דיני קניין- ד"ר שי שטרן

[shai.stern@biu.c.il](mailto:shai.stern@biu.c.il)

[elishanoam@gmail.com](mailto:elishanoam@gmail.com)

**שיעור 1- 14/10/18**

**סעיף 3 לחו"י כבהו"ח**: "אין פוגעים בקניינו של אדם"- בשביל לפגוע בזכות לקניין חייב לעמוד בפסקת ההגבלה לפי **סעיף 8**.

הזכות לקניין הוגדרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית, ולכן יהיה ניתן להתגבר על האיסור הזה רק כאשר פועלים לפי תנאי פסקת ההגבלה.

# **על מה יש לי זכות קניין?**

1. **פטנט**= רעיון, המצאה, גילוי מסוים שאדם **רושם** אותו על שמו. זה צריך להיות משהו שמשנה משהו בעולם, ושאף אדם לא רשם אותו לפניך.

פטנט הוא זכות קניינית. כלומר, שיש לאדם מונופול עליו- הרווחים הם שלו, הוא בעל היכולת לעשות שינויים במוצר וכו'.

חוק הפטנטים מגביל את בעל הפטנט *במגבלת הזמן*- זכות הקניין נגמרת כעבור תקופה מסוימת. בנוסף יש הגבלת של *רישיון כפייה*- אם גורם מסוים לא מנצל את הפטנט בצורה ראויה, יכול המפקח לתת רישיון לגורם אחר, שאין לו זכות קניינית לפתח את המוצר כדי להשתמש בו בצורה ראויה (למשל אם רושם הפטנט "מאיים" על המדינה שהוא דורש מחירים מסוימים גבוהים וכד').

למרות שזכות הפטנט מגנה על קניינו של אדם, היא גם מגבילה את כוחו.

חשוב לציין כי נתינת *רישיון כפייה* למשל ע"י המפקח- **לא פוגעת** בזכות לקניין **בסעיף 3 לחו"י כבהו"ח** ואין צורך לבדוק אם נתינתו עומדת בפסקת ההגבלה.

1. **זוג שיש לו דירת מגורים משותפת והם מתגרשים- מה קורה לגבי הנכס?**

בעיקרון הנכס שייך למי שהדירה **רשומה** על שמו בטאבו. כשמדובר על בני זוג, המציאות בישראל עד שנות ה70 הייתה שבד"כ רק אחד מבני הזוג היה רשום על הדירה ובד"כ זה היה על שם הגבר. כשהגיעו למצב של גירושים- לפי **סעיף 7 לחוק המקרקעין**- מי שהנכס רשום על שמו, הדירה שייכת לו ובבעלותו.

פס"ד בבלי-

אדון בבלי מתגרש ומגיע לביהמ"ש כדי לקבל בעלות על דירתו לפי **סעיף 7 לחוק המקרקעין.** ביהמ"ש (לשם שינוי) בא ואמר לו שרק חצי מהדירה היא על שמו ואילו החצי השני שייך לאשתו.

ביהמ"ש אומר **שאין פגיעה בזכות הקניין של הגבר**, משום שהחצי השני של הדירה מעולם לא היה בבעלותו ועד עכשיו החלטות ביהמ"ש בנושא זה היו שגויות. ביהמ"ש אומר שכעת הוא עושה הבהרה לזכות הקניין של הגבר.

כאשר מדובר בדירה של שני בני הזוג, חזקה היא שהדירה בבעלותם של **שני** בני הזוג.

1. **זכויות יוצרים**= באים לתת הגנה ליוצר על הזכויות שלו. בד"כ מדובר בכ-70 שנה. בתוך הטווח של ה70 שנה, האם אדם יכול לעשות שימוש ביצירה של האדם?

זכויות יוצרים היו בנויות עד לאחרונה כך שאדם היה עושה שימוש ביצירה של מישהו, אך החוק נתן הגנה שאם השימוש היה שימוש הגון- יש פטור מאחריות. כלומר, **הכרה בפגיעה, אך ניתנת הגנה**.

כיום חוק זכויות יוצרים אומר שיש היתר **מלכתחילה** לעשות שימוש ביצירה של אדם. השינוי בחוק הבהיר מהי זכות הקניין של זכויות יוצרים. כיום, כאשר אדם עושה שימוש בזכויות יוצרים- אין כלל פגיעה בזכות הקניינית של היוצר.

# **מהי זכות קניינית?**

## **תאוריות להסברת זכות קניינית:**

1. הייחוד של זכות הקניין ביחס לזכויות אחרות- לבעל הזכות יש זכות כלפי הנכס עצמו, ולא כלפי אדם אחר. **הזכות היא מול הקניין**.

זכות חוזית תהיה זכות ביחס לאדם אחר, ואילו זכות קניינית היא ביחס לנכס.

הבעיה העיקרית היא שנכסים הם לא גורם שמושא לזכות חובה. מערכת יחסים בין אדם לבין חפץ היא המשגה בעייתית במשפט.

1. **התאוריה הפרסונאלית**- ההבדל בין זכות קניין וזכות חוזית, היא בהיקף הקשרים המתקיימים. לפי תאוריה זאת, גם בקניין וגם בחוזה מדובר ביחסים המשפטיים בין בנ"א. בחוזה מדובר במערכת חוזית בין **כמה** בנ"א, ואילו בקניין מדובר במערכת מול **כל** העולם, ולא אנשים בודדים.

אין הבחנה בקשר האנושי, אלא **ההבדל הוא בכמות ובהיקף הקשר**.

הבעיה בתאוריה הזאת, היא שכל ההיסטוריה של המשפט הפרטי מבחינה בצורה ברורה בין חוזה לקניין, ואילו תאוריה זו לא נותנת משמעות מהותית להבחנה ביניהם.

1. **תאוריה מודרנית קלאסית-** התאוריה העיקרית שעליה מסתמכים. מדברת על יחס משולש. זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. המייחד זכות קניינית הוא **זיקה בלתי אמצעית לנכס**, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של חייב.

*לדוגמה*, אדם שלוקח הלוואה מהבנק, הבנק יכול לרשום את הזכות של הבנק במקרקעין כערובה לזכות הקניינית לנכס של האדם הלווה. לכאורה מדובר במערכת חוזית.

הבנק יכול לדרוש את הבטחת ההלוואה בדרך של רישום משכנתא, דרך רישום משכון על נכס המקרקעין של האדם, שבמידה שהאדם לא יחזיר את ההלוואה- הבנק ילך ישר לנכס (יוציא את האדם מהתמונה) ויפרע אותו ממנו. בצורה כזאת יש לבנק זיקה בלתי אמצעית לנכס.

## **דיאלוג של תפיסות קנייניות-**

וויליאם בלקסטון- משפטן אנגלי. הוא כתב 2 ספרים על החוק האנגלי. הוא כתב משפט אחד על קניין, ובגלל תפיסה זו הוא נחשב לכהן הגדול של **התפיסה הליברטיאנית.**

"הקניין נמצא בשליטתן המוחלטת והבלעדית של הבעלים".

תפיסה זו אומרת **שקניין הוא שרירות בעלים מוחלטת**!

כלומר, תפיסה זו אומרת שגם אני כבעלים צריך להבין שלבעל קניין אחר יש מונופול מוחלט על קניינו, בדיוק כמו שלי יש על קנייני.

בנוסף, לפי תפיסה זו כל דבר שנעשה ייחשב פגיעה בקניין.

יוצא מכך שכל התערבות של המדינה בקניין שלי, כמו לקיחת מס על הדירה שבבעלותי, היא פגיעה בקנייני. כל גריעה ממה שיש לי היא פגיעה בקניין.

התפיסה הנוגדת לבלקסטון, היא **התפיסה ההופלדיאנית**.

הופלד עשה טבלה שמחלקת מבחינה רעיונית את מערכות היחסים בחברה.

הופלד אומר כי יש להסתכל על הקניין בצורה כזו שכאשר אדם אומר שיש לו זכות קניין על משהו, אין לכך משמעות ברורה.

אם יש לאדם זכות קניינית לנכס מסוים, לא מחייב שיש לו בעלות מוחלטת. לפעמים זכות הקניין היא מאד מצומצמת.

*למשל*, הזכות לשכירות. זוהי זכות קניינית, אולם היא מוגבלת רק לשימוש. אין לשוכר בעלות מוחלטת על הדירה למרות שיש לו עליה איזושהי זכות קניינית.

לפי הופלד, אנחנו יכולים להבנות לכל מקרה את הצורה והמאפיינים שאנו רוצים לתת לזכות הקניין במקרה הספציפי הזה.

לא ניתן להסתכל על זכות קניינית בצורה כזו שיש לך בלעדיות מוחלטת על הקניין.

(מהמחברת של אור כהן):

**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.

### **מישור תורת משפטי**-

יש הבחנה תורת- משפטי בין 2 קצוות של תפיסות קנייניות. מצד אחד של הרצף עומדות **תפיסות פורמליסטיות (form)**, תפיסות צורניות שמקפידות על הצורה יותר מאשר על התוכן (יש תבנית/הגדרה מדויקת). תפיסות אלה באות ואומרות שמה שמעניין אותן זה הכללים והשבלונות שיש בחוק. *למשל*, **סעיף 7 לחוק המקרקעין**- מבחינת תפיסה זו, לא היינו מגיעים להלכה בפס"ד בבלי.

*הבעיות* לפי תפיסה זו הן שאין גמישות, לא ניתן לתת פרשנות ויכול להיווצר מצב של חוסר צדק. לפי תפיסה זו, אין לשופטים שום סמכות לעשות איזונים וכד', אלא יש להיצמד ללשון החוק.

מהצד השני של הרצף עומדות **תפיסות ריאליסטיות**, תפיסות שמסתכלות על המציאות. תפיסה זו אומרת שלא ניתן לקבוע דרישות צורניות שמכתיבות תוצאה בכל מצב, משום שהעולם איננו שחור-לבן. אם אנו רוצים להסתכל על השטח באמת, ולהביא לתוצאה נכונה וצודקת יותר- יש להסתכל על הנסיבות ולהתאים את התוצאה למקרה.

*היתרון* בתפיסה זו, הוא שנעשה בירור אמיתי מה הזכות שנפגעה. *החיסרון* הוא המרחב של השיקול דעת שיש לשופטים, וחוסר וודאות של האנשים לגבי התוצאה של כל מקרה. ובנוסף, אנו נתונים לאופי של השופט.

מדינת ישראל נמצאת על הרצף. לא לגמרי פורמליסטית, אך גם לא לגמרי ריאליסטית. הכל תלוי ברצונות ובערכים של השופטים.

**שיעור 2- 21/10/18**

### **מישור התחולה**

על הרצף יש 2 תפיסות.

**תפיסות מוניסטיות (אחד)**= תפיסה המבוססת על ערך אחד. בוחנים את המציאות באמצעות ערך אחד. בקניין הערך המרכזי דרכו בוחנים את המציאות הוא דרך **חירות הבעלים.**

כדי לענות על השאלה האם נפגעה זכות הקניין, צריך לבדוק האם חירות הבעלים נפגעה באופן כלשהו.

תפיסה מוניסטית שרואה את המציאות דרך חירות הבעלים – בדר"כ תראה שיש פגיעה בכות לקניין ואז השאלה היא רק כיצד או האם לפצות.

תפיסה מוניסטית אחרת, המקדשת ערך יחיד היא **תפיסת הרווחה המצרפית/ יעילות**. זהו ערך חברתי נוסף שהוא ערך יחיד.

לפי ערך זה, יש להכריע עימותים משפטיים בהתאם למשוואה הכלכלית של העלויות והרווחים של כלל הציבור.

*לדוגמה*- *במדיניות של צמצום תאונות דרכים*- צריך להחליט האם להקצות סכום מסוים לצמצום תאונות דרכים, אנשי היעילות יבדקו את הרווחים וההפסדים אם ישקיעו את הכספים. אם הם ימצאו שזה לא יעיל להקצות את הסכום למלחמה בתאונות דרכים מהסכום למשל של ביטחון- אז הם לא יסכימו להשקיע בצמצום ת"ד (כלומר, אם ימצאו שבתאונות מתים 300 איש, ואם יקחו מהסכום של ביטחון כדי לצמצם מספר זה ימותו בביטחון 500 איש- אז זה לא יעיל ולא שווה השקעה).

2 התפיסות הללו, הן תפיסות מוניסטיות. בכל אחת מהן יסתכלו על ערך אחד! *או* על תפיסה של חירות הבעלים *או* על התפיסה של היעילות.

מהצד השני של הרצף יש **תפיסות פלוראליסטיות (רבים)**= תפיסה שעושה איזון בין ערכים שונים. תפיסה שאורמת מלכתחילה שלא מכריעה על פי ערך אחד, אלא עושה איזונים בין כמה ערכים.

*לדוגמה*- אדם שחי בבית משותף, יש לו בעלות משותפת על הבית. נניח שהוא רוצה לתקן את הגג כיוון שיש משם נזילה- אסור לו להזמין אדם שיתקן את הגג על דעת עצמו, משום *שהערך של קהילה* עומד מול *הערך של חירות הבעלים*. זכות הקניין של נפרט כפופה לחירות של הקהילה.

**חוק המקרקעין** מגדיר את האיזון בין החירות של הבעלים לבין החובות של הקהילה. **חוק זה הוא ביטוי לתפיסה הפלוראליסטית.**

*דוגמה נוספת*- אנחנו מאשרים לחוק להגביל את זמן שמירה על זכויות הפטנט, משום שאנו מאזנים בין הרווחה המצרפית, לבין חירות הבעלים/ הזכות לקניין.

**\*\***למבחן- כל תפיסת קניין ליברלית, נותנת משמעות/מקום לחירות הבעלים. זהו ערך **שחייבים** להתייחס אליו (ואז השאלה היא האם הוא עומד לבד, ערך מוניסטי, או שיש לעשות איזון בין ערכים אחרים מולו).

### **מישור נורמטיבי**

על הרצף יש 2 תפיסות.

התפיסה הליברטיאנית והתפיסה הליברלית.

**התפיסות הליברליות** = תפיסות שיוצאות מנקודות המוצא של היחיד, ומאזנות בין היחיד לבין החברה.

**התפיסות הליברטיאניות**= תפיסות שמתעלמות 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 תהיה 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** היה למעשה מלחמה ערכית בין שתי תפיסות עולם ערכיות מנוגדות.

שקד ייצגה את הגישה ה**ליברטיאנית** 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.

פס"ד טנא נוגה-

השופטת שם עושה בירור ערכי סביב השיקולים. למרות שזהו לא תפקיד השופט, השופטים בפס"ד זה דנים לפי הערכים שלהם, ולא לפי מה שאומר החוק.

## **מאפייני הזכות הקניינית-**

1. **שליטה וניהול**- בכל זכות קניינית חייב להיות איזשהו יסוד של שליטה וניהול. אם זכות קניינית מגיעה בלי שום יכול שליטה של הבעלים, כנראה שלא מדובר בזכות קניינית.

בדין הישראלי- השופט חשין מייצג תפיסה יותר ליברטיאנית של קניין שנותנת מקום מרכזי לחירות הבעלים.

*הבעיה*- יש הנחה שלכל בעלים יש זכות לשלוט ולנהל את הנכס. הבעיה העיקרית היא בהפקעות, כאשר יש צורך לדבר על **אובדל השליטה והניהול** של אנשים שהקרקע שלהם מופקעת.

*דוגמה*- Susette kelo- בשנת 2005 ביהמ"ש העליון האמריקני מחליט לדון בתיק שמדבר על הפקעת קרקעות (למרות שהוא מקבל רק 200 תיקים סכ"ה בשנה, לעומת מדינת ישראל שמקבלת 12,000 תיקים בשנה!!).

בהתחלה לא הבינו את הסכמת ביהמ"ש לדון בתיק זה.

בתיק זה יש הכרעה שעוסקת בשליטה וניהול של הבעלים.

1. **שימוש**- **חוק המקרקעין** אומר שמותר לבעלים להחזיק בקרקע, להשתמש בה ולעשות בה כל דבר.

השאלה היא האם באמת מותר לעשות בה כל דבר.

הספר PLAYING DARTS- מדבר על האם יש לי את הזכות להרוס (right to destroy). אם *למשל* קניתי את המונה ליזה- האם יש לי זכות בבית שלי הפרטי לשרוף אותה, או להשתמש בה כקליעה למטרה?!

יש מקומות בהם המחוקק בא ואמר שאסור לך לעשות איזה שימוש שאתה רוצה. שיש דין שמכופף את הזכות לעשות ולהשתמש בקניין שלך כרצונך.

1. **עקיבה ועדיפות**­- מבחינה תיאורטית הנכס אינו מתווך באמצעות אדם אחר. מבחינה מעשית דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק, דיני תחרויות ועוד.

אם *למשל* איבדתי את הפלאפון שלי ואחרי שנה אני רואה את הפלאפון שלי למסירה ביד 2.

האם אני רשאי ללכת לאותו אדם ולקחת ממנו את הפלאפון שלי?

למרות שיש לך כביכול זכות על הנכס, יצרנו מנגנונים במקרים מסוימים שימנעו שתהיה לך שליטה מלאה על הנכס.

במקרקעין הרבה פעמים קורה מצב שבעל הנכס מוכר דירה ל2 אנשים. ואז יש את שיקולי העקיבה (שיקולי תקנת שוק בעיקר), אך מצד שני יש את שיקולי הרווחה המצרפית.

אם תמיד יהיה לך חשש שיבואו הבעלים של החפץ- אנשים לא יקנו. ולכן יש חוק שבמקרים מסוימים הבעלים לא יכול לעקוב אחרי הנכס. יש לעצור את העקיבה של הבעלים בשלב מסוים כדי לאפשר תקנת שוק.

1. **עבירות** (מלשון להעביר)- אני יכול להעביר את הנכס שלי לאדם אחר. יש לי זכות לקחת את המשאב ולהעבירו לאדם אחר.

זוהי זכות מוגבלת.

*לדוגמה בדיני ירושה*- בדיני ירושה נקבע שמותר לקבוע 2 דורות קדימה מי יקבל את הירושה וזהו. אסור לי להמשיך אחרי 2 דורות להחליט מי יקבל הלאה את הירושה.

יש להגבלה זו 2 שיקולים:

1. **שיקול כלכלי**- אין לי אפשרות לדעת יותר מ2 דורות מי ימקסם את היעילות הכלכלית.
2. **שיקול חברתי**- אם לא היתה ההגבלה למשל בעבר, סביר להניח למשל שכל הבעלי קניינים היו גברים. כיוון שהגברים היו אומרים להעביר ירושה רק לגברים וזה לא היה יכול להשתנות. ולכן יש צורך להגביל זכות זו, כדי לאפשר לשינויים חברתיים לקרות.
3. **חיובים**- GREOGORY ALEXANDER- זכות הקניין כוללת בתוכה חיובים כלפי אחרים. יש נורמה של חובה חברתית שהיא חלק מהקניין. הוא מראה שבעלי קניין תמיד היו מחויבים כלפי הקהילות שלהם/כלפי אנשים אחרים. מעולם לא היה מצב שלמישהו היתה חירות על הקניין שלו בלבד.

*לדוגמה*- *ועדת קבלה ליישובים קהילתיים*- ועדת קבלה זו מגבילה על הפרט למכור את ביתו לכל אחד. יש לפרט ביישוב חובות כלפי שאר אנשי הקהילה.

אחד המאפיינים של זכות הקניין הוא החובה שהוא כולל כלפי אחרים. זהו **לא משהו שמתנגש** עם הזכות לקניין, אלא אחד **המאפיינים** שלו.

1. **פומביות**- מאפיין חשוב בזכות לקניין. עסקה במקרקעים טעונה רישום!

**סעיף 7(א) לחוק המקרקעין**- עד לרגע הרישום אין קניין, יש התחייבות.

כל זמן שלא רשמנו את הבעלות שלנו על הנכס- **אין זכות קניינית**. אנחנו לא נהיה הבעלים.

אם לא רשמנו למשל את הבעלות שלנו על הבית בטאבו- הבית לא שלנו, אין לנו בעלות על הבית.

כאשר בימ"ש דן במצב של היעדר רישום, ההכרעה לרוב תהיה מבוססת על עניין הפומביות.

1. **הרשימה הסגורה**- מנסה לצמצם את הריאליזם המשפטי.

**סעיף 161-** "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק זה".

סעיף זה 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.

**יש לכך 2 סיבות:**

1. **סיבה כלכלית**- אנו לא רוצים שיקרה מצב שאנו לא יודעים מי בעל הנכס. אנו רוצים לדעת בדיוק מה מערך החובות והזכויות במוסדות הקנייניים. לא ורצים יקרה מצב כל אדם יגדיר את החובות והזכויות בדרך שלו, ולכן יש צורך שהרשימה תהיה סגורה. כדי שהשוק יעבוד כמו שצריך.
2. **סיבה נורמטיבית**- מי שצריך לקבוע את השיקולים הקנייניים הוא רק המחוקק. זה לא עניין שצריך להיות נדון ע"י השופטים. המחוקק הוא זה שמשקף אותנו, והוא משקף את ההכרעה הערכית. כל הכרעה אחרת תהיה הכרעה לא מוסמכת שלא בהכרח משקפת את הציבור והערכים שלו.

**שיעור 3- 24/10/18**

## **יש כמה סוגי קניין:**

1. **קניין פרטי**- בתים, קרקעות, נכסים, מיטלטלין. מאפשרים לבני אדם לרכוש בעלות פרטית בנכסים אלו.
2. **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.
3. **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 (*כמו* גז), וקניין משותף זהו מקרה של קניין פרטי – אני לא חייב להחזיק את הנכס בעצמי, אני יכול להחזיק אותו במשותף.

## **הצדקות לקניין הפרטי-**

למה נכון לאפשר לבעלים פרטיים להיות בעלים פרטיים של נכסים?

1. **הצדקת החירות**- ההצדקה הבולטת ביותר בקניין. כל תפיסות הקניין הליברליות, מתמודדות עם ערך החרות בקניין. ערך זה מהווה אף הצדקה ספציפית לקניין פרטי ולא קולקטיבי- כיוון שככל שיש לאנשים נכסים שבבעלותם, הם פחות כפופים למדינה, ויש להם יותר כוח לפעול ולממש את עצמם.

כאשר יש לאדם יותר נכסים- הוא מגדיל את האוטונומיה שלו.

רוברט נוזיק- כל המשטר של קניין פרטי- **מטרתו ביסוס חירותו של האזרח ביחס למדינה**, וגם ביחס לסביבתו. ככל שלא ניתן קניין פרטי- אנו מבטלים את האוטונומיה של האדם.

(לקראת מותו, נוזיק חזר בו ואמר שהוא לא מאמין שאנשים הלכו שולל אחרי דבריו, והוא לא התכוון להגיד שאנשים יחיו כאינדיבידואלים).

**נוזיק הביא 3 כללים:**

1. **כלל תפיסה תקפה**- כחברה, כמדינה, אנחנו צריכים לקבוע כללים ברורים מתי נכס הופך להיות בבעלותו של אדם. בישראל- כלל התפיסה התקפה הוא שחייב **להירשם** כבעלים.
2. **כלל העברה תקפה**- אם אני רוצה להעביר את הנכס לאדם אחר, יש לקבוע כללים איך עושים זאת.
3. **כלל תיקון**- צריך להיות מודעים לכך שבחברה כללי התפיסה וההעברה לא יתקיימו כראוי. יכול להיות מצב של שרשרת העברות שהיה פגם באחת ההעברות (*למשל* מישהו שגנב את הנכס ואז המשיך את שרשרת ההעברות בצורה תקינה בהתאם לכלל העברה התקפה)- האם אנו נחזור חזרה לשלב של הפגם בשרשרת או שנמשיך את השרשרת בצורה תקינה? יהיו מקרים שננהג כך, ויהיו מקרים שננהג אחרת- וזה נקבע בכלל התיקון.

**חירות**= אוטונומיה = הרצון לתת לבעלים את היכולת לשלוט בנכסיו, לכתוב בעצמו את סיפור חייו.

* **ביקורת**:
* האם אנו רוצים להפוך את הקניין לדרך הביטוי של בנ"א? אם אנו תופסים את הקניין כערך חשוב בחירות אנושית- אנו מגבילים את "מהי חירות" (מגבילים בכך שחירות נתפסת כהחזקה בנכסים, ולא ביצירה חופשית וכדומה).
* ביקורת תורת משפטית- הופלד אומר שמול כל זכות- יש חובה. כך שמול הזכויות החזקות של קניין פרטי- יבואו חובות של אחרים. לכן האם כאשר אני נותן חירות בקניין פרטי- אני מאפשר יותר חירות בחברה ככלל?

**בכל עבודה ובכל מבחן- להכניס את ערך החרות של הבעלים!!**

1. **הצדקת העבודה**-

ג'ון לוק- כתב את "המסכת על הממשל המדיני"- שם הוא כותב פרק שלם על קניין. הוא אומר כי אלוה-ים נתן לבנ"א במשותף את כל מה שהוא יצר בעולם, חוץ מגופו הפרטי של האדם (במובן אובייקטיבי). אך הוא אומר כי **קניין פרטי מוצדק כאשר יש ערבוב עבודה של אדם עם משאב- רק זה מקנה לו את המשאב.**

**לוק מביא כמה סייגים-**

יהיה מותר להפקיע נכסים מהקניין הקולקטיבי לקניין פרטי רק כאשר:

1. נשארים מספיק משאבים לכלל, ובאיכות לא פחות טובה (*אם למשל* יש רק תפוח אחד על העץ- אסור לקחת אותו ולהפוך אותו לקניין פרטי).

**\*\*** הסכמה של הכלל לא נצרכת- כיוון שאם היינו מבקשים הסכמה על כל הפקעה מהכלל אל הפרט- אנשים לא היו חיים (*אם למשל* על כל תפוח שאני רוצה לאכול אני צריך לבקש מהכלל- עד שאשיג הסכמה כזאת- אני אמות מרעב).

1. ניתן להפקיע מהכלל אל הפרט רק את מה שנחוץ לך- אחרת זה יהיה "בל תשחית".

משמעות התפיסה- השקעתי, עבדתי- ולכן מגיע לי להפקיע את הקניין ולהפוך אותו לקניין פרטי.

* **ביקורת**:
* חסר במשאבים- בעולם שלנו יש חסר במשאבים (קרקע/ מים וכו')- ולכן קשה לדבר על "הכשר" לקניין פרטי במצב שאין חסר במשאבים, כי זו לא מציאות קיימת.
* תאוריית הערבוב-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.
* נמלה 1- צרצר 0- האם תמיד צריך לתת לאדם בעלות על העבודה שהוא השקיע בה, ללא קשר ליעילות, כמות ההשקעה וכד'?

האם חייבים להכיר בכך שאדם שהשקיע במשהו מקבל את כל ה100%, או שאפשר שאדם יקבל רק איזשהו אחוז של בעלות?

התפיסה של לוק נמצאת בבסיס הלימוד המשפטי האמריקאי למרות כל הבעייתיות שבה.

**תפיסת העבודה כגמול**- היא תפיסה שמאפשרת לנו כחברה להבין את התפיסה וליישם אותה באופן ראוי.

אדם שמשקיע עמל בדבר מסוים- מגיע לו תגמול מהחברה. אנו כחברה רוצים לתמרץ אנשים להשקיע בפיתוח העולם.

אנו נתמרץ על התנהגות והשקעה ראויה ע"י מתן זכויות קנייניות ונעשה זאת בצורה מידתית:

1. רק התנהגות ראויה מזכה בפרס.
2. הפרס ניתן רק אם התוצאה של העשייה היא חיובית.
3. הפרס צריך להיות פרופורציונלי.

אנחנו לא מתגמלים כי מגיע לך, אלא כי אתה תורם לחברה בפיתוח ובהשקעה שלך- ולכן אנו רוצים לתגמל אותך.

אדם זכאי לקבל גמול כי הוא **השקיע** בשביל זה, וגם אנו עושים זאת כדי **לתמרץ אחרים** לפתח עוד.

1. **בעיית הפעולה המשותפת**-

הארדי- THE TRAGEDY OF THE COMMONS- בעיה גדולה של החברה האנושית.

היא בעיה כיוון שקשה מאד לגרום לאנשים לגבור על האינטרס האישי המיידי שלהם, ולשתף פעולה עם אחרים.

*לדוגמה*-

* *מרעה*- יש מרעה שיכול להכיל 10 פרות כדי להיות יעיל. אם יש 4 בעלים שלכל אחד מהם יש 5 פרות- יש סכ"ה 20 פרות. הגיוני לעשות חלוקה כדי שכולם יצליחו להעלות את הפרות שלהם. אם נכניס יותר מ10 פרות- המרעה יפסיק לעבוד.

אם ניתן את המרעה לבעלות משותפת ל4 הבעלים- כל אחד יעלה כמה שיותר פרות שלו, ואף אחד לא ירגיש מיידית "בכיס שלו" את ההשפעה על המרעה, אך לבסוף לא יהיה לאף אחד- וזאת הטרגדיה של השיתוף.

הסיכוי שאנשים יעדיפו לוותר על רווח מיידי לטובת רווח עתידי- הוא סיכוי קלוש (אנשים יתעלמו מהנזק הסופי).

* *דילמת האסיר*- אם אני תופס 2 אסירים ומכניס אותם לחדרי חקירות נפרדים. הם יודעים מה העונש הצפוי להם בכל אחד מהמקרים-

אם אסיר א יכחיש ואסיר ב יכחיש- כל אחד יקבל שנתיים.

אם אסיר א מודה ומפליל גם את השני, ואסיר ב מודה ומפליל את השני- כל אחד יקבל 5.

אם אסיר ב מודה ומפליל את השני, ואסיר א מכחיש- אסיר ב יקבל 0 ואסיר א יקבל 10 (כי הוא לא הודה).

התוצאה האופטימלית- היא הכחשה- שכל אחד יקבל שנתיים (סכ"ה 4- זה הכי קצת שיוצא מצירוף של שניהם).

בפועל- כל אחד מודה ומפליל את השני- ואז יוצא שכל אחד מקבל 5 שנים (סכ"ה 10).

זאת משום שכל אחד ימקסם את הרווח שלו, כי בנ"א מעדיפים את הרווח המיידי.

בנ"א עושים זאת כיוון שהם מפחדים מהמצב שהשני לא ישתף פעולה, ואז התוצאה תהיה הרבה יותר גרועה (כמו שמקרה השלישי).

חלק גדול ממה שמנסה המשפט לעשות הוא הסדרה ושיתוף פעולה, כדי להימנע ממצב של התרוששות וגרימה להגדלת הרווחה המצרפית.

רק באמצעות של קניין פרטי, ניתן לשמור בצורה האופטימלית על המשאבים.

Hardy אומר שההצדקה לעבור ממשטר קולקטיבי לפרטי- היא **הצדקת היעילות**.

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.

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

הרולד דמשץ- **רווחה חברתית**-

המשפט צריך להתערב ולעשות שיתוף פעולה כפוי כדי לשמור על רווחה חברתית מקסימלית ותקינה, וכדי למנוע מבני אדם להעדיף את תורת עצמם בעכשוויות, תוך פגיעה ברווחה המצרפית בעתיד.

**הרולד דמשץ טוען 3 דברים:**

**א.** הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קנין מסוימת בהכרח.

**ב.** הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות- על השותפים ועל דורות העתיד.

**ג.** האבולוציה- הן של מושאי הקניין והן של הדרכים משטר של קניין- כלומר, אנחנו צריכים להיות קשובים להתפתחות האבולוציונית, לשים לב כי עלויות הפיקוח/ המשטר משתנות. יכול להיות שאם עלויות הפיקוח זולות, עדיף להישאר במשטר קולקטיבי ולא לעבור למשטר קנייני פרטי. כלומר, יש לבדוק כל פעם מהו המשטר הקנייני הרצוי מבחינת השאת הרווחה החברתית.

דמשץ טוען כי האופן הטוב ביותר להצדקת משטר קנייני היא משוואה כלכלית שמטרתה להשיא את הרווחה החברתית. הרדי שטען כי השאת הרווחה המצרפית שווה בהכרח לקניין פרטי. דמשץ חולק עליו וטוען שהשאת הרווחה המצרפית תלויה בהתפתחות המציאות, ולכן יש לעשות בכל תקופה בחינה מחודשת של המשוואה הכלכלית במטרה להחליט איזה משטר משיא את הרווחה החברתית, וזה לא בהכרח יהיה משטר של קניין פרטי.

1. **הצדקת האישיות**-

מרגרט רדין- טענה כי יש מושאי קניין מסוימים הקשורים לגרעין האישיותי של האדם. **ע"מ שהאדם יוכל לחוות את עצמו בצורה הטובה ביותר- הוא חייב שיהיה לו קניין פרטי**.

לא מדובר על נכסים שאני נותן להם ערך יותר גבוה מבחינת יעילות או מבחינת אוטונומיה, אלא מדובר על טיעון נפרד שעומד בפני עצמו- נכסים שהופכים להיות חלק מהאישיות שלי.

יש ציר בין נכסים חלופיים לבין נכסים אישיים.

*בית המגורים* הוא הנכס האולטימטיבי שהמשפט רואה בו נכס שקשור לאישיות של האדם שגר בו.

ההשלכות המעשיות לכך הן שיש הצדקה לתת בעלות פרטים לנכסים שהם חלק ממני.

בנוסף, ניתן **הגנה חזקה** יותר לנכסים הקשורים ל**אישיות** האדם, וניתן **הגנה חלשה** יותר לנכסים **חלופיים** שאינם קשורים לאישיות האדם.

1. **הצדקת הקהילה**- בנ"א צריכים לחיות את חייהם באופן בו הם רוצים לחיות את חייהם, ולכן צריך לתת להם מוסדות קהילתיים השונים אחד מהשני- כדי לאפשר לכל אחד לחיות כרצונו.

יש 3 תפיסות עיקריות:

1. **ליברטריאני**- נוזיק- קהילה היא אוסף של פרטים. **אין באמת קהילה.** אנשים יכולים לחבור זה לזה, אך ברגע שהפרט ירגיש כי הקהילה מצמצמת את חירותו האינדיבידואלית- הוא (הפרט) תמיד יגבר.
2. **ליבראלי**- חנוך דגן- צריכים לאפשר קהילה, אך **הקהילה צריכה להיות מוגבלת**. היכולת של הכלל להכפיף את הפרט- צריכה להיות מוגבלת.
3. **קהילתני**- אדוארדו וגרג- **הקהילה היא עיקר**. צריכים לתת מוסדות שיתופיים, כולל כאלה שיגרמו לקולקטיב לדרוש הקרבה של זכויות מהיחיד. וזה אף רצוי, כיוון שיש המון בנ"א שמאמינים בתפיסה קולקטיביסטית והמדינה חייבת לאפשר להם לחיות כרצונם.

**שיעור 4 – 28/10/18**

**יש 3 שלבים בכניסה לקהילה:**

1. **הכניסה לקהילה**- הקהילה מסננת את האנשים שיכולים לקנות אצלה נכס (*כמו* ועדות קבלה ליישובים).
2. **המשטר בקהילה**- מה קורה בין המדינה לקהילה. האם המשפט של המדינה צריך להתערב בהתנהלות פנימית של קהילות קנייניות?
3. **היציאה מהקהילה**:

**א.** אדם מחליט לצאת מהקהילה- האם ובאילו תנאים אדם יכול להחליט שהוא עוזב קהילה גיאוגרפית.

**ב.** החלטה של הקהילה בדבר הוצאה של חבר- שאלה קשה, הנדונה בעיקר בקהילות אדוקות כמו קיבוצים, ועד כמה המשפט והמדינה יכולים להתערב בהחלטה שכזאת.

**ג.** הפקעה

## **צדק חלוקתי-**

ההשלכות החלוקתיות שיש לדיני הקניין- כאשר אנו מחליטים החלטה על קניין כלשהו, מהן ההשלכות החלוקתיות/ מה זה אומר ביחס לאחרים בחברה?

יש שאלה גדולה האם צדק חלוקתי צריך להיות חלק מהמשפט הפרטי?

**להכנסת צדק חלוקתי למשפט הפרטי יש כמה טעמים:**

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

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

**הטעם החיצוני** אומר כי כל הכרעה משפטית משפיעה על הצדק. כל החלטה כזאת היא בעלת השפעה על הצדק החלוקתי בנושא הקניין.

**הטעם הפנימי** אומר כי 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.

## **קניין פרטי- במה?**

באיזה סוג של נכסים אנו רוצים לתת קניין פרטי?

באיזה נכסים לא נסכים שיוגדרו כקניין?

אנחנו בודקים אם לתת לאדם שיש לו פטנט - זכות קניינית, לפי כל ההצדקות לקניין הפרטי – אם ניתן לאדם זכות קניינית על משאב מסוים, בודקים האם זה מתמרץ וישיא את *הרווחה המצרפית*? האם רלוונטי לגבי *האישיות* של האדם? האם הענקת זכות קניינית לאדם פרטי מעצימה את *החרות* שלו?

לפי בדיקת ההצדקות/ התכליות, אנו נראה האם נכון להעניק לאדם זכות קניין פרטית על משאב/ נכס מסוים.

פס"ד מקדונלד-

ביהמ"ש דן בשאלה של הזכות לפרטיות מול הזכות לפרסום.

הוא חוקר **כל הצדקה**, ולפי זה הוא מכריע האם זוהי זכות הראויה להגנה.

כדי לבדוק מהן זכויות הקניין ומהו היקף הזכות לקניין- נעשה זאת דרך בדיקת כל ההצדקות.

### **מוסד קנייני-**

***חוק הדיור הציבורי***- זהו מוסד קנייני.

1. הוא לא בבעלות הפרטית של אותו אדם.
2. זוהי זכות שהיא מצד אחד חצי פרטית, ומצד שני היא בבעלות המדינה.

הסיבה שאדם מקבל זכות לקניין ציבורי- היא כנראה כי זה עוזר לחברה מבחינה חלוקתית. הזכויות של אדם זה, יהיו שונות מזכויות אדם שיש לו בית משותף (בעלות קניינית פרטית רגילה).

***דיור מוגן***- זכויות של אדם שמחזיק דיור מוגן, כוללות את העובדה שמדובר באנשים מבוגרים- שאין להם את היכולת לבדוק כל דבר בחוזה. ולכן אדם המקים דיור מוגן חייב להשיג רישוי, והמדינה אף קובעת לו איך הדירות צריכות להיראות וכו'.

***חוק המקרקעין***-

**סעיף 58א-** "בעל דירה חייב להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקתו התקינה ולניהולו של הרכוש המשותף ולהבטחת השירותים המחויבים על פי דין..."

החוק קובע כי במוסד קנייני של בית משותף, הבעלים אינו יכול להחליט לבד כי הוא לא מסכים למשל למעלית וכד' ולכן הוא לא משתתף בהוצאות.

לא מאפשרים לבעל דירה להיות הבעלים הבלעדי, אלא הוא חייב להשתתף בהוצאות של הבית המשותף אם השאר הסכימו לכך.

**סעיף 60ב**- "סירב בעל דירה... רשאי המפקח לצוות על בעל דירה...את זכותו בדירה לאדם אחר שיקבע בעל הדירה, ושיבוא במקומו לכל הנוגע לחובת ההקמה או התיקון".

ניתן לחייב את האדם למכור את הנכס לאדם אחר, כדי שאותו אדם אחר יסייע לעשות את השינוי בבית המשותף.

לצד חרות הבעלים, יש חובות כלפי האחרים.

המחויבות הזאת כ"כ גדולה- שניתן לכפות על אדם למכור את דירתו.

**המשמעות של זה** היא שבמוסד קנייני יש איזונים ערכיים שונים, מאשר איזונים שהיינו עושים לבית פרטי.

* **מקרים בהם דנו בסוגים/ משאבים שונים של נכסים שהתלבטו אם לתת בהם קניין:**
* The New Property – צ'רלס רייך- הקניין החדש-

אדם שחי בארה"ב בתקופה בה היה סנטור – והיה ביעור החברה האמריקאית מקומוניסטים.

הוא היה חבר בתנועה קומוניסטית, והחליטו לפטר אותו מהעבודה ולהכניס אותו לכלא בשל שייכותו למפלגה קומוניסטית. והוא בורח מארה"ב. ושללו לו את זכותו לפנסיה.

נשאלה השאלה האם זה מהווה פגיעה בקניין?

האם אנו מסתכלים על זכויות פנסיה/ קצבת נכים וכד' כמשהו **שלנו** או כדבר **שהמדינה** עושה לטובתנו, מעין מתנה. ואז אם המדינה מחליטה לשלול קצבאות- אין עם זה בעיה כיוון שזה פשוט מצב שהיא מפסיקה "לחלק מתנות".

צ'רלס אומר כי במציאות המודרנית, בה חיי האנשים תלויים בקצבאות הללו- אנחנו צריכים להיות בעלי זכות קניינית באותן קצבאות וכד'.

צ'רלס קובע כי מדובר בזכות קניינית של המקבלים שלהם, ולכן **אם פוגעים בקצבה- פוגעים בזכות לקניין של המקבלים.**

* פס"ד מנור- מדבר על קצבאות זקנה.

רצון לקצץ את הקצבאות.

האם דבר זה הוא פגיעה של הממשלה בזכות הקניין של האנשים, או שמדובר בשינוי תכנית כלכלית של המדינה?

ברק- היתה הזדמנות לאמץ את שיטתו של צ'רלס במדינת ישראל. יש בישראל את הקניין החדש, אך בקצבאות זקנה לא צריך להגיע כ"כ רחוק- כיוון שמדובר בחיסכון של האנשים בצעירותם לכשיהיו זקנים. לכן מדובר בשינוי הנוגע מהקניין הפרטי לקניין הפרטי ואין פגיעה של המדינה, אלא פגיעה בחיסכון שלי- **ושינוי החיסכון שלי וודאי פוגע בזכות הקניין הפרטי**.

* פס"ד מנחם-

רצו לפתוח את השוק לכלל האוכלוסייה, שיהיה מותנה בתשלומים לטובת רכישת רישיון ולא מותנה בתנאים ספציפיים של כל אדם.

בייניש- לא מאמצים את הקניין החדש.

**אין כיום בישראל פס"ד שמגדיר הטבות/ גמלאות וכד' הניתנים לאוכלוסייה מסוימת**. **לא אימצו בישראל את "הקניין החדש".**

* The Reliance Interest in Property- ג'וזף סינגר- אינטרס ההסתמכות בקניין-

מאמר המדבר על עיר באוהיו.

הסיפור הוא שבעיר היו מפעלי פלדה גדולים מאד, עיר תעשייתית.

באיזשהו שלב המפעלים החליטו כי הם מפסיקים לפעול ומעתיקים את עבודתם למקום אחר.

המשמעות הכלכלית של זה היתה שהמון עובדים מפסיקים לעבוד.

היה משא ומתן של העובדים מול החברה, בכך שאמרו שעצם העובדה שעבדו במפעל עשרות שנים, הם הפכו להיות סוג של בעלים בחברה, ולכן צריכים לתת להם את האפשרות להמשיך ולהפעיל את החברה.

ג'וזף בא ואומר כי כשאנחנו עובדים במפעל- אם אנו עובדים עשרות שנים והופכים להיות ממש חלק מהמפעל, באיזשהו שלב- אנו רוכשים זכויות קנייניות כלשהן במפעל.

ג'וזף אומר כי **הטעם המשפטי לכך, הוא אינטרס ההסתמכות.**

אנשים שעובדם במפעל תקופה ארוכה, הם **מסתמכים** על המשך קיום המפעל להמשך קיום חייהם.

**כאשר ההסתמכות שלהם נתקלת במכשול- צומחות להם זכויות קנייניות להבטיח את המשך קיום המפעל.**

בסוף, ג'וזף סינגר חזר בו.

הטיעון שלו בעייתי ב2 מופעים:

1. אינטרס ההסתמכות עצמו הינו בעייתי. לתת זכות מסוימת למישהו בגלל זכות ההסתמכות הוא בעייתי. כיוון ש**אינטרס ההסתמכות הינו 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.

הסתמכות מתחילה להיות כאשר אנו מגדירים כללים/ נורמות שמגדירים לאדם מתי הוא יכול להסתמך. רק כאשר העובדים יודעים את הכלל המשפטי, עובד יכול לבוא ולהגיד שלפני 30 שנה הוא הסתמך על כך.

1. זכות ההסתמכות היא יופי ברמה של תאוריה. אך **הבלאגן שהכלל יוצר הוא גדול**. צריך להיות מאד ברור מתי אנו מעבירים זכות קניינית מאדם לאדם לפי *זכות העברה*.

החוסר בהירות שבזכות זו- גורם לכך שהיא לא ישימה באופן משפטי.

* **האם הזכאות שלנו היא כזאת שמותר לנו להעביר לאחרים? או שניתן להמירה בכסף?**
* שאלה זו עולה בעניין סחר באיברים-
* **למה כן לאפשר סחר איברים?**

1. מלאי האיברים יגדל - אם נאפשר לעשות זאת בצורה חוקית, אנשים יבואו ויתרמו בצורה יותר גבוהה.
2. ימנע היווצרות שוק שחור - הטיעון הכי אפקטיבי לגבי הכשרת הזנות – הוא דווקא בגלל מניעת השוק החופשי/פראי. אנשים ממדינות לא מפותחות תורמים את אבריהם.

* **למה שלא נרצה לעשות זאת?**

1. בעיה חלוקתית - ברור מי ימכור את חלקי הגוף שלו (החברה החלשה – מאגר חלפים לעשירים).
2. מסחור של טובין אישיים – המסר. אנשים ממסחרים את הדברים הכי אישיים שלהם – מסר פוגעני.
3. החצנות על צדדים שלישיים – זוגות שלא יכולים להביא ילדים באים לחוות אנושיות לגידול תינוקות. בסופו של דבר יש כאן צרכן, מישהי שאיכות חייה משתפרת משמעותית, אבל יש פה צדדים שלישיים כמו הילד.

* **קומודיפיקציה**= להפוך דבר מסוים לדבר סחיר.

רוב הטיעונים בספרות/ במשפט הם טיעונים של אנטי- קומודיפיקציה.

קומודיפיקציה זה כאשר הופכים משהו שהוא לא בספרה השוקית לספרה השוקית.

מה חלק מהספרה השוקית ומה לא- נקבע לפי כל תרבות בנפרד.

**יש 2 טיעונים עיקריים:**

1. השחתה- קומודיפיקציה תגרום להורדת הערך של הדבר הסחיר.

*למשל* כאשר סוחרים בילדים- זה גורם לכך שלא רוצים להתמודד עם ילדים עם בעיות (כי שילמנו על הילד).

1. כפייה- אם אנחנו נכשיר לקיחה של משאבים שהם לא בשוק ונכניס אותם לשוק- אנו כופים על החלשים בחברה להשתתף בסחר הזה ולוותר על הדברים שלהם.

*למשל* אם סחר בילדים הוא אסור, אישה ענייה בגלל החוק היא לא תמכור את הילד שלה. אך אם זה יהפוך להיות "כשר"- אישה תצטרך/ תיכפה למכור את בנה ע"מ להמשיך להתקיים (כי אם לא תעשה זאת- יבואו אליה בטענות שהיא לא עוזרת לעצמה להתקיים).

* סיכום ביניים-
* זכות הקניין מבטאת הכרעה חברתית, הנשענת על איזון בין ערכים שונים: חירות, עבודה, אישיות, רווחה מצרפית וקהילה.
* כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש- הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.
* אין משמעות אחידה לזכות הקניין.
* החוק הוא תולדה של איזון ערכי.

## **בעלות-**

**סעיף 13**- "עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בס' 11 ו12 ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת".

**סעיף זה מעלה מספר שאלות:**

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

**שיעור 5– 31/10/18**

### **למה אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין? (השאלה השנייה)**

**הסיבה**- **חשש מפני פיצול יתר של מקרקעין**.

* למה שיהיה פיצול יתר?

ככלל, עסקאות רישום במקרקעין מחלקות את החלקות בישראל ל"גושים" ובתוך כל "גוש" מחלקים לחלקות יותר קטנות. כאשר אני רוכש חלקה, אני בא ללשכת הרישום במקרקעין, מסתכלים על ה"תסריט" וקובעים את תחום החלקה שלי.

כאשר אני רוצה למכור את החלקה שלי, אני חייב למכור את **כולה**, ולא יכול למכור את חלקה.

**אין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין**.

*לדוגמא*- נניח וחלקה מסוימת כולה בבעלותי, ואני עכשיו רוצה למכור חצי ממנה לאדם אחר.

**יש לי 2 אפשרויות לעשות זאת:**

1. **שיתוף**- להזמין אדם נוסף להיות שותף שלי במקרקעין- לקבל 50% בעלות מהחלקה, בתמורה לתשלום. במצב הזה, החלקה עצמה נשארת שלמה מבחינת יחידת תכנון. בפועל, השיתוף מתבצע בצורה כזו שכל אחד מאתנו בעלים ב50% בכל גרגיר וגרגיר בחלקה. לכל אחד מהשותפים יש בעלות על כלל החלקה ב50%, אין חלוקה של החלקה.

ונניח לא היה את **סעיף 13**, נשארת האופציה הבאה-

1. **מכירת החלקה**- אני אמכור חצי מהחלקה שלי לאדם אחר. אולם **סעיף 13** אומר שהאפשרות הזאת לא קיימת- לא ניתן למכור חצי מהחלקה שלי, או חלק מסוים ממנה, לבעלותו של אדם אחר באופן מוחלט ונפרד.

* מדוע **סעיף 13** אוסר על חלוקת חלקות ע"פ רצון הבעלים?

**בגלל חשש מפיצול יתר**. מכירה כזו תביא לחלקות ותתי-חלקות, כי כל אחד מהבעלים ימכור חלקים מהמקרקעין שלו להרבה גורמים.

**ישנן 3 סיבות עיקריות לחשש מפיצול יתר:**

1. **בעיית איתור**- פיצול יתר עשוי להקשות עלינו מאוד "לקבץ" מחדש את המקרקעין. קיבוץ החלקיקים יהיה יותר יקר, ולדעת רוב הדעות- גם בלתי אפשרי. יהיה לנו מאוד קשה למצוא את כל המוני הבעלים של חלקיקי החלקות. על מנת לקבץ בחזרה את המקרקעין ליחידה שאפשר לעשות איתה משהו, יש לקבץ את כל הבעלים בחלקה וזה יהיה קשה מאוד.
2. **עלויות העסקה**- עלויות העסקה של קיבוץ חלקה שיש בה המון בעלים הן גבוהות לאין ערוך מעלויות רגילות של חלקה בבעלות משותפת. יש עלויות של מו"מ, עו"ד, עלויות עסקה כלליות של מידע שעובר ועוד- ככל שיש יותר בעלים יש יותר עלויות והעסקה יותר מסובכת.
3. **פעולה משותפת** (בעיית "הסחטן")- אם אני צריך לקבץ בחזרה את כל החלקה שלי, והצלחתי להשיג אותה מכל הבעלים, יש סיכון גבוה שאחד מבעלי החלקה לא ירצה להחזיר לי את חלקו במקרקעין במחיר שוק רגיל, בגלל שהוא יבין את הצורך הגדול שלי בפיסת החלקה הזאת, וכך הוא יוכל לסחוט אותי. הסיכוי שהוא ימכור את חלקיק הקרקע שלו במחיר שוק הוא נמוך ביותר.

ואז תיפגע היעילות. במצב כזה המדינה עשויה להיקלע להרבה מאוד ליטיגציה והתדיינות מול בעלים שירצו לסחוט אנשים אחרים/ את המדינה- ואז זה יוביל שהעלויות יהיו מאוד גבוהות, והמדינה רוצה להימנע מכך.

* מי אמר ש"תסריט" החלקות הקבוע **בסעיף 13** הוא אופן החלוקה הראוי? אולי דווקא חלוקה על חוות דעת הבעלים היא נכונה יותר? מי קבע את החלקות האמורות **בסעיף 13**? מי קבע שזו יחידת השטח הנכונה/ היעילה ביותר לעבודה?

החלוקה נעשית ע"פ נתוני הקרקע, התשתיות שצריך בקרקע.

כמו כן החלקות לא קבועות- כל יחידה יכולה להיות בגודל אחר ע"פ הצרכים התכנוניים, הסביבתיים והחברתיים באותו שטח. **כל דבר מובנה ונשקל ומחולק ע"פ הצרכים הסביבתיים והקהילתיים של אותו האזור**.

**סעיף 13** למעשה כולל בתוכו את החלוקה הרחבה יותר- יש בחלוקה הזו אמירה נורמטיבית **שהחלוקה שבסעיף היא החלוקה הראויה ביותר מבחינה נורמטיבית, ולכן אין לפצל את החלקות מעבר לחלקות האמורות בסעיף זה**.

זוהי הנחת היסוד לכך **שסעיף 13** אוסר על פיצול יתר- מתוך הנחה שכבר חילקו את החלקות בצורה ההוגנת והראויה ביותר.

* **סעיף 38(א)- פירוק על פי הסכם או צו בימ"ש**

פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים. נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות **חוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965**, וכל חיקוק אחר בנדון.

הפירוק הינו סיבה נוספת להצדקת ההיגיון ש**בסעיף 13**. אם החלקה תהיה מפוצלת לבעלותם של המון אנשים, יהיה קשה לעשות פירוק לחלקות וכמעט בלתי אפשרי, כיוון שהפירוק דורש שיתוף והסכמה של כל השותפים.

* 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.**

שוק תקין יביא למצב של מקסימום יעילות ויאפשר/ לא יאפשר את פיצול הבעלות לפי התועלת המרבית. אנשי הכלכלה מאמינים כי משאב ימצא את עצמו בסופו של דבר בידיים היעילות ביותר, ולכן יימצא הגורם שיקבץ את המקרקעין האלה בצורה יעילה ויצליח לפתח את המקרקעין בצורה היעילה.

**אולם, יש 2 בעיות:**

1. **כשלי שוק (הסיבה העיקרית)**- הרבה פעמים השוק לא באמת מצליח להתנהל בצורה יעילה, ולכן אנחנו צריכים לנסות כמה שיותר להביא למצב האופטימלי בעצמנו ולא לסמוך על השוק שידאג לעצמו.
2. **שנאת/אהבת סיכון ציבורית-** כשאנחנו נכנסים לשוק אנחנו מסכנים את עצמנו בצורה מסוימת. אנשים שאוהבים סיכון יהמרו הרבה ויסכנו את עצמם. אולם כשמדבור במשאב ציבורי כמו מקרקעין, יש מעין שנאת סיכון מובנת בתוך קבלת החלטות שקשורות בנושא הזה. גם אם השוק יעבוד והדברים עשויים להיפתר מעצמם, עדיין אנשים עלולים לפחד כיוון שמדובר בכסף ציבורי ומשאבים ציבוריים. אנשים חוששים להיכנס לאתגרים/ הרפתקאות ביחס למשאבים ציבוריים.

**בגלל 2 הסיבות הנ"ל, סעיף 13 שם חסם על פיצול יתר, וקובע שאסור לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין. החסם הזה מעיד על כך שאנחנו לא סומכים על השוק לבדו**.

### **מהם החריגים שצופה החוק? (השאלה השלישית)**

**סעיף 13 לחוק המקרקעין** מוסיף "והכל כשאין בחוק הוראה אחרת"- אז מהם החריגים?

1. **בתים משותפים/ בעלות נפרדת בדירות**- **סעיף 54-** "על אף האמור בסעיף 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות"- בבית המשותף יש דירות ויש רכוש משותף (מדרגות, חניות וכו').

אם מסתכלים על בית משותף כחלקה, אז איך ניתן לעשות עסקאות על הדירה הפרטית שלי אם זה חלק מחלקה **אחת** משותפת? הרי אני בעלים במשותף.

דירות בבית משותף, מוחרגות **מסעיף 13** וניתן לעשות בהן עסקאות בנפרד (כל דירה "לעצמה").

זה מתאפשר כיוון שאם אנו רוצים החלפות ועסקאות, אנו מאפשרים לבעלי הדירות באופן אינדיבידואלי לעשות עסקאות, וזאת **מסיבה פרקטית**. אם אנו רוצים מוסד של בית משותף, חייבים לקבוע שכל אחד מבעלי הדירה, אחראי על דירתו באופן אינדיבידואלי.

למעשה, יש לכל אחד מבעלי הדירות את היכולת להעביר דירה באופן עצמאי.

* אם אני מוכר את הדירה שלי, והולך ללשכת הרישום בטאבו ע"מ להעביר בעלות- איך הטאבו מזהה את הדירה הספציפית שלי בתוך כל החלקה של הבית המשותף?

יש רישום מיוחד של בתים משותפים, וברגע שרושמים חלקה כבית משותף- רושמים תתי- חלקות.

כל אחת מהדירות מקבלת מספור של תת-חלקה, וכך יודעים מהי הדירה שלי בתוך כל החלקה.

1. **זיקת הנאה**- **סעיף 93(ג)**- "על אף האמור בסעיף 13, יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין"- זוהי זכות קניינית- יש לי שטח שהוא שלי, ולמרות שהוא שלי אדם אחר יכול לעבור בו. יכולת לעשות שימוש במקרקעין ללא חזקה במקרקעין.

לא מסתכלים על אדם שנכנס לשטח שלי כאדם שיש לו זיקת הנאה, אלא רק על אדם שעושה שימוש מסוים, ספציפי, ואין התנגדות של בעל הדירה לשימוש זה.

זוהי זכות שיכולה להינתן **בהסכם**- שאני מרשה לך *למשל* לעבור בשטח שלי.

או שיכול להינתן **בשתיקה**- מכוח השנים, שזה מה שנעשה כבר שנים. אם אני יושב במקום מעל 30 שנה והבעלים לא מחה- יש לי את הזכות של זיקת הנאה ואם אני רושם את הזכות בטאבו- זה נהיה זכות קניינית לכל דבר.

יש פס"ד שמדבר על מצב בו יש מכרה חול- והגישה הכי נוחה למכרה החול היא דרך קרקע פרטית.

אפשרות 1- לעקוף את הקרקע הפרטית וזה ייקח יוצר זמן ועלויות גבוהות יותר.

אפשרות 2- לבקש זיקת הנאה מבעל הקרקע הפרטית ולעבור דרך הקרקע שלו. או לא לבקש אישור, ואם תעבור שם מעל 30 שנה בלי שהבעלים מוחה, תהפוך לך הזכות מכוח השנים.

**בשביל לקבל זיקת הנאה- לא צריך לעשות שימוש בכל השטח. יכולה להיות לך זיקת הנאה רק על חלק מהמגרש למרות סעיף 13!**

1. **הפקעה של מקרקעין**- לא כפופה **לסעיף 13**. זוהי רכישה כפויה של מקרקעין ע"י רשות מסוימת.

**זוהי לא עסקה ולכן לא נכנסת בגדר סעיף 13.**

פס"ד אקונס- בהקשר מנהרות הכרמל.

כמה אנשים שמפקיעים להם את הקרקע. המדינה לא לקחה את הבעלות על הקרקע, אלא הפקיעה את זכויות השימוש והחזקה של **תת- הקרקע**. היא נמנעה מלהפקיע את כל הקרקע.

**ביהמ"ש**- זה כמו להפקיע בעלות. אתה בונה מנהרות שיישארו לתקופה ארוכה מאד, ואין לך כוונה להחזיר את החזקה והשימוש לבעלים.

המדינה הסבירה שבגלל **סעיף 13** היא הפקיעה את הקרקע, וביהמ"ש אומר לה **שרכישה כפויה במקרקעין איננה עסקה ולכן לא צריכה לעמוד בתנאים של סעיף 13**.

המדינה צריכה להפקיע את המינימום הנדרש, ולכן יכולה להפקיע רק את תת-הקרקע (למרות שזה סותר את **סעיף 13**).

1. **שכירות (החריג המרכזי)**- **סעיף 78**- "על אף האמור בסעיף 13, ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין".

פס"ד לוסטיג-

הייתה חלקה ובעלי החלקה מחליט להשכיר לתקופה ארוכה של 999 + 999 שנים לגורם אחר. למעשה לקחו חלקה אחת וחילקו אותה ל-2 משפחות/בעלים שונים.

**השאלה** שעלתה שם היא האם שכירות ל-999 שנים היא העברת בעלות בנכס או שהיא עדיין שכירות?

האם חכירה ארוכת טווח נחשבת לשכירות או האם היא כבר תיחשב לבעלות?

אם מדובר **בבעלות**, אז אסור לפצל את החלקה. אם מדובר **בשכירות** (אחרי 999 שנים) אז היא נכנסת תחת **סעיף 78** וניתן לחרוג **מסעיף 13**.

**ביהמ"ש** אומר כי חכירה לדורות היא **כמעט בעלות** (חלוקה של קרקע ל999 שנים, זה למעשה חציית המקרקעין וכמעט בעלות).

אך זה עדיין מוגדר **כשכירות**, ולכן נכנס תחת **סעיף 78-** ומותר לחלק את המקרקעין ולהשכיר רק חלק מהקרקע.

ביהמ"ש למעשה מבטל את כל הרציונל של **סעיף 13**. אם המדינה מתנהלת בחכירות, אין כמעט שום משמעות **לסעיף 13**. ביהמ"ש מודע לכך, ולמרות כל זה ביהמ"ש מכריע שחכירה לדורות נכנסת ל**סעיף 78,** גם ל-999 שנים.

**המשמעות של פסק הדין היא כי ביהמ"ש רוקן מתוכן את סעיף 13.**

1. **ירושה**- **סעיף 6**- "עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכאות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה".

ירושה היא פעולה שנעשית. היא לא תואמת את המאפיינים של עסקה (*כמו* קונה/מוכר מרצון).

ירושה לא כלולה תחת **סעיף 13**, ולכן אם אני רוצה לחלק את הקרקע בירושה- אני לא כפוף **לסעיף 13**, אך יש לכך את הכללים שלו.

*למשל* בנחלה חקלאית- רק **אחד** יכול לרשת את הקרקע החקלאית. לא ניתן ליצור שיתוף על קרקע זו.

(בפועל לא ניתן לפצל קרקעות בירושה, כי למרות שזה חריג **לסעיף 13**- יש לכך את המגבלות שלו).

### **מה מוסיפים סעיפים 11 ו12 על הקרקע? (השאלה הראשונה)**

**סעיף 11**- **עומק וגובה**- מדבר על מתחם הבעלות במקרקעין.

רובד תת קרקעי, קרקעי ועל קרקעי – שכולם נמצאים בבעלותו של הבעלים.

יש דינים מיוחדים שמתייחסים לרובד **התת- קרקעי**: לנפט, מים מכרות ומחצבים. וכן לגבי הבעלות **העל קרקעית** (החלל)- כפופה לכך שניתן לטוס מעל השטח שלך.

לא ניתנת האפשרות לעשות חלוקות בין שלושת הרבדים, לעשות פיצול.

לא מדובר בענייני הפקעות.

**יהיה במבחן- סעיף 12**- **המחובר לקרקע**-

"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".

*דוגמה*-

* יש בעלים המשכיר את דירתו לאדם ב'. לאדם ב' חם מאד, והוא מתקין מזגן.

לאחר כמה שנים המשכיר מחליט למכור את דירתו.

אנשים אחרים חתמו הסכם מכר על הדירה.

אדם ב' מפרק את המזגן מהקיר. טענתו היא כי הוא התקין את המזגן ולכן הוא לוקח אותו איתו.

לפי **סעיף 12**- השאלה האם מזגן נחשב *כחיבור של קבע*, או *כמחובר הניתן להפרדה*.

* חברה שרוצה להיכנס לשוק.

היא נמצאת בתחום ייצור מסוים, והיא מבינה שהיא צריכה לרכוש את המכונה הכי חדשה בשוק, אחרת היא תצא מהשוק.

החברה הולכת לבנק ומבקשת הלוואה לצורך רכישת הנכס.

הבנק מלווה לחברה את הכסף לשם רכישת המכונה.

אחרי שנה החברה כשלה, ולא הצליחה להיכנס לשוק ופושטת רגל. היא מגיעה למצב של חדלות פירעון.

מגיעים 2 בנקים לגבות כסף. בנק דיסקונט- שיש לו משכנתא על הקרקע. ובנק לאומי- שהלווה את הכסף בשביל המכונה שכרגע מחוברת לקרקע (נניח אפילו עם בטון).

מי מהבנקים יזכה במכונה? בנק דיסקונט שכל הקרקע היא שלו כולל מה שמחובר אליו דרך קבע, או האם בנק לאומי שהמכונה היא "שלו" וזה נכס הניתן להפרדה?

השאלה היא האם המכונה נחשבת כחלק מהקרקע או לא. אם היא לא נחשבת כחלק מהקרקע- אז ברור שזה שייך ללאומי. אך אם היא נחשבת כחלק מהקרקע- מי יזכה בה? לאומי או דיסקונט?

**שיעור 6- 4/11/18**

למעשה, מחוברים לקרקע זה סוג של תחרות במקרקעין.

התחרות תוכרע בהתאם להחלטה אם מדובר בנכס שמחובר למקרקעין, או אם מדובר בנכס שניתן להפרדה.

נושא זה בא לידי ביטוי בעיקר **בפירעון של חובות** כאשר יש הרבה מאד נושים, שכל אחד מהם רוצה את פירעון החוב.

* **מתי נכס מיטלטלין מאבד את אופיו ככזה (מיטלטל), והופך להיות חלק בלתי נפרד מהמקרקעין?**
* וייסמן- **תפיסה ריאליסטית**- אם נפרש את **סעיף 12** באופן טכני, נגיע לתוצאות אבסורדיות.

כמעט כל נכס כיום ניתן להפריד. וברור שזאת לא היתה כוונת המחוקק. המחוקק לא רצה ש**רק** נכסים שבשום אופן בעולם לא יהיו ניתנים להפרדה, ייחשבו כמחוברים לקרקע.

לא יכול להיות שזאת מטרת הסעיף.

חשוב למבחן- וייסמן מציע **לדחות** את המובן הפיזי של הסעיף, ומציע לבדוק לפי **3 מבחנים מצטברים**:

1. **מבחן החיבור הפיזי**- למרות שדחינו מבחן זה, עדין חייבים **להתייחס** למבחן זה. לא יכול להיות *למשל* שמכונית שעומדת על המקרקעין הופכת להיות חלק מהמקרקעין, משום שאין לה שום חיבור פיזי. ולכן יש להתייחס למבחן הזה.
2. בודקים אם הנכס מחובר.
3. בודקים מהי מידת הנזק הן לקרקע והן למשאב עצמו, אם ננתק את המשאב.
4. **מבחן סוג הנכס**- מסתכלים על **המאפיינים** של הנכס. בצורה פונקציונאלית. בודקים האם מטיבו של הנכס להיות מחובר או להיות מנותק. *למשל* מזגן/ חלון/ ברז- האם דרכם להיות מחוברים או מנותקים?
5. **מבחן הכוונה**­- בודקים את **כוונת** הצדדים.

אובייקטיבי/ סובייקטיבי? איך נכון לבדוק את כוונת הצדדים?

אם כתוב במפורש בחוזה, פועלים לפי מה שכתוב, לפי מה שהסכמנו עליו מראש.

אך אם (בדר"כ) לא כתוב במפורש- ואחד הצדדים טוען כי הם דיברו על זה, או התכוונו למשהו מסוים, אז פועלים בצורה הזאת-

1. אם הצדדים קרובים (כלומר, 2 אנשים שכורתים ביניהם חוזה. כמו אדם ששוכר מאדם אחר. **2 בעלי הדין** שבסכסוך נמצאים ביחד בביהמ"ש וניתן לבדוק מה היתה כוונתם שאשר כרתו את החוזה. גם יותר *קל* להוכיח את כוונתם וגם יותר *נכון* ללכת לפי כוונתם)- נבדוק באופן סובייקטיבי ככל האפשר. זה **יתמרץ** את הצדדים להחליט על הדברים מראש.
2. אם הצדדים רחוקים (כלומר, אם שוכר הכניס מזגן למקרקעין- אבל כאשר הוא רוצה להוציא את המזגן, הוא לא מתנהל מול האדם שאיתו הוא חתם על החוזה, אלא עם **אדם שלישי**. יש בעיה לבדוק סובייקטיבית כיוון שהאדם השלישי לא היה בעת חתימת החוזה)- נבדוק באופן אובייקטיבי ככל האפשר.

* **הפסיקה מכילה מבחני מדיניות נוספים:**

1. **מבחן מונע הנזק הזול (מבחן עיקרי)**- הגורם שהיה הכי זול עבורו למנוע את הנזק- עליו נטיל את האחריות.

מבחן זה מתמרץ את מונע הנזק הזול לפעול בשביל למנוע את הנזק.

1. **וודאות השוק**
2. **עידוד פעילות כלכלית**
3. **שיקולי יעילות מצרפית**

* סיכום ביניים:

שלושת המבחנים של ויסמן חייבים להיבדק ראשונים.

אך ביהמ"ש בהחלט דן בשיקולי המדיניות הנוספים. ולכן יש לדון בהם גם בקצרה.

פס"ד סמדן- אוצרות טבע ועתיקות-

חברה שהיתה לה בעלות במכרות נפט. בחוק כתוב שהמפקח רשאי להביא גם זכויות הובלה של הנפט.

השאלה היתה האם המילה "רשאי" מדברת על *חובה* או על *אופציה*.

*חובה* כדי לתמרץ אנשים לחפץ ולמצוא נפט.

*אופציה* כדי לאפשר תחרות בשוק.

ביהמ"ש דן במוסדות קנייניים.

חשין- חברה המקבלת רישיון לקידוחי נפט יש לתת לה גם את זכויות ההובלה כדי לתמרץ אנשים לחפש ולמצוא נפט. **התמריץ זה זכות הובלת הנפט**.

הערך הראשון הוא התמריץ, *הגמול*.

מולו עומד הערך של *תחרות*.

כאשר כתוב **בסעיף 53** "רשאי"- איך מאזנים בין 2 הערכים? הכוונה היא *חייב* או שהכוונה היא שזה *תלוי* בשיקול הערכי שמאזן בין 2 הערכים?

חשין בא ואומר שאם מסתכלים על הערכים בצורה יותר רחבה- ניתן לראות את 2 הערכים באים כדי להשיא את הרווחה המצרפית.

ולכן יש לבחון את האיזון דרך המשקפת של "השאת הרווחה המצרפית".

בפס"ד זה- **אין לאפשר** את זכויות ההובלה למוצאי הנפט, כיוון שזה יפגע ברווחה המצרפית, בכך שאם יהיה מונופול לחברה אחת- המחירים בשוק יעלו וזה יפגע ביעילות של הרווחה המצרפית.

חשין חורג לחלוטין מתפיסתו לגבי זכות קניינית.

תפיסתו של חשין בדר"כ- היא שיש לאדם זכות קניינית. הרחבת ממד החירות של הבעלים.

אך בפס"ד זה, חשין מאמץ את התפיסה של מוסדות קנייניים שונים.

## **מהות הזכות ומגבלותיה- משפט פרטי**

**סעיף 14**- "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר".

זכות הקניין כשלעצמה קשורה גם באחרים, ולכן אם יש לך זכות קניינית- זה לא כולל את הזכות שלך להפריע לאחרים. הזכות הקניינית שלך איננה שלך במלואה.

בעלות וזכויות שלי במקרקעין כפופות לאיזושהי חובה של לא לגרום לנזק או לאי-נוחות לאחר.

פס"ד שלב נ' הררי מואב-

חילקו חלקה ל3 חלקות. בחלקה אחת היה מכרה חול, והיה צריך להגיע למכרה כדי להוציא את החול.

כדי להגיע לחלקה של החול- צריך לעבור באחת החלקות האחרות.

האם יש זכות לשלב לעבור דרך החלקה של הררי מואב?

**ביהמ"ש** קבע כי יש לשלב דרך חלופית להגיע לחלקה, ולכן אסור לו לעבור דרך החלקה של הררי מואב (למרות שהדרך החלופית יותר יקרה ופחות נוחה).

**שיעור 7- 7/11/18**

פס"ד רדומילסקי נ' פרידמן-

מבסס את זכות היסוד של האזרח הישראלי. במציאות שהיתה **יש זכות לכל אדם להתחבר ולראות טלוויזיה** (לא לענייננו).

המערערת היתה בעלת מבנה שבאחת דירותיה חי דייר מוגן. באופן עקרוני דייר מוגן יכול להישאר בנכס עד תום חייו, ובתרחישים מסוימים הוא יכול להוריש את הזכות לגור בדירה לאדם אחר.

אם בן משפחה קרוב חי עם הדייר המוגן במשך זמן מסוים- הוא זכאי להמשיך לגור שם.

הבת של המשיב (הדייר המוגן) נכנסת להתגורר איתו ומותחים בדירה כבל לטלוויזיה שעובר בחלקה של המערערת.

המערערת מבקשת להסיר את הכבל שלא יעבור בקניין שלה. פגיעה בזכות הקניין שלה.

**ביהמ"ש** מכריז על המערערת כ"מכשפה רעה". אומר שיש לה **עמידה דווקנית על זכות הקניין שלא בתום לב**.

הפגיעה לא באמת פוגעת בה, ולכן אין הצדקה לבקשתה.

* בשני פסקי- הדין מדובר **באינטרסים כלכליים** של בעלי הבית.
* **מה ההבדל בין 2 פסקי הדין?**

פס"ד רדומילסקי- מדבר באינטרס כלכלי של רדומילסקי, בו **היא פוגעת במוסד קנייני שהחוק יצר**. היא מקשה על הבת של פרידמן להישאר בדירה. אם נקבל את תביעתה- אנו נפגע משמעותית בכל תפיסת ההורשה של דיירות מוגנת שאנו בעצמנו יצרנו.

בפס"ד שלב- מדובר על אינטרס כלכלי נטו של שלב. ולכן אין זכות לפגוע בזכות הקניין של הררי מואב.

רוקר נ' סלומון-

בית משותף, בניין שעומד על עמודים. דיירי הקומה הראשונה (רוקר) מחליטים לסגור את קומת העמודים ולהוסיף שם מחסן. הם קיבלו לשם כך אפילו היתר בנייה מוועדה תכנונית (\*יש 2 מערכות שמתנהלות בנפרד- מערכת תכנונית ומערכת משפטית). 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).

שאר הדיירים הגישו ערעור אך עד שהמחוזי דן בערעור- רוקר כבר בנו את מה שתכננו ולא רצו להרוס את המבנה, אך התכוונו לשלם פיצויים על כך לשאר הדיירים (והם גם בנו מחסנים אחרים לשאר הדיירים במקום אלה שבנו עליהם).

**רוקר טוענים-** בשביל מה להרוס? הרי המבנה כבר בנוי.

**ביהמ"ש** מתחלק לכמה דעות:

* אנגלרד- **בדעת יחיד**. לא מעניין אותו זכויות קנייניות. הוא מסתכל מבחינה כלכלית- האם יעיל להרוס את המבנה או האם יותר יעיל לא להרוס ולשלם כמובן פיצויים לשאר הדיירים.

המשמעות של מה שהוא אומר- לא מעניין זכאויות קנייניות (מבטל/ מתעלם ממוסדות קנייניים), אלא מעניין אותנו ערך של יעילות כלכלית (עושה **מאזן נזקים** מבחינה כלכלית).

**והוא מגיע למסקנה שאין להרוס את המבנה**!

* טירקל, חשין ולוין- **בדעת רוב**. הם מדברים על הצורך לצמצם את **סעיף 14**. ברור להם שקניין זה חירות הבעלים- הוא הערך המרכזי. ולכן אנחנו צריכים לצמצם ככל האפשר את **סעיף 14**- כדי לאפשר לערך החירות לבוא לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר. הם אומרים שכן יהיה ניתן להפעיל את הסעיף במקרים חריגים מאד.

**מגיעים למסקנה שיש להרוס את המבנה**!

* ברק, מצא ושטרסברג-כהן- **בדעת מיעוט**. ברק אומר ש: **1)** צריך לראות מהו המשאב (המוסד הקנייני) ו**2)** מהי מערכת היחסים שבתוכו המוסד הקנייני נטוע.

לא מתייחסים לחירות הבעלים, אלא אומרים **שכל מוסד קנייני מכיל איזון ערכי** **אחר המשליך בצורה שונה על איזון הבעלים.** ברור שניטה לראות בכל מיני אי נוחיות ונזקים כהפרה של **סעיף 14** – למרות שאנו בעלי קניין יש לנו מחויבות גדולה לאחרים. ככל שהמחויבות גדולה יותר – נמנע מבעל הזכות לפגוע, למרות הזכויות שיש לו. וזה נבדק תלוי הקשר, לאור הנסיבות.

ביקורת- אם מאמצים את תפיסת המוסדות הקנייניים- זה אומר שכבר עשינו את האיזון. כבר בחנו את השאלה מה היקף המחויבות/ החירות שלך כלפי אחרים. ולכן אם אימצנו תפיסה זו- אין מקום לדון בעמידה דווקנית על זכות ב**סעיף 14**.

(הסבר- **בחוק** כבר נעשה האיזון בין החירות שלך לבין המחויבויות שלך. ולכן אין מקום לבוא ולומר כי יש שימוש לרעה בזכות, כי כבר האיזון בין שימוש לרעה לבין הזכויות שלי כבר נעשה).

* פס"ד זה אומר שאנו צריכים **להתייחס בצורה מצמצמת מאד לסעיף 14**- כי הסעיף נוגד את ערך החירות של הבעלים. אך גם הקבוצה של המיעוט מייתרת את **סעיף 14-** כיוון שהיא אומרת שיש מחויבות לפעול לפי **סעיף 39 לחוק החוזים** של תום לב, ובכל מקרה אנו נפעיל איזון ערכי.

## **המשטר הקנייני בישראל**

רוב המשטר הקנייני בישראל נמצא בבעלות ציבורית.

**יש 3 גופים שהריכוז המשמעותי של הקרקעות נמצא בידיהם:**

**1)** המדינה - רשות מקרקעי ישראל

**2)** המדינה - רשות הפיתוח

**3)** גוף פרטי - הקרן הקיימת לישראל- רכשה קרקעות פרטיות עוד לפני קום המדינה. ועם קום המדינה חתמה על אמנה מול המדינה, שהבעלות תישאר של קק"ל, אך המדינה היא זו שתנהל את הקרקעות כאילו הן שלה.

רשות מקרקעי ישראל בפועל מנהלת את המקרקעין של המדינה, אך הבעלות כן רשומה ומתחלקת בין שלושת גופים אלו.

האמנה בין קק"ל לרשות מקרקעי ישראל-

האם קק"ל יכולה להחליט לחכור קרקעות רק ליהודים?

האמנה קובעת שאין אפשרות לעשות זאת. בכל מקום בו המדינה תרצה לאפשר התיישבות שוויונית- אז עושים סוג של החלפת שטחים, כך שקק"ל תוכל לשמור על צביון יהודי היכן שהיא רוצה (בשטחים שבבעלותה).

חלק מאד מאד קטן מהמקרקעין בישראל הוא בבעלות/ גוף פרטי אחר.

ברוב המוחלט של הרישום בטאבו יהיו רשומים אחד משלושת הגופים.

* **אז איך אנו מחזיקים בדירה ואומרים שהיא בבעלותנו?**

**בישראל יצרנו מנגנון שמפריד בין 2 מגזרים:**

1. **מגזר עירוני**- חכירה ארוכת טווח, חכירה לדורות. זאת שכירות ארוכת טווח.

מה יקרה כשיפוגו החוזים לאחר 98 שנים?

ביהמ"ש הבהיר שברור שכאשר יפוגו החוזים, המינהל יחדש את חוזי החכירה. (פס"ד לוסטיג).

בגלל שבישראל אין דרך לקנות בעלות- צריך להסתכל על מנגנון זה כקרוב לבעלות מלאה ממש.

*בעבר* אם רצית למכור את הדירה, את החכירה לדורות, למישהו אחר- היית חייב לקבל את הסכמת הבעלים, הסכמת המינהל. **חכירה זו היא זכות חזקה** במקרקעין.

*אך כיום*- כבר לא צריך לקבל את אישור המינהל. יש הסתכלות יותר גדולה על בעלות החוכר.

1. **מגזר חקלאי**­- (קיבוצים/ מושבים) יש זכות רישיון במקרקעין. כלומר, בחלק גדול מהמגזר החקלאי **אין זכויות קנייניות** במקרקעין.אלא יש זכות של רישיון, בר- רשות. אין לבר- הרשות זכויות במקרקעין, אלא יש לו הסכמה של בעל המקרקעין לעשות שימוש כפי שהסכימו עליו. **רישיון היא זכות חלשה** יותר שנתונה לרצונו של בעל המקרקעין. בעל הרשות נמצא במקרקעין מכוח הסכמתו/ רצונו של בעל המקרקעין. השאלה הגדולה היא האם באמת יכול בעל המקרקעין לבטל את הרישיון או לבטל את הזכויות, או האם ברגע שנתנו רישיון כבר יש איזושהי חסינות והגנה לבעל הרישיון. **רישיון היא זכות אישית, חוזית. היא לא זכות במקרקעין!**

(כאשר מדובר בזכות חוזית ולא בזכות קניינית- אין לאדם זיקה ישירה לקרקע).

* **למה המדינה משאירה את הבעלות על המקרקעין אצלה?**

יש לכך כל מיני סיבות, אך הסיבה האמיתית היא **סיבה פוליטית.**

כלומר, לצורכי הביטחון *או* חוסר רצון לאפשר למי שלא יהודי גישה ישירה למשאבי קרקע בישראל (לא מבחינה דתית דווקא).

**שיעור 8- 11/11/18**

רחל אלתרמן- מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל-

היא דנה בשאלה האם יש הכרח להשאיר את מרביתם המוחלטת של הקרקעות בניהולה של המדינה?

תשובתה העקרונית- היא **לא**.

אך לפני שהיא עונה, **היא דנה במשטרים האפשריים במדינה**:

נע *בין* התערבות מלאה, *לבין* שוק חופשי.

1. **הלאמה מלאה של הזכויות במקרקעין**- שהמדינה מחזיקה ביותר מ90% מהמקרקעין במדינה. יש בכך עלויות גבוהות בחרות של הפרט. היא מכפיפה את האזרחים לשלטון. נכנסים פה שיקולים של אפליה בקרקעות, שהמדינה צריכה להחליט למי היא "מוכרת" קרקע.
2. **הפקעה מסיבית**- הקרקע בבעלות פרטית, אך נאפשר למדינה לבצע הפקעות מסיביות בשטחים שונים. זאת כדי לשמור בידיה את הכוח להלאים שטחים כשאר היא תצטרך. אך יש בכך שרירות שפוגעת בזכויות האזרחים. (זה קיים במדינות יותר דיקטטוריות/ קומוניסטיות).
3. **רכישה לצורך בנק קרקעות**- מצב בו המדינה לא צריכה להסביר למה היא מפקיעה קרקע. זה לא הפקעה מסיבית, אך היא לא צריכה להסביר מדוע מפקיעה. **רכישה** **לזמן אחר** בו המדינה כן תצטרך להשתמש בקרקע.
4. **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה)**- אם יש לנו קרקע שנמצאת בידי בעלים פרטיים שהיעוד שלה הוא חקלאי. לכל אחד יש *למשל* 20 דונם- המדינה רשאית ברמת העיקרון להפקיע את כל הקרקע שתהיה בבעלותה. אך המדינה גם יכולה לעשות איחוד וחלוקה מחדש של המקרקעין. היא יכולה להפקיע **חלק** מהמקרקעין, ואז **כל אחד יקבל פחות ממה שהיה לו, אך זה יהיה רווחי הרבה יותר**.
5. **הפקעה נקודתית**- הפקעה **לצורך ספציפי**. נותנים לבעל המקרקעין פיצוי כספי.
6. **תכנון ציבורי**- את היכולות שלנו להקים מטרות ציבורית, נעשה לא דרך הפקעות, אלא **שליטה באמצעות תכנון**. אם אני רוצה *למשל* לבנות בית-ספר- אז אני **אשנה את היעוד של הקרקע**, ואז הבעלים ירצו למכור את הקרקע לגורמים שיוכלו לבנות את הבית ספר (כי הוא לא ירצה לבנות בית ספר).

לפי אלתרמן השאלה האם נכון לשמר את **כל הבעלות** בקרקע בידי המדינה *לא שווה* לשאלה האם נכון לשמר רק **מידה מסוימת** של התערבות ציבורית.

* **אלתרמן אומרת שיש 2 סיבות עיקריות מדוע המדינה *כן* צריכה להתערב במידה מסוימת במקרקעין:**

1. **הצדקה כלכלית (כשלי שוק)**-
2. The tragedy of the commons
3. שמירה על משאבים לדורות הבאים- התעלמות מהצרכים של הדורות הבאים.
4. טיפול בהחצנות- לא ניקח בחשבון את ההשלכות של השירותים המצומצמים שאנו נעניק (אם למשל נעשה רק 3 בתי חולים וזהו).
5. שליטה בעיתוי הפיתוח- גם אם אנשים פרטיים יכולים לעשות את הצרכים הציבוריים, *כמו* עזריאלי בת"א- *אופציה אחת* שהמדינה תפקיע את הקרקע ותעשה בעצמה, *או* שמישהו פרטי ידאג ליעוד של הקרקע. אז גם אם התגברנו על כשלי השוק- מי ששולט בפיתוח ובעיתוי של השלמת הפרויקט- יהיה אדם פרטי. כשהקרקע בידי המדינה, המדינה יכולה להפסיק את החוזה עם מי שבונה אם הוא לא עומד בזמנים, אך אם הקרקע בבעלות פרטית- העיתוי לא באחריות המדינה, והוא יוכל להחליט מתי להשלים את הבניה.
6. פערי מידע- יש הרבה מצבים בהם גורמים פרטיים מחזיקים הרבה מאד מידע, אך בהרבה פרויקטים יש צורך להתאגד עם עוד גורמים פרטיים בשביל עוד מידע, ואם הקרקע לא בבעלות המדינה- המידע יישאר אצל הגורמים הפרטיים.
7. **הצדקה חברתית**-
8. קידום ערכים פוליטיים-
9. ביטול פערים חברתיים-
10. הערכות להתמודדות עם משברים-
11. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות-

* **אז למה לא הפרטה מלאה?**

1. **מצרכים בסיסיים לכל אזרח**- אנחנו לא רוצים שאזרחים יצטרכו לשלם על אוויר/ מים. יש מוצרים בסיסיים שלכל אזרח צריכה להיות גישה אליהם.
2. **The comedy of the commons**- קרול רוז אומרת שהמדינה חייבת לשמר שטחים ומשאבים מסוימים בבעלות ציבורית כדי ליצור את המפגש וחברות בין בני אדם – אם נפריט הכל אנו לא נוכל להיכנס לחלקה אחד של השני, ולא יתאפשר לנו בעצם לפגוש את האחרים שחיים מסביבנו, ואז תהיה פגיעה מאוד קשה בחברה, בהון החברתי וביכולת שלנו לתפקד כחברה.

## **מקרקעי ייעוד**

**סעיף 107**- "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."

יש סוג מסוים של מקרקעין (מקרקעי יעוד)- שההשלכה שלהם היא שאנו לא יכולים לעשות בהם שום עסקה שטעונה רישום.

עסקה שלא טעונה רישום- זו עסקה **קצרת טווח**.

אלא אם כן העסקה נעשתה **באישור הממשלה**.

* למה רק מקרקעין?אין הסדר דומה לגבי שום דבר אחר שיכול להיות מושא לזכויות קנייניות. יש הגנה כזאת חזקה רק בנכסי מקרקעין.
* ואם כבר מקרקעין, אז למה דווקא הייעודים של הנמלים, נחלים ומסילות ברזל? למה לא עתיקות או פארקים לאומיים?
* ואם כבר מדברים על קרקעות שכ"כ חיוניים למדינה, אז למה נותנים לממשלה את האופציה כן לעשות עסקאות הפרטה במקרקעין האלו?
* Mrs. Murphy היא פיקציה משפטית של **הדין האמריקאי** לאפליה במגורים.

הFHA הוא החוק שנקבע בארה"ב- שאומר שאסור להפלות במכירה/ רכישה/ השכרה של מגורים (על רקע דתי/ אתני וכד').

לחוק הזה יש הרבה חריגים. החריג הכי בוטא- הוא **החריג של גברת מרפי-**

אדם שיש לו עד 4 דירות במתחם אחד, והוא גר באחת מהדירות האלו- יכול לקבוע למי הוא רוצה להשכיר/ למכור את שאר הדירות שבבעלותו (יותר מ4 דירות- כבר לא "ניתן" להפלות).

בארה"ב החוק נחקק כי המציאות הראתה שאנשים לא רוצים שזרים/ קבוצות אוכלוסייה בעיתיות יגורו אצלם ואולי יורידו את שווי הנכס (יהודים/ שחורים וכו').

האם בישראל אנו נמצאים באותו מצב?

*מצד אחד* יש לי זכות קניין פרטית שלי, ולכן אני יכול בנכס שלי לעשות כרצוני.

*מצד שני* יכול להיות שיש אינטרסים פרטיים שלי, אך אני לא המדינה. אני לא חב באחריות כלפי החברה. העובדה שיש פה למשל מסתננים וכדו'- לא מעניינת אותי, ואני לא חייב לדאוג להם. יש ממשלה וזה באחריותה.

**שיעור 9- 14/11/18 (שני הילביץ)**

### **זכות הכניסה בישראל**

*דוגמה לאפליה:*

***ועדות קבלה ליישובים***

לקיבוצים/מושבים יש רשות לערוך וועדות קבלה.

לפני 20 שנה רוב היישובים הקהילתיים החזיקו וועדות קבלה, מתוקף כך שהם אגודה שיתופית. ואז הגיע פס"ד קאעדן - האופן שבו הוועדה שללה את מועמדותם של הזוג קאעדן ליישוב הקהילתי היה לא חוקתי. הזוג היה זוג ערבי שרצה להצטרף ליישוב הקהילתי קציר. מכוח איזו זכות יכול יישוב לשלול מאדם אפשרות לרכוש נכס?

ברק- אומר כי ליישוב קציר אין שום ייחודיות שעשויה להיפגע כתוצאה מכניסתם של תושבים ערבים/ אנשים בעלי מאפיינים דתיים/אישיותיים כלשהם. אין ליישוב משהו ייחודי להגן עליו ולכן אין להם טענה מוצקה לסירוב כניסה של אנשים מסוימים. פס"ד הזה מכוון **לסעיף 6 בפקודת האגודות השיתופיות** שמאפשר לוועדה לשקול שיקולים שונים- שיקול מעניין הוא שהוועדה יכולה לסרב לקבל אדם ליישוב במידה ויש חשש שהכניסה של אותו אדם תפגע במרקם הקהילתי של היישוב. מה הכוונה המרקם הקהילתי? לא ברור. בפס"ד קאעדן ביהמ"ש אומר שהיישוב לא הצליח להציג שום מרקם קהילתי כלשהו, אין להם מכנה משותף מובהק, ולכן אין סיבה לשלול כניסתו של אדם אחר. הטענה של היישוב היתה מתוך תפיסת עולם ציונית- שהם רוצים לחגוג את החגים הלאומיים , אבל ביהמ"ש טוען שבכל זאת כניסת הזוג לא ימנעו את חגיגת החגים ולכן יש לבחון מחדש את הכניסה של הזוג. עד היום הזוג לא גר שם.

**ביהמ"ש פתח פה פתח גדול לשינוי של זכות הכניסה לישראל-**צמצם את היכולת של יישובים קהילתיים להחזיק וועדות קבלה. ב2010 יש תיקון **לפקודת האגודות השיתופיות** שקובע שרק יישובים קהילתיים שכוללים פחות מ400 בתי אב ורק יישובים בנגב ובגליל- יכול להחזיק וועדות קבלה. המשמעות היא שיישובים גדולים/ שאינם בנגב ובגליל, לא רשאים להדיר אנשים באמצעות וועדות קבלה.

הרעיון שעומד בבסיס ההחלטה הוא שככל שהיישוב קטן יותר/ מרוחק מהמרכז- כנראה שיש ליישוב מרקם קהילתי חזק וכניסה של אנשים חדשים עלולה לפגוע במאפייני היישוב הייחודיים.

**חוק יסוד הלאום** ניסה להרחיב מחדש את סמכות היישובים להגביל כניסה של אנשים. הסעיף האופרטיבי היחיד הוא **סעיף 7(ב)** בו נקבע כי "*המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת*". **ס' 7 (ב)** מכשיר מדיניות של התיישבות יהודית נפרדת. לכן במצב הנוכחי, כאשר יישוב מחליט למנוע כניסה של אדם כלשהו ליישוב, **על ביהמ"ש לערוך איזון** בין **חו"י כבוה"א** של האדם הנדחה ובין **חו"י הלאום**- שמאפשר ליישובים לגיטימציה לשמור על לאום ייחודי שלהם.

**ס' 7(ב)** המתוקן הוא פשרה כלשהי כיוון שהיה צמצום משיטת הקבלה שנעשתה בעקבות **סעיף 7(ב)** המקורי שנתן השינוי נתן כלים לביהמ"ש העליון לבחון.

רוב הביקורת על חוק הלאום היא פוליטית ולא עניינית. החוק הוא בעיקר הצהרתי ואין בו באמת פגיעה בלאום אחר.

המצב כרגע הוא שליישובים קהילתיים קטנים/ נגב/גליל מותר להחזיק וועדת קבלה. **השיקול המרכזי של וועדת הקבלה הוא פגיעה במרקם הקהילתי**.

תקפו את התיקון של **ס' 7(ב)** בפס"ד סבח-

הטענה בפס"ד היתה כי צריך לבדוק כל יישוב בצורה פרטנית ולא לקבוע באופן כללי וגורף כי הדחייה אפשרית רק ביישובים קטנים או ביישובים בנגב/ בגליל.

השופט ג'ובראן (מיעוט)- יש מקרים שבהם צריך לאפשר לקהילות מסוימות להדיר אנשים מהיישוב הקהילתי. מזכיר את פס"ד אביטן בו נקבע כי יהודי לא יכול לקנות קרקע בישוב בדואי. ג'ובראן אומר שיש לעשות אבחנה בין פס"ד אביטן לקאעדן- לדעתו, היישוב הבדואי הוא בעל אופי ייחודי והכנסת אדם יהודי לתוך היישוב עלולה להוביל לאבדן הזהות והמרקם הקהילתי של היישוב הבדואי (**ס' 6 לפק' האגודות השיתופיות**). ג'ובראן אומר שיש להגדיר מהם המאפיינים שכלולים תחת "המרקם הקהילתי" ויכולים להוות סיבה לדחייה של כניסה ליישוב.

זו היתה דעת מיעוט ולכן דעתו מהווה כר פתוח לדיון, אך **נדחתה מבחינה פרוצדורלית**. ג'ובראן טען כי לא יהיה נכון מבחינה קטגורית לסווג אילו קהילות יכולות לאפשר הדרה של אנשים ואיזה לא, כי יש קהילות מסוימות שאם לא נאפשר להם להדיר אנשים- הן לא יתקיימו ויתפרקו.

* **למה מדינה ליברלית בכלל צריכה לתת לגיטימציה ליישוב להגבלת כניסה של אנשים?**

התפיסה הפלורליסטית היא תפיסה שמדברת על ריבוי ומגוון דעות. פלורליזם הוא הכרה בכך שאנשים מאמצים תפיסות עולם שונות זה מזה.

**יש 2 אפשרויות עיקריות להסתכל על תפיסה פלורליסטית:**

1. **תפיסה פלורליזם מבנית-**התפיסה ה"ליברלית" של הפלורליזם היא **לאפשר קיום של הרבה מוסדות לצורך קיום של דעות שונות**. ישנם מוסדות שונים שמאפשרים הגדרה עצמית שונה- המוסדות המשפחתיים (רווקים, נשואים, ידועים בציבור), מגורים בקיבוץ לאנשים סוציאליסטיים, מגורים במושב לאנשים סוציאליסטיים פחות.

**התפיסה המבנית** אומרת כי **אם נאפשר למוסדות האלה להיות באמת שונים אחד מהשני, אנחנו עשויים להגיע למצב שחלק מהמוסדות האלה בעיקר הקולקטיביים (כמו קיבוץ/ נישואים) עשויים להביא למצב שבו האוטונומיה של היחיד נרמסת או לכל הפחות כפופה לשק"ד של מישהו אחר**-

התפיסה המבנית אומרת שאפשר להכיר בריבוי דעות, אבל כל פעם שיצוץ איזשהו פער בין הכלל לבין האוטונומיה של היחיד- **יש להעדיף את האוטונומיה של היחיד**. לכן *למשל* אדם שגר בקיבוץ ורוצה לגדל את ילדיו בבית ולא בבי"ס הקהילתי, או לעבוד מחוץ לקיבוץ- ביהמ"ש אמור להגן על האוטונומיה של היחיד לפני ההגנה על המוסד הקהילתי.

הביקורת על התפיסה המבנית- לא יהיו מוסדות קולקטיביים אם תמיד נלך עם האוטונומיה של היחיד במצבים של עימות.

1. **תפיסה פלורליסטית מהותית**- אליזבת אנדרסון מדברת על העובדה שכל בנ"א חווים את העולם בצורה שונה, כאשר אין סגנון חיים אידיאלי, אלא כל אחד חי בסגנון חייו המסוים לפי העדפותיו. העובדה שאנחנו שונים זה מזה ומעריכים דברים בצורה אחרת- למעשה מחייבת הקמה של מוסדות שיאפשרו מימוש של תפיסת "הטוב" בעיני כל אדם. המדינה הליברלית לא יכולה לממן רק מוסדות שתומכים ברוב ותואמים את תפיסת העולם של הפקידים שלה/ הממשלה, אלא התפקיד העיקרי של המדינה הוא לכונן מוסדות שיאפשרו לכל אדם לחיות את חייו לפי תפיסת הטוב שלו.

**נשאלת השאלה**- מה יקרה כאשר יהיה מדובר על תפיסות עולם לא ליברליות? *למשל*- פשיסטיות/ דתיות? האם המדינה חייבת לתת לאנשים כאלה לחיות את חייהם לפי מה שהם מאמינים או שבאיזשהו שלב צריך לשים גבול?

איך אפשר להחיל תפיסה פלורליסטית מהותית כיום? ישראל מנסה להעניק פלורליזם מבלי לפגוע באוטונומיה של היחיד. כיצד זה משפיע על יכולת של קהילות להדיר/ לא להדיר אנשים?

* **מודל ליצירת אבחנה בין קהילות**

לצורך בחינה איזה קהילות יהיו זכאיות להדיר אנשים מבחוץ שאינם חלק מהישיבה? ואילו קהילות, על אף ההכרה במרקם הקהילתי שלהם, לא יהיו רשאיות לשלול כניסה של אנשים?

הדבר שאפשר ללמוד מפס"ד קאעדן הוא שבכדי להתיר הגבלת כניסה ליישוב **יש לבדוק מספר דברים**:

1. **בשלב הראשון**- יש לבדוק **האם** לאנשי היישוב יש תפיסת טוב משותפת- "מרקם קהילתי ייחודי".
2. **בשלב השני**- יש לבדוק **עד כמה** האדם הגר ביישוב זקוק לשיתוף פעולה על מנת לממש את תפיסת הטוב שלו. אם הוא לא חייב שיתוף פעולה מוחלט, אין הצדקה מוצקה למנוע כניסתם של אחרים. החובה של המדינה לאפשר לאדם כזה לגור בהתיישבות נפרדת היא פחותה מאשר החובה לאפשר לאדם לגור ביישוב ההיסטורי- בו אדם לא היה יכול לממש את תפיסת הטוב שלו אילולא הקיבוץ היה מוגן וסגור.
3. **בשלב השלישי**- יש לבדוק **מהי** ההשפעה של מניעת ההדרה על הקהילה.
4. **בשלב הרביעי-** יש לבדוק **מהו** חוסנה הפוליטי- כלכלי של הקהילה. קהילות חזקות מבחינה פוליטית וכלכלית יכולות לדאוג לעצמן החובה של המדינה לשמור עליהן פוחתת. קהילות של מיעוט לא יכולות בהכרח לשמור על עצמן. קריטריון זה שנוי במחלוקת.

## **הפקעות**

**יש 2 סוגים של נטילה שלטונית של מקרקעין-**

**1) הפקעה**= נטילה שלטונית של מקרקעין. **לקיחה פיזית** של מקרקעין של בעלים פרטיים. המדינה מעבירה את הרישום בטאבו מהבעלים אל המדינה. נקרא גם *expropriation, takinges*

**2) גריעה תכנונית**= *Regulatory taldngs*. **הטלת מגבלות** על המקרקעין. לא מדובר על מצב שבו המדינה/ העירייה לוקחים פיזית את המקרקעין, אלא הבעלים המקורי נשאר הבעלים גם אחרי הגריעה התכנונית. מבחנת הרישום, הבעלים הפרטי לא משתנה, אך נעשית פעולה מצד רשות שלטונית שמטילה מגבלות על המקרקעין של האדם הפרטי. *למשל*- אם עד עכשיו הקרקע שלי היתה בעלת ייעוד חקלאי, ואז המדינה מחליטה להעביר קו חשמל מתחת לקרקע שלי- אז אסור לי ללכת מעל קו החשמל או ב"פרוזדור החשמל" (מצדדיו של קו החשמל)- אסור לי לעבד את החלקות האלה, על אף שהם בבעלותי, כי אסור לי להיכנס למרחב של פרוזדור החשמל. נפגע השימוש שלי במקרקעין וגם כנראה הערך של הקרקע יורד.

* **חו"י כבוה"א**מכיל 2 סעיפים**-**

**1) ס' 3** קובע שלא ניתן לפגוע בכבודו של האדם ובזכויותיו. **2)** **סעיף 8** מפרט באילו תנאים מותר לעשות זאת (פסקת ההגבלה).

* **פקודת הדרכים ומסילות הברזל  (הגנה ופיתוח), 1943**-

נועדה לאפשר לשלטון לקחת מקרקעין פרטיים ולייחד אותם לדרכים ומסילות ברזל.

**הפקודה הזו בוטלה**, היא היתה אחת הפקודות הכי משמעותיות בישראל עד 2010. רוב ההפקעות נעשו מכוח הפקודה הזאת כי חלק גדול מההפקעות נעשו לצורך דרכים ומסילות ברזל.

* 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.

**"נטילה שלטונית**"= **רכישה כפויה** של מקרקעין לשם הגשמתו של צורך ציבורי, תמורת פיצוי בעל המקרקעין.

1. **רכישה כפויה של מקרקעין-**

מכוח מה מקבל השלטון את הזכות שלו לשלוח את ידו למקרקעין הפרטיים שלי?

**א)** **תאוריית שימור הכוח**- השלטון שומר על בעלות מסוימת במקרקעין. מתחת לכל הקצאת הבעלות הפרטית, המדינה היא הריבון ששומר על בעלות במקרקעין. ולכן כאשר הריבון רוצה את הקרקע לצורך ציבורי, הוא מבטל את חוזה ההקצאה של הבעלות הפרטית, והקרקע חוזרת לבעלות האמיתית- הריבון. **תאוריה זו סוברת כי משטר הקניין הפרטי הוא חוזה שני שבנוי על בסיס הבעלות העמוקה והראשונית שיש למדינה על הקרקע**.

**ב)** **Police** **power**- יש כמה כוחות שאנחנו מעניקים למדינה בשל היותה מדינה. מדינה חייבת כוחות מסוימים כדי להתקדם. בארה"ב העניין הזה עומד הרבה פעמים בסתירה להפקעת קרקעות.

*דוג' לכוחות המדינה*: דיני תכנון ובנייה, מיסוי- על כל אלה המדינה לא צריכה לשלם פיצוי לאזרח על הפעלת הכוחות שלה. לעומת זאת, בהפקעות- מקפידים מאוד על פיצוי לאדם הפרטי, גם בארה"ב וגם בישראל. זה קצת סותר את הכנסת ההפקעות תחת Police power כיוון שיש פיצוי עבור הפקעות, זה לא בדיוק כוח אינהרנטי של המדינה שהיא יכולה להפעיל מבלי לתת לאזרח דין וחשבון.

**ג)** **הסכמה ראשונית**- המדינה יכולה לקחת לי את הקרקע כיוון שאני נתתי לה הסכמה ראשונית- כאשר הצבעתי לממשלה/ עירייה, למעשה הסכמתי מראש ללקיחת הקרקע שלי אם יהיה צורך שלטוני בקרקע.

* למה צריך השלטון את הכוח להתערב בקניין הפרטי? למה שהמדינה לא תערך הסכמים עם האזרחים במקום הפקעות כפויות?

**1) כדי להתגבר על כשלי השוק-**כשלי השוק העיקריים נובעים מכך שהרבה פעמים המדינה צריכה לקבץ מספר קרקעות לצורך קידום צרכים ציבוריים, זה אומר שהמדינה צריכה לנהל מו"מ עם המון גורמים ולסיים אותם בהצלחה. יהיו אנשים שינסו "לסחוט" את המדינה וינסו לקבל הרבה יותר כסף ממה שהקרקע שלהם שווה.

**2) 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.

אנשים מיליונרים יוכלו לרכוש באמצעות הונם מוצרים בסיסיים בחברה (כמו חוף, שמורות טבע וכו) וימנעו מעבר של אנשים פשוטים באותם אזורים בסיסיים. אמצעי ההפקעות עוזר להתמודד על ההשתלטות של העשירים.

**3) כוח שלטוני קלאסי-** החל מתקופת המלכים, הכיבושים והצורך בהקמת מבצרים- זה רלוונטי לתוכניות מלחמתיות. יש דברים שאף אזרח במדינה לא יעשה מעצמו- חלקם מדיניים לחלוטין, וחלקם טובין ציבוריים (בי"ח, משטרה, מבנים ציבוריים)- אף אחד לא יתרום מעצמו את הקרקע לצרכים ציבוריים אפילו שהם חשובים- ולכן צריך שלמדינה תהיה זכות להפקיע קרקעות לצרכים כאלו, שייטיבו על כולם.

1. **לשם הגשמתו של צורך ציבורי**

**סעיף 2 לפק' הקרקעות** מגדיר מהו **צורך ציבורי**= כל מה ששר האוצר קבע כי הוא צורך ציבורי.

הדין האמריקאי שונה מהדין הישראלי- באמריקה הכל נובע בעצם **מהתיקון החמישי לחוקה**- לפיו קניין פרטי לא יילקח לשימוש ציבורי ללא פיצוי הוגן.

**החוקה האמריקאית בעצם מגבילה את היכולת של השלטון לקחת מקרקעין ב2 הגבלות:**

**1) צריך להיות שימוש ציבורי בקרקע המופקעת**- הגדרת "שימוש ציבורי" נידון בתיק של סוזט קילו- היה לה בית במקום שיועד להפקעה לצורך הקמת מפעל של חברת פייזר הגדולה בעיר "ניו לונדון" שאמור היה לשמש לצורך שיפור מצב התעסוקה בעיר. חברת פייזר (חברה פרטית) הסכימה להגיע לעיר רק בתנאי שהעיר תפקיע את כל הקרקע שעליה אמור לקום המבנה, החברה דרשה שישאירו לה קרקע מוכנה להפקעת המבנה. העירייה מפקיעה את הבית של סוזט ואת כל השכונה באזור. התיק מגיע לביהמ"ש העליון האמריקאי כאשר **השאלה המשפטית** היא- האם הפקעה שנעשית לצורך שימוש של גורם פרטי נחשבת צורך ציבורי שראוי להצדיק הפקעה? **סוזט** טענה כי מדובר בשימוש פרטי ולכן אין להפקיע קרקע שאינה משמשת לצורך ציבורי. **טענת העירייה והכרעת ביהמ"ש**- ברוב של 5 מול 4 – נקבע כי מדובר בצורך ציבורי, למרות שזה שוב חברה פרטית. מבחינתם לא צריך שהקרקע תשמש למשהו ציבורי ממש (בית חולים, משטרה וכד'), אלא מספיק שהעברת הקרקע תשרת את הציבור בצורה כזאת או אחרת.

**2)** **צריך לתת פיצוי הוגן לאדם הפרטי**- יש לתת פיצוי לאדם שמפקיעים לו את הקרקע.

**שיעור 10- 18/11/18**

## **נטילה שלטונית של מקרקעין בישראל-**

פס"ד קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל-

בייניש- בישראל, בניגוד לביהמ"ש האמרקיאי- יש ביקורת שיפוטית על כל הפקעה שהיא למטרה ציבורית. שיקול הדעת של הרשות בנושא ההפקעות, נתונה בפני ביקורת שיפוטית.

**אולם משפט זה של בייניש לא תואם את המציאות.**

**דוגמאות לכך:**

* פס"ד דור נ' שר האוצר-

היה צריך להקים שיכונים לעולים החדשים.

אדם פרטי עתר לביהמ"ש שלא יפקיעו לו את הקרקע לטובת הקמת השיכונים.

**ביהמ"ש**- לא עושה שום ביקורת, ואמר שברגע ששר האוצר קבע- אין להם שום סמכות ודרך חוקית להתערב בהחלטת צר האוצר אם מדובר בצורך ציבורי או לא.

* פס"ד שוורץ נ' שר האוצר-

אדם פרטי שהקרקע שלו סמוכה למפעל גדול.

המפעל עושה לו המון רעש והוא רוצה שיסגרו אותו או שיפצו אותו.

**ביהמ"ש** קובע כי אדון שוורץ צודק, וכי לא ניתן לתת למטרד להמשיך.

ובסוף המפעל פונה לשר האוצר, שמפקיע לאדון שוורץ את הקרקע לצורך ציבורי.

ביהמ"ש העליון אומר שגם אם היה מתערב ונכנס לשיקול דעתו של האוצר- מצב בו יש מצד אחד רווחתו של אדם פרטי, ומצד שני אבטלה של 600 איש- יש יותר משקל לצורך הציבורי (שלא תהיה אבטלה).

* פס"ד מהדרין בע"מ נ' שר האוצר-

מהדרין אומרת לא להפקיע את הקרקע שלה, אלא לתת **לה** להקים את המרכז המסחרי שרוצים להקים על הקרקע שלה.

הטענה שלה היא שאין סיבה להפקיע לה את הקרקע לחברה פרטית אחרת, כאשר היא עצמה חברה מסחרית שיכולה לעשות את זה.

**ביהמ"ש** לא מקשיב לטענתה, ואומר כי **1)**הוא לא יכול להתערב בשיקול הדעת של שר האוצר. **2)**גם אם הוא כן היה מתערב- לא מדובר פה בהפקעה של קרקע פרטית לגורם פרטי אחר, והוא לא מעוניין שגורם פרטי לא ראוי ימנע או לא יעשה כראוי את הבנייה של הצורך הציבורי.

* פס"ד מחמוד חליל נ' מדינת ישראל-

הצורך של ההפקעה היתה לצורך שימור שטחים פתוחים בעיר.

**השאלה** היא האם ניתן פשוט לא להפקיע, ולהגיד להם לא לבנות על הקרקע.

אך **ביהמ"ש** קבע שאין לו יכולת להתערב בשיקול הדעת של שר האוצר, למרות שלכאורה כן היה ניתן בדרכים אחרים.

**ארבעת מקרים אלו, מראים שדבריה של בייניש לא כ"כ נכונים למציאות.**

שמגר בפס"ד לוביאניקר נ' שר האוצר-

כשניגשים לתקוף הפקעה של אדם פרטי, יש בידי שר האוצר שיקול דעת רחב שהוא המקנה את המעמד של הצורך הציבורי. ואין לביהמ"ש סמכות להתערב בשיקוליו של השר.

אין טעם להשקיע בטענות לגבי הצורך הציבורי של ההפרעה, אלא יש להשקיע בדיון לגבי **מידתיות** ההפקעה (וזו הדרך של ביהמ"ש לבטל הפקעה של שר האוצר).

* **יש 7 מבחנים שדרכם ניתן לבחון האם ההפקעה מידתית או לא מידתית:**

1. **ניסיון רכישה הסכמי**- מאז ימיו של שמגר, נקבע בהנחיות היועמ"ש כי אם שר האוצר או ראש העיר מנסים לעשות **הפקעה** **ללא ניסיון רכישה הסכמי- יש פה פעולה לא מידתית**.

ההפקעה של הקרקע היא בגלל הבעיה שיש לנו להשיג את הסכמת בעל המקרקעין.

אך לא ניתן להפעיל את הכוח הכופה הזה, ללא בדיקה מראש אם הבעלים מסרב. חייב ללכת ולבדוק קודם אם הבעלים מסכימים להעביר את הקרקע בצורה הסכמית.

אין להניח מראש כי בעל המקרקעין יסר להעברת הקרקע.

מה שטוב בזה- זה שזה יהחזיר את הסיטואציה למשא ומתן וכך האדם הפרטי יוכל לקבל עוד כסף של פיצויים על ההפקעה (אך הקרקע כנראה לא תישאר אצלו).

1. **ביצוע עצמי**- דורנר בפס"ד נוסייבה- משפחה ירושלמית עשירה מאד, שלאחר מלחמת ששת הימים ירושלים מפקיעה הרבה קרקעות שבתפר בין מזרח למערב ירושלים. זאת בשביל תכנית לחבר את 2 חלקי העיר, ליצור מרקם חיים משותף. למשפחת נוסייבה יש כמה מגרשים באזור זה, כאשר על אחד מהם יש תחנת דלק, ומגרש סמוך לדלק מיועד למרכז מסחרי והקרע הזאת מופקעת. משפחת נוסייבה לא יוצרת קשר עם הרשויות בגלל חוסר הנכונות שלה ליצור עמם קשר בגלל מלחמת ששת הימים. ואז לאחר 20 שנה שלא נבנה שם כלום- המשפחה מבקשת להחזיר את הקרקע לידיה כי לא נעשה בה שימוש. **ביהמ"ש בסיבוב הראשון** קובע שיש להחזיר את הקרקע כי מטרת ההפקעה נזנחה. והוא מוסיף טענה כי מלכתחילה לא היה צריך להפקיע את הקרקע, כי המשפחה יכלה בעצמה לבנות את המרכז המסחרי, היה ניתן רק לשנות את הייעוד. המשמעות של פסיקה זו היא החזרה של המון שטחים לפלסטינים, ולכן **ביהמ"ש בסיבוב השני** קובע כי לא מחזירים את הקרקע. ומדובר בתכנית מאד רחבה, שמההתחלה היה ברור כי יקחו עשרות שנים לבצע אותה, וזה לא מעיד על זניחת המטרה. גולדברג אומר שיכול להיות שטענה של ביצוע עצמי היתה עומדת למשפחה, אולם טענתם היתה כי התכנית נזנחה ולכן הם רוצים את הקרקע בחזרה. דורנר **בדעת מיעוט**- קבעה כי בכל מצב בו נקבעת הפקעה, יש לבדוק האם הבעלים יכול לממש בעצמו את הייעוד, ואם לא בודקים זאת מראש- זאת לא הפקעה מידתית.

למרות שהיא בדעת מיעוט- משתמשים בטענתה זו, וניתן לראות לכך דוגמא בפס"ד מהדרין. אולם יש לבדוק אם לבעל המקרקעין הפרטי יש בכלל את האמצעים לביצוע עצמי.

1. **איחוד משאבים**- זהו תת- מבחן של ביצוע עצמי.

פס"ד מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מ"י- רוצים להפקיע קרקע כדי להפקיע את שכונת הר- חומה. בעלי הקרקע אומרים שיתנו להם את הקשר עם הקבלנים כדי לבנות את השכונה אך המדינה באה ואמרה שאם היא תיתן להם את האפשרות לבצע באופן עצמאי, יעברו המון שנים כיוון שיש המון בעלים במשותף ויהיה להם קשה להגיע להסכמות וזה לא יקרה בזמן סביר. **ביהמ"ש** בא ואומר שלמרות החשש הזה, יש לתת להם זמן לנסות להתאחד ולהגיע להסכמה ביניהם. ורק אם לא יצליחו- אז יהיה ניתן לבצע את ההפקעה.

***מבחנים בדיעבד-***

1. **שיהוי**- יש מצבים שיש הפקעה, שיכולה להיעשות מכוח **חוק התכנון והבניה** ומכוח **פקודת הקרקעות**. בפקודת הקרקעות יש **סעיף 5**- מודיע על **כוונה** להפקיע את המקרקעין, ויש **סעיף 7**- מודיע על **תאריך** מדויק בו ייכנסו למקרקעין ויתפסו שם חזקה, הצד היותר מעשי.

יש 3 מועדים שיש לשים אליהם לב- **1)**חוק התכנון והבניה- א)הצעת תכנית. ב)אישור תכנית. **2)**הודעה על הכוונה להפקיע לבעל המקרקעין. **3)**תאריך ההפקעה עצמה.

יכול להיות מצב בו הרשות מאשרת את התכנית ומשנה את הייעוד, אך לא פועלת מעשית כדי לתפוס חזקה במקרקעין ולממש את ייעודה.

פס"ד יצחק אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה- הקרקע שינתה את הייעוד, אך לא התקדמו כלום בהליכי ההפקעה. היה שיהוי של מעל 26 שנה, **והחזירו את הקרקע לבעלים בגלל שיהוי של הרשויות שלא היה מידתי**.

(בשלב של אישור התכנית הבעלים מקבל הודעה ששינו את הייעוד של הקרקע שלו, והוא יכול להסיק לבד שתהיה בקרוב הודעה על הפקעה. בשלב הזה שבין אישור התכנית להודעת ההפקעה- אם עוברות יותר מידי שנים, אז יש בעיה של מידתיות).

1. **תום/ שינוי המטרה הציבורית**- פס"ד קרסיק- מצב בו הופקעו מקרקעין בשנות ה50. הרבה שנים הייעוד של הקרקע היה שטח אש של צה"ל ובשנות ה90 החליטו שיותר יעיל לשנות את הייעוד למגורים ולתת לצה"ל קרקעות אחרות במקום אחר.

הבעלים המקוריים של הקרקע אמרו שאם המקרקעין האלה לא נצרכים למטרה ציבורית כבר, אז יש להחזיר להם את הבעלות לאחר שינוי הייעוד **והם** ישווקו אותה לקבלנים שונים.

חשין עושה מהלך בעייתי- אם רשות מפקיעה קרקע ומשתמשת בה למטרה שלשמה הופקעה, ואז הייעוד הזה כבר לא רלוונטי- האם היא צריכה להחזיר את הקרקע לבעליה המקוריים?

האם אנחנו במצב שבו אנו ***מנתקים זיקה***- שברגע שהפקעתי קרקע המדינה היא הבעלים לכל דבר ועניין. או שאנו במצב בו אנו ***לא מנתקים זיקה***- שגם לאחר ההפקעה הבעלים ממשיך "לשמור על הנכס".

הוא אומר שאנו במקום של דוקטרינה שומרת הזיקה (לא מנתקים זיקה). **בעבר** היתה דוקטרינת ניתוק הזיקה, אך **חשין בא ומשנה** את הדוקטרינה לשימור הזיקה. כלומר, המדינה לא הופכת לבעלים לגמרי פרטי, אלא יש לה בעלות רק לצרכים ציבוריים. ברגע שהיא משנה את הקרקע לייעוד פרטי, כמו למשל למגורים- יש להחזיר לבעלים המקוריים את הבעלות על הקרקע.

בפס"ד קרסיק- הקרקע לא חזרה לבעלים המקוריים, אלא הגיעו להסכמה על כסף.

אחרי כמה שנים- תוקנה פקודת הקרקעות שמתקינה מה קורה במצב בו יש שינוי במטרה הציבורית.

הוא קובע שאם רשות ציבורית מפקיעה קרקע ויש שינוי- אז הרשות לא חייבת להחזיר את המקרקעין לצורך אחר, אלא חייבת להעביר לייעוד ציבורי אחר. וחייבת להזמין את הבעלים המקוריים לתמונה, כדי שאם יהיו לו טענות חדשות לגבי המידתיות של ההפקעה- הוא יוכל לטעון אותם.

הרציונל של פס"ד קרסיק הוטמע **בפקודת הקרקעות בסעיפים 14א + ב**.

1. **זכות מזערית**- פס"ד אקונס- רצו להקים את מנהרות הכרמל. אין בעיה להפקיע חלק מחלקה, כיוון שהפקעה איננה עסקה במקרקעין. **ויש להפקיע בצורה הכי מינימאלית שניתן**.

אם לא מפקיעים את המינימום- אז זה לא מידתי.

1. **מיקום רלוונטי ומיטבי**- פס"ד זמר- מועצה אזורית זמר היתה בוויכוח עם מועצה אזורית שפר- ביהמ"ש קובע שנשאר בשטחיה של זמר. ויש צורך לחפש את המיקום הרלוונטי והמיטבי להקמת הצורך הציבורי.

*למשל*, אם מפקיעים בשכונה מסוימת קרקע לצורך גן ילדים ובשכונה הזאת אין ילדים- ניתן לבוא ולהגיד שיפקיעו קרקע בשכונה אחרת לצורך זה כי זה לא המיקום הכי רלוונטי ומיטבי.

**שיעור 11- 21/11/18**

## **תפיסות של צדק**

**יש כמה תפיסות עיקריות של צדק:**

1. **צדק מתקן**- אם יש פוגע ונפגע- אם הפוגע גרם לנזק X- אותו גורם פוגע צריך להחזיר X לגורם הנפגע. ואם לא ניתן להחזיר בדיוק את הX- אנחנו נעשה חישוב כלכלי של כמה שווה הX.

לא מתייחסים לערכים חברתיים וסובייקטיביים, אלא רק על הפגיעה עצמה, ומחייבים את המזיק לשלם לניזוק.

אם אנחנו רוצים תוצאה צודקת- חייב שהמזיק עצמו הוא זה שישלם לניזוק עצמו.

1. **צדק חלוקתי**- לא יכולים להסתפק בצדק "לכאורה", ולכן חייבים להתחשב בפגמים הכלליים ולא יכולים להסתכל על משהו ספציפי מאד במקרה ספציפי מאד.

צדק חלוקתי קיים בישראל, אך יש בעיות קשות בהפעלת צדק חלוקתי במשפט פרטי. לא ברור אם התפקיד של אדם פרטי- זה לדאוג לשוויון בחברה (שזאת המטרה של צדק חלוקתי- להחזיר אפילו יותר מהנזק בשביל השוויון).

הבעיות הללו הביאו חוקרים בתחום המשפט לבוא ולהגיד שאין שום הצדקה להכיל צדק חלוקתי במשפט הפרטי. קפלו ושבל- אם נכיל תפיסות חלוקתיות במשפט הפרטי אנו ניצור עיוותים.

הם מציעים להכיל את הצדק החלוקתי במערכות דינים הכלות **על כל החברה.** בניגוד למשפט הפרטי שחל על אינטראקציות בין אנשים פרטיים, יש למצוא את מערכות הדינים שחלות על כולם ושם להכיל את הצדק החלוקתי.

מערכת אחת זאת **מערכת המיסוי**- דרך מדרגות המס יש ביטוי לצדק החלוקתי.

מערכת שניה היא **מערכת דיני הרווחה**- דמי ביטוח לאומי וכדומה. שם גם ניתן ביטוי לתפיסות חלוקתיות.

יש הרבה ***ביקורת*** על הטיעון של קפלו ושבל- צילי דגן- מתארת את מצב המיסוי כיום. ואומרת שהיום אשים לא מחויבים למיסוי במדינה שלהם, כיוון שהשוק יותר גלובלי- ולכן כבר לא "תופסים" את העשירים שניקח מהם יותר לעומת אלה שיש להם פחות (לפי מדרגות המס). ומתוך ההנחה שיש להכניס למשפט שיקולים חלוקתיים- צילי אומרת שאם מערכת המיסוי כבר לא רלוונטית (כי לא מצליחים לפעול לפי שיקולים חלוקתיים), **יש לשקול להכניס שיקולים של צדק חלוקתי למשפט הפרטי**.

* שתי התפיסות הללו **מנוגדות** אחת לשנייה, ולא ניתן להכניס שיקולים של שתיהן באותה סיטואציה.

**התפיסה הרווחת היא תפיסה של צדק מתקן** גם במשפט הפרטי, וגם בדיני הפקעות- אם המדינה לוקחת קרקע לאדם- אחריותה להחזיר את האדם שהופקעה ממנו הקרקע למצבו הקודם, ללא שיקולים נוספים.

אולם, *בדרום אפריקה ובגרמניה*- הם אומרים כי המדינה יכולה להכניס גם שיקול חלוקתי, במובן הזה שהיא לא חיבת לתת פיצוי מלא לבעל המקרקעין.

(הפקעות בדר"כ חלות על אדם אחד בחברה, ולכן קשה להכניס לשם שיקולים של צדק חלוקתי).

1. **צדק הליכי**- תפיסה שפחות מסתכלת על התוצאה (כמו בצדק מתקן ובצדק חלוקתי), אלא מעניין אותה ההליך. שיהיה הליך ראוי במשך כל התהליך של ההפקעה- להסביר לבעל הקרקע מדוע רוצים להפקיע לו את הקרקע, להודיע לבעלים, להזמין אותו לשימוע וכו'.

**אם מקפידים על הליך ראוי- מבחינת תפיסה זו, הושג הצדק האמיתי**.

הבעיה בכך, היא שאין באמת משמעות למשל לשימוע- כי ברגע שהוחלט משהו אז מקשיבים לך מתוך "נימוס", אך אין לך באמת איך לשנות את התוצאה. **זה נתפס בתור הליך סרק, כי לכולם ברורה התוצאה**.

1. **צדק מאחה**- תפיסה זו מושאלת מהדין הפלילי. התפיסה מנסה לשלב את חשיבות התוצאה ואת חשיבות ההליך.

יש 3 גורמים- הפוגע, הנפגע והקהילה. המטרה היא להביא את כל הצדדים להבנה מה קרה, וגם ליצור מערכת שיקומית לכולם (גם לפוגע, גם לנפגע וגם לקהילה).

שאלו אם ניתן להשתמש בגישה הזו מהמשפט הפלילי, גם להפקעות.

כלומר, "הפגיעה" של ההפקעה, היא לצורך טוב של הקהילה ככלל. ורוצים לבדוק אם ניתן לעשות את ההליך של ההבנה של צדק מאחה במקרים של הפקעות (לפצות את בעל המקרקעין ולגרום לו להבין- וכך גם ימשיך להיות חלק מהקהילה).

התפיסה הישראלית כיום- היא תפיסה של **צדק מתקן**.

* ***בארה"ב-***

**התיקון החמישי** קובע שקניין פרטי יכול להילקח לשימוש ציבורי בתמורה לפיצוי הוגן. יש בעיה אבל לעשות אומדן אמיתי של הפגיעה של בעל המקרקעין. הם קובעים סטנדרט פיצוי של מחיר השוק, אך הם מודעים לזה שזה לא מכסה הכל. והסיבה שלא מפצים אחרת- נובעת רק מקשיי כימות של הערכים אחרים. אם היה אפשר טכנית לכמת את הכל- הפיצוי היה שונה.

המטרה של הפיצוי- היא השבה של המצב הכלכלי לבעל המקרקעין.

**הפיצוי בארה"ב- הבעלים מקבל את שווי הנכס בשוק**. אם יש לאדם גם עסק על הקרקע, האחריות לשיקום העסק- לא מוטלת על המדינה, אלא על בעל המקרקעין. בעל המקרקעין מקבל רק את שווי הקרקע.

**פיצוי זה איננו מבטא שום תפיסה של צדק**, וביהמ"ש בארה"ב מודע לכך. הוא מבטא *קצת* תפיסה של צדק מתקן, אך לא במובן המלא.

* + **יש אובדן של ערכים סובייקטיביים**- אם למשל יש לי ערך רגשי לנכס שלי, יכולה להיות לכך משמעות כלכלית. אם הבית שלי צמוד לבית של ההורים שלי למשל, מבחינתי האישית- הקרבה הזאת שווה הרבה כסף, כי ההורים עוזרים לי לשמור על הילדים וכו'. אלו שיקולים שמבחינת בעל המקרקעין הם קריטיים, אך אין לכך שום משמעות במחיר השוק.
  + **כשלי השוק ה"מדומיין"**- המדינה לוקחת את הקרקע במקומות עוני ומחזירה להם את שווי הקרקע שהוא לא גדול. *או* שהם יעברו לשכונת מצוקה אחרת, *או* שהם יוציאו את כל הפיצוי על שכירות *או* יהיו הומלסים.
  + **הדרת ערכים כלכליים**- אם יש לי עסק על הקרקע, זה לא בא לידי ביטוי בפיצוי מהמדינה. המדינה משלמת רק על שווי הקרקע. ברוב המקרים לא נלקח בחשבון המעבר של העסק שיש לי על הקרקע.
* ***בישראל***-

פס"ד עיזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פ"ת-

חשין- הפיצוי הוא הדרך הכי טובה להביא לידי ביטוי את הצדק המתקן.

**סעיף 12 בפקודת הקרקעות**-

* **סעיף ב**- הפיצוי נקבע לפי מחיר השוק של הנכס.
* **סעיף א**- (שלא מופיע בארה"ב)- אומר במפורש שביהמ"ש צריך להתעלם לחלוטין מהעובדה שמדובר ברכישה כפויה.

המשמעות המעשית לכך- שהפיצויים בישראל מושתתים על מחיר השוק של הנכס, והעובדה שהקרקע נלקחה בכפייה- **אסור** לה לבוא בחשבון של הפיצוי.

דבר זה בא להוציא את האפשרות של תשלום הפיצוי על הפגיעה באוטונומיה.

**הכלל הישראלי**- פיצוי לפי מחיר השוק של הנכס. נקבע ע"י שמאי.

**לכלל זה יש חריגים שלא קיימים באף מדינה אחרת בעולם-**

1. **סעיף 20(2)(א)**- רשות מקומית/ הממשלה שלוקחים **עד 25%** משטח המגרש- **לא צריך לשלם** פיצויים בכלל! אם לוקחים למשל 30%- אז צריך לשלם את רק את **ההפרש** (כלומר, 5%).

*בשנת 2010*- זה משתנה, ונקבע שזה מבוטל, **למעט קרקעות שלטובת רשויות מקומיות**. באופן גורף- כיום אין את הפטור, למעט מקרים בהם ההפקעה נעשית לטובת רשויות מקומיות.

הסיבה היחידה שפוטרים את הרשויות המקומיות, היא כי הרשויות המקומיות נמצאות בגירעון, ואם לא ניתן להם פטור- הם לא יקדמו הפקעות ולא יקדמו את הרשות.

פס"ד פייצר- מדבר על הרציונל של **סעיף 20(2)(א)**-

אנו מניחים שהקרקע שנשארת בידי האדם- תשביח (ערכה יעלה) כתוצאה מהצורך הציבורי שנבנה בשטח שהופקע.

הרציונל הוא **השבחה**. לא ניתן 100% פיצוי- כי זה יהיה **מעין פיצוי- כפל.** גם את הפירות על ההשבחה של הקרקע, וגם את 100% הפיצוי.וו

\*\*רוב ההפקעות כיום- **מפחיתות** את הערך של המקרקעין.

1. **סעיף 20(ג)-** למרות **סעיפים (א) ו(ב),** מותר לשר האוצר להעניק לפי ראות עיניו- שהצמצומים יגרמו סבל לבעלים- מותר לו להעניק את **אותם פיצויים** או **פיצויים נוספים**.

כלומר, יש סייג לחריג- ביטול ההפחתה או הענקת פיצוי נוסף.

פס"ד רוטמן-

דיבר על שיקול הדעת הרחב של שר האוצר.

**ביהמ"ש**- במקרה בו התוצאה של לקיחת הקרקע והקרקע שנותרה בידי הבעלים לא השביחה (ששוויה לא עלה)- יצטרכו לשלם את 100% הפיצוי.

פוגלמן- **הרציונל של ההשבחה לא יכול להיות רק תיאורטי**- ולכן אם אין השבחה- צריך לשלם את כל 100% הפיצוי. בשלב של שינוי הייעוד נבדוק אם יש השבחה (ואז לא נשלם על 25%) או אם אין השבחה (ואז נשלם פיצוי מלא).

פס"ד זה כבר לא בתוקף כיום!

1. **חוק התכנון והבנייה**- **סעיף 190(א)-** כאשר אנו מבצעים הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה, אנחנו **צריכים להשתמש במנגנונים של פקודת הקרקעות**.

**סעיף 190(א)(1)**- אם מפקיעים לפי חוק התכנון והבנייה, צריכים להפקיע לפי **סעיף 20**- אך הפטור לא יהיה על 25%, **אלא על 40%!!** הפטור בחוק התכנון והבנייה יותר גדול.

אולם, רשות לא יכולה לקחת חלק מקרקע של בעלים, אן כתוצאה מלקיחת הקרקע- שוויה של יתרת המגרש פוחת.

אם כתוצאה מההפקעה- לא ניתן להשתמש **שימוש סביר ביתרה**- אז צריך להפקיע את הכל או כלום.

אן השווי רק פוחת (באופן סביר)- עדין ניתן להפקיע ולהפחית 40% מהפיצוי.

\*\*לעומת הפטור של ה25% שהיום כבר לא כ"כ בתוקף, הפטור בחוק התכנון והבנייה כן נמצא בתוקף.

* איך מחליטים אם מפקיעים לפי פקודת הקרקעות או לפי חוק התכנון והבנייה?

רוב ההפקעות במישור העירוני- מבוצעות דרך **חוק התכנון והבנייה**.

רוב ההפקעות במישור הלאומי- מבוצעות דרך **פקודת הקרקעות**.

אולם, לכאורה **ניתן לכל רשות שיקול דעת להחליט איך להפקיע**.

אך עדין יש שמעדיפים דרך **פקודת הקרקעות**- כיוון שלהפקיע דרך **חוק התכנון והבנייה**- נדרשים המון אישורים וזה לוקח המון זמן.

**שיעור 12- 25/11/18 (שני הילביץ)**

(המשך- הפקעה לפי חוק תכנון ובניה)

* הפרשנות של "**יתרת המגרש**" היא לא הפרשנות הרגילה- אנו מאפשרים לרשויות לקחת קרקע גם אם השווי של המגרש פוחת, כל עוד ניתן לעשות שימוש סביר ביתרת המגרש שנותרה. אם היינו מאמצים את הפרשנות שכל פגיעה בשווי של יתרת המגרש לא מאפשרת להפקיע את המגרש- היינו מגיעים למצבים שבהם לא היו כמעט מבוצעות הפקעות/ הפקעת יתר של קרקעות. ברוב המקרים שוויה של יתרת המגרש פוחתת מהטעם הפשוט שהשלם שווה יותר מסך חלקיו. לפיכך ביהמ"ש אימץ פרשנות יותר מעשית.

לכאורה מדובר על מצב בעייתי כי מאפשרים לרשות הפחתה גבוהה של  40%.

* **האם באמת הרשויות יכולות להפחית 40% מהקרקע?**

**ההצדקה**- ההפקעה הציבורית מעלה את ערך הקרקע.

פס"ד פייצר- הסיבה שרשויות רשאיות להפחית פיצוי היא בגלל **שהקמת הצורך הציבורי יוצר השבחה של יתרת מקרקעי הבעלים**, זהו למעשה "מס רכוש" בשיעור קבוע שמוטל על הבעלים שהופקעה מהם הקרקע.

אחרי פס"ד פייצר יש אבסורד גדול כיוון **שאין היגיון בהפחתת פיצויים במידה ומפקיעים לך את כל הקרקע**, לא נשארת בידי הבעלים קרקע שיכולה להשביח.

פס"ד הולצמן- קובע בצורה ברורה שברגע שמפקיעים את כל הקרקע אין אפשרות להפחתת פיצויים! אם מפקיעים קרקע בצורה חלקית- אפשר להשתמש בפטור של 40%, אבל **אם מפקיעים קרקע בשלמותה- אי אפשר להפחית את הפיצויים**.

* **לסיכום-**

**ביחס לחוק תכנון ובניה-**

אם מפקיעים חלק מהחלקה יש לוודא:

**1.** שהיתרה שנשארת בידי הבעלים ניתנת לשימוש סביר. אם היא לא ניתנת לשימוש סביר הרשויות יכולות להחליט: לא להפקיע את החלקה בכלל/ להפקיע את החלקה בשלמות.

**2.** אם מפקיעים פחות מ100% מהמקרקעין- אנחנו יכולים להפחית 40% כאשר הרציונל הוא השבחה של הקרקע שנותרת בידי הבעלים. אולם אם מפקיעים את הקרקע בשלמותה אי אפשר לקבל את הפטור בכלל.

הלכת חממי- מחלקת את הליכי ההפקעה מכוח **חוק התכנון והבניה** **ל2 שלבים עיקריים**:

**1)** **שלב אישור התכנית ושינוי הייעוד**- אישור בתכנית כוללת את שינוי הייעוד של המקרקעין לייעוד ציבורי כלשהו. בשלב הזה הבעלים יכולים להגיש תביעה לפי **ס' 197**, ולקבל 90% משווי הקרקע.

**2) שלב ההפקעה בפועל-** כאשר הרשות תופסת "חזקה" במקרקעין. בשלב הזה הרשות רשאית להפחית 40% מיתרת הקרקע שנותרה בגובה של 10%.

עד להלכת חממי, שני השלבים הללו התקיימו באופן שגרתי אבל מערכת המשפט ראו בהם שלב אחד, מהלך אחד לקראת הפקעה של מקרקעין מכוח חוק התכנון והבניה.

ואז הגיעה ההבנה שאם מפקיעים מקרקעין מתוקף חוק תכנון ובניה יש לעבור תהליך שכולל שינוי ייעוד ותפיסת חזקה בפועל. הלכת חממי מחלקת את התהליך הזה ל2 שלבים נפרדים. למה?

**הבסיס לרציונל של פיצול השלבים** הוא העובדה שחולף הרבה מאוד זמן בין השלבים- עובר הרבה זמן מרגע שינוי הייעוד ועד תפיסת החזקה.

בזמן הזה, הבעלים לא יכול לפתח את הקרקע. וחמור מכך, הבעלים למעשה תקוע בשלם ביניים שנתון לרחמיהם של הרשויות, הוא לא מקבל פיצוי עד להעברת החזקה למדינה.

## **גריעות תכנוניות**

**ס' 197 לחוק תכנון ובניה**

**א.** אדם שהמקרקעין שלו נפגעו כתוצאה מאישור תכנית, ולא בדרך של הפקעת מקרקעין- זכאי לתבוע **פיצויים על הפגיעה** שנגרמה לו. זהו סעיף שנועד לטפל בגריעות תכנוניות ולא בהפקעות.

**ב.** בשונה מפיצויים אחרים של הפקעה, בגריעות תכנוניות של לו"ז מקוצר – ולכן מי שרוצה להגיש תביעה על נזק שנגרם למקרקעין שלו כתוצאה מגריעה תכנונית צריך לעשות זאת **תוך 3 שנים.**

\* לפי **ס 197** אין הפחתה של פיצויים.

### **קו כחול**

בכל מקרקעין יש תסריט שמפרט את הגבולות של התכנית- בקו כחול.

**ס 197** קובע כי כל מקרקעין שנמצאים בתחום התכנית/ גובלים עמו ונפגעו כתוצאה מהתכנית- אז בעלי הקרקע יכול להגיש תביעת פיצויים לפי **ס 197**.

**זוהי התביעה הכי שכיחה כיום בישראל, כי כל פעם שמאושרת תכנית רצים בעלי המקרקעין בגבולות הקו של התכנית ומגישים תביעה**. התיישנות התביעה היא כעבור 3 שנים.

בעניין חממי- ביהמ"ש עושה שימוש ב**ס' 197**. ביהמ"ש מפצל את הליך ההפקעה לפי חוק תכנון ובניה ל2 הליכים נפרדים. ביהמ"ש קבע כי-

***בשלב הראשון*-** שלב שינוי התכנית לקראת הפקעה- **הבעלים יכולים להגיש תביעה** לפי **ס 197.** זוהי פרשנות רחבה לטובת הבעלים- מאפשרים להם לחלץ חלק גדול מהפיצוי כבר בשלב של שינוי הייעוד של המקרקעין.

הסיבה- כבר השלב הראשון של שינוי הייעוד במקרקעין מוציא את הבעלים מהשוק ופוגע בהם. כמעט 100% משווי השוק של המקרקעין יורד, כיוון שהמקרקעין הופך לציבורי, ואז הבעלים נפגעים מאוד. לפיכך, ביהמ"ש קבע שתינתן לבעלים האפשרות לתבוע פיצוי לפי **ס 197** כבר בשלב הראשון של שינוי הייעוד. באופן כזה, לפחות 90% מהפיצוי כבר יגיע לבעלים- כך שרוב הפיצוי בידיים שלו.

***בשלב השני***- של ההפקעה בפועל- הקרקע כבר שווה מקסימום 10% מהשווי הראשוני שלה, כיוון שניתן לבעלים 90% מפיצויים בשלב הראשון לפי **ס' 197**. בשלב הזה מתבצעת תפיסת החזקה בפועל, ואז אם הרשות רוצה היא **רשאית להפחית פיצויים**- אפשר בשלב הזה להוריד 40% מהפיצוי מתוך 10% שנותרו מהקרקע.

* **לסיכום**-

אם יש קרקע ששווה 100- בשלב הראשון, הבעלים זכאי לפיצוי של 90 מכוח **ס 197,** ובשלב השני של העברת החזקה- הרשות רשאית להפחית את הפיצוי ב4 שקלים, מתוך 10 השקלים שנשארו אחרי הפיצוי לפי **ס 197**.

* **מה קורה אם הבעלים לא תבע פיצוי לפי ס' 197? האם הוא יכול לקבל את הפיצוי כולו בשלב השני של ההפקעה- לפי ס' 190**?

הרציונל של הסיפור הוא הזמן- לזרז את הזמן שהבעלים מקבלים את הכסף, פיצול לטובת הבעלים.

**ההשלכה**- ברגע שהבעלים לא תובע פיצוי לפי **ס 197** במשך 3 שנים מיום ששונה הייעוד, הוא מאבד את זכותו לקבל 90% מהפיצויים.

פס"ד סמירה חגולי נ' עיריית ראשל"צ

מרגע שנקבע על פיצול 2 השלבים הנפרדים**- זו הופכת להיות הדרך המשפטית לקבלת פיצויי הפקעה**. זה לא נתון לבחירתו של בעל הקרקע. ולכן, אם הוא לא תובע תוך 3 שנים משינוי הייעוד, הוא מאבד את האפשרות לתביעה ומאוחר יותר- בשלב השני של תפיסת החזקה- הבעלים לא יקבלו פיצוי עבור 90% מהקרקע.

פס"ד הולצמן

אם הקרקע מופקעת במלואה- אין השבחה- כי לא נשארת בידי הבעלים שום חלקה שמשבחיה- ולכן אין להפחית פיצוי.

* **מה קורה במצב שבו הופקעה קרקע ואין השבחה בפועל?**

פס"ד רוטמן נ' מע"צ

פס"ד זה עוסק בפקודת הדרכים (שכבר אינה בתוקף), ולא בחוק תכנון ובניה/ פק' קרקעות.

**ביהמ"ש העליון** קובע כי בהפקעות לפי פק' הדרכים ומסילות הברזל במידה ואין השבחה- הרשות יכולה להפחית 25% מהפיצויים, אבל **במידה ואין השבחה בפועל- שר האוצר יהיה חייב להשתמש בסמכות שלו ולהשלים את הפיצוי עבור הבעלים**- **"פיצוי סבל".** בסופו של דבר, לא אוסרים על הפחתת פיצוי, אבל כן מחייבים את השר להשלים את הפיצוי כך שבפועל יש פיצוי מלא. אין שק"ד לשר האוצר, הוא חייב להשלים את הפיצוי במידה ואין השבחה. כיום, פק' הדרכים כבר לא בתוקף.

פס"ד הוועדה המקומית לתכנון ובניה בכרמיאל נ' אחמד מסרי

פק' הדרכים ומסילות הברזל עוסקת במשהו ברמה הלאומית (כבישים וכו), וחוק התכנון והבניה מדבר על הפקעות מקומיות יותר.

**ביהמ"ש** קובע שבניגוד לפקודת הדרכים ומסילות הברזל, בחוק תכנון ובניה- אם אין השבחה, שר הפנים אינו חייב להשלים את הפיצוי, אבל במידה וזה קורה- ואכן מוכח שאין השבחה- אז **הנטייה של שר הפנים צריכה להיות כן להשלים את הפיצוי.**

**במקרה של חוק תכנון ובניה, לא מדובר בחובה, אלא בשק"ד של שר הפנים.**

* **השיקולים/ הרציונליים לשלילת "פיצויי הסבל"- שלב ג (ס' 190):**

**1) הפגיעה מינורית**- זה לא ממש פיצוי סבל, הבעלים יכול לסבול על גבו פגיעה מזערית לטובת הקילה והציבור.

**2)** **הפגיעה מבוזרת על בעלי קרקעות רבים-** כלומר, ככל שיהיה מדובר בצורך ציבורי שהנטל ייפול על כתפיהם של יותר בעלים, אנו ניטה לאפשר לשר הפנים לא להשלים את הפיצוי מהטעם שלא כל הנטל הוטל על כתפיו של אדם אחד, אלא התפזר על כתפיהם של אנשים רבים בחברה.

**3)** **ההפקעה הינה לצורך קהילתי**- ככל שההפקעה נעשית לצורך יותר קהילתי, אנו ניטה לאפשר לרשות להפחית את הפיצוי ולא נחייב את שר הפנים להשלים את הפיצוי. ככל שיהיה מדובר בצורך ציבורי שמשרת את הקהילה המצומצמת גיאוגרפית של הבעלים. ככל שמתרחקים מהקהילה הגיאוגרפית של אותו בעלים- ניטה לחייב את שר הפנים לפצות.

ביהמ"ש אומר **שרציונל ההשבחה הוא לא הרציונל היחיד** להפחית את הפיצוי, אלא יש רציונאליים נוספים (שצוינו לעיל), ולכן הם מצדיקים הפחתת פיצוי גם במקרים שאין השבחה, ויש לבדוק אותם ולא לחייב מיד את שר הפנים להשלים את הפחתת הפיצויים.

**מודל להפחתת פיצוי- המודל של חנוך דגן- "שלב ג"**

חנוך דגן ניסה לתת מודל להפחתת פיצוי:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין מכוננים** | **מקרקעין חליפיים** |
| **שימוש** **כללי** | סמכות הפחתה נמוכה מאוד | סמכות הפחתה בינונית |
| **שימוש קהילתני** | סמכות הפחתה בינונית | סמכות הפחתה מלאה |

**מקרקעין מכוננים=** יש לי קשר למקרקעין.

**מקרקעין חליפיים**= מקרקעין שאני מחזיק בגלל הערך השוקי ולא בגלל ערכים סנטימנטליים.

**שימוש כללי**= הקמת כבישים, מדרכות או כל דבר אחר שנחוץ לכלל הציבור במדינה

**שימוש קהילתני=** הקמת בי"ח, בי"כ, או כל דבר אחר לצורך הקהילה

**דגן** אומר כי יש לקבוע את הפחתת הפיצויים באמצעות **הצלבה בין סוג המקרקעין לסוג השימוש.**

* **כאשר מדובר על מקרקעין מכוננים לשימוש כללי**- סמכות ההפחתה צריכה להיות נמוכה מאוד, כי יש מתח בין החשיבות של הקרקע עבור הבעלים לבין השימוש הכללי שלא מעורר מחויבות גדולה של הבעלים כלפי הקהילה.
* **כאשר מדובר על מקרקעין חליפיים לשימוש כללי-** סמכות ההפחתה יכולה להיות בינונית, כי מצד אחד המקרקעין לא מהווים ערך נוסף על המחיר השוקי שלהם עבור הבעלים, אבל מצד שני- השימוש הוא שימוש כללי ולא קהילתני.
* **כאשר מדובר על שימוש קהילתני במקרקעין חליפיים**- המחויבויות שלי בתור חבר קהילה הן גבוהות יותר ולכן אני עשוי לא לקבל חלק מהפיצוי בגלל שהחובות גבוהות יותר. במקרה זה, סמכות ההפחתה היא רחבה- אפשר להטיל על האדם עלות כלכלית בגלל המחויבות שלו לקהילה.
* **כאשר מדובר על שימוש קהילתני במקרקעין מכוננים**- סמכות הפחתה בינונית בגלל המתח בין המקרקעין המכונן לשימוש קהילתני חשוב.

פס"ד כרמיאל

ביהמ"ש קיבל את האבחנה בין השימוש הכללי לשימוש הקהילתי.

אם מדובר *בשימוש כללי*- שר הפנים יהיה חייב להשלים את הפיצוי.

אם מדובר *בשימוש קהילתני*- שר הפנים לא חייב להשלים את הפיצוי, למרות שאין השבחה של הקרקע.

* **לסיכום**-

**לפי פקודת הקרקעות**-

**הכלל**: אסור להפחית פיצוי בכלל.

**החריג** אומר שמותר להפחית עד 25% רק לצורך הפקעה של רשויות מקומיות.

**לגבי חוק תכנון ובניה-**

**שלב א-** אפשר לתבוע לפי **ס 197** בגלל הפגיעה במקרקעין עקב בשינוי הייעוד (ולקבל 90% פיצוי).

**שלב ב-** תביעת פיצוי הפקעה- אפשר להפחית פיצויים ב40% מיתרת הקרקע (10%).

**שלב ג- פיצויי סבל**- יכול להיות ששר הפנים יהיה חייב להשלים את הפחתת הפיצויים במידה ומדובר בשימוש קהילתני.

## **פיצוי בעין- מה זה?**

1. **חוק בינוי פינוי של אזורי שיקום תשכ"ה**

**ס 39 א-** קובע כי כל מחזיק של מקרקעין לא יידרש לפנותה לצורך הפקעה אלא אם כן יוצע לו דיור חלופי באותו אזור, בתנאי שהדיור החלופי לא יהיה באזור שמיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין.

החוק היה מאוד מתקדם מבחינת ההבנה החברתית- הוא קבע כי לא ניתן לתת דיור חלופי באזור שעומד לקראת שיקום והתחדשות עירונית. אלא יש חובה לתת דיור חלופי בדירה שיוכלו לגור בה בצורה נורמלית, בלי לעבור שוב בעוד כמה שנים בגלל התחדשות עירונית.

1. **חוק התכנון והבניה-**

**ס 194**- חוק התכנון והבניה מאפשר במקרים שבו אדם גר על קרקע מופקעת את האפשרות לבחור בין- **1)** דיוק חלופי, אפילו מעל מחיר השוק של הדיור הנוכחי. **2)** פיצוי כלכלי שיאפשר לו להשיג דיור חלופי.

## **חוק יישום תכנית ההתנתקות**

ככל שהתקדם הזמן לקראת הוצאתה לפועל של תכנית ההתנתקות, היו טענות קשות מצד המפונים- לפגיעה באבדן הקהילה, מלבד הפגיעה בבית ובעסק (שניתן להעריך לפי מחיר השוק). העקירה מהקהילה יכולה להיות לא פחות קשה מאשר פגיעה בנכס מקרקעין.

תוך כדי הדיונים בוועדת הכספים, חברי הכנסת מהימין מנסים לטרפד כל יוזמה להגדלת הפיצוי כדי לתמרץ אנשים להתנגד לפינוי, ואילו חברי השמאל ניסו להגדיל את הפיצוי כדי להצדיק את הפינוי מבחינה כלכלית.

**חוק יישום תכנית ההתנתקות כולל 2 מנגנונים מיוחדים:**

**1)** **העתקה קהילתית**- כל 20 אנשים מהשטח המפונה יכולים להגיש תביעה להקמה של יישוב חדש מחוץ לשטח המפונה. החוק לא עושה אבחנה למקור ממנו הגיעו האנשים השונים, אלו יכולים להיות אנשים שהתקבצו ממקומות שונים ומחליטים לתבוע יחד. זהו ניסיון להרגיע את המפונים ולעודד אותם לעבור בטענה שיוכלו לבנות קהילה חדשה יחד.

**2)** **פרמיה עבור וותק-** החוק קובע כי כל אדם שגר בשטח המפונה יקבל סכום מסוים של כסף עבור כל שנה שהוא גר בשטח המפונה. פיצוי לאדם על אבדן הקשרים שלו- ככל שאדם חי יותר שנים בקהילה מסוימת הפגיעה בו יותר גדולה ומשמעותית ולכן הפרמיה ניתנת לפי סך השנים שאדם חי.

בהתחלה, החוק החליט לפצות בגין 2.5 מיליארד ₪- היה בכך פיצוי חסר בגלל חוסר ההבנה לגבי אבדן הקהילתיות. לבסוף, המדינה שילמה 15 מיליארד, והיד עוד נטויה.

## **דרכי רכישת זכות קניינית-**

1. ירושה- לרשת זכויות קנייניות.
2. תפיסת חזקה- בעיקר במיטלטלין- נכסים שהופקדו או שאבדו.
3. חלוף זמן + שימוש שאין עמו חזקה- זיקת הנאה מכוח שנים.
4. שיפור נכסי זולת- ערבוב/ חיבור מיטלטלין ומחוברים/ בנייה במקרקעי הזולת.
5. עסקה רצונית- כל פעולה רצונית שנעשית בעזקה בין 2 צדדים.

**עסקה**- היא למעשה חוזה. כל דיני החוזים חלים על עסקאות.

**יש 2 שלבים בדרך להעביר זכויות קנייניות מצד אחד לצד שני**:

*השלב הראשון*- הוא השלב החוזי/אובליגטורי. יש **התחייבות לעסקה**. רק זכות חוזית ועוד לא זכות קניינית.

*השלב השני*- הוא השלב הקנייני. **השתכללות העסקה**.

בשלב הראשון אין זיקה ישירה לנכס (חשוב מאד בדיני תחרויות).

* **מקרקעין**-

*בשלב החוזי*- אנו רק מחזיקים בהתחייבות לעסקה.

פס"ד בוקר-

כל זמן שלא נגמרה העסקה ברישום, כדרוש לפי **סעיף 7(א)** של החוק, נשארת זכותו של הרוכש חוזית בלבד, הקושרת את הצדדים לחוזה, **אך לא צד שלישי**.

פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב- פס"ד חשוב!

**ביהמ"ש** אומר שאם נפעל בצורה של שני השלבים- הראשון יכול להיפגע בצורה משמעותית.

ולכן יש להכיר בהתחייבות לעסקה במקרקעין- **כזכות מעין קניינית**. (ביהמ"ש מכיר בשלב החוזי- *כשלב מעין קנייני*).

* **סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני-**

דרך נוספת לרכוש זכות קניינית, היא **באמצעות התיישנות רוכשת**.

אדם שמעבד את הקרקע בפועל, יכול לרכוש זכות במקרקעין, או אפילו בעלות. והבעלים מפסיד את המקרקעין שלו כתוצאה משתיקתו במשך תקופה מסוימת.

ההתיישנות הרוכשת היא דוקטרינה המגיעה מהCOMMON LAW.

מטרתה של הדוקטרינה היתה כדי *להעניש* את הבעלים על כך שלא דרש את זכויותיו. וכן בקשר למחזיק בקרקע- הוא *מסתמך* על הקרקע שהיא תישאר אצלו, ובנוסף המחזיק מפתח *קירבה* למקרקעין (טענת האישיות).

יש גם טענה כלכלית- הבעלים לא עשה כלום לטובת המקרקעין, לעומת המחזיק שעיבד אותה וכד'.

יש גם הצדקה היסטורית- אחרי 25 שנה אם אדם לא פעל במקרקעין שלו, כנראה שהוא מודה שהמחזיק "קונה" את הבעלות על הקרקע.

אדוארדו וסוני- התייחסו להתיישנות הרוכשת מבחינה חלוקתית. הם מתארים את המרוץ לקרקעות בארה"ב, והם טוענים שאם לא היתה את הדוקטרינה הזאת- החלשים לא היו מקבלים כלל שום קרקע. ולכן יש פה בחינה חלוקתית, שמאפשרים לחלשים לתפוס בעלות.

*בישראל*-

פס"ד ג'יבלי-

**ביהמ"ש** ביטל את התחולה של התיישנות רוכשת.

נכון להיום, יהיו מקרים בודדים בהם הדוקטרינה תפעל.

למבחן- לא צריך לדעת "התיישנות רוכשת". (בעולם הדוקטרינה הזאת כן קיימת).

### **השתכללות זכות קניינית-**

לפי **סעיף 7(ב)-** המעבר בין הזכות החוזית לזכות הקניינית- הוא רישום.

* **למה מחכים בין השלבים? למה יש פער זמנים בין העסקה וביין הרישום? (הרי זהו זמן "מסוכן")**

1. **מיסוי ואישורים**- הסיבה העיקרית היא שצריך להשיג אישורים של מיסים ואישורים מהעירייה ע"מ להעביר את הטאבו על שמי, וזה דבר שלוקח זמן.
2. **מימון והסרת משכנתאות-** טכנית זה לוקח זמן. כדי שהמשכנתא תהיה מוסרת- צרך לשלם לבעלים סכום מספיק גדול ע"מ שיוכל להחזיר את המשכנתא, וזה לוקח זמן.

*נכס שרשום בטאבו*- הדרך היחידה לרכוש בו זכות קניינית, היא באמצעות העברת הרישום בטאבו.

*נכס שלא רשום בטאבו*- מוגדר כמקרקעין לא רשומים. המשמעות לכך היא שמבחינה משפטית/קניינית- זה לא מוגדר כמקרקעין, אלא כזכויות (ולא במקרקעין).

#### **הליך הרישום הסטנדרטי-**

**צריך להביא ללשכת הרישום בטאבו: (צריך להביא את כל המסמכים האלה X5)**

1. שטר המכר
2. חוזה המכר
3. אישורי עירייה (אחד- שאין חובות ארנונה. שני- שאין פעולות לא חוקיות שנעשו בתכנון במקרקעין; והטל השבחה= בודקים אם ההשבחה היא תולדה של *מחיר השוק*- ואז הרווח שייך לבעל המקרקעין, או האם ההשבחה היא כתוצאה של *תכנון של הרשות*- שאז הרשות תתחלק ברווח עם בעל המקרקעין).
4. אישור מיסוי (יש טופס שנקרא "משח"= מסכם את הליך העסקה, ובמסגרתו אפשר או לצרף *שומה*, או (שזה מה שעושים הרוב) עושים *שומה עצמית*- הסכום בו מכרנו את המקרקעין. רשות המקרקעין מחליטה אם לקבל את המשח- ואז היא מוציאה או *שובר* (של פטור מתשלומי מס שבח) או שהיא מוציאה אישור של *סכום התשלום*.

**אישורי העירייה ואישורי המיסוי לוקח זמן לקבל, ולכן נותר פער זמנים**.

**שיעור 15- 5/12/18**

בגלל פער הזמנים הזה, יש אופציה לרשום הערת אזהרה- שהיא **איננה זכות קניינית**.

#### **הערת אזהרה-**

**הערת אזהרה**= הערה שרושמים בטאבו שמזהירים מי שבא לרכוש את הנכס, שידע שיש מישהו שיש לו טענות ביחס לנכס.

היא לא באה למנוע רישום קנייני, אלא להזהיר.

*בדיני תחרויות*- הערת האזהרה מקבלת משמעות גדולה יותר בתחרויות מסוימות. אדם שיכול היה לרשום הערה, והחליט שלא לרשום- עשוי להפסיד בתחרות למרות שחתם על ההסכם לפני כן, במקרה שהטעות נגרמה בעקבות העובדה שהוא לא רשם הערת אזהרה.

* **שטר המכר-**

התאריך שכתוב בשטר המכר- זה השלב בו נהיו לקונה זכויותיו הקנייניות.

1. בעלויות- כתוב כל השתרשרות העברת בעלויות על הנכס.
2. משכנתאות- כתוב הסכום של המשכנתא.
3. הערות- כאן רשומות הערות האזהרה.

**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, רק כשיכתוב את הערת האזהרה.

* **סעיף 7-** חל רק על עסקה במקרקעין **הטעונה רישום**.
* עסקאות במקרקעין שלא דורשות רישום- גיבוש הזכות הקניינית שלהם, לא מוקנית בשלב הרישום (אלא יכול להיות דרך זיקת הנאה או זכות קדימה מכוח חוק).
* יש זכויות שהן תוצר של עסקה במקרקעין ואינן טעונות רישום- כמו שכירות קצרת מועד.

### **פיצוי עבור אבדן הקהילתיות**

היו הבדלים משמעותיים בין הקהילות בגוש- היו קהילות דתיות, חילוניות, מגובשות ופחות מגובשות.

לפיכך, ראוי שהפיצוי בגין אבדן הקהילה יהיה שונה- בהתאם להסתמכות ולשייכות של האדם לקהילה.

בגוש קטיף, חלק מהקהילות שפונו התפצלו על בסיס מתחים אידיאולוגיים. הפינוי אפשר את הפיצול בפועל. רוב הקהילות נשארו יחד בקהילה, אבל לא במתכונת של יישובים בודדים, אלא במתכונת של יישוב אחד- שיש בו שכונות, כאשר כל שכונה מבטאת קהילה מגוש קטיף.

יש קהילות שכן הצליחו להקים את עצמם מחדש בתור קהילה, אבל לא באותה מתכונת של גוש קטיף.

רוב המפונים מהגוש עברו ליישובים קיימים- או יישובים בדעיכה, או קיבוצים במצבים בעייתיים. המפונים הסתפחו ליישובים האלה, התבססו על שלדי היישובים הקיימים ובנו קהילות חדשות.

היישוב היחידי מהגוש שהצליח לבנות יישוב חדש הוא **"בני טל"-**הם קיבלו יישוב במרכז הארץ, שבנוי בדיוק כמו היישוב שהיה בנוי בגוש, כאשר החלקות החקלאיות צמודות לבתי המגורים. זהו הישג מאוד גדול במציאות הקרקעית הנוכחית. קיבלו השקעה גדולה של המדינה להקמת התשתיות.

**שיעור 13- 28/11/18**

### **נטילה שלטונית- הזכות לפיצוי-**

* **פיצוי עבור אובדן קהילתיות- יש לבדוק:**

1. האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?
2. מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב?

בודקים על הציר אם זה מכונן/ מוסיף ערך/ מסייע/ לא קיים.

1. מה ההשפעה של ההפקעה על הקהילה?

יכולים להיות לכך שלושה מצבים:

1)isolated - לא מפקיעים את הקרקעות של כל הקהילה, אלא רק של חלק מאנשי הקהילה ואז רק מספר מועט של אנשים מאבדים את הקהילתיות שלהם. עבור *היחידים* שהפקיעו להם את הקרקע- יש פגיעה, אך עבור *הקהילה* בכללותה- כנראה שאין פגיעה ממשית (יהיה ניתן לפצות את היחידים ב"הסרת חסמים בירוקרטיים"- ע"מ להקל עליהם לרכוש בית חדש).

2) tipping- מצבי הביניים. מפקיעים חלק משמעותי מהקהילה, אך לא את כולה וגם לא את רובה, למשל 40%. יש בכך איבוד חלק משמעותי מהקהילה. במצב כזה נבדוק לעומק את ההשפעה על הקהילה (יכול להיות שנצטרך להפקיע את כל הקהילה אם תהיה לכך משמעות גדולה בהפקעת חלק).

3) clearing- עוקרים את כל הקהילה (כמו שהיה בגוש קטיף). מגלחים אזור שלם. בהפקעות כאלה נפגעים גם יחידים וגם הקהילה בכללותה. במקרה כזה מציעים לתת סעד של "העתקה". זה לא סעד כפוי, אך אני צריך להציע להם את האופציה (אם הם לא רוצים נציע פיצויים כספיים).

1. חוסנה הפוליטי- כלכלי של הקהילה- ככל שהקהילה חלשה יותר- המדינה חיבת לדאוג לה יותר, וככל שהקהילה יותר חזקה מהבחינות האלה- נצטרך לדאוג לה פחות.

* **חוק ההסדרה-**

חוק שאומר שקרקע פרטית פלסטינית המצויה בתוך יישובים ישראלים באיו"ש- אלוף פיקוד מרכז **מחויב** להפקיע את זכויות השימוש והחזקה בקרקע. והבעלים הפלסטיני יקבל קרקע חלופית *או* 125% משווי הקרקע (הסעד נתון לבחירת הבעלים הפלסטיני).

החוק לא נותן לבעלים הפלסטיני מעמד, אין הליך על ההפקעה הזו. גם לאלוף פיקוד מרכז אין שיקול דעת בעניין, הוא מחויב לעשות זאת.

הבעלים הפלסטיני יכול לערער אם השומה שנקבעה ל125% לא מתאימה לפי דעתו- אם הוא חושב שהסכום יותר גבוה.

**השאלה הגדולה היא**- מתי המדינה *או* לצורך מה המדינה מפעילה את הכוח הזה? (של הפקעת קרקעות פרטיות)

* **נטילה שלטונית של מקרקעין מקימה 3 חששות עיקריים: (בלי קשר לחוק ההסדרה)**

1. חשש מהשחתת הכוח השלטוני- שהמדינה תעשה שימוש לא ראוי בכוח שלה. יש חשש שהיא תשתמש לרעה בכוח שניתן לה.
2. חשש מהיעדר חלוקה הוגנת של הנטל- שהמדינה תפקיע קרקעות של גורמים חלשים בחברה, או תפיל את כל הנטל של השירותים הציבוריים על כתפיים של בעלים פרטיים. אם למשל צריך לאפשר צורך ציבורי- אין שום סיבה שאדם פרטי יישא בעלויות ע"מ לספק אותו.
3. חשש מפני אי-יעילות- אנו חוששים שתהיה בעיה תקציבית. רשויות שלא מפנימות את העלויות האלו, יסבלו מאשליה פיסקלית**,** הם לא יפנימו את העליות- ואז לא יהיו יעילות.

* **יש לחששות אלה מנגנוני הגנה-**

*לחשש א*'- **הליך הוגן.** כמו חובת השימוע. אנו יוצרים הליך הוגן השקוף 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.

*לחשש ב*'- **צורך ציבורי**. כלומר, החשש הזה נובע בעיקרו מכך שאנו לא רוצים להטיל על כתפיו של אדם צורך ציבורי. העניין שניתן להפקיע רק לצורך ציבורי, נועד למנוע את המקרה הקיצוני ביותר של הסיפור הזה. אנו לא רוצים שמדינה/רשות תעביר קרקע של אדם אחד לאדם אחר. אם ניתן לדבר על איזושהי מחויבות של אדם פרטי כלפי המדינה/ החברה- זה יכול להיות רק כאשר מדובר בצרכים של החברה (ובשום אופן לא לטובת צרכים פרטיים).

*לחשש ג*- **פיצוי**. שמירת יעילות של הרשויות. חלק גדול מחובת הפיצוי היא בשביל למנוע מצבים שבהם הרשויות לא מפנימות את העלויות החברתיות הכוללות של מעשיים (אשליה פיסקלית).

* **כל אחד ממנגנוני ההגנה האלה – לא מתקיימים ב100%. כל מדינה מאמצת לעצמה את המאפיינים של כל מנגנון המתאימים לה:**
* **הליך** - יכול להיות מורכב מכמה גורמים.

זכות טיעון של הבעלים, קציבת לוחות הזמנים (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).
* **מתי נכון להתפשר על אחד ממנגנוני ההגנה האלה**? **בפועל, כל אחד ממנגנוני ההגנה נותן מענה לכל שלושת החששות:**

עיקרי: טוהר השלטון

משני: הוגנות

משני: יעילות

עיקרי: הוגנות

משני: טוהר השלטון

משני: יעילות

עיקרי: יעילות

משני: הוגנות

משני: טוהר השלטון

*פיצוי למשל-* מטרתו העיקרית היא **יעילות**, אך הוא גם נותן שכבת הגנה **להוגנות** **ולטוהר**. כלומר, זה גורם למדינה להבין שיש לזה "תג מחיר"- גורם למדינה לחשוב אם "משתלם" לה לעשות את המהלך.

**ניתן להתפשר על אחד המנגנונים ועדיין לדעת שאנו מגנים על שאר החששות הקיימים**.

אנו מצדיקים את "ההתפשרות" מבחינה נורמטיבית (ראויה), כיוון שאנו 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**, **ואחד נוכל להפעיל בצורה נמוכה**. יש סוג של יחסי גומלין בין המנגנונים השונים.

במידה והתפשרנו על אחד ממנגנוני ההגנה, אנו צריכים לשמור על רף גבוה של שני מנגנוני ההגנה האחרים.

*דוגמאות*:

* **פס"ד קילו**-

יש במקרה זה שיפור פני התעסוקה בעיר. **השאלה המשפטית**- האם ההפקעה היא לגיטימית?

בשביל להחליט איך לענות על שאלה זו- צריך לשאול האם התפשרנו לגמרי על הצורך הציבורי?

בפס"ד זה- התשובה היא לא. עדיין יש קצת צורך ציבורי. לא התעלמו ממנו לחלוטין.

ההליך בפס"ד זה התקיים ברף גבוה מאד! כל האזרחים באו לשימוע, היו המון דיונים, המון אינפורמציה וכו' ובנוסף, הפיצוי היה מחיר גבוה ממחיר השוק.

**ביהמ"ש**- לא התפשרנו לגמרי על הצורך הציבורי, וההליך והפיצוי היו ברף מאד גבוה- ולכן ניתן לאפשר את ההתפשרות.

* **יישום על חוק ההסדרה**-

הליך- אין הליך בחוק ההסדרה, ואף אין שיקול דעת למפקד הצבאי בשטח אם להפקיע או לא.

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

צורך ציבורי –קשה להסביר איך מדובר כאן ברף גבוה של צורך ציבורי שמעבירים קרקע פרטית לאדם פרטי אחר. לפי התזה כי הישובים מגנים על כל המדינה – ניתן לטעון כי מדובר בצורך ציבורי, אבל קשה לטעון כי בית פרטי מהווה צורך ציבורי.

פיצוי – בחוק מאפשרים לתת לפלסטינים פיצוי של 125%.

כיוון שהצורך הציבורי או ההליך לא מתקיימים ברף גבוה כמו הפיצוי- החוק בעייתי.

**כבר בשלב הזה אנו למעשה**

**אמורים לומר שחוק ההסדרה מבחינת דיני הנטילה השלטונית איננו חוקתי ויש לבטלו.**

**שיעור 14- 2/12/18**

## **גריעות תכנוניות-**

גריעות תכנוניות הן מגבלות שמטילות רשויות על מקרקעין של בעלים, וגריעות אלו **פוגעות בתכונות של המקרקעין**.

**סעיף 197-** ייתכנו מצבים שתכניות מתאר... תפגענה במקרקעין. הזכויות של הבעלים נשארות בבעלותו, אך התוכן של הקרקע משתנה.

קיומו של הסעיף מאפשרת לבעלים לתבוע פיצויים.

רוב מוחלט של הפעולות של הרשויות- לא מגיעות לשלב של הפקעות, אלא רק לשלב של גריעות תכנוניות.

*למשל*- אם רוצים להעביר תשתית מסוימת של חשמל, אז לא מפקיעים את המקרקעין של כל הבעלים בדרך של התשתית, אלא רק משנים את התוכן- וזה פוגע בבעלים.

המקור של **סעיף 197-** מדבר על מקרה שהשתמשו במקרקעין שלא בדרך של הפקעה.

וסעיף זה מאפשר לבעלים לתבוע בכפוף ל**סעיף 200**-

שאומר כי לא יינתן פיצוי לפי **סעיף 197** אם התכנית נכנסת לאחת התכניות המפורטות ברשימה בסעיף.

* **איזה סעיף הוא ברירת המחדל**? **197** או **200**?

האם יוצאים מנקודת הנחה שיש פיצוי, אלא אם כן הוא נכנס לאחת הקטגוריות בסעיף? או האם יוצאים מנקודת הנחה שאין לו פיצוי- אא"כ הוא מצליח להוכיח שהוא לא נכנס לסעיף.

מלץ בפס"ד פרי הארץ-

קובע שברירת המחדל הוא **סעיף 197**.

מבחינתו כל אדם שנפגעו לא מקרקעין כתוצאה מתכנית- זכאי לקבל פיצוי. **והסעיף של 200**- הרשות תצטרך להוכיח למה הוא לא יקבל פיצוי. אך **נקודת ההנחה שלנו היא כי יש פיצוי**.

מלץ אומר כי יש להעניק פיצוי **משיקולים נורמטיביים**-

יעילות- שהרשות תדע שיש תוצאות לפעולות שלה, ולא תעשה סתם תכניות.

צדק חלוקתי- אנו לא רוצים שהעול של צרכי החברה ייפול על כתפיהם של אנשים פרטיים. יש לחלק את הנטל של העלויות של החברה על כולם.

הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ- **מבחן הסבירות**

יש וויכוחים מהי פגיעה סבירה (לפי **סעיף 200**).

יש שופטים שאמרו שצריך לעבור רף מסוים.

ויש שופטים שאמרו שאפילו פגיעה של 2-3% מהווה פגיעה.

נקבע **מבחן לקביעת הסבירות** של אור וברק:

1. **שיעור ירידת הערך-** נבדוק כמה נפגע הערך של המקרקעין כתוצאה מהגריעות התכנוניות (בדיקה לפי שמאי).
2. **מידת פיזור הנזק**- אם אני מגלה שהתכנית גרמה נזק לבעלים אחד, או שהיא גרמה נזק ל100 בעלים- אני אראה בפגיעה סבירה יותר שלא מצריכה פיצוי לפי כמות הבעלים שנפגעים. אם נפגעו 100 בעלים- כנראה שיש כאן תכנון טוב של חלוקת הנטל, פיזור הנזק- ולכן זה יהיה יותר סביר.
3. **קיומו של הצורך/ האינטרס הציבורי-** ככל שהאינטרס הציבורי חיוני יותר- ניטה לפטור את הרשות מלשלם פיצוי. ככל שהאינטרס פחות חיוני- ניטה לראות בפגיעה ככזאת העוברת את רף הסבירות ומחייבת פיצוי.

* **מה זה "הגובלים עמו"?**

ב**סעיף 197** כתוב "*נפגעו מקרקעין שלא בדרך של הפקעה... יכולים כאלו* ***הגובלים עמו***"-

פס"ד שרגא ויטנר נ' הוועדה לתכנון ובניה "שרונים"- **קובע מה ייחשב כ"גובל עמו**"

כביש של 2 נתיבים שעבר במקרקעין. ביהמ"ש עושה דיון שלם על הכביש.

**מסקנה**- כל מקרקעין הסמוכים במישרין- כמובן שהם גובלים עמו.

אם הם מופרדים ע"י שטח פתוח צר *או* בכביש שכונתי צר- עדין יכולים להיחשב כ"גובלים עמו".

* **כמה זמן/ מהי תקופת ההתיישנות של תביעת פיצויי מקרקעין**?

פס"ד עיזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פ"ת-

בפס"ד זה אחרי 40 שנה היורשים תובעים.

**ביהמ"ש המחוזי**- דוחה את התביעה וקובע שחוק ההתיישנות שתביעה מתיישנת תוך 7 שנים- חל גם על דיני הפקעות.

**ביהמ"ש העליון**- קובע שחוק ההתיישנות חל על פיצויי ההפקעה, ולכן זה עד 7 שנים.

**השאלה הגדולה היא**- מתי מתחילים לספור את 7 השנים? מתי נולדת עילת התובענה?

חשין- עילת התובענה חלה רק **מהשלב בו הבעלים מקבל תשובה שלילית ביחס לפיצויי ההפקעה** מהרשות. כלומר, אם הבעלים לא פנה בכלל לרשות- עוד לא התחלנו לספור את 7 השנים.

גרוניס- עילת התובענה מתחילה מהיום בו **הרשות תופסת חזקה על הקרקע**.

ארבל- התובענה מתחילה רק **כשמתממשת המטרה הציבורית**. כלומר, אם רציתי לבנות בריכה- אז רק מרגע שהבריכה נבנית חלה עילת התובענה ומתחילים לספור 7 שנים. לפיה, הבעלים יכול להגיש תביעה רק כאשר הבנייה מסתיימת.

נקבעה להלכה דעתו של השופט גרוניס.

בשנת 2013- החליטו ש**7 השנים מתחילות מהיום שהרשות תופסת חזקה על המקרקעין**.

## **רישיון במקרקעין-**

**רישיון במקרקעין**= הרשאה שבעל המקרקעין נותן לגורם אחר לעשות שימוש במקרקעין שלו.

**לא מדובר בזכות קניינית, אלא זכות חוזית/ הרשאה חוזית** לאדם אחר לפעול במקרקעין.

רישיון יכול להיווצר ***כתוצאה מחוזה מפורש*** שנכרת בין הצדדים, אך יכול גם להיווצר ***מכללא= שתיקה או אי-מחאה*** של בעל המקרקעין אודות שימוש שעושה בהם אחר. עצם השתיקה- גיבשה סוג מסוים של הרשאה.

יש ***רישיון בתמורה***- שמשלמים כסף בשביל לפעול במקרקעין.

ויש ***רישיון חינם***- שאני משתמש לך מקרקעין בחינם, ללא תשלום.

### **פרשנות הרישיון-**

ביהמ"ש חוזר בכל הזדמנות שמדברים על רישיון על המשפט הזה-

פס"ד חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן-

"רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה. יש רשות ואין בה תמורה, ואי אפשר לבטלה. ויש רשות ויש בה תמורה, ומותר לבטלה".

כלומר, **אין כללי אצבע ברורים איך לפעול**.

**כמעט בכל תביעת מקרקעין עולה שאלת הרישיון**.

* **איך קובעים אם ניתן הרישיון**?
* **היקף ההגנה על רישיון**-

ביהמ"ש קובע כל מיני מאפיינים (לא מחייבים) שעוזרים לו להחליט לקבוע: **1)** אם הרישיון ניתן לביטול או לא. **2)** אם ניתן לבטל את הרישיון- מה קורה לאותו בעל מקרקעין.

**בין המאפיינים**:

1. היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין.
2. הציפיה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול מהמקרקעין.
3. משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון במקרקעין.
4. ככל שיש תמורה- היא תהווה אינדיקציה.

כמעט ולא מכירים ברישיונות בלתי הדירים, **ברוב המוחלט של המקרים ביהמ"ש קובע שהרישיון הוא הדיר**- כלומר, שבעל המקרקעין יכול לחזור בו ממתן הרישיון.

פס"ד בצר- מקרה בודד בו ביהמ"ש קבע כי **הרישיון בלתי הדיר**.

* **למה שאלת הרישיון חשובה**?

רישיון הוא חשוב ***לעניין העבירות***.

אנו רוצים שתהיה לנו דרך פעולה בה נוכל לתת רשות למישהו להיות במקרקעין שלנו, אך שלבעל הזכות לא תהיה זכות להעביר את הזכות הלאה (כמו בשכירות).

המטרה העיקרית ברישיון היא- היכולת לשלול עבירות.

הפסיקה כן מכירה באפשרות להעביר רישיון לאחר במקרה של הסכמת הצדדים ובמקרה של ירושה.

יש כאן בעיה, לא ברור למה צריך את שאלת הרישיון כיוון שזה משתנה בין נסיבות לנסיבות.

למבחן- אם אנחנו בטוחים שאנו דנים בזכות קניינית, יכול להיות שאנו טועים. לכן יש לדון גם ברישיון כדי לתת פתח לביהמ"ש לאפשר לנו לזכות את הלקוח שלנו בפיצוי.

* **מה התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון**?

1. המשך קיומו של הרישיון (על אף רצון הבעלים לבטלו).
2. ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים בתשלום פיצוי (גובה הפיצוי ייקבע לפי המאפיינים שהזכרנו לעיל).
3. ביטול הרישיון ללא פיצוי.

* **כשמדובר על קרקע שהיא מקרקעי ישראל**-

פס"ד חבה נ' מינהל מקרקעי ישראל-

**ביהמ"ש** קובע בכל הפסיקות שאין מקום לטענות של רישיון, וקל וחומר אין מקום לטענות של רישיון בלתי הדיר.

כלומר, כשמדובר במקרקעין ציבוריים, ולא פרטיים- ביהמ"ש יימנע מלקבוע רישיון בלתי הדיר, וכן יימנע מלקבוע פיצוי משמעותי. זאת כיוון שיש פה מכת מדינה. רוצים להימנע מעידוד לאנשים שרוצים לקחת/ להיכנס למקרקעי ציבור לנסות לתפוס בהם חזקה.

## **מיטלטלין-**

כמו במקרקעין- יש שלב חוזי ושלב קנייני- יש התחייבות לעסקה, ויש השתכללות של העסקה.

זה רלוונטי לגבי דיני תחרויות במיטלטלין.

**סעיף 33 לחוק המכר**- קובע כי הבעלות במיטלטלין עוברת **במסירה**.

אולם בסיפא של הסעיף- ניתנת רשות לצדדים להחליט על דרך אחרת.

במיטלטלין, בשונה מקרקעין, יש ממד חשוב לחזקה.

בחזקה במיטלטלין- יש ביטוי לבעלות של גורם מסוים לנכס המיטלטלין.

## **זכויות-**

**זכויות**= כל זכות שהיא שיש לאדם כלפי אדם אחר.

בדרך כלל קשור לחיובים של אחד ביחס לאחר.

בהנחה שלא מדובר במיטלטלין ולא במקרקעין, אלא מדובר בכסף- האם אני יכול להמחות את זכותי לצג ג'?

יש חייב, ממחה ונמחה.

* החייב, חייב כסף לממחה.
* הממחה, חייב כסף לנמחה.

האם ניתן שהחייב ישלם לנמחה?

* **מתי מתגבשת הזכות הקניינית של הנמחה מול החייב** (מתי זה עובר מזכות חוזית לזכות קניינית)?

בזכויות- מכילים את חוק המכר, כי **סעיף 14** **בחוק המכר** קובע שכל מה שקבוע לגבי מיטלטלין יהיה קבוע גם לגבי זכויות/ חיובים בשינויים המחייבים.

ולכן ניתן פה להעביר את הזכויות, ומועד כריתת ההסכם- הופך להיות מועד העברת הבעלות בזכות, אא"כ נקבע אחרת ע"י הצדדים (כאמור **בסעיף 33 לחוק המכר**).

**עניין זה חשוב לגבי מקרקעין שאינם רשומים**- כיוון שמקרקעין לא רשומים, מתנהלים כמו זכויות. הם לא מקרקעין ולא מיטלטלין, אלא זכויות.

ולכן כאשר דנים בהם- יש לדון בהתאם להנחיה פה, שהזכות עוברת בזמן כריתת ההסכם ביחס להסכם (אא"כ החליטו אחרת)!

למבחן- **כשכתוב מקרקעין**- צריך לבדוק האם מדובר *במקרקעין רשומים*- בהם יש לדון לפי **חוק המקרקעין**, או *במקרקעין לא רשומים*- שיש לדון בהם כפי שדנים בזכויות.

## **רכישת דירה מקבלן-**

יש צד חזק וצד חלש.

ברכישת דירה מקבלן, יש כל מיני בעיות.

* **הכשלים הייחודיים ברכישה מקבלן**:
* **ריבוי ליקויים קוגניטיביים**- חוזים מול הקבלן מאד ארוכים, בשונה מחוזים אחרים.

1. הצפת מידע- של הקבלן מול הרוכש. מכיל המון סעיפים ואינפורמציה. קשה לברור את הדברים החשובים לרוכשים. חוזי דירה של קבלנים כוללים הרבה מאוד מידע שכוללים את מועדי המסירה, הפרטים הטכניים, נושא ההצמדות וכו'
2. מסגור- הקבלן חושב שהכל שם הכרחי, ורוכשי הדירות שהם שחקנים חד-פעמיים נוטים לאבד את העיקר. הטענה היא שהקבלן 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.
3. שגיאות הסתברותיות- אנו נותנים הרבה יותר משמעות לנזקים דחופים, גם אם הנזק בהם הוא קטן ביחס לקטסטרופה. יכול להיות שהסתברות קרות הנזק היא 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 של 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).
4. הטיה בין מידע מוחשי ושאינו מוחשי- כסף-הוא מוחשי. לעומת זאת, נושאים הקשורים להתוויית התקנון בבית משותף- זה לא מוחשי.

לאנשים קל הרבה יותר להבין מידע מוחשי, ממידע לא מוחשי- ולכן ניתן לכך יותר ביטוי, למרות שזה לא בהכרח יותר חשוב.

משנות ה70- המחוקק הישראלי שם את הזרקור על הפערים בין הקבלן לרוכש, והתאים את השטח כדי לעזור לרוכשים מול הקבלן.

השאלה הגדולה היא- מי משלם על מנגנוני ההגנה האלה? הקבלנים? או הרוכשים?

(חלק מיוקר הדיור כיום- זה כל המגבלות הרגולטוריות שמטילים על הקבלנים, שעולות הרבה מאד כסף).

* **הסדרים משפטיים בהקשר של קניית דירה מקבלן:**

1. **חובות גילוי**- מטופל **בחוק המכר (דירות)- סעיפים 2-6-**

סעיפים אלה כוללים חובות שונות של גילוי- כמו לתת מפרט לרוכש.

המטרה היא להתגבר על הצורך של רוכשי הדירות להצליח לדעת בדיוק מהם הדברים החשובים וכדומה.

פס"ד שמעונוף נ' ברוכים-

הפס"ד אומר שהמטרה היא להביא לידיעת הקונה בצורה ברורה ומובנת מהן כוונותיו האמתיות של המוכר.

אופן הגילוי בחוק המכר צריך להיות: **1)**מפורט. **2)**בהיר. **3)**במועד עריכת החוזה.

הסנקציה על אי-מילוי החובה- מאפסים את החובה לפי התקנון המצוי. ואז הקבלן מאבד את היכולת להחריג גם דברים ראויים, שהיה מותר לו להחריגם.

1. **הענקת בטוחות**- מטופל **בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)**-

הדוח הכספי של חברת חפציבה חופים בע"מ-

נכתב כי החברה מודיעה לבורסה שיש לה גירעון, וכי הפרויקטים שלה אינם רווחיים.

כמה זמן לאחר מכן- עלו הקשיים של החברה לעיתונות, והחלה נהירה של רוכשי הדירות לבניינים הלא גמורים של החברה ונאחזו בדירות שלהם.

**התברר שחלק גדול מן המהלך- נעשה כיוון שלחלק גדול מן הרוכשים, לא היו בטוחות**.

ולכן הם גם יכלו להפסיד את הדירה, וגם להפסיד את הכסף.

הם רצו כדי לתפוס חזקה, שתגבש להם איזושהי זכות קניינית.

* למה צריך בטוחות?

1. **סיכון שנובע מהבעיות הכלכליות של הקבלן**.

אנו לא יודעים את המצב הכלכלי של החייב, הקבלן- ובמצב כזה אנו רוצים שתהיה בטוחה לכסף.

1. **סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר**- קבלנים הרבה פעמים עושים עסקת קומבינציה (שהם עושים סוג של עסקת חליפין- למשל קרקע תמורת דירה). הרבה פעמים כיוון שהקרקע לא שייכת לקבלן- נוצרים מכך הרבה פגמים- שעלולים לגרום לאבדן הדירה של הרוכשים.

יש בעלים- קבלן- רוכשים. במידה ומתגלות בעיות בטיב זכויות הקניין של הקבלן, מי שיסבול מכך הם הרוכשים שיישארו ללא זכויות קנייניות.

**שיעור 16- 12/12/18**

* האם כפיית בטוחות על הקבלן 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?

* **עקרונות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)**
  + חל על רכישה של דירה **בלבד**, דירה יכולה להיחשב גם **לצורך עסק**.
  + החוק רחב יחסית בנושא מהות הדירה, וזה כולל גם מכירה של קרקע/זכויות במקרקעין בצורה של **חכירה לדורות** ולא רק בעלות.
  + החוק **אינו** חל על בנייה עצמית, כלומר על עסקות קומבינציה. ובנוסף **לא חל** על מכירות של דירות יד שנייה כאשר הדירה כבר רשומה- כי אין מי שיבטיח את ההשקעה.
* **איך מבטיחים את ההשקעות?**

**יש בחוק 5 בטוחות**- 2 ראשונות הן כלכליות, ו3 האחרות הן קנייניות (שנועדו לתת לרוכשים אחיזה מסוימת במקרקעין): (הקבלן צריך להעניק **בטוחה אחת לפי בחירתו**)

* 1. **ערבות בנקאית**-

לפי **סעיף 2(1)**. כלומר, אם אני משלם תשלום לקבלן אני מקבל ערבות מהבנק, שאם הקבלן פושט רגל וכד'- אני אקבל מהבנק החזר של סכום הכסף ששילמתי. מבחינת הרוכשים- לא מחייב שהם יקבלו את הדירה, אך לפחות הם לא יאבדו את הכסף שלהם.

* 1. **ביטוח**-

לפי **סעיף 2(2).** כיום זה פחות רווח, כיוון שחברות הביטוח לא "אהבו" את הרעיון, וגם כיוון שהבנקים בכל מקרה מלווים את הפרויקט של הקבלן- ולכן זה יותר יעיל לקבלן לעשות ערבות בנקאית.

* 1. **שעבוד הקרקע במשכנתא ראשונה בדרגה**-

לפי **סעיף 2(3)**- 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.

הרוכש מקבל זכות בלתי אמצעית על הקרקע בהתאם לסכום שהוא שילם עליו.

*משכנתא ראשונה בדרגה* – הוא זה שמממש ראשון את המשכנתא לפני בעלי משכנתא אחרים. המשכנתא יכולה להיות עד שווי השוק של הנכס. (בעלי משכנתא מדרגה שניה ושלישית מודעים לכך שיש בעלי משכנתאות קודמים להם)

* 1. **רישום חלק יחסי של הקרקע על שם הרוכש**-

לפי **סעיף 2(5)**- כלומר, אם יש 6 רוכשי דירות בבניין והקבלן מקבל כספים- תמורת הכסף הוא לא ישלם משכנתא, אלא ירשום אותם כבעלים במשותף- כל אחד בשישית מהקרקע.

הסיכוי שקבלן יעשה זאת בפועל הינו אפסי, כי הקבלן בדר"כ איננו הבעלים- והאפשרות שהבעלים יאפשר לקבלן לעשות זאת- היא נמוכה מאד.

ובנוסף, קבלן נדרש כמעט תמיד לגורם בנקאי שתמיד יחליט על משכנתא.

*האפשרות שהחלופה הזאת כן תצא לפועל היא אם*: **א)**הקבלן הוא הבעלים. **ב)**הקבלן לא נדרש בשלב הראשון לגורם בנקאי להלוואת כספים.

* 1. **רישום הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה נבנית**-

לפי **סעיף 2(4)**. זה מבטיח את בעלי הדירות מול נושים אחרים.

ובנוסף, זה נותן להם זכות טיעון לגבי המקרקעין. כלומר, אם הפרויקט נתקע והקבלן פושט את הרגל- הנאמנים לא יוכלו להתעלם מבעלי הערות האזהרה. תהיה לנאמנים אפשרות להסיר את ה"א ולפצות את בעלי הה"א, *או* שהנאמנים יצטרכו להשאיר את הרוכשים בעלי הערות האזהרה.

*חלופה זו אינה קלה ליישום מבחינה מעשית*: **א)** במקרים מסוימים (כמו בעסקת קומבינציה), בעלי הקרקע מסרבים לרישום ה"א לטובת רוכשי הדירות מהקבלן. **ב)** במקרים אחרים ה"א קודמות (כמו לגורם מממן) שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים (אינו עומד בתנאי **סעיף 2**), *או לחילופין*- אותם גורמים אינם מאפשרים רישום ה"א לטובת הקונים.

* הבטוחות היותר רווחות, הן הפיננסיות/כלכליות.
* החלופות נועדו רק לגבי מצב בו **לא קיבלתי את הדירה**. אם יש את הדירה והנכס הוא אחר ממה שחשבתי שהוא יתחייב- אני אוכל לתבוע לפי **חוק החוזים**, אך לא לפי **חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות לרוכשי דירות)**.

פס"ד חפציבה-

המחוקק מגיב באופן חריף, ובמהרה תיקן את החוק.

*עד לפס"ד זה*- היית מקבל ערבות רק על כסף שנכנס לחשבון מסוים שנועד לשם זה.

*לאחר פס"ד זה*- המחוקק תיקן את החוק.

חפציבה הטעתה את הרוכשים וסיפקה להם חשבון שונה, מהחשבון המיוחד שהיה אמור להיות לשם הערבות.

לכן המחוקק עשה תיקון בו נקבע שאין דבר כזה "חשבון מיוחד", אלא כל כסף שעובר מחייב בבטוחה כלכלית.

***מאז פס"ד חפציבה***-

* + בנקים נותנים ערבות על כל תשלום, ולא מחכים לסוף לקבלת כל התשלום.
  + **תוספת סעיף 2א1**- **המוכר** חייב ליידע לרוכש בכתב על האפשרויות שלו לקבל בטוחה, וגם מהי הבטוחה שנבחרה.
  + התיקון מטיל על **הבנק** חובה להבהיר לקונה שהוא צריך לקבל בטוחה על ההשקעות שלו מהקבלן המוכר.

פס"ד מטרי-

החוק נועד להגנה על הצרכן הפרטי, ולא על צרכנים מוסדיים- כיוון שזו תכלית החוק (הגנה על הרוכש הפרטי).

תכלית החוק- היא הגנה על הצרכן הפרטי.

## **הגנת הבעלות והחזקה-**

* **למה נותנים משמעות לחזקה**?

ויסמן נותן לכך מספר הצדקות:

1. **שמירה על הסדר הציבורי**- היינו רוצים לאפשר למי שמחזיק במקרקעין לשמור על המצב הקיים, ולא לאפשר לכל אחד לערער את זכותו של אדם להחזיק במקרקעין.

*ביקורת*- האם זה רלוונטי למשפט הפרטי? האם אנו מעוניינים שהאזרח ישמור על אינטרס שבאחריות המדינה?

1. **יעילות והגנה על נכסים**- ההכרה שלי בחזקה והאפשרות לסעד עצמי למי שיש לו חזקה- מאפשרת דרך יעילה יותר להגנה על נכסים, כדי שלא אצטרך ללכת לבימ"ש על כל דבר קטן.

*ביקורת*- האם זה רלוונטי למצב השוק הקיים? כיוון שכיום יש נכסים שלא ניתן לתפוס בהם חזקה- קניין רוחני, מניות וכדומה.

1. **הטלת הנטל על התובע**- חזקה כשלעצמה אין לה ערך מיוחד, אלא היא מסדירה לנו את האופן בו איך אדם שמפרים את החזקה שלו צריך לפעול. והנטל מוטל על מי שרוצה להוציא אותי מהנכס- "המוציא מחברו עליו הראיה".

*ביקורת*- זה הופך את החזקה לעניין ראייתי בלבד, וכבר לא עניין מהותי (שהחזקה יעילה יותר).

1. **לעודד שימוש בנכסים פנויים**- סוג של תפיסה חלוקתית. כמו התיישנות רוכשת- **סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני**. כלומר, שאחרי חלוף זמן- אני מעביר את הבעלות לקרקע מהבעלים לאדם שמחזיק בקרקע בפועל, זאת כיוון שאני מעדיף שנכסים יהיו בשימוש מאשר שהנכסים יעמדו ללא כל שימוש בהם.

*ביקורת-* לא בטוח שנכון שהנכסים יהיו כל הזמן בשימוש.

* **יש את הבעלים, מחזיק, מסיג גבול ובעל הזכות להחזיק**.
* **סעיף 15** קובע כי **מחזיק**- הוא בין אם השליטה ישירה בידו ובין אם היא בידי אדם המחזיק מטעמו.
* **סעיף 16** קובע **כי בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק במקרקעין**- זכאים לדרוש ממי שיושב שלא כדין על מקרקעין תביעת פינוי (סעד משפטי).
* **סעיף 17** קובע כי **המחזיק במקרקעין** זכאי לדרוש ממי שאין לו זכות להחזיק- להימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה. כלומר, גם מסיג גבול עשוי להיחשב במחזיק במקרקעין לצורך **סעיף 17**, ולא לצורך **סעיף 16**. (סעיף זה הולך לרציונל של שמירה על הסדר הציבורי- לא מאפשרים לעורר בעיות, גם כשמדובר בהחזקה שאיננה כדין).

זה איננו סעיף של סעד עצמי, אלא זהו סעד משפטי.

* גם הדין הפלילי וגם פקודת הנזיקין נותנים סעדים נוספים נגד פלישה לקרקע. בתור בעלים/ מחזיק כדין- יש את הזכות לממש זכויות אלו. בחוק המקרקעין- מדובר יותר על שימור החזקה במקרקעין עצמם. פחות יש פה סעדים כספיים, אלא למי ניתן את החזקה בפועל.
* **סעיף 18** קובע **סעד עצמי**. זהו סעד ראוי, אך יש לצמצמו.

*הבעיה בסעד זה*- הוא נותן לאזרחים אפשרות לפעול עם דעת עצמם.

מדינת ישראל מצמצמת סעד זה, אך מאפשרת אותו מכמה סיבות:

1. מענה לאופי אנושי
2. חלופה מעשית במקרים מסוימים (בעיקר במיטלטלין)
3. כלל קנייני לעומת כלל אחריות- קלברזי ומלמד- *כלל אחריות*= לשלם פיצוי בשביל הקרקע. *כלל קנייני*- אסור לקחת את הנכס ללא הסכמה שלי.

**הסעד העצמי** **הוא הביטוי הכמעט יחידי המתקרב לכלל הקנייני**. דיני הקניין לרוב אימצו כללי אחריות, ואילו סעד עצמי- קרוב לכלל קנייני.

ביהמ"ש מפרש את **סעיף 18** מאד בצמצום- כי קשה לנו שאזרחים יפעילו כוח על אזרחים אחרים בצורה לגיטימית.

* **סעיף 18(ב)**- *המחזיק כדין יכול להשתמש בכוח בצורה סבירה****, רק תוך 30 יום*** *מיום התפיסה*.

הסעיף נותן מקום לאינסטינקט האנושי.

**שיעור 17- 16/12/18**

* **סעיף 18(א)-** *המחזיק כדין ובפועל רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו שלא כדין.*
* **סעיף 19-** מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמורב**סעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק.**

כל מטרתו של הסעיף היא לשמר את המצב הקיים. לפני שנדבר על מי זכאי להחזיק במקרקעין- נחזיר את המצב לקדמותו ואז נתחיל לדון בעניין.

* **מה משמעות החזקה כאשר המדינה היא הבעלים?**

**סעיף 4(א)** **לחוק מקרקעי ציבור**- קובע כי כאשר המקרקעים הם מקרקעי ציבור- הממונה רשאי בתוך שישה חודשים לתת צו לפינוי אותו מחזיק שלא כדין מהמקרקעין.

פס"ד בן שמחון-

ההבדל בין המדינה לבין מחזיק אחר-

מבחינת המדינה אין לה צעד עצמי לנהוג בכוח, אך היא יכולה לתת צו ולהוציא אותו לפועל ויש לה יותר זמן (6 חודשים לעומת 30 יום).

בפס"ד זה נאמר שלמדינה:

1. הגבלת סעד עצמי- רק צו והליך משפטי.
2. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול.
3. אין צורך בהחזקה בפועל של המדינה, מספיק שזה נמצא בבעלותה של המדינה.

## **שכירות**

לפי **סעיף 3 לחוק המקרקעין**- *שכירות זוהי זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות.*

* *בתמורה*= ערך כלכלי ממשי (**לא בהכרח כסף**. יכול להיות גם עבודה בתמורה לשכירות- שיש בכך שווה כסף).
* *להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם=* לאו דווקא החזקה/ שימוש ייחודיים (וייסמן). לא צריך להיות שימוש ייחודי, כלומר אתה יכול להיות במשותף עם אחרים.
* *שלא לצמיתות*= פס"ד עמידר נ' מנדה- נקבע כי לא קיימת ע"פ חוק המקרקעין שכירות ללא הגבלת זמן. למה חשוב להגביל את זכות השכירות? כיוון שזכות שניתנת לאדם ללא הגבלת זמן- זאת לא תהיה זכות שכירות- כמו פס"ד לוסטיג- חכירה לדורות של 999 שנים (שזה נחשב להגבלת זמן).
* **במקרקעין- יש 3 סוגי שכירות-**

1. **שכירות קצרת מועד**= תקופה של עד 5 שנים (רוב השכירויות שאנשים עושים בישראל).
2. **חכירה**= למעלה מ5 שנים ועד 25 שנה.
3. **חכירה לדורות**= למעלה מ25 שנים.

* **האם זכות שכירות היא זכות קניינית**?

כן. המשמעות לכך היא שיש זיקה אל הנכס עצמו.

במקרקעין-

1. יש הגנה על השוכר מפני צדדים שלישיים (רלוונטי בעיקר בדיני תחרויות).
2. הגנה על השוכר מפני מעברים או מחליף המשכיר (שהוא מוכר למישהו אחר, השוכר נשאר בקרקע עד תום תקופת השכירות שלו).
3. הכוח לשעבד את השכירות (אם אין התנאה). זה טוב כיוון שהשוכר יוכל למשכן את זכות השכירות. אולם, בפועל רוב המשכירים כן מתנים על הנכס שלהם כדי שהשוכר לא יעשה זאת.
4. יכולת להעביר את השכירות לאחר (עבירות).
5. הענקת זיקת הנאה (עד תום החוזה).

* **עבירות הזכות-**

נניח שיש שכירות של 10 שנים, ותוך כדי תקופת השכירות המשכיר מחליט שהוא רוצה למכור את הדירה למישהו אחר.

* לפי **סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה**- *"משהוקנתה זכות שכירות לשוכר.....****גם אם הרוכש לא ידע על קיום חוזה השכירות***". השוכר מוגן מפני טרנזקציות של המשכיר. כל מי שירכוש את הנכס מידי המשכיר- יהיה מחויב כלפי השוכר באותם החיובים, גם אם הרוכש לא ידע על השוכר.
* לפי **סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה**- ***(א)****"****השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר*** *וכן את חיוביו האחרים על פי חוזה השכירות או להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו* ***בתנאים בלתי סבירים****, יהיה –*

***(1)****בשכירות מקרקעין – רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר;*

***(2)****בכל שכירות – רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות.*

***(ב)****הסכמה לפי סעיף קטן (א), לעניין שכירות במקרקעין, תיעשה מראש ובכתב".*

השוכר לא רשאי להעביר את זכותו, אלא אם כן המשכיר לא מסכים מטעמים בלתי סבירים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין** | **מיטלטלין/ זכויות** |
| **יש הגבלת עבירות** | שק"ד ביהמ"ש | איסור עסקה. אא"כ בהסכמת המשכיר. |
| **אין הגבלת עבירות** | הרשאה לביצוע העסקה- אם הטעמים להתנגדות המשכיר אינם סבירים. | שק"ד ביהמ"ש. |

* **תנאים סבירים לפי סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה**-
* **סוג הנכס**- פעמים שנכסים מושכרים בגלל המאפיינים של הנכס.

פס"ד אשגרום נכסים בע"מ- ההסתדרות קיבלה נכס ללא מכרז.

**ביהמ"ש** קובע שכאשר יש מאפיינים ייחודיים לנכס- שינוי של סוג השירות/ המבנה עשוי להצדיק סירוב של בעל המקרקעין לשוכר להעביר לאחר.

* **זהות השוכר-** פס"ד מ"י נ' וייס יהודה- אחד מאנשי הצוות זכה בשכירות במקווה ישראל והוא רצה להשכיר את הדירה לאדם שאיננו מאנשי הצוות.

**ביהמ"ש** קובע כי לא ניתן, משום שכל הרעיון של הדירות הוא שלאנשי הצוות תהיה גישה נוחה לעבודה. ולכן הסירוב לפי זהות השוכר עשוי להיות לגיטימי.

* **אי עמידה בתשלומים**- פס"ד בנק הפועלים- אם השוכר לא משלם את התשלומים בזמן- המשכיר לא חייב לאפשר לשוכר להעביר לאדם אחר (כיוון שזה יכול לפתוח פתח לשוכרים להפסיק את השכירות כשאין להם איך לשלם).
* **סיכום התנאים הסבירים/ הלא סבירים-**
* סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות- פס"ד חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ.
* נטל ההוכחה על השוכר- פס"ד מ"י נ' וייס.
* **תיקון מספר 1 לחוק השכירות והשאילה (חוק השכירות ההוגנת)-**

חלחלה ההבנה שלא כל אדם שרוצה לקנות דירה חייב להיות בעל אמצעים לקנות דירה.

הוספת **סעיף 6א** – *(א) המשכיר ימסור לשוכר את הזכויות להחזיק ולהשתמש במושכר כשהן חופשיות מכל זכות שנוגדת את זכויות השוכר, ובכלל זה זכות של צד שלישי..... (ב) המשכיר ימנע את קיומן של זכויות נוגדות כאמור בסעיף קטן (א) במהלך כל תקופת השכירות*.

הוספת **סימן ו' לחוק** – עוסק בחוזה השכירות-

* קביעת "חוזה מצוי" על יד שר המשפטים.
* חובת מסירת דירה "ראויה למגורים". אי התאמה= הפרת חוזה.
* קביעת תשלומים בהם חב השוכר (**לא** חב במערכות קבועות, ביטוח ודמי תיווך)- השוכר לא יכול להידרש לשלם ביטוח על הדירה, ולא יכול לשלם עבור דמי התיווך (פטור מכך) – השכירות תעלה בעקבות כך, אבל המטרה הייתה למנוע מהמשכירים לקחת מתווכים שהשוכרים 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.
* מניעת תניית ביטול ללא עילה למשכיר (**סעיף 25י"ד**)- משכירים היו שמים אפשרות לבטל את החוזה ללא עילה, והיום **אסור** לשים תניה זו בחוזה.
* איסור התניה- **סעיף 25י"ד**- החוק אוסר על התניה בסעיפים מסוימים בחוק. מותר יהיה להתנות רק אם ההתניה הינה לטובת השוכר.
* סייגים לתחולה- **סעיף 25ט"ו**- 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 בסעיף 79**- קובע כי שכירויות לתקופה שלא עולה על 5 שנים **אינן טעונות רישום ועסקה בכתב**.

הרעיון לכך הוא שלא יהיו חסמים על חוזי שכירות. שאנשים יוכלו יותר לקלות לעשות חוזי שכירות.

**סעיף 79(ב)-** תמיד מופיע במבחן- סעיף 79 פוטר מדרישת הכתב והרישום **רק 5 שנים**! אם יש **אופציה** להארכה בחוזה- הוא **לא יהיה פטור** מרישום או מהדרישה של הכתב.

**ס' 152 לחוק הגנת הדייר** אומר הוראה אחרת – לא צריך לרשום שכירות של **עד 10 שנים**.

כלל משפטי ספציפי גובר על חוק כללי, ולכן **נפעל לפי חוק הגנת הדייר**.

מבחינת רישום- רק נכס שהשכירות **עולה על 10 שנים** (כולל האופציה) **נדרש** רישום.

**עד** **10 שנים-** יש **פטור** מרישום, אך יש צורך בדרישה לכתב.

**שכירות עד 5 שנים** – אין צורך ברישום ואף לא בדרישה 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.

* **חכירה לדורות**-

האם זה שכירות או 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**.

פס"ד 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.

צריך את אישור רשות מקרקעין, ללכת לטאבו עם האישור 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**.

## **תחרות-**

נושא מרכזי וחשוב במבחן!

ב' מוכר את דירתו לא'. ולאחר מכן מוכר את הדירה גם לג'.

**עד לא מזמן- דיני תחרויות נמדדו כך**:

היינו בודקים את המרקם המשפטי בין א' לב', ובין ג' לב'- ובדקנו למי יש מערכת יחסים עדיפה לא' או ג'.

**מאמצע המאה הקודמת**-

מני מאוטנר מציע לבדוק את מערכת היחסים בין א' לג'- בלי להסתכל על המוכר (ב').

זאת מההבנה שדיני תחרויות הם "תאונה משפטית", כאשר המוכר איננו מעורב בתאונה- בין אם הוא פושט רגל ובין אם הוא בורח.

ולכן בדיני תחרויות ננתח ונקבע את המאפיינים במערכת היחסים בין א' לג'- ונקבע מי גובר על השני.

**שיעור 18- 19/12/18**

שיעור תרגול- על העבודה.

**שיעור 19- 23/12/18**

אם נניח א' מנצח את ג'- ג' עדין יכול ללכת לתבוע את הכסף שלו מב'.

הבעיה מתחילה כאשר ב' נעלם (למשל בורח לחו"ל) ואז אין את מי לתבוע.

פס"ד מחוות מקורה- חשוב!!!

מתאר מצב בו יש גורם שקנה את המקרקעין בצורה תמת- לב. לעומת זאת, הוא עדין יכול להפסיד את הנכס.

**השאלה שעלתה** היא לגבי השיקולים שהעלה ביהמ"ש בדיני תחרויות.

**ביהמ"ש** העלה 2 שיקולים: 1) תום לב 2) תמורה.

2 שיקולים אלה עוזרים להכריע בדיני תחרויות.

יש לכל אחד משיקולים אלה 2 פרשנויות.

1. **תום לב:**

**א) אובייקטיבי**- עמידתו של האדם בכללים משפטיים שאנו קובעים, כללים משפטיים אובייקטיבים.

**ב) סובייקטיבי**- האם האדם הספציפי היה תם לב בהתנהגותו?

דיני התחרויות אימצו יותר את הפרשנות הסובייקטיבית (אך עדין מכניסים קצת שיקולים אובייקטיבים ע"מ להכריע).

1. **תמורה**:

**א) כלשהי**- אם שילמתי משהו עבור הרכישה (consideration).

**ב) בת ערך**- אם הנכס שווה 1.5 מיליון ואני שילמתי רק 500K- לא נראה את התשלום כמשהו שעונה על דרישת התמורה (value).

אנו רוצים לבדוק האם באמת היתה כוונה ליצור עסקה (רצינות) או שהאם זאת סתם היתה הבטחה "באוויר".

חשוב חשוב חשוב! הדרך הנכונה לתאר דיני תחרויות היא לראות אותם כתאונה משפטית.

מני מאוטנר אומר שאיננו צריכים להסתכל על היחסים של כל אחד כלפי המוכר, אלא יש לבדוק את היחסים מול 2 ה"מתחרים"- ועל כן **יש פה "תאונה משפטית", שזה מכניס אותנו לעולם הנזיקי, ובנזיקין אנו יודעים את השיקולים.**

מני מתאר את האינטרסים של העולם המשפטי **ומחלק אותם ל3**:

1. **מניעת תאונות**- זהו הדבר הנכון ביותר מבחינה כלכלית. נכון למנוע את התאונה כדי לא להגיע למצב הזה וכך אנשים לא ייפגעו. עדיף להשקיע במשטר שלנו כדי לתת קדימות לנושא המניעה/ ההרתעה.
2. **מזעור עלויות התאונה**- אם כבר קוראת תאונה- צריך למצוא את הדרך היעילה ביותר לצמצם עלויות/ נזקים.
3. **התנהלות מערכתית**- אנו רוצים לצמצם עלויות של התפעול המערכתי.

חלוקה זו של מני מאוטנר- שמה את דיני התחרויות על רבדים שונים:

*לפני התאונה*- EX ANTE- **צדק מתגמל** = מי שהתנהג בצורה הראויה הוא זה שיזכה בנכס.

*אחרי התאונה*- EX POST- **צדק חלוקתי**= אחרי שקוראת התאונה, אנו מנסים לראות מי הגורם שייגרם לו נזק גדול יותר אם יפסיד את הנכס. סוג של מאזן המצוקה.

מבחינת מני מאוטנר- העניין של **מניעת התאונות** מתבטא ע"פ הקריטריון של ***תום- לב***.

דיני התחרויות שאימצו את השיקול של תום- לב, משתמשים בשיקול זה כדי למנוע תאונות משפטיות או תחרויות.

לעומת זאת, עניין **מזעור העלויות וההתנהלות המערכתית** מתבטא לפי הקריטריון של ***תמורה***.

משתמשים בשיקול זה, כיוון שבאמצעותו ניתן לבחון את הנזקים ולצמצם אותם.

* **האם כל דיני התחרויות מבוססים על התפיסה הכלכלית של מני מאוטנר?**

התשובה היא *שלא*.

**ביהמ"ש מכניס שיקולים נוספים**:

**א) אחריות חברתית**

**ב) צדק חלוקתי** (האם מדובר בגורמים חלשים או חזקים יותר).

**ג) תאוריית האישיות-** נלקחת בחשבון כאשר מדובר בנכסים שיש קשר בין האדם לנכס (בדר"כ קיים יותר בבתי מגורים, כיוון שיש משמעות אחרת לבית המגורים בשוק המקרקעין ובתפיסת הקניין שלנו).

עבודה בקטגוריות= תפיסה ריאליסטית.

**ביהמ"ש מחלק את דיני התחרויות ל3 קטגוריות/ סוגים שונים של תחרויות, שהוא מתמודד אחרת עם כל אחת**:

1. רוכש זכות קניינית (בעל התחייבות לעסקה) מול נושה.
2. עסקאות נוגדות- 2 גורמים שרכשו את אותה זכות מאותו אדם.
3. תקנת שוק.

במבחן- צריך לבחור בקטגוריה **אחת** של תחרות, ולדון רק על פיה.

### **תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושי המוכר-**

**בעל התחייבות לעסקה**= אדם שרכש דירה, כשעוד אין לו נכס ביד.

**נושה**= אדם ש"מחכה" לזמן הפירעון שהמוכר חייב לו את חובו.

*דיני היושר במשפט האנגלי*- יש חשיבות גדולה לתמורה אותה שילם בעל התחייבות לעסקה.

כאשר אדם חותם על חוזה לנכס- עדיף כמידת המחיר שהוא שילם על פני שאר הנושים של המוכר.

כלומר, אם הנכס שווה 1.5M ואתה שילמת 500K- אתה תקבל 1/3 מהנכס- **אתה תקבל לפי מה ששילמת**. בעל ההתחייבות לעסקה עדיף על יתר הנושים, אך לא בצורה אבסולוטית, אלא רק לפי מה שהוא שילם.

נותנים הגנה לבעת ההתחייבות בעסקה על מה שהוא שילם בפועל.

יתר הנכס יתחלק ליתר הנושים.

רכישת זכות במקרקעין, למרות שעוד לא עברה מהלב החוזי לשלב הקנייני- היא שונה מ"סתם" התחייבות חוזית.

**דיני היושר אומצו במשפט הישראלי, אך ב1969 חוקק חוק המקרקעין שיצר בעיות:**

**1)** **אין התייחסות- סעיף 161** קובע שהחל מחקיקת החוק, לא יוכרו זכויות שלא מופיעות בחוק. ואין בחוק המקרקעין התייחסות לזכויות שביושר.

ולכן אם היתה לבעל הזכות את הזכות שביושר, כעת כיוון שאין התייחסות ספציפית לדיני הביושר- אנו נעדיף את הנושה.

**2) רשימה סגורה** בחוק המקרקעין שרק מה שכתוב בחוק – יוכר.

עניין זה הוביל ב1971 להלכת בוקר-

אם בעל התחייבות לעסקה "מופתע" ע"י נושה, כיוון שביטלנו את הזכויות שביושר- אנו נשארים במצב בו **הנושה הוא זה שיקבל את העדיפות**.

חשוב- ב1972- תוקן החוק **וסעיף 127(ב)** קובע כי אם נכתבה הערת אזהרה, ולאחר מכן הגיעו נושים- בעל התחייבות העסקה יכול ללכת ולתבוע את זכותו ואנו **נגן על בעל ההתחייבות לעסקה**.

הערת האזהרה מכריעה את התחרות לטובתו באופן מלא!

1994 – פס"ד בנק מזרחי נ' רוזובסקי-

קובע שאם רכשת ורשמת הערת אזהרה- גברת על הנושים הלא מובטחים.

אם רכשת ולא רשמת הערת אזהרה- הפסדת.

1999- פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב-

בעל ואישה שנפרדו ונקבע שהבעל יעביר לאישה חלקה.

הבעלות שלה לא נרשמה על זה והיא גם לא רשמה ה"א והגיע נושה.

**האישה** טענה כי יש הסכם גירושין שהיא רוצה לממש.

**הנושה** טען כי היא לא רשמה ה"א- ולכן היא מפסידה את הנכס.

**ביהמ"ש** התלבט אם להכיל את הלכת פס"ד בנק מזרחי או לקבוע הלכה חדשה.

שטרסברג כהן- אמרה כי לא יכול להיות שנבסס את כל דיני התחרויות בקטגוריה זאת על ה"א. ולכן ה"א הופכת להיות משהו מאד טכני, שלא מתבססים רק עליה.

היא לא מקבלת את התפיסה של מני מאוטנר- של הקדימות למניעת התחרות.

היא נותנת שיקולים אחרים יותר חברתיים, ולא רק כלכליים.

היא מציעה להגיד שהזכויות של הנושה והזכות של בעל הזכות (האישה) אינן זכויות שוות מעמד= **תאוריית האישיות** (למרות שזה לא מדויק, עדין יש פה יישום של קרבת הנכס לאישה שיותר משמעותי עבורה מעבור הנושה).

ובנוסף, יש להסתכל על זהות הצדדים. בדר"כ הנושים הם גופים יותר גדולים ויותר מבוססים כלכלית, ולכן לא נכון יהיה לתת את הקרקע דווקא לאותם גורמים חזקים= **מאזן המצוקה**.

היא מתייחסת לשאלה מה קורה כאשר אי אפשר לרשום ה"א (כמו אצל בני זוג- שיש שוויון בנכסים)- ולכן קובעת כי לא ניתן לקבוע ה"א כדבר יחידי ויש להסתכל על שיקולים נוספים: **א)** כאשר הזכויות אינן שוות מעמד. **ב)** זהות הצדדים.

ברק- **עושה מהפכה בדיני הקניין, ומכניס בחזרה דינים שביושר לאחר שהמחוקק הוציא אותם.**הוא לא נכנס לדיונים של שטרסברג כהן (צעד לא ברקי) ולא מדבר במושגים של ערכים. זאת, משום שניתן לשאוב את קדימותו של הראשון בזמן מכוח **סעיף 9**. הראשון בזמן הוא שזוכה. כדי לשבור את החזקה שהראשון בזמן גובר, השני צריך להוכיח כל מיני דברים. ברק לומד מקביעה זו איזושהי זכות שביושר. חשוב לנו שמדובר בראשון בזמן שזוכה כדי לתת אמירה של זכותו של בעל ההתחייבות הראשון לעסקה, ולהפוך אותו לבעל התחייבות משודרג, עם זכות בעלת מעמד גבוה יותר מאשר זכות אחרת.

**המשמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום.** **סעיף 9 קובע את קדימות הראשון בזמן.**

**להלכה, התקבלה השיטה של ברק: הראשון בזמן גובר על נושה מעקל.**

**משמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום.**

**שיעור 20- 26/12/18**

* **האם אהרונוב רלוונטי רק לעיקול?**

התשובה היא שלא.

זה רלוונטי גם לעניין פשיטת רגל, כפי שמצוין בפס"ד כספי נ' נס-

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 – זה גובר גם על פשיטת רגל.

* **מה קורה במידה ולא רשמו ה"א אבל שולמה רק חלק מהתמורה?**

מצב בו בין שלב חתימת החוזה לבין שלב השלמת שילום התמורה- הוטל העיקול.

בעל ההתחייבות לעסקה גובר על העיקול כאשר שולמה **כל** התמורה, אך מה קורה כאשר עוד לא הושלמה התמורה?

במצב כזה – הנושה המעקל יטיל את העיקול רק על מה שלא שולמה עליו התמורה.

שטרסברג כהן אומרת כי יש לעשות זאת באופן יחסי. כלומר, בעל ההתחייבות לעסקה יגבר על הנושה אך רק בהיקף לפי מה שהוא שילם. אבל ברק וחשין (שזאת ההלכה)- אומרים כי הנושה המעקל לא יקבל כלום, ואילו **בעל ההתחייבות בעסקה יזכה באופן גורף על כל הנכס**.

* לסיכום-
* כאשר יש בעל התחייבות לעסקה מול נושה- אם בעל ההתחייבות לעסקה היה הראשון- הוא זוכה בנכס (גובר על הנושה).
* גם אם בעל ההתחייבות לעסקה שילם רק **חלק** מהתמורה- הוא זוכה (גובר) בכל הנכס (ברק וחשין בכספי נ' נס).

**\*\*יש חשיבות גדולה בזיהוי הצדדים**. יש לזהות האם מדובר ***בנושה מעקל***- שאז אנו *בסוג זה של תחרות (נושה מול בעל התחייבות לעסקה)*; או שמדובר ***בנושה שהוא בעל התחייבות לעסקה***= אם היה נושה **מובטח** (שהתחייבו לרשום עליו משכנתא) אבל עוד לא נרשמה המשכנתא- **הנושה הוא בעל התחייבות לעסקה**. אם יש בעל התחייבות לעסקה פרטי , מול בעל התחייבות לעסקה שהתחייבו לרשום עליו משכנתא (בדר"כ בנק) –אז אנו לא נמצאים בסוג זה של תחרות, אלא *אנו נהיה בתחרות מסוג אחר*.

### **תחרות בעסקאות נוגדות במקרקעין-**

כאשר יש שני בעלי התחייבות לעסקה המתמודדים אחד מול השני.

ההבדל בין תחרות זו לתחרות הקודמת- היא כי פה שני הגורמים קיבלו מהמוכר את הזכות לקבל זכות קניינית, לעומת התחרות הקודמת בה הנושה לא קיבל מהמוכר את הזכות לקבל זכות קניינית.

*יש לשים לב בתחרות זאת*- האם מדובר בעסקאות נוגדות, או שאין קשר בין העסקאות והן יכולות להתקיים במקביל – שאז זו לא תהיה תחרות.

**סעיף 9 לחוק המקרקעין (עסקאות נוגדות)**- *"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום- לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום- לב -  זכותו עדיפה".*

יש זכות עדיפה לבעל העסקה הראשונה, אך נותנים פתח גם לבעל העסקה השנייה לזכות לפי התנאים הכתובים בסעיף- אם היה תום לב, תמורה ורישום. (תנאים מצטברים).

פס"ד ורטהיימר נ' הררי-

הררי מכר את דירתו לורטהיימר.

ורטהיימר חתמו על ***זיכרון דברים*** שהם ישלמו, ובזמן החתימה הם שילמו **חלק** מהתמורה.

כאשר הררי ראה שהעניין עם ורטהיימר לא מתקדם (כי לא הסכימו עדין על כל פרטי החוזה)- הוא מוכר את דירתו לבנימיני.

בנימיני חותם על ***חוזה***. הוא שילם **חלק** מהתמורה להררי, ולאחר תשלום זה- הוא גילה שיש עסקה קודמת עם ורטהיימר, ואז הוא רץ ומשלם את **כל הסכום** להררי.

**ביהמ"ש**- מעמיד את **חוק החוזים** מול **חוק המקרקעין**.

הוא אומר שאין סיבה ללכת לחוק המקרקעין, כאשר יש כאן שתי התחייבויות חוזיות- והשאלה היא איזה התחייבות צריך לאכוף, ואיזה מהן ביטולה תקנה למתקשר זכות חוזית לתבוע את הפיצויים מהמוכר.

ברק- שואל איזה אחד מן החוזים לא יהיה מן הצדק לאוכפו לפי **סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות)**?

אם אנו מחילים את הוראת **סעיף 9**- בנימיני יפסיד.

חוק המקרקעין הינו החוק הכללי, ואילו חוק החוזים במקרה זה – הינו החוק הספציפי.

אך זה **לא צודק להכיל** את **חוק החוזים (תרופות)**, כיוון **שאז נרוקן מתוכן את סעיף 9,** כיוון שתמיד יהיה מדובר בחוזים.

**ההכרעה היא**- כי לא יהיה מן הצדק לאכוף את החוזה של בנימיני, **ולכן ורטהיימר זוכה לפי החלת סעיף 9**- בנימיני אמנם שילם את התמורה, אך לא היה תם- לב.

שי שטרן- התוצאה הזו קשה. כיוון שורטהיימר שילם הרבה פחות מבנימיני, ובנימיני לא יכול לקבל השבה על כספו.

**ברק משאיר שתי שאלות בצ"ע:**

1. האם העובדה שהראשון בזמן מתעקש על אכיפת החוזה, עולה כדי חוסר ת"ל כשלעצמה?
2. בהנחה שהראשון יכול היה לרשום ה"א ובכך למנוע את "התאונה המשפטית"- עדין נכריע לטובתו של הראשון?

פס"ד גנז נ' בריטיש- **מתייחס לשאלה השנייה שברק השאיר בצ"ע**-

בריטיש מכרו קרקע לנוטריקון. נוטריקון הם בעלי התחייבות לעסקה כיוון שהרישום לא הושלם.

נוטריקון מוכרים את הקרקע לגנז- ללא רישום קרקע וללא רישום ה"א. נוטריקון מוכרים לאפק- שאפק רושמים ה"א על שמם.

**השאלה**- גנז תובע את הקרקע, הוא רוצה אכיפה של חוזה המכר שלו.

**ביהמ"ש**- צריך להכריע בין שלוש עסקאות נוגדות.

הראשון בזמן= גנז.

השני בזמן= אפק.

ביהמ"ש בתחילה דן בשאלה למה בכלל אפשר לדון באפק וגנז כבעלי התחייבות לעסקה, שהרי לנוטריקון כלל לא היתה קרקע בבעלותם, שהרי הרישום לא הושלם ולכן הם היו רק בעלי התחייבות בעסקה- ביהמ"ש במקרה זה נכריע שאפשר לדון.

מדובר בעסקאות נוגדות ולכן יש לפנות **לסעיף 9**- אפק שילמו ופעלו בת"ל- אך **הרישום לא הושלם**. ולכן לכאורה גנז אמור לזכות.

ברק- קובע שאי רישום ה"א ע"י גנז- עשוי להצביע על חוסר ת"ל של הראשון ולהכריע את התחרות לטובת השני (אפק), **גם אם השני לא עומד בכל התנאים של הסעיף**.

**סעיף 14 לחוק המקרקעין**- של שימוש לרעה בזכות- חל גם על **סעיף 9**. הראשון שנהג בחוסר ת"ל- גורם נזק לחברה.

**סייגים**:

**1)** אין חוסר ת"ל- אם הראשון לא רשם ה"א מסיבות מוצדקות (כגון בעל ואישה שלא ירשמו ה"א אחד על השני)- נעדיף את הראשון.

**2)** אין קשר סיבתי לפעולת השני- אם השני לא הלך לבדוק בכלל מה מצב הנכס ואם יש עליו ה"א- נעדיף את הראשון (כיוון שגם אילו היתה ה"א- זה לא היה משנה את המצב של התאונה המשפטית).

**שיעור 21- 30/12/18 (שחר יונה)**

פס"ד ביאד נ' לחאם **–**

מראה איך ביהמ"ש מאמץ את ה"א לוודא מי מונע הנזק הזול ביותר. רישום ה"א הוא אקט פשוט וזול. במחיר 159 ₪ נכון ליום פסה"ד, ותוך דקות ספורות ניתן לרשום ה"א ולמנוע תאונות משפטיות קשות.

יש לאמץ את הלכת גנז על דרך ההרחבה, ולהטיל את הנטל על **הקונה הראשון** בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תו"ל או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה. (ברור שאם השני בזמן עומד בדרישות **סעיף 9** אז הוא מנצח. כל העניין הוא מתן הנכס לשני למרות שהוא לא מקיים את הדרישות).

* **האם רישום ה"א ע"י השני בזמן מהווה "רישום" לפי סעיף 9?**

לא. גם גנז וגם אפק הם לא בעלי התחייבות לעסקה, לכאורה, מאחר שנוטריקון עצמה לא הייתה רשומה כבעלים, אלא בריטיש. ולכן התחרות ביניהם לא בהכרח צריכה להתבצע ע"פ **סעיף 9**. (אולם, לאור תמיכה של בריטיש ונוטריקון ואי הכחשה שהיא רכשה מהם, ביהמ"ש קובע שאין בעיה להחיל את הסעיף).

השופטת פרוקצ'יה דנה בשאלה האם, בסיטואציה בה יש שני בעלי התחייבות לעסקה, לא מספיק רישום ה"א ע"י השני בזמן לצורך השלמת **סעיף 9**? מציעה לראות ברישום ה"א ע"י השני בזמן כהגשמת דרישת הרישום. לפיכך, השני בזמן יכול לרשום ה"א ולנצח ע"פ **סעיף 9**. **זה לא התקבל להלכה**.

שי שטרן- גם דעה זו לא נכונה, במובן של ההבדל בין רישום לה"א.

**מבחינת ההלכה-**

**פס"ד גנז- אם הראשון בזמן (בסוג התחרות הזה) לא רושם ה"א, ואין לו הסבר מטעמי אי יכולת או חוסר צורך (שיקולי מדיניות), ולא מצליח להוכיח שהשני בזמן לא הסתמך על היעדר הרישום הזה כדי לעמוד בתחרות- אז גם אם השני בזמן לא עמד בדרישות סעיף 9 הוא יזכה בתחרות.**

רשף נ' יוסף **–**

פס"ד שמדבר על **בעל התחייבות לעסקה** (הוא בנק). בעל התחייבות לעסקה זו הוא לא גורם פרטי וחלש - אלא בנק עם משכנתא. ממול מגיע **נושה מעקל לא מובטח**, משמע, התחרות הראשונה.

הולכים על פי פסק דין אהרונוב- שמבנה את התחרות הראשונה, או לפי פס"ד גנז- ומשנים את התחרות ועוברים לדיון אחר, כי אנחנו מטילים חובת רישום הערת אזהרה.

עקרונית, אחרי גנז ומזרחי - מי שאמור לנצח זה הבנק, אך פסק דין המזרחי עדיין לא התקבל.

**הבנק** מנסה בשלב זה להיבנות מפס"ד אהרונוב- כך, המנצח לפי פס"ד זה הוא בעל ההתחייבות לעסקה מול הנושה המעקל. ממול, **הנושה המעקל** שמכיר את פס"ד גנז, טוען שהראשון היה צריך לרשום הערת אזהרה, ובגלל שלא רשם, אפילו שלא מדובר באותה תחרות- הנושה צריך לקבל את הקרקע.

**בית המשפט** קבע שבעל הזכות שביושר הוא הבנק. במקרה של בנק, כשהבנק הוא בעל התחייבות לעסקה אנחנו צריכים להתייחס לתחרות הזו בעיניים אחרות. הנושה המעקל הטיל עיקול במקרקעין.

השופט אוון פוסק שבנק הוא לא כמו כל בעל התחייבות לעסקה, ובשונה משאר בעלי ההתחייבות לעסקה, אנחנו עושים הבחנה בין זהות הצדדים ועוצמת האינטרס של כל אחד. **אם הבנק הוא הראשון בזמן, יש לו חובות מוגברות כלפי הציבור וכלפי אחרים. ראשית בגלל שהוא בנק, הוא גורם חזק ומקצועי, חזק בתחום המקרקעין וצריך לרשום הערת אזהרה**. יש עליו חובה מוגברת למנוע תאונות משפטיות.

פס"ד בנק המזרחי נ' גדי **-** ברק בעצמו מאמץ כבר את ההצדקה של שטרסברג כהן (שהיה דעת מיעוט בעבר)

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

הבעיה הגדולה במיטלטלין, זכויות ומקרקעין לא רשומים זה היעדר המרשם. ממילא לא מאפשרים לקיים את **ס' 9 לחוק המקרקעין**.

**איך פותרים את התחרות**?

ע"פ שני סעיפים. שני סוגים של תחרויות:

**א) עסקאות נוגדות במיטלטלין מקרקעין לא רשומים וזכויות -** ההכרעה תהיה ע"פ **ס' 12+13 לחוק המיטלטלין**.

**ב) תקנת שוק -** **ס' 4 לחוק המחאת חיובים**- רלוונטית רק לזכויות ולמקרקעין לא רשומים. מקרקעין לא רשומים=זכויות. מבחינה משפטית דנים בהם כזכויות משפטיות. בעלים של מקרקעין לא רשומים מביאים שרשור כל הזכויות של בעל מקרקעין.

**סעיפים 12 ו-13 לחוק המיטלטלין -** סיטואציה כמו **בס' 9**, רק במיטלטלין.

* **ס' 12- עסקאות נוגדות-** "*התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה - זכותו עדיפה*"
* **ס' 13-** **תחולה**- *"****(א)****הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות.****(ב)****הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון*".

עסקאות נוגדות יכולות להיות גם במיטלטלין וזכויות. עסקאות נוגדות לא חלות רק על בעלות, אלא גם על זכויות אחרות- שכירות למשל.

**הכלל- פס"ד טקסטיל ריינס-** א' מבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי ב' לאדם ג' - מתכוון להעביר את הזכות כמו שהיא ברגע ההעברה.

מה השלב בו אנו מצויים -  שלב חוזי או קנייני? ההשלכה היא איזה סעיף מחילים. אם אנחנו **בשלב חוזי**, אנחנו עובדים ע"פ **עסקאות נוגדות** (**12 ו-13 לחוק המיטלטלין**). אם אנחנו כבר **בזכות קניינית** מול זכות חוזית, אנחנו במצב של **תקנת שוק**.

הדרך היחידה לעשות את זה במיטלטלין וזכויות זה באמצעות בדיקה של החוזה: האם אנחנו בשלב החוזי או בשלב הקנייני. לפי **סעיף 33** אנחנו יכולים להתנות על מועד העברת הבעלות, לכן חושב לבדוק את פרטי החוזה לגבי המיטלטלין והזכויות. עלינו לבדוק את החוזה- מהו השלב בו עוברת הבעלות:

**בהיעדר התנאה בין הצדדים -** הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם = מועד המסירה של הזכות. התאמה של **ס' 33 לחוק המכר**.

**אם קיימת התנאה -** הבעלות עוברת בהתאם להתנאה. העברת הזכות הקניינית, הקביעה מתי אתה נהיה בעל הקניין, נתונה להתנאה בין הצדדים. ייתכן שאתה כבר קיבלת את הנכס, ואתה עושה בו שימוש כבר שנה, אבל הבעלות עוד לא ניתנה, ואתה עדיין בשלב האובליגטורי.

**במבחן-** מזהים את המשאב, מזהים את התקופה - שלב חוזי או קנייני: האם מדובר בבעלי התחייבויות עסקה (**ס' 9 במקרקעין**) ובמיטלטלין וזכויות ב-**12 ו-13 לחוק המיטלטלין**. אדם לא יכול להעביר מעבר למה שיש לו. מי שיש לו זכות חוזית כלפי מישהו מסוים, יכול להעביר רק זכות חוזית למישהו אחר, ולא את הזכות הקניינית.

**שלב חוזי -** אם אנחנו בשלב החוזי אנחנו ועלים לפי **ס' 12 -13 לחוק המיטלטלין**. הראשון בזמן גובר אלא אם כן השני בזמן מקיים: תום לב סובייקטיבי + תשלום ערך+ השלמת הקניין. יש דרישה לתום לב סובייקטיבי, ולא אובייקטיבי (כמו בגנז) כי אין לנו סטנדרט קל לבדיקה, לכן אין חובה להטלת חובה כללית.

**ס' 12+13 לחוק המיטלטלין:** הראשון זוכה אלא אם כן השני התקשר בעסקה, וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה.

**קיבל - יש צורך בחזקה + קניין** (אופן ההקניה בהתאם לסוג הנכס. עשוי להיות הבדל בין חזקה לנכס מיטלטלין לבין בעלות קניינית על הנכס. **הכלל בס' 33 לחוק המכר**- הוא שהבעלות עוברת במסירה, אולם ניתן להתנות על מועד העברת הבעלות. בשביל לנצח ע"פ **ס' 12**, אני צריך גם להחזיק בנכס, וגם להיות בעלים מבחינה משפטית.  (**מיטלטלין** - מועד המסירה (**ס' 33 חוק המכר**) , **זכויות** - מועד החתימה (אם העברת הבעלות עוברת במועד החתימה, למעשה אין שלב אובליגטורי, הבעלות עוברת מיד, אולם יכול להיות מצב בו פותחים בהתניה על המועד ופותחים בשלב אובליגטורי - על שניהם אפשר להתנות, התנאה על מועד העברת הבעלות - העברת הבעלות לא תהיה כשאתה מקבל את הנכס לידיים שלך, אלא בעוד פרק זמן מסוים), כך, במהלך התקופה הזו, אנחנו עדיין נמצאים בשלב האובליגטורי, החוזי.)

**תמורה =** ערך ממשי או שינוי מצב לרעה התמורה של השני בזמן צריכה להיות תמורה משמעותית בת ערך. ייתכן גם מצב של שינוי מצב לרעה, גם אם לא שילמת כלום, אבל שינית בפועל את המצב שלך שעלול לגרום לשינוי קיצוני במאזן המצוקה ( נשארתי בלי דירה) זה גם משפיע על הכרעת התחרות.

**תום לב סובייקטיבי =** אין יכולת להחיל סטנדרט אובייקטיבי של פרסום המכירה, לכן נאלצים להסתפק בתום לב סובייקטיבי

**שיעור 22- 02/01/19**

## **זיקת הנאה-**

**סעיף 5 לחוק המקרקעין**- "זיקת הנאה היא שיעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם".

מעניקה זכות שימוש במקרקעין של מישהו אחר.

הוא **חריג** **לסעיף 13**- בו אין תוקף לעסקה בחלק מהמקרקעין.

לזיקת הנאה יש מאפיין של פומביות, ולכן שימוש במרשם לא הכרחי.

אך כן **כדאי** לבצע מרשם, כיוון שיכולה להיות העברת בעלות ורוצים שזיקת ההנאה תמשיך, גם כדי למנוע סכסוך של צדדים שלישיים וגם כדי להרחיב את הפומביות.

* **כיצד נוצרת הזכות?**

1. מכוח הסכם.
2. בשל דין- צוואה, מעשה מנהלי (פס"ד קיבוץ החותרים).
3. מחמת כורח.
4. מכוח שנים- **סעיף 94**- "התיישנות רוכשת"- אם מישהו עובר במקום מסוים 30 שנה- הוא רוכש זכות קניינית של ממש.

* **מיהם הזכאים לזיקת הנאה?**

לפי **סעיף 92** הזכאים הם:

* אדם
* סוג בני אדם- קבוצה בעלי מאפיינים משותפים, *כמו* משפחה.
* הציבור
* מקרקעין- מקרקעין זכאים מול מקרקעין כפופים- בשביל להשתמש במקרקעין X צריך לעבור במקרקעין Y- גם אם הבית נמכר- למקרקעין יש זיקת הנאה והם ממשיכים להתקיים עם הזיקה.
* **זיקת הנאה במקרקעין-**

**סעיף 98-**

* אפשרי במקרה בו שתי חלקות בבעלות אותו אדם.
* אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד- הזיקה **לא** בטלה.
* אם אוחדו לחלקה אחת- הזיקה **כן** מתבטלת (זאת משום שברגע שאוחדו המקרקעין- לא ניתן "לדבר" על חלקים שלה).

**סעיף 97-**

מקרה של חלוקת המקרקעין.

* **זיקת הנאה מכוח שנים (תנאים מצטברים)- סעיף 94-**
* **שימוש ממושך של 30 שנה**, גם כשהשימוש נעשה לסירוגין.

טוינה נ' לוי-

משפחה שנהנתה מזיקת הנאה. הם רצו להעביר בלוני גז דרך השטח של השכנים.

**ביהמ"ש**- אישר להם להעביר שם את בלוני הגז.

* **הזיקה צריכה להיות פומבית**- המבחן הוא מה היה צריך בעל הקרקע לדעת.

בן חורין-

משפחה שהחליטה שצריכה לקבל זכאות להגדיר את הקרקע שהיא נהנתה ממנה כחניה שלהם.

**ביהמ"ש**- מפרש בצמצום ולא מאפשר להם.

* **בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים**:

**א)** הודעה בכתב למשתמש. או

**ב)** הודעה כללית לציבור.

* **אופציית "הכניסה לנעליים"**- אם אמא שלי למשל עברה בקרקע 20 שנה ואז אני עוברת 10 שנים- ניתן להחשיב זאת כ30 שנה.
* **מבחן הזכויות בקרקע- שיקולים (פס"ד בן חורין):**
* סוג השימוש ותכליתו.
* הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות.
* פומביות השימוש.
* עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים.

ביהמ"ש נוטה לפרש את זיקת ההנאה בצמצום לפי שיקול דעתו.

* **תוקף הזיקה- סעיף 96**-
* כל עוד לא הוסכם אחרת- בלתי מוגבל.
* ביהמ"ש מוסמך לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהסיבות (זה "קלף מיקוח" לצד שרוצה לבטל את הזיקה):
* אי הפעלת הזיקה- לא משתמשים בזיקה.
* שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה.
* שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.
* **העברת זיקת ההנאה- סעיף 95-**

ללא הסכמה של בעל המקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת הנאה (לאחר ה30 שנה).

* **תחולה במקרקעי ציבור- סעיף 113-**

מלשון החוק משמע שזיקת הנאה לא חלה במקרקעי ציבור.

## **זכות קדימה-**

**סעיפים 99-106 לחוק המקרקעין**.

* **מהי זכות קדימה?**

זכות שמקנה בעל הקרקע לאחר, ולפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה. **זכות סירוב ראשונה**.

זכות הקדימה חייבת להירשם במרשם **כדי להיות זכות קניינית**, בניגוד לזיקת הנאה המשתכללת גם מבלי להירשם.

מתי חלה? בבעלות וחכירה לדורות.

מתי לא חלה?

* **בשכירות** שהיא לא חכירה לדורות או בעלות.
* **בהעברה ללא תמורה (במתנה)**.
* **סוגי זכויות קדימה:**
* מכוח הסכם- **סעיף 99(א)**
* מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה- **סעיף 100(ב)** **לחוק הירושה** + **סעיף 113 לחוק הירושה**. (זכות קדימה של יורשים ע"פ זרים (גם ע"פ נושים); וזכות קדימה ליורש ספציפי ע"פ יורשים אחרים).
* זכות קדימה בין בני זוג- **סעיף 101** (משק חקלאי/ בית עסק שלהם/ דירת המגורים (ולא דירה להשקעה)).

**שיעור 23- 6/1/19**

### **המשך תחרות- עסקאות נוגדות מקרקעין שאינם רשומים ותקנות שוק של זכויות (במיטלטלין)**

אדם שהתחייב להקנות נכס, ולפני שמסר את הנכס- הוא מכר אותו למישהו אחר.

במבחן- יש לבדוק האם הנכס כבר עבר לידיו של הראשון.

**בשלב החוזי- אם הנכס *עוד לא עבר* לראשון**- אנחנו נמצאים בשלב האובליגטורי של הראשון בזמן, ולכן כל הקנייה נוספת תביא אותנו למצב של עסקאות נוגדות (**סעיפים 12 ו13**)- כאשר הראשון בזמן עדיף, אא"כ השני עשה הכל בת"ל ובתמורה.

**למה לא מחילים את ההגיון של פס"ד גנז על מיטלטלין?**

1. אין לנו מרשם וקשה ליצור מרשם שכזה- עלויות גבוהות מידי.
2. הגדרת חזקה כהפגנת תום-לב עשויה לעכב את המסחר השוטף.

**בשלב הקנייני**- **אם הנכס *עבר* לידיו של הראשון**- קראנו את החוזה והגענו למסקנה שהקניין עבר. לבעלים אין יותר קניין בנכס, והקניין שייך לראשון בזמן.

למרות כל זה, הבעלים מתנה את הזכות לאדם אחר.

מה עושים?

נכנסים לשלב של תקנת שוק.

איך אנחנו גורמים לשוק לפעול ברמה הנורמטיבית, יותר ברמה הכלכלית.

איך מאפשרים לשוק לפעול בצורה תקינה.

**זכויות במקרקעין לא רשומים בלבד (לא מיטלטלין!).**

**זכויות**= זה השלב בו יש לי זכות מסוימת (נניח לסכום כסף אצל אדם אחר), ובמקום לגבות את הכסף מאותו אדם, אני ממחה את החוב ישירות לצדדים שלישיים.

**מקרקעין לא רשומים**= זה קרקע שניתן לעשות איתה כל מיני דברים. מבחינה משפטית- היא זכות. לא ניתן לעשות איתה כלום כל עוד היא לא רשומה. אך עדין היא נחשבת זכות. (למשל אני יכול להיות בעל זכות במקרקעין לא רשומים). המקרקעין לא מופיעים במרשם, אך הם קיימים, ועדין יש אנשים שיכולים לגור בהם.

אם המקרקעין בבעלות מנהל מקרקעי ישראל- גם הקבלן וגם מנהל מקרקעי ישראל, מנהלים מרשמים חיצוניים למרשם המקרקעין ועוקבים אחר הזכויות והבעלויות וכו'. (וכך גם קרקע שהיא לא רשומה- תהיה רשומה אצלם).

לכאורה לבעלים שהעביר את הזכות לאדם ראשון כבר אין שום זכות להעביר את הזכות לאדם שני (כאשר הראשון כבר קיבל את הזכות)- **לפי תקנת שוק, עדין יכול להיות שהשני בזמן ינצח את הראשון בזמן**.

תקנת השוק נקבעת לפי **סעיף 4 לחוק המחאת חיובים-** הראשן בזמן זוכה, אא"כ קודם כל הודיעו לחייב על זכותו של הנמחה השני.

כלומר, אם השני הולך ומיידע את החייב לפני שהראשון עשה זאת- הוא יזכה על פני הראשון בזמן.

הרציונל הוא לתמרץ שברגע שיש המחאה של הזכות, הם ילכו ליידע את החייב שהזכות עברה אליהם (כדי לשמור על השוק).

(גם אם השני בזמן זוכה- עדין הראשון בזמן יכול לגבות שוב את חובו מהבעלים).

**כל העניין של תקנת שוק לפי סעיף 4- לא רלוונטי למיטלטלין ולא רלוונטי למקרקעין רשומים.**

*דוגמה*- הזכות של ב' היא כלפי רשות מקרקעי ישראל במקרקעין לא רשומים.

רשות מקרקעי ישראל- הם החייב.

ב' ממחה את זכותו לא'.

ולאחר מכן ממחה את זכותו גם לג'.

אם לאחר שהזכות הקניינית **עוברת** לא' (עברנו מהשלב האובליגטורי לשלב הקנייני)- לפי תקנת השוק, מי שילך ראשון לרשות מקרקעי ישראל על המחאת הזכות- הוא זה שיזכה בהמחאה.

* **האם יש לבחון ת"ל אובייקטיבי בעסקאות נוגדות במקרקעין לא רשומים?**

השופט מצא בפס"ד גנז- אומר שיש להכיל.

**אך הלכה זו לא התקבלה**, ולכן לא מתייחסים לתום-הלב ולא מכילים דרישה שכזו.

* לסיכום-

כאשר יש זכויות ומקרקעין לא רשומים, יש לבדוק אם אנחנו בשלב החוזי או בשלב הקנייני.

אם בשלב החוזי- יש לפעול ע"פ **ס' 12-13 לחוק המיטלטלין**.

אם בשלב הקנייני- יש לפעול ע"פ **סעיף 4 לחוק המחאת חיובים**.

* סיכום תחרויות-
* בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל- פס"ד אהרונוב- בעל ההתחייבות לעסקה הוא הקודם.
* עסקות נוגדות במקרקעין רשומים- מוכרעות ע"פ **סעיף 9 לחוק המקרקעין** + פס"ד גנז.
* עסקאות נוגדות במיטלטלין- מוכרעות ע"פ **סעיפים 12-13 לחוק המיטלטלין**.
* עסקאות נוגדות בזכויות ומקרקעין לא רשומים- מכריעים ע"פ **סעיפים 12-13 לחוק המיטלטלין.**
* תקנת שוק בזכויות במקרקעין לא רשומים- מכריעים ע"פ **סעיף 4 לחוק המחאת חיובים**.
* תקנת שוק במקרקעין רשומים- מוכרעים ע"פ **סעיף 10 לחוק המקרקעין**.
* תקנת שוק במיטלטלין- מכריעים ע"פ **סעיף 4 לחוק המכר**.

### **תחרות תקנת שוק במקרקעין רשומים-**

לא מדובר על תחרות בין הצדדים. אין מקום למאזן הצדק בין הצדדים, אלא רק על תקנת השוק.

הרעיון שעומד מאחורי תקנת השוק- הוא המרשם. אמור להמשיך ולשמש בעלי מקרקעין לצורך קבלת החלטות לגבי רכישה של מקרקעין.

אנו נסכים להכשיר טעויות מסוימות במרשם, ע"מ שנוכל להמשיך לסמוך על המרשם ולפעול על פיו.

**סעיף 10**- "*מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים* ***בתמורה*** *ובהסתמך* ***בת"ל******על הרישום****, יהא כוחה של זכותו יפה* ***אף אם הרישום לא היה נכון***".

כלומר, גם אם הרישום לא היה נכון- אנו נמשיך לפעול ע"פ המרשם.

ההיגיון בכך, הוא לאפשר לשוק להתנהל, אפילו אם יש תקלות. כדי שאנשים לא יפחדו לעשות עסקאות במקרקעין.

אתה תקבל את הנכס, גם אם זה פוגע מאד באדם שנמצא עכשיו בנכס.

*דוגמה*- בעלים מקורי שנתן לעו"ד שלו ייפוי כוח לעשות כל מיני פעולות עבור המקרקעין שלו.

עו"ד יכול לעשות עסקאות עם גורמים אחרים בשמך.

אם העו"ד מנצל את ייפוי הכוח שניתן לו למטרות אחרות, ועושה עסקה במקרקעין מול רוכש.

האם הרוכש נהנה מתקנת שוק, בהנחה שרשם את העסקה במקרקעין?

האם הסתמכות על ייפוי כוח נחשבת כטעות ברישום?

ומה קורה אם הרוכש הראשון העביר לרוכש השני?

**הרוכש השני *נהנה* מתקנת השוק** לפי **סעיף 10**, כיוון שהסתמך על **טעות ברישום**.

**הרוכש הראשון *לא נהנה* מתקנת השוק,** כיוון שבשביל להיכנס לתקנת השוק- **צריך שהטעות תהיה במרשם**. אם הטעות היא **חיצונית** למרשם- לא נכנסים לתקנת שוק, והוא לא יכול ליהנות **מסעיף 10.**

בשביל להיכנס ל**סעיף 10**- יש צורך **להסתמך בתום-לב על הרישום דווקא**, ולא על מסמכים אחרים.

* **התנאים של סעיף 10-**
* **הסתמכות על** **המרשם עצמו**, ולא על נסיבות חיצוניות.

פס"ד מורדכיוב- אדם התחזה להיות הבעלים. הרישום היה נכון. **השאלה היתה** האם האדם שרכש את הנכס מאותו מתחזה צריך ליהנות מתקנת השוק? **ביהמ"ש** אמר שלגבי מערכת יחסים זו- אין תקנת שוק, כיוון שלא הסתמך על טעות ברישום, אלא הסתמך על תעודת הזהות המזויפת של אותו מתחזה.

* **תום לב סובייקטיבי**- רק אדם שעושה את הפעולות ולא יכול לדעת שמדובר במהלך בעייתי בשרשרת ההעברות- ייהנה מתקנת השוק. גם עצימת עיניים היא חוסר בת"ל- אם עלו סימני אזהרה, אנו מחילים עליך ערכים **אובייקטיבים** שהיה עליך לבדוק, זאת ע"מ להחמיר עם הדרישה של תום הלב.

אנו אף נחיל ת"ל של עורכי- הדין, כיוון שהצדדים עצמם פחות בקיאים. כאשר אדם ממנה אותך בתור עו"ד- אתה שליח של הצד, וכל התנהלות שלא בת"ל מצד העו"ד- מיוחסת גם ללקוח. **אם הלקוח אומר שהיה תם-לב לחלוטין, ועל עורך-הדין היה לדעת-** **הלקוח לא יהנה מתקנת השוק** (אך הלקוח יכול לתבוע את עו"ד שלו בהתרשלות).

* **תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום**- לאורך כל השלבים.
* **מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?** (יהיה במבחן באחד המועדים)

יש בעלים ויש אדם שנחזה להיות הבעלים. הנחזה לבעלים מחליט למכור את הנכס של הבעלים המקורי. המתחזה מתקשר עם רוכש א' וכורת עמו חוזה. אותו רוכש הולך ללשכת הרישום ורואה שהמקרקעין רשומים על שמו של המתחזה (כיוון שהוא התחזה)- ובת"ל כורת את החוזה. תקנת השוק לא חלה על רוכש א'- כי הטעות לא הייתה במרשם, אלא על התעודה המזויפת. אך אם רוכש א' מעביר/מוכר את הנכס לרוכשת ב'. **רוכשת ב' צריכה ליהנות מתקנת השוק**, **כיוון שהסתמכה בטעות על הרישום עצמו.**

אך מה קורה אם רוכש א' לא העביר את המרשם על שמו, אלא כל שהיה לו הוא רק ה"א? המקרקעין עוד רשומים על שם הבעלים המקורי.

האם בעל התחייבות לעסקה יכול לרשום את הנכס ע"ש מישהו אחר?

לפי פס"ד גנז- הוא יכול לרשום את הנכס על שמה, אפילו שיש לו רק ה"א.

כשבעלים מוכר את הנכס לרוכש א', אבל רוכש א' עוד לא העביר את הנכס על שמו ויש לו רק ה"א- הוא עדין יכול למכור את הנכס למישהו אחר, כדי לא "לתקוע" נכס.

רוכש א' עוד נמצא בשלב האובליגטורי. הוא לא מוגן מהבעלים. הבעלים עוד רשאי לבטל את החוזה מול רוכש א', ואז **גם רוכשת ב' תפסיד את הנכס**.

כאשר רוכש א' מעביר את הנכס לרוכשת ב'- עוד לא הסתיים הרישום על שמו. נניח שרוכשת ב' משלימה את הרישום- האם במצב כזה בו היא רכשה את הנכס **על בסיס ה"א בלבד**, האם זה מספיק בשבילה ע"מ להיכנס **לסעיף 10**?

**ביהמ"ש** בפס"ד מורדכיוב קובע שבאופן עקרוני אין מניעה עקרונית להכיר במצב כזה בתקנת שוק, אך ברוב המקרים זה לא יחול.

פס"ד מורדכיוב- רובינשטיין- **אדם שרכש כאשר המרשם לא היה סגור (רק ה"א)-** **לא אמור ליהנות מתקנת השוק, אא"כ מתקיימים** **שני תנאים נוספים**, משום שאנו רוצים לתת תוקף לרישום ועידוד עסקאות במקרקעין:

**שיעור 24- 9/1/19**

**יש להבדיל בין 2 מצבים-**

**מצב 1**- הרישום של רוכש א' לא הושלם אחרי ביצוע העסקה- רוכשת ב' לא תהנה מתקנת שוק (כי אין פגם *ברישום* עצמו).

**מצב 2**- הרישום של רוכש א' הושלם אחרי ביצוע העסקה- רוכשת ב' תהנה מתקנת השוק.

**3 תנאים** *מצטברים* **שנכיר בתקנת שוק לטובת רוכשת ב', למרות שהיא רכשה רק על בסיס ה"א לטובת רוכש א':**

1. הרישום של רוכש א' הושלם אחרי ביצוע העסקה עם רוכשת ב'.
2. התנאת תשלומים עד לרישום של רוכש א'- אנו דורשים מרוכשת ב' להבין שרכישת נכס על בסיס ה"א זה בסדר, אבל היא צריכה להתנות את מרבית התשלומים ברישום הזכויות על שמו של רוכש א' (כדי לוודא שההתנהלות של רוכשת ב' היתה תקינה והגיונית).
3. בדיקה ראויה של עסקת היסוד- שרוכשת ב' תבדוק את הבעלים המקורי, שהוא אכן עומד מאחורי העסקה ומאחורי ה"א של רוכש א' (לא תמיד זה אפשרי, ואין תשובה לגבי עד כמה צריך לנסות לבדוק זאת).

* *במה הבדיקה הראויה עוזרת*? (לקרוא את פס"ד מורדכיוב- להבין את הרציונליים).

יש לדון מה זה נותן לנו, ועד כמה זה עוזר שהיא תוודא עם הבעלים.

יכול להיות מצבים שבתקנות שוק נצטרך ללכת עד כמה שאפשר אחורה.

* *מהי בדיקה ראויה*? החובה של רוכשת ב' ללכת לנסות ולמצוא קשר כלשהו עם הבעלים המקורי, כדי לנסות ולוודא עד כמה שאפשר שהעסקה היא עסקה תקינה (בדר"כ זה ייעשה ע"י עורכי- הדין של הצדדים).
* **לסיכום**- **חשוב!!!**

**כשניגשים לדיני תחרויות: (יש להכיר + ליישם את הפסקי דין על המקרה!!!)**

1. **יש לזהות את זהות הצדדים-**

*3 סוגים של תחרויות עיקריות*-

* 1. בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח/ נושה מעקל- דנים לפי פס"ד אהרונוב.
  2. בין בעל התחייבות לעסקה לבין בעל התחייבות לעסקה- **עסקאות נוגדות**- תנאי **סעיף 9** + פס"ד גנז.
  3. בין בעלים מקורי לבין אדם שרוכש את הקרקע בתום לב- **תקנת שוק**- תנאי **סעיף 10**.

1. **לברר מהו המשאב בו אנו דנים:**
   1. האם מדובר במקרקעין רשומים-
   * **סוג תחרות ראשון**- פס"ד אהרונוב, למעט כשבעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי.
   * **סוג תחרות שני**- **ס' 9** וליישם את הכללים של פס"ד גנז

**סוג תחרות שלישי**- נפעיל את **ס' 10**.

* 1. במיטלטלין-
  + **סוג תחרות ראשון-** פס"ד אהרונוב(לא יהיה במבחן! [מקרה של תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח, במיטלטלין]).
  + **סוג תחרות שני- סעיף 12 לחוק המיטלטלין**
  + **סוג תחרות שלישי**- **סעיף 34 לחוק המכר**
  1. בזכויות + מקרקעין לא רשומים-
  + **סוג תחרות ראשון**- פס"ד אהרונוב (לא יהיה במבחן! [מקרה של תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח, בזכויות + מקרקעין לא רשומים]).
  + **סוג תחרות שני**- **סעיפים 12-13 לחוק המיטלטלין**
  + **סוג תחרות שלישי**- **סעיף 4 לחוק המחאת חיובים**

### **תחרות תקנת שוק במיטלטלין-**

**לפי סעיף 34 לחוק המכר-** *"נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו,* ***עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר*** *אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב".*

**6 תנאים** *מצטברים* **בסעיף-**

1. **נמכר**- **סעיף 1 לחוק המכר**- קיומה של עסקה בה נרכש הנכס מהמוכר (מי שאינו בעל הקניין) תמורת מחיר.

*האם התמורה משקפת תמורה אובייקטיבית או סובייקטיבית?*

לפי מה שהרוכש חשב שזה השווי של החפץ או לפי המחיר האמתי של החפץ?

1. **נכס נד**- לפי זה שלא כתוב 'מיטלטלין', אלא 'נכס נד'- זה אומר שהסעיף חל רק לגבי **מיטלטלין מוחשיים**!! (לא חל על זכויות).
2. **על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר**- קיימות שתי גישות:

**א)** זמיר- זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה.

**ב)** דגן-המטרה הינה תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק (כלומר, אם הסוחר יידע שמי שקונה אצלו יהיה מוגן ע"י תקנת שוק במידה ויש בעיה בשרשרת העברות רק אם הוא מתמחה בתחום מסוים- זה יגרום לסוחרים להתמחות בתחום מסוים, וכך ייוצר מנגנון הגנה שוקי מפני זיופים וכו').

1. **המכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו**- תנאי שמטרתו להבטיח את תום ליבו של הקונה.

זהו מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר: *מקום עריכת העסקה* (חנות – סמטה אפילה) , *מועד עריכת העסקה* (בשעת פתיחת העסק – אישון לילה), *תנאי העסקה* וכו' (לשים לב לבדוק את המכלול של הנסיבות).

יש לבדוק מה קורה אם ***הקונה*** הוא זה הדורש את השינוי (ולא המוכר).

1. **הקונה קנה וקיבל**- מדובר במיטלטלין בלבד, ולכן חזקה שהדרך הרגילה היא העברת הנכס מרשות המוכר לרשות הקונה.

רשותו של הקונה= גם אצל אחר מטעמו/ שומר וכו'.

מקובל לפרש- חזקה (מחזיק בנכס) + העברת בעלות (= מסירת חזקה או מועד אחר שהצדדים קבעו (תנאי אחר בחוזה)- **סעיף 33 לחוק המכר**).

1. **תום לב**- צריך להיות מעת כריתת ההסכם (שלב המשא ומתן) ועד להשלמת התנאים של חזקה (השלמת הבעלות) + קניין – לפי המועד המאוחר.

צריך להיות תום לב סובייקטיבי הכולל 2 סטנדרטים:

**א)** סטנדרט הידיעה בפועל- שלא ידע על הזיוף/ המרמה.

**ב)** סטנדרט של עצימת עיניים- שאם היו סימנים בדרך, היה עליו לחשוד ולבדוק.

*האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית?*

פס"ד רוזנשטרייך- התשובה היא **שלא**, כיוון שאנו לא רוצים לעקב עסקאות במקרקעין.

פס"ד כנען-

לכנען יש חנות בשוק הפשפשים.

היא קונה 2 תמונות ושילמה עליהן סכום זעום.

היא מנקה את התמונות ומגלה שהן מקוריות של אומן ושוות המון כסף. ולאחר בירור- היא מגלה שהן נגנבו ממוזיאון בארה"ב, ושוות המון כסף.

**השאלה**- למי שייכות התמונות?

**ביהמ"ש**- פועל בשני מסלולים:

פועל במסלול פנימי- בתוך דיני הקניין לפי דיני תקנת השוק במיטלטלין לפי **סעיף 34 לחוק המכר**- **קבע שהיא לא עמדה בתנאי תקנת השוק** ושהיא צריכה להחזיר את התמונות (יש להבין כי בבסיס החלטת ביהמ"ש- הוא רצה להחזיר את התמונות הגנובות לארה"ב).

דנים בעניין **סוג הנכס (אולי אינו מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור)** וכן בעניין **התמורה (גילוי בדיעבד של חיסרון תמורה)**.

שופטי הרוב- האם יש להסתכל בדיעבד על סוג הנכס וכן על התמורה? האם יש מקום ל"בדיעבד"?

אם אנחנו מאמינים שהרעיון הוא לאפשר מסחר שוטף ושוק פעיל- אין לכאורה מקום ל"בדיעבד".

**ההכרעה היא על בסיס שיקול "מאזן המצוקה".**

ביקורת- בחינה בדיעבד של המציאות. האם אין חתירה תחת הרציונל של תקנת השוק?

פועל במסלול חיצוני- דרך **דיני החוזים**- פועל לפי התפיסה שאין הצדקה "למתנות משמיים"-

**דרך א'-** ברק ואור- היתה **טעות משותפת** (בחוזים) של המוכר ושל הקונה + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני עקיבה (איך עוקבים אחר הנכס) (**עשיית עושר ולא במשפט**).

החיסרון- זה רלוונטי רק למקרים של טעות משותפת.

**דרך ב'-** ברק- **מחיל תום לב אובייקטיבי**, כי ברור שלשני הצדדים לא היה ידוע כי מדובר בתמונות גנובות.

* **לסיכום**-

**תקנת שוק במיטלטלין- 2 סוגים**:

**הסוג הראשון**- **הבעייתיות במכר המיטלטלין נוגעת לשרשרת האספקה**. כלומר, יש חוליה שחורה בשרשרת העברות של המיטלטלין עד להגעתם לידיו של הרוכש האחרון. במקרה כזה נבדוק את ששת התנאים של **סעיף 34 לחוק המכר**.

**הסוג השני-** **מתברר בדיעבד שלא רק שהיתה העברה שלא כדין בשרשרת העברות, אלא גם הנכס עצמו, מהות הנכס שהועבר, היא לא זהה למה שחשבו הצדדים בעת הרכישה** (בעיקר מה שחשב המוכר האחרון בשרשרת)- במצב כזה נבדוק לפי פס"ד כנען- כלומר לפי **סעיף 34 לחוק המכר**, אך את **סוג הנכס** וה**תמורה**- **נבדוק בדיעבד!!!**

* **מה קורה כאשר אנו קונים מיטלטלין לא מסוחרים? (יד 2/ אנשים פרטיים)**

התשובה היא **שלא ניתן ליהנות מתקנת השוק**, ואז זה חוזר לבעלים המקורי.

זאת כיוון שתקנת השוק חלה על הגנה על סוחרים, ולא אנשים פרטיים.

הפתרון- להתנות את התשלום בהעברת בעלות.

**שיעור 25- 13/1/19**

מרצה אורח

**שיעור 26- 16/1/19**

**חזרה למבחן**- (רותם כהן)

**מהי זכות הקניין?**

**תפיסות של קניין –** ליברטריאנית, ליבראלית, קהילתנית.

* באחד המבחנים שכתב יש שאלה שמבקשת להבין מה אומרות תפיסות הקניין. יש הבדלים בין פורמליזם לריאליזם.

**ערכים של קניין –** קהילה, חירות, סביבה, עבודה, רווחה מצרפית, אישיות.

* יהיה בעיקר בשאלות של מדיניות וחשיבה, אבל גם באירועונים עצמם. המתח שבין פורמליזם לראיליזם – כל אלה נותנים אופי לקניין ולמוסדות שמסדירים את הארגונים שלנו. יכול נגיד להיות בהצעת חוק של ח"כ ונצטרך לחוות דעתנו – מה השינוי מבטא, לאיזה שינוי זה יוביל?

**נטילות שלטונית של מקרקעין**

שלטון מרכזי, קהילה, בעלי זכויות, שלטון מקומי.

יש צומת מרכזית בין כמעט כל הגורמים האפשריים, צריך להבין שמדובר במקרה מורכב שמערבת את כל מוסדות השלטון המקומי והמדיני. החל מהכשרת ההפרעה, סעדים, כל הדברים התיאורטיים שדיברנו עליהם. כשלומדים את הנושא של דיני הפקעות כדאי לסדר את הדברים כך שנדע איך לעבוד עם נטילה שלטונית – מה הדברים שצריך לטעון, האירועונים יבדקו את הדברים שלמדנו (כמו עניין המידתיות) – לוודא שדיברנו על כל הרכיבים שקשורים להפקעות.

**מחוברים**

בדר"כ לא יופיע כמקרה בודד ומרכזי, אבל יש לזה השלכה מאוד גדולה מבחינה כלכלית וממי מקבל את הנכס / הקרקע. **צריך לבדוק האם המחובר הוא חלק מהקרקע או כנכס מיטלטלין נפרד**. אם זה חלק מהקרקע יש לזה השפעה בדיני תחרויות. צריך להתייחס לכל המבחנים שיש כולל שיקולי מדיניות בסוף – וליישם את זה על המקרה.

באחד המבחנים שכתב זה מופיע באירועון המרכזי.

**שימוש לרעה בזכות**

מופיע בכל המבחנים שכתב.

צריך להבין את הרציונליים ויכול להיות שהסיפור הזה יגיע דרך התחדשות עירונית, על אף שלא למדנו את הנושא.

**המשטר הקנייני בישראל**

כל הנושא של העברת זכויות קנייניות.

בעלות חכירה לדורות ושיכורת בכלל, רישיון במקרקעין.

האם יש הבדלים בין חכירה לדורות לשכירות בכלל, איך מעבירים בעלות, האם יש רישיון – טענת רישיון יכולה לבוא גם כשיש ניסיון להדוף מישהו מהשטח, אז אפשר לטעון שיש רישיון גם אם אין שכירות כהגנה משפטית על הישיבה בקרקע.

הגנת הבעלות והחזקה – מותר / אסור להפעיל סעד עצמי, מה הכללים של הדבר הזה? להכיר את הסעיפים השונים ואיזה סעיף מתאים לאיזה סיטואציה.

**רכישה של דירה מקבלן**

להכיר את כשלים השונים

להכיר את החובות השונות: חובת גילוי, חובת בטוחות. יכולה להיות שאלה האם החובות האלה נותנות מענה לליקויים שדיברנו עליהם בשאלה מחשבה.

כולל הסייגים לבטוחות

**דיני תחרויות**

זה הנושא המרכזי.

2 הקייסים המרכזיים הם על דיני תחרויות.

**קודם כל יש להבין מיהם הצדדים –** זה לא יהיה רק 2 צדדים, זה יהיה משהו יותר מתגלגל ויהיה צריך לזהות יותר מ-2 צדדים וצריך להבין מה תפקידו של כל אחד וביחס למי. זו לא שאלה קלה אבל ביחס לשנים קודמות השאלה תהיה יותר ממוקדת והרבה יותר ספציפית לדיני תחרויות.

**צריך לזהות את המשאב –** האם מדובר על מקרקעין רשומים, מיטלטלין, או זכויות + מקרקעין לא רשומים. אנחנו נבין די מהר על מה מדובר. נכנסים לתחרויות השונות ופועלים בצורה מאוד סיסטמית – המבחן נכתב ברמה מאוד ברורה כך שכל סטודנט שעקב יבין. חשוב מאוד ביישום של סעיף או פסיקה מסויימת: (1) לכתוב/להפנות את הסעיף או את הפסיקה (2) ליישם!!!!

**הערות כלליות**

מי שלא יעלה על כל הנקודות העיקריות ויישם את זה על המקרה – לא יקבל את מלוא הנקודות. יש ליישם את הדברים על המקרה (כשניישם נבין שיש גם טענות נגדיות).

**תמיד יש לחשוב על טענות נגד ולטעון אותם אם יש.**

**חשוב לא לטעון טענות סתם וטענות שאינן רלוונטיות, כי יש הגבלת מקום. אם יש טענות נגד הגיוניות אז כן יש לטעון אותן.**

**כמה מילים על המבחן**

* **זמן:** המבחן יהיה 3 שעות, לא יהיה הארכות כי אסור לתת. זה הרבה זמן למבחן הזה. אפשר לסיים אפילו בשעתיים את המבחן.
* **מבנה:** המבחן יהיה בנוי מ-3 שאלות

1. שאלה 1: 50 נק'. יהיה 5 עמודים.
2. שאלה 2: 35 נק'. אירועון קצר יותר / יהיה מדובר על הצעת חוק אולי ונתייחס לשינוי לערכים שעומדים מאחורי זה, איך יקדם וכו'
3. שאלה 3: 15 נק'. שאלת מתנה.

* **דגשים לגבי המבחן:**
  + מי שלא מיישם על נסיבות המקרה לא יקבל את הנקודות כי הוא לא עשה את הנדרש!!!!!!!!!
  + להתייחס לטענות נגד אבל לא דברים מופרכים (זה לא יוריד ניקוד אבל כן יוריד מקום).
  + כל מה שחרג מ-5 עמודים לא ייבדק!!! לרוב מי שמקבל את הציונים הגבוהים הוא מי שהיה ממוקד ומדויק לא מי ששפך את כל המחברת פנימה = זה אומר שהוא לא הבין מה שהוא עושה.
  + יתכנו טעויות במבחן, אם יש כולם ענו ובלי לשים לב לטעות הבדיקה תעשה עפ"י הטעות. אם יעלו על הטעות תו"כ המבחן אנחנו נעודכן על כך תו"כ מהלך המבחן.
* **מדיניות ערעורים:** מאוד נוקשה, למעט ערעורים טכניים. לכן לחשוב טוב לפני שמערערים. הוא סומך על המתרגלים וגם לא נתקל בערעור שהצדיק את זה. כן תתכן הורדה של ציון בערעור אם יהיה מוצדק.

בתים משותפים ושיתוף יכולים להיות במבחן.