחשיד.

זה נוגע במקום, מועד ובעיקר בתנאים – וצריך באופן עקרוני לזהות בתור עורך דין את הדברים הבעייתיים ולהצביע עליהם בביהמ"ש כדי לפסול את היכולת להשתמש בתקנת השוק.

**הקונה קנה וקיבל - מבחן הקבלה והחזקה**

אנו מחייבים **חזקה**. מי שלא מחזיק בנכס לא ייראה לצורך תקנת השוק כמישהו שהשלים בעצם את הרכישה. אנו יודעים שבאופן עקרוני העברת הבעלות לא חייבת חזקה. כאן בתקנת שוק – גם אם אדם צלח את כל התנאים הקודמים, ביהמ"ש יקפיד גם על חזקה וגם על השלמת קניין. בבדיקת תקנת שוק אנו צריכים לבדוק גם חזקה וגם קניין. זו לא חייבת להיות חזקה ממש – זה יכול להיות גם אם מישהו מחזיק מטעמנו – אבל חייבת לביות **חזקה והשלמת קניין**.

בתקנת שוק יקפידו על קיום שני תנאים אלו – הקנייה והחזקה.

**תום לב**

מבחן זה צריך להימשך עד השלב שבו מסתיימת הרכישה + החזקה – עד השלב האחרון של השלמת תנאי תקנת השוק. אנו מקפידים על כל קוצו של יוד בקיום התנאים כי אנו עושים כאן משהו מאוד בעייתי ואנו מודעים לכך – אנו לוקחים קניין של אדם מסוים ומעבירים אותו לגורם אחר בלי שהאדם הראשון עשה בעיה – ולכן אנו מקפידים על קיום התנאים עד השלב האחרון.

מדובר במבחן **סובייקטיבי** – אנו בעצם מכילים/בודקים את התנהלותו של הרוכש האחרון, כאשר תו"ל סובייקטיבי כולל **עצימת עיניים**.

למה צריך תו"ל סובייקטיבי? כדי לנהל חיי מסחר.

בשונה תקנת השוק במקרקעין – כל הרעיון הוא רעיון של חיי מסחר תקינים. זה הרבה יותר משמעותי במיטלטלין מאשר מקרקעין. מספר ההעברות במיטלטלין בממוצע גדול באלפים מהעברות של מקרקעין.

האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית?

אם אדם שניגש ומשלם 80₪ עבור בדיקה, האם הוא יכול להיחשב תם לב כשהוא יודע שיש שעבוד?

אם הוא ידע שיש שעבוד – אז הוא לא יכול להיות תם לב.

אם הוא לא יודע – ביהמ"ש קובע כי **אין צורך לעשות חיפושים אקטיביים.**

לגבי היום – ביהמ"ש כן יטיל אחריות על אדם שלא יעשה את הבדיקה ב-80 ₪. היום יטילו חוסר תו"ל בגין אי ידיעה קונסטרוקטיבית (זה הופך להיות חלק מהגדרת תום הלב ולא ידיעה קונסטרוקטיבית – סוג של עצימת עיניים – המינימום של הצעדים שצריך לברר.

**המשך פס"ד כנען**

מדובר בפס"ד שנראה כאילו סימנו את המטרה וכל שופט ניסה להגיע בדרכים עקומות. היו לחצים פוליטיים מאוד גדולים של ממשלת ארה"ב על ממשלת ישראל. על לפני עשור ביהמ"ש בד"כ ידע להתאים את עצמו לצרכים הפוליטיים (תמיד אמרו על אהרון ברק שהוא פתר לממשלה בעיות, כמו גדר ההפרדה כאשר ביהמ"ש רץ לפסוק). התוצאה האופרטיבית – **מחזירים את התמונה**.

זה נעשה ב2 מסלולים שונים (יש מחלוקת בין שופטי ביהמ"ש העליון):

**מסלול פנימי** – **הרציונל**: אי עמידה בתנאי תקנת השוק (לפי ס' 34 לחוק המכר)

השופטים אומרים כי תקנת השוק במקרקעין (ס' 34 לחוק המכר) הוא הס' שחולש על הסיפור של זהבה מול ארה"ב, ועל מנת לקבוע מי מקבל את התמונה – נבדוק את 6 הסעיפים ונקבל הכרעות נורמטיביות, וכל הדיון ייערך במסגרת **ס' 34**

**מסלול חיצוני** – **הרציונל**: אין הצדקה ל"מתנות משמיים"

**השופט אור וברק** אומרים כי ס' 34 בכלל לא רלוונטי לכאן. הם אומרים כי הדרך הנכונה לפתור את המשבר הזה היא דרך הרציונל של "אין הצדקה ל"מתנות משמיים"" - כל הסדר אחר לקונפליקט שנוצר פה יהיה מתן מתנה לא ראויה לזהבה – אין שום דרך משפטית להסביר איך אישה שקנתה תמונה שמסתבר שהיא שווה הרבה הרבה יותר – ועדיין נשאיר את התמונות בידיים של אותה אישה ששילמה 250 ₪. שיעור הבא יכול להיות שיהיה בוחן – סביר להניח שיהיה.

01.01.18

**שיעור 20**

**המשך פס"ד כנען** - השופטים סימנו 2 מסלולים – פנימי וחיצוני.

**פנימי** – מסלול שבודק את תנאי תקנת השוק

**חיצוני** – אנו עובדים מחוץ לתקנת השוק.

השופטים שבחרו ללכת לפי תקנת השוק (המסלול הפנימי) טענו כי גברת כנען לא עומדת בתקנת השוק. השופטים שבחרו לפסול את מתן התמונות מבחינה חיצונית (רציונל) – אמרו שאין שום היגיון לתת למישהי מתנה משמיים (שגברת כנען תקבל 115 אלף דולר) למרות שהיא לא התכוונה לעשות עסקה כזאת.

**מסלול חיצוני**

**דרך ראשונה – טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (עשיית עושר)** השופט **אור וברק** מנסים לעשות דרך עקיפה, והם באמת חושבים (בעיקר אור) שהעסקה שהייתה כאן היא **טעות מלכתחילה**. דרך תקנת השוק היינו אומרים שיש עסקה ואז שואלים האם יש תוקף לעסקה בנסיבות הספציפיות. כאן הבעיה היא לא בחוליה שחורה בהעברות – אלא בוחנים את העסקה לפי העובדה ש-2 הצדדים **לא התכוונו לבצע את העסקה**.

הקונסטרוקציה שעשו – זו **טעות משותפת**, והסעד הוא אפשרות לפנות לביהמ"ש **לבטל את העסקה** (**ס' 14ב'**), וכאן אומרים השופטים ברק ואור (בעיקר אור) – שבגלל שמדובר בעסקה שמבטאת טעות משותפת בין 2 הצדדים, למעשה אף אחד לא הבין בכלל על מה הם כורתים את העסקה, אז אנו בעצם מאפשרים את ביטול העסקה. אנו לא מגיעים בכלל לדיון על תקנת השוק.

אבל, טעות משותפת זה לא ביטול אוטומטי – אלא מאפשרת לגשת לביהמ"ש לביטול. בהנחה שהמוכרת לא פנתה וזהבה לא – אז בעצם הבעלים המקורי (ארה"ב) דרך דיני העקיבה נכנס לנעליה של המוכרת ודורש את ביטול החוזה. מדובר בקונסטרוקציה בעלת חן משפטי, ובשיתוף כל ההבניה של דיני העקיבה, מביאים לבעלים המקוריים את היכולת לבטל את החוזה.

הבעיה בכך, היא שמדובר במצבים קיצוניים של טעות משותפת. רק במצבים כאלה נוכל להכיל קונסטרוקציה כזאת. נתנו קונסטרוקציה למקרה מאוד מאוד ייחודי. אם המוכרת הייתה יודעת – לא בטוח שהיינו יכולים להכיל את הקונסטרוקציה הזאת.

**דרך שנייה** (השופט ברק) – **החלת תום לב אובייקטיבי** – במצב הדברים בו מתברר כי אישה שילמה 250 ₪ בלבד על נכס ששווה כל-כך הרבה, ההתעקשות שלה מבטאת חוסר תום לב שלה. לא צריך להגיע בכלל לתקנת השוק – כל ההתנהלות היא חסרת תום לב.

יש בעיה באמירה זו – שמחילים בדיעבד את תום הלב.

ברור שפה הטעות התגלתה אחרי העסקה, אבל ברק אומר שבמקרים בהם יש מאזן מצוקה עוצמתי אז גם לאחר העסקה נדרש תו"ל, וזה לא נפסק להלכה.

**מסלול פנימי**

**הרציונל – אי עמידה בתנאי תקנת השוק**

**הטעם הראשון – סוג הנכס** – כיצד יש לסווג את הנכס (אולי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור)

מתברר בדיעבד שסוג הנכס הוא לא מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור, ובמצב כזה אנו לא מקיימים את אחד המבחנים של תקנת השוק.

**הבעיה** – אנו מחילים את סוג הנכס רק בדיעבד. התברר לנו שהנכס הוא לא הנכס עליו חשבנו.

ביהמ"ש אומר כי הגילוי המאוחר רלוונטי גם לתקנת השוק. תקנת השוק למעשה תגן עלינו רק כאשר אין טעות בנכס. אם היא תתגלה בדיעבד – לא תהיה לנו הגנה של תקנת השוק.

**הטעם השני – תמורה** – מבחינת כנען היא שילמה 250 ש"ח וזו הייתה התמורה המלאה.

יש צד אחד שאומר שאם שני הצדדים האמינו כי התמורה מלאה – מילאנו את תנאי תקנת השוק

הצד השני אומר שאנו בודקים את השווי בדיעבד – ואם הוא אינו תואם לא מילאנו את תנאי תקנת השוק.

מה שעשה בעצם ביהמ"ש הוא **החלת שיקול מאזן המצוקה**. כל הדיון סבב למעשה סביב השאלה עד כמה מאזן המצוקה צריך לתפוס מקום. דיני התחרויות עוסקים בעיקר ב**מונע הנזק,** אבל כאן בתקנת שוק במיטלטלין ביהמ"ש מחיל שיקולים נוספים. גם המסלול הפנימי והחיצוני יפגעו בתקנת השוק במקרקעין אם נכניס את כל ההלכות משם – כל רכישה תצטרך להיות מלווה על ידי גורם שיצטרך לתת חו"ד מקצועית, ואנשים יהיו עלולים לאבד את הנכס בגלל טעות בשווי.

**השאלה הגדולה** – **האם תקנת שוק במיטלטלין זה דבר קיים?** ואם הוא ניתן ליישום – האם אנו מצמצמים אותו רק למצבים שבהם עובר נכס בצורה לא ראויה? (כשיש חוליה שחורה בשרשרת ההעברות). התשובה היא **שזה תלוי בעיקר במאזן המצוקה** – אם זה היה 500 מול 250 – ביהמ"ש כנראה לא היה מגיע לתוצאה הזאת.

**המסקנה מפסק הדין** - למרות שהיית משוכנע בנכס לחלוטין – אם התברר שהיה שוני בסוג הנכס – כנראה שיהיה אפשר לערער על החלת תקנת השוק.

**תקנת השוק ומכוניות**

כשקונים רכב מאדם פרטי אי אפשר יהיה ליהנות מתקנת השוק.

**הפתרון** – **להתנות את התשלום בהעברת בעלות**.

תקנות התעבורה העוסקות בהעברת בעלות מחייבות את הבנק לבדוק זהות המתקשרים אם קיימת הגבלה ברישום משרד התחבורה

**שעבודים**

כשדיברנו על התחרות בין בעל התחייבות לעסקה לנושים – למעשה דיברנו על ניסיון לגבות חוב שיש לך – כאשר אחת הדרכים היא להטיל שעבוד. הבנק דורש מאתנו לרשום את הזכות שלו בקרקע (כשלווים ממנו כסף). הוא רוצה לתפוס חלק מהנכס ולשעבד אותו לטובתו .

ב**אהרונוב** התחרות הייתה בין בעל התחייבות לעסקה לנושה לא מובטח. היה חשוב להדגיש במדובר בנושה לא מובטח, כי נושה מובטח בד"כ יהיה בעל זכות קניינית.

**המסלול הראשון - המשכון**

הזירות השניות מתפצלות לדיני חברות ומקרקעין.

**חברות** – אם יש חובת רישום או דרך ליצור משכון/שיעבוד בדין אחר – יפעלו בדין האחר.

פקודת החברות וחוק המקרקעין תופסים את צורת קביעת המשכון בדיני החברות והמקרקעין, ומעל לכל הסיפור יש לנו גם את חוק המשכון.

**ס' 1(א) לחוק המשכון** - *"משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב..."*

משכון הוא לגמרי הענקה של זכות קניינית. אנו נותנים לך נכס מסוים שבו אתה יכול לתפוס זיקה בלתי אמצעית בנכס, ובמידה ופירעון החיוב לא יתבצע – תוכל להיפרע באופן בלתי אמצעי (פיזית עם הדירה). זה דומה למצב בו אדם רושם עצמו כבעל זכות בנכס (זיקה בלתי אמצעית) כדי לבטח את ההלוואה שהוא נותן.

**פס"ד קידוחי הצפון**

**השופט חשין** מנסה להסביר איך עובד המשכון.

1. **יש לנו חייב שחב חוב כלשהו לנושה** – אדם שהלווה כסף מגורם מסוים.
2. **אותו גורם דורש מהחייב להכפיף (לשעבד) נכס כערובה לקיומו של החיוב** – למעשה נוצרת זכות קניינית לאותו נושה, כי יש לו זיקה בלתי אמצעית לנכס וזה עונה על דרישת הפומביות. אדם שרוצה להכפיף נכס יכול לרשום את המשכון/שעבוד של הנכס – ואז כולם ידעו שהנכס משועבד/ממושכן.
3. **השעבוד משמיע אפשרות להיפרע מהנכס עצמו** – חברת המימון תוכל לדוגמא לפנות ישירות לרכב ולקחת אותו/להיפרע ממנו.

חשין למעשה אומר כי המשכון הוא בעל קונספט מאוד קנייני – המטרה שלנו היא לאפשר למלווה סוג של שקט – המלווה יוכל לגשת לנכס ולממש את החיוב שלו במידה ויהיו בעיות.

אם ההחזר של החיוב יהיה גבוה מהערך של הנכס – אתה לא מאבד את זכותך בזה שאתה מממש את המשכון הספציפי. אתה מממש את המשכון ואת היתרה אתה תתבע באמצעים חוזיים. אין לך זיקה בלתי אמצעית בנכס ביחס ליתרת ההלוואה, אבל בכל הקשור למשכון עצמו – לפחות חלק מההלוואה.

**הצד השני** – הוא מצב בו יש בנק שמלווה כסף לרכישת דירה. הדירה עלתה 700,000, הבנק הלווה 500,000. המשכנתא היחידה שיש לבנק על הקרקע היא עד גובה של 500,000. אם הדירה צמחה ל-3 מיליון – הבנק יוכל לגבות רק עד 500,000 ש"ח מהקרקע.

**הקונספט של משכון הוא למעשה טוב לכולם:**

**הנושים** –

1. **זכות להיפרע מהנכס עצמו – ייחוד נכס כבטוחה**.

יכולים לישון עכשיו בשקט. כשבנק נותן משכון מדובר בפעילות מסוכנת. (בארה"ב נתנו ב-2008 הלוואות של 90% לאנשים שלא יכלו לעמוד בהחזרים, ואז לא היה למי למכור את הנכסים) המשכנתאות מורידות את החשש מקריסה של בנקים בישראל – יודעים כי הבנק עצמו לא יקרוס למרות שהוא עלול לספוג פגיעות, כי יש לו בטוחות. הבנקים דורשים משכנתא ראשונה – והם ישלחו את ידם, ויגבו את הנכסים. הסיכון הוא פחות.

1. **זכות להיפרע מהנכס בקדימות לנושים אחרים** (כפוף לדיני הקדימות בעת חדלות פירעון).

למעשה מגיעים למצב של חדלות פירעון – וצריך לעמוד בתור. אז השאלה היא מי מקבל ראשון. אז השאלה היא עד כמה המפרקים יצירתיים (להגדיל את העוגה של הפירוק) ועד כמה הם מצליחים לסדר את סדר הפירעון בצורה ראויה.

אם יש לך בטוחה/משכון – אתה כבר נמצא בשלב מאוד גבוה בסדר העדיפויות, ואתה מקל על עצמך בתהליך הגבייה. משכון הוא נכס מאוד מאוד חשוב עבור הנושים.

**החייב**

מאחר והמשכון מקטין סיכון – תנאי העסקה עבור החייב יהיו טובים יותר. אם הבנק היה מוגבל ולא היה יכול לרשום משכנתא/לקבל משכון במקרקעין, הוא היה צריך לתמחר מחדש את הסיכון שלו בנטילת ההלוואה – במקרה של קריסה יועדפו עליו נושים אחרים. כל התמחור הזה היה מוביל לכך שתנאי העסקה היו הרבה יותר גרועים לחייב. המשכון מאפשר לחייב למעשה לפרוע את ההלוואה בתנאים נוחים

**החייב והחברה בכללותה**.

תמריץ לעסקאות מועילות

גורמים כלכליים עם יכולת להלוות כספים יסכימו לעשות זאת בצורה קלה יותר ויאפשרו לתת אשראי – שזה הכרחי לפעילות השוקית שלנו, במידה והם ידעו שהם מכוסים. זה נכון מבחינת הרגולטור ומבחינת הבנקים עצמם. לנו הם מאוד מקפידים לקחת נכסים כערובה כדי לפרוע את המשכון.

**סדר הפרעון**

1. **שסל"ן** – שעבוד ספציפי לרכישת נכס. יש חברה שצריכה מכונת דפוס גדולה, והיא צריכה לרכוש נכס מסוים. החברה פונה לבנק ורוצה מימון. בנק/גורם מימון חכם היה דורש שיעבוד בנכס הספציפי הזה. המחוקק הישראלי קובע כי שעבוד שהוטל על נכס מסוים שההלוואה שלשמה נועד השעבוד שנרשמה – הגורם הראשון בתור הוא יהיה בעל הנכס הזה.
2. **שעבוד ספציפי (ככל שהשעבוד הצף הראשון בזמן אינו מגביל)** – **ס' 169 (ב) לפקודת החברות** – אי אפשר להטיל שיעבוד ספציפי על נטל שהוא לא פנוי. מרבית ההגבלות נובעות מסוג אחר של שעבוד שנקרא "שעבוד צף".
3. **שכר עבודה + פיצוי פיטורין** – העובדים קודמים לבעלי חובות של העסק. חשוב להגן על העובדים. אם אין שסל"ן ושעבודים ספציפיים העובדים הם הראשונים לגבות את שכר העבודה ופיצויי הפיטורין.
4. **רשויות המס + דיני שכירות על הנכס** (בעיקר רשויות המס) – המדינה יותר דואגת לעצמה.
5. **שעבוד צף** - שעבוד צף הוא מצב בו הלווה/מלווה לא תופס נכס מסוים – אלא מטיל עננה כללית על חלק מנכסיו של הלווה/החייב. יש מצבים שבהם אין לך למשל נכס מסוים שאותו הייתי רוצה לתפוס, או שהדברים שנמצאים בבעלותך יהיו בידי גורם אחר ביום אחר – כמו מלאי של חנות. המלאי של בעל החנות שווה 300-400 אלף ₪, אבל מדובר במלאי שרצוי שהמוכר/החייב ימכור. **לדוגמא** - אוטו סנטר, אם הבנק יטיל משכון על המכוניות, לא אוכל למכור אותם.

בעצם לבנק אין משהו ספציפי שהוא יכול לתפוס בנכסים של הלווה, ולכן הוא מטיל שעבוד צף, שאומר כי מצד אחד אני כן תופס בטוחה כלשהי בנכסים, אבל לא מייחד אותה לנכס ספציפי. באמצעות שיעבוד צף, אני בעצם מאפשר ללווה/החייב להמשיך לסחור בנכסים ולקבל תמורתם את הכסף שבאמצעותו הוא פורע את ההלוואה, אבל מצד שני אני עדיין משפר את מקומי בתור. שעבוד צף למעשה משפר את מקומו של בעל השעבוד הצף ביחס לנושה שלא מבוטח כלל. עם זאת, בגלל שאין להם נכס מסוים – הם עומדים רק מדרגה אחת מנושים לא מבוטחים, והם יגבו לפני הנושים הלא מובטחים רק אם נשאר משהו.

זה בד"כ יקרה כאשר מדובר בנכסים שהלווה חייב למכור במסגרת המסחר התקין שלו. ברור שעדיף שעבוד ספציפי על פני שעבוד צף. יש אדם ששולח את ידו על הנכס הספציפי המסוים והוא יוצר זיקה על נכס ספציפי. בעלי השעבוד הספציפי יגבה מהנכס הספציפי שלו יהיה ראשון בתור – יש להם מקור מסוים שממנו הם יכולים לגבות את חובם.

אנשים יעשו זאת כי הם רוצים להסיר כמה שיותר נושים שקודמים להם – ולכן שעבוד צף מאפשר לך להתנות על רישום שעבוד ספציפי. אני יכול להתנות בשעבוד הצף שלא ירשם משכון ספציפי לטובת אף אחד אחר כחלק מהמשכון. אם אעשה זאת, לא יהיה ניתן לרשום שעבודים ספציפיים וכל מי שיעשה את זה ידחה אחרי.

1. **נושים אחרים, ספקים ללא בטוחות** – אם נשאר משהו אחרי כל הפירעון – הנושים הלא מובטחים.

**אילו עסקאות יש לראות כשעבוד?**

ברור שכל אחד ירצה להיות בעל משכון. הבעיה מתחילה כשמישהו עשה עסקה מסוימת ולא כשיעבוד ולא נרשם המשכון. במידה וביהמ"ש יחליט שמדובר במשכון מפסידים את הנכס.

אם אין לך משכון ביד – זה נופל לנושים הלא מובטחים. הבעיה מתחילה במצב שבו בעלי הצדדים לא מגדירים את העסקה כמשכון, בית המשפט כן חושב שמדובר במשכון – ובגלל שלא רשמנו מאבדים את המשכון.

**פס"ד קולומבו** (מאמא יוקרו)

עסק בסיפור בו מאמא יוקרו (חנות צעצועים) הייתה בקשיים. היה ברור שהיא לא תצליח להשתקם. ביחד עם זאת, אלו השלבים הכי בעיתיים מבחינת חברות – לא הכרזתם על חדלות פירעון רשמית (לא הגיעו להבנה שזה הולך לשם) אבל כל השוק מתחיל להבין שיש כאן משהו מאוד בעייתי. ברגע שהשוק מבין שיש משהו מאוד בעייתי, ספקים לא מוכנים להמשיך להעביר סחורות באשראי בתמורה להתחייבות לתשלום. חברת קולומבו אומרת כי היא לא נותנת את הצעצועים (נכסים) וסומכים על היכולות הכלכליות, כי אז יבואו נושים עם שעבודים ספציפיים ויגבו את הנכס. בעצם חברת קולומבו נותנת את המוצרים לחברת מאמא יוקרו אבל הבעלות נשארת אצל קולומבו (**עסקת קונסיגנציה** לטענתה). מאמא יוקרו מוכרת ומעבירה את התמורה עבור כל מוצר שמכרה לחברת קולומבו, אבל הבעלות נשארת אצל חברת קולומבו. חברת מאמא יוקרו נקלעת לחדלות פירעון, ואז השאלה היא מה עושים עם המלאי של חברת קולומבו? האם זה עדיין בבעלות של קולומבו? או שמדובר כאן במשהו אחר?

כל הסיפור כאן סב סביב **ס' 2(ב) לחוק המשכון**, אשר קובע כי *"הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב...."*

חוק המשכון צפה עקיפות מסוג זה, ונתן לביהמ"ש את היכולת להכריז על עסקה מסוימת, למרות שכונתה בשם אחר, **לפסול** את הקונסטרוקציה המשפטית ולהגדיר את העסקה בתור עסקת שעבוד.

אם נחליט שמדובר על עסקת משכון – המשמעות היא שקולומבו הייתה צריכה לרשום את המשכון. בגלל שהיא לא רשמה – היא מדרדרת בתור לנושה לא מובטח. לכן האינטרס שלה הוא להגדיר את עצמה כבעלים ולהגדיר את העסקה כאמתית, כאשר הנושים רוצים להכריז עליה כעסקת משכון.

**התוצאה האופרטיבית – קולומבו איבדו את הנכסים**. בית המשפט בא ואומר כי מטרת העסקה היא לעשות ערובה שהנכסים הם אלה שישמשו ערובה לפירעון ההלוואה/אשראי ולכן יש כאן עסקת משכון. ברגע שחברת קולומבו לא רשמה את המשכון – היא מדרדרת לתחתית התור.

**האם מדובר בהחלטה ראויה של ביהמ"ש?**

באופן עקרוני עסקת קונסיגנציה – התניה על העברת הבעלות. הבעלות עוברת רק כאשר מוכרים את המוצר. כל זמן שלא נמכר המוצר – הבעלות בידיים שלי. חוק המשכון ופקודת המקרקעין קובעים סדר פירעון. השאלה האם זה לגיטימי לעקוף את הסדר של דיני המשכון?

03.01.18

**שיעור 21**

שתי הודעות – ביום רביעי הבא יש בוחן (עוד 18 סטודנטים שלא סיימו בהצלחה את הבוחן)

ביום שני הבא לא יהיה שיעור – אנו ניפגש ביום רביעי.

בשיעור הקודם עצרנו בנושא של משכון. התחלנו לדבר קצת על משכון ודיברנו על הלכת קולומבו. עצרנו בעצם בתיאור המקרה בפס"ד, ודיברנו בעצם על הקביעה של ביהמ"ש שפוסל את עסקת הקונסיגנציה – וקובע שעל אף שעסקה זו הופיעה במסמכים ותוארה על ידי הצדדים – **למעשה מדובר בעסקה סמויה** והכותרת לא מבטאת את העסקה האמתית – ולכן מדובר בעסקה של משכון.

התוצאה האופרטיבית – בגלל שלא רשמו את עסקת המשכון, חברת קולומבו עוברת לסוף התור כמו שאר הנושים ללא בטוחה.

דיברנו על כך שעסקת קונסיגנציה היא עסקה דיי רווחת בשוק – הרעיון הוא שאנו מעבירים משהו בבעלות מותנית בדיוק מהטעמים של חברת קולומבו – כל הרצון הוא למנוע מצבים שבהם חברה מוכרת ציוד מסוים לחברה אחרת באשראי (תשלום מותנה), ובמידה והחברה הרוכשת מתפרקת, אז לצורך העניין אין מאיפה להחזיר את הכסף והחברה נדחקת לסוף.

הסברנו מדוע לא ניתן להטיל משכון ספציפי – משכון ספציפי על מלאי הוא מאוד בעייתי ולא מאפשר מכירה שלו לצרכן – שזו המטרה. לא היה ניתן למכור את הציוד שמוטל עליו משכון ספציפי.

על פי **ס' 33 בחוק המכר** – הרעיון הוא שהבעלות עוברת בחוזה אלא אם מותנת העברת הבעלות – וכאן נוצל 33 במלואו והתנו על הבעלות, אך ביהמ"ש לא קיבל את זה.

**ההצדקות של הלכת קולמבו:**

1. **ביהמ"ש רוצה לתת את הביטוי האמיתי למה שניסו לעשות הצדדים.** אם נלך רק על פי הכותרת – לכאורה יש הסכם של העברת בעלות. אם נקרא את העומק של הס' – נראה שיש הרבה תנאים. בהסכמים נראה הרבה פעמים שכאשר יש סתירה בין האמור לס' לבין הכותרות הולכים לפי הס' עצמו כי הרבה פעמים הכותרת היא שם כללי, וההסדר מפורט בס' עצמו. אותו דבר כאן נאמר על פי בית המשפט – אמרתם שאתם עושים עסקה של קונסיגנציה, ובפועל זה היה משכון! חברת מאמא יוקרו הופכת להיות בעלת סוג של חוב כאשר המוצרים מגיעים אליה, וקולומבו מבטחת את עצמה עם "משכון צף". ביהמ"ש בוחן את ההיבטים הכלכליים של העסקה בפועל ונותן את הכותרת הנכונה.

יש כאן השפעה משפטית דיי דרמטית – בין מצב בו קולומבו הייתה מבוטחת באופן גורף למצב שהיא לא מבוטחת כלל.

הסיבה שהכנסנו את **ס' 2(ב)** – לאפשר לביהמ"ש להפשיט בכוח את התחפושת ששמים על החוזה – ולתת את המשמעות האמתית לחוזה שנכרת. *"יהא כינויה של העסקה אשר יהא"* נועד בדיוק למנוע מצבים בו יוצרים הסדרים משפטיים שהם בפועל משהו אחר.

1. **אם אנו בוחנים את הפעילות הזאת, אנו רוצים לתמרץ את הצדדים לפעול בהתאם לרציונליים של חוק המשכון.** במקרה הזה היינו רוצים שהעסקה הזאת **לא תיסגר ביניהם**. היינו רוצים שהעולם והצדדים השלישיים ידע על ההסדרים שנכרתים כרגע. האפשרות להודיע לעולם כולו על מלאי שלמעשה משועבד (מצב מוטעה – מלאי קיים אבל לא בבעלות מאמא יוקרו), בשביל להגן על צדדים שלישיים – אנו לצורך העניין קובעים כי עסקת הקונסיגנציה הזאת היא עסקת משכון. בשל העובדה שלא נרשם המשכון – אז לצורך העניין לא נכבד את זה כמשכון והם ידרדרו לסוף התור.

אחרי עסקת קולומבו – 2 חברות שהיו עושות עסקות קונסיגנציה היו לוקחות סיכון מאוד גדול (אם לא היו רושמות לפחות שיעבוד צף) – יש סבירות שבתי המשפט היו פוסקים שעסקת הקונסיגנציה היא שם בדוי למשכון, וללא שיעבוד צף לא היינו יכולים לקדום לנושים הלא מובטחים.

**הביקורת על "הלכת" קולומבו**

**עם זאת**, אחרי **הלכת קולומבו** הגיע **פס"ד קידוחי הצפון** שמותח ביקורת על **הלכת קולומבו**.

עסקת קונסיגנציה היא פרקטיקה כלכלית רווחת, וביהמ"ש מותח ביקורת על קולומבו.

הוא מבצע 2 סוגים של ביקורת – **ביקורת מעשית-מסחרית** (התוצאה של הלכת קולומבו תהיה מאוד קשה) **וביקורת תיאורטית** (מהי עסקת קונסיגנציה ומשכון).

1. **ביקורת מעשית-מסחרית**

* **פגיעה בפרקטיקה המסחרית** – אם אנו מבטלים את האפשרות של חברות לעשות עסקאות קונסיגנציה אנו שומטים את הקרקע מאחד המכשירים היותר תדירים בזירה המסחרית של רכישה של מלאי. במילים אחרות, אנו נצמצם משמעותית את שוק האשראי. נגרום לחברות לא למכור מלאי/סחורה לגופים אחרים באשראי, ובזה אנו בעצם תוקעים את השוק.
* **התניית מתן אשראי ברישום משכון אינה מעשית וכרוכה בעלויות גבוהות** - למעשה לוקחים מכשיר שנותן אוויר לנשימה לעסקים קטנים בשוק ומכריזים עליו כלא לגיטימי. היה ניתן לומר לחברות לעשות שעבוד צף ואז לפחות החברות יקדמו לנושים הלא מבוטחים כמענה לביקורת הזאת, אבל התניה כזאת גם יקרה מאוד, ומי שיטיל שעבוד צף ייקח זאת בחשבון במתן האשראי. האשראי יהפוך להיות הרבה יותר יקר.
* **אין היתכנות לרישום שעבוד ספציפי על סחורה מתחלפת בתדירות גבוהה, ואילו שעבוד צף אינו רלוונטי לנושים קטנים ופרקטיים**. שעבוד צף רלוונטי רק לחברות, ולכן הוא עוד יותר יהיה קשה להחלה כאשר מדובר בנושים פרטיים/מסחריים קטנים יחסית.
* **היעדר מידע משפטי על השינוי שיצרה הלכת קולומבו**. ביהמ"ש העליון בא ואומר שהשינוי שנוצר בהלכת קולומבו (פסילת עסקאות הקונסיגנציה) אינו ידוע לציבור, ותגרם פגיעה בעקבתו. **לדעת המרצה,** **מדובר בטענה שאסור שתטען.** זו טענה נוראית מצד בית המשפט – יש כאן ערעור על כל שינוי הלכתי או תקדימי. ביהמ"ש אומר על עצמו שבגלל שלא ברור עד כמה אנשים מודעים לשינוי – בואו נבטל את ההלכה.

1. **ביקורת תיאורטית**

* **פגיעה בזכות הקניין** – מדובר בטיעון שקשה להסבירו (המרצה לא השתכנע). ביהמ"ש בהלכת קולומבו דיבר הרבה על הפומביות – כמה חשוב שצדדים שלישיים ידעו שהנכסים מחוץ לתחום. ביהמ"ש אמר כי אם היה שעבוד צף, אז הנושים האחרים היו יכולים לדעת שהנכסים מחוץ למשחק, בין אם משום שלא יכלו לרשום שעבוד ספציפי/צף (עקב התניה שעשינו), ובין אם היו יכולים לדעת על קיום השעבוד הצף. כשהחברה מבקשת כסף מאדם פרטי – האדם יכול לבדוק אצל הרשם. אם אין שעבודים ספציפיים – הוא יודע שלא יהיה מישהו מעליו ברשימת הנושים. **מה שחשוב הוא ההגנה על הצדדים השלישיים** – אנו צריכים לתת משמעות לקונספט של משכון לצדדים שלישיים.

ביהמ"ש ב**פס"ד קידוחי הצפון** אומר כי הדגישו את הצדדים השלישיים יותר מדי בהלכת קולומבו ושכחו מהצדדים לעסקה והחוזה ביניהם. עסקת קונסיגנציה היא רווחת בשוק ופועלת לפי **ס' 33** לחוק. הלכת קולומבו מדרדרת בעלת קניין לתחתית התור, והפגיעה הגדולה היא פחות פגיעה בצדדים שלישיים ויותר פגיעה בצדדים הישירים לעסקה בזכותם הקניינית! לחברת מאמא יוקרו אין זכות קניינית, אבל בהימ"ש אומר כי הזכות הקניינית היא של מאמא יוקרו, ובגלל שלא נרשם משכון קולומבו איבדה את יתרונה. יש כאן פגיעה בזכות לקניין, ופגיעה דיי קשה בזכות הבעלות של חברת קולומבו. **יש כאן גם פגיעה בזכות החוזים** – התעלמות מהזכות שלנו לעצב את העסקאות שלנו כפי שאנו רוצים.

* **ס' 2(ב) לחוק המשכון צריך להתפרש בצמצום** – מדובר בביקורת מעניינת לדעת המרצה. השימוש ב**ס' 2(ב)** לחוק המשכון שבא ואומר שביהמ"ש יכול להכריז על עסקאות כעסקאות משכון גם אם הם לא כונו כך – נותן העדפה ברורה לצדדים שלישיים **מאוד מסוימים**. אנו מגנים על הנושים של מאמא יוקרו. אנו באים ואומרים כי חברת קולומבו תכנס לתור בתחתית הרשימה, ומעדיפים את הנושים של מאמר יוקרו (או אפילו את העובדים). בו זמנית, אנו פוגעים בצדדים שלישיים אחרים. גם לחברת קולומבו יש נושים וגורמים שצריכים לקבל את החובות. אנו בעלי פוטנציאל לפגוע גם בנושים של חברת קולומבו שגם להם לא יישאר כסף לגבות אם קולומבו לא תצליח להחזיר את ההתחייבויות שלה. לכן הניסיון למקסם את ההגנה על צדדים שלישיים – זו טענה מאוד בעייתית. מגנים רק על צדדים שלישיים מסוימים ובתמונת ראי פוגעים בנושים שלישיים אחרים – הנושים של חברת קולומבו. אפילו ברמת תיאורטית, השימוש בס' 2(ב) ברמה רחבה לא מקיים את העניין שניסה קולומבו לייחס לו.

**המסקנה של פס"ד קידוחי הצפון-** יש לפרש את "הלכת" קולמבו **בצמצום.** (אי אפשר להפוך זאת להלכה). מכל מקום "הלכה" זו לא חלה על כל מקרה של מכר אשר מלווה בתנאי של שמירת בעלות. אנחנו משמרים את היכולת של ביהמ"ש לפסול עסקאות ולהחשיבם כעסקאות משכון. אין איסור גורף על עסקת קונסיגנציה ולא נצטרך לרשום משכון. **זה יהיה רלוונטי בעיקר שביהמ"ש יתרשם שלא היה ניסיון להבריח נכסים או לקפוץ לראש התור כשמדובר בקורסת.**

התוצאה תקבע גם לפי האינטרס של הנושים של חברות כמו קולומבו.

עסקאות קונסיגנציה לא פסולות, ולגיטימיות לחלוטין. כאשר יש עסקאות משכון שמנסים לעקוף את הקדימון בפירעון – אז נפסול זאת.

**כוחו של המשכון כלפי נושים אחרים**

**לגבי חברות-**

**ס' 4**- מבהיר את **סדר קדימויות הפירעון**.

קיים סדר פירעון, אך ס' זה אומר כי הוא מודע לכך שיש כללים אחרים בחוקים אחרים שמבררים מי יקבל את הנכס.לגבינו זה רלוונטי בעיקר בכל מה שקשור לפקודת החברות.

**ס' 178+179** לפקודת החברות [**לא למבחן**] קובע בצורה די ברורה כל מיני כללים לגבי שעבודים ומשוכנות לגבי **חברות**. אם שואלים במבחן- מה סדר הקדימות בחברות זה בס' אלה **ולא בס' 4 לחוק המשכון**. כי הוא מגדיר בצורה ברורה שצריך לפעול ע"פ דין אחר במידה ויש שם בירור.

**לגבי מקרקעין-**

**ס' 7, 9 , 10-** מבררים מי צריך לקבל את הנכסים. **ס' 7**- איך עוברת הבעלות.

**ס' 9-10** דיני תחרויות. ו**לא כפופים לסדר הקדימויות בחוק המשכון.**

לכן אם אדם מסוים נמצא בתחרות לפי ס' 9 או 10, גובר בתחרויות ומקבל את הזכות הקניינית- **הוא פטור מהוראות חוק המשכון.**

חוק המשכון אומר על **ס' 9-10** שאם האדם זוכה לפי ס' אלה אם הראשון בזמן הוא בעל משכון אבל השני זוכה על פי הס' הוא יזכה למרות המשכון. וכנ"ל ע"פ ס' 10.

**לגבי נכסים נדים**-

**ס' 4(3) לחוק המשכון**- הוראה חשובה לגבי הפרקטיקה של משכונות במיטלטלין. ס' זה אומר שהמשכון תופס משלב הרישוםמאותו רגע הוא קיים ויש משכון בנכס ואם החברה מתפרקת זכיתם בנכס כי יש לכם משכון על הנכס.

במידה והחברה התפרקה לפני מועדהרישום/או שיש תחרות על הנכס בין נושה שקיבל אישור לרשום משכון לנושה אחר- אם יש הרשאה לרשום משכון הוא יהיה בתוקף גם אם לא נרשם- זה יהיה ביחס לנושים שידעו או היה עליהם לדעת (סוג של תביעה אובייקטיבית – היה עליהם לדעת שאתם בעלי הרשאה לרשום משכון). בגלל שמדובר בנושה שידע או היה עליו לדעת- לא ניתן לו ליהנות ממשהו שבעצם כבר לא נמצא בידי החייב. משכנתא תמיד תפעל על פי **ס' 9-10.** ז"א שאנו מזהים קייס עם משכנתא צריך לפעול בהתאם לסעיפים אלה.

**לגבי נכסים של אגודות שיתופיות וחברות-**

צריך לרשום רק ברשם החברות. לא רושמים גם במשכונות וגם בחברות ביחד, כי מי שבודק תמיד בודק ברשם החברות וגם כי הרישום מאד יקר (הפומביות מושגת דרך אמצעי זול עם אחד).

נכסי מקרקעין שרשומים בטאבו בהתאם- זה המקום בו בודקים במקרקעין ומי שלוקח משכנתא בודק את נסח הטאבו לכן אין צורך להפנות לרשם המשכונות.

**בפועל** הרבה פעמים רושמים גם וגם- למה? שיהיה. אין סיבה משמעותית.

**תוקפו של משכון**

**ס' 4[3]**- תוקפו של משכון **רלוונטי מעת** **רישומו.** וגם ללא רישום במידה ויש הרשאה לרישום.

האלמנט המרכזי הוא ה**פומביות** (העיקרי).

**ישנם שני חריגים-**

**א)** **חוק החברות ס' 169.**

**ב) חוק המכר ס' 34** (תקנת שוק במיטלטלין חריג לכלל של רישום) - התעלמות בתקנת המקרקעין מאלמנט הרישום. היא קובעת שהבעלות עוברת לקונה "**נקיה מכל שעבוד מכל זכות אחרת**". הקונה (מי שזוכה ע"י תקנת השוק בנכס) פטור מכל שעבוד וכו'.

האם זה אומר שהמשעבד מאבד את כל החוב כלפיו? ברור שלא. הוא יכול לנסות לגבות מהחייב (מהאדם שנלקחה ממנו הקרקע) בצורה ישירה ולא דרך הנכס.

**פירוט (הסבר)** - אמרנו שהמשכון תופס בעת הרישום – יש לך למעשה זכות קניינית בנכס כדי להישאר רגוע לגבי פירעון ההלוואה או חוב. תקנת השוק ב**ס' 34** אומרת שבמידה והתנאים מתקיימים, אז הזכות שמקבל מי שזוכה בתקנת השוק תהיה נקיה מכל שעבוד. זאת אומרת שאם זכיתי בתקנת שוק במיטלטלין לא מעניין אותי בעל המשכון, נושים מובטחים ששעבדו את הנכס מצד החייב לא מעניינים אותי.

למה? תקנת שוק באופן עקרוני אומרת שיודעים שיש בעיה אפילו גנבו לאדם זכות והעבירו אבל פוסקים בכל זאת שהזוכה בתקנה הוא בעל זכות קניין בנכס- ז"א אין משמעות אם אומרים שסוחבים את כל הדברים מלפני כן.

אז מה עושים אותם נושים (יש פגיעה קשה לגביו)? במקרים כאלה שומרים על זכותו של אותו בעל משכון לשוב ולתבוע את בעל החוב שלו. זאת אומרת שאיבוד השעבוד לא אומר שבעל השעבוד איבד את הזכות לגבות חוב. **הבעיה** שלפעמים לא יהיה לו מה לתת ולכן קריטי מי זוכה בדיני התחרויות.

**משכון נוסף על משכון שכבר קיים**

**ס' 6 לחוק המשכון**- במידה ואין התנאה בין בעל המשכון הראשון לבין החייב, אז אפשר לרשום משכון נוסף על אותו נכס ממש.

אם יש שעבוד ספציפי על נכס ומגיע אדם נוסף ואני רוצה ללוות כסף, ואין התנאה של האדם הראשון כלפי הנכס שלא ירשם משכון נוסף על הנכס, אז אפשר לרשום משכון שני.

השאלה היא מה קורה במקרה של **חפיפה מלאה**? הנכס שווה מיליון ₪ והמשכון כלפי כל אחד הוא של מיליון. **זה מקרה אחד**- במקרה כזה **הראשון הוא בעל המשכון הראשון**, והוא גובר על השני.

אם ראשון פרע משכון של 100 אחוז מהנכס השני איבד את המשכון, ואז הוא נופל לתחתית הסדר.

**מקרה אחר** זה שאין חפיפה, וכל אחד עם אחוזים מסוימים (המשכון הראשון לא חל על כל הנכס).

**הסיבות שנושה שני יסכים לכך-**

* בדר"כ שווי הנכס עולה על שווי המשכון הראשון.
* כאשר מועד פירעון חיוב ראשון- קרוב, והסבירות שיפרע גבוהה מאד. הבדיקות הבסיסיות שעושים זה שהוא יכול לפרוע את חובו עד סיום ההלוואה. אם יש חדלות פירעון זה מקרה לא צפוי בדר"כ בזמן נתינת ההלוואה. לכן אם יש כבר משכנתא ראשונה- ונושה שני רוצה משכנתא נוספת- הוא סומך על כך שהחוב הראשון יצטמצם.
* כשנושה מוכן ליטול סיכון- יבוא לידי ביטוי בריבית (כמו בשוק האפור).
* כשמעדיף להיות נושה מובטח על פני נושה לא מובטח- גם אם יש סיכון. תמיד יעדיפו להיות נושים מובטחים- רק במקרה שיש חלוקה בין אחוזים או שיש פירעון חוב ראשון.

**מקרה לדוגמא** – מה קורה במידה והייתה התניה שלא יהיה משכון שני. ונתנו בכל זאת- מעמדו של משכון שני שנעשה בניגוד לתניה?

אין עמדה בעליון בנושא זה, ויש מחלוקת במחוזיים. בספרות:

1. **ויסמן-** עצם ההגבלה שוללת את היכולת למשכן את הנכס פעם נוספת. פורמליסט והולך בהתאם לס' (אם יש התניה אי אפשר למשכן, ואם אין אז אפשר, אלא אם מדובר בתו"ל).
2. **גרוסקופף, זלצמן ולרנר-** אין טעם למנוע תקפותו של משכון שני כל זמן שהראשון נפרע במלואו.למעשה אין שום סיבה שניתן לו את הכוח להגביל נושים נוספים.

הביקורת למעשה היא על המחוקק ש**ס' 6** צריך היה להיות מנוסח יותר טוב בשאלה "איזה דרך לתת לנושים אחרים דרך למשכן", ולא למנוע זאת ע"י הנושה הראשון.

השאלה האחרונה בדיני שעבודים תהיה במקרה בו יש לנו בנק שנותן משכנתה, ואז הסכם המכר בין הקונים והמוכרים מתבטל.

יש הסכם בין א' לב' לרכישת דירה. ב' פונה לבנק למימון רכישת הדירה באמצעות משכנתא. אם הבנק רשם משכנתא הסיפור די ברור.

אבל מה קורה אם כל מה שיש כרגע לאותו רוכש זה הסכם המכר (הקרקע עדיין לא עברה על שמו)?

כיום- כשבנק נותן משכנתא הוא רושם אותה על הנכס ברשות הבעלים לפני שהנכס עבר לרשות הקונה. למה זה קורה? כי הבנק משתתף במימון רכישה, ובתמורה לשחרור הכסף הוא רוצה לקבל זכות קניינית (משכון), ולכן הוא רושם את המשכנתא עוד לפני שהקרקע עברה לשם הרוכש הוא מקבל אישור מהבעלים (המוכר) לרשום משכנתא והכסף עובר ישירות לבעלים ברוב המקרים.

אבל מה קורה כשזה לא קורה ככה והבנק לא רושם עדיין משכנתא, אלא הבנק ממשכן את הזכויות החוזיות שיש לקונה כלפי המוכר, ועד שהבנק רושם את המשכנתא **העסקה קורסת?** למשל הרוכשים לא שילמו את הכסף שהיו צריכים לשלם, המוכר מבטל את ההסכם ולבנק יש ביד משכון זכויות חוזיות בלבד.

א 🡪הסכם מכר של מיליון וחצי (1,500,000 ₪)🡨 ב'

יש זכויות חוזיות. הבנק ממשכן את הזכויות החוזיות אצל רשם המשכונות.

**השאלה הגדולה**- האם הבנק יכול על בסיס משכון הזכויות החוזיות, לבוא ולממש את הדירה או שכל מה שיש לו זו תביעה חוזית? (אנו נראה שהבנק יוכל להיכנס לנעליים של הקונים ולהיות הבעלים).

**פס"ד שטיינמץ נ' בנק משכן-**

השאלה היא האם משכון הזכויות החוזיות **רק שוות כסף** או שמשכון הזכויות מעניקות **מעמד מול מוכר הדירה** בניסיון לסיים לרכוש את הדירה או לכפות עליו לממש את הדירה.

**השופט אנגלרד**-

הנכס הממושכן הוא **זכויות חוזיות בלבד** ולכן יש לפעול בדרך עליה מורה חוק המשכון לעניין מימוש זכויות חוזיות. אין להם משכנתא בנכס (זיקה בלתי-אמצעית בנכס), יש להם משכון על **זכויות חוזיות.**

אפשר לעשות אחד מ-2 על פי אנגלרד:

1. **לפנות לביהמ"ש או להוצל"פ**- ולמחות את הזכויות החוזיות של הקונה במצבן על פי החוזה עם המוכר- לא ישים שעה שהחוזה בוטל.
2. **ס' 20 לחוק המשכון**- לפעול במקום הקונה על פי הסכם עם המוכר- לנסות לסיים את החוזה עם המוכר. **לא יכולים לכפות עליו** לממש את הדירה ולגבות את השווי הכספי. מאפשר לקחת את הזכויות של הקונה ולהיכנס למשא ומתן מול הבעלים, לא במימוש הדירה אלא לתמחר או להמשיך את הפרויקט או לקבל חזרה את הכסף וביטולו.

**כשמדובר במשכון בנכס**- ביהמ"ש לא יכול לעשות שום דבר והנכס היה מגיע לבנק. אבל **המשכון פה לא היה כלפי הנכס אלא כלפי זכויות חוזיות**.

אנגלרד אומר שצריך לעשות הבחנה ברורה בין זכויות חוזיות לזכויות קנייניות. יש לזה משמעויות בדין. ואם נתייחס לזה אותו הדבר אנו מאיינים את ההבחנה ביניהן.

**התפתחות הלכת שטיינמץ**

**פס"ד משכן בנק הפועלים נ' שפייזמן** - ההבחנה ש**אנגלרד** עשה קצת התעמעמה. בהמשך **בפס"ד משכן בנק הפועלים נ' שפייזמן** קובע ביהמ"ש שלמרות שבוטל חוזה המכר, הבנק יכול (למרות שרק היו לו את הזכויות החוזיות) להמשיך ולדרוש את רישום המשכנתא על הנכס. אם בשטיימנץ אמרנו שיש זכויות חוזיות ושאין לבנק זיקה ישירה על הקרקע, בפס"ד משכן אומר ביהמ"ש שגם אם מה שיש לו זה זכויות חוזיות וגם אם ההסכם בטל, **יהיו מצבים** שבהם אנו נחייב את הבעלים לתת **גישה ישירה לנכס**.

ב**פס"ד משכן** בית המשפט התרשם שההסכם שנחתם (ולאחר מכן בוטל) היה רק הסכם **למראית עין** כדי להוציא כסף מהבנק. (צד א' חותם מול ב' וב' מבקש משכנתא, הבנק מתרשם שצריך משכנתא ונותן ויש תקופת ביניים של משכון זכויות חוזיות של ההסכם).

במקרים מסוימים- מה קורה אם הרוכש לא יכול לשלם? או הבעלים לא יכול לפרוע את כל החיובים- הבנק עשוי למצוא את עצמו לא להישאר עם זכויות חוזיות אלא קנייניות, פס"ד שטיינמץ השאיר את הבנק עם זכויות חוזיות בלבד. **הטעם**- החוזה היה למראית עין. כל מטרתו להוציא כסף מהבנק ולהשאיר את הבנק עם זכויות חוזיות ללא אפשרות לממש את המשכנתא. ז"א מקרה של חוזה למראית עין הבנק יכול לממש את המשכנתא.

**ההלכה שתקפה היא הלכת שטיינמץ**, ובנק שיש לו זכויות חוזיות בלבד צריך לפעול באחד משני הדרכים (הוצל"פ או ס' 20). אבל יש פסיקה שריככה את הלכת שטיימנץ.

10.01.18

**שיעור 22**

פסק הדין האחרון שהתעסקנו איתו היה שטיינמץ – משכון זכויות חוזיות של בנק. השאלה שעלתה – האם לבנק שיש רק זכות חוזית יכול לרשום את הנכס?

לבנק הייתה התחייבות לעסקה בלבד – והשאלה הייתה האם הבנק יכול לפנות ישירות לנכס (לקבל צו שמתיר רישום) או

1. לפנות לביהמ"ש או להוצל"פ
2. ס' 20 לחוק המשכון – לפעול במקום הקונה

ביהמ"ש קובע שלבנק אין זכות קניינית. העובדה שיש לו זכויות חוזיות – המוכר לא מחויב לרשום משכנתא על שם הבנק. מה שהבנק כן יכול לעשות זה תביעה להחזר הכסף מהמוכר – תביעה חוזית/נזיקית אבל לא קניינית.

ההבדל בין קניין לתביעות חוזיות – הוא הגישה הבלתי אמצעית לנכס. לבנק אין גישה בלתי אמצעית לנכס ולכן הוא לא יכול לרשום את הנכס על שמו – והוא צריך לפנות להוצל"פ/לביהמ"ש הרלוונטי.

**התפתחויות הלכת שטיינמץ**

יש מצבים שבהם כן חייבו את המוכר לרשום משכנתא על שם הבנק במונה משטיימנץ. – זה עלה ב**פס"ד משכן בנק הפועלים נ' שפייזמן** – הייתה אותה סיטואציה של פס"ד שטיינמץ – היה בנק שכל מה שהיה לו זה משכון של הזכויות החוזיות והתחייבות מהמוכר שתירשם משכנתא, ובפס"ד שטיינמץ קבענו שהבנק לא יכול לרשום משכנתא. לעומת זאת – בפס"ד משכן נ' שפייזמן אומרים שכן ניתן לאפשר רישום משכנתא – כי המטרה הייתה להוציא כסף מהבנק באמצעות הלוואה ולא הייתה כוונה לתת משכנתא. בגלל שהחוזה הראשוני בין הקונה למוכר היה חוזה למראית עין בלבד, אז לצורך העניין אנו נאפשר לבנק לגשת ישירות למקרקעין ולרשום את הקרקע.

במילים אחרות, במקרה הזה היו 2 גורמים שעשו הסכם מכר דירה. אותו קונה הלך ולקח משכנתא מהבנק. הכסף של המשכנתא עבר למוכר (שפייזמן – גם מחזיק את הדירה וגם את הכסף מהבנק). הם לא רשמו משכנתא – הבנק משכן את זכויות הקונה, ואז מבטלים שפייזמן והקונה את ההסכם ביניהם ומעמידים את הבנק במצב אחד בו הוא נתן את הכסף מצד אחד, ומצד שני אין לו משכנתא אלא רק משכון של הקונה שהיה מעורב בקנוניה. על פי שטיינמץ לא ניתן לבנק את הזכויות הקנייניות. עם זאת, בשפייזמן בית המשפט קובע שלמרות פס"ד שטיינמץ ולמרות שלבנק אין משכון על הנכס עצמו – ביהמ"ש מחייב לרשום משכנתא על שמו של הבנק – מהטעם כי כל החוזה בין שפייזמן לקונה היה הוצאת כסף מהבנק תמורת משכנתא שלא היה כוונה לרשום אותה.

**בירס נ' בנה"פ/משכן** – כל הרעיון של שטיינמץ זה להגן על קורת הגג של המוכר. **רובנשטיין** מטשטש את ההבחנה בין חוזי לקנייני – ואומר שהסיבה העיקרית שאנו לא נותנים את האפשרות לבנק לרשום משכנתא (גישה בלתי אמצעית לנכס) – הסיבה היא שבגלל שבפסק דין שטיינמץ המוכר התגורר בבית. המוכר מאבד את קורת הגג הספציפית שלו.

בגדול יש כאן יישום של **תיאוריית האישיות** – נכסים שיותר קרובים לאדם. המוכר מתגורר במגורים – ולא נרצה לגרום לפרידה מסוימת של אדם מהנכסים החשובים שלו. (במבחן – איך מתקשר החלק הראשון של השיעור של הערכים לדין פוזיטיבי – אז למשל פה).

יש בעיה אחת עקרונית עם ההסבר הזה – האדם בא למכור את הנכס ואז התבטל ההסכם. רמת הקרבה כנראה לא ממש גבוהה. המרצה אומר כי זה לא היישום הכי נכון של דיני האישיות.

**המשמעות** – **רובנשטיין** אומר כי אם לא מדובר במגורים, אז ביהמ"ש לא ימנע, ושפייזמן הופך להיות להלכה – **הברירת מחדל תהיה כן לאפשר לבנק למשכן, אלא אם מדובר בדירת מגורים.**

אם החוזה תקין ולא היה ניסיון להונות את הבנק – מצד אחד יש את הלכת שטיימנץ (לא נאפשר לרשום) ובירס (לא נאפשר רק בדירות מגורים).

**התחדשות עירונית**

אם נסתכל על השינויים הנדלניים/פעילות הנדל"נית – מתבטא ב-2 תחומים – **מחיר למשתכן והתחדשות עירונית.** התחדשות עירונית תופסת נפח עצום מהפעילות הנדל"נית כיום.

**הרציונל של התחדשות עירונית** –

1. **תשתיות** התאמת השכונה/עיר לכמות האוכלוסייה ולצרכים המודרניים של האוכלוסייה.
2. **רצון לשקם ולשפר את תדמית העיר** – להפוך שכונות ישנות ובעייתיות לשכונות חדשות ויוקרתיות, ולשפר את האוכלוסייה שמתגוררת בעיר (יש קונפליקט מאוד גדול בין מרקמים שונים בעיר).

**דוגמא לשאלה במבחן** – נניח שאנו ראש עיר שרוצה לשפר את סוג האוכלוסייה, ולשפר את התשתיות. מה ניתן לעשות? יש את בעלי הנכסים הנוכחיים.

נניח ושכנענו את הקבלנים – מה עם הדיירים?

אם אנו חושבים על הרציונליים של ההפקעה – זה בדיוק אותם רציונליים.

השאלה היא איך לעשות את ההתחדשות העירונית נכון?

אף אחד לא יכחיש שכל הקונספט של לקחת עיר ולעשות ריענון לחזית ולאלמנטים הבטיחותיים יותר הוא קונספט טוב (ולא נכון לקפוא על השמרים).

התחדשות עירונית – הכוונה היא באמת לעשות **חשיבה מחודשת** מקיפה רחבה על איך העיר/המתחם אמור להחזיק מעמד בצורה מועילה ומיטבית לעשורים הבאים. האם עושים זאת או לא? נראה בהמשך.

אין ספק שעצם העובדה שמדינת ישראל נכנסה באופן מאסיבי (למרות שיש גורמים שמצננים את הדהירה של ישראל להתחדשות עירונית) מספקת תשתית לשינוי, לא רק של מרקם הדירות ומאפייני הבטיחות וסטנדרטים של הבנייה – אלא גם המרקם הסוציו-אקונומי של התושבים.

העובדה שעד היום היו דירות קטנות של עמידר עם 3 חדרים ועכשיו יש 5 חדרים – זה לא משפיע רק על סטנדרט הבנייה, אלא מזמין קהלים אחרים, ואף מוציא החוצה קהלים קודמים שהיו בעיר.

ההתחדשות העירונית הרבה פעמים מובילה ל**עקירה של קהילות** מהמקום. אנו נדבר על היכולת של האנשים להמשיך לחיות במגדלים כאלה – לא תוכל לשלם על אורח החיים החדש במגדל – ואז תעזוב אחרי כמה שנים. יש לזה התייחסויות עכשיו בחקיקה – המחוקק הבין את ההשפעות הרחבות יותר של הכלים האלה – ואז אנו נותנים פטורים מארנונה לתושבים הקודמים, פטורים לחברות הניהול... תמיד אנו חושבים שהדיירים "שיחקו אותה" – אבל יש עוד הרבה עלויות והשלכות על החיים שלא באות לידי ביטוי בהכרח בשינוי הזה. יאמר לזכותו של המחוקק הישראלי שהוא כן מטמיע אותם לתוך החקיקה הרלוונטית.

כל הגלגולים של התחדשות עירונית – כל הרעיון שלה היה **לטפל בשכונות מצוקה**. קצת פחות עשו את זה (פשוט צבעו את החזיתות ועשו גגונים – לא השתמשו בגדול בחוק לשיקום שכונות. היה משהו בקריית שמונה אבל לא במרכז). המחוקק הישראלי לפני עשור החליט שהוא ממשיך את הרציונל של החוק – לשקם שכונות, אבל לא רק שכונות מצוקה, אלא גם על שכונות במרכז הארץ. בד"כ מדובר בשכונות ברמה סוציואקונומית נמוכה.

מה שעושים בהתחדשות עירונית זה הרבה וריאציות של בניה שנועדה להגדיל את היצע הדיור בשכונה או לשפר אותו. ניתן לעשות זאת באמצעות:

* שיפוץ של בניינים קיימים.
* הרחבת דירות קיימות.
* הריסה של מבנים ובנייה מחדש.
* בנייה חדשה בשטחים פנויים.
* עיבוי המרקם הקיים על ידי תוספת קומות ויחידות דיור למבנים קיימים.
* פרויקטים לשיקום חברתי של האוכלוסייה.

**הסיבות להתחדשות עירונית:**

* **הזדקנות מרכזי הערים – נטישת האוכלוסייה** - הרעיון הוא לחדש את מרכזי הערים הללו ולהחזיר אליהם אוכלוסיות שונות (וצעירות).
* **חוסר יעילות – גסיסה כלכלית** - ברוב המקומות הקניונים הרגו את מרכזי הערים – והרעיון הוא להחזיר את המרכז המסחרי של העיר לפעולה. בישראל הפסיקו לדוגמא עם עירוב השימושים – חנות מתחת לבניין מגורים. עכשיו כחלק מהרצון להחיות חזרה את מרכזי הערים מחזירים את עירוב השימושים על מנת שמרכזי הערים ישמשו גם מרכזים מסחריים.
* **השוואת תנאי המחיה – שיקום שכונות** - למרות שזנחנו את חוק שיקום השכונות והוא לא ישים כיום, עדיין מבקשים לשפר בעצם את תנאי המחייה של האזרחים ובעלי זכויות הקניין. יש כאן אינטרס עירוני רב ברמה כלכלית (גביית ארנונה ושיפור המסחר) וגם ברמה סוציו-אקונומית ותדמיתית לעיר. יש כאן הרבה מאוד כסף בשאלה "איזה אוכלוסייה אתה מושך לעיר?" לא בכדי ראשי ערים מתנגדים לבניית דירות 3 חדרים – שם המחזיקים יהיו בעלי רמה סוציאלית יותר נמוכה.
* **משבר הדיור** - התחדשות נותנת פתרונות ברמה עירונית וברמה תכנונית – זמנים מהירים.
* **בטיחות** – מאפיינים המבניים אבל גם החשש מרעידות אדמה – תמ"א 38.

**שני הטיעונים העיקריים של התחדשות עירונית הם – משבר הדיור ובטיחות. שני עניינים אלו הביאו להבנה שיש צורך בשיפור משמעותי**

**התחדשות עירונית בישראל**

פינוי בינוי/ שיקום שכונות 1977

רעידות אדמה

תמ"א 38

חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו 2016

חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה) תשס"ח-2008

חוק פינוי ובינוי (פיצויים), תשס"ו-2006

יש 2 מסלולים עיקריים של התחדשות עירונית

הראשון נועד להתמודד עם שיקום מקיף של העיר. יש כאן תפיסה של שיקום שכונות ישנות וטיפול מקיף באזור מרחבי רחב, וזה **המסלול של פינוי בינוי**.

השני – נועד בעיקר לטפל בבעיות הבטיחותיות. ההיקף של החלת המסלול והשימוש בו (**תמ"א 38**) הוא הרבה יותר נקודתי. בד"כ יהיה מדובר על בניין אחד עד שלושה. אין כאן פינוי בינוי במקבץ (קבוצה של בתים, כמה מבנים או שכונה שלמה שנכנסת לתהליך). מדובר על טיפול בבניין בודד.

**השאלה הגדולה – מה ההשלכות של ההבחנה הזאת?**

כל מסלול כזה נשלט על ידי מערך חקיקתי שונה – מסלול התכנון והקניין (המרצה אומר כי פחות כדאי לעשות את ההבחנה הזאת וכדאי להתרכז בדברי החקיקה).

**תכנון ובנייה – יש בגדול 3 רמות של תכניות**:

1. **תכנית מקומית מפורטת**.
2. **תכנית מחוזית** – חלה על ממשק רחב יותר מרשות מקומית אחת – ברמת מחוז.
3. **תכנית מתאר ארצי** – חלה בהיקף שחוצה מחוזות תכנוניים, כמו הקמת כביש 6, קווי חשמל, נמלים. כל הדברים שמשרתים את האוכלוסייה.

יש הבדלים גדולים באופן בו תכניות מתאר מתקבלות – בארציות אנו הולכים על פרויקט לאומי.

**תמ"א 38** היא תכנית מתאר ארצית – הרעיון הוא לספק את הקווים המנחים ואת הכללים לפעילות של שיקום מבנים פרטניים כנגד החשש מרעידות אדמה. לתכנית מתאר זו יש הרבה הוראות ועדכונים.

כהשלמה לתמ"א יש לנו את **חוק המקרקעין – חיזוק בתים משותפים מרעידות אדמה**, שגם מנסה לתת את האספקט הקנייני לתמ"א. התמ"א היא למעשה תכנית תכנון, והחוק אומר איך עושים זאת בפועל. דיברנו על תמ"א 38, ואמרנו שהתשתית התכנונית – ההבנה שצריך לחזק את המבנים בישראל כנגד רעידות אדמה – הוטמעה בתכנית הארצית, וזה יושם בחוק המקרקעין לחיזוק בתים מפני רעידות אדמה.

**המסלול השני של פינוי בינוי –**

מדובר על מקבץ של מבנים, שהמטרה היא לא לעשות טיפול כירורגי אלא מהלך שישפיע על המרחב השכונתי בכללותו. יש 2 חוקים רלוונטיים שפועלים במצב זה:

1. **חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית תשע"ו 2016**. הרעיון שלה הוא הקמה של רשות שתכלול את כל ההתחדשות העירונית בישראל כולל תמ"א 38. היא הרבה יותר רלוונטית לפינוי בינוי (חשובה יותר) כי פינוי בינוי זה לא פעילות כירורגית, אלא על **עיצוב מחדש של השכונה הרלוונטית**. התכנית הזאת תשנה את כל הפנים והמאפיינים של העיר.

**התפקיד של הרשות הממשלתית הרבה יותר רלוונטי בפינוי בינוי מתמ"א 38 כי**:

1. בפינוי בינוי יש השפעה על המרחב השכונתי.
2. יש מנגנון פיקוח על ביצוע הדברים.
3. מנגנון להתמודד עם בעיות של שיתוף פעולה.

התחדשות עירונית היא למעשה תת נושא של בעיות הבית המשותף. תמ"א 38 לא שונה למעשה ממצב בו דיירים מבקשים לעשות שינוי רציני בבית המשותף. תמ"א 38 הוא מציאות שבה מגיע רוב של דיירים כדי לחזק אותו מפני רעידות אדמה, ואז אנו נכנסים לאותה סיטואציה – חלק רוצים וחלק לא. השאלה אם זה שונה מחברת הניהול שאנו רוצים לקחת או חברת גז – אלו דברים שיעלו, אבל ההשפעות הרבה פעמים גולשות מתחומי אותו בניין. לדוגמא – בבחירת ספק הגז, יש השפעות שחורגות ומגיעות עד כדי העיר כולה.

הרשות מאוד חשובה בנושאי פינוי בינוי.

1. **חוק פינוי ובינוי (פיצויים) תשס"ו 2006** – חוק שמגדיר כמה פיצויים צריך לשלם לבעלי הדירות, וגם קובע מה קורה כשמישהו מסרב.

**פינוי בינוי ------------------------------------------- תמ"א 38**

**בעיית הפעולה המשותפת**

**בעיית הפעולה המשותפת** (Tragedy of the commons) – האם מדובר במקרה דומה לכך שכל המרעה ימות אם לא אפעל במשותף עם האחרים? או שזה פשוט לא ניצול מקסימלי של הנכס?

האם יש הבדל בין מצב בו נהרס מבנה (**פס"ד צודלר**) מול התחדשות עירונית?

בעיית הפעולה המשותפת הייתה זו שהצדיקה את משטר הקניין הפרטי – אנו לא רוצים לחיות במשטר בעלות משותפת כי המרעה יתרושש. אנו רוצים לתת לכל אחד את חלקת הקרקע שלו ואז הוא יקפיד שהחלקה שלו תשגשג. ראינו שנמתחה על כך ביקורת.

השאלה היא האם אני רוצה בעצם לאפשר לכל קבוצת דיירים לכפות על יתר הדיירים את השינוי הזה? בניגוד למצב כמו של צודלר, כאן אנו לא מוסיפים 2 דיירים (הרבה יותר) – ואם זה פינוי בינוי – אז זה של כל השכונה, ולא רק הבניין הבודד.

15.01.18

**שיעור 23**

**אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת**

השיעור המרצה מקווה שנסיים את הנושא של התחדשות עירונית.

המרצה מציע שנגיע עם שאלות לשיעור תרגול של ה7.2. אם יש שאלות לא ברורות – עדיף להעלות לפני השיעור חזרה. המרצה כן ינסה לענות/להשיב על דברים שאינם ברורים לנו גם דרך משה, וגם באמצעות פורמט של הודעות כלליות. שי מבקש שנרכז את הדברים שלא היו ברורים לנו במהלך השנה לקראת השיעור האחרון..

בגדול כבר כתבו את המבחנים, הם לא יהיו קשים. לא צריך לעשות הפוך על הפוך – אין ניסיונות להכשיל. המבחן יהיה בנוי מ3 שאלות, 50%, 35% ו15%. השאלה הראשונה היא אירועון (קייס) שיתעסק במספר סוגים). **חשוב לציין כי הקייס אינו עוסק בסוגיה אחת אף פעם**. הוא מערב מספר נושאים שדיברנו עליהם. אם רק יצאנו עם תקנת שוק – אז יש בעיה (צריך יותר מנושא אחד)

שאלת ה35% היא שאלת הצעת חקיקה – אנו צריכים לחוות את דעתנו על בסיס **כל החומר**. כל מה שנאמר בכיתה – מחייב מבחינת המרצה במבחן. המרצה ישלח סילבוס מעודכן ברמת הפריטים הרלוונטיים.

שאלת ה15% - שאלת המדיניות – טיעוני בעד ונגד שעלו בכיתה ובפסקי הדין. אין צורך להכריע.

המבחן בחומר פתוח.

הזמן לא יהיה הבעיה. יש צ'קליסט, והרעיון הוא לא להתחיל לשפוך את כל החומרים באופן רציף. יותר מעניין את המרצה ליישם את החומר על נסיבות המקרה עצמו.

אם הגענו למסקנה שאנו צריכים לעשות הנחות – יש להדגיש זאת בצורה ברורה במבחן שפעלנו מתוך הנחה מסוימת (אלא אם היא מופרכת לחלוטין) ואז השאלה תיבדק בהתאם להנחה.

המרצה אומר כי בשבוע הבא ביום רביעי – זה הזמן לשאול את השאלות. מומלץ להעביר לנציגים.

**אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת** - יש לנו 3 דרכים. במבחן הקודם זו היתה שאלה במבחן.

הבעיה של התחדשות עירונית – יש בתים מאוד ישנים בעיר וצריך לעשות פעולה כדי להתמודד עם הבעיה. מה שיפריע לנו יהיה חוסר ההסכמה של הדיירים – כל אחד מתחיל עם הדרישות והרצונות שלו. אנו יודעים שתהיה התנגדות. גם אם העסקה מעולה תהיה התנגדות – גם בשביל לנסות לעשות מסחר ומו"מ, וגם בשביל לנסות לסחוט יותר, וגם בגלל הטבע האנושי – אנו אף פעם לא מאמינים שמביאים לנו את הדברים שמגיעים לנו – אם נתנו בקלות אז מרמים אותנו.

**מה האפשרויות שעומדות בפניי כממשלה/ראש עיר/יזם כדי לשנות ולחדש את פני העיר?**

**3 דרכים:**

1. **הפרטה** – נאפשר שוק פתוח של כל יזם שיוכל לבוא ולהתקשר בהסכם עם דיירים/שכונה, ויחתמו הדיירים מרצונם על הסכמתם לפעילות היזם, והכל פועל בשוק החופשי. אין כאן שום מעורבות ממשלתית או עירונית, ללא רגולציה והסדרה – יכול להיות מצב בו השכונה תהיה חכמה ותוציא דברים טובים, ויכול להיות שהשכונה לא תהיה משכילה ויגזרו קופון. אנו בתור מדינה/עיר לא מתערבים כי הפרטנו את ההתחדשות העירונית.

זה מה שקורה בארה"ב – יש יוזמות פרטיות לחלוטין של יזמים כדי לשנות/לשפץ/לחדש מבנים ואזורים מסוימים. אין רגולציה כמה אמור לקבל כל דייר (אלא אם הדיירים דורשים) או האם זה אמור להיות מאוזן או לא.

(החלק הבא היה במבחן שנה שעברה)

**היתרונות** – פחות רגולציה, מהירות, יעילות (גם אם יהיו אפליות – ברווחה המצרפית זה יהיה יותר יעיל). זה עושה הרבה עבודה בהשוואה למצב בו הרגולציה כובלת את ידי היזם.

**החסרונות** – משוחררים מכל כללי המשפט הציבורי (פתח לאפליה), עלול ליצור מצב בו אין לאנשים הגנה מניצול, עשויה להוביל למצב בו אין לנו ראייה מכלילה של כל המרחב העירוני/קהילתי – ונביא למצב שכל התיאוריה על רווחה לא תעמוד במבחן המציאות.

הפרטה יכולה להיות אופציה סבירה אבל יש לה הרבה מאוד מגרעות – אם נפריט לגמרי, אנו עלולים ליפול למצב בו מנצלים את המרקם העירוני/הנוף כל אחד למטרותיו, ושאר העיר/אזור ייפגעו.

ביוסטון לדוגמא כל אחד בונה בהתאם להשקפתו, אבל אנו חשופים לכשלי השוק הידועים, ולכן ההפרטה היא לא האופציה שנבחרה בישראל.

1. **הפקעה** – האופציה ההפוכה להפרטה. ברגע שהעירייה מחליטה שרוצים לחדש אזור שלם (כמו בארה"ב) – מפקיעים את כל הקרקע, העירייה משלמת את הסכום המינימלי, וככה העירייה מחדשת את פני העיר. בד"כ פשוט מוציאים אוכלוסיות חלשות ומכניסים אוכלוסיות חזקות יותר. יש כאן הרבה מאוד טענות של עקירת האנשים מהמקרקעין שלהם. בארה"ב זה היה רווח יותר בשנות ה-90, אך כיום לאט-לאט הם מאמצים את מה שישראל עושה – רגולציה.
2. **רגולציה** – המדינה לא מלאימה את הפרויקט, אלא בסה"כ מסדירים את הגבולות של גורמים פרטיים שמעוניינים לבצע את הפרויקט.

היום במדינת ישראל אין מושג כזה של הפרטה של התחדשות עירונית. גם אם יזם יצליח להתקדם עם דיני התכנון, לא כדאי לו לעשות הפרטה – הרגולציה נותנת תמריצים להיכנס תחת הכללים של הרגולציה. כל הקונספט של הפינוי בינוי הוא תמריץ ליזמים להכפיף את עצמם לתמ"א 38 ופינוי בינוי.

הקונספט הוא שיש **הליך מוסדר** ל-2 מסלולים עיקריים:

1. **פינוי בינוי** – מקבץ מסוים של בניינים (אזור/שכונה) שעוברת טיפול מקיף.
2. **תמ"א 38** – מטפל בעיקר בבניינים בודדים.

חשוב להבין שלא מדובר כאן בהפרטה של התהליך, אלא להפך – אנו לצורך העניין מחייבים את היזם לכפוף את עצמו לכללים שלנו (עם סוכריות בהתאם)

כל הנושא של התחדשות עירונית עוסק במושג של הבית המשותף. גם תמ"א 38 וגם פינוי בינוי עוסקים במוסד הבית המשותף – ובמוסד זה יש קונפליקט – מצד אחד יש את הדירה שהיא שלך בבעלות פרטית, ומצד שני יש את הבית המשותף – יש כאן התנגשות של 2 ערכים – מצד אחד הדירה שלי שאני רוצה לעשות בה מה שאני רוצה, ומצד שני יש את הקהילה הקניינית שלי יש שיתוף במקרקעין איתה.

הבית המשותף משפיע הרבה יותר מהסיפור של רק לחבר את הגז. היום כל הקונספט של הבית המשותף והמאבקים הוא זה שמבנה את כל הסיפור המשפטי סביב תמ"א 38 ופינוי בינוי. המתח הזה יוצר לנו קונפליקטים רבים בבית המשותף.

איך נושאים אלה מתרכזים לפינוי ביני בסוף? כי פינוי בינוי זה הריסה של הבית המשותף – מה שמוביל אותנו ל**דייר הסרבן**.

**המוסד הקנייני של הבית המשותף**

**רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף**

בית שנהרס במהלך התקפת הסקאדים. הבית המשותף נהרס והיה צריך לשפץ אותו. דיירים סרבו לשפץ את הבית המשותף – והציעו לשפץ את הדירות (להציע משהו יותר טוב). בהתאם לכך – מספר הדיירים בדירה יגדל ויחס האנשים שגרים בדירה כעת (דילול של זכות ההצבעה של הדיירים בבניין, יכולתם להשפיע. ההחלטה של ביהמ"ש – מקימים. ביהמ"ש הסתמך על **ס' 60(ב) לחוק המקרקעין** שקובע שאם נהרס בית משותף, וסרב בעל רכוש משותף לשקמו, רשאי המפקח לצוות על בעל הדירה להעביר את זכותו בדירה לבעל אחר שיגיע במקומו!

מדובר ב**סעד קנייני מאוד משמעותי** – המפקח יכול להורות להעביר את זכות הקניין לאחר – אבל הוא חייב להיות מישהו שמסכים להקמה. גורם אחר יכול להכריח אותך למכור את הנכס לאחר. זו פגיעה קניינית מאוד קשה – וזה מתחבר ל**ס' 14** – אדם שעומד בדווקנות על זכותו, אפשר לקחת לו את זכות הקניין ולהעביר אותו למישהו אחר.

מדובר בסעד קיצוני, ועל כך אומר **השופט חשין** – **היה עדיף להימנע מהבית המשותף** (המצאה של המשפט המודרני). מבחינת חשין – ברגע שיש שיתוף עם אחרים – זה יצור כלאיים. זה לא קניין אבל אנו נאלצים לחיות איתו. התיאור של חשין לגבי קניין אינו נכון לדעת המרצה – כדבר מוחלט שבעלים מתגוררים בנפרד אחד מהשני. זה לא נכון עובדתית, אבל מבחינת חשין קניין זה רק חירות הבעלים. חשין אומר שיש כאן עירוב של חירות הבעלים ומחויבות לאחרים (שנובעת מצורכי החברה המודרנית). חשין אומר כי מי שגר בבית משותף מסכים להגבלות הקנייניות. מבחינתו – זה עניין חוזי, וזה לא וויתור חוזי, אלא חלק מובנה מזכות הקניין שלי בבית המשותף.

חשין אומר בצורה ברורה שיש לנו מוסד קנייני שהוא לצורך העניין שונה לחלוטין מתפיסת החירות של הבעלים. יש לנו כאן גורמים שחיים ביחד כאשר כל אחד צריך לוותר על חלק מהחירות שלו כדי שהמוסד יתפקד. השאלה מה זה אומר מבחינת ההתקדמות הלאה? איך מתמודדים עם הדייר הסרבן שלא רוצה לבצע את תכנית הפינוי בינוי? איך מביאים אותה לוותר על הנוחות שלה וחייה הטובים בשביל אותם אחרים?

יש לנו 3 מנגנונים מוכרים שמוצאים ביטוי בחוק המקרקעין.

**מנגנוני ההכרעה של בעיית הפעולה המשותפת**

1. **מתן זכות וטו לכל דייר** – יכול לגרום לכך שנתקע פרויקטים יעילים (תקיעה פיזית של הפרויקט). זה גם מדגיש את בעיית הסחטן – במידה ואף אחד לא רוצה לתקוע את הפרויקט, אבל ברגע שיישאר אדם אחד – הוא עשוי לנצל את הכוח הזה בשביל להשיא את האינטרסים האישיים שלו – וזה קורה (גם כיום בתמ"א 38)
2. **הכרעת רוב** – אם אתה נמצא בצד של מי שלא רוצה בפרויקט – זה פחות טוב. בצד הרוב זה יכול להיות טוב. בבית המשותף אנו לא פועלים במצב של הכרעות רוב – חלק מאוד משמעותי של ההכרעות לא מוכרעות בהכרעת רוב – זו **פגיעה בזכות הקניין**, ואנו כן רוצים לתת כבוד מסוים להוראות החוק – מדובר למעשה בייצור כלאיים – פוגעים באוטונומיה שלי. אנו רוצים לתת כבוד לאוטונומיה של האנשים, ולכן יש קונפליקט בין 2 צדדים שטוענים לפגיעה בזכות הקניינית שלהם.
3. **דרישת רוב מיוחס** – מה שעושים ברוב המקרים. מצד אחד הוא לא נותן זכות וטו לכל תושב, ומצד שני נותנים יותר משמעות לכל קול של בעל דירה – הרוב המיוחס לכאורה מקשיח את ההגנה על זכות הקניין של כל אחד מהדיירים. עם זאת, צריך לשים לב כי עכשיו האחרון שצריך לחתום לפני דרישת הסף – הוא האחרון שצריך לחתום (הסחטן ממשיך).

חשוב לציין כי הוסיפו את חוק המעאכרים – הייתה בעיה שמעאכרים היו מציעים הצעות, היו חותמים, אבל לא כיבדו את העסקה. את זה החוק מנסה להסדיר ולגרום לכך שהקבלנים יבצעו את ההסכמים.

**חוק פינוי בינוי (פיצויים)**

מדובר בחוק קצר מאוד (6-7 סעיפים) והוא מסביר את הרגולציה שדיברנו עליה. הוא מסביר על איך דיירים מוכרים את הזכויות ליזם כדי שיעשה את הפעילויות בהתאם, ואז הוא מוכר מחדש את הפרויקט על פי האחוזים. לכן למעשה יש כאן דילול (בחלק ברכוש המשותף) – אנו מעבירים את הזכויות ומה שנשאר בסוף זה פחות לכל דייר (מבחינת אחוזים, למרות שהדירה פיזית יכולה להיות יותר גדולה).

חוק זה מדבר על **דרישת רוב מיוחס**. מדובר לא על בניין אחד, אלא על מקבץ של בניינים – כאשר או הולכים להוריד את המקבץ ולהקים שכונה חדשה. החוק קובע כי על מנת להניע את התהליך, היזם והמעאכרים צריכים להביא:

1. **לפחות 80% מן הדיירים במקבץ**, כאשר לפחות 75% משטח הרכוש המשותף מוצמד לדירותיהם. (בדר"כ ל80% יש את החלק ברכוש המשותף). מדובר ברוב מיוחס משמעותי.
2. **בנוסף**, צריך 67% מדיירים של כל אחד מהאגפים – לא יעזור אם 100% מ-4 הבניינים יסכימו מתוך 5 – אלא צריך הסכמה של 67% בכל בניין. שני התנאים חייבים להתקיים, ולכן החיים של היזמים מאוד קשים בנושא זה.

**הסיבה לכך – להגן על הזכות הקניינית של הדיירים עצמם.** מאוד קשה להשיג הסכמות אלה. המחוקק בכוונה קבע רוב מיוחס גבוהה – מדובר בתהליך ומהלך מאוד דרמטי מבחינת התושבים, ולכן אנו דורשים רוב מיוחס משמעותי.

**מה קורה אם השגנו את הרוב במיוחס, אך עדיין יש דייר המסרב להתפנות?**

כאשר אנו דנים בדיירים הסרבנים – הכוונה היא לאלו שמגיעים בשלב השני אחרי שהשגנו את הרוב.

**הדיירים הסרבנים** – **רות אורן** לדוגמא סירבה בגלל הנסיבות הספציפיות של בעלה לעבור, חוסר רצון עקב השיפוץ החדש.. כאשנו ניגשים לישיבה ויש דיירים סרבנים – קיימים מספר דיירים סרבנים:

1. **הדייר המתלבט** – הכי בעייתי. רק לספק לו אינפורמציה.
2. **הדייר המבין** – סבור שהוא יודע יותר טוב מכולם. הם יוצרים הרבה פעמים התנגדות הפוכה. בקרב הדיירים – נוצרות 2 קבוצות.
3. **הדייר הנעלב** – אין הרבה מה לעשות. לא לפגוע – רק להקשיב.
4. **הדייר הסחטן** – אחרי הישיבה הוא יציע כל מני הצעות וירמוז/יגיד במפורש – מה אנו מציעים לו? באופן עקרוני יש טבלאות איזון עבור דברים אלו. אנו נגיע עם הצעה שפתוחה לכולם, וכולם צריכים שיהיה להם אמון בנו שאנו לא עושים פוילשטיקים מאחורי הגב. הדרך הנכונה לעשות זאת זה באמצעות חשיפה מלאה. כמובן שלא כולם מקבלים אותו הדבר – זה שעומד על התפר מבין את הלחץ שלנו ומנסה לסחוט את התוספות. ביהמ"ש רואה דיירים סרבנים כדיירים סחטנים פעמים רבות. הדייר האחרון ינסה לסחוט כמה שיותר הטבות ברגע האחרון.
5. **הדייר החשדן** – תמונת ראי של הדייר הסחטן – יש כאן דיאלוג קבוע מול הדיירים. כולם יודעים שיש מגעים עם הסרבנים, ולכן יש כאן אווירה בעייתית שצריך לנטרל אותה בצורה עדינה. הכי חשוב זה לא להיכנס לסיפורים של עניינים אישיים עם הדיירים. צריכים להבין שאין לנו אינטרס אישי.
6. **הדיירת השמרנית** – בכל פסקי הדין של הסרבנות, בתי ההמשפט בישראל התעסקו בנשים מבוגרות שסירבו לעבור את הדירה. גם כאן אנו חוזרים ל**ס' 14 לחוק המקרקעין** – עמידה דווקנית על זכות. ביהמ"ש מסתכל על סרבנים אלו בשלב השני (אחרי השגת החתימות) בעיקר על הדיירות הללו – היא לא מוכנה להתחשב באחרים, ולעשות את המעשה הראוי כחלק מהיותה חיה בבית משותף. תפיסה זו נובעת מצד אחד עקב התפיסה שההתחדשות העירונית זה מהלך חיובי, ומי ששם מקלות בגלגלים נתפס כגורם שלילי שמפריע.

**רגינה שוורצנברג** לדוגמא הייתה הדוגמא הבולטת לסירוב ועמידה דווקנית על זכות. **בשושנה רדומלסקי** קבענו שהאישה היא השטן בהתגלמותו. הבעיה שלמרצה יש היא שביהמ"ש לוקח את הסרבנות למקום אחד. חשוב שנזכור כמשפטנים שיש הרבה מאוד סיבות אנושיות לסרב לעשות זאת. **רות אורן** לדוגמא פשוט באמת כרגע סיימה לשפץ את הבית שלו, באה למנוחה – ועכשיו מגיעים השכנים שלא שיפצו ורוצים לסחוף אותה **שוב** למהלך של כמה שנים. זה נכון שלאנשים מבוגרים התפיסה שלו היא לא ארוכת טווח, ולכן הדיירים המבוגרים יהיו הסרבנים שלא נצליח בהכרח לקנות אותם.

**אז מה בתי המשפט עושים?**

**הסרבן הצודק** – החוק פינוי בינוי פיצויים קובע את הפיצויים לסרבן הצודק:

* **כאשר העסקה אינה כדאית** – מדובר באחד הטיעונים המשמעותיים. טענות אלו הן טענות שמתעסקות בד"כ בפרויקט – היזם הביא עסקה לא כדאית מבחינה כלכלית/הבטוחות לא יציבות/סיכון הדיירים. מבחינת החוק/ביהמ"ש – ברגע שהשמאי קובע כי העסקה כדאית – נגמר הסיפור.
* **לא הוצעו מגורים חלופיים** – היזם צריך להציע מגורים אלו בפרק זמן הבנייה.

בנוסף – אנשים עם מוגבלויות צריכים לקבל מגורים שיאפשרו להם לחיות בצורה תקינה בדומה לחייהם הקודמים. במידה ולא יוצע – ניתן לסרב.

* **לא הוצעו בטוחות הולמות על ידי היזם** – היזם צריך להציע בטוחות הולמות בשביל להתגבר על החשש שהדיירים יאבדו את זכויותיהם.
* **דירת הקבע החלופית לא מתאימה לבעלי מוגבלויות**. היזם צריך לוודא שהדירה החדשה תאפשר לבעלי המוגבלות לנהל אורח חיים תקין (גם אם בעבר לא הייתה כך).
* **נסיבות אישיות מיוחדות?** – קבוע בחוק כעוד עילת סירוב. דוגמא קיצונית – אדם שזה סיכון חיים ממשי רק להעביר אותו מהבית. דוגמא נוספת – טענה כי לא אוכל להמשיך לחיות כאן יותר – הפיכת השכונה לשכונת יוקרה. אולי ערך ציבורי נורא חזק לגבי שמירת המבנה כהווייתו.

**המרצה אישית לא מכיר פסקי דין שהכירו בנסיבות האישיות המיוחדות**. אם נכיר בנסיבות אישיות – זה יעכב פרויקטים משמעותיים. ב**רגינה שוורצרברג** גם לא הכירו בנסיבות האישיות שלה – היא טענה כי אף אחד לא מתגורר בנכס, והיא הבעלים היחידה שמתגוררת בנכס – ולכן יש הבדל משמעותי (לא יהיה הוגן לחייב אותה לעבור) – ביהמ"ש דחה זאת.

אז האם יש דבר כזה נסיבות אישיות מיוחדות? עוד לא הגיע המקרה שביהמ"ש אמר שהוא תוקע פרויקט שלם בגלל השלכות אישיות/סיבות אישיות לאדם מסוים

ב**פס"ד שוורצרברג** – **השופט דנציגר** אומר כי אם הוא יתייחס באופן סובייקטיבי ליותר מידי אנשים – לא יתקיים הרוב המיוחס ותתקיים זכות הוטו. אפשר ויש מקום להתחשבות מיוחדת וזעירה במקרים חריגים כגון זיקתו המיוחדת של הדייר לדירתו (אין לזה משמעות, אולי חוץ מהדוגמאות שהעלנו). בגדול, דנציגר אומר שאם נכנע לכל ערך סובייקטיבי נכשיל את הפרויקט.

**השופט סולברג** מתאר את רגינה שוורצנברג כמי שהכשילה את הפרויקט ללא שום היגיון, למרות שקיבלה תנאים מטיבים. **אוי למערערת ואוי לשכניה**. רגינה כמו ברדומילסקי קיבלה את הדמות של "האישה הרעה".

ביהמ"ש מבסס את הקונספט שהדיירת סרבנית ורשעית. למרות שדנציגר מדבר על המקרים שאולי נכיר, סולברג לא מתכוון לאפשר את עצירת הפרויקט.

**מה דינו של הדייר הסרבן?**

**אחריות בנזיקין** – החוק מקנה לבעלי הדירות את האפשרות ללכת ולתבוע את רגינה/סרבנית/סרבן אחר בנזיקין. אנו לא יכולים להפעיל את המנגנון בדומה ל**ס' 60 ב' לחוק המקרקעין** כדי שהמפקח יוציא אותה מהדירה, אבל אפשר לחייב אותה בנזיקין. התפיסה היא שהשוט הנזיקי של תביעות פוטנציאליות כנגד הדייר הסרבן ישמש כשוט ויגרום לו להסכים חרף סירובו ואי רצונו להסכים.

**האם סעד נזיקי הוא נכון?**

האם נכון להכניס כאן חיוב נזיקי? נפגעת זכות הקניין של יתר הדיירים כי הוא לא עומד במחויבותו.

שאלה זו תענה ביום רביעי.

לרכז את השאלות אם זה מעניין אותנו ליום רביעי – רק דברים שלא הובנו בהלך הסמסטר.

17.01.18

**שיעור 24**

יום שני הקרוב לא יתקיים שיעור. במבחן לא נשאל דברים שלא התמודדנו איתם בעבודות שנדרשנו (לגבי הנושאים שנלמדו בעבודות). בשיעור שעבר דיברנו על הסרבנים והסיבות שהחוק נותן לדיירים הסרבנים, לאחר שהדייר והקבלן עברו את הרף של 80% מכלל המקבץ+ 67 אחוזים, עדיין יש אפשרות שדייר אחד יסרב וכתוצאה מכך הפרויקט לא יתקדם.

הבאנו את העילות השונות. נתנו יותר דגש לנסיבות אישיות מיוחדות (כל שאר הדברים אובייקטיביים יחסית – כמו עסקה אינה כדאית, הנגשת הדירה, בטוחות....) הדבר האחרון שפותח פתח לתחושות יותר סובייקטיביות/מתן ביטוי לתפיסות של הדיירים הסרבנים זה הנסיבות המיוחדות. בתי המשפט כמעט לא מכירים בכך.

בנוסף, בתי המשפט מתייחסים לאותם סרבנים שמנסים לסרב מסיבות אישיות כתופעה לא רצויה שצריך לצמצם אותה ככל האפשר. למרות שדנציגר כן נותן אפשרות עתידית להכיר בכך – בסופו של דבר נקבע שלא ראוי שנקריב את זכות הקניין של כל יתר הדיירים לטובת אותם נסיבות של דייר אחד. **השופט סולברג** היה חריף יותר – הוא ביקר בצורה חריפה יותר את רגינה וראה בצורה שלילית לחלוטין את הסירוב. בתי המשפט אימצו את התפיסה של הסרבן בתור סרבן לשמו – אישה מבוגרת שמתעקשת באופן עקרוני לפגוע בזכויות של האחרים. ביהמ"ש מפנה לס' 14 – עמידה דווקנית על זכות, ודוחה את התביעה, בזמן שהוא מחייב את רגינה בנזיקין כלפי יתר השכנים.

**שאלנו מהו דינו של הדייר הסרבן?**

החוק קובע בצורה ברורה שהוא אחראי בנזיקין. נשארנו בשאלה

האם נכון שדין קנייני שכביכול מתבסס על **ס' 14** (ניצול לרעה של זכות קניינית) – האם נכון שנחייב את הסרבן רק בנזיקין? והאם החבות זה הסעד הרלוונטי בדיני קניין?

**האם הסעד הנזיקי הוא נכון?**

**ההבחנה הראשונה** – לא נחייב להוציא אותה מהבית, אבל נדרוש תשלום נזיקי עבור אלו שנפגעים.

**ההבחנה השנייה** – החיוב הנזיקי פוטר לנו בעיה של אינפורמציה. ברגע שהגברת מקבלת את החיוב הנזיקי, היא יכולה להשתכנע עד כמה נזק היא גורמת לחברים שלה.

אפשר לטעון כי מדובר בחיוב שנועד לעודד את הגברת להצטרף/למכור את הדירה – בלי לחייב אותה. מעין פיקציה (כמו מסורבות גט). החוק נותן כוח ב**ס' 60 ב'** אפילו לחייב להוציא אדם מהבית ולמכור את הנכס שלו (כשהבית נהרס) אבל כאן לא?

**הצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים)(תיקון מספר 4)(פינוי בשל סירוב בלתי סביר), התשע"ו-2016** –קובעת כי ביהמ"ש יהיה רשאי לאשר את העסקה, באמצעות עורך דין או רואה חשבון שאינו בעל הדירה במקבץ, ולהורות על פינויו. על פי הצעת החוק הזאת – בפינוי בינוי **בהחלט יהיה אפשר לפנות לדייר הסרבן** ולדרוש ממנו להסכים. במידה ולא יסכים – בית המשפט יהיה רשאי להורות על פינוי של הדייר הסרבן מהדירה וחיוב שיצטרף לפרויקט. זה לא סעד קנייני חזק כמו **ס' 60 ב'** (לא מחייבים אותו **למכור את הנכס**) אבל אנו כן מחייבים אותו להצטרף לפרויקט.

הנושא של פינוי בינוי תופס תאוצה רבה ברחבי הארץ. יש רשות להתחדשות עירונית (חדשה לגמרי). הרעיון שמאחורי הרשות הוא לרכז את כל הפעילות של פינוי בינוי, מתוך הבנה שפינוי בינוי הוא פרויקט רחב היקף. הם לכאורה מנסים לתת את הפתרונות בצורה של התגברות על הפעולה המשותפת.

**היתרונות בפינוי בינוי הם גדולים** – חידוש מקבץ של דירות. יש לזה גם **מספר חסרונות** – כמו פגיעה בקהילות הקודמות. הדיירים נקנים במהלך הרכישה לפני תחילת הפרויקט.

הסיבות שתחילה לא עשו את הסעד קנייני (ועשו אותו נזיקי) – חששו שהחוק לא יעמוד בחוק יסוד, ולכן לא רצו להעביר את החוק. עובדה שלמרות כל החשש הזה – עכשיו באים לשנות זאת, כי זה לא ראוי שנבחן זאת לפי דיני הנזיקין. אחת הבעיות הגדולות כתוצאה מכך – הדיירים לא יוכלו לעמוד בעלויות של מגורים בבניין כזה, ולכן יש ביקורת חברתית רבה על הקונספט של פינוי בינוי. יש עיריות שלוחצות על היזמים לתת תוספות כלכליות שיאפשרו את התמודדות הדיירים עם יוקר המחיה החדש. זה לא תמיד עוזר – ורוב האנשים מוצאים את עצמם מחוץ לדירות.

**תמ"א 38**

תמ"א 38 זהו עוד מכשיר של התחדשות עירונית – אבל כאן מדובר במכשיר יותר נקודתי בעל השלכות מועטות יותר מבחינה סביבתית בהשוואה לפינוי בינוי. בד"כ תמ"א 38 נעשה על בניין אחד. **תמ"א = תכנית מתאר ארצית**. זה משהו שחוצה מחוזות, או איזשהו רעיון שחל באופן גורף בכל הארץ. תמ"א 38 עוסקת בחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה – זה רעיון תכנוני שאמור לחול בכל שטחי ישראל. אנו רוצים לחזק את המבנים שמועדים לבעייתיות – לא משנה איפה הם בארץ. למעשה אנו רוצים לחדש ולחזק את הבניין. בבסיס תמ"א 38 עמד הטעם הבטיחותי – לשפץ את יסודות המבנים כך שאם תקרה רעידת אדמה, המצב בארץ יהיה כך שהבניינים לא קורסים.

**בפועל** – לקחו את הכלי הבטיחותי, והפכו אותו לעוד כלי/אמצעי להתחדשות עירונית. אין ספק שזה תורם להתחדשות עירונית – אבל כמעט שכחו את כל הרציונל הבטיחותי, והפכו אותו לכלי של התחדשות עירונית. מיישמים את התמ"א 38 בעיקר במרכז הארץ, או בערים עם כדאיות כלכלית. מיישמים את תמ"א 38 פחות באזורי פריפריה או בבית שאן (שם ממש צריך!).

למעשה – עשינו כלי שלם שכל כולו נועד לחזק מבנים, ואנו מיישמים אותו במקום בו החשש מפני רעידת אדמה פחותה מהאזורים המרכזיים. דווקא בפריפריה הדברים צולעים.

עלו כמה רעיונות איך לתמרץ יזמים לבנות בפריפריה – אבל זה בעייתי.

**תמ"א 38 מבחינה קונקרטית**

**ס' 2** – המטרה של התמ"א – לקבוע הסדרים תכנוניים לשיפור המבנים, לקבוע הנחיות לחיזוק, לעודד ביצוע חיזוק, לקבוע הסדרים תכנוניים לתוספת זכויות בניה, לקבוע הנחיות לביצוע בקרה....

המדינה בחרה לא לבצע את התכנית מיוזמתה – אלא באמצעות יזמים פרטיים. למעשה יש כאן הפרטה של אחד הצרכים הכי משמעותיים שיש למדינה – בטיחות האזרחים. המדינה החליטה להפריט את אחריותה לבטיחותנו במקרה של רעידות אדמה. כשהמדינה רצתה לעשות זאת בבית סוהר – ביהמ"ש פסל זאת – יש תפקידים מסוימים שהמדינה צריכה למלא. כאן המדינה אומרת כי הבטיחות תלויה ברצון הטוב של אותם קבלנים! תושבי תל אביב יהיו מוגנים, אבל תושבי בית שאן יופקרו.

תמ"א 38 נחלקת ל-4 מסלולים, אנו נדבר על 2 מהם:

**תמ"א 38/1– חיזוק בניין קיים**

כשתמ"א 38/1 נכנסה לתוקף – המטרה הראשונית הייתה חיזוק מבנים – אנו שולחים יזמים למבנים בעייתיים מבחינת רעידת אדמה. הם יחזקו את המבנים ויקבלו זכויות בנייה. הקבלן משקיע את הכסף שלו (בניית חדרים נוספים, ממדים, מרפסות...) ומקבל בתמורה זכויות בנייה (תוספת דירות בבניין המשופץ) – למעשה הוא מקבל מימון של השיפוץ על ידי מכירת הדירות לדיירים חדשים. הדיירים מוגנים יותר מרעידות אדמה, ומקבלים דירות טובות יותר ללא השקעה כספית. היזם מקבל על כך תשלום.

בתל אביב זה כנראה משתלם, אבל בבית שאן – זה כנראה לא משתלם. לכן בערים המבוססות אנו רואים פעילות של תמ"א 38 – תושבים פועלים לקבל את האישורים עם קבלנים שמוכנים לבצע. לעומת זאת, באזורי פריפריה זה לא משתלם מבחינה כלכלית – והקבלנים והיזמים לא מגיעים לשם.

**תמ"א 38/2 – הריסה ובניית בניין חדש**

תכנית זו מאשרת לקבלן למכור את הדירות בצורה יותר אטרקטיבית – בניין חדש לגמרי. הקבלנים מעדיפים זאת מאשר תמ"א 38/1.

גם פינוי בינוי וגם תמ"א 38 צריכים לקבל אישור. ההסכמים האלה ניתנים הרבה פעמים על בסיס מו"מ בין היזם לבין העירייה. לפעמים העירייה מצליחה לתפוס יזם נלהב שמטפל גם בתשתיות, ובחלק מהמקומות העירייה יותר נלהבת – ואז היא מוכנה להתפשר בלי טיפול בתשתיות על ידי היזם.

פינוי בינוי כולל בד"כ טיפול בתשתיות. תמ"א 38 לא כוללת טיפול בתשתיות (בשונה מפינוי בינוי) – כי בד"כ מדובר על בניין אחד. הדיירים שלא מבצעים תמ"א 38 בעצם סובלים במספר אספקטים – יש אנשים שלא היו רוצים לראות את המודרניזציה.

**ניוד זכויות בנייה** – אם יש לבניין מסוים זכויות בנייה שמוקצות לו, יזם יכול לקבל אישור מהועדה המקומית לנייד את זכויות הבניה שלו ממקום אחד לאחר. ההיגיון מאחורי הכלי – פיתוי שיפוץ בדרום תל אביב עבור בנייה בצפון תל אביב. היו יכולים לומר להם נגיד לשפץ בבית שאן ולבנות בהרצליה – זה לא קורה בפועל. יש כאן תפיסה כללית שזה לא נכון לפתות אנשים לבנות בפריפריה עבור זכויות בנייה בתל אביב – יש מסר לא נכון ליזמים – לא רוצים להכשיר את מדינת תל אביב כ"ארץ ההזדמנויות הבלתי נגמרות" וכל שאר המדינה כ"נגררת". מדובר בפתרון שהיה אפשר לעשות אותו והוא קיים במערכת – אבל יש לו מסר בעייתי, אי ניצול הפינוי בינוי לבניית דירות נוספות בבית שאן, ובעיה של ראשי ערים – חוסר רצון לפרוץ את הגבולות של כל ועדה מקומית.

הבעיה הגדולה מתחת לכל הדבר הזה – שכחנו שתמ"א 38 היא כלי כנגד רעידות אדמה, והפכנו אותה לכלי של התחדשות עירונית.

השוני בין 2 התכניות הוא **עוצמת הפגיעה בזכות הקניין**. חיזוק הבניין הפגיעה חלשה, והריסת+בניית הבניין מחדש יותר משמעותית מבחינת הפגיעה.

**בתמ"א 38/1 – חוק המקרקעין מוריד את הרוב הנדרש על מנת לבצע את הפרויקט** – כי זו לא פגיעה כל-כך קשה. בד"כ מדובר על חיזוק יסודות ושיפוץ חיצוני. יש לנו אינטרס ציבורי לחזק את המבנה – ולכן אנו מורידים את הרוב הנדרש על מנת להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת - במקום 66+75% אנו דורשים 66%+66%. מדובר ברף הסכמה נמוך יותר. הרעיון הוא להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת.

**בתמ"א 38/2 – חוק המקרקעין דורש את האישור של כל בעלי הדירות**, אבל רשאי המפקח, גם ללא החלטת כל בעלי הדירות, לאשר את ביצוע העבודה על פי תביעת בעלי הדירות שהיו בבעלותם 80% ורכוש משותף שמוצמד ב-80%.

אנו למעשה נותנים **וטו** בניגוד לתמ"א 38/1 לכל דייר למנוע את הריסת המבנה והקמתו מחדש. לא ברור היכן ההיגיון בהחלטה לתת זכות וטו לכל דייר, אבל המפקח יכול לאשר זאת ברוב של 80%. החוק קובע מנגנון של זכות וטו כברירת מחדל, ואם אין הסכמה – צריך לפנות למפקח, ורק באישור שלו אפשר להניע תהליך של תמ"א 38/2 אם יש לך רוב של 80%. (אחוז יותר גבוה מפינוי בינוי).

למחוקק הישראלי יש פער לא ברור לגבי תמ"א 38/1, תמ"א 38/2 ופינוי בינוי. מצד אחד – אנו מבינים כי בתמ"א 38/1 – הרעיון הוא להקל על היזם – יש כאן ערך בטיחותי שחשוב לנו כמדינה. אבל אז בתמ"א 38/2 – כאשר מדובר בפגיעה יותר קשה בבניין – אנו מגלים כי נתנו זכות וטו לכל בעל דירה, וגם אם התגברנו על כך ופנינו למפקח – עדיין צריך רוב של 80% של בעלי הדירות והרכוש המשותף כדי להתניע תהליך באמצעות המפקח.

למרצה לא ברור למה הם עשו זאת כך – ולמה הם לא מתקנים זאת. היום מה שרווח (והיזמים מעדיפים) תמ"א 38/2.

תמ"א 38 עלתה לדיון בביהמ"ש העליון. (**דב שומרוני נ' אוהד קופמן**)

**השופטת דפנה ברק ארז** - מתייחסת ל**ס' 3 לחוק חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה** – בא ואומר כי כל פעולה שמבוצעת במסגרת תמ"א 38 שלא קשורה להרחבת הדירה – כמו שיפוץ חיצוני של המבנה, אז לצורך העניין אנו יכולים להסתמך על רוב רגיל של בעלי הדירות.

טיפול קוסמטי לא כולל הרחבת דירות מתאפשר ברוב רגיל של 51%.

לעומת זאת – אם אנו עושים פעולה של תמ"א 38/1 (שכוללת הרחבת דירה) – נדרש רוב של 66%+66%, ותמ"א 38/2 – 100% (או 80% +80%).

**דפנה** אומרת שה-66% נועד להקל על קיום תכנית תמ"א 38/1.

יהיה לא נכון לדעתה של ברק ארז להתייחס ל**ס' 5** – זה שלא נותנים זכות וטו לדיירים, כדבר שפוגע בזכויות הקניין. מבחינתה – הס' למעשה מקדם את ההגנה על זכויות הקניין ביחס לכל הדירות כהגנה מפני רעידות אדמה. מבחינת דפנה ברק ארז – אנו צריכים להסתכל על הפרויקטים בצורה רחבה, כשמטרתם היא להבטיח את ביטחונם של הדיירים. אם הבניין יקרוס – זה יהרוס את כל זכויות הקניין. החוק פועל על מנת להקל על הביצוע של ההגנה.

אין כאן פגיעה בזכויות הקניין של הקבלן, ואין שום סיבה להעדיף את זכותו של הדייר הסרבן על פני זכותם של יתר הדיירים.

**מה קורה אם יש דייר שמסרב?** (הגענו לרוב, עשינו מה שצריך ויש דייר שמסרב)

**ס' 6 לחוק החיזוק 2008** – כאשר בעל דירה התנגד להחלטה שהתקבלה בהתאם ל**ס' 3** (שיפוץ חיצוני – דורש 51%), למרות שהוא מיעוט (49%) – ניתן לפנות למפקח (למרות שהוכשר הרוב של 51%). הסיכויים לעבור תביעה כזאת הם לא גבוהים – יהיה מאוד קשה למפקח להתערב בהוראה של החוק. המפקחים טוענים שאם יגיעו אליהם תביעות עם נסיבות סובייקטיביות מאוד קשות, או שהדייר יצליח להוכיח שקבלת ההסכמה הייתה בעייתית/לא התקבלה כדין – הוא יפסול את ההחלטה ויאפשר זאת. זה כמעט ולא קורה.

אבל מה קורה אם תביעתי נדחתה מול המפקח? **המפקח יכול להורות על ביצוע הפרויקט ולהתגבר על ה-49%**, ולהורות על המשך ביצוע הפעולה.

זה נשמע לנו ברור מאליו – אבל מדובר במצב בו 6 אנשים רוצים ו4- לא. יש כאן למעשה ויכוח אמיתי האם להיכנס לפרויקט. בסופו של דבר המפקח יורה ב-99% מהמקרים על המשך ההליך.

**מה קורה אם יש לנו דייר סרבן לפי ס' 5א' וב'?** (תמ"א 38/1 ותמ"א 38/2 – בהם עושים הרחבה (67%) או מפנים ובונים (100%/80%))

כרגע אין הכרעה. כרגע חושבים שביהמ"ש ילך על הכיוון הנזיקי ופחות על הכיוון הקנייני.

**פס"ד צודלר נ' יוסף**

**השופט חשין** – התפיסה של ביהמ"ש היא שהמתנגדים לא מובנים. מבחינת חשין – מדובר במלחמות לשם המלחמה ופחות מלחמות שנובעות מאינטרס לדעתו.

**המרצה אומר** כי זה יהיה תחום שילווה אותנו ב-10 שנים הקרובות לפחות. הקמת הרשות להתחדשות עירונית מסמנת את העובדה שזה נלקח כפרויקט לאומי. מדובר ברעיון חיובי – אף אחד לא מסתכל על התחדשות עירונית בתור משהו שלילי. הבעיה מתחילה בעיקר בנושא היישום – בתמ"א 38 שכחנו שמדובר בתכנית בטיחותית כאשר הממשלה הפריטה את כל נושא הבטיחות ליזמים פרטיים. עצם העובדה שנושא זה נכנס תחת הרשות להתחדשות עירונית מראה כי אנו נותנים יותר דגש לחידוש העיר ופחות לבטיחות. פינוי בינוי כן תופס תאוצה – בגדול מדובר במשהו מאוד חיובי. הבעיה היא שבדרך כלל מי שמוצא את עצמו מחוץ לדירות אלו הדיירים הישנים.

התחדשות עירונית – קשור למאבקים שלנו בנושא הבית המשותף. כמעט כל הבעיות שיש לנו בבית המשותף מתבטאות גם כאן – יש לנו את אותן בעיות בעוצמה יותר גדולה.

השיעור הבא יהיה ביום רביעי. המרצה לא יכנס לחומרים חדשים (הרעיון היה להיכנס לנושא השיתוף)

המרצה רוצה לחזור לנושאים שמעניינים אותנו – סקירה מחדש לקורס עם ראיה רחבה יותר. אם יהיה שאלות, אז זה יהיה הזמן. הנציגים ירכזו את השאלות – בעדיפות שישלח כמה שיותר מוקדם.

24.01.18

**שיעור 25**

**סקירה כללית על הקורס מתחילת הסמסטר**

הדבר הראשון שעשינו – היה לדבר ולשבור את התפיסה המעוותת של דיני קניין. המושג "זכות הקניין" או קניין בכלל כולל מספר משמעויות שבעצם מוכרעות על פי התפיסות השונות שעומדות בבסיס הזכות – כמו התפיסה הליברטריאנית, או התפיסות הקהילתניות – משטר שדואג רק לחברה כולה. אמרנו שהדרך הנכונה אולי להתייחס לזכות לקניין היא **דרך האמצע – תפיסה ליברלית שנותנת משמעות לכל הערכים.**

דיברנו על מגוון ערכים שכל אחד מהם משפיע על הזכות לקניין -

**קהילה, אישיות, רווחה מצרפית, עבודה, סביבה, חירות.**

הדין נותן משמעות שונה לערכים שונים של קניין – יש מוסדות קניינים שמבוססים על ערך אחד משמעותי וקצת על האחרים, ויש כאלו שמאוזנים לחלוטין

זה יבוא לידי ביטוי במבחן שלנו – ונצטרך להראות שאנו מבינים את תפיסות הערכים בקניין. יש שאלות שהן שאלות מדיניות – דברים שדיברנו עליהם בכיתה, והתייחסנו לאיך הערכים משפיעים על עיצוב הדין. אנו צריכים לנסות לראות שאנו מבינים את תפיסות הקניין, הערכים הקניינים, והאופן בו אנו עושים שימוש בערכים אלו.

**נטילות שלטוניות של מקרקעין**

אחד המופעים היותר מורכבים – כמעט כל מערכות הדינים האפשרויות חלות כאן – קהילה, בעלי זכויות, שלטון מרכזי, שלטון מקומי – מדובר בצומת של דיני הקניין וצריך לדעת איך לפתור את הפלונטר שנוצר בהפקעות.

**כשרות ההפקעה**

מתי ההפקעות יהיו כשרות? זה בד"כ מופיע עם מבחנים – כשפותרים שאלה עם הפקעה – צריך לרשום בצד את המבחנים כי סביר להניח שהם יבואו לידי ביטוי בתשובות.

**פיצוי**.

הרעיון הוא שדיני הנטילה השלטונית (הפקעות) היא מערכת מורכבת שההתייחסות אליה צריכה להיות לפי כשרות ההפקעה, המבחנים השונים והפיצוי.

**המשטר הקנייני בישראל**

צריך להכיר איך המשטר הקנייני בישראל פועל – זכויות הבעלות, החכירה לדורות (והשוואה ביניהם) ורישיון במקרקעין. צריך לחשוב טוב במבחנים אם יש איזשהו נפקות לשימוש בטענה של רישיון במקרקעין – כשאנו יודעים שלרישיון במקרקעין אין איזשהו סעד אחיד – אם העלאת הטענה יכולה להיות נפקות משמעותית לגבי הסעד שנקבל כמייצגים של לקוחות.

**רכישת דירה מקבלן**

דיברנו על 2 סוגים של חובות עיקריות – שכולן נועדו להתגבר על ליקויים קוגניטיביים של קבלן ורכשי דירות – **חובות הגילוי וחובות הבטוחות**. צריך לעבור על חובות הגילוי, מה צריך לצרף ומה צריך לעשות. צריך לעבור על הבטוחות ולוודא שאנו מבינים – זה מאוד רלוונטי לנו כרכשי דירות בעתיד. בעיקר צריך להבין מה הרעיון שעומד מאחורי זה – שאלות מדיניות לדוגמא – בואו נבטל משהו. איך השינוי/ביטול משפיע על התפיסות האלה – שהדברים הללו נועדו לתת לו מענה?

צריך להכיר את פסקי הדין, ולהבין את המטריה הרחבה יותר של כל הסיפור הזה. יש כאן כשלים שאנו באים לתת להם מענה – צריך להביא למי מתגלגלות העלויות, והאם פגיעה/שינוי יכול לשנות את מערך הכוחות בין רוכשי דירות לקבלנים.

**דיני תחרויות**

מדובר בחלק משמעותי בדיני קניין ובמבחן (יהיה לו חלק משמעותי). הדרך הנכונה לפתור את המקרה (שמסבך את החיים) – יש שם שמות (צריך להקפיד עליהם), תאריכים (שנועדו לתת אינדיקציות – מתי נחתמו, מה לפני מה) והמרצה חושב שכיסינו את כל הנושא של הרמזים המובנים בטקסט – נתנו יותר מידי רמזים בטקסט לגבי כל הקריטריונים שצריך לבדוק.

נכון להתחיל בזהות הצדדים. למדנו שיש סוגי תחרויות שונים לחלוטין – זה סופר חשוב לזהות מהי הזכות/הטענה של כל אחד מהצדדים:

**בעל התחייבות לעסקה מול נושה לא מובטח.**

**בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה.**

**בעלים מקורי מול רוכש בתום לב.**

אחרי זה – צריך ללכת ל**סוג המשאב**. צריך לוודא שהבנו על איזה משאב מדובר – הבלבול העיקרי יכול להיות בין מקרקעין רשומים למקרקעין לא רשומים – יכול להיות שני מסלולים שונים לגמרי –

**מקרקעין רשומים.**

**מיטלטלין.**

**זכויות + מקרקעין לא רשומים.**

הרמזים הבולטים – **רישום בטאבו**. אם אנו לא מוצאים את האמירה, אנו צריכים להניח הנחה מסוימת ולפעול לפיה – אבל **צריך לרשום זאת בצורה מאוד ברורה** (למרקר) כדי שאחרי זה לא נדרדר לסיפור הערעורים.

קיימות לנו הנחיות לגבי מקרקעין רשומים

אנו צריכים לקחת בחשבון שהזכויות במקרקעין נכונות לכל הזכויות במקרקעין – כמו בנושא של משכנתאות – גם משכנתא, מי שמקבל התחייבות לרישום משכנתא הוא בעל התחייבות לעסקה במקרקעין – לא תמיד תופיע בעלות, יכולות להיות גם זכויות אחרות.

קיימות הנחיות על מקרקעין לא רשומים וקיימות הנחיות לגבי מיטלטלין.

50% מההצלחה במבחן זה **לזהות מי מתחרה ועל מה הם מתחרים** – לאחר מכן פשוט עובדים על פי סעיפי החוק והפסיקה. (לדוגמא – פס"ד גנץ עשה שינוי – ולכן צריך להתייחס לכך).

דיברנו על נושא ה**שעבודים** – זה לא יופיע יותר ממה שזה הופיע בכיתה – זה בטח לא יהיה השאלה המכשילה של המבחן, אבל צריך לדעת להתמודד – כמו סדר הפירעון, והסעיפים השונים שעליהם דיברנו ביחס לשאלה מתי מותר לרשום שיעבוד אחר שיעבוד, שאלות שנוגעות לסדר פירעון, שאלות של סיווג עסקאות (פס"ד קולומבו), הביקורת – כל הדברים האלה צריכים להילקח בחשבון על ידנו.

**התחדשות עירונית**

**תמ"א 38 ופינוי בינוי –** כדאי להכיר את הרעיונות מאחורי החוק.

בהצלחה!

המבחן הוא אירועון (שאלה ראשונה – תופס עמוד)

השאלה השנייה – שינוי בהצעות חקיקה וההתמודדות שלנו עם ההשלכות של השינוי

שאלת מדיניות – נוגעת בערכים קניינים ודברים שדנו בהם בכיתה – למי שהיה בכיתה יהיה יתרון מובהק – השאלה מבוססת בהרבה על הדיונים שהיו בכיתה.

----------------------------------------------------שאלות הכיתה---------------------------------------------

**שכירות גם בחומר? כן!**

המרצה אומר כי הוא סימן בצהוב את הדברים שלא מחייבים אותנו למבחן. מה שמחייב אותנו למבחן זה רק פסקי הדין, המאמרים והחקיקה שלא מסומנת בצהוב. כל מה שמסומן בצהוב לא מחייב למבחן, ולא נדרש להביא משם אסמכתאות. מי שרוצה להביא משם חומרים – זה מצוין, זה לא יוריד נקודות, אבל זה לא מחייב.

**יש חשיבות לכתוב את פסק הדין? לציין את ההלכה?**

**שי שטרן** – ברור שאם נכתוב את ההלכה עצמה ולא את השם של פסק הדין/השופט המסוים – אתם אמורים לקבל את מלוא הנקודות. הבעיה היא שבודקים 107 מבחנים בשבועיים – הרבה יותר קופץ לעין לבודקי הבחינות אם נכתוב את פסק הדין. לדוגמא – פס"ד גנץ – אם נכתוב את פס"ד, זה ימנע טעויות של הבודקים. מבחינתנו – כדי שלא נגיע למצבי הערעורים – פשוט צריך לכתוב בסוגריים.

ההנחיה באופן כללי היא כן לבדוק את התשובה באופן מהותי. ברור שיש צ'קליסט, אבל אנו כן פתוחים לקבל הצעות אחרות – כמו תשובות נכונות שלא חשבנו עליהם.

מטרת הערעור מבחינת המרצה – לתקן טעויות, ולתת ביטוי לאנשים שחושבים קצת אחרת.

הבחינה היא 3 וחצי שעות (או 3 שעות) – המקסימום שאפשר בפקולטה. הזמן לא יהיה הבעיה שלנו. המבחן הוא לא מבחן זיכרון – אלא מחשבה וניתוח. לא מעניין את המרצה מי זוכר יותר טוב או פחות טוב. הלחץ של הזמן לא תורם לנו כסטודנטים, ולכן אין הגבלת זמן כבדה. המרצה כן אומר – לא תמיד הכמות זמן תורמת (אנשים סתם מעמיסים דברים לא נכונים/משנים את התשובות).

מה שכן יגביל – הנושא של המקום. זה נובע בעיקר מהצורך לבדוק את המבחנים נורא מהר, וכדי למנוע כתיבת דברים שלא קשורים לשאלה עצמה. המטרה היא לתמרץ אותנו לדברים החשובים, וגם כדי לאפשר לנו לקבל את הציונים בזמן סביר.

ההנחיה של המרצה היא לא להוריד נקודות על דברים שלא קשורים – אם כתבנו דברים לא קשורים, בדרך כלל לא יורדים נקודות (אלא אם זה ממש טעות).

כל מה שנכניס בחמישה העמודים הראשונים – זה מה שיקרא. כל מה שמעבר – לא יקרא.

**יש חשיבות לסדר מענה התשובות?**

אפשר לכתוב איזה תשובה שאתם רוצים באיזה סדר.

-------------------------------------------------------------------------------------------------------------

מדובר בקורס משמעותי שתמיד נחשב – גם המאמנים וגם עורכי הדין זוכרים את הקורס כקשה ומעניין, והמטרה היא שנצליח. פחות משנה למרצה הציונים.

שי תופס את ההוראה כהלחמות בתמריצים המאוד גדולים של להשקיע במחקר ולהתעלם מההוראה – כי בעיקר מה ששי רואה בכיתה שלנו זה את עורכי הדין, חברי הכנסת של המחר – אנשים שישפיעו על כל החברה החל מהעשור הקרוב ומעלה.

שי מאמין שההוראה זה הרבה יותר חשוב ממחקר. שי מקווה שמי שהגיע נהנה. בסוף הכל חולש על חיי כולנו. הניסיון להציג את הקניין בתור משאב ללא משמעות ערכית זה הדבר הבעייתי ביותר.

מי שמאתנו מעוניין להתעסק בתחום – שי יוציא קול קורא לעוזרי מחקר. עבודה לא קלה אבל מעניינת.