**דיני קניין – מחברת מתעדכנת תשע"ז**

1. **מקרא סימנים במחברת**

* דגש כללי
* מטלות קריאה

פס"ד

דגש משמעותי

מעבר בין נושאים / סיכום ביניים

1. **סטודנט/ית יקר/ה**

מחברת זו מבוססת על שיעוריו של המרצה בכיתה. רצ"ב המייל שלי אם יעלו שאלות כלשהן: [talit27@walla.co.il](mailto:talit27@walla.co.il) – בהצלחה!

[נושא #1 - הקניין הפרטי 3](#_Toc422122287)

[א. הקדמה ומבוא: הזכות הקניינית - מהו קניין? 3](#_Toc422122288)

[הבדלים בתפיסות לגבי קניין 5](#_Toc422122289)

[מאפייני הזכות הקניינית 7](#_Toc422122290)

[נציג את האלמנטים השונים שבבסיס הזכות לקניין 7](#_Toc422122291)

[ב. קניין פרטי – למה? 11](#_Toc422122292)

[מהן ההצדקות לקיום קניין פרטי – מהם הערכים שעומדים ביסוד הקניין הפרטי? 11](#_Toc422122293)

[ג. קניין פרטי – במה? 19](#_Toc422122294)

[מוסד קנייני – יש דבר כזה? 20](#_Toc422122295)

[הקניין החדש 21](#_Toc422122296)

[“The Reliance Interest in Property“ by Joseph William Singer 22](#_Toc422122297)

[קניין פרטי – במה, ובמה לא? 24](#_Toc422122298)

[נושא #2 - הבעלות 25](#_Toc422122299)

[ד. תחום הבעלות 25](#_Toc422122300)

[היקף עסקה במקרקעין – ס' 13 לחוק המקרקעין 25](#_Toc422122301)

[מחוברים – ס' 12 לחוק המקרקעין 29](#_Toc422122302)

[אוצרות טבע ועתיקות 32](#_Toc422122303)

[ה. מהות הזכות לקניין ומגבלותיה – משפט פרטי 33](#_Toc422122304)

[ו. המשטר הקנייני בישראל 35](#_Toc422122305)

[קרקע בבעלות פרטית 35](#_Toc422122306)

[מקרקעי ייעוד 39](#_Toc422122307)

[זכות הכניסה למקרקעין 39](#_Toc422122308)

[זכות הכניסה למקרקעין בישראל 40](#_Toc422122309)

[ז. דיני נטילה שלטונית של מקרקעין 42](#_Toc422122310)

[ז.1 דיני נטילת שלטון - כללי 43](#_Toc422122311)

[ז.2 הפקעות מקרקעין - כשרותן 44](#_Toc422122312)

[ז.3. הפקעות – הזכות לפיצוי 49](#_Toc422122313)

[סעדים בהפקעה 56](#_Toc422122314)

[ז.4 פיצויים בגין גריעות תכנוניות 59](#_Toc422122315)

[ז.5 נטילות שלטוניות אחרות 66](#_Toc422122316)

[ח. הגנת החזקה והבעלות 68](#_Toc422122317)

[ח.1 עשיית דין עצמית 70](#_Toc422122318)

[ח.2 תפיסת החזקה במקרקעי ציבור 72](#_Toc422122319)

[ח.2.1 רישיון במקרקעין 73](#_Toc422122320)

[נושא #3 – דרכי רכישת בעלות 78](#_Toc422122322)

[נבחין בין השלבים בשלושה הקשרים – מקרקעין, מיטלטלין וזכויות 79](#_Toc422122323)

[דרכי רכישת זכות קניינית: זכויות במקרקעין 79](#_Toc422122324)

[דרכי רכישת זכות קניינית: זכויות במיטלטלין 82](#_Toc422122325)

[דרכי רכישת זכות קניינית: זכויות בזכויות 82](#_Toc422122326)

[יא. דרכי רכישת בעלות - רכישת דירה מקבלן 83](#_Toc422122327)

[יא.1 חובת הגילוי – חוק המכר (דירות) - ס' 6 בעיקר 84](#_Toc422122328)

[יא.2 בטוחות 85](#_Toc422122329)

[יב. דרכי רכישת בעלות - דיני תחרויות 90](#_Toc422122330)

[יב.1 כללי 90](#_Toc422122331)

[יב.3 תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין שאר נושיו של החייב: עם ובלי הערת אזהרה 92](#_Toc422122332)

[יב.4 עסקאות נוגדות במקרקעין 97](#_Toc422122333)

[עסקאות נוגדות במיטלטלין ובמקרקעין שאינם רשומים 102](#_Toc422122334)

[יב.6 רישום מקרקעין ותקנת השוק במקרקעין 107](#_Toc422122335)

[יב.7 תקנת השוק במיטלטלין 110](#_Toc422122336)

[נושא#4 – ריבוי בעלים 113](#_Toc422122338)

[יג. שיתוף במקרקעין 113](#_Toc422122339)

[יג.1 כללי 113](#_Toc422122340)

[יג.2 מעגל השליטה הפרטית 114](#_Toc422122341)

[יג.4 מעגל היציאה מעודדת השיתוף 120](#_Toc422122342)

[טו. דיני הבתים המשותפים 123](#_Toc422122343)

[נושא#5 – זכויות בנכסי הזולת 126](#_Toc422122344)

[יז. שכירות 126](#_Toc422122345)

[יט. זכות קדימה ו-טז. זיקת הנאה (הושלם מסטודנטית אחרת) 129](#_Toc422122347)

[מבחן לדוגמא + פיתרון עם המתרגל (וגם פיתרון לעבודה בדיני תחרויות) 145](#_Toc422122348)

[Shai.stern@biu.ac.il](mailto:Shai.stern@biu.ac.il) – ליצירת קשר עם המרצה. שעות קבלה של המרצה בימי רביעי בין השעות 16:00 – 17:00.

2 מתרגלים – טל רוזנווסר [Talrozen2@gmail.com](mailto:Talrozen2@gmail.com), משה [moshehild@gmail.com](mailto:moshehild@gmail.com). שעות קבלה בתיאום מראש.

הרכב הציון: 10%- 5 מתוך 8 בחנים ללא ציון (עובר או נכשל) מבוססים על חומר הקריאה שניתן בשיעור הקודם, בחני פתע.

20%- 2 עבודות (על הנושאים בתים משותפים ושיתוף).

70%- מבחן מסכם עם חומר פתוח.

**הערה לקורא**: הקורס הועבר בסדר שונה מהסדר המוצג במחברת זו שסודרה בדיעבד לפי נושאי הסילבוס.

# הרצאה 1 – 06.11.16

# נושא #1 - הקניין הפרטי

# א. הקדמה ומבוא: הזכות הקניינית - מהו קניין?

מהי הפרשנות האינטואיטיבית לקניין? בעלות, חזקה, "זה הדבר שלי" ועוד.

ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אומר ש"אין פוגעים בקניינו של אדם אלא...". כלומר, החוק כן מתיר פגיעה בזכות לקניין. מעצם השימוש במונח "קניין" בחוק אנו מניחים שהמשפט מגדיר ויודע מהו קניין. לכך דוגמאות מדינים שונים:

* דיני הפטנטים: הגנה על פטנט היא למשך 20 שנה ונחשבת הגנה חזקה מאוד. היא ניתנת כדי שגורמים בשוק ישקיעו בפיתוח של מוצר (אם לא תינתן הגנה קניינית על פטנט אז גורמים אחרים בשוק יעתיקו את המוצר וכך יקחו את הרווחים של מפתח המוצר, כך שלא ישתלם לאנשים להשקיע בפיתוח מוצרים מלכתחילה).החוק קובע כי **לאדם שיצר פטנט יש זכות בו** אבל אם אותו אדם לא מאפשר לאחרים ליהנות ממנו בצורה כזו או אחרת **אפשר לכפות עליו לוותר על הפטנט** (זה נקרא רישיון כפייה).
* הלכת השיתוף: עד לשנות ה-80 בכל פעם שבני זוג התגרשו- הבית הלך לצד שעל שמו הוא רשום (בדר"כ זה היה הגבר). הלכת השיתוף היא המצאה של הפסיקה הישראלית שקובעת שלמרות שדירת המגורים והנכסים רשומים ע"ש אחד מבני הזוג בלבד - במצב של **בני זוג משותפים** - ההנחה היא שהרכוש שייך לשני בני הזוג ולכן הדירה ויתר הרכוש שנרכש תו"כ חיי הנישואין מתחלקים חצי-חצי (למעט נכסים ספציפיים שלא יוכרו כאן). בעצם ביהמ"ש שינה את המשמעות/ההגדרה של הקניין עצמו. הלכת השיתוף **לא פוגעת** בזכות לקניין, אלא **מפרשת** את הזכות בצורה אחרת.
* חוק זכויות יוצרים (קניין רוחני): זכות יוצרים אומרת שלאדם יש קניין/בעלות על יצירה שלו. בזכויות יוצרים ישנה הגנה של שימוש הוגן 🡨 בעבר, אם אדם זר עשה שימוש מסוים ביצירה מסוימת (סאטירה, פרודיה...) הוא יכול היה להיות מוגן תחת שימוש הוגן – ז"א, כל שימוש של אדם זר נחשב לפגיעה בזכות הקניינית של היוצר אך למרות הפגיעה קמה לו הגנה של שימוש הוגן. כיום, החוק שונה ואין הגנת שימוש הוגן אלא בתוך החוק עצמו יש רשימה של קטגוריות שימוש מותרות, שקובעות מהו השימוש המותר. למעשה, השימוש ההוגן נכנס לתוך ההגדרה עצמה של זכויות היוצרים, כך שכיום שימוש הוגן כלל לא נחשב כפגיעה בזכות הקניינית.
* הקניין הוא יצירה חברתית של החברה, ואנו מגדירים מה נכלל בה. **ולכן אנו כעורכי דין יכולים לערער גם על האם יש כאן בכלל קניין, ולא רק האם יש פגיעה בו.**
* המסקנה שלנו מדוגמאות אלה היא שקניין אינו הגדרות פורמאליות וניתן לפרש ולהגדיר אותו בצורות שונות.

**שאלה**: מדוע לא עוברים תמיד דרך פסקת ההגבלה בחוקי היסוד?

**תשובה**: כיוון שהזכות מוגבלת ומתוחמת במידה רבה מאוד, הרבה יותר ממה שאנו תופסים באופן פשטני.

**אם כך, מהי משמעות הזכות לקניין?** נציג 3 תיאוריות למשמעות המושג:

1. **תיאוריה קלאסית** – הזכות לקניין היא הזכות של אדם בנכס וחובת הנכס כלפי האדם- קיים קשר בין האדם לבין אותו הנכס. המשמעות היא שלאף אדם אסור להתקרב, לגעת ולהשתמש בנכס ללא רשות הבעלים החל מהרגע שהוא תפס בו בעלות. מדובר בזכות אקסקלוסיבית (=מדירה) – רק בעל הזכות בנכס יחליט מי זכאי לעשות בו שימוש כלשהו ואיזה. הביקורת על תיאוריה זו היא שאי אפשר להגדיר זכויות וחובות של נכס, אך למרות זאת תיאוריה זו שלטה במשך שנים בכיפה.
2. **תיאוריה פרסונאלית** – הזכות לקניין היא לא זכות מול הנכס אלא זכות מול בני האדם – בעלות של אדם על נכס מסוים היא בעצם חוזה בין האדם לבין שאר החברה שמגדיר שלאדם יש בעלות בלעדית על הנכס ועל השימוש בו ולשאר בני האדם אין. לטענת ההוגה **ווסלי הופלד**, אין דבר כזה זכות שמשמעה קשר בין אדם לנכס (התיאוריה הקלאסית), כי הנכס הוא דבר דומם ולא ניתן לפתח לגביו קשר של יחסי זכויות וחובות. לכן, הוא הגה את רעיון הזכות האישית בנכס (In personam) שמשמעותה זכות מול אדם אחר - שנובעת מאישיותו. זוהי זכות אישית רק בין הצדדים. **מנגד**, זכות הקניין (Quasi in rem) היא זכות שמייצרת חוזה בין האדם לבין שאר העולם באופן פרטני לגבי אותו נכס, וכל חוזה יכול לטעון משהו אחר לחלוטין (כאילו נוצרת מעין רשת של חוזים בין הבעלים לבין כל העולם).

נדגים: אני בעל דירה. עם אדם אחד אני כורת חוזה שכירות-אני משכיר לו אותה, ומנגד, עם אדם אחר החוזה הוא שאין לו זכאות בה.

בעייתיות בתיאוריה של **הופלד**: הוא מטשטש את ההבחנה (הקיימת) בין זכות לקניינית לזכות חוזית, הוא למעשה מעלים עין ממשמעות המושג קניין וקשה להבין במה מדובר. זהו מעין רצף אינסופי של חוזים וקשרים שיקשה עלינו לזהות זאת.

בעיה נוספת: **הופלד** מבצע משחק כמותי ולא איכותי – אין הבחנה איכותית או תוכנית בין חוזים שונים, אלא הבחנה כמותית- יש יותר צדדים לחוזה.

לאורך כל התקופות יש הבחנה בין חוזים לקניין. התפיסה הקלאסית ההיסטורית נותנת משמעות להבחנה הזו, אך בתפיסה הפרסונאלית אין שום הבחנה בין זכות חוזית לזכות לקניין. זו גישה בעייתית. לדוגמה כשאדם קונה דירה, עד שלב הרישום בטאבו, לאדם אין זכות קניינית, אלא רק בעת הרישום. לפני כן לאדם היה זכות חוזית להפוך לבעל הקניין.

1. **תיאוריה מודרנית קלאסית** – זכות קניינית מעניקה יכולת להפיק מהנכס, במישרין, תועלת הניתנת להערכה כספית. לפי גישה זו- המייחד זכות קניינית הוא זיקה בלתי אמצעית לנכס, להבדיל מזכות אישית המאפשרת הפקת תועלת מנכס רק באמצעות אישיותו של האדם.

דוגמא: שעבוד על נכס מקרקעין-משכנתא- כאשר בנק נותן משכנתא לאדם פרטי, יש לבנק זכות קניינית על הנכס. לכן, במקרה שהאדם מפגר בתשלומים לבנק, לבנק יש זיקה בלתי אמצעית, במישרין, לנכס. ז"א- הבנק לא צריך לעבור דרך הבעל הנכס ולקבל ממנו אישור לשימוש בנכס, אלא יש לו זכות ישירה לשימוש בנכס-בנק יכול להשתמש בנכס ויש לו קדימות על פני נושים אחרים שלהם אין זכות קניינית על הנכס (אלא רק זכות חוזית כלשהי מול בעל הבית).

**נדגים:** לאדם יש מכונית ויש לה ערך כלכלי. לאותו אדם יש זכות בערכה הכלכלי – כלומר הוא לא מחזיק באמת בנכס אלא בזכות לעשות שימוש בערך הכלכלי שלו.

**דיאלוג של תפיסות קנייניות**

נציג שתי גישות הפוכות לתפיסות קנייניות:

1. **William Blackstone** **וויליאם בלקסטון** – הוגה אירופאי ליברטריאני אשר כתב במשפט אחד את תפיסת הקניין שלו: "אין דבר שיותר מסעיר את הדמיון מזכות הקניין שיש לאדם ואסור לאף אחד לגעת בזכות קניינו ללא רשותו". למעשה הוא אמר- מה ששלי שלי (ושלי בלבד) ומה ששלך – שלך (ושלך בלבד).

**Blackstone**

שלי שלי – שלך שלך

כל גריעה ממה שיש לי

היא פגיעה בקניין.

**Hohfeld**

אגד הזכאויות

ניתן לפרק את מאפייני הזכות לקניין. לא כל גריעה היא פגיעה בקניין.

* לפי הגדרה זו, כל גריעה ממה שיש לאדם היא פגיעה בקניין!

**זוהי תפיסה ליברטריאנית של קניין** שאומרת שכל אדם הוא הבעלים של הקניין שלו באופן אקסקלוסיבי (=מדיר) ולמדינה יש רק תפקיד של "שומר לילה" – אסור לה לעשות דבר עם קניינו אא”כ זה נעשה בהסכמתו, **למעט** תחת צרכים מאוד מוגדרים ותחתיהם עליה לשלם פיצוי מלא (למשל בהפקעות).

1. **Wesley Newcomb Hohfeld ווסלי ניוקומב הופלד** - לטענתו אין צורך לנסות להגדיר זכות קניין כי אין דבר כזה זכות קניין – אנשים שוכרים, קונים, משתמשים סתם בנכסים, פועלים תחת רישיון ועוד. לפיכך, האמירה "זכות קניין בנכס" לא בהכרח מייצגת בעלות מלאה בנכס. גם לאדם ששוכר דירה יש זכות קניין, וכנ"ל לאחד ששואל נכס ואפילו בעל זיקת הנאה[[1]](#footnote-1), אך הם וודאי אינם בעלי הנכס.

**הופלד** גם לא מעוניין במשמעות אחת לקניין ולכן הוא מדבר על **אגד של זכאויות** (ברמות שונות!). כך למשל, זכות השכירות (=יכולת שימוש שבמהותה היא מוגבלת משליטה וניהול מלא בנכס) מקנה זכויות עד לרמה מסוימת והיא שונה מהותית מזכות הבעלות (=היכולת לעשות כמעט כל דבר בנכס).

* **המשמעות היא שלא כל גריעה היא פגיעה בקניין מבחינתו של הופלד.**

## 

## הבדלים בתפיסות לגבי קניין

**מישור תורתי - משפטי**

**ריאליסטית**

תפיסה מאוד אמריקאית שאומרת **שיש לבחון באמת מה המשפט עושה ומה צריך שהוא יעשה**. יש כאן העדפה לסוגים רבים של זכויות קניין שיעמדו בדומה למציאות, מאשר לסוג אחד מקיף וכללי.

**פורמאליסטית (צורנית-מהמילה 'צורה')**

זכות הקניין היא **זכות אחידה שמוגדרת ע"פ צורתה** ופחות חשוב מה הנזקים או כלפי מה היא באה לענות (=יש צורך בוודאות ברורה).

* החוק הישראלי היה בעבר מאוד פורמאליסטי ולאט לאט אנו מתקדמים לכיוון התפיסה הריאליסטית.

**מישור התחולה (פרופ' חנוך דגן)**

**פלורליסטית**

תפיסה המבססת את זכות הקניין על מגוון ערכים ולא על ערך בודד, וחלק מהערכים הללו מושכים לתפיסות שונות.

למשל ערך של רווחה מצרפית- **טיעון כלכלי של רווחה מצרפית** – ניתן את הקניין למי שיהיה הכי נכון לתת לו אותו כך שהרווחה החברתית המצרפית תגדל - ערך זה יכול לצמצם זכות קניינית של גוף מסוים (למשל בדוגמא של הפטנט של חברת טבע על תרופות והאפשרות בחוק של רישיון כפייה- אפשרות שהיא לטובת הרווחה המצרפית).

נדגים: טבעת נישואין היא נכס ויש כאלו שהיא שווה עבורם יותר מאשר הערך של אותה הטבעת לסוחר. המקור לכך הוא תיאוריית **האישיות** של הקניין (לפי גישה זו יש לבחון את הזכות לקניין במשקפי החשיבות של אותו הנכס עבור אותו אדם לטובה ולרעה).

**מוניסטית**

זכות הקניין מבוססות לרוב ע"י **ערך יחיד מסוים** – זהו עיקרון אחד שעל פיו קובעים מתי, איך ולמי יש להקנות את זכות הקניין והיקפה. הבעיה היא: התפיסה המוניסטית לא מתארת את המציאות. המציאות מורכבת ומוכתבת על ידי כמה ערכים שונים ולא על ערך בודד.

**מישור נורמטיבי**

ההגדרה של הקניין היא החשובה, זהו מישור שנוטה לכיוון הגישה הליברטאריאנית. במצב כזה לא ייתכן למשל מצב בו יפקיעו לאדם קרקע ולא ישלמו לו את השווי המלא שלה.

**ליבראלית** (זאת התפיסה שנלמד בקורס!)

בחינה ריאליסטית של הסיטואציה לפי מה שקורה בשטח, גמישות ופתיחות ללא בחינת רצונו של האזרח הקטן. כך, ייתכן מצב של הפקעת קרקעות במחיר נמוך מהשווי שלהן בגלל טובת הקהילה.

**ליברטריאנית**

יש **ערך אחד ואיתו אנו הולכים**. הגישה היא פורמאלית, התפיסה היא אקסקלוסיבית-מוניסטית.

* חשוב להבין שכנגד התפיסה הליברטריאנית שמקדשת את הערך הכלכלי יש תפיסה ריאליסטית ריאלית ויש מתח פנימי ומהותי בין שתי התפיסות.
* יודגש כי כחברה אנחנו לא חד ממדיים ויש להביא את כל החישובים מכל ההיבטים בחשבון כאשר מקצים זכות קניינית.

# הרצאה 2 – 09.11.16

**אז מה הבעיה?**

**מחד**, ישנה תפיסה ליברטריאנית שהיא תיאוריה דיסקורסיבית[[2]](#footnote-2) (=של שיח) לפיה לא ייתכן שאם יש זכות קניין "נגמר המשחק" עקב שליפת קלף מנצח, אלא יש לבחון מהם הערכים של זכות הקניין הזו ובצורה זו קובעים את מידת ההגנה שתינתן לזכות.

**מאידך,** בתפיסה ההופלדינאית-אד הוקית (פרטנית, נקודתית) ישנו שיקול דעת רב לביהמ"ש לבחון כל מקרה לגופו ולא נרצה להגיע למצב כזה באופן עקרוני ולכן לא נוכל להשאיר זאת רק בצורה של ערכים. **בנוסף**, קיימת פריקות יתר של הזכות (=פירוק הזכות עד כדי חלקיקים) וקשה להתקדם כך, כי הפריקות מובילה לקשיים ביישום הזכות. ברגע שאין לי אפילו מאפיין אחד שמגדיר מהי זכות קניינית, הדבר עלול להוביל לכך שלא תהיה לזכות הקניינית שום משמעות ואנו עלולים להגדיר זכות קניינית במקום לא נכון.

**עד כאן ראינו שתי תפיסות מנוגדות**:

**האחת** - פורמליסטית, מוניסטית (=מאמצת ערך אחד בלעדי בנושא הקניין – לרוב רווחה מצרפית ויעילות כלכלית) ולרוב גם ליברטריאנית (=צמצום משמעותי של תפקיד המדינה והענקת זכויות וחסינות מהותית לאזרחים בעלי הקניין. לפי גישה זו כל מה שלא אסור - מותר).

**מנגד** – תפיסה ריאליסטית (=אין צורך בהגדרות ויש לבחון מה קורה בפועל מבחינת הקניין – הוא לא נותר במסגרת אחת ויש לו כמה מופעים שונים ויש לתת להם ביטוי. דבר זה מחלק את זכויות הקניין לזכויות צרות ורבות). בנוסף, הגישה היא פלורליסטית (=לא קובעים ע"ב ערך אחד – אין משחק סכום אפס ואנו שוקלים מגוון רב של ערכים במקביל – יעילות, חירות, אוטונומיה, קהילה, סביבה, אישיות ועוד). לבסוף, התפיסה היא ליבראלית (=פחות קיצוני מהליברטריאנית אך עדיין דוגלת בחירות).

נדגים את ההבדל בין ליברטריאניות לליבראליות – למשל, לליברטריאנים מיסוי הוא משהו זר לחלוטין אך הליברלים יקבלו זאת במידת הצורך ובתלות בנסיבות.

**מה הבעיות הנוצרות מן התפיסות הנ"ל?**

##### ביקורות על התפיסה הליברטריאנית-

1. **ביקורת תיאורית**: בעייתית כי היא דיכוטומית ולא מכניסה ערכים נוספים, יכולה ליצור בעיות רבות (סחר בבני אדם), אין שיקוף של המציאות הקניינית בימינו, לא רלוונטית. לא כל דבר הוא פגיעה בקניין ומצריך להשתמש בחו"י כבוד האדם לדוגמה: מתווה הגז. לכן אין טעם להכריע איתה שאלות משפטיות.
2. **ביקורת דיסקורסיבית[[3]](#footnote-3) (=של שיח)-** לפיה לא ייתכן שאם יש זכות קניין "נגמר המשחק" עקב שליפת קלף מנצח, אלא יש לבחון מהם הערכים של זכות הקניין הזו ובצורה זו קובעים את מידת ההגנה שתינתן לזכות. ביקורת יותר אקדמית וטענתה היא ששום דבר לא יכול להיות כזה שאין מה לטעון כנגדו. תמיד צריכים להיות מקום לדיון על משמעות הזכות.

ביקורות על התפיסה ההופלדיאנית-

1. **אד הוקיות-** מעודדת ומייצרת צורך של מערכת המשפט לפעול כל הזמן בצורה אד הוקית- פרטנית, נקודתית. לא נשארת מערכת של דיני הקניין.
2. **קיימת פריקות יתר של הזכות** (=פירוק הזכות עד כדי חלקיקים) וקשה להתקדם כך, כי הפריקות מובילה לקשיים ביישום הזכות. מגדירים משהו כזכות של האדם אך האמירה ריקה מתוכן כי אין גרעין לזכות הקניינית. אם מסתכלים על הזכות לקניין כאגד של זכאויות ולא זכות אחת חד משמעית וברורה, אזי אין בעצם מאפיין אחד שחייב להתקיים כדי שייווצר המכלול הנקרא: זכות קניינית. ניתן להתבלבל בקלות והגדרתה של הזכות הקניינית הופכת להיות רחבה ומבלבלת.

**לדעת המרצה, שתי התפיסות הן בעייתיות כשלעצמן**:

הימנית-ליברטריאנית חוזרת לתפיסה הקלאסית לקניין ואומרת שזכות קניין היא מוחלטת. לפיכך התפיסה של זכות קניין ברורה מאליה בגישה זו.

השמאלית-ליברלית – מחלקת את הזכות ליותר מדי תתי-קטגוריות ולבסוף לא נדע בכלל מה משמעות המונח "זכות קניין". לפיכך: **יש למצוא דרך ביניים שתמצא איזון בין הגישות**. הדרך הנכונה לאיזון היא להתייחס לזכויות כאל "מוסדות קניינים" ובתוכם לבחון כל מקרה פרטני לגופו – כך למשל נבחין בין בית פרטי (אין שכנים מיידים, יש קהילה מסביב) ובית משותף (יש שכנים בסביבה מידית וחולקים רכוש משותף) וכו'.

## מאפייני הזכות הקניינית

עדיפות

עקרון הרשימה הסגורה

חיובים

שימוש

פומביות

עקיבה

שליטה וניהול

רכושיות

עבירות

מאמרו של ויסמן: מדובר בהוגה הישראלי היחיד כמעט שהתייחס לרשימת זכויות קנייניות.

השו' חשין מנגד אימץ דעה דומה לגישתו של בלקסטון וקבע בפס"ד צודלר שזכות הקניין היא "שרירות הבעלים של בעל הנכס והוא יכול לנהל אותו ולעשות בו כרצונו". **זוהי תפיסה בלקסטוניאנית לחלוטין**.

השו' שטרסברג כהן בפס"ד בן חמו טוענת שביהמ"ש יכריע בכל מקרה לגופו האם מדובר בזכות קניינית או זכות חוזית, כיוון שהקשת רחבה. מה שיימצא בתחום האפור יוכרע לגופו על ידי ביהמ"ש. נשאלת השאלה האם נכון שביהמ"ש יצטרך להגדיר בכל מקרה לגופו את הזכות?

נציג מקרה שילווה אותנו בקורס - Susette Kelo: זוהי גברת מהעיר ניו-לונדון שבקונטיקט ארה"ב שיצאה למאבק משמעותי בעניין בית שהמדינה שלה החליטה להפקיע. הגב' קילו החליטה שהסיבה לפיה המדינה קבעה שיש לקחת את הקרקע הזו, כמו גם קרקעות נוספות מסביב, היא לא הגיונית בעיניה כיוון שהמדינה רצתה להעביר את הקרקע לחברת תרופות להקמת מפעל. **לכן, גב' קילו ונספחים עתרו כנגד ההפקעה מאדם פרטי אחד לאדם פרטי אחר**. לטענתה, זכות הקניין שלה קובעת שזו זכותה להחליט מה לעשות עם הקניין, ובוודאי שלא שייך שהמדינה תחליט להעבירו לאדם פרטי מיוזמתה. אנו נתקדם ונבחן את מאפייני זכות הקניין לאור מקרה זה.

## 

**מוסדות קניינים**:

**"מוסד קנייני" = חוק \ חלק מחוק שהוא תוצר של הכרעה ערכית שנעשתה על ידי המחוקק, הכולל איזון פנימי בין ערכים שונים ומגדיר את היקף ההגנה על המקרים הרלוונטיים לאותו מוסד.**

מוסד קנייני הוא זכות קניינית בנכס שנקבעה לאחר ביצוע איזון ערכי בין ערכים שונים. מוסד קנייני הוא בעצם אופן והיקף הזכות הקניינית בכל נכס קנייני (זכות יוצרים, בית משותף, בית פרטי וכו'). זהו ביטוי של התפיסה ההופלדיאנית-ליברלית. הדרך האידיאלית ביותר ליצור מוסדות קניינים היא ע"י חקיקה – המחוקק עושה איזון ערכי בין מגוון האינטרסים בחברה יוצר חוקים שמגדירים מוסדות קניינים ומגנים על זכויות קנייניות שונות, למשל: חוק הדיור המוגן, חוק זכויות יוצרים וכו'.

בדיני המקרקעין נקבע בחוהמ"ק שלא ניתן לקבוע זכות במקרקעין אלא לפי החוק (ס' 161 לחוק). בדיני המיטלטלין אין הוראה כזאת בחוק מתוך התפיסה שיש אינסוף סוגי מיטלטלין וכן ההתפתחות בתחום המיטלטלין מהירה מאוד כך שלא ניתן לעקוב אחריה בחוק.

תפיסה ליבראלית של זכות לקניין מחייבת אותנו לתפוס את הזכות לקניין ככזו שנוצרת בתוך מוסדות קניינים. תפיסה ליבראלית מחייבת ככזו שנעשית בתוך מוסד קנייני. הוא זה שמגדיר את היקף ההגנה על בסיס ערכים שונים. מוסד קנייני הוא זכות קניין/משאב שמאפייניה והיקפה נקבעו לאחר איזון ערכי בין כל ערכי הקניין שתיארנו. כפי שציינו, האיזון 🡨 נכון שיתבצע אצל המחוקק. לפיכך, כל ערכי הקניין הם למעשה המסד הראשוני של הדיון אצל המחוקק – לאילו נכסים או זכויות נרצה לתת הגנה ומהו היקף ההגנה אותה נבחר לבסוף להעניק.

מוסדות קניינים נוצרים בדר"כ ע"י חקיקה, שנועדה לאזן אינטרסים וערכים שונים. דוגמה למוסדות קניינים. שכירות, שאילה, הגנה על פיתוח צמחים, דיור ציבורי, דיור מוגן.

דוגמה למוסד קנייני: הבית המשותף. בבית משותף גרים מספר של אנשים שהבית המשותף שייך לכל השכנים ביחד. המוסד הקנייני של בית משותף זכה להכרעה ערכית של המחוקק בהקשר להיקף ההגנה של בעלים על בית כזה. הערכים שמתנגשים בבית משותף הם לא אותם ערכים של בית פרטי. האיזון הערכי של המחוקק התבטא בחוקים לקיים וועד, תקנון וכו'. יש חובה להתחשב באחרים ואינטרסים של השכנים. מוסד הבית המשותף הוא מוסד שנעשה בו איזון ערכי של איזה ערכים משפיעים על היקף ההגנה, ולכן שונה מבית פרטי.

**זכות לפטנטים, זכויות יוצרים**- אלו מוסדות קניינים. מה ההבדל ביניהם? נדרש איזון ערכי שונה. לפטנטים יש ערך כלכלי, שמתבטא בהגנה חזקה מאוד, על השימוש בהם על מנת לתמרץ אנשים לפתח אותם. ליצירות יש ערך אישי- להשלים.

**הבעייתיות במוסד קנייני:** את האיזון צריך לעשות ע"י המחוקק (בניגוד למה שנעשה בפס"ד בן חמו, בו **השו שטרסברג-כהן** בחנה את זכות ההפצה- האם היא מוסד קנייני או לא. יש כאן בעייתיות כי זה לא מתפקידה לבחון את הזכות ולאזן אותה במוסד קנייני).

האם דברים אסורים כגון סמים יכולים להיות מוסד קנייני? היות ואנחנו לא רוצים אותם בשיח אנחנו לא הופכים אותם לחלק מזה.

**למה לנו לפתח תפיסת קניין ליבראלית**? א. פרוצודראלית- לא להסתבך ולעשות איזונים מול הזכות ב. ערכית- כדי לא להתייחס לדברים כמו גוף האדם כקניין, מראש לא להגיע למקום הזה.

קומודיפיקציה- הפיכת דברים לסחירים.

## נציג את המאפיינים השונים שבבסיס הזכות לקניין

1. **שליטה וניהול בנכס:** **לפי כל תפיסות הקניין שהצגנו** – אלמנט השליטה והניהול הוא אינהרנטי (טבוע, מובנה) להגדרת הזכות לקניין. אם נגלה שהמוסד הקנייני שיצרנו לא מקנה אלמנט של שליטה וניהול 🡨 יש אובדן משמעותי של היבטי זכות קניינית. הגישה המוניסטית-ליברטריאנית תגיד ששליטה וניהול **חייבים** להיות חלק דומיננטי בהגדרת זכות קניין (למשל אם לשוכר אין כל יכולת לעשות דבר עם דירה (כמו להעביר אותה לאחר או לשלוט במתרחש בה), אין למוסד הקנייני הזה שום משמעות וזו לא זכות קניינית. לחילופין ובמימד אחר, אם זה לא מבטל את קנייניות הזכות - לכל הפחות אנו נראה בכך פגיעה בזכות הקניינית. בביהמ"ש העליון חשין (ודורנר) הוא מייצג גדול של גישת בלקסטון- חירות ושרירות הבעלים לנהל את הנכס כפי שירצו.

מקרים חריגים: שותפות, הפקעות. סוזט קילו ((suzette kelo הייתה אישה בארה"ב פסק הדין על שמה הוא המשמעותי ביותר בעשור האחרון שנידון בביהמ"ש האמריקאי.

פס"ד Susette Kelo: זוהי גברת מהעיר ניו-לונדון שבקונטיקט ארה"ב שיצאה למאבק משמעותי בעניין בית שהמדינה שלה החליטה להפקיע. הגב' קילו החליטה שהסיבה לפיה המדינה קבעה שיש לקחת את הקרקע הזו, כמו גם קרקעות נוספות מסביב, היא לא הגיונית בעיניה כיוון שהמדינה רצתה להעביר את הקרקע לחברת תרופות להקמת מפעל. **לכן, גב' קילו ונספחים עתרו כנגד ההפקעה מאדם פרטי אחד לאדם פרטי אחר**. לטענתה, זכות הקניין שלה קובעת שזו זכותה להחליט מה לעשות עם הקניין, ובוודאי שלא שייך שהמדינה תחליט להעבירו לאדם פרטי מיוזמתה. אנו נתקדם ונבחן את מאפייני זכות הקניין לאור מקרה זה.

1. **שימוש:** ס' 2 לחוהמ"ק קובע "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, **להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם**...".

Playing darts with Rembrandt– זהו ספר ששואל האם מותר לי **לעשות שימוש כרצוני בנכס שלי ואף להרוס אותו, למרות ההשלכות של הפעולה שלי (לדוגמה לשרוף את המונה ליזה)?** אין תשובה ברורה לשאלה הזו אך ברור לכל שההגבלות שייקבעו בדין צריכות לבטא ערך מסוים שצריך להיות חשוב ביסודו ע"מ להגן עליו (למשל שימור בתים היסטוריים).

חשוב להבין ששימוש הוא מאפיין חשוב של הזכות לקניין והוא מהווה לרוב אינדיקציה לשליטה וניהול. אין חובה לשימוש עצמי בנכס דווקא וניתן להעניק את יכולת השימוש לאחר כדי לספק את הדרישה.

1. **העקיבה והעדיפות (פחות רלוונטי כיום):** נסביר באמצעות דוגמא: אם נגנב רכב מאדם למשל, והגנב מכר אותו לצד ג' - העקיבה והעדיפות יקנו לבעלים אפשרות לדרוש אותו בחזרה.

תיאורטית: הנכס אינו מתווך (וגם בערכו הכלכלי – שווי כספי למשל) באמצעות אדם אחר (ניתן לקחת מצד ג' שרכש מהגנב את הרכב). לא ניתן לתקוע טריז בזיקה של הבעלים לנכס.

מעשית: דיני הקניין מצמצמים תכונות אלה באמצעות מנגנונים של תקנת שוק[[4]](#footnote-4), דיני תחרויות ועוד שמטרתם להגביל את היכולת לעקוב אחר הנכס ובשלב כלשהו כן תאבד הזכות (כך למשל בשלב כלשהו הנגנב לא יוכל לדרוש את הרכב מהקונה התמים צד ג' ויצטרך לתבוע את הגנב במקום זאת).

1. **עבירות הזכות (מלשון העברה):** בעל הזכות הקניינית רשאי להעביר את זכותו לאדם אחר. מנגד, הוראת ס' 42(א) לחוק הירושה קובעת מגבלות על ציווי עבירות בשושלת – אסור להעביר בצוואה ליותר משני אנשים.

(במידה ויש הדורשת צוואה להוריש קודם לא ולאחר מכן לב', אם א' צריך להעביר לב' נכס לאחר מותו, הוא לא יכול להוריש את הנותר מהנכס לג'.) אסור להעביר ליותר שניים= הגבלת עבירות.

למה לאפשר הגבלה של עבירות?

* מבחינת השיקול הכלכלי: **יש הצדקה להגבלת עבירות** – אם אדם מצווה מה ייעשה עם הנכס 500 שנה קדימה יש הגבלה עתידית לגבי הנכס. נדגים: קביעה שנכס יעבור רק בין גברים תגביל נשים להיות בעלות הנכס ל-500 השנים הבאות, שעה שהמציאות והתרבות עשויות להשתנות.
* מבחינת השיקול החברתי: **הגבלת עבירות תמנע הנצחת מעגלי עוני ופערי דורות**. זכויות הקניין שקיימות במאה ה-21 רחוקות מלבטא את זכויות הקניין מלפני 500 שנה והיה שינוי דרמטי בשאלת סיווג מעמדות חברתיים. הנצחת עבירות בלתי מוגבלת בקניין למעשה משמרת מצב חברתי וזה דבר שגוי ביסודו.

1. **חיובים:** **פרופ' גרגורי אלכסנדר** קבע שזכות הקניין, מעבר לכל הזכויות שהיא מקנה לנו, כוללת בתוכה חיובים כלפי אחרים (לבעלים יש חיובים בנוסף לזכויות). **החידוש** הוא שאם נבחן זכות קניין ונטען שאין בה חובה – אנו למעשה מעלימים חלק מהמשמעות שלה. נדגים: בבית משותף יש חיובי ועד בית, ביישובים קהילתיים יש דאגה הדדית ותלות קניינית, קיים מיסוי מקרקעין (מס שבח, מס רכישה ועוד שמטרתם "לתת לאחרים"). **יש כאן הדגשה של הערך הקהילתי שבקניין** כיהקניין, בין היתר, מאפשר חיים בקהילה ובשל כך יש לו גם **חובות.** האם זה קנייני למנוע ע"י ועדת קבלה למנוע מאחרים לקנות ביישוב? לפי גרגורי אלכסנדר כן, הקניין יוצר לבעלים חיובים לדאוג מי יגיע ליישובם.
2. **פומביות:** הסעיף שמרכזי שמדבר על דרישת הפומביות הוא ס' 7(א) לחוהמ"ק: "עסקה במקרקעין טעונה רישום, העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום". המסקנה היא שעד לרגע הרישום – אין קניין ויש התחייבות. לפי התיאוריה הפרסונלית ("כולי עלמא") שאר העולם צריכים לדעת את הבעלות על הנכס. למה נדרש רישום? (למה נדרשת פומביות?) – מערכת של זכויות קניין היא מערכת שחייבת מידה מסוימת של יציבות וודאות, ולכן כדי לשמר זאת אנו דורשים פומביות. הרישום של המקרקעין מהווה הוכחה חזקה מאוד לבעלות על המקרקעין. לפני הרישום יש התחייבות לעסקה- זוהי התחייבות חוזית בלבד ואינה בעלת זכות קניינית. אמרו בעבר שההבדל בין זכות קניין לזכות חוזית היא שעם זכות קניינית יש לבעל הזכות גישה בלתי אמצעית לנכס, בעוד שבזכות חוזית הדבר לא מתקיים.

הרצאה 3 – 13.11.16

1. **עיקרון הרשימה הסגורה:** ס' 161 לחוהמ"ק: "מתחילת חוק זה **אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק**"- כל מיני טענות של זכויות במקרקעין לא יוכרו אלא אם כן הזכויות הנ"ל הוכרו במפורש בחוק, למשל "דיני קניין שביושר" (לקוח מהמשפט האנגלי)- במהלך השנים נוצרו דרך הפסיקה "**דיני קניין שביושר**"- מדובר בהכרעות משפטיות שמעניקות זכויות קניין לאנשים, גם אם הם לא עמדו בצורה פורמאלית באופן שבו נרכשות זכויות קניין. **הוראת ס' זה ביטלה את דיני קניין שביושר וקבעה שמעתה במקרקעין – הכל מתנהל לפי החוק בלבד** ולא ניתן לפסוק זכויות קנייניות לאנשים שלא עומדים בדרישות החוק. **כל דבר אחר למעשה** **לא ייחשב לזכות קניינית**. יש רצון ליצור שוני בין זכויות הקניין השונות- יש הבדלים בין בית פרטי למשותף לקניין רוחני, אך לא רוצים ליצור מצב הופלדיאני, יצירת מודלים של קניין ללא הגבלה וללא גרעין רעיוני. דוגמא לזכות שהתבטלה: רישיון למקרקעין-בר רשות. בעבר האדם שהיה בר רשות היה נתפס כבעל רישיון במקרקעין, לאחר חקיקת חוק זה בוטל.

מדוע דיני הקניין מוגדרים ע"י רשימה סגורה?

* רציונל כלכלי: לעניין צדדים שלישיים- אם לא נשמור על רשימה סגורה הדבר יפגע בצדדים שלישיים למשל כאשר שני צדדים לחוזה עורכים הסדר קנייני כלשהו ביניהם שאינו קיים בדיני הקניין, שני הצדדים אומנם לא יפגעו אך הצד השלישי יפגע מכך מכיוון שלא תהיה לו ידיעה לגבי ההסדר הקנייני החדש והשלכותיו. מידע – אם לא נגדיר מראש רשימה סגורה אנשים לא ידעו כיצד לעשות עסקאות ולא משנה מהו ההרכב הערכי שנקבע למוסד קנייני.
* ביקורת על כך: זהו לא בהכרח טעם מספק לרגולציה דווקנית ונוקשה, ורשימה סגורה היא לא בהכרח המענה הטוב ביותר/הנכון למניעת פגיעה בצדדים שלישיים. אם נתחשב כל היום בתנאי מסחר וביכולת לסחור – תהיה הגבלה על שופטים להגיע לצדק למשל.
* רציונל נורמטיבי: חנוך דגן טוען שאסור שההכרה והאיזון במוסדות קניינים יעשו על ידי ביהמ"ש אלא על ידי המחוקק. אם היינו משאירים את ההכרעה בהגדרת זכויות הקניין לשופטים ולא מטילים זאת על המחוקק, הייתה עשויה להיות התחמקות מאחריות והשינוי לא היה מגיע. לכן נערכת רשימה סגורה ע"י המחוקק.
* אין חוק דומה בענייני המיטלטלין- זהו תחום רחב, וההתפתחות בו מהירה מאוד. אם יהיה חוק, הוא יפגר אחרי המציאות.
* במידה והמחוקק מחליט על זכות קניינית, נוצר מוסד קנייני חדש- המשפיע על ההיקף וההבנה שלנו על אותה זכות קניין.

עיקרון הרשימה הסגורה נדון בפס"ד בן חמו נ' טנא נוגה: בשנת 81' העותר התקשר בחוזה הפצה בלעדי עם חברת טנא נוגה באזור אשדוד ויבנה (ולטנא אין את היכולת לבטל את ההסכם האמור). בהמשך, נערכה תוספת להסכם שעיקריה **הקביעה שזכות ההפצה היא קניינו הבלעדי של העותר** ושזו זכותו להעביר את הזכות הזו. לאחר כ-17 שנים בן חמו עתר בטענה שטנא נוגה החלה בצעדים קטנים שמפרים את החוזה.

עיקר הדיון שבענייננו עסק בשאלת סיווג הזכות וביטול / הותרת החוזה: הש' שטרסברג כהן, בניגוד לש' קמא שקבע **שהזכות אינה קניינית ולפיכך החוזה ניתן לביטול**, טוענת שסיווג הזכות דווקא לא משפיע על ביטול החוזה אם לאו. סיווג זכות כקניינית לטענתה לא הופכת אותה לצמיתה ומה שמשמעותי זה מאפייני הזכות עצמם ולא עצם הזכות. כלומר, הטעמים המונחים ביסוד, ולא התווית, הם הרלוונטיים. ההחלטה היא שהזכות של בן חמו היא זכות חוזית בלבד הניתנת לביטול ולא מדובר בזכות קניינית. לפיכך, הערעור נדחה.

**המרצה מסביר שהשו' מגיעה ממקום חיובי ומנסה לדון באופן קונקרטי מחוץ לרשימה הסגורה** (כי זו מופיעה רק במקרקעין כזכור) אך הפעולה שלה מעט בעייתית. בניסיונה לדון בכך, היא מונעת מהמחוקק לשבת ולדון בשקלול ולבצע את האיזון בין הערכים השונים לעניין זכות הפצה וזה לא מצב רצוי מבחינת המרצה. בנוסף, המרצה מציין טעות נוספת בעצם הניסיון להגדיר זכות קניין מחד וזכות אובליגטורית מנגד, עניין שבבסיסו עומדת ההנחה שקיימת בידינו הגדרה מדויקת לזכות קניין – מה שלא נכון. הדברים אינם שחור ולבן.

# ב. קניין פרטי – למה?

**קניין פרטי**- הזכות הקניינית הפרטית אומרת שע"פ ההכרעה החברתית הנתונה במדינה של אדם, הוא יהיה זכאי וחייב ע"פ הגדרות הבעלות על הקניין הפרטי. למעשה, מדובר במערכת קניין של המדינה שמאפשרת לבני אדם פרטיים להחזיק בנכסים באופן פרטי (שלא בהכרח בשיתוף עם אחרים). במשטר של קניין פרטי חלק מהזכויות יכולות להיות מוקצות לאנשים פרטים.

**קניין קולקטיבי**- מערכת קניין קולקטיבית מדברת על איסור החזקה פרטית של קניין וכולם כחברה מחזיקים בקניין במשותף (הדוגמא העיקרית היא הקומוניזם הרוסי). בגישה זו אין כמובן מקום לקניין פרטי- אין אפשרות להקצות לאנשים פרטיים זכויות קניין.

**קניין משותף**- בשונה מקניין קולקטיבי – זוהי שותפות של שני אנשים או יותר בהחזקה של קניין מעין פרטי. כל אחד מהפרטים הוא בעל בעלות על הנכס והפרטים הם בעלים שלו במשותף.

## מהן ההצדקות לקיום קניין פרטי –הערכים שעומדים ביסוד הקניין הפרטי

קבענו שהמחוקק צריך לדון בערכים העומדים בבסיס הזכות וכך לקבוע האם היא קניינית או לא. מהם אותם הערכים?

סביבה?

(טרם נכתב על כך)

חירות

עבודה

רווחה מצרפית (=יעילות)

קהילה

צדק חלוקתי

אישיות

**ערך החירות**

הבסיס הוא חירות הבעלים. מדוע חירות חשובה? כי **קניין הוא אמצעי חשוב לכוח בחברה**.

**רוברט נוזיק** היה אחד מההוגים הליברטריאנים הבולטים בעת המודרנית שדן בערך החירות (סוג של ממשיך של בלאקסטון).

נוזיק טען כי כדי שמערכת קניין תתפקד אנו חייבים לשמר את חירות הבעלים. הקניין הוא המקום והמעמד של הפרט בחברה.

נוזיק קבע מס' כללים בסיסיים כשהוא דיבר על שיטת משפט:

1. המדינה צריכה להיות מעורבת כמה שפחות בניהול חיי האנשים ובייחוד בפן הכלכלי ("שומר לילה").
2. המטרה היא להגיע לחירות הבעלים – זהו הערך החשוב ביותר שהקניין מספק לאנשים. לדידו, העובדה שלאנשים לא היה קניין הפכה אותם לנחותים ולכפופים וברגע שיש לאדם דירה למשל 🡨 הוא כבר לא כפוף לרצונות של אחרים.

לאור קביעה זו הוא קבע שלושה כללים לביסוס מערכת קניינית:

1. **כלל תפיסה תקיפה** – המדינה או החברה צריכות להגדיר כיצד רוכשים קניין בלעדי מלכתחילה. חייב להיות ברור איך רוכשים קניין. לדוגמא: ס' 7 לחוהמ"ק המדבר על רישום כשלב העברת הקניין.
2. **כלל העברה תקיפה** – יש לקבוע כיצד מעבירים קניין בצורה נכונה. למשל: גניבה ושוד אינם העברת תקיפה ולכן הזכות הקניינית אינה עוברת.
3. **כלל תיקון** – בעולם מתוקן היינו מסתפקים בשני הכללים שלעיל, אך במציאות יש לקבוע כיצד מתקנים מצבים בעייתיים שנוצרו. למשל: תקנת השוק וכו'.

**מי שלא פועל לפי הכללים, הקניין לא עובר אליו.**

**נוזיק** וחבריו לקחו את החירות למקום קיצוני וטענו כי **המדינה לא יכולה לעשות מאום מבלי להיחשב כפוגעת בזכות הקניין של האדם**. יש להבין מנגד, שחירות לא צריכה לצאת ממגוון השיקולים שלנו רק כדי להימנע מתפיסות ליברטריאניות – כך למשל בתפיסה הליברלית - החירות (או האוטונומיה לצורך העניין) כן קיימת כערך אך היא לא נחשבת לערך יחיד ובלעדי. **כן יש לבחון את הערך לפי הגישה הליברלית, אך לא כיחיד**!

* הדבר משמעותי כיוון שלקניין מאז ומעולם היה חלק חשוב בהכתבת האוטונומיה של הפרט (=היכולת של האדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו).

**הביקורת על התפיסה הליברטריאנית של נוזיק**

1. האם באמת נרצה לבטא את עצמנו באמצעות קניין? האם יש לדרוש מהמדינה לתת מעמד לרכוש בהגדרת זהותו של אדם?
2. פגיעה בקניין מלכתחילה מדברת על פגיעה במי שיש לו ובמי שמלכתחילה כבר כתב את סיפור חייו. לעומת זאת, לאנשים שאין קניין – הנושא כלל לא רלוונטי כי אין במה לפגוע בהם ולכן לא באמת נשיג את מה שהיה חשוב לנו בביסוס הערך הקנייני.

**ביקורת נוספת היא- טבלת הזכויות של הופלד**

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

אנו למדים מהטבלה שמול כל מונח משפטי יש מונח מקביל שמשלים אותו: מול כל זכות יש חובה ומול כל חובה יש היעדר זכות. כך, **אם נאמר שזכות קניין מבוססת על תפיסת חירות במהותה – כלומר, כל פגיעה בה היא פגיעה באוטונומיה של האדם – ישנה הטלת חובה כלפי כולי עלמא, להימנע מפגיעה בזכות הזו**. החידוש הוא שלקביעתו של הופלד – אין זכויות באוויר. הופלד אומר שנתינת זכות קניין פרטית לא מגדילה את סך החירות בעולם (בניגוד לטוענים בעד הקניין הפרטי) מכיוון וכאשר אנו מגדילים זכות של אדם אחד כלפי נכס מסוים-אנו בעצם מצמצמים את החירות של שאר האנשים, כך שהחירות לא גדלה אלא עוברת בין האנשים ומתחלקת בצורה אחרת.

* המשמעות האופרטיבית של אימוץ הטבלה של הופלד היא הצורך באימוץ חזק מאוד של זכויות חברתיות.

מתוך שיעורי הבית - מאמר של 16-26 - מהן ההצדקות לקניין פרטי?

1. **תפיסה** – הדין מכיר ברעיון שתפיסה עשויה לשמש בסיס לבעלות (דוג' – ס' 3 לחוק המיטלטלין). הביקורת היא שאלת הלגיטימיות של רכישת קניין באמצעות תפיסה (מקרה חלוקת הקרקע). פחות רלוונטי בימינו, אך בא לידי ביטוי בחוק המקרקעין.
2. **עבודה** – כאשר מלאכת כפיו של אדם מניבה נכס לאדם, יש לו זכות באותו הנכס (בעיקר בקניין רוחני). הביקורת היא כיצד נגדיר את העבודה? במקרה של אנשים שונים שהגו, בנו ומימנו יצירת פסל: מי עבד? אם אדם משתמש בחומרים שאינם שלו אך יוצר שינוי לנכס המקורי, היצירה תיחשב כשלו.
3. **הגנה על חירויות האדם** – הזכות בנכס היא הגנה על אישיותו וחירויותיו של הדורש אותו (ס' 3 לחו"י כבוד האדם וחירותו).
4. **תועלתנות** - קניין פרטי נחוץ כדי להשיג תכליות שאנו מעוניינים בהן. זכות הקניין והבעלות מקדמות את הרווחה הכללית. גם **העבירות** משמעותית פה – יש צורך ביכולת להעביר את הנכס כדי למקסם את התועלות היוצאות ממנו (ביטול זיקת הנאה, חוק ההתיישנות).
5. **הדין כמקור קניין** – לפי גישה זו הקניין הוא מה שהדין ייקבע כלפיו (דוג' מארה"ב של נהר שעבר בחלקה פרטית ובעל הקרקע השתמש בתחנת כוח. המדינה בנתה סכר והוא תבע לפגיעה בקניין. ביהמ"ש לא סיווג את הזכות כקניינית כי אין לכך בסיס משפטי).

סיכום ביניים: התחלנו לדבר על הערכים שמעצבים את צורת הקניין שלנו. הערך הראשון שדנו בו הוא **ערך החירות** שמהווה למעשה את אבן הבוחן לפי תפיסות הקניין הקלאסיות. מהות הערך היא שלאדם יש חירות בנכסיו ולמדינה אסור (או שהיא מוגבלת מאוד) לגעת, להגביל או לפגוע ביכולת שלו לפעול בנכסיו כרצונו.

**ערך העבודה**

ערך זה הוכר תחילה אצל ג'ון לוק שדיבר על הזכות של האדם לקניין וניסה להסביר מהיכן האדם צובר את זכותו לקניין (שנתפס בשעתו כזכות אלוהית). לפי התיאוריה של **ג'ון לוק,** הנחת היסוד היא שבמצב הטבעי האל נתן את המשאבים לכולם ולכן הקניין הוא משותף. לכל אחד מאיתנו יש זכות לשימור עצמי, ולכן מותר לנו לקחת משאבים כדי לשרוד. **כאשר אדם מערבב את עבודת כפיו** (כשזו מוחזקת תחת ההנחה שהיא שייכת לו) **עם משאב ששייך לכולם במצב הטבעי** 🡨 התוצר יהיה שייך לו. לדוגמא-עץ תפוחים שייך לכולם, אך כאשר אדם הרים את ידו וקטף תפוח- התוצר-הפרי שבידו-שייך לו (אותו רציונאל קיים בזכויות יוצרים ופטנטים). עם זאת, הדבר יהיה נכון בכפוף **לסייג הלוקיאני** – אדם יכול לקחת משאב רק אם הוא השאיר מספיק ובאיכות לא פחות טובה לאחרים (Enough and as good). כך, בדומה לאינטואיציה המוסרית של "זה נהנה וזה לא חסר" – אם השארתי מספיק ובדיוק באותה האיכות לאחרים אז זה בסדר וזה מצב **עדיף פארטו**[[5]](#footnote-5). טענה נוספת של לוק היא **שאסור לקחת יותר מידי- בשביל לבזבז** (כי לא ניקח משהו שאין בכוונתנו להשתמש בו).

**3 ביקורות על לוק:**

1. חוסר במשאבים-הבעיה מתחילה כאשר יש מחסור- הטענה של לוק בעייתית כיוון שישנם משאבים מוגבלים ולכן, בכל שלב יהיה מי שחסר לו.הביקורת אומרת שהתיאוריה של לוק צריכה לחול רק על אותם משאבים שאינם מתכלים. כלומר, יש להחיל אותה רק במקרים מאוד ספציפיים וזה מגביל את תחולתה.
2. תיאוריית הערבוב- סוגיית מיץ העגבניות של רוברט נוזיק - אני נמצא עם ספינה באוקיינוס ואיתי מיכל של מיץ עגבניות שקניתי במיטב כספי לאחר שעבדתי קשה עבורו. אני פותח את המיכל ושופך את המיץ לתוך מי האוקיינוס. יש פה ערבוב של עבודת כפיי עם משאב של כולם. **האם האוקיינוס עכשיו שייך לי?** וודאי שלא. יש כאן אמנם הגחכה של התיאוריה של לוק אך המטרה היא להראות שלא ברור מה הופך אדם לבעלים של נכס מסוים.
3. מקרה הנמלה הטרחנית והצרצר העצלן: מי שהיה חרוץ יהיה בעלים של קניין ומי שלא היה חרוץ לא יהיה בעל קניין. המשל הזה לפי לוק הוא משל של 100% לכל אחד מהצדדים – מי שזוכה בנכס זוכה בו בצורה מלאה. כך למשל, חברת תרופות שפיתחה תרופה חדשה מקבלת מונופול על שיווק התרופה שפיתחה, והשאלה היא אם זה המצב אשר ראוי שיתקיים? **ברציונל -** **כן נרצה לתת תמריץ לגורם שעבד אך לא נרצה להפקיר לחלוטין את זה שלא**.

* מטרת הביקורות להראות מדוע ערך העבודה הוא מעט בעייתי להצדקת קניין.

**קריאה אוהדת של תיאורית העבודה = גמול**

המשפט אומנם מתגמל על התנהגות רצויה, אבל הטענה של הנמלה היא כבר לא רק "טענת השתק" ועולות ממנה 3 מסקנות:

* 1. **רק התנהגות ראויה מזכה בפרס** . אם המאמץ הפיזי הוא מאמץ שמטרתו שלילית, אז אמנם "ערבבתי" את העבודה שלי במשהו, אבל התוצאה אינה ראויה ואין להגן עליה.
  2. **התוצאה של העשייה היא חיובית- הנמלה לא סתם משקיעה עבודה, אלא היא עושה זאת לשם השגת תוצאה טובה** (למשל לקידום המצאה לפי חוק הפטנטים).
  3. **הפרס צריך להיות פרופורציונאלי- נמלה סבירה שמבקשת את הפרס על קידום הרווחה החברתית צריכה לבקש פרס פרופורציונאלי לכמות הקדמה שהיא הניבה**. הנמלה לא תבקש פרס של 100, כאשר תרמה 100. נמלים מבקשות פרס שהוא יותר קטן מכמה שהן נתנו. זה משתקף **ב**דיני הקניין הרוחני – אני מקבל מונופול לזמן מוגבל עם סייגים, שמשהו יישאר גם לחברה. בדיני פטנטים-ההגנה היא לתקופה מוגדרת ולא לכל החיים. אני לא מערבב משהו משלי במשהו ששייך לנו, ואז דורש את כל התוצר.

# הרצאה 4 – 20.11.16

**ערך הרווחה המצרפית (=ערך היעילות)**

**מטרת התפיסה התועלתנית – מירב העושר למירב האנשים, מקסום העושר בעולם.**

**רווחה מצרפית** = האמצעים העומדים לרשותנו בעולם. לפני שנדבר על הקשר בין קניין פרטי לרווחה מצרפית, נטען שמאוד קשה לראות אדם שהוא הומניסט ולא אכפת לו מהרווחה המצרפית: לחשוב שגודל העוגה לא רלוונטי זו מחשבה מוזרה. **רווחה מצרפית מדברת על השאה/מקסום/העדפת הרצונות שלנו**.

דוגמת כר המרעה: אנחנו 80 בעלים משותפים של כר מרעה. לכל אחד מאיתנו יש מספר זהה של שוורים ופרות במצב המקורי. כר המרעה הוא משותף, היינו 'מצב הטבע' ולכל אחד זכות להשתמש בכר המרעה כרצונו. נניח שלכל אחד יש 5 שוורים ו-5 פרות. כר המרעה יכול לקלוט עד 800 חיות ועדיין להיות יעיל. ישנה אפשרות לקנות שוורים ופרות נוספים ולהעלותם על כר המרעה (כאמור, לפי הכלל הבסיסי כל אחד רשאי לעשות כרצונו).

דילמת האסיר- המצב בו אנשים מפסידים קורה בגלל עלויות גבוהות של תקשורת, ואנשים פוגעים אחד בשני כדי למקסם את הרווחים שלהם. כשהם עושים זאת, הם פוגעים לא רק בחברים שלהם אלא גם בעצמם. יש פגיעה ברווחה המצרפית.

האם אני אקנה? ברור שאקנה – הפרות מקטינות את השווי של הקרקע בערך מסוים, אבל כולם נושאים בעלות של זה. החלק שלי בזה הוא 1/80, והוא יתחלק בין יותר פרות מאשר אצל אחרים.המשמעות של מחשבה כזו, שמתרחשת אצל כולנו, היא שכל אחד יוסיף עוד פרות **ולבסוף כר המרעה ייהרס לחלוטין.**

**The Tragedy of The Commons** (הארדין) – במצב של מאגר משותף, כל עוד אנשים פועלים בנפרד, עתיד להיות פער בין האינטרס המצרפי לבין האינטרס האינדיבידואלי. בהינתן שכל אדם דואג לעצמו קצת יותר מאשר לאחרים - יש סיכוי לא מבוטל שאנשים יעדיפו את האינטרס העצמי שלהם על פני האינטרס הקולקטיבי של הכלל. **אם מספר מספיק ולא זניח מאיתנו יתנהג כמו שצפינו** ויעדיף את האינטרס האינדיבידואלי על פני האינטרס הקולקטיבי **אז התנהגות אחרת לא באמת תשנה את התוצאה**.

טענת תורת המשחקים – האסטרטגיה הדומיננטית במצב הזה היא זו של חוסר שת"פ. כלומר, לא משנה מה אדם אחר יעשה 🡨 מבחינתי יותר מוצלח לא לשת"פ. אם אינני יודע אם עומד מולי אדם שמשת"פ או אדם שלא משת"פ ואני דואג לעצמי, אני אגיד לעצמי – אם מולי עומד אדם שדואג לעצמו, הוא לא משת"פ והוא יתחיל לגרוע מהטוב הכללי לטובת עצמו. לכן, כדאי שגם אני אעשה כמוהו. אם מולי עומד אדם "פראייר", בכלל כדאי שאני אקח.המסקנה היא שלא משנה מי עומד מולי, כדאי לי לקחת. לכן, גם אם אני "אדם טוב", עדיין אני אקח.

* הטענה של **הארדין** היא שיש כאן דינאמיקה הכרחית. בסופו של דבר, לא צריך שיהיו אנשים רעים, אלא מספיק שיהיו אנשים זהירים כדי שטרגדיית ההמונים תתרחש.

ערכים של חירות, עבודה (וגמול) ורווחה מצרפית, צריכים תמיד להילקח בחשבון. לא תמיד חייבים להתחשב בכל הערכים, אך תמיד צריך להתייחס לשיקול הרווחה המצרפית. אנשי ימין כלכלי טוענים שלא תמיד ננהג כך, כי נגיע לתוצאות חלוקתיות.

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

1. **הניתוח הכלכלי אינו מניח שיטת קניין או בעלות מסוימת**.
2. **הניתוח הכלכלי מביא בחשבון החצנות** – על השותפים, על דורות העתיד ועוד. הכוונה היא שבקניין קולקטיבי קשה מאוד להגיע להסכמה, וגם אם זו תגיע, כיצד יחשבו על הדורות הבאים?
3. **האבולוציה** – הן של מושאי הקניין והן של הדרכים למשטר קניין. לדידו, מושאי הקניין משתנים כל הזמן ולא דיברנו על פטנטים לפני 300 שנה למשל. עקב השינוי בטבע, אופי השמירה שצריך להעניק והעלויות הכרוכות בכך הם שונים בתכלית וצריכים להילקח בחשבון.

* דמסץ טוען למעשה שנכון שהרדין הצליח להסביר מדוע צריך קניין פרטי בעבר, אבל זה לא משהו שבהכרח יישאר נכון לעד עקב שינויי הזמן.

כדי להדגים את טענתו של דמסץ, נחזור לכר המרעה ונתחיל בטענה הפשוטה – מה זה אומר שיש קניין פרטי? נחלק את כר המרעה ל-80, נשים שלט ונגיד מה החלק שלנו. המאגר המשותף, כאמור, ייצר תמריצים לצריכת יתר (יותר מידי פרות) ולהשקעת חסר (בדישון הקרקע). עכשיו, אם יש לי קרקע של 1/80:

1. אין חשש שאצרוך יותר מידי, כי זה שלי.
2. אם אני אשקיע 10 בדישון, אז ארוויח 30 🡨 ברור שאני אשקיע.

**לתהליך זה אנו קוראים הפרטה**. **ההפרטה** עשתה דבר שהכלכלנים קוראים לו "הפנמת עלויות ותועלות". הפרטה היא היד הנעלמה של דיני הקניין. כמי שקודם פעל באופן שפוגע בטובת הכלל, אני עכשיו עושה אופטימיזציה. המהלך של ההפרטה הוא מהלך שיוביל אותי לרווחה בלי שאני אצטרך "שוטר" / "ועדה" / "לוויתן" כדי לעשות את הדברים שהם טובים יותר לכולם בסופו של יום.

**גם המקרה זה יש הפסדים- עלויות של גדרות, והפסדים מחוסר תיאום. לו הייתה אפליקציה המתאמת ביניהם- יכול להיות שלא היה צורך בפתרון זה.**

**הטענה של** דמסץ **היא אף יותר רדיקאלית מזה** – אם נסתכל על זה באופן דינאמי, זה יהיה יותר חמור.

הוא מציג מס' סיבות לכך:

1. משטור של קיימות הוא הרבה יותר יקר במשטר של קניין משותף, מאשר במשטר של קניין פרטי: מה אני צריך בשביל להגן על הקרקע במשטר של קניין פרטי? גדר, כלב שמירה; מה אני צריך בשביל להגן על הקרקע במשטר של קניין משותף? שוטרים, פיקוח. **משטר עם התנהגות שמכבדת קניין משותף זה יקר הן מהבחינה הפיזית והטכנית (תלוי טכנולוגיה) והן רק מהבחינה המעשית – עצם הפיקוח למניעת עריקות הוא כשלעצמו כפוף לבעיית הפעולה המשותפת**.
2. המשטר של הקניין המשותף לא דואג לדורות העתידיים:במשטר של **קניין משותף**, גם אם נגיע לאיזשהו הסכם שכולם יסכימו לכבד אותו ונתחשב בכל אחד והאינטרסים שלו ושל ילדיו ונכדיו – בשלב כלשהו כבר לא נחשוב על כלל הדורות. במשטר של **קניין פרטי** **מנגד**, הערך הכלכלי של הנכס בשווי השוק הוא הערך המהוון של ההכנסות הנקיות שניתן להפיק ממנו: כלומר, השוק מייצג את הדורות העתידיים – אם אני יודע שישלמו לי רק כמידת השימושים שיוותרו בקרקע שלי בעתיד, אני צריך להיות טיפש כדי להשתמש בה באופן לא יעיל על חשבון הדורות הבאים. דמסץ אומר לנו שאחת הבעיות הקשות ביותר של החברה המודרנית היא שאנחנו מעריכים את ההווה על חשבון העתיד. הבעיה הזו נפתרת ע"י קניין פרטי לא כי הפכנו להיות אנשים טובים יותר, אלא בגלל שמנגנון השוק יוצר אצלנו תמריצים פנימיים.

ניתן לטעון שהקניין הפרטי הוא האמצעי להפנמת ההחצנות מבחינת דמסץ.

**עלויות הקניין הפרטי** – דמסץ **מצביע על נקודה חשובה** – הקניין הפרטי עושה את זה, אך לא בחינם. לקניין פרטי יש מחיר – גדרות עולות כסף, תחזוק הטאבו עולה כסף, הדברים האלה לא זולים אבל הם שווים, לפחות בשלב מסוים, את התוצאה. כולנו היינו מעדיפים לגור בבית פרטי לצורך ההדגמה ולא בבניין.

**ההיבט האבולוציוני** – קניין פרטי בא עם תג מחיר. המחיר הזה לא שווה את התוצאה כאשר אין מחסור, אבל כשמתחיל להיות מחסור – הוא מתחיל להיות שווה את זה (כמו בקרקעות).

במילים אחרות, דמסץטוען שקניין פרטי עולה כסף. התהליך של יצירת קניין פרטי הוא תהליך ששווה לעשות אותו, והוא נעשה לדעתו במצב שבו הלחץ על המשאב מתחיל להיות גדול מספיק. כשלחץ הביקושים מתחיל להיות גדול מספיק, אנחנו מתחילים להתנער מהמשטרים של משאבים פתוחים לכולם, ומתחילים לשים מערכות קנייניות אחרות – בין אם מערכות של רגולציה ובין אם מערכות של קניין פרטי.

נדגים: דיני איכות הסביבה – אם היינו משאירים את האוויר והמים כמשאב חופשי לא היינו שורדים. במשך הרבה מאוד שנים לא היה צורך בזה, אך שנים אחרי, אנחנו לא יכולים להרשות לעצמנו את השימוש הרב במשאבים אלה, ולכן אנחנו לא יכולים להישאר במשטר של היעדר קניין פרטי.

**עניין הרגולציה-** יש הרבה יותר סדר ובהירות היום.

**לסיכום ערך הרווחה המצרפית**:

* **הניתוח הכלכלי של המשפט, אם עושים אותו בצורה הוגנת, לא מניח מראש שום שיטת בעלות**. הוא מניח רק יעד של השאת רווחה מצרפית. אחד הלקחים החשובים שראינו בהקשר הזה הוא שהוא לא יכול להניח מראש כי השאלה של עלויות ותועלות היא כזו שהתשובה אינה נגזרת בה ממאפיינים טכניים. הניתוח הכלכלי לא אומר לנו איזו שיטת משטר של קניין היא הטובה ביותר.
* **ניתן להצביע על מתח מסוים בטענה של** דמסץ, הארדין **ומבקריהם -** הם שוכחים את חשיבות המשפט.המשפט יכול לשנות הרבה מהדברים שנתפסים להם כמובנים מאליהם, בכך שהוא יוצר תמריצים ומכונן הבנות של מה ראוי ונכון לעשות.

**חשוב לציין, שיש גם יתרונות לקניין הקולקטיבי**. קניין פרטי מפנים יותר החצנות, אבל **לא את כולן**.

* 1. יש דברים שיותר זול לעשות בצורה של קניין משותף: כך למשל, התפתחות טכנולוגית היא דבר יקר אבל שווה. לפעמים עדיף לכמה חלקות להתאגד ולהקים את הטכנולוגיה ביחד (מרכזי קניות למשל).
  2. יתרונות ביטוחיים: קניין משותף הוא סוג של **ביטוח**. בנסיבות בהן עלויות הביטוח יקרות מאוד, עדיף להחזיק יחדיו את כל השטח, מאשר לבטח.
  3. "ביחדנס" – ההרגשה של הביחד והסינרגיה שלא יכולה להתקיים באופן עצמאי.

**ניתוח כלכלי לא קובע מהי שיטת הקניין הטובה ביותר, וודאי שלא מצביע על הקניין הפרטי ככזה!**

**איפה ערך הרווחה המצרפית נכנס בעניין מוסדות קניינים?** הדוגמא הקלאסית לכך היא פטנטים: בהינתן מונופול לאדם כיוון שהוא ממציא הפטנט אנו שואלים למעשה האם הפטנט מוסיף לרווחה המצרפית בעולם?

נדגים: מה קורה כשיש תרופה ניסיונית שמתפתחת נגד האבולה וויאגרה. אלה שתי דוגמאות של תרופות שאם נשאל למי באמת נכון יותר לתת פטנט בהן, ייתכן מאוד שהרווחה המצרפית תצביע על כך שהתשובה תהיה דווקא לוויאגרה למרות התפיסה האינטואיטיבית החיובית שיש לתרופה נגד האבולה.

* הטענה היא לא שלא צריך רווחה מצרפית ולא שזה לא צריך להוות שיקול, אלא שיש גם **להיות מודעים לכך שבמציאות הנוכחית יש עיוות גדול מאוד ברווחה המצרפית** (בפועל).

בעייתיות בגישה התועלתנית**-** היא איננה ערכית, היא יכולה לפגוע מאוד במיעוט.

**ערך האישיות**

גישה זו מניחה שלנכסים מסוג מסוים יש לנו קשר חזק יותר (סובייקטיבית). לפיכך,אם מחקרים יראו שאנחנו קרובים יותר לטבעות נישואין או בית – המשפט יטען שצריך לתת משקל גדול יותר להגנה עליהם לפי גישה זו.

**הניתוח התועלתני ה"פשוט"** – בהנחה שהתכלית של דיני הקניין היא למקסם את הרווחה המצרפית (=את היעילות) - במצב של פגיעה גדולה במיוחד בתועלת העצמית, כאשר לוקחים משאבים מסוג מסוים - ניתוח תועלתני פשוט יגיד לנו שאנחנו צריכים לתת יותר תוקף לדברים האלה ולמנוע זאת.

קניין הוא לא מושג בעל משמעות אחידה.

האם ניתן לקרוא את תיאוריית האישיות כשלעצמה, באופן שהיא לא נבלעת בתוך תיאוריית החירות או היעילות?

1. ניתן לומר שתורת האישיות לא נבדקת באופן אמפירי 🡨 היא לא יכולה לעבור בדיקה סוציולוגית בלבד. הטענה היא **שיש משאבים מסוימים שהדרך הנכונה לחשוב עליהם היא איפשהו באמצע בין ה"שלי" לבין ה"אני"**. זה לא שאני צריך חירות, ואז אני זקוק למשאבים כדי לעשות את הדברים שאני רוצה – הם לא משמשים אותי כדי להיות אדם חופשי. המשאבים האלה הם גם לא ראיה להעדפות שלי, לכמה יכאב לי או לכמה אני אהנה (תועלתנות). **המשאבים האלה הם איזשהו חלק מההגדרה העצמית שלי**. נדגים:

* זכויות יוצרים – כשאנחנו חושבים על זכויות יוצרים, הרבה פעמים מדברים עליהן באופן כזה – הזכות שלי בשיר המיוסר שכתבתי, שהוא מלא קלישאות, והכנסתי אותו למגירה כששווי השוק שלו הוא אפס. **הערך של השיר הזה הוא כזה שמשקף את מי שאני**. ביצירה שבה אדם משקיע חלק מהאישיות שלו יש הרבה יותר שווי פרסונאלי מאשר שווי שוק.
* בית המגורים – זהו אחד המוסדות הקנייניים שילוו אותנו בדיני המקרקעין – למרות שיש את חוהמ"ק 🡨 כשאנחנו עוסקים בפרטים נראה שהמשפט בעצם עושה את מה **שמרגרט ראדין** אמרה שצריך לעשות: **להתייחס לבית המגורים כמשהו שונה מנדל"ן אחר**, כמשהו שזוכה להגנה קניינית חזקה יותר.

בארה"ב, בועת הנדל"ן גרמה לכך שלא מעט אנשים איבדו את נכסיהם. זה קשור **לפטישיזציה** של הבית, שגרמה לאנשים לקחת הלוואות גדולות וכדומה. הטענה אומרת שהאופן שבו המשפט העצים את חשיבות העניין גרמה לאנשים לנקוט בצעדים **בלתי רציונאליים**, דוגמת לקיחת הלוואות בלתי סבירות על בתיהם.

1. Jeremy Waldron – תיאוריית האישיות במיטבה מדברת על משהו שיש לו **ערך מוסרי**. נדגים: יש פסל חסר צורה שפיסלתי ברגע של סערת רגשות יצירתית. אני הטבעתי את חותמי עליו באופן ברור, חד ולנצח, ולהפך – גם הפסל עשה לי משהו, יש לו את השם שלי, כשמישהו רואה את הפסל ואותי, משהו נשאר בי. **העובדה הזו יוצרת המשכיות, ויש לה ערך מוסרי בהבניה של ה"אני" – לפני שאני עושה משהו, אני חושב, כי אני יודע שזה נצחי. אני לוקח יותר ברצינות את ההחלטות שלי**. לכן, לפי גישה זו - האינטראקציה שלי עם הנכס הזה משתתפת בהבניה של עצמי את עצמי.

**ערך הקהילתיות**

הקהילה ע"פ התפיסה הליברטריאנית- אנו חייבים לסבול את המינימום של עצם קיומה של הקהילה מסביבנו ולהתחשב בה. תפיסה אוטופית. הקניין הוא פרטי ויש התחשבות מינימלית-סמלית בקהילה.

הקהילה ע"פ התפיסה הליבראלית (דרך ביניים)- הדדיות ארוכת טווח. אנו יכולים לחיות עם דרישות מצד הקהילה כלפי היחיד, אך רק אם יש הדדיות – קודם כל שוויון בדרישות של הקהילה כלפי כל הפרטים, ובעיקר הדדיות ארוכת טווח- הקהילה לא רק דורשת אלא גם מספקת משהו בתמורה.

הקהילה ע"פ התפיסה הקהילתנית – ע"י לבסס זכות קניין פרטית אמיתית שמתחשבת בעובדה שאנו חיים במציאות, זכות הקניין שלנו, גם אם היא פרטית, כוללת חיובים שלנו מול הקהילה, עד כדי הקרבה של זכות הקניין של היחיד לטובת הקהילה.

מי שחושב שקהילה היא ערך חשוב – ירצה לעצב מוסדות של קניין שמשרתים את הערך הזה. ייתכן ובעולם אחר, היחסים הבין-אישיים שלנו לא היו מתווכים בכלל דרך דברים, אבל בעולם שלנו **חלק משמעותי** **מהיחסים הבין-אישיים שלנו** (קרי, הדברים שיוצרים קהילות) קורה אגב פעילות שקשורה ליחסים קנייניים במובן הרחב של המילה. זה קצת שונה מהקשר בין חירות לקניין, אבל זה קשר. **אנחנו כחברה חיים במסגרת חברתית מסוימת והמשמעות היא שהזכות הקניינית שלנו צריכה לקחת בחשבון גם את האחרים שבאים מסביבנו**. תפיסה קהילתנית של קניין תקבע שלעיתים אדם נדרש לעשות הקרבות עבור הקהילה.

**לפי הוגים מסוימים, בהחלט ייתכן מצב לפיו אדם יידרש לוותר על הקניין שלו עבור האחר**. נדון למשל בסוגיית ההפקעות הממשלתיות - השאלה אם מדובר על הקרבה היא שאלה דו שלבית: (1) האם נכון לקחת קרקע עבור מטרה שמשרתת את כל הקהילה? ו(2) אם כן – כיצד יש לפצות את בעליה? האם בצורה מלאה או עם ערך מוסף עקב הפגיעה בקהילתניות? הצדקה קהילתנית במהותה להפקעה היא לא בגלל האפשרות ליהנות מהנכס שלטובתו מפקיעים אלא עקב מחויבות כחבר קהילה לתרום או להקריב מעצמך עבור הקהילה.

**ישנה תפיסה ליברלית** (מייצגה – **חנוך דגן**) שאומרת שלחובות שלנו כלפי הקהילה תהיה השפעה על היקף הזכות הקניינית וכאן לא מדובר על הקרבה **אלא על מעין הדדיות ארוכת טווח** – אם נראה שחבר קהילה מסוים או חלקים מסוימים מהקהילה הם אלו שכל הזמן נדרשים לוותר על הקניין שלהם לטובת הקהילה ואין הדדיות וויתורים של כל חברי הקהילה **🡨** לא נראה לקיחה מהם כלקיחה לגיטימית.

* מנגד, ישנה גם תפיסה ליברטריאנית שאומרת שאי אפשר לבצע הפקעה בכלל ללא פיצוי מלא כי לאדם אין שום חובה עבור הקהילה שלו ויש לו זכות מלאה בקניין שלו.

**ישראל מצויה בגישת ביניים שלדעת המרצה יותר קרובה לליברלית!**

**בישראל ישנם שלושה מופעים שבהם הקהילתיות משפיעה על קניין כמעט באופן ישיר:**

* **שלב הכניסה** – השלב שבו אדם רוצה לרכוש מקרקעין באזור של קהילה שמוגדרת בצורה ג"ג (קיבוץ, מושב, יישוב קהילתי..). כיום מ"י מקיימת חוק מאוד בעייתי שמתיר ועדות קבלה אך היא מתקדמת במובן מסוים למקום של שיפור. החוק אומר שוועדת קבלה יכולה לפסול כניסה של אדם בטענה של פגיעה במרקם החברתי של הקהילה. הבעיה היא שוועדה כזו מגדירה למעשה מי יכול או לא יכול לרכוש קניין. כשאדם מגיע לוועדה כזו הקהילה מנסה להסתגר והשאלה היא האם אנחנו כמדינה יכולים להרשות לקהילה את הזכות להדיר אחרים?
* **שלב המשטר** – ישנן קהילות מגורים מסוימות (והבולט – קיבוץ שיתופי) בהן הרוב מפעיל שיקול דעת קהילתי על זכויות של אחרים. בקיבוץ יש בעיות רבות בעניין זכויות של אחרים וייתכן שנידרש לעבוד קשה מאוד בהשוואה לחבר קהילה אחר והזכאות תהא שווה. ניתן לומר שזה בסדר עבור זה שמקבל את זה על עצמו, אך השאלה היא עד כמה המדינה צריכה לדאוג לאנשים שחושבים שעושים משהו טוב עבורם אך זכויותיהם נפגעות למעשה?

נדגים: היה יישוב קהילתי בצפון, בו רצו לעשות כביש שיקיף את כל הפרמטר החיצוני שלו. ע"מ לסלול את הכביש היה צורך לקחת חלק מהגינות של אנשים והשאלה שעלתה היא האם אותם אנשים צריכים לוותר על הגינות או שעליהם לתבוע פיצוי על כך? **השאלה היא עד כמה אני כחלק מהקהילה צריך לוותר עבורה**. תפיסת המרצה היא שזה תלוי במהות ובכמות שיתוף הפעולה בצורה משמעותית לתפיסת טוב משותפת.

**מצידו השני של המתרס**, בחלק מהיישובים הקהילתיים אין באמת תפיסת טוב משותפת והאנשים לא דרים שם לטובת תחושת קהילתניות. דוגמא טובה לכך היא בג"ץ קעדאן שקבע כי מדיניות החכרה של קרקעות ליהודים בלבד ביישוב קציר מהווה אפליה אסורה. ביהמ"ש קבע שאין שום קריטריון שמהווה שיתוף פעולה ביישוב ולכן אין אובדן כלשהו של קהילתניות. לכן, ביהמ"ש טוען שביישובים כאלו, בהם האנשים לא נאספים יחדיו לשום מטרה משותפת, אין שום הצדקה להטלת מגבלה כלשהי על זכותם של אחרים לרכוש בהם קניין.

**נציג שלוש רמות שונות של שיתופי פעולה אפשריים במהלך שלב המשטר:**

**שת"פ** **מכונן**: מכונן להגדרת המרצה, כי **הוא מכונן את היכולת של אותה הקהילה לממש את המהות שלה ואת ותפיסת הטוב שלה**. כך למשל, בקיבוץ ההיסטורי המטרה הייתה מלכתחילה ליצור שת"פ פורה ע"מ לשפר את חיי כלל הקהילה. המשמעות היא שאם חבר קיבוץ היה פונה לביהמ"ש בבקשה לסעד, האחרון נטה שלא להתערב, ולא כיוון שהוא סבר שזכויות לא נפגעו, אלא כיוון שהאדם הוא חלק מקולקטיב ומקהילה שמבוססת על שת"פ עמוק. אם עכשיו ביהמ"ש - כזרוע של המדינה - יתערב בכל סכסוך ויקבע מהי רמת שתה"פ הרצויה, כנראה שאין הצדקה לקיום הקהילה הזו מלכתחילה.

**שת"פ מוסיף ערך**: האם יהודי יכול לשמור מצוות כהלכתן אם הוא לא מתגורר באזור יהודי-ג"ג? התשובה היא כן אבל אם הוא יגור בסביבה כזו זה בהחלט יוסיף ערך לזהות היהודית שלו וליכולתו לממש את אמונתו. יש שיפור איכותי בעשייה הדתית שלך בפרהסיה.

**שת"פ מסייע** (נדגים דרך היישוב הטבעוני אמירים): עקרונית אדם יכול להיות טבעוני או צמחוני מבלי שיש לו קהילה ספציפית מסביבו. לפיכך, בשביל להיחשב ככזה אין חובה לגור בסביבה דומה. עם זאת, יש אינטרסים רבים במחיה לצד דומים לנו – יש מכולות, בתי קפה, הזדהות ועוד. במצב כזה – אם נידרש להפקעת רכוש של אדם מיישוב אמירים ייתכן שנידרש לשיקול של קהילתניות אך בכ"ז ברמה נמוכה יותר מהיבט קיבוצי למשל.

* **שלב היציאה מהשיתוף** – נדון בנושא זה בהרחבה בסוגיית השיתוף הקנייני. כאשר אדם יוצא מהקהילה, הוא מוגבל בכך שהאדם שנכנס במקומו לקהילה (ורוכש ממנו את הבית) צריך לעמוד בתנאי הכניסה לקהילה, מה שפוגע לאדם הראשון בקניין שלו וביכולת ההעברה שלו.

**לסיכום** (רלוונטי עבור כל שלושת המופעים שתיארנו) - הערך של קהילה בקניין קובע כי יש לנו כבעלי קניין חובות לאחרים בסביבתנו. השאלה היא מהי עוצמת החובה שיש לנו בכל מקרה אותו אנחנו בוחנים? עוצמת החובה שיש לנו לא יכולה להיות אחידה ולא ניתן לחוב חובות זהים כלפי דייר בבית משותף וכלפי דייר בקיבוץ. לכן, ע"מ ליצור קטגוריזציה של רמת חובות כלפי אחרים הצגנו שלושה סוגים (או טיפוסים) של שת"פ:

**שת"פ מכונן > שת"פ מוסיף ערך > שת"פ מסייע**

* יש גם מצבים בהם אין שום שת"פ ואז עוצמת החובות הקהילתניות היא מינימליסטית או לא קיימת.

**ערך הצדק החלוקתי**

האם יש להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי כאשר דנים בקניין? כן! לא ניתן לדבר על קניין מבלי לחשוב על ההשלכות החלוקתיות.

טעם חיצוני- **מעצם ההגדרה המשפטית של הזכות** – אם אנו מבינים את הזכות שזכות שנותנת לאדם מסוים בעלות/אחיזה בנכסים מסוימים, אין שום הצדקה שניתן לאחד ולא ניתן לאחר, או שנשלול מאדם אחד ולא מאדם אחר וניצור פערים גדולים. אם אנו הולכים למשטר פרטי, זה ע"מ לבסס את כל ההצדקות שדיברנו עליהן ולתת כוח ואוטונומיה גם לחלשים לחברה.

טעם פנימי- **השלכות חלוקתיות של ההצדקות עצמן** – הקצאת הזכויות הקנייניות יוצרת השלכות חלוקתיות. כאשר מכירים בזכות קניינית של מישהו, זה יוצר פערים חלוקתיים ולכן אנו צריכים להתייחס לדברים הללו.

**טענה נוספת**: אם נחיל דרישות לצדק חלוקתי בדיני הקניין עצמם אנו עשויים להביא לפגיעה או ליישום לא מדויק של ההשלכות ופערים החלוקתיים הללו. שאבל וקאפלוב טוענים שהדרך הטובה ביותר להחלת שיקולים חלוקתיים בחברה היא **מיסוי**, וכן שירותי רווחה. אלו מוסדות שחלים על כולם ולכן ניתן לעשות בעזרתם יישומים חלוקתיים.

דוגמה: מחיר למשתכן- קריטריונים שחלים על כולם וכל אחד יכול להיכנס. פינוי גוש קטיף לעומת הפקעות פרטיות- אנשי גוש קטיף קיבלו פיצוי יותר גבוה מאשר אנשים שעוברים הפקעה רגילה.

# ג. קניין פרטי – במה? (ובמה לא?)

נעסוק בשתי שאלות:

1. במה אנו מעוניינים להעניק קניין פרטי?
2. באילו מצבים נרצה שהמשפט לא יאפשר עבירות/המירות של נכסים?

שתי שאלות אלו יכולות להיחשב זהות, מכיוון שעבירות היא מאפיין יסודי בזכות לקניין, כך שאם נשללת זכות העבירות, למעשה נשללת זכות הקניין בכללותה. הדבר לא נכון, ובהמשך נלמד כי קיימת הבחנה בין שתי השאלות וכי יש מצב בו קיימת זכות קניינית אך עם עבירות מוגבלת.

כפי שלמדנו, כבר בהגדרת הקניין עצמו יש מתחים פנימיים רבים ואנו רחוקים מניסיון ההגדרה של **ויסמן** למס' תכונות מצומצם של קניין. הקניין הוא עניין שאנו בונים בצורה חברתית ואנו (=המחוקק) מחליטים מה יהיו למעשה גבולותיו. השאלה הבאה שיש לשאול היא קניין פרטי במה? במה נרצה לתת לאנשים זכות קניין?

**ישנם מס' רציונאליים שנותנים לנו תכלית: רווחה מצרפית, עבודה, אישיות, חירות.**

בראש,הסיבה החברתית. נדגים זאת **בפטנטים** דרך נתינת מונופול לאדם בגין תגלית שעבדו עליה. מדוע מונופול? למה לא לקחת את הרכיב, לחקות אותו ולייצר בעצמנו? **במתן המונופול יש מעין הגשמה של ערכים חברתיים** – גמול על העבודה וההשקעה שמתמרץ להמשיך התנהגות כזו. עם זאת, גם בפטנטים יש הגבלות על זכות הקניין (למשל תוקף לפטנטים, רישיון כפייה[[6]](#footnote-6)).

**חוק זכויות יוצרים-** מתעסק פחות בפטנטים ויותר בהרכב האישיותי של היצירה- האופי, המשמעות. הגנה על היוצר עצמו.

**דין פטנטים כדין זכויות יוצרים** בהן מקנים את הזכות תחת תכליות מסוימות – לעודד אנשים לחקור דברים שיקדמו וייתנו מענה לבעיות בריאותיות, נרצה לתגמל אנשים על השקעות אך אין כאן משהו מובנה. פטנט יכול לעצב את חוק הפטנטים בהתאם לערכים כמו שדיברנו עליהם.

**\*שני החוקים האלו נותנים מענה לסט שונה של ערכים וההצדקות שלהם שונות. כאשר פותרים קייס אנו מסתכלים על הערכים העומדים בבסיס החוק.**

**רישיון כפייה** בפטנטים נועד למנוע מצב שבו המונופול עולה וגובר על הרווחה החברתית של כולם (מעין אינטרסנט) ולכן הפטנטים מקדמים את הערכים האלו (=מבנים את הוראות החוק וממילא את היקף זכות הקניין של אנשים בפטנט / יצירה אחרי שהם עשו את הדיון הערכי והגיעו למסקנה בדבר הגבולות הרצויים). נדגים: בזכויות יוצרים יש מושג של זכות מוסרית – זוהי לא זכות כלכלית (=היכולת של אדם להפיק רווחים מהיצירה) אלא זכות שמקנה לו את העובדה שלא יבזו את היצירה שלו. **מה עומד בבסיס הזכות המוסרית**? ערך האישיות. אמנם אין לזה ערך כלכלי אבל יש לזה משמעות גדולה עבור אישיות היוצר ויש להכיר בזה כזכות שמגבילה את יכולת השימוש ביצירות תוך שמירה על אישיות היוצר שהשקיע מעצמו בקניינו.

* זה מוכיח לנו שערך האישיות לא מדבר רק על דברים סנטימנטליים (טבעות, בתים..).

**רק מה שהמחוקק יגדיר כקניין יחסה תחת ס' החוקתיות - ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו** - **ולכן, ההגדרה של קניין היא עניין שנתון לנו כחברה בצורה מוחלטת!**

בפרק זה נבחין בין שתי שאלות שכמעט ואינן קשורות האחת לשנייה:

1. **במה אנו מעוניינים להעניק קניין פרטי?**
2. **מהם המצבים בהם המשפט שולל, או שראוי שישלול עבירות באופן כללי (או המרות לכסף)?**

הנטייה לערבב בין שתי השאלות האלה קשורה לשיעורי המבוא – מי שמסתכל על קניין דרך המאפיינים של הקניין, רואה הרבה פעמים את הזכות לעבירות הקניין כזכות מאוד מרכזית שלו, ואז תהיה נטייה לומר – מה שניתן להעברה הוא קניין, מה שלא ניתן להעברה הוא לא קניין. לחילופין, כדי לדעת מהו קניין, יש לשאול האם ניתן להעבירו 🡨 אלו מהלכים כמעט מתבקשים מדרך המחשבה של ויסמן שלפיו קניין הוא מה שמכיל את המופעים האלה בדיוק. לכן אם נשללת העבירות של קניין, למעשה נשללת זכות הקניין בכללותה.

המרצה **טוען שזו לא דרך טובה לחשוב על קניין**. המאפיינים הללו הם מאפיינים, ולכן חשוב להכיר אותם, אבל כיוון שאף לא אחד מהם כשלעצמו הוא הכרחי ומספיק 🡨 זה לא יגדיר לנו קניין בהכרח.

**כדי להכריע בשאלה האם יש זכות קניין, אנחנו בוחנים את תוקפן וחוזקן של ההצדקות האפשריות לקניין ביחס למשאב שמתיימר להיות נשוא לקניין.**

ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד: אריאל מקדונלד, שחקן כדורסל, הופיע בפרסומת של ברגר קינג שהשתמשה בשמו של השחקן ע"מ להכפיש את הרשת המתחרה. מקדונלד'ס החזירה בקמפיין פרסומי משלה, בו שילבו ציטוט של השחקן שנאמר בראיון עיתונאי שמציין שהוא אוהב לאכול מקדונלד'ס. בעקבות הפרסומת, פנה אריאל למקדונלד'ס בדרישה להפסקת השידור **בטענה שנעשה שימוש בשמו ללא הסכמתו**.

ביהמ"ש מוצא את הקולב המשפטי הרלוונטי, והוא דיני עשיית עושר. בלב העניין, זו שאלה נורמטיבית **- ראוי או לא? לכן, השאלה המוסדית** – בהינתן שמדובר בשאלה שהיא עד כדי כך מסובכת ואין לה תשובה חד משמעית כך שלא ברור מה התוצאות החברתיות שלה, **האם באמת ראוי שביהמ"ש יעשה את הצעד המכונן בנושא הזה?** אם ריבלין סובר שעל כל שיקול בעד הזכות יש גם שיקול נגד, ולא בטוח שהוא יכול להגיד ששיקול אחד טוב יותר מהשני – האם ביהמ"ש הוא הגוף הנכון לחדש חידוש משפטי או שמא זה הרגע הנכון להגיד **שעל הרשות המחוקקת לעשות את השינוי הזה?** הרי קשה לומר שקבוצת "הסלבריטאים" היא "מיעוט מסכן" שיש צורך להגן על זכויות האדם שלו ולנקוט באקטיביזם שיפוטי.

**לפיכך, זכות קניין = זכות שהמאפיינים וההיקף שלה נקבעים לאחר איזון ערכי (אצל המחוקק)!**

## **מוסד קנייני – יש דבר כזה?**

מוסד קנייני הוא זכות קניין שמאפייניה והיקפה נקבעו לאחר איזון ערכי בין כל ערכי הקניין שתיארנו. כפי שציינו, האיזון 🡨 נכון שיתבצע אצל המחוקק. לפיכך, כל ערכי הקניין הם למעשה המסד הראשוני של הדיון אצל המחוקק – לאילו נכסים או זכויות נרצה לתת הגנה ומהו היקף ההגנה אותה נבחר לבסוף להעניק.

לכן, כשדיברנו קודם על הזכות לפרסום (פס"ד מקדונלד): אם המחוקק היה מחליט שקיימת זכות קניינית כזו, כמו זכויות יוצרים ודיני פטנטים, הוא היה עורך את האיזון הערכי והיינו יודעים עד כמה יש ללכת רחוק כדי להימנע מפגיעה באישיות, כדי לתמרץ אנשים לעבוד ולהתפרסם ועוד. היינו יודעים גם עד כמה אנחנו מוכנים לתת לאנשים ליהנות מבניית התדמית בפן הכלכלי ואז היינו מגדירים את היקף הזכות לפרסום כזכות קניינית. בפועל, ביהמ"ש לא קבע קביעה נחרצת לגבי הזכות לקנייןף אלא דן בזכות לפרסום וכן בדיני ע"ע.

נדגים עד כמה הערכים שנקבעו מעצבים את המוסדות הקניינים בשוק-

חוק הדיור הציבורי (ובדומה גם דיירי דמי מפתח):

אותם דיירים לא יכולים להתמודד בשוק הרגיל כי הם מלכתחילה מוחלשים. לכן, יש לתת להם הגנה יותר חזקה ויש לקבוע את הציפייה החברתית כלפיהם בחוק:

ס' 3 – קובע את המחיר של דירה ציבורית- מחיר השוק "שממנו יופחת סכום שיהפוך למענק אם התקיימו התנאים המפורטים".

ס' 4 – מעגן את זכות הדייר הממשיך לרכוש דירה ציבורית.

**נשאל**: למה שניתן לאנשים לגור בזול בדירות שהמדינה בונה וניתן להם זכויות יתר (רכישת הדירה בזול, דייר ממשיך ועוד)? כיוון שיש להגן על ערכים מסוימים.

נבחן במקביל ובדומה את הצעת חוק השכירות ההוגנת מהכנסת הנוכחית (שטרם עברה):

בהצעת החוק הנ"ל סתיו שפיר מנסה לשנות את האיזון ביחסי השוכר-משכיר. אם בעבר הערך המרכזי בענף השכירות היה חירות הבעלים והבעלים יכל להשכיר באיזה מחיר שהוא רוצה באיזה תנאים, המגמה של הצעת החוק היא לשנות את האיזון , להעלות את ערך תרומה לקהילה והרווחה המצרפית, ובכך לתת יותר הגנה לשוכרים ולהגביל את כוח הבעלים.

"בעל הדירה מציע את הדירה לשלוש שנים לפחות" – אנו מגבילים את זכות הקניין של הבעלים.

"המשכיר רשאי להעלות את דמי השכירות ב-3% לשנה לכל היותר – כנ"ל.

"בעל הנכס רשאי לבטל את החוזה רק לאחר תום 12 חודשים – כנ"ל.

* גם כאן אנו עדים לצעדים שמגבילים את בעלי דירות ההשקעה ומגנים על השוכרים.

מדוע כל ערכי הקניין לא משתקפים תמיד באיזון שמתבצע ע"י המחוקק?

הצע"ח השכירות ההוגנת מדגימה זאת בצורה יפה. ההצעה דנה בנכסי השקעה בעיקר והמחוקק מנסה לומר שהשכרת הדירה לאחר, כנכס, מנתקת את זיקת בית המגורים (שלו ניתן הגנה עמוקה יותר לאור תיאוריית האישיות) ולכן לערך האישיות יש הרבה פחות משקל באיזון, וההגנה שלנו על הקניין מהטעם הזה יורדת.

חוק הדיור המוגן:

ס' 1 – חובת רישוי.

ס' 13 – תנאים לפעילותו של בית דיור מוגן (תנאים פיזיים, סביבתיים, בטיחותיים ותברואתיים).

ס' 16 – חובת ההתקשרות בהסכם (בשפה אותה הדייר דובר).

ס' 19 – חובה לספק שירותים לדייר (ניקיון, בריאות, תרבות, העשרה וכולי).

כאן אנו עדים להטלת חובה על בתי דיור מוגן לטובת האוכלוסייה הנזקקת להגנה שכן היא לא יכולה לעשות זאת לעצמה. לכן, אם העוסק בתחום מעוניין להמשיך ולקיים את בית הדיור – עליו לעמוד בתנאי החוק ולקבל רישיון.

* ברוב הדברים המסחריים, כמו בחוק זה, הערך הדומיננטי יהיה ערך הרווחה המצרפית.

חוהמ"ק – בתים משותפים:

ס' 58(א) – מדבר על החובה להשתתף בהוצאות הדרושות להחזקה תקינה. כל אחד חייב להשתתף בתשלומים הקבוצתיים. אם הוא לא עושה זאת ניתן לתבוע אותו בדין.

ס' 60(ב) – מאפשר למכור דירה של בעלים אם הוא לא מוכן להשתתף בהוצאות על תיקון הדירה. קשה לדמיין פגיעה יותר משמעותית בקניין מאשר להכריח (ולא בצורה של הפקעה) אדם למכור את הדירה שלו ועדיין זה חלק מהמוסד הקנייני של בית משותף. ברי לכל אדם שאם וכאשר טיל סקאד יפגע בבית המשותף ויהרוס אותו - חובת הדיירים היא להסכים לתקן את הבית (פס"ד צודלר – יילמד בהמשך).

דיני הקניין רחבים ומורכבים מאוד. יש זכויות קנייניות שונות, על מוסדות קניינים שונים ובהיקפים שונים.

### הקניין החדש

בשנת 1964, צ'ארלס רייך כתב מאמר בשם The new property. לדבריו, התרגלנו לחשוב על משאבים מסוימים בתור קניין, ובפרט על מקרקעין, לא בגלל שזה טבעי, אלא בגלל שהמקרקעין היה המקום של החירות במשך דורות רבים. לדעתו, להתייחס למקרקעין בתור קניין, ולא להתייחס ל"לרג'ס[[7]](#footnote-7)" כקניין – זה מטורף.

נדגים זאת דרך מקרה של ביטול דמי ביטוח לאומי של אדם ששילם כל חייו: אדם הורשע בהיותו חסיד קומוניזם, גורש מארה"ב ולאור שלילת אזרחותו נלקחו כספיו. ביהמ"ש העליון אישר זאת כי אין פה פגיעה בקניין, זה לרג'ס ולא קניין. זה, ועוד הרבה דברים אחרים, כמו רישיון עו"ד, המספר הצהוב של המוניות שהמדינה שלנו נותנת – **לא ראוי להתייחס אליהם כקניין לפי עמדת ביהמ"ש**. עם זאת, התייחסות כזו תחזיר אותנו לתקופה של וסל-פיאודל, בדיוק מה שהקניין הפרטי מנסה למנוע לפי רייך. לכן, הוא קרא להם "הקניין החדש".

כך למשל, בפס"ד מנחם (מחוקתי) טענו שמס' המונית (הזיכיון) הוא סוג של קניין ואם נשלול את הרישיון יש פגיעה ישירה בקניין של האדם. ביהמ"ש מכיר פעם ראשונה בטענה זו כלגיטימית אבל אין דיון במקרה הקונקרטי בסוגיית המאמר הקניין החדש של רייך.

בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר – קיצצו ב-4% את קצבת הזקנה כחלק מתוכנית חירום כלכלית. בבג"ץ זה ביהמ"ש דן **בקשר שבין קניין לזכות לקיום בכבוד**. האם הקיצוץ בקצבת הזקנה (של ביטוח לאומי) היא פגיעה בקניין? הזכות לקיום בכבוד מובאת פה כמשהו שנגזר מהתשלומים שהאדם שילם כל חייו, וביהמ"ש אמר שכן, אבל לא עקב טענת הקניין החדש אלא כיוון שהאדם חוסך ועובד כל חייו ומפריש כספים. לכן, במקרה הספציפי הזה אין מדובר בקניין חדש אלא בנכסים של האדם שנחסכו בזיעת אפו.

יש טענה כזו שקצבאות והטבות הופכים להיות זכויות קניינות. אך בית המשפט אומר שקצבאות זקנה זה כמו תכנית חיסכון, כי מפרישים כסף לכך לאורך החיים. יש כאן הרבה בקניין- כי זה כסף שלך. אם עתירה כזו תתקבל- אף מדינה לא תוכל להתמודד אתה ולפעול.

* הביטוח הלאומי כשמו כן הוא – הוא ביטוח שחסכת לו בחייך. זה לא קניין חדש שהקנו לך.

**במשפט האמריקאי –** הרעיון של הקניין החדש התקבל בהתחלה בהתלהבות. בפס"ד קלי ביהמ"ש העליון החיל כללים פרוצדוראליים על משאבים שמקבילים לקניין, **אבל מאז לא קרה כלום**. לעומת זאת, מחוץ לארה"ב הביטוי "הקניין החדש" זכה לאהדה רבה.

**במשפט הישראלי –** בפס"ד מנחםלמשל, ביהמ"ש "מדבר" עם הקטגוריה הזו אך לא מאמץ אותה (אבל גם לא שולל אותה). בעניין מנור, ברק אומר שזה קניין מהסוג של הקניין החדש, אבל מדגיש מאוד את העובדה שהאדם שילם על זה כסף. **זו לא ההצדקה של** רייך**, המדברת על משאבים מעצם היותם משאבים.** לא התשלומים יצדיקו את החשיבה על מענקי הביטוח הלאומי כקניין לפי רייך, אלא התלות שאי-התייחסות אל המשאב הזה כקניין תיצור בין האזרח למדינה. נדגים: אם אנחנו מקבלים את ההצדקה של רייך – גם אם בעוד מספר שנים נסיים את לימודי המשפטים ונוכשר כעו"ד, למדינה אין את היכולת להחליט ביום ספציפי שחלק מהאוכלוסייה הזו אינו עו"ד יותר, ולא רק בגלל סוגיית המשאבים, אלא כי יש כאן חירות שלילית. יש צורך להגביל את יכולת המדינה לקבל החלטות כאלה שמשפיעות על כל חיינו, על החירות שלנו ועל העתיד שלנו.

**לסיכום**: "הקניין החדש" כולל זכויות כלכליות שמקורן בשלטון: רישיונות שידור, רישיונות למקצוע, רישוי לעסקים, רישיונות להפקת נפט וגז, זכות לקצבת ביטוח לאומי, סובסידיות, תמלוגים ועוד. "הקניין הישן" הוא בית ורכב. "החדש" הוא הזכות הכלכלית. חשיבות הסיווג היא דרמטית. אם רישיון הוא קניין למשל, **הממשלה והרגולטורים אינם יכולים לפגוע בו (לקחת, לצמצם, לשנות תנאים) בצווים, תקנות, החלטות ורפורמות**. רק הכנסת, בחקיקה ראשית, יכולה לפגוע בזכות חוקתית. הכרה כזו תגביל את הממשלה והרגולטורים מהתערבות כשזו נדרשת במטרה לשנות או לאכוף מדיניות חברתית וכלכלית.

### “The Reliance Interest in Property“ by Joseph William Singerאינטרס ההסתמכות בקניין/וויליאם סינגר -

הסוגיה שעלתה: כשבעלים של מפעל מחליט להעתיק את המפעל מהמקום בו הוא יושב ובמצב של עיר מפעל - האם יש לעובדים זכות כלשהי במפעל (זכות סירוב ראשונה, זכות טיעון, זכות קנייה של המפעל)? רייך אומר שכדי לענות על השאלה מהו הקניין הפרטי, יש לחזור לשאלה "הקניין הפרטי – למה?". המהלך של סינגר אם כן דומה במובן מסוים - הוא **מסרב לקבל** את ההנחה שלעובדים אין שום זכות שהיא במובן קנייני כלשהו במקום עבודתם (העובדים למעשה טוענים שיש להם אינטרס הסתמכות בקניין המעסיק שלהם). הוא מציע לחשוב על השאלה שבעניין, קרי האם יכולה וצריכה להיות זכות כזו, במהלך דומה למהלך שנזקק לשיקולים נורמטיביים.

**התשובה לשאלה "קניין פרטי – במה?", היא אף פעם לא הכרחית או טבעית. התשובה לשאלה אם משהו הוא ראוי לכך שהוא יהיה מושא לזכויות קניין היא תשובה נורמטיבית, שברגעים מכוננים כלשהם אנחנו נדרשים אליה. סינגר כותב את דבריו על סמך "ערי מפעל" שאינן קיימות רק בארה"ב, אלא גם בישראל.**

סינגר **הוא איש CLS**[[8]](#footnote-8)**. הוא אומר שהשופט לא יכול לדמיין שאין לעובדים זכויות במפעל. הוא שבוי בתפיסה הבלקסטונאנית (=מניח הגדרת בעלות וצמיחת זכויות בנכסים), ולכן הוא מרגיש שאין לו ברירה. השופט מודע לכך שהוא עושה אי-צדק, אבל פועל מבחינה משפטית ללא רבב. אפילו הוא מרגיש שההרגשה הלא נוחה שלו היא המחיר שהוא צריך לשלם בשביל המצפון המקצועי שלו.** סינגר **מנסה לאתגר את המצפון המקצועי הזה, ולהגיד שזה לא מצפון אלא שזו תפיסה מסוימת של איך לעשות משפטים. לעשות משפטים, וקניין בפרט, בצורה ראויה – זה להבין שהתשובה לשאלה "קניין פרטי - במה?", כמו גם אפשרות פיצול הזכויות לגבי אותו משאב בידי יותר מאדם אחד, הן הכרעות שתמיד נתונות למשפטנים.**

המרצה **מציע** שנחשוב על הרעיון לפיו פעלתנות שיפוטית להמצאת זכויות לסלבריטאים נתפסת כמובן מאליו, ופעלתנות שיפוטית כדי לאפשר אולי זכות סירוב ראשונה לעובדים לגבי מפעל שאת כל חייהם הם השקיעו בו, נתפסת כמשהו שהוא מעבר למה שלמשפטנים מותר לעשות. זה לא הגיוני.

* הבעיה העיקרית באינטרס ההסתמכות היא שיש כאן הפיכה של דיני הקניין לדיני חוזים – יש כאן חזרה למושגים חוזיים וסינגר ניסה להכניס את העיקרון הזה לקניין, אבל קשה לקבוע שקניין הוא מע' חוזית. הסתמכות הוא עניין מעגלי. אתה מסתמך על דבר שמראש ידעת שאתה יכול להסתמך עליו. אך אם לא היינו מצדיקים את אינטרס ההסתמכות בקניין מראש – אז לא היה בסיס להסתמכות הזאת.

# הרצאה 5 – 23.11.16

**נציג ביקורות על טענותיו של סינגר**:

1. **אינטרס ההסתמכות** – אינטרס ההסתמכות הוא מעגלי. השאלה היא אף פעם לא עובדתית, הרבה פעמים אנחנו מסתמכים על כל מיני דברים. בחלק מהמקרים נגיד שרע להסתמך על הדברים האלו, בחלק נגיד שזה טוב, ברוב המקרים זה יהיה באמצע.

* התפקיד של המשפט הוא לא לזהות הסתמכויות, אלא לחוות את דעתו עליהן.

1. **לאורך יחסים יש Shifting[[9]](#footnote-9) של זכויות -** מתי עושים את המעבר בין הבעלות של "הבעלים" לבעלות של "המסתמכים" (מתי מעבירים את זכויות הבעלות מבעל המפעל לעובדי המפעל) – **המילה shifting משדרת סמכות לשופטים להכרעות אד-הוקיסטיות**. בין אם אנחנו חושבים שחירות היא דבר חשוב או לא, המהלך של Shifting מכפיף אותנו בכל רגע נתון (ולא רק באותם רגעים דרמטיים בהם המשפט משנה את פניו), **להכרעה אד-הוקית**. ככל שהמאמר של סינגר נותן איזושהי הרשאה לשופטים לעשות הכרעה אד-הוקית רק אם נראה להם שמישהו הסתמך על מישהו, ורק במקרים כאלה לעשות ריקונפיגורציה נקודתית, **זה מעורר בעייתיות**.
2. **קיומיות של חלשים** – לא מעט פעמים לאורך המאמר שלו, מדגיש סינגר את החולשה של הצד שאת זכויותיו הוא בא לתבוע. השאלה האם אינטרס ההסתמכות הוא אמצעי שיכול לעזור לחלשים היא שאלה שאסור להתעלם ממנה. חלק מהחקיקה הצרכנית שנעסוק בה היא **רכישת דירה מקבלן**. הדינים הצרכניים לעיתים מבוססים על עקרון העזרה לחלשים, אבל אם אנחנו מבינים את המשפט כמשהו שמפעיל השפעה צופה-פני-עתיד, לא כ"כ פשוט לראות איך זה באמת עוזר לחלשים. הסיבה לכך היא פשוטה – **כל התניה שהמשפט קובע כהתניה קוגנטית מעלה את המחיר**. אם בכל קנייה אנחנו חייבים לקבל אחריות לחמש שנים, המחיר עולה ואי אפשר לקנות מקרר זול יותר ללא אחריות. ייתכן שפלוני יכול לתקן את המקרר שלו בפני עצמו, אבל אין לו אפשרות כזו. ייתכן שמשהו שנחזה כעוזר לעניים מביא למעשה לתוצאות רגרסיביות – מחלק את העושר מחדש, אבל הוא עושה זאת מלמטה למעלה, ע"י העברת הון מהעניים לעשירים. **אוסף המצבים המגוון ש**סינגר **מדבר עליו, מצריך עבודה הרבה יותר משפטית-קונקרטית שבודקת תמריצים, תוצאות ומשמעויות חברתיות – כדי לראות האם זה באמת מגן על חלשים**.

## קניין פרטי – במה, ובמה לא?

**השאלה השנייה שנשאל היא - האם הזכאויות שלנו הן כאלה שמותר לנו להעביר לאחרים / יש באפשרותנו להמירן בכסף?**

היכן לא נרצה לאפשר סחר קנייני והעברה של קניין? נבחן את השאלה על דוגמא של שוק איברים.

**טענות בעד סחר באיברים:**

1. **מלאי האיברים יגדל** – אי אפשר להתעלם מהעובדה שאנשים מתים כי אין איברים זמינים. הניסוח הטכני של הטענה הזו הוא שאיסור על מכירת איברים, מהווה יצירת משטר כופה של מחיר מקס' אפס. במחיר כזה ההיצע הוא נמוך. אנשים לא אוהבים למכור בזול, ובטח לא לתת. כאשר ההיצע הוא נמוך – אנשים מתים, וזוהי לא תוצאה טובה. **זה נובע ממנגנון השוק** – ריבוי משאבים ופיזורם לצדדים שצריכים אותם במיוחד.
2. **מניעת שוק שחור** – שחקנים בעולם מגיבים למה שהמשפט אומר, ואיסור על מכירת איברים מביא להיווצרות של שוק שחור. שוק זה הוא בעל הטיות ברורות לעומת שוק לגיטימי – המוצרים בו באיכות יותר נמוכה, סביבו מתפתחת פעילות עבריינית שחורגת מהמוצר שנמכר והעובדה שהמחירים עולים מביאה לכך שהמוצרים מגיעים לאנשים בהטיה רגרסיבית ביחס לכמה הם צריכים את המשאב – בכך, שוק מסוג זה מעדיף את העשירים.

**טענות נגד סחר באיברים (אנטי קומודיפיקציה):**

**קומודיפיקציה-מסחור**. טענות נגד קומודיפיקציה אומרות שאנו כחברה צריכים למנוע הכנסת משאבים מסוימים לשוק-למנוע מסחור של תחומים מסוימים. למה?

1. **מסחור של טובין אישיים** – מוביל להשחתה- אנו משחיתים את המשמעות של המשאבים. למשל: אימוץ/סחר בילדים- המדינה מחייבת תהליך ארוך ומסוים של אימוץ כדי לא להפוך את הילדים ל"מוצר". כך גם באיברים- אם נראה שיש מחירים לאיברי גוף- האיברים יהפכו ל"מוצר".
2. **בעיה חלוקתית – כפייה – העני הופך להיות "חלקי חילוף" עבור העשיר**:
   1. איזו זכות יש למדינה שמביאה אנשים לעוני כ"כ חמור ומחייבת אותם להיות מוכנים לגזור חלקים מגופם כדי להתקיים ולקיים את ילדיהם, לאסור עליהם להשתמש במשאב היחיד שיש להם להסתמך עליו?
   2. יש הבדלים מאוד משמעותיים בין סוגי הממכרים השונים. לעיתים השיקולים שמניעים אותנו לפעולה, הם בחלקם ולא בהכרח כולם, שיקולים כלכליים אך בנסיבות מסוימות, ייתכן שהשיקולים הלא-כלכליים, הם הרבה יותר משמעותיים מאלה הכלכליים. **על אף האמור, זה לא עובד כך לגבי כליה**. כשאני יודע שאסור לי למכור כליה, רוב האנשים לא ירוצו לתת אותה לאחרים, גם אם זה לשם הצלת חיים.

* **כדי לעשות ניתוח רציני של היצע וביקוש, צריך לבדוק בצורה הרבה יותר מדויקת את המניעים להעברה.** אי אפשר להתעלם ממניעים כלכליים, כי זו תהיה עצימת עיניים בעייתית, אבל גם אי אפשר להתעלם ממניעים שאינם כלכליים.
  1. **שוק מביא לכך שרק העשירים מקבלים את האיברים כשצריך**. האמירה הזו מניחה מודל של שוק שאין בו שום הסדרה **אבל בעצם, אין דבר כזה שנקרא שוק ללא הסדרה**. המשפט מגדיר את זכויות הקניין שלנו ועצם ההגדרה הזו מסדירה את השוק. לכן, המאפיין של השוק לא יכול להתבסס על איזשהו רעיון ששוק מתקיים בהיעדר משפט.ניתן לחשוב על מצבים שבהם המנגנון הביזורי של השוק נשמר: **המנגנון התמריצי נשמר מצד אחד, אבל בצד של הקונים יש איזושהי רגולציה**.

1. **החצנות על צדדים שלישיים** – אנשים יכולים לעשות עסקאות ביניהם, מבלי לקחת בחשבון את ההשפעות על צדדים שלישיים. שוק ילדים מבטא את הסוגיה הזו היטב-חייהם של אנשים יהיו יותר טובים במובן מסוים אם נאפשר מכירת ילדים. כך למשל, הורים ביולוגיים מבינים שייתכן והם לא יהיו הורים טובים עקב מחסור ומצוקה, ולכן זוג מבוסס יותר יוכל לרכוש את הילד. גם אם עסקה כזו משפרת את מצבם של שני הצדדים, יש כאן החצנה כלפי הילד – חייו יהיו פחות טובים. זוהי בדר"כ הטענה שהכי קל לקבל ביחס למגבלה על עבירות.

**סיכום ביניים**

* זכות הקניין מבטאת הכרעות חברתיות הנשענות על איזון בין ערכים שונים (אצל המחוקק)-חירות, עבודה, אישיות, רווחה חברתית וקהילה.
* כאשר המחוקק מכונן מוסד קנייני חדש – הוא עורך איזון בין ערכי הקניין השונים.
* החוק הוא תמיד תולדה של איזון ערכי.
* האיזון הערכי של מוסדות קניינים שונים הוא שונה, לכן - אין משמעות אחידה לזכות הקניין – אין הגדרה ברורה ולכן כדי לדעת מהי הזכות הקניינית יש להבין מהו המוסד הקנייני.
* כל חברה נותנת משמעות שונה לערכים ולכן המוסדות הקניינים הם רלוונטיים לחברה עצמה- לכן ניתן לראות משמעות שונה לזכות קניינית במוסד קנייני מסוים בחברות שונות.
* **לסיכום**- תפיסת הקניין שאנו מדברים עליה היא תפיסת קניין ליבראלית-פלוראליסטית (=נותנת ביטוי למגוון ערכים) וריאלית (=דורשת מהמחוקק לבחון ולבצע איזון ערכי) וכל זה מתנקז למוסדות הקניינים שהמחוקק קובע לנו.

# נושא #2 – הבעלות

* הבעלות היא הזכות החזקה ביותר לחזקה במקרקעין.

# ד. תחום הבעלות

## 

## 

## היקף עסקה במקרקעין – ס' 13 לחוק המקרקעין

13. עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכול כשאין בחוק הוראה אחרת.

קרקע היא מונח עובדתי בעוד שמקרקעין הוא מונח משפטי. ס' 13 מגדיר לנו את יחידת המשחק המשפטית שעוסקת בקרקע בכל הקשור לעסקאות.

**הסעיף מעלה שלוש שאלות עיקריות:**

1. מה מוסיפים סעיפים 11-12 על הקרקע?
2. **למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?** 🡨 זוהי הגבלה על החופש שלי לעשות כרצוני במה שנתפס כשלי. מידת השכנוע שלנו בתשובה לשאלה למה, תשפיע על התשובה שלנו לכ"א מהשאלות.
3. הסעיף צופה **כלל ואוסף של חריגים**. כשהכלל אומר שאין תוקף, החריגים אומרים שיש. שאלת היחס בין הכלל לחריגיו אינה כתובה בחוק אלא היא שאלה פרשנית שתשובתה אינה חד משמעית.

* הרציונל שעומד מאחורי ס' 13 הוא שהרבה יותר קשה לאחות את הקרקע המפוצלת מאשר לפצל אותה. ננסה לענות על השאלות ע"ב ההיגיון, וע"ס מידת השכנוע שלנו – לבחון את החריגים.

**ניתן מענה לשאלה 2 - למה אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין?**

רוב המקרקעין בישראל נמצאים בהליכי רישום או שהם כבר רשומים. ההוראות המסדירות את הרישום קובעות את הגודל המינימאלי ואת הרוחב המינימאלי של חלקה, ביחס לאזורים שונים. הכלל אומר שאת יחידת הרישום במקרקעין לא ניתן לפצל במרבית הטרנזקציות.

משטר המקרקעין בישראל מורכב מגוש וחלקה. **יחידת הפעולה המינימלית בביצוע עסקה היא חלקה** – לא ניתן לבצע עסקה על פחות מחלקה (על חלקה מחלקה).

פירוק על פי הסכם או צו: 38. (א) 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.

ס' 38(א) לחוק אשר מדבר על **פירוק שיתוף**, מגבה את הוראת ס' 13 בכך שהוא אומר שפירוק שיתוף ניתן לעשות בעין[[10]](#footnote-10) - חלוקה לחתיכות ברורות - רק אם אישר המפקח שהחלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, וכל חיקוק אחר בנדון. **למה זה מוצדק?** הרי המחוקק מאציל פה את הסמכות לרגולטורים לקבוע את הגודל והרוחב המינימאלי של יחידת המקרקעין, ובכך הוא מגביל את השימושים שלנו. כדי שיתאפשר שימוש יעיל בקרקע, צריך מינימום מסוים של קרקע (בהתאם לאופי השימוש בה).

**הסיבה לאיסור על חלוקת חלקה היא החשש מפני פיצול יתר!**

כשמפצלים את הקרקע יותר ויותר- קשה לחברה בחזרה. פרגמנטציית יתר (=ביזור יתר) הולך לכיוון אחד, ואז קשה מאוד להחזיר את הנכס המפורק לכיוון השני (=לחברו).

לדוגמא: פיצלנו חלקה ל-15 בעלים שונים. מה עושים כאשר מישהו רוצה להקים בניין על החלקה?

נציג אי סימטריה בין הקלות של הפיצול לבין היכולת לחבר את הקרקע חזרה:

1. **איתור** – כדי לחבר חזרה חלקות, יש צורך לאתר את כל הבעלים השונים של הקרקע.
2. **עלויות עסקה** – במקום לקנות מאדם אחד, צריך לקנות מ-13 למשל. גם אם יש לי עו"ד אחד שינסח את כל החוזים האלה, מדובר בריבוי חוזים מה שמעצים את העלויות.
3. **סחטנות, "בעיית הפעולה המשותפת"** – מי שמחזיק בחלקת הקרקע האחרונה מחזיק בידיו את גורל העסקה. מי שקנה את 12 החלקות הראשונות, כבר הוציא את הכסף הזה, מדובר ב-Sunk costs. האחרון מנגד, נמצא במעמד מונופוליסטי.

**נדגיש כי המונופול שתואר הוא מונופול דו-צדדי** – נכון שהסחטן הוא המוכר היחידי שיכול לאפשר לאוסף הקרקעות לקיים את הפרויקט הזה, אולם אותו אוסף קרקעות הוא גם היחיד שירצה לקנות מהסחטן.

המצב של מונופול דו"צ הוא רגיש, בעיקר בגלל בעיות מידע. אם המוכר הפוטנציאלי היה יודע בדיוק מה מוכן הקונה לשלם – הוא היה דורש בדיוק את הסכום הזה. אם הקונה היה יודע מה ערך האיום של המוכר – הוא לא היה דורש פחות מזה. אבל, אין כמעט אף פעם דרך לדעת מה המחיר האמיתי שהקונה מוכן לשלם, ועוד יותר – אין דרך לדעת בכמה המוכר מוכן למכור. לכן, במצב של פערים אינפורמטיביים משחקים "מי ימצמץ ראשון" והחשש הוא שכל אחד ימתח את החבל יתר על המידה. כל הסיפור הזה עולה בחזקה, משום שכולנו רוצים להיות אחרונים. כל אחד שיש סיכוי שיגיע להיות האחרון, לא ירצה למכור מוקדם מידי, כי זה אומר למכור נכס שאין לו שום ערך מונופוליסטי ושלא ניתן לנצל את שוויו במלואו. לכן, **גם אם משתלם לכל הצדדים במקרה הזה להגיע לעסקה, הסיטואציה הזו גורמת לכך שהמוכרים הפוטנציאלים לא ירצו למכור – ובכך, הם לא רק יפגעו בקונה הפוטנציאלי, אלא הם יפגעו האחד בשני, ולכן בכולם.** המצב, לבסוף, יהיה מצב יותר רע משהיה לפני – "זוהי מעין דילמת אסיר רבת משתתפים".

* + הביקורת המשמעותית ביותר על הטענה הזו היאשאם זה נכון, אז זה לא יקרה. כלומר, אם זה באמת לא יעיל לחלק יתר על המידה – אף אחד לא יעשה זאת (כוחות השוק יימנעו זאת). אם השלם עולה על סך חלקיו, לא יהיה הגיוני מבחינתי לקחת את השלם ולמכור חלקים שלו – כי הסכום שאקבל בעד סכום החלקים יהיה נמוך ממה שאקבל בעד השלם. במילים אחרות, הביקורת החזקה ביותר על הטענה אומרת **שככל שהטענה הזו היא נכונה 🡨 כוחות השוק ידאגו שאנחנו נשמור על הניצול היעיל**.

אנשי משפט וכלכלה יישאלו - האם השוק לא יודע להתמודד עם הבעיות האלה לבד?

בואו ניתן לשוק להתמודד, וכאשר יגיע סחטן שידרוש יותר ממה שמגיע לו – הקונה יחשוב האם משתלם או לא משתלם לו לשלם לסחטן פי חמישה (למשל). אם הקרקעות לא יתאחדו מחדש בסופו של דבר – מהראייה הכלכלית – כנראה שזה לא יעיל שהן יהיו מאוחדות כי השוק לא אפשר זאת.

**האם השוק לא יודע להתמודד?** שתי הערות לכך:

1. **כשלי שוק** – אמנם השוק אמור להביא ליעילות מקסימלית, אך זה רק במצב האופטימלי של שוק חופשי אמיתי. במציאות קיימים כשלי שוק וכשאנו חשופים לכשלים כאלה דווקא נכון לבצע רגולציה מסוימת ולמנוע את כוח הסחטן.
2. **שנאת סיכון ציבורית** (טענה נורמטיבית) – קיימות שלוש אפשרויות ביחס של אנשים לסיכון-

* אהבת סיכון- אנשים שלוקחים סיכונים, כמו מהמרים.
* אדישות לסיכון- אנשים שלא מפחדים/חרדתיים מסיכונים אך מצד שני לא מחבבים סיכונים.
* שנאת סיכון- אנשים שמפחדים מסיכונים ולכן יקחו צעדי מניעה מגננתיים בחייהם. רוב האנשים נמצאים כאן.

מחקרים מגלים שוב ושוב "שנאת סיכון ציבורית" – גופים ציבוריים שונאים סיכון בהחלטות שלהם ולכן הם מפחדים לעשות מהלכים שיהיה קשה להם לחזור מהם בהמשך. לכן ילכו רק למהלכים שניתן לחזור מהם (לפצל חלקות עד לרמת הרישום כשהרישום מלכתחילה נעשה על ידם) אך הם לא יסכימו לאשר פעילות שוקית כשיש חשש שהשוק לא ידע להתמודד עם זה.

1. **מטרה תכנונית לגודל חלקות-** **פגיעה במאפייני היישוב** - רשויות השלטון הן אלו שקובעות מהו גודל החלקות שנדרש באזור מסוים. (הן עושות זאת ע"י פרצלציה=חלוקה ואישור תוכניות). חלקות הן לא בגודל קבוע-והגודל משתנה לפי כל אזור ומטרותיו/מאפייניו, לדוגמא: חלקה בת"א קטנה יותר מחלקה במושב. ניסיון לפצל חלקות מונע מאיתנו לממש את הניצול האופטימלי של אותו אזור שטח. לכן מה שניתן לעשות זה להגיש בקשה+תוכנית לחלוקת אזור מחדש ורשויות השלטון ייבחנו את מאפייני האזור ועל פי זה יחליטו האם לשנות את סדרי החלוקה הקיימים בו.

לסיכום:

**ניתן מענה לשאלה 3 – מהם החריגים שהחוק צופה?**

**הכלל** מצוי כאמור בס' 13 ואומר שעסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בס' 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכול כשאין בחוק הוראה אחרת.

**5 חריגים לכלל:**

1. **בעלות נפרדת בדירות (בבית משותף)**:

54. על אף האמור בס' 13 תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות 🡨 הרעיון של בתים משותפים, הוא שכל דירה תהיה נפרדת. לא נרצה לפרש את הס' הזה בצמצום. ס' זה בא להבהיר שס' 13 לא חל על בעלות נפרדת בדירות (=דירה בבית משותף היא מקרקעין נפרד). מבחינה רישומית – יש גוש, יש חלקה (הבית המשותף) ויש תת חלקה (הדירה עצמה). אין בחוק הכרה בתתי חלקות כיחידות נפרדות, אלא רק סימון של רישום המקרקעין כדי לוודא שלא נעשות עסקאות כפולות וכו'.

1. **זיקת הנאה**:

93(ג) על אף האמור בס' 13 יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסוים במקרקעין 🡨 אין שום סיבה לפרש את החריג הזה בצמצום.

זיקת הנאה היא היכולת להשתמש בנכס בצורה מסוימת למרות שהוא לא בבעלותך. זיקה זו נרכשת בשתי דרכים: (1) תוך מתן הזיקה בחוזה ו(2) לאחר 30 שנים של ביצוע. הזיקה מאפשרת לי רק את השימוש הנדרש לי, ולא שום שימוש אחר.

1. **הפקעות**:

גם הפקעה היא חריג לעקרון אחידות הקרקע (פס"ד אקונס).

המדינה יכולה להפקיע חלק מהקרקע. **כמו שאפשר לסמוך על מתקיני הקרקעות שלא יחתכו מקרקעין באופנים לא סבירים, כך אפשר לסמוך עליהם כשהם מפקיעים קרקע** 🡨 הדרך להגיד שהפקעות אינן כפופות לס' 13, היא בגישה דוקטרינרית – הפקעות מוחרגות מגדרי הסעיף מכיוון שהפקעה היא כלל לא "עסקה" במקרקעין.

פס"ד אקונס נ' מ"י (סיפור מנהרות הכרמל): לצורך בניין מנהרות הכרמל, המדינה הפקיעה את זכות החזקה והשימוש של הבעלים במקרקעין רק על הרובד התת-קרקעי (ולא הפקיעה את כל השטח-כי אין לה צורך בו, כי העלויות גבוהות, כי זוהי הפקעה לא מידתית שיכולה להיפסל). בעלי הקרקע טענו שההפקעה של זכות החזקה והשימוש היא בעצם הפקעה של הבעלות עצמה (כי זה לתמיד, וזה משפיע על השימוש ברובד הקרקעי של הבעלים וכו'). ביהמ"ש קבע כי המדינה טעתה בהבנתה מה זה הפקעה ומה ניתן לעשות בהפקעה- הפקעה לא נכנסת להגדרה של ס' 6 שמגדיר מהי עסקה במקרקעין (הפקעה היא לא עסקה כי היא לא רצונית) ולכן ס' 13 שמדבר על איסור ביצוע עסקה על חלק מחלקה-לא חל על הפקעה. מכאן- שניתן לבצע הפקעה של בעלות על חלק מחלקה (והם לא צריכים להפקיע רק את זכות החזקה והשימוש).

בפסה"ד, ניתן להסביר את ההחרגה של הס' באמירה לפיה כל המבנה של ס' 13 הוא כזה שבא לשמר את כוחות החלוקה הגיאוגרפית בידיים של רשויות מנהליות, שאמורות להסתכל על הטווח הארוך באופן טוב יותר מאשר השוק הפרטי, וההפקעה היא כלי של אותן רשויות מנהליות. אין צורך להגן על הרשויות המנהליות מפני עצמן, ולכן אקונס נשמע חריג סביר ואין צורך לפרש אותו בצמצום. פס"ד זה מלמד שגם הפקעה היא חריג לעיקרון אחידות הקרקע, אבל היא לא חריג כי מדובר ב"עסקה" שהחוק מחריג אותה, **אלא בגלל שהיא כלל לא נחשבת עסקה** (שלפי ס' 6 אמורה להתבצע מרצון).

* עקרונית, חריג לס' 13 אמור להיות כתוב בחוק אך כיוון שזה לא כתוב יש להבהיר זאת.

1. **שכירות** (לוסטיג נ' מייזלס): מה פס"ד לוסטיג מחדש לנו – למה קראנו אותו? (לא פירט בשיעור)

פסה"ד דן בפרשנות של ס' 78 שאומר: "על אף האמור בס' 13 **ניתן להשכיר** חלק מסוים של המקרקעין".

אנחנו נדרשים להכרעה בפסה"ד - **האם העסקה שבענייננו (חכירה לדורות) צריכה להיות כפופה להיגיון של** ס' 13**, או לא?** הש' בייניש מתירה לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין כשמדובר בחכירה לדורות.

את ההכרעה הזו אנחנו יכולים לקחת באחד משני אופנים:

1. תשובה תורת-משפטית– אם נניח שכל גריעה באגד הזכאויות היא דבר בעייתי (תפיסה בלקסטוניאנית), אז הנטייה צריכה להיות **לצמצם כל דרך לפגיעה באגד הזכאויות**. הדרך לעשות זאת, במקרה הזה, ממש פתוחה עבורנו – דרך המלך היא להגיד שהכוונה של ס' 13 ו-6 דנה **בעסקאות להעברת בעלות**, ששכירות בהגדרה היא לא לצמיתות ולכן זו פעולה הפיכה שדווקא כן נמצאת מחוץ לגדרי הס'.
2. תשובת ניתוח כלכלי – לו נחשוב מנק' מבט של רווחה מצרפית שהרציונל של ס' 13 הוא תירוץ שבא לתת למדינה כוח שלא מגיע לה, אז דרך טובה לעשות זאת, ואפשרית מבחינה דוקטרינרית לאור האמביוולנטיות של הס', היא לצמצם מאוד את פעולתו ע"י **החרגה של כל עסקאות השכירות, לרבות חכירה לדורות.**

במצב של בעלות כאמור לא ניתן לבצע חלוקה של הקרקע אבל זה מה שהם ביצעו במקרה הזה בפועל - פסה"ד קובע שזכות חכירה דומה מאוד במהותה לבעלות על אף שהיא נחשבת שכירות. לפיכך, האם אפשר לעשות עסקה בחלק מהמקרקעין במצב של חכירה? התשובה היא שאפשר. **הטכניקה היא לעשות את מה שעשו** **בפס"ד לוסטיג** – להשכיר לתקופות מאוד ארוכות חלק מהקרקע כך שעל פניו כן נכנסים לס' 78 שאומר ש"על אף האמור בס' 13 ניתן להשכיר חלק מסוים של המקרקעין" ולמעשה אנו עושים עסקאות של העברת בעלות בפועל על חלקים מסוימים מהמקרקעין (אך לא פורמאלית שכן זה עדיין תחת הכותרת חכירה).

* ביהמ"ש למעשה מאפשר "פיצול" תחת הכותרת של שכירות למרות שזה מבוצע בהחכרה לדורות שבמהותה היא כמעט בעלות.
* **לפיכך נשאל, האם אנחנו בכלל צריכים את ס' 13?** עד שביהמ"ש לא ידון בזה לא תהיה תשובה אחרת ופס"ד לוסטיג מייצג את המצב המשפטי במדינה נכון לימים אלו.

1. **ירושה:** (רק ציין בקצרה, לא פירט בשיעור)

עסקה במקרקעין- 6. עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה. ס' 6 אומר שירושה או הורשה היא לא עסקה במקרקעין. כלומר, הס' לא חל על שום העברה בין-דורית. אם אנחנו חושבים שאת המילים "עסקה במקרקעין" בס' 13 יש לקרוא לאור ס' 6 🡨 אזי ס' 13 לא כולל בכלל העברות בין-דוריות. בין אם ההעברה הבין-דורית היא מכוח הרצון שלי, או מכוח הדין – כולן מוחרגות **מ**ס' 13. כאמור, ס' 6 בחוק הירושה קובע במפורש שכן ניתן לעשות פרגמנטציה ולהוריש חלקים מאותה יחידת רישום.

הרציונאל מאחורי זה הוא כפול: (1) רוצים לאפשר לאדם להוריש את הקניין שלו לילדיו ו(2) לא לחייב אותו לבחור ילד אחד שיקבל את הקניין מה שיכול לגרום לקרע מסוים במשפחה (המרצה מוסיף רציונל נוסף לדעתו והוא הניסיון להביא אנשים להוריש גם לצדקה).

* חריג זה לא חל על חלוקת משק חקלאי.

## מחוברים – ס' 12 לחוק המקרקעין

**ניתן מענה לשאלה 1 - מה מוסיפים ס' 11 ו12 על ס' 13?**

עומק וגובה

11. הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום.

הבעלות על מקרקעין היא לא מוגבלת לעומק ולגובה.

המחובר לקרקע – (יופיע בטוח במבחן! או במועד א או במועד ב)

12. 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.

הסעיף בא להכריע בשאלת הבעלות של כל מה שמחובר לקרקע והוא לא חלק מהקרקע, לדוגמא: מזגן, עצים.

**מה המשמעות של סיווג מחובר כמיטלטלין או מקרקעין**? אם הוא מוגדר כמקרקעין יכולות להיות לכך השלכות.

נדגים: אני בעל מפעל ויש לי מכונה לייצור פחיות שימורים. אם המכונה תיחשב מחוברת לקרקע ולפיכך כחלק מהמקרקעין, אז הבנק שנתן לי משכנתא כנגד הנכס זכאי לחלט גם את המכונה אם תמומש המשכנתא;

נדגים זאת בצורה קיצונית יותר בסוגיית צד ג': נניח ואת המכונה קניתי באמצעות כסף שאבי הלווה לי. אם המכונה מסווגת כמקרקעין אז לבנק יש זכאות בה, אבל אם עדיין לא החזרתי לאבי את ההלוואה אז גם לו יש בה זכאות מסוימת. **איזו זכאות עדיפה?** במצב זה תתקיים תחרות בין נושים (נלמד בהמשך).

**מה הגבול בין מיטלטלין למחובר לקרקע?**

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

**ויסמן** מנסה ללהטט בין שתי ההגדרות בסעיף: **חיבור של קבע + אינם ניתנים להפרדה**.

השאלה הגדולה עולה בשכירויות – כאשר שוכר מחבר נכס מיטלטלין לקרקע (למשל מזגן) – האם הוא מוגדר עדיין כמיטלטלין (ואז לבעל הנכס אין תפיסה בו) או שהוא יהפוך למקרקעין (ואז לבעלים יש תפיסה בו)?

**מתי לפי ויסמן נחשיב את הנכס כמחובר**? ויסמן מציע כמה מבחנים:

1. **מבחן החיבור הפיזי (תנאי הכרחי)**

כאשר לא ניתן לפרק אותו מבלי להרוס אותו (על כלל המשמעויות המשפטיות שעולות מכך) – האם תוצאת החיבור היא שלא ניתן לנתק את המיטלטל מהמקרקעין מבלי שייהרס או שייגרם נזק מהותי למיטלטל או למקרקעין. הדגש הוא על תוצאת החיבור ולא שאלת האמצעי הפיזי בו השתמשו.

ויסמן טוען שהנוסח "שאינם ניתנים להפרדה" מדבר רק על המבחן הפיזי, אך המשפט "חיבור של קבע" לא מכריח חיבור שאינו ניתן להסרה ולכן אם ניתן להסיר את הנכס מבלי להרוס – עדיין נרצה לראות אותו כמחובר.

# הרצאה 6 – 27.11.16

ויסמן מצביע על אנומליות (חריגות, סטיות) מסוימות בגישת מבחן החיבור הפיזי ולכן הוא מציע **מבחנים נוספים**-

**מבחני מדיניות:**

1. **מבחן סוג הנכס** – מבחן פונקציונאלי המבקש לבחון האם הנכס המחובר, מסוגו, נועד להיות מחובר באורח קבע. נדגים: ארונות כתר שירות. נניח שחיברנו אותם לקרקע. האם הם חלק מהמקרקעין במעמד מכירת דירה? ניתן לשאול **האם הנכס שומר על האופי שלו כאשר מנתקים אותו?** **האם הטבע של הנכס הוא להיות מחובר או לא מחובר?** כך למשל – ניתן לנתק לבנה בקלות, אבל היא כבר לא חלק מהבית לאחר שהוצאנו אותה.
2. **מבחן הכוונה** – הדוגמאות ש**ויסמן** מביא מהפסיקה הישראלית מראות שזה פשוט **לא עובד** – המבחנים מופעלים באופן טכני, ומובילים לתוצאות ביזאריות. לכן, בנוסף למבחן הפיזי ולמבחן סוג הנכס – **מוסיף** ויסמן **את מבחן זה:** בהחלטה האם נכס מסוים הוא מחובר לקרקע או לא, יש לבחון למה התכוונו כשעשינו זאת? אם לקחנו בריכה איכותית ויצקנו לה יסודות בטון – היא חלק מהקרקע או לא? כנראה שכן.

**ויסמן אומר שהתשובה צריכה להתבסס גם על מבחן הכוונה - צריך לבחון את כוונת השימוש בנכס.**

לטובת הפעלת מבחן הכוונה יש להבחין בין שני מצבים:

* מצב של צדדים רחוקים - **הדוגמא הקלאסית היא מוכר מזגנים, בעל דירה ורוכש דירה**. מוכר המזגנים מכר מזגן באשראי, בעל הדירה מצמיד את המזגן לדירה, ומוכר את הדירה כולל המזגן שהוצמד.

(דוג' נוספת היא למשל שוכר מול המשכיר ומול צד ג' שרוכש את הבית) **הדגש מושם על הכוונה האובייקטיבית** (אותה היה מבין גם הצופה מהצד) **ולא הסובייקטיבית** (שאינה גלויה לכל).

* מצב של צדדים קרובים- יש לבחון את **גישתם הפרסונאלית לאותו המחובר ולבחון את כוונתם**.

במקרים בהם שניים עושים עסקה ביניהם, מה שחשוב הוא מה שהם משדרים זה לזה, ללא תלות בשאלה מה הם שידרו לעולם. ניתן למצוא לכך עיגונים דוקטורינריים בחוק החוזים כמו תום לב. במקרה כזה אין צורך לפנות למבחן הפיזי, והוא אינו רלוונטי. נדגים:

1. **הדוגמא הכי בולטת מופיעה במאמר של ויסמן בה"ש** – פס"ד מסוים בו מכרו בית, ולפני ההעברה הוציאו ממנו את הכיור, המזגנים וכיו"ב בטענה שמדובר במיטלטלין ולא במקרקעין (מה שאינו תקין).
2. א' קונה מהמרצה מזגן והמרצה דורש ערובה. לחילופין, א' מציע למרצה שהבעלות תישאר אצל המרצה עד לתשלום האחרון, ולאחר מכן הוא מקבע אותו בבית, תוך שהוא טוען שהמזגן "שינה את מצב הצבירה המשפטי שלו" והפך לחלק מהמקרקעין. לא תהיה שיטת משפט שתכיר בכך, כיוון שהדבר פוגע ביחסי האמון בין הצדדים, וסוחרים לא יאפשרו יותר משכון או אשראי על חפצים שניתן להצמיד אותם למקרקעין. לכן, זהו לא אופן סביר להפעיל בו כלל משפטי או לפרש בו את ס' 12 לחוהמ"ק.

האופן הסביר ביותר להכריע בשאלה **מיטלטל או מחובר?** בהקשר של צדדים קרובים, הוא **עפ"י הכוונה הטיפוסית** של הצדדים.

* דיני מחוברים לא בהכרח יורדים לכוונה הסובייקטיבית של ראובן ושמעון, אבל הם מדברים על מוכר וקונה שעובדים בצורה של משכון. הם מדברים בקטגוריות של מקרים.

1. **שוכרי מקרקעין** – שוכרי דירות משקיעים לפעמים בדירות שלהם. ויסמן מספר לנו בצורה סבירה, שבכפוף לאפשרויות קיצוניות (ויכולות להיות כאלה) שיוצאות ממרחב הפרשנות הלגיטימי שמאפשר המבחן הפיזי, יש לבדוק את **הכוונה הטיפוסית של שוכרים ומשכירים**. במקרה של שכירות, יש בד"כ חוזה שמדבר על הדברים שהשוכר מביא, ומתוך זה ניתן להבין מה הייתה הכוונה לעשות באותו מיטלטל שהשוכר הגיע איתו.
2. **מבחן מונע הנזק הזול** – **הכלל הבסיסי ביותר בהקשר של ניתוח כלכלי של דיני הנזיקין הוא למצוא את מונע הנזק הזול ביותר וזהו שיקול משמעותי בדיני התחרות**. זה שלא מנע את הנזק בצורה הזולה ביותר הוא זה שיישא בעלויות. זהו מבחן נוסף לצד מבחן הכוונה. כך למשל, שוכר שמתקין מזגן בצורה שלא ניתן לפרקו מבלי שייהרס, ומבלי ליידע את המשכיר הוא מונע הנזק הזול (כי אם הוא היה מבקש אישור מראש או מתקין את המזגן בצורה פריקה לא הייתה בעיה כלל). אם הוא לא מנע את הנזק – הוא יחוב.

דוגמא:אם יש מצב ששוכר הביא איתו מזגן וסיכם עם הבעלים לקחת אותו בסיומו, ואז הדירה עברה בעלים, והבעלים החדש לא ידע זאת. מיהו מונע הנזק הזול? ייתכן שזה היה השוכר, שהיה צריך להבהיר זאת. **בדרך כלל מונע הנזק הזול הוא מי שרשם הערת אזהרה.**

**נציג חריג למבחן מונע הנזק הזול במקרה של קונה דירה** - הקונה הולך לבדוק את הדירה ולראות באיזה מצב היא נותרה לאחר שמישהו שכר אותה. כל מה שאנחנו רוצים שהוא יעשה, זה לשאול את השוכר **מה שייך לך?** – לרדת ולבדוק, גם ככה הוא עושה זאת והעלות השולית של להוסיף את השאלה הזו היא כמעט אפסית. לכן, בלי קשר לעלות של השוכר המצמיד, קונה הדירה יכול גם להיות דווקא מונע הנזק הזול.

לסיכום, ראינו שביהמ"ש יבצע הבחנה **בין צדדים קרובים ורחוקים**:

כאשר מדובר ביחסים שבין **צדדים קרובים** 🡨 המשפט עושה כל מאמץ לשרת את כוונת הצדדים. גם דברים שנחזים ככאלה שלא איבדו את מצב הצבירה שלהם (לא הפכו ממיטלטל למחובר) אבל הכוונה הטיפוסית של הצדדים היא כזו שאכן כך צריך להיות – נתפסים כמחוברים, ולהפך.

לעומת זאת, בין **צדדים רחוקים** 🡨כאשר המאבק הוא בין בעל הנכס המיטלטל, לבין צד שלישי שאליו התיימר הנעבר של המיטלטל שחיבר אותו להעביר עם המיטלטל כחלק ממנו, מה שינבא הכי טוב את תוצאות המשפט – הוא ה**נוסחה הקלברזיאנית של מונע הנזק הזול ביותר**.

שיקולים רלוונטיים נוספים (אותם ניתן להעלות במקרים אשר הם יהיו רלוונטיים בהם):

* **שיקולי וודאות השוק**.
* **עידוד פעילות כלכלית**.
* **שיקולי יעילות מצרפית** – לעיתים על כך יקומו וייפלו דברים. יש להתחשב בכך אם זה סוג מסוים של מיטלטלין שאותם מחברים לקרקע וזה הופך להיות "מכת מדינה" או כמשהו שמשפיע על הפעילות הכלכלית של המדינה.
* **שיקולי חלוקה** – לעיתים נדירות ביהמ"ש בוחן למי נכון וצודק להעניק את הנכס (או כיצד לסווג אותו). עם זאת, זוהי לא מדיניות שבסלע. לעיתים מכניסים בדיני תחרויות את **מאזן המצוקה-** מי ייפגע יותר?

שיקולים אלו עולים מכיוון שהם קשורים לבנקים, שרוצים לוודא את בטוחות ההלוואות שלהם. אם לא יהיו מבחנים/קווים ברורים, בנקים יחשבו פעמיים לפני שהם ילוו.

* למחוברים יש השלכות בעיקר בעיסוק עם בנקים ומשכנתאות. זהו נושא קטן עם השלכות כלכליות גבוהות ומהותיות. **סביר להניח שבהקשר כזה או אחר הנושא ייכנס למבחן**.

**הלקח** – בנגזרת רחבה מאוד של הסוגיות שעולות במקרי מיטלטלין / מקרקעין, השאלה הראשונה שצריך לשאול היא האם מדובר בצדדים לעסקה, לעומת צדדים שלישיים. המבחנים הרלוונטיים הם דווקא המבחנים של כוונת צדדים טיפוסיים לעסקה כזו, לעומת מונע הנזק הזול.

**דוגמא מסכמת לסוגיית המחוברים**: א' הוא בעלים של דירה. ב' הוא השוכר ו-ג' הוא צד ג' שרוכש את הדירה. ב' מתקין בשלב כלשהו מזגן לשימושו. בשלב זה א' מחליט למכור לג' את הדירה וכעת עולה שאלת סיווג המזגן. האם הוא מיטלטלין או מקרקעין? יש לכך השלכות כי אם זה מיטלטלין זה שייך לשוכר או לבעלים של הדירה וזה נפרד ממכר הדירה. אם זה מקרקעין, זה צמוד לדירה ולכן זה חלק מהמכירה ובבעלותו של ג'. בכל מקרה, הצד שיפסיד יוכל לחזור לצד אחר בתביעה חוזית חוזרת. אם כך, למה הסיווג רלוונטי לנו?

* 1. יש לתביעה חוזרת עלויות – אם הוא היה יכול לפרק את המזגן ולקחת אותו זה היה הכי פשוט.
  2. ייתכן שהשוכר מעוניין בנכס עצמו (יש לו ערך סנטימנטלי עבורו).
  3. נניח שהמשכיר מכר את הדירה ונעלם. כיצד השוכר יאתר אותו ויתבע אותו?
* במצב כזה יש לעבור דרך שלל המבחנים שתיארנו לעיל ולבחון כיצד יש לסווג את המזגן.
* **הערה יישומית למבחן בנושא המחוברים**: נקבל מקרה בו יש מישהו שהשקיע בנכס (למשל מישהי שבנתה גלריה מעץ בבניין) ומחבר אותו לנכס בצורה שלא קל לנתק (דוגמא אחרת – מזגן או מטבח) – **בשלב זה אמורה לקפוץ השאלה האם זה נחשב מחובר או לא**? כשהשאלה הזו עולה יש לעבור על המבחנים ובד"כ להכריע (ולא משנה מה תהיה ההכרעה אם זה מצב ביניים). אם הגדרנו שזה מחובר אם לאו – יש להראות כיצד המקרה ימשיך להתפתח משם. **אם המבחנים הקטנים רלוונטיים – חשוב להתייחס גם אליהם**. לאור זאת יש להגדיר את סיווגו של הנכס כמיטלטלין או מקרקעין וכתוצאה מהסיווג לקבוע למי יש את הזכאות בו.

## אוצרות טבע ועתיקות- נפט

עומק וגובה: 11. הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום 🡨 תכלית חוק הנפט היא רווחה מצרפית שמגיעה באמצעות תחרות חופשית וכל דבר שימנע מאיתנו להגיע למסקנה כזו (כמו היווצרות מונופול) ייצא מלכתחילה מחוץ לזכות הקניין.

הש' חשין הוא שופט שידוע בגישתו לקניין של שרירות הבעלים. לדידו, כל פגיעה הכי קטנה בדבר ששייך לאדם מהווה פגיעה בקניין שלו. חשין טוען שהחוק מיועד לדבר מאוד מסוים וכל היקף של הגנה קניינית שתינתן מהחוק הזה ייגזר מאותה התכלית הספציפית. לפיכך – לא יהיה מושג אחד של קניין שאותו נבחן אלא היקף הזכות תיבחן ע"ב הערכים שביסוד החוק. במהלך כזה, חשין "מבשר" שזהו מוסד קנייני המושתת על תחרות חופשית (או במילים אחרות – יעילות / רווחה מצרפית).

חשין למעשה מוביל כאן מהלך שהוא מנוגד ביסודו לגישתו הכללית לקניין – לא הכל זה חירות הבעלים אלא יש דברים שמלכתחילה במוסד דעות של ערכים קניינים – הם לא קניין במהותם.

* כלומר – לפי גישתו אין פגיעה בקניין שלהם כי מלכתחילה לא היה להם קניין.

בג״ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea: **זהו פסה"ד המנחה בעניין דיני נפט וגז.** העותרות הן חברות שעוסקות בחיפוש גז טבעי בים ובהפקתו. הן גילו גז בכמויות מסחריות באתרים שלגביהם ניתן להן רישיון חיפוש. בעקבות גילוי הגז, הן הגישו לממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות בקשה לקבלת אישור לבניית קו צינור להולכת הגז הטבעי משדות הגז שלהן למתקני חברת החשמל, שלה התכוונו למכור גז משדותיהן. המנהל דחה את הבקשה, והודיע לעותרות כי בכוונת הממשלה לפרסם מכרז שהזוכה בו תקבל על עצמה להקים צינור הולכה שיאפשר את הובלת הגז מאתרי החיפוש למתקני חברת החשמל.

ס' 53(א) לחוק הנפט קובע כי בעל רישיון להפקה באתר חיפוש, שלגביו ניתן לו רישיון לחיפוש נפט או גז טבעי, **רשאי** לבנות קווי צינור להעברת נפט ומוצרי נפט ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך.

המצב הדוקטורינרי של המשפט המנהלי, שבתוכו פועל **השופט חשין**, הוא שהמצב נע בין "הממונה חייב" לבין "הממונה יכול לעשות מה שהוא רוצה". אחד הדברים המעניינים והמוצלחים שחשין עושה, הוא שלאור "שתיקתו" של המשפט המנהלי, הוא חושב **מהי הקונפיגורציה הקניינית הראויה בדיני נפט**. הרבה טקסט עובר עד שחשין מגיע עד השורה התחתונה שלו, ולאורך פסה"ד **חשין בעצם מאפיין את זכות הקניין של בעלי נפט**.

**התכליות של הזכות הקניינית בנפט הן**:

1. **לעודד חיפושי נפט בארץ** – אם לא ניתן תמריץ מספיק גדול, אף אחד לא יחפש. הנפט טוב לנו, ואם נרצה שיהיה לנו נפט בלי שהמדינה תשקיע בחיפושים כסף (כי אין כסף או כי המדינה לא יעילה), אלא שידיים פרטיות ישימו את הכסף שלהן במקום המדינה 🡨 עלינו לתת להם מספיק תמורה לאגרה.
2. **עידוד התחרות** – אנחנו מבינים שהזכות שאנחנו נותנים היא מונופול, ומונופוליסטים אוהבים רנטות (גריפת השמנת שהכוח המונופוליסטי מעניק).

* **עצם העובדה שחשין נוגע בערכים ונגזרות מוכיחה את הסטייה מדרך שרירות הבעלים**.

**חשין** מסביר כיצד גם הזכויות שעומדות לרשותו של בעל זיכיון להפקת נפט, וגם החובות שמופיעות בחוק נגזרות משתי התכליות הנ"ל. בכך, חשין למעשה מלמד אותנו **שנפט**, כמו דברים אחרים, **הוא** **מוסד קנייני שתכליתו מקסום רווחה מצרפית**. התמרוץ להפקה, וההגבלה לשם תחרות נמצאים ביחד תחת אותה מטריה של ערך קנייני אחד, והוא **ערך הרווחה המצרפית**. התמונה הכללית היא של מוסד קנייני המכוונן ליעילות.

**על זכות ההובלה** – חשין אומר שזכות ההובלה היא מה שכלכלנים מכנים "**מונופול טבעי**". מנקודת מבט כלכלית, שעליה ביססנו עד עכשיו את רעיון הזכות הקניינית בנפט, לא ראוי ולא נכון לבנות ארבעה צינורות במרחק רוחב צמוד מידי אחד לשני. **לכן, זכות הקניין בהובלה שאנחנו נותנים, היא יותר מאשר צריך לכאורה לתת**. המונופול הטבעי הזה הוא אילוץ חיצוני, שגורם לנו לתת למי שיזכה לזכות בהובלה יותר ממה שהוא אמור לקבל מבלי שהוא ישקיע בכך. לכן, מחד אנחנו רוצים להפריט את זכות ההובלה, אבל אנחנו נרצה לעשות עליה רגולציה. אנחנו נותנים מונופול, ומונופול זה רע ל"אנחנו", שזקוקים לנפט. איך זה רע? **חשין אומר** שבעל המונופול בזכות ההובלה יכול להעדיף את מוצריו על פני מוצרים של מישהו אחר.

**המסקנה של חשין היא שעלינו, ככל האפשר, למנוע את ההצמדה הזו של זכות ההובלה עם זכות ההפקה.** **השורה התחתונה היא, שיש לקרוא לתוך המילה "רשאי" את המילים "רשאי, אם זה במכרז".**

אפשר היה לומר שניתוח תיאורטי שלא לוקח בחשבון את החוק הכתוב על פניו היה מחייב **לשלול מבעלי זכות ההפקה את הזכות להתמודד על זכות הובלה**, כדי לא ליצור מראש את המצב הזה. חשין מפרש את ס' 35(א) לחוק הנפט, כס' שאומר למיישם הדין – "למרות שאולי משיקולים שמכוננים נורמטיבית את המוסד הקנייני צריך היה לשלול את האפשרות הזו, עדיין הוא רשאי".

**האם מדובר באקטיביזם מצד חשין?**

זוהי שאלה שניתן לדון בה. לדעת המרצה התשובה היא שלילית. הסיבות כי לא מדובר על אקטיביזם הן: 1. המילה רשאי מקבלת את כל הפרשנויות האפשרויות בבתי המשפט, המילה רשאי נותנת שיקול דעת למחוקק/לביהמ"ש החל מ"חייב" ל"אסור", לכן זהו לא חידוש של חשין. 2. האם העובדה שהוא מפרש את דברי המחוקק בצורה מסוימת היא אקטיביסטית? חשין אומר שהוא לא נותן פרשנות אד-הוקית שצריכה להיות בפסה"ד הספציפי אלא בוחן אילו ערכים המחוקק ביקש לקדם באמצעות החוק הזה- ופירש לפי הערך המרכזי שמצא שהוא הרווחה המצרפית. לכן אם הוא מפרש ע"פ הערכים שקבע המחוקק- הוא לא אקטיביסט, אלא שומר בדיוק על מה שמחוקק רצה לעשות. אם היה מפרש אחרת, רק אז היה אקטיביסט.

# ה. מהות הזכות לקניין ומגבלותיה – משפט פרטי

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

נשווה בין שני פסקי דין שקראנו:

ע"א 153/67 "שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ נ' נווה הררי מואב בע"מ: חלקת שטח באזור חולות ראשל"צ התפצלה לשלוש חלקות. החלקה שנפלה בחלקו של מינהל מקרקעי ישראל (חלקה 7) הוחכרה למערערות לשם כריית כורכר והחלקה הצמודה לה הייתה שייכת להררי מואב (חלקה 6). בעת רישום החלוקה במשרד ספרי האחוזה, לא נרשמו זכויות מעבר לאף אחד מבעלי החלקות. כדי להגיע לכביש הראשי סללו המערערות (שלב) דרך גישה ללא רשות, העוברת בתוך החלקה של הררי מואב וחלקות של אחרים. ביהמ"ש הכריע כטענת הררי מואב וכנגד שלב. שלב טענו כי התעקשותו הדווקנית של הררי על זכותו הקניינית (בייחוד שלא נגרם להררי נזק מהמעבר בשטחו) נוגדת את ס' 14 – זכות הקניין של הררי במקרקעין אינה מצדיקה גרימת נזק או אי נוחות לשלב. ביהמ"ש קבע שבגלל העובדה שאפשר לעבור מהצד או להגיע להסכמה בין הצדדים – אין כאן עמידה דווקנית על זכות מצדו של הררי, ואין פגיעה שבס' 14 ולכן פסק לטובתו.

אז מתי כן נשתמש בס' 14? – נדבר על פס"ד שבו נעשה שימוש בס' זה-

ע״א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן: **שושנה רדומילסקי היא האדם היחיד במ"י שביהמ"ש הגדיר כמשתמש לרעה בזכות לקניין (ס' 14)**. במקרה זה, יצחק פרידמן שכר דירה בת"א (על תקן דייר מוגן), ושושנה רדומילסקי רכשה את הבניין בו הושכרה הדירה. בהיות פרידמן בן 85, החלה ביתו לדאוג לאביה ולפני נישואיה גרה הבת בבית זה (בשאיפה להיות גם כן דיירת מוגנת). רדומילסקי תבעה את פרידמן על פגיעה בזכות הקניין שלה, בעילה-אמתלה שחוט אנטנת הטלוויזיה שהבת התקינה עובר מחצר הבית הסמוך, לחצר הבניין שכאמור הוא בבעלות רדומילסקי עצמה, ונכנס משם לדירת פרידמן דרך חור שנקדח לצורך כך בקיר הבית – מה שמהווה הסגת גבול לטענתה. רדומילסקי מבקשת מביהמ"ש את הסרת האנטנה, מה שיפגע בזכות של הבת לראות טלוויזיה. **ביהמ"ש עושה שימוש בס' 14 וקובע כי שמה שעושה רדומילסקי, זה לנצל את הכוח המונופוליסטי שלה ומכריע נגדה.**

* המרצה אומר שהוא לא מבין מדוע פסק כך ביהמ"ש נגד רדומילסקי, והטיעון היחידי שניתן לחשוב עליו הוא כדי לא לפגוע בזכות הקניינית של מוסד הדיירות המוגנת.

המרצהמציע תזהלפיה **הררי מואב** עושה את אותו הדבר – **אין הבדל לטענתו בין שני הדברים והמניע הוא בסה"כ הרצון להרוויח כסף**: מה שהררי מואב ניסו להשיג, זה את הכסף – לא את מחיר השוק, אלא את הסכום הכי גבוה שהם יכולים להשיג. אם ביהמ"ש היה קובע שהררי מואב פועלים ממניע שלילי – ביהמ"ש היה מקטין את הכוח שלהם לגבות מחיר, ונותן לשלב לעבור בכפוף לתו"ל ועוד. אם ביהמ"ש היה מכריע בעד שלב, זה היה מקטין את המחיר הזה. **לסיכום – מה שגברת רדומילסקי רצתה הוא כסף, וזה מאוד דומה לרווח שהררי מואב ניסו להשיג**. בדיוק כמו שהררי מואב טענו שמכוח זכות הבעלות אי אפשר לעבור בלי מה שנראה להם כתמורה (מחיר שהם מגדירים), כך גברת רדומילסקי אומרת שאי אפשר לעבור אצלה בדירה, בלי לתת לה את התמורה (שלדידה היא חתימת הבת על ההסכם שקובע שהיא לא תהיה דיירת מוגנת חליפית).

דוגמא נוספת לשימוש ביהמ"ש בס' 14 – דיירים סרבנים

דיירים סרבנים בתמ"א 38 – ביהמ"ש משתמש בס' 14 וקובע כי הדיירים הסרבנים עושים שימוש לרעה בזכות הקניינית שלהם (רוב הדיירים הסרבנים הם נשים מבוגרות ללא בן זוג). פס"ד רגינה נ' שוורצנגר – ביהמ"ש דן בשאלה עד כמה אותם סרבנים הם אנשים רעים שכל מטרתם היא למנוע משאר הדיירים את פיתוח הבניין ושיפור חייהם.

רע״א 6339/97 רוקר נ' סלומון: רוקר וסלומון הם שכנים בבית משותף. רוקר, שהם בעלי הדירה בקומה הראשונה שחלקה היה על עמודים וחלקה על מקלט סגרו את חלל העמודים, חיברו אליו חלק מן המקלט והוסיפו תוספת בצד הבניין בשטח הדשא. הכול- לאחר קבלת היתר בנייה, אולם ללא הסכמת שכניהם וללא קבלת החלטת ועד הבית, כנדרש בחוהמ"ק. בעקרון, וועדת התכנון המקומית מתעסקת בהיבטים המקצועיים של תכנון הבנייה בלבד ולא בעניינים קניינים. בעבר לא היה נדרש להשיג את הסכמת כל הדיירים כדי לקבל היתר בנייה, אך כיום כדי לא ליצור מקרים כאלו הועדה כן דורשת את הסכמת הדיירים (בכל האזור) כדי לקבל את היתר הבנייה.

הדיירים השכנים תובעים את רוקר על פגיעה בזכות הקניינית ודורשים את הריסת הקומה שנבנתה.

נציג את פיצול דעות השופטים בפסה"ד:

* **אנגלרד בדעט מיעוט** אומר שלא צריך להרוס את הנכס שנבנה ע"י רוקר 🡨 יש פגיעה ולמרות שהיא קיימת, נעשה איזון בין הנזק שנגרם לדיירים ובין הנזק שייגרם לרוקר אם המחסן ייהרס – **ונזק הזוג גובר לדעתו**. **אנגלרד מציע מבחן כלכלי** – צריך לבחון מי ייפגע יותר, ובהסתכלות הזו אין צורך להתחשב בשאלה למי יש זכות קניין. בעצם, נבדוק בדיעבד מהי התוצאה היעילה. אנגלרד, שנשאר בדעת יחיד, אומר לנו שעצם הבעלות לא משנה לתוצאה, אלא מה שחשוב זה רק מה יותר יעיל במקרה הספציפי.
* **ששת השופטים האחרים מנגד מסכימים על השורה התחתונה – השבת המצב לקדמותו** 🡨

1. **טירקל, חשין, לוין** – לשופטים אלו יש תפיסה מגובשת לגבי מהו קניין, והיא התפיסה של שרירות בעלים. מי שמבין את זכות הקניין כך, מבין כל גריעה מהקניין כחריג שאין להצדיק אותו. לפי התפיסה הזו ס' 14 לחוהמ"ק הוא הדבר המרכזי שצריך "לחנוק" ולתת לו פרשנות בצורה הכי מצומצמת שרק אפשר 🡨ס' 14 לא מונע מבעל זכות קניינית מלהגן על זכותו מפני אחרים שמתנכלים לה לדעתם. נדגים: ס' 14 לא ימנע מאדם לפתוח בהליכים משפטיים להגנה על הזכות הקניינית. מה היקף שקה"ד של ביהמ"ש בגדרו? הוא רשאי שלא להיעתר לתביעה אך האישור מוגבל ומצומצם, ויופעל רק במקרים חריגים ונדירים (חשין).
2. **שטרסברג-כהן, מצא וברק (שרלוונטי לנו)** - ברק אומר שלפני שנבחין אם יש או אין זכות קניין וממילא אם היא נפגעה – עלינו לברר שתי שאלות:
   * 1. **מהו המשאב (=מהו המוסד הקנייני)**? בענייננו מדובר בבית משותף וברק אומר שלא דין בית משותף כדין בית פרטי, ושיש הבחנה משמעותית בהיקף ובהגדרת זכות הקניין של אדם בכל אחד מהמוסדות השונים (או המופעים השונים) של קניין.
     2. ברק גורם לנו לשאול למה יש הבדל? **מהי מע' היחסים שבתוכה פועל המוסד הקנייני המדובר?** (=מהו ההקשר החברתי שבתוכו המוסד הקנייני הזה נטוע?)

לפיכך, אם ניקח את הבית המשותף – ברור לנו שהיקף הזכות לקניין של כ"א מהדיירים תהיה שונה מהיקף הזכות לקניין של בעל בית פרטי. למה? כי ההיקף ייקבע ע"פ הערכים שמבנים כל מוסד קנייני וכשיש מוסד אינדיבידואליסטי – היקף זכות הקניין יהיה שונה ממוסד בו יש אלמנטים של שיתוף (בית משותף) או ממוסד בו יש שיתוף מוחלט (קיבוץ). היקף זכות הקניין ייקבע ע"פ מהות המוסד הקנייני וחשוב לא פחות, ואולי זה מה שמגדיר לנו בסופו של דבר את המוסד הקנייני – **מע' היחסים שבתוכה המוסד הקנייני פועל**.

* הקריאה הזו אומרת שאת ההכרעות האלה נעשה **ברמת הקטגוריה, ולא ברמת המקרה**. ברק מציג הבנה של קניין שמתעקשת על זה שהקניין לא בהכרח מקבל את המשמעות של שרירות בעלים לכל אורך הדרך (קריאה ליברלית-ריאליסטית-פלורליסטית של הקניין). זוהי קריאה שמכניסה לתוך דיני הקניין גם ערכים שהם לאו דווקא ערכים שמובילים לשרירות בעלים.

בניגוד לעמדה הזו תעמוד ככל הנראה העמדה הליברטריאנית- פורמאליסטית-מוניסטית.

# הרצאה 7 – 30.11.16

# ו. המשטר הקנייני בישראל

**חלוקת הקרקעות במשטר הקנייני בישראל**

## קרקע בבעלות פרטית

קק"ל היא גוף שרכש קרקעות במקום המדינה מכספים של תורמים יהודים בעולם. ישנה אמנה בין קק"ל לבין ממשלת ישראל שבה נקבע שקק"ל מוסרת את הניהול של הקרקעות שלה למדינה. לפני שבועיים קק"ל החליטה שהיא לא מאשררת את האמנה, ומושכת את הקרקעות שלה לניהול עצמי שלה. מדוע?

1. **כסף** – משרד האוצר החליט "להיכנס" בקק"ל בכל הכספים הלא מוכרים שלה – הוא חייב את קק"ל להעביר למדינה 1.5 מיליון ₪. לכן, קק"ל מחליטה שהיא מושכת את כל הקרקעות שלה – ובשל כך הנזק שייגרם למדינה גבוה יותר מהקנס של קק"ל.
2. קק"ל טוענת שהקרקעות שלה נרכשו ע"י תורמים יהודים על-מנת **ליישב רק יהודים בארץ-ישראל.** לכן, היא לא מוכנה שהקרקעות שלה יהיו כפופות לחובות השוויון של המדינה (מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו). דוג' לכך זה בג"ץ קעאדן. **כדי שלא יחייבו את קק"ל להעביר את קרקעותיה גם לאנשים לא יהודים** – קק"ל טוענת שהיא צריכה להיות זו שמנהלת את קרקעותיה באופן פרטי.

## קרקע בבעלות המדינה

אם כך, 93% מהמקרקעין בישראל הם מקרקעין ציבוריים (בבעלות ציבורית/קק"ל). כשאנו שואלים – מה זו למעשה בעלות ציבורית או פרטית אנו דנים **בשתי הבחנות עקרוניות** לעניין בעלי המקרקעין.

ב93% מהמקרקעין, גופים ציבוריים (ולרוב המדינה) הם הבעלים. עם זאת, רוב האנשים כן מחזיקים דירות וקרקעות. הפתרון הישראלי לקושיה זו היא חכירה ארוכת טווח 🡨 המדינה מחכירה את הקרקע לתושביה. לכן, כשאנו טוענים שאנחנו הבעלים של הקרקע אנחנו טועים מבחינה פורמאלית כי אנחנו לא בעלי הקרקע אבל **מבחינה מעשית אנו צודקים**: בסופו של יום חכירה מעבירה לנו את כל היכולת לנהל ולהשתמש במקרקעין. למעשה, חכירה לדורות זו היא סוג של בעלות משפטית.

זהו מנגנון חריג לחלוטין ממה שקורה בשאר מדינות העולם אבל בגלל שזהו המצב במ"י, וע"מ לאפשר לאזרחים לנהל מע' קניין סבירה עם היקף נורמאלי של שליטה וניהול של מקרקעין - המדינה מתייחסת לחכירה לדורות כאל בעלות כמעט מלאה (=כמעט ולא תישמע טענה מצד המדינה לגבי שבריריות המוסד של חכירה לדורות).

* חכירה במגזר העירוני - זכות החכירה מאוד **חזקה** - זכויות החכירה הם שלב אחד לפני בעלות פרטית. הרשויות מאפשרות לחוכרים להתייחס לחכירה שלהם ממש כמו בעלות.
* חכירה במגזר החקלאי - ההסדר הנוכחי שבאמצעותו רוב הקיבוצים והמושבים במ"י מחזיקים במקרקעין הוא **הסדר חלש מאוד**. במגזר זה, לרוב בעלי הקרקע (או המחזיקים בה) אין זכויות קנייניות במקרקעין. בעלי הקרקע נקראים "בר-רשות" – בעלי רישיון לשימוש במקרקעין, ורישיון במקרקעין הוא לא זכות קניינית. אעפ"כ, רוב המגזר החקלאי הם בעלי-רשות בלבד במקרקעין שלהם.

חוזה משבצת-חוזה שמגדיר מהי משבצת השטח שהיישוב מקבל רישיון בו. כל מושב/קיבוץ/יישוב הוא סוג של "אגודה שיתופית" - המדינה נותנת לאגודה השיתופית את הרישיון לפעול במקרקעין. המדינה לא נותנת לחברי האגודה עצמם שום דבר – אין קשר בין המדינה לחברי האגודה, אלא חברי האגודה הם "ברי-רשות" של "בר-רשות" (האגודה). חוזי המשבצת מתחדשים אחת ל-3 שנים. עד שנות ה-80 המאוחרות המדינה לא העיזה לפתוח הסכמי משבצת והם חודשו מאליהם. החל משנות ה-90 המדינה החלה לפתוח את הסכמי המשבצת ולשנות את ההסכמים (לשנות את גודל הקרקע בהתאם לצורכי המדינה). הרחבות במושבים הן חכירה לדורות ולא "בר רשות".

אם כן, המציאות הישראלית נותנת כוח רב לבעלות במגזר העירוני, בניגוד למגזר החקלאי. במגזר העירוני-חוכר, במגזר החקלאי-בר רשות.

לסיכום:

בישראל רוב הבעלות על קרקעות היא בעלות ממשלתית ע"י 3 גופים- קק"ל, רמ"י, ורשות הפיתוח. כל הגופים האלה כפופים לניהול הקרקעות של הרשות – קק"ל ורשות הפיתוח הפקידו בידי רמ"י את הניהול של כל הקרקעות שלה.

**לא דיבר על זה בשיעור (אבל כן נמצא בסילבוס!!)-**

נדגים את הנפקות דרך בג"ץ עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות: הייתה טענה של הארגונים החברתיים כנגד הקיבוצים שלמעשה ניסו ליהנות משינוי ייעוד של מקרקעין סמוך לקיבוצים. כך למשל, מתחם הקניות מחוץ לקיבוץ שפיים היה בשטח הקיבוץ במקור, וע"מ להקים את המרכז המסחרי, הקיבוץ ויתר על חלק מהקרקע שהייתה משויכת לו. לפיכך, הקיבוצים טענו שהם רוצים ליהנות מהתשואה הכלכלית שמפיקים מהקרקעות דנן. **הקשת המזרחית אמרו "הרצחתם וגם ירשתם?"** - לא ייתכן שגם כל החיים נהניתם מכל ההטבות שהמדינה סיפקה להתיישבות העובדת ועכשיו תבקשו גם לקחת נתח מכספים שכולם יכולים ליהנות מהם. זוהי טענה מהפן של צדק חלוקתי. מנגד, אנשי הקיבוצים והמושבים טענו שלא ייתכן שהם השקיעו בשטח ועכשיו יזרקו אותם. **עוד הם טענו כנגד כל המבנה של חוזי ברי רשות שמתחדשים כל שלוש שנים** 🡨 **אין זה מבנה הגיוני ויש לפתור אותו לדעתם**. המרצה מציין שבצורה אירונית, דווקא המגזר החקלאי שיותר מחובר לקרקע מחזיק בזכות שאינה קניינית מהותית והיכולות שלו לשלוט ולנהל את הקרקע היא מוגבלת.

**למה לא הלאמה מלאה - האם צריך שימור בעלות כמעט מלא של המדינה על קרקעות?**

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

אלתרמן למעשה אומרת שיש לבחון את כל משטרי הקניין שהיו ועדיין קיימים. היא טוענת שיש רמות שונות של התערבות במקרקעין ושניתן להציג אותן על גאנט (הראשונה היא הקשה והאחרונה היא הקלה):

**---------- התערבות מרבית בשוק -----------**

* **הלאמה של זכויות בקרקע** – המדינה הופכת לבעלים בקרקע באופן מלא על כל הזכויות. ישראל לא נדרשת למנגנון הזה מכיוון שכבר 93% בידי המדינה.
* **הפקעה מסיבית** – המדינה לוקחת קרקע פרטית בהיקף גדול מכוח חוק לצורך פיתוח / שימור מתחם חדש.
* **רכישה לצורך בנק קרקעות** – המדינה מפקיעה קרקעות מאנשים לא לצרכים ספציפיים (כדי שתהיה למדינה יתרת קרקע). זה בעייתי כי כדי להפקיע המדינה צריכה להצביע על צורך ספציפי. משהו פחות דרסטי כי מדובר ברכישה שבמהותה היא פחות בעייתית.
* **איחוד בעלויות וחלוקה מחדש (רפרצלציה Re parcellation)** – נניח שיש לי קרקע ושני שכנים עם קרקעות שלהם – ועדת התכנון יכולה לעשות "ערבוב מחדש" ולהחליט שכל הקרקעות יהפכו לחלקה אחת שתחולק מחדש בינינו.

המדינה לוקחת את הקרקעות של כמה אנשים, מאחדת אותן לחלקה אחת, ואז מחלקת את הקרקע שוב כך שהמדינה לוקחת את החלק שהיא צריכה ואת החלק שנשאר היא מחלקת לכל האנשים שלקחה מהן. כך כל אחד מקבל חלק קטן יותר, אבל – המדינה עושה לקרקע שינוי ייעוד והחלק הקטן החדש שווה יותר מהחלק הישן (כי הייעוד שלו הופך למסחרי והשווי שלו עולה). זהו גם תהליך של הפשרה (שינוי ייעוד קרקע מייעוד חקלאי לייעוד מסחר ותעשייה/מגורים וכו').

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **לפני רפרצלציה** | | **לאחר רפרצלציה** | |
| 20 חקלאי | 20 חקלאי | קרקע בשווי 80 | **מטרה ציבורית** |
| קרקע בשווי 80 |
| 20 חקלאי | 20 חקלאי | קרקע בשווי 80 |
| קרקע בשווי 80 |
| 20 חקלאי | 20 חקלאי | קרקע בשווי 80 |
| קרקע בשווי 80 |

* **הפקעה נקודתית** – לקיחה ספציפית של קרקע. פחות חמור מאיחוד וחלוקה כי זה בדר"כ מול בעלים אחד (ולא כמה בעלים שונים) וגם תהליך קצר יותר.
* **תכנון ציבורי** – דוג' לכך זה בג"ץ אקונס (מנהרות הכרמל).

**---------- שוק חופשי ללא התערבות -----------**

**רחל אלתרמן** מביאה אפשרויות שונות להתערבות המדינה. ישראל נמצאת במצב של **התערבות המרבית בשוק** כי המדינה מחזיקה בבעלותה 93% מהקרקעות.

אלתרמן טוענת שקיים שוני בין שתי שאלות: השאלה האם נכון לשמר בעלות בידי המדינה **שונה מהשאלה** האם נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית. לשאלה הראשונה אלתרמן משיבה בשלילה, בעוד שלשאלה השנייה היא משיבה בצורה חיובית בכפוף לנסיבות של כל התערבות. בכל מקרה – שתי השאלות הללו אינן זהות ואינן מוציאות האחת את השנייה לדעתה.

למה כן נכון לשמר מידה מסוימת של התערבות ציבורית? אלתרמן מציגה שתי תתי קבוצות של תשובות:

|  |  |
| --- | --- |
| **כשלי שוק** | **הצדקות חברתיות** |
| 1. The tragedy of the commons – בהיעדר התערבות מצד המדינה, תהיה אנוכיות מצד הפרטים ותחסר יד מכוונת בעניין קרקעות. | 1. קידום ערכים פוליטיים- יש לגיטימציה למדינה לקדם ערכים באמצעות התערבות בקרקעות. למשל - התיישבות יהודית בנגב ובגליל כדי לא לאבד רוב יהודי. |
| 1. שמירה על משאבים לדורות הבאים- רצונו של כל בעלים למקסם רווחים מהנכס שלו, יותיר את הדורות הבאים בלי כלום בהעדר התערבות. | 1. ביטול פערים חברתיים- שימוש בכוחה של המדינה לצורך צמצום פערים חברתיים (כמו מחיר למשתכן וכד'). |
| 1. טיפול בהחצנות- בעיות רבות נוצרות בהעדר יד מכוונת. | 1. היערכות להתמודדות עם משברים- המדינה צריכה להיות ערוכה למצבי משבר כמו רעידות אדמה (דוג'- לכן ישנו תמ"א 38). |
| 1. שליטה בעיתוי הפיתוח. | 1. מיתון שיקולים פוליטיים בקבלת החלטות |
| 1. פערי מידע. |  |

**סיכום המאמר של רחל אלתרמן**: התערבות מדינתית עשויה להיות מוצדקת מאחת משתי קבוצות טעמים: (1) כשלי שוק ; (2) הצדקות חברתיות. לגבי רמת ההתערבות, השאלה תלויה בנסיבות ועד כמה הטעמים מצדיקים את ההתערבות הזו, או מה הם מחייבים את המדינה לעשות. עם זאת, אין ספק לפי אלתרמן שהחזקת בעלות מלאה של כל הקרקעות במדינה בידיה, כמו גם במצב הישראלי הקיים של 93% מקרקעות המדינה שבבעלותה, זו צורת התערבות מסיבית מדי גם אם היא תתייחס לטעמים (המקומיים) שמצדיקים התערבות – **גם אם יש כשלי שוק והצדקות חברתיות, הם לא מצדיקים התערבות מסיבית כזו**.

**למה לא הפרטה מלאה?**

**הבעייתיות בהפרטה-**

1. **מוצרים בסיסיים לכל אזרח -** מעצם היותי אזרח במדינה, יש דברים מסוימים שמגיעים לי ואני לא צריך לשלם עבורם (אוויר, מים וכו'). כמו שנרגיש לא בנוח על הפרטת אוויר, ככה אנחנו מרגישים לא בנוח עם עלויות מים קיצוניות וכיו"ב. יש פה סוגיה שנראית בעייתית מבחינת דמות האזרח והזכויות הבסיסיות שלו, מעצם היותו אדם.
2. "The comedy of the commons" by Carol Rose – על המדינה לשמור על מעורבות כדי לשמר את אתרי החִברות הקיימים. כדי להתקיים המדינה שלנו חייבת שתהיה לה אתרי חברות שבהם אנשים נפגשים אחד עם השני (כמו חופים, גנים ציבוריים וכו'). ישנם סוגים מסוימים של משאבים שהם חשובים לציבור. חלק גדול ממקרקעי הייעוד הוא כזה, כיוון שהחשיבות של היותם מקרקעי ייעוד כאלה, נובעת מהיותם אתרי חיברות[[11]](#footnote-11). חיברות זו יוצרת סולידריות חברתית שתורמת לקיום החברה. פגיעה באתרים כאלה תפגע ב"הון החברתי". לכן, יש חשיבות בשימור האתרים האלו ככאלו. ככל שהדבר הזה נכון, הוא מצדיק שמקומות אלה יהיו ציבוריים מטבעם ומטיבם ושהמדינה תשמר אותם ככאלה. זה, במידה, מה שעומד מאחורי חוק שמירת הסביבה החופית.

## 

## **מקרקעי ייעוד**

**מקרקעי ייעוד הם מקרקעין שנמצאים בבעלות ציבורית**. השוני ביניהם לבין מקרקעין אחרים הוא שהם מקיימים צרכים שמפורטים בס' 107 לחוהמ"ק. אנו רואים כאן מוסד משפטי שיש בו תוספת הגנה והתערבות של המדינה.

107. בפרק זה –

"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.

111. במקרקעי יעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך.

במקרקעי ייעוד לא ניתן לעשות עסקה טעונת רישום דוגמת ס' 7 לחוהמ"ק. המשמעות היא שלא ניתן להעביר בעלות במקרקעי ייעוד. הסיפא לס' מסביר לנו למה למעשה עדיין ניתן לראות חופי ים בבעלות פרטית (או לכל הפחות בחכירה). מאידך, זה שאנו רואים שאנשים פרטיים מפעילים חופי ים – אין זה אומר שהזכות שלהם לחכירה מקנה בעלות (ייתכן שהם עושים זאת ברישיון או בשכירות שאינה טעונת רישום מטבעה).

* ניתן לבצע עסקה הטעונה רישום אם העסקה אושרה באופן פרטני ע"י הממשלה או אחד השרים.

נשאל שלוש שאלות על הגדרת מקרקעי ייעוד בחוק הישראלי:

1. למה רק מקרקעין? למה לא מגילות ים המלח למשל (כמיטלטלין)? למה שבמיטלטלין שמוגדרים כחשובים לציבור לא נחיל משטר דומה?
2. למה רק הייעודים המנויים (ולא למשל עתיקות או גנים לאומיים)? מדוע תחנת רכבת כן וגן לאומי לא?
3. ההסדר המשפטי – למה מקרקעי ייעוד ניתנים בכל זאת להפרטה? לפי הסיפא של ס' 111, ניתן לעשות עסקה שטעונה רישום – כלומר, ניתן להעביר בעלות במקרקעי ציבור אם הממשלה או השר הממונה מחליטים לאשר זאת. המשמעות היא שאנחנו לא עושים אטימה הרמטית והחוק מאפשר הפרטת מקרקעי ייעוד ככל שהממשלה מאפשרת זאת. לכן, אם אנחנו חושבים (מטעמים כלכליים או מטעמים ציבוריים) שהמקרקעין האלה צריכים להישאר בידי המדינה ויש לכך ס' חוק מיוחד – למה בכל זאת הפרטה היא אפשרית?

* אלה הן שאלות שניתן להתווכח עליהן ואין להן תשובה אחת בטוחה.

## זכות הכניסה למקרקעין

הגב' מרפי היא דמות דמיונית המהווה את אחד מהגיבורים המרכזיים בחוק הדיור הציבורי בארה"ב, אשר ניתנה לה האפשרות לשלול יכולת כניסה של אנשים שאינם לטעמה לדירותיה. המסגרת החוקית בארה"ב (The Fair Housing Act-חוק דיור הוגן) אומרת שאסור להפלות במגורים – אם בבעלותי דירות ואני רוצה להשכירן 🡨 איני יכול להגדיר אנשים ספציפיים שישכירו אותן. אסור לעשות אפליה לפי אוכלוסיות שונות בכל הקשור למגורים.

אולם, הגב' מרפי היא חריג דמיוני בולט שקיים בחוק האמריקאי - אם לאדם יש עד ארבע דירות במתחם אחד, והוא גר באחת מן הדירות הללו – עד כמות זו הוא כן יכול לקבוע מי נכנס לדירות ומי לא, כן יכול להפלות במגורים. מנגד, אם מדובר על יזם גדול – הוא כפוף לחוק הדיור ההוגן ולא יכול לעשות אפליות.

### **זכות הכניסה למקרקעין בישראל**

מה קורה בישראל? אם נבחן את זכות הכניסה ואת המגבלות שאדם רוצה להטיל עליה – אנו למעשה שואלים עד כמה המדינה מאפשרת לי לבחור את השכנים שגרים מסביבי? בחוק הישראלי אין חוק האוסר על אפליה במגורים. כאשר אדם מבקש לשכור דירה הוא בעצם מבקש להיכנס למוסד קנייני כלשהו. זכות הכניסה למוסד קנייני בארץ אינה מוסדרת. ביהמ"ש מנסים לעשות סוג של פשרה/הורדת חסמים בתחום האפליה במגורים (למשל-פס"ד קעדאן).

וועדות קבלה לישובים

בערים לא מאפשרים לאנשים למתוח את גבולות הקניין שלהם עד כדי יכולת לבחור שכנים בעוד שבוועדות קבלה ליישובים (ואפילו ביישובים קהילתיים חסרי מכנה משותף בין התושבים) ניתן לבחור דה פקטו את שכניך. ועדות הקבלה בארץ לא חייבות לספק נימוקים כלפי אנשים הבאים לנסות להתקבל לדירה.

* חוק הירושה הוא החוק היחידי בישראל שעוקף ועדות קבלה.

חוק ועדות קבלה – בעבר היה ניתן להקים ועדות קבלה בכל מקום יישוב בארץ. כיום החוק הצטמצם וניתן לעשות ועדות קבלה רק לישובים של עד 400 בתי אב ורק ליישובים בנגב ובגליל, וזאת מתוך ההבנה שיש אינטרס של המדינה לתמרץ אנשים להתיישב בנגד ובגליל, ובנוסף מתוך ההבנה שאנשים שגרים במרכז הארץ נמצאים כאן מסיבות כלכליות/נוחות, אך אנשים שגרים בנגב ובגליל צריכים שתהיה סביבם קהילה שתקיף אותם.

ועדות קבלה יכולות לא לקבל אדם לתוך הקהילה בסיבה של "פגיעה במרקם הקהילתי" – מושג זה רחב מאוד וניתן להכניס אליו סיבות מגוונות מאוד.

מדוע ההסדר החקיקתי מקנה אפשרות רחבה מאוד (פגיעה במרקם הקהילתי)?

כדי שההסדר החקיקתי הקיים יוצדק - המרצה מציע מספר שאלות שיש לבחון:

1. בשלב הראשון: האם יש לקהילה תפיסת טוב משותפת?

תפיסת טוב אינה בהכרח דתית (בני ברק), אתנית (רהט) או תרבותית וזה יכול בהחלט להיות גם תפיסת טוב כלכלית (כמו בקיבוצים) וכל תפיסת טוב אחרת שנמצא (צמחונים – יישוב אמירים וכו'), הכוונה לכל תפיסת עולם משותפת. מה לא? תפיסות טוב שכל כולן עוסקות בהתבדלות והפרדה אחד מהשני, מחברי הקהילה עצמם (כאלו קהילות קיימות בארה"ב).

1. בשלב השני: מהו תפקיד שיתוף הפעולה במימוש תפיסת הטוב הרלוונטית?

ככל ששיתוף הפעולה מרכזי יותר בתפיסת הטוב של אותה קהילה, כך על המדינה לאפשר להם להתבדל כקהילה ולסנן מועמדים.

קיימים 3 תפקידים שונים של שת"פ:

הדרה גבוהה << מכונן - מוסיף ערך - מסייע - לא קיים >> שלילת הדרה

לא קיים- למשל הפס"ד קעדאן אחד הטיעונים היה שהתושבים רוצים לחגוג את יום העצמאות. קשה לראות בתפיסת טוב זו (ציונות) צורך לחיות בנפרד מהאחר. ניתן לחגוג את יום העצמאות גם אם ביישוב יש משפחות ערביות.

מסייע- תפיסת טוב צמחונית-הקהילה לא חייבת להתבדל כדי לממש את תפיסת הטוב שלה, אך שת"פ של צמחונים יעזור להם לממש את תפיסת הטוב שלהם (אוכל מותאם בסופרים, מסעדות וכו').

מוסיף ערך- מצב בו נורמות מסוימות לא מחייבות שיתוף פעולה אך מקנות ערך גבוה יותר לפעולה משותפת, למשל: תפילה במניין, קריאת מגילה וכו'.

מכונן- הנורמות עצמן של תפיסת הטוב המוחזקת מחייבת שיתוף פעולה של כל האנשים בקהילה. הדוגמא הקלאסית היא הקיבוץ ההיסטורי – הקיבוץ ההיסטורי מוגדר בחוק כקהילה של שיתוף מלא של אמצעי יצור, משאבים, שוויון והכלה של צדק חלוקתי בין כל התושבים – מאפיינים אלו לא ניתן לקיים לבד ואדם חייב ריכוזיות והקהילתיות של אנשים כדי לקיים קיבוץ.

* ככל ששיתוף הפעולה מכונן יותר – אנו נתיר הדרה ברמה גבוהה יותר (כמו במאה שערים). ככל ששתה"פ הולך ויורד במימוש תפיסת הטוב אנו ניטה להתיר פחות ופחות הדרה מיישובים.

נבחן את רמת שיתוף הפעולה דרך שתי דוגמאות מקצוות מנוגדים:

* + - 1. קיבוץ – שת"פ הוא חלק אינהרנטי מתפיסת הטוב הקיבוצית הכלכלית. אם נשלול מקיבוצים את היכולת להדיר אנשים שאינם שותפים לתפיסה דמות זו נחייב קיבוצים להכניס קפיטליסטים אליהם. התוצאה של מהלך כזה תהיה שלאט לאט הקיבוץ במהותו ייעלם. זהו צד ימין בגאנט.
      2. יישוב קציר – הסיבה שביהמ"ש אומר שאין שום הצדקה לשלילת הכניסה של קעדאן ליישוב (בג"ץ קעדאן) היא שביהמ"ש לא הצליח למצוא שום תפקיד של שת"פ במימוש הטוב הקבוצתי. זהו צד שמאל בגאנט.
* במרכז ניתן למצוא גוונים שונים.

בג״ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל: מ"י הקצתה קרקע לסוכנות היהודית לארץ ישראל. הסוכנות הקימה על הקרקע יישוב קהילתי-כפרי בשם **יישוב קציר** והדבר נעשה באמצעות אגודה שיתופית. לאור מטרותיה - הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במ"י והאגודה השיתופית, מצדה, מקבלת לשורותיה בפועל רק יהודים כחברים (כי ישנה דרישה לסיום שירות חובה בצה"ל). לכן, התוצאה הינה כי במצב זה ערבי אינו יכול לבנות את ביתו על קרקע המדינה המוקצית לסוכנות. **ביהמ"ש קבע כי מנהל מקרקעי ישראל חייב בחובות של המשפט המנהלי כלפי כולנו, ולכן הוא לא יכול להפלות ערבים לרעה.**

מה היה קורה אילו היה מדובר בקרקע פרטית? הבסיס שעל פיו נכתב פסה"ד הוא מנהלי בלבד, ולכן על פניו לא בטוח שהרציונל היה חל על קרקע פרטית.

* המרצה טוען שזכות הקניין, בפרשנות מסוימת שלה, מחייבת את תוצאת קעדאן. ואז, אין הבדל בין ישוב שיושב על קרקע של המינהל, לבין גוף קהילתי אחר שיושב על קרקע פרטית.

כדי לחדד את ההבנה נחבר את זה לשתי דוגמאות נוספות:

1. **זכות הכניסה בהקשר של מקרקעין** ככזו שמדברת גם על הזכות להיכנס לפאב או מרכז קניות ללא אפליה.
2. משכיר מסחרי – האם מותר לו להגיד – **"אני משכיר רק ליהודים"**?

נקודת המוצא היא שהקניין הוא לא בהכרח שרירות בעלים. זכות הקניין היא אוסף של מוסדות שבאים לשרת ערכים של קניין. הקונפיגורציה הספציפית של כל מוסד, נגזרת מהערכים שאותו מוסד קנייני בא לשרת. כמו שזכות ההדרה היא לא מלאה בהכרח בדיני פטנטים או בדיני זכויות יוצרים, כך לא בהכרח זכות ההדרה היא מלאה בדיני Public Accommodations ("חוק הדיסקוטקים" שמקורו בחוק האמריקאי).

* יישובים קהילתיים הם **מוסד קנייני שנשען על מארג עבה של הסדרים משפטיים, אשר מאפשרים ומסבסדים משפטית את הקיום הקהילתי על הקרקע** (כנ"ל הנושא של שכירות – דיני השכירות נשענים על מארג משפטי עבה שמסדיר את הסוגיה).

נתמקד בנושא של אגודות שיתופיות או קהילות מקרקעיות (פרק ו' לחוהמ"ק) – שניהם כלים משפטיים מתוחכמים שמייצגים התגייסות של המדינה כדי לאפשר לאנשים להשיג טוב קהילתי במקרקעין. **לולא ההסדרים האלה, היינו נקלעים לצורך בריבוי הסכמים, ומעבר לעלויות העסקה – היינו נתקלים בבעיות של הצורך והקושי שבפעולה משותפת**. הטענה היא שזה לא בלתי אפשרי לקיים ריבוי בעלים, אלא שזה **מועד לפורענות**. לכן - המדינה מתגייסת כדי לאפשר לאנשים להשיג את היתרונות.

מנק' מבט ריאליסטית של קניין נשאל היא מהי מידת ההדרה **הלגיטימית** של כל מוסד קנייני?

**עצם העובדה שאנשים הם בעלי המקרקעין, לא בהכרח מחייבת שיש להם זכות הדרה מקסימאלית**. השאלה היא האם הם יכולים לבסס את הטענה שלהם לזכות הדרה מסוג מסוים, על הערכים שבשמם המדינה התגייסה ויצרה את המוסד הקנייני הזה עבורם? נדגים יכולות הצדקה שונות:

* **טיעון כלכלי** – ריבוי הבעלים **= שבריריות של ההצלחה של שת"פ קנייני**. ברגע שיש תפוח מספיק רקוב בתוך החבילה, הוא מביא לכך שגם אנשים שמעוניינים לשת"פ נאלצים להתגונן ולהתנהג באופן אסטרטגי. **כלומר, ישנן סיבות מסוימות שיכולות להצדיק הדרה** (במקרה זה למנוע סוציומטיות).
* **The Fair Housing Act** - דירת המגורים של הגב' מרפי היא הקניין הכי אישיותי שיש וההיגיון שבחריג הוא שבית המגורים (ולא הנדל"ן או המקרקעין) הוא מוסד קנייני מכונן אישיות, והצדקת האישיות והחירות השלילית נמצאות פה במופעיהן החזקים ביותר, וגוברות על חוסר הנחת שיש לנו מדעות קיצוניות שכאלה.

**היכן תמונה זו משתקפת?** 🡨בג"ץ קעדאן. בשונה מהצדקת העבודה של הקניין, למשל, שמבחינה בין מי שעובד למי שלא עובד – ההצדקות האחרות של הקניין, ככל שהן משכנעות, פועלות עבור אנשים באשר הם אנשים. אם מוצדק לסבסד באופן הזה קהילות כי זה טוב לבני אדם, אז השאלה האם האנשים האלה הם X או Y – בהינתן שהם אזרחים ישראליים לא-סוציומטיים – היא לא רלוונטית. ההדרה של מי שאינו יהודי דומה לחלוטין לניסיון של בעל פטנט לשבת על הפטנט שלו, ולא לאפשר לאף אחד להשתמש בו עבור התועלת החברתית. **זוהי דוגמא לניסיון להשתמש במכשיר משפטי שנועד להגשים תכלית מסוימת, באופן שחורג מהתכלית שאותה הוא נועד לשמש**.

**עד כאן לעניין הסיטואציה הקשה יותר של הגבלה בצורת ועדות כניסה ליישובים!**

# הרצאה 8 – 04.12.16

# ז. דיני נטילה שלטונית של מקרקעין

נטילה שלטונית מתייחסת לשתי קבוצות של פעילויות ממשלתיות:

1. **הפקעות** - המדינה לוקחת פיזית את הזכויות במקרקעין והבעלים לא יכול לעשות שום שימוש בקרקע. גם הרישום בטאבו עובר למדינה. 2 המקורות המרכזיים להפקעות: חוק התכנון ובניה תשכ"ה-1965 ופקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור). משהו שקיים מאות ואלפי שנים בעולם המערבי. לדעת המרצה- זהו לא אקט שנתון לשלטון כמובן מאליו, יש כאן בעיה, כי זה פגיעה באופן מאוד גס בזכות הקניין של היחיד. ישנם מקרים שהפקעות בלתי נמנעות.
2. **גריעות תכנוניות** - המדינה או הרשות לוקחת חתיכה מהזכות שלך בקרקע - מדובר על הטלת מגבלות על המקרקעין שנשארים בבעלותך. נדגים: נניח ואתה בעל קרקע ליד שדה תעופה ואתה מעוניין להקים בה מגדלים גבוהים. בהמשך, מתברר שהמדינה הטילה מגבלה על יכולתך להרים שם בניין גבוה. דוג' נוספות: קווי חשמל – מה מותר לבנות ליד, רכבות ועוד. למשל- העיריה חליטה להעביר קו חשמל בתוך השטח שלי והם מגבילים אותי מכניסה לפרוזדור קווי החשמל (מס' מטרים מסביב לקווי החשמל) במצב זה - ברגע שקניתי משהו, הוא שלי וכל פעולה שתשנה את הזכות שלי תיקרא גריעה תכנונית. דבר כזה יכול לפעול לטובת הבעלים או לרעתו. מקרה אקטואלי הוא העסקים ליד הרכבת הקלה.

* **בדר"כ אלו תביעות לפי ס' 197 לחוק התכנון והבנייה**.

## ז.1 דיני נטילת שלטון - כללי

רוב ההפקעות נעשות מכוח החוקים הללו: פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, וחוק התכנון והבניה, 1965.

נקודת המוצא שלנו לכל הדיון היא ההסדרים שבסעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **מנקודת מבט ליברטריאנית של קניין כשרירות בעלים** 🡨 כל אחד מהמצבים שעליהם נדבר נתפסים כפגיעה בקניין ואז מהר מאוד נגיע לסעיף 8 לחוה"י ונתחיל לבצע את הניתוח החוקתי של הסעיף.

סעיף 3 לחו"י כבה"א **– שמירה על הקניין –** "אין פוגעים בקניינו של אדם".

סעיף 8 לחו"י כבה"א **– פגיעה בזכויות –** "אין פוגעים בזכויות שלפי חו"י זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מ"י, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

כמעט כל חקיקה של הכנסת, פס"ד של בימ"ש, חוק עזר עירוני, פעולה מנהלית ועוד משנים זכויות וחובות של כולנו באופן בו יש מרוויחים, ויש גם מפסידים. כל שינוי מהווה שינוי קונפיגורציה של הזכויות.

**מנגד, לפי התפיסה הליברלית,** הקניין הוא גם אוסף מוסדות שמייצגים את החיים הקהילתיים שלנו. ככל שהקניין מעוגן באחד מהערכים שציינו, המדינה (או הרשות) צריכה יכולת להביא לכך **שמה שראוי חברתית – ייקרה**. זה אומר שייתכן שאנו משתהים בהרבה מהמקרים יותר מידי זמן **ב**ס' 3, ולא תמיד מגיעים אפילו לס' 8.

"אין פוגעים בקניינו של אדם": נדגים את הטענה:

* כשהעליון מצהיר שכשהדירה רשומה ע"ש מר כהן היא שייכת גם לגב' כהן – התשובה לשאלה האם מדובר בפגיעה בקניין הופכת להיות שאלה קשה. **לדעת המרצה** אין בכך פגיעה, ולכן לא מגיעים **ל**ס' 8.
* כשהמחוקק של חוק זכויות יוצרים מכיר בכך שהזכות לשימושים הוגנים היא יותר רחבה מאשר במשפט המקובל ששרר אצלנו בעבר – אין בכך בהכרח פגיעה בקניין. ואז, גם לא מגיעים **ל**ס' 8.

**מסקנה**: קידום היעילות ע"י שינוי הקונפיגורציה הקניינית = מתן לגיטימציה לשלטון לשימוש בכוח שצריך להפחיד אותנו. מההבנה שאנחנו צריכים לשים מגבלות חזקות על כוח המדינה לגעת לנו בקניין – עלינו להסתייג ולשאול מה ייקרה אם בשם ההגנה עליי מהשלטון, אני אגרום לתוצאות לא צודקות, יעילות או פוגעות בקהילה?

* לסיכום, התפיסה הליברלית בהקשר הזה מעלה קשיים לא קטנים.
* **דיני הנטילה הם מאוד מרכזיים, ומשתקפים בהם המתחים הכי בסיסיים והשאלות התיאורטיות הכי עמוקות לגבי מהו קניין.**

נתחיל לדון כעת

בסוגיה הזו **🡨**

## ז.2 הפקעות מקרקעין - כשרותן

**מהם ההסדרים הנורמטיביים (החוקים) הרלוונטיים לתחום זה?** חו"י כבוד האדם וחירותו, פק' הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) שעוסקת בדברים במישור הלאומי (פרויקטים בעלי מאפיינים ארציים כמו כביש 6) וחוק התכנון הבנייה שההפקעות מכוחו נעשות בד"כ לדברים בעלי אופי מקומי יותר (למשל הפקעה עירונית).

**נגדיר:** נטילה שלטונית היא **רכישה כפויה של מקרקעין** לשם הגשמת **צורך ציבורי** תמורת **פיצוי הבעלים**.

להגדרה שלושה חלקים:

**חלק #1 – "רכישה כפויה של מקרקעין**" – מדוע מדינה יכולה לבוא ולקחת מקרקעין?

במנגנון הישראלי יש שלוש הצדקות לרכישה כפויה של מקרקעין (בספרות):

1. **תיאוריית שימור הכוח** – לפני שהיה קניין פרטי כל הקרקע הייתה שייכת לכולנו (=המדינה) ואחרי שחילקנו את הקניין לאנשים פרטיים במסגרת משטר של קניין פרטי המדינה שומרת על הכוח הראשוני שלה להחזיר את הקרקע לבעלותה.
2. **תיאוריית Police Power או כוחות שיטור** – הסיבה של יכולת המדינה לבצע הפקעה היא לממש את התפקידים האינהרנטיים למדינה. במילים אחרות: ע"מ שהמדינה תוכל להבטיח ביטחון, יש צורך להפקיע לפעמים שטחים (למשל: שטחי אש לאימון הצבא, הפקעת קרקע להקמת כבישים וכו').
3. **תיאוריית ההסכמה הראשונית של ג'ון לוק** – לטענתו, כשאנחנו התאגדנו כחברה כולנו הסכמנו לתת למחוקקים בכל דור ודור את הסמכות להפקיע קניין פרטי למטרות שנידרש אליהן (לדעת המרצה זו התיאוריה ההגיונית ביותר).

למה שלטון מרכזי צריך את הכוח להתערב בקניין פרטי?

1. **כשלי שוק** – יש מס' דוגמאות של כשלי שוק לעניין הניסיון לחבר בעלי קניין שונים לפעולה משותפת (במקרה הזה מימוש הצורך הציבורי). כך, אם הגדרנו שיש צורך ציבורי של נמל תעופה ויש צורך לאחד קרקעות של עשרה בעלים שונים למשל עולות מס' בעיות: בעיית איתור הבעלים, עליית עלויות העסקה, בעיית הסחטנות של בעל הקרקע האחרון ועוד.

* גופים פרטיים לא יוכלו גם להסכים על זהות הקרקע שתופקע – כ"א רוצה טובין ציבוריים ואף אחד לא ירצה שייבנו את זה ליד ביתו, קל וחומר לא לתרום את הקרקע שלו לטובת העניין.

1. **צדק חלוקתי** – המדינה יכולה באמצעות הפקעה לבזר את הפגיעה בצורה נמוכה יותר כי היא זו שיכולה להחליט מהיכן לקחת ואיפה לבנות טובין ציבוריים ויש לה יותר שליטה על הטיות חלוקתיות שנדרשות לכך.

* דוגמה: הפקעת חוף ים- בעלי חברת ביוטק בארה"ב קנה נכס על קו ראשון לחוף, ומנע כניסה לחוף. היה איום שיפקיעו את השביל הזה. (בישראל יפתרו את הסיטואציה באמצעות זיקת הנאה)

1. **ביסוס כוח שלטוני קלאסי** – אילו סיבות ביטחוניות יצדיקו הפקעות למשל? קיום של מתקנים צבאיים, מתקנים ממודרים, תחנות משטרה ועוד. לעיתים הפקעות מתבצעות כדי לבסס את הכוח השלטוני וליישם מדיניות ממשלתית שלא קשורה לשיקולים כלכליים. למשל: פינוי גוש קטיף- שימוש בהפקעה כדי ליישם מדיניות שלא קשורה לשיקולים כלכליים או הפקעת מוצרים.

**חלק #2 - "לשם הגשמתו של צורך ציבורי"**

לפי ס' 2 לפק' הקרקעות שר האוצר רשאי להפקיע קרקע לכל צורך ציבורי.

שר האוצר רשאי להפקיע קרקע לכל צורך ציבורי= כל צרכי הציבור שכבר מוגדרים בחוק התכנון והבנייה. (מגרשי ספורט, סתי ספר וכו') וכן רשימה נוספת- מתקנים צבאיים/ בטחוניים, הקמה/הרחבה/ פיתוח של יישוב, אתר הנצחה, מתקן תשתיות, מתקן תקשורת, התפלת מים, סילוק וטיפול בפסולת, מעגן, תחנת גז, וצורך ציבורי שיוחלט ע"י שר האוצר. זו הגדרה רחבה מאוד לצורך ציבורי המנסה להות רשימה סגורה.

ס' 3- הדרך בה אפשר להפקיע.

בס' 2(1) לפקודת הקרקעות יש פירוט רחב מאוד לכל מה שנחשב כ"צורך ציבורי".

בארה"ב ההסדר המשפטי עליו כל הזמן חגים סביב הצורך הסביבתי הוא התיקון ה-5 לחוקה[[12]](#footnote-12).

**נזכיר את סוזט קילו**: אישה שגרה בבית ורוד בניו לונדון. מקרה זה טלטל את חוקרי הקניין והציבור מבחינה משפטית בארה"ב עקב הטשטוש וחוסר המשמעות הברורה של המילים Public use (שאפשרו הפקעות רבות..).

במקרה זה חברת התרופות הבינלאומית Pfizer ביקשה להפקיע שטח מגורים בתמורה להקמת מפעל למחקר באזור. עיריית ניו לונדון ראתה פוטנציאל פיתוח כלכלי לעיר ואין סיבה לדעתה ששיקום כלכלי יהיה שונה מהקמה של בי"ס.

כשביהמ"ש העליון פסק שהגב' קילו וחבריה יצאו מהבית והבתים יהרסו לצורך הקמת המפעל – בראייה האמריקאית – ביהמ"ש הכשיר לקיחה של קרקע, באמצעות המדינה, מבעלים פרטי אחד והעברתם לאדם פרטי אחר (כלומר המדינה שימשה צינור של החזקים לעשוק את הקניין הפרטי של החלשים).

**המשמעות הדקה של פסה"ד הייתה שפיתוח כלכלי עונה על ההגדרה של שימוש ציבורי בארה"ב והמחאה כנגד הפסיקה הזו העלתה ביקורת ציבורית חריפה ביותר** (ובעיקר של בעלי קניין ומדינות שונות כי הפסיקה הייתה בביהמ"ש הפדראלי ואחוז ניכר של מדינות תיקנו את חוקי ההפקעה שלהן בעקבות המקרה ודרשו פיצוי כמעט כפול בהתאם).

* המחאה הייתה עצומה כיוון שזה סותר במהות את התפיסה האמריקאית של קפיטליזם והחזקת קניין. האבסורד הוא שבסופו של דבר המפעל לא הוקם שם והשדה נשאר נטוש.

זהו מקרה מאוד חשוב בהיסטוריה של הפקעת הקרקעות בארה"ב:

* **מצד אחד** ביהמ"ש אישר הפקעות והעברות של קרקע שהופקעה ליזמים פרטיים.
* **מצד שני** הייתה תגובת נגד מסיבית (עד לרמה של מדינות רבות שתיקנו את חוקי ההפקעה שלהן וקבעו שכל הפקעה, ובעיקר של בתי מגורים, לצורך פיתוח כלכלי תזכה את הבעלים בפיצויי גבוה מ-100% של שווי השוק (125%-200%). המטרה הייתה לנסות לדרבן יזמים שלא לבקש בכלל הפקעה של קניין פרטי.

רצ"ב קישור לקליפ YouTube שהמרצה הקרין לטובת הבנת המקרה ותגובת הנגד שהוא עורר:

<https://www.youtube.com/watch?v=JWkensXftto>

בישראל - השופטת בייניש בפס"ד קרסיק אומרת:

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

הש' למעשה אומרת **שביהמ"ש הוא זה שיחליט מהו צורך ציבורי** והאם החלטת הרשות היא למעשה תקינה.

לדעת המרצה זו אמירה לא נכונה- שביהמ"ש עוצר את המדינה מלהפקיע.

נציג השתלשלות אירועים בתחום ההפקעות לשם הגשמת צורך ציבורי בישראל:

* בשנת 1952 עולה פס"ד דור שעוסק בהפקעה של קרקעות לשיכוני עולים: ביהמ"ש אומר שמותר בישראל להפקיע קרקע לטובת מגורים של אדם אחר.
* בשנת 1977 מגיע פס"ד אתא נ' שוורץ (מנזיקין): ביהמ"ש משאיר את המפעל ומפקיע את הדירה של שוורץ כיוון שמקומות העבודה שהוא סיפק מהוות סיבה מספיק טובה וציבורית.
* בשנת 1994 עלה בג"ץ מהדרין: בשביל לבנות את נתב"ג 2000 הפקיעו את הקרקע של חברת מהדרין. חברת מהדרין אמרה שהיא יכולה להקים ולהפעיל בעצמה את הדיוטי פרי ולכן לפני שהמדינה רצה להפקעה – יש לשאול אותה קודם אם היא יכולה לעשות זאת בעצמה ואם היא בעצמה יכולה להגשים את הצורך הציבורי – הרי שבטלה הסיבה להפקיע. ביהמ"ש אמר שמתחם הדיוטי פרי הוא חלק מבניית קומפלקס כולל שהוא צורך חברתי במהותו ולכן נכון להפקיע את הקרקע ממהדרין.
* ניתן ללמוד מבג"ץ זה שביהמ"ש לא שולל בשלב זה את חובת הבחינה של יכולת ההקמה העצמית של הגוף הפרטי (כחלופה להפקעה – זה עשוי להיות אמצעי שפגיעתו פחותה יותר).
* שנת 2007 – מחמוד חליל נ' מדינת ישראל: עיריית נצרת עילית הפקיעה קרקעות כדי לא להקים עליהן כלום (באמתלה של שטחים ירוקים). ביהמ"ש קבע ששטחים ציבוריים זו מטרה ציבורית עליונה (ורק שם מדגיש המרצה ומותח ביקורת חריפה על פסה"ד ופסיקת השופטים).
* נסכם עם דבריו של שמגר בבג"ץ 82/307 לובינאניקר נ' שר האוצר: "אמת המידה של צורך ציבורי אינה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על קיומו ועל אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי, אלא אישורו של שר האוצר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי".

שמגר אומר למעשה שיש להסיר את המסכות ולדבר באופן גלוי – בסופו **של דבר מי שקובע מה זה צורך ציבורי הוא המחוקק (שר האוצר או מיופה כוחו)**. הם קובעים מה זה צורך ציבורי ולכן מהקמת המדינה ועד היום דרישת הצורך הציבורי בישראל נשארה דיי סטטית והיא נתונה להחלטה שלטונית. כלומר, לא קרה מקרה שבו שר האוצר קבע צורך ציבורי וביהמ"ש שלל את טענת השר.

תביעה לשלילת צורך ציבורי, זו תביעה כנגד ההפקעה עצמה ולא דרישת פיצויים.

נדגים את הטענה של שמגר - פס"ד מוסייבה: לטובת הקמת מרכז מסחרי שכונתי ביישוב הפקיעו את הקרקעות של משפחת מוסייבה במקום לשנות את ייעוד הבנייה בקרקע. שינוי ייעוד היה מתמרץ את המשפחה לפעול להקמת המרכז המסחרי מבלי להפקיע. למוסייבה יש קרקע ליד חומות העיר העתיקה ולאחר איחוד העיר היה רצון לבצע הכשרה של יישוב יהודי ואושרה הקמת שכונה יהודית. הקרקעות היו קרקעות של אדון מוסייבה.

העירייה הייתה יכולה לפעול באחת משתי הדרכים שתוארו:

1. **שינוי ייעוד** – ברגע שהאדון יגלה שהקרקע שבידיו שונתה הוא יפעל להקים שם מרכז רווחי.
2. **הפקעה ונתינה ליזם מסחרי אחר** – הדרך שננקטה בפועל. **ביהמ"ש הצדיק את השר אבל הש' דורנר בדעת מיעוט** (לכל אורך הדרך) אמרה **שיש גבול ליכולת לאשרר את פעולת השר** ושישנם מצבים שגם רצון השר הוא לא צורך ציבורי ושיש לפסול את החלטת השר.

**סיכום עד כה**: דנו בטראומה שאפפה את האוכלוסייה האמריקאית בעקבות מקרה ההפקעה של הבית הורוד של סוזט קילו ואף הראנו שבישראל הוכרו הפקעות ככשרות גם כשהצורך הציבורי שעמד בבסיסן היה הרבה יותר "זעום" מאשר בקילו. אוסף פסה"ד מישראל שהצגנו רצה להראות **ששאלת הצורך הציבורי הוכרעה מזמן בישראל** באמירה מאוד פשוטה של הש' שמגר לפיה כל מה ששר האוצר ייקבע שעונה להגדרה של צורך ציבורי – יהיה צורך בעל תוקף ויוכר כמכשיר את ההפקעה, וביהמ"ש לא יתערב בשיקול הדעת של השר.

* **הערה למבחן** – אם צורך של הקמת קרקע חקלאית למשל עלה במבחן והוסבר בהודעה על ההפקעה שזה לצורך ציבורי לא יהיה ניתן לתקוף את הטענה הזו דרך הקביעה שזה לא צורך ציבורי כי שר האוצר החליט בהודעתו שהצורך הוא כזה. **עם זאת, ניתן לתקוף את סוגיית מידתיות ההפקעה (מיד)**.

**מציבוריות המטרה למידתיות ההפקעה**

נעמוד על הפער בין דבריה של דורנר לדבריו של שמגר: כנראה שדורנר דנה במידתיות ההפקעה (שהלכה והתפתחה) ולא דנה בשאלת המטרה הציבורית (שנשארה סטטית וקבועה מאז 1948 ועד היום).

סוגיה זו היא מהלך מתמשך לפיו העליון בודק את מה שהיום אנחנו מכנים "מידתיות". יש לזכור שרוב הדברים נעשו לפני שהמידתיות הפכה לחלק מהמשפט הישראלי (הרבה לפני שנת 1992). **השאלה היא איך לשמור על ערך החירות של הקניין, ובמקביל להכיר בערכים שמחייבים שינויים מסוימים בקניין.** במקביל לשמרנות עצומה של ביהמ"ש בנושא ציבוריות המטרה, מתפתח אוסף פסיקה שמהדקת את בדיקת המידתיות.

המרצה ריכז מס' מבחני פסיקה כדי לבחון את המידתיות (=לקבוע אם ההפקעה היא מידתית או לאו)

**המקור לדרישה זו, שכיום מכונה "מידתיות", הוא בתקופה בה היה הנשיא שמגר היועמ"ש לממשלה**. הוא פרסם הנחיות לפיהן כשהרשות רוצה להפקיע קרקע, אם היא לא מנסה לרכוש את הקרקע הזו במו"מ רצוני מבעלי המקרקעין 🡨 הוא לא יגן על העתירה בבג"ץ. **במילים אחרות, תנאי לכשרות ההפקעה הוא ניסיון לרכישה רצונית במחיר השוק**. רק כאשר האזרח סירב להצעה קמה האפשרות להפעיל את סמכות ההפקעה.

**מאז, יש התפתחות של אוסף מהלכים שמוסיפים למהלך של שמגר** (=המבחנים שהציג המרצה):

ניסיון

רכישה

הסכמי

ביצוע עצמי

איחוד משאבים

שיהוי

תום / שינוי המטרה

מיקום

זכות מזערית

**הפתרון של המשפט הישראלי**

**מידתיות – הולך וגדל**

**ציבוריות המטרה – לא משתנה - קו ישר וקבוע**

**מבחני המידתיות:**

* החלוקה התבצעה בצורה קלנדרית (=רצף התקבלות המבחנים) ולא לפי חשיבות!

במסגרת מבחני המידתיות- כדי להכריע נסתכל האם 7 הרכיבים הללו קיימים או לא, ואח"כ נשתמש במבחני המידתיות.

1. **ניסיון רכישה הסכמי –** ניסיון להגיע להסכמה הדדית טרם ההפקעה (עמדת היועמ"ש שמגר לעיל). במידה ולא היה ניסיון רכישה הסכמי, אותו אדם שממנו מנסים להפקיע יכול לפנות לביהמ"ש. אין לזה מקור חקיקתי, והמקור לכך היה חוות דעת היועמ"ש בתקופת שמגר. אין כללים ברורים לניסיון רכישה, אך חייב להיות הצעה רצינית ולא מבזה.
2. **ביצוע עצמי** – מופיע בהערת אגב בפס"ד מקור הנפקות וזכויות (וגם בפס"ד מהדרין) – **השופט אור** אומר בצורה מפורשת ש"מצב של אפשרות ביצוע עצמי מונע את כשרות ההפקעה". נדגים: נניח שהרשות מסתכלת על הבית שלי, ורוצה להקים עליו בניין של דיור מוגן. אני אומר – אין בעיה, חודש הבא תהרסו את הבניין ואני אבנה את הדיור המוגן ואין צורך בהפקעות. **במצב כזה, אין הפקעה**.

* במהדרין ביהמ"ש אמר שמבחן הביצוע העצמי באמת ראוי שיהיה אחד מהמבחנים אבל במקרה הקונקרטי הקמת הדיוטי פרי זה חלק קטן במכלול נתב"ג 2000 ולכן לא נכון לאפשר ביצוע עצמי.

ביצוע עצמי ייפול על שלושה:

1. כשהיחיד לא יכול לבצע זאת בעצמו.
2. כשזה לא נתפס כראוי שיחיד יקים אותו (למשל הקמת בית חולים ציבורי).
3. כשנסיבות העניין לא מאפשרות, למשל כשהקרקע שלו היא רק חלק מהשטח הדרוש (מהדרין).

נפקא מינה- האם בעל הקרקע שיכול לביצעו עצמאי אבל לא טוען לכך- האם מדובר בהפקעה מידתית? התעלמות המדינה מיכולת ביצוע עצמי אפשר לבטל את ההפקעה.

1. **איחוד משאבים** – פס"ד מקור הנפקות וזכויות – עיריית ירושלים רוצה להקים שכונה (הר חומה). לצורך בניית השכונה העירייה רצתה להפקיע את הקרקעות. זהו אחד המקרים היותר מסובכים, כי אז זה כבר לא בניין אחד, אלא יש בעיה של איסוף. במצב כזה, אי אפשר שכל אחד יבצע ביצוע עצמי, כי זו צריכה להיות שכונה. הש' אור אומר שבאו אליו הצדדים (המון בעלי מקרקעין – כל אחד לבדו) והרשות, והוא אמר להם שהוא לא מאשר את ההפקעה. הוא שלח את בעלי המקרקעין הביתה ואמר להם – אם תחזרו אליי עוד שלושה חודשים באותו מצב, אין לי ברירה אלא לאשר את ההפקעה; **אבל, אם תצליחו להתארגן ולאחד את המשאבים שלכם** (בין אם ע"י הקמת חברה בע"מ, שותפות, נאמנות) כך שתהיו גוף אחד שיכול לבצע את הפרויקט 🡨 אני לא אתיר את ההפקעה. הם נכשלו והקרקע הופקעה (ניתן להם 3 חודשים, זמן קצר מאוד).

* **אם אנשים פרטיים יכולים להתארגן לביצוע במשותף –** **ביהמ"ש יעדיף שהם יעשו זאת כי זה פוגע בהם פחות** – גם מהפן הנפשי של לקיחת הקרקע וגם בהיבט הכלכלי (בהפקעה הקרקע תילקח כשוות ערך לקרקע מגורים ואם הם יקימו פרויקט הם ירוויחו משינוי ייעוד הקרקע, מהקמת המבנה המסחרי, מהשכרת החנויות ועוד).

1. **שיהוי** – חלק מההליכים ברשויות הם ארוכים מאוד וביהמ"ש ייבחן כמה זמן המדינה משתהה בהקמת הפרויקט / הצורך שלשמו הופקע הנכס. בעיה: לכאורה דוקטרינה זו מעקרת את הכוח מהמדינה להפקיע.בג"צ 174/88 יצחק אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה- קרקע של גב"ש שהופקעה למשך 26 שנים- פס"ד יחיד שטענה זו התקבלה**.** ביהמ"ש לא קבע זמן מסוים, אך יש הגבלה בפקודת הרכישה מהם הזמנים שהרשות אמורה לפעול.
2. **תום /שינוי המטרה – המרצה מדגיש שחשוב לחזור ולקרוא את החקיקה בנושא זה**. עניין זה נדון בקרסיק. כל אחד מהש' בסופו של דבר אומר למחוקק לחוקק כדי שזו לא תהיה ההלכה. מה שקובע הן ההוראות שישנן בס' 14 לפק' הקרקעות ואילך. בקרסיק, חשין מציג שני שיקולים מרכזיים שמניעים אותו:
   * זה ימנע הפקעות שאינן יעילות כלכלית – רצוי וראוי שהחיובים האלה לפרסם, לפצות ולהשיב ייפלו על הרשות, כיוון שזה יחייב אותה לבחינת יתר של הצורך בהפקעה. השלכות היעילות של תמרוץ הרשות ושל בעלי מקרקעין קיימים ופוטנציאליים, הן שיקול מאוד חשוב בדיני הנטילה השלטונית.
   * נימוק שוויון מהותי – מטעמי סולידריות חברתית - כאשר תמה המטרה שלשמה הופקעה הקרקע מוצדק להשיב אותה לבעלים המקוריים, כיוון שהוא כבר תרם את חלקו לטובת הכלל.

* 15 שנה לאחר מכן נחקק חוק תיקון פקודה הרכישה, אשר מתקן את פקודת הקרקעות, וקובע בה הנחיות ברורה מתי ובאיזה שלב הבעלים חוזר לתמונה, ומה מעמדו. הקרקע לא חוזרת לבעלים, אלא ישנו שימוע עם הבעלים שיכול להתנגד.
* אם לא תהיה עמידה בכללים של פקודת הרכישה המתוקנת, ניתן לעתור לביטול ההפקעה כלא מידתית.
* התפיסה של חשין היא לא ליברלית אלא ליברטאנית., המרצה לא מסכים איתה.

1. **זכות מזערית** –

המימד הגיאוגרפי האנכי – בג"ץ אקונס (מנהרות הכרמל)– לרשות מותר להפקיע לכל היותר את מה שהיא צריכה לצורך השימוש הציבורי בציר הגיאוגרפי האנכי.בבג"ץ אקונס נאמר שהפקעה לא חוסה תחת ס' 13 (כי זו לא עסקה) ולכן אין בעיה להפקיע. עם זאת, יש לברר מהו המינ' הנדרש להפקעה ורק את המינ' ההכרחי לטובת העניין.לכן, אם מפקיעים לנו קרקע לצורך ציבורי ההפקעה תהיה מינימלית ככל האפשר.

המימד הגיאוגרפי האופקי – ברור לגמרי שאם זה נכון לגבי הציר האנכי, זה נכון גם לציר האופקי.

המימד הציבורי - פס"ד קרסיק – הערת אגב מעניינת – **חשין**: אם הייתם צריכים להפקיע זכות שהיא פחותה מהבעלות, לא תפקיעו את כל זכות הבעלות. אם הייתם צריכים רק את זכות החזקה 🡨 זה מה שתפקיעו.

1. **מיקום –** פס"ד זמר: מחלוקת לגבי השאלה אם יש לקחת את הקרקע למועצה מקומית זמר, או לקיבוץ בחן. צריך להעביר את כביש 6 ולכן ברור שצריך לקחת למישהו. לכן, ניתן לציין לחיוב את מוכנות ביהמ"ש להיכנס לזירה ממש – בחזקת "הכול בדיק", כולל שאלת המיקום. ביהמ"ש מבקש חוו"ד ומשווה מטר-מטר. **הפקעה יכולה להתבטל בתנאי שיש תנאי טוב יותר- אם המיקום למטרה הציבורית איננו רלוונטי או מיטבי.**

* למעשה, יש לבדוק האם המיקום המופקע הוא מיקום ראוי שעונה בצורה מיטבית בנסיבות העניין (לא הכי טוב אלא טוב) על הצורך למימוש הצורך הציבורי.

מדובר במבחנים **שאינם מצטברים** וכל מבחן כשלעצמו יכול להפיל או לפגוע בלגיטימיות של הפקעה. אם נרצה לתקוף הפקעה מהבסיס בצורה חזקה יש לתקוף את מידתיות ההפקעה (ע"פ המבחנים) ולא את ציבוריות המטרה (אך **במבחן** כן להזכיר זאת).

**חלק #3 - "תמורת פיצוי הבעלים":**

## ז.3. הפקעות – הזכות לפיצוי

**מהו פיצוי צודק?** לפי איזה צדק? 4 סוגים של צדק:

* + - 1. **צדק מתקן**- תפיסת הצדק הנוכחית. גורם בעייתי בנטילה השלטונית, אך זו התפיסה הרווחת מתוך הבנה שהגורם הנפגע הוא האדם הקטן והגורם הפוגע הוא המדינה. על המזיק לפצות את הניזוק כגובה הנזק. נקודת ההנחה היא שהנפגע הוא בעלי הקניין, הפוגע- הרשות המפקיעה, ועליה לפצות את הנפגע בסכום הנזק.
      2. **צדק חלוקתי**- יכול לעשות הבחנות בין שיעורי הפיצוי המגיעים לכל אחד מבעלי הקניין. אם מדובר באדם עשיר- אולי לא צריך לפצות בכלל, לעומת אדם עם פיסת קרקע אחת- שלו ניתן פיצוי גבוה יותר מהערך. מאפשר לשנות את כללי המשחק לגמרי ושואל: איך צריך להתייחס לאותו אדם בהתאם לחלקו בחברה. השיוכים הללו אלו סוג של כללי קירוב שבאמצעותם נגיע למסקנה הנכונה. קפלאו ושאוול טוענים שדיני הקניין הנקודתיים, הם לא הנקודה להחלה של שיקולי צדק חלוקתי, מאחר ואין כאן הכללה של כלל האוכלוסייה, מאחר והאוכלוסייה החלשה באמת היא לא בעלי קרקעות. הצדק החלוקתי בוחן את הרווחה המצרפית כולה ומתוך כך מכריע כיצד יש להתייחס לבעלי הקניין הספציפי בהתאם למעמדו ולחלקו בחברה.
      3. **צדק הליכי**- מנסה להכניס את הבעלים לתמונה- חיוב מו"מ, שמיעת התנגדויות, שימועים וכו'. הבנה שגם ההליך הוא חשוב. לתפיסת המרצה ההליך מאוד חשוב כי לא בטוח שאם עושים את ההליך נכון אנו נדרשים לתוספות של סעדים מהפסיקה. יש טענה של פגיעה באוטונומיה- כפיית מכירת הקרקע, לצד הפגיעה הכלכלית שי פגיעה באוטונומיה. מה שמציעים רוב החוקרים זו תוספת כספית מסוימת. מהי הפגיעה באוטונומיה- ההכרח למכור את הקרקע, או ההתעלמות? צדק הליכי מאזן את העניין. לדעת **המרצה** להליך יש משמעות רבה כיוון שאם עושים אותו לא נכון- יכולים להידרש סעדים נוספים. צדק מסוג זה מדגיש מאוד את ההליך עצמו בניגוד לצדק מתקן וחלוקתי שלא מייחסים משמעות רבה לפרוצדורה. **המרצה** טוען שהפגיעה באוטונומיה של בעל הקרקע אינה מתבטאת בלקיחת הקרקע דווקא, אלא בהתעלמות מבעלי הקרקע כאשר אין דגש על ההליך. לכן שמירה על הליך הוגן המשקף לבעלים את מקומו ומאפשר לו להביע את דעתו- יכולה לצמצם את הפגיעה באוטונומיה שלו.
      4. **צדק מאחה**- תפיסה שיכולה להציע מגוון סעדים החורגים מהפיצוי הכספי ובעיקר מענה לצרכים של כולם. גם של הבעלים שנפגע, גם של הרשות וגם של הקהילה כולה. המציאות בשטח היא לא פגיעה של הממשלה בגורם, אלא ניסיון לעשות טוב. לא תמיד הפקעה זה עוול. מנסה למצוא פתרון לכולם באמצעות הרחבת הסעדים- סעדים שנועדו לבטא הכרה בפגיעה, וחלק סעדים מוחשיים כמו קרקעות. לטענת **המרצה** זוהי הסתכלות לא נכונה כיוון שמדובר בעצם בקהילה כולה שהיא בעלת צורך מסוים כדי לתפקד, המדינה היא זו שמפקיעה את הקרקע כדי לתת מענה על הצורך הזה, והקרקע של הבעלים הספציפי נדרשת לטובת מימוש המטרה. הצדק המאחה אמור לאפשר מענה לכל הצדדים להפקעה. תפיסת הצדק המאחה אינה מחייבת את הגורמים השונים להחזיק באותו רעיון לגבי ההפקעה- היא מאפשרת לחלק מהצדדים לראות בהפקעה חיובית, ולחלק אחר לראות בהפקעה שלילית. הכלי המרכזי של הצדק המאחה הוא הכנסה של סעדים נוספים מלבד סעדים כספיים. (לדוג' פיצוי בעין- החלפת הקרקע באחרת וכד'.)

**מהו הפיצוי?**

בארה"ב אין הוראה מהו הפיצוי הראוי. הדבר היחיד שכתוב הוא שהפיצוי צריך להיות צודק. ביהמ"ש פירשו את "פיצוי צודק" כערך שוק הוגן- fmv, כדרישה המחייבת את המדינה להעניק לבעלים פיצוי לפי ערך הקרקע בשוק.

**מטרת הפיצוי לפיכך:**  השבת הבעלים למצבו הכלכלי עובר לביצוע ההפקעה. גישה של צדק מתקן.

**האם פיצוי על פי מחיר השוק של הנכס מבסס צדק?** להלן **היבטים בעייתיים בפיצוי ע"פ מחיר שוק:**

1. **אובדן ערכים סובייקטיביים-** מדידה של מה הבעלים מאבד כתוצאה מהפקעת הקרקע, חוץ מהערך הכלכלי שלה. לדוגמה בגוש קטיף הייתה טענה של "אובדן קהילה".

***בריין לי*** טוען שאין צורך לפצות אדם על קשר מיוחד וסובייקטיבי שיש לו לנכסיו. החברה לא צריכה לשאת בערך המוסף של האדם לנכס. הדבר היחידי שיש לפצות בגינו לדעת בריין לי, הוא פגיעה באוטונומיה. הבעיה הגדולה בהתייחסות לערכים סובייקטיביים היא שקשה לאמוד את ערכו הסובייקטיבי של נכס. לא ניתן להגדיר כמה ערך שווה סובייקטיבית לאדם. אם תהיה הכרה בערכים סובייקטיביים, קיים חשש שאנשים יגזימו ויפריזו בערכם הסובייקטיביים של נכסיהם.

***גדעון פרחומובסקי ואבי בל*** הציעו שיטה להתגבר על כך - הערכה עצמית - נניח שהרשות רוצה להפקיע בית בשווי 2 מיליון. בעלי הקרקע טוען שערכו הסובייקטיבי הוא 3.5 מיליון. כעת יש שתי אפשרויות- או שהמדינה מחליטה לקנות את הנכס ב3.5 מיליון; או שהמדינה מחליטה לוותר על הפקעת הקרקע, אבל מעתה והלאה שוויה ייחשב תמיד לפי הערך הסובייקטיבי שהעריך הבעלים, כלומר 3.5 מיליון. כיוון שיש מיסים המוטלים על בעל הקרקע, ולאור העובדה שייתכן וירצה למכור את הקרקע בעתיד- בעלי הקרקע יצטרך לחשוב פעמיים ולחשב עלות מול תועלת האם שווה לו להפריז בערכה של הקרקע טרם ביצוע ההפקעה.

1. **כשלי השוק ה"מדומיין"-** בארה"ב אין רגולציה בנושא של התחדשות עירונית. יכול להגיע יזם ולשנות את השכונה באופן פרטי. אופציה נוספת היא הפקעות ע"י המדינה, המפקיעה את כל הקרקעות בשכונה 'מתפוררת' ומעבירה אותם ליזמים שבונים שכונה חדשה. בעלי הקרקעות מקבלים את שווי הנכס המקורי שלהם- שבדרך כלל הוא נמוך מאוד כיוון שהשכונה הייתה במצב מפורר ולא שווה הרבה. בניגוד לאופן המתבצע בישראל לפיו בעלי הקרקע הקודמים חוזרים לדירותיהם המשופצות, בארה"ב בעלי הקרקעות נשארים כמעט הומלסים בשל חוסר יכולתם לקנות משהו טוב יותר מביתם המתפורר בשכונה שנהרסה.
2. **הדרת ערכים כלכליים-** קבלת מחיר השוק של הנכס מדיר ערכים אחרים של בעלי הקרקעות. זאת כיוון שמחיר השוק לא מחושב יחד עם עלויות נוספות של הובלה \ תיווך\ חיפוש- אלא מחיר השוק בלבד. יש לכך השלכות בעייתיות במיוחד לחלשים שצריכים לגייס כספים נוספים במטרה לרכוש נכס חדש.

**בישראל-**

ע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה- "פיצויי ההפקעה חוט של קניין משוך עליהם. יתר על כן, "פיצויי קניין" הם. פיצויי ההפקעה באים תחת נכס הקניין, ונועדים הם לתפוש את מקומו של הקניין. אופיים אופי של קניין הוא, אופי של נכס. תחת נכס המקרקעין שהופקע בא נכס שלבושו לבוש פיצויים הוא, ותוכו...." 🡨 כלומר לפיצויים יש משמעות של זכות קניינית ממש.

פקודת הקרקעות אומרת בס' 12 כיצד יש לבצע את שומת הפיצויים:

ביהמ"ש והמחוקק אומרים שהם מודעים לעובדה שכל אדם שהמקרקעין שלו נלקחים בכפייה נפגע ברמה האוטונומית שלו (כי יש פגיעה בחירות הבעלים שלו), אבל בגלל שהחליטו על הפקעה, ובגלל שהם יודעים שהפקעה היא הליך כפוי של מקרקעין 🡨 אין להכניס את הפגיעה באוטונומיה לשומת הפיצוי.

**מאמר שפורסם בשנת 2013 בארה"ב טוען בדיוק ההפך מהגישה הישראלית** (Bryan Lee). לפי המאמר, השומה ע"פ מחיר השוק של הנכס למעשה משקפת את הפיצוי הראוי בכל המקרים (ולכן לא צריך לפצות יתרה על נכסים אישיים בגין פגיעה בעיקרון הפרסונאליות, בניגוד לדעתה של מרגרט ראדין). Lee אומר שאין צורך לתת הגנה כזו והדבר היחידי שצריך לפצות עליו יתרה מעבר למחיר השוק הוא רק על פגיעה באוטונומיה.

מה ההבדל בין הפקעת בית מגורים לבין הפקעת מגרש למשל?

**בריין לי:** לא צריך לתת פיצוי גבוה יותר כי החברה לא צריכה לשאת בערך הנוסף שאתה רוכש לנכס והדבר היחידי שיש לפצות עליו הוא על פגיעה באוטונומיה.

**מרגרט ראדין:** צריך לפצות יותר עקב ערך הפרסונאליות ולכן הפקעת בית מגורים תקבל פיצוי-יתר.

**פקודת הקרקעות**

**הכלל בישראל = פקודת הקרקעות מקדשת את הפיצוי על פי מחיר השוק של הנכס.**

פסק הדין המרכזי בעניין זה הוא הועדה המקומית לתכנון ולבניין קריית-אתא נ' הולצמן. נציג כעת את המבנה הכללי של ההסדרים הסטטוטוריים, תוך התעלמות משאלות שעולות בפסה"ד אך אינן בלב העניין.

**המבנה של ההסדרים הסטטוטוריים - פקודת הקרקעות**

**כלל (ס' 12)**: גובה הפיצוי הוא כשווי השוק עובר להפקעה. כלומר, הערך המוסף שצומח מעצם העברת הקרקע לשימוש החדש, הוא ערך שבעל המקרקעין המקוריים לא מקבל. הסיבה לכך היא שאנחנו מגיעים לשלב הזה אחרי שעברנו את השלב הקודם. ההפקעה היא נטילה מותרת והמעבר מכלל קנייני לכלל אחריות, הוא מעבר **מכוח הדין**. אנחנו נמצאים במצב של כלל אחריות (=ניקח – אבל נידרש לשלם על כך).

**חריג [ס' 20(2) א+ב]**: דיני ההפקעות במ"י, כמו הדומים להם בחלק ממדינות העולם (בעיקר גרמניה ודרא"פ) מכירים גם בחריג לכך – **"סמכות הפחתה"**. רוב הדרמה (כמו בהולצמן) היא סביב השאלה של **היקף החריג**.

סמכות ההפחתה נחלקת לשתי אופציות:

1. **לקחת ללא תמורה** **[ס' 20(2)(א)]** – ניתן לקחת חינם-אין-כסף עד 25% מהקרקע, **מכוח פקודת הקרקעות**. נדגים: סוללים כביש בשכונה מסוימת. לטובת העניין, לוקחים מכל חלקה כמה מטרים, כדי להכליל את המטרים האלה בשטח של הכביש. נניח שלקחו 15% - אז, לא צריך לתת פיצוי (פחות מ-25%).
2. **לקחת בתמורה מופחתת [ס' 20(2)(ב)]** – אם לקחתי יותר מ25%, הפיצוי שאני אתן הוא שווי הקרקע בניכוי שווי 25% מהקרקע. כך למשל בהולצמן, הופקעה קרקע ששווה 1,000 ושולם פיצוי בגובה 600.

* **החריג** - ע"פ פקודת הקרקעות, עד לשנת 2010 **היה ניתן לבצע הפחתת פיצוי** עד ל-25% משווי הקרקע. **בשנת 2010** יצא תיקון לפקודת הקרקעות - החריג בוטל **ולא ניתן לבצע הפחתה** (למעט בהפקעה ע"י רשות מקומית – הסיבה שם היא תקציבית בעיקר ולא שיקול תיאורטי עליון ומשמעותי).

**סייג [ס' 20(2)(ג)]:**

במצבים שבהם חל החריג של סמכות ההפחתה, יש לרשות סמכות שבשיקול הדעת לתת פיצויים נוספים בגין סבל, ובהתחשב בכל נסיבות העניין. הסייג בעצם **מסייג את יכולת ההפחתה**.

* בעיה בסייג - שר יכול לפי ראות עיניו להגדיל את הפיצוי (וייתכן שאף יעשה בזה שימוש לאנשי שלומו).

**המבנה של ההסדרים הסטטוטוריים - חוק התכנון והבנייה**

רשות מקומית יכולה לגשת לחילופין לחוק התכנון והבנייה. לפיכך, גורמים שמבצעים הפקעה יעדיפו כמעט תמיד לעשות זאת דרך חוק זה שמאפשר להם להפקיע ללא פיצויים עד 40% [לפי ס' 190(א)(1)].

* החיסרון: פעולות דרך חוק זה חשופות הרבה יותר לתגובות ציבוריות, מה שיכול להווה מכשול.

**למה הציבור יעדיף שהפקעות יבוצעו דרך חוק זה**? כיוון שעושים זאת במסגרת תוכנית כוללת ומראים לציבור מה הולכים לעשות עם הקרקע ואיך היא משתלבת במרקם תכנוני שלם (בניגוד לפק' הקרקעות).

**נציג שני הבדלים טכניים בין פקודת הקרקעות לחוק התכנון והבניה**

* 1. תכליות ההפקעה:

פקודת הקרקעות – סמכות ההפקעה חלה על **רשימה מאוד צרה** של תכליות – בניית מגרשי משחקים ונופש, סלילת דרכים.

חוק התכנון והבניה – יותר מתירני לרשות – **מרחיב את הרשימה** גם לגנים, שטחי נופש וספורט ועוד.

* 1. רף הפיצוי בהפקעה:

פקודת הקרקעות – מותר להפקיע עד 25% ללא תשלום.

חוק התכנון והבניה – מותר להפקיע עד 40% ללא תשלום.

* חוק התכנון והבניה יותר לטובת הרשות - מאפשר לה להפחית פיצוי יותר ומכסה יותר תכליות הפקעה.

**מהם שני הדברים שחוק התכנון והבנייה מוסיף על פקודת הקרקעות?**

* + - 1. **הגדלת החריג** – דיברנו על כך שהחריג בפקודת הקרקעות היה הפחתה של עד 25% והוא צומצם בשנת 2010 רק למקרים של רשויות מקומיות שמפקיעות מכוח פקודת הקרקעות.

חוק התכנון והבנייה מרחיב את החריג בשני מובנים:

הוא מאפשר הפחתה של עד 40% (ולא 25%).

הוא לא כפוף לתיקון פקודת הקרקעות (=כל גורם שמבצע הפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה יכול לעשות שימוש בחריג של הפחתת הפיצוי).

* + - 1. **הגבלת סמכות ההפקעה** – הפקעה תתאפשר רק כל עוד שווי יתר החלקה שלא הופקעה לא פוחת. אם שווי יתר המגרש שנשאר בידי הבעלים כן פוחת כתוצאה מהליך ההפקעה 🡨 ההפקעה תחולט.

פרשנות בימ"ש קלאסית: ההגבלה תחול רק שעה שלא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשווייה של יתרת הקרקע (ולא בחנו זאת מבחינת שווי של ערך כלכלי).

**לסיכום:**

פקודת הרכישה:

ס'5-> מודיע כוונה להפקעה

ס' 7-> מודיע על תפיסת החזקה

ס' 20 ג'- סמכות שר האוצר להגדיל פיצוי ללא כל שיקו"ד מסודר, יכול לגרום הענקת הטבות לגורמים מסוימים.

מחיר שוק🡨 רק לרשויות מקומיות מותר להפחית 25%.

חוק תכנון ובניה🡨 מאפשר הפחתה של הפיצוי ב40% לפי שיקו"ד הרשות.

מדוע אפשר להפחית פיצוי- בשל ההשבחה שמתאפשרת לבעלי המקרקעין.

**הפחתת הפיצוי מתאפשרת רק בהפקעה חלקית (כי אחרת אין הפקעה).**

בעיה 1: לפעמים אין השבחה אלא ירידת ערך לדוגמה כשיש הוסטל במקום.

בעיה 2: לפעמים ערך הקרקע יעלה אבל האדם כבר לא הבעלים של הקרקע, לדוג' כשיש הפקעה מלאה. (פייצר)

הרצאה 11 – 18.12.16

**מתי, אם בכלל, ראוי להפחית מהפיצוי?**

אחד הרציונאליים העומדים בבסיס הפחתת הפיצוי הוא עליית שווי הקרקע- השבחה שנוצרת לבעלי הקרקע בעקבות ההפקעה. בעיה ראשונה: זה יכול לגרום להפרעה בקרקע שנשארה בבעלות הבעלים המקורי ולהוביל לירידת שווי הקרקע. למשל: אם בונים מפעל או בי"ס בקרקע שהופקעה- הקרקע שנשארה בידי הבעלים אומנם הושבחה, אבל כעת הוא נאלץ לסבול את הרעש של המפעל או של ביה"ס מה שגורם לו הפרעה ויכול להוביל לירידת שווי הקרקע.

בעיה שנייה: אם מפקיעים את כל הקרקע ולא משאירים חלק מהקרקע לבעלים המקורי: כשמפקיעים קרקע לאדם באופן מלא – גם אם יעלה שווי הקרקע פלאים – הוא לא יוכל ליהנות מהעלייה כיוון שהוא כבר לא הבעלים.

פס"ד פייצר (לא בסילבוס)- הגב' פייצר גרה בר"ג עד שלקחו לה את כל הקרקע והופחתו 40% מהתמורה. כאשר העליון נדרש לשאלה מדוע מפחיתים הוא אומר – בלי למצמץ – שמפחיתים 40% **בגלל שהיא תזכה לחלק מההשבחות בקרקע**. בביהמ"ש עמדו מבחינה לשונית על החוק. שאלת ההשבחה עלתה ואכן דיברו על רציונל השבחת יתרת הנכס, אך קשה לומר באמת שהיא זוכה להשבחה כשהיא בפועל כבר לא הבעלים של הקרקע, עקב ההפקעה, ועברה לגור לרעננה. עם זאת, הש' אמרו שאין בחוק דבר וחצי דבר לעניין ההפרדה בין הפקעה חלקית להפקעה מלאה 🡨 ולכן ניתן להפחית פיצוי גם בהפקעה מלאה. על פסה"ד נמתחו אינספור ביקורות. כל בעל דעה נורמטיבי בנוגע לקניין ראה בפייצר משהו מעליב.

דוג' נוספת היא ע״א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ׳ הולצמן: [שתי קרקעות הופקעו בחיפה – האחת בצורה חלקית (שליש ממנה) והשנייה בהפקעה מלאה].

**המרצה** אומר שזה פס"ד מעניין מבחינה תורת-משפטית. המחוזי כבול בהלכת פייצר, אבל מבין את הרוחות הנושבות. **למרות שזה תקדים מחייב, המחוזי מתנער ממנו ואומר שהוא לא רלוונטי**.

המצב שהיה לפני הולצמן – כשעושים בדיקת נאותות לעסקה במקרקעין, בודקים מהו הערך השמאי של החלקה - כמה הופקע בלא פיצוי (נניח 13%), ומתוך זה מפחיתים עוד 27% – ההתייחסות ל-40% הייתה כקבוע.

* הכלל כיום מפס"ד זה הוא שאם מפקיעים חלקה בשלמותה – הפיצוי צריך להיות בגודל של 100%.

לאחר החלטת המחוזי, הועדה המקומית מערערת לעליון ונדחית. ברור לכולם שפייצר כבר לא רלוונטי, ועם זאת - על אף שהשופטים מתלכדים לכדי מסקנה סופית אחת, הקולות של דורנר וברק מאוד שונים:

1. **השופטת דורנר** – מציגה דעה מאוד ברורה, חזקה ובלקסטוניאנית של קניין ושרירות בעלים, עם נגזרות דוקטרינריות שמשתמעות מהדעה הזו: **היא אומרת שלא יכול לעלות על הדעת שהעירייה תיקח את הקרקע אך לא תשלם פיצוי מלא** (כלומר לדידה פיצוי מלא צריך להינתן תמיד והחריגים של אי מתן פיצויים כשמפקיעים 25% ו-40% מהקרקע צריכים להיקרא כ"הרשות יכולה, ומומלץ מאוד שלא תעשה זאת").

* היא מתחילה באמירה **שהפחתת 40% במהותה היא בלתי נסבלת** – "על רקע זה ברור, כי בעקבות הפקעת מקרקעין בשלמותם לא צפויה לבעליהם – שאינם נהנים מן הפיתוח שההפקעה נועדה לקדם ואף לא מפיצויים שישקפו פיתוח זה – כל הנאה שהיא, ואין אפוא הצדקה להפחתת הפיצויים המשתלמים לבעלים כאלה". **עצם הרעיון של הפחתה כשלוקחים קרקע מלאה הוא לא ראוי** – הוא מפלה בין בעל הקרקע לבין שאר הציבור, והוא לא מבחין בין כאלו שנהנים מההפקעה לבין אלו שלא נהנים מההפקעה.
* בהמשך היא אומרת - "כדי שפגיעה בקניין על-ידי הפקעת מקרקעין תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש, יש צורך בפיצוי הוגן ושווה ערך" – **אפשר לחרוג רק במצב אחד, כאשר עקב ההפקעה עולה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים, או שהם זוכים בהנאה שוות ערך אחרת**.
* במילים אחרות, דורנר תכיר בכך שהמידתיות לא נפגעה, רק אם הגריעה מהפיצוי מתקזזת עם תוספת שוות ערך. לכן, **מה שדורנר עושה בעצם, זה לבטל את הסעיף של סמכות ההפחתה. היא אומרת שהפיצוי תמיד יהיה מלא – הוא יכול להיות בכסף, או בשווה כסף**. כל פעם שסמכות ההפחתה תהא גבוהה יותר מהעלייה בשווי הנכסים של המופקע, תהיה בכך פגיעה שעולה על הנדרש.

נתמצת את הרציו של ברק: אין תחולה לחריג במקרה של הולצמן ודומים לו (כשמפקיעים את כל הקרקע). את דברי ברק ניתן לפרש בכל מיני צורות ונבחן כעת כיצד כדאי לפרש אותו במקרים של הפקעות.

**מה יקרה כשלא כל הקרקע מופקעת**? האם נתיר לרשויות לעשות שימוש בחריג באופן גורף או שאחרי שהסברנו בפס"ד הולצמן שרציונל ההשבחה הוא יפה, אך הוא לא כזה שמתממש במרבית המקרים – נקשה על עריכת הפחתות בפיצוי גם במצבים שבהם הופקע רק חלק מהקרקע?

**ייתכנו שלוש פרשנויות לדבריו של ברק:**

1. **פרשנות צרה**: איסור ההפחתה רלוונטי רק למקרים של הולצמן – תקיפת הרציונל רלוונטית **רק** למצבים שבהם 100% מהקרקע מופקעים 🡨 במקרים כמו הולצמן ופייצר, אנחנו עוברים מהחריג לכלל. בכל שאר המקרים – החריג נשאר בדיוק כפי שהיה טרם לכן ומותר להפחית.

ביקורת - מה הבעיה בזה?

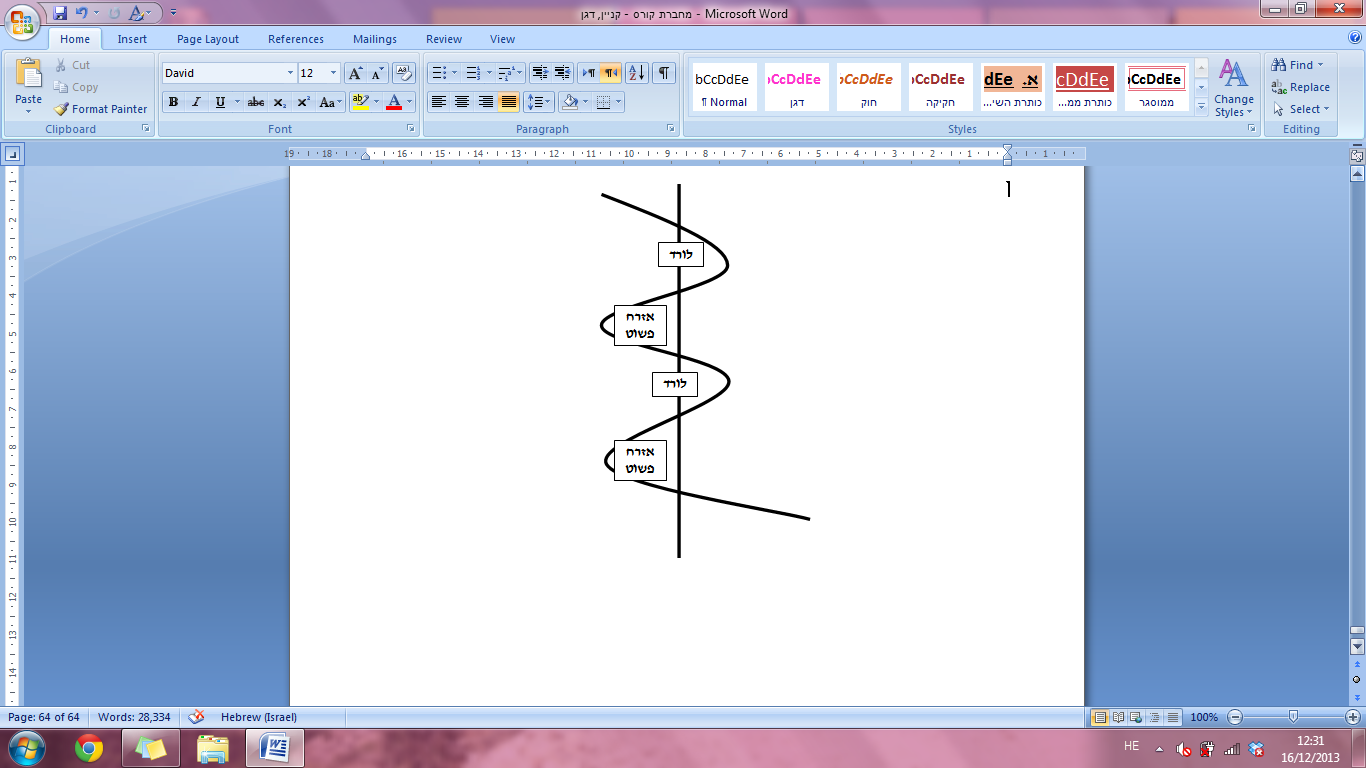
* + 1. אם אין רציונל שמצדיק הפחתה – ולמרות שהחוק מאפשר הפחתה כזו - ביהמ"ש לא חייב לאפשר זאת, קל וחומר לא כ-Default.
    2. גישה כזו היא מצומצמת מדי ולא מאפשרת עריכת הבחנות בין מצבים שונים. גם אם הפקענו 90% מהחלקה ומה שנשאר לנו ביד זה כלום למעשה – עדיין תהיה תחולה לחריג בעוד שאם היינו מפקיעים את העשרה הנותרים היינו עוברים מהחריג לכלל.

**המרצה מדגיש** - נכון שס' 190 לחוק התכנון והבנייה היה עשוי למנוע מצבים כאלו אבל בגלל הפרשנות המצומצמת שניתנה לסיפא בפסיקה אנו עשויים להגיע למצבים בעייתיים אם נקבע שהרציו של ברק בהולצמן רלוונטי רק למקרים דוגמת הולצמן.

1. **פרשנות מרחיבה**: בדיוק כפי שדורנר אומרת – אם לקחו לי משהו אז מגיע לי פיצוי מלא, כך גם ניתן לפרש את דבריו של ברק. הכוונה כאן לקבלת פיצוי מלא ע"פ שווי שוק בכל מקרה ובכל אחוז אותו לקחו לי מהמקרקעין. לכן, אם המדינה/הרשות תרצה להחיל את החריג ולהפחית מהפיצוי שמגיע – היא חייבת לתת הסבר טוב למה, וזה יקרה רק במקרים בהם יש טעם ממשי ומוצדק להפחתה. למעשה, ברק מצווה על הרשויות לא לאכוף את החוק הזה בגלל הפגיעה שנגרמת בזכות הקניין.

ביקורות:

* + - 1. **תפיסה רחבה מדי** – למה? כי היא למעשה שוללת כמעט תמיד את החלת החריג.

****בנוסף, זה רחב מדי כי זה מעוות את התפיסה הרצויה של קניין – זה לוקח את הזכות לקניין והופך אותה לזכות ליברטריאנית מוניסטית שאומרת הזכות לקניין = חירות. אם נתייחס לזה ככה (כמו שדורנר אומרת – "אל תגעו בקניין שלי"), אנו הופכים את הקניין לזירה אטומיסטית (=כל אחד מאיתנו הוא עולם נפרד ואין קשרים וזיקות) – אם לי יש חצי מהקרקעות בכפר שמריהו אבל חייבים להקים שם מכולת – אתם לא תקבלו את השטח שלי אא"כ אני אפוצה עד השקל האחרון. מי שדוגל בקניין כתפיסה ליברטריאנית בהחלט יצדיק תפיסה כזו. תפיסה ליברלית-פלורליסטית-ריאליסטית של קניין מנגד, שדוגלת בכך שלאדם יש גם חובות כלפי הקהילה שלו לא יכולה לקבל את התפיסה האטומיסטית הזו (אטום מלשון בודד).

* + - 1. **אם נלך ע"פ הפרשנות הרחבה שבמסגרתה אנחנו מחויבים לשלם פיצוי מלא על כל הפקעה אנחנו נגיע לפיצוי שהוא** **רגרסיבי** (ההפך מפרוגרסיבי – העשירים יקבלו פיצוי קטן יותר והעניים יקבלו פיצוי גדול יותר).

פיצוי רגרסיבי הוא בעייתי מבחינה חלוקתית. נסביר: נניח שרוצים לסלול כביש מסביב לעיר ונניח שיש קרקעות לסירוגין של עני-עשיר-עני-עשיר. ברור שישתלם למדינה להפקיע קרקעות של עניים ולא קרקעות של עשירים.

**למה התוצאה הזו היא רגרסיבית**? כיוון שלוקחים מלכתחילה ממי שאין לו. כשעירייה או רשות נדרשת לחשוב על הפקעה – היא יודעת שהיא תידרש לשלם פיצוי ואם הכלל יהיה נוקשה ומרחיב – העירייה תעדיף להפקיע את הקרקעות הזולות יותר - אלה שיהיו סביבן פחות עימותים משפטיים וכדומה.

אם הכלל לא יהיה כלל שמחייב מתן פיצוי מלא בכל מצב – העיריות יעשו את מה שהן אמורות לעשות ויהיה להן תמריץ יותר גבוה לעשות זאת – הן יידעו שתהיה להן האפשרות לאזן זאת מבחינה תקציבית. כביש דוגמת הכביש המצורף (=לקחו מהאזרח הפשוט ומהלורד לא) הוא לא כביש יעיל ולא נכון לעשות אותו.

**פרשנות מרחיבה מדי תכונן את הקניין, אתר חברתי וחשוב להבניית היחסים בין אנשים, כמשקף, מכונן ומעצים תרבות אטומיסטית-ליברטריאנית של חוסר אחריות חברתית של כ"א לעצמו.**

1. **פרשנות ביניים**: זוהי הצעה של חנוך דגן שאומר שכדאי לנו לקבוע איך ומתי כדאי לנו לקבוע את הסמכות:

הטבלה שואלת מתי נכון שרשויות ישתמשו בכלי שנתנו להם החוק/הפקודה להפחית פיצוי? השאלה היא פחות למקרים של 100% (שם ע"פ הולצמן-אסור להפחית פיצוי), אלא יותר למקרים בהם מפקיעים פחות מ100% מקרקע.

הטבלה בוחנת 2 צירים:

* + - 1. **הבחנה בעוצמת הזיקה של הבעלים לקרקע (עד כמה ובאיזה אופן)-**
      * מקרקעין מכוננים - חשובים מאוד עבור בעל המקרקעין מעבר לערך הכלכלי– בית מגורים או קרקע שעברה במשך שנים, ולא נמצאים ביד כעוד אמצעי מסחר.)
      * מקרקעין חליפיים - עבור הבעלים של המקרקעין אין בהם ערך מעבר לשווי הכלכלי שלהם. החזקות נדל"ן כאלה ואחרות שעיקרן השקעה.

ההבחנה בין מקרקעין מכוננים למקרקעין חליפיים אינה הבחנה סובייקטיבית של כל קרקע וקרקע (לא בודקים כל מקרה לגופו), אלא זהו כלי עזר כללי לביהמ"ש ע"מ לקבוע מהי ההפחתה הראויה.

* + - 1. **הבחנה בעוצמת המחויבות של בעל המקרקעין כלפי הקהילה-**
      * שימוש כללי – השימוש שיעשה במקרקעין שיילקחו במסגרת ההפקעה הוא לא רק לטובת הקהילה המצומצמת של בעל המקרקעין. למשל: הפקעת קרקע לטובת כביש 6, נתב"ג, תחנת רכבת וכו'. דבר זה מעלה שאלה על היכולת של המדינה לדרוש מהבעלים להקריב את הקרקע שלו.
      * שימוש קהילתני – השימוש שיעשה במקרקעין שיילקחו במסגרת ההפקעה נועד לשמש את הקהילה של אותו בעל המקרקעין למשל: הקמת צרכנייה או בריכה בישוב, בית כנסת, הקמת בי"ח באשדוד. במקרה כזה יש איזושהי מחיבות של בעל המקרקעין לקהילה המצומצמת שלו.

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

**קצה אחד - שימוש כללי של מקרקעין מכוננים:** נכס בעל חשיבות רבה לאדם שההפקעה שלו תיעשה לשימוש כללי- שימוש כלפי כולם. האם במצב הזה צריכה להיות סמכות להפחית את הפיצוי? דגן מציע שבמקרה כזה תהיה סמכות הפחתה מאוד נמוכה עקב התנגשות בין שני הקצוות – מקרקעין מכוננים לאדם ספציפי ומנגד שימוש מאוד כללי לאנשים רבים. מעשית: אם רשות תרצה להפקיע מקרקעין מכוננים לשימוש כללי 🡨 אין שימוש בחריג ולא יופחת הפיצוי אלא במקרים מאוד קיצוניים.

* כשמדובר על מקרקעין מכוננים אנו לא נאפשר לבצע סמכות הפחתה מלאה כברירת מחדל.

**קצה שני - שימוש קהילתני של מקרקעין חליפיים:** כאן ה-Default הוא סמכות הפחתה מלאה (עד 40%). מדוע? מכיוון שהקרקע לא חשובה לבעלים כשלעצמה אך יש ערך רב להפקעה לטובת שימוש קהילתני.

* כשאנחנו חלק מקהילה – זכות הטוב שלנו כמו כפופה בצורה ישירה לזכות הטוב של הקהילה.

**באמצע –** הפחתה בסכום אמצעי לעומת הסכום המרבי מול היעדר סמכות הפחתה – סמכות הפחתה בינונית:

**שימוש קהילתני ומקרקעין מכוננים:** ערך הקהילה ימשוך אותנו לביצוע ההפחתה (מימוש חובותינו לקהילה).

**שימוש כללי של מקרקעין חליפיים:** העובדה שהמקרקעין הם חליפיים תמשוך אותנו לכיוון ביצוע ההפחתה. ע"פ חנוך דגן במקרה כזה צריכה להיות סמכות הפחתת פיצוי בינונית.

**אם נפרש את ברק כמו שדגן מציע** – אין סמכות להפחית את הפיצוי אם לקחנו את האדם ועקרנו אותו מהקהילה שלו כי הפקענו לו 100% מהקרקע. אנחנו לא יכולים לדרוש ממנו חובות כלפי קהילה שהוא לא חלק ממנה ולכן במקרים כמו הולצמן אין סמכות להפחתת פיצוי.

עמדנו עד כה על בירור עוצמת ההפחתה במקרים השונים מהולצמן (=כשהפקענו פחות מ-100%) ונבחן את כל אחד מהמקרים לפי הטבלה (טיב המקרקעין עבור הבעלים ומטרת השימוש במקרקעין).

* **במבחן** יש לדון בכל הגישות (של דורנר ו-3 הפרשנויות שייתכנו לברק. למה? כי אין גישה שהתקבלה עדיין ואחרי הלכת הולצמן אין הכרעה ברורה בהפחתת הפיצוי כשהפקיעו פחות ממאת האחוזים).

**חוץ מפיצוי כספי על הפקעה יש סעד נוסף – דיור חלופי**

חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה:

39. (א) מחזיק הגר במקרקעין מופקעים או שיש לו בהם עסק לא יידרש לפנותם אלא אם הוצע לו דיור חלוף באותו אזור או אזור אחר או שיש לו דיור כאמור; ובלבד שלא יהיה הדיור החלוף באזור המיועד לשיקום בעתיד הנראה לעין.

הוראה ראשונה- כאשר מפקיעים מאדם את ביתו יש לספק לו דיור חלופי.

הוראה שנייה- גם אם בוחרים לתת דיור חלופי באזור אחר – צריך לתת דיור חלופי בשכונה טובה ולא בשכונת מצוקה אחרת שיכול להיות שבעתיד יפקיעו ממנו את ביתו שוב בעקבות בינוי פינוי.

חוק התכנון ובניה, תשכ"ה:

194. בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה בית מגורים שנועד בתכנית להריסה אלא לאחר שהועמד שיכון חלוף סביר למי שהיה דר בבית מכוח זכות שבדין או זכות שביושר במועד פרסום ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין, או, אם רצה הדייר בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר.

### סעדים בהפקעה – לא לימד בכיתה

**FMV** - Fair market value

**מהו הסעד בהפקעה? פיצוי**. מטרת הפיצוי היא לשקף את שווי השוק ההוגן של הנכס (המקור הוא ס' 12 לפק' הקרקעות). בארה"ב באופן עקרוני לא ייתכנו הפחתות בפיצוי בכלל ובגרמניה מנגד המחיר מתחיל כ-default בהפחתה ורק במקרי קצה נגיע ל100% משווי הנכס.

הפקעה היא פעילות ממשלתית שלוקחת בכוח את הקניין אבל עדיין 🡨 הקריטריון הכי אמין ואובייקטיבי שיכול להיות לנו כסטנדרט פיצוי ראוי הוא מחיר השוק. כך למשל, אם נבקש למכור בית ברעננה: נבדוק מה היו מחירי העסקאות בבתים סמוכים וכך נקבע את שווי שוק הנכס (בשמאות – "שיטת ההשוואה").

זה גם מה שהמחוקק בס' 12 לפקודת הקרקעות הנחה אותנו:

* + - 1. הפיצוי יהיה ע"פ שווי של מכירה מרצון.
      2. לא מתחשבים בעובדה שהמכירה נעשתה בכפייה.

האם פיצוי בשווי שוק הוא הוגן? ישנן מספר גישות לכך. הגישה העיקרית אומרת שיש לשלם את מחיר השוק כיוון שיש אינטרסים אחרים שעומדים (דוגמת האינטרס הציבורי, זיכרונות ילדות, תועלת הציבור, קושי ביכולת הערכת פגיעה סנטימנטלית, חוסר רצון ליצור מצב שביהמ"ש פוסק בצורה אד-הוקית ועוד).

נשאל האם נכון (והאם רצוי) לחשוב גם על סעדים אחרים בהפקעה (חוץ מ-**FMV**)?

1. **פרמיה קבועה –** תוספת פיצוי קבועה שלא תשתנה בין בעל קניין אחד לבעל קניין אחר (בדומה לאוטונומיה אצל Bryan Lee) – עדיף לעשות זאת נומינלית - בסכום קבוע ולא באחוזים. נדגים: אם הקרקע שווה 100 ₪, בעל הזכות יקבל 105 ₪ עקב פגיעות נלוות. בפס"ד קילו מדינות רבות חוקקו שהפקעה שכוללת בית מגורים ונעשית לצורך פיתוח כלכלי תזכה את הבעלים בשווי השוק של הנכס + פרמיה מסוימת (שנעה בין 25%-100% תוספת). המטרה היא כאמור לתמרץ את היזם שלא לדרוש דברים כאלה.

מה היתרון?זו פרמיה קבועה שחוסכת עלויות. בנוסף, היא גם יותר מצומצמת.

מה החיסרון? לא נותן פיצוי הולם בהכרח – יש אנשים שאינם קשורים לבית המגורים שלהם למשל.

1. **פרמיה משתנה** – זוהי אפשרות נוספת - פרמיה ע"פ ערך דיפרנציאלי (משתנה – נבדוק פר אדם עד כמה עוצמת הערכים שבגינם אנחנו מפצים היא מהותית עבורו).
2. **הסרת חסמים בירוקרטים** (=מתן סעדים שאינם ישירים – משכנתאות נוחות, סובסידיות, הפחתות במס ועוד). מדובר בדברים בעלי ערך כלכלי אך לא ניתן לקשור אותם באופן ישיר להפקעה.

באפשרות זו יש גם חיסרון: מדובר במגוון רחב ומשתנה של סעדים וייתכן שהדברים ייצאו מכלל שליטה – כך למשל, ייתכן שמקורבים למקבלי ההחלטות יקבלו סעדים מעל לרמה שמגיעה להם (קומבינות).

* שלושת הסעדים האחרונים יינתנו במקביל ובנוסף למחיר השוק, והם לא מגולמים בו.

1. **העתקה –** קבלת בית בתמורה.
2. **\*קרקע חליפית –** החוק בישראל מאפשר החלפה של קרקע בקרקע (**\***אך זה כמעט ולא קורה). אופציה זו תצא לפועל בעיקר במקומות שבהם לא נכון שזה יתרחש.

**סעד שווי השוק (=FMV) הוא הסעד העיקרי כמעט בכל העולם המערבי!**

מה קורה לערכים חוץ-שוקיים כמו למשל ערך של קהילה, אישיות ואוטונומיה?

**האם ניתן לבצע קומודיפיקציה** (=הסחרה / סחר) בערכים כמו קהילה, אישיות ואטונומיה? כך למשל, אם ניתן פיצוי עודף של 100,000 ₪ עבור זיכרונות ילדות בבית – אנו למעשה שמים לזה תג מחיר וממסחרים את זה.

**מה הבעייתיות?** בהסחרה של דברים שלא צריכים להיות שוקיים אנו למעשה נופלים למלכוד כפול: (1) לא נרצה לתת לדברים ערך שוקי (2) יש שצריכים כליות למשל ואם נמנע ערכים שוקיים תהיה פגיעה מהותית.

**פיצויים עבור אובדן קהילה?**

דיברנו על אישיות בעיקר בהקשר של בתי מגורים. אובדן הקהילה הוא תחום שעלה לראשונה לדיון אקדמי במאמר של גדעון פרחומובסקי ופיטר סיגלמן. הם דיברו על קהילה בארה"ב וטענו שגם לפי גישת אנשי משפט וכלכלה יש צורך בפיצוי על אובדן קהילה (Loss of communality). במקרים אלו, נכון לדעתם לעשות סעד אחר מ-FMV והם טוענים שבמקרה שבו הקהילה נלקחת 🡨 הסעד צריך להיות גבוה יותר.

**לטענתם, פיצוי על קהילתיות זה גם הוגן וגם יעיל**: מעצם העובדה שאנשים מייחסים ערך לקהילה שלהם – יש הפסד בעולם ולכן צריך לפצות.

השניים דיברו על שלושה סוגים של הפקעות (שמשפיעים על האוכלוסייה):

**הפקעות של בודדים (Isolated)** – באתי ולקחתי קרקע של אדם אחד מתוך קהילה שלמה. לא פגעתי בקהילה וריסקתי אותה. לכן, הדבר היחיד שניתן לחשוב עליו במצב כזה הוא פרמיה קטנה על האובדן.

**הפקעות Tipping** – מגיעים בהפקעות לאיזון שעשוי לסכן את קיום הקהילה – אנחנו לא יודעים במאת האחוזים מה יקרה כשניקח את מחצית הקהילה החוצה ויש סכנה להמשך קיומה.

**הפקעות Clearings (מלשון ניקוי)** – עקירת הקהילה בשלמותה ובמצב כזה לדעתם יש לתת פיצוי In kind - פיצוי בעין (כלומר – העתקת היישוב).

**חוק יישום תוכנית ההתנתקות**

למפוני גוש קטיף לא היו זכויות קנייניות ברצועת עזה מכיוון שברצועת עזה היה משטר קנייני של ברי-רשות (ע"פ הדין המצרי).

כיוון שזו לא הפקעה, המדינה חוקקה חוק ספציפי המדבר על הסעדים של הפינוי (מכיוון שלא ניתן להשתמש בחוק המדבר על פיצויים על הפקעות-כי זו לא הפקעה.

בנוסף, המחוקק הישראלי מכיר בצורה ברורה בעובדה שלא כל הפקעה צריכה להתבצע בצורה דומה. הפקעה זו לא התבצעה מכוח פקודת הקרקעות/חוק התכנון והבנייה אלא באמצעות חוק שחוקק אד-הוק לתוכנית זו.

למעשה, חוק זה מכיל מאפיינים שאנחנו לא מכירים ממקומות אחרים. מטרת החוק היא לתת פיצויים הוגנים בנסיבות (כיוון שפיצויים לפי החוק הרגיל כנראה לא היו מגיעים לתוצאה צודקת, הוגנת וראויה).

**מה הפיצוי שניתן**? ראשית, פיצוי של **FMV** על בית מגורים, עסק, עבודה ועוד (100% משווי האובדן שלך).

**בנוסף**, חוק היישום נותן שני סעדים מרכזיים (שלא דנו בהם עד כה):

* + - 1. **פרמיה בגין ותק** – זהו הפיצוי עבור הפגיעה באישיות. אנשים שגרו במקום מסוים למשך X שנים צריכים לקבל פרמיה על הסבל הנוסף שנגרם לכם מעבר ל-FMV. במקרה של חוק ההתנתקות הפרמיה חושבה לפי הוותק ביישוב. הרציונל הגיוני: ככל שהיית יותר זמן בבית, כך הקשר שלך אליו חזק יותר ולכן אנחנו ניתן לך סכום מסוים על כל שנת חיים. בנוסף, ניתן כאן פיצוי עבור ותק גם לדיירי הבית (וביניהם ילדים) ולא רק לבעלי הבית (וזה משהו שאין בנמצא בהפקעות רגילות).
      2. **העתקה קהילתית** – בס' 85 לחוק נאמר שכל 20 אנשים מיישוב כלשהו בשטח המפונה יכולים לתבוע ולדרוש העתקה קהילתית. החוק נשאר מאוד עמום בכוונה והשאיר שיקול דעת רחב למנהלת סלע והתנה כל הסכם כזה בחתימה של הממשלה על ההסכם.

מה הבעייתיות בכך? למה לתת לקבוצות של 20 לעשות זאת? למה לא שהקהילה תתבע את זה וזהו? מעבר לכך, אם עודדנו "קיבוץ גלויות של מפונים" שביקש להקים יישוב חדש ואנחנו נותנים להם סעד "קהילתי" כאשר הם בגדר יישוב חדש, זה קצת בעייתי. למה שהמדינה תשלם על זה עבורם ולא לאדם אחר?

* הבעיה היא שחלק גדול מסעד ההעתקה הקהילתית ניתן למעשה לאנשים שלא רצו בכלל להמשיך לגור בהתיישבות קהילתית.

הרצאה 12 - טל רוזנווסר – 21.12.16

פיצוי עבור אובדן קהילתיות

**איך צריך לבדוק מודל של פיצוי עבור קהילות? – הדיון הוא בשלב היציאה מהשיתוף (כפויה)**

**האם לקהילה יש תפיסת טוב משותפת?** לחלק מאנשי גוש קטיף למשל הייתה תפיסת טוב משותפת ולחלקם לא הייתה. חלק מהיישובים היו "יישובי שינה" (באו רק לישון בהם) והם היו נטולי זיקה כלשהי.

**מה תפקיד שתה"פ במימוש תפיסת הטוב**? נזכיר- תפקיד שיתוף הפעולה ממוקם על פני ציר: לא קיים > מסייע > מוסיף ערך > מכונן.

**מה השפעת ההפקעה על הקהילה**? (כזכור – שלושת סוגי ההפקעות שדנו בהן מקודם – Isolated, Tipping, Clearing). הרציונל הוא שלפני שנשפוך כספים וניתן פיצוי לא מובחן על רקע קהילתי, נכון לבחון את מהות ההפקעה ותוצאותיה.

Isolated - הפקעת קרקע לאדם אחד או אנשים בודדים שלא פוגעים בקהילה.

Tipping - הפקעה המהווה סכנה להריסת הקהילה.

Clearing - הפקעת כלל הקרקע והריסת הקהילה מהיסוד.

**מהו החוסן הפוליטי-כלכלי של הקהילה**? משאבי המדינה צריכים לתת מענה לבעיות, אך המשאבים הם מוגבלים. כאשר יש קהילה חזקה יותר מבחינה פוליטית-כלכלית, האם הפיצוי יהיה נמוך יותר וכאשר לקהילה אין חוסן כלכלי האם על הפיצוי להיות גבוה יותר? שאלה זו נובעת מתפיסה פלורליסטית שאומרת שהמדינה צריכה לאפשר לתושבים שלה לחיות בהתאם לתפיסות הטוב שלהם. למשל: אם מפקיעים את הקרקע של "קהילת סביון" לעומת הפקעת הקרקע של קהילת חרדים בבית שמש, ולעומת הפקעת קרקע של קהילה בדואית בנגב.

נדגים: אם אני רוצה לגור ביישוב דתי-רפורמי בגליל למשל, המדינה צריכה לאפשר לי את זה לפי הגישה הזו. עד כמה היא צריכה לאפשר לי? אני צריך קרקע לטובת העניין. האם המדינה מחויבת להקצות לי קרקע כזו?

אם ע"פ האמונות שלי אני חייב לשתף פעולה עם אחרים – החובה של המדינה הפלורליסטית לאפשר לי לעשות את זה עולה. עם זאת, צריך להתייחס גם לשאלת החוסן הפוליטי-כלכלי של הקהילה – כלומר, ע"מ לקבוע את עוצמת החובה הפלורליסטית של המדינה לאפשר לתושביה לחיות בהתאם לערכים ולאמונות שלהם יש לבחון גם את היכולת של הקהילה (או אנשים) לממש את זה בכוחות עצמם. למה? כי אין הצדקה שהמדינה תממן את הפעילות הזו אם הם יכולים להרים את הפרויקט בעצמם והיא צריכה רק לאשר את זה.

* ככל שאנחנו דוגלים בגישה פחות פלורליסטית – החובה של המדינה לאפשר את זה פוחתת!

**בעיית הקומודיפיקציה** – כאשר מנסים להעריך, לאמוד סכום (לתמחר) פגיעות/נושאים אתיים/מוסריים שגורמים לנו להרגיש לא בנוח עם ההערכה הכלכלית של זה. למשל: איזה סכום הייתי מסכימה לקבל התמורה לכך שיתנו לאמא שלי סטירה בלחי? איזה סכום היינו נותנים למפוני גוש קטיף בתמורה להוצאתם מביתם?

פיצוי עבור אובדן קהילתיות

ככל ששיתוף הפעולה חזק יותר וככל שיש לנו תפיסת טוב מגובשת יותר וההפקעה פוגעת במרקם הקהילתי - אנחנו נפנה לפיצוי מהותי יותר שיאפשר את המשך קיום הקהילה וההיפך.

גאנט הפיצוי (מימין לשמאל – אין קהילתיות לקהילתיות מהותית)

שווי שוק **🡨** פרמיה אחידה **🡨** פרמיה משתנה **🡨** הקלות שונות **🡨** העתקה קהילתית

**לא נלמד בשיעור - מכאן:**

**נטילה שלטונית – חזרה מהפקעות (=הבעלים הקודם חוזר להיות הבעלים של הקרקע)**

בפס"ד קרסיק (הפקעת המקרקעין בחולות אולגה) ביהמ"ש המליץ למחוקק לתקן את החוק ולאפשר זאת.

התיקון שהומלץ התרחש 15 שנה מאוחר יותר והורכב משלושה תיקונים עיקריים לפק' הקרקעות:

1. **ביטול הפחתת הפיצוי** (דרך הפקודה ולמעט רשויות מקומיות).
2. **הקמת ועדה מייעצת ושימוע טרם ביצוע הפקעה (בכל הפקעה)**.
3. **חובת תחימת זמן ההפקעה** (ס' 14א ו14ב לפק' הקרקעות) – משם לומדים מה המחוקק יישם מההמלצה של בית המשפט – עקרונית, בניגוד למצבים שקדמו לתיקון הזה בהם רשויות שלטוניות החזיקו קרקעות רבות בידם מבלי לעשות בהם שימוש, כיום אין לכך הצדקה (המקסימום שניתן להחזיק – 17 שנה).

* **למבחן** - הכרחי לדעת את שלוש התוספות ולהתייחס אליהן (ולא צריך לדעת את חישובי השנים).

## ז.4 פיצויים בגין גריעות תכנוניות

כזכור, דיני הנטילה השלטונית בתחום המקרקעין מתחלקים לשני ענפים:

1. מצבים שהם המדינה לוקחת לי את כל הקרקע – הפקעות – **הדיון שהיה עד כה**.
2. מצבים שבהם המדינה לוקחת לי חלק מהזכויות בקרקע – גריעות תכנוניות – **נדון בזה כעת. אלו הם מצבים שבהם הרשות לא נוגעת בגודל הנכס שלי, אלא בזכויות שיש לי בו.**

מבחינות רבות, מצב זה דומה להפקעות – מה ההבדל האופרטיבי בין מצב שהרשות אומרת ש-20% מהנכס שחשבתי שיש לי כבר לא שלי לבין מצב שבו יש לי את אותו הנכס במובן הפיזי שלו, אבל 20% משוויו נעלם?

הרשות יכולה לשנות את הזכויות שיש לי במקרקעיי: בניגוד להפקעות שהן דרמטיות אבל קורות באופן נדיר יחסית, נזקי תכנון קורים מידי יום וכמעט כל תוכנית מתאר משנה זכויות ובהגדרה– מישהו מרוויח ומישהו מפסיד.

נדגים מתי זה קורה (**ולא רק כאשר יש תוכנית מתאר):**

1. כאשר עירייה משנה את המצב בכבישים – איפה יש ואיפה אין כניסה למשל – מישהו מרוויח ומישהו מפסיד.
2. כאשר משרד העבודה והרווחה משנה את כללי הבטיחות בעבודה – מישהו מרוויח ומישהו מפסיד.
3. כאשר המשרד לאיכות הסביבה קובע הסדרים – מישהו מרוויח ומישהו מפסיד.

**המבנה הדוקטרינרי של פרק ט' לחוק התכנון והבנייה – ס' 197**

כאשר קוראים את הפרק בעין לא מזוינת, נראה שהוא בנוי בצורה של כלל וחריג.

ס' 197 תביעת פיצויים: 197. (א) נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200 🡨 **לכאורה, הכלל**: אם תוכנית גרמה לפגיעה במקרקעין שכנים (לא כהפקעה אלא כדרך אגב) נוצרת זכאות לתבוע פיצויים מתוקף ס' זה (בכפוף להגבלות של ס' 200 שנציג מיד). **נדגים ונסביר:**

האם הבעלים יכולים לתבוע דרך ס' 197?

**תלוי**. עליהם להוכיח קודם כל שהזכויות בנכס שלהם נפגעו כתוצאה מהתהליך.

איך נאמוד את הפגיעה? **ע"פ שווי השוק** של השימושים נקבע האם נפגעו תכונות הקרקע.

###### רצועה שהופקעה להקמת קווי חשמל

אם כתוצאה מהפקעת הרצועה איני יכול לעשות שום פעילות (בכל אחת מארבע החלקות המתוארות) אבל גם לפני כן לא היה ביכולתי לעשות פעילות כי הקרקע היא אדמת טרשים למשל – אני לא אקבל פיצויים כי המקרקעין לא נפגעו (זו תהיה תשובת ועדת התכנון) ואז אין טעם בכלל לערוך שומה לקרקע.

* לכן, מה שמשנה זה האם נפגעו תכונות של הקרקע (=היכולת הריאלית שלי לממש אותה)!

שאלה: מה ההבדל בין הפקעה לגריעה תכנונית? בהפקעה הנכס עוזב אותך והולך לאחר בעוד שבגריעה הוא נשאר שלך ויכולות המימוש מוגבלות. בנוסף, בהפקעה יש פגיעה ישירה בנכס בעוד שבגריעות הזכויות נפגעו בפגיעה עקיפה. הפגיעה יכול שתהיה עקב מהלך שבוצע בנכס שצמוד לשלך ולאו דווקא באופן ישיר בשלך.

נדגים גריעה תכנונית מהתקנון של תמ"א (=תוכנית מתאר ארצית) 10 (פריסת קווי חשמל) בס' 5 שלה:

בכל תמ"א יש שני אלמנטים: (1) **תקנון -** מלל שמסביר הכול. (2) **תסריט** - העלאת הקווים על מפה ושרטוטי הביצוע. בדוגמא שמוצגת נאמר בתקנון מהי מטרת התוכנית. כבר בתוכנית מצוין אילו חלקות ייפגעו כתוצאה מהמהלך המדיני בצורת רישום של גוש / חלקה. האם ניתן כעת לגשת ולהתחיל בביצוע? לא. צריך לקחת את הדברים ולהוריד אותם רמה לרמות האזוריות והמחוזיות. יש לפרוט את התהליך ולדון בכל הסוגיות העולות ממנו.

בהמשך מתוארים סוגי שטחים שהתוכנית חלה עליהם:

**שפ"פ** – שטח פרטי פתוח. השאלה בדוגמא היא עד כמה מתכוונים לבצע הפקעות? בדוגמא נקבע שהשפ"פ ישמש כחגורת ירק להפרדה וחיץ בין שטחי התוכנית לשטחים אחרים. עם זאת, חברת החשמל כן תוכל לעשות בהם פעולות (הבעלות נשארת אבל יש לחברת החשמל רשות חופשית לעשייה).

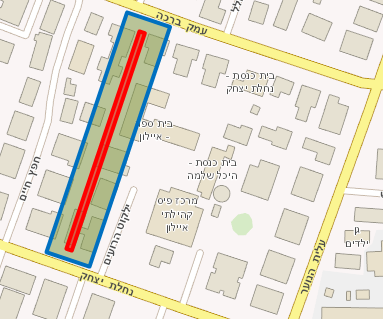
**מס' זה נלמד את ההבדל בין גריעה תכנונית להפקעה.** אילו מגבלות תמ"א מטילות על בעלי מקרקעין?

הקרקע נשארת של הבעלים אבל! אסורה בנייה ברמות גובה מסוימות, מותר לגדל חקלאות רק בכמות מסוימת, נקבע להם כיצד ואיך יש לאכסן חומרים בשטחים הללו ועוד. כל אלה הן גריעות תכנוניות שפוגעות בזכויות!

כלומר, לא לקחנו לכם את הקרקע (וגם לא הורדנו אותה לאפס שימושים כי מותר לעשות אי אלו בניות זוטרות בקרקע באישור ולאחר התייעצות של חברת החשמל). **לכן,** **לא מדובר בהפקעה אלא בגריעות תכנוניות.**

מצד שני, צריך להיות מודעים גם לעובדה שרוב הקרקעות שעליהן מכילים תמ"א 10 כאלה הן חקלאיות וזה סך השימושים שעושים בהן – כלומר אין באמת שינוי מהותי בייעוד.

**זו הסיטואציה המתוארת בתסריט:**



זוהי תמונה מוגדלת של האזור שבתוך השטח שתחום בקו כחול (=קו הגבול)

רצועת שטח שהופקעה לטובת הקמת קווי חשמל

רצועת שטח שלא הופקעה ובה יש גריעות תכנוניות

רצועת שטח שלא הופקעה ובה יש גריעות תכנוניות

**למה נפקיע את קו החשמל שבמרכז**? כיוון שזה לא משנה אם נשלם דרך ס' 197 או דרך הפקעה מלאה – בלאו הכי שווי הקרקע שעליה עומד עמוד החשמל בפועל הוא כלום ושום דבר.

**למה על השטחים שמסביב מחילים גריעות תכנוניות דרך ס' 197 ולא מבצעים הפקעה**? כיוון שאין למדינה רצון לשלם פיצויים מלאים.

לאחר הפקעת קו החשמל שבמרכז, בעלי המקרקעין שברצועות שלא הופקעו יכולים להגיש תביעת פיצויים דרך ס' 197 בטענה שנפגעו להם המקרקעין. בעל המקרקעין צריך להוכיח שמשהו פגע בתכונות מקרקעיו (ולא מספיקה רק פגיעה בשווי! צריך **פגיעה בתכונות!**). כך למשל, אם נניח הייתה הקפאת בנייה מדינית ובלאו הכי לא היה ביכולת לעשות דבר עם הקרקע בפועל – הועדות לא יאשרו פיצוי. למה? כי לא הוכחה פגיעה בתכונות של המקרקעין שבגינה נפגעו זכויותיו.

מה עם האנשים שנמצאים מחוץ לקו הכחול? הם יכולים לטעון שיש להם פגיעה כי הם גובלים בשטח התוכנית.

סיכום ביניים: ס' 197 אומר שאם נפגעו מקרקעין שלא בדרך של הפקעה (הרשות משאירה לנו את הקרקע שלנו) 🡨 **המדינה צריכה לשלם, תחת תנאים מסוימים, פיצויים**. תקופת התיישנות מיום תחילת תוקפה של התוכנית (=שאושרה) היא שלוש שנים ושר הפנים יכול להאריך זאת אם אין סיבה דרמטית שלא להאריך.

**החריג לכלל (לכאורה) - ס' 200 - פטור מתשלום פיצויים**

200. לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים 🡨 לכאורה, החריג, מלווה ב-11 סעיפים קטנים.

ס' זה מדבר למעשה על שלושה תנאים מצטברים לשם שלילת פיצוי לפי ס' 197: (1) **תנאי תכנוני** (=כמעט הכול) - אם זו תוכנית שרשומה באחת מ-11 התוכניות המנויות; (2) **סבירות** - הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין; (3) **צדק** - אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים.

**כלומר**, כשבודקים תוכנית מתאר חשוב לבחון את 11 המצבים המתוארים. עם זאת, **המרצה אומר** שזה לא המצב. כיוון שבתת-הקטגוריות של ס' 200 יש כמעט כל מקרה אפשרי של סוגי פגיעות תכנוניות 🡨 לס' 197 כמעט ולא נשאר באמת על מה לחול.

**היחס בין ס' 197 לס' 200 הוא עיקר הדיון המשפטי**

**במבחן**: אם יש קייס של הפקעות ויש פגיעה גם ע"י תוכנית מתאר חייבים לעמוד על המתח שבין שני הסעיפים. **בפועל** – תובעים תוקפים ישירות את התנאים של **סעיף** 200, כי אין סיכוי ריאלי ליפול לגדרי סעיף 197.

פס"ד ע״א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע״מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא: פרי הארץ היא בעלת מגרש בכ"ס מאז שנת .1933 מאז 1970 חלה על המגרש תמ"א שלפיה הוגדר המגרש כאזור מגורים ג' ועמדה לעבור בו דרך, ולצורך זה יועד חלק מהמגרש (%29.2) להפקעה ללא תשלום פיצויים דרך חוק התכנון והבנייה (מותר כזכור עד 40%). במשך שנים נדחו בקשותיה של פרי הארץ להיתר בנייה על המקרקעין. ב-1982 פורסמה תכנית חדשה, שהגדילה את השטח במגרש המיועד לשטחים ציבוריים, ושונו תנאי הבנייה. פרי הארץ התנגדה ופנתה למחוזי כדי שייקבע את שיעור הפיצוי המגיע לה עקב הפגיעה במגרש על-ידי התכנית החדשה. המחוזי קבע כי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה פטורה מתשלום פיצויים למערערת מכוח סעיף 200 לחוק התכנון והבניה ומכאן הערעור, שנסב על משמעותם ואופן פרשנותם של סעיפים 197ו- 200לחוק.

פס"ד זה שולל את התפיסה שרווחה במשפט הישראלי לפיה לא מעניקים פיצויים עקב גריעות תכנוניות. הש' מלץ בצעד אמיץ תוקף את כל הפרקטיקה לפיה רשויות גורעות חלק מהשימושים במקרקעין מבלי לשלם כסף (**וזוהי הלכה נוספת שנובעת מפסה"ד** – יש שינוי של הפרקטיקה. קודם ניגשים לס' 197 ורק אז בוחנים את ס' 200 ואם זה מתאים לתנאים שבו – לא ישלמו. כיום, הנחת המוצא היא שכן ישלמו ולא ההיפך כמו בימים עברו).

**דבר נוסף**: זוהי פעם ראשונה ששופטים מדברים על שיקולים נורמטיביים (**צדק חלוקתי ויעילות**).

**הש' מלץ** שם על השולחן בצורה מאוד דרמטית את השיקולים הנורמטיביים שמנחים את דיני הנטילה השלטונית. אי אפשר לקרוא את פסה"ד, בלי לשים לב **ששיקולים של יעילות וצדק** הם שיקולים שחשיבותם דרמטית לגבי הצדקת דיני הנטילה השלטונית, והגריעה התכנונית בכלל זה, ולגבי הפרשנות של הדינים האלה.

**האופן הקונקרטי שבו מלץ מפעיל אותם**:

1. **השיקול הכלכלי-ענייני (=יעילות)** – אנחנו רוצים לתמרץ את הרשות השלטונית לפעול באופן יעיל. כדי שהיא תפעל באופן יעיל, היא צריכה ש"הכיס יכאב", ולא רק ש"הפה יזוז". השיקול הזה תומך בפיצוי.
2. **צדק חלוקתי** – זה בא לידי ביטוי במשהו שנתפס כמובן מאליו – לא ראוי שפלוני יישא בעלויותיה של פעולה שמיטיבה עם כולנו לבדו, ולכן גם שיקולים אלה מובילים באופן חזק למדי לפיצוי.

מלץ אומר ששני השיקולים הללו פועלים לטובת בעל המקרקעין, למה?

* **השיקול של יעילות** אומר שאם לא נחייב את הרשות לפצות על כל פעולה שלטונית הרשות לא תפנים את העלויות האמיתיות של הגריעה התכנונית שנגרמת עקב הפרויקט שהיא יוזמת.

אם אני לוקח קרקע או פוגע בה ולא משלם על כך – למעשה במשוואת העלויות שלי זה שווי אפס, ואז אני אהיה הרבה יותר קל על ההדק מבחינת ביצוע הפרויקט. במצב כזה, לא באמת ניתן להעריך נכונה את היעילות של הפרויקט. עובדת התעלמות הרשות מהערך הכלכלי שנפגע מעוותת את תמונת המציאות שלה.

* **בהקשר של שיקול הצדק החלוקתי** (כשחשין בפס"ד הורוויץ מלמד אותנו שמלץ מדבר על צדק מתקן ולא על צדק חלוקתי) – סביר להניח לדעת מלץ שפגיעות תכנוניות בקרקעות נופלות על קרקעות של אלה שהם פחות חזקים בחברה ויש בזה משהו לא תקין – לא ייתכן מצב שבו אדם שנפל בגורלו המקרה המצער שהקרקע שלו כלולה בתוכנית לא יקבל פיצוי על הקרקע, ולמעשה הוא יסחב על גבו את הנטל עבור כלל החברה.
* מלץ מוסיף מבחן לקביעת רמת הסבירות: נקבע את מידת הסבירות לצורך קיומו של התנאי לפי **מבחן ירידת הערך של המקרקעין**. אם שיעור ירידת הערך הוא סביר – הפגיעה תותר. זהו מבחן מעשי וכלכלי לבדוק האם תנאי הסבירות מתקיים האם לא.

**נסכם – מה נכון לקחת מפס"ד זה**?

(1) צריך להעניק **פיצוי**; (2) הכנסת **שיקולים נורמטיביים** לתוך שאלת הגדרת הפגיעה בזכות לקניין (בהקשר של גריעות תכנוניות); (3) **נקבע מבחן** **כלכלי מעשי למידת סבירות הפגיעה** (=מבחן ירידת הערך).

האם התפיסה של מלץ לקניין בפס"ד זה היא ליברטריאנית או ליברלית?

**ליברטריאנית** – תפיסה פילוסופית לפיה צריך לשמור על חירויות האזרח באופן כמעט מלא ותפקיד המדינה צריך להיות מאוד מצומצם ("שומר לילה"). מבחינה קניינית – המדינה צריכה לשלוח את ידיה כמה שפחות לתוך הכיסים והנכסים שלנו ואסור לה להיכנס לקניין הפרטי שלנו. אם היא עושה זאת – אנו זכאים לפיצוי מלא (ואפילו בסכום גבוה יותר כתוצאה מהרווח שהמדינה / הציבור מרוויחים).

**מבחינה קניינית**, תפיסה ליברטריאנית רואה בד"כ ערך יסוד יחיד והערך הזה הוא חירות הבעלים.

**ליברלית** – תפיסה זו מכירה בחשיבות של זכויות אדם ואזרח באופן עקרוני והיא מבוססת עליהן. עם זאת, היא לא רואה את המדינה כאויב אלא כמערכת הסדרה של הפעילות המשותפת של כולנו. בהקשר שלנו – הראייה של המדינה ככזו מחייבת אותנו לתת לה כוחות הרבה יותר משמעותיים מאשר להיות סתם "שומר לילה". למה? כי ע"מ שנחיה בחברה ליברלית אמיתית שנותנת כבוד לזכויות של אנשים אנחנו צריכים מנגנונים שמופעלים ע"י המדינה ומאפשרים גם לחלשים בחברה לשמור על הזכויות שלהם.

**מבחינה קניינית**, תפיסה ליברלית רואה בזכות הקניין זכות פלורליסטית (מבחינה ערכית) – קרי היקף זכות הקניין, או המשמעות שלה יוכתבו ע"י מס' ערכים שונים (רווחה מצרפית, קהילה, אישיות...) וביניהם נכון שיהיה איזון (שהמחוקק אמור לקבוע מראש ולא ביהמ"ש).

**מלץ הכיר בעובדה שיש מס' ערכים בבסיס הזכות הקניינית (צדק חלוקתי, יעילות וכולי) ולכן המרצה נוטה לומר שהתפיסה שלו היא ליברלית** (למרות שהיא יכולה להישמע שלא בצדק כליברטריאנית).

סיבה נוספת לקביעה היא **שכל הדיון של מלץ מתחיל בשלב שלאחר רף הסבירות**. כלומר, הוא לא שולל מראש רף מסוים של פגיעה שמתחתיו באמת לא נקבל פיצוי עקב החובה לקהילה. זה ייתכן.

**בעייתיות בהסבר של מלץ (בעיקר הנורמטיבי):** מלץ דיבר על שני ערכים שצריכים להכריע את הכף לעניין הפיצוי. דיברנו על הדרך שבה מלץ מסביר את הערכים האלה. אולם, כשמלץ מדבר על תמריצים ועל השפעתם על האופן שבו נבחן את הגריעות התכנוניות 🡨 הוא לא יכול להסתכל רק על זווית הרשות וזה מה שהוא עשה. מלץ אמר שאנחנו כן ניתן פיצוי מלא ע"מ לגרום לרשות להפנים את כל העלויות הכרוכות בתהליך.

**Phiscal illusion** – רשויות נוטות להתעלם ממה שלא מחייב אותן להוסיף שורה לספר התקציב (מעין אשליה) וזה מה שעומד בבסיס טענתו של מלץ! אם הרשות לא תפנים את כל העלויות – ייווצר מצב שאינו יעיל.

נציג בהקשר זה טבלת מערך התמריצים – כיצד בונים מדיניות משפטית בבניית תמריץ?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| שתי תפיסות: | בעלי המקרקעין (בפועל + בכוח) | הרשות השלטונית |
| מה פיצוי מלא עושה לצדדים מנק' מבט של ניתוח כלכלי | שווי שוק זה התמריץ הכי נכון – **כאן רוצים לעודד השקעה אופטימלית: לא השקעת יתר ולא השקעת חסר במקרקעין** (Blume & Rubinfeld). כך למשל, אם בעל מקרקעין לא ישקיע בנכס הוא עלול לקבל שווי נמוך יותר. מנגד, הוא גם לא יפעל לעשות השבחה סובייקטיבית כי הוא לא יפוצה על כך. | **יוצר הפנמה של עלויות אצל הרשות** (למנוע את ה-Phiscal illusion כפי שזו תוארה לעיל).   * מלץ בפס"ד פרי הארץ דיבר על המשבצת הזו בלבד והתעלם מכל השאר (בעיה). |
| מה קורה אם אנחנו נגד פיצוי מלא לכולם באותה המידה | **מונע פעולה נכונה של השוק – מונע ביטוח** (Kaplow). אנו מטילים על המדינה נטל מסוים שיכול להיעשות באמצעות חברות ביטוח בשוק הפרטי. כלומר, אם אדם רוצה לבטח את הקרקע שלו מפני הפקעה הוא יכול לבטח את הקרקע בסכום שייבחר. כאן נטען שהמדינה מהווה חברת ביטוח עבור כולנו ועולה תהייה אם זה נכון או לא. | **יוצר הטיה רגרסיבית** – או שלא ניקח מקרקעין של עשירים מלכתחילה כדי לא לשלם הרבה או שניתן יותר לעשירים מאשר לעניים (למרות שזה שווי שוק ולכאורה זה סטנדרט אחיד). |

דנ״א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ: הורוויץ רכשו מגרש בגודל 1,090 מ"ר ברעננה בשנת 1972 והפכו לבעלים שלו. בתוכנית המקור היה מותר לבנות על המגרש חמישה בניינים על עמודים. בהמשך, עקב שינוי תוכנית מתאר (1983), הוגבל השימוש ב-230 מ"ר מהשטח שבבעלותם עקב ייעוד לשטח ציבורי פתוח. בנוסף, מס' הבניינים שהותרו להקמה צומצם לארבעה. שמאי שמונה לעניין קבע כי שווי החלקה פחת ב-24,000$, סכום שהוא שווה ערך ל-11.8% משווי החלקה. ביהמ"ש קבע כי פגיעה שגבוהה מ-10% מערך המקרקעין אינה סבירה לפי ס' 200 לחוק וחייב את הוועדה המקומית לשלם למשיבה סך של 24,000$, כערכם בשקלים. הורוויץ ערערו על כמות הפיצויים והועדה ערערה על עצם הפסיקה לפיצויים. מכאן הדיון שעיקרו – האם נחצה גבול הסבירות ואם כן? **כמה זה סביר וכמה זה לא** (**שתי גישות עיקריות - ברק vs. טירקל**).

**טירקל** אומר שתנאי הסבירות הוא המשמעותי והאופן שבו נבדוק את התקיימות תנאי הסבירות הוא de-minimis (זוטי דברים). טירקל, בשונה ממלץ נותן מספרים: רק פגיעה שפחותה מ-2-3% תהיה סבירה ולא ישולמו פיצויים בגינה. זוהי גישת שרירות בעלים (כמו חשין). אם זה עובר את האחוז הזה 🡨 פיצוי מלא (בהינתן קיומם של שני התנאים האחרים). במקרה הקונקרטי הוא אומר שתנאי הסבירות לא התקיים ולכן יש צורך לפצות על הפגיעה.

**ברק** אומר שטירקל טועה ושלא ניתן להשלים עם תפיסת קניין כ"כ מגוחכת ביחס לכל תפיסות הקניין בעולם. ברק עושה משפט משווה ומראה שאין בשום מקום דבר כזה שפגיעה מסתכמת בde-minimis. עם זאת, על אף דחיית דברי טירקל – ברק אומר שיש לשלם פיצוי. למה? **בגלל תנאי הצדק**. ברק טוען שהסיבה לפיה העירייה תחויב לפצות היא לא שאלת הסבירות אלא העובדה שהיא פעלה בצורה לא צודקת ופוגענית (גרמה לסחבת).

המרצה אומר שחשוב לראות עד כמה פסה"ד הזה מעמיק בהבנה שההכרעות הדוקטרינריות הכי טכניות מושפעות מההשקפה הכי עמוקה שלנו לגבי מהו קניין. העליון עובד ככה וזה נוכח לחלוטין בשני הטקסטים המרכזיים שקראנו בד"נ – גם של **הש' אור** (שנותן פרשנות מסוימת של קניין ולוקח אותה למקום מסוים) וגם של **הש' חשין** (שאומר בצורה ברורה שאנחנו יורדים לשורש השאלה מהו קניין וששם נמצאת התשובה).

**בדיון נוסף רואים את הש' אור (בגישת ברק) ואת הש' חשין (בגישת טירקל):**

**הש' אור** מתחיל בפירוט מאוד נרחב של תפיסה של קניין שאומרת שזו לא רק זכות הבאה להגן על חירותו השלילית של הפרט, אלא גם זכות הנותנת משקל **להיות הפרט חלק** **מהחברה ומהציבור בכללותם**.

אור דוחה את מבחן ה-de-minimis של טירקל ומציע מבחן אלטרנטיבי:

1. **שיעור ירידת הערך** – (גישת הש' מלץ בפרי הארץ). עם זאת, הוא אומר שמלץ עצר בשלב ראשון ולא שקל שום דבר כנגד ויש להרחיב את הדיון ואת מאזן השיקולים (עם מה שמגיע מיד).
2. **פיזור הנזק** – כשהנזק מתפזר ונהיה שכיח אצל אנשים נוספים, לא נראה בזה כחריג וכפוגע באדם ספציפי ולכן רוחב כמות הנזק מעידה על סבירות (למשל כשהקרקע היא בבעלות מס' אנשים ולא אדם אחד).
3. **עוצמת האינטרס הציבורי** - אם המדינה מחליטה לגרוע זכויות מקרקע לטובת הקמת פרויקט חשוב (נמל תעופה למשל), יש להכיר ביכולת פיצוי יותר גבוהה מאשר במצבים בהם האינטרס נמוך (גינה למשל).

* לפי אור המבחנים הם מצטברים.

**אור מחיל את המבחנים ואומר שלא נחצה הסף.** עם זאת, לאור התנהגות העירייה – היא תשלם פיצוי.

המרצה שואל האם המבחן השלישי (עוצמת האינטרס הציבורי) הוא רלוונטי לסבירות?

לדעתו, השיקול הזה אמור להיות ממוקם בשאלת **הצדק** ולא בשאלת **הסבירות**.

**למה שבכלל נתחשב בזה**? נתחשב בסוגיה זו כקריטריון להפחתת הפיצוי כי החובה שלנו לקהילה כאילו גדלה. מנגד, ישנה בעייתיות גדולה בכך שכשמדובר על פרויקטים משמעותיים שעוצמתם ונחיצותם היא כ"כ גבוהה השימוש מסווג ככללי (ראה ערך - הטבלה של דגן) ובמצב כזה אנחנו קוראים להפחתה נמוכה יחסית.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מקרקעין מכוננים** | **מקרקעין חליפיים** |
| **שימוש כללי** | סמכות גריעה תכנונית מרבית ללא פיצוי המותרת בשיטה – 20% | בינונית 10% |
| **שימוש קהילתני** | בינונית 10% | המינימום = 3-4% De minimis |

ניתן לומר שאור חולק על דגן. בנוסף, ייתכן שהכוונה של אור היא לא לפרויקטים גדולים אלא דווקא לפרויקטים שחשובים לקהילה עצמה שהיחיד נמצא בה (הקמת מכולת בקיבוץ) ולא לפרויקטים לאומיים כמו נתב"ג/כביש 6.

סיכום ביניים: סיימנו לדון בסיבוב הראשון של פס"ד הורוויץ והתחלנו את הסיבוב השני. דנו במבחנים שהשופט אור נותן כאלטרנטיבה למבחן הde-minimis של הש' טירקל. נעבור לדון בחשין:

**חשין** דובק בגישת שרירות הבעלים שאופיינית לו: **ירידת הערך** היא התנאי העיקרי לדעתו. חשין מאמץ את גישתו של מלץ בפס"ד פרי הארץ ודוחה את הגישה של אור. הוא טוען שזה נכון שמבחני עוצמת פיזור הנזק (2) ועוצמת האינטרס הציבורי (3) צריכים לבוא לידי ביטוי אבל באופן מאוד מצומצם.

**חשין דוחה את הגישה שאחד ממימדי הקניין הוא אחריות חברתית**. דבריו מתיישבים עם עמדתו - אמנם יש חובות מסוימות של בעלי מקרקעין אבל הן החריג. **העיקר הוא בהגנה שזכות הקניין זוכה לה כנגד רשויות השלטון וכנגד הקהילה ויחידיה**. בעצם, חשין רוצה לומר שיש אילוץ תקציבי כלשהו שלאורו קבעו גבול למידת הפיצוי. זה לא נפלא, אבל זה מה יש ובדיעבד, מנסים להצדיק זאת. חשין טוען שיש פה פגיעה בבעלי מקרקעין, שהם לא בהכרח יותר עשירים מאנשים אחרים, ויש פה הפרה בוטה של השוויון בין בעלי המקרקעין באופן אקראי. מצב כזה הוא **פגיעה חמורה בצדק** מבחינתו.

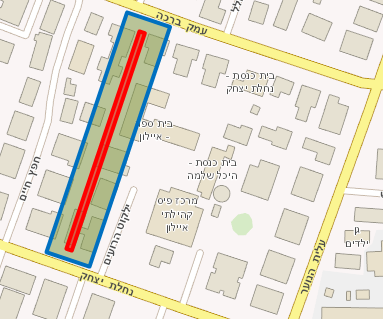
* גישה זו של חשין דומה לגישה של דורנר בהולצמן.

לבסוף, חשין אומר שכל הסיפור הזה על אחריות חברתית "דוחה" במיוחד, כי יש פה **אלטרואיזם כפוי**. לטענתו, **מידת פיזור הנזק וחשיבות הפרויקט** הם שיקולים משניים, שיש לתת להם משקל בשוליים ותו לא.

**ההלכה כיום בקביעת הסבירות היא גישת הש' אור ושלושת המבחנים שהוא מציג (נסמך על ברק)!**

**נרחיב כעת לגבי אותם האנשים שהתוכנית לא נמצאת בשטח שבו הנכס שלהם נמצא**

בשטחים שמצויים בתוך הקו הכחול (=בתוך התוכנית) מקבלים כמעט תמיד פיצוי. איפה הפיצוי מוטל בספק? באותם השטחים שגובלים בתוכנית עצמה (ראה תרשים למטה).



מה דין הפגיעה בשטח הירוק שגובל באזור התוכנית המתוחם בקו כחול? **האם הוא גם זכאי לפיצויים בעקבות התוכנית**? זהו הדיון שבענייננו.

נשאל מה קורה עם הרצועה הזו

רצועה סמוכה לרצועה שבתוך הקו הכחול

רצועת שטח שהופקעה לטובת הקמת קווי חשמל

רצועת שטח שלא הופקעה ובה יש גריעות תכנוניות

רצועת שטח שלא הופקעה ובה יש גריעות תכנוניות

**מהי משמעות המונח "גובלים עימו" לפי ס' 197?**

פס"ד 01\2775 שרגא ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים" (לא בסילבוס):

ביהמ"ש ניסה לתת הגדרה שגם היא לא מסבירה זאת לחלוטין:

"ככלל, מקרקעין ייחשבו לגובלים בתחומה של תכנית לצורך תביעת פיצויים לפי ס' 197, כאשר הם משיקים פיזית ל"קו הכחול" שלה כפי שסומנה על גבי תשריט התכנית. עם זאת כאשר ההשקה בין התכנית למקרקעין מופרעת ע"י שטח פתוח צר או ע"י כביש שכונתי צר, זה לא ישלול את מעמדם של המקרקעין כ"מקרקעין גובלים" בתכנית. "תחום התכנית" הוא המקום שבו "הקו הכחול" מסומן על גבי התשריט, ואין לקבוע גבולות אחרים לתכנית לצורך תביעת פיצויים ע"פ ס' 197".

הנחת המוצא של ביהמ"ש היא שכל מה שמשיק ונוגע בקו הכחול נכנס תחת ההגדרה "גובלים עימו", אך אם הקרקע מופרדת מהקו הכחול ע"י שטח פתוח צר, או ע"י כביש שכונתי צר היא עדיין תיחשב כגובלת.

* זהו פסה"ד היחיד שקבע הגדרה מסוימת ולכן כביש צר או שטח פתוח צר לא מבטלים קשר-גבול.

מה זה שטח פתוח צר? ביהמ"ש מנסה להגדיר זאת ולתת דוגמאות. הכוונה היא בעיקר למשהו קטן ולא למשהו מהותי. כמובן שמלכתחילה צריך שתהיה פגיעה שהוכחה כדי שיוכר פיצוי. זוהי הגדרה מאוד פלואידית וזה מאוד בעייתי – ביהמ"ש יצטרך כל פעם להכריע מחדש אם זה כן עומד בתנאי או לא.

* פסיקה זו מסבירה לנו למעשה מהו מקרקעין גובל לפי ס' 197.

לסיכום - מה יוגדר כמקרקעין שאינם בתוכנית אבל זכאים לפיצוי כיוון שהם גובלים בה ונפגעו ממנה?

1. מקרקעין שמשיקים לקו כחול **או**
2. מקרקעין שכל מה שחוצץ בינם לבין הקו הכחול הוא שטח צר פתוח או כביש שכונתי צר (פס"ד ויטנר).

**מקרקעין כאלה ייחשבו כגובלים לצורך הגשת תביעה לפי ס' 197.**

* לרוב המגבלות על תוכניות תכנון נובעות ממגבלות שבשטח. כך, ייתכן מצב לפיו בעל חלקה גדולה יקבל פיצויים שונים לפי הקרבה לגורם המזיק.

**יצוין כי הפרקטיקה היא אחרת** – הרשויות ינסו למזער את הנזקים הקרובים לתוכנית (אטימת רעשים, התקנת מזגנים וכדומה) או לחילופין כן ייתנו פיצוי מיוזמתם.

הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' ברעלי (לא עברנו בכיתה): גלעד ברעלי הינו דייר מוגן בבית שבפאתי ירושלים, סמוך למקום שבו הכביש הראשי מת"א נכנס לעיר. בשנת 1982 ניתן תוקף לתמ"א חדשה, שמכוחה נסלל כביש מהיר, העובר במרחק מטרים ספורים מן החלקה שעליה ניצב הבית. לפי התכנית הקודמת היה הבית בשטח שנקבע כשמורת טבע וברעלי קיבל מהוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים ב- 1973היתר לשימוש חורג בדירה לצורך מגורים. המחוזי קיבל את התובענה שהגיש לפיצויים בגין הפגיעה עקב שינוי התכנית לפי ס' 197 ומכאן הערעור והערעור שכנגד, שעניינם בשאלות **אם** זכאי ברעלי כדייר מוגן לקבל פיצויים; **כיצד** יש לחשב את הפגיעה עקב שינוי התכנית **ואם** יש לשלול את זכותו של ברעלי לפיצויים על-פי ס' 200 לחוק.

העליון קבע שהנוסח הנוכחי של ס' 197, שאומר "מקרקעין הנמצאים בתחום התוכנית או גובלים עימו" – הוא תוצאה של פשרה חקיקתית שקרתה אחרי מחלוקת פוסקים בפרשה אחרת. לפני שהמילים האלה נוספו, הייתה דעה שאומרת שפיצוי מקבלים רק אם החלקה שלך הייתה נשוא התוכנית פוגענית; דעה שנייה הייתה שמקבלים פיצוי אם איזושהי תוכנית פוגענית גרמה לפגיעה כלשהי בחלקה שלך. **הש' בך** מסביר ששתי העמדות האלה הן בעייתיות – בראשונה יש על פניו אי-צדק זועק. מטרדים שסמוכים לביתי יכולים להוריד את הערך פי כמה מאשר אם משנים לי את אחוזי הבניה. בשנייה - יש חשש שזה לא וודאי כי תמיד משהו מרוחק גורם לאיזשהו נזק עקיף.

**הפשרה היא "גובלים עימו"**. ברם, מה הכוונה? הנושא הגיע לביהמ"ש העליון, והוגדרו כללים בנושא. המרצה **אומר שיש פה ניסיון לעשות משהו ראוי נורמטיבית: לא ליצור הכרעה מלאכותית, ומנגד לנסח את זה בצורה יחסית של כלל ברור**. הדבר פוגע בשיקולים נורמטיביים מסוימים, לטובת שיקולים של שלטון החוק.

## ז.5 נטילות שלטוניות אחרות

**התפיסה הליברטריאנית** לקניין רואה בס' 3 לחוה"י כס' פשוט 🡨 כל מצב משפטי שגורע מערך הזכויות שהיה לי עובר להסדר = פגיעה בקניין. **התפיסה הליברלית** היא תפיסה שרואה את ס' 3 כשואל האם הנטל העודף שמוטל עליי בגלל הפעולה השלטונית (חוק, חקיקת עזר, חקיקת משנה, צו) חורג ממה שראוי לצפות ממני כאזרח בחברה דמוקרטית? אם זה נטל חורג, יש פה פגיעה בקניין לדעתה. שאלה זו צריכה לקחת בחשבון את תכליות המוסד הקנייני הספציפי, את ערכי הקניין הרלוונטיים לאותו המוסד ולבחון את משמעותם ביחס לחוק.

ע״א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי: האם העובדה שהממשלה הרחיבה בחוק את סמכויות השיקום של המושבים, כשלמעשה היא נתנה חבל הצלה נוסף למושבים (=פטור נוסף מהחובות), פוגעת בזכות הקניין של הבנקים? ביהמ"ש אומר שכן נפגעה זכות הקניין של הבנקים אבל הפגיעה הזו מידתית.

האם זה לגיטימי לדעתנו שכל שינוי חקיקתי משמעותו פגיעה בקניין? התשובה היא לא. אימוץ גישה כזו שקול לאימוץ גישה בלקסטוניאנית-ליברטריאנית דווקנית וזה לא רצוי, ואנו מחפשים את כל הערכים שעומדים ביסוד.

**מה חשוב להבין מפס"ד זה**? ביהמ"ש בפס"ד מרכזי קבע שכל פגיעה בקניין ע"פ חוק היא פגיעה בקניין. משקבענו זאת **🡨** בואו נבדוק האם צריך לפצות או לא.

* **לדעת** המרצה, צריך היה לפסוק בסוגיה תוך דיון חוקתי בגדר ס' 3, כשאנחנו נמצאים תחת גישה שאינה ליברטריאנית (=ליברלית). צריך לשאול מהם הערכים והשיקולים הנורמטיביים. נבחן את המוסד המשפטי, או על מוסד משפטי קרוב מספיק, על מנת ללמוד מהם השיקולים הרלוונטיים הנכונים.

בג"ץ מנחם: **במקרה זה יש צעד הפוך** – לא מפקיעים קניין אלא מבצעים תהליך הפוך. זהו מצב שבו הרשות לא מכבידה ברגולציה, אלא להפך - היא מושכת ומקטינה את הרגולציה שלה. המשמעות של הקטנת הרגולציה הזו, היא הורדת ערך הרישיון. אם עד עכשיו היא ביקשה 200,000 ₪ למשל עבור הרישיון תחת רגולציה – כעת המחיר יהיה נמוך יותר. זה מה שאומרים נהגי המוניות – נכון להיום, אנחנו מוכרים את הרישיונות שלנו כי קשה מאוד להשיג רישיון. מחיר נמוך יגרום לכך שכ"א יכול להשיג רישיון והשוק ייפול לגמרי. **בייניש** לא מקבלת את הטענה הזו, למרות שהיא נוטה להסכים שמספר ירוק (=רישיון) כן מהווה מבחינתה קניין לצורך סעיף 3.

עם הנחה זו – האם בייניש מכירה בפגיעה בקניין? התשובה היא לא. בייניש אומרת שמדובר במונופול מסוים לקבוצה מאוד מסוימת ומוגדרת להחזקת הזכות לרישיונות. בייניש מוכנה להכיר בכך שמונופול לעיתים הוא חיובי ואף הכרחי. עם זאת, כאן היא טוענת שדרך ייסוד המונופול לא נבעה מפעולה שיש לה חשיבות מהותית למ"י אלא משיקולים מערכתיים-פוליטיים ואין קשר בהכרח בין מי שיש לו זכות להחזיק במספר לבין נהג. כראייה, הם לא טוענים שהמדינה מונעת מהם לנהוג אלא היא מונעת מהם רק להחזיק במספר כנכס קנייני.

* לפיכך, במקרה הספציפי הזה בייניש טוענת שלא מדובר בפגיעה קניינית.

**לכן, במצב של דה-רגולציה מפחיתת ערך, לא צריך להגיע ל**ס' 8**. אין שום סיבה להניח שזכות קניין במשאב מהסוג הזה משמעותה הזכות להיות מונופוליסט לתקופה שאינה מוגבלת**.

נדגים: נחשוב על כביש 6 עובר לסלילתו, ונגיד שזהו פרויקט לאומי רצוי שמקשר בין הפריפריה למרכז וחוסך זמן וכסף. יחד עם זאת, עלות הסלילה היא עצומה, והמדינה לא רוצה או לא יכולה לסלול אותו. היא באה ליזם פרטי, ואומרת לו לסלול כביש. הלה יסכים כל עוד יש תמורה ראויה, אלא שלמדינה אין את הסכומים האלה. לכן, המדינה מציעה לתת לו מעט כסף, ומבטיחה לו שיוכל לגבות דמי שימוש מכל המשתמשים בכביש למשך הרבה מאוד שנים. כך, המדינה גם מבטיחה את טיבו של הכביש. **כך** **נכרת חוזה וליזם יש מונופול מקומי**. מה קורה אם שנה לאחר שהכביש נסלל, המדינה משנה את הרגולציה? במצב כזה, היזם לא יעשה עסקים עם המדינה, וגם אף אחד אחר לא ירצה לעשות זאת – חוץ מאנשים שלא נרצה שהמדינה תתקשר איתם.

אנחנו שוב חוזרים למתח האינהרנטי בין מונופול לבין קניין: מחד, קניין הוא סוג של מונופול; מאידך, ערכים חשובים מאוד של קניין (בעיקר בהקשר הכלכלי) מייצגים את הערך ההפוך לגמרי ממונופול.

בג"ץ דודיאן: בג"ץ זה מתעסק בהחלטות ועדת ששסינקי[[13]](#footnote-13). כשפסה"ד ניתן כבר התגלו מאגרי הגז לוויתן ותמר והמלצות הועדה מעלות את הכנסות המדינה מתמלוגים בעשרות אחוזים. בדו"ח הסופי האחוזים רוככו מעט אך עדיין הייתה עלייה ניכרת בתמלוגי המדינה (ע"ח הרווח הפרטי של העוסקים בדבר). העתירה הוגשה לאחר קבלת הדו"ח והטענה הייתה שהעוסקים יצאו לדרך חיפוש הנפט בידיעה שהם הולכים להרוויח X אחוזים וכעת, תו"כ תנועה המדינה משנה זאת וגורעת מהם נתח אחוזי עצום. זוהי למעשה נטילה שלטונית של קניין לטענתם.

ביהמ"ש אומר (בטענה דומה לבייניש בפס"ד במנחם): אנחנו כמדינה נותנים לכם מונופול מסוים וכוח מאוד גדול להשתמש במשאבי הטבע של כולנו ולהרוויח מהם כסף. לכן, ההחלטה לגבי היקף הזכות במשאבים האלה לא נתונה לכם אלא נתונה לנו כמדינה מלכתחילה. איך הם מצדיקים את השינוי? מבחינה חוזית. בחוזה היה כתוב שהמדינה רשאית לשנות את התנאים. עם זאת, מבחינה עקרונית – המדינה אומרת שבהחלט ייתכנו מצבים שבהם שינוי של מדיניות (רגולציה או לא) לא ייחשב כפגיעה בקניין. מצבים אלה יהיו בעיקר במונופולים אך גם במצבים אחרים – ניתן לדמיין אפשרות לפיה המדינה משפיעה על זכויות קניין של אנשים עקב שינוי ערך מסוים של שליטה בנכס (כמו בהצעת חוק השכירות של סתיו שפיר שדנו בה בעבר).

**נשאל האם מותר למדינה להתערב במחירים (ולשים מוצרים בפיקוח למשל)**? באופן עקרוני תחת הנחת יסוד של מדינה שדואגת לרווחת התושבים שלה – התשובה היא כן (אך לא בכל דבר ולא בכל הקשר).

**עד כאן - לא נלמד בשיעור**

המשך הרצאת מתרגל 21.12.16

# ח. הגנת החזקה והבעלות

חזקה = אדם שתופס את הנכס, יושב בו, מגדר אותו מבחינה מעשית וכולי; **האם אנחנו חושבים שלהחזקה של נכס צריכה להיות השפעה משפטית על המחזיק** (ובקיצון - אם הוא מחזיק שלא כדין למשל)?

ויסמן **מציג מספר טעמים לדבר:**

1. **שמירה על הסדר הציבורי** – ההנחה היא שמי שמחזיק במקרקעין כבר יושב שם, מפתח סנטימנט למקרקעין ומשקיע בו. אם לא נאפשר לו לשמור על החזקה באופן זמני עד הכרעה משפטית בעניין זכויותיו, נגיע למצב של פגיעה בסדר הציבורי. אם לא נגן על חזקה ונאפשר מצב של כל דאלים גבר אנו פותחים את החברה שלנו למצב של אנרכיה – מי שיש לו יותר כוח ינהל את החברה.

האם אנחנו רוצים לטפל בסוגיה הזו במשפט הפרטי?המשפט הציבורי מטפל בכל אותם נושאים שזקוקים להסדרה ורגולציה מדינתית, ואין ספק שעניין הסדר הציבורי נמצא שם. מנגד, יש משפט פרטי, ועיקרו הסדרה של עניינים בין פרטים בחברה. האם השיקול של שמירה על סדר ציבורי צריך להיכנס לשאלת ההכרעה של יחסים בין פרטים? המרצה אומר שבמאמר שהוא כתב בנושא העירו לו שזכות הקניין, כזכות של המשפט הפרטי, לא צריכה להיכנס לספירה הציבורית.

**תביעה פוזוסורית-** בשלב הראשון של הדיון העניין הוא מי מחזיק בקרקע, אז מחזירים למצב הקיים.

**תביעה פטיטורית-** למי יש זכויות בקרקע.

1. **יעילות בהגנה על נכסים** – **סביר להניח** שמי שיושב בנכס הוא בעליו או בעל הזכות להיות בו. הבעיה עולה כמובן כשזה לא ככה. ויסמן שואל האם הנחת מוצא זו מתאימה לשוק שלנו, **בעיקר במיטלטלין**. אנו עושים עסקאות מאוד מורכבות ובינ"ל, והשאלה היא האם תפיסת חזקה פיזית / ישיבה בנכס מתאימה למסגרת השוק הנוכחית? ויסמן טוען שאם נידרש לפתור סכסוך משפטי (=לקבוע למי שייך הנכס) ונתעלם מהשאלה בידי מי הנכס נמצא, ניכנס למעשה לקשיים יותר גדולים ולחקירות יותר גדולות על מנת להכריע בסכסוך. מנגד, אם אני יודע מי יושב בקרקע אני יכול להניח שהוא זה שצודק באופן תיאורטי כחזקה הניתנת לסתירה. אם לא נכיר בכלל בחזקה הזו – ניכנס בכל מקרה לדיון המשפטי על כך. לעיתים גם יש מקרים שהבעלים הדרך כלל לא מחזיק נכס, לדוגמה רכב בליסינג.

האם זה בכלל רלוונטי למצב השוק הקיים? (כשלא באמת תופסים נכסים בצורה פיזית כמו רכב או דירה)? כלומר, האם יש מקום לתת משמעות לחזקה כשמדובר על נכסים שיש בעייתיות גדולה להגדיר את החזקה שלהם, קל וחומר לשלול אותה מאחרים במקביל.

1. **הטלת נטל על התובע** – החזקה היא לא משהו **מהותי**, והיא גם לא לחלוטין משהו **דיוני** מבחינת המחזיק בנכס, אלא, היא מהווה הטלת נטל על התובע (המנושל) – "המוציא מחברו – עליו הראיה". טיעון זה הוא מאוד לגיטימי לשאלה של חזקה. האם התוקף הוא ראייתי או מהותי? אם זה ראייתי אז זה לגיטימי לחלוטין אבל אם זה מהותי – קרי, זכות מסוימת שיש למחזיק – אז זה כבר מעלה קושי.
2. **עידוד שימוש בנכסים פנויים** – במחאה החברתית של שנת 2011 היו אנשים שהשתלטו על דירות וטענו שאסור להוציא אותם מהמקרקעין כי הם ממלאים את התכלית של תפיסת החזקה – לעודד שימוש בנכסים פנויים. אפשר להסתכל על זה כתפיסה תועלתנית - יש לנו נכסים פנויים ועדיף שמישהו יעשה בהם שימוש לטובת הכלל. אבל, אפשר להסתכל על זה בעיניים של המחאה החברתית 🡨 יש דירות פנויות שהבעלים שלהם לא עושים איתן כלום ולכן אנשים יכנסו ויגורו שם, למרות שזה לא שלהם.

כאן אנו מסתכלים על הזכות הקניינית כמעוצבת ע"י תכליות אחרות שיש לנו. התכלית הזו היא תכלית חוץ-קניינית.

במיסוי על דירות רפאים למשל – אנחנו מעודדים שימת מס על בעלי דירות ריקות ובכך מתמרצים אותם להשכיר [בעוד שבכלי של עידוד שימוש בנכסים פנויים לא מתמרצים באופן ישיר את הבעלים (למרות שהוא מבין באופן עקיף שכדאי לו להשכיר למי שהוא רוצה ולא לכל אחד שיתפוס את הנכס)].

**נציג ארבעה טיפוסים של בעלות וחזקה וסעיפי החוק שהם מעורבים בהם**



**מחזיק**

**בעל זכות להחזיק**

**מסיג גבול**

**בעלים**



1. בעלים- בעלי הקרקע. מי שרכש את הקרקע ורשום כבעלים בנסח טאבו.
2. מחזיק – מחזיק כדין או מחזיק שאינו כדין. הבנאדם שנמצא כרגע בקרקע.
3. בעל זכות להחזיק - לא מחזיק בפועל אבל יש לו את הזכות לעשות זאת כמו אדם ששכר דירה ועדיין לא נכנס אליה.
4. מסיג גבול

ס' 15 לחוהמ"ק: ""מחזיק" - בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו"

מגדיר מה זו חזקה כדין.

הס' מנסה להתגבר על המצב הכלכלי-חברתי שלנו, אבל לא בהצלחה. **או שזה יהיה המחזיק או מישהו מטעמו (שהוא ייתן לו זכות להחזיק, למשל סאבלט)**.

* ייתכן שהמחזיק הוא גם הבעלים אבל זה לא מחייב.

ס' 16 לחוהמ"ק: "בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין"

ס' 16 מגדיר את זכות התביעה כלפי מחזיק שלא כדין –

זו הסיטואציה - אדם חתם על חוזה שכירות (=זכאי להחזיק), מגיע לדירה ומוצא פולש (=מחזיק שלא כדין). האם הוא זכאי לסלקו? מישהו יושב במקרקעין שלא כדין ומותר לבעלים / למוטב לפנות לביהמ"ש ולתבוע סילוק לאחר שהוא דרש את מסירת המקרקעין וסורב.

האם דרישת המסירה היא דרישה בנעימים או מאפשרת הפעלת כוח? לפי ה-Default לא נוקטים בסעד עצמי בכוח לפני שהייתה דרישה שלא בכוח.

למה יש דרישה לפנות לערכאה ולא לסלק בכוח? כדי שאנשים לא ייקחו את הדין לידם ויפרצו את גבול הסביר.

ס' 17 לחוהמ"ק:"המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת"

מי שמחזיק במקרקעין – ואין חובה שזו תהיה החזקה כדין (וגם אם יודעים בוודאות שזה לא כדין) – יכול לתבוע מכל מי שאין לו זכות החזקה במקרקעין להפסיק כל כניסה למקרקעין או הפרעה לשימוש בו (פס"ד עוקשי).

למה גם מי שמחזיק שלא כדין יכול לבוא בדרישות כלפי מחזיק שלא כדין אחר? כי על אף שהוא מחזיק שלא כדין – הזכויות שלו לא שוות פחות ויש טעם להגן עליהן. כל מי שמחזיק במקרקעין (כדין או לאו) יכול לדרוש ממסיג גבול לחדול מההסגה / לצמצם את ההפרעה.

סיכום ביניים: נושא זה קשור לתחום רכישת דירות (ובעיקר מקבלן). הכרנו את הדמויות הרלוונטיות לענייננו ודיברנו על ס' 15, 16 ו-17. ס' 16 אומר שהדרך האולטימטיבית לדרוש היא פנייה לביהמ"ש. בס' זה עדיין לא מדברים על סעד עצמי. ס' 17 מלמד אותנו שכל מי שמחזיק מקרקעין (כולל מחזיק שלא כדין) יכול לדרוש מניעת הפרעה (אך לא לדרוש פינוי).

ח.1 עשיית דין עצמית (ס' 18(ב))

**כעת נשאל, האם סעד עצמי הוא עניין רלוונטי?** באופן עקרוני החוק כן מאפשר זאת. למה? האם זה ראוי במערכת משפטית מדינתית? האם נרצה לתת לאנשים לקיים סעד עצמי? **התשובה היא שיש מקרים בהם נאפשר זאת אך בצורה סבירה ומוגבלת ולא כיד חופשית.** הרציונל העיקרי שמאחורי אימוץ הסעד העצמי לתוך מע' המשפט הוא התפיסה שלנו כבני אדם. השיקול של האינסטינקט האנושי למניעת חטיפה הוא מהותי.

**הרציונאליים של הסעד העצמי**

**צריך לשאול האם זה עונה על הרציונאליים שבגינם יש סעד עצמי**? (כלומר האם זה נותן מענה לאופי האנושי; האם יש חלופה מעשית במקרים מסוימים ובעיקר במיטלטלין ושאלת הכלל הקנייני לעומת כלל האחריות – מתוך הכללים של **קלברזי ומלמד**).

1. האופי האנושי: אנשים נוטים להתנגד לגניבות ולקיחות באופן פנימי. זה משהו מולד בדיוק כפי שכלב מתנגד ונלחם כשלוקחים לו צעצוע מהפה.
2. חלופה מעשית: במיטלטלין בהחלט ייתכן שאדם לוקח נכס ואם לא תגיע תגובה מידית, הנכס אף פעם לא יחזור אלינו. לכן, במקרים מסוימים המנגנון הזה מאפשר לבני אדם למנוע מצבים שבהם הם עם הגב לקיר.
3. כלל קנייני מול כלל אחריות: **קלברזי ומלמד** מציעים שלושה סוגים של כללים **- כלל ראשון הוא כלל קנייני (Property Rule)** שאומר שכשיש שני אנשים ולאחד יש נכס – הרוצה לא יכול לקחת את הנכס אא"כ הבעלים מרשה לו. **כלל שני הוא כלל האחריות (Liability Rule)** אומר שניתן לאפשר את עשיית הפעולה (וכאן הלקיחה) אבל יש לכך עלויות מתומחרות. **כלל שלישי הוא אי עבירות (Inalienability)** שאומר שלא ניתן להעביר את הנכס הזה בכל צורה וגם לא בהסכמה (שוק איברים, שוק תינוקות).

* רוב מערכת הקניין מבוססת על כלל האחריות ומעט מאוד מדיני הקניין מבוססים על כללים קניינים. כך למשל בהפקעות – המדינה לוקחת קרקע ומפצה על האובדן – זהו כלל אחריות.

**מה קורה עם הסעד העצמי**? הוא מבטא התקרבות לכלל הקנייני והתרחקות מכלל האחריות. אני יכול למנוע ממך בכוח את הלקיחה ואתה לא תצטרך לפצות אותי כי לא יהיה על מה לפצות.

* לפיכך, ע"פ הרציונאליים יש סעד עצמי אבל הוא צריך להיות מצומצם עד כמה שניתן.

**שאלה לדוגמא למבחן**: על איזה רציונאליים מתבסס הסעד העצמי? התשובה היא אלו שפורטו לעיל.

ס' 18(ב) לחוהמ"ק:"תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם"

למה אנחנו מאפשרים לבן אדם להפעיל כוח סביר כדי לעשות מה שהוא רוצה? הטעם הראשון הוא שמדובר באינסטינקט הראשוני של האדם. ויסמן מסביר גם שבהקשר של מיטלטלין - אם נחכה למערכת המשפט אז הנכס פשוט יעלם.

הפעלת סעד עצמי דרך ס' זה היא כלפי מסיג גבול למקרקעין שיושב בהם מישהו כדין (**וזו הבחנה חשובה** – רק אדם שמחזיק כדין יכול לפנות אדם שנכנס שלא כדין בכוח).

* המרצה מוסיף שאם לא היו מתירים את הסעד העצמי 🡨 היינו מגיבים לנוכח פלישה למשל או גניבת מיטלטלין ואז אנחנו היינו נענשים בעצמנו כי היו תובעים אותנו על עשיית הסעד העצמי הלא חוקי.

פרשנות בתי המשפט לסעד עצמי הייתה מאוד **מצומצמת**:

1. **לא נכללו תאגידים** (תאגיד שפלשו למקרקעיו לא יכול לבצע סעד עצמי 🡨 אין לו רציונל של אינסטינקט).
2. **מחזיקים מטעם הבעלים לא רשאים לבצע סעד עצמי** כי התפיסה הייתה שיש להתיר סעד עצמי רק במקרים שבהם יש באמת ביטוי לאינסטינקט האנושי שפועל.
3. **ימי התפיסה** – יש לצמצם משמעותית את טווח הימים שבהם מבצעים סעד עצמי.

**אם כך, איך נקבע 30 יום?** הסיבה היא השטחים החקלאיים: הייתה שם שדלנות גדולה בטענה שהם לא מגיעים לשטח מידי יום ולכן הרחיבו את היעד ל-30 יום בהם ניתן לקיים את הסעד עצמי וכדי שיינתן מענה.

למה לא לאפשר סעד עצמי מזמן גילוי התפיסה (כשבפועל זה תופס מזמן התפיסה עצמה)? כי זה נתון למניפולציות מאוד משמעותיות. אדם יכול לטעון שרק הרגע נודע לו. בנוסף, זה נותן כוח גדול למחזיק ולא לבעלים ולא לכך התכוון המחוקק.

**מה המשמעות? צריך לצמצם את זה** – מבקשים עמידה דווקנית על מילוי התנאים, מצמצמים מאוד את ההגדרה של "מחזיק כדין" ומעבר לזה מצמצמים יותר את הרציונל של האינסטינקט. **ויסמן** מדבר על הגדרה מצומצמת של מחזיק – בלי תאגידים, בלי אנשים מטעם המחזיק.

"כוח במידה סבירה" – הכוונה להפעלה מידתית וסבירה של כוח ובד"כ בצורה של פנייה לרשויות החוק. מה הבעייתיות במשטרה? לא נרצה לתת לה סמכות שיפוטית והיא לא יכולה (ולא יודעת) להכריע נכון בסכסוכים. לא נרצה שהמשטרה תקבע מיהו המחזיק ומי לא.

דוגמא היפותטית: נניח שאדם דופק על דלת עם המשטרה וטוען שהוא שוכר מקורי ושהאדם שנמצא בפנים הוא פולש. המשטרה תבקש משניהם להציג חוזה שכירות. זה שיש לו את החוזה יהיה הצודק לפי המשטרה. מה קורה אם שניהם מציגים הוכחה לזכותם לשהות במקרקעין? המשטרה פשוט לא תתערב ואז עדיין ניתן לבצע סעד עצמי מצומצם מאוד, אבל סביר להניח שכל הפעלה של כוח תיתפס כלא סבירה שכן המשטרה לא התערבה (ואם היא לא התערבה – איזו הצדקה יש לעשייה עצמית?).

ס' 18(א) לחוהמ"ק:"המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין"

ס' 18(ב) שראינו מקודם עוסק במצב בדיעבד. נסענו לטיול באילת, חזרנו הביתה ומישהו פלש לנו הביתה. מה קורה אם המעשה עדיין לא עשוי אלא הוא ממש בהתהוות?אני רואה את הביצוע "בלייב" – ממש כרגע פולש נכנס לביתי ומקים מאחז. ס' זה נועד בדיוק למטרה הזו. פה, בניגוד לס' 18(ב) אני, **כמחזיק כדין**, יכול להדוף את מסיג הגבול מלכתחילה ולמנוע את הפגיעה בי.

**מחזיק כדין**

**מסיג גבול**



* כדי להיחשב למפעיל כוח בצורה סבירה – הפעלת הכוח צריכה להיות רציונאלית (לא להביא גורמים חיצוניים שיאיימו על הפולש למשל).

מי שמחזיק במקרקעין כדין יכול למנוע ממי שמחזיק שלא כדין להפריע לשימוש שלו במקרקעין ע"י **הפעלת כוח**. יש פה הרחבה מאוד גדולה של היכולת להפעיל כוח, כי הורדנו את התנאים שקיימים בס"ק (ב) – אין הגבלה של 30 יום, אני יכול למנוע את זה לאורך זמן ויש פה בעיה מאוד קשה מבחינת המקבילה לס"ק (ב). הטיעון העיקרי הוא שמניעה של הסגת גבול זה משהו שנעשה במיידי, ואם זה יגיע לביהמ"ש הטענה היא שביהמ"ש כן יחיל הסגת גבול באופן מידיי או סביר בלאו הכי. יש בעיה בשימוש שאתה לא תופס אותו עד שלב שהוא מאוד מתקדם. המרצה אומר שזה טיעון ממש לא משכנע, **ולדעתו** זה צריך להיות מוגבל. הוא אומר שגם ויסמן אומר שאם זה יגיע לביהמ"ש זה יוגבל לזמן סביר, אבל זה עדיין לא הגיע. **יש אנומליה בין שני הס' והטענה היא שס' 18(א) מדבר על משהו יותר קטן ושגם פוגע פחות בסדר הציבורי**.

פס"ד יוסף נ' עוקשי: יוסף הגיש תביעה כנגד עוקשי בטענה שהוא בעל זכויות החזקה, שימוש ודיירות מוגנת במבנה בראש העין המצוי בבעלות רשות הפיתוח, וכי עוקשי פלש אליו זמן קצר קודם לכן וגרם נזקים למבנה ולרכוש שיוסף אחסן בו. עוקשי התגונן בטענה כי ליוסף אין כל זכות קניינית או רשות להחזיק במבנה וכי הוא עצמו מחזיק בו שנים רבות. התביעה של יוסף התקבלה בשלום. המחוזי הפך את ההחלטה וקבע כי יוסף לא הוכיח את מהות זכויותיו לחזקה במבנה ולכן אין לו זכות לתבוע את סילוק עוקשי ממנו. מכאן הערעור.

**בעליון נקבע, שהחזקה היא מאפיין מרכזי של בעלות**. נטען שחוהמ"ק מסדיר את היחסים בין שלוש מע' יחסים, שאחת מהן היא עימות בין מחזיק בפועל (כדין או לאו) לבין מסיג גבול - נקבע שהמחזיק זכאי להגנה מפני מי שמנסה לנשלו מחזקתו, גם כאשר אין לו זכות לחזקה. **העליון קבע שהמחוזי צריך להחזיר את המצב לקדמותו בטרם יבררו את זכויות הצדדים**. עוד נטען שלמחזיק בפועל יש זכות להשבת הגזלה לידיו אפילו אם הוא בעצמו מסיג גבול ומחזיק שלא כדין. הש' פרוקצ'יה העירה שהשלום פסק לאור ס' 16 ואילו לדעתה יש לפסוק דרך ס' 17. בנוסף, היא אומרת שניתן גם להשתמש בס' 19 שמדבר על תביעה פוזסורית.

**מה קורה כשמישהו מפעיל את ס' 18(ב), קרי מבצע סעד עצמי, שלא כדין?**

**ס' 19 לחוהמ"ק:** "מי שמוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כאמור בסעיף 18(ב) חייב להחזירם למחזיק".

כשמישהו מוציא מקרקעין מידי המחזיק שלא כדין הוא צריך להחזיר לפולש את המקרקעין. **עם זאת**: זה לא שולל ממנו את האפשרות לפנות לערכאה ולטעון לזכאותו – "אולם אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות ביהמ"ש לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, ורשאי ביהמ"ש להסדיר את ההחזקה, ככל שייראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה בזכויותיהם". ס' זה הוא סנקציה בחוק כנגד מפעילי סעד עצמי שלא כדין.

* עקרונית, סביר להניח שפולש לא ינסה לעשות מחטף ולהשתלט על המקרקעין דרך בית המשפט.

**הגנת הבעלות והחזקה - טבלה מסכמת**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **צד א'** | **צד ב'** | **ס' 16** | **ס' 17** | **ס' 18** |
| **בעלים** | **פולש** | **V** | **V רק אם הוא מחזיק בפועל** | **V רק אם הוא מחזיק בפועל** |
| **מחזיק כדין** | **פולש** | **V** | **V** | **V** |
| **בעל זכות להחזיק אבל לא גר בפועל** | **פולש** | **V** | **X** | **X** |
| **מחזיק שלא כדין (פולש)** | **פולש** | **X** | **V** | **X** |
| **פולש** | **בעלים; מחזיק בפועל; בעל זכות להחזיק** | **X** | **X** | **X** |

**למה אדם שיש לו זכות להחזיק לא יכול לפעול לפי ס' 18**? כי אם הוא לא מממש את זכות ההחזקה בפועל, זה מבטל את הזכות שלו לסעד עצמי.

**החוק הישראלי לא מגן על אנשים שמחזיקים במקרקעין שלא כדין למעט כנגד פולשים אחרים!**

ח.2 תפיסת החזקה במקרקעי ציבור

ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור(צו לסילוק יד ולפינוי מקרקעי ציבור)

"תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה, לאחר שעיין בדין וחשבון בכתב מאת פקח שביקר במקום ועל סמך מסמכים לעניין הזכויות במקרקעי הציבור ולאחר שנתן לתופס הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו, כי תפיסתם הייתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך 6 חודשים מיום שהתברר לו כי התפיסה הייתה שלא כדין, ולא יאוחר מ-36 חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו".

**מה משמעות החזקה כשהמדינה היא הבעלים?**

רוב המקרקעין בארץ הם מקרקעי ציבור, וזה נותן כוח מאוד גדול לרשויות שלטוניות מסוימות לפעול בצורה שיפוטית-עצמאית כנגד פולשים. הסדר זה שונה לחלוטין ונותן למדינה הרבה יותר זמן לפעולה. מסגרת הזמן הכללית היא 3 שנות ביצוע. מיום היוודע לממונה על פלישה שלא כדין יש לו 6 חודשים להוציא צו פינוי לפולש.

**מה המדינה יכולה לעשות? אנחנו מדברים על שלושה שינויים עיקריים בצו סעד עצמי של המדינה:**

1. הגבלת סעד עצמי (אין דין עצמי ע"י הפעלת כוח – רק צו והליך משפטי) – לא ניתן למדינה הרשאה לבצע פעולות כוחניות כנגד אזרחיה באופן שאינו מבוקר (מעבר לכוחות הביטחון שמוסמכים בחוק). אפשר להוציא צו, ואם הוא לא מקוים הוצל"פ או לחילופין לפנות לביהמ"ש ולפתוח בהליך משפטי רגיל.
2. הרחבת הזמן העומד למדינה לפעול – הקרקעות לא תמיד מצויות בפיקוח ולכן נכון לבצע הרחבה. המדינה בוודאי לא יכולה לדאוג שיסיירו בקרקעות שלה בכל זמן נתון ולכן יש לה 36 חודשים לפעול מיום הפלישה.
3. אין צורך בהחזקה של המדינה - ס' 18 מדבר על המחזיק כדין בלבד ואילו המדינה יכולה להשתמש בכלי זה כשהיא לא מחזיקה. למה? כי 93% מהקרקעות הן בבעלות המדינה אבל ממש לא בהחזקתה בפועל.

פס"ד מ"י נ' בן שמחון: מ"י הוציאה לבן שמחון צו סילוק יד ממקרקעין בחיפה ע"פ חוק מקרקעי ציבור. ערעורו לשלום נדחה, וצו הסילוק נותר בעינו, אך המחוזי קיבל אותו. האם למדינה סמכות לפנות פולשים ללא משפט?

ביהמ"ש קבע כי השימוש בסמכות הוצאת צו סילוק פולש ע"פ החוק מחייב עמידה בכמה תנאים: תפיסה של קרקע ציבור; מתן הצו לא יאוחר מפרק הזמן הנקוב בחוק; דעת הממונה כי תפיסת הקרקע הייתה שלא כדין (שיקול-דעתו של הממונה לעניין זה מחייב קיומה של רמת ודאות גבוהה בדבר עובדת הפלישה לקרקע. קיומו של ספק, או צורך בהוכחה באשר לעצם הפלישה או לגבי היקפה, מחייב להימנע מהפעלת הסמכות המנהלית להוצאת צו סילוק ומצדיק פנייה לערכאות המשפט לצורך הכרעה בעניין במסגרת תביעה רגילה).

תחימה זו של מסגרת התנאים להוצאת הצו מתיישבת עם תכלית החוק לסילוק פולשים, המבקשת לאזן בין חריגותו של ההסדר כהסדר שנועד לתת מענה לצורך בהגנה מיוחדת לקרקעות הציבור, לבין הצורך לצמצם את השימוש בו בבחינת עשיית דין עצמית רק למצבים הכרחיים ביותר, כאשר שוררת ודאות בדבר מעשה הפלישה.

* מתי שתנאי הוודאות אינו מתקיים תבורר דרישת המדינה לסילוק יד בדרך הרגילה של פנייה לערכאות.

**במקרה הקונקרטי** – הצו שהוציאה המדינה נ' בן שמחון לא תקף וצריך להתבטל. אם המדינה רוצה – שתתבע במסלול ביהמ"ש הרגיל ויבררו למי יש זכאות.

### 

### הרצאה 13 - 28.12.16

### ח.2.1 רישיון במקרקעין

מוסד הרישיון נקלט מהמשפט האנגלי, והוא בבסיסו מוסד חוזי.

**בר-רשות** הוא מי שיש לו רישיון לשבת במקרקעין. **מה זה רישיון?** האם זו זכות קניינית? התשובה היא לא. רישיון לא מוגדר כזכות קניינית אלא הוא זכות אובליגטורית ואישית שניתנת לאדם לשבת/לפעול במקרקעין.

**נינה זלצמן** מגדירה את הרישיון: "היתר או רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר, להחזיק או להשתמש בנכס" - כלומר, רישיון הוא הרשאה והיתר של בעל הנכס לאחר לשבת או לעשות שימוש מסוים במקרקעין שלו.

רישיון יכול לקום באחת משתי דרכים:

1. **מכוח חוזה/הסכם** – עריכת הסכם שנקבע בו שמותר לאדם לשבת או להשתמש במקרקעין. יכול להיות הסכם בכתב או בע"פ.
2. **מכוח הסכמה שבשתיקה=רישיון מכללא** - אי מחאה של הבעלים. דוגמא טובה היא מקרה גבעת עמל.

* רישיון שונה מזיקת הנאה – זיקת הנאה היא זכות קניינית ורישיון הוא לא זכות קניינית.

הבחנה נוספת בין רישיונות:

1. **רישיון בתמורה** - ההבחנה בין רישיון בתמורה לבין שכירות הוא ששכירות היא זכות קניינית ורישיון בתמורה הוא זכות חוזית בלבד.
2. **רישיון בחינם (=מתנה).**

סיפור שדה התעופה בהרצליה (לא פס"ד, המרצה סיפר): הלקוח היה לקוח מסחרי – חברת תעופה של מטוסים קלים. חברה זו פעלה שם משנות ה-50 לערך. החברה שילמה סכום מסוים לרשות התעופה האזרחית ע"מ לרכוש ולהכשיר את השדה כי הוא היה אמור לשמש אותה. לאחר שפג תוקף הסכם הרישיון במקרקעין – החברה המשיכה לשבת על הקרקע עוד 20 שנה ללא הסכם מפורש והמשיכו לשלם את דמי השימוש כרגיל, ורשות התעופה האזרחית לא הוציאה אותם משם (רישיון מכללא). לאחר 20 שנה הרשות העלתה את מחיר דמי השימוש בקרקע.

השאלות שעולות במקרה זה הן- מה התוקף של 20 השנה האחרונות שבהם החברה המשיכה לשבת במקרקעין ללא חוזה מפורש המקנה לה רישיון במקרקעין? ומה התוקף לעתיד?

* עוה"ד של החברה טענו שהסכום הזה הקנה רישיון מפורש ובתמורה.
* רשות שדות התעופה טענה שהיא מעולם לא קיבלה כספים ולכן זה רישיון מכללא ובחינם.

ביהמ"ש קבע שיש לחברה רישיון בקרקע וכי אם היא רוצה להמשיך לשבת על הקרקע עליה לשלם את דמי השכירות לאחר ההעלאה.

טבלה מסכמת להבנת הרישיונות

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| אופן הענקת הרישיון |  | התמורה עבור הרישיון |
| רישיון חוזי מפורש |  | רישיון בתמורה |
| רישיון מכללא |  | רישיון חינם |

יכולות להיות הצלבות בין סוגי הרישיונות – ז"א יכולות להיות כמה אפשרויות של רישיון במקרקעין: רישיון חוזי מפורש בתמורה, רישיון חוזי מפורש בחינם, רישיון מכללא בתמורה, רישיון מכללא בחינם.

**פרשנות הרישיון**

63/332 חיים נויפלד נ' שלמה ולדמן ואח': **בפס"ד זה נקבע כלל שחשוב מאוד להבין אותו**:

"כיון שכך, אין אני צריך לדון בשאלה אם אומנם דין הוא שרשות אשר עבורה ניתנה תמורה, אין המרשה רשאי לחזור בו ממנה. רשות רשות ונסיבותיה ותנאיה שלה: יש רשות ואין בה תמורה, ואי אפשר לבטלה ויש רשות ויש בה תמורה, ומותר לבטלה".

מה שקורה פה זה שביהמ"ש מתייחס לשאלת התוצאות במצב שבו קם יום אחד בעל הקרקע ואומר לבעל הרישיון – קום ולך. מה עושים? ביהמ"ש הודף טענות של התאמה בין העובדה שהרישיון נרכש בתמורה מסוימת ולכן ניתן או לא ניתן לבטל אותו ולהיפך. אין קשר בין הדברים וכל רישיון ייבחן בנסיבותיו ויישקל אם יש לבטלו ואם לאו. העובדה שהרישיון ניתן בתמורה למשל לא מבטיחה דבר.

* **לפי הלכת ביהמ"ש** - בכל פעם יש לבחון את הרישיון והתוצאה המשפטית תיקבע לפי הנסיבות הספציפיות (ישנם מעט קריטריונים שביהמ"ש דן בהם, אך אין הלכה רחבה שניתן לפסוק על פיה- כל מקרה לגופו).

אם כן, הנחת היסוד להמשך הלימוד שלנו - אנו נדון במצב בו **יש רישיון** – מה עושים עם זה במצב של תביעה לביטול הרישיון? איך הטענה שיש לאדם רישיון במקרקעין יכולה לעזור לו?

כאשר בעל המקרקעין רוצה לבטל את הרישיון במקרקעין שהוא נתן (בהסכם או מכללא) לאדם אחר - השאלה היא מה קורה עם שני הצדדים? מצד אחד יש את בעל הקרקע שהזכויות הקנייניות שייכות לו, ומצד שני יש את אותו בעל רישיון שהסתמך עליו ומוצא את עצמו יום אחד ללא בסיס.

**היקף ההגנה על הרישיון**

לכאורה הכלל המשפטי ברור – רישיון שניתן בתמורה הוא בלתי הדיר (במשך תוקפו) ורישיון שניתן ללא קבלת תמורה – ניתן לביטול בכל עת. זהו כלל שדומה במהותו להבחנה בין משך שכירות לבין משך שאילה.

עם זאת: הפסיקה לא הקפידה על ההבחנה, אלא קבעה כללים שהתירו מרווח שיקול דעת:

רישיון שניתן בתמורה – לא בהכרח בלתי הדיר

רישיון שניתן ללא קבלת תמורה – במקרים חריגים ניתן להכיר בו כרישיון .... להשלים!

**הדירות הרישיון**

נניח שהבעלים דורש את ביטול הרישיון והמורשה טוען מנגד שהרישיון בלתי הדיר (=בלתי חוזר). ברור שאם יש חוזה והוא תחום בזמן והבעלים ינסה לסיים את החוזה בטרם עת ביהמ"ש יעניק סעדים. אף על פי כן, לא תמיד החוזים הם ברורים, בכתב ותחומים בזמן ולכן צפויות תקלות. פעמים רבות חוזי רישיון הם חוזים שלא תחומים בזמן (חוזי אופציה למשל – חוזה שכירות ל-12 חודשים עם אופציה ל-12 חודשים נוספים).

**הקריטריונים המגדירים את היקף ההגנה על הרישיון:**

1. **היקף ההשקעות שביצע בעל הרישיון במקרקעין** – זה אולי הקריטריון החשוב ביותר והטענה העיקרית שיש להתבסס עליה היא הגורם הזה. אם אדם קיבל רישיון לשבת במקרקעין ותו"כ הישיבה הוא השקיע במקרקעין ביהמ"ש ייטה שלא לבטל את הרישיון (וככל שהוא השקיע יותר כך יש יותר סיכוי) ולהיפך.
2. **הציפייה הלגיטימית וההסתמכות של בעל הרישיון לפעול מהמקרקעין –** מידת ההסתמכות של אדם על הרישיון לפעול במקרקעין תקים ותפיל דבר. אם למשל נכרת בינינו חוזה לשנתיים אבל אני הבעתי באופן ברור שאני מקווה לפעול ליותר זמן והציפייה שלי היא יותר גבוהה, ביהמ"ש ייטה פחות לבטל הרישיון.

* לרוב יש מתאם בין שני הקריטריונים האלה.

1. **משך הזמן בו מחזיק בעל הרישיון ברישיון האמור –** ככל שמשך זמן החזקת הרישיון גבוה יותר – כך ביהמ"ש ייטה פחות לבטל את הרישיון ולהיפך (כלומר הוא ייראה את הרישיון כזכות שיותר קשה לבטלה).
2. **התמורה (ככל שניתנה) בגין הרישיון –** ככל שהתמורה שניתנה בגין הרישיון גבוהה יותר – כך ביהמ"ש ייטה פחות לבטל את הרישיון ולהיפך. (כלומר הוא ייראה את הרישיון כזכות שיותר קשה לבטלה).

* ע"פ קריטריונים אלו, ביהמ"ש בוחן האם הרישיון הוא הדיר או לא ואת שאלת הפיצויים, אם בכלל.

**המגמה היא לא להכריז בקלות על רישיון כבלתי הדיר כי זכות בלתי הדירה עוקפת את הרציונל של**

**מוסד הרישיון במהותו. יש רק חמישה מקרים בהיסטוריה הישראלית שבהם הרישיון הוכרז כבלתי הדיר.**

**יחד עם האמור לעיל – הדבר אפשרי (הכרה ברישיון כבלתי הדיר):** 82496/ יצחק רוזן נ' יגאל סלונים (לא בסילבוס):

"המסקנה, לפיה דורש הצדק את קיום החוזה, צריכה להתבסס על **נסיבותיו של כל עניין ועניין**, ועל-כן יש לבדוק את העובדות כדי ללמוד ולהסיק מהן, אם אכן זו המסקנה המתבקשת. **לא בכל מקרה, בו ניתן רישיון ובעל הנכס מבקש לבטלו, דורש הצדק את המשך קיומו של הרישיון, ויש מקרים בהם ניתן, למשל, להסתפק בתשלום פיצויים, כפי שיש גם מקרים, בהם אין הצדק דורש אפילו את תשלומם של פיצויים כלשהם**". (הש' שמגר).

כלומר, שמגר אומר שיש להירגע עם הטענות המהירות לרישיון בלתי הדיר. יש מקומות שבהם למרות הפרה של חוזה כתוב הרישיון ניתן לביטול ולכן גם רישיון יהיה נתון לביטול וישולמו פיצויים בעבור הפיצוי, ויש אפילו מקרים שבהם ביטול הרישיון לא יחייב בתשלום פיצויים בכלל. לכן, רישיון הוא זכות שברירית כי הוא נרכש בקלות יחסית ולכן הוא גם עולה כטענה משפטית חלופית השכם והערב בכל סוגיה קניינית וכטענה חליפית. **התוצאה הכמעט תמידית ברישיון היא שהרישיון הוא הדיר וניתן לביטול**.

* **לפיכך לפי שמגר - גם רישיון בלתי הדיר ניתן לביטול ולעיתים אף ללא תשלום פיצויים!**

**מה ההבדל בין רישיון לבין זיקת הנאה**? זיקת הנאה היא זכות קניינית (על כל המשמעויות) ורישיון הוא זכות אישית/חוזית.

בנוסף, לפי החוק לא ניתן לטעון לזיקת הנאה על חזקה במקרקעין אלא רק על שימוש ספציפי במקרקעין (=אדם שיושב במקרקעין לא יכול לטעון שהישיבה שלו היא מכוח זיקת הנאה). סיפור גבעת עמל נכון לפה – עוה"ד של הזוג המבוגר שישב שם 60 שנה כתב שיש לאותו זוג זיקת הנאה במקרקעין מכוח שנים של ישיבה והשופט אמר לו שימחק את הטענה מכתב ההגנה כי הטענה הזו לא אפשרית ע"פ החוק.

* מוסד הרישיון מכניס איזושהי עמימות בפסיקה לגבי זכויות במקרקעין ולכן עורכי דין רבים משתמשים בטענת הרישיון במקרקעין כטענה חלופית (גם אם לא תוכר זכות קניינית-אולי לפחות נוציא מזה משהו (פיצוי, דחייה בהוצאה מהמקרקעין וכדו').

**למה משתמשים ברישיון?**

**כדי לחמוק מהוראות דיני השכירות** - כלומר, התפיסה המקובלת כלפי רישיון הייתה שלעיתים אנשים לא מעוניינים להיכנס למוסד השכירות ולכן מאפשרים להם ליצור מסגרת הסכמית חוזית אישית שהיא לא העברה קניינית של שכירות. **לטענת המרצה אין לזה הצדקה**.

נסביר ונדגים:

1. **חוק הגנת הדייר** – כיום ממילא תחולתו מוגבלת. בנוסף, ס' 5 לחוק הגנת הדייר מאפשר להוציא את ההסכם מתחולת החוק (ס' 5 מלמד אותנו שגם כשחוק הגנת הדייר היה רלוונטי היה ניתן להוציא כל הסכם מתחולת החוק – זו הסיבה שרושמים בראש הסכמי שכירות כיום "השוכר הינו שוכר בשכירות בלתי מוגנת"). זהו הסבר היסטורי.
2. **חוק השכירות והשאלה** – מאפשר להגיע לאותן תוצאות (גם הוא ניתן להתניה):

* **זכות שימוש ללא חזקה** – ס' 31.
* **התניה על תוקף שכירות לצד ג'** – התניה על ס' 21.
* **שכירות שניתן להפסיקה בכל עת** – ס' 19.

החשש העיקרי של שוכר ומשכיר הוא לגבי הפסקת השכירות – מתי זה מותר? בכל הקשור ליכולת להעביר שכירות לצדדים אחרים או ליכולת למכור את הנכס תו"כ שהוא מושכר לאחר - הדברים הללו ניתנים להתניה ולא אמור להיות חשש לבעל המקרקעין להשתמש בדיני השכירות.

**לפיכך, השאלה שלעיל חוזרת – מדוע משתמשים ברישיון?**

**המטרה העיקרית שנותרה לרישיון כיום היא היכולת לשלול עבירות!**

**רישיון = זכות אישית**. הרישיון הוא זכות אישית ובניגוד לשכירות (ס' 22) לא ניתן להעביר את הזכות שלך ברישיון.

**למה להתיר זאת?** אם המחוקק היה מעוניין בשלילת עבירות הוא היה מתקן את ס' 22 לחוק השכירות והשאלה והיה כותב זאת בעצמו. היה נרשם שאם הצדדים התנו על ההעברה אז אין יכול להעביר את הזכות. עם זאת, זה לא המצב החוקי בארץ.

* בתי המשפט נמנעו מלשאול שאלה זו והותירו על כנו את מוסד הרישיון האישי המוגבל בעבירות. שאלה זו כזכור חוזרת על עצמה כמעט בכל תיק מקרקעין ועדיין – אין התקדמות, וגם לא אקדמית, בנושא. **עם זאת (חריג)** – הפסיקה הכירה באפשרות העברת רישיון במקרה של הסכמת הצדדים ובמקרי ירושה.

חשוב להבין שלרוב בעלי רשות יהיו אנשים שנכנסו שלא ברשות לקרקע וצברו שם ותק (ראה ערך גבעת עמל). מנגד, **אדם שרוצה להיכנס למוסד קנייני כמו רכישת או שכירת מקרקעין הולך ופועל לטובת העניין** – רישום חוזה, התדיינות, תחילת בנייה וכולי.

**מהן התוצאות האפשריות של הכרה ברישיון?**

1. **המשך קיומו של הרישיון (על אף רצון הבעלים לבטלו).**
2. **ביטול הרישיון תוך חיוב הבעלים בתשלום פיצוי** - הרבה פעמים הרישיון מתבטל והבעלים מחויבים לשלם פיצוי לבעל הרישיון שהם בדר"כ על השקעות שעשה בעל הרישיון במקרקעין.
3. **ביטול הרישיון ללא פיצוי.**
4. **ביטול הרישיון תוך חיוב בעל הרישיון בתשלום פיצוי לבעל המקרקעין** - למשל אדם שישב בקרקע מתוקף רישיון מכללא והזיק לקרקע- יפצה על הנזקים שגרם.

בעניין אחר נאמר, תוך הסתמכות על פסיקה קודמת, כי **בעת ביטול רישיון שניתן ללא תמורה בנכס מקרקעין – הפיצוי הוא רק בגין השקעות בדבר הרשות בנכס והשבחתו** (חשוב להכיר את הקביעה הזו **למבחן** - 1156/02 עבד אל סלאם חיר נ' לידאי).

פס"ד בצר נ' צילביץ- זוג שנתן לבתם ולבעלה מתנה- את האפשרות לבנות בית בנחלה. לאחר מכן הבת ובעלה התגרשו והשאלה היא האם הבעל זכאי לפיצויים כלשהם מהמקרקעין. ביהמ"ש בדק את המקרה לגופו ובחן האם יש רישיון, איזה סוג רישיון, והאם הוא תקף.

רישיון מבר רשות = ביהמ"ש קבע שמדובר ברישיון בלתי הדיר ואין להורים זכות בהם מהמתנה שנתנו לילדים בעיקר בשל:

* + - * כוונות הצדדים בעת מתן הרישיון (בהתחלה הייתה כוונה שיהיו בו ממשיך)
      * היקף ההשקעות שבוצעו ע"י הבת והחתן.
      * לא רישיון חינם שכן הבת והחתן סייעו להורים בניהול המשק (בצורה זו או אחרת).

**המסקנה**: הרישיון בלתי הדיר ולהורים אין זכות לחזור בהם מהמתנה. המשמעות היא שלזוג יש רישיון משותף במקרקעין ולכן בגירושין הבעל זכאי לפיצויים על חצי מהרישיון במקרקעין שהיה שייך לו. המרצה-מה שהוביל את השופטים זה ההבנה שאי אפשר להוציא את הבעל מהבית ללא פיצוי כלשהו.

פס"ד בצר נ' צילביץ:ענייננו במשק שעליו בניין במושב משמר השבעה. המושב שוכר לתקופות של שלוש שנים ממנהל מקרקעי ישראל את הקרקע בכל פעם מחדש (ולכן זכויותיו לא רשומות ברשם המקרקעין). המשק הוחזק ע"י צילביץ. בתם, מאירה בצר, נשואה למערער (אריה בצר) והם הקימו לאחר נישואיהם בניין נוסף במשק שעומד במרכז הסכסוך. כדי לאשרר זאת הם ערכו הסכם משולש בין צילביץ, המושב והמנהל לאישור ההקמה והוסכם שדין הבניין המוקם כדין כלל הנחלה של צילביץ. צילביץ פנו לסוכנות במכתב שמצהיר שהזוג בצר הם יורשיהם לעניין נחלתם. לזוג אף היה בן נוסף שויתר על תביעות במשק. לאחר אישור הסוכנות והמושב החלה הבנייה. **עיקר המחלוקת – מי מימן את הבנייה**? אריה טוען שזה היה מכספיהם המשותפים ומאירה ואימה (צילביץ) טוענות שההורים מימנוהו למרות תצהיר שנחתם 13 שנה טרם לכן שזה מומן מכספי הזוג. כשהזוג רצה להתקבל כחברים במושב הם נדרשו לאחזקת זכויות מלאה ולכן ערכו שני הסכמים עם צילביץ האם, בהם היא נתנה במתנה את זכויותיה בנחלה לבני הזוג כיורשים. לאחר סכסוך שנתגלע בין בני הזוג, האישה ואימה ביקשו לחזור בהן מהמתנה ולכן הבעל דרש את מחצית זכויותיו. המחוזי פסק לטובת הבת והאם. מכאן הערעור.

ביהמ"ש בודק את הכוונה בעת מתן הרישיון, דוחה את כל טענות האם לחוסר זכאות וקובע שברור שצילביץ רצו לתת חזקה בבניין ובשטחו כמתנה לבתם וחתנם. **כלומר, הוא קובע שהרישיון הוא בלתי הדיר**. מעמדם של הזוג היה כבעלי רישיון משנה מטעם בעלי רשות ראשיים (=צילביץ) מטעם המושב. לפיכך, הם לא באמת העבירו את כל זכויותיהם באותו החלק במשק שמסרו. בני הזוג החלו בבנייה רק לאחר שקיבלו מעמד של "בן ממשיך" ולא יכול להיות ספק, כי הם לא היו בונים, ללא הבטחה מראש לזכות לגור ולהשתמש בבניין, אשר יהיה למעשה, גם אם לא להלכה, "שלהם". **האם זכאית האם לחזור בה מהרישיון**? לדעת הש' גולדברג במקרה הזה לא. זה גם לא רישיון חינם כי הזוג התחייב לעזור במשק. לפיכך נקבע שיש לבטל את החלטת בימ"ש קמא. אין מדובר ב"פיצול נחלה" כי הבעל הוא רק בא רשות כלפי האם ולא כלפי המינהל.

* פס"ד זה מיישם כמעט את כל הקריטריונים שדיברנו עליהם ולכן הוא מרכזי וחשוב מאוד בנושא הזה.
* **במבחן** – רוב הסיכויים שתהיה סוגיה של רישיון במבחן (באחד המועדים לפחות)! לרוב היא לא מופיע באופן גלוי וצריך לטעון את זה במידה ויש לזה נפקות לגבי אחד מהצדדים. צריך לטעון את טענת הרישיון, להסביר באיזה רישיון מדובר (חוזה/מכללא, תמורה/חינם, אך זה לא משנה מבחינת ביהמ"ש איזה רישיון זה). עוד יש לבדוק את הקריטריונים השונים ולהצביע על שלוש האפשרויות – קיום, ביטול עם פיצויים או ביטול ללא פיצויים.

**מוסד הרישיון (ההדיר) במקרקעי ציבור**

בתי המשפט לא מכירים ברישיון בלתי הדיר במקרקעי ציבור (עובדה זו היא בחזקת אקסיומה) וגם הפיצוי שיינתן, אם בכלל, יהיה מאוד נמוך. למה? כי ביהמ"ש הודף פלישה למקרקעי ציבור.

אם כן, בתי המשפט מצמצמים לחלוטין את ההכרה ברישיון במקרקעי ציבור, בגלל המורכבות המשפטית שיכולה להיווצר והיכולת של אנשים פרטיים להרוויח על חשבון המדינה. תביעה על רישיון במקרקעי ציבור – תידחה.

11700/05 חבה נ' מינהל מקרקעי ישראל:

"ואולם בתי המשפט בכלל ובימ"ש זה בפרט מצווים להשמיע גם את קולו של האינטרס הציבורי בדבר הצורך במאבק לזכויות הציבור לקרקעות **וכנגד פלישה לקרקעות ציבור והפקרות בתחום זה**... **הקלות שבה אנשים מניחים ידם לא אחת ולא שתיים על מקרקעי ציבור, מחייבת מענה שיפוטי ראוי והולם, במקרים שבהם הרשויות מתעשתות לפעול**...".

* שדה התעופה בהרצליה הוא מקרקעי ציבור לצורך העניין.

# נושא #3 – דרכי רכישת הבעלות

**דרכי רכישת בעלות:**

1. **ירושה**
2. **תפיסת חזקה** (בעיקר במיטלטלין)- נכסים שהופקרו או אבדו
3. **חלוף זמן+שימוש שאין עמו חזקה** – זיקת הנאה מכוח שנים
4. **שיפור נכסי הזולת**- ערבוב/חיבור מיטלטלין ומחוברים/בנייה במקרקעי הזולת
5. **עסקה רצונית**- מכר מתנה שכירות משכון וכו

* **אנו נתמקד ברכישת בעלות ע"י עסקה**

**עסקה:** רכישת זכויות בנכסים- מקרקעין, מיטלטלין, זכויות – היא עסקה שדיני החוזים וכו' חלים עליה. לרבות- כריתת בסכם, פגמים בכריתה, יכולת ביטול, השלמת חוזה, בטלות עקב אי חוקיות, תרופות וכו'.

דרישות מיוחדות:יש לעמוד בדרישות הקבועות ביחס לנכסים מסוימים. לגבי מקרקעין- חלה דרישת מסמך בכתב במקרקעין - ס' 8 (חריג: שכירות קצרת מועד).

**תחרויות: דרך שנייה עוסקת במצבים שבהם יש תחרויות, כששני צדדים מנסים להשיג את אותו הדבר** (המקרה הקלאסי הוא סעיף 9 לחוהמ"ק )עסקאות נוגדות. נדגים: דירה נמכרה לשני רוכשים ושניהם מנסים לנכס אותה לעצמם).

עסקה שנערכת היא חוזה לכל דבר ועניין. הדבר היחידי שבולט מאוד בדיני החוזים וקשור לעסקאות הוא דרישת הכתב (ס' 8 לחוהמ"ק). רק שכירות קצרת מועד שבחוהמ"ק מוגדרת כשכירות לפחות מ-5 שנים ללא אופציה להארכה מוחרגת מדרישת הכתב.

**דרכי רכישת זכות קניינית**

השתכללות הזכות בנכסים שונים

**החשיבות**: להשתכללות הזכות בנכסים שונים יש חשיבות משמעותית הן למערך היחסים החוזיים בין הצדדים הקרובים לעסקה, ובעיקר במערך היחסים עם צדדים שלישיים.

**שלב חוזי / אובליגטורי**

= התחייבות לעשות עסקה!

**שלב קנייני**

= השתכללות העסקה!

**בשלב כלשהו עוברים ממצב של התחייבות לעסקה במקרקעין לשלב שבו הושלמה העסקה ואנו מחזיקים בזכות קניינית בידנו**.

בשלב הראשון – שלב חוזי/אובליגטורי – התחייבות לעסקה - אין לנו זכות קניינית(!) אלא יש לנו זכות חוזית בלבד.

בשלב השני – שלב קנייני - השתכללות העסקה – יש זכות קניינית!

**מתי אנו עוברים מהשלב החוזי לשלב הקנייני? במקרקעין רשומים – ע"י רישום בטאבו!**

למה זה חשוב? ראשית כי יש הסתמכויות ביני לבין הצד השני לעסקה. עם זאת, זה חשוב אולי יותר ובעיקר כשמדובר בקניין, על מנת לוודא מהו השלב שבו מתחילה ההודעה לשאר העולם לפעול (או לא לפעול). יש לזה השפעה משמעותית על דברים נוספים (למשל דיני תחרויות).

## נבחין בין השלבים בשלושה הקשרים – מקרקעין, מיטלטלין וזכויות

תזכורת: זכות קניינית – זיקה בלתי אמצעית לנכס.

### דרכי רכישת זכות קניינית - זכויות במקרקעין

השלב האובליגטורי הוא שלב ההתחייבות לעסקה. כלומר, שלב זה הוא שלב קיומו של הסכם או חוזה רשום.

* יודגש כי עניין זה כולל גם זיכרון דברים לצורך העניין.

**מהו המעמד שלנו כבעלי התחייבות לעסקה?**

בר"ע 70/178 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות: "כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום כדרוש לפי ס' 7(א) לחוק נשארת זכותו של **הרוכש זכות חוזית בלבד** (כלומר - לא קניינית) הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא קושרת לכך צד שלישי."

איפה הלכה זו תבוא לידי ביטוי? המצב הקלאסי הואסיטואציה של תחרויות על נכסים (ס' 9 לחוהמ"ק) -אדם מגיע להסכם מול בעל דירה. עושים זיכרון דברים ואפילו כורתים חוזה שעוד לא נרשם בטאבו. לבסוף, מסתבר לו שהבעלים של הדירה מכר את הדירה גם לאדם אחר שרשם אותה. זכות מי גוברת? לפי הלכת בוקר האדם השני - זה שקנה ורשם את הדירה, ינצח ויקבל את הדירה. **עם זאת, לפי ס' 9 עצמו דווקא הראשון בזמן הוא זה שזוכה**. כיצד מכריעים? ככל שיש צד ג' שיגיע לפני אדם אחר להתחייבות לעסקה, הוא זה שיקבל את הדירה. במצב כזה, כל מה שנותר ביד השני הוא היכולת לתבוע חוזית את בעל הדירה שמכר אותה לאחר.

**המצאת "זכות מעין קניינית"**

**בהמשך** הגיע פס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב ששינה משמעותית את מצבו של **המחזיק התחייבות לעסקה** – בהלכה זו נקבע שהזכות של בעל התחייבות לביצוע העסקה היא משמעותית יותר מסתם זכות חוזית גרידא, ומדיני היושר היא מצמיחה לבעל ההתחייבות לעסקה זכות קניינית שביושר. כלומר, זוהי זכות שהיא לא מושלמת מבחינה קניינית אבל היא מעין-קניינית. **מה המשמעות שלה ככזו**? **במצבים מסוימים המחזיק בהתחייבות לעסקה מקבל נופך קנייני – היכולת להתחרות על אחיזה בנכס עצמו.** כשיבואו צדדים שלישיים למשל הם ייכנסו לתחרות מולו על הנכס עצמו (יש תחרויות שהוא ינצח בהן, יש כאלה שהוא יפסיד בהם אבל הוא יכול להתחרות על הנכס עצמו **ויש אפשרות שהוא יסיים את ההתמודדות כבעליו ולא רק כבעל תביעה חוזית כלפי הבעלים הקודם**). זה לא אומר שיש לו זכות קניינית ולכן הוא נתון להכרעות שונות במצבים שונים.

* **זוהי ההלכה כיום לעניין המחזיק בהתחייבות לעסקה בלבד בשלב החוזי / אובליגטורי!**
* למרות שלא שיקללנו את זכות הקניין שלנו (קרי אנחנו רק בעלי זכות לעסקה), החזקת התחייבות לעסקה מעצימה את מעמד המחזיק. עם זאת 🡨 רצוי לגשת ולרשום כדי לשכלל אותה בהקדם.

סיכום ביניים: התחלנו לדון **בדרכי רכישת זכות קניינית** ודנו בדרכי רכישת זכויות קנייניות בכלל (ארבע דרכים שנדון בהן בקורס: ירושה, חזקה, קניית דירה מקבלן ותחרות; דרך שלא נדון בה: שיפור נכסי הזולת).

עוד דיברנו על **עסקאות** ואמרנו שעסקה במקרקעין היא חוזה לכל דבר ועניין וכל הכללים של דיני החוזים חלים עליה והדבר השונה והעיקרי הוא שע"מ לבצע עסקה במקרקעין חייבים חוזה בכתב (וזולתו אין העברה בטאבו).

דיברנו גם על **השתכללות הזכות בנכסים שונים ועל שני שלביה העיקריים**. השאלה הגדולה בכל אחד מסוגי הנכסים (מקרקעין, מיטלטלין, זכויות) היא באיזה שלב אנחנו עוברים מהחזקת זכות חוזית / אובליגטורית להחזקת זכות קניינית **בגלל שזהו השלב שקובע מתי אדם הופך להיות הבעלים של הנכס**.

**שלב המעבר**

**נבין מהו אותו שלב המעבר**? במקרקעין רשומים ומוסדרים (שעברו פרצלציה וקיבלו מס' גוש/חלקה) מעבר הזכות לא מסתיים עד לרישום ברשם המקרקעין. דנו בהלכת בוקר שקבעה שבשלב ההתחייבות כל מה שיש לאדם שהתחייבו כלפיו הוא זכות חוזית כלפי הבעלים-מוכר ותו לא. בהמשך, דנו בהלכת אהרונוב שמשנה לחלוטין את הלכת בוקר וקובעת שגם בשלב החוזי - עוד בטרם נגמרה העסקה ברישום – **יש למי שהתחייבו כלפיו זכות מעין קניינית שנותנת לו אחיזה מסוימת בנכס עצמו** ולכן האדם לא מחזיק רק זכות חוזית כנגד הבעלים המקורי של הנכס אלא יש לו לאדם מעמד ביחס לנכס עצמו גם כנגד צדדים שלישיים (בתחרויות).

**המשמעות** – כעת האדם עדיין מחזיק בזכות להילחם על הנכס עצמו (זה לא אומר שאתה תקבל אותו אלא עליך להתמודד מול אחרים), **מה שלא היה קיים פעם בהלכת בוקר שהקנתה זכות חוזית בלבד**.

אם כך, מתי משתכללת זכות הקניין?

כאשר נכס רשום בטאבו – שכלול הזכות הקניינית היא אך ורק בשלה הרישום בטאבו ולא בשום דרך אחרת.

כאשר נכס לא רשום בטאבו – אז אנו מדברים על מקרקעין לא רשומים.

* **במקרקעין מוסדרים:** מעבר הזכות מחוזית לקניינית הוא בדיוק שלב העברת הבעלות ברשם המקרקעין (=טאבו) משם אחד לשם אחר. רק בשלב הלחיצה על כפתור ה-Enter משתכללת הזכות הקניינית (ס' 7ב).
* **במקרקעין לא רשומים (חסרי מס' גוש/חלקה):** לא ניתן לרשום אותם בטאבו ולכן מתייחסים אליהם כמו אל זכויות (בהמשך נלמד מה עושים עם זכויות).

נק' זמן המעבר בין השלבים **במקרקעין רשומים** היא זמן ההעברה במחשב הטאבו.

נק' זמן המעבר בין השלבים **במקרקעין לא רשומים** היא שלב כריתת ההסכם בין הצדדים כ-Default וזה ניתן לשינוי (דומה להעברת זכויות).

**שלב חוזי / אובליגטורי**

התחייבות לעסקה!

**שלב קנייני**

השתכללות העסקה!

**חשוב להבין:** **כל הסיפור של הרישום מדבר רק על נכסים שרשומים במרשם המקרקעין** **– הטאבו**!

כלומר אם מישהו התקדם לשלב של רישום קניני- זכותו גוברת!

**הליך הרישום הסטנדרטי**

מה עושים כדי לבצע העברת בעלות במקרקעין? מה צריך להביא?

1. **שטר מכר** - ב-5 העתקים חתומים ע"י הצדדים ועוה"ד שלהם.
2. **חוזה כתוב** - שמפרט בדיוק את כל העסקה שנסגרה בין הצדדים. ללא חוזה כזה - תהליך הרישום לא יבוצע. **חוזה מכר מקרקעין הוא החוזה היחידי בכל עולם המשפט שמנוסח ע"י עו"ד אחד לשני הצדדים.**
3. **אישור עירייה** (היעדר חובות בארנונה, במים וכולי).
4. **אישורי מיסוי** (בעיקר מס רכישה ומס שבח[[14]](#footnote-14)).

**מה מביאים לטאבו?** שטר מכר X 5 + חוזה בכתב + אישור עירייה + אישורי מיסוי

מי שמגיע לרישום הם לרוב עוה"ד ולכן הם צריכים להגיע עם ייפוי כוח (יש שני סוגים: **הראשון** מצומצם ומאפשר עשיית פעולות משפטיות במקום הצד לעסקה בלבד. **השני** יכול להיות ייפוי כוח לעשות פעולות משפטיות ומסחריות בנכס עבור הצד לעסקה והוא נרחב יותר – למשל לקונה שנמצא בחו"ל). היכן מתחילה בעייתיות? כאשר המיופה משתמש בייפוי בצורה לא ראויה.

* בהעברת **זכות חכירה** צריך לצרף גם מסמך של רשות מקרקעי ישראל שמאשר העברת זכות החכירה.

**מדוע יש פער (של זמן) בין שלב העסקה (החתימה על ההסכם) לבין שלב הרישום?**

**כשאנחנו כורתים חוזה** – הוא לרוב מדבר על תשלומים דחויים (תשלום ראשוני + המשך תשלומים לאורך זמן). לפיכך, מה שקורה זה שאנחנו צריכים **זמן מסוים להשלמת ההתחייבויות בחוזה** לפני שהמוכר יסכים להעביר את הזכות הקניינית.

1. מיסוי ואישורים: נניח שאין פטור ממיסוי – עלינו לדווח על טופס שנקרא מש"ח. זהו טופס שרשות המיסים מוציאה ובו מפורטים כל פרטי הנכס עצמו (קומה 2, כן חניה, אין מעלית...). לרוב גם הקונים וגם המוכרים חותמים על הטופס ושולחים אותו לרשות המיסים. למה? כדי להצהיר על העסקה והרשות צריכה להעריך את סכום המס שהיא רוצה לגבות. לרוב מאוד קל לחשב את המיסוי ובעיקר כשמדובר באדם שיש לו דירה אחת בלבד ואז הוא יהיה פטור כמעט תמיד ממס שבח. אז, **הרשות מוציאה שובר תשלום או אישור פטור**. נושא זה לוקח לערך חודשיים מרגע חתימת החוזה ולרוב נותנים לזה זמן רב יותר (בערך חצי שנה).
2. מימון והסרת משכנתאות: רוב האנשים זקוקים לעזרה במימון ולכן הם ייקחו משכנתא. זה מהווה עיכוב בשני שלבים – גם בהשגת משכנתא עבור הקונה וגם בהסרת יתרת המשכנתא של המוכר (שכנראה עדיין מחזיק גם כן במשכנתא משלו). **במצב זה יש חיובים מותנים רבים** – ע"מ לפרוע את יתרת המשכנתא של המוכר הוא צריך לקבל את הכסף של הקונה, שכנראה משתמש גם כן במשכנתא משלו וכדי שהקונה יקבל משכנתא – הוא נדרש למשכן את הנכס כשהוא לא בבעלותו עדיין.

* כל הדברים שתיארנו מתבצעים בלשכת רישום המקרקעין (הטאבו) ולא בלשכת רישום המשכונות.

כשהנכס לא רשום בטאבו- ישנם מקרקעין לא רשומים. **אין עליהם עדיין הסדרה משפטית והם לא רשומים בטאבו.** המקרקעין הלא רשומים נחשבים כזכויות, ולא כמקרקעין עצמם.

**הערה למבחן:** סביר שניתן להחיל עליהם את דרישת הכתב.

אז מה עושים בינתיים? **התשובה היא הגשת בקשה לרישום הערת אזהרה (לפי ס' 126 לחוהמ"ק)!**

אנחנו עדיין מצויים בשלב החוזי / אובליגטורי ויש לנו זכות מעין קניינית (לפי הלכת אהרונוב). הערת אזהרה היא מה שעושים בשלב זה כדי להגיע למצבים שיימנעו תחרויות ומהלכים מלוכלכים. **הערה זו נרשמת ע"י הבעלים של הנכס והוא רושם את ההערה לטובת אדם אחר (לרוב הקונה)**.

**הערת אזהרה לא נותנת זכות קניינית בנכס**. מה היא כן נותנת? **מעשית - היא תוקעת את המרשם**. משמשת תמרור אזהרה לכל מי שרוצה לקנות את המקרקעין. צד ג' שיבוא ויבקש לעשות שינוי במרשם (גם אם הוא הביא את כל המסמכים הנדרשים לכך) לא יוכל לבצע את הרישום ואת העברת הנכס על שמו מבלי למחוק את הערת האזהרה ככל שיש כזו ומבלי שהוא יידרש לתת הסבר בגינה. ההסבר הזה מצריך לרוב אישור של בעל הערת האזהרה שהוא מסכים לכך. לכן, או שלא תתבצע העסקה או שהיא תתבצע בכפוף להסבר. **ההערה גורמת לפומביות הסטאטוס העדכני של הנכס**.

* הערת אזהרה לא מחייבת שהמקבל אותה יהיה צד לחוזה. היא יכולה למשל להיות ערבות לחוב.

**נדגיש שוב – ס' 7 חל רק על עסקה במקרקעין הטעונה רישום** (זהו **היבט חוזר במבחנים** בגלל השוני).

* **זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום** - **זיקת הנאה** מכוח שנים **וזכות קדימה** מכוח החוק (נדון בהמשך).
* **זכויות שהן תוצר של עסקה ואינן טעונות רישום** - **שכירות קצרת מועד**. מה זה אומר? ראשית זה פוטר אותנו מרישום. שנית, השוכר הוא בעל זכות קניינית מלאה מבלי שהוא נדרש לתת לזה פומביות ולמרות שזה לא רשום – זכויות של אנשים אחרים יהיו כפופות לזכותו של השוכר. הזכות נכנסת לתוקף באופן מיידי.

למה הזכות לשכירות קצרת מועד חריגה? כדי לאפשר קיום של שוק לשכירות קצרת מועד (שבוע/חודש וכו'), וכדי לצמצם עלויות (אם יהיו עלויות עסקה בנוסף לדמי השכירות-זה לא ישתלם לצדדים).

* שני סוגי הזכויות הם זכות קניינית מלאה שאינה טעונת רישום (למרות שכן אפשר לרשום אם רוצים).

הרצאה 14 – 01.01.17

### דרכי רכישת זכות קניינית - זכויות במיטלטלין

במיטלטלין יש לנו גם את ההבחנה בין השלבים וגם כאן השאלה היא **מתי מתבצע שלב המעבר**?

נק' זמן המעבר בין השלבים **במיטלטלין** היא זמן מסירת הנכס כ-Default, אא"כ הוסכם אחרת בין הצדדים.

**שלב חוזי / אובליגטורי**

התחייבות לעסקה!

**שלב קנייני**

השתכללות העסקה!

התשובה ניתנת ע"פ ס' 33 לחוק המכר שעוסק בהעברת בעלות: ס. 33 הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות 🡨 כלומר, **הבעלות עוברת בנק' מסירת הנכס**. זוהי קביעה דיספוזיטיבית כי הצדדים יכולים להסכים על אפשרות אחרת להעברת הבעלות. זו נקודה חשובה בהקשר של צדדים שלישיים.

* מכוניות- העברת בעלות בדואר היא לא לעניין בעלות אלא לצורך רישוי.

**לפיכך - יש במיטלטלין מימד חשוב לחזקה** – למה? כי הנחת המוצא במיטלטלין היא שהחזקה מוכיחה שהייתה העברת בעלות וכל מי שטוען אחרת צריך להביא הוכחות לטענתו ("המוציא מחברו – עליו הראיה").

### דרכי רכישת זכות קניינית: זכויות בזכויות

**העברה של זכויות = המחאה.** החוקים הרלוונטיים הם חוק המכר (כמו במיטלטלין) + חוק המחאת חיובים. חוק המכר מלמד איך ממחים בעלות בזכויות ומתי, וחוק המחאת חיובים עוסק בדיני תחרויות של המחאת זכויות.

כשמחפשים את **מועד העברת הבעלות בזכויות אנו מחפשים את מועד כריתת ההסכם כ-Default, אך ניתן להתנות על מועד זה** (ס' 33 לחוק המכר קובע שהמכר עובר בהעברת המסירה ובשינוי המחייב לזכויות זה יתרחש בזמן כריתת ההסכם כי זכות במהותה היא לא דבר מוחשי).

* מה עוד נכנס תחת העברת זכויות? מקרקעין שאינם רשומים. לפיכך, גם בעניינם שלב המעבר הוא מועד כריתת ההסכם.

דוגמה: אדם חייב 50 ₪= נקרא חייב-> לממחה- הוא בעל החוב= הזכאי לכסף. אם הממחה חייב בעצמו גם 50 ₪, הממחה יכול להעביר את זכותו בחוב לאותו אדם אליו הוא חייב, ואז החייב משלם ישירות לאדם השלישי.

* **מועד כריתת ההסכם נחשב כמועד העברת הבעלות בזכות, אלא אם כן נקבע אחרת ע"י הצדדים.**

לסיכום:

מיטלטלין:מועד העברת הבעלות= המסירה-> אלא אם כן התנו אחרת.

זכויות: מועד העברת הבעלים= כריתת החוזה (לא מחייב בכתב)-> אלא אם כן התנו אחרת.

* **זכויות במקרקעין שאינם רשומים, נכנסות לתוקף במועד כריתת החוזה. (זאת לעומת מקרקעין רשומים, שהבעלות עליהם נרכשת במועד הרישום בטאבו).**

# יא. דרכי רכישת בעלות - רכישת דירה מקבלן

בשונה מתחומים רבים בדיני קניין (ובכלל בשוק המסחרי), החקיקה פה מטה את הכף בצורה דיי בולטת לטובת הרוכשים שמקבלים עדיפות מאוד משמעותית ביחס לקבלנים. מדוע? המחוקק ובתי המשפט שמפרשים את החוק מודעים לכך שצרכן יחיד שניגש לרכישת דירה (עסקה גדולה ומשמעותית) יכול ללכת בקלות לאיבוד.

**בהקשר זה יש דיון משמעותי בריבוי ליקויים קוגניטיביים:**

* **הצפת מידע** – ככל שאדם מוצף ביותר מדי מידע קל לו להתפזר והוא פחות יכול להתרכז ולהתמקד במה שחשוב. הטענה כאן היא שהקבלנים בכוונה תחילה מציפים לקוחות בפרטים רבים שאינם בהכרח רלוונטיים. הסיבה לכך היא שהרבה מאוד מידע גורם להם לבלבול ולחרדה, והחרדה הזו היא ביחס ישיר לגודל העסקה. רציונאלית 🡨 ככל שהעסקה יותר גדולה, יש להשקיע יותר ממון וזמן לבדוק את הפרטים. עם זאת, ברגעים לחוצים אנשים פונים לקיצורי דרך ולכן צרכנים משקיעים פחות מדי ומתמקדים בדברים שקל להם להתמקד.
* **מסגור** – קל לנו מאוד לקבל את מה שאומרים לנו. קל לנו כבני אדם להידבק למסגרת ומחקרים גילו שבני אדם מאוד מחפשים אותן. בהקשר של עסקאות – אדם מקצועי לרוב ממסגר את התמונה בדרך שהוא רוצה למסגר ולהציג אותה ומעלים פרטים רבים שצריכים להילקח בחשבון ע"י הצד הלא מקצועי.
* **שגיאות הסתברותיות** – פעמים רבות נראה לנו שדברים שהם בעלי סיכון זהה מבחינה הסתברותית, הם דווקא בעלי הסתברות שונה. המוח האנושי פחות לוקח בחשבון את הדברים שנמצאים בהסתברות קטנה גם אם הנזק שעלול להיוולד מהתממשות הסיכון הוא מאוד גבוה. כלומר, אנו נותנים תשומת לב רבה לסיכונים לא רווחים שבהם הנזק נמוך מאשר למצבים שבהם הנזק מאוד גבוה אבל הסיכון נמוך.

**עד כאן זה טוב ויפה. למה שגיאות הסתברותיות הן רלוונטיות ברכישת דירה**? אם נמיר את כל האמור על שוק הדירות – נגלה שאנשים ייטו לשים דגש על מס' הימים של האיחור בקבלת הדירה מאשר על בטוחות במצבים של קריסת החברה למשל. כך, הסיכוי שקבלן יאחר הוא דיי גבוה אבל הנזק שנגרם עקב האיחור הוא בר-הכלה. מנגד, הסיכוי לחדלות פירעון של קבלן הוא דיי נמוך אבל הוא לא בר-הכלה מבחינת הרוכש. לכן, הקבלנים ישימו דגש על סוגיית האיחור ופחות על סוגיית חדלות הפירעון. במקרה של דירה, שהיא במהותה עסקה כלכלית וחשובה, אם לא נשים מספיק דגש – אנחנו יכולים לצאת בשן ועין. **לדעת המרצה**, זהו הגורם הדומיננטי ביותר (כמעט) שהכריע את המחוקק לשים רגולציה חריפה על רכישת דירה מקבלן.

* **הטיה בין מידע מוחשי ומידע שאינו מוחשי** – יש לנו נטייה להבין דברים שאנחנו רואים בעיניים אבל כל שיח שבאוויר הוא בעייתי עבורנו וקשה לנו כבני אדם להבין אותו. דברים שאנו רואים בעיניים למשל נתפסים כדברים קלים לעיבוד ובהינתן הצפת מידע אנו נתמקד דווקא בהם: מחיר, קומה וכדומה. מאידך, מידע מופשט שלא רואים בעיניים נתפס כמסובך (בהינתן שלא כל המידע עובר עיבוד) והוא נדחף למטה ברשימה שלנו.
* **כל הסיבות הללו הובילו לכך שההסדרים הרגולטיביים מוטים מאוד לטובת הצרכנים.**

מה מקנים אותם ההסדרים?

1. **חובות גילוי** – חובות אלה מפורטות בחוק המכר דירות (ס' 2-6) והעיקרי שביניהם הוא כמובן ס' 6. היקף המכר והסדרים עתידיים.
2. **בטוחות** – חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) נועד כולו כדי למנוע את הכשל שלנו בהבנת הסיכונים הכרוכים ברכישה של דירה.

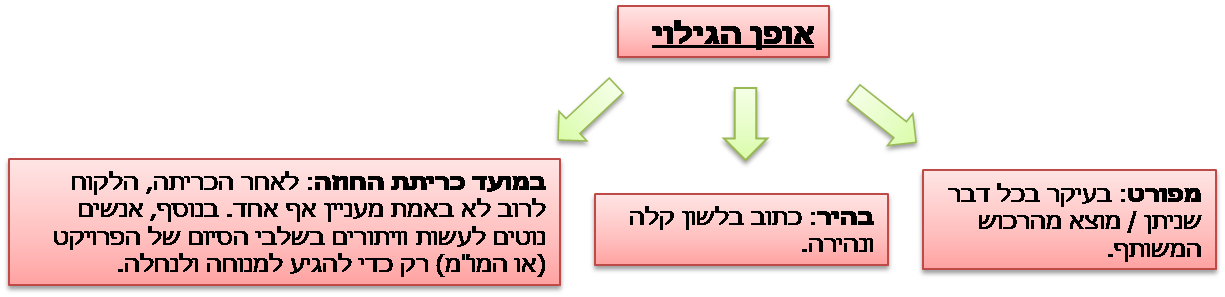
## יא.1 חובת הגילוי – חוק המכר (דירות) - ס' 6 בעיקר

**מטרת ס' 6 לתת מענה לכשל הקוגניטיבי אודות נכסים שאינם מוחשיים. סוג הדברים שהמחוקק בחר לחייב חובת גילוי לגביהם הוא סוג הדברים שאנשים שוכחים לשים לב אליהם**.

בהגיעו של אדם לרכוש דירה – הקבלן מציף אותו במידע. את האדם, מעניין לרוב מה יהיה הרכוש המדויק שלו בדירה העתידית לקום וגם קל מאוד להבין דברים מוחשיים. מנגד, אין התעסקות רבה בסוגיות של רכוש משותף, שטחים ציבוריים וכולי. ס' זה סוגר את האפשרות של הקבלנים מלעבוד על צרכנים ולהציג להם דברים בצורה ערטילאית. ס' זה מחייב אותם לשים את הדברים באופן ברור מאוד על השולחן כבר בשלב חוזה המכר.

פס"ד שמעונוף נ' ברוכים: "כדי להבטיח שאכן הובאו הדברים לידיעת הקונה והובנו, חובה על המוכר לצרף לחוזה מפרט, ובו תיאור הדירה וכל הכלול בה, ואם מבקש המוכר לשנות מן התקנון המצוי בקשר לזכויות שבבית המשותף, חייב שינוי זה להופיע במפורש במפרט או במסמך המצורף לחוזה ובו פרטים בקשר לשינוי. ייחוד והבלטה אלה מטרתם להסב את תשומת לבו של הקונה לשינויים..".

**בפסקה אחת מסכמים כאן את הרציונל של ההגנה** – הסיבה היא **פערי הכוח**. העובדה שבהגעת אדם לקבלן הוא מיודע כי לא יהיה לו כוח השפעה רב על החוזה מוכיחה זאת כשלעצמה (למרות שכן ייתנו לו לשנות מעט כדי לא להיתפס תחת ההגדרה של חוזה אחיד). ויסמן הראה מה קורה כשיש הצמדות מסוימות בנושא הדיור – מקבלי ההצמדה שילמו יותר. מי שקיבל הצמדה שילם, אך מי שלקחו ממנו לא זכה בהנחה וזה מחדד את ההנחה של מידע מופשט שלא שואלים לגביו.

* **המרצה מציין שמצב זה הוא לא רחוק מהמציאות** – רוב האנשים הם הדיוטות בנושא הזה ולא שואפים להכיר את כל הטרמינולוגיה ולכן דרושה להם ההגנה הזו.

מה קורה אם מביאים לנו את המפרט רק ביום שבו אנחנו מגיעים לכרות את החוזה? נניח ששנייה לפני החתימה הקבלן מוציא את המפרט? אין לזה תשובת בי"ס. ברור שזה לא עומד ברציונאליים של הדרישה כבר בשלב מועד כריתת החוזה. **מנגד**, מבחינה פורמאלית החוזה עדיין לא נכרת ואז "כאילו" מותר לקבלן לעשות זאת.

**אם לא מולאה חובת הגילוי** מסתכלים על הצדדים לחוזה המכר כאילו הם התחייבו בהוראות התקנון

המצוי לגבי אותו עניין וזה מה שיחול על הבית המשותף (וגם על בית שעתיד להירשם כבית משותף).

כלומר התקנון יחול.

סיכום ביניים: ראינו שיש שתי חובות על הקבלנים – **חובות גילוי** (חוק המכר דירות) **וחובת בטוחות** (חוק המכר דירות הבטחת השקעות). הס' הם 2,3,4,5,6 והעיקרי הוא 6. ס' זה נותן מענה (לצרכנים) לכשלים הקוגניטיביים שלנו כבני אדם שלא מבינים בתחום של דירות. כך, למעשה המחוקק מגדיר ברגולציה כבדה לקבלנים שעליהם להתייחס אלינו כאל הדיוטות ולכן עליהם לגלות לנו הכול בצורה מלאה.

**צורת חובת הגילוי** (פס"ד שמעונוף)– מנחם אלון אומר שצריך לגלות את הפרט במפרט או לצרף לחוזה המכר, ובצורה דווקנית אומר כי אם זה לא במפרט זה צריך להיות במסמך מצורף ולא יכול להיות בחוזה. כדי שאנשים יתמקדו בסוג הזה של המידע הם צריכים אותו בנפרד (זה קשור לנושא של הצפת מידע – לעו"ד יש את ההרגל לכתוב מידע רב ולהעמיס יותר כך שככל שנעמיס יותר מידע, העין לא תשים לב לדברים החשובים באמת). לכן, **ביהמ"ש מתעקש באופן פורמליסטי – "את זה ורק את זה, באופן מובלט ועם חתימה ליד"**.

המפרט הוא סוג של מסמך שמפרט כל דבר שניתן בדירה ויותר חשוב מכך – מפרט כל דבר שהוא מוציא מהתקנון המצוי של בית משותף (הצמדת שטחים, הוצאת מקומות מסוימים ועוד). אם הקבלן עושה שינויים – הוא חייב להבהיר את זה לכל הרוכשים האחרים בצורה מפורטת.

**בהירות** – יש לומר את הדברים ברחל בתך הקטנה, בבירור, במובלט, לא במשתמע, לא בניסוחים כלליים / גורפים. לא חשוב מי נמען ההצמדה אבל אי אפשר לשמור אוסף של זכויות אלא צריך לציין מה אוסף הזכויות שאתה שומר ולציין אותם במפורש. זה נובע גם מהבעיות של התעלמות ממשהו מופשט ואיפוס בעיות קטנות.

**לוחות זמנים - היבט זה לא מתייחס לכשלים הקוגניטיביים והוא נוגע ללוח הזמנים**:

אלון בפס"ד שמעונוף אומר שהמועד הוא במועד כריתת החוזה ולא מאוחר יותר – "הטעם הוא שהקונה צריך לדעת את שנעשה ואת אשר הוא קונה בשעת עריכת חוזה המכר, היינו הוא צריך להחליט אם הוא מסכים לשינויים המוצעים לו, ולא כעבור זמן כאשר הוא כבר קשור בטבורו ובממונו למוכר".

המרצה אומר שצריך לשים לב לתוצאה של היעדר גילוי כזה [**ס' 6(ב) לחוק המכר**] – מוכר שלא מסר פרטים על עניין מהמנויים בס"ק (א) יראוהו על אף האמור בחוזה המכר כמי שהתחייב שהוראות התקנון המצוי לגבי אותו עניין יחולו על הבית המשותף. במילים אחרות, אם המוכר ניסה להגיד שהמחסן יהיה צמוד לבית של הדירה שלו, לא יהיה לזה שום תוקף. שאלה יותר קשה שעליה הפסיקה נתנה תשובה עולה כאשר המוכר לא נתן גילוי נאות לרוכש לגבי הצמדה מסוימת / חריגה מסוימת מהתקנון המצוי אבל כן נתן גילוי נאות לרוכש אחר. האם ההצמדה תהיה תקפה לגבי אלו שכן ידעו? (כשברור שלגבי אלו בלי הגילוי היא לא תהיה תקפה).

**סיכום ביניים**: ההסדרים הרגולטורים מטילים מגבלות קשות מאוד על קבלנים. **הדין מנסה לאשרר את אותנטיות הרצון עבור הקונים ומגן עליהם**. אנו רואים זאת בנושא של **חובות הגילוי**, והאופן שבו הדין (חוק + פסיקה) מסדיר את חובות הגילוי נראה כמו אוסף של הסדרים שמגיבים, מתחשבים ונענים לאוסף של כשלים קוגניטיביים שאורבים לבני אדם בקבלת החלטות.

חובות הגילוי חלות על עניינים שהם חשובים, **אבל מופשטים**. המופשטות שלהם היא שגורמת לכך שייתכן שהצרכנים לא ייתנו להם תשומת לב גבוהה מספיק והיא נדרשת **להתבצע במסמך נפרד ובצורה בולטת**.

## יא.2 בטוחות

על קבוצות רכישה, דירות יד שניה ובנייה עצמית לא חל חוק המכר ולכן אין בהן בטוחות.

נושה מובטח- מי שיש לו כרגע שיעבוד לטובת מימוש החבות כלפיו. לרוב בנקים או חברות המלוות כספים. אותו גורם המלווה דורש בטוחה כדי להיות רגוע שהחיוב ייפרע.

בטוחה היא מעין הלוואה לקבלן עד מסירת הדירה.

בטוחה היא ערבות מסוימת שהקבלן נותן כדי להבטיח את ההשקעה של אדם ברכישת דירה. רכישת דירה היא רכישה מאוד גדולה של אדם ולכן דורשים מהקבלנים את הבטוחות הללו. **לפי** חוק המכר (דירות) הבטוחה משמשת ככסף בין הרגע שיש לי חוזה עד לרגע רישום הדירה בטאבו. ברגע שהרישום הוא על שמי, אני כפוף רק לתקנת השוק במקרקעין, אבל בין החוזה להשתכללות הקניין עובר זמן, ובישראל עובר הרבה מאוד זמן.

נדון ראשית בנושא מקרה חפציבה (פס"ד מטרי נ' מולכו): כבר בשנת 2006 מפורט שמצבה של החברה הוא בעייתי מאוד, כי החברה מוציאה הרבה מאוד כספים על רכישת קרקעות והוצאות בנייה כאשר התקבולים שהיא מקבלת בעדם היו נמוכים משמעותית. באוג' 2007 החברה נכנסת לשלב פרסום הקשיים הכלכליים שלה ומה שקורה זה שיש פלישה של דיירים ורוכשי דירות לדירות שהיו נמצאות בשלבי בנייה שונים. חלק מהדירות היו ממש בשלבי שלד ואנשים "פלשו" לדירות עצמן. **למה הם עשו זאת**? בעיקר כדי לתפוס אחיזה כלשהי בנכס עצמו לעומת הבנקים ושאר הנושים שיבואו בעתיד בשלב פירוק החברה. הם שאפו להיכנס למלחמה על הדירה כי מה שהיה להם עד אז היו התחייבויות אובליגטוריות (ולמרות שהלכת אהרונוב מקנה להם זכות מעין קניינית הם ביקשו לחזק את אחיזתם תוך ניסיון להשפיע גם על ביהמ"ש גם אם הזכות עצמה לא מתחזקת).

**השאלה החשובה שיש לשאול היא האם כפיית בטוחות היא דבר מוצדק?**

חוק הבטחת השקעות מחייב את הקבלנים להבטיח את ההשקעות של רוכשי הדירות. כשהולכים לעסקה של דירה צריכים לקבל ע"פ חוק את אחת מתוך חמש הבטוחות שהחוק מציע. בהינתן העובדה שאנו כופים מתן בטוחות, ובהינתן העובדה שהבטוחות האלה עולות כסף רב נשאל – **האם נכון שיהיו בטוחות כאלה**?

השיקול הראשון (**לחיוב**) הוא המראות הלא קלים שהיו לאחר מקרה חפציבה. מנגד(**ולשלילה**), החובה של הקבלן לספק בטוחות היא סיבה נוספת לייקור עלויות הדירות בישראל.

המחוקק הישראלי לקח את השיקול לחיוב (כנראה בהשראת סיפור חפציבה) וקבע חובה חוקית. עם זאת, תמיד יש לשאול האם נרצה באמת לגלגל את העלויות האלה על הלקוח (זה המינוס בסיפור).

* יצוין כי הבעייתיות האמיתית היא לא האם יש לחייב את הבטוחה אלא הקוגנטיות שלה.

**נשאל כעת למה צריך בכלל בטוחות?**

1. סיכון שנובע מבעיות כלכליות של החייב (=הקבלן) – במהלך עסקים רגיל קבלנים פושטים מדי פעם רגל. לפיכך, עשויות להתגלות בעיות כלכליות במהלך הליך הבנייה (שאורך שנה וחצי בממוצע) ולכן אנחנו לא רוצים שרוכש הדירה יסבול מהבעיות האלה.
2. סיכון שנובע מפגמים בזכות הקניין של המוכר – פה **לא מדובר על בעיות כלכליות אלא פגמים בזכות הקניינית**. כך למשל, אם נניח שהקבלן רוכש קרקע ומסתבר שהבעלים מכר אותה במקביל למישהו אחר ואז מתפתח דיון בבית המשפט – מי זוכה בקרקע – הקבלן או הצד השני בזמן? לפי ס' 9 יש אפשרות שהצד השני זוכה, שהקבלן יפסיד את הקרקע ואז הצרכן מחזיק רק בזכות חוזית מול הקבלן ותו לא (והפחד הוא שהוא יברח מהארץ). אדם יכול להעביר לאדם אחר רק את מה שיש לו ואם אין לקבלן זכות קניינית הוא לא יכול להתחייב לתת אותה. המצב היחיד שבו ניתן לעשות זאת הוא בקיומה של תקנת שוק[[15]](#footnote-15).

מהם העקרונות הבסיסיים של חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)?

1. זה חל רק על דירה אבל ההגדרה של דירה בחוק היא מאוד רחבה ופותחת את זה לעסקים וגם לחדר בודד.
2. מכירה של דירות שווה גם לחכירה לדורות. גם רוכש זכות חכירה לדורות נכנס לגדרי החוק.
3. החוק אינו חל על **בנייה עצמית** (=קבוצות רכישה). למה? כי מצופה מהקבוצה שמביאה את הקבלן לבחון אותו והחוק לא מחייב את זה. החוק לא חל גם על מכירת דירה יד שנייה כי הדירה כבר רשומה. לסיכום – החוק חל כלפי רכישת דירה יד ראשונה מקבלן בלבד.

**החוק קבע חובת גילוי ובטוחות.**

**חמש דרכים שונות להבטחת השקעתם של רוכשי הדירות (ס' 2)**

2. לא יקבל מוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על שבעה אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה (ס"ק 1-5), והכול על אף האמור בחוזה המכר (=הס' קוגנטי!):

1. **ערבות בנקאית** – מרבית הבטוחות הן כאלה. מדובר במצב שבו על כל סכום ששמים מקבלים ערבות מבנק כך שאם הקבלן לא יעמוד בתנאי החוזה למשל או יפשוט את רגלו – הבנק ישלם את הסכום בצורה מלאה. זוהי השיטה הנפוצה ביותר בשוק הישראלי.

בטוחות

**פיננסיות**

1. **ביטוח אצל חברת ביטוח** – זוהי אפשרות אחרת של הקבלן אם הוא לא רוצה לעבוד עם בנק. חברת הביטוח תספק פוליסת ביטוח.
2. **שיעבוד הדירה או הקרקע במשכנתא ראשונה** – זה לא יקרה לרוב כי זה אומר שקבלן שבונה ייתן משכנתא על שם הקונה. זה לא יקרה לרוב כי זה אומר שקבלן שבונה ייתן משכנתא על שם הקונה. כזכור, משכנתא היא שיעבוד של הנכס.
3. **הערת אזהרה** – זהו רישום של הערת אזהרה לגבי הדירה או חלק יחסי מהקרקע עליה היא נבנית. זוהי האופציה הטובה ביותר עבור הרוכש אבל לא נוטים להשתמש בה כ"כ (מסיבות שנסביר מיד).
4. **העברת בעלות יחסית על הקרקע טרם בניית הדירה** – כך למשל, אם יש קרקע ששווה 10 מיליון ₪ ופלוני רכש דירה ששווה חמישית מגודל השטח הוא יירשם כבעלים של קרקע ששווה 2 מיליון ₪.

**שיעבוד (ס"ק 3) ורישום בעלות (ס"ק 5) הן לא מעשיות. למה?** לרוב הקבלן הוא לא בעל הקרקע ולכן הוא לא יכול להעביר זכויות במקרקעין עצמם. אין היגיון כלכלי ואין היגיון משפטי בכך שבעל קרקע יאפשר את **רישום הבעלות** בהתניה של עסקה עתידית מבלי שהוא קיבל את כל הכסף ביד ולכן לא סביר שבעל המקרקעין יאפשר רישום של בעלים במשותף. **לגבי משכנתא** – הבנק לא יאפשר את זה באופן מעשי (כלומר הוא לא יאפשר לגורם אחר להירשם כבעל משכון על הקרקע).

הערת אזהרה היא זכות מעין קניינית ולא זכות קניינית נקייה!

**הערת אזהרה** [ס' 2(4)] - בהקשר של דירות מגורים אנשים רוצים את המפתחות, ולא רק את הכסף. האפשרות לביטוח מחזירה רק את שווי ההשקעה, ואילו שוק הנדל"ן יכול לדעוך ואז עם הכסף ששילמתי אני לא בהכרח יכול לקנות את מה שרציתי לקנות וזה יכול לעודד אנשים כעיקרון לשימוש במנגנון זה.

**עם זאת, למה המנגנון הזה יכול להיות בעייתי?**

1. **עסקת קומבינציה-** במקום למכור קרקע לקבלן להשאיר אותה ולתת לקבלן לבנות ולקבל כמה דירות/תשלום. הקבלן הוא לא הבעלים של הקרקע לרוב וכדי לרשום הערת אזהרה חייבים לקבל אישור מהבעלים לרישום ההערה. לפיכך, **סביר להניח שהבעלים הנוכחי של הקרקע לא יאפשר זאת** ולכן זה לרוב לא ייצא לפועל.

נניח שבעלים של קרקע עשה עסקה עם קבלן כך שהוא ייבנה בניין דירות על הקרקע והקבלן מתחיל למכור את הדירות (=עסקת קומבינציה). נניח שהקבלן מבטיח לרוכשי הדירות שהוא ידבר עם הבעלים ובהרשאתו יירשמו הערות לטובתם. בהמשך, הקבלן פושט רגל ולא משלים את הבנייה – מה יש לרוכש ביד? קלף מיקוח מול הבעלים. ההערה היא כתם עבור הבעלים שפוגם לו בקרקע והוא מוגבל. **ההערה תחייב אותו לתת לזה מענה** 🡨 או שהוא יביא קבלן חדש, או שהוא ישלם להם כסף כדי שייעלמו ויסירו את הערת האזהרה או שהוא יבטיח להם דירה בפרויקט החדש ואז הם יקבלו פחות כסף עבור הקרקע מהקבלן החדש שיבוא (וימכור פחות).

1. במקרים אחרים, **ה"א קודמות** (כמו למשל לגורם מממן) **שוללות את ראשוניות ההערות לטובת הרוכשים** (אינו עומד בתנאי ס' 2), או לחילופין, אותם גורמים אינם מאפשרים ביצוע של רישום ה"א לטובת הקונים.

קבוצות רכישה מציעות הערת אזהרה בשלב הביניים.

כאמור, בשנת 2007 קרה מקרה נדל"ני משמעותי בישראל, והוא **נושא** **חפציבה** – פרויקט ענק (4,500 דירות ב-40 פרויקטים). הקבלן פשט את הרגל, משפחות רבות השקיעו את כל הכסף שלהם מכאן והלאה.

בפס"ד זה (מטרי נ' מלכו) השופט צבן עומד במצב נורא קשה. אלפי משפחות הגיעו בעקבות מקרה חפציבה, לאחר שהפסידו את כל מה שיש להן. הקבלן הפר את התחייבויותיו, והם נשארים בלי שום דבר.

צבן אומר שהחוק הזה הוא חוק שמגן על הצרכן ולכן הוא מבחין בין מי שרוכש דירות למגורים לבין מי שרוכש דירות להשקעה. הוא לוחץ חזק על הבנקים לתת הרבה יותר ממה שהם חייבים (שכן הם דאגו לבטוחות שלהם). למעשה, **הוא יוצר מדרג בין הסוגים השונים של הרוכשים, שקובע מי יקבל מה.**

הבטוחות נועדו להבטיח את הנכס ולא לסייע בעיכוב במסירת הדירה. זה לא סכום להיפרע ממנו במקרה של נזקים אלא להבטיח קבלת הנכס. כלומר תפיס הקניין הראוי היא לא ליברטאירנית, "קניין הוא קניין הוא קניין" אלא חשוב לבדוק מה הערכים העומדים בבסיס. ניתן הגנה חזקה יותר ככל שפערי הכוחות גדולים יותר.

**נדון בשתי הבטוחות הפיננסיות:** ערבויות בנקאיות (זוהי הפרקטיקה הרווחת) וביטוח.

המטרה היא לא קניינית וזוהי בטוחה פיננסית בלבד. החוק קובע שעד 7% מסכום העסקה הקבלן פטור ממתן בטוחה אבל מעבר ל-7% - הקבלן חייב לתת בטוחה כבר מהשקל הראשון. לפיכך, ברגע שמגיעים לבנק כדי להפקיד את הכספים בחשבון של הקבלן או בחשבון נאמנות כלשהו – מקבלים ערבות מלאה.

**האופציה השנייה של חברות הביטוח לא מתקיימת כמעט בפועל**. לדעת המרצה הסיבה היא שזה פשוט יותר זול ויעיל לפנות לבנק ולכן זה מה שהם עושים.

* לפיכך, הפרקטיקה הרווחת היא הערבות הבנקאית ומאז התיקון יש בנק מלווה לפרויקט ומפקידים כספים בחשבונות של אותו הבנק. ברגע התחלת הפרויקט מקבלים פנקס שוברים והולכים ע"פ מועדי התשלום שבחוזה המכר, משלמים ומקבלים חתימה. כל הדברים הללו הם תוצר של פרשת חפציבה.

**נדון קמעה במועד מסירת הדירה**: בפס"ד היועמ"ש נ' גד חברה לבניין (פסילת תנאים מקפחים בחוזה אחיד), הש' שמגר מסדיר את זה. טווח האיחור במסירה שנחשב למותר ע"י ביהמ"ש הוא שלושה חודשים. ברור שיש מועד מסירה כי אחרת החוזה לא נחשב מסוים מספיק, אך השאלה היא מה תוקפה של תניה שאומרת שאיחור של X זמן לא יזכה את הרוכש בכל מיני סוגים של סעדים? **מחד**, להגיד שאף איחור לא יזכה את הרוכש בשום דבר משאיר אי ודאות מאד גדולה. **מאידך**, תמיד יש איחורים ותמיד קשה לחזות את זה. **לדעת המרצה**, זהו נושא שאנשים באמת שמים לב אליו ולא מדובר בכשל קוגניטיבי. לכן, האם נכון בצורה כ"כ חודרנית להתערב בהסכמות הצדדים והאם נכון לעשות זאת באופן קוגנטי עד הסוף? המרצה מבין את שמגר שאומר שהקבלן חייב לאפשר לקונה לבחור באופציה שהחל משלושה חודשי איחור הוא יקבל דיור חלופי או פיצוי הולם וזה נראה סביר, אבל השאלה היא האם גם סביר להגיד שאפילו ויתור על התניה כזו שיעשה במסמך נפרד ע"י קונה שמיודע לגמרי כנדרש, יהיה חסר תוקף? **לדעת** המרצה **זה נראה מרחיק לכת**.

סיכום ביניים: דיברנו על שני הסדרים משפטיים של רכישת דירה מקבלן. הראשון הוא חובת הגילוי של הקבלן כלפי הרוכשים והשני מדבר על בטוחות. על חובות הגילוי אמרנו שרובן מתבססות על חוק המכר. הסעיף שבו התמקדה הפסיקה הוא ס' 6 לחוק (הוא הבעייתי יותר) שמדבר על זה שהקבלן מחויב לפרט לרוכשים בצורה ברורה מאוד מה הוא מוציא או משנה מהרכוש המשותף - מה הוא מצמיד, למי וכדומה.

עוד דיברנו על בטוחות ופירטנו את חמש האפשרויות שהחוק מאשר כדי להעניק בטוחה. שאלנו האם בטוחות זה מוסד מוצדק. **תפיסה אחת** אמרה שברור שעדיף להגן על החלשים **והשנייה** אמרה שכל מנגנוני ההגנה האלה רק מכבידים עלינו - כי כולנו משלמים פרמיה קבועה שמתגלגלת אלינו מהקבלנים.

שאלנו גם למה צריך את הבטוחות והצגנו שתי סיבות: (1) ייתכנו בעיות כלכליות של החייב (כמו חפציבה); (2) ייתכנו גם בעיות בזכויות שהקבלן רוצה להעביר מבחינה קניינית ואז אנו עשויים להיכנס לתחרות, ואם לא תהיה בטוחה הרוכש יפסיד בתחרות הזו ואז הוא יצא וידיו על ראשו.

מהן הבטוחות שהצגנו?

**ערבות בנקאית וביטוח (מסלולים של ערבות פיננסית)** – הקבלן נותן לנו אמצעי להבטיח את הכסף ששמנו אבל הוא נותן זאת רק מבחינה פיננסית. הוא לא נותן לנו אחיזה קניינית בנכסים עצמם.

**שיעבוד, רישום חלק יחסי מהנכס ורישום הערת אזהרה** – אלה הן שלוש בטוחות לא פיננסיות (=כלומר הן בטוחות קנייניות). הן לא בהכרח יספקו לרוכש את סכום הכסף ביד אבל מה שהן יעשו זה לאפשר לרוכש לשים יתד כלשהו או אחיזה מסוימת בנכס עצמו.

נכון שכשרוכשים משכנתא עושים זאת על הנכס עצמו אבל לא בטוח שזה נותן גישה לנכס עצמו. כך למשל, נניח שהמשכנתא לא משולמת - האם הבנק יכול להכריח את האדם לממש את הנכס עצמו? מעצם השאלה הזו – מדובר בבטוחה שהיא קניינית במהותה. ניתן לומר את אותו הדבר על רישום חלק יחסי בקרקע. כנ"ל לגבי רישום הערת אזהרה למרות שעוד אין הכרעה ברורה אם זה אקט קנייני או אקט מניעתי-חסמי בפני יכולת ביצוע. המעשה שהערת האזהרה עושה פה הוא פחות הבטחה פיננסית – לא ניתן לדעת מה יהיה הסכום שבעל הקרקע יסכים להתפשר עליו בעתיד אבל אנחנו כן יודעים שאם הוא ירצה לעשות עסקה מסוימת בקרקע שלו – הוא יהיה חייב ליצור קשר עם זה שההערה רשומה על שמו.

נדון בבטוחות הפיננסיות בהרחבה:

**ערבות בנקאית** – אדם משלם סכום כסף לקבלן, נניח שהדירה עולה מיליון ושילמנו לו רבע. לאחר מס' חודשים צריך לשלם את שאר הסכום. ע"פ מודל הערבות הבנקאית הקבלן ייקח את הכסף ובתמורה הבנק המלווה יוציא ערבות בנקאית על שמנו על אותו סכום. זוהי פרקטיקה מאוד נוחה כי מקבלים הבטחה בנקאית אוטונומית מול בנק שנחשב למוסד יציב מאוד על 100% מסך הכסף.

**ביטוח** – כמעט ולא קורה, ואם אם זה קרה פעם – זה נדיר. כנראה שזה לא מתרחש מסיבות מסחריות ולא כי המחוקק לא מאפשר זאת. **המרצה טוען** שכנראה שחברות הביטוח לא ערוכות לפרוצדורה לא נכנסו לנישה הזו. כנראה שהסיבה היא כלכלית בעיקרה וזה לא משתלם לחברות הביטוח או לקבלנים.

* המטרה העיקרית של שני המנגנונים היא למעשה להבטיח את הכסף. אין קבלה של שום דבר מעבר לכסף עצמו. לקבלן אין אמרה בנדון והבנק ייפרע את הכסף.

בהיבט הפרקטי - מה קורה אם נותנים יותר מבטוחה אחת?

יש לומר תודה ולקחת כמה שיותר. חשוב רק לשים לב שכצרכנים אנחנו לא משלמים על זה סתם יותר כסף.

נחזור לפרשת חפציבה: **במקרה זה המחוקק הישראלי הגיב במהירות ותיקן את החוק:** מעתה, כל העסקאות הן עסקאות בעלות ליווי בנקאי ואין חובה להפקיד כספים לחשבון מיוחד. בחפציבה, ברגע שהחברה נכנסה לקשיים והם רצו להבריח כספים מנושים שונים – הם גרמו לחלק מהלקוחות שלא ביודעין להפקיד את הכספים שלהם בחשבון דומה לחשבון המיוחד אבל הוא לא היה החשבון הזה למעשה. החשבון המיוחד התרוקן ולנושים לא היה מה לתבוע – כך, חפציבה הבריחה כספים רבים בחשבונות צדדיים. הבעיה הייתה שאלה שהפקידו את הכסף היו מוגנים בערבויות של הבנק בעוד שכל מי שהפקיד לחשבון הדמה לא קיבל ערבות בנקאית וזו הייתה הקבוצה של האנשים שהיו לחוצים בצורה מהותית.

**מה המחוקק קבע בעקבות הפרשה?** בכל עסקה מול קבלן חייבת להיות בטוחה ולמעשה הם איבדו את הטעם של ההפקדה לחשבון המיוחד.

* ס' 2ב1- חובת המוכר לידע את הקונה בכתב על זכויותיו מכוח החוק ולידע שהפרויקט אינו מבוצע בשיטת הליווי הפיננסי
* התיקון לחוק מטיל חובות על בנק או גוף אחר הנותן הלוואה, על זכותו לקבל בטוחות מכוח החוק, ולא להעביר כספי הלוואה למוכר אלא אם ווידא שניתנה בטוחה לטובת הקונה- ס' 3ג.

המשמעות המעשית של התיקון לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) היא כפולה:

1. **חייבים לתת בטוחה כלשהי**: הבטוחה הכי מיושמת היא ערבות בנקאית והבנקים מקפידים שלא לתת ערבות כוללת עבור כל סכום ההפקדה אלא עושים זאת לפרקים (=לא אומרים לך תפקיד ואנחנו ניתן לך בסוף הבטחה חוזית לערבות אלא כל סכום שמופקד ע"י הרוכש מקבל ערבות כנגדו בצורה אוטומטית). **כל שקל שמופקד בסכום של מעל ל-7% מהעסקה מקבל ערבות החל מהשקל הראשון**.

למה זה מתבצע ככה שאדם יכול להחזיק בכמה ערבויות למעשה במקום באחת גדולה? כדי שאנשים יהיו מודעים בדיוק למה שקורה. רוכשים לא יכולים להתנהל בצורה של הדיוטות ולא להתעניין בנעשה. בנוסף, יש פה ניסיון למנוע מעין מצבי ביניים – להשאיר כמה שפחות מקום לטעויות.

**לחילופין,**

1. **שינוי שיטת פרקטיקת התשלומים**: קובעים מראש את הסדרי התשלומים כי יודעים כיצד צריך לחלק אותם באחוזים בכל שלב בפרויקט ומחלקים פנקס שוברים שפורט את ההסכמות בחוזה לשוברים מעשיים.

ואכן, בתיקון 2008 – הוחלה החובה של **שיטת השוברים**. התשלום הוא רק באמצעות שובר מפנקס שוברים המתייחס לכל דירה ודירה, שהונפק ע"י הבנק המלווה. השובר יהווה את הראיה לתשלום.

* הרעיון הוא לצייד את הקונה ההדיוט באמצעי מעשי שלא ישאיר מקום לסימני שאלה.

הרצאה 16 – 11.01.17

# יב. דרכי רכישת בעלות - דיני תחרויות

## יב.1 כללי

אלה הם דינים מרכזיים מאוד שמרכזים בתוכם שאלות קנייניות רבות של תחרות בין צדדים קרובים לרחוקים שמחייבים אותנו לחשוב לעומק על הרציונאליים של דיני הקניין ועל האופן שבו אנו מחילים אותם. הקלאסיקה היא שיש בעל נכס שעושה עסקה בנכס הזה עם גורם אחר ובהמשך נכנס לתמונה גורם שלישי. **הגורם השלישי יכול להיות מגוון מאוד** (נושה של הבעלים המקורי של הנכס – חסר זיקה לבעל העסקה הראשונה; בעל עסקה שנייה שנעשתה עימו עסקה דומה; אדם שרכש את הנכס בצורה נקייה בשרשרת העסקאות אך גילה שיש בעיה בשרשרת של העברת הנכס וכדומה).

**א**

**ב**

**ג**

סיפור הקלאסי- אדם שיש לו נכס (ב') שהוא מוכר אותו פעמיים- לאדם אחד ואז לאדם שני.

התפיסה ששררה בדיני הקניין בישראל בעבר **הייתה** שיש לבדוק את המצב של ב' (הבעלים) ביחס לכל אחד מהצדדים האחרים: מהן הזכויות שהוא העביר לא' או ל-ג', מהן הזכויות שקיימות בידיהם ועוד. עניין אותנו לבדוק כיצד הבעלים פעל – אם הוא היה תם לב או לא, אם הוא נהג כנדרש או לא ועוד.

**בהמשך, תפיסה זו השתנתה לאור** **המאמר של מאוטנר (Triangles)**. מאמר זה שינה את המציאות המשפטית והביא לכך שיש לבחון דווקא את היחסים שבין א' ל-ג'. את ב' ניתן להעלים לדעתו ולא צריך להסתכל עליו בכלל. התחרות היא בין א' ל-ג' בלבד.

לאור גישה זו הגענו למצב הנוכחי שלנו. בבחינת מע' היחסים בין א' ל-ג' אנחנו בודקים שני רכיבים מרכזיים:

תום לב: **אובייקטיבי** – האדם הסביר. **סובייקטיבי** – הוא עצמו – למשל, אם הוא בעצמו ירד לשטח ובדק מה מתרחש. לא מעניין מה היה צריך לעשות אלא מה האדם הזה עשה כדי להמחיש את תום הלב שלו.

תמורה: **תמורה כלשהי – Consideration** – ניתן ערך כלשהו ; **תמורה בת ערך – Full Value**.

* חשוב להתייחס לזה בהקשר של חוות מקורה (למרות שלא קראנו אותו): **פס"ד זה מזהה את שני השיקולים האלו כמרכזיים בדיני התחרויות**. עוד הוא מלמד בתמצות שצריך תו"ל אובייקטיבי בנוסף לסובייקטיבי ולגבי התמורה – שצריך תמורה בת ערך ולא רק תמורה כלשהי. למה בת ערך? כי מאומץ כאן כלל Ex Post במאזן המצוקה, וע"מ שנכיר בגורם מסוים כמי שזוכה בתחרות – צריך להראות שהוא שילם תמורה רצינית והשקיע משהו משמעותי ולכן הוא עלול להיפגע אם נקצה אחרת את הזכות.

חדלות פירעון- חברה שלא יכולה לפרוע את ההלוואות שלה. מצב שחברה לא יכולה להמשיך לתפקד במתווה הנוכחי כי החובות שלה עולות מבחינה משמעותית על ההכנסות. מכאן היא יכולה להתפרק, או להיכנס לתהליך של הבראה.

* יש כאן מצב ששניים רוצים את הנכסים של החברה. לא מעניין אותנו מה החברה עשתה כדי להכריע בתחרות. אנחנו מנסים לטפל במערכת היחסים של א' וג' כדי למנוע תאונות. מונע הנזק הזול ביותר הוא השיקול המאומץ כאן.

**מאוטנר מגדיר תחרות כתאונה משפטית**. לדעתו, יש לבחון את א' ו-ג' כשני אנשים שנתקלו בתאונה משפטית ממש כמו בתאונת דרכים. למה זו תאונה? כי יש פה משהו שלא מסתדר – יש פה שני צדדים שנתקלו ויש לנסות לפתור את הפלונטר בכוחות משפטיים. מאוטנר מנסה לאמץ את דיני הנזיקין לתוך דיני הקניין.

לדעת **מאוטנר**, **ראשית** **יש לבחור שיקול של יעילות מלכתחילה** של מניעת תאונות: אנו שואפים להגיע לעולם אידיאלי שבו לא יהיו תאונות ויש לבחון מהם הכללים שיובילו אותנו למצב כזה. במונח משפטי – יש לבחון כאן מיהו מונע הנזק הזול ביותר, נטיל את האחריות עליו וכך נרתיע אנשים מלפעול בצורה לא ראויה. לדוגמה: אם כל התחרויות המשפטיות היו נמנעות בעזרת הערת אזהרה, מי שהיה יכול לכתוב הערת אזהרה וא רשם יישא באחריות.

**זוהי פעילות Ex Ante**. לפיכך, יש לתת מענה בצורה של **צדק מתגמל**. כך למשל יש לעודד שימוש במנגנון כמו הערת אזהרה שיהווה כתם ויגביל עשיית עסקאות עתידיות. זה מתמרץ.

* **דגן** מבקר את עליונות שיקולי המניעה של מאוטנר ואומר שצריך ללכת גם לשיקולי Ex Post ולכן חייבים לבחון גם את המשמעות של קרות התאונה 🡨 חייבים לבחון את ההשלכות שלה בהקצאת הזכות.

במידה וגם נדון בכל תאונה משפטית כזו מערכת המשפט שלנו תקרוס- זהו שיקול מערכתי, ולכן עלינו לגבש כללים שימנעו זאת.

**שנית – מזעור עלויות התאונה (אם זו כבר קרתה)**: נמצא את הגורם שנפגע הכי הרבה מהתאונה ונצמצם את הפגיעה בו. יש פה ניסיון לחפש את הגורם שנמצא במצוקה הגדולה ביותר ולתת לו סעד.

**שלישית – התנהלות מערכתית**: יש למצוא מצב שבו הכללים שיינתנו הם הכללים שיקטינו את ההתנהלות המשפטית ובחינת המאורעות בצורה הפשוטה והברורה ביותר. כשהבחינה תהיה כזו היא תהיה גם הזולה ביותר.

* **שתי האחרונות הן פעילויות Ex Post**. לפיכך, יש לתת להן מענה בצורה של **צדק חלוקתי**. אנחנו בוחנים את המצב של אותם הגורמים וקובעים כיצד יש לפסוק ולהכריע בתחרות ביניהם.

מאוטנר מנסה להתאים את הכללים הכלכליים האלה גם לתפיסות או לתיאוריות של צדק:

**התפיסה של Ex Ante מתאימה לצדק מתגמל -** הצורה הנכונה ביותר לפעול היא לתת לאדם כפועלו. אם אדם הוא מונע הנזק הזול ביותר והוא לא עשה את הפעולה – הכי נכון זה לתת לו פחות. הכול תלוי במעשיו של האדם 🡨 אם הוא מונע הנזק הזול אבל הוא לא פעל כדי למנוע את התאונה – נכון לתת יותר זכויות לצד השני.

**במקרה של Ex Post זה מתאים לצדק חלוקתי -** אנחנו כבר לא מסתכלים רק על המעשים שלך כהצדקה להכרעה אלא בוחנים את המצב והמצוקה שלך כמדד להכרעה בשאלה למי יגיע הנכס. ברגע שבוחנים את המצוקה הזו בתור מדד להכרעה – זה כבר לא צדק מתגמל. זה לא שעשית X ולכן מגיע לך Y אלא בוחנים את המצב שלך. אם יש שני אנשים ואחד סובל יותר – יש לתת לו את הזכות 🡨 העובדה שדנים במאזן מצוקה אומר שאתה נבחן ביחס לאחרים ולא כאטום שעומד בדד. במצב כזה יש להכניס שיקולים חלוקתיים.

מאוטנר אומר שעיקר הדגש שלנו כחברה יעילה צריך להיות מופנה למניעה – Ex Ante. אם כבר יקרו תאונות – נמצא דרך להתמודד איתן אבל עדיף לנסות למנוע אותן מראש כמה שיותר.

מניעת תאונות

מזעור עלויות התאונה

התנהלות מערכתית

Ex Ante

Ex Post

צדק מתגמל

צדק חלוקתי

**המרצה מדגיש שיש התנגשות בין השיקולים הללו** – בעיקר בין המניעה לאחרים. הרצון להסדיר בצורה מיטבית מראש ולקבוע בבירור תמריצים לצדדים מתנגש עם מה שיש לעשות לאחר שכבר התרחשה תאונה.

**למה יש התנגשות?**

מה קורה עם אותו אדם שנרצה לתמרץ כשהוא נמצא בשני הצדדים? כך למשל, אם הוא מונע הנזק הטוב ביותר נרצה לתמרץ אותו לפעול (למשל לרשום הערת אזהרה) ואם הוא לא עשה זאת הוא יפסיד את הנכס, אבל מה קורה אם אותו האדם גם שילם כבר תמורה מלאה על הנכס בתחרות מול אדם ששילם רק 5% מהדירה למשל? מאזן המצוקה כאן מושך דווקא לטובתו הפעם ויש צורך לאזן את זה ולבחור צד. מאוטנר מכריע בצורה דיי ברורה לטובת היעילות הלכתחילית (Ex Ante) שיגרמו לו להפסיד. הסברנו ששיקולי יעילות שכזו הם צדק מתגמל. למה? כי אם התנהגת כמו שצריך מבחינה כלכלית ורשמת ה"א תקבל את הנכס – ואם לא 🡨 לא.

האם השיקולים היחידים שצריכים להכווין אותנו הם שיקולים כלכליים?

**זוהי הגישה של מאוטנר. מנגד, יש גם אפשרויות אחרות:**

* **אחריות חברתית** – מה יהיה נכון יותר לעשות ומה הקצאת הזכות תעשה לחברה בכללותה.
* **תיאוריית האישיות** - שמקבלת נתח משמעותי בדיני התחרויות – כך למשל לא נבחן דירה למגורים מול דירה להשקעה שווה בשווה ובדירה למגורים ניטה להתחשב יותר דווקא ונראה החרגה ממצב שבו מי שיזכה בתחרות יהיה דווקא הגורם שאין לו אינטרס אישי ו/או אישיותי בדירה עצמה.
* **צדק חלוקתי** – יש לבחון כאן קטגוריות של צדדים – אם א' ו-ג' משתייכים קטגורית לסוגים מסוימים של צדדים – למשל בעלי דירת מגורים מול בנקים 🡨 יש לתת לכך משמעות.
* **עבודה בקטגוריות = תפיסה ריאליסטית לקניין** לפיה יש ערכים נוספים שמבנים את הקניין ולא ניתן להסתמך על שיקולים כלכליים ותו לא. הדין יהיה שונה בתקנת שוק, בעסקאות נוגדות, עם ובלי ה"א ועוד. אנשים יקבלו את הנכס או לא, לא רק ע"ב שיקולים כלכליים אלא ע"ב שיקולים נוספים.

המשמעות של הכנסת שיקולים אחרים שהם לא רק שיקולים כלכליים, ובעיקר שיקולים של תיאוריית האישיות, היא שתהיה הטיה בהקניית הזכות. **המרצה מדגיש** שלפעמים הרצון להכניס את השיקולים האלו ולהתייחס למאזן המצוקה עשויים להיתפס כמעין עיוות דוקטרינרי (וזו תוצאת הלכת בוקר למשל).

**מבחינת תפיסת משפט ריאליסטית** (ולרוב ליברלית ופלורליסטית) **–** זה מלמד אותנו שלא צריך להסתכל על דיני התחרויות כמשהו עדין שמחייב כלל גורף אלא נכון להסתכל על זה בצורה של קטגוריות. למה? כי הצדדים הם לא זהים וההסדרה הראויה על צדדים בתחרות האחת לאו דווקא ראויה ונכונה בתחרות אחרת.

## יב.3 תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין שאר נושיו של החייב: עם ובלי הערת אזהרה

הדוג' הקלאסית היא שב' מכר לא' את הדירה. הם ערכו חוזה מכר למהדרין והנכס לא נרשם (אנחנו עדיין בשלב החוזי / אובליגטורי). בהמשך, ג' מגיע (נניח לאחר כחודש) ורוצה להיפרע מהדירה כי ב' חייב לו סכום מסוים. **מי זוכה בדירה?** האם א' – הרוכש שמחזיק בחוזה חתום או שזה דווקא ג' – הנושה מהעבר?

תרשים זרימה של השתלשלות האירועים (פירוט בהמשך):

**דיני היושר**

**1969**

**חקיקת חוק המקרקעין**

רוכש זכות במקרקעין **עדיף כמידת המחיר שהוא שילם** על פני שאר הנושים של המוכר

**רשימה סגורה** **–** בגלל שאין התייחסות לא ניתן להחיל את ס' 9 וס' 10 פה.

**אין התייחסות בחוק** לתחרות בין בעל התחייבות למעקל.

**ביטול זכויות שביושר**

**הלכת בוקר**

**1971**

**1972**

המחוקק יוצר את סעיף 127 ב' **(הערת אזהרה)** עקב לאקונה בחוק

**1999**

**1994**

**פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי**

רכשת **ורשמת** הערת אזהרה = גברת על נושים לא מובטחים.

רכשת **ולא רשמת** הערת אזהרה = הפסדת את הזכות הקניינית בנכס.

**בנק אוצר החייל נ' אהרונוב – הש' שטרסברג כהן:** דוחה את האולטימטיביות

של רישום הערת אזהרה ודוחה את ההכרעה לפי יעילות לכתחילית. לכן:

**הזכויות הן לא שוות מעמד**

**זהות הצדדים הטיפוסית**

**תיאוריית האישיות**

**מאזן המצוקה**

**הסבר התרשים:**

כשמדינת ישראל הוקמה היא ירשה את **דיני הקניין שביושר** מהמשפט האנגלי. לפי דינים אלו, מי שרוכש זכות במקרקעין זכאי למקרקעין האלה בשווי יחסי למה שהוא שילם. **כלומר, הוא עדיף כמידת המחיר שהוא שילם על פני שאר הנושים של המוכר.** אם שילמתי רק על 20% מהנכס – אני מקבל רק 20% ממנו.זה היה המצב עד שנת 1969 בישראל שבה נחקק חוהמ"ק.

* דינים אלו הלכו על גישה פשוטה של יעילות בדיעבד: כשבודקים את התמורה אנחנו ממילא נמצאים בשלב ה-Ex Post ובוחנים כמה כל אחד שילם.

**חוהמ"ק לא מתייחס לתחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה-מעקל**. בס' 161 נקבע שיש רשימה סגורה של מקרים ודיני היושר האנגלים בוטלו. לפיכך, משבוטל המנגנון שנתן מענה כלשהו לתחרות דמות זו – נוצרה לאקונה (כי החוק פשוט לא התייחס למצב כזה). אז מה עושים במצב כזה? החוק לא אומר כלום.

**אם כך, בשנת 1969 נחקק חוהמ"ק** שמבטל את ההתייחסות לדיני היושר אבל לא נותן תשובה ברורה מה יש לעשות במצב של תחרות מהסוג הזה - **כך, ישנה לאקונה ואין אמירה ברורה לגבי מצב כזה**.

**בשנת 1971 מגיעה הלכת בוקר** שאומרת שכיוון שחוהמ"ק ביטל את דיני היושר - אין שום מקום משפטי שממנו ניתן להצמיח זכות שביושר – כלומר, בעל זכות לעסקה שלפני כן היינו רואים אותו כבעל זכות שביושר לא יכול להיפדות מכך כיום ולא ניתן להמשיך לתת לו עדיפות קניינית (כי אז מבטלים את משמעות חוהמ"ק). לכן, **הלכת בוקר נותנת משקל מאוד משמעותי דווקא לרישום וכל זמן שלא רשמת כלום אין לך כלום חוץ מזכות חוזית מול המוכר**. לפיכך, מטיל העיקול יהיה זה שיזכה בתחרות ויקבל את הנכס לפי הלכה זו.

מה קרה לאחר הלכת בוקר? פס"ד זה הבהיר שיש לאקונה בסיטואציה של בעל התחייבות לעסקה מול הנושים. לכן, המחוקק פעל במהירות ויצר מנגנון שיאפשר לבעלי התחייבות לגבור על נושים: הערת אזהרה (ונקבע שרישום הערת אזהרה גובר על מעקלים וכדומה). **ס' 127(ב) הוא סעיף שנוסף בעקבות הלכת בוקר** – המחוקק אומר בצורה מפורשת שהוא לא רוצה שבעל התחייבות לעסקה יקבל את אותו המעמד של ס' 9 בעסקאות נוגדות מול נושים, והוא יקבל את המעמד הזה רק אם הוא ירשום ה"א שתקנה לו קדימות. לפי ס' זה יש כלי שהמחוקק נתן ואם הוא יטרח ויפעל כדי להחזיק משהו מעבר להתחייבות נכיר בזכותו כגוברת.

* המחוקק הישראלי פעל כאן בצורה מאוד מהירה ויעילה לדעת המרצה.

**בשנת 1994** מגיע פס"ד בנק המזרחי נ' רוזובסקי: ביהמ"ש מחזק את הלכת בוקר ומסיק מס' 127(ב) שרישום הערת אזהרה אכן יגבר על נושה לא מובטח בעוד שהתחייבות לעסקה ללא רישום הערה יהיה הפסד (קנייני).

* זהו שיקול Ex Ante לחלוטין.

**נסביר - נושים מובטחים הם נושים שיש להם אחיזה בנכס** – בנק שנותן משכנתא למשל הוא נושה מובטח. אי אפשר למכור את הדירה בלי אישור של הבנק להסרת המשכנתא (כלומר הזכות הקניינית שלו השתכללה למעשה). לכן, ברור שמי שמחזיק בשעבוד מובטח בנכס גובר על בעל התחייבות לעסקה ואין כאן דילמה בכלל. הנושים שאנו עוסקים בהם הם נושים לא מובטחים ורק אז מתקיימת בכלל תחרות.

* נכון לשלב זה (=בטרם הלכת אהרונוב): במצב של אדם שמחזיק התחייבות לעסקה מול נושים לא מובטחים (כמו מעקל) – אם הוא רשם הערת אזהרה זכותו תגבר. אם הוא לא רשם 🡨 הוא יפסיד.

רכשת ורשמת ה"א- גברת על הנושים הלא מובטחים.

רכשת ולא רשמת ה"א- הפסדת.

**בשנת 1999 מגיעה הלכת אהרונוב**: בהסכם הגירושין התחייב הבעל להעביר לאישה נכס, אך לא ביצע זאת בפועל ולא נרשמה הערת אזהרה לטובתה. על הנכס הוטל עיקול, האישה פנתה לביהמ"ש בבקשה לקבוע שהנכס בבעלותה, הבקשה כובדה ומכאן ערעור הבנק. **בפס"ד זה** **נקבע, שהתחייבות לבצע עסקה משכללת אצל הקונה "זכות שביושר"- זכות מעין קניינית**. בנוסף נקבע שבסיטואציה של עסקאות נוגדות - בעל ההתחייבות המוקדמת גובר על המאוחר, זולת מקום שהאחרון רכש את הנכס בתמורה, בתום לב ועל פי דין. רק בהתקיים תנאי "תקנת השוק", עשוי רישום זכותו של הקונה המאוחר לפגוע בקניינו של הקונה המוקדם.

**דעת המיעוט של הש' שטרסברג–כהן היא הרלוונטית לנו כאן:** לדעתה, קונה על פני מעקל עדיף כי העיקול במהותו הוא כלי סעד דיוני בלבד שלא יוצר זכות מהותית בנכס הספציפי (בעוד שנזקו של הרוכש רב יותר ויש לו אינטרס בנכס). למעשה, היא אומרת שהיא לא מבינה איך הלכת בוקר (שאושררה בפס"ד רוזובסקי) הפכה את מנגנון הערת האזהרה לדרישה אולטימטיבית כדי להכריע לטובתו. **היא דוחה את הרציונל של יעילות Ex Ante כמדד יחידי להכרעה** (וזה מה שעושים אם נשענים רק על רישום הערת אזהרה).

ברגע שלא מסתכלים על זה כשיקול יחידי ניתן לבחון דברים אחרים: לטענתה הזכויות הן לא שוות מעמד – יש כאן גורם שקנה זכויות מהותיות בנכס ומנגד עומד נושה לא מובטח שמחזיק בחוב והוא פשוט רוצה להיפרע מהנכס – זהו סעד דיוני שמוקנה לו (רק להטיל עיקול) ואין לו זכות מהותית בנכס. **הזכויות שלהם הן לא זכויות שוות**. **המרצה מציין** שתיאוריית האישיות עולה כאן בין השיטין **למרות** שמדובר בקרקע ולא בדירה.

שטרסברג-כהן אומרת **שהיא לא מגיעה לתוצאה זו בדרך דוקטרינרית קרה אלא מסתכלת על הנסיבות של מה שקורה פה**: המרצה מציין שהגישה הפלורליסטית שלה מאוד נכונה לדעתו. אמנם תיאוריית האישיות לא ממש נכונה פה, וגם לא ברור אם היא מנסה לפתור את הסכסוך הספציפי הזה או יותר מתמקדת בלהדוף את הלכת בוקר ולכן נכנסת לדיון יותר עמוק אבל הכיוון שלה הוא נכון 🡨 לרוב יש צד אחד שזו דירת המגורים שלו וצד אחד (עסקי) שמעקל והיא אכן מדברת על זהות צדדים טיפוסית בעסקאות אלה.

לרוב, בעלי התחייבות לעסקה הם אנשים פרטיים שרוכשים דירת מגורים, או לחילופין בני זוג (ופה יש בעיה מיוחדת, כי בתוך תקופת הנישואין קשה להאמין שמישהו ילך לרשום הערת אזהרה וכשהנישואין יעלו על שרטון לא כ"כ יתנו להם לרשום) ומנגד יעמדו בד"כ גופים חזקים ומוסדיים יותר (בנקים למשל) שרוצים להיפרע.

מציאות כזו מציגה מאזן מצוקה א-פריורי-לכתחילי. **ברור שבעל ההתחייבות לעסקה עוד מלכתחילה נמצא במצוקה גדולה יותר מאשר הנושה**. לכן, היא אומרת - אי אפשר להמשיך עם התפיסה הזו של הערת אזהרה כמכשיר אולטימטיבי ואנחנו חייבים לעבור למצב שבו אנחנו בוחנים בצורה הרבה יותר משמעותית גם את השיקולים האחרים שהם חלק מההגדרה של זכות הקניין שלנו.

לדעתה, אנחנו מכריעים פה בזכות קניינית ואי אפשר להמשיך לדבר על קניין בצורה אחידה לגמרי של יעילות ותמריצים אלא יש פה שיקולים נוספים רביםושקלולם יכריע למי תהיה שייכת זכות הקניין.

בגישה שלה נכנסות למעשה כל התיאוריות שדיברנו עליהן בתחילת הקורס (של העבודה, האישיות וכדומה...) והן מכווינות את ההכרעה בזכות הקניין – **ניטה יותר לתת דירה לאדם שזו דירת המגורים שלו מאשר לנושה שיש לו אינטרס כלכלי בלבד בנכס**. כלומר, יש פה השלכה ישירה של השיקולים שאנחנו לוקחים על מעמד הצדדים ועל הקביעה למי תהיה שייכת הזכות הקניינית.

**למה לדעת שטרסברג-כהן הלכת בוקר וגרורותיה יוצרת מציאות אבסורדית?**

באהרונוב למעשה מקימים מחדש את הזכויות של היושר תוצרת ישראל ("הזכות המעין קניינית") והש' מנסה להסביר למה אם לא נעשה זאת, ייווצר אבסורד (נציג את המצב שקדם לפס"ד אהרונוב):

* **יש את א'** – בעל התחייבות שלא רשם הערת אזהרה בזמן.

**מכוח הלכת בוקר**

**מכוח ס' 127 (ב)**

**מכוח ס' 9**

* **יש את ד' המעקל** – לפני הלכת אהרונוב ד' מנצח כי לא נרשמה ההערה.
* **עם זאת, אם יש ג' בעל התחייבות למשכנתא (=נושה מובטח) שרשם הערת אזהרה** – ס' 127 אומר שג' מנצח את ד' כי הוא כן רשם הערה. יש ס' מפורש ולכן הוא ינצח.

**נעבור לבעיה: בתחרות בין א' ל-ג', מי מנצח?**

התשובה היא א' (למרות שהוא לא רשם הערה). למה א' מנצח?

**כי אם הוא בעל ההתחייבות הראשונה וג' בעל התחייבות שני – א' ינצח עד שג' ישלים תמורה, תום לב ורישום,** לפי ס' 9- "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 בעיה דוקטרינרית ליישוב המעגל השוטה הזה**. שט"כ מנסה לרפא את המחלה הזו דוקטרינרית ואומרת שבחינת הנושא רק דרך ס' החוק תוביל לבעיה.

הרצאה 18 18.01.17

באהרונוב, אהרון ברק מנגד אומר שאנחנו לא מדברים ערכים: (למה זה מפליא? כי ברק כן מדבר על ערכים לרוב). ברק אומר שע"מ לבטל את הלכת בוקר לא באמת צריכים להגיע לערכים – **למה? טיעון קורטרינטי- כי יש את ס' 9**- ס' 9 קובע את קדימות הראשון הזמן. הוא אומר שהתפיסה שלנו צריכה להיות תפיסה הרמונית בכל דיני התחרויות, והם צריכים להיות מוכרעים על בסיס אותו הרצף ועל אותו ההיגיון. **כלומר**, **נכון שאין ס' ספציפי שדן בתחרות של בעל התחייבות מול מעקל אבל צריך להבין שס' 9 החיה מחדש את העובדה שבעל התחייבות לעסקה מחזיק בזכות מעין קניינית (החזיר את דיני היושר)**. ס' זה לדידו מציב אותנו בפני עובדה שבעל התחייבות לעסקה מחזיק בזכות מעין קניינית ולכן אין הבדל בינו לבין מישהו אחר. שניהם מחזיקים בהתחייבות ובשניהם יש זכות מעין קניינית. הרי הזכות של הראשון לא צומחת ברגע שהשני הגיע לתחרות אלא כבר לפני. כלומר, לראשון יש זכות חזקה יותר מאשר סתם זכות אובליגטורית.

**המשמעות: בעל התחייבות לעסקה גובר על נושי המוכר המאוחרים גם ללא רישום.**

* איך נפתור את התחרות ביניהם? **זו שאלה אחרת אבל לא יכול להיות מצב שיש הבדל בין שני בעלי התחייבות לעסקה לבין בעל התחייבות מול מעקל**. לכן – בעל התחייבות לעסקה, גם אם לא רשם הערת אזהרה, גובר מבחינה דוקטרינרית על בעל התחייבות לעסקה אחרת (ושני בזמן).
* מה קורה אם ההתחייבות הפוכה- אם אותו גורם ראשון בזמן הוא גורם מוסדי חזק ודווקא הנושה הוא גורם מסכן? לפי שטרסברג-כהן זה יכול לשנות, לפי ברק לא.
* האם יש משמעות עוד להערת האזהרה בהקשר של פס"ד אהרונוב?

**לפי תפיסה זו** – **הערת האזהרה לא משפיעה פה והיא לא מצביעה על שום קדימות**. **זה בעייתי. למה?** כי זהו ס' שתיקנו במיוחד בשביל הסוגיה הזו בשנת 1972, והתעלמות מזה מרוקנת אותו מתוכן. ברק אומר שזה לא מפריע כי שניהם זוכים בפוטנציאל אבל הם עדיין שווי מעמד – חיים עם זה בשלום ואין התנגשות.

**חשין מנגד אומר שס' 127 עדיין חשוב כי הוא משמעותי בעניינים של פשיטת רגל** (ולאו דווקא בעיקול). למה? כי בפשיטת רגל – אם רשמתי הערת אזהרה זה ממקם אותי במעמד של נושה מובטח בעוד שבעל ההתחייבות לעסקה הוא נושה לא מובטח ואז אני מנצח.

* **המרצה טוען ששניהם פשוט מתרצים** – יש כאן ריקון מתוכן של מנגנון הערת האזהרה וההסברים שלהם לא מספקים.

**ההלכה של פס"ד זה, שהופכת את הלכת בוקר, היא שבעל התחייבות לעסקה קודם לגורם מעקל!**

**התוצאה של פס"ד אהרונוב אומרת שכל מה שקדם לו (הכפיפות לרישום הערת אזהרה) נעלם והחל מהלכה זו 🡨 לבעל התחייבות לעסקה יש זכות מעין קניינית (או "זכות קניין שביושר תוצרת ישראל") ובעל ההתחייבות לא באמת חייב לרשום הערת אזהרה ע"מ לנצח נושים אחרים.**

**במבחן**- מה קורה אם ההתחייבות הפוכה? אם בעל ההתחייבות לעסקה הוא גורם מוסדי בעוד הנושה הוא גורם חלש יותר- ניתן לערוך דיון איך הפסיקה משתנה ע"פ דעות השופטים.

**האם הלכת אהרונוב רלוונטית רק לעיקול (לא למבחן)?** בעוד שבתחרות מול עיקול ביטלנו את הצורך ברישום הערת אזהרה – הרי שס' 127(ב) עדיין חל על מקרים של פשיטת רגל למשל וביהמ"ש עונה שלא – בפס"ד כספי נ' נס נקבע שהלכת אהרונוב רלוונטית גם לפשיטת רגל (והמרצה מסביר שזה שמייתר למעשה את הסבר חשין באהרונוב).

* כלומר: אהרונוב חל גם במצב שבו אדם פושט את הרגל. גם במצב כזה בעל התחייבות לעסקה עשוי לגבור על נושים אחרים.

**מה קורה אם בעל התחייבות לעסקה שילם רק חלק מהתמורה על הנכס?**

**למה כן להקצות לו?** כי סיפא לס' 9 דורש תשלום של תמורה ולא קובע באיזה שיעור.

**למה לא להקצות לו?** הרי האדם שילם פה רק על חלק ואם ניתן לו לזכות בכל הנכס ולא נתיר למעקל לקחת את החלק שהוא לא שילם בגינו – אנחנו גורמים לבעיה מאוד קשה מבחינת הנטל.

**שטרסברג כהן**: יש להפעיל את מאזן המצוקה ולחזור לדין האנגלי שהיה בעבר על פיו – בעל ההתחייבות יהיה זכאי לחלק היחסי ששילם.

**ברק וחשין**: הראשון עדיין גובר, גם אם שילם רק חלק. למה? כי הזכות המעין קניינית צומחת בכל הנכס ואין שום רלוונטיות לתשלום שלך ולשיעורו. לפי הגישה שלהם יש כאן משחק סכום אפס – יש זכייה בנכס ללא קשר לתמורה ששולמה.

## יב.4 עסקאות נוגדות במקרקעין (בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות לעסקה)

מדובר על מקרה בו שני אנשים רכשו נכס וההכרעה של ביהמ"ש צריכה להיות למי אנחנו נותנים את אותו הנכס.

**עסקאות נוגדות**

9. "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".

עסקאות נוגדות- צריך לשים לב שאכן כאשר מדובר על אותו סוג עסקה.

החוק נותן כאן Default לגבי מי שמנצח בתחרות אך יש גם הסתייגות. זוהי משוואה מאוד פשוטה לתפעול:

**הראשון בזמן הוא זה שזוכה והשני בזמן חייב לקיים 3 תנאים כדי שהוא יהיה זה שיזכה (תמורה, רישום, תום לב). אם אחד מהתנאים האלה לא מתקיים הראשון זוכה.** ז"א שלראשון יש זכות שהיא מעבר לזכות חוזית (לשני תהיה זכות מעבר לזכות חוזית רק אם ישלים את שלושת התנאים בחוק).

ברק גזר מפה שאם נדרשים כל התנאים הללו זכותו איננה זכות חוזית רגילה אלא זכות שביושר.

ד"נ 80/21 ורטהיימר נ' הררי: הררי מחזיק בדירת מגורים ומוכר אותה לוורטהיימר בזיכרון דברים (שאכן מקיים את דרישת הכתב לפי ס' 8). סכום העסקה היה מיליון לירות, וורטהיימר שילם 5,000 לירות במעמד החתימה על זיכרון הדברים ע"ח המיליון שהוא היה אמור לשלם.

הם נפגשו לאחר מכן אצל עוה"ד ולא הצליחו להגיע להסכמה על מועדי העברת התמורה, וחוזה מעבר לזיכרון הדברים לא נכרת. בהמשך, הררי כורת חוזה מכר מול בנימיני ע"ס 800,000 ומקבל 350,000 על החשבון. סכום המכירה היה נמוך יותר מהסכום בין הררי לוורטהיימר מכיוון שהררי היה כנראה לחוץ יותר למוכר את הנכס. בנימיני לא יודע על העסקה הראשונה ומשלם את הסכום הנ"ל (350,000 ₪). **מיד אחרי שבנימיני מגלה על העסקה הראשונה, הוא רץ ומשלם את יתר הסכום.** חשוב לציין שאף אחד מהם לא רשם את הדירה בטאבו. כל השיקולים של שטרסברג כהן ומאוטנר עולים פה. באופן כללי, הראשון בזמן אמור לקבל את הדירה הזו.

אם נפעל לפי החוק שהראשון מקבל את הדירה- ייווצר מצב שבו ורטהיימר שהשקיע רק 5,000 ₪ בנכס מקבל אותו ובנימיני שהשקיע 800,000 ₪ נשאר בלי כלום.

**הש' ברק** אומר שוורטהיימר זוכה לפי ס' 9 כי בנימיני לא פעל בתום לב: ורטהיימר הוא הראשון בזמן ובנימיני הוא השני ולכן ורטהיימר זוכה בהנחה שבנימיני לא עמד ב-3 הדרישות בחוק. בנימיני כן עמד בתמורה והוא כן כרת את החוזה בתום לב אבל הוא לא ביצע אותו בעודו בתום לב. בנוסף, גם רישום לא בוצע כאמור **(תמורה V ; תו"ל ? ; רישום X)**.

**3 וחצי התנאים שהשני בזמן צריך להשלים (ע"פ ס' 9):**

**תמורה** – ההלכה היא שכדי להשלים את סעיף התמורה על התמורה להיות משמעותית. מעל 50% ניתן לטעון לתמורה משמעותית, מתחת לזה יהיה קשה לטעון לכך.

**תום לב** – אנו בודקים תום לב סובייקטיבי-האם ידע או לא ידע במקרה הספציפי. ז"א- האם השני בזמן פעל בתום לב כששילם את סכום העסקה.

**רישום בטאבו**.

**חצי תנאי נוסף** – גם הרישום צריך להיות בתום לב – שהשני בזמן לא יודע שיש התחייבות לעסקה על הנכס.

* **במבחן**- כאשר יש עסקאות נוגדות:
  + - * קודם כל מאתרים את הצדדים- מזהים את הראשון בזמן ואת השני בזמן ומתי בוצעו איתם התחייבות לעסקה.
      * אח"כ בודקים האם כל שלושת התנאים מולאו ע"י השני בזמן: במידה ומולאו-השני בזמן זוכה. במידה ולא מולאו-הראשון בזמן זוכה.
      * לגבי התמורה-צריך לדון במבחן האם הסכום ששולם בתמורה מקיים את דרישת התמורה או לא (ההלכה המשפטית לגבי התמורה היא שהתמורה ששולמה צריכה להיות משמעותית!).

ברק משאיר שתי שאלות בצריך עיון בפס"ד זה:

1. האם התעקשות הראשון בזמן חרף המצוקה הגבוהה יותר של השני בזמן עולה כדי חוסר תום לב? במילים אחרות, האם לא צריך להתייחס כאן למאזן המצוקה? האם ראוי שניתן לראשון בזמן את האפשרות להתעקש לקבל את הנכס כשהוא השקיע רק 5,000 ₪ בעוד השני מפסיד את 800,000 ₪ שהשקיע? לא ניתנה לשאלה זו תשובה ברורה בפסה"ד אבל היא בהחלט מעלה תהיות רבות.
2. בהנחה שניתן היה לרשום הערת אזהרה ע"ש ורטהיימר (במקרה הזה לא היה ניתן) – האם נתעקש על כך שאם ורטהיימר לא רשם את הערת האזהרה (למרות שיכל) עדיין זכותו תהיה עדיפה על פני בנימיני (השני בזמן)?

שאלה זאת מובילה אותנו למקרה הבא (כאן מתחיל השלב השני בבדיקה):

97/2643 גנז נ' בריטיש קולוניאל: גנז הוא רוכש ראשון אשר נמנע במשך 17 שנים מרישום הערת אזהרה לטובתו, למרות שיכול היה לעשות כן. הרוכש השני (אפק) רשם הערת אזהרה, קיבל את ההחזקה במקרקעין והשקיע בהם משאבים.

**הכלל: אי רישום הערת אזהרה עשוי להצביע על חוסר תום לב של הראשון בזמן ולהכריע את התחרות לטובת השני בזמן.** ז"א- לאחר שבדקנו האם השני בזמן מילא את שלושת התנאים לפי ס' 9, צריך לבדוק האם הראשון בזמן רשם הערת אזהרה ואם לא רשם- מדוע לא רשם הערת אזהרה. אם יכל לרשום הערת אזהרה ולא עשה זאת- הדבר נחשב לחוסר תום לב של הראשון בזמן. זהו לא חוסר תום לב סובייקטיבי (ידע או לא ידע שהוא מכשיל אחרים), אלא מדובר חוסר תום לב אובייקטיבי (היה עליו לדעת, היה עליו למנוע מראש את הנזק). העובדה שהראשון בזמן יכל למנוע את התאונה המשפטית הנ"ל בעצם הופכת אותו למונע הזול ביותר ולכן נתמרץ אותו לפעול כמו שצריך-לרשום הערת אזהרה ובכך למנוע את המצב של עסקאות נוגדות. **למעשה מטילים על הראשון בזמן אמת מידה נורמטיבית של תום לב אובייקטיבי.**

**דעת הרוב קבעה** שתום-הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין. בכך הוא לא רק מגן על האינטרס העצמי שלו, אלא גם מתחשב באינטרס של בעל עסקה שנייה, אשר עשוי לרכוש את הנכס לאחר עיון בפנקסי המקרקעין ומתוך מחשבה מוטעית כי לא נערכה עסקה ראשונה. בהימנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות הנוגדות. היה בידו למנוע זאת, והוא לא עשה כן. כלומר- עקרון תום-הלב עשוי למנוע במקרים מסוימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה ע"ח בעל העסקה השנייה – זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שבס' 9 – ויהא עליו להסתפק בתביעת פיצויים חוזית כלפי המוכר. כך המקרה במקרה הנדון, שבו גנז נמנע מלרשום הערת אזהרה במשך 17 שנים, מה שהכשיל את אפק שכן בדק את פנקסי המקרקעין בטרם עשה את העסקה.

כדי שהכלל הזה יחול על הראשון בזמן קודם כל יש לבדוק האם הוא יכול לרשום בכלל הערת אזהרה.

מה קורה כשהראשון יכול לרשום הערת אזהרה? המחוקק נתן לנו כלי זול למניעת נזק. ניתן לרשום הערת אזהרה ב-150 ₪ ובכך למנוע בעיות מכיוון שאף תם לב לא יכנס למצב של עסקה נוגדת.

מה קורה אם הראשון יכל לרשום הערת אזהרה ולא רשם? ביהמ"ש אומר שאדם כזה הוא חסר תום לב אובייקטיבי.

כאשר הראשון בזמן יכול לרשום הערת אזהרה - הוא נדרש לרשום אותה, אך יש לכך 2 סייגים:

**אין חוסר תום לב** – אם יש הסבר מנומק משיקולי מדיניות למה לא נרשמה הערה-לא מדובר בחוסר תום לב. למשל: אצל בני זוג-העובדה שהאישה או הגבר לא רושמים הערת אזהרה, אנחנו לא רוצים משיקולי מדיניות לאלץ אותם לרשום את ההערה ולכן לא נראה באי הרישום חוסר תום לב.

**אין קשר סיבתי בין אי הרישום של הראשון בזמן לבין הפעולה של השני בזמן** – אם מצליחים לנתק את הקשר בין אי הרישום של הראשון לבין הפעולות של השני.

סיכום ביניים: אמרנו שברירת המחדל היא שהראשון בזמן מנצח אא”כ יש לנו שני בזמן שמקיים תמורה, תו"ל ורישום ואז הוא ינצח. לפיכך הכלל הוא מאוד פשוט (עוקב אחר המילים בחוק) ואין סיבה לסבך אותו.

דנו בפס"ד ורטהיימר ואמרנו שורטהיימר זה שמנצח (את בנימיני) כיוון שהוא הראשון בזמן. ביהמ"ש הניח שם שזיכרון דברים מקיים את דרישת הרישום בס' 8 לחוהמ"ק. נכון שבנימיני שילם את כל התמורה וורטהיימר שילם רק קצת אבל הוא עשה זאת בתום לב מוטל בספק. כך או כך רישום לא בוצע בכלל ובנימיני לא עמד בתנאי הס'.

לסיכום עד כאן: למרות שהמוכר הוא לא הבעלים – הבעלים כן אפשר לחברה למכור וגנז לא ניצל את ההזדמנות ולא רשם הערת אזהרה במשך 17 שנים. האם עובדה זו לוקה בחוסר תום לב? האם יש השלכות נוספות? הכלל הוא **שאי הרישום עשוי להצביע על חוסר תום הלב של הקונה הראשון,** **וכיוון שאפשר להצביע על חוסר תו"ל של הראשון 🡨 ייתכן שגם אם השני לא עומד בכל תנאי ס' 9 – עדיין השני בזמן ינצח**. זה הכלל שפס"ד גנז נותן.

* סביר להניח לדעת המרצה שביהמ"ש:
* **"יוותר"** לשני אם הוא לא השלים רישום.
* **לא יוותר** לו על חוסר בתו"ל (כששניהם חסרי תו"ל 🡨 חוזרים לדיון בס' 9 והראשון בזמן ייגבר).
* **ייתכן שיוותר** על חוסר בתמורה בת ערך וזה תלוי נסיבות. זהו תמרוץ לבעלי מקרקעין שחותמים על עסקה להשתמש באמצעי הזול של הערת אזהרה כדי למנוע תאונה. אם הם לא רשמו, ביהמ"ש ייתן לשני לזכות למרות שזה לא מגיע לו כניסיון לתמרץ. אין לזה הלכה וזו הנחה של המרצה.

**הרציונל הבסיסי שלנו בעולם אידיאלי הוא למנוע תאונות ולכן**: אם יש אמצעי זול וקל יחסית לפתור או למנוע את התחרות – אנחנו בהחלט צריכים להעניש או להטיל את האשמה בקרות התחרות על אותו גורם שלא השתמש באותו אמצעי זול. פס"ד גנז הוא שיקוף קלאסי של דוקטרינת מונע הנזק הזול ביותר מנזיקין.

יחד עם האמור, הש' ברק אומר שזה הכלל אבל יש לו גם סייגים:

* 1. **כשאי הרישום של הערת האזהרה לא משקף חוסר תו"ל** **🡨** במצב זה, הראשון הוא לא באמת מונע הנזק הטוב ביותר והוא לא היה צריך מבחינה אובייקטיבית להשתמש בקלף של הערת אזהרה. אם זה המצב - לא נכריע לטובתו של השני בזמן בדיוק מהטעם הזה.
  2. **כשאין שום קש"ס בין אי רישום הערת האזהרה לבין פעולת השני** **🡨** כלומר, אם יוכח שאי הרישום לא היה הגורם לכך שנגרמה התאונה לא ניתן לשני בזמן את הנכס על חשבון הראשון.
* גנז מחדש גם את העובדה שצריך תום לב אובייקטיבי כלפי שני הצדדים ולא רק תום לב סובייקטיבי.

**איזה תו"ל נדרש לס' 9?** הפסיקה המסורתית (חוות מקורה) סוברת כי תום הלב הנדרש בס' 9 הוא סובייקטיבי, אולם בפס"ד גנז ברק דורש תו"ל אובייקטיבי. לא כל השו' קיבלו דעה זו (לוין, שט"כ וגם מצא שאומר כי מהרוכש השני נדרש תו"ל סובייקטיבי בלבד). בספרות יש גם מחלוקת: **מאוטנר** סובר כי תום הלב הוא סובייקטיבי אולם **דויטש** סובר לתו"ל אובייקטיבי בכל דיני התחרויות (גם בס' 9 וגם בס' 10 של תקנת השוק). אין הכרעה סופית בעניין אך כאמור הגישה המקובלת יותר לגבי הרוכש השני **היא כי נדרש ממנו תום לב סובייקטיבי**.

הטענה היא שאם אנחנו רוצים להטיל אמת מידה אובייקטיבית של תום לב על הראשון הזמן, אנו צריכים להטיל גם על השני בזמן חובת תום לב אובייקטיבית.

נבחן כעת למה בפועל, למרות שהראשון בזמן לא רשם את הערת האזהרה הוא עדיין יזכה בתחרות בחריגים:

אופציה ראשונה – אין התרשלות: בין אם הראשון לא היה יכול לרשום הערה ובין אם אי הרישום הוא מוצדק / לא נרשם עקב שיקולי מדיניות (כמו המצב שבין בני זוג).

אופציה שנייה – אין קש"ס: בין אם השני ידע על הראשון ועל העסקה שלו, בין אם השני לא בדק את הרישום ובין אם השני לא התאמץ וירד אל השטח כדי לבחון את הנכס.

**במבחן (וזה יופיע בוודאות לפי המרצה)** – **חשוב להתעסק בס' 9 בשאלה האם השני בדק את הרישום וירד לשטח-** אמת מידה אובייקטיבית. גם לשני יש חובת לבדוק האם הזכויות מתארות את מה שהוא רוכש. (לדוגמה הגעה לדירה לבדוק), כך למשל, אם קונים דירה בחו"ל ולא בודקים אותה – הקונה לוקה בחסר, הסייג לא יעמוד לטובתו, הכלל יחול והוא יפסיד בתחרות. **יודגש** - לא בכל עסקה יש באמת טעם לרדת לשטח אבל הראשון תמיד יטען שאם היו יורדים לשטח היו רואים את הנסיבות הקיימות (הראשון נמצא שם, הקרקע לא ריקה...).

* התקיים **אחד** מהסייגים? **הכלל לא חל,** ולמרות שהראשון לא רשם הערה – יש לו עדיפות בס' 9. הוא יפסיד רק אם השני עמד בכל הנדרש ממנו (תמורה, תו"ל, רישום).

**בנוסף לכל השיקולים האלה יש שיקול אחד שהוא פחות ראוי** (בעוד שבפס"ד גנז הוא הוכרע כשיקול כלגיטימי) – כאשר הקונה הראשון מתחייב כלפי המוכר שלא לרשום הערת אזהרה לתקופה מסוימת משיקולים שלו (לא לחשוף את העסקה לציבור בינתיים - למשל במקרה של מפורסם, במקרה של קשיים כלכליים), לא נראה בו אחראי ביחס לאי רישום הערת אזהרה – במקרה כזה, אי רישום הערת אזהרה לא מעיד על חוסר תום לב של הקונה.

למה זה לא ראוי? **כי זה מבטל את כל הרציונל של פס"ד גנז** – הרעיון בתמרוץ רישום הערת אזהרה הוא מניעת תחרויות ואם למוכר יש אינטרס להחביא – זה מסכן קונה שני פוטנציאלי שנותר חשוף לתאונה.

* **השיקול הזה לא ראוי אך כן הוכר כלגיטימי בפסיקה (פס"ד גנז)**!
* הדרישה לתום לב אובייקטיבי היא תולדה של הפסיקה ולא מוזכרת בס' 9 בחוק. אך כן ניתן לומר שמכך שכתוב בס' 9 על הערת אזהרה ניתן ללמוד את דרישת תום הלב האובייקטיבית.

איך יודעים שפס"ד גנז הוא זה שהוטמע?

בפס"ד 7113/11 ביאד נ' לחאם- בפס"ד זה נאמר בצורה מאוד ברורה שחוזרים למה שאמר מאוטנר - הרציונאל שעומד לנגד עינינו הוא מניעת הנזק בצורה הזולה ביותר.

השו' עמית (מתוך פסה"ד): "רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ₪ נכון ליום פסק דין זה, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכומי עתק ולבזבז משאבי שיפוט. במונחים השאולים מדיני הנזיקין, עלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר...

... כשלעצמי, נוכח העלות הקטנה הנדרשת לרישום הערת אזהרה מול תוחלת הנזק, אני סבור כי יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההרחבה, ולהטיל את הנטל על הקונה ראשון בזמן להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה".

ע"פ פס"ד זה המשמעות היום של פס"ד גנז היא שהוא הלכה במובן זה שאם יגיע מצב של קונה ראשון שלא רשם הערת אזהרה – זה יפורש על דרך ההרחבה כחוסר תו"ל, הסייגים יפורשו בצמצום ויקצו את זה לקונה השני בזמן. **כלומר, מי שלא רשם הערת אזהרה צפוי להפסיד בתחרות**.

**בפועל**- במידה ושני הנושאים של חוסר תום הלב האובייקטיבי משני הצדדים – הראשון לא רשם הערת אזהרה והשני לא "ירד אל השטח" – חוסר תום הלב מתקזז וחוזרים להלכת הררי – ז"א- במידה ולשני הצדדים יש חוסר תום לב – חוזרים ל3 התנאים בס' 9.

הרצאה 19 - 22.01.17

**עד כאן לעניין פס"ד גנז ועתה נתקדם**:

בפס"ד גנז – ביהמ"ש מפרש את ס' 9 לחוק כך שמכניס לתוכו חובת תום לב אובייקטיבית – הזכות הקניינית של הקונה הראשון משתכללת וגוברת רק אם נרשמה הערת אזהרה ע"י הקונה הראשון (חובת תום לב אובייקטיבית).

זהו כרסום בהבנה שהוצאנו מפס"ד אהרונוב- האם ניתן להמשיך בהבנה שלראשון בזמן יש זכות מעין קניינית וזה מה שמכריע את התחרות?

* בעל התחייבות-> נושה מעקל= אהרונוב
* בעל התחייבות 1-> בעל התחייבות 2- גנז

**האם גם לפי ההתחייבות הראשונה , בעל התחייבות צריך לרשום ה"א כדי לגבור על הנושה המעקל, או שמספיק שיהיה ראשון בזמן? (כי לכאורה לפי אהרונוב לא, אבל גנז היה אחריו).**

נפנה בשאלה זו לפס"ד בנק המזרחי נ' גדי - כיצד נבין אותו? זוהי תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה לא מובטח (מעקל). לפי ביהמ"ש - אי רישום הערת אזהרה, גם לאחר 7 שנים, אינו מקנה את הנכס לנושה הבלתי מובטח.

**מהן הסיבות לכך שזה לא מקנה?**

* + - 1. **מוסד העיקול לא מהווה עסקאות נוגדות**.
      2. **אין הסתמכות על נכס ספציפי** – עוצמת ההסתמכות של אותו המלווה על נכס ספציפי היא שונה. לא אכפת לו מאיפה הכסף יגיע – הוא פשוט רוצה אותו. בנק לעומתו רוצה לממש משכנתא על נכס כדי להיפדות ממנו והמובהק ביותר – רוכש מעוניין בדירה עצמה ממש.
      3. **עוצמת האינטרס של המעקל בנכס**.

**מסקנה**: למרות שלכאורה ינקנו את ההכרעה מס' 9 ולכן הצדקנו את הזכייה של בעל ההתחייבות מול הנושים, עדיין, **כשאנחנו עוברים לתחרות מסוג אחר** (=לא בין שני צדדים שמעוניינים בנכס הספציפי אלא בין צד שמעוניין וצד מעקל), **לא נחייב את הראשון בזמן לרשום ה"א כדי שהוא יזכה בנכס הספציפי הזה**.

* כלומר, פס"ד זה, בניגוד לגנז, מקל את הדרישה על הקונה הראשון בכך שהוא מייתר לו את הדרישה לרישום ה"א, כשהוא מעוניין בנכס הספציפי ומולו עומד נושה לא מובטח שמעוניין רק להיפדות.
* **במבחן**:

שלב ראשון- לסווג את התחרות שבקייס - בעל התחייבות מול נושה מעקל או בעל התחייבות מול בעל התחייבות שני.

שלב שני- בעל התחייבות מול נושה מעקל-שימוש בס' 9 ע"פ פס"ד אהרונוב– הראשון בזמן זוכה ולא נדרשת הערת אזהרה. בעל התחייבות מול בעל התחייבות שני- שימוש בס' 9 אך לפי הפרשנות של פס"ד גנז- הראשון בזמן זוכה רק אם נרשמה הערת אזהרה.

ה"פ 2247/03 רשף נ' יוסף (הש' אוקון – בימ"ש מחוזי בירושלים): ביהמ"ש דן בדיוק באותו מצב כמו בפס"ד גדי: יש אדם שלקח משכנתא בבנק והגיע נושה (של המוכר) שרצה להטיל עיקול על הנכס. לפי אהרונוב ­– בעל ההתחייבות לעסקה (=המשכנתא) אמור לגבור על המעקל, אך המעקל טוען לפס"ד גנז ואומר שהקונה לא רשם הערת אזהרה ולכן אין שום סיבה לתת לו את הנכס. השו' אוקון מכריע לפי הלכת גנז באומרו כי הבנק הוא נושה מקצועי וכשמדובר בנושה מקצועי – כן נחיל את הדרישה לרישום הערת אזהרה. **למה**?

**לבנק יש את הכלים להתמודד בתחרות** – בד"כ הוא מסתמך על הרישום ולא ניתן לומר שהוא לא ידע. הם דורשים את זה מהלקוחות שלהם בעצמם. כמו כן, הבנק הוא גם בעל אינטרס ישיר ברישום ולכן מצופה ממנו להסדיר את הנושא הזה ולרשום הערות אזהרה באופן מיידי.

**לדעת השו' אוקון, דברים אלה לא מכרסמים בהלכת אהרונוב** (שמייתרת את חשיבות הערת האזהרה). **כיצד?** כי כשבוחנים את הנסיבות הספציפיות והקונקרטיות ובמוסד המשפטי שאנחנו מפרשים כאן – לא מדובר בסתם בעל התחייבות או בשחקן חד פעמי שאינו מקצועי, אלא בנושה מקצועי. זה לא מצב דומה לזה שהיה באהרונוב. בהינתן מע' היחסים הזו – חובת רישום הערת האזהרה תחול על הבנק ביתר עוצמה.

* חשוב להבין שזוהי **לא הלכה** וזה **רק פס"ד מחוזי**. מה בכ"ז ניתן ללמוד פה? אם תגיע תחרות בין בעל התחייבות לעסקה לבין נושה – כדאי לבדוק מיהו בעל ההתחייבות ומיהו הנושה. אם יש מצב של נושה מקצועי – ניתן לטעון שכן מצופה ממנו לרשום הערת אזהרה ולא ללכת להלכת גדי שמייתרת את הרישום שנדרש מפס"ד גנז. ככל שהנושה הוא יותר מקצועי – נדרוש ממנו יותר את הלכת גנז ואת רישום הערת האזהרה. **זה לא חייב להיות בנק וזה יכול להיות גם** חברת ביטוח, חברת אשראי, מלווה מקצועי ועוד. ככל שהצד הוא יותר מקצועי יש לחשוב על החלה של גנז (**חשוב** **ויהיה במבחן!**).

האם פס"ד גדי אומר שכבר לא מחילים את הלכת אהרונוב? הראנו שבאופן עקרוני התשובה היא לא ואנחנו נשארים עם הלכת אהרונוב אבל אם הנושה הראשון הוא "נושה מקצועי" שיש לו ידיעה – ייתכן שנאמץ את פס"ד גנז לתוך התחרות ואז אם הראשון לא רשם הערת אזהרה – הנושה הראשון המקצועי דווקא יפסיד בתחרות.

* סיימנו לדבר על עסקאות נוגדות במקרקעין רשומים וכעת נעבור לדון **בעסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים, בעסקאות נוגדות במיטלטלין ובעסקאות נוגדות בזכויות**.
* **במבחן**: כאשר התחרות היא בעל התחייבות מול נושה מעקל – הלכת אהרונוב. **חריג**: כאשר בעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי (בנק, חברת ביטוח, חברת אשראי וכו')- דנים בפס"ד רשף (מחוזי) – וטוענים כי אי רישום הערת האזהרה מוציאה את המקרה מהלכת אהרונוב ולכן יכולה לגרום לכך שתוטל עליו החובה לרשום הערת אזהרה.
* **במבחן**: כאשר התחרות היא בעל התחייבות מול בעל התחייבות שני – הלכת גנז- אם הראשון רשם הערת אזהרה, השני יוכל לגבור רק אם מילא את 3 התנאים בחוק. אם הראשון לא רשם הערת אזהרה – השני יכול לחפף בתנאים ועדיין לגבור. במקרה שבו הראשון לא רשם הערת אזהרה-צריך לבדוק למה לא נרשמה הערת אזהרה- אם הייתה סיבה אובייקטיבית לאי הרישום או שאין קש"ס בין אי הרישום לביצוע העסקה הנוגדת (פירוט בתרשים לעיל).

**לסיכום**: בעל התחייבות מול נושה מעקל- חלה הלכת אהרונוב ובהמשך גדי. המקרה היחיד שבו נדרוש הערת אזהרה היא כשבעל ההתחייבות הוא נושה מקצועי- בנק, חברה מסחרית וכו', לפי רשף (מחוזי). אך מאחר ורשף מחוזי- ניתן להגיד שאהרונוב עדיין חל.

אז מה קורה כשיש שני בעלי התחייבויות? לפי גנז- בודקים האם הראשון רשם ה"א ואם יכל ולא רשם- יש חוסר תו"ל אובייקטיבי כי היה עליו לדעת. בודקים האם השני עמד בכל התנאים, ואם כן אז הוא גובר- ואם לא, חוזרים לראשון. אם שניהם שילמו תמורה ואף אחד לא רשם הערת אזהרה- השני יקבל, כי הראשון הוא מונע הנזק הזול.

### עסקאות נוגדות במיטלטלין ובמקרקעין שאינם רשומים

הבעיה במקרקעין שאינם רשומים – אין להם מרשם ולכן לא ניתן להכניס אותם בס' 9 (כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה).

למה לא מתייחסים למקרקעין שאינם רשומים כרשומים ומפעילים לגביהם את ס' 9? כיוון שאין להם את כל ההיבטים של מקרקעין מה שהופך אותם לזכויות. לכן, **אא”כ יהיה אפשר לבצע רישום של מקרקעין לא מוסדרים - נתייחס אליהם כזכויות וכך נתייחס אליהם גם בעסקאות נוגדות**. עם זאת, זכויות זה דבר אמורפי וברור בעוד שיש כאן מקרקעין שעומדים מולנו. בכל זאת 🡨 כיוון שלא ניתן להתייחס אליהם כמקרקעין רשומים נתייחס אליהם כזכות. זכות ניתן להעביר אבל זו עסקה שלא יכולה להירשם. לכן, המסגרת הנורמטיבית שאנו עוסקים בה בהקשר של מקרקעין שאינם רשומים היא לא חוהמ"ק אלא חוק המיטלטלין ותקנת השוק.

* המרצה מדגיש שגם זכויות הן נכסים וזה לא רק משהו פלואידי ואוורירי. **זהו נכס בעל ערך**.

**הבעיה**: אין מרשם – לפיכך, ממילא לא ניתן לקיים את ס' 9 ולא ניתן להחיל את הלכת גנז ולכן אנחנו לא מסוגלים, גם אם מאוד רוצים, לקיים את ס' 9.

* **נדון כעת במקרקעין שאינם רשומים- כל מה שנלמד על מקרקעין שאינם רשומים תקף גם לזכויות ולמיטלטלין:**

בשיעור הזה נלמד:

* + - * עסקאות נוגדות במקרקעין שאינם רשומים.
      * תקנת שוק במקרקעין שאינם רשומים.
      * עסקאות נוגדות במיטלטלין.

**אז מהן האפשרויות העומדות בפנינו**? לגבי עסקאות נוגדות נפנה לס' 12 לחוק המיטלטלין:

**עסקאות נוגדות** - 12. 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.

**מה מחליף פה את הרישום? ההתקשרות בעסקה**.

**העברת הבעלות** - 33. הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.

לפי ס' 33 לחוק המכר – העברת הבעלות מתרחשת בעת קיום חוזה המכירה (=במסירת הנכס). חוק המיטלטלין בא ודן במצב שבו אדם מתקשר בעסקאות נוגדות.

מהם הכללים של חוק המיטלטלין לזכייה של השני? אם הוא נתן תמורה, פעל בתו"ל (סובייקטיבי) וקיבל לבעלותו את המיטלטלין. זה מה שמשקף את שלב העברת הקניין לשני (בדומה לדרישות בסיפא לס' 9).

איך אנחנו יודעים שזה חל גם לגבי זכויות? ס' 13 לחוק המיטלטלין מגדיר זאת:

**תחולה** - 13. (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.

אם כך, במקרקעין שאינם רשומים ששקולים מבחינתנו לזכויות יש לפנות לחוק המיטלטלין: ס' 13 יאמר שאנו עוסקים בזכויות וס' 12 יפרט לנו את התנאים הנדרשים כדי לבחור את הקצאת הזכות.

הכלל הוא שאדם שמבקש להעביר זכות כלפי אדם אחר מתחייב להעביר אותה As Is:

זה כלל מאוד אינטואיטיבי ופס"ד טקסטיל ריינס הוא זה שמאשש זאת: "אדם (א') המבקש להעביר זכות חוזית שיש לו כלפי אדם אחר (ב') לאדם שלישי (ג') – מתכוון להעביר את הזכות **כמו שהיא ברגע ההעברה**".

**מהו השלב בו אנו מצויים – שלב חוזי או קנייני?**

**עלינו לבדוק את החוזה – מהו השלב בו עוברת הבעלות?**

* **בהיעדר התניה בין הצדדים** – הבעלות עוברת במועד כריתת ההסכם שהוא למעשה מועד המסירה של הזכות, בהתאמה לס' 33 לחוק המכר. החתימה על החוזה היא מועד מסירת הזכות.
* **אם קיימת התניה** – הבעלות עוברת בהתאם לה. כך למשל, אם קבענו שהבעלות עוברת לאחר תשלום של 80% מהתמורה – אין שיכלול זכות קניינית עד למועד זה.
* **למבחן** - כשניגשים לפתור שאלה במקרקעין לא רשומים צריך להבין ראשית באיזה שלב נמצאים בעסקה: השלב החוזי או השלב הקנייני.

**נסכם את המהלך עד כה**:

**בשלב החוזי** 🡨 פועלים ע"פ ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין 🡨 הראשון בזמן גובר אא”כ השני בזמן מקיים את תנאי ס' 12: תו"ל סובייקטיבי + תשלום ערך + השלמת הקניין (קבלת הנכס).

דוגמא: אדם ראשון רצה לקנות פלאפון וסיכם עם המוכר במייל שימסור לו את הפלאפון בעוד חודש כאשר הוא יגיע לתל אביב (בשלב הזה העסקה נמצאת בשלב החוזי). אחרי שבוע המוכר מכר את הפלאפון לאדם שני ומסר לו את המכשיר עוד באותו היום. זהו מצב של שתי עסקאות נוגדות במיטלטלין – ע"פ ס' 12 – אם הקונה השני מילא את תנאי ס' 12 (תום לב סובייקטיבי, תשלום ערך, השלמת הקניין=מסירה)-הוא זוכה בפלאפון על פני הראשון שלא השלים את הממכר.

דוגמא במקרקעין שאינם רשומים: נניח שיש לי קרקע במרכז ת"א והיא לא רשומה כיוון שאלה מקרקעין לא מוסדרים. אין חולק שהזכויות במקרקעין הן שלי. עם זאת, אני לא יכול לשחק את המשחק של חוהמ"ק ולהשלים רישום. לכן, אני אמכור את הזכויות ולעיתים גם יהיה לזה הרבה יותר ערך ממקרקעין מוסדרים.

כך, אני חייב למכור את הזכויות כמו שמוכרים זכויות ולכן אני פונה לחוק המכר שם בס' 33 נאמר שהבעלות עוברת לקונה במסירת הנכס, אא”כ הוסכם אחרת. במקרה של זכות - אין מסירה ריאלית (פיזית) של נכס כי זה משהו "באוויר" ולכן **הבעלות עוברת לקונה במועד כריתת ההסכם**.

**לפי** **המרצה** חתימה על החוזה מעידה על השלמת מכר, אבל כיוון שמדובר במקרקעין ולא בזכויות ערטילאיות – ניתן לטעון שמועד המסירה הוא מועד תפיסת החזקה במקרקעין. **עם זאת**, כריתת ההסכם נתפסת כמספקת.

סיכום עד כאן:

* + - * מיטלטלין – ס' 12 לחוק המיטלטלין.
      * מקרקעין שאינם רשומים וזכויות – ס' 12+13 לחוק המיטלטלין.

**נמשיך ונרחיב לגבי הדרישות של ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין שמזכות את השני ולא את הראשון:**

**קיבל** – יש כאן צורך בחזקה + מעבר לשלב הקנייני (אופן הקניית החזקה תהיה בהתאם לסוג הנכס: מיטלטלין יועברו פיזית, זכויות יועברו בחוזה, מקרקעין לא רשומים דומים לזכויות ולכן אמרנו שהחוזה מספיק גם כן).

**תמורה** – התמורה צריכה להיות בת ערך – Full Value ולכן תמורת Consideration לא תספיק פה. צריך שיהיה ערך ממשי או שינוי מצב לרעה עקב הקניית התמורה.

**תום לב** – סובייקטיבי בלבד, וזאת בשונה ממקרקעין רשומים שם צריך תום לב סובייקטיבי ואובייקטיבי. יצוין כי לא מכניסים כאן גם את הסייגים של גנז שמחייבים את הרוכש השני גם כן בתום לב אובייקטיבי.

**למה השני בזמן זוכה**? הסיבה העקרונית היא שהראשון בזמן נמנע מלפעול בנכס ומבחינתנו מי שלא החזיק בנכס והשאיר אותו ללא אחיזה הוא זה שהיה עשוי למנוע את התאונה המשפטית.

ביקורת על כך שהשני בזמן זוכה (המצב המשפטי כרגע) - המרצה מדגיש שהרציונל הזה הוא מאוד בעייתי ולא מספק. למה? כי קשה מאוד לדרוש מהראשון למנוע את התאונה אם אין אמצעי זול, כמו הערת אזהרה, שמאפשר לו להכריז על בעלותו ולמנוע.

למה לא מחילים את ההיגיון של פס"ד גנז על מיטלטלין?

**התשובה היא כפולה**: **ראשית**, לנהל מרשם על מיטלטלין / זכויות – זה דבר מאוד בעייתי (בדומה לניהול מרשם ברשם המשכונות כפי שדנו בעניין קולומבו). קשה מאוד לעקוב אחרי זה ואם נחייב כל אדם שעושה עסקה ללכת ולבצע רישום – דורשים כאן משהו מאוד קשה. אם היינו מחילים את גנז, בקיצון היינו דורשים שיהיה רישום מיידי של הרכישה. המרצה אומר שזה בלתי אפשרי מבחינת חיי מסחר תקינים. **שנית**, לא נגדיר את החזקה כהפגנת תו"ל למשל כי זה עשוי לעכב את חיי המסחר השוטף התקינים.

**למה לא עושים מרשם למקרקעין לא רשומים**? כי יש מרשם של מקרקעין והם עדיין לא הגיעו לשלב שבו ניתן לרשום אותם ולכן לא נכון לקיים מרשם "ביניים" כזה. למדינה אין טעם לנהל מרשם למקרקעין שהם לא רשומים. יש מרשם אחד שמטרתו לאחד את כל המידע לגבי המקרקעין בארץ באופן מדויק. בנוסף, יש עלויות גבוהות למרשם כזה וזה מיותר וזה עשוי גם להביא למצב של בלבול בנוגע לזכויות הנובעות מהמקרקעין.

**השלב הקנייני**

**תקנת שוק בזכויות ובמקרקעין לא רשומים:**

מה קורה כשאדם המחה את זכותו לאדם אחד (א') ואז לאחר (ב')? יש כאן תקנת שוק כי הזכות הראשונה כבר הוקנתה לא' שקיבל את הזכות, השלים את הבעלות ועבר כבר לשלב הקנייני 🡨 הזכויות הקנייניות עברו אליו. בהמשך, לאחר העברת הזכות - האדם (שכבר לא הבעלים) חוזר וממחה אותה בשנית לאדם נוסף (ב'). **יש פה שני אנשים שטוענים לבעלות על הנכס הזה. הראשון שהשלים קניין והשני שהשלים קניין גם כן.**

תקנת השוק בזכויות מוכרעת בעסקאות סותרות לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים:

**המחאות סותרות** – 4. המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.

**כאן, לאדם הייתה זכות מסוימת והוא המחה אותה פעמיים**: ברירת המחדל היא שהראשון בזמן זוכה **אא"כ** הודיעו לחייב (המקורי) על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה ואז הזכות היא של השני.

* **בתקנת שוק שמוחלת על מקרקעין שאינם רשומים** - הראשון בזמן זוכה אא”כ החייב יודע על השני לפני הראשון ואז השני הוא זה שזוכה.

ס' 4 לחוק המחאת חיובים שואל למעשה **מיהו הראשון מבין שניהם** שפרסם את הבעלות שלו על הנכס?

דוגמא: נניח שד' חייב לא' 500 ₪. כעת, א' הולך וממחה את החוב שלו לב' ולאחר מכן הולך וממחה את החוב שלו לג'. תקנת השוק לפי ס' 4 אומרת שהראשון שייגש לד' לבקש את הכסף שהוא חייב ל-א', הוא זה שיזכה בו.

**שני**

**ראשון**

**חייב**

500 ₪

500 ₪

500 ₪

אופציה נוספת: **זה שד' יידע עליו ראשון בתור הנמחה** – הוא זה שיזכה בחוב (או שב'/ג' יגשו בעצמם לד' ויודיעו לו שהוא נמחים של א' או שא' יודיע לד' שאחד מהם נמחה שלו).

תקנת השוק הנ"ל היא כדי לשמר את מנגנון המחאת הזכויות (הלוואות) – שלא יקרה מצב בו ד' יביא את הכסף לב' ולאחר מכן יגש אליו ג' והוא יצטרך להביא גם לו – מה שיפגע במנגנון ההלוואות ויגרום לכך שאנשים יפחדו לתת הלוואות.

**במקרקעין שאינם רשומים** – **המצב יהיה זהה לחלוטין** ונעבוד לפי המודל הזה.

דוגמא: מינהל מקרקעי ישראל הוא ד'. א' מקבל מד' (המינהל) זכויות במקרקעין שאינם רשומים. אם א' המחה את הזכויות שלו במקרקעין לב' ואח"כ שינה את דעתו והמחה את זכויותיו של לג' – מי יהיה הבעלים של המקרקעין הנדון? מי שילך ראשון למינהל ויודיע לו שהוא נמחה של א'. מי שא' יודיע למינהל שהוא הנמחה שלו – הוא יהיה הבעלים במקרקעין.

**במבחן**- אם יהיה חוסר תום לב קיצוני – ניתן לטעון בס' 4 לחוסר תום לב מה שישפיע על הפסיקה בסוף.

**תקנת השוק חלה רק בשלב הקנייני!!!**

**סיכומו של דבר:**

מהו השלב בו

אנחנו מצויים?

שלב חוזי / אובליגטורי (לא הושלם)

קנייני (הושלמה העברת הבעלות)

פונים לס' 12 ו13 לחוק המיטלטלין

תקנת השוק - פונים לס' 4 לחוק המחאת חיובים

**סיכום עד כאן**

**מקרקעין רשומים - 3 סוגים של תחרויות:**

* + - * 1. בעל התחייבות לעסקה מול נושה מעקל – ס' 9 והלכת אהרונוב – הראשון לא צריך לרשום הערת אזהרה אא"כ הוא נושה מקצועי (פס"ד רשף).
        2. בעל התחייבות לעסקה מול בעל התחייבות שני (עסקאות נוגדות) – ס' 9 ופס"ד גנז.
        3. תקנת שוק – ס' 10 (נלמד בשיעור הבא).

**מיטלטלין, מקרקעין לא רשומים וזכויות-**

\*\*צריך לבדוק האם אנחנו בשלב החוזי או בשלב הקנייני.

\*\*ברירת המחדל היא שאנחנו בשלב הקנייני (מכיוון שעוברים לשלב הקנייני בעת החתימה על החוזה), אא"כ התנינו את מועד המסירה למועד מאוחר יותר ואז אנחנו בשלב הקנייני:

בשלב החוזי - עסקאות נוגדות:

מיטלטלין –– ס' 12 לחוק המיטלטלין.

זכויות ומקרקעין לא רשומים – ס' 12+13 לחוק המיטלטלין.

בשלב הקנייני – תקנת השוק:

מיטלטלין+ זכויות ומקרקעין לא רשומים - ס' 4 לחוק המחאת חיובים.

* **בכל סוגי התחרויות** - המפסיד בתחרות הקניינית שומר על זכות התביעה שלו כנגד מי שפגע בו. הבעיה היא כמובן שבדר"כ הגורמים הללו נעלמים ואין את מי לתבוע.

**מקרקעין לא רשומים (זכויות)**

עסקאות נוגדות – ס' 12+13 לחוק המיטלטלין (בשלב החוזי).

תקנת השוק – ס' 4 לחוק המחאת חיובים (בשלב הקנייני).

**מיטלטלין**

עסקאות נוגדות – ס' 12 לחוק המיטלטלין.

הרצאה 20 - 25.01.17

האם יש לבחון גם תו"ל אובייקטיבי (בדומה לפס"ד גנז)?

קשה מאוד להחיל במקרקעין לא מוסדרים דרישות של תו"ל אובייקטיבי. עם זאת, הש' מצא אומר בגנז שיש אפשרויות להודיע – רישום בספרי החברה המשכנת, רישום ברשות מקרקעי ישראל או רישום אצל הקבלן עצמו. לפי גישתו, אם הראשון לא רשם באחת מהאפשרויות האלה – זה עשוי להשפיע על תוה"ל האובייקטיבי שלו.

**המרצה מדגיש שכיום** **יש טופס חדש** בטאבו שבו ניתן לרשום באופן מפורט את הערת האזהרה גם על זכויות – זה עשוי לשנות את תפיסת תוה"ל (זה עדיין לא מוסדר באופן מוחלט וסופי אלא זה ניסיוני). אם זה יתפתח ויתפוס תאוצה – יהיה רישום של הערות על מקרקעין לא מוסדרים וזה יכול להיות חיובי. עם זאת, הוא סקפטי.

**מה קורה כשיש תקנת השוק במקרקעין לא רשומים?**

אותו דבר כמו בתקנת השוק בזכויות. שא' יש זכות שכירות מטעם מנהל מקרקעי ישראל, והמחה את זכותו לב' וג'? הראשון גובר אלא אם השני בא קודם למנהל ודיווח על ההמחאה.

**לסיכום:**

מקרקעין רשומים

1. בעל התחייבות >נושה מעקל: אהרונוב (הראשון לא נדרש לרישום הערת אזהרה אלא אם כן הוא נושה מקצועי- רשף)

2. בעל התחייבות מול בעל התחייבות- ס' 9 לחוהמ"ק: נדרש לרישום הערת אזהרה, אי רישום יחד עם קיום תנאים אצל השני גורם לכך שהשני גובר (גנז).

3. תקנת שוק- ס' 10.

מיטלטלין-

1.עסקאות נוגדות לפי ס' 12 לחוק המיטלטלין.

2.תקנת שוק

זכויות כולל מקרקעין לא רשומים

1. עסקאות נוגדות- פועלים לפי ס' 12+13 ותקנת השוק- ס' 4 לחוק המחאת חייבים בשלב החוזי- אם בחוזה התננו להעברת הבעלות שללב מאוחר יותר ואז נפעל לפי ס' 12+13 לחוק המקרקעין.

2. תקנת שוק- ס' 4 לחוק המחאת חייבים.

יש כיום חתירה למגמה של רישום במקרקעין לא רשומים. ביהמ"a אמר שככל שאפשר לרשום הערה כלשהי, יש מקום להטיל על הראשון תו"ל אובייקטיבי. כיום יש טופס שמנסים להכניס אותו שגם במקרקעין לא רשומים ניתן יהיה לקיים עבורם מרשם נפרד. זה עדיין איננו רשמי ומחייב, אך כשזה יקרה יהיה רישום גם לזכויות כשמדובר במקרקעין לא רשומים.

## יב.6 רישום מקרקעין ותקנת השוק במקרקעין (ס' 10 לחוהמ"ק)

**תקנת שוק מחייבת לפחות שלושה גורמים (בעלים, לא-בעלים שמוכר בעצמו, רוכש)**. לא ייתכן מצב שהבעלים מוכר את הנכס ואז הקונה טוען לתקנת שוק – הרי הוא רוכש מהבעלים המקורי, וכל מה שיש לברר זה אם הייתה עסקה רגילה או לא. תקנת השוק לא שייכת כאן. רוכש ייטען לתקנת שוק רק כאשר הוא רכש את הנכס בתום לב **ממי שאינו הבעלים**.

תקנת השוק במקרקעין מוסדרים חונה בס' 10 לחוהמ"ק:

**רכישה בתום לב**

10. מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

**הסיטואציה הקלאסית של תקנות שוק הן כדלקמן**: יש בעלים מקורי שעושה עסקה כפולה (לרוב זה מתרחש דרך ייפוי כוח לעו"ד). נניח שעוה"ד עורך שתי מכירות – לרוכש א' ולרוכש ב'.

**אז למה תקנת השוק? מה ההבדל בין המצב הזה לבין עסקאות נוגדות**? בס' 10 יש מלחמה בין שני גורמים שמבחינתם – שניהם השלימו באופן מלא את הליכי הרכישה, את בעלותם בקרקע ואת הקניין שלהם.

איך זה יקרה? זיוף אישור או ייפוי כוח, התחזות לבעלים, עו"ד שפועל שלא כדין או טעות של הרשם.

השימוש בתקנת השוק יכול להיווצר כאשר הבעלים המקורי של נכס נותן ייפוי כוח לעו"ד לצורך ביצוע פעולה מסוימת (שלא קשורה לנכס), ועוה"ד משתמש בייפוי כוח הזה במרמה כדי למכור את הנכס לרוכש א' ללא ידיעת הבעלים המקורי. רוכש א' מסתמך על הרישום בטאבו-רוכש את הנכס ורושם אותו על שמו. לאחר מכן, רוכש א' מוכר את הנכס לרוכש ב' – רוכש ב' מסתמך על המרשם (בו רשום שהבעלים של הנכס הוא רוכש א') ורוכש את הנכס. לבעלים המקורי אין שום מושג על כך שהדירה שלו נמכרת לאחרים ונרשמת על שמם.

* ככלל היינו אומרים שהרוכשים הם מונעי הנזק הטוב ביותר מכיוון שהם יודעים שהם חלק בעסקה (בניגוד לבעלים המקורי שלא יודע שמתעסקים לו בנכס) ולכן הם יכלו לברר מי באמת הבעלים של הנכס, אך לעיתים כאשר קיימת טעות במרשם והרוכש הסתמך על המרשם (כמו רוכש ב') - לא ניתן למנוע את הנזק. לכן לעתים נסטה מהכלל שהרוכש הוא מונע הנזק הטוב ביותר.
* החוק אומר בצורה מאוד פשוטה שמי שרכש בתמורה ובהסתמכות בתו"ל על המרשם – הוא עדיף גם אם המרשם עצמו לא נכון.
* **למבחן**- בתקנת שוק צריך להראות בצורה מאוד דווקנית את מילוי תנאי הסעיף. כך למשל, תמורה צריכה להיות תמורה ממש וככל שהיא תהיה יותר נמוכה – ביהמ"ש לא יפסוק להתקיימות תקנת שוק.

**"בהסתמך בתום לב על המרשם":**

* + 1. **מה זה אומר הסתמכות על הרישום דווקא (ולא על מסמכים אחרים)?**

יש לשאול מה גרם לטעות? ההסתמכות על המרשם שהייתה בו טעות או הסתמכות על דבר אחר/מצג שווא?

פס"ד קורצפלד נ' אדלר- "ההסתמכות שבה מדבר ס' 10 צריכה להיות ממשית, על יסוד נתונים הקיימים בפועל בעת הרכישה".

פס"ד מורדכיוב נ' מינץ- "תקנת השוק מקנה הגנה רק לקונה אשר הסתמך על המרשם והוטעה בגין שגגה פנימית שנפלה בו לגבי מיהות בעל הזכויות במקרקעין, אך אין בכוחה להעניק מזור לקונה אשר הסתמך על פגמים חיצוניים למרשם... קונה הרוכש זכות במקרקעין ע"ב מסמכים – דרכונים; ת"ז; יפויי כוח – שהם מזויפים, אינו זכאי להגנת תקנת השוק, אף אם השלים בתו"ל את העסקה ברישום".

**כלומר - ת"ז למיניהן וייפוי כוח לעו"ד למשל זה לא מספיק –** רק אם בדקתי בעצמי את המרשם ורק אם הסתבר שיש טעות ברישום תתקיים התקנה. הרעיון כאן הוא לנטרל הסתמכויות על כל דבר שהוא לא המרשם.

בדוגמא שנתנו לעיל- מי מהרוכשים יוכל לטעון לתקנת שוק? רוכש א' או רוכש ב'?

רוכש א' הסתמך על המרשם אך המרשם היה נכון (הבעלים המקורי היה רשום כבעלים)- הנזק לא נגרם בגלל טעות במרשם אלא בגלל מצג השווא של עוה"ד. לכן לרוכש א' תהיה בעיה לטעון לתקנת השוק.

רוכש ב' הסתמך על המרשם והמרשם לא היה נכון (רוכש א' היה רשום כבעלים) – לכן אם רוכש ב' הסתמך על המרשם והטעות במרשם היא שהובילה לעסקה – הוא יוכל לטעון לתקנת השוק.

* כשבודקים תקנות שוב אנו צריכים להיות מאוד דווקניים ולצמצם את ההיקף שלה. לכאורה, אם רוכש ב' מוכר את הנכס לרוכש ג' והלאה – כל הרוכש שאחריו יוכלו לטעון לתקנת השוק – אך דבר זה לא ודאי! בכל רוכש ורוכש עלינו לבדוק האם הוא הסתמך על המרשם. יש מצב שרוכש ג' קנה את הנכס וכלל לא הסתכל על המרשם – ולכן הוא לא יהיה זכאי לתקנת השוק (למרות שהרוכש שלפניו כן!).
  + 1. **דרישה לתום לב סובייקטיבי בלבד:**

ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס-" 'תום-הלב' בהקשר הסובייקטיבי הוא מצב נפשי. משמעותו יושר הלב. **בהקשר של סעיף 10 לחוהמ"ק משמעותו אמונה, הלכה למעשה, של הקונה כי המוכר הוא בעל זכות במקרקעין כאמור במרשם, וכי הוא רשאי להעביר את זכותו זו נקייה מכל זכות של אדם אחר**. אמונה כזו אינה קיימת אם הקונה יודע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק. כמו כן אמונה זו אינה קיימת אם הקונה לא ידע שלמוכר אין זכות במקרקעין או שזכותו מוטלת בספק, אך הוא חשד באשר לזכותו של המוכר ובמודע נמנע מלברר הדבר. זהו מצב של עצימת עיניים. הוא שקול כנגד ידיעה והוא שולל תום-לב. לעומת זאת אמונתו של הקונה אינה נפגעת אם הוא לא ידע כי למוכר אין זכות במקרקעין או אם הוא לא חשד בזכותו זו, אך היה יודע או היה חושד אילו נקט אמצעים שקונה סביר היה נוקט. במצב דברים זה הקונה התרשל – ולהתרשלותו עשויות להיות תוצאות משפטיות – אך אין בהתרשלותו כדי לשלול את תום-לבו. "רשלנות ותום לב יכולים לדור בכפיפה אחת".

* + 1. **תום הלב צריך להיות הן בשלב העסקה והן בשלב הרישום (בכל שלבי העסקה):**

ע"א 4609/99 בעלי מקצוע: "המועד הקובע לקיומו המתמשך של תום-הלב הוא עת רישום הזכות במרשם המקרקעין. מאחר שהרישום הוא תנאי הכרחי להגנה על הרוכש, מן הראוי כי יסוד תום-הלב יימשך וילך עד למועד הרישום. איני רואה מקום ליצור הפרדה בזמן בין קיום תוה"ל לבין ביצוע הרישום".

* + 1. **מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?**

פס"ד אסתר מורדכיוב נ' שלמה- יש בעלים מקורי של נכס ויש אדם אחר שהתחזה להיות הבעלים. המתחזה מגיע למשרד עו"ד וטוען להיות הבעלים של הנכס ועושה עסקה של מכר מקרקעין. כיוון שמדובר במתחזה שבא בשמו המקורי של הבעלים לעוה"ד לא צריכה להיות בעיה – הוא מקבל את כל האישורים והחתימות, הולך עם האישורים למרשם, מעביר את השם משם הבעלים המקורי לשם הקונה ואין שום מניעה שתושלם פה העסקה מבחינת הרישום. הרשם מבחינתו לא יכול לדעת שיש פה תקלה ולכן הוא רושם הערת אזהרה לטובת הקונה. לא חלף זמן רב והקונה מוכר את זכותו בדירה לקונה שני לפני שהוא העביר את הרישום על שמו בלשכת הרשם ורושם לטובתו ה"א (חשוב לציין שהוא תם לב – הוא לא יודע שהמתחזה היה מתחזה).

בשלב זה הבעלים המקורי גילה על התרמית והוא בא ודורש את הנכס שלו. האם תחול פה תקנת השוק?

ליתר דיוק, **האם הרוכש השני יכול להסתמך על הערת האזהרה על שמו לטובת קיום תקנת השוק**?

בפס"ד זה נקבע:

1. אין מניעה עקרונית להחיל תקנת שוק במצב כזה. למה? בגלל שהמטרה של תקנת השוק היא למנוע מצבים שבהם אנשים עושים עסקאות ונשארים חסרי הנכס, למרות שהם לא אלו שאשמים. מה עושה פה אותה שנייה בזמן? היא הולכת למרשם, רואה שהנכס רשום ע"ש הבעלים המקורי אבל גם רואה שרשומה הערת אזהרה ע"ש הקונה הראשון. כלומר, היא יודעת שהנכס עוד לא עבר לחלוטין לבעלות המוכר והוא גם לא אומר לה אחרת – זה המצב מבחינתו ומבחינתה. הם ערכו עסקה והראיה היא הערת האזהרה. ההסתמכות שלה על המרשם הייתה בתום לב. לכן, ביהמ"ש אומר שכל עוד היא הסתמכה על הערת האזהרה בתו"ל – אין סיבה שלא להחיל כאן את תקנת השוק ע"ב הערת אזהרה.
2. **סייג** – בפסה"ד נקבע גם סייג שאומר שהחלה כזו **מחייבת "בדיקה ראויה"** - בדיקה זו היא סטנדרט אובייקטיבי. מה צריך לעשות? הדרישה היא ללכת ולדבר עם הבעלים עצמו. אם מתגלה מצב שבו יש הפרדה בין הבעלים המקורי לבין מי שמוכר לי את הנכס – אני מחויב לפי ביהמ"ש לעשות בדיקה ראויה מול הבעלים עצמו ע"מ שאני אחשב לתם לב. יש פה דגל אדום ואני חייב לשים לב אליו.

* חשוב לציין שלהתקשר לעוה"ד זה לא מספיק וזה מה שבוצע בפס"ד מורדכיוב. לכן, בפס"ד זה הבעלים המקורי זכה בנכס שלו. המרצה מדגיש שאם הליך הרישום היה מושלם פה והקונה השני היה קונה מבעלים רשום (הראשון) – הוא היה המנצח בתחרות כיוון שתקנת השוק תחול כאן באופן מושלם.

סיכום ביניים: התחלנו לדבר על תקנת השוק במקרקעין רשומים.

נתנו בהקשר זה מס' קריטריונים להתנהגות מבחינה מעשית כדי לזכות בתקנת שוק:

1. **דרישת תו"ל סובייקטיבי**: אנחנו רוצים לדעת שאנחנו מפקיעים קניין לאדם ואחד ונותנים אותו לאדם אחר תוך הצדקה מוחלטת – אם האדם זכה מן ההפקר – אנחנו צריכים לדעת שהוא היה תם לב בפועל ולא מדובר ב"תחמן". תוה"ל הסובייקטיבי צריך להתקיים בכל שלבי העסקה עד לשלב הרישום וכולל.
2. **הסתמכות על המרשם עצמו בלבד ולא על ייפוי כוח, שטרי מכר, תעודות ועוד** כי זה מראה על תו"ל סובייקטיבי. בנוסף, המרשם הוא פומבי וברור. המטרה בתקנת שוק היא לאפשר חיי מסחר תקינים. אלו לא יכולים לכלול אוסף של חובות על אנשים שרוצים לרכוש נכסים כך שזה יטיל עלויות גבוהות מדי על עצם ביצוע העסקה. לכן, הדרך הפשוטה יחסית היא דרישת הסתמכות בתו"ל על המרשם, ועל המרשם דווקא.
3. **מה הדין כאשר למוכר יש רק הערת אזהרה?** הוא למעשה לא הבעלים של הנכס שנמכר. הפסיקה (פס"ד מורדכיוב) אומרת שני דברים: (א) ע"מ להתניע את מנגנון תקנת השוק זה בסדר; (ב) ע"מ שזה יקרה הרוכש צריך לבצע **"בדיקה ראויה"** – לבצע בדיקה רצינית ומקיפה של כל הסיטואציה שנחשפת לפניו ושל היסטוריית הנכס. יש ללכת לבעלים המקורי ולבדוק האם הוא נתן את הסכמתו למכירה / ההערה מאפשרת למוכר להעביר את הנכס. בכל שלב שבו יכול להיווצר חשד – אתה חייב לבצע בדיקה ראויה (תו"ל אובייקטיבי – מה האדם הסביר היה עושה כדי לבדוק שהכל ראוי ושהמכירה אמורה להיות מותרת).

* בס' 9 תוה"ל האובייקטיבי נדרש מכוח פס"ד גנז, בעוד שבס' 10 תוה"ל האובייקטיבי נדרש מכוח פס"ד מורדכיוב (למרות שתוה"ל שנדרש תמיד בהקשר של תקנת השוק היה תו"ל סובייקטיבי ולא אובייקטיבי).

עד כאן לסיכום, נמשיך להתקדם מכאן:

המרצה טוען שניתן להרחיב את הדיון מעבר למקרה של הערת אזהרה – פס"ד מורדכיוב מכניס סטנדרט אובייקטיבי של תו"ל וזה סט גבוה יותר של דרישות שמצופה מהרוכש. נטיית בימ"ש היא לפרש בצורה דווקנית. למה? כי מפקיעים כאן קניין של אדם מסוים למרות שאין אשמה בהתנהלות שלו! הוא היה בסדר גמור. אנחנו לא דורשים מאדם להיכנס למרשם כל כמה זמן ולבדוק שהוא עדיין הבעלים (ראה עובדות פס"ד מורדכיוב).

**לסיכום, כדי שתקנת השוק במקרקעין תחול דרושים שני דברים:**

1. **כשלמוכר יש רק הערת אזהרה נדרוש הסתמכות בתו"ל אובייקטיבי על המרשם ועל המרשם בלבד** (כי מי שיודע שהמוכר אינו הבעלים צריך לעשות בדיקה טובה וראויה יותר).
2. **רישום שגוי** **שהקונה הסתמך עליו (ולא משנה למה הוא שגוי)**. אם המרשם שגוי ואותו רוכש לא הסתמך עליו – הוא לא ייזכה בתקנת השוק (כפי שקרה בס.מ יצירה).

## יב.7 תקנת השוק במיטלטלין

סיפור תקנת השוק במיטלטלין מתחיל מס' 34 לחוק המכר:

**34**. **נמכר** נכס **נד** על ידי **מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו** של הממכר והמכירה היתה **במהלך הרגיל של עסקיו**, עוברת הבעלות לקונה נקייה 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**.

ס' זה בעייתי ומורכב והוא נובע מהאופי הייחודי של העברת המיטלטלין. זהו מצב שונה מהמקרה של מקרקעין למשל, שם הדברים מאוד מוסדרים. **אנחנו מבססים את תקנת השוק כאן על מאפיינים אחרים שרלוונטיים למכר ספציפי של מיטלטלין.**

למה? בגלל הרישום במקרקעין. הרישום תופס חלק משמעותי מאוד בהכרעה בתחרויות השונות, אך במיטלטלין אין רישום ולכן נדרשים תנאים רבים (ולעתים מפרכים) כדי להכריע בתחרויות השונות.

**6 התנאים להכרת בתקנת שוק במקרקעין (מצטברים):**

**במבחן** – צריך לעבור סעיף סעיף, להסביר וליישם על המקרה!

1. **הנכס צריך להימכר** – מהות המכר לפי ס' 1 לחוק המכר - מכר הוא "הקנייה של נכס תמורת מחיר". כלומר, אם אנחנו מדברים על מכירה – יש כאן רמז לרכיב התמורה. התנאי הבסיסי לקיומה של תקנת שוק הינו קיומה של עסקה בה נרכש הנכס מהמוכר (מי שאינו בכל הקניין) תמורת **מחיר**.

הסעיף לא כולל מתנות! למה? אם נגנב לאדם הפלאפון והגנב נתן אותו במתנה לאדם שלישי – הדבר משנה את מאזן המצוקה כך שהוא זועק לעוול שנעשה לבעלים המקורי לעומת מקבל המתנה שלא נעשה לו שום עוול כי הוא לא השקיע כלל בפלאפון.

התמורה צריכה להיות תמורה בת ערך – המחיר צריך להיות סביר לתמורה שוקית. אם קנית רכב ב100 ₪-התמורה היא לא בת ערך וזה לא ממלא את הקריטריון הנדרש בסעיף.

1. **נכס נד (מיטלטלין)** – הס' לא נוקט בלשון המילה מיטלטלין אלא ב"נכס נד". למה? כי זה מוציא את הזכויות.

זכויות לא יחולו כאן והמסקנה לפי הפסיקה היא שתקנת השוק שבס' 34 חלה רק ביחס למיטלטלין מוחשיים:

* **רק לגבי מיטלטלין מוחשיים ניתן לדבר על התנאים הכלולים בתקנת שוק זו**.
* אין הבחנה בין מיטלטלין שמתקיים לגביהם רישום למיטלטלין אחרים.
* חשוב לשים לב שזה לא רלוונטי למקרקעין לא מוסדרים. במצב כזה תקנת השוק היא ס' 4 לחוק המחאת חיובים – לא להתבלבל. כנ"ל לגבי זכויות.

1. **הנכס צריך להימכר ע"י מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר –** לעניין רכיב זה יש לנו מחלוקת לגבי הכנסת ההגדרה הזו לתוככי הס' עצמו. למה הכניסו את הדרישה הזו? שתי גישות בספרות:

* **אייל זמיר** -זהו תנאי אובייקטיבי שמסייע בבדיקת תום ליבו של הקונה. נדגים: אם הלכתי לרכוש רכב מסוכנות אני תם לב ולא פניתי לאיזה מאכער כדי לעשות פולישטיק.
* **חנוך דגן** -המטרה היא תמרוץ הסוחרים לבדוק באופן רחב יותר את מקור הנכס שהם מכניסים לשוק.נניח שהלכתי לחנות עתיקות בשוק הפשפשים והחלטתי לקנות פטיפון. אני יודע שתקנת השוק תחול רק במצב שבו אני קונה נכס מאדם שמוכר את אותו הסוג של הנכסים. לכן, אני אתלבט מאוד אם לרכוש את הפטיפון ממנו ולא מחנות כלי מוזיקה למשל. למה? כי מחר יכול לבוא אדם שלישי ולהגיד שזה הפטיפון שלו ואז אני אפסיד אותו. דגן אומר שזה יתמרץ את הסוחרים להביא לחנויות רק דברים שמקורם וודאי ולכך שהם יתמקצעו בתחום שלהם ובמה שהם מוכרים. למשל: מוכר תמונות שיבין באמת בתמונות ואז ידע לזהות תמונות מקוריות/מזויפות. הדבר יעודד חיי מסחר תקינים.

בנוסף,הדבר יתמרץ מוכרים שזה לא סוג הממכר הרגיל שהם מתעסקים בו (למשל אנשים שקונים ומוכרים ביד 2)-הם יבדקו טוב טוב את מה שהם מוכרים כי במקרה שלהם הם לא חונים תחת תקנת השוק ולכן קונים יוכלו לתבוע אותם.

* אין הכרעה כלשהי בנושא בפסיקה.

1. **המכירה הייתה במהלך העסקים הרגיל של המוכר –** זהו תנאי שנועד לחלוטין לוודא תום לב של הקונה. אנו נרצה לוודא שהקונה אכן היה תום לב ולא עשה עסקאות שעולה מהן ניחוח בעייתי. זה מבחן המתייחס למכלול הנסיבות של המכר ורלוונטי למועד כריתת הסכם המכר: מקום העסקים, שעות, דרך ביצוע העסקה ועוד.

שאלה:מה קורה אם הפגם הוא לא בנכס עצמו אלא למשל עקב רצון לרמות את שלטונות המס?תשובה:הרציונל לא נובע מסוגיה כזו אבל תקנת השוק לא תעמוד במקרה זה כיוון שזה עדיין לא בתום לב.

1. **הקונה קנה וקיבל את הנכס** - האינדיקציה להעברת בעלות היא מסירת הנכס. **מדוע נדרוש חזקה?** משום שהדרך הרגילה לביצוע עסקת רכישה היא העברת הנכס מרשותו של המוכר לרשותו של הקונה.

רשותו של הקונה **=** גם אצל אחר מטעמו (כמו שומר) וכולי.

**נסייג ונדגיש:** מקובל לפרש זאת כחזקה + העברת בעלות (=מסירת חזקה במועד המסירה או במועד אחר שהצדדים קבעו – ס' 33 לחוק המכר).אם קבענו תניה לפיה הבעלות עוברת בשלב מאוחר יותר, אנחנו כן מתייחסים לסוגיית המסירה לטובת העברת בעלות – בחרנו במודע במועד אחר מאשר מועד המסירה.תקנת השוק לא תעמוד לטובתו של אדם עד לשלב העברת הבעלות כפי שזו נקבעה.

1. **קיום של תום לב –** תום הלב צריך להתקיים בכל השלבים מעת כריתת ההסכם ועד השלמת התנאים של חזקה + קניין (שלב המסירה והתשלום)- לפי המועד המאוחר.

המבחן הוא של תום לב סובייקטיבי (וזאת בניגוד לתקנת שוק במקרקעין שהופכת אט אט לאובייקטיבית במקום לסובייקטיבית). קביעה זו ברורה גם מהדרישות מהאדם עצמו, שהסעיף מעלה.הרציונל הוא תקינות חיי המסחר.

**המרצה מציין שיש בעיה להחיל מדד אובייקטיבי של תו"ל בתקנת השוק במיטלטלין – למה?** כי אנחנו מענישים אנשים שהיו בסדר. במובן זה, תקנת השוק במיטלטלין יותר נאמנה לקיום תנאי מסחר תקינים בעוד שבמקרקעין היא מכניסה עלויות יותר גבוהות, שיש להן השלכה על יכולת הקיום של חיי מסחר תקינים (לבדוק תו"ל אובייקטיבי משמעו לבצע בדיקות הרבה יותר משמעותיות בטרם הרכישה).

* זה אולי מתאים לעסקה במקרקעין - עסקה שלא מתרחשת כל הזמן, אבל עסקאות במיטלטלין דווקא כן מתקיימות תדיר ורצוי לאפשר את חיי המסחר התקינים בעסקאות מסוג זה ולכן נדרוש סובייקטיבי.

האם נדרשת ידיעה קונסטרוקטיבית[[16]](#footnote-16) (=תום לב אובייקטיבי)?

**האם רוכש רכב אשר שועבד במרשם יכול להיחשב לתם לב**? בדיקת המרשם לא מהווה ראיה לתו"ל. זוהי שאלה של בעלות וזה לא שייך לסוגיית תוה"ל.

ביהמ"ש בפס"ד ע"א 716/72 רוזנשטרייך (לא בסילבוס) קבע **שלא מחילים דרישה לידיעה קונסטרוקטיבית**. הרציונל: נרצה לאפשר סחר חופשי ושוטף במיטלטלין.

* משמעות ההכרעה שבתקנת שוק במיטלטלין לא צריך תו"ל אובייקטיבי אלא סובייקטיבי בלבד.

**שאלה**: מה קורה עם מכירות יד שנייה? נניח שקנינו רהיט במחיר מציאה. האם תעמוד תקנת שוק? אין תשובה בנושא ולדעת המרצה זו סוגיה מעניינת.

**נושא זה יהיה במבחן** – **יש להסביר את שש הדרישות וליישמן על נסיבות האירוע**!

פס"ד כנען נ' ממשלת ארצות הברית- ציורים של הצייר ראובן רובין התגלגלו לשוק הפשפשים לאחר שאבדו, וכנען, סוחרת בשוק, רכשה אותם בסכום זעום של 250 ₪ (ביחס לשווים האובייקטיבי שלא היה ידוע בעת הרכישה). בהמשך, כשכנען הסירה את המסגרת כדי לנקות את הציור התגלה המקור שלהם והיא גילתה את השווי הריאלי שלהם. **לפיכך**, **כנען טענה לבעלות עליהם מכוח ס' 34 לחוק המכר וטענה להתקיימות תנאי תקנת השוק במיטלטלין**. ביהמ"ש פסק שארה"ב היא זו שתקבל את התמונה **וניסה** להסביר למה.

נציג שני הסברים:

1. **פתרונות פנימיים ל"תקנת השוק"**:

**מבחינת סוג הנכס** – כיצד יש לסווג אותו (אולי זהו לא נכס מסוג הנכסים שהמוכר רגיל למכור)? הרי קשה לטעון שרכב שמוכר סחורה בשוק הוא המקום לקנות בו נכס מסוג זה. לפי ביהמ"ש לא בוחנים את מה שהיה בזמן העסקה עצמה אלא מבצעים בחינה רטרואקטיבית עם הידע שיש בהווה (בדיעבדית) על כל רכיבי התקנה.

* כשבוחנים תקנת שוק במיטלטלין – **מה שחשוב זה בדיעבד ולא מה שהיה במהלך העסקה** ומה שהצדדים חשבו בעת קיום העסקה.

ביקורת - הבעיה היא שאנחנו למעשה מתעלמים פה ממהות תקנת השוק - האדם קנה את הנכס בצורה הוגנת ואנחנו לוקחים לו אותו בלי סיבה אמיתית ובלי שהרציונאליים של תקנת השוק נסתרו.

**מבחינת התמורה – גילוי בדיעבד של חסרון תמורה (כמו מקודם)-**

בפסק הדין השאלה הייתה בעיקר מהי התמורה הנדרשת לצורך קיומה של "תקנת השוק":

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **השופט/ת** | **מהי התמורה הנדרשת?** | **מי קיבל?** |
| **שטרסברג-כהן** | תמורה ממשית בדיעבד, כדי להבטיח את תום הלב. | The United States Of America |
| **חשין** | תמורה ממשית בדיעבד, בלעדיה אין תקנת שוק. |
| **ברק** | זכות הביטול מוענקת לבעלים המקורי מכוח דיני העקיבה (בדיני ע"ע). הבעלים המקורי נכנס לנעלי המוכר הגזלן שלא חלים עליו תנאי תקנת השוק. |
| **אור** | קשה להסיק מלשון החוק שנדרשת תמורה ממשית. גם דיני עקיבה. |
| **לוין** | אין למדוד את התמורה בדיעבד, אלא לפי אמונת הצדדים לחוזה בעת עריכתו. | הגברת כנען |
| **אנגלרד** |
| **טירקל** | לפי ערכו המדומה של הנכס בשעת המכירה, בעיניו של מוכר או קונה סביר. |

נשארו לנו 3 שיעורים - נלמד על התחדשות עירונית-תמ"א 38 וכו'. (לא מופיע בטל אלון).

1. **פתרונות חיצוניים ל"תקנת השוק" – הרציונאל הוא שאין מתנות משמיים.**

דרך #1: ברק ואור – דיני טעות משותפת (חוזים) + הבנייה קונסטרוקטיבית של דיני העקיבה (עשיית עושר).

**חיסרון**: זה רלוונטי רק למצבים של טעות משותפת ולא למצבים אחרים.

דרך #2: ברק – החלת חובת תום לב אובייקטיבי 🡨 מה שיכריח אותנו להחזיר לארה"ב את התמונות.

הבעייתיות הכללית בהתנהלותו של ביהמ"ש: ביהמ"ש, ברציונל של הדברים, צודק לחלוטין. נכון שהתמונה תגיע לארה"ב. עם זאת – הדרך שבה הוא עשה זאת היא שגויה לחלוטין. הוא "סובב" את הדברים כדי החלה בדיעבדית שכזו שפוגעת במנגנון תקנת השוק, שעמלו עליו רבות, עד כדי ריקון מתוכן. הרי ראינו כבר מקרים רבים שבהם החילו את התקנה, והבעלים המקורי יצא וידיו על ראשו, ועדיין הנכס ניתן לרוכש התמים. הסטנדרט שנכון היה להחיל פה הוא שמבחינה פורמליסטית – תקנת השוק הייתה אמורה לתת את הנכס לרוכלת. לפיכך, ייתכן שתקנת השוק היא לא הכלי הנכון להשתמש בו במקרה כזה.

* זהו פסה"ד היחידי שלומדים אותו בנושא זה (ולכן סביר להניח שזה מה שיעלה בראיון התמחות למשל).

**נמפה את תקנות השוק כדי לסכם את הנושא**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סוג הנכס המועבר | מה יחול בעסקאות נוגדות? | מה יחול בתקנת השוק? |
| מקרקעין רשומים | ס' 9 לחוהמ"ק | ס' 10 לחוהמ"ק |
| מקרקעין לא רשומים | ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין | ס' 4 לחוק המחאת חיובים |
| מיטלטלין | ס' 12 לחוק המיטלטלין | ס' 34 לחוק המכר |
| זכויות (וחיובים) | ס' 12 + 13 לחוק המיטלטלין | ס' 4 לחוק המחאת חיובים |

* כשיודעים את זה צריך רק לזהות באיזה נכס מדובר ולעבוד בהתאם.

# נושא #4 – ריבוי בעלים

הרצאת מתרגל משה הילדסהיימר - 15.01.17

# יג. שיתוף במקרקעין

## יג.1 כללי

שיתוף משמעו בעלות משותפת בנכס (בני זוג, שותפויות, ירושות). האם שיתוף הוא טוב או לא? זה תלוי עמדה. **מה טוב?** מינוף עסקאות, פיזור סיכון, צמצום עלויות, תורם מבחינה חברתית (טובים השניים מן האחד).

**מה רע?** יש במנגנון הזה בעיות שאי אפשר להתעלם מהן:

* **חירות הפרט - האם ניתן לשמר את האוטונומיה של היחיד במסגרת שיתופית?** זה משהו שצריך לתת עליו את הדעת כשמרכיבים מסגרת חוזית של שיתוף.
* **צדק חלוקתי** – איך נכון לחלק זכויות וחובות בין שותפים? בתאגידים למשל יש חוקים מאוד ברורים בנושא, וגם בדיני הקניין יש דינים בנושא ובעיקר בסוגיות של מיעוט. בעיית הטרמפיסט- מישהו אחר ינהג ואני אשב ליד ולא אתאמץ, "ארכב" על המאמץ שלו. בשותפות, אם למשל עשרה אנשים שיש להם שותפות בדירה והם רוצים להשכיר את הדירה- כולם יגידו "טוב מישהו אחר ידאג לזה" וכך תיפגם היעילות. לדוגמא: הרעיון האוטופי של הקיבוץ הוא רעיון שנשמע טוב וקשה להתנגד לו, אך למה היום אין רק קיבוצים? מכיוון שמבינים שאם יש רופא בקיבוץ שמשתכר הרבה, יכול לבוא אדם אחר ולעבוד בשכר נמוך ללא מאמץ ולקבל כסף מכספו של הרופא.
* **יעילות – בעיית הפעולה המשותפת** – כשאנחנו מנסים להרכיב מסגרת של משטר לשיתוף, אנחנו חייבים לתת את הדעת לעובדה שקשה מאוד לפעול במשותף (למרות שכולם מבינים שזה חשוב, זה עדיין המצב). קשה מאוד לאתר את המנגנון שמסדיר את זה. חוקרת בולטת הגיעה בנושא זה להבנה שזה אפשרי לקיום אבל שחייבים מסגרת ברורה שתגדיר את כללי המשחק.
* נזכיר שאחד המקומות שהזכרנו בהם את בעיית הפעולה המשותפת הוא הפקעות – כולנו רוצים את כביש 6, אבל אף אחד לא רוצה לוותר על החצר האחורית שלו לטובת הקמתו. במקרה כזה, הפקעה היא פתרון אחד מיני כמה לבעיית הפעולה המשותפת.

**עמדת הדין הישראלי: שיתוף אינו מצב רצוי!**

ע"א 623/71 גן בועז (לא בסילבוס): "חיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשקית הכללית של פיתוח המקרקעין".

השיתוף 'משתק' והוא מכניס אותנו לשיקולים של פעולה משותפת. כל אחד מהצדדים מתחפר לעמדתו וכלום לא קורה. דוגמא בולטת לכך היא סוגיית הפינוי-בינוי 🡨 פרויקטים שיכולים לקחת שנים בדיוק על הרציונל הזה.

ע"א 540/75 דגני (לא בסילבוס): "מאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות, ובהיות בתי-המשפט מוגבלים למדי ביכולתם להבטיח שלום בין שותפים נצים לאורך זמן, ומשום כך אף, הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קצם".

**לפי המרצה זה נכון**: נכסי השיתוף לא נתפסו כמשהו רצוי בשיטות משפט קדומות, על אף שזה היה אפשרי.

**שאלה**: **האם בתים משותפים הם שיתוף במקרקעין?**

**תשובה**: בתים משותפים הם שעטנז של קניין פרטי במסגרת סמי-שיתופית. במסגרת שיתופית כל אחד מהשותפים בעלים במשותף בכל גרגיר של הנכס **וזה לא המצב בבתים משותפים**. ברכוש המשותף יש שיתוף אבל בדירות יש שליטה ועצמאות לכל אחד מהבעלים בנפרד.

* הפיכה לבית משותף יכולה להיות גם דרך יעילה לפירוק שיתוף לפי המרצה.

**סעיפי החוק שממחישים את עמדת הדין הישראלי:**

* + - * שותפות במקרקעין - ס' 34 ו-37 לחוהמ"ק-

34. (א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.

ס' 34(א) מדבר על **זכות השותף לעשות מה שירצה בחלקו**- מדבר על האופן שבו שותף במקרקעין יכול לממש את זכותו לצאת מהעסקה. למה זה משקף את אי האהדה שלנו לשיתוף? כי זה מהווה זכות יציאה בלתי מוגבלת, ובלי הסכמה של השותפים האחרים. במילים אחרות – אנחנו לא באמת רוצים את המנגנון הזה.

37. (א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק.

ס' 37 אומר פחות או יותר אותו הדבר: **הזכות לתבוע את פירוק השיתוף:** החוק מקנה את היכולת לשותף במקרקעין לדרוש בכל עת את פירוק השותפות (ולא רק לצאת ממנה).

* + - * שותפות במיטלטלין - ס' 10 לחוק המיטלטלין:

**פירוק השיתוף** 10. (א) כל שותף זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף; הייתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה זכות זו, רשאי בית המשפט לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

מה שאנחנו רואים מכל ההוראות האלה זה שלמעשה – יש כאן הקלה חוקית על פירוק שיתוף ושותפות. בד"כ, כשמקלים על פירוק זה אומר שפחות אוהדים אותו מבחינה משפטית כי הוא כנראה פחות חשוב לנו.

**חנוך דגן מנגד אומר שהשיתוף הוא דבר רצוי (זה נובע מתפיסה קהילתנית)**. לפיו זה דבר טוב גם מבחינת החברה וגם מבחינה אישית ולכן נכון שתהיה מערכת כללים שתאפשר שיתוף בחוק אבל צריך לצד ההרשאה, להציב כללי ברירת מחדל ברורים - גם כאשר השותפים כרתו ביניהם הסכם בסוגיות מפתח שהן עמומות וההתייחסות בחוזה שבין השותפים אינה ברורה וחד משמעית, ביהמ"ש ייטו לפרש את העניין בהתאם לכללי ברירת המחדל שקובע החוק.

* חנוך דגן הוא איש צדק חלוקתי והוא נוטה לדבר על ערכים של קניין, ולכן נוטה לתמוך באופן יחסי בשיתוף.

## יג.2 מעגל השליטה הפרטית

בשיתוף יש שלושה שלבים (בדומה לדיון שערכנו בתחילת הקורס בערך הקהילה). הרציונל הוא אותו רציונל והחשש הוא אותו חשש (הדרה, חוסר יכולת לצאת, תלות).

**3 שלבים בחוק המדברים על שיתוף במקרקעין:**

שלב הכניסה: כיצד נכנסים לשיתוף, מה הגדרת השיתוף ועוד (ס' 29-30)

**שלבים שיתופיים!**

שלב המשטר: מה עושים במהלך השיתוף (ס' 27,28,30-36)

שלב היציאה: כיצד יוצאים מהשיתוף (ס' 37-45) – **שלב הפירוק!**

**שלב הכניסה (שלב שיתופי)**

**הסכם שיתוף -** 29. (א) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין (להלן - הסכם שיתוף) ניתן לרישום, ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר.

הכלל הבסיסי לכניסה לשיתוף הוא ההסכמה בין השותפים. אנחנו מעודדים שיתוף מתוך הסכמה ומתוך הבנייה משותפת של כללים, ע"פ בחירה חופשית. **בהיעדר הסכם שיתוף – יש כללי רקע – ברירת מחדל לניהול השיתוף (דומה לתקנון המצוי) – כלל זה מצוי** בס' 29(ב) - "באין הוראות אחרות בהסכם יחולו הוראות ס' 30 עד 36".

* **עם זאת, לפי ס' 37(ב) -** הדבר היחיד בשיתוף שעליו לא ניתן להתנות הוא **הגבלה מוגזמת על זכות היחיד לצאת** **ממנו** (בין במכירה, בין בפירוק השיתוף). הגבלה של עד 3 שנים היא לגיטימית לפי הס'.
* **המסקנה היא ששיתוף במקרקעין צריך להיות מנוהל בהסכמה! בהיעדר הסכם, יש ברירת מחדל.**

האם הסכם השיתוף מחייב צדדים שלישיים חליפיים (שמחליפים צד בשיתוף)?

**מה קורה במקרקעין**? הסכם שיתוף מחייב צדדים שלישיים. אולם, **אם א' וב' עשו הסכם שיתוף ולא רשמו את זה ברשם המקרקעין, הוא לא יחייב צדדים שלישיים**! זוהי ההלכה שניתנה בפס"ד ע"א 193/75 אשורי מנשה נ' חיה לוי (לא בסילבוס). יש כאן מעין ההעצמה של הרישום.

* המרצה מבקר את ההלכה הזו וטוען שהיא ממש לא נכונה לעמדתו.

פס"ד בוקובזה נ' הממונה על המרשם- חלופת מכתבים בין שני אנשים שניהלו מו"מ ביניהם על איך ינהלו את השיתוף שביניהם.

דעת הרוב (השו' כהן)- הסכם שיתוף יכול להירשם ברשם המקרקעין ובכך להעניק חזקה גם לצדדים שלישיים.

**מה קורה במיטלטלין?** במסחר מיטלטלין אין מרשם כלשהו. מדוע? בתי המשפט מנסים לאזן בין חיי מסחר תקינים לבין וודאות ארגונית. במקרקעין כאשר לרוב העסקאות הן יותר יקרות ונצחיות ביחס למיטלטלין, נעדיף את הרישום ואת הוודאות הארגונית, אך לעומת זאת במיטלטלין בתי המשפט יעדיפו לאפשר חיי מסחר תקינים, מכיוון שחובת רישום תגדע אותם.

ס' 9(ג) לחוק המיטלטלין עוסק בשאלת הסכם השיתוף: "(ג) הסכם בין השותפים בדבר ניהול המיטלטלין המשותפים והשימוש בהם, ובדבר זכויות השותפים וחובותיהם בכל הנוגע למיטלטלין (להלן – הסכם שיתוף) **כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכלפי כל אדם אחר**, ובלבד שהשותף או האחר ידע או היה עליו לדעת על קיום ההסכם ותנאיו".

מה קורה כאשר הסכם השיתוף לא נרשם אך צד שלישי ידע עליו?

צד ג' שידע על ההסכם, ולמרות זאת פעל בצורה הפוכה לו 🡨 מפר את ההסכם בצורה לא תקינה.

במקרקעין: ע"פ ביהמ"ש – ההסכם לא מחייב את אותו צד ג' מדוע? חיזוק מעמד המרשם (לדרבן שותפים לרשום את ההסכם), וודאות הארגונית, מונע הנזק הטוב ביותר וכו'. **ביקורת מלומדים**- אומרים שאם צד ג' ידע על ההסכם-ההסכם צריך לחייב אותו. הנימוק לכך הוא תום לב של צד ג' (הרי ידעת על ההסכם, אז למה התעלמת?), שימוש לרעה בזכות וכו'.

במיטלטלין: הסכם שיתוף אינו טעון רישום והוא מחייב צד שלישי בכל מקרה (כל עוד הוא ידע עליו).

* בכך, אנו נותנים עדיפות מסוימת לניהול תקין של המיטלטלין על פני הניהול התקין של המקרקעין.

**שלב המשטר (שלב שיתופי)**

איך מנהלים את השיתוף?

ע"י הסכם שיתוף!

אם אין הסכם שיתוף-מתחלק ל-3 אפשרויות ניהול:

1. פעולה של שותף יחיד- שימוש סביר לצורך פעולות דחופות או פעולות למניעת נזק.
2. הסכמת רוב השותפים- ניהול רגיל.
3. הסכמת כלל השותפים.

**נדון בסוגיות שונות העולות בכל אחת מאפשרויות הניהול :**

* **סוגיות של הסכם שיתוף**:

**בעלות משותפת במקרקעין**

27. מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם.

**שיעור חלקו של שותף**

28. חלקיהם של כל אחד מהשותפים במקרקעין, חזקה שהם שווים.

**נדגיש שוב** **🡨** הבעלות המשותפת היא על כל גרגיר וזה מתחלק ע"פ אחוז שיעור הבעלות של השותפים שהוא שווה בשווה. למה זה חשוב? כדי להדגיש את ההבדל בין בעלות פרטית לבעלות משותפת. בעלות פרטית- לכל שותף יש אחיזה מלאה בנכס. בעלות משותפת- כל שותף מחזיק בחלק יחסי, ביחס לכמות השותפים.

ע"א 269/74 בוקובזה נ' הממונה על הרשם: במקרה זה היה הסכם שיתוף שחילק את החזקה בנכס המשותף בידי שני בעלים. הבעלים קבעו ששותף אחד מחזיק בצד המזרחי והשני בצד המערבי. השאלה שעלתה היא האם הסכם שנותן חזקה בלעדית לכ"א מהם בחצי יוצר חלוקת בעלות (ומבטל את ס' 27)?

ביהמ"ש קבע **שהסכם שיתוף המחלק את החזקה בנכס המשותף** **אינו משנה לעניין הבעלות** (ס' 27). כלומר, הסכם כזה לא מאיין את ס' 27 והוא קוגנטי לעניין הבעלות, אבל כן ניתן להתנות עליו מבחינת השימוש.

* קביעה זו מזכירה את פס"ד לוסטיג נ' מיילס – שם ביהמ"ש התיר עשיית עסקה בחלק מהמקרקעין כי חכירה ל-999 שנים עם אופציה ל-999 נוספות זה מתקרב מאוד לבעלות.

בתי המשפט מאזנים בין ערך של חיי מסחר תקינים השואף למנוע הגבלות על עבירות המיטלטלין, לבין ערך של וודאות הנדרש יותר במקרקעין. (כמו רישום ודרישת הכתב). אם נדרוש דרישות כמו דרישת הכתב במקרקעין תהיה פגיעה משמעותית במסחר.

מה קורה כאשר הסכם שיתוף לא נרשם אך צד שלישי ידע עליו?

* במקרקעין- לא מחייב (מלומדים: חושבים שזה אמור להיות הפוך).
* במיטלטלין- מחייב.

למה? סיבה אחת היא חיזוק הוודאות ותמריץ חיובי לרישום, מונע הנזק הזול ביותר. תום לב (ס' 39 לחוק החוזים

) ועמידה דווקנית על זכויות (ס' 14לחוהמ"ק).

הסכם שיתוף הוא משטר שיתופי רצויונכון שמחייב הסכמה של כל השותפים. לכן, אין פגיעה ברצון הפרט.

הסכם שיתוף הוא משטר שיתופי רצויונכון שמחייב הסכמה של כל השותפים. לכן, אין פגיעה ברצון הפרט.

מהם הדברים שאפשר לקבוע בהסכם שיתוף?

ניהול המקרקעין, השימוש בהם וכן זכויות וחובות השותפים בכל הנוגע למקרקעין [ס' 29(א)].

מה לא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף (**למבחן!**)?

1. **הגבלת זכות של שותף לפרק את השיתוף מעבר ל-3 שנים** (ס' 37).
2. **הגבלת זכות של שותף למכור את החלק שלו מעבר ל-5 שנים** (ס' 34).

למה 3 ו-5 שנים (מספרים שונים)? הרציונאל לזה שאי אפשר להגביל שותף לאורך זה ע"מ לדאוג לחיי מסחר תקינים. הרציונאל של מס' שנים הוא שככל שהפעולה יותר טוטאלית – אנו נגביל את מס' השנים. הגבלה של לא לצאת משותפות היא הגבלה טוטאלית ולכן נאפשר אותה רק ל-3 שנים.

* המרצה מציין שלא אמור להיות הבדל בין ה-5 וה-3 שנים.

1. **תניה שמדברת על אופן פירוק השיתוף** – אופן הפירוק לא יכול ולא צריך להיקבע בהסכם השיתוף (**ויסמן**). תניה כזו יכולה להופיע בהסכם נפרד – הסכם פירוק השיתוף.

* הדין הוא שמה שלא ניתן לקבוע בהסכם שיתוף יהיה בטל ואין לו תוקף (Void) אם הוא נקבע.

סיכום ביניים: לפי ס' 9 לחוק המיטלטלין הבעלות חלה על כל חלק במיטלטלין (כמו במקרקעין). חלקו של כל שותף שווה **ובניגוד למקרקעין**, שם יש הבחנה בין הסכם שיתוף שנרשם לבין הסכם שיתוף שלא נרשם – במיטלטלין אין מרשם וההסכם תקף גם כלפי אדם שנעשה שותף בהמשך אם הוא ידע עליו, לפי ס' 9(ג). בחוהמ"ק מנגד ההבחנה היא רק אם זה נרשם או לא ולא שואלים אם הצד השלישי ידע או שהיה עליו לדעת.

* ס' 9(ה) משווה את הוראות חוק המקרקעין ביחס לחוק המיטלטלין.

חשוב לשים לב (בחוק המיטלטלין):ס' 10(א) בחוק זה אומר שאין הגבלה על יכולת דרישת פירוק השיתוף.

אם אנחנו מחפשים הבחנה משמעותית בין החוקים:

1. במקרקעין יש את ס' 37(ב) שאומר שעד 3 שנים זו הגבלה לגיטימית על יכולתו של שותף לבקש פירוק. **לעומת זאת,** ס' 10(א) אומר **שאין הגבלת זמן לדרישת פירוק השיתוף**.
2. חוק המיטלטלין שותק בכל הקשור ליכולת הפרישה מהשותפות דרך מכירה (אין מנגנון שדומה לס' 34 בחוהמ"ק).כלומר, אמנם קל יותר לדרוש את פירוק השיתוף במיטלטלין, אבל יהיה קשה הרבה יותר למכור את החלק שלנו לאחר.

**מה עוד אסור לקבוע בהסכם השיתוף?** לפי **ויסמן** – אי אפשר לקבוע את דרך פירוק השותפות בהסכם השיתוף עצמו. אז איך עושים זאת? בהסכם נפרד. לאורך חיי תקופת השותפות יש הסכם שממשטר את היחסים, ולתקופת הפירוק צריך לעמוד הסכם פרטני. הרציונל הוא שמדובר בשתי תקופות שונות במהותן ולא נכון להתחיל את השותפות במגמה "שלילית" של חשיבה על הפירוק. **נמשיך כעת לחומר חדש**.

* **סוגיות של החלטות משותפות (במקרקעין):**

זוהי אופציה אחרת לשיתוף – שלב שני שמהווה מדרג נמוך יותר: זהו האופן שבו התקבלו החלטות משותפות.

אמרנו שהשלב הראשוני בשלב המשטר הוא הסכם השיתוף. עם זאת, המציאות דינמית ומשתנה ויש צורך לקבל החלטות השכם והערב. איך עושים זאת? **הכלל הוא שצריך רוב של בעלי החלקים במקרקעין עצמם** (51% מהחלקים במקרקעין, קרי, מכלל הבעלות במקרקעין).

**4 סייגים - בהם הרוב לא קובע ונדרשת הסכמה של כולם?**

* + - 1. דברים שאינם שימוש רגיל בנכס [ס' 30 (ג) לחוהמ"ק] – בדברים כאלו צריך אישור של כל הצדדים לשותפות.

ע"א 810/82 זולבו נ' זיידה: "עשיית כל אותן פעולות, הן מטריאליות והן משפטיות, אשר על פי מהותו של אותו נכס, טיבו וייעודו הן טבעיות לגביו". במקרה הזה הרוב של ה5/8 ניצח ויכל לבצע את הפעולה שרצה למרות שהמיעוט של ה3/8 התנגד לכך. **במבחן**- צריך לבחון היטב את טיב הנכס.

* חשוב להדגיש שמדובר כאן **בפעולות שקשורות בנושאי שלב המשטר והשימוש בנכס בלבד ולא בהחלטה לפרק** למשל.
  + - 1. קיפוח המיעוט [ס' 30 (ב) לחוהמ"ק] – במקרים שבהם החלטות הרוב מקפחות את המיעוט ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
* מהו קיפוח המיעוט? **בוחנים את התוצאה** – אם היא גורמת להם להיפגע כמיעוט (לא אם לא התחשבו בו אלא אם המיעוט נפגע ביחס לרווח שנוצר לרוב כתוצאה מהפעולה).
  + - 1. פעולה בחוסר תו"ל בנסיבות העניין [ס' 39 + 61ב לחוק החוזים] – ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
      2. דבר הגורם אי נוחות או נזק לאחר (ס' 14 לחוהמ"ק) – זהו דבר לא רצוי ולא ראוי – **לרוב עמידה דווקנית על זכות**. ביהמ"ש יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין.
* **סוגיות של פעולות של שותפים בודדים (במקרקעין):**

אמרנו שהמשטר מתקיים כל הזמן בהסכמה. במקרים חריגים אמרנו שמקבלים החלטות משותפות והצגנו כיצד זה מתבצע. דרך חשובה נוספת היא פעולות של שותפים בודדים במסגרת השיתופית.

**מה קורה במצבים שבהם אין החלטת מדיניות משותפת של כלל השותפים אלא כששותף בודד מחליט לעשות מעשה מסוים במקרקעין?**

31(א) באין קביעה אחרת לפי סעיף 30 , רשאי שותף רשאי, בלי הסכמת יתר השותפים:

(1) להשתמש במקרקעין המשותפים שיתוף סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר.

(2) עשיית פעולות דחופות ובלתי צפויות (למשל הזמנת כבאית, הזמנת משטרה ועוד).

(3) עשיית כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם.

* המרצה מדגיש שאין הבחנה מהותית בין (2) ו-(3). גם בפסיקה עמדו על כך.

לפי ס' קטן (ב) - אם השותף עשה משהו מתוך הרשימה שלעיל – עליו להודיע לשאר השותפים בהקדם.

**לפי ס' 30 (א)** בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם.

סייגים: דברים שאינם שימוש רגיל בנכס לפי ס' 30 (ג) לחוהמ"ק.

פס"ד זול בו נ' זיידה- "פעולות מטריאליות ומשפטיות) אשר על פי מהותו של אותו נכס טיבו וייעודו טבעיות הן לגביו". מישהו שיש לו 5/8 מהנכס רוצה להשכיר למישהו, האם הוא יכול לעשות זאת למרות שבעל ה3/8 מתנגד? בפסק הדין הספציפי נחשב שההשכרה היא משהו שטבעי לאותו נכס.

**ס' 31(א)(1) הוא ס' נפוץ בעימותי שותפים במקרקעין**. מה קורה אם שותף משכיר את המקרקעין למשל לצד שלישי? בשביל מצבים כאלה הס' הזה הגיע. מהו שימוש סביר ומתי נכיר באי מניעה משותף אחר?

ע"א 458/82 וילנר נ' גולני: אביה של המערערת (מנישואין קודמים) הוריש לה 3/8 מזכות החכירה בדירה, בה הוסיפו להתגורר אשתו ובתה (המשיבה 2). עם פטירת האישה ירשה כל אחת מהמשיבות (2 אחיות) 5/16 מהדירה. המערערת תבעה לסילוק ידן של המשיבות מהדירה ונדחתה בשלום ובמחוזי. מכאן הערעור (**שנדחה**). נקבע שהשימוש ששותף רשאי לעשות בנכס המשותף הינו כזה שאינו מונע שימוש דומה משאר השותפים. נקבע גם ששותף רשאי לתת לבני משפחתו לעשות שימוש בנכס.

מה היו עמדות השותפים לגבי השימוש הסביר ולגבי אי המניעה?

**השופטת בן-פורת (דעת הרוב)**:

לגבי השימוש הסביר –מבחן שימוש אובייקטיבי (עבודה בקטגוריות).

לגבי אי המניעה: רק מניעה מפורשת (ללא קשר ליכולת לקיים את השיתוף). בן פורת אומרת למעשה שאחות #2 גרה כרגע בדירה ולא רוצה לפנות אותה. עוד היא אומרת שהיא לא מונעת מהמערערת להיכנס לגור בדירה למרות שברור לביהמ"ש שזה לא יקרה. הנוכחות של אחות #2 מונעת בפועל מאחות #1 את השימוש בדירה ומונעת ממנה גם להשכיר אותה לאחר. למרות כל זה 🡨 זה לא נחשב לדעתה לאי מניעה ומדובר רק על איסור מפורש לבצע פעילות בנכס. **נגזרות זה לא מעניין כאן – רק מניעה מפורשת** ("אם מי מהשותפים אינו מעוניין להשתמש באופן כלשהו בנכס נשוא השיתוף, לא יאסור בית-המשפט על שותפו להשתמש בנכס רק מכיוון ששימוש משותף כאמור אינו אפשרי").

* המרצה מסכים שזהו פירוש מעוות של החוק ושברור שלא לכך הוא התכוון.

**השופטת נתניהו**:

לגבי השימוש הסביר: שאלת סבירותו של השימוש תיבחן במבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי משולב, תוך שקלול התנאים האובייקטיביים של הנכס עצמו, עם התנאים הסובייקטיביים כגון השימוש לו נועד הנכס, אישיות השותפים, אפשרויות השימוש המשותף בנכס על ידי השותפים. **שימוש סביר צריך להיות כזה שיאפשר שימוש דומה מקביל אף ליתר השותפים**. העובדה כי לא ניתן לבצע שימוש מקביל, מחייבת קבלת הסכמת כלל השותפים לפעולתו של השותף המשתמש לדעתה.

לגבי אי המניעה: חייבים להתייחס גם לאפשרות המעשית – עצם אי האיסור של בן פורת הוא נכון ויפה, אבל המציאות נותנת שבפועל אחות #1 לא יכולה להיכנס כי זה מועד לכישלון (או לעשות כל שימוש אחר). במצב כזה, אי אפשר לטעון שזוהי פעולה סבירה לפי ס' 31 (א)(1).

**השופט בך**: מסכים עם דחיית הערעור ואומר שהמערערת בכלל לא הביעה טענה לפיה היא רוצה לגור עם המשיבה ולכן אין דרך לקבוע אם יש אפשרות לדמיין דרך לשימוש סביר משותף.

* ההלכה היא לפי הש' בן פורת לאחר שהשו' בך הצטרף אליה.

|  |  |
| --- | --- |
| בן פורת  שימוש סביר – נבחן מבחן אובייקטיבי (=עבודה בקטגוריות).  אי מניעה – אין מניעה אם צד לשיתוף לא אוסר מפורשות על ביצוע פעילות בנכס (ללא קשר ליכולת קיום השיתוף בפועל). זוהי ההלכה. | נתניהו  שימוש סביר – מבחן משולב (אובייקטיבי וסובייקטיבי) – השימוש צריך לאפשר שימוש דומה מקביל ליתר השותפים.  אי מניעה – תהיה רק אם קיימת אפשרות מעשית להשתמש בנכס במשותף. |

נסכם את ההלכה - העמדה של בן פורת והשופט בך:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **שותף א'** | **שותף ב'** | **תוצאה** |
| משתמש בנכס | לא מעוניין בשימוש | **השימוש מותר ע"י א'** |
| משתמש בנכס | מעוניין בשימוש וא' לא מונע (=לא אומר במפורש) | **השימוש מותר ע"י א' + ב'** |
| משתמש בנכס | מעוניין בשימוש וא' כן מונע (=אומר במפורש) | **השימוש אסור ע"י א'** |

* יצוין כי החלפת צילינדר למשל היא התנהגות שקולה למניעה מפורשת.

**במבחן** – כל צד ייטען לעמדה שמשקפת את עמדתו: צד אחד לעמדת נתניהו וצד אחר לעמדת בן פורת!

**שותפות בין בני זוג**

* + - * שותפות בין בני זוג היא טבעית יותר- ביהמ"ש נוטה לפרש שותפות בין בני זוג בצורה חיובית יותר מאשר שותפות רגילה (אותה הוא רוצה לחסל). ניתן לומר שהדבר נובע מעמדת הרבנות וביהמ"ש שלא נוטים לפרק נישואים מהר (שלום בית וכו') ולכן גם לא נוטים לפרק שיתוף בין בני זוג בקלות.
      * התייחסות לחוק יחסי ממון (1974) – החוק חילק באופן מוחלט וטבעי את הנכסים המשותפים של בני הזוג שווה בשווה.
      * בית המשפט נוטה יותר להתערב בפירוק שיתוף בדירת מגורים. מדוע? במצבים של פירוק וחוסר הסכמה ביהמ"ש יתערב משיקולים שונים ע"מ לדאוג שאף אחד מבני הזוג יישאר ללא קורת גג, לא להשאיר את הילדים ללא בית וכו'. שיקולים ערכיים שיכולים להתחבר לשיקולי הקניין שלמדנו.

**דמי שימוש**

**תשלום בעד שימוש** - 33. שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש. 🡨 הגיוני שהוא ישלם עבור השימוש לשותפיו כיוון שהוא זה שמשתמש (או שהוא נתן את זכותו להשתמש למישהו אחר) ושאר השותפים גם זכאים להרוויח מכך. ס' זה אומר זאת במפורש.

**עם זאת**, לפי ע"א 1492/90 זרקא נ' פארס סלמאן (לא בסילבוס): השותף יידרש לשלם את דמי השימוש רק אם השימוש שהוא עושה מונע מאחרים לעשות את השימוש שלהם - כל זמן שאחד השותפים לא מונע, או לא נחשב מונע מבחינה משפטית משותף אחר לעשות שימוש במקרקעין – פשוט שיבוא ויעשה את השימוש. לא פגעו לו בשום דבר. זוהי תוצאה מעוותת של פסה"ד של בן פורת בוילנר. למה? כי ברור שאם מישהו משתלט על הנכס ולא מצהיר במפורש שהוא אוסר שימוש אך כן מונע אותו בפועל – הוא יכול להמשיך לעשות זאת מבלי לשלם.

**נשיאת הוצאות:** 32. (א) כל שותף חייב לשאת לפי חלקו במקרקעין המשותפים בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה ולניהולם. (ב) שותף שנשא בהוצאות כאמור למעלה מחלקו זכאי לחזור ולהיפרע מן השותפים האחרים לפי חלקיהם במקרקעין. 🡨 הסעיף מסביר את עצמו ואין צורך להרחיב בנושא.

**חשוב ללמוד טוב** **למבחן** את ס' החוק במיטלטלין ובמקרקעין ולהכיר את פרשנויות הפסיקה לכך. בנוסף, יש לבחון במבחן היטב במקרה שבו שותף יחיד עושה פעולה במקרקעין (=לא מכוח החלטת רוב) אם הוא עומד באחד הקריטריונים של ס' 31, **אבל לא לשכוח לדבר על ס' 32 (נשיאת הוצאות) ו-33 (דמי השימוש).**

## יג.4 מעגל היציאה מעודדת השיתוף

לגבי מקרקעין- ס' 37-45 לחוהמ"ק.

לגבי מיטלטלין וזכויות- ס' 10 לחוק המיטלטלין – לא נדון בזה מעבר לדיון לעיל.

**חנוך דגן מפרש את סעיפים 37-45 לחוהמ"ק כך**: ע"מ שהשיתוף יפעל טוב אנחנו צריכים להקפיד על זכות יציאה מאוד ברורה וחזקה של כל שותף מהשיתוף. לכן, בין בני זוג למשל יש צורך לקבוע הלכות שיתוף והסכמי ממון אם הצדדים יחליטו להתגרש. כך, ביום פקודה הם לא יתנהלו בלחץ, ערמומיות ומניפולטיביות במהלך חיי השיתוף.

מהי הפרשנות שלו?

1. **עדיפות לקביעות הסכמיות** – התפיסה ההסכמית הולכת ותופסת תאוצה בכלל במשפט הישראלי. יש כאן רצון להגיע לתובנות משותפות מתוך הסכמה כי מבטיחים בכך שלא פוגעים באוטונומיה של מי מהצדדים. זוהי תפיסת משטר ליברלית – האוטונומיה היא הדבר החשוב ואת התפיסה הזו אנחנו רוצים להחדיר לתוך ההוראות החוקיות שלנו ומתן קדימות להסכמים זה מה שיאפשר זאת. כ"א יכול לעצב את האופן שבו ייגמר השיתוף שלו. אילו הוראות עשויות להופיע פה? התמחרות בין שותפים למשל (מעין זכות קדימה בטרם היציאה למכירה בשוק הכללי).
2. **עדיפות לחלוקה בעין** – שמירת חלק מהנכס בידיים היא חלק מתיאוריית האישיות. אנחנו שומרים, או למצער מנסים לשמר, את הזיקה של האדם לנכס עצמו. סיבה אחרת היא שמקרקעין הם משאב במחסור ולכן נקפיד שלא לחייב אנשים למכור את המקרקעין. גם תפיסה זו היא תפיסה נגזרת מתיאוריית האישיות.
3. **הוגנות בחלוקה – הצורך בתשלומי האיזון** – גם אם מחליטים החלטות שפוגעות לכאורה בחלק מהשותפים – ננסה תמיד ליצור איזונים מבחינת תשלומים. **ויסמן**- במידה וביהמ"ש מגיע למסקנה כי מבחינת תכנון ובנייה ומבחינת תכונות נוספות, חלוקה של הדירה אפשרית והבעיה היא בעיה כספית – הצד שקיבל יותר כסף מכדי חלקו יפצה את הצד השני. **ס' 39(ב)** מעודד את קיום התשלומים האלו.

* אלו הם שלושה כללים בסיסיים שמאפיינים את פירוק השיתוף דרך ס' 37-45 לחוהמ"ק.

**4 האפשרויות לפירוק השיתוף ע"פ דגן (לפי עדיפות):**

* + 1. עדיפות לקביעות הסכמיות.
    2. חלוקה בעין.
    3. הפיכה לבית משותף.
    4. פירוק ע"י מכירה.

**נדון בהרחבה ברכיב #1 של דגן – ההסכמה:**

**ישנה עדיפות לחלוקה מוסכמת** – "38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים...".

\*האם ניתן לקבוע בהסכם השיתוף הנחיות לפירוק השיתוף? לפי **ויסמן** – התשובה היא לא (צריך הסכם נפרד).

יש לבדוק אם לנכס יש "דין חלוקה" – ס' 143 בחוק התכנון והבנייה – דרישת תשריט מאושר של חלוקת קרקע כתנאי מוקדם לרישום החלוקה: אם נקבע בהסכם הפירוק פירוק בעין – ההסכם צריך לקבל אישור של המפקח על המקרקעין.

**מה קורה כשאין הסכמה?**

נציג את היררכיית הפירוק: אם אין הסכם שיתוף והשותפים לא קבעו את אופן היציאה מהשיתוף – ס' 39(א) קובע שדרך המלך תהיה החלוקה בעין. זוהי הדרך הראויה. חשוב לזכור שזה יכול להתבצע רק כשהחלוקה בעין היא בכלל אפשרית לפי חוק התכנון והבנייה.

**הכלל הבסיסי הוא הסכם**. אם קבעתם חלוקה בעין – זה חייב לעבור אישור של המפקח על הרישום.

אם אין הסכם: החוק אומר שבשלב הראשון צריך לבדוק האם יש אפשרות מעשית לחלק את המקרקעין בעין. אם יש להם דין חלוקה – ה-Default הוא חלוקה בעין. חלוקה זו כפופה לחריגים לחלוקה בעין לפי ס' 41 לחוהמ"ק (החריגים לא חשובים למבחן ועוסקים במגבלות מסוימות כמו בעיה עם יחיד, עם בודדים, עם מיעוט).

**חלוקה בעין**

**במסגרת חלוקה בעין נחלק את השטח לכל אחד לפי חלקו בשותפות בשני סייגים:**

1. הדבר אפשרי מבחינת תכנון ובנייה (אישור מפקח, אישורים פרוצדורליים).
2. לצדדים לא נגרם הפסד כספי ניכר (נזק כספי גבוה מידי) – בעניין זה מספיק שלאחד מהצדדים יגרם הפסד ניכר כדי למנוע חלוקה בעין.

**סייג לחלוקה בעין – ס' 40(א) – כשהיא תגרום להפסד ניכר**: גם אם המקרקעין ניתנים לחלוקה אבל ביהמ"ש מגיע למסקנה שחלוקה בעין תגרום להפסד ניכר לכל השותפים או למקצתם, הוא יכול להורות לחלוקה שאינה חלוקה בעין (למשל דרך מכירת המקרקעין).

**מהו אותו הפסד ניכר?** בפס"ד רידלביץ' נ' מודעי השו' חשין קבע **שהאפשרויות הן הפסד כתוצאה מדרך הפירוק והפסד של רווחים פוטנציאליים**. לפי חשין, אובדן של רווחים פוטנציאלים זה לא הפסד ניכר כיוון שזה פותח את השוק הזה למניפולציות רבות שייתנו כוח רב לשותף החזק והרבה פחות כוח לשותף החלש. **מנגד, הפסד ניכר יהיה הפסד כתוצאה מדרך הפירוק** – אם פרגמנטציית יתר תביא לכך שהמקרקעין לא שווים כך שלא ניתן לממש את הייעוד שלהם (לבנייה למשל) – פה יש הפסד ניכר.

**מה קורה אם נחתם הסכם קומבינציה להקמת מגדל ושותף להסכם מתחרט ברגע האחרון**? יש כאן הפסד ניכר או לא? לפי הפרשנות של חשין לא כי הפסד רווח פוטנציאלי אינו הפסד ניכר. עם זאת, המרצה מציין שבמקרה כזה – כן צריך להחשיב זאת כהפסד ניכר כיוון שזה כבר לא רק רווח פוטנציאלי אלא רווח ממשי.

* חשין מציע כאן פרשנות מאוד רחבה (רווחים פוטנציאלים) ופרשנות מצמצמת (תוצאת הפירוק) והוא מבכר את הפרשנות המצמצמת דווקא.

ע"א 1017/97 רידלביץ' נ' מודעי: רידלביץ וחידקל (המבקשים) ומודעי (המשיבים) הם בעלים במשותף של בניין בתל-אביב, שמצבו הפיזי גרוע. מודעי פנו לבימ"ש שלום בתביעה לפירוק השותפות בבניין על דרך מכירתו למרבה במחיר, וחלוקת התמורה בין הבעלים. המבקשים אמנם הסכימו לפירוק השיתוף בבניין, אך לא על דרך של מכירתו, אלא על דרך הפיכתו לבית משותף. השלום קיבל את טענות המבקשים, אך בערעור למחוזי נקבע, כי חלוקתו של הבניין בעין – על דרך רישומו כבית משותף – תגרום הפסד ניכר לשותפים, ומכאן שיש לעשות למכירתו למרבה במחיר. מכאן בקשת רשות הערעור.

**הש' חשין קבע שיכולת דרישת פירוק שותפות היא עיקרון על שכפוף רק לחריגים** (וגם לתוה"ל). בניגוד לשוטף שמתנהל בצורה דמוקרטית של הרוב קובע – בפירוק המיעוט יכול לדרוש את הפירוק ואין דמוקרטיה.

**עיקרון שני** שחשין מציין בפירוק הוא הניסיון לבצע פירוק וחלוקה בעין (ס' 39). **עיקרון שלישי,** או חריג לעיקרון השני הוא שלא תהיה חלוקה בעין מקום שזה לא אפשרי ואם זה יגרום להפסד ניכר(!). **עיקרון רביעי** הוא שאם אפשר לפרק על דרך רישום כבית משותף והקצאת דירות פרטיות – רצוי לעשות זאת.

**כיוון שפירוק בעין הוא ההלכה, מי שמבקש פירוק אחר – עליו הראיה להוכיח שפירוק בעין לא רצוי**. חשין דן במונח ההפסד הניכר באריכות ומראה כיצד הפסד ייחשב לניכר. לטענתו, רידלביץ תומכים בכל צעד של מודעי – אם יירצו לשפץ או לעשות משהו אחר ומודעי רק חומדים את הבעלות המלאה לעצמם. לכן, הוא קובע שהם לא הרימו את נטל הראיה, קובע שלא יהיה הפסד ניכר אם ילכו בדרך המלך של פירוק בעין (בהקשר זה בצורת רישום כבית משותף) ושיש לקבל את הערעור ולהחזיר את הדיון לשלום לסגירת הקצוות.

**פירוק על ידי רישום בית משותף – ס' 42 לחוהמ"ק:**

חוהמ"ק אומר בס' זה שביהמ"ש רשאי לאחר שקיבל חוו"ד מפקח לצוות על פירוק השיתוף בדרך של רישום כבית משותף והקצאת דירות. לא זו אף זאת, ס' 42(ב) אומר שצריך גם לבצע תשלומי איזון.

הסיטואציה היא שיש בית שלא רשום כרגע כמשותף (למשל קואופרטיב – קבוצת רכישה). עד שהבית לא מוקם ועד שהוא לא נרשם כבית משותף – הם מצויים בשלב שיתופי בלבד, ורישום הבית כמשותף הוא אופציה אחת לפירוק השיתוף ולהקצאת בעלויות פרטיות על הדירות.

לפי ס' 42 דרוש: (1) שהבית יהיה ראוי לרישום כבית משותף; (2) אישור חווה"ד של המפקח.

**מכירה וחלוקת הפדיון:**

המצב שאנחנו מנסים להימנע ממנו הוא מכירת הנכס. זה חוזר לתיאוריית האישיות – החוק נותן לתיאוריה זו העדפה ומשתדל שלא לאלץ אנשים למכור את הנכסים שלהם.

**אם כבר כן הגענו למכירת הנכס – מהי דרך המכירה? כיצד היא תתבצע?**

רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן ואחרים: הצדדים הינם בעלים במשותף של נכס מקרקעין, כאשר המשיב הינו בעל חמישה אחוזים מהנכס. בין הצדדים נתגלעו מחלוקות בדבר ניהול הנכס, והוסכם כי יש לפרק את השיתוף, אך בעוד המשיב ביקש למכור את הנכס במכירה פומבית, או לפחות בהתמחרות פנימית בין השותפים, המבקשים טענו כי יש לפרק את השיתוף באמצעות מכירת זכויותיו של המשיב בלבד. ביהמ"ש דחה את הערעור בקובעו: פירוק השיתוף יעשה ככלל על-ידי חלוקה בעין של הנכס, אך מקום בו סבור בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, רשאי הוא להורות על פירוק השיתוף בדרך של מכירה. ככלל, פירוק השיתוף בדרך של מכירה יעשה כך שהנכס כולו יימכר, והפדיון יחולק בין השותפים בהתאם לחלקם היחסי בנכס. אף אם נפל פגם בהתנהגותו של המשיב, אין בפגם זה כדי להצדיק את פירוק השיתוף תוך מכירת חלקו בלבד, בניגוד לרצונו.

* בפס"ד זה ביהמ"ש קובע שס' 40(ב) לא מאפשר לביהמ"ש לקבוע איך יתקיים הפירוק כמכירה אלא הוא ייקבע רק האם זה יתבצע כמכירה ואם כן, הוא יכול רק לקבוע שזה לא יימכר בדרך של הוצאה לפועל (ומכירה פומבית). ביהמ"ש מונע מעצמו את הסמכות לבוא ולומר שהוראה על דרך המכירה כוללת גם אפשרות להורות לחלק מהצדדים למכור לצד השני (=לעשות התמחרות פנימית). הוא לא מתערב בניסיונות למכור חלקים במקרקעין וכולי.

**שני סעיפים שלא התייחסנו אליהם בנושא השיתוף**: (1) ס' 41 שמציג סייגים לס' 39 של חלוקה בעין ; (2) ס' 40א שמדבר על דירת המגורים של בני הזוג. באופן עקרוני, גם פה חוזרת ועולה תפיסת האישיות.

נעשה סדר בנושא השיתוף: חשוב להיות מודעים לכך שיש שיתוף במקרקעין ויש מיטלטלין ויש הבדל ביניהם. ברוב ההוראות - ניהול השיתוף במיטלטלין מחזיר אותנו לחוהמ"ק בשינויים המחייבים, אך לא בכולן.

לא נאמץ בחוק המיטלטלין את ס' 34 ו-37 במקרקעין וההסדר לגבי מיטלטלין הוא שונה – וצריך להכיר את זה.

נדון גם בס' 31(א)(1) שדן בשני דברים: (1) **השימוש הסביר** ו(2) **מניעת השימוש מאחר** – בשימוש הסביר ביהמ"ש (הש' נתניהו) אומר לנו שאנחנו צריכים לבדוק את הנסיבות ואת תכונות הנכס עליו מדובר. כך למשל, לגור או להשכיר דירת מגורים זה משהו סביר.

* **אלו הם תנאים מצטברים**! אם אחד נופל אז ביהמ"ש כבר לא ימשיך לדון בהמשך **אבל במבחן כן צריך לעשות זאת – לטעון הן כנגד השימוש שאינו סביר והן למניעה!**
* את שלב השימוש הסביר נבדוק **בטרם הדיון באי המניעה** בוילנר ולהבחנה בין נתניהו לבן פורת.

פס"ד ביאלר נ' ביאלר: זוג הורים התגוררו יחד עם בנם הבגיר בדירה המשותפת. האב דרש כי הבן יפנה את הדירה ואילו האם חפצה כי ימשיך להתגורר שם. נפסק כי הגם שחוהמ"ק מתיר לשותף להשתמש במקרקעין באופן סביר ללא הסכמת שותפיו כל עוד אין בכך לשלול מהם שימוש דומה, הרי שבמקרה הנדון השימוש אשר נעשה לא על ידי האם השותפה אלא על ידי הבן (שהינו בבחינת צד שלישי ליחסי השיתוף) פגע למעשה בחזקה ושימוש של יתר השותפים (האב) ולפיכך הינו אסור ושהבן צריך להתפנות. בית המשפט ציין כי בהקשר זה, דינו של בן בגיר אינו שונה מדין כל אדם זר אחר שהיה מורשה לדור שם.

השאלה האם מתן רשות של האם לבן להמשיך להתגורר הוא שימוש סביר. ביהמ"ש אומר שלא ופוסק כנגדם.

**דרך פירוק השיתוף בקניין במבחן**: ראשית יש לזהות את הנכס (זכויות, מיטלטלין, מקרקעין לא רשומים או מקרקעין רשומים). זה ה-א' ב' של הפיתרון – בתחרויות יש כללים שונים, בשיתוף יש כללים שונים וכן הלאה.

**2 הערות חשובות על פירוק שותפות:**

1. **נטל ההוכחה**- פס"ד רידלביץ'- השו' חשין אומר שנטל ההוכחה על כך שאחת מאפשרויות השיתוף פוגעות הוא על השותף שנפגע (שתוקע את השלבים השונים – חלוקה בעין, בית משותף, מכירה).
2. **תשלומי איזון**- **ויסמן**- במידה וביהמ"ש מגיע למסקנה כי מבחינת תכנון ובנייה ומבחינת תכונות נוספות, חלוקה של הדירה אפשרית והבעיה היא בעיה כספית – הצד שקיבל יותר כסף מכדי חלקו יפצה את הצד השני. (כמו שאמרנו כבר לעיל).

# 

# טו. דיני הבתים המשותפים

שיעור זה הוא הפוגה מתודית מהחומר ועוסק בסוגיית הבתים המשותפים.

הבית המשותף הוא כהגדרת **חשין** בפס"ד צודלר: "יציר כלאיים". למה? כי התרגלנו בדייני קניין לאחת משתיים: בעלות או שותפות. בבית משותף יש גם מזה וגם מזה – בעלות על הדירות ושותפות על הבניין.

מה בעצם גובר פה? ערכי השיתוף הקהילתיים או הבעלות הנפרדת בדירות? זוהי מחלוקת בקרב מלומדים. **חשין** נוטה יותר לכיוון השיתוף – אם הבית נהרס ויש מישהו שמונע מהדיירים לעשות שיפוץ של הבית – ניתן לחייב אותו לדעתו. הנושא במחלוקת בכל העולם וגם אצלנו. ויסמן ודגן (וגם מיגל דויטש) אומרים שהגישה של חשין בצודלר היא מצב שהוא קצת בעייתי מבחינה רעיונית. למה? כי רובנו חיים בבית משותף וזה מוסד מאוד נפוץ. לפיכך, זוהי הזכות הקניינית המהותית היחידה שיש לאדם ואם גם אותה נקטין – כל הרכוש הקנייני העיקרי שיש לאדם מתמעט, שלל ההצדקות לקניין לא יצאו לפועל והוא יוגבל לערכים ולגחמות של שאר השכנים שלו.

אמנון להבי מנגד אומר שהבית המשותף הוא מוסד קהילתני שנועד להאדיר את ערכי השיתוף ולפיו אנחנו צריכים להתחשב בשכנים למשל. יש לכך גם היבט חינוכי לטענתו. אם אנחנו נמצאים בבניין ויש לנו שכנים – אנחנו לא יכולים לעשות מה שבא לנו.

גם בפס"ד צודלר וגם בפס"ד שמע היה דיון על איסור לעשות שינויים בדירה. **דעת הרוב** אמרה שהשינוי הוא רק שינוי פיזי (שבירת קירות למשל) ושינוי ייעוד לא תקף (למשל להפוך את הדירה למשרד). **דעת המיעוט** של הש' כהן התייחסה גם לשינוי ייעוד ושינוי כזה גם יחול בס' 2(ב). גם חנוך דגן וגם ויסמן אמרו שניהם שלמעשה ניתן לראות כאן את המחלוקת שראינו בהתחלה – **דעת הרוב** מאדירה את זכות הקניין (זכות הבעלות). מדוע? כי לפיה רק שינוי פיזי משמעותי ולא שינוי ייעוד – זה הקניין שלו והוא הבעלים בדירה ואני לא יכול למנוע ממנו את זה. **דעת המיעוט** סוברת שיש מקום לערכי השיתוף והיא מכלילה יותר – גם בשינוי ייעוד צריך לבוא לקראת הזולת כי יש מקום לשיתוף.

**נסביר מס' סוגיות ומושגים בסיסיים:**

1. ההבדל בין דירה לרכוש משותף – בבית משותף יש משניהם כאמור. איך מבדילים ביניהם (ויש לכך השלכות רבות)? החוק מגדיר את הדירה וכל השאר שאינו מוגדר כדירה – הוא רכוש משותף.

הפסיקה פירשה את הדירה במובן הרחב (גם שטחים פתוחים במרפסת, חללים שהם חלק מהדירה ועוד). המבחן הקובע הוא **מבחן הייעוד** – מה הקבלן או הדיירים שבתחילה בנו את הבית תכננו כלפי החלק הרלוונטי הזה? למה הם ייעדו את החלקים?

פס"ד גוב אריה (לא בסילבוס): היה בניין שהיו בו הרבה מחסנים שהוצמדו לדירות והיו גם מחסנים שיועדו להיות צמודים לדירות בקומה הרביעית (שמעולם לא נבנתה בפועל). מה דינם? הם ריקים ולא הוצמדו לאף דירה. **הדיירים** קפצו על המציאה וראו את המחסנים כרכוש משותף וכחלק מהבעלות של כולם. **הקבלן** כמובן התנגד ואמר שזה לא חלק מהבניין – זה חלל נפרד שבבעלותו. **ביהמ"ש קבע שהדיירים צודקים** – לא מדובר בעוד דירה שלא נמכרה אלא על רכוש משותף. אף אחד הרי לא חשב מראש שזה יהיה דירה 🡨 אלה הם הרי מחסנים. דויטש ביקר את פסה"ד הזה. הוא אומר שהייעוד היה שזה לא יהיה רכוש משותף אלא רכוש של דירות.

* פס"ד זה מוכיח שהמבחן המרכזי הוא מבחן הייעוד.

**למה הסיווג כרכוש משותף או דירה זה משמעותי? התשובה היא הצמדות**. רכוש משותף ניתן להצמיד רק לדירה ולא לרכוש משותף אחר. כך למשל, קבלן שבונה דירות ובונה חניות מעבר למה שצריך ירצה למכור אותן בטענה שמדובר בדירות ולא ברכוש משותף. איך קבלן יכול למכור רכוש משותף? רק אם הרכוש הזה הוצמד אליו, מה שלא קורה בפועל.

סוגיה זו נדונה בפס"ד אתגר (לא בסילבוס): היה בבניין חדר בקרה (בבעלות פרטית) עם מכונות שנועדו לשמש את כלל הדיירים. הקבלן טען שמדובר על דירה ורצה להשאיר זאת לעצמו. ביהמ"ש קבע שאמנם יש בחדר מכונות שהן רכוש משותף אבל זה לא מעיד על החדר עצמו ולכן הוא מגדיר את החדר כדירה (תומך בקבלן).

1. הגדרת בית משותף – בית משותף הוא בניין שיש בו לפחות שתי דירות (ס' 52) או שני בניינים נפרדים שיש להם חלקה משותפת או שיש לבניינים מתקנים משותפים. ס' 59 שמדבר על בית מורכב (למשל שיכון, בנייני רכבת..) אומר נתון מעניין – בבניין מורכב שהוא למעשה שני בניינים נפרדים או בניין אחד עם כמה אגפים, הדיירים יכולים להחליט בתקנון שהוא יתנהל בנציגות נפרדת וכל הניהול שלו יהיה נפרד (כלומר לכל כניסה יהיה ועד בית פרטי משלה על כל ההשלכות – תשלום אחזקה למשל יהיה יחסי לכניסה שאני גר בה ולא לשאר הבניין). על אף ההחלטה שלהם לעשות זאת – הבית נרשם כבית משותף אחד – בניין אחד עם כמה כניסות. הס' הזה הוא מאוד משמעותי ולניהול שלו יש השלכות פיננסיות.
2. בעל דירה בבית משותף – זהו אחד המקומות הבודדים בחוהמ"ק שמשווה בין חוכר לדורות, חוכר משנה (=חוכר מחוכר לתקופה של 5 עד 25 שנים) ובעלים. יש לכך נפקות מבחינת הזכויות של הבעלים של הדירה.
3. הצמדות – תיתכן הצמדה של רכוש משותף מסוים ובלתי מסוים.

**מסוים**: זוהי הצמדה פיזית של רכוש מוגדר לדירה שלי, כמו חניה. ס' 62(א) לחוק אומר שאם אני רוצה להצמיד רכוש משותף לדירה פלונית – אני צריך לקבוע את זה בתקנון ולקבל את הסכמתם של כל בעלי הדירות. יצוין כי יש לכך חריג בס' 55(ג) שקובע שיש מספר מקומות שלא יכולים להיות מוצמדים – מקלט, חדר מדרגות, מעליות ו\*מתקנים משותפים לשימוש כל בעלי הדירות – \*האחרון זה סוג של סעיף סל שנתון לפרשנות. דויטש וויסמן אומרים על החריג הזה שאפשר להוכיח שמשהו מהרכוש המשותף הזה לא ממש משמש את כולם (למשל 3 מדרגות אחרונות בכניסה לדירה ספציפית), ואז כן יהיה אפשרי להצמיד אותו למרות שהוא חלק מהחריג שבס' 55(ג). בפס"ד מרכוס (לא בסילבוס) ביהמ"ש השאיר את השאלה הזו בצריך עיון. חריג נוסף מצוי בס' 71ב – אם ההצמדה היא לטובת הרחבת דירה, מספיק רוב של 75% מבעלי הדירות שמחזיקים ב-66% מהרכוש המשותף הבלתי מסוים. במקרה הספציפי של ממ"ד דרושה הסכמת רוב של 60% מבעלי הדירות. יצוין בהקשר זה שבעל דירה שקיבל בעצמו אישור להרחבה לא יכול להתנגד להרחבה דומה (=**מאותו סוג ובאותו הגודל**) של בעל דירה אחר. ברגע שאני הרחבתי למטרה כלשהי – אסור לי להתנגד. **אם מטרת ההרחבה היא שונה** (למשל אני מרחיב ממ"ד והשכן שלי מרחיב מרפסת) – **כן מותר לי להתנגד**. חריג אחרון בנוסף להגבלות שהצגנו הן **הגבלות דרך התקנון** [ס' 62א)] - ההחלטות בתקנון נחלקות ל-2: הצמדה והחלטה רגילה. דרך התקנון ניתן גם להטיל הגבלה כלשהי (לא רק כסף) על שאר בעלי הדירות. במקרה כזה צריך את הסכמתם. כך למשל, אם נקבע שכולם צריכים לשמור על טבעונות – ס' 62(א) חל פה וצריך הסמכה פה אחד לטובת ההחלטה הזו.

נדון בהחלטה שמטילה חבות כלשהי: ויסמן ודויטש אומרים שלמעשה אין כמעט החלטה שיכולה להתקבל ברוב רגיל כי כמעט כל החלטה מטילה חבות. ההגבלות היחידות שאולי יכולות להתקבל ברוב רגיל זה קביעת הנציגות, שינוי מועד כינוס האסיפה הכללית ועוד.

**בלתי מסוים**: בחוק קבוע שלכל בעל דירה באשר הוא יש רכוש משותף שמוצמד לדירתו בהתאם לשטח רצפת דירתו באופן יחסי לשטח הבניין (כלומר אני בעלים של כל לבנה בבניין באופן יחסי לגודל הדירה שלי). זה משהו מאוד אמורפי. יצוין כי לחישוב זה נכנס גם יחס גודל הרכוש המוצמד המסוים.

מה המשמעות של רכוש משותף בלתי מסוים: (א) **כוח ההחלטות באסיפה הכללית** – לא מספיק רוב של בעלי דירות אלא צריך גם רוב של מחזיקי רכוש משותף בלתי מסוים – כלומר לבעל פנטהאוז למשל יש יותר כוח באסיפה הכללית; (ב) **דמי אחזקת רכוש משותף** – התשלום היחסי מתבצע בהתאם לחלק היחסי של הדירה ברכוש המשותף הבלתי מסוים (בעל הפנטהאוז שבענייננו ישלם יותר מיסי ועד בית מבעל דירה קטנה יותר).

1. בתים משותפים שלא נרשמו – ס' 77 א'– ו' דן בנושא זה. במה ס' זה לא דן? בכלל של ס' 54 ["על אף האמור בס' 13 (איסור עסקה בחלק מהמקרקעין) דירה בבית משותף היא נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות"]. בנוסף, ס' 77 לא דן בחוסר היכולת לרשום תקנון מוסכם. כלומר, כל זמן שהבית המשותף אינו רשום – לא ניתן לרשום תקנון מוסכם (ותלויים בתקנון המצוי).
2. יישוב סכסוכים בבית משותף – יש מפקח שמטרתו ליישב סכסוכים ויש גם את האגודה לתרבות הדיור.
3. סוגיות של פינוי בינוי: פס"ד שוורצברגר נ' מרין: בפרויקט כזה יש התנגשות בין זכות קניין אישית לאינטרס חברתי וצורכי הציבור. ס' 1 לחוק פינוי בינוי אומר: **מקבץ** = בית משותף / כמה בתים משותפים שיפונו להקמת פרויקט. עוד מס' 1 עולה שכדי ליישם את הפרויקט דרוש: (1) רוב של 80% מדיירי המקבץ שלפחות 75% מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם; (2) 67% לפחות מכל אחד מדיירי הבתים הסכימו; (3) 67% לפחות מהרכוש המשותף בכל בית צמוד לדירותיהם של אלו שהסכימו.

אם הושג הרוב בשלושתם: ס' 2(ב) לחוק פינוי בינוי מציג רשימת סיבות סירוב סבירות. אם הסירוב בלתי סביר – המסרב יחוב בנזיקין לפי ס' 2(א) בשל הנזק שייגרם לשאר מהסירוב שלו. צודלר "חיים יחדיו, וכך בבית משותף, מחייבים ויתור הדדי של המעורבים..". **דגן** - לנוכח ההקשר החברתי-קומונלי ניתן להתערב בשליטת בעל קניין בדירת מגוריו עקב האינטרס החברתי עד כדי היכולת לבצע הפקעה של זכותו הקניינית בדירה (גישה ליברלית).

* עמדה לחיזוק הטלת חיוב על סרבן: **הש'** **סולברג** בשוורצברגר נ' מרין ("אוי לסרבן ואוי לשכנו").

**מעבר על העבודה שהגשנו**: יש מקומות שבהם יש הערות אבל נקודות לא ירדו. מדובר על שני בניינים נפרדים (בית משותף לפי ס' 142 (א) בגלל המקלט). מדובר גם בבית מורכב (ס' 59) אבל מי שלא ציין זאת – לא ירדו על כך נקודות.

לתקנון היו חמישה סעיפים והיה צורך לדון בהם. ס' 61 מדבר על מהות התקנון ובוחן מה יכול להיכנס בתקנון – ויסמן אומר שיש שני כללים – הסדרת היחסים בין בעלי הדירות והסדרת הזכויות והחובות ביניהם ורק נושאים אלה בלבד רשאים למצוא את דרכם לתקנון המשותף. ניתן לדון בזה ולשאול מה מהווה את אחד משני אלה.

באיזה רוב הסעיף צריך בכלל להתקבל? **ס' 1 (המקלט)** – ס' 55 (ג) סותר אותו וויסמן אומר שזה ס' קוגנטי. עם זאת, אולי היה ניתן להצמיד חדר מדרגות לשימוש פרטי למשל ואין נפקות להצמדה – במקרה כזה כן ניתן להצמיד לדעתו. במקרה שלנו נאמר שהמקלט ימשיך לשרת את כולם אבל זה לא מה שיגרום לאישור ההצמדה.

חשוב היה לציין שמדובר על הצמדה והיא צריכה להיות בהסכמת כל הדיירים [ס' 62 (א)] ולכן ס' זה לא יתקבל.

**ס' 2** – גם כאן צריך לדון בס' 61 וליישם למה זה חל או לא חל פה. יש כאן הטלת חובות על הדיירים ולכן ובנוסף ס' 62 (א) דורש אישור של כולם.

**ס' 3 – רקע טבעוני** – היה צריך להכניס רקע מלהבי ולדבר על מהות התקנון. גם כאן ס' 62(א) חל.

**ס' 4 – החזקה משותפת** – חלוקה לפי יחס ולכן החזקה החלוטה לא תקינה אם היא לא מאושרת ע"י כולם 62 (א) ולכן בהיעדר 100% אישור זה בטל.

**ס' 5 – ועדות הקבלה** – ס' 54 אומר שדירה היא בבעלות נפרדת לעסקאות מה שסותר לכאורה. מנגד, ויסמן ולהבי מלמדים אותנו שייתכן ומותר להגביל מכירת דירה במצבים מסוימים ולכן אולי הס' הזה חל. גם כאן חל ס' 62 (א) וצריך הסכמה מלאה.

**לגבי שאר האנשים – זה פחות קונקרטי - להשלים מהפיתרון הרשמי.**

# 

# חלק מהרצאה 14 – 01.01.17

# נושא #5 – זכויות בנכסי הזולת

# יז. שכירות

**ס' 3 לחוהמ"ק:** שכירות - 3. שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה **בתמורה** **להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם** **שלא לצמיתות**; שכירות לתקופה שלמעלה מחמש שנים תיקרא "חכירה"; שכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנים תיקרא "חכירה לדורות".

לשכירות שלושה חלקים שיש לעמוד עליהם:

1. **בתמורה** = ערך כלכלי ממשי (בניגוד לרישיון למשל).
2. **להחזיק במקרקעין ולהשתמש** **בהם** – אין כאן דרישה לשימוש או החזקה ייחודיים (יש להשוות ולהבין את ההבדל - ויסמן דורש החזקה ושימוש **ייחודיים** אבל מרבית המלומדים והחוק לא מסכימים איתו).
3. **שלא לצמיתות** – רע"א 1784/98 עמידר נ' מנדה שם **נקבע כי לא קיימת ע"פ חוהמ"ק שכירות ללא הגבלת זמן**. כלומר, לא נכיר ברישיון ללא הגבלת זמן לשבת במקרקעין למשל כשכירות (ואז כללי השכירות לא יחולו עליו). שכירות חייבת להיות תחומה בזמן והיא יכולה להיות עם אופציה להארכה.

**סוגי שכירויות**

במקרקעין יש לנו שלושה סוגים של שכירויות:

1. **שכירות קצרת מועד** – לתקופה של עד 5 שנים (כולל אופציות – גג עד 5 שנים).
2. **חכירה** – תקופה של למעלה מ-5 שנים ועד 25 שנים.
3. **חכירה לדורות** – למעלה מ-25 שנים.

שכירות היא זכות קניינית בחוק. האם נכון להגדיר אותה כזכות כזו?

* **הגנה על השוכר מפני צדדיים שלישיים (בתחרות)** - אם לא היינו מגדירים אותו כבעל זכות קניינית הוא היה נפגע. ס' 21 לחוק השכירות קובע שהשוכר ימשיך לשבת במקרקעין גם אם יעבירו את הנכס יימכר לאדם אחר.
* **הכוח לשעבד את השכירות (אם אין התניה כנגד זה)** - העובדה שאנו קוראים לזכות 'קניינית' מאפשרת את יכולת שיעבוד הזכות. זוהי משמעות כלכלית שמאפשרת קיומן של עסקאות כלכליות אחרות. בחוזה ניתן להתנות שלא לשעבד את הזכות.
* **שיעבוד**-גורם המלווה כסף רוצה בטוחה שהוא יוכל להיפרע ממנו במידה והכסף לא יוחזר. דוגמה קלאסית לכך היא המשכנתא- שעבוד בקרקע. ישנם שעבודים נוספים- כגון על רכבים.
* **העברת שכירות** - ס' 22 לחוק השכירות והשאילה מאפשר את **העברת השכירות** לאחר.
* **הענקת זיקות הנאה** – אם יש לי זכות קניינית – אני יכול להקנות לאחר זיקות הנאה בנכס.
* **ס' 21 לחוק השכירות והשאילה** – ס' זה מאפשר את **העברת המושכר**: הס' קובע כלל לפיו קונה של נכס שכרגע מושכר לאדם אחר רשאי לעשות את עסקת המכירה, אבל הקונה מקבל את הנכס בכפוף לשכירות הקיימת בו. קרי, עסקת הקנייה כפופה לשכירות המוקדמת שנוצרה בין המוכר לשוכר.
* ס' 21 יחול רק במצב שבו הקונה **כפוף** **לשכירות שהיא קניינית** – כלומר, הסכם שאינו השתכלל לזכות שכירות קניינית והוא רק בגדר התחייבות לעשות עסקה לא יחייב את הקונה (שלא אמור לדעת).
* ס' 21 חל גם על שאילה ואילו ס' 22 (שדן בהעברת השכירות) לא חל על שאילה.

**מה הבעיה? כל הדברים הללו הם דיספוזיטיביים ולכן הם יכולים להפשיט את זכות השכירות מתכניה הקנייניים. לכן, האם יש פה איזשהו תוכן קנייני הכרחי לשכירות?**

חוץ מס' 22 – כלל סעיפי חוק השכירות והשאילה ניתנים להתניה ורק ס' 22 מוגבל להתניה.

**הגבלות מבחינת המשכיר:**

סעיף 21: "המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר". בסוף הסעיף החוק אומר שזה בסדר להעביר את הזכות והשוכר ימשיך לשבת בדירה עד סוף השכירות אבל גם דואגים שלא יידרשו ממנו לשלם יותר עקב ההעברה. זוהי הגנה על השוכר.

**הגבלות מבחינת השוכר:**

סעיף 22: עבירות הזכות.

22. השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; **כלומר מלכתחילה השוכר לא רשאי להעביר את זכותו ללא הסכמה.**

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.

העברת השכירות לגורם שלישי נקראת שכירות משנה.

מה קורה אם הצדדים הגבילו את עבירות השכירות בחוזה עצמו?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מקרקעין (החוק נותן כוח רב יותר לשוכר) | מיטלטלין / זכויות |
| יש הגבלת עבירות | **כפוף לשיקול דעתו של ביהמ"ש**. המשכיר צריך להסביר את סיבות הסירוב שלו, ועל הסירוב להיות סביר. | **איסור עסקה.** אם המשכיר לא מסכים להעברה היא לא תתקיים ולא משנה מהן הסיבות שלו להתנגדות. |
| אין הגבלת עבירות | **הרשאה לביצוע העסקה.** אם הצדדים לא הסכימו ביניהם על מגבלות אז אין מגבלות (זוהי ברירת מחדל – המשכיר אם ירצה יכול לגשת לביהמ"ש ולתבוע מטעמים שהוא יצטרך להוכיח כסבירים). | **כפוף לשיקול דעתו של ביהמ"ש**. המשכיר צריך להסביר את סיבות הסירוב שלו, ועל הסירוב להיות סביר. |

* רישיון למשל הוא זכות אישית וחוק השכירות והשאילה ומגבלותיו לא חל עליו בכלל.

סיבה להשארת שיקו"ד לביהמ"ש בעניין המקרקעין- על מנת שהחוק לא יהפוך לאות מתה, וכמו כן במקרים של חכירה- שלא יהיה נדרש אישור שלמנהל כל פעם שמעוניינים להעביר את הדירה.

סיכום ביניים: דנו בשלושה סוגי שכירויות – קצרת מועד (עד 5 שנים); חכירה (5-25 שנים); חכירה לדורות (25 שנים ומעלה). לאחר הסיווג נפנה לשלב הבא.

כשבודקים עסקת שכירות יש לבחון אם היא הוקנתה בתמורה, שיש החזקה ושימוש ושהשימוש הוא לא לצמיתות (ס' 3). דנו גם בעבירות הזכות – אמרנו שהעבירות לפי ס' 21 מאפשרת להעביר את הנכס לבעלות של אדם אחר אבל הסיפא של הס' מתנה את זה בהגנה על השוכר. במקביל, החוק מאפשר עבירות גם לשוכר (ס' 22) ושם למדנו שאנחנו צריכים באופן עקרוני את הסכמת המשכיר לפעולה זו של העברת זכות השכירות. ס' 22 קובע שהשוכר לא רשאי להעביר לאחר את זכותו או להשכיר את הנכס בשכירות משנה ללא הסכמת המשכיר.

יש חלוקה בין העברת מקרקעין להעברה של שאר השכירויות. באופן דיי חריג לנכסים ולזכויות - במקרקעין הזכות לשכירות מאפשרת לשוכר לבצע פעולות במידה רבה יותר (אם טעמי המשכיר לסירוב הם לא סבירים).

**מאוד חשוב לשאול האם יש או אין הגבלת עבירות** **וזה השלב הראשון שיש לבדוק במבחן!**

**נציג דוגמאות לסוגי הצדקות של משכירים - סבירות או לא:**

ס' 22 – עבירות הזכות: "השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים...".

ישנם מצבים שבהם אנחנו נראה בהתנגדויות של המשכיר כהתנגדות סבירה. מדובר בקטגוריות שהוכרו בפסיקה כמצדיקות התנגדות על סמך טעמים סבירים (**אולם**, יצוין כי לא מדובר בקטגוריות חלוטות וניתן לערער על כל קטגוריה ולהסביר למה היא לא רלוונטית במקרה הספציפי).

פס"ד 02/1374 אשגרם נכסים בע"מ (לא קראנו): **מבחן סוג הנכס** - הקטגוריה שבה הכיר ביהמ"ש כטעם סביר להתנגדות היא סוג הנכס. יש נכסים, אומר ביהמ"ש, שהעמידה הדווקנית של בעליהם תצדיק לפי המאפיינים שלהם את אי העבירות. במקרה זה מנהל מקרקעי ישראל אמר שלא ניתן להעביר את הנכס כי הקרקע התקבלה תוך פטור ממכרז (להסתדרות) ועכשיו הם רוצים להעביר אותה למוסד פרטי. ביהמ"ש קבע שהמנהל צודק ושבמקרים מסוימים – סוג הנכס יאפשר למשכיר להתנגד וההתנגדות הזו תיחשב כלגיטימית לפי ס' 22.

ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס: **מבחן****זהות השוכר** - המשיבים קיבלו רשות לגור בשיכון הנמצא בתחומי ביה"ס החקלאי מקווה ישראל ביוזמתו, כי ביה"ס היה מעוניין בהטבת תנאי המגורים שלהם, עקב התועלת שבהימצאותם דרך קבע בשטח ביה"ס. זכויות החכירה ניתנו להם בתנאי הנחה ובתוקף תפקידם כעובדי ביה"ס. על-פי הסכם החכירה אסור לחוכר להעביר את זכות החכירה שלו ללא הסכמת מינהל מקרקעי ישראל. המינהל התחייב כלפי ביה"ס שלא לתת את הסכמתו להעברת זכות החכירה ללא המלצתו. המשיבים ביקשו במחוזי פס"ד הצהרתי, לפיו המינהל אינו רשאי להתנות את הסכמתו להעברת זכות החכירה בכך שההעברה תהיה רק לפי אישור ביה"ס, קרי רק לביה"ס עצמו או למי שנמנה עם צוות עובדיו. **בקשתם התקבלה ומכאן הערעור**.

נקבע, שעל החוכר להראות כי התנאי שממנו נובע הסירוב הוא חסר טעם הוגן וממשי ולכן הינו בלתי סביר. עוד נקבע שסבירות הסירוב תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הש' נתניהו קבעה שאמנם אין ספק כי התניה הזו מגבילה באופן קשה את זכויות המשיבים אבל במקרה זה,הסיבה היא הרצון לשמור על ייעודה של הקרקע המשמשת את ביה"ס וצרכיו, כמו גם על צרכי המורים הדרים בו **ולכן היא לא בלתי סבירה ומותרת**. **נדחה**.

פס"ד 00/7783 בנק הפועלים (לא קראנו): **מבחן אי עמידה בתשלומים** – מדובר במצב בו השוכר שביקש להעביר את שכירותו לא עמד בתשלומיו. כך - למרות שלכאורה אין בעיה עם סוג הנכס או זהות השוכר – כשיש הפרה של חוזה השכירות ע"י השוכר הראשון והוא לא עומד בתשלומיו – הוא לא יכול להעביר זאת לאחר (כלומר נראה את התנגדות המשכיר כהתנגדות לגיטימית אם היא מבוססת על אי עמידה בתשלום).

**לסיכום:**

* סבירותו של הסירוב תלויה בכל מקרה ומקרה בנסיבותיו המיוחדות (פס"ד חברת הכשרת היישוב – לא קראנו).
* נטל ההוכחה יושב על השוכר (מ"י נ' וייס). הוא זה שצריך להראות שטעמי הסירוב של המשכיר אינם סבירים.

**נסכם את שלבי הפיתרון**

השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים **יש** הגבלת עבירות בחוזה?

1. השוכר יעביר את השכירות או יכניס שוכר-משנה (למורת רוחו של המשכיר ומבלי אישורו).
2. המשכיר ייקח אותו לביהמ"ש 🡨 הוא ייטען שהשוכר חרג מהחוזה ושטעמי הסירוב שלו הם סבירים.
3. **נטל ההוכחה** להסביר שהטעמים להתנגדות בלתי סבירים **הוא על השוכר**.
4. אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם **סבירים** 🡨 אסור לשוכר לבצע את הפעולה.

אם נקבע שהטעמים להתנגדות הם **בלתי סבירים** 🡨 צריך לבדוק מהו הנכס:

**אם זה מקרקעין** – השוכר יוכל לבצע את הפעולה בכל זאת רק באישור ביהמ"ש.

**אם זה** **מיטלטלין** – בכל מקרה השוכר לא יוכל להעביר את השכירות ללא אישור המשכיר.

השתלשלות אירועים משפטית במקרה שבין הצדדים **אין** הגבלת עבירות בחוזה?

**במקרקעין** - מותר לשוכר להעביר את השכירות או להכניס שוכר-משנה (וזה לא תלוי רשות).

**במיטלטלין** - מותר לשוכר להעביר את השכירות כתלות באישור ביהמ"ש שיצהיר שהטעמים הם בלתי סבירים.

**שיקול דעתו של ביהמ"ש** יינתן לעצם היכולת להעביר שכירות כמו שהיא או לאשר אותה אבל בתנאים מסוימים – **קרי, הוא יכול להגביל אותה**. אופציה אחרת היא **לסרב להעברה** על אף הטעמים הלא סבירים.

הרצאת מתרגל מס' 1 – 07.12.16

# יט. זכות קדימה ו-טז. זיקת הנאה

**זכות קדימה**

זכות קדימה מופיעה כבר במשפט העברי בתור "דינא דבר מצרא". המשמעות היא שחייבים קודם להציע לשכן משום "עשיית הישר והטוב", וכי כך הרווחה החברתית המצרפית תגדל. הס' לעניין זכות הקדימה הם סעיפים 99-106 לחוק המקרקעין.

**מהי זכות קדימה?**

זכות מקנה בעל הקרקע לאחר, לפיה אם ירצה בעל הקרקע למכור את המקרקעין, עליו לפנות תחילה לבעל זכות הקדימה - זוהי זכות סירוב ראשונה.

**מתי חלה?** בעלות וחכירה לדורות.

**מתי לא חלה?** בשכירות, בזיקת הנאה, בהעברה ללא תמורה, אך במקרה שכזה היא חלה על מקבל הנכס במתנה. למשל: אם א' רוצה למכור את הבית שלו ולב' יש זכות קדימה עליו – יש לב' זכות סירוב ראשונה. אך במקרה בו א' נותן במתנה בית לג' – אין זכות קדימה לב', אך אם ג' ירצה למכור את הבית בעתיד-תהיה לב' זכות סירוב ראשונה.

מדוע? אם הייתה זכות קדימה בשכירות זה היה מקשה מאוד על המסחר התקין.

**סוגי זכויות קדימה**

* + - * 1. **מכוח הסכם** – ס' 99 (א).
        2. **מכוח דינים מסוימים הנוגעים לירושה** – ס' 100(ב)+ס' 113 לחוק הירושה.
    1. זכות קדימה של יורשים על פנים זרים.
    2. זכות קדימה ליורש ספציפי על פני יורשים אחרים.
       - 1. **זכות קדימה בין בני זוג** (ס' 101)
       1. משק חקלאי.
       2. בית עסק שלהם.
       3. דירת המגורים.
* זכות קדימה חייבת להירשם במרשם המקרקעין כדי להיחשב זכות קניינית. זכות חוזית לא מספיקה.

**זכות קדימה היא זכות קניינית. כיצד היא נרכשת?**

* מכוח הסכם דו שלבי: (1) שלב חוזי ; (2) שלב רישום.
* מכוח דין: לא דורש רישום היות והדין כבר רושם את הזכות.
* אם מוקנית הזכות מכוח הסכם, ניתן לרשמה בלשכה לרישום המקרקעין (הטאבו), כמו כל עסקה.

זכות קדימה על פי דין:

* **בין יורשים במשק חקלאי** - אם אחד היורשים לא רוצה זכויות במשק, הוא חייב קודם כל למכור את הקרקע לאחיו ורק אח"כ לשאר העולם. הרציונל: שמירה על שלמות המשקים המשפחתיים.

1. **בין בני זוג** - אם בעל רוצה למכור את חלקו בדירה, ראשית עליו להציע את המכירה לאשתו, כדי לא להכריח את האישה להיכנס לשותפות שהיא לא מעוניינת בה (כולל: דירת מגורים / משק / בית עסק).

* אלה שני המקומות היחידים שבהם תינתן זכות הקדימה מכוח הדין .

**איך מבצעים את זכות הקדימה?**

בהיעדר תנאים אחרים בהסכם, זכות הקדימה תתקבל באופן הבא:

1. שליחת הצעה למי שיש לו זכות קדימה ולרשם המקרקעין.
2. יינתן חודש להגיב עליה.
3. אם הניצע לא הגיב – נראה אותו כמי שוויתר על זכותו ונחפש קונה.
4. כעת עומדת לרשות הניצע חצי שנה - אם מצאתי קונה שמוכן לקנות את הקרקע במחיר זהה או גבוה מזה שהצעתי לבעל זכות הקדימה 🡨 אוכל למכור לאדם הזר. אם מצאתי קונה שמוכן לקנות במחיר נמוך יותר, אציע שוב לבעל זכות הקדימה באותו המחיר הנמוך.
5. אם עברה חצי שנה ולא מצאתי קונה – יש להציע שוב לבעל זכות הקדימה.

* הן לפי הפסיקה והן לפי דבריו של ויסמן - **זכות קדימה טעונה רישום ברשם המקרקעין**.

**ס' 104 – מתן מתנה**: העברת הנכס בלא תמורה משהה את זכות הקדימה עד למכירת הקרקע בפעם הבאה ומקבל המתנה כפוף לזכות הקדימה המקורית. הרציונאל: החוק לא יכול לקבוע לאדם למי לתת מתנה.

זיקת הנאה

בזיקת הנאה עוסקים רק 3 פסקי דין, איך זה ייתכן?

מכיוון שעניינים שעוסקים בזכות זיקת הנאה נסגרים בדר"כ בשלב מוקדם יותר לפני הגעה לעליון.

אפיון הזכות

5. זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם.

מדובר על זכות המצומצמת לזמן מוגדר.

**זיקת הנאה היא חריג לס' 13** - מדוע? ע"פ מהות הזכות עצמה, היא יכולה לחול גם באופן חלקי.

למשל: כאשר יש חלקה א' וב' ושביל הגישה היחיד לחלקה א' הוא דרך מעבר בחלקה ב' – לבעלים של חלקה א' תהיה זיקת הנאה בחלקה ב' רק בחלק שבו עובר שביל הגישה.

**שימוש במרשם**- כאשר מוכרים דירה יש לקונה זכות חוזית והוא צריך לעשות שימוש במרשם כדי "להמיר" אותה לזכות קניינית (לרשום בטאבו). זכות זיקת ההנאה קיימת גם אם לא נעשה שימוש במרשם, גם אם לא נרשמה בטאבו. מדוע? מכיוון שלזיקת ההנאה יש פומביות, בשונה מבעלות על דירה שנחתמת בין 2 אנשים בחדר. [למרות שזיקת ההנאה משתכללת באופן קנייני גם אם לא רשמתי אותה, עדיין נצפה ממי שמקבל את הזכות הקניינית הזו לרשום אותה במרשם כדי להימנע מחוסר תום לב].

**כיצד נוצרת זיקת הנאה?**

* 1. **מכוח הסכם** – יש לי חלקה ואני נותן למישהו זיקת הנאה במקום מסוים אך לא באופן מלא- יש לעג זאת בהסכם כזיקת הנאה, יש פומביות.
  2. **בשל דין** – אדם נפטר והוריש את דירתו לנכדו הראשון. הנכד השני קיבל זיקת הנאה בכדורסל שבדירה.

פס"ד קיבוץ החותרים- עוסק בכריית חול. המדינה עיגנה את נושא כריית החול במכרז ופטרה ברות מסוימות מהצורך במכרז. בשנות ה-2000 המדינה חזרה בה וקבע כי אין יותר פטור ממכרז לאף חברה. החברות עתרו לבג"ץ ואחת הטענות הייתה זיקת הנאה-החברות טענו שבמשך שנים הסתמכו על פטור מחובת מכרזים ולכן המדינה לא יכולה לשנות זאת עכשיו. בג"ץ טען שבאופן ספציפי המדינה כתבה מראש שאין בעובדה שהפטור קיים מס' שנים כדי להסתמך על זיקת הנאה.

* 1. **מחמת כורח** – כמו בדוגמא לעיל, המעבר האפשרי היחידי לחלקה א' הוא דרך מעבר בחלקה ב' ולכן א' חייב שב' יתן לו זיקת הנאה בשביל הגישה שבשטחו.
  2. **מכורח שנים** – ס' 94 "התיישנות רוכשת" – המחוקק מכיר בהסתמכות על זיקת הנאה במשך הרבה שנים. למשל-אדם שעבר בחצר שכנו במשך 30 שנה והוא התרגל לכך-למרות שזה לא היה מוסדר, המדינה תקבל את זיקת ההנאה שלו במקום.

הכלל: שימוש בשטח מסוים במשך 30 שנה ע"פ התנאים הקבועים בחוק יקים זיקת הנאה למשתמש.

**4 סוגים של זכאים לזיקת הנאה (ס' 92 לחוק)**

1. **אדם** ספציפי שנהנה מזיקת הנאה.
2. **סוג בני אדם** - הש' סולברג בפס"ד חיים גת- זהו מקרה שבו דיירי הבניין עברו בחצר של קומת הקרקע במשך תקופה של יותר מ-30 שנה. השופט דן בסוגיה ושאל האם יכולה להיווצר זיקת הנאה כלפי כל דיירי הבניין? השופט קובע שכן, **הגדרת סוג בני האדם (=הקבוצה)**: קבוצה שיש משהו שמאחד אותה אבל הפרטים בה יכולים להתחלף באופן אקראי ולאו דווקא מוסדר. גם הדייר החדש בבניין ייהנה מזיקת הנאה.
3. **כלל הציבור**
4. **מקרקעין –** לדוגמא: אם לחלקה א' יש שדות שלא ניתן לעבד אותן ללא מים מנהר שעובר בחלקה ב'. יכול להיות מעוגן במרשם שחלקה ב' מעניקה זיקת הנאה לחלקה א' לשימוש במי הנהר (מקרקעין מעניקים זיקת הנאה למקרקעין אחרים).

זיקת הנאה כלפי מקרקעין מסוימים (נקרא מקרקעין זכאים).

זיקת הנאה כלפי סוג בני אדם.

1. **תאגיד (הוכר בפסיקה)** – ביהמ"ש הכיר בפס"ד קואופ בסוג נוסף של זכאי זיקת הנאה – תאגיד.

טרמינולוגיה-

אנשים- זכאי vs. חייב

מקרקעין- מקרקעין זכאים vs. מקרקעין כפופים.

לזכות זיקת ההנאה במקרקעין, כמו כל זכות, יש שני שלבים:

(1) השלב האובליגטורי / חוזי; (2) שלב הרישום – השלב שבו משתכללת הזכות.

**נדגים**: ראובן ושמעון גרים בשכנות. ראובן עובר בכל יום בחצר של שמעון בדרך לעבודתו. שמעון מוכר את הקרקע ללוי. לוי אינו מעוניין שראובן יעבור בחצרו. מהי זכותו של ראובן?

**סעיף 5 לחוק**: "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".

כלומר אפשר ליהנות ממקרקעין ש אדם אחר על אף שאיני מחזיק בהם. זו זכות מאוד מצומצמת.

* זהו חריג לס' 13- האומר שאי אפשר לחלק חלקה, בזיקת הנאה יכולה לחול באופן חלקי.

זכות חוזית פחות חזקה מזכות קניינית. לזכות קניינית יש אלמנטים כלפי צד שלישי- כולי עלמא. **הזכות לזיקת הנאה קיימת גם כזכות קניינית גם אינה נרשמה בטאבו**. כי זיקת ההנאה היא פומבית גם ללא רישום.

למרות שזיקת הנאה משתכללת באופן קנייני גם ללא רישום, למרות זאת נצפה לרשום המרשם כדי להימנע מחוסר תו"ל. פס"ד גנז נ' כץ- מדבר על אדם שלא רשם הערת אזהרה והוא חסר תו"ל.

בפס"ד בן חורין מדובר על משפחה שבמשך 30 שנה הם עברו דרך שטח של השכנים. הם ביקשו שהחניה בשטח תוכר כחניה רשמית שלהם. אך בביהמ"ש ההגדרה פורשה באופן מצמצם. ביהמ"ש קבע שזיקת הנאה פוגעת בזכות הבעלות. במקרה של חריגים יצירתיים ולא רגילים ביהמ"ש ייטה לצמצם את ההגדרה ולא יכלול את החריג בחוק.

**ארבעת התחומים שבהם עשויה להשתכלל זיקת הנאה**:

1. התחייבות לפלוני לעשות פעולה מסוימת בקרקע (ביהמ"ש מצמצם).
2. אדם שמתחייב שלא לעשות פעולות בקרקע שלו שיכולות לפגוע בפלוני. זוהי "זיקת הנאה שלילית".

נדגים: לא אגדל צמחים במקום מסוים.

1. אדם שמתחייב לעשות פעולה בקרקע שלו כך שהיא תיטיב עם קרקע מסוימת.

נדגים: לאדם יש נהר שעובר בקרקע והוא מטה את הנהר כך שיעבור בקרקע של אדם אחר.

1. בעל מקרקעין מסוים מתחייב שלא לעשות פעולות במקרקעין הזכאים.

נדגים: שכן שלי מרעיש בקרקע שלו ואני מתחייב לוותר על עילת התביעה בגין הרעש (בעד כסף למשל).

* זיקת הנאה מכוח הסכם או מכוח שנים יכולה להיות רק על אחד מהסוגים שנמנו לעיל.

**חשוב לציין**: לאדם ספציפי ולמקרקעין ניתן לייחס זיקת הנאה מכוח הסכם, אך, לקבוצה או לסוג בני אדם היא יכולה להיעשות רק מכוח שנים.

**שתי דרכים דרכן זוכים בזיקת הנאה**:

1. מכוח הסכם מסודר: פירוט מהות זכות הזיקה בחוזה ושליחה לרשם המקרקעין. הזכות הזו חלה כולי עלמא ואף אחד לא יוכל למנוע שימוש במקרקעין. ההסכם הוא לתקופה מוגבלת רק אם רשום במפורש בחוזה.
2. זיקת הנאה מכוח שנים:
3. יותר מ-30 שנה.
4. רק באחד מארבעת התחומים שבהם עשויה להשתכלל הזיקה (ראה דיון לעיל).

* **זיקה זו משתכללת לאחר 30 שנה בלבד**. מי שפעל במשך 30 שנה בהתאם לזיקה יקבל את הזכות הקניינית הזו בלא צורך ברישום. עם זאת, רשום בחוק שהוא כן יכול לרשום את זכותו.

למה שהוא ירצה לרשום?

* + הוא לא יצטרך להוכיח כל פעם בביהמ"ש את זיקת ההנאה שלו (בניגוד לזו שלא רשומה).
  + זה עשוי לפגוע לו בתוה"ל (בדומה לדיון הנורמטיבי שהתקיים בפס"ד גנז): רישום זיקת ההנאה עשוי להזהיר רוכש פוטנציאלי של הקרקע למשל והוא ידע שקיים מישהו עם זכות קניינית של זיקת הנאה מכוח שנים בנכס. אין פס"ד מפורש בנושא אבל מהלך הרוח של ביהמ"ש כלפי סוגיות אחרות ניתן להחיל זאת גם פה ככל הנראה.

1. בשל דין- צוואה, מעשה מנהלי: פס"ד קיבוץ החותרים- בראשית ימי המדינה היה מצב של כריית חול. בשלב מסוים המדינה החליטה לעגן זאת ולעשות חובת מכרזים- כל חברה שרוצה לכרות חול צריכה לעבור מכרז. היו חברות מסוימות שפטרו אותם מחובת המכרז. בשנת 2000 החליטו שאי אפשר לפטור חברות מסוימות ממכרז. באו אנשים שאמרו שמכוח זיקת הנאה, בשל דין של מעשה מנהלי הם הסתמכו לא לעמוד בתנאי מכרז. בג"ץ אמרו שהמדינה קבעה שאינטרס ההסתמכות לא היה קיים כי זה היה כתוב בחוזה שאין זיקת הנאה. מעבר לכך ביהמ"ש מוכן לקבל זיקת הנאה ע"י רשות מנהלית, אבל התנאים מאוד חריגים.
2. מחמת כורח: אדם חייב לעבור בחלקה של חברו כדי להגיע לביתו.

שלושה תנאים שצריכים להתקיים בזיקת הנאה מכוח שנים:

1. במשך 30 שנה **באופן רציף.**

**"רציף"** – פס"ד בן חורין ופס"ד לוי: ברציפות אין הכוונה לשימוש יום-יומי אלא שימוש באופן **רגיל וסביר**. נדגים: סוכה – נראה שלא תחשב כזיקת הנאה היות וזה פעם בשנה.

האם ניתן לצרף שימוש של אנשים אחרים? נדגים: אבא הלך במשך 20 שנה והבן הלך עוד 10 שנים. ביהמ"ש קבע שבמצבים מסוימים ייתכן מאד שרציפות יורשים תחשב (אך השאיר לעצמו שיקול דעת). נדגים: זיקת הנאה של מעבר קשורה לנסיבות. אם אני ירשתי את העסק של אבי למשל, זה מחייב אותי לעבור באותו המקום, ולכן זיקת ההנאה תימשך.

1. יוכר **רק באחד מארבעת התחומים** (פעולה מסוימת/זיקה שלילית/פעולה להטיב/לא לעשות פעולה).
2. זיקת הנאה צריכה להיות **פומבית, נוגדת את זכות הבעלות באופן מובהק ושלא תהיה עליה מחאה של בעל הקרקע**. החוק יוצא מנק' הנחה שאם בעל הבית לא מחה, ייתכן שזה לא הפריע לו ואותו האדם הסתמך על זיקה זו. האדם יצר זכות קניינית מחייבת ע"י עשייתה באופן גלוי, כאשר בעל הבית לא מחה.

פס"ד טוינה נ' לוי – קרקע שעברו בה דיירי הבניין במשך שנים. יום אחד, בעל הקרקע החליט לשים שער שחסם את דיירי הבניין מלעבור בקרקע. דיירי הבניין טענו לזיקת הנאה מכוח שנים: הם אומנם לא רשמו זאת באף מקום אבל מצד שני, גם הוא לא מחה. הדיון הגיע לביהמ"ש שאמר שבעל המקרקעין היה צריך למחות ושהתקנת שער אינה בגדר מחאה. ביהמ"ש השאיר את השער אבל הורה להעביר מפתחות לדיירים.

* זוהי גם דוגמא לכך שהמחאה צריכה להיות פומבית.
* ברגע ששלושת התנאים הנ"ל מתקיימים, ניתן לרשום את זיקת ההנאה בקרקע. הדבר לא תלוי בהסכמת בעל המקרקעין. אולם, כן ישאלו את בעל המקרקעין אם הוא ידע על כך.

1. בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים: א. הודעה בכתב למשתמש ב. הודעה כללית לציבור.

פס"ד בן חורין- לביהמ"ש שמור שיקו"ד בנושא, והנטייה היא לפרשו בצמצום. יילקחו שיקולים כגון:

1. סוג השימוש ותכליתן

2. הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות

3. פומביות השימוש

4. עד כמה השימוש מפריע לבעלי הקרקע החייבים.

**העיקרון המהותי הוא שזיקת הנאה יוצרת זכות קניינית שחלה כלפי כולי עלמא:**

אם יש לאדם זיקת הנאה מכוח שנים, חייבים לרשום אותה. אם בעל המקרקעין מתנגד, אני אפנה לביהמ"ש ואוכיח את זיקת ההנאה שלי וביהמ"ש יצטרך לאשר לי. עם זאת, אם אותו נהנה לא רשם את זכותו, בין אם עברו 30 שנה ובין אם לא, ובעל המקרקעין מחה - מתבטלת לי זיקת ההנאה.

**ס' 94(ב):** המחאה צריכה להיות בכתב או דרך הודעה לציבור.

**ס' 96:** גם אם יש זיקת הנאה מכוח שנים / הסכם - ביהמ"ש רשאי לבטל אותה מסיבות מסוימות.

נדגים: שינוי נסיבות (בעבר היה צריך לעבור כדי להגיע לעסק, וכיום העסק הועבר למקום אחר).

**ס' 95:** עבירות זיקת ההנאה – ניתן להעביר אותה רק בהסכמת הבעלים הכפופים, או בהתניה מכוח הסכם. זאת היות והזיקה יכולה להיות כלפי אדם ספציפי, או כלפי סוג בני אדם.

זיקת הנאה לטובת מקרקעין – אינה עבירה בכלל. לא ניתן להעביר זאת למקרקעין אחרים. נדגים: זיקת הנאה למקרקעין שלי (מים מהנהר אלי) היא זיקה שלא ניתן להעבירה לקרקע אחרת.

מנגד, אם הקרקע נמכרה לאחר, זיקת ההנאה כן נשארת בקרקע. כלומר, **הבעלים כן יכולים להתחלף**.

מבחן הזכויות בקרקע-פס"ד בן חורין.

**ס' 98:**

* כאשר יש שתי חלקות בבעלות אותו אדם- עדיין אפשרי שתהיה זיקת הנאה מחלקה א' לחלקה ב'.
* אם שניהם עברו לבעלות אדם אחד- הזיקה לא בטלה.
* אם אוחדו לחלקה אחת- הזיקה כן מתבטלת. למשל: כאשר עושים פרצלציה-תכנון מחדש- ומאחדים 2 חלקות לחלקה אחת (ויש שני בעלים שונים בהסדר מסוים). במצב כזה זיקת ההנאה מתבטלת!

**זיקת הנאה מכוח שנים-ס' 94**

3 תנאים ליצירת זיקת ההנאה מכוח שנים-

* 1. **שימוש ממושך של 30 שנה** - גם כשהשימוש נעשה לסירוגין. פס"ד טוינה נ' לוי- משפחת טוינה נהגה לעבור בחצר משפחת לוי במשך שנים, ובנוסף טוינה רצו להתחיל להעביר בלוני גז באותו מקום. בג"ץ קבע שיש להם זיקת הנאה וכן הם יכולים להעביר בלוני גז. זוהי פסיקה נדירה, נטיית ביהמ"ש בדר"כ היא שלא להרחיב את זיקת ההנאה שלא לצורך.
  2. **הזיקה צריכה להיות פומבית** – המבחן הוא מה היה צריך בעל הקרקע לדעת (פס"ד בן חורין). למשל: אם הם היו עוברים ב4 בבוקר בשקט כשכולם ישנים, בעל הקרקע לא היה צריך לדעת את זה ולכן היא לא פומבית.
  3. בעל הקרקע לא מחה על כך בשתי דרכים:
     1. הודעה בכתב לנהנה.
     2. הודעה כללית לציבור.

פס"ד בן חורין-

לביהמ"ש שמור שיקול דעת בנושא והנטייה היא לפרש את זיקת ההנאה בצמצום.

שיקולים של ביהמ"ש בקביעת זיקת הנאה:

* סוג השימוש ותכליתו
* הצורך בשימוש לאור בחינת חלופות
* פומביות השימוש
* עד כמה השימוש מפריע לבעלי המקרקעין החייבים.

**תוקף הזיקה-ס' 96**

* כל עוד לא הוסכם אחרת – לא מוגבל.
* ביהמ"ש מוסמך לבטל זיקת הנאה בשל אחת מהסיבות:
* אי הפעלת הזיקה
* שינוי שחל בנסיבות השימוש בזיקה.
* שינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.

**העברת זיקת הנאה- ס' 95**

ללא הסכמה של בעל המקרקעין הכפופים לא ניתן להעביר זיקת הנאה לטובת אדם. למשל: אם א' נהנה מזיקת הנאה של ב', וא' מוכר את החלקה שלו לג', ב' חייב להסכים כדי שזיקת ההנאה תעבור לג'.

**תחולה במקרקעי ציבור – ס' 113**

113. (ג) במקרקעי ציבור לא יחול סעיף 94.

מלשון החוק נלמד באופן חד משמעי שזיקת הנאה לא חלה במקרקעין שבבעלות המדינה (93% מהקרקעות בארץ) אלא רק ב-7% המקרקעין שבבעלות פרטית.

ויסמן חולק על כך בטענה שאם נגיד שזיקת ההנאה חלה רק על קרקעות שלא בבעלות המדינה (7%), אנו מעקרים מתוכן את כל הוראות החוק על זיקת ההנאה.

**זיקת הנאה לא מקנה חזקה במקרקעין!**

**נושא #6 - התחדשות עירונית**

הרצאה 21 - 29.01.17

סיבות לעבוד בתחום של התחדשות עירונית:

* לא דורש מקצועיות משפטית וחשיבה משפטית עמוקה מידי – פעולות פשוטות ורווחיות.
* מי שמשלם את רוב הכסף – הם היזמים- הקבלנים – גורמים שיש להם כסף ולא צריך לרוץ אחרי לקוחות.

**מהי התחדשות עירונית?**

**מס' בעיות הקיימות בכלל המדינות בעולם והובילו לפרוייקטי ההתחדשות העירונית:**

* + 1. **הזדקנות מרכזי הערים** – ערים בעולם הן בנות 200-300 שנה, הערים מזדקנות ויש נטישה של אוכלוסיה את הערים ועבירה לפרברים. לעתים מרכזי ערים נשארים שוממים.
    2. **חוסר יעילות – גסיסה כלכלית** – בעבר רוב הפעילות הכלכלית והמסחרית היו במרכזי הערים (ירושלים, ב"ש, ת"א, פתח תקווה) אך עם הזמן בנו קניונים או מרכזי קניות מחוץ לערים מה שגרם לכך שמרכזי הערים הפסיקו להיות פעילים כלכלית.
    3. **השוואת תנאי המחיה** – שיקופם שכונות – לפחות ברמת ההצהרה מדובר על ניסיון של רשויות להגדיל/להרחיב את השוויון. בעיקר באותך שכונות ישנות, שכונות מצוקה, עיירות פיתוח וכו'. ממשלות ועיריות רצו לשנות את השכונות האלה לקדם אותן ולתת לאוכלוסיות שם התחלה כלכלית טובה יותר. זה טוב או רע? בפועל התוכניות האלו לא היו שיקום שכונות אלא שיקום פני השכונה מבחינה חיצונית (טיפול קוסמטי- קצת צביעת קירות וכו') אך לא שינו באמת בפועל את השכונות עצמן. לכן הפרויקט שהחל בשנות ה-90 נחשב לכישלון.
    4. **משבר הדיור** (ייחודי לישראל) – משבר הדיור שפרץ בעשור האחרון מדבר על חוסר עצום בקרקעות לבנייה וחלק גדול מהניסיון לפתור בעיה זו הוא לשחרר קרקעות של המינהל. החשש: שחרור של יותר מידי קרקעות יכול לפגוע בערך הקרקעות הקיימות. תפיסה נוספת שהתנגדה לשחרור קרקעות נוספות מהמינהל אמרה שבטרם נשחרר את עתודת הקרקעות הקיימת יש לנצל בצורה נכונה את הקרקעות הקיימות המשמשות לבנייה כיום- אין סיבה שבמרכזי ערים יהיו בניינים של שתי קומות אם אפשר לבנות שם מגדל. זוהי שאה נורמטיבית-האם זוהי הדרך הנכונה? האם נכון לבנות מגדלים בכל מרכזי הערים? אחת הטענות נגד היא האורבניקה של העיר- למשל בת"א- הבנייה הגבוהה מסתירה את הים וחוסמת את הנוף. כנ"ל בירושלים- פרויקט הולילנד שהרס את המרקם האורבני של ירושלים. סיבה זו משחקת תפקיד גדול בעידוד של הרשויות השונות לשקול את תחום ההתחדשות העירונית.
    5. **בטיחות** – הגנה מפני רעידות אדמה. יש סבירות שבעשורים הקרובים תתרחש רעידת אדמה וכחלק מההיערכות לכך צריך לחדש את הבטיחות בקרקעות הבנייה הקיימות ולהתאימם לסטנדרטי הבטיחות כיום.

השיקולים הללו לא מובילים בהכרח לאותה מסקנה אלא מובילים למסקנות לכאן ולכאן, אם כן, מה המסקנה משכלול כל הסיבות הנ"ל? על כך ננסה לענות במהלך השיעור.

**התחדשות עירונית מורכבת מ-2 מסלולים מרכזיים:**

* + - 1. **פינוי בינוי** – בדר"כ מדובר במקבץ בניינים באזור מסוים, למחוק את הקיים ולהקים אזור מגורים חדש. בחוק הישראלי נקבע כי יזם שרוצה להיות חלק מהפרויקט הזה אין לו הרבה ברירות ויש חוקים מפורטים וברורים מאוד מה הוא צריך לעשות ואיך.
      2. **תמ"א 38** – תוכנית מתאר ארצית שמטרתה חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. אמרנו שיש צפי לרעידות אדמה והממשלה צריכה להיערך לכך. תמ"א 38 מדברת על אפשרות לעשות את התוכנית על מקבץ בניינים אך אפשר לעשות את זה רק על בניין יחיד (בפינוי בינוי מדובר על מקבץ בלבד-כי הדבר דורש אישורים רבים, פיצויים וכו').

בפינוי בינוי המטרה ברורה - הוצאת הדיירים מהבניין, הריסת המבנה ובנייתו מחדש והחזרת הדיירים.

תמ"א המטרה לא ברורה – תמ"א 1 מדברת על שיפורים במבנה-הכוונה הייתה שיזם יבוא למבנה קיים יחזק את היסודות שלו ויקים ממ"דים ללא הריסת המבנה הקיים ובתמורה לכך הוא מקבל תוספות בנייה של קומה או שתיים. תמ"א 2 – הבינו שהתוכנית הראשונה לו עובדת בגלל שהיא לא הייתה משתלמת כלכלית ליזם וכן לא משתלמת לדיירים-שנתיים שיפוצים לא השתלמו לדיירים. לכן עשו את התיקון השני ואיפשרו בתמ"א 38 הריסה של המבנה הישן ובניית מבנה חדש.

הבדלים בין פינוי בינוי לתמ"א 38:

1. פינוי בינוי= מבוצע על מקבץ בניינים\ אזור. תמ"א 38= ניתן לבצע על בניין יחיד, ולא בהכרח על אזור.
2. פינוי בינוי= מעוגן בחקיקה. היזמים חייבים לעבוד לפי חוק. הדיירים יפוצו בהתאם לחוק. תמ"א 38= אין הוראות חוק ברורות והפרויקט נתון למו"מ.
3. פינוי בינוי= המטרה היא להוציא את הדיירים, לבנות מחדש ולהחזירם לבניין. תמ"א 38 =אין הריסה של המבנה הקיים אלא שיפוצו וחיזוקו. עם זאת, תמ"א 38 [1] לא עבד כל כך כיוון שהרעשים ותקופת השיפוץ לא השתלמו כלכלית לעומת התוצאה הסופית. לכן החליטו על תמ"א 38 [2] במסגרתו ייהרס המבנה הישן וייבנה מבנה חדש לחלוטין. (וכך ההבדל הזה כבר לא קיים בין שני סוגי הפרויקטים)

לדיירים של תמ"א 38 יש בדרך כלל דירות ישנות, לא משופצות ולא מתוחזקות. לכן יש להם אינטרס חזק בפרויקט כיוון שהם לא צריכים לשלם על השיפוץ, לא על עורכי הדין וכד'. לכן לכאורה אין סיבה הגיונית להתנגד לפרויקטים אלו.

בפרויקטים של התחדשות עירונים ישנם "שחקנים" רבים שיש לקחת בחשבון: הדיירים, העיריות, היזמים, המדינה.

**שיקולי בעד ונגד של הצדדים לתוכניות להתחדשות עירונית**

יזם מגיע לדיירים ומציע להם להרוס את המבנה שלהם ולהקים במקומו מבנה חדש ובתמורה הן יקבלו דירות חדשות ולכאורה כל הצדדים מרוויחים.

**הדיירים המקוריים**

שיקולים בעד - אינטרסים כלכליים של הדיירים כגון: עליית ערך הדירה, שיפור דיור, דירה גדולה יותר וחדשה יותר. הדיירים לרוב לא נדרשים להשקיע כסף בפרויקט.

שיקולים נגד - עלויות תחזוקת הבניין החדש- לאחר הבנייה עולות העלויות לדייר- הדיירים נדרשים לשלם לחברת ניהול לתחזוק מעליות וניקיון, גינון, תשלום הארנונה עולה. הדבר גורם לג'נטריפיקציה (עִילוּת; שינוי הקהילה)- תהליך שקורה בכל העולם המערבי' שכונות ישנות בהן המחירים מאוד נמוכים ולכן גרות שם אוכלוסיות חלשות, ועם השנים מגיעות לשם אוכלוסיות קצת יותר חזקות ומתחילה רכישה איטית עד שזה מגיע למצב שהשכונות הללו הופכות ליקרות מידי לדיירים המקוריים כך שהדבר מחייב אותם למכור את הבתים הללו מכיוון שאינן יכולים לעמוד בתשלום התחזוקה שלהם ולעבור לשכונה אחרת. דבר דומה קורה בברוקלין.

מנגד- יש אינטרס של חברתי של שיפור הדיור והתחדשות עירונית שהממשלה מקדמת, וג'נטריפיקציה, למרות חסרונותיה, ייתכן והיא עדיפה על אפשרות האחרת-הפקעה לצורך התחדשות עירונית. בג'נטריפיקציה האוכלוסייה החלשה מקבלת דירה חדשה בעלת ערך גבוה שהיא יכולה למכור בסכום גבוה יותר מאשר סכומי הפיצויים שהיא הייתה מקבלת על

**רשויות מקומיות**

שיקולים בעד - משפרים את הרושם והתדמית של העיר, יש בנייה חדשה שמובילה לביקוש ולהבאת אוכלוסיות חזקות יותר לעיר. שיפור חיי המסחר.

שיקולים נגד - הרבה מאוד עיריות עיכבו במשך שנים פרויקטים של התחדשות עירונית. למה? הבעיה העיקרית של מעבר אוכלוסייה לעיר ולשכונה המסוימת מחייבת התייחסות והתאמת התשתיות הקיימות. אם בעבר היו 100 איש בשכונה מסוימת ואחרי ההתחדשות יש 1000 איש באותה שכונה – התשתיות לא מספיקות ולא מותאמות לגודל האוכלוסייה (כבישים, ביוב, חשמל, מוסדות ציבור-בתי כנסת, בית ספר, מקוואות וכו') – הדבר דורש הקצאת שטחים נוספים וכן עלויות גבוהות נוספות. העיריות מנסות לגלגל את ההוצאות הנ"ל אל היזמים או לרמה הלאומית-אל הממשלה. לכן העיריות בדר"כ מתנות את הפרויקטים בהטלת העלויות הנ"ל על היזמים.

**השלטון המרכזי-הממשלה**

הסירה מעצמו את האחריות למשבר הדיור ולמציאת פתרונות והעביר את האחריות על הפרויקטים ופתרון הבעיות לרשויות המקומיות וליזמים.

**היזמים**

אינטרס היזמים הוא כסף. אם הפרויקט רווחי-הולכים עליו, אם הוא לא רווחי-לא הולכים עליו.

**הדיירים העתידיים הפוטנציאליים**

גורם נוסף שיש לקחת את האינטרסים שלו בחשבון. ניתן לשקול את הפגיעה הנגרמת מהמצב כיום בו זוגות צעירים לא יכולים לרכוש דירה בתל אביב, ומתוך כך את הצורך לקדם פרויקטים נוספים של התחדשות עירונית.

**בעיית הפעולה המשותפת**

הבעיה העיקרית שנתקלים בה בהתחדשות עירונית. כאשר יש מס' גורמים בסיפור- כל צד מנסה לקדם את האינטרסים שלו על חשבון האחרים (זוהי בעיית המרעה שדיברנו עליה בתחילת שנה- the tragedy of the commons - אם יש שטח מרעה משותף ויכולות להיות בו רק מס' פרות מסוים כדי שיישאר קיים, ומס' הפרות שיש לכל הרועים יחד גדול יותר – כל רועה ינסה להכניס יותר פרות שלו למרעה וכך יהיו יותר פרות במרעה ממה שמותר והמרעה ייהרס.

אחד הפתרונות היא מעבר מקניין משותף לקניין פרטי – לקחת את החלק המשותף ולחלק אותו לחלקים פרטיים.

**המרצה** טוען שיש סירובים של דיירים לפרויקטים של התחדשות עירונית שהם סירובים לגיטימיים. עם זאת, לדבריו בתי המשפט לא עושים הבחנה בין סירובים לגיטימיים לסירובים שאינם לגיטימיים, אלא קובעים שאין דבר כזה סירוב לגיטימי.

**3 אפשרויות להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת**-

* 1. **הפרטה** – הצדדים יפתרו את הבעיה ביניהם, אחרת לא יהיה. השוק החופשי יפעיל את המנגנונים והתמריצים שלו כך שהבעיה תיפתר. יתרונות ההפרטה-אם הדיירים יגיעו להסכמה בפני עצמם ללא הגבלות של הרשויות, תיפתר למעשה הבעיה המשותפת. הבעיה: בהרבה מן המקרים הפרטות לא יוצאות לפועל, וכאשר זה כן יוצא לפועל, לרוב יש פגיעה קשה בצדדים החלשים. יש סכנה שהגורמים החזקים-בעלי הדירות החזקים ידרשו הרבה מהיזם בעוד בעלי הדירות החלשים
  2. **הפקעה** – הלאמת הפרויקט. באה המדינה/העירייה ואומרת שהיא לא יכולה להשאיר את ביצוע התוכניות להתנהלות השוק כי יש הרבה כשלי שוק שיכולים לפגוע בהוצאה לפועל שלהן. על כן פתרון העירייה הוא הפקעה של הקרקע מידי הבעלים (תוך תשלום פיצויים) והעברתה לידי יזם פרטי כדי שיקים שכונה חדשה. יתרונות ההפקעה:
* אין משא ומתן ולכן העלויות נמוכות יותר.
* התגברות על בעיית הפעולה המשותפת-אין סחטנות והתנגדויות והפרויקט פשוט מבוצע.

חסרונות ההפקעה- האם זה מותר? כן-כל הסיבות שמנינו לעיל הבהירו לנו שלתוכנית להתחדשות עירונית יש אינטרסים ציבוריים והמטרה היא לא השגת תועלת פרטית ליזם או לדייר המסוים אלא פיתוח עירוני והשאת הרווחה המצרפית של כלל העיר. אינטרסים ציבוריים אלו מצדיקים הפקעה. לא-פגיעה מאוד קשה בזכות הקניין של הדיירים. בנוסף, הפקעה לא מביאה בחשבון את הזכויות האמתיות של בעלי הזכויות-הדיירים המפונים יקבלו פיצוי על ערך הקרקע הנוכחי ממנו פינו אותם-נמוך מאוד-פיצוי שלא יאפשר להם לרכוש דירה במקום אחר. חסרון של הפקעה- היכולת לעמוד ב-7 מבחני המידתיות של ביצוע הפקעה. האם יזם יכול לעמוד בכל המבחנים להפקעה?

* 1. **רגולציה** – המחוקק ניסה לאזן את היתרונות והחסרונות שדיברנו עליהם ע"י רגולציה. ביטוי לנורמה שאנו חושבים שהיא הפיצוי הראוי והדרך הראויה לפעול בה. היתרונות הבולטים: ראיה רוחבית והתאמת הפרויקטים למרחב הכולל בעיר; נתינת ביטוי לדרך הפיצוי הראויה המגיעה לדיירים לדעת הגורמים בעירייה, קביעת סטנדרט פיצוי של דירה חדשה בפרויקט; החסרונות הבולטים: פעמים רבות המציאות מובילה לכך שכעבור תקופה השכונות מתייקרות, לאור שיפוצן והתחדשותן, ואז הדיירים לא מצליחים לעמוד בנטל הכלכלי של הישארות בדירותיהם, מוכרים אותן ועוברים לשכונות אחרות. 🡨 נוצרת ג'נטריפיקציה שאינה מכוונת מראש.

במאמר מוסגר: תביעות 197- תביעות מחוק התכנון והבנייה- תביעות שיכול להגיש כל מי שהמקרקעין שלו נפגע כתוצאה מאישור תוכנית מסוימת (למשל-אנשים שהקרקע שלהם צמודה למסילות הרכבת הקלה בת"א ונפגעו כתוצאה מהתוכנית של הרכבת כך שהם לא יכולים לבנות בחלק הקרקע שלהם שצמוד למסילת הרכבת- במקרה כזה, מקרקעין שנפגעו כתוצאה מתוכנית שלא בדרך של הפקעה-הבעלי זכאי לפיצוי (בגדול הפיצוי הוא השווי השמאי של ירידת הערך בעקבות הפגיעה). לכן, מראש, הרשות דורשת מהיזם (במקרה של הרכבת הקלה-חברת נת"ע) כתבי שיפוי שאומרים שבמידה ויוגשו תביעות נגד הפגיעות הללו-על היזם לשלם את הפיצויים לתובעים. האם זה ראוי? ניתן לומר שכן מכיוון והיזם מרוויח מהפרויקט החדש ולכן עליו לשלם על הנזק שאותו פרויקט גורם.

מדוע על העירייה לשלם פיצויים?

* **יעילות**- החשש שלא נדרוש מעיריות לשלם פיצוי הן יפלו לאשליה פיסקלית- הם יקבלו החלטות ויבצעו פרויקטים ללא חשיבה על ההשלכות שלהם. לכן אנו מחייבים את העירייה לשלם את הפיצוי, כי כאשר היא נדרשת לשלם היא תיקח בחשבון את ההשלכות של הפרויקטים בעת ביצוע ההחלטות ואישורם.
* **הוגנות**- הפיצוי נועד לפזר את הנזק, בעלי החלקות הנפגעים לא צריכים לספוג את הנזק אלא יש לפזר את הנזק בין כל התושבים של אותה עיר שנהנים מהיזמות.

לכן, העיריות מבקשות כתבי שיפוי מהיזמים כתנאי לאישור התוכניות. כתבי השיפוי אומרים כי במידה ויוגשו תביעות 197, על היזם לשלם פיצויים לנפגעים. פס"ד פרחי ביקל- לפני כמה חודשים ביהמ"ש אסר על העיריות לדרוש כתבי שיפוי כאלה.

כרגע ביהמ"ש קבע בצורה מפורשת שלגבי תביעות 197-רשות מקומי לא יכולה לדרוש כתב שיפוי כתנאי לאישור התוכנית. באו העיריות והרחיבו את זה גם לתוכניות של התחדשות עירונית ועצרו גם את כל תוכניות התמ"א והפינוי בינוי הקיימות כיום.

הרצאה 22 - 01.02.17

**נחזור לאפשרות שהצגנו לעיל של רגולציה כפתרון לבעיית הפעולה המשותפת:**  כרגע תכניות רגולטוריות רבות מעוכבות ואינן מאושרות, כיוון שהעיריות לא מעוניינות שייפול עליהן הנטל הכלכלי לפצות את מי שקרקעותיהם נפגעו כתוצאה מהפרויקטים. העיריות מעוניינות שהנטל יהיה על כתפי היזמים הפרטיים. רקע לכך:

**תביעות 197 לחוק התכנון והבניה**- תביעות שיכולים להגיש מי שהמקרקעין שלו נפגעו כתוצאה מאישור התכנית. נניח שאושרה תכנית מסוימת במסגרתה לא הייתה שום הפקעה של קרקעות, אך לתכנית יש השפעה מסוימת על קרקעות. לדוגמה בניית הרכבת הקלה בת"א מונעת מבעלי מקרקעין סמוכים לבנות על המקרקעין שלהם מבנים בסמיכות מסוימת לפסי הרכבת. אמנם לא הפקיעו את קרקעותיהם, אך כדי לשמור על 'אזור פנוי' סמוך לפסי הרכבת, נמנעה מהם האפשרות לבצע פעולות שונות בקרקע שלהם. כך נפגע השווי של הקרקע. בארץ יש אפשרות לקבל פיצוי עבור פגיעה בתכונות מקרקעין כנ"ל, באמצעות **תביעות מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.** מבצעים הערכה של שווי הקרקע טרם הפגיעה ולאחריה, ובהתאם מפצים. החשש הגדול הוא שאם לא יהיה חיוב לשלם פיצויי על פגיעה כנ"ל, העיריות יושלו שהן יכולות לעשות מה שהן רוצות עם הקרקעות מבלי לשלם\ לשאת בעלויות. לכן יש לחייב את העיריה לשלם כסף עבור פגיעות במקרקעין, וכך הן ישקלו ברצינות האם כדאי להן לבצע כל פעולה.

במשך שנים ביהמ"ש אישר את הפרקטיקה של תביעות 197, כלומר עיריות תבעו מהיזמים הפרטיים כתבי שיפוי שיבטיחו שהם אלו שיישאו בעלות פיצויי הנפגעים כתוצאה מהתכניות. פס"ד פרחי ביקל- שינה לחלוטין את המצב- שם נקבע שאסור לעיריות לדרוש כתבי שיפוי כאלה מיזמים, ועליהן לשאת בעלויות הנזקים בעצמן. לכן כיום כמעט אין וועדה תכנונית שתאשר תכנית עם פגיעה כנ"ל במקרקעין. תכניות רגולטוריות רבות של תמ"א 38\ פינוי בינוי אינן מאושרות כי לעירייה אסור לתבוע כתבי שיפוי מהיזמים, וכן העיריות בעצמן לא רוצות לשאת בנזקים הכלכליים שייגרמו כתוצאה מהן.

המוסד הקנייני של הבית המשותף-

פס"ד 7112/93 צודלר נ' יוסף- חשין: "הבית המשותף... הינו המצאה של המשפט המודרני. [...] הבית המשותף הוא מעין יצור כלאיים. [...] הבית המשותף הינו מוסד שיש בו גם מכאן וגם מכאן, ומסרב הוא בכל תוקף להסגיר את עצמו בשלמות למשבצת זו או אחרת מן המשבצות המסורתיות של דיני הקניין" "הרוכש דירה בבית משותף... מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו.... אך לאמיתם של דברים הוויתור מובנה הוא אל תוך מסגרתו הנורמטיבית של הבית המשותף, כהגבלה קניינית...". 🡨 דבריו של חשין מבטאים תפיסת קניין פורמליסטית.

הבית המשותף מצד אחד משמר ערך של **קהילה**, ומצד שני משמר את ערך **חירות הבעלים**.

**פתרונות אפשריים לבעיית הפעולה המשותפת בבית משותף- מנגנוני הכרעה:**

* + 1. **מתן זכות וטו:** זכות וטו אומרת שדייר אחד מסוגל 'לאנוס' את שאר הדיירים לממן את חלקו בעניין מסוים (לדוגמה בניית מעלית), או לחילופין להוביל לכך שלא תיבנה מעלית כיוון שהוא מתנגד לשלם על בנייתה.

אם נעתיק את זכות הוטו לנושא ההתחדשות העירונית – בנושא ההתחדשות העירונית מנגנון הכרעה כזה של זכויות וטו מעודדים סרבנות מצד חלק מהדיירים. אף פרויקט לא יוכל לצאת לפועל אם נשתמש במנגנונים כאלו.

* + 1. **הכרעת רוב:** השאלה היא האם מספיקה הכרעת רוב (51%) כדי לקבל החלטה. היתרונות הבולטים:התגברות על בעיית הפעולה המשותפת ע"י הכרעות המתקבלות באופן פשוט לפי רוב; החסרונות הבולטים:ייתכנו מצבים בהם יהיה "רוב מזדמן" שיוביל לפגיעה באיכות ההחלטה המתקבלת; כפייה על כל בעלי הדירות של החלטה המתקבלת ע"י רוב (שיכול להיות לא גדול), בעייתית בהסתכלות של תיאוריית האישיות;
    2. **דרישת רוב מיוחס:** הרוב המיוחס שנבחר לצורך הרגולציה של תכניות ההתחדשות העירונית:

🡨 בפינוי בינוי לפי **חוק פינוי בינוי (פיצויים) תשס"ו- 2006** נקבע כך: נדרש רוב של 80% לפחות מן הדיירים במקבץ, אשר 75% לפחות מן הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם.כמו כן צריכים להתקיים שני התנאים האלה:

1. 67% לפחות מדיירי כל אחד מן הבתים המשותפים הסכימו לעסקה.
2. 67% לפחות מן הרכוש המשותף בכל בניין צמוד לדירותיהם.

זה ה"בלגן" העיקרי שקורה כרגע בתכניות פינוי בינוי. בעיית הפעולה המשותפת במקרים אלו היא קריטית. ברגע שאחד הדיירים ירצה לסחוט את יזמי הפרויקט\ את המדינה- אין 'תקרה' לסכום אותו הוא יכול לסחוט. כולם מכירים את החוקים והדיירים, כמו היזמים, יודעים שדרושים אחוזי הרוב הנ"ל. כך כאשר דייר יודע שדיירים אחרים כבר הסכימו- ברור לו שיש בידיו כוח רב מאוד והוא עלול להשתמש בו לסחיטה משמעותית.

**אם לא הושג הרוב הדרוש**- התכנית נתקעת. **אם הושג הרוב המיוחס**, אך עדיין יש **דיירים סרבנים**- מה קורה?

הדיירים הסרבנים יכולים להיות מכמה סוגים:

* הדייר הנעלב: טיפוסים שחייבים להתבטא, ולא כ"כ קריטית להם התוצאה. המרצה מסביר שלרוב מדובר באנשים עם בעיות בטחון עצמי שמרגישים שתמיד מתעלמים מהם ולכן רוצים שקולים יישמע.
* הדייר ה"מבין": אותו דייר שבסוף תמיד יגיד ש'אתם לא מבינים כלום' וכמובן שהוא מבין הכל. אנשים שחשוב להם להדגיש שהם מבינים מה קורה, אך ייתכן שבסוף הם יראו שדברים זזים ויתכנסו לדעת הרוב.
* הדייר המתלבט: דיירים חסרי עמדה משמעותית. לא כ"כ מפריע להם מה יקרה והם נתפסו ב'אמצע החיים' עם שאלת ההתחדשות העירונית. צריך לעבוד קשה כדי לשכנע אותם, להוסיף כספי פיצוי וכד'.
* הדייר הסחטן: דיירים שסוחטים את היזמים מבחינת כספי הפיצוי.
* הדייר החשדן: טיפוסים שבטוחים תמיד שהשכן מקבל יותר מהם. לכן הם עשויים להפסיק להקשיב לעוה"ד, לא לענות לו ולהימנע מהמשך מו"מ. יש עו"ד שבוחרים להציג את החוזים של השכנים כדי להרגיע סרבנים מסוג זה, המרצה לא בטוח שצעד כזה כדאי.
* הדייר השמרן: המרצה סבור שבתי המשפט לא יודעים להעריך נכון דיירים כאלו. קיימות תביעות רבות של סרבנים שמשתייכים לקטגוריה זו. מדובר לרוב באנשים מבוגרים שפשוט לא מתאים להם לבצע שינויים מהותיים בשלב זה בחייהם. אין להם שום דבר נגד אף אחד, הם פשוט רוצה להישאר כמו שהם כרגע.

אם כן הושג הרוב המיוחס, אך עדיין קיים מיעוט של סרבנים; **מתי אנו רואים בסרבנות- סרבנות מוצדקת?**

* כאשר העסקה אינה כדאית- במקרים בהם הפיצוי שהדיירים מקבלים עבור ההתחדשות העירונית אינו שווה להם מבחינה כלכלית. כדאיות העסקה תיקבע ע"י שמאי. כאשר שמאי קובע שהעסקה אכן כדאית- זה מה שמתקבל בביהמ"ש כחוות דעת סופית ואין אפשרות לאף אחד לערער על כדאיות העסקה.
* כאשר לא הוצעו מגורים חלופיים\ מגורים לאנשים עם מוגבלויות- על היזמים למצוא פתרונות דיור חלופיים לתקופה יחסית ארוכה לכל הדיירים. נכנס פה שיקול של "מהו דיור חלופי ראוי" כיוון שהיזם לא יכול למשל לתת למשפחה עם 4 ילדים, דירת 3 חדרים. כמו כן, אם מדובר בדייר עם מוגבלות פיזית כלשהי, לא ייתכן להציע לו מגורים חלופיים נטולי מעלית. סירוב להצעה כזו תהפוך את הסרבנות שלו ללגיטימית.
* כאשר לא הוצעו בטוחות הולמות- יזם שמוביל פרויקט התחדשות עירונית חייב להציע בטוחות. בתהליך הוא עתיד להרוס את בתי הדיירים, ולכן חובה שיציע בטוחות הולמות שיבטיחו את מצב הדיירים במקרה ומשהו יתפקשש. השמאי הוא זה שיבצע הערכה לשאלה "מהן בטוחות הולמות".
* כאשר דירת הקבע החלופית אינה מתאימה לבעלי מוגבלויות- אם הבניין המתוכנן להיבנות עתיד להיות בלי מעלית או עם מעברים צרים וכד'- הסרבנות תיחשב לגיטימית. השאלה הגדולה העולה היא מה קורה אם הדירה המקורית אינה עומדת בתנאים לבעלי מוגבלויות פיזית- האם הדירה החדשה שעתידה להיבנות אכן חייבת להיות מותאמת לבעלי מוגבלויות פיזיות? התשובה על כך חיובית. בבניית בית חדש, חובה על היזם לתכנן את הבית כנגיש, ודייר המסרב בשל כך ייחשב כסרבן לגיטימי.
* כאשר יש נסיבות אישיות מיוחדות- סעיף זה מקשה מאוד על עורכי הדין בגלל החוסר בהגדרה ספציפית שקיים בו, אך לדעת המרצה אין אפשרות לא להתייחס לנסיבותיהם האישיות של בעלי הקניין. סעיף זה מעיד על הבעייתיות של תפיסת הקניין הליברלית: מצד אחד יש רצון להתייחס לערכים המובנים בזכותו של אדם בקניינו, ומצד שני יש קושי להכריע מה עונה להגדרת "נסיבות מיוחדות" מתוקף היותו של סעיף זה סוג של "סעיף סל".

כמה טענות עלו בבתי המשפט כ"נסיבות אישיות מיוחדות" וביהמ"ש סירב לקבלן ככאלה:

ע"א 51373-01-11 (תא) נבט נ אנוך- דיירת שטענה שהיותה חד הורית שם אותה במצב נחות לעומת שאר הדיירים. זאת כי אם יתעורר משבר כלשהו ומשהו ייכשל במהלך הפרויקט- היא לא תוכל להתמודד עם מצב כזה בשל היותה חד הורית ובעלת קשיים לאור כך. ביהמ"ש סירב לקבל נסיבות אלו כנסיבות אישיות מיוחדות.

ע"א 3511/13 רגינה שוורצברגר נ' שלום מרין- הדיירת טענה שהדיירים האחרים הסכימו לפרויקט כיוון שאינם גרים בפועל בדירות אלא משכירים אותן. היא עצמה כן גרה בדירה ולכן לדירה יש ערך סובייקטיבי גבוה יותר עבורה מאשר עבור בעלי הדירות האחרים, שמצביעים בקלות בעד הפרויקט. לטעמה טיבה של זכות הקניין הוא בעצם המגורים בנכס.

ביהמ"ש לא הצליח להגדיר במדויק עד היום- מהן אותן נסיבות אישיות מיוחדות שהופכות את הסירוב ללגיטימי.

במקרים רבים היזמים מחתימים את הדיירים על הסכמתם לפרויקט טרם קבלת כל האישורים אליו. אם הדיירים מתחרטים בשלב ביניים זה, לפני שהפרויקט אושר לחלוטין, ביהמ"ש נוטה לקבל את סרבנותם כלגיטימית מסיבות שונות (שאולי לא יתקבלו כלגיטימיות בשלב שלאחר קבלת האישורים).

בפס"ד שוורצברגר השופט **דנציגר** 'מסתבך' עם הקביעה מהן נסיבות אישיות מיוחדות: "חרף הקושי בדבר, הענקת חשיבות יתרה לרצונותיהם הסובייקטיביים של דיירים סרבנים ולצפונות ליבם במסגרת בחינת סבירות הסירוב עלולה להותיר בידיהם, הלכה למעשה, זכויות וטו לסרב לפרויקט שעלולה להוביל לסיכול תכליות החוק." 🡨 כלומר מצד אחד, אין לתת מקום רב מידי לנסיבות אישיות של הדיירים לסרב.

"יחד עם זאת, כפי שצוין לעיל, אפשר ויש מקום להתחשבות מסוימת וזהירה, במקרים חריגים, בשיקולים סובייקטיביים, כגון זיקתו המיוחדת של בעל הדירה הסרבן לדירתו"🡨 מצד שני דנציגר מסתייג מדבריו ומשאיר את הפתח העמום הקבוע בחוק.

**"סיכומם של דברים:** חוק פינוי ובינוי שינה את המצב הנורמטיבי ששרר עובר לחקיקתו וקבע כי **לדייר הסרבן בבית המשותף לא קנויה עוד הזכות להקריב את האינטרס הציבורי ואת אינטרס יתר הדיירים לטובת האינטרסים האישיים שלו, ככל שאלו אינם סבירים**. בעקבות חקיקת החוק, התנגדותו של הדייר הסרבן אינה מקנה לו עוד עמדת מיקוח מיוחדת ו**אין בכוחו להכשיל את הפרויקט מבלי לחשוף עצמו לאחריות נזיקית** כלפי יתר בעלי הדירות בבית המשותף."

🡨 כלומר, מדובר במוסד קנייני חדש שאינו בית פרטי בו ליחיד יש זכויות וטו. נשללת מהדייר היחיד האפשרות להטיל זכות וטו על שאר הדיירים באופן שדוחק במקצת את ערך חירות הבעלים.

**השופט סולברג בפסה"ד:** "אוי לסרבן ואוי לשכנו. הסרבן- אוטם את אזניו משמוע, עוצם את עיניו מראות, ודבק בסרבנותו. [...] מה שטוב ל-17 שכניה אינו טוב דיו עבורה; הטבות שניתנו לה מעבר למה שניתן לדיירים האחרים, גם על חשבונם, אינן מניחות את דעתה; [...] אוי לה, למערערת, משום שדרך הילוכה מנוגד להיגיון, חסרת תוחלת, ופוגעת בה עצמה; ואוי לשכניה. היא, אחת ויחידה, 'תוקעת' את הפרויקט כולו. [...] המערערת, סרבנית לשמה, וחוששני כי כלה ונחרצת עמה שלא להתרצות. הלך מחשבתה מוביל למבוי סתום. הנה כי כן, אוי לסרבן- על הרס עצמי. ואוי לשכנים- על דרך החתחתים שעליהם לעבור- על הכסף, על הזמן, על האנרגיה- הכל בגלל דייר סרבן אחד".

מה ש**ביהמ"ש** עושה כאן, ובעיקר השופט סולברג, הוא לבטל לחלוטין את יכולתו של כל דייר שירצה לסרב בעתיד- להגיע לביהמ"ש ולקבל שם יחס הוגן כסרבן. זאת למרות ש**המחוקק** בחר כן להכניס את הסעיף הזה לתוך החוק. ביהמ"ש הופך את הסעיף המדובר לאות מתה בכך שאינו מאפשר כמעט לאף נסיבה להיכנס לתוכו.

**מה דינו של הדייר הסרבן?** אם סירובו לגיטימי🡨 הפרויקט לא ייצא לפועל. אם סירובו הוכרע כלא לגיטימי- ניתן לתבוע אותו דרך סעד נזיקי לפי **חוק פינוי בינוי (פיצויים) תשס"ו-2006**: "אחראי בנזיקין כלפי שאר בעלי הדירות באותו מקבץ, המסכימים לעסקה, בשל הנזק שנגרם להם עקב אי ביצוע העסקה". 🡨 ועם זאת, הפרויקט לא ייצא לפועל!

הרצאה 23 - 05.02.17- הרצאה אחרונה לקורס

בשיעור הקודם הראנו שלדייר הסרבן יש הרבה סיבות לסרב, וביהמ"ש נוטים לא לקבל תביעות עם טענות כאלו ומתעסקים עם דיירים סרבנים בלתי סבירים-שאין להם סיבה לגיטימית ע"פ ביהמ"ש (פס"ד שוורצברגר).

**מה דינו של הדייר הסרבן?**

גם כאשר ביהמ"ש קובע כי לדייר הסרבן אין סיבה לגיטימית, החוק אינו מאפשר לבצע את עסקת הפינוי בינוי ללא הסכמתו, אך הסעד הניתן לשאר הדיירים שניזוקו מן הדייר הסרבן הוא סעד נזיקי. בדייר הסרבן חב בנזיקין אל מול שאר הדיירים ועליו לפצות אותם.

**האם סעד נזיקי הוא הסעד הנכון?** לדעת המרצה התשובה על כך שלילית.

כן, מתוך הראייה שכפיית עסקת פינוי הבינוי על הדייר הסרבן היא פגיעה עמוקה יותר בזכות הקניינית של הדייר הסרבן מאשר הפגיעה בזכות הקניינית של הדיירים שהוא יוצר בסרבנותו. שימור המצב הקיים עדיף על פני שינוי.

לא, דייר סרבן שלא עומד בקריטריונים של סרבנות סבירה ולגיטימית ע"פ החוק, כנראה שהפגיעה בו לא כ"כ עמוקה (אחרת היה נכנס לקריטריונים בחוק-החוק יוצר איזון), ואין סיבה ללכת סחור סחור ולנסות לאלץ אותו להסכים לעסקה ע"י סעד נזיקי. בנוסף, דייר סרבן חזק (בעל הון)-הפיצוי הנזיקי לא יפריע לו ולא יפגע בו, כך שהוא לא יינזק ורק שאר הדיירים יינזקו.

זוהי שאלה ערכית שאין לה תשובה אחת.

**הצעת חוק פנוי ופינוי (פיצויים) (תיקון מס' 4) (פינוי בשל סירוב בלתי סביר) התשע"ו- 2016**

בנוסף לתביעה הנזיקית שמתאפשרת לבעלי הקניין, יתווסף סעד שבו בהינתן דייר סרבן שלא עומד בקריטריונים הסבירים בחוק, **ביהמ"ש יהיה רשאי לאשר את המשך ביצוע העסקה על אף סירובו.**

הצעת חוק זו אושרה בקריאה ראשונה השבוע ולדעת המרצה תעבור כחוק בשבועות הקרובים.

**תמ"א 38**

תכנית מתאר ארצית שמדברת על חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. מדינת ישראל מתחילה להיערך לרעידות האדמה הצפויות, טרם הגעתן. התכנית התקבלה בשלבים:

**תמ"א 1:** השלב הראשון- חיזוק מבנים קיימים; בדרך כלל הוסיפו ממ"דים לבתים וחיזקו את המבנים. התמריץ ליזמים התברר כלא מספיק רווחי. מדובר היה בהשקעות רבות מידי כדי לחזק את המבנים, וזכויות מעטות מידי שהיזמים קיבלו בתמורה. (נניח עבור חיזוק בניין של 8 קומות, היזמים קיבלו קומה אחת בתמורה).

**תמ"א 2:** השלב השני- הריסה ובניית בניין חדש; היזמים הורסים את המבנים לחלוטין ואז בונים אותם מחדש. כמובן שלתכנית כזו יש הרבה יותר עלויות. (יש וויכוח בין הקבלנים ויש כאלו שאומרים שתכנית כזו לא בהכרח עולה יותר, כיוון שחיזוק מבנים ישנים כרוך באבטחה שמבנים לא יתמוטטו, כי מדובר במבנים מאוד ישנים...)

מטרת התמ"א היא חיזוק מבנים קיימים לקראת רעידות אדמה.

התוכנית התקבלה בשלבים.

השלב הראשון היה חיזוק בניינים קיימים, התמריץ ליזמים היה-בניית קומות נוספות וקבלת זכויות בנייה. בפועל, התברר שפורמט זה לא כלכלי ליזמים ואחוזי הבנייה שקיבלו לא כיסו על הוצאות השיפוץ (או שכיסו אך לא הניבו רווח).

בעקבות זאת, התקבלה תמ"א 2 (תמ"א 38) – הריסת הבניין לגמרי ובניית בניין חדש. התמריץ ליזמים היה קבלת זכויות בנייה גבוהות מעט יותר, והתברר שבניית בניין חדש משתלמת יותר וזולה יותר ליזמים.

ההבדל לדיירים – עוצמת הפגיעה בזכות הקניין. כמובן שבהריסת הבניין לגמרי יש פגיעה חזקה יותר בזכויות הקנייניות של הדיירים.

לעיריות היה אינטרס לתמ"א 2 כי כל עירייה מעדיפים מבנים חדשים.

**חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים בפני רעידות אדמה) - (תמ"א 38)-**

הפחתה ברוב הנדרש לאישור תוכנית תמ"א 38- תמ"א 1- נדרש רוב של 66%, תמ"א 2- נדרש רוב של 80%.

בשביל לקדם את התמ"א סיפקו הפחתה של הרוב הנדרש כדי לאשר תכניות כאלו. הרוב הנדרש לשם תמ"א 1 הוא 67% מבעלי הדירות בבניין + 75% מבעלי הדירות שהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם. הרוב הנדרש לשם אישור תמ"א 2 הוא 80%. 🡨 לא צריך לזכור את המספרים, רק לזכור שיש פער ברוב הנדרש לשם אישור התכניות, כיוון שתמ"א 38 [2] מהווה פגיעה גדולה יותר בדירותיהם של הדיירים.

**ההבדל הגדול בין פינוי בינוי לבין תמ"א 38 הוא הערכים שלשמם נועדו המוסדות הללו. תמ"א 38 נועד לחזק מבנים לקראת רעידות האדמה. פינוי בינוי נועד לשיפור הדיור והתחדשות עירונית.**

תמ"א 38 הוא מוסד קנייני אחר מפינוי בינוי.

ההבדל בין שני הפרויקטים הם הערכים/הרציונאליים שלשמם חוקקנו את המוסדות הללו:

פינוי בינוי – שיפור הדיור והתחדשות עירונית.

תמ"א – חיזוק מפני רעידות אדמה

לכן כאשר דנים בפגיעה בזכותו של דייר סרבן יחיד- האיזון הערכי שונה:

**בפינוי בינוי** – האינטרס הקנייני של הדייר היחיד עולה על האינטרס של שיפור דיור והתחדשות עירונית.

**בתמ"א 38** – יש אינטרס ציבורי בחיזוק המבנים, יש עניין בטיחותי שנוגע לחיים של בני אדם ולכן במקרה כזה החוק מאפשר הכרעה רובית ואם הסרבנים לא ילכו קדימה-עדיין נוכל לקדם את הפרויקט.

השו' דפנה ברק ארז בפס"ד שומרוני נ' קופמן- העובדה שיש אנשים שמסרבים ללכת קדימה עם ביצוע הפרויקט הלל פוגעת בזכויות הקנייניות של שאר הדיירים כאשר הם לא מאפשרים להם לשפץ ולחזק את המבנה שלהם.

אומרת על "חוק החיזוק" (זה שמאפשר את תמ"א 38): "חוק החיזוק נועד להקל על יישומה של תמ"א 38 באמצעות הורדתו של "רף ההסכמה" הדרוש לפי חוהמ"ק לביצוע עבודות ברכוש המשותף של בתים משותפים. חוק זה קובע מהו הרוב הנדרש לקבלת החלטות על ידי דיירים בבניין משותף לביצוע עבודות על פי תמ"א 38 במצבים השונים המפורטים בו.

**לשיטתי אין להתייחס להסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק החיזוק רק ככזה שפוגע בזכויות הקניין של בעלי הדירות בבית המשותף. לאמיתו של דבר, ראוי לראות בו הסדר שאף מקדם את ההגנה על זכויות הקניין של כלל בעלי הדירות בבית המשותף**- לנוכח האתגר המשותף של התגוננות מפני רעידות אדמה, וזאת במסגרת האילוצים הנובעים מבעיית "הפעולה המשותפת" של בעלי הזכויות השונים".

כאשר חושבים על זכות הקניין, בייחוד בעולם של בתים משותפים ויישובים קהילתיים, התעקשות של דייר יחיד על זכויותיו הקנייניות לרוב מהווה פגיעה בזכויות הקנייניות של שאר הדיירים בבניין שלו/בקהילה שלו.

כשהמחוקק מבנה מוסד קנייני כמו תמ"א 38/פינוי בינוי הוא למעשה עושה איזון ערכי של הערכים השונים החלים על הסיטואציה של אותו מוסד. יש הבחנה בין מוסדות קניינים שבאים רק לשפר שיפור חיצוני לבין מוסדות קניינים שבאים להבטיח שמירה על חיים של אנשים.

**מה הדין של דייר סרבן בתמ"א 38?**

חוהמ"ק (חיזוק בתים משותפים בפני רעידות אדמה)

**סעיף 6:** "בעל דירה המתנגד להחלטה שהתקבלה בהתאם להוראות סעיף 3 וטוען לפגיעה מהותית בזכויותיו, רשאי לפנות למפקח בתביעה."

בעל דירה סרבן המתנגד לביצוע תמ"א 38, יכול לפנות על כך בתביעה למפקח [ס' 6 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים)].

באם נדחתה התביעה של הדייר הסרבן:

* **אם מתקיים הרוב הקבוע בחוק** – המפקח יכול להורות על ביצוע הפרויקט.
* **אם לא מתקיים הרוב הקבוע בחוק** – אין הכרעה ברורה, עו"ד נוטים ללמוד מהמוסד הקנייני של פינוי בינוי ופותחים אפשרות של תביעה בנזיקין.

השו' חשין בפס"ד צודלר נ' יוסף- מקרה של בית שנהרס במלחמת המפרץ וחלק מהדיירים לא רצו להקים אותו מחדש בצורה שבה הוצע להם. חשין אומר כי התפיסה של ביהמ"ש את הדיירים הסרבנים היא שהם אנשים שמחפשים לריב- "נתקשינו לרדת לסוף דעתם של המתנגדים... בטיעון שבע"פ שאלנו, חזרנו ושאלנו, את באי כוח המתנגדים מה היה להם למרשיהם כי מתנגדים הם לתכנית המוצעת, **והרי יש בה בתכנית אך כדי להיטיב את מצבם. תשובה ראויה לשאלה זו לא שמענו ולא ידענו.** אכן, נסתיימה מלחמת עמלק והיהודים נתפנו להילחם איש ברעהו. מה חבל..." ביהמ"ש רואה בהתנגדות שימוש לרעה בזכות הקניין ועמידה דווקנית על הזכות שפוגעת בדיירים האחרים.

הראנו שזו לא בהכרח המציאות שמאפיינת את כל הסרבנים ולחלק מהם יש באמת סיבות לגיטימיות אבל ביהמ"ש לא מקבל את התפיסה הזו.

**עד כאן החומר לקורס.**

**סיכום הקורס-**

התחלנו בלדבר על מה זה קניין. דנו בטענה שזכות הקניין כזכות קניינית בלעדית עצמאית שלא ניתן לערער עליה. הבנו שהדבר מורכב יותר ואינו חד משמעי גם מבחינה נורמטיבית וגם מבחינה פוזיטיבית – גם לא נכון להתייחס אל הזכות לקניין ככזו, וגם ביהמ"ש לא נוהג להתייחס אליה ככה. לכן כל הדיונים סביב הזכות הקניינית הם דיונים על האיזונים שאנו רוצים לעשות בין כל הערכים שאנו רוצים לבטא.

לאחר מכן ראינו שגם כאשר יש לאדם זכות קניינית מלאה, לעתים הוא לא יוכל לממש אותה בגלל שהוא יכול להיתפס ע"י ביהמ"ש כמי שעושה שימוש לרעה בזכות שלו. גם בשאלת הדייר הסרבן אנו מחילים את הרציונל של שימוש לרעה בזכות.

דיברנו על סעיפי הרישום (7-8), על חשיבות הרישום (בעיקר בעסקאות נוגדות ובתקנת שוק- הרישום הוא הגורם שכמעט תמיד יכריע את התחרות הזו). **במבחן**-חשוב לעבור בצורה סכמתית. להקדיש את הזמן כדי לסווג את סוג התחרות בקייס. לבסס לעצמנו את הצדדים בתחרות לפי העובדות.

אח"כ דיברנו על רכישת דירה מקבלן. לזכור את 2 סוגי החובות- חובות הגילוי והשלכותיהן, חובות הבטוחות והשלכותיהן.

נושא נוסף- הפקעות (הדגיש שחשוב מאוד וכדאי ללמוד אותו טוב! אולי יופיע במבחן)- כללים של דיני ההפקעות, הטעמים של דיני ההפקעות, נושא הפיצוי, ללמוד מהי תביעה ע"פ 197 (לא צריך ללמוד מעבר, רק מה שלמדנו בכיתה).

למדנו שהקניין הוא כלי חברתי שניתן לבטא דרכו את הערכים של החברה.

**סיכום הקורס (טל אלון)**

עקרונית, דיני קניין זה תחום מורכב, אך הוא מבוסס על היגיון אחד – הדרך לפיה אנו נכריע לעצם קיומה של זכות קניינית, והן לגבי היקפה (או היקף ההגנה שתינתן), תוכרע על פי הכרעות ערכיות שלנו כחברה. למרות שיש חוקרים שחושבים שיש זכות אלוהית טבעית לקניין, דיני הקניין המהותיים, כפי שהם מיושמים, הם תוצר של הכרעה חברתית. לפעמים, ההכרעה הזו עשויה להיות לא רלוונטית ולפעמים יש הסדרים מסוימים שלא תואמים את המציאות החברתית שבה אנחנו חיים. הסיבה היא שאנחנו עדיין סוחבים איתנו הסדרים חברתיים והכרעות חברתיות של דורות קודמים. למה זה בסדר? כי אם נרצה לבסס משטר קנייני שיתאם את ערכי החברה מחד אבל מספיק ברור ע"מ לאפשר התנהלות תקינה של בני אדם מנגד (בין במישור הפרטי, בין במסחרי) – אנחנו צריכים לעשות את השינויים בצורה מאוד איטית ומדודה. דיני הקניין לא ישתנו במהירות בכל פעם שעולה טרנד כזה או אחר בשיח החברתי. יש לעשות זאת בצורה מבוקרת לאחר מחשבה. כל שינוי כזה גורר אחריו שינוי במצבם של בעלי קניין קיימים וחשוב להבין זאת. אולם, למרות שהשינוי הזה הוא רצוי, הוא לא בהכרח אומר שהזכות לקניין של אותם הבעלים הקודמים או אותם בעלי הזכויות הקודמות נפגעת כאן במובן של ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

אין זה אומר שבתי המשפט מקבלים את השינוי הזה בצורה קלה, והרבה פעמים (ובמיוחד שנת 92) בתי המשפט בוחנים, או נדרשים לכל הפחות לבדוק, את ס' 3 ו-8 לחוה"י לגבי כל שינוי מצב קנייני אבל לא כל שינוי כזה מביא אותנו לדיון בפגיעה בקניין (פס"ד Samedan ; פס"ד דוידיאן - ועדת ששסינקי למשל). לפעמים, בתי המשפט אמיצים מספיק לבוא ולומר שהשינוי החקיקתי מגדיר את המצב הקנייני ולא משנה אותו – הוא מבהיר את המצב הקנייני שצריך להתקיים. כך, לא בהכרח נכיר בתביעות לפיצוי על המעבר ממצב אחד למצב אחר.

באופן עקרוני, תפיסת הקניין לא יכולה להיות מוכרעת על פי ערך אחד של חירות הבעלים – אנחנו גם לא רוצים שזה ייקרה (וגם רוברט נוזיק מבין את זה) וזה גם לא משקף את הצורה שבה אנחנו חיים.

אנחנו מודעים לזה שיש הבנות לא נכונות של מצבים פוליטיים ומגדריים עקב חלוקות שונות שבוצעו היסטורית מבחינה קניינית. לא נעשתה כאן חשיבה שוויונית ולכן להמשיך להתעקש על בעלות מוחלטת עקב התוצאה ההיסטורית השגויה הזו וזה עיוות שיישמר ולעולם לא נוכל לעשות סדר. בכל זה גם נוזיק בעצמו מסכים ומכיר.

**לאורך כל הקורס ראינו שתי תפיסות מתחרות** – ליברטריאנית מוניסטית שמקדשת את חירות הבעלים – זוהי גישה מאוד פורמליסטית – כי אנחנו חייבים לשמור כל הזמן על קו אחד ולנסות "להתעלם" מקיומם של ערכים אחרים. כך, כל פעם שהמילה קניין תעלה – ברור לגישה הזו שמדובר ב-100% בעלות, אף אחד לא יכול לעשות דבר עם הקניין שלנו וזהו. ראינו את זה בכל נושא ועדות הקבלה – אנחנו יכולים לבחור למי להשכיר.

**לדעת המרצה זו תפיסה לא נכונה כי היא לא משקפת את המציאות**. קשה מאוד להסתכל על קניין כעל משהו של אדם וזהו, ושאין לו שום קשר עם הסביבה שבה הוא מנוהל, לסוגו ולדברים אחרים. סיבה אחרת לפיה זה לא נכון היא שזה לא משקף את הדרך שבה דיני הקניין פועלים (דיני שיתוף, דיני תחרויות, הפקעות) – ראינו שלמרות שמדובר בבעלים – במקרים מסוימים ומאינטרסים וערכים אחרים שמתנגשים עם הבעלות 🡨 הבעלים יכול להפסיד את זכותו בנכס. בשיתוף – בעלים משותף יכול להיכנע, להישאר בעלי הנכס אבל להיות חסר יכולת עשייה בו כרצונו.

* לפיכך, כשאנו שומעים את המילה קניין אנחנו צריכים לחשוב מה תהיה הגישה כלפיו – מהו הנכס, מי מתחרה, מי עומד מול, מה עומד מול ועוד.

**כשניגשים למבחן** – אי אפשר להכריע בצורה קלה בגלל שכתוב שאדם הוא הבעלים של הנכס – יש לבחון את הבעלות שלו מול הסיטואציה – שיתוף, תחרות ועוד. יהיו מצבים שבהם נרצה לתת לו יכולת הדרה (למשל ערך האישיות – זה תלוי בקשר לנכס – נכס מסחרי או דירת מגורים; הנסיבות שבהן העימות הקנייני עלה ; מע' היחסים שבין הבעלים לבין אחרים – צדדים שלישיים במשכון ובתחרויות למשל – מע' היחסים שבין הבעלים לבין האחרים מאוד חשובה כאן). בניגוד לתפיסה הליברטריאנית – האחרים הם חשובים לפי הגישה הליברלית והחשיבות הזו משפיעה על האופן שבו הדין מנוסח.

יש הבדל בין תקנת שוק לבין עסקאות נוגדות למשל – אם בעלים התקשר בעסקה כושלת או כשאדם שלישי תם לב שנקלע לעסקה. תקנת השוק מאפשרת להפקיע קרקע מאדם פרטי ולתת אותה לאדם פרטי אחר - אנחנו לא קוראים לזה הפקעה והמדינה לא בהכרח מפצה על ההפקעה הזו ועדיין זה מתאפשר.

גם בדיני ההפקעות עצמן הצורך מעיד על כך – מיהם האחרים שצריכים את הקרקע, מדוע היא מופקעת, מהן נסיבות ההפקעה ועוד.

בהפחתת הפיצוי למשל – אם אנחנו עושים את זה לטובת קהילה קרובה אנחנו נתיר הפחתת פיצוי וככל שמדובר על הפקעה לטובת הכלל אנחנו פחות נתיר הפחתה. זה אומר שאנחנו כן מתייחסים לקונטקסט ולא רק לצורכי הבעלים. ככל שחובות הבעלים הן יותר גדולות ומשמעותיות – אנחנו נתיר את הפחתת הפיצוי יותר.

**הלקח הוא שאין קלף מנצח בקניין**. המילה בעלים לא מכריעה אוטומטית את הסכסוך ובתי המשפט כיום הולכים יותר ויותר לעיקרון בחינת דיני הקניין בצורה ערכית וכוללת ומבצעים בחינות נקודתיות – מה קורה? מהו ההסדר? מוסד קנייני חדש או לא? מהם הערכים? – **ההכרעה היא לא ברורה**!

* **זהו הבסיס לתפיסת הקניין לדעת המרצה.**

ההכרעות בחוהמ"ק, שיתוף, תחרויות ועוד הן הכרעות שנעשו ע"י המחוקק בחוק ולכן הכרעות בתי המשפט ברובן הגדול מושפעות מהחשיבה ושקילת הערכים שהמחוקק עשה.

**המבחן עצמו**

המבחן הוא 3 שעות ויותרו לכתיבה שישה עמודים איך שנרצה. יש המלצה אבל איך שאנחנו רוצים – המרצה חושב שזה יותר ממה שהיה צריך. המבחן מורכב מ-3 שלוש שאלות – אחת גדולה (50 נק'). מומלץ לעבוד עליה טוב ולקרוא אותה טוב. לרכז את הדמויות ואת התאריכים. לתת התייחסות לכ"א מהן. המרצה ממליץ לעבוד בצורה מסודרת כדי שנקבל את מלוא הציון. יש תחרויות, יש שיתוף ויש הסתעפויות רבות. אם אנחנו מגיעים למצב שמשהו חסר לנו ואין מענה במהלך הבחינה – לרשום שההנחה היא ברורה לחלוטין ולהתקדם ממנה והלאה. שאלה זו מצריכה מחשבה.

השאלה השניה 35 נק' – שאלה קלה יותר והרבה פחות מורכבת. פחות נושאים – יותר מצומצמת ויותר מרוכזת.

השאלה השלישית – 15 נק' – שאלת מחשבה בעיקר – של אמירה או טקסט מסוים או הפניה לפס"ד כלשהו או תיאור מציאות משפטית כזו ושואלים אותנו מה אנחנו חושבים.

* בכל השאלות צריך לדון תמיד בטענות של שני הצדדים – לדון מחד ומאידך. מה לא להכניס למבחן? טענות שאין להן שום בסיס ושום אחיזה במציאות המשפטית או העובדתית בקייס – **לא להמציא דברים**. אם המקרקעין לא רשומים אז להתייחס אליהם כלא רשומים ולא לכתוב מה יקרה אם הם כן רשומים. אם אין מענה במהלך המבחן – להניח הנחה ברורה לפי איזה מסלול אנחנו עובדים ולהמשיך לעבוד.

יש סד"פ משפטי (למשל כדי להכריע על בעלות צריך קודם להכריע במחוברים ולפי ההכרעה ניתן לקבוע מי הבעלים ובכמה נכסים מדובר) ויש סד"פ עובדתי (דברים כרונולוגיים בעיקר). לדעת המרצה להתחיל בסיווג שמות, תפקידים, תאריכים תרשימי זרימה וכולי ואז יהיה הרבה יותר קל להמשיך לעבוד.

# מבחן לדוגמא + פיתרון עם המתרגל (וגם פיתרון לעבודה בדיני תחרויות)

**המלצות:** מבחן בקניין הוא מבחן מורכב עם פרטים ודמויות רבות. רצוי לקרוא את השאלה היטב ולנסות לנתח את המצב היטב ולהקדיש לכך כמה דקות – רק להבין מה קורה שם. מדובר על רצף אירועים ולא תמיד שמים לב מי נגד מי. **בנוסף**, מומלץ למרקר תאריכים ודמויות. אין דמות ואין תאריך שמוזכרים סתם והדברים האלה חשובים. **חשוב גם** לשים לב באיזו מסגרת נורמטיבית אנחנו נמצאים – מול מה אנחנו מתעסקים ולאיזה חוק צריך לפנות. באירועון של בית משותף למשל צריך לדעת לגשת לשם, כנ"ל לגבי שיתוף, האם מדובר במקרקעין או מיטלטלין, המקרקעין מוסדרים או לא, הבית המשותף נרשם או לא ועוד. חשוב גם לדעת מיהן הדמויות – האם מדובר ביחיד או אולי בחברה, נושה או לא וכיו"ב. הדברים האלה משמעותיים. כך למשל, אם יחיד רושם משכון על מקרקעין הוא צריך לרשום זאת ברשם המשכונות בעוד שחברה צריכה לרשום זאת ברשם החברות. **יש הבדל מהותי בין חברה ליחיד** וצריך לשים לב לכך על ההתחלה. דוגמא אחרת היא מומחיות.

גם התיאוריות שנלמדו הן חשובות. תהיה גם שאלה שהיא שאלת מדיניות בעיקרה וממש חשוב להזכיר שם את התיאוריות כי זה לב העניין אבל גם בשאר השאלות ייתכן שזה יבוא לידי ביטוי. איך? אם למשל יש תקנון של בית משותף ויש שם ס' שסותר את מהות התקנון ולכן הוא לא יכול לחול, עדיין צריך לחשוב האם משיקולי מדיניות של בית משותף דווקא כן שווה להכניס אותו בכ"ז.

**דבר אחרון שהמתרגל ממליץ הוא להגדיר כל זכות** – לקחת את הדמויות ולהחליט אילו זכויות יש להם בקרקע למשל (בעלות; שכירות; זיקת הנאה; התחייבות לבצע עסקה; משכנתא; קנייני או אובליגטורי ועוד).

* **לא להתחיל לנתח במבחן "מה היה קורה אם".** אם המקרקעין מוסדרים למשל – לא צריך לרשום מה היה קורה אם הם לא היו מוסדרים.
* **אין ציפייה לידיעה של דעות מיעוט** (אא"כ זו דעת מיעוט מכוננת).
* **אין ציפייה לאזכור מלא של פס"ד** – חשוב לציין את המהותיים.
* **לא יהיו שאלות שיהיו מנותקות מדיון ערכי** – לא להישאר טכני אלא לדון בערכים ובנורמות. תיאוריה ופרקטיקה זה לא מנותק.

**נפנה לפיתרון**

המבחן הוא רישום של שישה עמודים ויש שלוש שעות לטובת העניין, המבחן הוא בחומר פתוח לחלוטין.

איך ניגשים לאירועון בעסקאות נוגדות? חשוב לבצע ציר זמן. יש להבין היכן התרחשה כל עסקה ומול מי היא מתנגשת. יש דברים שהם מורכבים ואם לא נשים לב ולא נאתר בדיוק את ההתנגשות אנחנו עשויים לשגות כי זה מהותי ויש לכך השלכות.

נדגים זאת על העבודה שביצענו: שחר מכר את המקרקעין לדפנה שהשכירה לרותי. יומיים לאחר מכן, שחר מכר את הקרקע לאלון. יש כאן עסקאות נוגדות בין אלון לדפנה. רותי לא משנה – היא רק נגזרת של דפנה ומה שיקרה איתה ישפיע על רותי. פונים לס' 9 ומנתחים את הס'. דפנה אמורה לזכות אא”כ אלון שילם תמורה, היה תם לב ושכלל קניין ברישום. תוה"ל שלו מוטל בספק וגם התמורה חלקית. מה קורה אם אלון לא זוכה? האם הוא עדיין יכול לטעון טענות? בפס"ד גנז יש חריגים ודפנה תנסה לטעון לכך – עברו יומיים והיא טסה וייתכן שהחריג כאן תקף. האחריות היא שלה והסיכום עם שחר שהוא ירשום הוא לא רלוונטי בכלל.

יש טענה שדפנה התנהגה בחוסר תו"ל כי היא לא רשמה הערת אזהרה.

מה קורה אם דפנה לא זוכה? רותי יכולה לטעון לתקנת השוק. צריך תמיד להבחין אם יש ס' 9 או ס' 10. רותי רכשה זכות במקרקעין ממישהו שהוא לא הבעלים – היא תטען זאת אבל זה לא באמת יעבור כי היא לא מקיימת את כל תנאי התקנה – היא לא הסתמכה על רישום (כי לא היה כזה). תקנת השוק נטענת כשמישהו רוכש מקרקעין במחשבה שהוא רוכש מהבעלים, מבלי לדעת על הפגם. צריך לטעון זאת גם אם זה בוודאות ייכשל.

* **טיפ למבחן – בכל פעם שיש מצב של מישהו שהפסיד בתחרות, והמפסיד כבר מכר את זכותו הלאה 🡨 תמיד לטעון לתקנת השוק** **(ס' 10), גם אם הוא הולך להפסיד.** כמו שלס' 9 יש תנאים גם לתקנת השוק יש תנאים והמהות היא ליצור חיי מסחר תקינים. התנאים הם רשימה של דרישות שבהתקיימם הרוכש יזכה בנכס על אף התקלה. כשאתה קונה ממישהו שאינו הבעלים זה הדבר היחיד שאתה יכול לטעון. אין לך אפשרות אחרת.

**בהמשך,** בהנחה ואלון זכה בקרקע והיא שלו - אלון לקח משכנתא מחברת ריבית ומכר את הנכס למאיר. שוב יש כאן תחרות ושוב ס' 9 והתחרות היא בין חברת ריבית למאיר. אם אלון לא זכה בתחרות אלא דפנה, גם מאיר וגם ריבית עשויים לטעון לס' 10 תקנת השוק. אם הם ניצחו מטעמי תקנת השוק - חשוב לשים לב כאן שמה שקובע ביניהם יהיה האחרון בזמן. ס' 10 יוצר עדיפות לאחרון בזמן שרוכש זכות קניינית נקייה בנכס (=שנוקתה ע"י תקנת השוק). אם זה היה רלוונטי בעבודה – מאיר היה זוכה.

* **אם אלון זוכה בנכס** – יש פה ס' 9. **אם אלון לא זוכה בנכס** – יש פה ס' 10.

חשוב לזכור שס' 9 דורש עקרונית רישום. יש דעת מיעוט של הש' פרוקצ'ה בפס"ד גנז לפיה הערת אזהרה יכולה להחליף את הרישום.

**בהמשך, מאיר מוכר את הקרקע לעידית**. אם מאיר ניצח והקרקע שלו אין לנו בעיה עם עידית. אם הקרקע היא לא של מאיר (ולא משנה של מי היא) עידית יכולה לטעון את תקנת השוק. האם ניתן להסתמך על הערת האזהרה? התשובה היא כן (לפי פס"ד מורדכיוב אבל זה דורש בדיקה מאוד קפדנית).

אם מאיר מסתמך על הרישום לפי ס' 10 – האם הצורה שבה אלון נרשם זה טעות במרשם או "קומבינה" במרשם? לדעת המתרגל זה כנראה ייחשב כלא טעות במרשם ואז לא תחול תקנת השוק. **טעות במרשם מתרחשת כשהרשם מתבלבל**. צריך לציין פה את האפשרות שמאיר יטען לתקנת השוק אבל הוא לא ממלא אחר תנאיה כי הטעות היא לא במרשם. **במבחן - בייפוי כוח שקרי מספיק לרשום שהוא שקרי ולכן ס' 10 ייכשל**.

**בהמשך, מגיע הבנק המעקל** – מדובר על מעקל מאוחר. עיקול זה סעד דיוני והוא נושה לא מובטח (אין לו זכות מעין קניינית). לכן, הבנק מפסיד מול אלון ודפנה בכל מקרה ולכן אין צורך לדון בתחרות שלו מול השאר. יש את הלכת אהרונוב הברורה – **מעקל מאוחר לא גובר על רוכש מוקדם** (בין אם משיקולי מדיניות שטרסברג-כהן ובין אם מכורח ס' 9 לפי דבריו של ברק). יש בחוק דרכים ברורות להפוך לנושה מובטח (משכנתא, שיעבוד סף...) ועיקול הוא לא אחת מהן.

**כך פותרים אירועון – צריך להבין מי מול מי. עידית היא לא באמת מול רותי (למרות שזה המצב בשורה התחתונה). בתכלס, מה שמשמעותי הוא התחרות של אלון מול דפנה וזה נגזרת מכך.**

**מבחן לדוגמא**

שאלה #1 - 45% (אורך תשובה מומלץ: 2 עמודים; זמן תשובה מומלץ: שעה ורבע)

לאחר שנים של הסברים ושכנועים, הצליחה יו"ר ועד הבית המשותף ברחוב הטבע 1, גב' עדש לשכנע את כל הדיירים להפוך לטבעוניים. על מנת לחגוג את הצלחתה כינסה גב' עדש אסיפת דיירים, ובה הציעה לדיירים לאמץ תקנון חדש לבית המשותף, הקובע כדלקמן:

1. הדיירים מתחייבים בזאת שלא למכור ו/או להשכיר את דירותיהם למי שאינו מצהיר שהינו טבעוני.

2. הדיירים מוותרים בזאת באופן בלתי חוזר על זכויותיהם בגינת הבית המשותף. הגינה תעובד על ידי גב' עדש ותהפוך לבית גידול לעשבי מאכל ותבלין. דיירי הבית יהיו זכאים להשתמש בעשבים לצרכי מאכל בלבד.

3. דייר אשר יחליט לשוב ולאכול בשר ייאלץ למכור את דירתו.

הדיירים אישרו את הסכם השיתוף וגב' עדש אצה רצה לרשום את ההסכם בלשכת הרישום. שלושה חודשים מאוחר יותר נפטרה גב' לבנה, אשר הורישה את דירתה בקומת הקרקע לילדיה: רוני ואלה. רוני סובל ממוגבלות פיזית קשה והוא נאלץ להתנייע בכסא גלגלים חשמלי ולהיעזר באופן קבוע בשירותיו של עובד זר. רוני ואלה מחליטים להשאיר את הדירה בבעלות משותפת וכי רוני יעבור להתגורר בדירה, המצויה בקומת הקרקע. לאור קשיי ההתניידות של רוני, מבקשים השניים להכשיר כבש כניסה חשמלי יקר ערך לדירה על חשבון גינת הירק בבניין. גב' עדש, אשר נחרדת למצוא קבלן המסיים להרכיב כבש חשמלי בדיוק במקום שבו צומח הסרפד הלימוני שהיא גידלה במסירות מגרשת אותו מהבניין ומזמנת אליה את רוני ואלה. בפגישה מבהירה גב' עדש לשניים כי בהתאם לתקנון אין הם יכולים לעשות כל פעולה שתפגע בגינת הירק של הבניין וכי עליהם להפסיק לאלתר את בניית הכבש. עוד היא מדברת וג'ורג', העובד הזר מגיש בשולחן הסמוך את ארוחת הערב, נקניקיות וצ'יפס. לתמיהתה של גב' עדש מזדרז רוני להבהיר כי הוא ואחותו הינם טבעוניים מושבעים, ואולם ג'ורג' אוכל בשר. למחרת בבוקר מקבלים רוני ואלה מכתב בו הם נדרשים למכור באופן מיידי את דירתם, זאת בשל הפרת התקנון. המכתב הבהול מעורר מריבה בין האחים. רוני, הזועם על התנהלותה של גב' עדש דורש למכור את הדירה ואילו אלה, אשר נתקפת פרץ של סנטימנטליות, מסרבת למכור את הדירה ודורשת לרכוש את חלקו של רוני בדירה. דוד, חברו של רוני טוען כי המריבה מיותרת שכן השניים לא הפרו ולו סעיף אחד בתקנון, וממילא, התקנון אינו תקף. רוני ואלה פונים אליה לבירור זכויותיהם.

* בדיון על הבית המשותף צריך לדון ראשית על הסעיפים – האם הם שייכים למע' היחסים בין בעלי הדירות וביחס של בעלי הדירות כלפי הרכוש המשותף. ניתן לדון פה בשיקולי מדיניות של אפליה ולשאול האם ניתן לחייב פה מישהו לשמור על אורח חיים מסוים למשל.
* במסגרת הדיון בס' בתקנון (להשלים).
* יש לדון ברישום בתקנון – האם זה משפיע על יורשים? אם התקנון רשום אז זה חל על כולם אבל מה קורה כשהתקנון אינו רשום?
* בית משותף הוא דיון מאוד תיאורטי – האם יש להתחשב בכך שהוא מוסד קהילתני ועוד. בכל אירועון של בית משותף הדברים האלה הם לב הפיתרון. עם זאת, לא לשכוח גם לדון כמובן בדברים טכניים.
* ס' 59 (ג) לחוהמ"ק מדבר על התאמת הדירה לבעלי מוגבלויות וצריך לדון בכך בעת הצורך (כמו במקרה זה).
* ייתכן במבחן שילוב של הדברים – יש מצב שיהיה בית משותף וסוגיה פנימית של דיני תחרויות – עסקאות נוגדות. במקרה כזה חשוב להפריד בין הדברים ולנתח כל אחת מהסוגיות בנפרד. אם יהיה רכוש משותף למשל שאנשים מתנהגים בו בהסכם שיתוף ותהיה סוגיה של עסקאות נוגדות – השיתוף הוא לא הדבר הגדול. לדון בזה ראשית ואז בתחרות.
* אם אני מצמיד ואנשים עדיין ממשיכים להשתמש ברכוש הזה – זו לא הצמדה. אם כתוב במבחן במפורש הצמדה אז יש לדון בנושא.

שאלה #2 - 25% (אורך תשובה מומלץ: 1.5 עמודים; זמן תשובה מומלץ: 3/4 שעה)

בפסק הדין State v. Shack נכתב, כי "זכויות הקניין משרתות ערכים אנושיים, הן מוכרות לצורך מטרה זו, והן אף מוגבלות על ידן". הטענה העולה בפסק הדין הינה כי זכויות קניין אינן נקבעות, ואינן יכולות להיקבע, באופן מופשט, אלא הן נועדו לקדם יחסים בין בני אדם. לפיכך זכויות קניין חייבות לשקף ערכים חברתיים והן עשויות (ואולי אף צריכות) להשתנות עם הזמן.

חוו את דעתכם על תפיסה זו של זכות הקניין ובססו אותה על פסקי הדין והחומר הנלמד בכיתה.

* שאלת מחשבה של מדיניות: זוהי דוג' לשאלה האם זכויות במקרקעין צריכות להיות רשימה סגורה או לא. הדבר הזה מאוד תלוי בתיאוריות של הקניין. למה? האם יש פה עניין של אישיות למשל? כך לדוג' האם לעובד יש זכות בזכות הקניין של המעביד שלו? מקום עבודה זה משהו שמגדיר אדם וייתכן שיש פה מקום לדחיפה לטובת הקניין. האם זה מתיישב עם חירות ויעילות למשל? יעילות זה לא בטוח – זה יכול לפגוע בחיי המסחר. זכות קניינית היא לא זכות חוזית – זה תקף כלפי כולם וזה יכול ליצור בלבול רב.
* ביסוס על פסקי הדין שנלמדו מתכוון לפס"ד שבהם השופטים דנים בשיקולי מדיניות ללא קשר לנושא שדנים בו. נושא זה נדון רבות בנושא ההפקעות.

שאלה #3 - 30% (אורך תשובה מומלץ: 1.5 עמודים; זמן תשובה מומלץ: שעה)

יוחנן הינו בעלים של דירה במרכז תל אביב. ביום 1.1.2013 סיכם יוחנן עם מירב על השכרת הדירה למירב למשך של שנתיים. מועד המסירה נקבע ליום 20.2.2013 ואילו מירב שלמה כבר במעמד ההסכמה את דמי השכירות לשנה שלמה. כשניגש יוחנן לחברו המתווך אליהו לצורך הכנת חוזה השכירות מציע לו אליהו להשכיר את הדירה לראובן במחיר כפול מזה בו מתכנן הוא להשכיר אותה למירב. יוחנן, אשר חושש לצאת פראייר, מחליט לקבל את ההצעה ולהשכיר את הדירה לראובן. ראובן נפגש עם יוחנן בדירה, והשניים חותמים על הסכם שכירות לחמש שנים, עם אפשרות להארכה של 7 שנים נוספות. ראובן שילם מראש את דמי השכירות לשלוש השנים הראשונות ונקבע על ידי השניים כי ייכנס לדירה ביום 10.1.2013.

ביום 8.1.2013 נפגש יוחנן עם שלום, איש עסקים עשיר, המציע לו לרכוש את הדירה במחיר העולה כדי 120% ממחיר השוק. עקב קשייו הכלכליים מסכים יוחנן להצעה ולאחר ביקור משותף בדירה הריקה, ובדיקה של מצב הרישום על ידי שלום, חותמים השניים על הסכם מכר. במעמד החתימה משלם שלום ליוחנן 50% מהסכום עליו הסכימו השניים. לפי ההסכם, יתרת הסכום תשולם ליוחנן ביום 15.2.2013 כנגד מסירת החזקה לשלום. בשל סמיכות הזמנים לא רשם שלום הערת אזהרה.

ביום 15.2.2013, לאחר תשלום יתרת התמורה וקבלת מפתחות הדירה, הגיע שלום לדירה ומופתע לגלות בה את ראובן, שביום 10.1.2013 עבר להתגורר בדירה. ראובן, נגר במקצועו, בנה בדירה מטבח מפואר מעשה ידיו וכן גלריה יפיפייה. שלום מיהר ללשכת רישום המקרקעין על מנת להשלים את הרישום, ואז גילה כי ביום 10.2.2013 הטיל בנק "הלוואות נפרעות" עיקול על הדירה עקב חוב גדול שחב לו יוחנן. העיקול, כך התברר לשלום, נרשם ביום 10.2.2013. דונו במצב הזכויות בדירה.

שיעור מתרגל לפני המבחן 19.02.17

דגשים למבחן:

* לכתוב ברור, למרקר ראשי פרקים.
* ליישם.
* להזכיר דעות מיעוט (הפקעות-ברק ודורנר, שטרסברג כהן באהרונוב).
* יכול לרדת ניקוד על תשובות לא נכונות.
* להבין את המסגרת ועל איזה חוק מדובר לפני שעונים על השאלה, שלא יהיו טעויות נגררות.
* לסווג את האנשים באירועון (קונה ראשון, שני, צד ג' וכו'), להבין את הסדר הכרונולוגי.
* המבחן מורכב מ-3 שאלות:
  + - 1. 50% - אירועון
      2. 35% - סמי מחשבתית
      3. 15% - שאלת מחשבה
* באירועון פחות רלוונטי להזכיר תיאוריות של דיני קניין וכו'. יש לנתח לפי המקרה לפי מה שהובא לפנינו (על פי הצ'קליסט). לעתים כשזה רלוונטי אז להכניס את זה אבל לא יותר מידי.
* בסוגיות שיש בהן 2 תשובות אפשריות – לטעון לשני הצדדים.
* מגבלת עמודים – 5. לא לחרוג.
* נושאים בשאלת האירועון – תחרויות, שכירות, שיתוף, עמידה דווקנית על זכות, הגנת החזקה והבעלות, קניית דירה מקבלן, בטוחות, בתים משותפים, זיקת הנאה, זכות קדימה.
* שאלות המחשבה – למשל בשינויי מדיניות – לדון בנושאים שרלוונטיים לקניין ולא לדוגמא בנושאים חוקתיים כמו
* גריעות תכנוניות – בחומר. כל מה שבסילבוס מחייב.
* להתמקד בדברים שנלמדו בכיתה, בשתי העבודות, בבחנים. לא ממליץ לקרוא את כל פסקי הדין לעומק-מה שחשוב זו השורה הרלוונטית.
* נטילות שלטוניות אחרות, חזקה במיטלטלין, סעדים בהפקעה (חוץ מפיצויים בחוק ההתנתקות) – צריך להחזיר לנו תשובה אם וכיצד ייכלל במבחן.

פתרון מבחן לדוגמא – מועד ב' תשע"ה

קודם כל לסווג באיזה נושא עוסקת השאלה - השאלה מדברת על שיתוף במיטלטלין.

יש 3 שלבים בשיתוף – כניסה, משטר ויציאה. שלושתם רלוונטיים במקרה הנ"ל.

כניסה זה בקטנה-רק לציין שזה מכוח ירושה.

משטר השיתוף – ניהול השיתוף מתחלק לשניים: (1) לפי התקנון שהאחים סיכמו ביניהם (2) מה שחסר משלימים מברירת המחדל בחוק.

סעיפי התקנון של האחים:

סעיף 1 תו"ל- מוזכר גם בחוק, להזכיר בקטנה.

סעיף 2 הסכמה לסיום השותפות- ס' 10 לחוק המיטלטלין מדבר בכלליות על פירוק השיתוף, מתווספים לכך ס' 34 ו-37 לחוהמ"ק (מופנה מחוק המיטלטלין). במיטלטלין יש אפשרות להגביל את פירוק השיתוף והחוק לא מגביל את האפשרות הזאת.

כאשר מדובר בשני שותפים – אין הבדל בין מכירת הזכויות של אחד השותפים לבין פירוק השותפות. מעל 2 שותפים– יש הבדל.

סעיף 3 ילדים – להזכיר שבמקרה הזה לא מדובר על ילד אלא על אחיין ולא מדובר על זה בחוק או בפסיקה.

סעיפי החוק הרלוונטיים לניהול השיתוף – 30(א), 30(ב), 30(ג), 31.

סעיף 31 – דברים שיכול שותף יחיד להחליט לבד על שימוש סביר. מתקשר לאירועון למשל בלקיחת הרכב לטיפול במוסך (וילנר-בן פורת, נתניהו). שימוש סביר רלוונטי רק לשימוש של שותף יחיד- ולא לשימוש בהסכמת הרוב.

סעיף 30 (א) ניהול רגיל בנכס – לפי רוב.

סעיף 30 (ב)+(ג) – כל השותפים.

דברים שצריך להתחשב בהם במיעוט כאשר הוא נפגע - קיפוח, חוסר תו"ל, עמידה דווקנית על זכות.

ניתן לומר שהנסיעה לאילת נוגדת את סעיף 1 לתקנון המוסכם של האחים.

סעיף 32 – החזר ההוצאות של שאול

סעיף 33 – האם דוד צריך לשלם דמי שימוש על שאר האחים

שלב היציאה

מצד אחד ההסכם מגביל את יונתן מלמכור את חלקו בשותפות

מצד שני אפשר לדרוש את פירוק השיתוף לפי ס' 10 לחוק המיטלטלין

דעות מלומדים

*ויסמן* – אומר שצריך לכתוב הסכם נפרד לפירוק השיתוף

*ביהמ"ש* באופן כללי במיטלטלין נוטים להקל על אנשים שרוצים לצאת משותפות- יותר קל לדרוש את פירוק השותפות, מתוך הראייה ששותפות במיטלטלין היא משהו זמני.

*חנוך דגן-*בעד השותפות בכלליות, כל עוד מעגנים את השותפות בהסכמים.

בגלל שמדובר כאן על יציאה של שותף בודד ולא על פירוק השותפות - יותר רלוונטי לדבר על ויסמן ולא על דגן.

כל הסכם שלא נרשם אין לו תוקף כלפי צדדים שלישיים – אין צד שלישי בקייס ולכן זה לא רלוונטי. בכל מקרה הדבר מדבר על מקרקעין ולא על מיטלטלין – מיטלטלין תמיד בעל תוקף לצדדים שלישיים, גם אם לא ידעו על ההסכם.

מיטלטלין – לא נרשם בצורה מובהקת כמו מקרקעין אלא ע"י אלמנטים של פומביות.

נושא הרישום של מיטלטלין (כל מה שלא נרשם בטאבו).

סעיף ב' לשאלה

הפתרון בנוי בצורה מאוד סכמתית.

לא ענה עליו בכיתה אבל אמר שישלח לנו את הפתרון הרשמי.

איך ניגשים לשאלת מחשבה?

צריך לחשוב איפה מופיע כל סעיף בשאלה ולבדוק איך הוא רלוונטי בפתרון

* + - * 1. ביטול הערת אזהרה
* איפה נתקלים בהערת אזהרה? תחרויות, רכישת דירה מקבלן, בטוחות, קומבינציה (לא למדנו)
* האם ביטול הערת האזהרה יוביל לירידת מחירי הדיור?
* להזכיר את מטרת הערת האזהרה, להזכיר את חפציבה.
* לציין למי מעניקה יתרון אותה הערת האזהרה וכיצד ביטולה ישפיע – איך השפיע בעבר ואיך ישפיע בעתיד.
* נקודה נוספת לגעת בה – שלילה רטרואקטיבית של תוקפן של הערת אזהרה – להתייחס לעניין של הפקעה/נטילה שלטונית – ה"א היא זכות קניינית שהמדינה לוקחת לנו.
  + - * 1. ויתור על בטוחות
* לבחון את החלופות – מועיל/מזיק?
* האם זה משיג את המטרה של הורדת מחירי הדיור?
  + - * 1. הפקעות
* האם זה מידתי? שוויוני?
* האם זה תואם לערכים הקניינים?
* האם זה משיג את המטרה של הורדת מחירי הדיור?
* מה אומר מנגנון הפיצוי?
* פס"ד הולצמן, גישות ליברטיאניות- שרוצות שהמדינה תתערב כמה שפחות-פחות יאהבו את הסעיף הזה, גישות ליברליות-דווקא כן יצדדו בזה כי על אף שיש שוק יש גם כשלי שוק והמדינה תוכל להתערב.

1. זכות קניינית לעשות שימוש ספציפי ומוגדר בנכס של אחר (ללא שליטה וניהול, ללא יכולת להשפיע על הנכס, להעבירה ועוד). [↑](#footnote-ref-1)
2. במדעי החברה, שיח (באנגלית discourse) מציין דרך חשיבה ממוסדת, גבול חברתי המגדיר את מה שניתן לומר בתחום מסוים. השיח משפיע על הדרך שבה אנו רואים את הדברים, מעצב את המציאות ומכתיב אותה. [↑](#footnote-ref-2)
3. במדעי החברה, שיח (באנגלית discourse) מציין דרך חשיבה ממוסדת, גבול חברתי המגדיר את מה שניתן לומר בתחום מסוים. השיח משפיע על הדרך שבה אנו רואים את הדברים, מעצב את המציאות ומכתיב אותה. [↑](#footnote-ref-3)
4. הסדר משפטי המטפל בתוצאה של מכירת נכס על ידי מי שאינו בעליו. תקנת השוק מאפשרת לקונה, אם מילא אחר תנאים מסוימים, לזכות בבעלות בנכס למרות ההעברה הקניינית הפגומה. התקנה נועדה לאפשר חיי מסחר תקינים. [↑](#footnote-ref-4)
5. מצב יעיל פארטו (יעיל לפי יעילות פארטו) הוא מצב שבו כבר לא ניתן לשפר את מצבו של פרט כלשהו מבלי לפגוע בפרט אחר. [↑](#footnote-ref-5)
6. רשם הפטנטים יכול לתת לאנשים רישיון להשתמש בהמצאה למרות שזה פוגע בזכות הקניין ומפר את הפטנט. עדיין, החוק אומר שלא מדובר בפגיעה אמיתית בקניין. הסיבה היא הגבלה. [↑](#footnote-ref-6)
7. Including all forms of government largesse, from welfare benefits to federal Social Security and taxicab medallions. [↑](#footnote-ref-7)
8. A self-conscious group of legal scholars founded the Conference on Critical Legal Studies (CLS) in 1977. [↑](#footnote-ref-8)
9. יכולת העברת זכויות מצד אחד לצד שני. [↑](#footnote-ref-9)
10. חלוקה פיזית ומשפטית באופן בו שותפים מחלקים ביניהם את השימוש במקרקעין בהתאם להוראות ס' 30 - 33 לחוהמ"ק. [↑](#footnote-ref-10)
11. חִברות (סוציאליזציה)הוא תהליך התנסות חברתית ותרבותית מתמשכת, המקנה ליחיד את דפוסי כללי וערכי התרבות בחברה בה הוא חי. [↑](#footnote-ref-11)
12. "Nor shall private property be taken for public use, without just compensation" [↑](#footnote-ref-12)
13. וועדה שהוקמה ב-2010 לבחינת [המדיניות הפיסקאלית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%A4%D7%99%D7%A1%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%AA) בנושא משאבי נפט וגז בישראל בראשות פרופ' [איתן ששינסקי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%AA%D7%9F_%D7%A9%D7%A9%D7%99%D7%A0%D7%A1%D7%A7%D7%99) ע"מ לבחון את נטל ה[מס](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A1) הראוי על הפקת [נפט](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%A4%D7%98) ו[גז טבעי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%96_%D7%98%D7%91%D7%A2%D7%99) במ"י. הועדה הוקמה ע"מ שהמדינה תוכל ליהנות מהתגליות האחרונות בתחום, ובראשן מאגר "לוויתן", באמצעות מיסוי נאות שלהן. הוועדה המליצה להעלות את המיסוי על רווחי הפקת נפט וגז. למימוש ההמלצות נחקק חוק היטל רווחי נפט. [↑](#footnote-ref-13)
14. זהו מס שמהותו מעין תרומה לחברה כולה של חלק מהשבח שנגרם לנו כתוצאה מעליית שווי הנכס מיום הרכישה שלו. רוב האנשים (שאינם איילי נדל"ן) מקבלים פטור על מס זה. [↑](#footnote-ref-14)
15. הסדר משפטי המטפל בתוצאה של מכירת נכס על ידי מי שאינו בעליו. תקנת השוק מאפשרת לקונה, אם מילא אחר תנאים מסוימים, לזכות בבעלות בנכס למרות ההעברה הקניינית הפגומה. התקנה נועדה לאפשר חיי מסחר תקינים. [↑](#footnote-ref-15)
16. אדם פלוני היה חייב לדעת בשעת מעשה על העובדה הרלוונטית שלא היתה ידועה לו כאשר היו בידיו אמצעי החקירה הדרושים, אלא שנמנע מלנצלם, לא מפני "שלא רצה לדעת", כי אם מתוך רשלנות גרידא. [↑](#footnote-ref-16)